



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Haftung der GmbH-Gesellschafter
bei grob fahrlässiger Beeinträchtigung
von Gläubigerinteressen iSd § 159 StGB“

Verfasser

Mag. iur. Paul Schörghofer

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2010

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuerin / Betreuer:

em. o. Univ.-Prof. Dr. Heinz Krejci

Meinen Eltern.

Vorwort

Die Frage, inwieweit Gesellschafter einer GmbH von Gesellschaftsgläubigern zur Verantwortung gezogen werden können, ist Gegenstand zahlreicher Judikate und literarischer Stellungnahmen in Deutschland und Österreich. Besondere Aufmerksamkeit hat in Österreich die den Gegenstand dieser Arbeit bildende, auf den Straftatbeständen des § 159 StGB aufbauende Haftung der GmbH-Gesellschafter erfahren. Trotz des Vorliegens zahlreicher Vorarbeiten des Schrifttums lohnt die Auseinandersetzung mit diesem facettenreichen Thema, das die Beschäftigung mit zahlreichen strittigen und über die Anwendung auf die Haftung nach § 159 StGB hinaus bedeutsamen Fragen des Straf-, Zivil- und Gesellschaftsrechts notwendig macht, und seine Faszination vor allem aus dem oft schwierigen Zusammenspiel von Normen des Straf- und Privatrechts bezieht.¹ Zunächst sind zahlreiche „alte“ Fragen nach wie vor nicht gänzlich geklärt. Umstritten sind insbesondere die Heranziehung von Tatbeständen des StGB als Schutzgesetz, Begriff und Rechtsfolge des sog. *„faktischen Geschäftsführers“* sowie die strafrechtliche Beteiligung an § 159 StGB. Zur Beantwortung dieser Fragen beizutragen, ist ein Ziel dieser Arbeit. Weiters haben Gesetzesänderungen neue Fragen aufgeworfen. Im Zuge der Kridareform 2000² wurde § 159 StGB wesentlich umgestaltet; mit einigem zeitlichen Abstand werden in dieser Arbeit die Auswirkungen der Reform auf die zivilrechtliche Haftung untersucht. Seit 1.1.2006 können Verbände strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden.³ Untersucht werden die Konsequenzen dieser Neuerung, unter anderem auf die zivilrechtliche Haftung juristischer Personen.

Nicht zuletzt möchte ich mit meiner Arbeit einen Beitrag zur Systematisierung der im gegebenen Zusammenhang sich stellenden Fragen leisten, die zivilrechtliche Haftung über § 159 StGB von anderen Haftungsgrundlagen abgrenzen und zeigen, dass die auf § 159 StGB aufbauende Haftung der GmbH-Gesellschafter auch über 20 Jahre nach den

¹ Vgl auch Lukas, Schnittstellen zwischen Straf- und Zivilrecht. Plädoyer für eine verstärkte interdisziplinäre Forschung, Aus- und Weiterbildung, AnwBl 2010, 259 (259).

² Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch und die Strafprozessordnung geändert werden, BGBl I 2000/58; näher zur Kridareform 2000 s Kap II. B. 3.

³ Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten (Verbandsverantwortlichkeitsgesetz – VbVG), BGBl I 2005/151; näher zum VbVG s Kap VI. C. 2.

grundlegenden sog „*Eumig-Entscheidungen*“ des OGH⁴ ein ebenso maßvolles wie effektives Instrument des Gläubigerschutzes ist.

Mein Dank gilt meinem Erstbetreuer, Herrn em. o. Univ.-Prof. Dr. Heinz Krejci, sowie meinem Zweitbetreuer, o. Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher. Für die zahlreichen Diskussionen und viele wertvolle Hinweise danke ich meiner akademischen Lehrerin Frau Univ.-Prof. Dr. Susanne Kalss LL.M. (Florenz) sowie meinen Kolleginnen und Kollegen am Institut für Zivil- und Unternehmensrecht der Wirtschaftsuniversität Wien, insbesondere den Herren Privatdozent Dr. Georg Eckert, Mag. Matthias Schimka und Privatdozent Dr. Johannes Zollner. Für Ihre Anregungen habe ich weiters Herrn Dr. Stephan Frotz, Herrn Dr. Georg Justich sowie Herrn Privatdozent Dr. Alexander Schopper zu danken. Dank für ihre Unterstützung geht schließlich an meine Freundin Anna Groh.

Die Arbeit ist meinen Eltern gewidmet.

⁴ OGH 14.7.1986, 1 Ob 571/86, JBl 1986, 713 mit Anmerkung *Reich-Rohrwig* = ZIP 1987, 702 mit Anmerkung *Honsell*; 9.2.1988, 6 Ob 508, 509/86, ÖBA 1988, 828 mit Anmerkung *Apathy* = wbl 1988, 129 mit Anmerkung *Wilhelm*; näher zu den Eumig-Entscheidungen s Kap V.

Inhaltsübersicht

Vorwort	4
Inhaltsübersicht	6
Inhaltsverzeichnis	7
Abkürzungsverzeichnis	12
I. Einleitung	17
II. Grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen (§ 159 StGB) .	21
III. Haftung der Geschäftsführer	59
IV. Haftung der Gesellschafter als Normadressaten des § 161 Abs 1 StGB	85
V. Haftung der Gesellschafter als Bestimmungs- oder Beitragstäter	115
VI. Zurechnung von Gehilfen und Repräsentanten	126
VII. Die Gesellschafterhaftung <i>qua</i> § 159 StGB im System des kapitalgesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes.....	160
VIII. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse.....	175
IX. Abschließende Stellungnahme	179
Literaturverzeichnis	181
Rechtsprechungsverzeichnis.....	210
Anhänge	215

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	4
Inhaltsübersicht	6
Inhaltsverzeichnis.....	7
Abkürzungsverzeichnis	12
I. Einleitung	17
A. Trennungsprinzip und Haftungsausschluss	17
B. Deliktische Haftung der GmbH-Gesellschafter	17
C. Gegenstand der Arbeit	19
D. Gang der Darstellung	19
II. Grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen (§ 159 StGB)	21
A. Allgemeines	21
B. Entstehungsgeschichte	23
1. § 486 Strafgesetz 1852	23
2. § 159 StGB vor der Kridareform 2000	24
3. Die Kridareform 2000	27
4. Strafrechtsänderungsgesetz 2001	31
5. Geplante Reformen	31
C. Tatbestand	31
1. Allgemeines	31
2. Subjekt	33
a. Schuldner	33
b. Leitende Angestellte	34
3. Kridaträchtiges Handeln	36
a. Allgemeines	36
b. „einen bedeutenden Bestandteil seines Vermögens zerstört, beschädigt, unbrauchbar macht, verschleudert oder verschenkt“	39
c. „durch ein außergewöhnlich gewagtes Geschäft, das nicht zu seinem gewöhnlichen Wirtschaftsbetrieb gehört, durch Spiel oder Wette übermäßig hohe Beträge ausgibt“	41
d. „übermäßigen, mit seinen Vermögensverhältnissen oder seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in auffallendem Widerspruch stehenden Aufwand treibt“	42
e. „Geschäftsbücher oder geschäftliche Aufzeichnungen zu führen unterlässt oder so führt, dass ein zeitnahe Überblick über seine wahre Vermögens-, Finanz- und Ertragslage erheblich erschwert wird, oder sonstige geeignete und erforderliche Kontrollmaßnahmen, die ihm einen solchen Überblick verschaffen, unterlässt“	43
f. „Jahresabschlüsse, zu deren Erstellung er verpflichtet ist, zu erstellen unterlässt oder auf eine solche Weise oder so spät erstellt, dass ein zeitnahe Überblick über seine wahre Vermögens-, Finanz- und Ertragslage erheblich erschwert wird“	45
g. Exkurs: Wesentliche Unterschiede zur Rechtslage vor der Kridareform 2000	46
aa. Allgemeines	46
bb. Entfallene Tathandlungen	46
bb. Höhere Strafbarkeitsvoraussetzungen	49

cc. Erweiterung der kridaträchtigen Handlungen	50
dd. Zwischenergebnis	50
4. Zahlungsunfähigkeit	51
5. Grobe Fahrlässigkeit	52
6. Unterlassung	55
7. § 159 Abs 1 StGB	56
8. § 159 Abs 2 StGB	56
9. § 159 Abs 3 StGB	57
D. Zwischenergebnis	58
III. Haftung der Geschäftsführer	59
A. Allgemeines	59
B. Schaden	60
C. Kausalität	61
1. Allgemeines	61
2. § 159 Abs 1 StGB	62
3. § 159 Abs 2 StGB	64
D. Rechtswidrigkeit/Rechtswidrigkeitszusammenhang	65
1. Allgemeines	65
2. § 159 Abs 1 StGB	67
3. § 159 Abs 2 StGB	69
E. Verschulden	70
F. Mitverschulden des Geschädigten	71
G. Erweiterung des § 159 StGB im zivilrechtlichen Kontext	74
1. Allgemeines	74
2. Gewohnheitsrechtliche Haftung?	75
3. Analogie?	76
a. Allgemeines	76
b. Strafrechtliches Analogieverbot	76
c. Feststellung und Schließung von Lücken	79
aa. Allgemeines	79
bb. Lücken, die bereits vor der Kridareform bestanden haben	80
cc. Lücken, die durch die Kridareform entstanden sind	80
H. § 69 Abs 5 IO	82
I. Zwischenergebnis	83
IV. Haftung der Gesellschafter als Normadressaten des § 161 Abs 1 StGB	85
A. Allgemeines	85
B. Entstehungsgeschichte des Begriff des leitenden Angestellten iSd §§ 161 Abs 1 iVm 74 Abs 3 StGB	86
1. Strafgesetz 1852	86
2. Antikorruptionsgesetz 1964	87
3. Strafgesetzbuch 1974	88
4. Strafrechtsänderungsgesetz 2008, Korruptionsstrafrechtsänderungsgesetz 2009	89
C. GmbH-Gesellschafter als leitende Angestellte iSd § 74 Abs 3 Satz 1 StGB	89
1. Allgemeines	89
2. „Maßgeblicher Einfluss“ in § 74 Abs 3 Satz 1 StGB	90
3. Wortlaut des § 161 Abs 1 StGB	91
4. Zwischenergebnis	92
D. GmbH-Gesellschafter als Geschäftsführer iSd § 74 Abs 3 Satz 2 StGB	92

1. Allgemeines	92
2. Erfassung des faktischen Geschäftsführers durch § 161 Abs 1 Satz 1 StGB – Grundlagen	93
a. Allgemeines	93
b. Fehlen eines einheitlichen Begriffs für die gesamte Rechtsordnung	94
c. Auslegung des Begriffs „Geschäftsführer“ in § 74 Abs 3 Satz 2 StGB	95
aa. Lehre	95
bb. Rechtsprechung	98
cc. Eigene Meinung	99
d. Rechtsfortbildung durch Analogie	106
aa. Allgemeines	106
bb. Lückenfeststellung und -schließung	107
cc. Zwischenergebnis	107
e. Zwischenergebnis	107
3. GmbH-Gesellschafter als faktische Geschäftsführer	108
a. Allgemeines	108
b. Lehre	108
c. Rechtsprechung	108
d. Eigene Meinung	109
aa. Allgemeines	109
bb. Kein unmittelbarer Täter	109
cc. Einfluss auf die Geschäftsführung der juristischen Person	109
dd. Maßgeblichkeit des Einflusses	110
ee. Einfluss resultiert aus der Rechtstellung im Organisationsgefüge der juristischen Person	111
ff. Zwischenergebnis	112
4. Handlungspflichten?	112
a. Allgemeines	112
b. Keine allgemeine Handlungspflicht	112
c. Gefahrbegründendes Vorverhalten	113
d. Zusammenfassung	114
5. Zwischenergebnis	114
E. Zwischenergebnis	114
V. Haftung der Gesellschafter als Bestimmungs- oder Beitragstäter	115
A. Allgemeines	115
B. Beteiligung als Bestimmungs- oder Beitragstäter an § 159 StGB – Grundlagen	117
1. Allgemeines	117
2. Beteiligung am Fahrlässigkeitsdelikt	117
3. Beteiligung am Sonderdelikt	118
4. Zwischenergebnis	120
C. GmbH-Gesellschafter als Bestimmungs- oder Beitragstäter	120
1. Allgemeines	120
2. Deliktstypische Sorgfaltspflichten der GmbH-Gesellschafter	120
a. Rechtsprechung	120
b. Lehre	122
c. Eigene Meinung	123
3. Beteiligung des GmbH-Gesellschafters durch Unterlassung	124
4. Zwischenergebnis	124

D. Zwischenergebnis	125
VI. Zurechnung von Gehilfen und Repräsentanten.....	126
A. Allgemeines	126
B. Zurechnung von Gehilfen	126
C. Zurechnung von Repräsentanten.....	127
1. Allgemeines	127
2. Strafrechtliche Verantwortlichkeit nach dem VbVG	129
a. Allgemeines	129
b. Zuordenbarkeit zur „Sphäre des Verbands“ (§ 3 Abs 1 VbVG).....	130
c. Zurechnung des „Entscheidungssträgers“ im Sinne des VbVG	131
d. Zurechnung des „Mitarbeiters“ im Sinne des VbVG	132
3. Zurechnung im Schadenersatzrecht.....	134
a. Allgemeines	134
b. Lehre	135
c. Exkurs: Geplante Reform des Schadenersatzrechts.....	139
d. Rechtsprechung	141
4. Unterschiede zwischen der Zurechnung nach § 3 VbVG und der Repräsentantenhaftung.....	143
a. Allgemeines	143
b. Zuordenbarkeit zur „Sphäre des Verbandes“ (§ 3 Abs 1 VbVG)	144
c. Zurechnung des „Entscheidungssträgers“ im Sinne des VbVG	144
d. Zurechnung des „Mitarbeiters“ im Sinne des VbVG.....	145
5. Auswirkungen des VbVG auf die Zurechnung von Repräsentanten	146
a. Allgemeines	146
b. Heranziehen des VbVG zur Feststellung einer Lücke	147
aa. Allgemeines	147
cc. Vergleich der Zwecke des Straf- und Zivilrechts	148
cc. Schlussfolgerungen	152
b. Heranziehen des VbVG im Wege der (einfachen) Auslegung	152
6. Zurechnung bei Organverflechtungen.....	153
a. Allgemeines	153
b. Zulässigkeit von Organverflechtungen	154
aa. Allgemeines	154
bb. Inkompatibilitäten	154
cc. Wettbewerbsverbot.....	157
c. Auswirkungen von Organverflechtungen auf die Zurechnung von Repräsentanten	157
D. Zwischenergebnis	159
VII. Die Gesellschafterhaftung qua § 159 StGB im System des kapitalgesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes	160
A. Der Haftungsausschluss nach § 61 Abs 2 GmbHG und seine Grenzen.....	160
B. Abgrenzung zur Haftung wegen Existenzvernichtung.....	163
C. Abgrenzung zur Haftung wegen Konkursverschleppung	165
D. Abgrenzung zum Haftungsdurchgriff.....	168
1. Allgemeines	168
2. Haftungsdurchgriff bei qualifizierter Unterkapitalisierung	170
3. Haftungsdurchgriff bei Vermögensvermischung	172
4. Zwischenergebnis	173
E. Zwischenergebnis	173

VIII. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	175
IX. Abschließende Stellungnahme	179
Literaturverzeichnis.....	181
Rechtsprechungsverzeichnis.....	210
A. BGH	210
B. k. k. Oberster Gerichtshof.....	210
C. OGH	210
D. VwGH	214
Anhänge	215
Anhang I: Abstract.....	215
Anhang II: Lebenslauf	217

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz/Absätze
aF	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft/Die Aktiengesellschaft. Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen, für deutsches, europäisches internationales Unternehmens- und Kapitalmarktrecht
AktG	Aktiengesetz
AnfO	Anfechtungsordnung
Anh	Anhang
AnwBl	Anwaltsblatt
AO	Ausgleichsordnung
ArbSlg	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen der Gerichte und Einigungsämter
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz
arg	argumentum
Art	Artikel/s
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
AÜG	Arbeitskräfteüberlassungsgesetz
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
BB	Betriebs Berater
BGB	deutsches Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	deutscher Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BlgNR	Beilage/n zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats
bzw	beziehungsweise

ders	derselbe
dh	das heißt
dies	dieselbe/n
dInsO	deutsche Insolvenzordnung
DokStGB	Dokumentation zum Strafgesetzbuch
DRdA	Das Recht der Arbeit
dStGB	deutsches Strafgesetzbuch
DStR	Deutsches Steuerrecht
EBRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
EKEG	Eigenkapitalersatz-Gesetz
EKHG	Eisenbahn- und Kraftfahrzeughaftpflichtgesetz
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EStG	Einkommensteuergesetz
EWIV	Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung
f	und der, die folgende
ff	und die folgenden
FinStrG	Finanzstrafgesetz
FS	Festschrift
FN	Fußnote
GesBR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GeS	Zeitschrift für Gesellschafts- und Steuerrecht
GesRZ	Der Gesellschafter
GewO	Gewerbeordnung
GIUNF	Sammlung von civilrechtlichen Entscheidungen des k. k. obersten Gerichtshofes
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	GmbH-Gesetz
GmbHR	GmbH Rundschau
GP	Gesetzgebungsperiode

GS	Gedenkschrift
hA	herrschende/n/r Auffassung
hL	herrschende/n/r Lehre
hM	herrschende/n/r Meinung
idF	in der Fassung
IO	Insolvenzordnung
insb	insbesondere
InsO	deutsche Insolvenzordnung
iSd	im Sinn der/s
iVm	in Verbindung mit
JBl	Juristische Blätter
JR	Juristische Rundschau
Jud	Judikatur
JZ	Juristenzeitung
Kap	Kapitel/s
KG	Kommanditgesellschaft
KO	Konkursordnung
L	Lehre
leg cit	legis citatae (der zitierten Vorschrift)
Lit	Literatur
LJZ	Liechtensteinische Juristenzeitung
maW	mit anderen Worten
mE	meines Erachtens
MilStG	Militärstrafgesetz
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht

NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
ÖBA	BankArchiv, Zeitschrift für das gesamte Bank- und Börsenwesen
ÖCGK	Österreichischer Corporate Governance Kodex
OG	Offene Gesellschaft
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJT	Österreichischer Juristentag
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
PHG	Produkthaftungsgesetz
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RGBI	Reichsgesetzblatt
RHPfIG	Reichshaftpflichtgesetz
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft
Rsp	Rechtsprechung
RWZ	Zeitschrift für Recht und Rechnungswesen
RZ	Österreichische Richterzeitung
Rz	Randziffer
s	siehe
sog	sogenannte/n/r
StGB	Strafgesetzbuch
StGBI	Staatsgesetzblatt
stRsp	ständige/n/r Rechtsprechung
StVG	Straßenverkehrsgesetz
SWI	Steuer & Wirtschaft international
SWK	Steuer- und WirtschaftsKartei
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
ua	unter anderem

UGB	Unternehmensgesetzbuch
VbVG	Verbandsverantwortlichkeitsgesetz
VersR	Versicherungsrecht – Zeitschrift für Versicherungsrecht, Haftungs- und Schadensrecht
vgl	vergleiche
Vorbem	Vorbemerkung
VR	Versicherungsrundschau
wbl	wirtschaftsrechtliche blätter, Zeitschrift für österreichi- sches und europäisches Wirtschaftsrecht
WM	Wertpapiermitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
wobl	Wohnrechtliche Blätter
Z	Ziffer
Zak	Zivilrecht aktuell
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
zB	zum Beispiel
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschafts- recht
ZIK	Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht

I. Einleitung

A. Trennungsprinzip und Haftungsausschluss

Die GmbH ist eine juristische Person.⁵ Die Rechtsverhältnisse der GmbH einerseits und ihrer Gesellschafter andererseits sind getrennt. Man spricht vom Trennungsprinzip.⁶ Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet ihren Gläubigern nach § 61 Abs 2 GmbHG nur das Gesellschaftsvermögen. Gesellschafter haften grundsätzlich nicht mit ihrem Privatvermögen für Gesellschaftsverbindlichkeiten. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn die Gesellschaft außer Stande ist, ihre Verbindlichkeiten zu erfüllen.⁷ Anderes gilt selbstverständlich dann, wenn Gesellschafter sich den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber rechtsgeschäftlich dazu verpflichtet haben, für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft einzustehen.⁸ Darüber hinaus wird eine Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten der Gesellschaft unter dem Schlagwort des „Haftungsdurchgriffs“ diskutiert (s Kap VII. D.).

B. Deliktische Haftung der GmbH-Gesellschafter

Der in § 61 Abs 2 GmbHG normierte Haftungsausschluss zugunsten der Gesellschafter bedeutet nur, dass sich aus der bloßen Gesellschafterstellung keine Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten ableiten lässt. Hingegen steht diese Bestimmung einer deliktischen Haftung der Gesellschafter gegenüber Gläubigern der Gesellschaft – zumindest bei formaler Betrachtung – nicht entgegen (s Kap VII. A.). Es stellt sich jedoch die Frage, ob eine deliktische Haftung der Gesellschafter dem *telos* des Haftungsausschlusses in § 61 Abs 2 GmbHG zuwiderläuft (s Kap VII. A.).

⁵ Feil in Gellis, GmbHG⁷ § 61 Rz 1; Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG¹⁹ § 13 Rz 1 ff; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 61 Rn 3; Raiser in Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG § 13 Rz 2; Umfahrer, GmbH⁶ Rz 6.

⁶ Feil in Gellis, GmbHG⁷ § 1 Rz 3, § 61 Rz 2; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG § 61 Rz 6; Krejci, GesR I 34; Rauter, Trennungsprinzip, in Straube, Fachwörterbuch; vgl auch Krejci, Zur Haftung des Vereins und seiner Organwalter, GesRZ 2005, 215 (217 f).

⁷ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 61 Rz 6.

⁸ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 61 Rz 31.

Eine deliktische Außenhaftung der GmbH-Gesellschafter ist vor allem dann interessant, wenn das Gesellschaftsvermögen zur Befriedigung der Gläubiger nicht ausreicht. Dementsprechend großen Raum nehmen in der Diskussion Insolvenzdelikte (§ 69 IO⁹, §§ 156 ff StGB) als Grundlage von Schadenersatzansprüchen der Gesellschaftsgläubiger ein. Daneben kommt ein Schadenersatzanspruch der Gesellschafter aus *culpa in contrahendo* in Betracht, wenn sie besonderes Vertrauen in Anspruch nehmen oder erhebliches eigenes wirtschaftliches Interesse am Abschluss des Geschäfts zwischen der Gesellschaft und einem Dritten haben.¹⁰ Schließlich wird eine Haftung der GmbH-Gesellschafter wegen sittenwidriger Gläubigerschädigung diskutiert.¹¹ Hier ist die in Deutschland breit erörterte und von der österreichischen L vorsichtig rezipierte Haftung wegen Existenzvernichtung einzuordnen. Umstritten ist der Nutzen der Begründung eines Schadenersatzanspruchs durch ein absolutes Befriedigungsrecht der Gläubiger.¹²

⁹ Durch das IRÄG 2010 (Bundesgesetz, mit dem die Konkursordnung in Insolvenzordnung umbenannt und gemeinsam mit dem Insolvenzrechtseinführungsgesetz, dem Gerichtsgebührengesetz, dem Gerichtlichen Einbringungsgesetz, dem Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz, dem IEF-Service-GmbH-Gesetz, dem Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz, dem Landarbeitsgesetz 1984 und der Gewerbeordnung 1994 geändert wird sowie die Ausgleichordnung aufgehoben wird [Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010 - IRÄG], BGBl I 2010/29) wurde die KO in IO umbenannt und grundlegend umgestaltet. Die Änderungen der KO sind mit 1. Juli 2010 in Kraft getreten (§ 273 IO). Für einen Überblick über die Neuerungen durch das IRÄG 2010 vgl *Gassner*, Update zur Reform des Unternehmensinsolvenzrechts (IRÄG 2010), GeS 2009, 378 (378 ff); *Graf-Schimek*, Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010 (IRÄG 2010): Allgemeines und Arbeitsrecht, taxlex 2010, 211 (211 ff); *Konecny*, Das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010. Ein Überblick, ZIK 2010/119, 82 (82 ff); *Mohr*, Das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010, ecolex 2010, 563 (563 ff); *Ristic*, Insolvenznovelle – IRÄG 2010, DRdA 2010, 268 (268 ff); vgl weiters *Gassner*, Die geplante Reform des Unternehmensinsolvenzrechts – ein Überblick zum IRÄG 2009, GeS 2009, 261 (261 ff); *Hopf*, Insolvenzrecht wird umgebaut – Gesetzesentwurf in Begutachtung, ÖJZ 2009, 739 (739); *Mohr*, Reform des Unternehmensinsolvenzrechts. Der Ministerialentwurf des Insolvenzrechtsänderungsgesetzes 2009, ecolex 2009, 848 (848 ff); *Schumacher*, Insolvenznovelle 2009 – Ein Schlag ins Wasser? ÖBA 2009, 761 (761 f) *Weber-Wilfert*, IRÄG 2010: Austritt wegen Entgeltvorenthalts in der Insolvenz, RdW 2010/387, 350 (350 ff); *Edelhauser*, Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2009: Auswirkungen der Insolvenz auf Bestandverträge, ecolex 2010, 38 (38 ff).

¹⁰ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 61 Rz 31.

¹¹ Vgl nur *Koppensteiner*, Zur Haftung der Gesellschafter bei Zahlungsunfähigkeit der GmbH, JBI 2006, 681 (687 f) mwN.

¹² Vgl *Karollus*, Banken-, Gesellschafter- und Konzernleitungshaftung nach den „Eumig“-Erkenntnissen, ÖBA 1990, 337 (341); *Koziol*, HPR II², 53 ff mwN; *ders*, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte (1967) 165 ff.

§ 25 GmbHG scheidet als Anspruchsgrundlage jedenfalls für eine Außenhaftung nach richtiger Ansicht aus.¹³

C. Gegenstand der Arbeit

Im Mittelpunkt dieser Arbeit steht ein Teilaspekt der deliktischen Außenhaftung der Gesellschafter einer GmbH, und zwar die Außenhaftung der GmbH-Gesellschafter bei grob fahrlässiger Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen iSd § 159 StGB, wobei die Ausführungen entsprechend auch auf die Haftung der GmbH-Gesellschafter nach § 156 StGB (Betrügerische Krida), § 157 StGB (Schädigung fremder Gläubiger) sowie § 158 StGB (Begünstigung eines Gläubigers) Anwendung finden werden. Überblicksartig werden die Haftung wegen Existenzvernichtung bzw sittenwidriger Gläubigerschädigung (s Kap VII. B.) sowie wegen Konkursverschleppung (§ 69 IO) dargestellt (s Kap VII. C.).

D. Gang der Darstellung

In Kap II. werde ich den Tatbestand der grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen (§ 159 StGB) darstellen. Daran anschließend beschäftige ich mich in Kap III. mit der an diesen Straftatbestand anknüpfenden zivilrechtlichen Haftung der Geschäftsführer einer GmbH. Auf die Ergebnisse des Kap III. aufbauend gehe ich in den Kap IV. und V. der Frage nach, ob eine Haftung von Gesellschaftern einer GmbH in Betracht kommt. Zwei Begründungswege sind näher zu untersuchen: zum einen die zivilrechtliche Haftung von Gesellschaftern als Normadressaten des § 161 Abs 1 StGB (s Kap IV.) und zum anderen die Schadenersatzpflicht von Gesellschaftern als Bestimmungs- oder Beitragstäter (s Kap V.). Kap VI. ist dann der Untersuchung der Zurechnung von Gehilfen und Repräsentanten gewidmet. Schließlich wird die Außenhaftung der GmbH-Gesellschafter über § 159 StGB in Kap VII. im System des kapitalgesellschaftsrechtlichen

¹³ *Honsell*, Die Haftung des Geschäftsführers gegenüber Gesellschaftsgläubigern bei Insolvenz der GmbH (I), *GesRZ* 1984, 134 (136); *Kreil*, Arbeitsverhältnisse im Konzern (1996) 138; *dies*, Zum Haftungs- und Zurechnungsdurchgriff bei Arbeitnehmeransprüchen im Konzern, *RdW* 2002, 415 (417); *U. Torggler*, Fünf (Anti-)Thesen zum Haftungsdurchgriff, *JBl* 2006, 85 (91); vgl aber *OGH* 12.4.2001, 8 ObA 98/00w, *SZ* 74/65. Zur analogen Anwendung des § 84 Abs 5 AktG auf die GmbH vgl nur *Dellinger*, § 84 Abs 5 AktG – das klarere Haftungsmodell? Über Einziehungsermächtigung und Einwendungsausschluss zugunsten von Gläubigern der AG, in *FS Frotz* (1993) 187 (212 ff) mwN.

Gläubigerschutzes verortet und von anderen Tatbeständen mit ähnlichen Anwendungsbereichen abgegrenzt. Eingehen werde ich dort auf die Haftung wegen Existenzvernichtung und sittenwidriger Gläubigerschädigung (s Kap VII. B.), die Haftung wegen Konkursverschleppung (s Kap VII. C.) sowie die Möglichkeiten eines Haftungsdurchgriffs auf die Gesellschafter der GmbH (s Kap VII. D.). In Kap VIII. fasse ich die wesentlichen Ergebnisse meiner Arbeit zusammen und in Kap IX. folgt eine abschließende Stellungnahme.

II. Grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen (§ 159 StGB)

A. Allgemeines

Eine prosperierende Wirtschaft braucht risikofreudige Unternehmer (s auch Kap B. 3.).¹⁴
Strafrechtlich wird das zulässige Unternehmerrisiko unter anderem durch den Tatbestand der grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen (§ 159 StGB)¹⁵

¹⁴ Vgl auch Platzgummer, Unternehmerrisiko und Strafrecht, JBl 1987, 757 (757).

¹⁵ Eine dem § 159 StGB vergleichbare Regelung befindet sich im deutschen Strafrecht in §§ 283 („Bankrott“), 283a („Besonders schwerer Fall des Bankrotts“) dStGB.

§ 283 Abs 1 dStGB: „Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer bei Überschuldung oder bei drohender oder eingetretener Zahlungsunfähigkeit

1. Bestandteile seines Vermögens, die im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens zur Insolvenzmasse gehören, beiseite schafft oder verheimlicht oder in einer den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprechenden Weise zerstört, beschädigt oder unbrauchbar macht,

2. in einer den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprechenden Weise Verlust- oder Spekulationsgeschäfte oder Differenzgeschäfte mit Waren oder Wertpapieren eingeht oder durch unwirtschaftliche Ausgaben, Spiel oder Wette übermäßige Beträge verbraucht oder schuldig wird,

3. Waren oder Wertpapiere auf Kredit beschafft und sie oder die aus diesen Waren hergestellten Sachen erheblich unter ihrem Wert in einer den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft widersprechenden Weise veräußert oder sonst abgibt,

4. Rechte anderer vortäuscht oder erdichtete Rechte anerkennt,

5. Handelsbücher, zu deren Führung er gesetzlich verpflichtet ist, zu führen unterlässt oder so führt oder verändert, dass die Übersicht über seinen Vermögensstand erschwert wird,

6. Handelsbücher oder sonstige Unterlagen, zu deren Aufbewahrung ein Kaufmann nach Handelsrecht verpflichtet ist, vor Ablauf der für Buchführungspflichtige bestehenden Aufbewahrungsfristen beiseite schafft, verheimlicht, zerstört oder beschädigt und dadurch die Übersicht über seinen Vermögensstand erschwert,

7. entgegen dem Handelsrecht

a) Bilanzen so aufstellt, dass die Übersicht über seinen Vermögensstand erschwert wird, oder

b) es unterlässt, die Bilanz seines Vermögens oder das Inventar in der vorgeschriebenen Zeit aufzustellen, oder

8. in einer anderen, den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Wirtschaft grob widersprechenden Weise seinen Vermögensstand verringert oder seine wirklichen geschäftlichen Verhältnisse verheimlicht oder verschleiert.“

§ 283 Abs 2 dStGB: „Ebenso wird bestraft, wer durch eine der in Absatz 1 bezeichneten Handlungen seine Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit herbeiführt.“

§ 283 Abs 3 dStGB: „Der Versuch ist strafbar.“

begrenzt.¹⁶ Dieser soll in diesem Kap dargestellt werden. Behandelt werden zunächst seine Entstehungsgeschichte (s Kap II. B). Daran anschließend werden die einzelnen Tatbestandsmerkmale des § 159 StGB beschrieben (s Kap II. C.). Besonderes Augenmerk werden im Folgenden im Hinblick auf die im Mittelpunkt dieser Arbeit stehende Haftung der GmbH-Gesellschafter auf das Tatsubjekt des § 159 StGB sowie die Frage gelegt, welche (strafrechtliche) Bedeutung § 159 StGB nach der Kridareform 2000 zukommt. Auf die Auswirkungen der Kridareform auf die zivilrechtliche Haftung wird in Kap III. G. eingegangen.

§ 283 Abs 4 dStGB: „Wer in den Fällen

1. des Absatzes 1 die Überschuldung oder die drohende oder eingetretene Zahlungsunfähigkeit fahrlässig nicht kennt oder
2. des Absatzes 2 die Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit leichtfertig verursacht wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

§ 283 Abs 5 dStGB: „Wer in den Fällen

1. des Absatzes 1 Nr. 2, 5 oder 7 fahrlässig handelt und die Überschuldung oder die drohende oder eingetretene Zahlungsunfähigkeit wenigstens fahrlässig nicht kennt oder
2. des Absatzes 2 in Verbindung mit Absatz 1 Nr. 2, 5 oder 7 fahrlässig handelt und die Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit wenigstens leichtfertig verursacht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

§ 283 Abs 6 dStGB: „Die Tat ist nur dann strafbar, wenn der Täter seine Zahlungen eingestellt hat oder über sein Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet oder der Eröffnungsantrag mangels Masse abgewiesen worden ist.“

§ 283a StGB: „In besonders schweren Fällen des § 283 Abs. 1 bis 3 wird der Bankrott mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren bestraft. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter

1. aus Gewinnsucht handelt oder
2. wissentlich viele Personen in die Gefahr des Verlustes ihrer ihm anvertrauten Vermögenswerte oder in wirtschaftliche Not bringt.“

Vgl auch den Entwurf einer Strafbestimmung gegen Bankrott als Teil eines umfassenden Vorschlags zur Harmonisierung des Wirtschaftsstrafrechts in der EU (abgedruckt in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts [2001] 134 f).

¹⁶ Platzgummer, JBl 1987, 757 (757 ff); vgl für einen Überblick über die Kridadelikte des StGB Inselebacher, Strafrechtliche Aspekte bei Unternehmenskrise, Sanierung und Insolvenz, in Feldbauer-Durstmüller/Schlager, Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz² (2002) 1041 (1041 ff).

B. Entstehungsgeschichte

1. § 486 Strafgesetz 1852

Strafbestimmungen zur Vermeidung von Gläubigerschädigungen lassen sich bis ins Mittelalter zurückverfolgen, wo sie in italienischen Handelsstädten entstanden („*banco rotto*“).¹⁷ Bereits im Strafgesetz 1852¹⁸ gab es seit der kaiserlichen Verordnung vom 10. Dezember 1914¹⁹ eine mit dem heutigen § 159 StGB weitgehend übereinstimmende Bestimmung. Sein § 486²⁰ regelte das Delikt der „fahrlässigen Krida“. ²¹ Die folgenden Fälle strafbaren Verhaltens wurden unterschieden: Nach Z 1 war der Schuldner mehrerer Gläubiger zu bestrafen, der fahrlässig seine Zahlungsunfähigkeit herbeiführte, insbesondere dadurch, dass er übermäßigen Aufwand trieb, leichtsinnig oder unverhältnismäßig Kredit benutzte oder gewährte, ein Vermögensstück verschleuderte oder ein gewagtes Geschäft abschloss, das nicht zum ordnungsmäßigen Betrieb seines Geschäftes gehörte oder mit seinen Vermögensverhältnissen in auffallendem Widerspruch stand. Nach Z 2 war zu bestrafen, wer fahrlässig seine Gläubiger oder einen Teil dadurch be-

¹⁷ Vgl. *Liebscher*, Grundfragen des Wirtschaftsstrafrechts, JBl 1979, 225 (225); *Steininger*, Strafrechtliche Verhaltenspflichten im Zusammenhang mit Insolvenzen, in *Jelinek*, Insolvenz- und Wirtschaftsstrafrecht (1987) 95 (95 f).

¹⁸ RGBI 1852/117 (wiederverlautbart durch StGBI 1945/25 [Strafgesetz 1945]).

¹⁹ RGBI 1914/337. Mit dieser Verordnung wurde auch die KO, die AO (wiederverlautbart durch BGBl II 1934/221) und die AnFO eingeführt.

²⁰ § 486 Strafgesetz 1852: „1. Der Schuldner mehrerer Gläubiger, der fahrlässig seine Zahlungsunfähigkeit herbeiführt, insbesondere dadurch, dass er übermäßigen Aufwand treibt, leichtsinnig oder unverhältnismäßig Kredit benutzt oder gewährt, ein Vermögensstück verschleudert oder ein gewagtes Geschäft abschließt, das nicht zum ordnungsmäßigen Betrieb seines Geschäftes gehört oder mit seinen Vermögensverhältnissen in auffallendem Widerspruch steht;

2. wer fahrlässig seine Gläubiger oder einen Teil dadurch benachteiligt, dass er in Kenntniss seiner Zahlungsunfähigkeit eine neue Schuld eingeht, eine Schuld zahlt, ein Pfand bestellt oder die Geschäftsaufsicht, das Ausgleichsverfahren oder die Eröffnung des Konkurses nicht rechtzeitig beantragt,

wird wegen Vergehens mit strengem Arrest von drei Monaten bis zu einem Jahr bestraft.“

3. Der Täter, der seine Geschäftsbücher verfälscht, beiseite schafft oder vernichtet, wird mit strengem Arrest von sechs Monaten bis zu drei Jahren bestraft.

Der Schuldner, der während einer Geschäftsaufsicht oder eines Ausgleichsverfahrens Rechtshandlungen vornimmt, die ihm nach den Vorschriften über die Geschäftsaufsicht oder nach der Ausgleichsordnung erlaubt sind, ist nicht strafbar.“

²¹ Vgl. zu dieser Bestimmung nur *Kaniak*, StG⁶ § 486 StG.

nachteiligte, dass er in Kenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit eine neue Schuld einging, eine Schuld zahlte, ein Pfand bestellte oder die Geschäftsaufsicht, das Ausgleichsverfahren oder die Eröffnung des Konkurses nicht rechtzeitig beantragte. Schließlich ordnete Z 3 strengere Strafen für den Fall an, dass der Täter seine Geschäftsbücher verfälschte, beiseite schaffte oder vernichtete, und hielt fest, dass der Schuldner, der während einer Geschäftsaufsicht oder eines Ausgleichsverfahrens Rechtshandlungen vornahm, die ihm nach den Vorschriften über die Geschäftsaufsicht oder nach der Ausgleichsordnung erlaubt waren, nicht strafbar war.

2. § 159 StGB vor der Kridareform 2000

Das StGB, das am 1. Jänner 1975 in Kraft getreten ist (§ 322 Abs 1 StGB), hat § 486 Strafgesetz 1852 weitgehend unverändert übernommen.²² Das Delikt der „fahrlässigen Krida“ befand sich in § 159 StGB. Nach der ursprünglichen Fassung dieser Bestimmung²³ war mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu bestrafen, wer als Schuldner mehrerer Gläubiger 1. fahrlässig seine Zahlungsunfähigkeit herbeiführte, insbesondere dadurch, dass er übermäßigen Aufwand trieb, leichtsinnig oder unverhältnismäßig Kredit benutzte oder gewährte, einen Bestandteil seines Vermögens verschleuderte oder ein gewagtes Geschäft abschloss, das nicht zum ordnungsgemäßen Betrieb seines Geschäftes gehörte oder mit seinen Vermögensverhältnissen in auffallendem Widerspruch stand, oder 2. in

²² Vgl. *Leukauf/Steininger*, StGB³ Vorbem zu §§ 156 ff Rz 1; *Rainer* in SK § 159 Rz 1; *Manquet*, Politische Vorgaben und Ziele der Reform des Kridastrafrechts, in *Fuchs/Keppert*, Grundfragen des Kridastrafrechts (2001) 13 (13).

²³ § 159 Abs 1 StGB ursprüngliche Fassung: „Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren ist zu bestrafen, wer als Schuldner mehrerer Gläubiger

1. fahrlässig seine Zahlungsunfähigkeit herbeiführt, insbesondere dadurch, dass er übermäßigen Aufwand treibt, leichtsinnig oder unverhältnismäßig Kredit benutzt oder gewährt, einen Bestandteil seines Vermögens verschleudert oder ein gewagtes Geschäft abschließt, das nicht zum ordnungsgemäßen Betrieb seines Geschäftes gehört oder mit seinen Vermögensverhältnissen in auffallendem Widerspruch steht, oder

2. in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit fahrlässig die Befriedigung seiner Gläubiger oder wenigstens eines von ihnen vereitelt oder schmälert, insbesondere dadurch, dass er eine neue Schuld eingeht, eine Schuld zahlt, ein Pfand bestellt oder die Geschäftsaufsicht, das Ausgleichsverfahren oder die Eröffnung des Konkurses nicht rechtzeitig beantragt.“

§ 159 Abs 2 StGB ursprüngliche Fassung: „Hat der Täter auch seine Geschäftsbücher verfälscht, beiseite geschafft oder vernichtet, so ist er mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.“

Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit fahrlässig die Befriedigung seiner Gläubiger oder wenigstens eines von ihnen vereitelte oder schmälerte, insbesondere dadurch, dass er eine neue Schuld einging, eine Schuld zahlte, ein Pfand bestellte oder die Geschäftsaufsicht, das Ausgleichsverfahren oder die Eröffnung des Konkurses nicht rechtzeitig beantragte (§ 159 Abs 1 StGB in der ursprünglichen Fassung). § 159 Abs 2 StGB in der ursprünglichen Fassung sah strengere Strafen für Täter vor, die ihre Geschäftsbücher verfälscht, beiseite geschafft oder vernichtet hatten.

Das zweite Antikorruptionsgesetz²⁴ brachte eine Erweiterung des Delikts der fahrlässigen Krida.²⁵ § 159 Abs 2 StGB in der ursprünglichen Fassung wurde durch zwei neue Absätze ersetzt:²⁶ Nach § 159 Abs 2 StGB idF BGBl 1982/205 war nunmehr auch zu bestrafen, wer als Schuldner mehrerer Gläubiger fahrlässig, insbesondere auf die in § 159 Abs 1 Z 1 StGB bezeichnete Weise, seine wirtschaftliche Lage derart beeinträchtigte, dass Zahlungsunfähigkeit eingetreten wäre, wenn nicht von einer oder mehreren

²⁴ Bundesgesetz vom 1. April 1982, mit dem die Bestimmungen des Strafgesetzbuches zur Bekämpfung von Mißwirtschaft und Korruption geändert und ergänzt werden (Zweites Antikorruptionsgesetz), BGBl 1982/205.

²⁵ Vgl zu den Änderungen durch das zweite Antikorruptionsgesetz *Liebscher*, Das zweite Antikorruptionsgesetz, JBl 1982, 617 (619 f); *Mayerhofer*, Das Zweite Antikorruptionsgesetz, in ÖJT 1983, Rechtliche Grenzen der Kreditgewährung (1984) 17; *Pallin*, Die neuen Bestimmungen gegen Korruption und Vergabemissbrauch, ÖJZ 1982, 337 (338 f); *ders*, Die kridastrafrechtliche Beurteilung wirtschaftlich riskanter Entscheidungen in Großbetrieben der verstaatlichten Wirtschaft, ÖJZ 1986, 102 (102 ff); *Steininger*, Typische Erscheinungsformen der Wirtschaftskriminalität und ihre Bekämpfung, ÖJZ 1982, 589 (595 f); vgl auch *Gössweiner-Saiko*, Zur Problematik der Feststellung einer bedingten Zahlungsunfähigkeit iS des § 159/2, 3 StGB idF BGBl 1982/205, RZ 1988, 131 (131 ff).

²⁶ § 159 Abs 2 StGB idF BGBl 1982/205: „Ebenso ist zu bestrafen, wer als Schuldner mehrerer Gläubiger fahrlässig, insbesondere auf die in Abs 1 Z 1 bezeichnete Weise, seine wirtschaftliche Lage derart beeinträchtigt, dass Zahlungsunfähigkeit eingetreten wäre, wenn nicht von einer oder mehreren Gebietskörperschaften ohne Verpflichtung hiezu

1. unmittelbar oder mittelbar Zuwendungen erbracht,
2. vergleichbare Maßnahmen getroffen oder
3. Zuwendungen oder vergleichbare Maßnahmen anderer veranlasst worden wären.“

§ 159 Abs 3 StGB idF BGBl 1982/205: „Hat der Täter durch die im Abs 1 mit Strafe bedrohte Handlung die Volkswirtschaft erschüttert oder die wirtschaftliche Existenz vieler Menschen geschädigt oder hat er im Fall des Abs 2 seine wirtschaftliche Lage derart beeinträchtigt, dass eine dieser Folgen ohne Eingreifen einer Gebietskörperschaft eingetreten wäre, so ist er mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen. Ebenso ist der Täter der im Abs 1 oder 2 mit Strafe bedrohten Handlung zu bestrafen, wenn er seine Geschäftsbücher verfälscht, beiseite geschafft oder vernichtet hat.“

Gebietskörperschaften ohne Verpflichtung hiezu unmittelbar oder mittelbar Zuwendungen erbracht, vergleichbare Maßnahmen getroffen oder Zuwendungen oder vergleichbare Maßnahmen anderer veranlasst worden wären. Nach § 159 Abs 3 StGB idF BGBl 1982/205 war der Täter strenger zu bestrafen, wenn er durch die im § 159 Abs 1 StGB mit Strafe bedrohte Handlung die Volkswirtschaft erschüttert oder die wirtschaftliche Existenz vieler Menschen geschädigt oder wenn im Fall des § 159 Abs 2 StGB seine wirtschaftliche Lage derart beeinträchtigt hatte, dass eine dieser Folgen ohne Eingreifen einer Gebietskörperschaft eingetreten wäre. Eine strengere Strafe hatte weiters zu befürchten, wer seine Geschäftsbücher verfälscht, beiseite geschafft oder vernichtet hatte.

Die im Gesetz beispielhaft aufgezählten Fallgruppen wurden durch Rsp und L extensiv interpretiert und wesentlich erweitert. Als weitere Tathandlungen kamen im Rahmen des § 159 Abs 1 Z 1 StGB in der ursprünglichen Fassung (fahrlässige Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit) unter anderem in Betracht: die Gründung oder Erweiterung eines Unternehmens ohne entsprechendem Eigenkapital, eine wirtschaftlich ungesunde Preisgestaltung, unverhältnismäßiger Werbeaufwand, der Abschluss nachteiliger Verträge, die Vornahme wirtschaftlich nicht vertretbarer Investitionen, verfehlte Lagerhaltung, die Aufrechterhaltung verlustreicher Produktionszweige, mangelnde Beobachtung bzw Berücksichtigung der aktuellen Marktlage oder der wirtschaftlichen Gesamtsituation des Unternehmens, die Gründung eines Unternehmens oder die Übernahme von Geschäftsführungsfunktionen trotz mangelnder Sachkenntnis, mangelnde Vorsorge für eine laufende Evidenzhaltung der wichtigsten Gebarungsvorgänge und der jeweils aktuellen wirtschaftlichen Situation des Unternehmens, das Fehlen einer ordnungsgemäßen Buchhaltung bzw die mangelnde Überwachung der mit Führung der Buchhaltung Betrauten sowie Sorglosigkeit bei der Auswahl und Kontrolle des Personals.²⁷ Der Bestimmung kam insofern eine „Auffangfunktion“ zu, als man einem Gemeinschuldner, wenn ihm sonst kein Sorgfaltsverstoß angelastet werden konnte, vorwarf, er habe mit zu viel Fremdkapital gewirtschaftet. Als Beweis zog man das Vorliegen der Insolvenz heran.²⁸ Insgesamt führte die Weite des Tatbestands vor der Kridareform 2000 zur Strafbarkeit

²⁷ Vgl *Leukauf/Steininger*, StGB³ § 159 Rz 13 ff.

²⁸ *Brandstetter*, Die Reichweite der Kridatatbestände nach der Reform des § 159 StGB, in *Fuchs/Keppert*, Grundfragen des Kridastrafrechts (2001) 35 (35).

grundsätzlich jedes fahrlässige Verhalten des Schuldners, das dessen Zahlungsunfähigkeit herbeiführte oder nach Eintreten der Zahlungsunfähigkeit den Gläubigerschaden vergrößerte.²⁹

3. Die Kridareform 2000

Durch die sog „kleine Kridareform“,³⁰ die am 1.8.2000 in Kraft getreten ist, ist das Delikt der „Fahrlässigen Krida“ nach § 159 StGB in „Grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen“ unbenannt³¹ und wesentlich umgestaltet worden.³² Von einer Ge-

²⁹ Medigovic, Nach der Reform: Was bleibt von der fahrlässigen Krida? in *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart* 31 (2003) 311 (311).

³⁰ Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch und die Strafprozessordnung geändert werden, BGBl I 2000/58.

³¹ Von Lendl (Die Reform der „fahrlässigen Krida“ – eine erste Analyse, RZ 2001, 30 [30]) als „wenig elegante sprachliche Neuschöpfung“ bezeichnet; vgl auch Nemec, Kridastrafrecht aus der Sicht der Strafverfolgung, in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts 95 (95) („sprachlich nicht gerade begeistert“).

³² Zur Kridareform 2000 vgl Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 4; Leukauf/Steininger, StGB³ § 159 Rz 3 f; Brandstetter in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts 35 (35 ff); ders, Aktuelle Fragen des Insolvenzstrafrechts, in *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart* 29 (2001) 77 (77 ff); Braun, Zahlungsunfähigkeit im Strafrecht – Auswirkungen der Kridareform, *ecolex* 2001, 381 (381 ff); Breiter, Die grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen, *AnwBl* 2000, 658 (658 ff); Dannecker, Insolvenzstrafrecht – notwendiger Gläubigerschutz oder Wirtschaftshemmnis? in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts (2001) 73 (73 ff); Dellinger, Zahlungsunfähigkeit und kridaträchtige Verhaltensweisen, in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts (2001) 49 (49 ff); Fabrizy, StGB¹⁰ § 159 StGB Rz 1; Feuchtinger, Neues Kridastrafrecht und zivilrechtliche Haftung, *SWK* 2000, W 131 (W 131 ff); Flora, § 159 – Die grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen, *ecolex* 2001, 176 (176 ff); Keppert, Die (vorläufige) Reform des Kridastrafrechts aus der Sicht des Buchsachverständigen, *SWK* 2001, W 57 (W 57 ff); ders, Kridastrafrecht – Bestandsaufnahme und Reform aus der Sicht des Buchsachverständigen, in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts (2001) 129 (129 ff); Köck, Wirtschaftsstrafrecht 110; Lendl, RZ 2001, 30 (30 ff); Manquet in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts 13 (13 ff); Medigovic, Das neue Delikt der grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen gemäß § 159 StGB, *ÖJZ* 2003, 161 (161 ff); dies in *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart* 31, 311 (311 ff); Moring, Kridastrafrecht aus der Sicht der Verteidigung, in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts (2001) 119 (119 ff); Nemec in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts (2001) 95 (95 ff); Rosbaud/Manquet, Die „fahrlässige Krida“ geht – was bleibt? Zur Reform des § 159 StGB, *wbl* 2001, 97 (97 ff); Schick, Die „fahrlässige Krida“ (§ 159 StGB alt) – eine gefährliche Drohung oder ein Mittel des Krisenmanagements? in FS Krejci (2001) 1865 (1865 ff); Siart, Die Feststellung der Zahlungs(un)fähigkeit im Hinblick auf § 159 StGB „NEU“. Ein Plädoyer für die dynamische Interpretation, *taxlex* 2006, 459 (459 ff); Wegscheider, „Fahrlässige Krida“ neu! *JBli* 2001, 287 (287 ff); Zagler, *BT* 265 ff.

samtreform der Kridabestimmungen hatte man abgesehen.³³ Weitergehende Novellierungen im Bereich des Kridastrafrechts hatte zuvor der Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes 1998³⁴ beinhaltet. Diese Vorschläge wurden im weiteren Gesetzgebungsverfahren nicht übernommen.³⁵

³³ Brandstetter (in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts 35 [35] sowie in Strafrechtliche Probleme der Gegenwart 29, 77 [77]) spricht deshalb auch von einer „Rumpf-Reform“.

³⁴ Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Strafgesetzbuch, die Strafprozessordnung und das Bankwesengesetz geändert werden (Strafrechtsänderungsgesetz 1998). An die Stelle der §§ 156 bis 159 StGB war geplant, die folgenden beiden Paragraphen zu setzen:

§ 156 Abs 1 StGB: „Wer als Schuldner seine Zahlungsunfähigkeit dadurch herbeiführt, dass er kridaträchtig handelt (Abs. 6), ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen.“

§ 156 Abs 2 StGB: „Ebenso ist zu bestrafen, wer als Schuldner in Kenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit nach Abs. 6 Z 1 bis 5 kridaträchtig handelt.“

§ 156 Abs 3 StGB: „Ebenso ist zu bestrafen, wer als Schuldner dadurch, dass er kridaträchtig handelt (Abs. 6.), seine wirtschaftliche Lage derart beeinträchtigt, dass Zahlungsunfähigkeit eingetreten wäre, wenn nicht von einer oder mehreren Gebietskörperschaften ohne Verpflichtung hiezu

1. unmittelbar oder mittelbar Zuwendungen erbracht,

2. vergleichbare Maßnahmen getroffen oder

3. Zuwendungen oder vergleichbare Maßnahmen anderer veranlasst worden wären.“

§ 156 Abs 4 StGB: „Ebenso ist zu bestrafen, wer als Schuldner mehrerer Gläubiger in Kenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit einen Gläubiger dadurch absichtlich begünstigt, dass er ihn grob unverhältnismäßig befriedigt. Der Gläubiger, der den Täter zur Zahlung oder Sicherstellung einer ihm zustehenden Forderung verleitet oder die Zahlung oder Sicherstellung annimmt, ist nicht zu bestrafen.“

§ 156 Abs 5 StGB: „Mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren ist zu bestrafen, wer

1. im Fall des Abs. 1 dadurch, dass er kridaträchtig handelt (Abs. 6), einen 5 Millionen S übersteigenden Befriedigungsausfall seiner Gläubiger oder wenigstens eines von ihnen bewirkt,

2. im Fall des Abs. 2. dadurch, dass er in Kenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit nach Abs. 6 Z 1 bis 5 kridaträchtig handelt, einen 5 Millionen S übersteigenden zusätzlichen Befriedigungsausfall seiner Gläubiger oder wenigstens eines von ihnen bewirkt,

3. durch eine der in den Abs. 1 und 2 mit Strafe bedrohten Handlungen die Volkswirtschaft erschüttert oder die wirtschaftliche Existenz vieler Menschen schädigt,

4. im Fall des Abs. 3 seine wirtschaftliche Lage derart beeinträchtigt, dass eine der in Z 3 genannten Folgen ohne Eingreifen einer Gebietskörperschaft eingetreten wäre, oder

5. eine der in den Abs. 1 bis 4 mit Strafe bedrohten Handlungen begeht und innerhalb der letzten fünf Jahre bereits einmal nach diesen Bestimmungen verurteilt worden ist.“

§ 156 Abs 6 StGB: „Kridaträchtig handelt, wer entgegen Grundsätzen ordentlichen Wirtschaftens

1. einen Bestandteil seines Vermögens zerstört, beschädigt, unbrauchbar macht, verschleudert oder verschenkt,

Ziel der Novelle war eine weitgehende Entkriminalisierung des unternehmerischen Misserfolgs.³⁶ Damit folgte sie dem Drängen von Teilen der Wirtschaft.³⁷ In der L war der

2. einen Bestandteil seines Vermögens verheimlicht, beiseite schafft, eine nicht bestehende Verbindlichkeit vorschützt oder anerkennt oder sonst sein Vermögen zum Schein verringert

3. durch unwirtschaftliche Anschaffungen, ungewöhnlich und unverhältnismäßig gewagte Geschäfte, Spiel oder Wette übermäßig hohe Beträge verbraucht, ausgibt oder schuldig wird,

4. seiner Vermögens-, Finanz- und Ertragslage grob unangemessenen Kredit benützt oder gewährt,

5. übermäßigen, mit seinen Vermögensverhältnissen oder seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in auffallendem Widerspruch stehenden Aufwand treibt,

6. Geschäftsbücher, geschäftliche Aufzeichnungen oder sonstige geeignete und erforderliche Kontrollmaßnahmen, die ihm einen verlässlichen Überblick über seine Vermögens-, Finanz- und Ertragslage verschaffen, zu führen unterlässt oder so führt, dass ein Überblick über seine wahre Vermögens-, Finanz- und Ertragslage erheblich erschwert wird, oder

7. Bilanzen oder Jahresabschlüsse, zu deren Erstellung er verpflichtet ist, aufzustellen unterlässt, auf eine solche Weise oder so spät erstellt, dass ein zeitnaher Überblick über seine wahre Vermögens-, Finanz- und Ertragslage erheblich erschwert wird.“

§ 159 Abs 1 StGB: „„Wer als Schuldner fahrlässig seine Zahlungsunfähigkeit dadurch herbeiführt, dass er kridaträchtig handelt (§ 156 Abs. 6), ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahren zu bestrafen.“

§ 159 Abs 2 StGB: „Ebenso ist zu bestrafen, wer als Schuldner in fahrlässiger Unkenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit nach Abs. 6 Z 1 bis 5 kridaträchtig handelt.“

§ 159 Abs 3 StGB: „Ebenso ist zu bestrafen, wer die in § 156 Abs. 3 mit Strafe bedrohte Handlung fahrlässig begeht.“

§ 159 Abs 4 StGB: „Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren ist zu bestrafen, wer

1. im Fall des Abs. 1 dadurch, dass er kridaträchtig handelt (§ 156 Abs. 6), einen 5 Millionen S übersteigenden Befriedigungsausfall seiner Gläubiger oder wenigstens eines von ihnen bewirkt,

2. im Fall des Abs. 2. dadurch, dass er in Kenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit nach § 156 Abs. 6 Z 1 bis 5 kridaträchtig handelt, einen 5 Millionen S übersteigenden zusätzlichen Befriedigungsausfall seiner Gläubiger oder wenigstens eines von ihnen bewirkt,

3. durch eine der in den Abs. 1 und 2 mit Strafe bedrohten Handlungen die Volkswirtschaft erschüttert oder die wirtschaftliche Existenz vieler Menschen schädigt,

4. im Fall des Abs. 3 seine wirtschaftliche Lage derart beeinträchtigt, dass eine der in Z 3 genannten Folgen ohne Eingreifen einer Gebietskörperschaft eingetreten wäre, oder

5. eine der in den Abs. 1 bis 3 mit Strafe bedrohten Handlungen begeht und innerhalb der letzten fünf Jahre bereits einmal nach den §§ 156 oder 159 verurteilt worden ist.“

Zu diesem Entwurf vgl Brandstetter, Die Fragwürdigkeit der „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ und andere aktuelle Fragen des Wirtschaftsstrafrechts, in Strafrechtliche Probleme der Gegenwart 126 (1998) 127 (145 ff).

³⁵ Zur Genese der Reform vgl Dannecker in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts 73 (74 ff); Manquet in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts 13 (13 ff); Wegscheider, JBl 2001, 287 (288).

³⁶ Vgl Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 4; Feuchtinger, SWK 2000, W 131 (W 131); Brandstetter in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts 35 (35); Ros-

Anwendungsbereich des § 159 StGB in der Fassung vor der Kridareform war als zu weit und wenig praktikabel empfunden worden.³⁸ In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage³⁹ wird betont, dass wirtschaftsstrafrechtliche Bestimmungen stets die „*Bereitschaft zu wirtschaftlichem Risiko und Gewinnstreben als notwendiges movens einer Marktwirtschaft*“ zu respektieren haben.⁴⁰ Zu bestrafen sei aber echte Misswirtschaft und (insbesondere gläubiger-) schädigendes Verhalten. Durch die Kridareform wollte der Gesetzgeber in diesem Sinne den „*Bereich sozialadäquaten wirtschaftlichen Risikoverhaltens*“ ausweiten.

Neben der Umbenennung des Delikts kam es zu den folgenden Änderungen: zum einen wurde der Strafbarkeitsbereich des § 159 StGB auf grob fahrlässige Verhaltensweisen eingeschränkt (s Kap II. C. 5.); zum anderen wurden die kridaträchtigen Handlungen taxativ aufgezählt, wobei in der Praxis bedeutsame Tathandlungen bewusst nicht aufgenommen wurden und andere höhere Strafbarkeitsvoraussetzungen aufweisen müssen (s Kap II. C. 3.);⁴¹ schließlich kam es zu einer Reduktion der Strafsätze, zu Änderungen im Bereich der Qualifikationen und zum Entfall des Erfordernisses einer Mehrheit von Gläubigern (s Kap II. C. 2.). Die Struktur des Tatbestands wurde jedoch im Wesentlichen beibehalten.⁴²

baud/Manquet, wbl 2001, 97 (97 f); *Medigovic*, ÖJZ 2003, 161 (161 f); *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen 76 f; *Wegscheider*, JBl 2001, 287 (287 f). Vgl auch die Verurteilungsstatistiken bei *Manquet* in *Fuchs/Keppert*, Grundfragen des Kridastrafrechts 13 (13) und *Wegscheider*, JBl 2001, 287 (287).

³⁷ *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB² § 159 Rz 4.

³⁸ Vgl etwa *Bertel*, Fahrlässige Krida und freie Wirtschaft, wbl 1995, 60 (60 ff); *Rosbaud/Manquet*, wbl 2001, 97 (97 f) mwN; *Fuchs*, Einleitung, in *Fuchs/Keppert*, Grundfragen des Kridastrafrechts (2001) 9 (9 f); *Honsell*, Die GmbH und der Gläubigerschutz, GesRZ 1987, 173 (173 ff); *Medigovic*, ÖJZ 2003, 161 (161); *Reich-Rohrwig*, Aktuelles zur Geschäftsführerhaftung, ecolex 1998, 767 (767 f).

³⁹ EBRV 92 BlgNR 21. GP 5. Ausführlich dazu *Dannecker* in *Fuchs/Keppert*, Grundfragen des Kridastrafrechts 73 (73 ff).

⁴⁰ Vgl auch *Rainer*, Strafrechtliche Verfolgung bei Unternehmensinsolvenzen, RZ 1994, 127 (127).

⁴¹ *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB² § 159 Rz 4.

⁴² Vgl auch *Lendl*, RZ 2001, 30 (31).

4. Strafrechtsänderungsgesetz 2001⁴³

Durch das Strafrechtsänderungsgesetz 2001 erfolgte zuletzt noch die Umwandlung der Geldbeträge in § 159 StGB in EUR-Beträge.

5. Geplante Reformen

In den Materialien zur Kridareform 2000 wurde festgehalten, dass der Entwurf eine spätere weitergehende Neugestaltung des Kridastrafrechts nicht ausschließen will.⁴⁴ Eine Gesamtreform des Kridastrafrechts – wie sie der Entwurf eines Strafrechtsänderungsgesetzes 1998⁴⁵ vorgesehen hatte – wird vom Schrifttum gefordert.⁴⁶

C. Tatbestand

1. Allgemeines

§ 159 StGB in der geltenden Fassung ist ein kumulatives Mischdelikt^{47, 48}. Es unterscheidet drei Begehungsformen, die ihrerseits wiederum als alternative Mischdelikte⁴⁹ ausgestal-

⁴³ Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch, die Strafprozessordnung 1975, das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 105/1997, mit dem zur Bekämpfung organisierter Kriminalität besondere Ermittlungsmaßnahmen in die Strafprozessordnung eingeführt sowie das Strafgesetzbuch, das Mediengesetz, das Staatsanwaltschaftsgesetz und das Sicherheitspolizeigesetz geändert werden, sowie das Strafvollzugsgesetz, das Einführungsgesetz zum Strafvollzugsgesetz, das Militärstrafgesetz, das Geschworenen- und Schöffengesetz 1990, das Mediengesetz, das Bewährungshilfegesetz und das Wohnhaus-Wiederaufbaugesetz geändert werden (Strafrechtsänderungsgesetz 2001), BGBl. I 2001/130; vgl. für einen Überblick *Maleccky*, Das Strafrechtsänderungsgesetz 2001, JAP 2001/2002, 182 (182 ff).

⁴⁴ EBRV 92 BlgNR 21. GP 4.

⁴⁵ S FN 34.

⁴⁶ *Lendl*, RZ 2001, 30 (36); *Manquet* in *Fuchs/Keppert*, Grundfragen des Kridastrafrechts 13 (32 ff); vgl. auch *Brandstetter* in *Fuchs/Keppert*, Grundfragen des Kridastrafrechts 35 (39, 47) (Reformbedürftigkeit des Tatbestands der betrügerischen Krida); vgl. auch den alternativen Formulierungsvorschlag von *Wegscheider*, JBl 2001, 287 (293).

⁴⁷ Als kumulative Mischdelikte bezeichnet man Delikte, die verschiedene Deliktstypen mit verschiedenem sozialem Sinngehalt enthalten (*Fuchs*, AT I⁷, 89).

⁴⁸ *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB² § 159 Rz 6; *Leukauf/Steininger*, StGB³ § 159 Rz 3; *Rainer* in SK § 159 Rz 8; *Lendl*, RZ 2001, 30 (31).

⁴⁹ Als alternative Mischdelikte bezeichnet man Delikte, die gleichwertige Begehungsformen ein- und desselben Deliktstypus enthalten (*Fuchs*, AT I⁷, 89).

tet sind:⁵⁰ Nach Abs 1 dieser Bestimmung ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu bestrafen, wer grob fahrlässig seine Zahlungsunfähigkeit dadurch herbeiführt, dass er kridaträchtig handelt. Ebenso ist gemäß Abs 2 zu bestrafen, wer in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit grob fahrlässig die Befriedigung wenigstens eines seiner Gläubiger dadurch vereitelt oder schmälert, dass er kridaträchtig handelt. Schließlich trifft nach Abs 3 denjenigen dieselbe Strafdrohung, der grob fahrlässig seine wirtschaftliche Lage durch kridaträchtiges Handeln derart beeinträchtigt, dass Zahlungsunfähigkeit eingetreten wäre, wenn nicht von einer oder mehreren Gebietskörperschaften ohne Verpflichtung hiezu unmittelbar oder mittelbar Zuwendungen erbacht, vergleichbare Maßnahmen getroffen oder Zuwendungen oder vergleichbare Maßnahmen anderer veranlasst worden wären.⁵¹

Alle drei Begehungsformen schützen das Rechtsgut fremdes Vermögen, im Fall der Abs 1 und 2 leg cit geht es um den Vermögensschutz der Gläubiger, Abs 3 leg cit hat weiters den Schutz öffentlicher Mittel zum Ziel.⁵² Sämtliche in § 159 StGB normierte Delikte sind Erfolgsdelikte⁵³ – bei Abs 1 und 2 leg cit handelt es sich um Verletzungsdelikte,⁵⁴ bei Abs 3 leg cit um ein konkretes Gefährdungsdelikt⁵⁵ – sowie Fahrlässigkeitsdelikte mit gesetzlich bestimmter Verhaltensbeschreibung.⁵⁶

⁵⁰ Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 6; Wegscheider, JBl 2001, 287 (290).

⁵¹ Zur Möglichkeit einer Diversion vgl nur Michel-Kwapinski/Schütz, Diversion bei Verdacht auf grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen nach § 159 StGB? RZ 2008, 218 (218 ff).

⁵² Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 7 mwN.

⁵³ Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 8; Lendl, RZ 2001, 30 (31). Als Erfolgsdelikte bezeichnet man Delikte, die eine von der Handlung getrennte Veränderung in der Außenwelt fordern (Fuchs, AT I⁷, 85).

⁵⁴ Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 8. Als Verletzungsdelikte bezeichnet man Delikte, bei denen die Rechtsgutbeeinträchtigung auch tatsächlich eintreten muss (Fuchs, AT I⁷, 85).

⁵⁵ Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 8; Leukauf/Steininger, StGB³ § 159 Rz 3; Lendl, RZ 2001, 30 (31). Als konkrete Gefährdungsdelikte bezeichnet man Delikte, bei denen der Tatbestand nur erfüllt ist, wenn die gefährliche Handlung auch den Erfolg einer konkreten Gefahr verursacht hat (Fuchs, AT I⁷, 85 f).

⁵⁶ Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 9; Rainer in SK § 159 Rz 5; Lendl, RZ 2001, 30 (31). Zum Begriff des Fahrlässigkeitsdelikts mit gesetzlich bestimmter Verhaltensbeschreibung s Kap V. B. 2.

§ 159 Abs 4 StGB sieht eine erhöhte Strafdrohung von bis zu zwei Jahren Freiheitsstrafe bei Vorliegen einer der folgenden Erfolgsqualifikationen vor:⁵⁷ jemand bewirkt im Fall des § 159 Abs 1 StGB einen EUR 800.000,-- übersteigenden Befriedigungsausfall seiner Gläubiger oder wenigstens eines von ihnen (§ 159 Abs 4 Z 1 StGB); jemand bewirkt im Fall des § 159 Abs 2 StGB einen EUR 800.000,-- übersteigenden zusätzlichen Befriedigungsausfall seiner Gläubiger oder wenigstens eines von ihnen (§ 159 Abs 4 Z 2 StGB); jemand schädigt durch eine der in den § 159 Abs 1 oder 2 StGB mit Strafe bedrohten Handlungen die wirtschaftliche Existenz vieler Menschen oder hätte sie im Fall des § 159 Abs 3 StGB geschädigt (§ 159 Abs 4 Z 3 StGB).

Im Folgenden werden zunächst jene Tatbestandsmerkmale beschrieben, die allen Delikten des § 159 StGB gemeinsam sind, das Subjekt (s Kap II. C. 2.), das kridaträchtige Handeln (s Kap II. C. 3.), die Zahlungsunfähigkeit (s Kap II. C. 4.) sowie die grobe Fahrlässigkeit (s Kap II. C. 5.). Kap II. C. 6. beschäftigt sich mit der Strafbarkeit wegen Unterlassung. Daran schließt eine Darstellung der den einzelnen Begehungsformen eigenen Tatbestandsmerkmalen an (s Kap II. C. 7. – 9.). Im Mittelpunkt der Ausführungen stehen – im Hinblick auf die auf § 159 StGB aufbauende zivilrechtliche Haftung wegen Verletzung von Schutzgesetzen – die in § 159 StGB pönalisierten kridaträchtigen Handlungen und ihre Neugestaltung durch die Kridareform 2000.

2. Subjekt

a. Schuldner

Die Delikte des § 159 StGB sind Sonderdelikte.⁵⁸ Als unmittelbarer Täter kommt zunächst nur in Betracht, wer Schuldner ist.⁵⁹ Die Schuldner-eigenschaft folgt aus dem Begriff der

⁵⁷ Näher zum Folgenden vgl nur *Fabrizy*, StGB¹⁰ § 159 StGB Rz 18 ff; *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB² § 159 Rz 102 ff; *Rainer* in SK § 159 Rz 106 ff; jeweils mwN.

⁵⁸ *Karollus*, ÖBA 1990, 337 (341); *Köck*, Wirtschaftsstrafrecht 110; *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB² § 159 Rz 34; *Leukauf/Steininger*, StGB³ § 159 Rz 4; *Rainer* in SK § 159 Rz 7; vgl aber *Rosbaud/Manquet*, wbl 2001, 97 (100), die die Eigenschaft des § 159 Abs 1 StGB als Sonderdelikt in Frage stellen. Zum Begriff des Sonderdelikts s Kap V. B. 3.

⁵⁹ *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB² § 159 Rz 33; *Köck*, Wirtschaftsstrafrecht 110; *Rainer* in SK § 159 Rz 7 und 12. Im Fall des § 159 Abs 2 StGB wird die Zahlungsunfähigkeit als zusätzliches personales Tatbestandsmerkmal angesehen (*Wegscheider*, JBl 2001, 287 [292]). Näher zum Begriff des Schuldners vgl nur *Eberl*, Fahrlässige Krida 15 ff mwN.

Zahlungsunfähigkeit, der das Vorliegen von Verbindlichkeiten impliziert.⁶⁰ Maßgeblicher Zeitpunkt, zu dem die Schuldneigenschaft vorliegen muss, ist jener der Tatbegehung.⁶¹ Darüber hinaus wird die Auffassung vertreten, dass auch bestraft werden kann, wer im Zeitpunkt der Tathandlung zwar noch keine Schulden hat, solche jedoch durch eine kridaträchtige Handlung begründet und dadurch seine Zahlungsunfähigkeit herbeiführt.⁶² Das Erfordernis der Gläubigermehrheit in § 159 StGB aF ist mit der Kridareform 2000 entfallen.⁶³ Unmittelbarer Täter kann also nunmehr auch sein, wer nur einen Gläubiger hat.⁶⁴ Missverständlich ist, dass § 159 Abs 2 StGB von der Vereitelung oder Schmälerung der Befriedigung „*wenigstens eines seiner Gläubiger*“ spricht und Abs 4 leg cit vom Befriedigungsausfall „*seiner Gläubiger oder wenigstens eines von ihnen*“.⁶⁵ Darauf, ob der Schuldner ein Unternehmen betreibt oder nicht, kommt es nicht an.⁶⁶

b. Leitende Angestellte

Im StGB gibt es keine generelle Organ-, Vertreter-, Manager oder Angestelltenhaftung.⁶⁷ § 161 Abs 1 StGB⁶⁸ erweitert den Anwendungsbereich des § 159 StGB jedoch auf sog

⁶⁰ EBRV 92 BlgNR 21. GP 11; Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 33; Rainer in SK § 159 Rz 12.

⁶¹ Breiter, Fahrlässige Krida 30; Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 33.

⁶² Rosbaud/Manquet, WBI 2001, 97 (100).

⁶³ Hintergrund dieser Änderung war der Entfall des Erfordernisses der Gläubigermehrheit im Insolvenzrecht durch das IRÄG 1997 (Bundesgesetz, mit dem die Konkursordnung, die Ausgleichsordnung, die Kaiserliche Verordnung über die Einführung einer Konkursordnung, einer Ausgleichsordnung und einer Anfechtungsordnung, das Rechtspflegergesetz, das Handelsgesetzbuch, das Aktiengesetz, das Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, das Gerichtsgebührengesetz, das Gerichtsorganisationsgesetz und das Bankwesengesetz geändert werden sowie ein Bundesgesetz über die Reorganisation von Unternehmen [Unternehmensreorganisationsgesetz – URG]) geschaffen wird [nsolvenzrecht-sänderungsgesetz 1997 – IRÄG 1997], BGBl I 1997/114) (EBRV 92 BlgNR 21. GP 11).

⁶⁴ Flora, ecolex 2001, 176 (176); Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 4 und 33; Rainer in SK § 159 Rz 13; Rosbaud/Manquet, WBI 2001, 97 (99 f); vgl aber Nemec in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts 95 (97 f), nach dem der Entfall der Erfordernisses der Gläubigermehrheit nicht für den Tatbestand nach § 159 Abs 2 StGB gilt und selbst hinsichtlich des Tatbestands nach § 159 Abs 1 StGB zweifelhaft scheinen kann.

⁶⁵ Vgl auch Lendl, RZ 2001, 30 (31), Wegscheider, JBl 2001, 287 (291).

⁶⁶ Breiter, Fahrlässige Krida 30; Lendl, RZ 2001, 30 (31).

⁶⁷ Rainer in SK § 161 Rz 1; vgl § 14 dStGB:

§ 14 Abs 1dStGB: „*Handelt jemand*

1. als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs,

„leitende Angestellte“. Nach § 159 StGB ist gemäß § 161 Abs 1 Satz 1 StGB auch zu bestrafen, wer eine der dort genannten Handlungen als leitender Angestellter einer juristischen Person oder einer Personengemeinschaft ohne Rechtspersönlichkeit begeht. Ebenso ist nach § 161 Abs 1 Satz 2 StGB zu bestrafen, wer als leitender Angestellter einer natürlichen Person ohne deren Einverständnis handelt. Leitende Angestellte einer natürlichen Person, die im Einverständnis mit dieser handeln, sind als Beitragstätter strafbar.⁶⁹ Für diesen Fall besteht somit kein Bedarf nach einer Regelung in § 161 Abs 1 StGB.⁷⁰

Den Begriff des leitenden Angestellten klärt § 74 StGB, auf den in § 161 StGB verwiesen wird. Unter leitenden Angestellten sind nach der Legaldefinition in Abs 3 Satz 1 *leg cit* Angestellte eines Unternehmens zu verstehen, auf dessen Geschäftsführung ihnen ein maßgeblicher Einfluss zusteht. Ihnen stehen gemäß Abs 3 Satz 2 *leg cit* Geschäftsführer, Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrats⁷¹ und Prokuristen ohne Angestelltenver-

-
2. als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft oder
3. als gesetzlicher Vertreter eines anderen,

so ist ein Gesetz, nach dem besondere persönliche Eigenschaften, Verhältnisse oder Umstände (besondere persönliche Merkmale) die Strafbarkeit begründen, auch auf den Vertreter anzuwenden, wenn diese Merkmale zwar nicht bei ihm, aber bei dem Vertretenen vorliegen.“

§ 14 Abs 2 dStGB: „Ist jemand von dem Inhaber eines Betriebs oder einem sonst dazu Befugten

1. beauftragt, den Betrieb ganz oder zum Teil zu leiten, oder

2. ausdrücklich beauftragt, in eigener Verantwortung Aufgaben wahrzunehmen, die dem Inhaber des Betriebs obliegen,

und handelt er auf Grund dieses Auftrags, so ist ein Gesetz, nach dem besondere persönliche Merkmale die Strafbarkeit begründen, auch auf den Beauftragten anzuwenden, wenn diese Merkmale zwar nicht bei ihm, aber bei dem Inhaber des Betriebs vorliegen. Dem Betrieb im Sinne des Satzes 1 steht das Unternehmen gleich. Handelt jemand auf Grund eines entsprechenden Auftrags für eine Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, so ist Satz 1 sinngemäß anzuwenden.“

§ 14 Abs 3 dStGB: „Die Absätze 1 und 2 sind auch anzuwenden, wenn die Rechtshandlung, welche die Vertretungsbefugnis oder das Auftragsverhältnis begründen sollte, unwirksam ist.“

⁶⁸ Zur Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung s Kap V. B.

⁶⁹ Breiter, Fahrlässige Krida 31; Inselsbacher in Feldbauer-Durstmüller/Schlager, Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz², 1041 (1067); Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 161 Rz 18; Leukauf/Steininger, StGB³ § 161 Rz 11.

⁷⁰ DokStGB 175.

⁷¹ Vgl Schima, Krida(-haftung) durch Aufsichtsratsmitglieder, RdW 1992, 294 (294 ff).

hältnis gleich. Der Verweis des § 161 StGB erfasst auch die den leitenden Angestellten gleichgestellten Personengruppen.⁷² Gibt es mehrere Geschäftsführer, Mitglieder des Vorstands oder Mitglieder des Aufsichtsrats, haftet unabhängig von einer internen Aufteilung der Kompetenzen jeder für den ungeteilten Geschäftsführungs-, Vorstands- oder Aufsichtsbereich.⁷³ Die Strafbarkeit hängt nicht davon ab, ob tatsächlich maßgeblicher Einfluss ausgeübt werden kann.⁷⁴ Auch die Billigung durch andere Gesellschaftsorgane, etwa durch die Gesellschafterversammlung oder durch den Aufsichtsrat, steht einer Bestrafung nicht entgegen.⁷⁵ Eine nähere Untersuchung des Begriffs der leitenden Angestellten und der vom Gesetz den leitenden Angestellten gleichgestellten Personengruppen folgt in Kap IV.

c. Bestimmungs- und Beitragstäter

In Betracht kommt weiters eine Strafbarkeit als Bestimmungs- oder Beitragstäter nach Maßgabe der strafrechtlichen Beteiligungsregelungen. Den damit im Zusammenhang stehenden Fragen wird in Kap V. nachgegangen.

3. Kridaträchtiges Handeln

a. Allgemeines

Alle drei Begehungsformen des § 159 StGB setzen ein kridaträchtiges Handeln des Täters voraus und verweisen auf Abs 5 leg cit, der eine taxative⁷⁶ Liste kridaträchtiger Handlungen enthält. Die nunmehr taxative Aufzählung der verpönten Verhaltensweisen ist eine der wesentlichsten Neuerungen der Kridareform 2000. Keine Strafe trifft somit nach der neuen Rechtslage denjenigen, der zwar grob fahrlässig seine Zahlungsunfähigkeit herbeiführt, dabei aber keine der vom Gesetz genannten kridaträchtigen Handlungen vor-

⁷² Karollus, Haftung 28; Olscher, Kridadelikte und Organhaftung nach dem Strafgesetzbuch, GesRZ 1975, 80 (83).

⁷³ OGH 11 Os 52/05i, JBl 2007, 333 (334 f) (vgl zu dieser Entscheidung auch Spornberger, Zur Haftung leitender Vereinsorgane, ecolex 2007, 407 [407 ff]); Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 161 Rz 10; Leukauf/Steininger, StGB³ § 161 Rz 7.

⁷⁴ Breiter, Fahrlässige Krida 31 ff; Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 161 Rz 9; Rainer in SK § 161 Rz 14, 17.

⁷⁵ Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 161 Rz 15; Leukauf/Steininger, StGB³ § 161 Rz 8; Rainer in SK § 161 Rz 14.

nimmt.⁷⁷ Damit soll nach dem Willen des Gesetzgebers „*grob unwirtschaftliches und leichtfertiges Handeln von schlichten Fehlleistungen und ökonomischem Misserfolg besser und zielgerichteter unterschieden werden*“.⁷⁸ Es ging hier vor allem darum, die Aufgangfunktion des alten Tatbestands der fahrlässigen Krida (s Kap II. B. 2.) zu beseitigen.⁷⁹ Die Unterschiede zur Rechtslage vor der Kridareform 2000 werden in einem Exkurs in Kap II. C. 3. g. beleuchtet.

Kridaträchtig handelt nach der Aufzählung in § 159 Abs 5 StGB, wer entgegen den Grundsätzen ordentlichen Wirtschaftens

1. einen bedeutenden Bestandteil seines Vermögens zerstört, beschädigt, unbrauchbar macht, verschleudert oder verschenkt (s Kap II. C. 3. b.),
2. durch ein außergewöhnlich gewagtes Geschäft, das nicht zu seinem gewöhnlichen Wirtschaftsbetrieb gehört, durch Spiel oder Wette übermäßig hohe Beträge ausgibt (s Kap II. C. 3. c.),
3. übermäßigen, mit seinen Vermögensverhältnissen oder seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in auffallendem Widerspruch stehenden Aufwand treibt (s Kap II. C. 3. d.),
4. Geschäftsbücher oder geschäftliche Aufzeichnungen zu führen unterlässt oder so führt, dass ein zeitnahe Überblick über seine wahre Vermögens-, Finanz- und Ertragslage erheblich erschwert wird, oder sonstige geeignete und erforderliche Kontrollmaßnahmen, die ihm einen solchen Überblick verschaffen, unterlässt (s Kap II. C. 3. e.), oder
5. Jahresabschlüsse, zu deren Erstellung er verpflichtet ist, zu erstellen unterlässt oder auf eine solche Weise oder so spät erstellt, dass ein zeitnahe Überblick über seine wahre Vermögens-, Finanz- und Ertragslage erheblich erschwert wird (s Kap II. C. 3. f.).

⁷⁶ Fabrizy, StGB¹⁰ § 159 StGB Rz 5; Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 4; Rainer in SK § 159 Rz 18 und 20; Fuchs in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts 9 (10); Lendl, RZ 2001, 30 (31); Wegscheider, JBl 2001, 287 (290).

⁷⁷ Vgl auch Dellinger in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts 49 (49).

⁷⁸ EBRV 92 BlgNR 21. GP 4.

⁷⁹ Brandstetter in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts 35 (35).

Ob hinsichtlich der kridaträchtigen Handlung Vorsatz zu verlangen ist oder ob grobe oder gar leichte Fahrlässigkeit ausreicht, ist umstritten.⁸⁰ Regelmäßig wird aber ohnehin Vorsatz vorliegen.⁸¹

Der Aufzählung⁸² der kridaträchtigen Handlungen ist die Präambel⁸³ vorangestellt, dass die Handlungen „*entgegen den Grundsätzen ordentlichen Wirtschaftens*“ erfolgen müssen. Umstritten ist die Bedeutung dieses Tatbestandsmerkmals.⁸⁴ ME überzeugt jene Auffassung, wonach es sich hierbei bloß um eine Bezugnahme auf das allen Fahrlässigkeitsdelikten innewohnende Kriterium der objektiven Sorgfaltswidrigkeit handelt.⁸⁵ Diese Bestimmung drückt damit bloß eine Selbstverständlichkeit aus, nämlich dass mangels Sorgfaltswidrigkeit straffrei bleibt, wer typische Geschäftsrisiken eingeht, die den Grundsätzen ordentlichen Wirtschaftens entsprechen.⁸⁶

Die einzelnen Arten kridaträchtigen Handels werden im Folgenden untersucht. In Kap II. C. 3. g. werden die wesentlichen Unterschiede zur Rechtslage vor der Kridareform 2000 zusammengefasst.

⁸⁰ Vorsatz verlangt *Wegscheider* (JBl 2001, 287 [289, 291]); grobe Fahrlässigkeit *Fabrizy* (StGB¹⁰ § 159 Rz 13), *Medigovic* (ÖJZ 2003/9, 161 [167 f]) sowie der OGH (18.3.2004, 15 Os 120/03, JBl 2005, 473 mit Anmerkung *Felnhöfer-Luksch*); leichte Fahrlässigkeit ist für *Lendl* (RZ 2001, 30 [31]) ausreichend. Ausweislich der Materialien muss zumindest grobe Fahrlässigkeit vorliegen (EBRV 92 BlgNR 21. GP 10).

⁸¹ Vgl auch *Lendl*, RZ 2001, 30 (31, 32).

⁸² Zur Einteilung der Tathandlungen in vermögensstandbezogene und vermögensinformationbezogene Handlungen s *Dannecker* in *Fuchs/Keppert*, Grundfragen des Kridastrafrechts 73 (86).

⁸³ *Lendl*, RZ 2001, 30 (32).

⁸⁴ Vgl *Dannecker* in *Fuchs/Keppert*, Grundfragen des Kridastrafrechts 73 (85); *Lendl*, RZ 2001, 30 (32); *Medigovic*, ÖJZ 2003/9, 161 (167); *Rosbaud/Manquet*, wbl 2001, 97 (102 f); *Zagler*, BT 269 ff.

⁸⁵ *Rosbaud/Manquet*, wbl 2001, 97 (102 f).

⁸⁶ *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, BT I³, 187.

b. „einen bedeutenden Bestandteil seines Vermögens zerstört, beschädigt, unbrauchbar macht, verschleudert oder verschenkt“

§ 159 Abs 5 Z 1 StGB wurde in teilweiser Anlehnung an das Delikt der betrügerischen Krida in § 156 StGB ausgestaltet.⁸⁷ Nach dieser Bestimmung ist zu bestrafen, wer einen Bestandteil seines Vermögens verheimlicht, beiseite schafft, veräußert oder beschädigt, eine nicht bestehende Verbindlichkeit vorschützt oder anerkennt oder sonst sein Vermögen wirklich oder zum Schein verringert und dadurch die Befriedigung seiner Gläubiger oder wenigstens eines von ihnen vereitelt oder schmälert. § 159 Abs 5 Z 1 StGB unterscheidet sich nach Auffassung der Gesetzesverfasser insofern von § 156 StGB, als „ausnahmslos auf Handlungen mit beträchtlicher krimineller Energie abgestellt [wird], die den Befriedigungsfonds der Gläubiger wirklich verringern.“⁸⁸ Bewusst beinhaltet § 159 Abs 5 Z 1 StGB keine Generalklausel wie § 156 StGB („sonst sein Vermögen wirklich oder zum Schein verringert“).⁸⁹ Das Tatbestandsmerkmal „einen Bestandteil seines Vermögens verschleudert“ war auch Teil der demonstrativen Aufzählung in § 159 Abs 1 Z 1 StGB in der Fassung vor der Kridareform.

Schwierigkeiten bereitet die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „bedeutend“, das weder in § 156 StGB noch in § 159 Abs 1 Z 1 StGB in der Fassung vor der Kridareform vorkommt und auch keine Erwähnung in den Erläuterungen findet. In der L wird zum einen vertreten, dass ein bedeutender Vermögensbestandteil dann zu bejahen sei, wenn ein Betrag von etwa einem Zehntel der bei vielen Vermögensdelikten bestehenden ersten Wertqualifikationsstufe, somit von rund 300,-- EUR, überschritten werde. Die Annahme eines absoluten Maßstabs lege die Einführung der an festen Beträgen ausgerichteten Schadensqualifikationen nach § 159 Abs 4 Z 1 und Z 2 StGB nahe.⁹⁰ Nach anderer Auffassung ist von einem im Verhältnis zum Schuldnervermögen ins Gewicht fallenden, Gläubigerinteressen spürbar schädigenden Vermögensbestandteil auszugehen, wobei

⁸⁷ EBRV 92 BlgNR 21. GP 13; vgl auch Dannecker in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts 73 (87 f); Nemec, in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts 95 (98).

⁸⁸ EBRV 92 BlgNR 21. GP 13.

⁸⁹ EBRV 92 BlgNR 21. GP 13.

⁹⁰ Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 40.

als Argument das Wort „*seines*“ herangezogen wird.⁹¹ ME ist letzterer Auffassung der Vorzug zu geben, weil nur ein sich am Schuldnervermögen orientierender Maßstab dem Zweck des Gesetzes, nämlich dem Schutz der Gläubiger bzw öffentlicher Mittel, entspricht. Die festen Beträge in § 159 Abs 4 StGB lassen sich als Argument für einen absoluten Betrag mE nicht heranziehen. Eher sprechen sie gegen einen absoluten Betrag, weil der Gesetzesverfasser in § 159 Abs 5 Z 1 StGB gerade keine festen Beträge verwendet hat. Zuletzt spricht für dieses Auslegungsergebnis ein Blick auf §§ 10, 290 Abs 1 und 299 Abs 4 StGB, die das Tatbestandsmerkmal „**bedeutender** *Nachteil*“⁹² beinhalten.⁹³ Auch bei der Auslegung dieser Bestimmungen wird kein absoluter Maßstab angenommen.⁹⁴ Gefordert wird weiters eine Begrenzung nach unten durch eine bestimmte Mindestgröße.⁹⁵

Die Begriffe „zerstören“, „beschädigen“ und „unbrauchbar machen“ haben dieselbe Bedeutung wie in § 125 StGB.⁹⁶ Von „zerstören“ spricht man dann wenn eine Sache in ihrer Existenz vernichtet wird.⁹⁷ Eine Sache „beschädigt“, wer ihre körperliche Substanz verändert,⁹⁸ eine Sache „macht unbrauchbar“, wer ihre Funktionsfähigkeit einschränkt.⁹⁹ Unter dem Tatbestandsmerkmal „verschleudern“ versteht man das Überlassen von Vermögensbestandteilen erheblich unter ihrem wirtschaftlichen Verkehrswert an andere.¹⁰⁰ „Verschenken“ bedeutet das Überlassen von Vermögensbestandteilen ohne wirtschaftlich äquivalenten Gegenwert.¹⁰¹

⁹¹ Rainer in SK § 159 Rz 22; vgl auch Lendl, RZ 2001, 30 (32); Medigovic, ÖJZ 2003/9, 161 (168); Rosbaud/Manquet, wbl 2001, 97 (103).

⁹² Hervorhebung durch den Autor.

⁹³ AA Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 40, für die diese Bestimmungen nicht aufschlussreich sind, weil das Tatbestandsmerkmal „bedeutend“ dort in ganz anderem Zusammenhang und mit verschiedener Zielsetzung gebraucht werde.

⁹⁴ Vgl nur Moos in SK § 10 Rz 66; Plöchl/Seidl in WK StGB² § 290 Rz 12; Pilnacek in WK StGB² § 299 Rz 27; Tipold in SK § 290 Rz 18; Tipold in SK § 299 Rz 48; jeweils mwN.

⁹⁵ Medigovic, ÖJZ 2003/9, 161 (168).

⁹⁶ Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 23; Rainer in SK § 159 Rz 24; Flora, ecolex 2001, 176 (176).

⁹⁷ Näher Seiler in SK § 125 Rz 21 f mwN.

⁹⁸ Näher Seiler in SK § 125 Rz 23 ff mwN.

⁹⁹ Näher Seiler in SK § 125 Rz 43 ff; Bertel in WK StGB² § 125 Rz 5 f; jeweils mwN.

¹⁰⁰ Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 41; Rainer in SK § 159 Rz 24.

¹⁰¹ Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 41; Rainer in SK § 159 Rz 25.

Die Abgrenzung zum Anwendungsbereich der betrügerischen Krida iSd § 156 StGB bereitet Schwierigkeiten.¹⁰²

c. „durch ein außergewöhnlich gewagtes Geschäft, das nicht zu seinem gewöhnlichen Wirtschaftsbetrieb gehört, durch Spiel oder Wette übermäßig hohe Beträge ausgibt“

§ 159 Abs 5 Z 2 StGB war in ähnlicher Form auch in der demonstrativen Aufzählung in § 159 Abs 1 Z 1 StGB aF enthalten („ein gewagtes Geschäft abschließt, das nicht zum ordnungsgemäßen Betrieb seines Geschäftes gehört oder mit seinen Vermögensverhältnissen in auffallendem Widerspruch steht“).

„Außergewöhnlich gewagtes Geschäft“ sind nach den Erläuterungen „solche, denen in der konkreten Situation auf Grund äußerst riskanter (tatsächlicher oder wirtschaftlicher) Verhältnisse spekulativer Charakter zukommt bzw ein hohes aleatorisches Moment innewohnt.“¹⁰³ Ob ein solches Geschäft vorliegt, kann nicht losgelöst vom konkreten Unternehmen beurteilt werden. Es muss vielmehr auch geprüft werden, ob das Geschäft zum gewöhnlichen Wirtschaftsbetrieb des Unternehmens gehört oder nicht. Geschäfte in Wirtschaftszweigen, die typischerweise mit erhöhtem Risiko belastet sind, sollen nicht generell kriminalisiert werden.¹⁰⁴ Dahinter steht die Überlegung, dass der Täter die mit einem Geschäft, das außerhalb des gewöhnlichen Wirtschaftsbetriebs liegt, regelmäßig

¹⁰² Vgl Brandstetter in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts 35 (38 f), für den der neue § 159 StGB zu einem „Auffangtatbestand für den wirklich antiquierten Tatbestand der betrügerischen Krida“ zu werden droht.

¹⁰³ EBRV 92 BlgNR 21. GP 13; vgl auch Fabrizy, StGB¹⁰ § 159 StGB Rz 7; Rainer in SK § 159 Rz 26.

¹⁰⁴ Vgl EBRV 92 BlgNR 21. GP 13. Beispielhaft zitieren die Erläuterungen Pallin (ÖJZ 1986, 102 [104]), der ausführt, dass damit alle jene Risiken, die mit Exportgeschäften gewöhnlich verbunden sind, oder Verluste, die durch Einführungspreise oder durch besonders günstige Bedingungen zur Gewinnung oder Erweiterung eines Marktes oder zur Einhaltung eines Kundenkreises in Kauf genommen werden müssen, dem kriminellen Bereich entzogen sind (EBRV 92 BlgNR 21. GP 13).

nicht beherrschen kann und sich daher auf ein solches auch nicht einlassen darf.¹⁰⁵ Bei „Spiel“ oder „Wette“ hängt der Erfolgseintritt „in höchstem Maß“ vom Zufall ab.¹⁰⁶

Als weiteres Tatbestandsmerkmal setzt § 159 Abs 5 Z 2 StGB voraus, dass „übermäßig hohe Beträge“ ausgegeben werden. Darunter werden „der Vermögens-, Ertrags- und Finanzlage – grob unangemessene Beträge“ verstanden.¹⁰⁷

Im Fall von Spiel oder Wette wird regelmäßig auch der Tatbestand der betrügerischen Krida (§ 156 StGB) erfüllt sein.¹⁰⁸

d. „übermäßigen, mit seinen Vermögensverhältnissen oder seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in auffallendem Widerspruch stehenden Aufwand treibt“

§ 159 Abs 5 Z 3 StGB ist die praktisch bedeutsamste kridaträchtige Handlung.¹⁰⁹ Sie ist keine Neuheit der Kridareform 2000. Auch § 159 Abs 1 Z 1 StGB in der Fassung vor der Kridareform kannte die Begehungsform „übermäßigen Aufwand treibt“. Vergleicht man die Auslegung vor und nach der Kridareform 2000¹¹⁰ gelangt man zum Ergebnis, dass die Erweiterung des Tatbestandes nur klarstellende Funktion hatte. Inhaltlich hat sich nichts geändert.¹¹¹ Dies wird auch in den Erläuterungen deutlich, die hinsichtlich der Auslegung des § 159 Abs 5 Z 3 StGB auf die Ergebnisse in der L zur alten Rechtslage verweisen.¹¹²

Ein „übermäßiger Aufwand“ ist nach den Erläuterungen dann zu bejahen, „wenn Aufwendungen für die Befriedigung persönlicher Bedürfnisse (im weitesten Sinn des Wortes)

¹⁰⁵ Vgl Brandstetter in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts 35 (39 f) mit Beispielen.

¹⁰⁶ EBRV 92 BlgNR 21. GP 13; vgl auch Fabrizy, StGB¹⁰ § 159 StGB Rz 7.

¹⁰⁷ EBRV 92 BlgNR 21. GP 13; Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 45; Wegscheider, JBl 2001, 287 (290).

¹⁰⁸ Vgl Brandstetter in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts 35 (39).

¹⁰⁹ Brandstetter in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts 35 (42 ff).

¹¹⁰ Zur Auslegung vor der Kridareform s Leukauf/Steininger, StGB³ § 159 Rz 7; zur Auslegung nach der Kridareform s Flora, ecolex 2001, 176 (176 f); Medigovic, ÖJZ 2003, 161 (171 f).

¹¹¹ Vgl auch Lendl, RZ 2001, 30 (32); Nemec in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts 95 (100).

¹¹² EBRV 92 BlgNR 21. GP 13.

zu Einkommen und Vermögen in eklatantem Missverhältnis stehen.“¹¹³ Unter das Tatbestandsmerkmal „Aufwand“ sind sowohl solche im Privatinteresse (auch überhöhte Privatentnahmen) als auch solche für geschäftliche Zwecke (übermäßige geschäftliche Anschaffungen, Personal-, Werbe- oder Repräsentationsaufwand).¹¹⁴ Finanzierungskosten werden nicht erfasst.¹¹⁵ Das ergibt sich aus dem Entfall der Strafbarkeit „*unverhältnismäßiger Kreditbenützung*“ (s Kap II. B. 3. g.).¹¹⁶

Wie noch gezeigt werden wird (s Kap II. B. 3. g.) kommt dieser Handlungsweise seit dem Entfall der Tatbestandsvariante der Konkursverschleppung besondere Bedeutung zu. Weiters wird diese Bestimmung im Zusammenhang mit dem Entfall der Strafbarkeit der Vereitelung oder Schmälerung der Gläubigerbefriedigung durch Eingehen einer neuen Schuld, Bezahlung einer Schuld oder Bestellung eines Pfands diskutiert (s Kap II. B. 3. g.).

e. „*Geschäftsbücher oder geschäftliche Aufzeichnungen zu führen unterlässt oder so führt, dass ein zeitnahe Überblick über seine wahre Vermögens-, Finanz- und Ertragslage erheblich erschwert wird, oder sonstige geeignete und erforderliche Kontrollmaßnahmen, die ihm einen solchen Überblick verschaffen, unterlässt*“

§ 159 Abs 5 Z 4 StGB, der mit der Kridareform 2000 neu eingeführt wurde, liegt die Überlegung zugrunde, dass Geschäftspartner darauf vertrauen dürfen, dass sie es mit Personen zu tun haben, die ihren wirtschaftliche Lage so überblicken, dass sie in redlicher Weise ihre Verbindlichkeiten bedienen können.¹¹⁷ Ob gesetzliche Aufzeichnungs- und Buchführungspflichten bestehen, ist für diesen Tatbestand irrelevant.¹¹⁸ Die Be-

¹¹³ EBRV 92 BlgNR 21. GP 13; vgl auch Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 50; Rainer in SK § 159 Rz 29.

¹¹⁴ EBRV 92 BlgNR 21. GP 13; Fabrizy, StGB¹⁰ § 159 StGB Rz 8; Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 50; Rainer in SK § 159 Rz 29; vgl auch Flora, ecolex 2001, 176 (176 f) mit Beispielen aus der Jud; Wegscheider, JBl 2001, 287 (291).

¹¹⁵ Brandstetter in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts 35 (41); Medigovic, ÖJZ 2003, 161 (171).

¹¹⁶ Medigovic, ÖJZ 2003, 161 (171).

¹¹⁷ EBRV 92 BlgNR 21. GP 14; kritisch zu dieser Bestimmung Dellinger in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts 49 (60 ff).

¹¹⁸ EBRV 92 BlgNR 21. GP 13 f; Fabrizy, StGB¹⁰ § 159 StGB Rz 9; Dannecker in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts 73 (90); vgl aber Flora, ecolex 2001, 176 (177), die die

stimmung soll „wirtschaftlichem Blindflug“¹¹⁹ entgegenwirken, der regelmäßig zur Gläubigerschädigung führt.¹²⁰

Wie der Wirtschaftstreibende den Überblick über seine wirtschaftliche Lage gewinnt, steht in seinem Ermessen.¹²¹ Die Begriffe „Vermögenslage“, „Finanzlage“ und „Ertragslage“¹²² sollen ausweislich der Erläuterungen „eine umfassende und einheitlich zu interpretierende, nicht überspannte Pflicht zur Sorgfalt und zur Beobachtung der eigenen wirtschaftlichen Gerenz beschreiben.“¹²³ Die konkreten Anforderungen hängen von den Umständen des Einzelfalls, insbesondere vom Umfang des Geschäftsbetriebs, dem Geschäftsrisiko und der sonstigen Ausstattung des Unternehmens ab.¹²⁴ „Wahr“ bedeutet, dass man sich ein „möglichst getreues Bild der tatsächlichen Verhältnisse“ machen muss.¹²⁵

Der Schuldner muss Kontrollmaßnahmen nicht selbst durchführen, er kann sich hierfür vielmehr auch anderer Personen (etwa eines Unternehmensmitarbeiters, eines Buchhalters oder eines Steuerberaters) bedienen. Hat er die aus § 159 Abs 5 Z 4 StGB resultierenden Pflichten delegiert, kann er gleichwohl strafbar werden, wenn er seine Auswahl- und Überwachungspflichten verletzt.¹²⁶

Auffassung vertritt, dass ein Unternehmer, der sich an die für ihn bestehenden gesetzlichen handels- oder steuerrechtlichen Buchführungsvorschriften hält, jedenfalls nicht der Vorwurf der groben Fahrlässigkeit gemacht werden kann.

¹¹⁹ EBRV 92 BlgNR 21. GP 13.

¹²⁰ Wegscheider, JBl 2001, 287 (291).

¹²¹ EBRV 92 BlgNR 21. GP 14; Fabrizy, StGB¹⁰ § 159 StGB Rz 7; Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 53; Rainer in SK § 159 Rz 30.

¹²² „Unter Vermögenslage wird (...) der Vergleich von Vermögenswerten und Schulden, unter Ertragslage (Erfolgslage) die Übersicht über Aufwand und Ertrag (Gewinn und Verlust) und unter der Finanzlage insbesondere eine Übersicht über die finanzielle Situation (zB die Deckung der Fristigkeit der Vermögenswerte und der Schulden) zu verstehen sein.“ (EBRV 92 BlgNR 21. GP 14; Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 55; vgl auch Rainer in SK § 159 Rz 32)

¹²³ EBRV 92 BlgNR 21. GP 14.

¹²⁴ EBRV 92 BlgNR 21. GP 14; Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 56; vgl auch Rainer in SK § 159 Rz 29; Dannecker in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts 73 (90).

¹²⁵ EBRV 92 BlgNR 21. GP 14.

¹²⁶ Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 54; Medigovic, ÖJZ 2003/9, 161 (174); vgl auch Flora, ecolex 2001, 176 (177).

f. „Jahresabschlüsse, zu deren Erstellung er verpflichtet ist, zu erstellen unterlässt oder auf eine solche Weise oder so spät erstellt, dass ein zeitnaher Überblick über seine wahre Vermögens-, Finanz- und Ertragslage erheblich erschwert wird“

§ 159 Abs 5 Z 5 StGB stellt anders als Z 4 leg cit auf eine gesetzliche Verpflichtung, und zwar jener zur Erstellung eines Jahresabschlusses, ab.¹²⁷ Strafbar ist aber nicht nur, wer seinen gesetzlichen Pflichten zur Erstellung des Jahresabschlusses nicht nachkommt. Tatbildmäßig handelt vielmehr auch, wer den Jahresabschluss zwar in Entsprechung seiner gesetzlichen Pflichten aber dennoch auf eine solche Weise oder so spät erstellt, dass ein zeitnaher Überblick erheblich erschwert wird.¹²⁸ Zum Tatbestandsmerkmal „zeitnaher Überblick über seine wahre Vermögens-, Finanz- und Ertragslage erheblich erschwert“ kann auf die Ausführungen in Kap II. B. 3. e. verwiesen werden.¹²⁹ Strafbar ist auch der Schuldner, dessen Verhalten dazu führt, dass die Erstellung des Jahresabschlusses durch einen Steuerberater oder Wirtschaftstreuhänder nicht, mangelhaft oder verspätet geschieht. In Betracht kommt etwa unzureichende oder verspätete Informationserteilung oder Belegübergabe.¹³⁰ Weiters kommt eine Strafbarkeit wegen der Verletzung von Auswahl- und Überwachungspflichten in Betracht.¹³¹

¹²⁷ Eine Verpflichtung zur Aufstellung eines Jahresabschlusses trifft nach §§ 189 iVm 193 UGB Kapitalgesellschaften und unternehmerisch tätige Personengesellschaften, bei denen kein unbeschränkt haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, sowie alle anderen Unternehmer mit Ausnahme von Angehörigen der freien Berufe, der Land- und Forstwirte und Überschussrechner iSd § 2 Abs 4 Z 2 EStG, wenn sie hinsichtlich der einzelnen Betriebsbe jeweils mehr als € 400.000,-- Umsatzerlöse im Geschäftsjahr erzielen.

¹²⁸ Vgl OGH 18.3.2004, 15 Os 120/03, JBl 2005, 473 mit Anmerkung *Felnhöfer/Luksch*; *Fabrizy*, StGB¹⁰ § 159 Rz 9a; *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB² § 159 Rz 59; *Rainer* in SK § 159 Rz 35.

¹²⁹ EBRV 92 BlgNR 21. GP 14.

¹³⁰ *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB² § 159 Rz 58; *Rainer* in SK § 159 Rz 34; vgl auch *Medigovic*, ÖJZ 2003/9, 161 (174).

¹³¹ *Medigovic*, ÖJZ 2003/9, 161 (174).

g. Exkurs: Wesentliche Unterschiede zur Rechtslage vor der Kridareform 2000

aa. Allgemeines

Wie bereits erwähnt (s Kap II. 1. c.) wurden in die nunmehr taxative Liste der kridaträchtigen Handlungen in der Praxis bedeutsame Tathandlungen bewusst nicht aufgenommen und für andere Tathandlungen höhere Strafbarkeitsvoraussetzungen normiert. Die Unterschiede zur Rechtslage vor der Kridareform 2000 werden im Folgenden beschrieben.

bb. Entfallene Tathandlungen

Zu behandeln sind zunächst jene Tathandlungen, die durch die Kridareform entfallen sind. Dabei ist zum einen auf jene Handlungen einzugehen, die durch die Reform aus der Aufzählung in § 159 StGB herausgefallen sind, und zum anderen auf jene Handlungen, um die § 159 StGB vor der Kridareform erweitert wurde, die nunmehr aber wegen der Taxativität der kridaträchtigen Handlungen nicht mehr zur Strafbarkeit führen.

Zur ersteren Kategorie gehören die folgenden praktisch sehr bedeutsamen¹³² Tathandlungen:

Nicht mehr strafbar ist seit der Kridareform 2000 zunächst, wer dadurch seine Zahlungsunfähigkeit herbeiführt, dass er „*leichtsinnig oder unverhältnismäßig Kredit benutzt oder gewährt*“.¹³³ In dieser Änderung wird der wesentliche Entkriminalisierungseffekt der Kridareform gesehen.¹³⁴ Nach Ansicht des Gesetzgebers war der Entfall dieser Tatbestandsvariante deshalb notwendig, weil selbst eine einschränkende Formulierung wie sie im Begutachtungsentwurf vorgesehen war, keine hinreichende Gewähr dafür biete,

¹³² Vgl Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 4.

¹³³ EBRV 92 BlgNR 21. GP 12; Fabrizy, StGB¹⁰ § 159 Rz 10; Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 4, 67; Rainer in SK § 159 Rz 37; Reich-Rohrwig in WK GmbHG § 25 Rz 333; Dannecker in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts 73 (81 f); Flora, eolex 2001, 176 (176).

¹³⁴ Brandstetter in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts 35 (44); vgl auch Rosbaud/Manquet, wbl 2001, 97 (98).

dass damit nicht eine indirekte Generalklausel geschaffen würde.¹³⁵ Manche Sachverhalte werden seit der Kridareform 2000 von § 159 Abs 5 Z 3 StGB („*übermäßigen, mit seinen Vermögensverhältnissen oder seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in auffallendem Widerspruch stehenden Aufwand treibt*“) (s Kap II. C. 3. d.) erfasst angesehen.¹³⁶ Zu beachten ist dabei aber, dass dieser Finanzierungskosten als solche nicht erfasst (s Kap II. C. 3. d.). Es besteht die Gefahr, dass § 159 Abs 5 Z 3 StGB diesbezüglich zu weit ausgelegt wird und der absichtlich abgeschaffte Tatbestand der leichtsinnigen oder unverhältnismäßigen Kreditbenutzung oder –gewährung über den Umweg des § 159 Abs 5 Z 3 StGB auch nach der Kridareform weiterbesteht.¹³⁷ Weiters kommt eine Strafbarkeit nach § 159 Abs 5 Z 2 StGB¹³⁸ („*durch ein außergewöhnlich gewagtes Geschäft, das nicht zu seinem gewöhnlichen Wirtschaftsbetrieb gehört, durch Spiel oder Wette übermäßig hohe Beträge ausgibt*“) (s Kap II. C. 3. c.) sowie im Fall eines Schädigungs- und Bereicherungsvorsatzes eine Strafbarkeit wegen Betrugs (§ 146 StGB) in Betracht.¹³⁹

Weiters entfällt die Strafbarkeit jener Schuldner, die in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis ihrer Zahlungsunfähigkeit fahrlässig die Befriedigung ihrer Gläubiger oder wenigstens eines von ihnen vereitelt oder geschmälert haben, dass sie eine neue Schuld eingegangen sind,¹⁴⁰ eine Schuld bezahlt¹⁴¹ oder ein Pfand bestellt¹⁴² haben. Die Zahlung von Schulden ist seit der Kridareform nur noch dann tatbestandsmäßig, wenn es sich um die Verschleuderung eines bedeutenden Bestandteils des Vermögens (s Kap II. C. 3. b.),

¹³⁵ EBRV 92 BlgNR 21. GP 12.

¹³⁶ Näher dazu vgl Breiter, AnwBl 2000, 658 (661); Flora, ecolex 2001, 176 (177).

¹³⁷ Vgl Brandstetter in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts 35 (45 ff); vgl auch Dannecker in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts 73 (89).

¹³⁸ Dannecker in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts 73 (82).

¹³⁹ Dazu näher Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 11.

¹⁴⁰ Karollus, Pflichten und Haftung der Organe von Kapitalgesellschaften in der Krise und bei der Sanierung, in Feldbauer-Durstmüller/Schlager, Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz² (2002) 1145 (1172); Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 4, 77; Reich-Rohrwig in WK GmbHG § 25 Rz 334; ders, Grundsatzfragen 76 f; Nemec in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts 95 (101).

¹⁴¹ Fabrizy, StGB¹⁰ § 159 StGB Rz 10; Karollus in Feldbauer-Durstmüller/Schlager, Krisenmanagement², 1145 (1172); Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 4, 77; Nemec in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts 95 (101).

¹⁴² Nemec in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts 95 (101).

das Ausgeben übermäßig hoher Beträge durch ein außergewöhnlich gewagtes Geschäft, das nicht zum gewöhnlichen Geschäftsbetriebs des Schuldner gehört, durch Spiel oder Wette (s Kap II. C. 3. c.) oder um einen übermäßigen, mit den Vermögensverhältnissen oder der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Schuldners in auffallendem Widerspruch stehenden Aufwand (s Kap II. C. 3. d.) handelt.¹⁴³ Weiters ist der Schuldner dann strafbar, wenn er iSd § 159 Abs 5 Z 4 und 5 StGB kridaträchtig handelt (s Kap II. C. 3. e. und f.).¹⁴⁴ Schließlich kann § 158 Abs 1 StGB („*Begünstigung eines Gläubigers*“) zur Anwendung gelangen, nämlich dann, wenn der Schuldner nach Eintritt seiner Zahlungsunfähigkeit einen Gläubiger begünstigt und dadurch die anderen Gläubiger oder wenigstens einen von ihnen benachteiligt,¹⁴⁵ oder im Fall eines Schädigungs- und Bereicherungsvorsatzes § 146 StGB („*Betrug*“).¹⁴⁶ Auch das Eingehen neuer Schulden kann iSd § 159 Abs 5 Z 2 und 3 StGB tatbestandsmäßig sein.¹⁴⁷

Zuletzt ist die Strafbarkeit der nicht rechtzeitigen Beantragung der Geschäftsaufsicht, des Ausgleichsverfahrens oder der Eröffnung des Konkurses gänzlich entfallen.¹⁴⁸ Seit der Kridareform 2000 ist die sog „*Konkursverschleppung*“ somit nicht mehr strafbar.¹⁴⁹ Nach den Erläuterungen¹⁵⁰ und der L¹⁵¹ kommt angesichts des Entfalls der Strafbarkeit dieser Tathandlung § 159 Abs 5 Z 3 StGB („*übermäßigen, mit seinen Vermögensverhältnissen oder seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in auffallendem Widerspruch ste-*

¹⁴³ Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 77, 100; Rainer in SK § 159 Rz 70; vgl auch Nemec in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts 95 (108 f); Zagler, BT 280.

¹⁴⁴ Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 100.

¹⁴⁵ Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 100; vgl auch Nemec in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts 95 (109 ff).

¹⁴⁶ Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 11.

¹⁴⁷ Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 77; Rainer in SK § 159 Rz 70; aA Lendl, RZ 2001, 30 (33).

¹⁴⁸ Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 4, 77; Rainer in SK § 159 Rz 71.

¹⁴⁹ Vgl EBRV 92 BlgNR 21. GP 12; Binder in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung Rz 3/70; Dannecker in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts 73 (82 f); Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth, GesR Rz 2997; Lendl, RZ 2001, 30 (32); Fabrizy, StGB¹⁰ § 159 StGB Rz 10; Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 77; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 39 f; Medigovic, ÖJZ 2003/9, 161 (175); Nemec in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts 95 (101); Rainer in SK § 159 Rz 71; Reich-Rohrwig in WK GmbHG § 25 Rz 331; ders, Grundsatzfragen 77 f; Rosbaud/Manquet, wbl 2001, 97 (98, 101).

¹⁵⁰ EBRV 92 BlgNR 21. GP 13.

¹⁵¹ Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 49; Lendl, RZ 2001, 30 (33); Zagler, BT 279.

henden Aufwand treibt“) (s Kap II. C. 3. d.) für den Zeitraum nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit besondere Bedeutung zu. Im Interesse des Gläubigerschutzes sei besonders genau darauf Bedacht zu nehmen, dass sich der Aufwand auf das Allernotwendigste beschränkt.¹⁵²

Wie bereits in Kap II. B. 2. erwähnt, wurden die im Gesetz bis zur Kridareform 2000 beispielhaft aufgezählten Fallgruppen durch Rsp und L wesentlich erweitert. Da die Aufzählung der kridaträchtigen Handlungen nunmehr abschließend ist, führen die von L und Rsp erarbeiteten ergänzenden Tathandlungen, sofern sie nicht unter eine der taxativ aufgelisteten kridaträchtigen Handlungen subsumiert werden können, nicht mehr zur Strafbarkeit.¹⁵³ Zu erwähnen ist hier insbesondere der Entfall der Strafbarkeit mangelnden Eigenkapitals.¹⁵⁴ Ein Mangel an Eigenkapital ist aber auch nach der Kridareform 2000 für die Strafbarkeit nach § 159 StGB bedeutsam, so etwa für die *Beurteilung eines Geschäftes als „außergewöhnlich gewagt“*.¹⁵⁵

Zu beachten ist schließlich § 153c StGB (vormals § 114 ASVG),¹⁵⁶ der das Vorenthalten von Dienstnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung unter Strafe stellt. Dieser Bestimmung kommt seit der Kridareform 2000 erhöhte Bedeutung zu.¹⁵⁷

bb. Höhere Strafbarkeitsvoraussetzungen

Höhere Strafbarkeitsvoraussetzungen wurden für die folgenden Tathandlungen normiert:

Bis zur Kridareform war strafbar, wer fahrlässig seine Zahlungsunfähigkeit dadurch herbeiführte, dass er einen Bestandteil seines Vermögens verschleuderte. Nunmehr ist Vo-

¹⁵² EBRV 92 BlgNR 21. GP 13; *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB² § 159 Rz 49.

¹⁵³ *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB² § 159 Rz 67.

¹⁵⁴ *Fabrizy*, StGB¹⁰ § 159 StGB Rz 10; *Lendl*, RZ 2001, 30 (32); *Rosbaud/Manquet*, wbl 2001, 97 (101).

¹⁵⁵ Vgl nur *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB² § 159 Rz 12 ff.

¹⁵⁶ § 153c StGB ist mit BGBl I 2004/152 (Sozialbetrugsgesetz) an die Stelle des § 114 ASVG getreten.

¹⁵⁷ Vgl nur *Bertel/Schwaighofer*, BT I¹¹, 301; *Brandstetter* in *Fuchs/Keppert*, Grundfragen des Kridastrafrechts 35 (47); *ders* in *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart* (2001) 77 (88 ff); *Nemec* in *Fuchs/Keppert*, Grundfragen des Kridastrafrechts 95 (113 ff).

oraussetzung der Strafbarkeit die Verschleuderung eines „*bedeutenden*“ Bestandteils des Vermögens (s Kap II. C. 3. b.).

Höhere Strafbarkeitsvoraussetzungen hat die Reform auch für Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit durch die Tathandlung „*ein gewagtes Geschäft abschließt, das nicht zum ordnungsgemäßen Betrieb seines Geschäftes gehört oder mit seinen Vermögensverhältnissen in auffallendem Widerspruch steht*“ gebracht. Diese lautet in der aktuellen Fassung „*durch ein außergewöhnlich gewagtes Geschäft, das nicht zu seinem gewöhnlichen Wirtschaftsbetrieb gehört, (...) übermäßig hohe Beträge ausgibt*“ (s Kap II. C. 3. c.).¹⁵⁸

Die Ergänzung der Tathandlung „*übermäßigen Aufwand treibt*“, sodass sie nunmehr lautet „*übermäßigen, mit seinen Vermögensverhältnissen oder seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in auffallendem Widerspruch stehenden Aufwand treibt*“, hat wie in Kap II. C. 3. d. ausgeführt nur klarstellende Funktion.

cc. Erweiterung der kridaträchtigen Handlungen

Im Rahmen der Kridareform 2000 ist der gesetzliche Katalog der kridaträchtigen Handlungen auch um einige Handlungen erweitert worden: Hinzugekommen sind die Tathandlungen „*einen bedeutenden Bestandteil seines Vermögens zerstört, beschädigt, unbrauchbar macht oder verschenkt*“ (s Kap II. C. 3. b.), „*durch Spiel oder Wette übermäßig hohe Beträge ausgibt*“ (s Kap II. C. 3. c.) sowie § 159 Abs 5 Z 4 und 5 StGB (s Kap II. C. 3. e. und f.). Alle neu hinzugekommenen Tathandlungen können sowohl zur Strafbarkeit nach § 159 Abs 1 StGB (s Kap II. C. 7.) als auch zur Strafbarkeit nach § 159 Abs 2 StGB (s Kap II. C. 8.) sowie zur Strafbarkeit nach § 159 Abs 3 StGB (s Kap II. C. 9.) führen.

Schließlich ist es insofern zu einer Erweiterung gekommen, als die in § 159 Abs 5 StGB aufgelisteten kridaträchtigen Handlungen im Zusammenhang mit jedem der Delikte des § 159 StGB strafbar machen können.

dd. Zwischenergebnis

Insgesamt ist es im Rahmen der Kridareform vor allem durch den Entfall der Strafbarkeit leichtsinniger oder unverhältnismäßiger Kreditbenutzung oder -gewährung, den Entfall

¹⁵⁸ Vgl Reich-Rohrwig in WK GmbHG § 25 Rz 333; Flora, ecolex 2001, 176 (176).

der Strafbarkeit mangelnden Eigenkapitals, wodurch die Auffangfunktion des alten Tatbestands (s Kap II. B. 2.) weggefallen ist und der nunmehr taxativen Aufzählung kridaträchtiger Handlungen sowie schließlich durch den Entfall der Strafbarkeit der Konkursverschleppung zu einer weitreichenden Entkriminalisierung der ehemals fahrlässigen Krida gekommen.

4. Zahlungsunfähigkeit

Allen drei Delikten des § 159 StGB ist auch das Tatbestandsmerkmal der Zahlungsunfähigkeit gemeinsam. Im Fall des § 159 Abs 1 StGB führt der Täter die Zahlungsunfähigkeit durch eine kridaträchtige Handlung herbei, im Fall des § 159 Abs 2 StGB geht es um die Vereitelung oder Schmälerung der Gläubigerbefriedigung in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit und im Fall des § 159 Abs 3 StGB wäre Zahlungsunfähigkeit eingetreten, wenn nicht eine Gebietskörperschaft geholfen hätte.

Nach stRsp¹⁵⁹ und hL¹⁶⁰ ist ein Schuldner zahlungsunfähig, wenn er durch dauernden Mangel an flüssigen Mitteln nicht in der Lage ist, seine fälligen Schulden bei redlicher wirtschaftlicher Gebarung in angemessener Frist gänzlich zu begleichen. Der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit ist nach einem objektiven Maßstab und unabhängig von der Einschätzung durch den Schuldner selbst zu beurteilen.¹⁶¹ Sind mehrere Exekutionsverfahren anhängig, indiziert dies die Zahlungsunfähigkeit.¹⁶² Zahlungsunfähigkeit kann auch dann gegeben sein, wenn kein Gläubiger Exekution gegen den Schuldner führt (vgl auch § 66 Abs 3 Satz 1 IO).¹⁶³ Bei der Beurteilung des Vorliegens der Zahlungsunfähigkeit haben Kreditmöglichkeiten, von der ein redlicher Unternehmer mangels Rückzahlungsfähigkeit keinen Gebrauch machen würde, außer Betracht zu bleiben.¹⁶⁴ Eine bloße Zah-

¹⁵⁹ OGH 18.11.2003, 14 Os 58/03; 27.1.2004, 14 Os 160/03; 13.6.2006, 11 Os 52/05i, JBl 2007, 333 (vgl zu dieser Entscheidung auch *Spornberger*, *ecolex* 2007, 407 [407 ff]).

¹⁶⁰ *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB² § 159 Rz 60; *Leukauf/Steininger*, StGB³ § 159 Rz 20; *Rainer* in SK § 159 Rz 42; *Tipold* in *Ratka/Rauter*, Handbuch Geschäftsführerhaftung Rz 4/22.

¹⁶¹ *Rainer* in SK § 159 Rz 46.

¹⁶² *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB² § 159 Rz 60.

¹⁶³ OGH 20.12.1984, 11 Os 73/84, RdW 1985, 275 (276); *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB² § 159 Rz 60; *Lewisch*, BT I², 267.

¹⁶⁴ OGH 8.11.1988, 11 Os 51/88; 1.6.1990, 11 Os 75, 76/89, JBl 1991, 465 (468); 14.5.1996, 14 Os 178/95; *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB² § 159 Rz 61; *Rainer* in SK § 159 Rz 44.

lungsstockung, bei der nur vorübergehend und kurzzeitig ein Mangel an flüssigen Mitteln besteht, ist nicht tatbestandsmäßig.¹⁶⁵ Zahlungsunfähig kann auch sein, wer zwar über ausreichendes Vermögen verfügt, dieses aber nicht rasch liquidieren kann oder will.¹⁶⁶

Überschuldung reicht nicht zur Erfüllung des Tatbestandes.¹⁶⁷ Wird aufgrund der Überschuldung ein Konkursantrag gestellt, resultiert daraus jedoch regelmäßig auch die Zahlungsunfähigkeit, weil durch den Konkursantrag alle Verbindlichkeiten fällig werden (arg § 14 Abs 2 IO).¹⁶⁸

5. Grobe Fahrlässigkeit

Die Delikte des § 159 StGB sind – wie bereits erwähnt (s Kap II. B. 2. a.) – Fahrlässigkeitsdelikte mit gesetzlich bestimmter Verhaltensbeschreibung. Wer vorsätzlich einen Bestandteil seines Vermögens verheimlicht, beiseite schafft, veräußert oder beschädigt, eine nicht bestehende Verbindlichkeit vorschützt oder anerkennt oder sonst sein Vermögen wirklich oder zum Schein verringert und dadurch die Befriedigung seiner Gläubiger oder wenigstens eines von ihnen vereitelt oder schmälert, ist nach § 156 StGB („*Be-trügerische Krida*“) zu bestrafen.¹⁶⁹

Eine wesentliche Änderung der Kridareform 2000 war die Einschränkung des Strafbarkeitsbereichs des § 159 StGB auf grob fahrlässige Verhaltensweisen. Der Entkriminalisierungseffekt dieser Änderung wird jedoch nicht allzu hoch eingeschätzt.¹⁷⁰ Strafflos sollen

¹⁶⁵ OGH 29.6.1993, 14 Os 61/93; *Fabrizy*, StGB¹⁰ § 159 StGB Rz 4; *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB² § 159 Rz 62; *Leukauf/Steininger*, StGB³ § 159 Rz 20 f; *Rainer* in SK § 159 Rz 43; *Lewisch*, BT I², 267.

¹⁶⁶ OGH 18.9.1996, 13 Os 112/96; *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB² § 159 Rz 63; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG § 25 Rz 39; *Rainer* in SK § 159 Rz 43.

¹⁶⁷ *Reich-Rohrwig* in WK GmbHG § 25 Rz 332; *ders*, GmbH-Recht I², 2/458; *Tipold* in *Ratka/Rauter*, Handbuch Geschäftsführerhaftung Rz 4/22.

¹⁶⁸ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I², 2/458; *Tipold* in *Ratka/Rauter*, Handbuch Geschäftsführerhaftung Rz 4/22.

¹⁶⁹ Zur schwierigen Abgrenzung zwischen § 156 StGB und § 159 StGB vgl nur *Brandstetter* in *Fuchs/Keppert*, Grundfragen des Kridastrafrechts 35 (36 ff).

¹⁷⁰ Vgl *Brandstetter* in *Fuchs/Keppert*, Grundfragen des Kridastrafrechts 35 (44) („*Der mit der Einschränkung der Strafbarkeit auf zumindest grob fahrlässiges Verhalten verbundene Entkriminalisierungseffekt darf jedoch nicht überschätzt werden*“); vgl aber *Dannecker* in *Fuchs/Keppert*, Grundfragen des Kridastrafrechts 73 (83 f).

ausweislich der Materialien¹⁷¹ jene wirtschaftlich verfehlten Handlungen bleiben, die im Wirtschaftsleben auch normalerweise sorgfältigen Unternehmern unterlaufen können.

Dem StGB war das Tatbestandselement der groben Fahrlässigkeit bis zur Kridareform 2000 dem Begriff nach unbekannt.¹⁷² Jedoch gab es mit dem „*schweren Verschulden*“ in § 88 Abs 2 StGB auch schon vor der Kridareform 2000 ein mit der groben Fahrlässigkeit im Zivilrecht¹⁷³ inhaltlich weitgehend deckungsgleiches¹⁷⁴ Tatbestandselement im StGB. Schweres Verschulden lag nach der Rsp¹⁷⁵ und L¹⁷⁶ dann vor, wenn dem Täter eine ungewöhnliche, auffallende Sorglosigkeit zur Last lag und für ihn der Eintritt einer Tatverwirklichung nicht nur entfernt möglich, sondern schon als wahrscheinlich vorhersehbar war.¹⁷⁷ Der Begriff der groben Fahrlässigkeit fand sich vor der Kridareform 2000 bloß im gerichtlichen Nebenstrafrecht.¹⁷⁸

Mit der Kridareform 2000 hat zwar der Begriff der groben Fahrlässigkeit in das StGB Einzug gehalten, eine Definition des Begriffs sucht man im StGB jedoch vergeblich. Die Materialien¹⁷⁹ referieren die hM zum Begriff des schweren Verschuldens in § 88 Abs 2 StGB (s oben) und die Jud zur groben Fahrlässigkeit im Zivilrecht¹⁸⁰ und gelangen zum Ergebnis, dass insofern hinsichtlich der groben Fahrlässigkeit bereits eine inhaltliche Ausgestaltung in der strafrechtlichen und zivilrechtlichen Jud bestehe. Durch die Definition der Rsp sei eine grundlegende Richtlinie vorgezeichnet. Die nähere Herausarbeitung der maßgebenden Momente – insbesondere für die kridaträchtigen Handlungen –, von denen die Beurteilung im Einzelfall abhängen, müsse der Rsp und Wissenschaft vorbehalten bleiben. Dabei könne an bereits vorhandene Leitlinien ange-

¹⁷¹ EBRV 92 BlgNR 21. GP 3.

¹⁷² Vgl EBRV 92 BlgNR 21. GP 9; Dannecker in *Fuchs/Keppert*, Grundfragen des Kridastrafrechts 73 (83); Lendl, RZ 2001, 30 (31); Rosbaud/Manquet, wbl 2001, 97 (98 f).

¹⁷³ Vgl nur Harrer in *Schwimann*, ABGB³ § 1324 Rz 3 ff; Reischauer in *Rummel*, ABGB³ § 1324 Rz 3 ff; jeweils mit zahlreichen Nachweisen.

¹⁷⁴ EBRV 92 BlgNR 21. GP 9 mwN; Burgstaller in *WK StGB*² § 88 Rz 19; Lendl, RZ 2001, 30 (31).

¹⁷⁵ OGH 28.2.1978, 9 Os 17, 18/78, ZVR 1978/193, 218.

¹⁷⁶ Vgl Burgstaller in *WK StGB*² § 88 Rz 19 f; Lendl, RZ 2001, 30 (31).

¹⁷⁷ Zur „haftungsfreundlichen Konkretisierung“ dieses Sorgfaltsmaßstabs in der Jud vgl Brandstetter in *Fuchs/Keppert*, Grundfragen des Kridastrafrechts 35 (45).

¹⁷⁸ §§ 32 MilStG; 107 Abs 2 StVG.

¹⁷⁹ EBRV 92 BlgNR 21. GP 9 f.

¹⁸⁰ OGH 6.7.1989, 7 Ob 589/89, ZVR 1990/103, 278; 26.2.1992, 2 Ob 62/91, JBl 1992, 648.

knüpft werden. Diesbezüglich weisen die Materialien darauf hin, dass im Bereich des Strafrechts als wesentlichen Kriterien die Vorhersehbarkeit des tatbestandsmäßigen Erfolgs als sehr naheliegend und nicht nur entfernte Möglichkeit, der Umfang der drohenden Rechtsgutsbeeinträchtigung und die soziale Üblichkeit des riskanten Verhaltens erwähnt würden. Für das Zivilrecht würden dementsprechend die Gefährlichkeit der Situation, die zu einer Sorgfaltsanspannung führen sollte, der Wert der gefährdeten Interessen, das Interesse des Handelnden an seiner Vorgangsweise und schließlich die persönlichen Fähigkeiten des Handelnden als entscheidende Aspekte genannt. Der Begriff der groben Fahrlässigkeit sei bewusst dem Begriff des schweren Verschuldens vorgezogen worden. Damit solle auch klargestellt werden, dass es sich bei diesem Kriterium nicht um ein reines Schuld-element handle, sondern es bereits das Unrecht präge. Die letzte Aussage ist insofern missverständlich, als auch der Begriff des schweren Verschuldens (s oben) nicht allein auf die Schuld abstellt. Der Begriff der groben Fahrlässigkeit ist Gegenstand zahlreicher Erörterungen in der L¹⁸¹ und auch der OGH hatte bereits Gelegenheit zur Stellungnahme.¹⁸² Herrschend ist wohl jene Auffassung, die eine ganzheitliche Abwägung aller unrechts- und schuldrelevanter Tatumstände fordert.¹⁸³

Grob fahrlässig muss in § 159 Abs 1 StGB jedenfalls die Zahlungsunfähigkeit herbeigeführt worden sein, in Abs 2 leg cit die Gläubigerbefriedigung vereitelt oder geschmälert worden sein und in Abs 3 leg cit bezieht sich die grobe Fahrlässigkeit jedenfalls auf die Herbeiführung der konkreten Gefahr der Zahlungsunfähigkeit.¹⁸⁴ Ob hinsichtlich der

¹⁸¹ Vgl nur *Fabrizy*, StGB¹⁰ § 159 Rz 14; *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB² § 159 Rz 25 ff; *Rainer* in SK § 159 Rz 59 ff; *Flora*, *ecolex* 2001, 176 (177); *Köck*, *Wirtschaftsstrafrecht* 110f, 113; *Lendl*, RZ 2001, 30 (31); *Medigovic*, Anmerkung zu OGH 9.4.2002, 14 Os 28/02, JBI 2003, 395 (395); *dies*, ÖJZ 2003/9, 161 (162 ff); *dies* in *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart* 31, 311 (314 ff); *Rosbaud/Manquet*, wbl 2001, 97 (98 f); *Wegscheider*, JBI 2001, 287 (289).

¹⁸² OGH 9.4.2002, 14 Os 28/02, JBI 2003, 395 mit Anmerkung *Medigovic*; 24.6.2003, 11 Os 28/03, JBI 2004, 662.

¹⁸³ Näher OGH 24.6.2003, 11 Os 28/03, JBI 2004, 662 (663); *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB² § 159 Rz 27; *Rainer* in SK § 159 Rz 60; *Lendl*, RZ 2001, 30 (31); jeweils mwN.

¹⁸⁴ Vgl auch *Lendl*, RZ 2001, 30 (31).

kridaträchtigen Handlung grobe oder gar leichte Fahrlässigkeit ausreicht oder ob Vorsatz vorliegen muss, ist umstritten.¹⁸⁵

6. Unterlassung

Bedroht das Gesetz die Herbeiführung eines Erfolgs mit Strafe, so ist nach § 2 StGB auch strafbar, wer es unterlässt, ihn abzuwenden, obwohl er zufolge einer ihn im besonderen treffenden Verpflichtung durch die Rechtsordnung dazu verhalten ist und die Unterlassung der Erfolgsabwendung einer Verwirklichung des gesetzlichen Tatbildes durch ein Tun gleichzuhalten ist. § 2 StGB erweitert die Strafbarkeit aller Erfolgsdelikte somit auf die Unterlassung der Erfolgsabwendung. Eine Begehung durch Unterlassung kommt also nicht nur bei den sog echten Unterlassungsdelikten in Frage, dh bei jenen Delikten, die unmittelbar eine Untätigkeit mit Strafe bedrohen,¹⁸⁶ sondern darüber hinaus auch bei all jenen Erfolgsdelikten, die nach ihrem Wortlaut nur verpönte Handlungen beschreiben und denen somit unmittelbar keine Handlungspflichten entnommen werden können (sog unechte Unterlassungsdelikte).¹⁸⁷

§ 2 StGB knüpft die Begehung durch Unterlassung allerdings an zwei Voraussetzungen: Eine Strafbarkeit wegen Unterlassung trifft nicht jedermann, sondern zunächst nur denjenigen, der zufolge einer ihn in besonderen treffenden Verpflichtung durch die Rechtsordnung zur Erfolgsabwendung verhalten ist (Garantenpflicht) (s Kap IV. D. 4.).¹⁸⁸ Neben dem Vorliegen einer Garantenpflicht wird vorausgesetzt, dass „die Unterlassung der Erfolgsabwendung einer Verwirklichung des gesetzlichen Tatbildes durch ein Tun gleichzuhalten ist“ (Gleichwertigkeitsklausel).¹⁸⁹ Besondere Bedeutung kommt der Gleichwertigkeitsklausel bei jenen Delikten zu, die die Erfolgsherbeiführung auf bestimmte Art und

¹⁸⁵ Vorsatz verlangt *Wegscheider* (JBl 2001, 287 [289, 291]); grobe Fahrlässigkeit *Fabrizy* (StGB¹⁰ § 159 Rz 13), *Medigovic* (ÖJZ 2003/9, 161 [167 f]) sowie der OGH (18.3.2004, 15 Os 120/03, JBl 2005, 473 mit Anmerkung Anm *Felnhofer-Luksch*); leichte Fahrlässigkeit ist für *Lendl* (RZ 2001, 30 [31]) ausreichend. Ausweislich der Materialien muss zumindest grobe Fahrlässigkeit vorliegen (EBRV 92 BlgNR 21. GP 10).

¹⁸⁶ *Kienapfel/Höpfel*, AT¹³, 182 mwN.

¹⁸⁷ *Kienapfel/Höpfel*, AT¹³, 183 mwN.

¹⁸⁸ Vgl nur *Fuchs*, AT I⁷, 350 ff; *Kienapfel/Höpfel*, AT¹³, 191.

¹⁸⁹ Vgl nur *Fuchs*, AT I⁷, 355 f; *Kienapfel/Höpfel*, AT¹³, 191.

Weise mit Strafe bedrohen.¹⁹⁰ § 2 StGB ist auch auf Fahrlässigkeitsdelikte anwendbar.¹⁹¹
Diesfalls hat die Sorgfaltswidrigkeit auch seine Garantenstellung zu umfassen.¹⁹²

Eine Strafbarkeit nach § 159 StGB kommt sowohl wegen eines Tuns als auch wegen eines Unterlassens in Betracht.

7. § 159 Abs 1 StGB

Nach § 159 Abs 1 StGB ist zu bestrafen, wer grob fahrlässig (s Kap II. C. 5.) seine Zahlungsunfähigkeit (s Kap II. C. 4.) dadurch herbeiführt, dass er kridaträchtig handelt (s Kap II. C. 3.). Tathandlung ist das Herbeiführen der Zahlungsunfähigkeit durch kridaträchtiges Handeln,¹⁹³ Taterfolg ist der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit.¹⁹⁴ Die Zahlungsunfähigkeit muss durch die kridaträchtigen Handlung zumindest mitverursacht worden sein.¹⁹⁵

Strafbarkeit nach dieser Bestimmung ist auch dann gegeben, wenn die Zahlungsunfähigkeit infolge des Entzugs einer Kreditmöglichkeit eintritt, die bis dahin die latente Zahlungsunfähigkeit überdeckt hatte (zB Bank kündigt den Kontokorrentkreditvertrag), und die Kridahandlungen mit dem Entzug iSd Kriterien objektiver Erfolgszurechnung über das Erfordernis der Kausalität hinaus auch spezifisch normativ verknüpft sind.¹⁹⁶

8. § 159 Abs 2 StGB

Nach § 159 Abs 1 StGB ist zu bestrafen, wer in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit (s Kap II. C. 4.) grob fahrlässig (s Kap II. C. 5.) die Befriedigung wenigstens eines seiner Gläubiger dadurch vereitelt oder schmälert, dass er kridaträchtig handelt (s Kap II. C. 3.). Tathandlung ist das kridaträchtige Handeln nach erkannter oder fahrlässig nicht erkannter Zahlungsunfähigkeit,¹⁹⁷ die zur Vereitelung

¹⁹⁰ Fuchs, AT I⁷, 356; Kienapfel/Höpfel, AT¹³, 191 f mwN.

¹⁹¹ Fuchs, AT I⁷, 358.

¹⁹² Fuchs, AT I⁷, 358.

¹⁹³ Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 65.

¹⁹⁴ Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 68; Köck, Wirtschaftsstrafrecht 112.

¹⁹⁵ Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 70.

¹⁹⁶ Rainer in SK § 159 Rz 44; OGH 25.10.1984, 13 Os 34/84.

¹⁹⁷ Kritisch Dellinger in Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts 49 (53 f).

oder Schmälerung der Befriedigung eines Gläubigers führt,¹⁹⁸ Taterfolg die Vereitelung oder Schmälerung der Befriedigung eines Gläubigers.¹⁹⁹ Die Befriedigung ist vereitelt, wenn der Gläubiger leer ausgeht.²⁰⁰ Schmälerung der Gläubigerbefriedigung bedeutet, dass der Gläubiger weniger erhält als ihm zusteht.²⁰¹ Die Zahlungsunfähigkeit muss der Schuldner nicht schuldhaft herbeigeführt haben.²⁰²

9. § 159 Abs 3 StGB

Nach § 159 Abs 1 StGB ist zu bestrafen, wer grob fahrlässig (s Kap II. C. 5.) seine wirtschaftliche Lage durch kridaträchtiges Handeln (s Kap II. C. 3.) derart beeinträchtigt, dass Zahlungsunfähigkeit (s Kap II. C. 4.) eingetreten wäre, wenn nicht von einer oder mehreren Gebietskörperschaften ohne Verpflichtung hiezu unmittelbar oder mittelbar Zuwendungen erbracht, vergleichbare Maßnahmen getroffen oder Zuwendungen oder vergleichbare Maßnahmen anderer veranlasst worden wären. Tathandlung ist die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Lage durch kridaträchtiges Handeln derart, dass ohne die Hilfe einer Gebietskörperschaft Zahlungsunfähigkeit eingetreten wäre,²⁰³ Taterfolg ist die konkrete Gefahr der Zahlungsunfähigkeit.²⁰⁴ Diese Gefahr besteht dann, wenn nach dem gewöhnlichen Verlauf der Dinge aus der Wirtschaftslage des Schuldners ohne weitere Kridahandlungen alsbald Zahlungsunfähigkeit folgt.²⁰⁵ Für die Beurteilung der Lage des Schuldners kommt es auf den Zeitpunkt des freiwilligen Eingreifens der Gebietskörperschaft an.²⁰⁶

¹⁹⁸ Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 75; Rainer in SK § 159 Rz 73.

¹⁹⁹ Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 78; Rainer in SK § 159 Rz 74; Köck, Wirtschaftstrafrecht 112.

²⁰⁰ EBRV 92 BlgNR 21. GP 11; Fabrizio, StGB¹⁰ § 159 Rz 10; Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 78; Rainer in SK § 159 Rz 74.

²⁰¹ EBRV 92 BlgNR 21. GP 11; Fabrizio, StGB¹⁰ § 159 Rz 10; Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 78.

²⁰² Rainer in SK § 159 Rz 69.

²⁰³ Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 84.

²⁰⁴ Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 85; Rainer in SK § 159 Rz 97; Köck, Wirtschaftstrafrecht 112.

²⁰⁵ Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 84.

²⁰⁶ Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 84.

D. Zwischenergebnis

Der Tatbestand der fahrlässigen Krida in § 159 StGB wurde im Rahmen der Kridareform 2000 in „Grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen“ unbenannt und wesentlich umgestaltet. Strafbar ist nur noch grob fahrlässiges Handeln (s Kap II. C. 5.) und die kridaträchtigen Handlungen sind nunmehr taxativ aufgezählt, wobei in der Praxis vor der Kridareform wichtige Tatalternativen nicht aufgenommen wurden (s Kap II. C. 3.). Hervorzuheben ist vor allem der Entfall der Strafbarkeit leichtsinniger oder unverhältnismäßiger Kreditbenutzung oder -gewährung, der Entfall der Strafbarkeit mangelnden Eigenkapitals, wodurch die Auffangfunktion des alten Tatbestands (s Kap II. B. 2.) weggefallen ist sowie schließlich der Entfall der Strafbarkeit der Konkursverschleppung. Insgesamt ist es durch die Kridareform zu einer weitreichenden Entkriminalisierung der ehemals fahrlässigen Krida gekommen.

Die Delikte des § 159 StGB sind Sonderdelikte, wobei als unmittelbarer Täter zunächst nur in Betracht kommt, wer Schuldner ist (s Kap II. C. 2. a.). § 161 Abs 1 StGB erweitert den Anwendungsbereich des § 159 StGB jedoch auf leitende Angestellte. Unter leitenden Angestellten sind nach § 74 Abs 3 Satz 1 StGB Angestellte eines Unternehmens zu verstehen, auf dessen Geschäftsführung ihnen ein maßgeblicher Einfluss zusteht. Ihnen stehen gemäß § 74 Abs 3 Satz 2 StGB Geschäftsführer, Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrats und Prokuristen ohne Angestelltenverhältnis gleich (s Kap II. C. 2. b.). In Betracht kommt weiters die Strafbarkeit als Beitragstäter (s Kap II. C. 2. c.).

III. Haftung der Geschäftsführer

A. Allgemeines

§ 159 StGB kommt nicht nur im Bereich des Strafrechts Bedeutung zu. § 159 Abs 1 und 2 StGB sind Schutzgesetze zugunsten der Gläubiger (s Kap III. D. 2. und 3.). Die strafrechtlichen Tatbestände sind somit Grundlage zivilrechtlicher Schadenersatzansprüche geschädigter Gläubiger.²⁰⁷ Daneben leistet § 159 StGB Hilfe bei der Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche.²⁰⁸ Neben der Haftung gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft kommt auch eine Haftung gegenüber der Gesellschaft nach § 25 GmbHG in Betracht.²⁰⁹ Man kann bildhaft von zwei Kreisen sprechen: der kleinere Kreis der deliktischen Außenhaftung geht vollständig im größeren Kreis der Innenhaftung auf.²¹⁰ Dem Tatbestand des § 159 Abs 3 StGB kommt für die zivilrechtliche Haftung keine Bedeutung zu. Im Fall des § 159 Abs 3 StGB kommt es ja aufgrund des Eingreifens einer Gebietskörperschaft gerade nicht zum Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und in Folge zu einer Gläubigerschädigung.

In diesem Kap wird zunächst die Haftung der Geschäftsführer einer GmbH untersucht.²¹¹ Der Schadenersatzanspruch eines Gesellschaftsgläubigers gegen den Geschäftsführer einer GmbH im Fall grob fahrlässiger Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen iSd § 159 StGB setzt nach den allgemeinen Regeln der Verschuldenshaftung²¹² das Vorliegen eines

²⁰⁷ Grundlegend OGH 2.6.1969, 6 Ob 159/69, JBl 1972, 141 mit Anmerkung *Ostheim; Doralt*, Zur schadenersatzrechtlichen Haftung des Geschäftsführers der GmbH bei fahrlässiger Krida, JBl 1972, 120 (120 ff); *ders*, Unbeschränkte Haftung bei Insolvenz der GmbH, GesRZ 1982, 88 (88 ff); vgl auch *Griss*, Die GmbH im Spiegel der Judikatur – maßgebliche Entwicklungslinien und prägende Einwirkungen, in GesRZ-Spezial 100 Jahre GmbH (2006) 13 (15); *Schuppich*, Verstärkter Gläubigerschutz bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GesRZ 1972, 30 (30 ff).

²⁰⁸ Vgl *Fuchs* in *Fuchs/Keppert*, Grundfragen des Kridastrafrechts 9 (10).

²⁰⁹ *Harrer*, Haftungsprobleme 58; *Schummer*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers wegen Konkursverschleppung – ebenfalls ein Irrweg? in FS-Koppensteiner (2001) 211 (225).

²¹⁰ *Harrer*, Haftungsprobleme 58.

²¹¹ Ob §§ 283 f dStGB (§ FN 15) als Grundlage für eine Haftung der Geschäftsführer herangezogen werden können, ist umstritten (vgl für einen Überblick über den Meinungsstand *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH. Dezentrale Gewinnverfolgung als Leitprinzip des dynamischen Gläubigerschutzes [2006] 141 ff mwN).

²¹² Vgl nur *Kozio/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 299 ff.

Schadens (s Kap III. B.), Kausalität (s Kap III. C.), Rechtswidrigkeit (s Kap III. D.) und Verschulden (s Kap III. E.) voraus.²¹³ Eine zivilrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers kommt weiters nur dann in Betracht, wenn dieser auch deliktsfähig ist.²¹⁴ Sowohl eine Handlung als auch eine Unterlassung kann zu einem Schadenersatzanspruch gegen den Geschäftsführer der GmbH führen (s Kap III. D. 1.). Kap III. F. hat das Mitverschulden zum Gegenstand. In Kap III. G. werden die Auswirkungen der Kridareform auf die zivilrechtliche Geschäftsführerhaftung geprüft. Den Abschluss dieses Kap bildet die Beschäftigung mit § 69 Abs 5 IO (s Kap III. H.). Auf die Ergebnisse dieses Kap aufbauend komme ich in den Kap IV. und V. zum Hauptteil dieser Arbeit, nämlich der Haftung der Gesellschafter einer GmbH.

Die Haftung mehrerer schädigender Geschäftsführer richtet sich nach den § 1302 ABGB.²¹⁵ Eine Billigung des schädigenden Verhaltens durch andere Gesellschaftsorgane (etwa den Aufsichtsrat oder die Generalversammlung) steht der Haftung gegenüber den Gläubigern nicht entgegen.²¹⁶

B. Schaden

Voraussetzung des Schadenersatzanspruchs eines Gesellschaftsgläubigers gegen den Geschäftsführer einer GmbH ist zunächst das Vorliegen eines Schadens. Im Bereich der Haftung wegen grob fahrlässiger Gläubigerbeeinträchtigung iSd § 159 StGB wird es in den meisten Fällen um bloße Vermögensschäden²¹⁷ gehen.²¹⁸ Bloße Vermögensschäden

²¹³ Vgl nur *Fritz*, GmbH-Geschäftsführer Rz 700 ff; *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung Rz 2/2.

²¹⁴ Zu den Rechtsfolgen des Nichtvorliegens voller Handlungsfähigkeit des Geschäftsführers auf dessen Organstellung vgl näher *Schimka*, Anmerkung zu OGH 5.8.2009, 6 Ob 131/09x, GesRZ 2010, 45 (46 ff) mwN.

²¹⁵ *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 244 f.

²¹⁶ *Doralt*, GesRZ 1982, 88 (96).

²¹⁷ Ein bloßer Vermögensschaden liegt dann vor, wenn eine nachteilige Veränderung des Vermögens nicht Folge der Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts ist (*Koziol*, Schadenersatz für reine Vermögensschäden, JBl 2004, 27 [27] mwN; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 314).

²¹⁸ Dies trifft jedenfalls auf den Schaden der Gläubiger zu, die nach Vornahme der kridaträchtigen Handlung mit der Gesellschaft kontrahiert haben. Hinsichtlich ihres Schadens hat der Geschäftsführer jedenfalls kein Befriedigungsrecht beeinträchtigt (vgl *Dellinger*, Haftung 3 FN 11; *Koziol*, Die Haftung wegen Konkursverzögerung durch Kreditgewährung (2. Teil), RdW 1983, 66 [69]).

werden nur eingeschränkt ersetzt.²¹⁹ Jedenfalls – und diese Feststellung genügt für die vorliegende Untersuchung (s Kap III. D. 2. und 3.) – werden bloße Vermögensschäden dann ersetzt, wenn ein Schutzgesetz die Zufügung solcher Schäden verbietet.²²⁰

C. Kausalität

1. Allgemeines

Zu prüfen ist weiters, ob der Geschäftsführer den eingetretenen Schaden verursacht hat. Dabei ist die Formel von der *conditio sine qua non* heranzuziehen.²²¹ Wie im Folgenden gezeigt werden wird, wird man – je nach erfülltem Tatbestand – mit Hilfe dieser Formel zu unterschiedlichen Ergebnissen, was den Umfang des verursachten Schadens betrifft, kommen.

Im Rahmen der Konkursverschleppungshaftung (s Kap VII. C.) wird zwischen sog „Altgläubigern“ und sog „Neugläubigern“ unterschieden. Als Altgläubiger werden Gläubiger bezeichnet, die ihre Forderung **vor** dem Zeitpunkt erworben haben, zu dem der Konkursantrag pflichtgemäß gestellt werden hätte müssen.²²² Neugläubiger haben ihre Forderung dagegen **nach** diesem Zeitpunkt erworben.²²³ Wie in diesem Kap gezeigt werden wird, ist bei der Haftung über § 159 StGB seit der Kridareform 2000 nur zwischen Gläubigern zu unterscheiden, die ihre Forderung vor oder nach der Vornahme der kridaträchtigen Handlung erworben haben.²²⁴ Anderes galt bis zur Kridareform. Nach alter Rechtslage konnte eine Konkursverschleppungshaftung nämlich auch auf § 159

²¹⁹ Vgl ausführlich *Koziol*, JBl 2004, 27 (27 ff); *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 314; jeweils mwN.

²²⁰ OGH 17.10.1995, 1 Ob 8/95, ÖBA 1996, 213 (219); *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 314 mwN; *Welser*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten (1983) 13 f.

²²¹ *F. Bydlinski*, Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht (1964) 7 ff; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 309 f; *Rebhahn*, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr (1997) 566 ff; jeweils mwN.

²²² *Reich-Rohrwig* in WK GmbHG § 25 Rz 312.

²²³ *Reich-Rohrwig* in WK GmbHG § 25 Rz 312.

²²⁴ Vgl aber *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG § 25 Rz 40; *Reich-Rohrwig* in WK GmbHG § 25 Rz 343, die offenbar auch für die Haftung über § 159 StGB zwischen Altgläubigern, die ihre Forderung vor dem Zeitpunkt, zu dem der Konkurs beantragt hätte werden müssen, erworben haben, und Neugläubigern, die ihre Forderung nach diesem Zeitpunkt erworben haben, unterscheiden.

StGB gegründet werden. In diesem Zusammenhang kam somit eine Unterscheidung zwischen Gläubigern, die vor oder nach dem Zeitpunkt, zu dem der Konkurs beantragt hätte werden müssen, mit der Gesellschaft kontrahiert hatten, in Betracht. Um Missverständnisse zu vermeiden, werden die Begriffe Alt- und Neugläubiger in dieser Arbeit nur im Zusammenhang mit der Konkursverschleppungshaftung verwendet, nicht aber im Zusammenhang mit der Haftung über § 159 StGB.

2. § 159 Abs 1 StGB

Hat der Geschäftsführer die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft dadurch herbeigeführt, dass er kridaträchtig gehandelt hat, hat der Geschäftsführer – vorausgesetzt, es liegen auch die Zurechnungselemente Rechtswidrigkeit (s Kap III. D.) und Verschulden (s Kap III. E.) vor – Gläubigern, die **vor** der Vornahme der kridaträchtigen Handlung mit der Gesellschaft kontrahiert haben, grundsätzlich den Nichterfüllungsschaden zu ersetzen.²²⁵ Sie sind also so zu stellen, als wäre ihnen ordnungsgemäß erfüllt worden.²²⁶ Hätte der Geschäftsführer die Zahlungsunfähigkeit nämlich nicht herbeigeführt, wäre ordnungsgemäß erfüllt worden.²²⁷ Abweichend davon steht dann, wenn die Zahlungsunfähigkeit auch ohne die kridaträchtige Handlung eingetreten wäre, sie durch die vor Eintritt der Zahlungsunfähigkeit gesetzte kridaträchtige Handlung aber verschärft wurde, nur ein Anspruch auf den Quotenschaden, also jenem Schaden, der in der Verschlechterung ihrer Konkursquote besteht,²²⁸ zu.²²⁹ Die Haftung im Fall der Verschärfung der Zah-

²²⁵ Vgl auch *Artmann*, Die Durchgriffshaftung im Konzern, in *Kalss/Rüffler*, GmbH-Konzernrecht (2003) 87 (104); *Dellinger*, Haftung 251; *Honsell*, Die Haftung des Geschäftsführers gegenüber Gesellschaftsgläubigern bei Insolvenz der GmbH (II), *GesRZ* 1984, 207 (211); *Koppensteiner*, Ansprüche gegen Organmitglieder/Gesellschafter im Konkurs der GmbH, *RdW* 2008/25, 64 (64); *ders*, *JB* 2006, 681 (685); *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG*³ § 25 Rz 44 f; *Reich-Rohrwig* in *WK GmbHG* § 25 Rz 342; *ders*, *GmbHR* I² Rz 2/477.

²²⁶ Zum Begriff des Nichterfüllungsschadens vgl nur *Kozio*, *HPR* I³ 61 ff mwN. Zur Haftung bei Verletzung sekundärer Leistungspflichten vgl *OGH* 7.4.1987, 2 Ob 625/86, wbl 1987, 186; *Reich-Rohrwig*, *GmbHR* I² Rz 2/477; *Strigl*, Kridahaftung des Geschäftsführers wegen Uneinbringlichkeit von Gewährleistungsforderungen gegen die insolvente GmbH, wbl 1987, 203.

²²⁷ *Dellinger*, Haftung 251; *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG*³ § 25 Rz 45; *Reich-Rohrwig* in *WK GmbHG* § 25 Rz 342; *ders*, *GmbH-Recht* I 370.

²²⁸ *Dellinger*, Haftung 53; *ders* in *Konecny/Schubert*, *InsolvenzG* § 69 Rz 73; *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG*³ § 25 Rz 38; jeweils mwN.

²²⁹ *Artmann* in *Kalss/Rüffler*, *GmbH-Konzernrecht* (2003) 87 (105); *Dellinger*, Haftung 253; *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG*³ § 25 Rz 45; *Reich-Rohrwig* in *WK GmbHG* § 25 Rz 342. In

lungsunfähigkeit setzt allerdings die analoge Anwendung der Strafnorm voraus (s Kap III. G.). Der Entstehungszeitpunkt des Quotenschadens ist umstritten.²³⁰

Gläubiger, die **nach** Vornahme der kridaträchtigen Handlung mit der Gesellschaft kontrahiert haben, sind – wie noch gezeigt werden wird (s Kap III. D. 3. b.) – vom Schutzzweck des § 159 Abs 1 StGB nicht erfasst. Selbst wenn man jedoch zum Ergebnis kommt, dass § 159 Abs 1 StGB auch Neugläubiger schützt, kommt ein Anspruch auf den Vertrauensschaden, jedenfalls nicht in Betracht. Einen solchen sprach der OGH aber in seiner E 2 Ob 548/88 vom 6.12.1988²³¹ zu. In diesem Erk führte der OGH aus, dass der Geschäftsführer einer GmbH, der durch ein im § 159 Abs 1 Z 1 StGB in der Fassung vor der Kridareform unter Strafe gestelltes Verhalten die Zahlungsunfähigkeit herbeiführte, dem Gesellschaftsgläubiger, der nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft mit dieser kontrahierte, für den Ersatz des Vertrauensschaden haftet. Der Geschädigte erleide dann, wenn er mit der GmbH ein Kreditgeschäft nach Eintritt ihrer Zahlungsunfähigkeit abgeschlossen habe, einen Schaden, der in der Differenz zwischen seinem hypothetischen Vermögensstand bei Unterlassung dieses Geschäfts und dem tatsächlichen Vermögensstand, der durch den Verlust des Eigentums an der Ware und die Uneinbringlichkeit der Forderung aus dem Geschäft gekennzeichnet sei, bestehe. Diese Überlegungen gelten für jeden Fall des Abschlusses eines Geschäfts nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des Geschäftspartners. Gegen diese Auffassung spricht – neben den Schutzzweck betreffenden Überlegungen (s Kap III. D. 3. b.) – , dass der Vertrauensschaden durch die Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit nicht verursacht wurde. Hätte der Geschäftsführer die Zahlungsunfähigkeit nicht herbeigeführt, wäre das Geschäft keinesfalls unterblieben; es wäre genauso zustande gekommen. Die Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit ist nur kausal für die Nichterfüllung des zustande gekommenen Ge-

den Fällen, in denen die Gesellschaft etwa aufgrund anfänglicher oder nachträglicher Unmöglichkeit von Anfang an nicht „lebensfähig“ war, kommt eine Haftung der Geschäftsführer für den Vertrauensschaden über § 159 Abs 1 StGB mE nicht in Betracht, weil Gläubiger, die nach Vornahme der kridaträchtigen Handlung mit der Gesellschaft kontrahiert haben – wie sogleich gezeigt werden wird – nicht vom Schutzzweck des § 159 Abs 1 StGB nicht erfasst werden (aA *Dellinger*, Haftung 251 ff; *Reich-Rohrwig* in WK GmbHG § 25 Rz 342).

²³⁰ Vgl für einen Überblick über den Meinungsstand *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, InsolvenzG § 69 Rz 75.

²³¹ RdW 1989, 117 mit Anmerkung *Karollus* = ÖBA 1989, 619 mit Anmerkung *Apathy*.

schäfts.²³² Der allein in Betracht kommende Ersatz des Erfüllungsinteresses scheitert aber daran, dass der Schutzzweck des § 159 Abs 1 StGB nicht so weit reicht.

3. § 159 Abs 2 StGB

Im Fall der grob fahrlässigen Vereitelung oder Schmälerung der Gläubigerbefriedigung durch eine kridaträchtige Handlung in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis der Zahlungsunfähigkeit herrscht zu Recht Einigkeit darüber, dass Gläubigern, die **vor** der Vornahme der kridaträchtigen Handlung mit der Gesellschaft kontrahiert haben, der Quotenschaden zu ersetzen ist.²³³ Hätte der Geschäftsführer nämlich nicht kridaträchtig gehandelt, müssten diese Gläubiger keine Verschlechterung ihrer Quote hinnehmen.

Gläubigern, die **nach** Vornahme der kridaträchtigen Handlung mit der Gesellschaft kontrahiert haben, ist seit der Kridareform 2000 jedenfalls auch der Quotenschaden zu ersetzen.²³⁴ Der zur alten Rechtslage ausgetragene Meinungsstreit, ob Neugläubigern²³⁵ der Quoten- oder Vertrauensschaden zu ersetzen ist,²³⁶ ist durch die Umgestaltung des § 159 StGB beigelegt worden. Ein Ersatz des Vertrauensschadens scheidet aus, weil als rechtswidriges Verhalten nur eine kridaträchtige Handlung iSd § 159 Abs 5 StGB (s Kap II. C. 3. a.) in Frage kommt. Die Strafbarkeit der bloßen Konkursverschleppung ist mit der Kridareform 2000 entfallen (s Kap II. C. 3. g.). Verursacht wird durch eine kridaträchtige Handlung aber gerade nur eine Verschlechterung der Quote.²³⁷

²³² Vgl auch *Dellinger*, Haftung 254 f.

²³³ Vgl auch OGH 23.2.2009, 8 Ob 108/08b, GeS 2009, 269 mit Anmerkung *Jaufer*; *Koppensteiner*, JBl 2006, 681 (685); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 41; *Rainer* in SK § 161 Rz 22; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I² Rz 2/473.

²³⁴ Vgl auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 41; aA *Rainer* in SK § 161 Rz 22.

²³⁵ Zum Begriff s Kap III. C. 1.

²³⁶ Vgl für einen Überblick *Kastner/Doralt/Nowotny*, GesR⁵, 398 FN 215; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I² Rz 2/474 mwN.

²³⁷ Vgl auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 41; anders wohl *Reich-Rohrwig* in WK GmbHG § 25 Rz 343.

D. Rechtswidrigkeit/Rechtswidrigkeitszusammenhang

1. Allgemeines

Eine weitere Voraussetzung der Schadenersatzpflicht der Geschäftsführer ist die Rechtswidrigkeit ihres schädigenden Verhaltens. Wie bereits erwähnt (s Kap III. A.) ist die in der vorliegenden Arbeit untersuchte Haftung ein Anwendungsfall der Haftung wegen Verletzung eines Schutzgesetzes. Die Haftung wegen Verletzung eines Schutzgesetzes ist in § 1311 Satz 2 ABGB geregelt.²³⁸ Nach dieser Bestimmung haftet, „[wer] ein Gesetz, das den zufälligen Beschädigungen vorzubeugen sucht, übertreten [hat]; ... für allen Nachteil, welcher außer dem nicht erfolgt wäre.“²³⁹ Bei der Haftung wegen Verletzung eines Schutzgesetzes ergibt sich die Rechtswidrigkeit aus dem objektiv sorgfaltswidrigen Verstoß gegen sog „Schutzgesetze“.²⁴⁰ Erfasst werden von § 1311 Satz 2 ABGB nur sog „abstrakte Schutzgesetze“.²⁴¹ Darunter werden gesetzliche²⁴² Verhaltensgebote verstanden, deren Bezugspunkt nicht eine erste Schädigung, sondern bereits ein vorge-

²³⁸ Zur Stellung der Haftung nach § 1311 ABGB im Deliktssystem des ABGB s *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 25 ff.

²³⁹ An dieser – vordergründig eindeutig erscheinenden (vgl *Welser*, Schutzgesetzverletzung, Verschulden und Beweislast, ZVR 1976, 1 [1]) – Regelung haben sich zahlreiche Meinungsstreitigkeiten entzündet. Eine erschöpfende Beschäftigung mit allen Fragen der Haftung wegen Verletzung eines Schutzgesetzes kann in dieser Arbeit nicht geboten werden. Vgl weiterführend zur Haftung wegen Schutzgesetzverletzung insb: *Harrer* in *Schwimann*, ABGB³ § 1311 ABGB Rz 6 ff; *Karner* in *KBB*² § 1311 ABGB Rz 3 ff; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1311 Rz 4 ff; *Karollus*, Schutzgesetzverletzung passim; *ders*, Praktische Probleme der Schutzgesetzhaftung, insbesondere im Verkehrshaftpflichtrecht, ZVR 1994, 129 (129 ff); *Welser*, ZVR 1976, 1 (1 ff); *ders*, Der OGH und der Rechtswidrigkeitszusammenhang, ÖJZ 1975, 1 (1 ff) und 37 (37 ff). Eine – wenn auch in mehrfacher Hinsicht von § 1311 S 2 ABGB abweichende – vergleichbare Regelung findet sich in § 823 Abs 2 BGB. Diese Bestimmung lautet wie folgt: „Die gleiche Verpflichtung [gemeint: die in § 823 Abs 1 BGB normierte Verpflichtung zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens] trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.“ Zur dt Rechtslage vgl nur *Wagner* in *MünchKommBGB*⁵ § 823 BGB Rn 327 ff; *Sprau* in *Palandt*, BGB⁶⁷ § 823 Rz 56 ff.

²⁴⁰ OGH 1.7.1999, 2 Ob 181/97z, ecolex 2000, 42 mit Anmerkung *Wilhelm* = ecolex 2000, 42 mit Anmerkung *Wenger*; *Karner* in *KBB*² § 1311 ABGB Rz 5; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1311 Rz 6; *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 157 ff mwN; vgl weiters *Dellinger*, Haftung 53 f; aA *Koziol*, HPR II² 108.

²⁴¹ *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 92 f.

²⁴² Vgl zu den formellen Kriterien des Schutzgesetzes nur *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 94 ff.

lagerter Gefährdungszustand ist.²⁴³ Gehaftet wird nur für jene Schäden, die das verletzte Schutzgesetz gerade verhindern wollte (Rechtswidrigkeitszusammenhang/Schutzzweck der Norm),²⁴⁴ wobei es ausreicht, wenn das Schutzgesetz die Verhinderung des Schadens bloß mitbezweckt.²⁴⁵

In diesem Kap wird geprüft, ob und inwieweit § 159 Abs 1 und 2 StGB als Schutzgesetze zu qualifizieren sind und somit als Grundlage einer zivilrechtlichen Haftung von Geschäftsführern einer GmbH gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft in Betracht kommen. Prüft man die Schutzgesetzeigenschaft von Normen des Strafrechts, stellt man zunächst fest, dass diese auf den ersten Blick überhaupt keine Verhaltenspflichten enthalten.²⁴⁶ Straftatbestände richten sich jedoch nicht bloß an die Strafverfolgungsorgane, vielmehr verstecken sich hinter der kausalen Formulierung an die Rechtsunterworfenen gerichtete Verhaltensgebote.²⁴⁷ Eine weitere Schwierigkeit bei der Anknüpfung an Straftatbeständen besteht in der Eingrenzung des Umfangs der Verweisung. Ins Schadenersatzrecht werden nur die Verhaltensgebote, nicht aber die sonstigen Merkmale der Strafnorm unmittelbar übernommen.²⁴⁸

Vorweg ist zu prüfen, wer Adressat einer auf § 159 StGB aufbauenden zivilrechtlichen Haftung ist. Strafbar nach § 159 StGB ist, wer Schuldner ist (s Kap II. C. 2. a.); ihn trifft jedenfalls auch die Schadenersatzpflicht, ist er doch Adressat der als Schutzgesetz herangezogenen Norm. Schuldner ist freilich die Gesellschaft (arg § 61 Abs 2 GmbHG), nicht aber der Geschäftsführer. Mit dem Schuldner ist der Kreis der Adressaten des § 159 StGB allerdings noch nicht erschöpft. Wie bereits erwähnt erweitert § 161 Abs 1 StGB den Anwendungsbereich des § 159 StGB auf leitende Angestellte (s Kap II. C. 2. b.). Diese Bestimmung ist ebenfalls von der Verweisung in § 1311 Satz 2 ABGB erfasst und kann somit zur Identifikation der Schadenersatzpflichtigen herangezogen werden.²⁴⁹ Geschäftsführer kommen somit als Adressaten einer Haftung wegen Verletzung eines aus §

²⁴³ Karollus, Schutzgesetzverletzung 92 f.

²⁴⁴ Karner in KBB² § 1311 ABGB Rz 5.

²⁴⁵ OGH 28.3.1996, 2 Ob 2028/96s; Binder in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung Rz 3/58.

²⁴⁶ Karollus, Schutzgesetzverletzung 216.

²⁴⁷ Karollus, Schutzgesetzverletzung 216 f mwN auch zur Gegenmeinung.

²⁴⁸ Karollus, Schutzgesetzverletzung 143 ff, 220 mwN.

²⁴⁹ Karollus, Schutzgesetzverletzung 245 f.

159 Abs 1 oder 2 StGB entnommenen Schutzgesetzes in Betracht. Schließlich erstreckt sich die Verweisung in § 1311 Satz 2 ABGB auch auf die strafrechtlichen Beteiligungsregeln (s Kap V. B.).²⁵⁰ Die schadenersatzrechtlichen Beteiligungsregeln in §§ 1301 f ABGB stehen dem nicht entgegen, sie führen auch nicht zu einer Erweiterung der strafrechtlichen Bestimmungen.²⁵¹ Neben einer Haftung als unmittelbarer Täter kommt somit auch ein Schadenersatzanspruch gegen Geschäftsführer als Bestimmungs- oder Beitragstäter in Betracht.

Rechtswidrig kann sowohl ein Tun des Geschäftsführers als auch eine Unterlassung sein.²⁵² Eine Haftung des Geschäftsführers ist auch wegen Unterlassung möglich. Die Regelungen des Strafrechts zur Unterlassungshaftung (s Kap II. C. 6.) sind auch für den zivilrechtlichen Schadenersatz maßgeblich.²⁵³

2. § 159 Abs 1 StGB

Nach stRsp²⁵⁴ und hL²⁵⁵ ist § 159 Abs 1 StGB als Schutzgesetz zu qualifizieren. Dieser Auffassung ist zuzustimmen. Gegen die Schutzgesetzeigenschaft des § 159 Abs 1 StGB wird vor allem vorgebracht, dass der insolvenzrechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung zu beachten sei. Die Annahme eines Schutzgesetzes widerspräche dem Gedanken der Gleichbehandlung, weil im Vorteil jener Gläubiger sei, der früher reagiere und daher rechtzeitig Schadenersatzansprüche gegen die Geschäftsführer geltend mache.²⁵⁶ Dieser

²⁵⁰ Karollus, Schutzgesetzverletzung 239 f.

²⁵¹ Karollus, Schutzgesetzverletzung 240 ff mwN.

²⁵² Vgl Reich-Rohrwig, GmbHR I² Rz 2/467 mwN.

²⁵³ Vgl Karollus, ÖBA 1990, 337 (352 ff).

²⁵⁴ OGH 1.12.2005, 6 Ob 196/05z, JBl 2006, 463; zur Rechtslage vor Einführung des § 69 Abs 5 IO (vgl Kap III. H.) etwa OGH 2.6.1969, 6 Ob 159/69, JBl 1972, 141 mit Anmerkung Ostheim; 16.12.1996, 1 Ob 2269/96z, wbl 1997, 210.

²⁵⁵ Koppensteiner, Neues zur „Existenzvernichtungshaftung“, JBl 2008, 749 (751); ders, JBl 2006, 681 (684); Koppensteiner/Rüffler, GmbHG § 25 Rz 44; Reich-Rohrwig in WK GmbHG § 25 Rz 324; Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ § 69 Rz 122; zur Rechtslage vor Einführung des § 69 Abs 5 IO (vgl Kap III. H.) etwa Dellinger, Haftung 250 f; Doralt, GesRZ 1982, 88 (93 f); Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I², 2/455; aA zur Rechtslage vor Einführung des § 69 Abs 5 IO (vgl Kap III. H.) Harrer, Haftungsprobleme 57 f; Schummer in FS Koppensteiner 211 (214 ff); ders, Das Eigenkapitalersatzrecht. Notwendiges Rechtsinstitut oder Irrweg? (1998) 472 ff.

²⁵⁶ Harrer, Haftungsprobleme 57 f; ähnlich Schummer in FS Koppensteiner 211 (214 ff); ders, Eigenkapitalersatzrecht 472 ff.

Argumentation liegt allerdings die Rechtslage vor dem GIRÄG 2003²⁵⁷ zugrunde, mit dem § 69 Abs 5 IO eingeführt wurde. Nach dieser Bestimmung, die – wie unten begründet werden wird (s Kap III. H.) – auch auf die Haftung nach § 159 StGB anzuwenden ist, können die Konkursgläubiger, Schadenersatzansprüche wegen einer Verschlechterung der Konkursquote infolge einer Verletzung der Konkursantragspflicht erst nach Rechtskraft der Aufhebung des Konkurses geltend machen (näher zu dieser Bestimmung s Kap III. H.). § 69 Abs 5 IO lässt die Bedenken, die gegen die Schutzgesetzeigenschaft des § 159 Abs 1 StGB ins Treffen geführt wurden, ins Leere laufen.²⁵⁸

Von der Formulierung des Verhaltensgebots ist die Prüfung dessen Schutzzwecks zu trennen.²⁵⁹ Dabei ist auf die Schadensverhütungsaufgabe der Verhaltensnorm abzustellen.²⁶⁰ Bei der Prüfung des Schutzzwecks eines Schutzgesetzes ist auch zu fragen, ob bei Verwirklichung der Risiken auch eine Schadenersatzfolge eintreten soll.²⁶¹ ME sind vom Schutzzweck der aus § 159 Abs 1 StGB gewonnenen Verhaltensnorm nur die Schäden jener Gläubiger erfasst, die ihre Forderung bis zur Vornahme der kridaträchtigen Handlung erworben haben.²⁶² § 159 Abs 1 StGB soll den Schuldner nur davon abhalten, bestehende Gläubiger zu schädigen. Wurde die kridaträchtige Handlung einmal vorgenommen, ist ein Schadenersatzanspruch hinzutretender Gläubiger nicht mehr auf § 159

²⁵⁷ Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über Eigenkapital ersetzende Gesellschafterleistungen (Eigenkapitalersatz-Gesetz – EKEG) geschaffen wird sowie mit dem die Konkursordnung, die Ausgleichsordnung, das Unternehmensreorganisationsgesetz und das Übernahmegesetz geändert werden (Gesellschafts- und Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2003 – GIRÄG 2003), BGBl I 2003/92; vgl für einen Überblick über das GIRÄG 2003 *Reich-Rohrwig*, Änderungen der KO, AO, URG und ÜbG durch das GIRÄG 2003, *ecolex* 2004, 178 (178 ff).

²⁵⁸ Vgl auch *Dellinger in Konecny/Schubert*, InsolvenzG § 69 Rz 70 (zur Schutzgesetzeigenschaft des § 69 IO); *Koppensteiner*, JBl 2006, 681 (684).

²⁵⁹ Vgl zur Normzweckprüfung insb *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 337 mit zahlreichen Nachweisen.

²⁶⁰ *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 338 f.

²⁶¹ *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 343 ff.

²⁶² *Artmann in Kalss/Rüffler*, GmbH-Konzernrecht 87 (99 f); vgl auch *Dellinger*, Haftung 254 ff; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 44 mwN; *Rainer in SK* § 161 Rz 22; zweifelnd *Koppensteiner*, JBl 2006, 681 (685); aA OGH 6.12.1988, 2 Ob 548/88, RdW 1989, 117 mit Anmerkung *Karollus* = ÖBA 1989, 619 mit Anmerkung *Apathy*; *Reich-Rohrwig*, GmbHR I² Rz 2/477.

Abs 1 StGB zu stützen; vielmehr kommt die Anknüpfung an die Verletzung von Aufklärungspflichten in Betracht.²⁶³

Wie noch gezeigt werden wird (s Kap III. G. 3.) kommt eine Erweiterung des aus § 159 Abs 1 StGB entnommenen Schutzgesetzes im Weg der Analogie in Betracht.

3. § 159 Abs 2 StGB

Auch § 159 Abs 2 StGB wird von der hM²⁶⁴ als Schutzgesetz gesehen. Wie bereits oben näher ausgeführt (s Kap III. D. 2.) ist die Schutzgesetzeigenschaft jedenfalls vor dem Hintergrund des § 69 Abs 5 IO zu bejahen.²⁶⁵

Nach § 159 Abs 2 StGB ist zu bestrafen, wer in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis seiner Zahlungsunfähigkeit grob fahrlässig die Befriedigung wenigstens eines seiner Gläubiger dadurch vereitelt oder schmälert, dass er kridaträchtig handelt. Zu beachten ist die Abgrenzung zwischen § 159 Abs 1 StGB und § 159 Abs 2 StGB. Resultiert ein Gläubigerschaden daraus, dass nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit kridaträchtig gehandelt wird, kommt primär § 159 Abs 2 StGB zur Anwendung. Eine Haftung nach § 159 Abs 2 StGB setzt allerdings voraus, dass der Geschäftsführer Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft hatte oder ihm seine Unkenntnis vorgeworfen werden kann. Hat der Geschäftsführer nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit kridaträchtig gehandelt, kann ihm allerdings die Unkenntnis der Zahlungsunfähigkeit nicht vorgeworfen werden, scheiden sowohl eine zivilrechtliche als auch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit aus. Der Schutzzweck des § 159 Abs 2 StGB erfasst Schäden von Gläubigern un-

²⁶³ Vgl auch *Artmann* in *Kalss/Rüffler*, GmbH-Konzernrecht 87 (99 f); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 44.

²⁶⁴ OGH 1.12.2005, 6 Ob 196/05z, JBl 2006, 463 ua; *Koppensteiner*, JBl 2006, 681 (684); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 40 mwN; *Rainer* in SK § 161 Rz 22; *Reich-Rohrwig* in WK GmbHG § 25 Rz 324; *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ § 69 Rz 122; zur Rechtslage vor der Einführung des § 69 Abs 5 IO (Kap III. H.) etwa OGH 16.12.1996, 1 Ob 2269/96z, wbl 1997, 210; *Dellinger*, Haftung 95; *Doralt*, GesRZ 1982, 88 (92); *Koziol*, Kreditgewährung in der Krise, ÖBA 1992, 673 (678); *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I², 2/455; aA *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, GesR Rz 2997; zur Rechtslage vor der Einführung des § 69 Abs 5 IO (Kap III. I.) *Schummer* in FS-Koppensteiner 211 (214 ff); *ders*, Eigenkapitalersatzrecht 472 ff.

²⁶⁵ So auch *Koppensteiner*, JBl 2006, 681 (684); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG § 25 Rz 40; aA *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, GesR Rz 2997.

abhängig davon, ob sie vor oder nach der kridaträchtigen Handlung mit der Gesellschaft kontrahiert haben.²⁶⁶ Es soll nämlich sowohl der Vertiefung des Schadens der Gläubiger vorgebeugt werden als auch verhindert werden, dass weitere Personen in den Zusammenbruch des Schuldners hineingezogen werden.²⁶⁷

Auch hinsichtlich des aus § 159 Abs 2 StGB entnommenen Schutzgesetzes ist eine Erweiterung im Weg der Analogie zu erwägen (s Kap III. G. 3.).

E. Verschulden

Ein Schadenersatzanspruch eines Gesellschaftsgläubigers gegen den Geschäftsführer einer GmbH setzt das Verschulden des Geschäftsführers voraus.²⁶⁸ Gefordert wird seit der Kridareform 2000 grobe Fahrlässigkeit des Geschäftsführers.²⁶⁹ Der Schadenersatzanspruch des Gesellschaftsgläubigers setzt somit keine grobe Fahrlässigkeit des Geschäftsführers voraus. Das Verschulden hat sich bei Schutzgesetzen nur auf die Verletzung der übertretenen Norm zu beziehen.²⁷⁰ Eine Haftung auch für den entgangenen Gewinn (s unten) kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn das schädigende Verhalten auch in Bezug auf den Schadenseintritt grob fahrlässig oder vorsätzlich war.²⁷¹

Erfüllt ein Geschäftsführer einen der Tatbestände des § 159 StGB, wird daraus regelmäßig ein Vermögensschaden resultieren.²⁷² Der Begriff des Vermögensschadens erfasst

²⁶⁶ Vgl auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG § 25 Rz 41.

²⁶⁷ *Medigovic*, ÖJZ 2003/9, 161 (174).

²⁶⁸ Vgl allgemein zum Verschulden *Koziol*, HPR I³, 188 ff; *ders*, Grundsatzfragen Rz 6/73 ff; jeweils mwN.

²⁶⁹ *Artmann*, Haftungsdurchgriff im GmbH-Recht DRdA 2002, 370 (374); *dies* in *Kalss/Rüffler*, GmbH-Konzernrecht 87 (97 f); *Reich-Rohrwig* in WK GmbHG § 25 Rz 362; vgl auch *Koppensteiner*, JBl 2008, 749 (755); *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (99); ferner *Schall*, Gläubigerschutz 332, nach dem bei der Insolvenzverursachungshaftung nur vorsätzliches oder bewusst grob fahrlässiges bzw rücksichtsloses Handeln in Betracht kommt, weil in der werbenden Gesellschaft unternehmerische Risiken eingegangen werden müssen; aA *Braun*, *ecolex* 2001, 381 (384).

²⁷⁰ *Karner* in KBB² § 1311 ABGB Rz 3 mwN; *Welser*, ZVR 1976, 1 (2 ff).

²⁷¹ *P. Bydlinski*, Schadenersatzrechtliche Überlegungen anlässlich eines Verkehrsunfalls, ZVR 1984, 193 (198); *Karner* in KBB² § 1311 ABGB Rz 3 mwN.

²⁷² Unter einem Vermögensschaden versteht man einen Nachteil an geldwerten Gütern (*Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 303).

sowohl den positiven Schaden²⁷³ als auch den entgangenen Gewinn^{274 275}. Der entgangene Gewinn wird nach § 1324 ABGB nur bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Schädigung ersetzt.²⁷⁶ Sowohl positiver Schaden als auch entgangener Gewinn kommen im Fall grob fahrlässiger Gläubigerbeeinträchtigung iSd § 159 StGB in Betracht.²⁷⁷

F. Mitverschulden des Geschädigten

§ 1304 ABGB bestimmt, dass der Geschädigte dann keinen Anspruch auf vollen Ersatz seines Schadens hat, wenn neben dem Verhalten des Schädigers auch sein eigenes schuldhaftes Verhalten kausal für den Schadenseintritt war. Auch wenn es sich hierbei nur um eine Obliegenheitsverletzung handelt, spricht man vom Mitverschulden des Geschädigten.²⁷⁸ Wer welchen Teil des Schadens zu tragen hat, bestimmt sich nach dem Verhältnis des Verschuldens des Schädigers zu dem des Geschädigten. Wenn sich das Verhältnis nicht bestimmen lässt, haben Schädiger und Geschädigter den Schaden zu gleichen Teilen zu tragen. Ein Mitverschulden des geschädigten Gläubigers kommt dann in Betracht, wenn er von der Vornahme kridaträchtiger Handlungen durch den Geschäftsführer hätte wissen müssen und dennoch mit der Gesellschaft kontrahiert bzw eine bestehende Vertragsbeziehung fortgesetzt hat.²⁷⁹ Keinen Schadenersatzanspruch hat ein Gläubiger, der auf eigene Gefahr handelt.²⁸⁰

²⁷³ Ein positiver Schaden liegt dann vor, wenn ein schon vorhandenes Gut beschädigt oder zerstört wird (*Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 304).

²⁷⁴ Der entgangene Gewinn wird als Vernichtung einer Erwerbschance definiert (*Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 304). Die Abgrenzung des positiven Schadens vom entgangenen Gewinn bereitet Schwierigkeiten (vgl nur *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 304).

²⁷⁵ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 303 f.

²⁷⁶ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 324.

²⁷⁷ Vgl näher *Doralt*, GesRZ 1982, 88 (90 f).

²⁷⁸ Vgl nur *Koziol*, HPR I³ 367 ff. Näher zum Mitverschulden vgl nur *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB³ § 1304 ABGB Rz 1 ff; *Karner* in *KBB*² § 1304 ABGB Rz 1 ff; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1304 Rz 1 ff; *Koziol*, HPR I³ 364 ff; jeweils mwN.

²⁷⁹ Vgl auch *Reich-Rohrwig* in *WK GmbHG* § 25 Rz 367 mwN; vgl zu entsprechenden Überlegungen im Bereich der Konkursverschleppungshaftung OGH 22.10.2007, 1 Ob 134/07y, ÖBA 2008, 441; *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, InsolvenzG § 69 Rz 118 mwN.

²⁸⁰ *Reich-Rohrwig* in *WK GmbHG* § 25 Rz 368 mwN; vgl zu entsprechenden Überlegungen im Bereich der Konkursverschleppungshaftung *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, InsolvenzG §

Wie in Kap VI. ausgeführt werden wird, hat der Schädiger für das Verhalten von Erfüllungs- und Besorgungsgehilfen sowie von Repräsentanten einzustehen. Entsprechende Zurechnungsfragen stellen sich auch auf Geschädigtenseite.²⁸¹ Einigkeit herrscht zunächst darüber, dass der Geschädigte sich das Verhalten seiner Gehilfen im Rahmen eines Schuldverhältnisses zurechnen lassen muss.²⁸² Als Begründung hierfür wird überwiegend die analoge Anwendung des § 1313a ABGB herangezogen.²⁸³ Ob und inwieweit dem Geschädigten das Verhalten von Gehilfen im Bereich der Haftung *ex delicto* – und um eine solche handelt es sich bei der in dieser Arbeit untersuchten Haftung – zugerechnet werden kann, ist jedoch umstritten. Dem ABGB lässt sich eine ausdrückliche Bestimmung nicht entnehmen.²⁸⁴ In der österreichischen L stehen – grob gesprochen – die Anhänger der sog²⁸⁵ „*Verschärfungsthese*“²⁸⁶ jenen der sog²⁸⁷ „*Gleichbehandlungsthese*“²⁸⁸ gegenüber.²⁸⁹ Nach ersteren geht die Zurechnung auf Geschädigtenseite weiter

69 Rz 119; *Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ § 69 Rz 136 f; jeweils mwN.

²⁸¹ Vgl für einen Überblick *Schörghofer*, Gehilfenzurechnung auf Geschädigtenseite, Zak 2009, 246 (246 ff).

²⁸² *Koziol*, HPR I³ Rz 12/64; *Kletečka*, Mitverschulden durch Gehilfenverhalten (1991) 37 ff; jeweils mwN

²⁸³ *Karner in KBB*² § 1304 Rz 1; *Koziol*, HPR I³ Rz 12/64 mwN; aA *Dullinger*, Mitverschulden von Gehilfen, JBl 1990, 91 (92 f) (Haftung für Bewahrungsgehilfen); s auch *Kerschner*, DHG² (2004) § 2 Rz 21.

²⁸⁴ Vgl aber § 254 Abs 2 letzter Satz BGB (vgl zu dieser – umstrittenen – Bestimmung nur *Oetker in MünchKommBGB*⁵ § 254 Rn 126 ff mwN); § 7 Abs 2 EKHG, deren Analogiefähigkeit umstritten ist; s ferner auch § 1a Abs 4 RHPfIG.

²⁸⁵ OGH 20.1.2009, 4 Ob 204/08s, ecolex 2009/110, 315 mit Anmerkung *Kletečka* = Zak 2009/140, 96 mit Anmerkung *Leitner* = ZVR 2010/8, 22 mit Anmerkung *Huber*; *F. Bydlinski*, Gehilfenmitverschulden beim Arbeitgeber und betriebliche Hierarchie, FS Tomandl (1998) 45 (54).

²⁸⁶ *Apathy/Riedler*, Bürgerliches Recht III³ Rz 13/66; *Dullinger*, Mitverschulden von Gehilfen, JBl 1990, 20 (20 ff) und 91 (91 ff) mwN aus der älteren Lehre; *dies*, Buchbesprechung von *Kletečka*, Mitverschulden durch Gehilfenverhalten, DRdA 1992, 415 (415 f); *dies*, Zum Mitverschulden von Gehilfen bei Haftung *ex delicto*, JBl 1992, 407 (407 f); *Iro*, Besitzerwerb (1982) 221 f; *Koziol*, Grundfragen 6/223 ff; *ders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten: Spiegelbild- oder Differenzierungsthese? in FS Deutsch (2009) 781 (791 ff); *ders*, Die Zurechnung des Gehilfenverhaltens im Rahmen des § 1304 ABGB, JBl 1997, 201 (201 ff); *ders*, HPR I³ Rz 12/67 ff; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 328; *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1304 Rz 7d; vgl auch *Karner in KBB*² § 1315 ABGB Rz 7.

²⁸⁷ OGH 20.1.2009, 4 Ob 204/08s, ecolex 2009/110, 315 mit Anmerkung *Kletečka* = Zak 2009/140, 96 mit Anmerkung *Leitner*.

²⁸⁸ *F. Bydlinski*, FS Tomandl 45 (54 ff); *ders*, Zur Haftung der Dienstleistungsberufe in Österreich und nach dem EG-Richtlinienvorschlag, JBl 1992, 341 (346 f); *Grassl-Palten*, Gehil-

als jene auf Schädigerseite. Sie stellten nicht auf die in § 1315 ABGB normierten Voraussetzungen ab, sondern sprechen sich vielmehr für die Zurechnung des Verhalten sog „Bewahrungsgehilfen“ aus. Darunter werden Personen verstanden, denen der Geschädigte die Wahrung seiner Interessen übertragen hat.²⁹⁰ Es wird argumentiert, dass das Risiko des Rückgriffs auf den Gehilfen eher dem Geschädigten als dem Schädiger zuzumuten ist; ersterer ziehe ja den Nutzen aus der Tätigkeit des Dritten.²⁹¹ Auch auf die § 7 Abs 2 EKHG wird hingewiesen.²⁹² Die Vertreter der Gleichbehandlungsthese argumentieren zutreffend, dass sich aus § 1304 ABGB die gesetzgeberische Wertung ableiten lasse, dass Schädiger und Geschädigter gleich zu behandeln seien,²⁹³ die Zurechnung also analog § 1313a ABGB²⁹⁴ bzw analog § 1315 ABGB²⁹⁵ zu erfolgen habe. Der OGH hat zunächst

fenmitverschulden, Fremdversicherung und anderes. Eine Besprechung der E des OGH 7 Ob 27/91, JBl 1992, 501 (507); *Harrer* in *Schwimann*, ABGB³ § 1304 ABGB Rz 28 ff; *Kletečka*, Mitverschulden passim mwN aus der älteren Lehre; *ders*, Anmerkung zu OGH 10.10.1991, 7 Ob 27/91, ecolex 1992, 89 (89); *ders*, Mitverschulden durch Gehilfenverhalten im Lichte der neueren Rechtsprechung – OGH schließt sich der Gleichbehandlungsthese an, Sachverständige 2009, 57 (57 ff); *Schörghofer*, Zak 2009, 246 (248); im Grundsatz zustimmend auch *Karollus*, Gleichbehandlung von Schädiger und Geschädigtem bei der Zurechnung von Gehilfenverhalten, ÖJZ 1994, 257 (257 ff), der jedoch ergänzend die Figur des Bewahrungsgehilfen heranzieht (kritisch dazu *F. Bydlinski*, FS Tomandl 45 [56 f]; *Harrer* in *Schwimann*, ABGB³ § 1304 ABGB Rz 30 FN 124).

²⁸⁹ Vgl aber *Kerschner*, DHG² § 2 Rz 21. Nach diesem hat seiner Obliegenheit gem § 1304 ABGB entsprochen, wer seine Rechtsgüter ohne Auswahlverschulden anderen tauglichen Personen anvertraut. Darüber hinaus überlegt er eine analoge Anwendung des § 1315 ABGB. Sh auch *Jabornegg*, Buchbesprechung von *Kletečka*, Mitverschulden durch Gehilfenverhalten, ÖJZ 1993, 431 (431).

²⁹⁰ *Koziol*, JBl 1997, 201 (207); *ders*, HPR I³ Rz 12/70; vgl aber *Dullinger*, JBl 1990, 91 (91 ff) (diese sieht von diesem Begriff auch jene Personen umfasst, derer sich der Geschädigte zur Wahrnehmung seiner vertraglichen Gläubigerobliegenheiten bedient hat). Die Zurechnung wird insofern eingeschränkt, als sie dann verneint wird, wenn sich mehrere Schädiger vorsätzlich zusammengeschlossen haben (*Dullinger*, JBl 1990, 20 [28 f]). Weiters sind nach Auffassung mancher (*F. Bydlinski*, FS Tomandl 45 [56 f]; *Karner* in KBB² § 1315 ABGB Rz 7; dies erwägend auch *Koziol*, JBl 1997, 201 [209]; aA *Karollus*, ÖJZ 1994, 257 [260]) selbständige Unternehmer nicht zuzurechnen.

²⁹¹ Vgl *Koziol*, JBl 1997, 201 (207); *ders*, HPR I³ Rz 12/70.

²⁹² § 7 Abs 2 EKHG wird die verallgemeinerungsfähige Wertung entnommen, dass dem Verschulden des Geschädigten das Verschulden desjenigen gleichstehe, der die tatsächliche Gewalt über die Sache ausübe (*Koziol*, JBl 1997, 201 [208]; *ders*, HPR I³ Rz 12/70; vgl auch *Dullinger*, JBl 1990, 10 [31]).

²⁹³ *Karollus*, ÖJZ 1994, 257 (257 ff); *Kletečka*, Mitverschulden 32 ff.

²⁹⁴ Näher *Kletečka*, Mitverschulden 37 ff.

²⁹⁵ Näher *Kletečka*, Mitverschulden 7 ff.

in zwei Entscheidungen die Verschärfungsthese vertreten.²⁹⁶ Zuletzt ist der OGH allerdings in seiner Entscheidung 4 Ob 204/08s vom 20.1.2009²⁹⁷ auf die Linie der Gleichbehandlungsthese umgeschwenkt. Für das geltende Recht sei allein die Gleichbehandlungsthese methodisch vertretbar sei. Im Fall einer deliktischen Schädigung könne dem Geschädigten, den kein eigenes Verschulden trifft, das für den Schadenseintritt mitwirkende Verschulden von Personen, denen der Geschädigte seine Güter bewusst überantwortet hat („Bewahrungsgehilfen“), jedenfalls dann nicht wie eigenes Verschulden angerechnet werden, wenn die Voraussetzungen des § 1315 ABGB nicht vorliegen. Schließlich kommt auch auf Geschädigtenseite die Zurechnung von Repräsentanten in Betracht.²⁹⁸

G. Erweiterung des § 159 StGB im zivilrechtlichen Kontext

1. Allgemeines

Durch die Neufassung des § 159 StGB im Rahmen der Kridareform hat das Kridastrafrecht große Änderungen erfahren (s Kap II. C. 3. g.).²⁹⁹ Dass bestimmte Handlungen vom neuen Wortlaut nicht mehr erfasst werden, muss nicht automatisch bedeuten, dass sie auch keine zivilrechtlichen Haftungsfolgen nach sich ziehen können. Einzugehen ist auf eine gewohnheitsrechtliche Haftung (s Kap III. G. 2.) sowie die Möglichkeiten einer analogen Erweiterung der dem § 159 StGB entnommenen Verhaltenspflichten (s Kap III. G. 3.). Die Frage nach der Zulässigkeit einer analogen Erweiterung eines aus einem Straftatbestand gewonnen Schutzgesetzes stellt sich nicht erst seit der Umgestaltung des § 159 StGB im Rahmen der Kridareform 2000. Bereits zum Tatbestand der fahr-

²⁹⁶ OGH 10.10.1991, 7 Ob 27/91, JBl 1992, 523 = ecolex 1992, 89 mit kritischer Anmerkung *Kletečka*; kritisch zu dieser Entscheidung auch *Grassl-Palten*, Aus der versicherungsrechtlichen Judikatur, RdW 1992/11, 366 (366); *dies*, JBl 1992, 501 (510 ff); 30.1.1992, 7 Ob 34/91, VR 1992, 366.

²⁹⁷ OGH 20.1.2009, 4 Ob 204/08s, ecolex 2009/110, 315 mit Anmerkung *Kletečka* = Zak 2009/140, 96 mit Anmerkung *Leitner* = ZVR 2010/8, 22 mit Anmerkung *Huber*; vgl zu dieser Entscheidung ferner *Karner*, Gehilfenzurechnung auf Seiten des Geschädigten. Anmerkung zu OGH 1 Ob 1/09t und 4 Ob 204/08s, ZVR 2010/3, 9 (9 ff); *Kletečka*, Sachverständige 2009, 57 (61 f); *Schörghofer*, Zak 2009, 246 (246 ff).

²⁹⁸ Vgl dazu *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1304 ABGB Rz 7 f mwN.

²⁹⁹ Für die zivilrechtliche Haftung kommt es auf die im Tatzeitpunkt geltende Fassung des § 159 StGB an (OGH 18.4.2002, 2 Ob 71/02h, RdW 2002/537, 595 ua; vgl auch *Vonkilch*, Das intertemporale Privatrecht [1999] 206 f mwN).

lässigen Krida in der Fassung vor der Kridareform wurden dementsprechende Überlegungen angestellt (sh sogleich Kap III. G. 3. c.).

2. Gewohnheitsrechtliche Haftung?

Nach den Gesetzesmaterialien zielt die Kridareform 2000 darauf ab, „*qualifiziert unwirtschaftliches Handeln von schlichten ökonomischen Fehlentscheidungen zu unterscheiden und nur erstere – im Hinblick auf ihren gesteigerten Handlungsunwert – als Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen zu erfassen, letztere jedoch aus dem Strafbarkeitsbereich auszuklammern und der zivilrechtlichen Abwicklung zu überlassen*“³⁰⁰.³⁰¹ Aufgrund dieser Formulierung wird die Frage nach einer gewohnheitsrechtlichen Haftung der Geschäftsführer im Umfang des § 159 StGB in der Fassung vor der Kridareform gestellt.³⁰²

Selbst wenn man das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle anerkennt,³⁰³ ist eine gewohnheitsrechtliche Haftung aus mehreren Gründen zu verneinen. Voraussetzung einer gewohnheitsrechtlichen Erweiterung der zivilrechtlichen Haftung wäre zunächst – wenn man die Grundsätze der zum bloßen Geldanspruch des Pflichtteilsberechtigten nach Erlassung des Bundesbereinigungsgesetzes ergangenen Jud³⁰⁴ bemüht³⁰⁵ –, dass diese „*im gewohnheitsrechtlichen Bewusstsein der Normadressaten so fest verwurzelt ist, dass daran weiter festzuhalten ist*“. Von einer tiefen Verwurzelung dieser Rechtsansicht im gewohnheitsrechtlichen Bewusstsein der Normadressaten, wie dies beim Geld-Pflichtteilsanspruch der Fall ist, kann aber wohl nicht ausgegangen werden.³⁰⁶ Weiters setzt die Entstehung von Gewohnheitsrecht neben der *opinio iuris* eine tatsächliche, länger dauernde gleichmäßige Übung der Regel voraus.³⁰⁷ Eine ausreichende Dauer ist im vorliegenden Fall – wie übrigens auch im Fall des Geld-Pflichtteilsanspruch – wohl zu verneinen, bestand bis zur Kridareform 2000 doch eine gesetzliche Regelung. Darüber

³⁰⁰ Hervorhebungen durch den Autor.

³⁰¹ EBRV 92 BlgNR 21. GP 10.

³⁰² Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen 79.

³⁰³ Vgl zum Meinungsstand F. Bydlinski in Rummel, ABGB³ § 10 Rz 1 ff; Posch in Schwimann, ABGB³ § 10 Rz 1 ff; jeweils mit zahlreichen Nachweisen.

³⁰⁴ OGH 6.12.2000, 7 Ob 202/00g, JBl 2001, 521.

³⁰⁵ So Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen 79.

³⁰⁶ So auch Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen 79.

³⁰⁷ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³, 40; Posch in Schwimann, ABGB³ § 10 Rz 3.

hinaus steht einer gewohnheitsrechtlichen „Weitergeltung“ des Tatbestands der fahrlässigen Krida das Verbot des Gewohnheitsrechts im Strafrecht (s auch Kap III. G. 3. b.) entgegen.³⁰⁸ Schließlich kann dem Gesetzgeber wohl nicht unterstellt werden, er wolle die mit der Kridareform verfolgte Entkriminalisierung durch eine zivilrechtliche Haftung sabotieren. Die Materialien sind daher so zu verstehen, dass die zivilrechtliche Abwicklung auf der Grundlage bestehender Gesetze zu erfolgen hat.³⁰⁹

3. Analogie?

a. Allgemeines

Als weitere Möglichkeit, Lücken in der zivilrechtlichen Kridahaftung zu füllen, kommt eine Erweiterung des Tatbestands des § 159 StGB im Wege der Analogie in Betracht. Will man diesen Weg beschreiten, muss zunächst die Hürde des strafrechtlichen Analogieverbots überwunden werden (s Kap III. G. 3. b.). Daran anschließend ist das Vorliegen einer Lücke und die Möglichkeiten ihrer Füllung zu prüfen (s Kap III. G. 3. c.).

b. Strafrechtliches Analogieverbot

Nach § 1 Abs 1 StGB darf eine Strafe oder eine vorbeugende Maßnahme nur wegen einer Tat verhängt werden, die unter eine ausdrückliche gesetzliche Strafdrohung fällt und schon zur Zeit ihrer Begehung mit Strafe bedroht war. Aus dieser Bestimmung wird – neben dem Bestimmtheitsgrundsatz (s Kap IV. D. 2. cc. bbb.), dem Rückwirkungsverbot³¹⁰ und dem Verbot des Gewohnheitsrechts³¹¹ – abgeleitet, dass es dem Strafrichter verwehrt ist allfällige Lücken der Normen des Strafrechts – ausgenommen Normen des Strafprozessrechts³¹² – zu Ungunsten des Täters³¹³ im Wege der Analogie zu schließen

³⁰⁸ Der Einwand des Verbots des Gewohnheitsrechts im Strafrecht ließe sich allenfalls noch durch das Argument entkräften, dieses Verbot gelange deshalb nicht zur Anwendung, weil es ja um die zivilrechtliche Haftung gehe und die strafrechtliche Verantwortlichkeit unberührt unangetastet bliebe (s zur vergleichbaren Argumentation betreffend das strafrechtliche Analogieverbot Kap III. G. 3. b.).

³⁰⁹ Zu diesem Ergebnis gelangt auch *Reich-Rohrwig* (Grundsatzfragen 79).

³¹⁰ Vgl nur *Fuchs*, AT I⁷ 39 ff.

³¹¹ Vgl nur *Fuchs*, AT I⁷ 41.

³¹² *Fuchs*, AT I⁷ 38.

³¹³ Eine Analogie zu Gunsten des Täters ist dagegen unbeschränkt zulässig (*Fuchs*, AT I⁷ 38).

(arg „*ausdrückliche*“ Strafdrohung).³¹⁴ Dabei wird in Kauf genommen, dass es aufgrund dieser Methodenbeschränkung dazu kommen kann, dass ein „strafwürdiges“ Verhalten nicht bestraft werden kann.³¹⁵ Das Analogieverbot ist vor dem Hintergrund zu sehen,³¹⁶ dass das Strafrecht in besonderer Weise die Grund- und Freiheitsrechte berührt.³¹⁷ Der in § 1 StGB zum Ausdruck kommende Grundsatz *nulla poena sine lege* soll dort Überraschungen vorbeugen, wo es um die außergewöhnlich schweren Eingriffe der staatlichen Strafgewalt geht.³¹⁸ Betreffend die strafrechtlichen Vermögensdelikte wird pointiert ausgeführt: „*Es gibt kein **allgemeines**³¹⁹ Vermögensdelikt: Wer rechtswidrig fremdes Vermögen beeinträchtigt, wird bestraft. Nicht alles, was rechtswidrig ist, ist auch strafbar. Die Strafbarkeit ist vielmehr auf ganz bestimmte Vermögensangriffe beschränkt, die das Gesetz im einzelnen beschreibt und sorgfältig gegen jene Angriffe abgrenzt, die bloß ziviles Unrecht darstellen und zum Schadenersatz verpflichten (...). Es ist eine notwendige Folge dieser Beschränkung auf bestimmte, besondere Vermögensdelikte, dass das Gesetz auch planwidrige Unvollständigkeiten enthält oder solche Unvollständigkeiten, die manche als planwidrig empfinden mögen.*“³²⁰

Die Besonderheit des § 159 StGB besteht nun darin, dass an seinen Tatbestand nicht nur strafrechtliche Rechtsfolgen anknüpfen, sondern er als Schutzgesetz auch Fundament zivilrechtlicher Ansprüche ist. Diese Zwitterstellung³²¹ ist kein alleiniges Spezifikum des Tatbestands der grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen. Sie betrifft alle strafrechtlichen Tatbestände, die als Schutzgesetz herangezogen werden können. Von großer Bedeutung ist diese Beobachtung auch im Kapitalmarkt-³²² und im Kartell-

³¹⁴ Fuchs, AT I⁷ 37 ff.

³¹⁵ Fuchs, AT I⁷ 37.

³¹⁶ Vgl ausführlich zum Zweck des Analogieverbots Höpfel, Zu Sinn und Reichweite des sogenannten Analogieverbots, JBl 1979, 505 (505 ff) und 575 (575 ff).

³¹⁷ Vgl Höpfel, JBl 1979, 505 (508); vgl weiters ausführlich zum Spannungsverhältnis zwischen den Grund- und Menschenrechten und der strafrichterlichen Gewalt Nowakowski, Die Grund- und Menschenrechte in Relation zur strafrichterlichen Gewalt, ÖJZ 1965, 281 (281 ff).

³¹⁸ Höpfel, JBl 1979, 505 (508).

³¹⁹ Hervorhebung im Original.

³²⁰ Fuchs, Neue Formen rechtswidriger Vermögensschädigung, in Strafrechtliche Probleme der Gegenwart 12 (1985) 63 (63 f).

³²¹ Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht I (2005) 82.

³²² Vgl etwa Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht 82 f.

recht.³²³ Vor dem Hintergrund dieser Zwitterstellung stellt sich nun die Frage nach der Zulässigkeit einer sog gespaltenen Auslegung,³²⁴ dh einer unterschiedlich ausgestalteten Auslegung derselben Regelung je nachdem, ob es um die Auslegung im Hinblick auf ihre zivilrechtlichen oder strafrechtlichen Rechtsfolgen geht.

Wie oben ausgeführt wird das Analogieverbot mit der besonderen Schwere der strafrechtlichen Rechtsfolgen begründet. Eine vergleichbare Eingriffsintensität entfaltet die Schadenersatzsanktion nicht.³²⁵ Das Analogieverbot lässt sich nur betreffend die strafrechtlichen Rechtsfolgen rechtfertigen.³²⁶ Soweit es um die Anknüpfung zivilrechtlicher Haftungsfolgen geht, sind die hinter dem strafrechtlichen Analogieverbot stehenden teleologischen Überlegungen nicht tragfähig. Das strafrechtliche Analogieverbot gelangt somit auf die Auslegung eines Schutzgesetzes, das aus einem Straftatbestand abgeleitet wurde, nicht zur Anwendung.³²⁷ Der mit strafrechtlichen Sanktionen bewehrte Tatbestand bleibt davon unberührt.³²⁸ Als ergänzendes Argument für die Zulässigkeit einer Analogie wird der schadenersatzrechtliche Ausgleichsgedanke herangezogen.³²⁹

Als Zwischenergebnis lässt sich somit festhalten, dass das strafrechtliche Analogieverbot einer analogen Anwendung des § 159 StGB solange nicht entgegensteht, als es um seine zivilrechtlichen Rechtsfolgen als Schutzgesetz geht.

³²³ Vgl etwa *Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht. Wettbewerbsbeschränkungen, Unlauterer Wettbewerb, Marken³ (1997) 65 ff.

³²⁴ Vgl nur *Kalss* in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre² (in Druck) mwN.

³²⁵ *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 219.

³²⁶ *Dellinger*, Haftung 106; *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 218 f; *Schmiedel*, Deliktsobligationen nach deutschem Kartellrecht (1974) 240.

³²⁷ *Dellinger*, Haftung 105 ff; *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 218 f; *Koppensteiner*, JBl 2006, 681 (686); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 61 Rz 33; *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (97); *ders*, Replik zu *Koppensteiner*, JBl 2006, 681 ff, JBl 2006, 809 (810); vgl auch *Karollus*, ÖBA 1990, 337 (340).

³²⁸ Vgl *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 219; *Schmiedel*, Deliktsobligationen 239.

³²⁹ *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 219.

c. Feststellung und Schließung von Lücken

aa. Allgemeines

Voraussetzung einer Analogie ist das Vorliegen einer Lücke.³³⁰ Eine Lücke wird definiert als „*planwidrige Unvollständigkeit innerhalb des positiven Rechts, gemessen am Maßstab der gesamten geltenden Rechtsordnung*“.³³¹

Die Identifikation planwidriger und somit ausfüllungsbedürftiger Lücken in § 159 StGB hat mit der Beantwortung der Frage zu beginnen, ob der Strafnorm überhaupt ein für die Analogie im zivilrechtlichen Kontext heranzuziehender Zweck entnommen werden kann. So wird ausgeführt, dass der Zweck von § 159 StGB ausschließlich strafrechtlicher Natur sei, der Strafrechtzweck einer Vorschrift über die mit ihr verknüpften zivilrechtlichen Intentionen aber zunächst gar nichts aussage. Darüber, wie der Gesetzgeber des § 159 StGB den dort verfolgten Zweck umgesetzt hätte, ließe sich nur spekulieren.³³² Diese Überlegungen stehen einer analogen Erweiterung des § 159 StGB mE nicht entgegen. Die Verweisung in § 1311 ABGB hat bloß zur Folge, dass die dem § 159 StGB entnommenen Verhaltensgebote als Grundlage für Schadenansprüche zivilrechtliche Relevanz zukommt. Damit ist zweifelsohne eine Änderung der Zweckrichtung des § 159 StGB verbunden, führt die Verweisung doch dazu, dass die Strafnorm in die Dienste des Schadenersatzrechts und dessen Zwecke (s für einen Vergleich der Zwecke des Straf- und Zivilrechts Kap VI. C. 5. b. cc.) gestellt wird. Auch wenn § 159 StGB als Schutzgesetz mit den Zwecken der Verschuldenshaftung „aufgeladen“ wird, ändert dies noch nichts an dem § 159 Abs 1 und 2 StGB zugrunde liegenden Zweck, nämlich dem Vermögensschutz der Gläubiger (s Kap II. C. 1.). Es spricht nun nichts dagegen, die in der Strafnorm zum Ausdruck kommenden Wertungen in zivilrechtlichem Kontext weiterzudenken und so Lücken, die im strafrechtlichen Kontext aufgrund des Analogieverbots unausgefüllt bleiben müssen, zu schließen.³³³

³³⁰ F. Bydlinski, Methodenlehre², 472 ff mwN.

³³¹ Canaris, Feststellung von Lücken², 39.

³³² Koppensteiner, JBl 2006, 681 (686); vgl auch ders, JBl 2008, 749 (754 f); Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 61 Rz 33.

³³³ Vgl auch U. Torggler, JBl 2006, 85 (97); ders, JBl 2006, 809 (810).

Wie bereits erwähnt (s Kap III. G. 3. a.) ist hinsichtlich des § 159 StGB zwischen jenen Lücken, die – in gleicher oder ähnlicher Form – bereits vor der Kridareform 2000 bestanden haben (s Kap III. G. 3. C. bb.), und jenen, die erst durch die Reform entstanden sind (s Kap III. G. 3. C. cc.), zu unterscheiden.

bb. Lücken, die bereits vor der Kridareform bestanden haben

In die erste Gruppe ist die Frage einzuordnen, ob § 159 Abs 1 StGB auch dann zur Anwendung gelangt, wenn durch kridaträchtige Handlungen eine Überschuldung herbeigeführt wurde.³³⁴ Eine analoge Anwendung im zivilrechtlichen Kontext bei Herbeiführung der Überschuldung ist aufgrund des gleichen Unwertgehalts zu bejahen.³³⁵ Nach der Umgestaltung des § 159 StGB im Rahmen der Kridareform 2000 ist eine Erstreckung des § 159 Abs 1 StGB wegen des insgesamt engeren Tatbestands den Geschäftsführern eher zumutbar.³³⁶ Die praktische Relevanz dieser Frage ist jedoch nicht zu überschätzen, wird doch ein aufgrund einer Überschuldung gestellter Konkursantrag regelmäßig auch die Zahlungsunfähigkeit nach sich ziehen (s Kap II. C. 3.).

Eine weitere Lücke der zivilrechtlichen Kridahaftung, die auch schon vor der Kridareform 2000 bestanden hat, ist darin zu sehen, dass strafbar nur die Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit ist, nicht aber die Verschärfung einer Zahlungsunfähigkeit, die auch ohne das Verhalten des Geschäftsführers eingetreten wäre.³³⁷ Im zivilrechtlichen Kontext ist die analoge Anwendung des § 159 StGB zu bejahen, handelt es sich bei der Verschärfung der Zahlungsunfähigkeit doch um einen der Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit wertungsmäßig gleichgelagerten Sachverhalt.³³⁸

cc. Lücken, die durch die Kridareform entstanden sind

Zu prüfen ist weiters, wie mit jenen Lücken umzugehen ist, die im Zuge der Kridareform 2000 entstanden sind. Einzugehen ist also auf die nunmehr taxativ aufgezählten

³³⁴ Die Frage ausdrücklich offenlassend *Karollus*, ÖBA 1990, 337 (340 FN 26).

³³⁵ *Dellinger*, Haftung 248 f; vgl auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG § 61 Rz 43.

³³⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG § 61 Rz 43.

³³⁷ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 2/458.

³³⁸ Vgl auch *Dellinger*, 246 f; *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 223 f; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 2/458.

kridaträchtigen Handlungen und inwieweit dadurch entstandene Lücken (s Kap II. C. 3. g.) durch Analogie gefüllt werden können.

Vorweg klarzustellen ist, dass die Tatsache, dass der Gesetzgeber die kridaträchtigen Handlungen im Rahmen der Kridareform 2000 taxativ aufgelistet hat, ihrer analogen Erweiterungen im zivilrechtlichen Kontext nicht entgegensteht, dient eine Analogie ja gerade dazu, einen zu eng gefassten Wortlaut zu erweitern. Soweit es um die auf § 159 StGB aufbauende zivilrechtliche Haftung geht, sind der Liste kridaträchtiger Handlungen „vergessene“ Handlungen, die den vorhandenen Handlungen wertungsmäßig entsprechen hinzuzufügen.³³⁹

Zu fragen ist weiters, wie mit jenen Tatbestandsvarianten umgegangen werden muss, die der Gesetzgeber im Rahmen der Kridareform 2000 gerade straffrei stellen wollte. Dazu zählen das Herbeiführen der Zahlungsunfähigkeit durch leichtsinnige oder unverhältnismäßige Benutzung oder Gewährung von Kredit, das Eingehen neuer Schulden, die Bezahlung einer Schuld sowie das Bestellen eines Pfands nach Zahlungsunfähigkeit und schließlich die Konkursverschleppung (s Kap II. C. 3. g.). ME ist das Vorliegen einer Lücke nicht schon deshalb zu verneinen, weil es dem Gesetzgeber hinsichtlich dieser Tatbestandsvarianten gerade darum gegangen ist, sie aus dem Tatbestand zu entfernen. Die Intention des Gesetzgebers hat zwar eine wichtige Indizfunktion, entbindet aber nicht von der Aufgabe zu überprüfen, ob nicht möglicherweise doch eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes gegeben ist. Gegen die Annahme einer Lücke spricht aber, dass die Kridareform eine Entkriminalisierung des unternehmerischen Misserfolgs zum Zweck hatte (s Kap II. B. 3.). Dieser Effekt sollte unter anderem durch den Entfall in der Praxis vor der Kridareform bedeutsamer Tathandlungen erreicht werden. Dieser Zweck spricht nun aber dagegen, dass diese Tathandlungen zu Schadenersatzansprüchen führen können. Der Zweck des § 159 StGB kann im zivilrechtlichen Kontext zwar über die Grenzen seines Wortlauts hinaus weitergedacht werden, es geht aber nicht an, die Wertungen des § 159 StGB über den Umweg der zivilrechtlichen Haftung zu konterkarieren. Soweit der Entfall der Strafbarkeit der Konkursverschleppung betroffen ist, ist zu ergänzen, dass eine Lücke im Bereich der zivilrechtlichen Haftung auch deshalb zu verneinen ist, weil

³³⁹ Dies vorsichtig erwägend auch *Koppensteiner*, JBl 2006, 681 (686).

ein Schadenersatzanspruch ohnehin an § 69 IO geknüpft werden kann (s Kap VII. C.).³⁴⁰ In Anbetracht der Tatsache, dass Neugläubigern nach der neueren Rsp bei einer Anknüpfung an § 69 IO der Vertrauensschadens zu ersetzen ist (s Kap VII. C.), ist damit auch kein Unterschied hinsichtlich des zu ersetzenden Schadens verbunden;³⁴¹ nach alter Rsp konnte ein Vertrauensschaden nur auf Grundlage des § 159 StGB (in der Fassung vor der Kridareform) begehrt werden (s Kap III. C. 3.), wohingehend § 69 IO nur zu einem Ersatz des Quotenschadens führte (s Kap VII. C.). § 159 Abs 2 StGB kann als Grundlage für eine zivilrechtliche Haftung wegen Verletzung der Konkursantragspflicht bei Zahlungsunfähigkeit somit nicht mehr herangezogen werden.³⁴²

H. § 69 Abs 5 IO

Nach § 69 Abs 5 IO³⁴³ können die Konkursgläubiger, Schadenersatzansprüche wegen einer Verschlechterung der Konkursquote infolge einer Verletzung der Konkursantragspflicht erst nach Rechtskraft der Aufhebung des Konkurses geltend machen.³⁴⁴ Zweck dieser Regelung ist es, konkurrierende Ansprüche der Gläubiger und der durch den Masseverwalter vertretenen GmbH zu verhindern.³⁴⁵ Während eines Konkursverfahrens kann nur der Masseverwalter gegen den Geschäftsführer vorgehen. Gläubiger können ihre Ansprüche erst nach rechtskräftiger Aufhebung des Konkurses geltend machen oder

³⁴⁰ Vgl auch *Feuchtinger*, SWK 2000, W 131 (W 134); *Karollus* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, *Krisenmanagement*², 1145 (1163); *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ § 69 Rz 121.

³⁴¹ *Karollus* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, *Krisenmanagement*², 1145 (1163 f).

³⁴² *Binder* in *Ratka/Rauter*, *Geschäftsführerhaftung* Rz 3/57, 70; *Karollus* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, *Krisenmanagement*², 1145 (1163); *Karollus/Huemer*, *Die Fortbestehungsprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung*² (2006) 29; *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG*³ § 25 Rz 40, *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ § 69 Rz 121.

³⁴³ Eine vergleichbare Regelung findet sich in § 92 dInsO. Nach Satz 1 dieser Bestimmung können Ansprüche der Insolvenzgläubiger auf Ersatz eines Schadens, den diese Gläubiger gemeinschaftlich durch eine Verminderung des zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögens vor oder nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erlitten haben (Gesamtschaden), während der Dauer des Insolvenzverfahrens nur vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden.

³⁴⁴ Zur Frage, ob sonstige Ansprüche gegen Organmitglieder während eines Konkursverfahrens über das Vermögen der GmbH durchgesetzt werden können vgl nur *Koppensteiner*, RdW 2008/25, 64 (65 ff) mwN.

³⁴⁵ EBRV 124 BlgNR 22. GP 17; *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, *InsolvenzG* § 69 Rz 76; *ders* in *Dellinger/Mohr*, *EKEG* § 69 IO Rz 3; *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG*³ § 25 Rz 35.

dann, wenn überhaupt kein Konkursverfahren (zB mangels Masse) eröffnet wird.³⁴⁶ Die Verjährung ruht während des Konkursverfahrens.³⁴⁷ Darüber hinaus wird vertreten, dass die Gläubiger ihren Schaden auch während des Konkursverfahrens geltend machen können, wenn der Masseverwalter sich dazu entschließt, nicht gegen die Geschäftsführer vorzugehen.³⁴⁸

Fraglich ist, ob § 69 Abs 5 IO auch auf Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger auf den Quotenschaden über § 159 StGB anzuwenden ist. Vom Wortlaut der Bestimmung ist diese Auslegung nicht gedeckt. Er erfasst nur Schaden infolge einer Verletzung der Konkursantragspflicht. Jedoch ist eine analoge Anwendung zu bejahen.³⁴⁹ Auch im Fall einer Inanspruchnahme der Geschäftsführer auf der Grundlage des § 159 StGB kollidiert der Anspruch der Gesellschaftsgläubiger auf den Quotenschaden im Falle eines Konkursverfahrens mit jenem des Masseverwalters. Wie bereits erwähnt (s Kap III. A.) steht einem Schadenersatzanspruch der Gläubiger der Gesellschaft (Außenhaftung) immer auch ein Haftungsanspruch der Gesellschaft (Innenhaftung) gegenüber. Die Konkurrenzsituation ist die gleiche wie bei der Haftung wegen Konkursverschleppung.³⁵⁰

I. Zwischenergebnis

§ 159 Abs 1 und 2 StGB sind als Schutzgesetze Grundlage zivilrechtlicher Schadenersatzansprüche geschädigter Gläubiger einer GmbH gegen deren Geschäftsführer. Hat der Geschäftsführer die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft dadurch herbeiführt, dass er kridaträchtig gehandelt hat, hat der Geschäftsführer – vorausgesetzt, es liegen auch die Zurechnungselemente Rechtswidrigkeit und Verschulden vor – Gläubigern, die **vor** der Vornahme der kridaträchtigen Handlung mit der Gesellschaft kontrahiert haben, grund-

³⁴⁶ *Dellinger in Konecny/Schubert*, InsolvenzzG § 69 Rz 79; *ders in Dellinger/Mohr*, EKEG § 69 IO Rz 7; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 35; vgl auch *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR 4/511; *Richter*, Zur Geltendmachung des Quotenschadens durch den Masseverwalter. Bemerkungen zu OGH 6 Ob 72/06s und zu § 69 Abs 5 IO, ZIK 2007/65, 42 (42).

³⁴⁷ *Dellinger in Konecny/Schubert*, InsolvenzzG § 69 Rz 78; *ders in Dellinger/Mohr*, EKEG § 69 IO Rz 5.

³⁴⁸ *Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzzrecht⁴ § 69 Rz 150.

³⁴⁹ OGH 23.2.2009, 8 Ob 108/08b, GeS 2009, 269 mit Anmerkung *Jaufer* (zu § 159 Abs 2 StGB); *Koppensteiner*, JBl 2006, 681 (687); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 41, 44.

³⁵⁰ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 41.

sätzlich den Nichterfüllungsschaden zu ersetzen. Gläubiger, die **nach** Vornahme der kridaträchtigen Handlung mit der Gesellschaft kontrahiert haben, sind vom Schutzzweck des § 159 Abs 1 StGB nicht erfasst. Im Fall der grob fahrlässigen Vereitelung oder Schmälerung der Gläubigerbefriedigung durch eine kridaträchtige Handlung in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis der Zahlungsunfähigkeit (§ 159 Abs 2 StGB) ist Gläubigern unabhängig davon, ob sie **vor** oder **nach** der Vornahme der kridaträchtigen Handlung mit der Gesellschaft kontrahiert haben, der Quotenschaden zu ersetzen ist. Sowohl eine Handlung des Geschäftsführers als auch eine Unterlassung kann zu einer Schadenersatzpflicht führen. § 69 Abs 5 IO ist analog auch auf Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger auf den Quotenschaden über § 159 StGB anzuwenden (s Kap III. H.).

Die Kridareform 2000 hat auch den Anwendungsbereich der auf § 159 StGB aufbauenden zivilrechtlichen Geschäftsführerhaftung eingeschränkt. Die zivilrechtliche Haftung geht jedoch über die Strafbarkeit hinaus, können Lücken in der zivilrechtlichen Haftung doch im Wege der Analogie gefüllt werden (s Kap III. G. 3.). Das strafrechtliche Analogieverbot gelangt auf die Auslegung eines Schutzgesetzes, das aus einem Straftatbestand abgeleitet wurde, nicht zur Anwendung. § 159 Abs 1 StGB gelangt auch zur Anwendung, wenn durch kridaträchtige Handlungen eine Überschuldung herbeigeführt wurde oder die Zahlungsunfähigkeit verschärft wurde. Weiters sind in der Liste kridaträchtiger Handlungen „vergessene“ Handlungen, die den vorhandenen Handlungen wertungsmäßig entsprechen, soweit es um den zivilrechtlichen Schadenersatz geht, hinzuzufügen. Eine analoge Erweiterung um jene Tatbestandsvarianten, die der Gesetzgeber im Rahmen der Kridareform 2000 gerade straffrei stellen wollte, ist mangels Vorliegen einer Lücke jedoch zu verneinen.

IV. Haftung der Gesellschafter als Normadressaten des § 161 Abs 1 StGB

A. Allgemeines

Auf die Ergebnisse in Kap III. zur Haftung der Geschäftsführer einer GmbH den Gesellschaftsgläubigern gegenüber aufbauend soll in diesem und im folgenden Kap V. der Frage nachgegangen werden, ob auch die Gesellschafter einer GmbH einem Haftungsrisiko im Fall grob fahrlässiger Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen iSd § 159 StGB ausgesetzt sind.³⁵¹ Diese Frage ist nicht zuletzt auch für den Gläubigerschutz im Konzern von Bedeutung.³⁵²

Die Suche nach einer Begründung für die Haftung von Gesellschaftern hat von § 159 StGB auszugehen, dessen Beschreibung der als unmittelbare Täter in Betracht kommenden Personen auch für die zivilrechtliche Haftung relevant ist. Gesellschafter kommen – wie Geschäftsführer – als Subjekt des § 159 StGB nicht in Betracht. Strafbar ist nämlich nach § 159 StGB der Schuldner (s Kap II. C. 2. a.). Schuldner ist aber nur die GmbH; die Gesellschafter der GmbH haften den Gesellschaftsgläubigern gegenüber gemäß § 61 Abs 2 GmbHG nicht für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Wie in Kap III. D. 1. ausgeführt, erfasst der Verweis des § 1311 ABGB auf § 159 StGB jedoch auch § 161 Abs 1 StGB. Als unmittelbare Täter des § 159 StGB kommen – wie bereits in Kap II. C. 2. b. erwähnt – nach § 161 Abs 1 StGB auch sog „*leitende Angestellte*“ juristischer Personen in Betracht. Sie sind damit auch potentielle Adressaten einer zivilrechtlichen Haftung.³⁵³ Unter leitenden Angestellten sind nach der Legaldefinition in § 74 Abs 3 StGB, auf die § 161 Abs 1 StGB verweist, Angestellte eines Unternehmens, auf dessen Geschäftsführung ihnen ein maßgeblicher Einfluss zusteht, zu verstehen, wobei ihnen

³⁵¹ Zur Frage, ob auch Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft besteht, vgl nur *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (97 ff) mwN.

³⁵² Vgl auch *Doralt*, Zur Entwicklung eines österreichischen Konzernrechts, in 10. ÖJT 1988, Band II/1, 1 (37 ff); *ders*, Zur Entwicklung eines österreichischen Konzernrechts, in *Lutter*, Konzernrecht im Ausland, ZGR Sonderheft 11 (1994) 192 (223 f).

³⁵³ Auch für die dt Rechtslage wird eine Haftung der Gesellschafter auf Grundlage der §§ 283 f dStGB (s FN 15) diskutiert (vgl *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung 141 ff mwN).

Geschäftsführer, Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrats und Prokuristen ohne Anstellungsverhältnis gleich stehen.

In diesem Kap prüfe ich, ob GmbH-Gesellschafter von § 161 Abs 1 StGB erfasst sind. Im Einzelnen werde ich klären ist, ob Gesellschafter unter die Tatbestandsmerkmale „*leitende Angestellte*“ (s Kap V. C.) oder „*Geschäftsführer*“ (s Kap V. D.) subsumiert werden können. In Betracht kommt darüber hinaus auch eine Haftung als Aufsichtsrat oder Prokurist. Der Begriff des leitenden Angestellten des §§ 161 Abs 1 iVm 74 Abs 3 StGB hat eine lange Geschichte; sie soll dieser Prüfung vorangestellt werden (s Kap V. B.).

B. Entstehungsgeschichte des Begriff des leitenden Angestellten iSd §§ 161 Abs 1 iVm 74 Abs 3 StGB

1. Strafgesetz 1852³⁵⁴

Nach § 486c Abs 1 Strafgesetz 1852 waren, wenn in den Fällen der §§ 485, 486, 486a leg cit der Schuldner und im Falle des § 486b leg cit der Gläubiger oder der Schuldner eine Gesellschaft, Genossenschaft oder Verein ist, die Bestimmungen auf die Organe des Unternehmens anzuwenden, welche die Tat begangen haben. Wenn in den angeführten Fällen die Tat von jemandem begangen worden war, der die Geschäfte des Schuldners oder des Gläubigers selbständig führte, so waren nach § 486c Abs 2 Strafgesetz 1852 die Bestimmungen auch auf ihn anzuwenden.³⁵⁵

Als Organe verstand man Personen, die durch Gesetz oder Statut zur Vertretung der juristischen Person im weitesten Sinn berufen sind.³⁵⁶ Für die Stellung als Organ wurde die interne Befugnis zur Geschäftsleitung als maßgebend angesehen.³⁵⁷ Hinsichtlich jener Personen, die selbständig die Geschäfte führten, wurde es von der Rsp³⁵⁸ als gleichgültig angesehen, ob der Täter im Handelsregister als Geschäftsführer oder Proku-

³⁵⁴ RGBI 1852/117 (wiederverlautbart durch StGBI 1945/25 [Strafgesetz 1945]).

³⁵⁵ Vgl zu dieser Bestimmung E. Arnold, Strafrechtliche Organhaftung bei Kridadelikten, GesRZ 1973, 58 (58 ff); Eberl, Fahrlässige Krida 42 ff; Kaniak, StG⁶, § 486c StG.

³⁵⁶ E. Arnold, GesRZ 1973, 58 (60) mwN.

³⁵⁷ E. Arnold, GesRZ 1973, 58 (60) mwN.

³⁵⁸ Vgl die Nachweise bei E. Arnold, GesRZ 1973, 58 (62).

rist eingetragen sei oder nicht. Maßgeblich sei nicht ein formeller Bestellungsakt; es komme vielmehr nur auf die tatsächlichen Verhältnisse an.

2. Antikorruptionsgesetz 1964³⁵⁹

Das Antikorruptionsgesetz 1964 kannte den leitenden Angestellten eines Unternehmens, auf dessen Geschäftsführung ihm ein maßgeblicher Einfluss zusteht (Art II, III, IV). Das Antikorruptionsgesetz 1964 hatte den Begriff des leitenden Angestellten allerdings nicht selbst geschaffen; vielmehr griff es auf den „*leitenden Angestellten*“ des Betriebsrätegesetzes 1947³⁶⁰ zurück. Dort fanden sich in § 2 Abs 3 lit a „*leitende Angestellte, denen maßgebender Einfluss auf die Betriebsführung zusteht*“. Ausweislich der EBRV zum Betriebsrätegesetz³⁶¹ sind darunter Personen zu verstehen, die berufen sind, auf betriebstechnischem, auf kaufmännischem oder auf administrativem Gebiet unter eigener Verantwortung Verfügungen zu treffen, die auf die Führung des Betriebes von maßgebendem Einfluss sind. In der Kommentarliteratur zum Betriebsrätegesetz³⁶² liest man, dass „*es sich um Personen handeln muss, denen Unternehmerfunktion zukommt*“, und einem Erkenntnis des VwGH vom 12.6.1951³⁶³ ist zu entnehmen, dass Titel oder sonstige Rangbezeichnungen rechtlich irrelevant seien. So indiziere der Titel Direktor noch keineswegs unbedingt eine leitende Stellung und umgekehrt gebe es eine Reihe von Unternehmensleitern, die keinen auf ihre Funktion hinweisenden Titel tragen. Irrelevant sei auch der faktische Einfluss, den eine Person auf das Betriebsgeschehen nehme. Es komme allein auf die rechtliche Einflussmöglichkeit, die ihm Rahmen des Angestellten- bzw Organvertrags eingeräumt sei, an. Ob die rechtliche Einflussmöglichkeit ausgenützt werde, ob eine andere Person in rechtlich gar nicht zulässiger Weise sich einen solchen Einfluss anmaße, sei rechtlich bedeutungslos. Schließlich sei es nicht nötig, dass sich der maßgebende Einfluss auf alle Angelegenheiten der Betriebsführung erstrecke. Es genüge

³⁵⁹ Bundesgesetz vom 29. April 1964 über Strafbestimmungen zur Bekämpfung der Untreue und der Bestechlichkeit (Antikorruptionsgesetz), BGBl 1964/116; vgl dazu *Matouschek*, Das Antikorruptionsgesetz, ÖJZ 1964, 477 (477 ff).

³⁶⁰ Bundesgesetz vom 28. März 1947 über die Errichtung von Betriebsvertretungen (Betriebsrätegesetz – BRG.), BGBl 1974/97.

³⁶¹ Zitiert nach *Matouschek*, ÖJZ 1964, 477 (478).

³⁶² *Floretta/Strasser*, Kommentar zum Betriebsrätegesetz (1961) 44.

³⁶³ VwGH 12.6.1951, ZI 486/49, ArbSlg 5277; zitiert nach *Matouschek*, ÖJZ 1964, 477 (478).

vielmehr, wenn der Beschäftigte auf einem bestimmten Arbeitsgebiet der Geschäftsführung eine dem Unternehmer gleichwertige Stellung habe.

Nach Art V leg cit standen leitenden Angestellten, denen ein maßgeblicher Einfluss auf die Geschäftsführung zusteht, Geschäftsführer, Mitglieder des Vorstandes oder Aufsichtsrates und Prokuristen gleich. Nur bei solchen Personen könne, ihrer Funktion entsprechend, gefordert werden, dass sie sich der besonderen Verpflichtung bewusst seien, die sich aus ihren Aufgaben ergebe, und dass sie diesem Bewusstsein entsprechend handelten.³⁶⁴

3. Strafgesetzbuch 1974

Ausweislich der Materialien zum StGB übernahm § 161 Abs 1 den Inhalt des § 486c des Strafgesetzes 1852.³⁶⁵ Die neue Bestimmung wolle lediglich deutlicher herausstellen, dass es sich um eine Erweiterung des für die im Eingang des Tatbilds genannten Sonderdelikte in Betracht kommenden Täterkreises handelte.³⁶⁶ Zur Umschreibung der erfassten Personen bediente sich das StGB des „*leitenden Angestellten*“ des Antikorruptionsgesetzes 1964.³⁶⁷ Das StGB übernahm den Begriff des leitenden Angestellten sowie die Gleichstellung der Geschäftsführer, Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrats und der Prokuristen in § 309 StGB aF.³⁶⁸ Ergänzt wurde, dass bei den den leitenden Angestellten gleichgestellten Personen kein Anstellungsverhältnis vorliegen muss. Die ausdrückliche Bezugnahme des Antikorruptionsgesetzes 1964 auf das Betriebsrätegesetz 1947 entfiel, weil sie zum einen als überflüssig angesehen wurde und man zum anderen verhindern wollte, dass der Text der Bestimmung aufgrund des ArbVG geändert werden müsste.³⁶⁹

³⁶⁴ Matouschek, ÖJZ 1964, 477 (478).

³⁶⁵ DokStGB 175.

³⁶⁶ DokStGB 175.

³⁶⁷ DokStGB 175.

³⁶⁸ DokStGB 237.

³⁶⁹ DokStGB 237.

4. Strafrechtsänderungsgesetz 2008,³⁷⁰ Korruptionsstrafrechtsänderungsgesetz 2009³⁷¹

Das Strafrechtsänderungsgesetz 2008 verortete die Definition des leitenden Angestellten in § 306a Abs 4 StGB. Zuletzt wurde sie im Rahmen des Korruptionsstrafrechtsänderungsgesetz 2009 in § 74 Abs 3 StGB verschoben. §§ 309 Abs 2 StGB aF, 306a Abs 4 StGB aF und der aktuelle § 74 Abs 3 StGB sind inhaltlich deckungsgleich.³⁷²

C. GmbH-Gesellschafter als leitende Angestellte iSd § 74 Abs 3 Satz 1 StGB

1. Allgemeines

§ 74 Abs 3 StGB definiert leitende Angestellte als Angestellte eines Unternehmens, auf dessen Geschäftsführung ihnen ein maßgeblicher Einfluss zusteht. Zur näheren Konkretisierung des Begriffs des leitenden Angestellten wird nach wie vor auf die Ausführungen in den Materialien zum Betriebsrätegesetz 1947³⁷³ rekurriert, wonach mit dieser Formulierung Personen erfasst werden sollen, die berufen sind, auf betriebstechnischem, auf kaufmännischem oder auf administrativem Gebiet unter eigener Verantwortung Verfügungen zu treffen, die auf die Führung des Betriebes von maßgebendem Einfluss sind.³⁷⁴

³⁷⁰ Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch, die Strafprozessordnung 1975, das Strafvollzugsgesetz, das Bewährungshilfegesetz und das Jugendgerichtsgesetz 1988 geändert werden (Strafrechtsänderungsgesetz 2008), BGBl I 2007/109; für einen Überblick vgl *Brandstetter/Mitgutsch/Rauch*, Strafrechtliche Korruptionsbekämpfung neu. Änderungen und Problemfelder – das StRÄG 2008, Zak 2009/417, 732 (732 ff).

³⁷¹ Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch, die Strafprozessordnung 1975 und das Staatsanwaltschaftsgesetz geändert werden (Korruptionsstrafrechtsänderungsgesetz 2009 - KorrStrÄG 2009), BGBl I 2009, 98; für einen Überblick vgl *Reindl-Krauskopf*, Korruptionsstrafrecht neu – ein Überblick, *ecolex* 2009, 263 (263 ff)..

³⁷² EBRV 285 BlgNR 23. GP 13; Erläuterungen zum Initiativantrag 671/A BlgNR 24. GP 12, 17. Stellungnahmen, die vor dem Inkrafttreten des KorrStrÄG 2009 datieren, beziehen sich naturgemäß auf § 309 Abs 2 StGB aF bzw § 306a Abs 4 StGB aF. Zur besseren Lesbarkeit wird im Folgenden darauf verzichtet, bei jeder Stellungnahme anzumerken, ob sie sich auf § 309 Abs 2 StGB aF, § 306a Abs 4 StGB aF oder § 74 Abs 3 StGB bezieht.

³⁷³ Zitiert nach *Matouschek*, ÖJZ 1964, 477 (478).

³⁷⁴ *Eberl*, Fahrlässige Krida 28 ff; *Hinterhofer*, Strafrecht Besonderer Teil II (2005) 332; *Karollus*, Haftung 25 f; *Leukauf/Steininger*, StGB³ § 309 Rz 5; *Olscher*, GesRZ 1975, 80 (82).

Der Frage, wann ein Einfluss „maßgeblich“ ist, werde ich in Kap IV. D. 3. d. dd. nachgehen.

GmbH-Gesellschaftern steht es frei ein Anstellungsverhältnis mit der Gesellschaft zu begründen. Sofern ihnen weiters ein maßgeblicher Einfluss auf die Geschäftsführung zusteht, sind sie von § 161 Abs 1 StGB erfasst und kommen somit als unmittelbarer Täter des § 159 StGB und in weiterer Folge als Adressaten einer zivilrechtlichen Haftung in Betracht. Die Ausführungen zur zivilrechtlichen Haftung von Geschäftsführern in Kap III. gelten entsprechend auch für die zivilrechtliche Haftung leitender Angestellter.

Fraglich ist, ob hinsichtlich leitender Angestellter vom Erfordernis eines Anstellungsverhältnisses auch abgesehen werden kann. Zum einen ist zu prüfen, ob die Worte „maßgeblicher Einfluss“ in § 74 Abs 3 Satz 1 StGB zur Begründung der Strafbarkeit sog „faktischer Geschäftsführer“ herangezogen werden können (s Kap IV. B. 2.). Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob eine Strafbarkeit des Gesellschafters aus der Formulierung des § 161 Abs 1 StGB abgeleitet werden kann (s Kap IV. B. 3.).

2. „Maßgeblicher Einfluss“ in § 74 Abs 3 Satz 1 StGB

Fraglich ist, ob die Worte „maßgeblicher Einfluss“ in § 74 Abs 3 Satz 1 StGB als Argument für eine Strafbarkeit von Personen verwendet werden können, die keine Angestellten sind.³⁷⁵ Gegen eine solche Auslegung wird vorgebracht, dass in § 74 Abs 3 Satz 1 StGB ausdrücklich von „**Angestellten** eines Unternehmens“ gesprochen werde, denen auf die Geschäftsführung „**ein maßgeblicher Einfluss zusteht**“.³⁷⁶ Beide Worte werden als Begründung dafür ins Treffen geführt, dass von einem leitenden Angestellten nur dann gesprochen werden könne, wenn ein Anstellungsvertrag vorliegt.³⁷⁷ Das Erfordernis eines formellen Beschäftigungsverhältnisses lege auch der Umstand nahe, dass der Gesetzgeber mit dem Anfügen von § 74 Abs 3 Satz 2 StGB klarstellen wollte, dass bei den

³⁷⁵ Vgl *Brandstetter*, Der „Strohmann-Geschäftsführer“ im Kridastrafrecht. Zum Umfang strafrechtlicher Haftung von Geschäftsführern und leitenden Angestellten, *ecolex* 1992, 244 (244).

³⁷⁶ Hervorhebungen durch den Autor.

³⁷⁷ *Breiter*, Fahrlässige Krida 43; vgl auch *Lewisch*, BT I², 263.

genannten organschaftlichen Vertretern ausnahmsweise kein Anstellungsvertrag vorliegen muss.³⁷⁸

ME dient der Begriff des „maßgeblichen Einflusses“ nur der Konkretisierung und Einschränkung des Begriffs des leitenden Angestellten, der wiederum ein formales Anstellungsverhältnis voraussetzt. Darauf weist auch der Gesetzgeber des VbVG³⁷⁹ hin, der diese Formulierung in § 2 Abs 1 Z 3 VbVG verwendet hat. Ausweislich der Erläuterungen ist es für Z 3 leg cit „anders als nach § 309 Abs 2 StGB [jetzt § 74 Abs 3 StGB], der teilweise Anstellung verlangt“ irrelevant aufgrund welchen Rechtsverhältnisses (Anstellung, Werkvertrag, Leiharbeitnehmer, usw) jemand für den Verband handelt.³⁸⁰ Für die Haftung des faktischen Geschäftsführers kann aus dieser Formulierung nichts gewonnen werden.

Auch wenn der Begriff des maßgeblichen Einflusses *per se* die Strafbarkeit faktischer Geschäftsführer nicht zu begründen vermag, so spielt er doch – wie noch gezeigt werden wird – eine wichtige Rolle bei der Konturierung des Zwecks des § 161 StGB und ist eine der Elemente faktischer Geschäftsführung.

3. Wortlaut des § 161 Abs 1 StGB

Es stellt sich weiters die Frage, ob eine Strafbarkeit von Personen, die keine Angestellten sind, aus § 161 Abs 1 StGB abgeleitet werden kann. In Satz 1 leg cit heißt es: „*wer eine der dort genannten Handlungen als leitender Angestellter (...) begeht*“ und in Satz 2 leg cit „*wer als leitender Angestellter handelt*“. Diese Formulierung wird als Begründung dafür herangezogen, dass Täter der fahrlässigen Krida jeder sein könne, der als leitender Angestellter handle, ob er es tatsächlich (dienstrechtlich) sei, sei nicht entscheidend.³⁸¹

³⁷⁸ Breiter, Fahrlässige Krida 42 f; Eberl, Fahrlässige Krida 32.

³⁷⁹ Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten (Verbandsverantwortlichkeitsgesetz – VbVG), BGBl I 2005/151. Das VbVG ist mit 1.1.2006 in Kraft getreten (§ 28 Abs 1 VbVG). Vgl für einen Überblick über das VbVG Kap VI. C. 2.

³⁸⁰ EBRV 994 BlgNR 22. GP 19.

³⁸¹ Dellinger, Haftung 96; Karollus, Haftung 27; ders, ÖBA 1990, 337 (346 f); Luschin, Beteiligung 34 f; Olscher, GesRZ 1975, 80 (82 f); wohl auch Eberl, Fahrlässige Krida 38.

An diesem Begründungsansatz wird zu Recht kritisiert, dass sich diese Wortwahl mit der angewandten Gesetzestechnik erklären lasse.³⁸² Eine Haftung von Personen, die keine Angestellten sind, lässt sich dieser Formulierung mE nicht entnehmen. Anderes würde möglicherweise dann gelten, wenn der Gesetzgeber die Formulierung „*wie ein leitender Angestellter*“ gewählt hätte.

4. Zwischenergebnis

Eine zivilrechtliche Haftung von Gesellschaftern gegenüber Gesellschaftsgläubigern kommt in Betracht, wenn Gesellschafter Angestellte des Unternehmens sind und ihnen auf dessen Geschäftsführung ein maßgeblicher Einfluss zusteht.

D. GmbH-Gesellschafter als Geschäftsführer iSd § 74 Abs 3 Satz 2 StGB

1. Allgemeines

Strafbar sind nach § 159 StGB weiters Geschäftsführer, Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrats und Prokuristen ohne Angestelltenverhältnis. Unter diesen Personengruppen werden Geschäftsführer von GmbH, Mitglieder des Vorstands einer AG, Genossenschaft oder eines unternehmerisch tätigen Vereins, Mitglieder des Aufsichtsrats einer GmbH, AG oder Genossenschaft sowie geschäftsführende Gesellschafter von Personengesellschaften subsumiert.³⁸³ Der Verzicht auf ein Angestelltenverhältnis bezieht sich auf alle den leitenden Angestellten gleichgestellten Personengruppen.³⁸⁴ Eine Strafbarkeit besteht freilich auch dann, wenn ein Anstellungsverhältnis vorliegt, kommt diesen Personengruppen doch aufgrund ihrer Funktion ein maßgeblicher Einfluss zu, der ihre Erfassung als leitende Angestellte rechtfertigt.³⁸⁵ Die Aufzählung der den leitenden Angestell-

³⁸² Breiter, Fahrlässige Krida 44.

³⁸³ Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 161 Rz 7 f mwN.

³⁸⁴ Dellinger, Haftung 97; Eberl, Fahrlässige Krida 32 f; Karollus, Haftung 27 f; Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 161 Rz 5; aA Brandstetter, ecolex 1992, 244 (244).

³⁸⁵ Breiter, Fahrlässige Krida 33 f; Eberl, Fahrlässige Krida 33 ff; Luschin, Beteiligung 30 f; vgl auch Karollus, Haftung 27 f; vgl aber Dellinger, Haftung 97; Doralt, JBl 1982, 88 (95).

ten gleichstehenden Personen ist taxativ.³⁸⁶ Nicht erfasst sind etwa Mitglieder eines Beirats.³⁸⁷

Sind Gesellschafter einer GmbH gleichzeitig Geschäftsführer der GmbH, haften sie Gläubigern gegenüber nach Maßgabe der Ausführungen in Kap III. Umstritten ist, ob auch sog faktische Geschäftsführer³⁸⁸ von § 161 Abs 1 Satz 1 StGB erfasst werden. Dieser Frage werde ich in Kap IV. D. 2. nachgehen. In Kap IV. D. 3. werde ich – auf die Ergebnisse des Kap IV. D. 2. aufbauend – untersuchen, ob GmbH-Gesellschafter als faktische Geschäftsführer zu qualifizieren sind. Kap IV. D. 4. beschäftigt sich mit der Frage, ob GmbH-Gesellschafter Handlungspflichten treffen.

2. Erfassung des faktischen Geschäftsführers durch

§ 161 Abs 1 Satz 1 StGB – Grundlagen

a. Allgemeines

Weder das österreichische noch das deutsche gesetzte Recht kennen den Begriff des faktischen Geschäftsführers. Dieser wurde vielmehr durch Rsp und L entwickelt. Sowohl der Begriff als auch die an ihn zu knüpfenden Rechtsfolgen sind umstritten.³⁸⁹ Gemeinsam ist den im Detail voneinander abweichenden Definitionen, dass sie Personen erfassen, die, ohne wirksam als Geschäftsführer bestellt worden zu sein, Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft haben. Im Folgenden wird geprüft werden, ob faktische

³⁸⁶ OGH 1.6.1990, 11 Os 75, 76/89, JBl 1991, 465 (468); *Rainer* in SK § 161 Rz 23.

³⁸⁷ OGH 1.6.1990, 11 Os 75, 76/89, JBl 1991, 465 (468); *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB² § 161 Rz 7; *Rainer* in SK § 161 Rz 23.

³⁸⁸ In der deutschen Rsp und L ist der – weil nicht nur das Leitungsorgan der GmbH umfassende – weiter gehende Begriff „*faktisches Organ*“ gebräuchlich.

³⁸⁹ Vgl nur *Dierlamm*, Der faktische Geschäftsführer im Strafrecht – ein Phantom? NSTz 1996, 153 (153 ff); *Dinkhoff*, Der faktische Geschäftsführer in der GmbH (2003) passim; *Fleischer*, Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit faktischer Organe, AG 2004, 517 (517 ff) *Geißler*, Die Haftung des faktischen GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 2003, 1106 (1106 ff); *Kratzsch*, Das „faktische Organ“ im Gesellschaftsstrafrecht. Grund und Grenzen einer strafrechtlichen Garantenstellung, ZGR 1985, 506 (506 ff); *Stein*, Das faktische Organ (1984) passim; *dies*, Die Normadressaten des §§ 64, 84 GmbHG und die Verantwortlichkeit von Nichtgeschäftsführern wegen Konkursverschleppung, ZHR 148 (1984) 207 (207 ff); *Weimar*, Grundprobleme und offene Fragen um den faktischen GmbH-Geschäftsführer (I), GmbHR 1997, 473 (473 ff); *Weimar*, Grundprobleme und offene Fragen um den faktischen GmbH-Geschäftsführer (II), GmbHR 1997, 538 (538 ff); *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG¹⁹ § 43 Rz 2; jeweils mwN.

Geschäftsführer von § 161 Abs 1 Satz 1 StGB erfasst sind, wobei der Untersuchung zunächst die eben vorgestellte provisorische Definition zugrunde gelegt werden kann. Im Laufe der Untersuchung wird eine endgültige Definition des faktischen Geschäftsführers erarbeitet werden.

Vorweg zu bemerken ist, dass sich die meisten Stellungnahmen zum faktischen Geschäftsführer auf die weitgehend begründungslose Beschreibung möglicher Konstellationen faktischer Geschäftsführung beschränken oder sich bloß mit den an diesen Begriff geknüpften Rechtsfolgen beschäftigen. Beizupflichten ist jenen Vertretern der L, die warnen, dass die Rechtsfigur des faktischen Organs zur Ungenauigkeit verleite,³⁹⁰ und beklagen, dass die Bezeichnung „faktischer Geschäftsführer“ „mythische Kraft als Quelle freier Rechtsfindung“ entfalte.³⁹¹

b. Fehlen eines einheitlichen Begriffs für die gesamte Rechtsordnung

Ein die gesamte Rechtsordnung überspannender Begriff des faktischen Geschäftsführers lässt sich mE nicht begründen.³⁹² Es bleibt dem Rechtsanwender vielmehr nichts anderes übrig, als jeweils im Weg der Auslegung zu prüfen, ob ein bestimmter Tatbestand auch auf faktische Geschäftsführer Anwendung findet und ob sich in Folge auch die mit diesem Tatbestand verbundene Rechtsfolge auf diesen erstreckt. Im Folgenden kann somit nicht auf eine für sämtliche Rechtsgebiete einheitliche Begründung zurückgegriffen werden. Stattdessen ist § 161 Abs 1 Satz 1 StGB dahingehend zu untersuchen, ob eine Auslegung seiner Tatbestandsmerkmale auch zur Erfassung faktischer Geschäftsführer führt.

In L und Rsp werden verschiedene Möglichkeiten erörtert, wie an § 161 Abs 1 Satz 1 StGB angeknüpft werden kann. Dass die Tatbestandsmerkmale „maßgeblicher Einfluss“ sowie „als leitender Angestellter“ als Begründung für eine Strafbarkeit faktischer Geschäftsführer nicht tragfähig sind, wurde bereits in Kap IV. C. ausgeführt. Im Folgenden wird zunächst der Frage nachgegangen, ob der faktische Geschäftsführer vom Begriff des Geschäftsführers, der in § 74 Abs 3 Satz 2 StGB den leitenden Angestell-

³⁹⁰ K. Schmidt, GesR⁴, 419.

³⁹¹ Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG¹⁹ § 43 Rz 2.

³⁹² Vgl nur Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG¹⁹ § 43 Rz 2 mwN.

ten gleichgestellt wird, erfasst wird (s Kap IV. D. 2. c.). Daran anschließend wird eine Strafbarkeit des faktischen Geschäftsführers im Analogieweg geprüft (s Kap IV. D. 2. d.).

c. Auslegung des Begriffs „Geschäftsführer“ in § 74 Abs 3 Satz 2 StGB

aa. Lehre

In der L³⁹³ überwiegt die Auffassung, dass auch faktische Geschäftsführer unter den Begriff des Geschäftsführers in § 74 Abs 3 Satz 2 StGB subsumiert werden können. Die meisten Stellungnahmen beantworten die Frage, ob auch faktische Geschäftsführer vom Begriff des Geschäftsführers in § 74 Abs 3 Satz 2 StGB erfasst sind, jedoch weitgehend ohne Begründung in die eine oder andere Richtung. Den wenigen ausführlichen Auseinandersetzungen lassen sich die folgenden Argumente entnehmen:

Für eine Auslegung des Begriffs des Geschäftsführers, die den faktischen Geschäftsführer mit einbezieht, kann die sog „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ im Strafrecht ins Treffen geführt werden. Mit dem Begriff der wirtschaftlichen Betrachtungsweise, den in Österreich nach *Schick*³⁹⁴ *Pallin* „in der oberstgerichtlichen Auslegung heimisch machte“, soll ausgedrückt werden, dass bei der Subsumption von Sachverhalten unter Normen des Strafrechts nicht auf die formalen äußeren Vorgänge abgestellt werden dürfe, sondern auf die realen wirtschaftlichen Auswirkungen.³⁹⁵ Es gehe um die „*Loslösung von den Normen des bürgerlichen und Handelsrechts*“.³⁹⁶ ISd soeben beschriebenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise kann nun argumentiert werden, dass der Begriff „Ge-

³⁹³ Eberl, Fahrlässige Krida 44 ff; *Fabrizy*, StGB¹⁰ § 161 Rz 3; *Feil* in *Gellis*, GmbHG⁷ § 25 Rz 39; *Inselsbacher* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz², 1041 (1067); *Kienapfel*, BT II³ § 161 Rz 11; *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB² § 161 Rz 13; *Leukauf/Steininger*, StGB³ § 161 Rz 5; *Olscher*, GesRZ 1975, 80 (82); *Rainer* in SK § 161 Rz 6, 14; *Tschulnik* in WK¹ § 161 Rz 10a; aA *Brandstetter*, in Strafrechtliche Probleme der Gegenwart 26, 127 (133); *Breiter*, Fahrlässige Krida 43; *Lewisch*, BT I², 263; kritisch *Brandstetter*, *ecolex* 1992, 244 (244).

³⁹⁴ *Schick*, Die „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ im Wirtschaftsstrafrecht am Beispiel des § 159 StGB, in FS *Pallin* (1989) 355 (355).

³⁹⁵ *Brandstetter* in Strafrechtliche Probleme der Gegenwart 26, 127 (128).

³⁹⁶ *Winalek*, Ein Fall von Wirtschaftskriminalität, RZ 1983, 236 (237). Zur Diskussion in Deutschland vgl nur *Bruns*, Die sog. „tatsächliche“ Betrachtungsweise im Strafrecht, JR 1984, 133 (133 ff); *K. Schmidt*, Die Strafbarkeit „faktischer Geschäftsführer“ wegen Konkursverschleppung als Methodenproblem. Bemerkungen zum Wert der „faktischen Betrachtungsweise“ im Strafrecht, in FS *Rebmann* (1989) 419 (419 ff) mwN.

„Geschäftsführer“ in § 74 Abs 3 Satz 2 StGB losgelöst vom gesellschaftsrechtlichen Organbegriff *„wirtschaftlich“* zu interpretieren sei, es maW nicht auf die formale Bestellung zum Geschäftsführer abzustellen, sondern stattdessen an das tatsächliche Verhalten der handelnden Personen anzuknüpfen sei.³⁹⁷

Gegen eine Erfassung der faktischen Geschäftsführer wird vorgebracht, dass der Gesetzgeber die handelsrechtliche Terminologie nicht vermieden, sondern genau diese verwendet habe. Dies sei ein starkes Indiz dafür, dass bei Entstehung des Gesetzes nicht an den faktischen Geschäftsführer gedacht wurde. Aus diesem Grund dürfe der Begriff des Geschäftsführers nicht zur Begründung einer möglichen Strafbarkeit des gerade nur faktischen Geschäftsführers verwendet werden.³⁹⁸ Es sei mit dem Wortlaut des § 159 StGB iVm den §§ 161 und 309 (aF) StGB nicht vereinbar, dass auch Personen, die nicht leitende Angestellte seien und denen nur faktisch die Position eines Geschäftsführers in einem Unternehmen zugeschrieben werde, als unmittelbare Täter in Betracht kommen. Ein leitender Angestellter müsse zumindest ein Angestellter und ein Geschäftsführer als solcher im Firmenbuch eingetragen sein. Über diese klare Wortlautgrenze komme man nicht hinweg.³⁹⁹ Für die Strafbarkeit des faktischen Geschäftsführers ließe sich auch mit den Worten *„ohne Angestelltenverhältnis“* in § 74 Abs 3 Satz 2 StGB nichts gewinnen. Diese Ergänzung solle lediglich klarstellen, dass hinsichtlich einer Organfunktion keine schuldrechtliche Stellung als Angestellter erforderlich sei. Ein Verzicht auf die rechtskonforme Bestellung als Organwalter ließe sich diesen Worten nicht entnehmen.⁴⁰⁰ Schließlich wird angemerkt, dass eine bloß faktisch gleichwertige Stellung in den wirklich strafwürdigen Fällen ohnehin über die strafrechtliche Beteiligungsregelung sachgerecht erfasst würden, sodass es in diesem Zusammenhang gar nicht nötig sei, Personen als un-

³⁹⁷ Vgl für weitere Anwendungsfälle der wirtschaftlichen Betrachtungsweise *Brandstetter* in *Wirtschaftliche Probleme der Gegenwart* 25, 127 (127 ff).

³⁹⁸ *Breiter*, *Fahrlässige Krida* 40 f; vgl auch *Brandstetter*, *ecolex* 1992, 244 (244 f), für den eine Beurteilung des Begriffs des Geschäftsführers aufgrund der rein faktischen Verhältnisse *„zumindest bis an die Grenzen des unter dem Aspekt des „Analogieverbots“ noch Zulässigen“* geht.

³⁹⁹ *Brandstetter* in *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart* 26, 127 (133).

⁴⁰⁰ *Breiter*, *Fahrlässige Krida* 45.

mittelbare Täter erfassen zu wollen, die es nach dem insofern klaren Wortlaut des Gesetzes nun einmal nicht sein könnten.⁴⁰¹

Auch die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Strafrecht als solche wird im Schrifttum kritisiert.⁴⁰² So wird moniert, dass die wirtschaftliche Betrachtungsweise zwei große Gefahren in sich berge: erstens stehe sie in einem Spannungsverhältnis zur Wortlautgrenze und es frage sich, ob sich dieses Spannungsverhältnis da und dort bereits zur Unvereinbarkeit der dadurch gewonnen Auslegungsergebnisse mit den Anforderungen des Lückenschließungsverbot gesteigert habe. Zweitens müsse man bei einer weitgehenden Loslösung von formalen Tatbestandskriterien und dem Abstellen auf rein faktische Verhältnisse auch damit rechnen, dass die jeweiligen Entscheidungen schwer vorhersehbar und vielleicht sogar inkonsistent und einander im Ergebnis widersprechend sein können.⁴⁰³

Unter den Befürwortern einer Erfassung faktischer Geschäftsführer herrscht wiederum Uneinigkeit zur Frage, wer denn nun als faktischer Geschäftsführer zu qualifizieren sei: So wird vertreten, dass faktischer Geschäftsführer sei, wer – ohne förmlich bestellt worden zu sein – maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung nehme.⁴⁰⁴ Ob es sich um Angestellte, Gesellschafter, Angehörige oder Außenstehende handle, habe keine Bedeutung.⁴⁰⁵ Für andere muss die Organfunktion ausgeübt werden.⁴⁰⁶ Wieder andere führen aus, dass für die Stellung als Organmitglied die interne Befugnis zur Geschäftsleitung ausreichend sei und es auf die Eintragung in das Handelsregister nicht ankomme.⁴⁰⁷ Zum Kreis der faktischen Geschäftsführer zählten Gesellschafter oder unternehmensfremde Personen, die als bestellte oder selbst ernannte Sanierer tätig werden, weiters Handlungsbevollmächtigte, Abteilungsleiter, „freie Mitarbeiter“, also Dienstnehmer unterhalb

⁴⁰¹ *Brandstetter* in *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart* 26, 127 (133 f).

⁴⁰² *Brandstetter* in *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart* 26, 127 (130 f).

⁴⁰³ *Brandstetter* in *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart* 26, 127 (130 f).

⁴⁰⁴ *Inselsbacher* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, *Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz*², 1041 (1067); *Kienapfel*, *BT II*³ § 161 Rz 11; *Kirchbacher/Presslauer* in *WK StGB*² § 161 Rz 13; *Rainer* in *SK* § 161 Rz 6, 20.

⁴⁰⁵ *Kirchbacher/Presslauer* in *WK StGB*² § 161 Rz 13.

⁴⁰⁶ *Leukauf/Steininger*, *StGB*³ § 161 Rz 5 f.

⁴⁰⁷ *Eberl*, *Fahrlässige Krida* 44.

der Vorstandsetage bzw unterhalb der Geschäftsführungsebene.⁴⁰⁸ Angemerkt wird schließlich, dass es irrelevant sei, inwieweit die Geschäftsführung durch die Geschäftsherren genehmigt sei oder ob ein Angestelltenverhältnis bestehe.⁴⁰⁹

bb. Rechtsprechung

Der OGH vertritt in stRsp⁴¹⁰ die Auffassung, dass faktische Geschäftsführer von § 74 Abs 3 Satz 2 StGB erfasst sind. Die oben zur Lehre angestellte Beobachtung, dass eine Strafbarkeit des faktischen Geschäftsführers oft ohne nähere Begründung bejaht wird, trifft auch auf die einschlägige Jud zu.

Es komme auf die faktische Geschäftsführung, nicht aber auf einen formellen Bestellsungsakt an.⁴¹¹ Auch die Eintragung ins Firmenbuch sei nicht erforderlich.⁴¹² In Betracht kämen Gesellschafter, Angestellte, Angehörige oder Außenstehende.⁴¹³ Abgestellt wird vereinzelt weiters auf einen maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung⁴¹⁴ sowie darauf, dass die Einflussnahme des faktischen Geschäftsführers inhaltlich der des formell bestellten entspricht.⁴¹⁵

⁴⁰⁸ Eberl, Fahrlässige Krida 46.

⁴⁰⁹ *Inselsbacher in Feldbauer-Durstmüller/Schlager, Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz*², 1041 (1067 f).

⁴¹⁰ OGH 10.9.1987, 13 Os 42/87, JBl 1987, 798; 15.12.1993, 13 Os 135/93, RZ 1995/4, 18; 16.3.1995, 12 Os 152/94, RZ 1995/75, 253; 15.12.1995, 11 Os 158/95; 21.10.2003, 14 Os 53/03; 15.2.2005, 14 Os 143/04; 10.3.2005, 12 Os 37/04; 13.12.2005, 11 Os 117/05y; 30.5.2006, 11 Os 1/06s; 4.11.2008, 14 Os 100/08z.

⁴¹¹ OGH 10.9.1987, 13 Os 42/87, JBl 1987, 798; 15.12.1993, 13 Os 135/93, RZ 1995/4, 18; 15.12.1995, 11 Os 158/95; 22.10.1997, 7 Ob 2339/96p, ecolex 1998, 327; 21.10.2003, 14 Os 53/03; 13.12.2005, 11 Os 117/05y.

⁴¹² OGH 10.9.1987, 13 Os 42/87, JBl 1987, 798; 16.3.1995, 12 Os 152/94, RZ 1995/75, 253; 15.12.1995, 11 Os 158/95.

⁴¹³ OGH 15.12.1995, 11 Os 158/95; 10.3.2005, 12 Os 37/04.

⁴¹⁴ OGH 15.2.2005, 14 Os 143/04; 10.3.2005, 12 Os 37/04; 30.5.2006, 11 Os 1/06s.

⁴¹⁵ OGH 13.12.2005, 11 Os 117/05y.

cc. Eigene Meinung

aaa. Allgemeines

Im Folgenden werde ich darlegen, dass der Begriff des Geschäftsführers in § 74 Abs 3 Satz 2 StGB auch den faktischen Geschäftsführer mit einbezieht, wobei ich mich der Frage mit Hilfe der Wort- (s Kap IV. D. 2. c. cc. bbb.), der systematischen (s Kap IV. D. 2. c. cc. ccc.), der historischen (s Kap IV. D. 2. c. cc. ddd.) sowie der teleologischen Interpretation (s Kap IV. D. 2. c. cc. eee.) nähern werde.⁴¹⁶

bbb. Wortinterpretation

Am Beginn jeder Auslegung hat die Methode der Wortinterpretation zu stehen.⁴¹⁷ Im Rahmen dieser Interpretationsmethode ist zu untersuchen, welcher Bedeutung einem Ausdruck nach dem Sprachgebrauch zukommt.⁴¹⁸

Zwei Besonderheiten sind bei der Auslegungen von strafrechtlichen Normen zu beachten: Zum wird bei den Gesetzen der „klassischen“ Rechtsbereiche, wie Zivil-, Straf- oder Prozessrecht, die für die Normadressaten in der Regel durch Juristen aufbereitet werden, – sofern vorhanden – auf einen speziell rechtstechnischen Sprachgebrauch abgestellt.⁴¹⁹

Zum anderen ist das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot zu beachten. Dieses Gebot wird aus § 1 Abs 1 StGB, der normiert, dass eine Strafe oder eine vorbeugende Maßnahme nur wegen einer Tat verhängt werden darf, die unter eine ausdrückliche gesetzliche Strafdrohung fällt und schon zur Zeit ihrer Begehung mit Strafe bedroht war (s Kap III. G. 3. b.), abgeleitet.⁴²⁰ Das Bestimmtheitsgebot verlangt nicht nur vom Gesetzgeber, Strafnormen inhaltlich möglichst präzise zu fassen;⁴²¹ vielmehr richtet es sich als

⁴¹⁶ Vgl zum „Kanon“ der Auslegungsmethoden nur *F. Bydlinski*, *Methodenlehre*², 436 f mwN.

⁴¹⁷ *Fuchs*, AT I⁷, 33; *Kozio/Welser*, *Bürgerliches Recht* I¹³, 22.

⁴¹⁸ *F. Bydlinski*, *Grundzüge* 12; näher *F. Bydlinski*, *Methodenlehre*², 437 f mwN.

⁴¹⁹ *F. Bydlinski*, *Methodenlehre*², 439.

⁴²⁰ *Fuchs*, AT I⁷ 36 f.

⁴²¹ *Steininger* in SK § 1 Rz 14.

Auslegungsgrundsatz auch an die Rechtsanwender.⁴²² Allfällige aus dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot resultierende Bedenken können freilich durch den Hinweis zerstreut werden, dass Gegenstand der vorliegenden Arbeit ja nicht die Strafbarkeit, sondern vielmehr die zivilrechtliche Haftung des faktischen Geschäftsführers ist. Wie in Kap III. G. 3. b. gezeigt wurde, kommt dem strafrechtlichen Analogieverbot im Zivilrecht keine Geltung zu, weil es sich nur mit spezifisch strafrechtlichen Überlegungen rechtfertigen lässt. Nichts anderes kann für das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot gelten, weshalb es bei der Auslegung von Straftatbeständen für die zivilrechtliche Schutzgesetzhaftung außer Betracht zu bleiben hat.

Nähert man sich dem Begriff des Geschäftsführers nun mit dem Werkzeug der Wortinterpretation und fragt sich, welche Bedeutung dem Begriff des Geschäftsführers nach allgemeinem Sprachgebrauch zukommt, gelangt man zum Ergebnis, dass diesem Begriff unterschiedliche Bedeutungen zukommen: erfasst sind nicht nur Leitungsorgane von Gesellschaften, sondern auch Personen, denen keine Organeigenschaft zukommt, so etwa „*Geschäftsführer*“ von Geschäftslokalen. Schränkt man die Betrachtung auf den rechtstechnischen Sprachgebrauch ein, verkleinert sich zwar der Kreis der erfassten Personen, ein eindeutiges Auslegungsergebnis ist gleichwohl nicht zu erreichen: Jedenfalls umfasst der Begriff des Geschäftsführers in seinem Kernbereich Personen, die gesellschaftsrechtlich zu Leitungsorganen bestellt wurden. Daneben kann auch der gewerberechtliche Geschäftsführer⁴²³ gemeint sein. Faktische Geschäftsführer sind wohl weder nach allgemeinem noch nach rechtstechnischem Sprachgebrauch vom Kernbereich des Tatbestandsmerkmals „*Geschäftsführer*“ erfasst; ist von diesen die Rede, wird der Begriff „*faktischer Geschäftsführer*“ und gerade nicht den Begriff „*Geschäftsführer*“ verwendet. Dennoch kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Begriff „*Geschäftsführer*“ auch den faktischen Geschäftsführer mit einbezieht.⁴²⁴ Die Weite des Begriffs des Geschäftsführers zeigt sich nicht zuletzt auch darin, dass von diesem Begriff auch geschäfts-

⁴²² Fuchs, AT I⁷, 41.

⁴²³ Vgl § 39 GewO.

⁴²⁴ Vgl auch Breiter, Fahrlässige Krida 40.

führende Gesellschafter von Personengesellschaften als erfasst gesehen werden.⁴²⁵ Mit Hilfe der Wortinterpretation ist ein eindeutiges Ergebnis somit nicht zu erreichen.

Bevor weitere Auslegungsmethoden herangezogen werden können, hat man sich über die Wortlautgrenze Klarheit zu verschaffen. Der wörtlichen Auslegung kommt die wesentliche Funktion der Einschränkung jeder darüber hinausgehenden Interpretationsmethode zu. Jenseits des äußerst möglichen Wortsinns scheidet eine (unmittelbare) Anwendung der auszulegenden Vorschrift aus.⁴²⁶ Erachtete man den faktischen Geschäftsführer als vom äußerst möglichen Sinn des Worts „*Geschäftsführer*“ nicht erfasst, erübrigte sich jede weitere Auslegung; möglich bliebe nur noch die Lückenfüllung. Die Wortlautgrenze steht weiteren Auslegungsschritten im Fall des faktischen Geschäftsführers jedoch nicht entgegen. Selbst dann, wenn man den faktischen Geschäftsführer außerhalb der normalen Bedeutung des Worts „*Geschäftsführer*“ verortet, befindet er sich doch – wie oben ausgeführt – keinesfalls jenseits des äußerst möglichen Wortsinns.⁴²⁷

ccc. Systematische Interpretation

Fortzufahren ist mit der systematischen Interpretation. Es soll versucht werden, Anhaltspunkte für die Bedeutung des Begriffs des „*Geschäftsführers*“ aus seiner Stellung im Normengefüge zu gewinnen.⁴²⁸

Die systematische Interpretation spricht auf den ersten Blick dafür, den faktischen Geschäftsführer als vom Begriff des Geschäftsführers nicht erfasst anzusehen. Derselbe *terminus* findet sich nämlich auch im GmbHG. Nach § 15 Abs 1 GmbHG ist Geschäftsführer, wer durch Beschluss der Gesellschafter zum Geschäftsführer bestellt wird. Der Wert dieser Argumentation wird jedoch dadurch gemindert, dass auch zum GmbHG eine Erfassung faktischer Geschäftsführer diskutiert wird.⁴²⁹

⁴²⁵ Leukauf/Steininger, StGB³ § 161 Rz 5; Kirchbacher/Presslauer, WK StGB § 161 Rz 8.

⁴²⁶ Vgl nur F. Bydlinski, Methodenlehre², 441, 467 ff mwN.

⁴²⁷ AA Brandstetter in Strafrechtliche Probleme der Gegenwart 26, 127 (133).

⁴²⁸ Vgl nur F. Bydlinski, Methodenlehre², 442 ff mwN.

⁴²⁹ Vgl nur Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 6 mwN.

Gegen eine faktische Interpretation des Begriffs des Geschäftsführers in § 74 StGB spricht aber, dass nach dem Gesetzgeber des VbVG⁴³⁰ dem Verband neben Geschäftsführern (§ 2 Abs 1 Z 1 VbVG) auch zuzurechnen ist, wer sonst maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung des Verbands ausübt (§ 2 Abs 1 Z 3 VbVG). Die Formulierung der Z 3 leg cit wurde dabei dem § 309 Abs 2 Satz 1 StGB (aF; jetzt § 74 StGB) entnommen.⁴³¹ Dem Gesetzgeber ging es offenbar darum, auch Personen zu erfassen, die faktisch die Geschäftsführung ausüben.⁴³² Würde der Begriff des Geschäftsführers solche Personen bereits erfassen, hätte es dieses Tatbestandsmerkmals nicht bedurft.

Aus dem Umstand, dass § 74 Abs 3 Satz 2 StGB für Geschäftsführer vom Erfordernis eines Angestelltenverhältnisses ausdrücklich absieht, lässt sich für die Frage der Erfassung des faktischen Geschäftsführers mE nichts gewinnen, kann aus dieser Formulierung doch keinesfalls geschlossen werden, dass auch keine Bestellung zum Geschäftsführer vorliegen muss.⁴³³

Die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Strafrecht kann mE als eigenständiges Argument für eine Erfassung von faktischen Geschäftsführern nicht herangezogen werden. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise dispensiert den Rechtsanwender nicht von einem methodisch korrekten Vorgehen. Dass es im Strafrecht auf eine wirtschaftliche Betrachtungsweise ankommt, kann somit nur das Ergebnis einer Auslegung der in Frage stehenden Strafnorm unter Heranziehung der anerkannten Auslegungsmethoden sein, nicht aber ihr Ausgangspunkt.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass systematische Argumente wohl gegen eine Erfassung von Personen, die nicht zum Geschäftsführer bestellt worden sind, sprechen, ein eindeutiges Ergebnis lässt sich gleichwohl auch mit Hilfe der systematischen Interpretation nicht erreichen.

⁴³⁰ Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten (Verbandsverantwortlichkeitsgesetz – VbVG), BGBl I 2005/151. Das VbVG ist mit 1.1.2006 in Kraft getreten (§ 28 Abs 1 VbVG). Vgl für einen Überblick über das VbVG Kap VII. C. 2.

⁴³¹ EBRV 994 BlgNR 22. GP 19.

⁴³² Vgl EBRV 994 BlgNR 22. GP 19.

⁴³³ So auch *Breiter*, Fahrlässige Krida 45.

ddd. Historische Interpretation

Nächster Auslegungsschritt ist die historische Interpretation. Zu untersuchen ist der Wille des historischen Gesetzgebers.⁴³⁴

Dafür, dass der Begriff des Geschäftsführers auf die rechtliche Position abstellt und nicht etwa auf die faktischen Machtverhältnisse innerhalb der Gesellschaft, spricht, dass der strafrechtliche Gesetzgeber auf eine autonome Terminologie verzichtet und den Begriff des Geschäftsführers gerade nicht faktisch oder wirtschaftlich gefasst hat, sondern den gesellschaftsrechtlichen Begriff des Geschäftsführers verwendet, der an die formale Rechtstellung anknüpft.⁴³⁵ Der Argumentation, wonach aus dem Fehlen eines Verweises auf die handelsrechtliche Terminologie auf die Zulässigkeit einer faktischen Auslegung geschlossen werden kann, kann mE nicht gefolgt werden.

Zweifel an einem derartigen Willen des Gesetzgebers ergeben sich aber daraus, dass § 161 Abs 1 StGB ausweislich der Materialien zum StGB den Inhalt des § 486c des Strafgesetzes 1852 übernahm.⁴³⁶ Diese Bestimmung erfasste jedoch auch denjenigen, der die Geschäfte des Schuldners selbständig führte. Hinsichtlich dieser Personengruppe wurde es aber – wie bereits gesagt (s Kap IV. B. 1.) – von der Rsp⁴³⁷ als gleichgültig angesehen, ob der Täter im Handelsregister als Geschäftsführer oder Prokurist eingetragen sei oder nicht. Maßgeblich sei nicht ein formeller Bestellungsakt; es komme vielmehr nur auf die tatsächlichen Verhältnisse an. Dafür, dass der Gesetzgeber des StGB mit seinem Verweis auf den „*leitenden Angestellten*“ des Antikorruptionsgesetzes 1964 eine Strafbarkeit des faktischen Geschäftsführers ausschließen wollte, fehlt indes jeder Anhaltspunkt.

Die historische Auslegung vermag zur Erhellung des Begriffs des Geschäftsführers in § 74 Abs 3 StGB somit ebenfalls nur wenig beizutragen.

⁴³⁴ Vgl nur *F. Bydlinski*, Methodenlehre², 449 ff mwN.

⁴³⁵ Vgl auch Brandstetter, *ecolx* 1992, 244 (244 f); *Breiter*, *Fahrlässige Krida* 40 f.

⁴³⁶ DokStGB 175.

⁴³⁷ Vgl die Nachweise bei *E. Arnold*, *GesRZ* 1973, 58 (62).

eee. Objektiv-teleologische Interpretation

Zuletzt ist im Rahmen der objektiv-teleologischen Auslegung nach dem Zweck der Norm zu suchen.⁴³⁸

Auszugehen ist davon, dass die in § 161 Abs 1 StGB angeführten Delikte (§§ 156, 158, 159, 160, 162 StGB) alle dem Gläubigerschutz dienen.⁴³⁹ § 159 Abs 3 StGB bezweckt darüber hinaus den Schutz öffentlicher Mittel.⁴⁴⁰ Die genannten Delikte haben – mit Ausnahme des § 160 Abs 1 Z 1 StGB – weiters gemeinsam, dass es sich bei ihnen um Sonderdelikte handelt, sie setzen jeweils besondere persönliche Eigenschaften oder Verhältnisse des Täters voraus.⁴⁴¹

§ 161 Abs 1 StGB bezweckt die Erweiterung ihres Täterkreis um Personen, die weder – mangels Vorliegens der besonderen persönlichen Eigenschaften oder Verhältnisse – als unmittelbare Täter noch – mangels unmittelbaren Täters⁴⁴² – als Beteiligte strafbar wären, deren Strafbarkeit aber erforderlich ist, um den bezweckten Gläubigerschutz zu erreichen. Für den Gläubigerschutz ist es erforderlich, dass jenen Personen eine Strafe angedroht wird, die eine potentielle Gefahr für die Gläubiger darstellen. Ein Gefahrenpotential ist bei allen Personen zu bejahen, die kridaträchtig iSd § 159 Abs 5 StGB handeln können. Ein lückenloser Gläubigerschutz würde es somit erforderlich machen, alle diese Personen mit Strafe zu bedrohen, wenn sie iSd § 159 StGB gläubigerschädigend handeln. So weit, alle diese Personen erfassen zu wollen, geht der Zweck des § 161 Abs

⁴³⁸ Vgl nur *F. Bydlinski*, Methodenlehre², 453 ff mwN.

⁴³⁹ *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB² § 156 Rz 2, § 158 Rz 2, § 159 Rz 7, § 160 Rz 3, § 162 Rz 1; vgl auch *Schick*, Strafrechtliche Risiken der Sanierung, in *Jelinek*, Insolvenz- und Wirtschaftsstrafrecht (1987) 117 (120 f).

⁴⁴⁰ *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB² § 159 Rz 7.

⁴⁴¹ *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB² § 156 Rz 3, § 158 Rz 3, § 159 Rz 34, § 162 Rz 3.

⁴⁴² Eine Erweiterung der Strafbarkeit durch § 161 Abs 1 StGB ist eigentlich auch hinsichtlich jener Personen nicht erforderlich, die sich am Verhalten eines anderen beteiligen können, der aufgrund des § 161 Abs 1 StGB als unmittelbarer Täter strafbar ist. Da es aber ohnehin auf das Gleiche hinausläuft, ob jemand als unmittelbarer Täter oder als Bestimmungs- oder Beitragstäter strafbar ist, musste dieser Konstellation nicht in § 161 Abs 1 StGB Rechnung getragen werden. So ordnet § 161 Abs 1 StGB eine Erweiterung des unmittelbaren Täterkreises der von ihm aufgezählten Normen nur dann nicht an, wenn leitende Angestellte einer natürlichen Person sich am Verhalten der natürlichen Person beteiligen können. Dass diese Bestimmung auch dann nicht anwendbar ist, wenn eine Strafbarkeit durch Beteiligung am Verhalten einer anderen erst durch sie als unmittelbarer Täter in Betracht kommender Person möglich ist, ist ihr nicht zu entnehmen.

1 StGB allerdings nicht. Ein solcher Zweck würde nämlich die Ausgestaltung der von § 161 Abs 1 StGB aufgezählten Bestimmungen als Sonderdelikte, deren Besonderheit ja gerade darin besteht, dass sie nicht an jedermann adressiert sind, konterkarieren. Der Zweck des § 161 Abs 1 StGB macht es vielmehr erforderlich den Kreis der von ihm erfassten Personen mehrfach zu beschränken: Erfasst sind zunächst nur Personen, die eine besondere Gefahr für die Gläubiger darstellen, weil ihnen Einfluss auf die Geschäftsführung der juristischen Person zukommt und dieser Einfluss maßgeblich ist.⁴⁴³ Dies ergibt sich daraus, dass hinsichtlich leitender Angestellter „maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung“ verlangt wird. Bei Geschäftsführern, Mitgliedern des Vorstands oder Aufsichtsrats und Prokuristen ist der maßgebliche Einfluss jedenfalls gegeben.⁴⁴⁴ Weiters lässt sich §§ 161 Abs 1 iVm 74 Abs 3 StGB die Wertung entnehmen, dass der Einfluss aus der rechtlichen Stellung im Organisationsgefüge der juristischen Person resultieren muss.⁴⁴⁵ Diese Wertung lässt sich daraus ablesen, dass § 161 Abs 1 StGB zunächst „Angestellte“ erfasst, denen ein maßgeblicher Einfluss „zusteht“⁴⁴⁶ und weiters Personen wie Geschäftsführer, denen ebenfalls aufgrund ihrer rechtlichen Stellung Einfluss zukommt.⁴⁴⁷ Darauf, dass der Einfluss auch tatsächlich ausgeübt wird, darauf kommt es nicht, liegt doch eine die Strafbarkeit des faktischen Geschäftsführers rechtfertigende Gläubigergefahr unabhängig davon vor, ob tatsächlich Einfluss ausgeübt wird oder nicht. Für eine Qualifikation als faktischer Geschäftsführer muss der Einfluss bloß zustehen, nicht aber ausgeübt werden.

⁴⁴³ Vgl auch OGH 15.2.2005, 14 Os 143/04; 10.3.2005, 12 Os 37/04; 30.5.2006, 11 Os 1/06s; Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 161 Rz 13; weiters Karollus, ÖBA 1990 (344), der diese Wertung allerdings nicht zur Begründung einer Haftung als faktischer Geschäftsführer heranzieht, sondern zur Bestimmung der Voraussetzungen der Beteiligung von *extranei* (s Kap V. C.).

⁴⁴⁴ Vgl Breiter, Fahrlässige Krida 33 f; Eberl, Fahrlässige Krida 31 f, 34; Schick, Die strafrechtliche Verantwortung der zur Vertretung berufenen sowie der „faktischen“ Organe von Handelsgesellschaften, LJZ 1993, 14 (21); vgl aber Dellinger, Haftung 97.

⁴⁴⁵ Vgl Karollus, ÖBA 1990 (344) („gewisse formalisierte Stellung im gemeinschuldnerischen Wirtschaftsbetrieb“), der diese Wertung allerdings nicht zur Begründung einer Haftung als faktischer Geschäftsführer heranzieht, sondern zur Bestimmung der Voraussetzungen der Beteiligung von *extranei* (s Kap V. C.); vgl aber OGH 15.12.1995, 11 Os 158/95; 10.3.2005, 12 Os 37/04; Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 161 Rz 13 („Ob es sich um Angestellte, Gesellschafter, Angehörige oder Außenstehende handelt, hat keine Bedeutung.“).

⁴⁴⁶ Vgl Eberl, Fahrlässige Krida 30 f; Lewisch, BT I², 263; vgl aber die hL (Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 161 Rz 16 mwN), wonach es nicht darauf ankommt, ob der Einfluss erlaubt ist.

⁴⁴⁷ Vgl Karollus, ÖBA 1990, 337 (344).

Zusammenfassend kann daher festhalten werden, dass § 161 Abs 1 StGB die Erweiterung der Strafbarkeit auf Personen bezweckt, die (i) ohne diese Erweiterung nicht als unmittelbarer Täter strafbar wären, (ii) denen Einfluss auf die Geschäftsführung der juristischen Person zukommt, wobei (iii) dieser Einfluss maßgeblich ist und (iv) aus der rechtlichen Stellung im Organisationsgefüge der juristischen Person resultiert. Dieser Zweck spricht aber nicht nur für die Strafbarkeit wirksam bestellter GmbH-Geschäftsführer, er lässt sich vielmehr auch zur Begründung der Strafbarkeit faktischer Geschäftsführer heranziehen. Der *telos* des § 161 Abs 1 StGB spricht somit dafür, ihn nicht nur auf den wirksam bestellten Geschäftsführer, sondern darüber hinaus auch auf faktische Geschäftsführer anzuwenden.⁴⁴⁸

fff. Zwischenergebnis

Nach Heranziehung sämtlicher Auslegungsmethoden komme ich zum Ergebnis, dass weder der Wortlaut noch die systematische und die historische Interpretation zu einem eindeutigen Ergebnis führen. Der Zweck des § 161 Abs 1 StGB macht aber die Erfassung des faktischen Geschäftsführers durch den Begriff des Geschäftsführers in § 74 Abs 3 StGB erforderlich. Eine Strafbarkeit faktischer Geschäftsführer kommt somit in Betracht. Auf den Ausführungen in diesem Kap aufbauend werden in Kap IV. D. 3. die Merkmale faktischer Geschäftsführung erarbeitet und untersucht, ob und unter welchen Voraussetzungen Gesellschafter als faktische Geschäftsführer qualifiziert werden können.

d. Rechtsfortbildung durch Analogie

aa. Allgemeines

Ist man – entgegen den obigen Ausführungen – zum Ergebnis gelangt, dass sich der faktische Geschäftsführer selbst bei extensiver Auslegung nicht unter den Begriff des Geschäftsführers subsumieren lässt,⁴⁴⁹ so steht immer noch die theoretische Möglichkeit offen, den Gesetzestext im Weg der Analogie zu erweitern.⁴⁵⁰ Das in

⁴⁴⁸ Vgl auch *Breiter*, Fahrlässige Krida 41 und *Luschin*, Beteiligung 36, für die eine solche Auslegung jedoch an der Wortlautgrenze scheitert.

⁴⁴⁹ So *Brandstetter* in *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart* 26, 127 (133).

⁴⁵⁰ Vgl auch *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 246; *ders*, ÖBA 1990, 337 (340).

§ 1 Abs 1 Halbsatz 1 StGB verankerte strafrechtliche Analogieverbot (s zum strafrechtlichen Analogieverbot Kap III. G. 3. b.) steht einer Analogie im vorliegenden Fall nicht entgegen. Wie bereits in Kap III. G. 3. b. ausgeführt, ist eine Analogie im Rahmen der Schutzgesetzhaftung zulässig.

bb. Lückenfeststellung und -schließung

Voraussetzung einer Analogie ist das Vorliegen einer Lücke (s bereits Kap III. G. 3. c.). Wie in Kap IV. D. 2. c. ee. ausgeführt, spricht der *telos* des § 161 Abs 1 StGB – nämlich die Erweiterung des Adressatenkreises der in dieser Norm aufgezählten Sonderdelikte auf Personen, die nicht als unmittelbare Täter strafbar wären, deren Strafbarkeit aber erforderlich ist, um den bezweckten Gläubigerschutz zu erreichen – für seine Anwendung nicht nur auf den wirksam bestellten Geschäftsführer, sondern darüber hinaus auch auf faktische Geschäftsführer. Sieht man den faktischen Geschäftsführer nicht ohnehin von § 161 Abs 1 StGB erfasst, gelangt man somit zum Ergebnis, dass diese Norm eine planwidrige Lücke aufweist. Diese Lücke ließe sich durch die analoge Anwendung des § 161 Abs 1 StGB auch auf faktische Geschäftsführer schließen.

cc. Zwischenergebnis

Selbst wenn man also den faktischen Geschäftsführer nicht im Wege der Auslegung in den Anwendungsbereich des § 161 Abs 1 StGB einbeziehen will, kommt man im Weg der Analogie zum selben Ergebnis. Für die Eingrenzung des Begriffs des faktischen Geschäftsführers und die Untersuchung der Frage, ob GmbH-Gesellschafter als faktische Geschäftsführer zu qualifizieren sind, ist wiederum auf Kap IV. D. 3. zu verweisen.

e. Zwischenergebnis

§ 161 Abs 1 StGB erweitert den Anwendungsbereich des § 159 StGB auch auf faktische Geschäftsführer. Zu diesem Ergebnis gelangt man entweder durch (einfache) Auslegung oder im Wege der Analogie. Der Begriff des faktischen Geschäftsführers und die Frage, ob GmbH-Gesellschafter als faktische Geschäftsführer zu qualifizieren sind, wird im folgenden Kap IV. D. 3. untersucht werden.

3. GmbH-Gesellschafter als faktische Geschäftsführer

a. Allgemeines

Im vorangegangenen Kap wurde dargelegt, dass § 161 Abs 1 StGB den Anwendungsbereich des § 159 StGB auch auf faktische Geschäftsführer erweitert. Es bleibt nun zu untersuchen, ob Gesellschafter einer GmbH als faktische Geschäftsführer zu qualifizieren sind.

b. Lehre

In der L⁴⁵¹ ist die Auffassung herrschend, dass auch Gesellschafter als faktische Geschäftsführer qualifiziert werden können. Die Voraussetzungen, unter denen dies zutrifft, hängen naturgemäß von der jeweils vertretenen Definition des faktischen Geschäftsführers ab. So werden Gesellschafter von den einen als erfasst angesehen, wenn sie – ohne förmlich zu Geschäftsführern bestellt worden zu sein – maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung nehmen.⁴⁵² Zum Kreis der faktischen Geschäftsführer werden Gesellschafter auch von jenen gezählt, für die interne Befugnis zur Geschäftsleitung ausreichend ist und es auf die Eintragung in das Handelsregister nicht ankommt.⁴⁵³

c. Rechtsprechung

Auch die Rsp⁴⁵⁴ anerkennt die Strafbarkeit von Gesellschaftern als faktische Geschäftsführer (zu den Voraussetzungen einer Qualifikation als faktischer Geschäftsführer s Kap IV. D. 2. c. bb.).

⁴⁵¹ Eberl, Fahrlässige Krida 44 ff; Kienapfel, BT II³ § 159 Rz 32, § 161 Rz 11; Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 161 Rz 13; Rainer in SK § 161 Rz 25.

⁴⁵² Kienapfel, BT II³ § 159 Rz 32, § 161 Rz 11; Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 161 Rz 13.

⁴⁵³ Eberl, Fahrlässige Krida 44 ff.

⁴⁵⁴ OGH 15.12.1995, 11 Os 158/95; 10.3.2005, 12 Os 37/04.

d. Eigene Meinung

aa. Allgemeines

In Kap IV. D. 2. c. cc. habe ich herausgearbeitet, dass § 161 Abs 1 StGB die Strafbarkeit des § 159 StGB auf Personen erstreckt, die (i) ohne diese Erweiterung nicht als unmittelbarer Täter strafbar wären, (ii) denen Einfluss auf die Geschäftsführung der juristischen Person zukommt, wobei (iii) dieser Einfluss maßgeblich ist und (iv) aus der rechtlichen Stellung im Organisationsgefüge der juristischen Person resultiert. Im Folgenden soll nun geprüft werden, ob Gesellschafter einer GmbH diese Voraussetzungen erfüllen und somit als Normadressaten des § 161 StGB in Betracht kommen.

bb. Kein unmittelbarer Täter

Eine Erfassung des faktischen Geschäftsführers von § 161 Abs 1 Satz 1 StGB setzt zunächst voraus, dass dieser ohne diese Erweiterung kein unmittelbarer Täter des § 159 StGB wäre. Dieses Erfordernis bedarf keiner näheren Erörterung. Da GmbH-Gesellschafter keine Schuldner iSd § 159 StGB sind, kommen sie als unmittelbare Täter nicht Betracht (s Kap IV. A.). Die erste Voraussetzung liegt bei ihnen somit vor.

cc. Einfluss auf die Geschäftsführung der juristischen Person

Erforderlich ist weiters, dass dem faktischen Geschäftsführer Einfluss auf die Geschäftsführung der juristischen Person zukommt. Der Einfluss muss kein rechtlicher, sondern kann auch ein tatsächlicher sein.⁴⁵⁵ Dass GmbH-Gesellschafter Einfluss auf die Geschäftsführung der GmbH ausüben, steht fest.⁴⁵⁶ Sie können zunächst durch Weisungen auf die Geschäftsführung Einfluss nehmen.⁴⁵⁷ Neben ihrem Weisungsrecht können die Gesellschafter einer GmbH freilich auch auf „*informellen Weg*“ auf die Geschäftsführung der Gesellschaft einwirken.⁴⁵⁸ Schließlich ist zu ergänzen, dass den Gesellschaftern einer

⁴⁵⁵ Vgl aber *Fabrizy*, StGB¹⁰ § 74 Rz 24.

⁴⁵⁶ Vgl *Karollus*, ÖBA 1990, 337 (347).

⁴⁵⁷ Vgl nur *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR Rz 4/179 ff mwN.

⁴⁵⁸ Vgl etwa *Harrer*, Haftungsprobleme 135; *Koppensteiner*, Zur Haftung des GmbH-Gesellschafter, wbl 1988, 1 (3).

GmbH auch insofern Einfluss auf die Geschäftsführung zukommt, als sie über die Abberufung der Geschäftsführer zu entscheiden haben.⁴⁵⁹

Für die Qualifizierung als faktischer Geschäftsführer ist es mE unerheblich, ob der Gesellschafter das „*Rollenbild als Geschäftsführer*“ erfüllt, wie es in der L⁴⁶⁰ gefordert wird. Als unmittelbarer Täter des § 159 StGB kommt vielmehr auch in Betracht, wer es in der Hand hat, die Geschäftsführung durch „*Ziehen der Fäden*“ zu beeinflussen.⁴⁶¹ Das bedeutet jedoch nicht, dass faktische Geschäftsführer immer als unmittelbare Täter haften. In Betracht kommt darüber hinaus auch eine Haftung als Bestimmungs- oder Beitragstäter (s Kap V.).

dd. Maßgeblichkeit des Einflusses

Der Einfluss auf die Geschäftsführung der juristischen Person hat maßgeblich zu sein. Wie ist dieses den leitenden Angestellten konstituierende Tatbestandsmerkmal zu verstehen? In Schrifttum wurde überzeugend herausgearbeitet, dass es auf eine Stellung ankommt, die der eines Unternehmers annähernd gleichwertig ist.⁴⁶² Bestraft werden soll maW derjenige, der für die Geschäftsgebarung der juristischen Person als „*Steuermann*“ verantwortlich ist.⁴⁶³ Wer den „*Kurs*“ zumindest im Wesentlichen vorgibt, muss auch für den erlittenen „*Schiffbruch*“ gerade stehen.⁴⁶⁴ Die erfassten Personen haben insgesamt und nicht bloß im Einzelnen zumindest mitentscheidend zu sein.⁴⁶⁵

Legt man dieses Ergebnis nun auf den Gesellschafter einer GmbH um, ist zunächst festzustellen, dass nicht jedem Gesellschafter eine unternehmergleiche Stellung zukommt, die seine Strafbarkeit bzw seine zivilrechtliche Haftung rechtfertigt. Die Schwierigkeit

⁴⁵⁹ Vgl nur Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR Rz 4/158 ff mwN.

⁴⁶⁰ Karollus, ÖBA 1990, 337 (347); ihm folgend Luschin, Beteiligung 41.

⁴⁶¹ AA Karollus, ÖBA 1990, 337 (347).

⁴⁶² Eberl, Fahrlässige Krida 30; Luschin, Beteiligung 26 ff; Olscher, GesRZ 1975, 80 (82); vgl auch OGH 15.12.1995, 11 Os 158/95.

⁴⁶³ Vgl Karollus, ÖBA 1990, 337 (342); weiters Altmann, Die Krida und die ähnlichen Delikte (1915) 22 („*Der selbständige Geschäftsführer ist ja zumeist der spiritus rector des Geschäftsbetriebes und wenn es sich um strafbare Manipulationen handelt, so sehr daran beteiligt, dass es durchaus gerechtfertigt ist, ihn dem unmittelbaren Täter gleichzustellen.*“).

⁴⁶⁴ Eberl, Fahrlässige Krida 40.

⁴⁶⁵ Breiter, Fahrlässige Krida 31; Eberl, Fahrlässige Krida 30; Fabrizy, StGB¹⁰ § 74 Rz 24; Olscher, GesRZ 1975, 80 (82).

liegt nun darin, jene Gesellschafter, die die Geschicke der Gesellschaft als „*Steuermann*“ mitbestimmen, von jenen Gesellschaftern zu trennen, auf die dies nicht zutrifft, die somit – um die Metapher nochmals fortzuführen – bloß „*mitsegeln*“.

Bei der Suche nach geeigneten Abgrenzungskriterien können Anleihen bei jenen Normen genommen werden, die an einen kontrollierenden Gesellschafter anknüpfen. So ist eine Beteiligung nach § 5 Abs 2 EKEG kontrollierend, wenn 1. dem Gesellschafter die Mehrheit der Stimmrechte zusteht oder 2. dem Gesellschafter das Recht zusteht, die Mehrheit der Mitglieder des Leitungs- oder Aufsichtsorgans zu bestellen oder abzuberufen, oder 3. er das Sonderrecht hat, selbst Mitglied des Leitungsorgans zu sein, oder 4. dem Gesellschafter auf Grund eines Vertrages mit einem oder mehreren Gesellschaftern das Recht zur Entscheidung zusteht, wie Stimmrechte der Gesellschafter, soweit sie mit seinen eigenen Stimmrechten zur Erreichung der Mehrheit aller Stimmen erforderlich sind, bei Bestellung oder Abberufung der Mehrheit der Mitglieder des Leitungs- oder Aufsichtsorgans auszuüben sind, oder 5. sie dem Gesellschafter ermöglicht, einen beherrschenden Einfluss auszuüben; dies wird vermutet, wenn ein Gesellschafter zumindest 25 % der Stimmrechte innehat und kein anderer eine zumindest gleichwertige Stimmrechtsmacht hat.⁴⁶⁶

ee. Einfluss resultiert aus der Rechtstellung im Organisationsgefüge der juristischen Person

Wie gezeigt wurde bezweckt §§ 161 Abs 1 iVm 74 Abs 3 StGB die Erfassung von Personen, deren Einfluss aus der Rechtstellung im Organisationsgefüge der juristischen Person resultiert. Diese Voraussetzung ist bei jedem GmbH-Gesellschafter erfüllt, weil sie gerade keine außenstehenden Personen sind, sondern ihr Einfluss sich aus ihrer Gesellschafterstellung ergibt.⁴⁶⁷ Auf das Vorliegen eines – wenn auch fehlerhaften – Bestellungsakts kommt es mE nicht an.

⁴⁶⁶ Vgl nur Schopper in Schopper/Vogt, Eigenkapitalersatzgesetz (2003) § 5 Rz 9 ff.

⁴⁶⁷ Vgl auch Karollus, ÖBA 1990, 337 (347 f).

ff. Zwischenergebnis

GmbH-Gesellschafter haften als faktische Geschäftsführer, wenn ihnen ein maßgeblicher Einfluss auf die Geschäftsführung zukommt. Für Einzelheiten ist auf die Ausführungen zur zivilrechtlichen Haftung von Geschäftsführern in Kap III. zu verweisen, die entsprechend auch auf die Haftung faktischer Geschäftsführer anzuwenden sind.

4. Handlungspflichten?

a. Allgemeines

Von der Haftung von GmbH-Gesellschaftern für ein gläubigerschädigendes Tun ist die Frage zu unterscheiden, ob GmbH-Gesellschafter, die als faktische Geschäftsführer zu qualifizieren sind, eine Verpflichtung zum Eingreifen trifft, wenn die Geschäftsführer der Gesellschaft gläubigerschädigend handeln.

Wie bereits erwähnt (s Kap III. D. 1.) ist § 2 StGB (s Kap II. C. 6.) auch für die zivilrechtliche Haftung maßgebend. Voraussetzung einer Haftung des GmbH-Gesellschafter wegen der Unterlassung eines gebotenen Tuns ist somit das Vorliegen einer Garantenstellung. In L und Rsp werden verschiedene Entstehungsgründe für eine Garantenstellung diskutiert. In Betracht kommen Rechtsvorschriften, eine enge natürliche Verbundenheit, eine freiwillige Pflichtenübernahme, eine Gefahrengemeinschaft, gefahrbegründendes Vorverhalten (Ingerenz) sowie die Überwachung von Gefahrenquellen.⁴⁶⁸ Zu achten ist weiters auf die Gleichwertigkeit des Unterlassens mit aktivem Tun.

b. Keine allgemeine Handlungspflicht

Eine Untersuchung allfälliger Handlungspflichten von GmbH-Gesellschafter hat von der Feststellung auszugehen, dass GmbH-Gesellschafter im Allgemeinen keine Pflicht trifft, die Geschäftsführer zu überwachen.⁴⁶⁹ Eine Überwachungspflicht lässt sich auch nicht

⁴⁶⁸ Vgl nur *Kienapfel/Höpfel*, AT¹³, 193 ff mwN.

⁴⁶⁹ OGH 29.4.2004, 6 Ob 313/03 b, GesRZ 2004, 379 mit Anmerkung *Harrer* = ÖZW 2005, 21 mit Anmerkung *Artmann* = GeS 2005, 19 mit Anmerkung *Fantur* = RWZ 2004, 366 mit Anmerkung *Wenger* ua; *Karollus*, ÖBA 1990, 337 (350 f, 356).

auf die dem GmbH-Gesellschafter zustehenden Kontrollrechte stützen.⁴⁷⁰ Es steht grundsätzlich im Belieben des Gesellschafters, die Geschäftsführer mit Hilfe des ihm zur Verfügung stehenden Instrumentariums zu überwachen oder nicht. Weiters steht ihnen zwar ein Weisungsrecht zu, eine Weisungspflicht trifft sie dagegen nicht.⁴⁷¹ Handlungspflichten des GmbH-Gesellschafters bestehen somit grundsätzlich nicht.⁴⁷² Jeder Kapitalgesellschaftler hat ein „*Recht auf Passivität*“.⁴⁷³

An diesem Befund ändert sich auch dann nichts, wenn der Gesellschafter als faktischer Geschäftsführer iSd § 161 Abs 1 StGB zu qualifizieren ist. Selbst den Gesellschafter, der maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft ausüben kann, treffen keine Handlungspflichten.⁴⁷⁴

c. Gefahrbegründendes Vorverhalten

Eine ausnahmsweise Handlungspflicht kann sich mE nur aus gefahrbegründendem Vorverhalten ergeben.⁴⁷⁵ Ein solches eine Handlungspflicht auslösendes gefahrbegründendes Vorverhalten liegt etwa dann vor, wenn der bestellte Geschäftsführer ein bloßer Strohhalm ist. Diesfalls kann sich der faktische Geschäftsführer nicht plötzlich haftungsbefreiend von der Geschäftsführung zurückziehen, es trifft ihn vielmehr die Pflicht, Gläubigerschädigungen durch Eingreifen zu verhindern.⁴⁷⁶

⁴⁷⁰ Karollus, ÖBA 1990, 337 (352).

⁴⁷¹ OGH 29.4.2004, 6 Ob 313/03 b, GesRZ 2004, 379 mit Anmerkung *Harrer* = ÖZW 2005, 21 mit Anmerkung *Artmann* = GeS 2005, 19 mit Anmerkung *Fantur* = RWZ 2004, 366 mit Anmerkung *Wenger* ua; Karollus, ÖBA 1990, 337 (352); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 61 Rz 32a; *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (91 f).

⁴⁷² Vgl auch Karollus, ÖBA 1990, 337 (350 f, 352); *Luschin*, Beteiligung 72; *Reich-Rohrwig*, Anmerkung zu OGH 14.7.1986, 1 Ob 571/86, JBl 1986, 713 (718).

⁴⁷³ *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (92).

⁴⁷⁴ Vgl *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (91 f) mwN; vgl aber Karollus, ÖBA 1990, 337 (352), nach dem man für die Begründung von Handlungspflichten eine „noch stärkere tatsächliche Machtposition in der Gesellschaft“ verlangen müssen wird.

⁴⁷⁵ Vgl auch Karollus, ÖBA 1990, 337 (352 f); *Luschin*, Beteiligung 74 ff; *Reich-Rohrwig*, JBl 1986, 713 (718).

⁴⁷⁶ Vgl auch OGH 17.12.2007, 8 Ob 124/07d, GesRZ 2008, 159 mit Anmerkung *Luschin* = GeS 2008, 62 mit Anmerkung *Fantur*; Karollus, ÖBA 1990, 337 (352 f); kritisch *Luschin*, Beteiligung 75.

d. Zusammenfassung

GmbH-Gesellschafter treffen grundsätzlich keine Handlungspflichten. Eine ausnahmsweise Handlungspflicht kann sich aus gefahrbe gründendem Vorverhalten ergeben.

5. Zwischenergebnis

Gesellschafter einer GmbH haften Gläubigern gegenüber, wenn sie gleichzeitig Geschäftsführer der GmbH sind. Daneben haften sie als faktische Geschäftsführer, wenn ihnen ein maßgeblicher Einfluss auf die Geschäftsführung zukommt. GmbH-Gesellschafter treffen grundsätzlich keine Handlungspflichten. Eine ausnahmsweise Handlungspflicht kann sich aus gefahrbe gründendem Vorverhalten ergeben.

E. Zwischenergebnis

Eine zivilrechtliche Haftung von Gesellschaftern gegenüber Gesellschaftsgläubigern kommt in Betracht, wenn Gesellschafter Angestellte des Unternehmens sind und ihnen auf dessen Geschäftsführung ein maßgeblicher Einfluss zusteht.

Gesellschafter einer GmbH haften Gläubigern gegenüber weiters, wenn sie gleichzeitig Geschäftsführer der GmbH sind. Daneben haften sie als faktische Geschäftsführer, wenn ihnen ein maßgeblicher Einfluss auf die Geschäftsführung zukommt. GmbH-Gesellschafter treffen grundsätzlich keine Handlungspflichten. Eine ausnahmsweise Handlungspflicht kann sich aus gefahrbe gründendem Vorverhalten ergeben.

V. Haftung der Gesellschafter als Bestimmungs- oder Beitragstäter

A. Allgemeines

Von der Haftung des Gesellschafters als unmittelbarer Täter des § 159 StGB ist seine Haftung als Bestimmungs- oder Beitragstäter zu unterscheiden. Strafbar ist nämlich nicht nur der unmittelbare Täter, der eine dem Wortlaut des Tatbestands entsprechende Ausführungshandlung vornimmt;⁴⁷⁷ ein Strafe droht vielmehr auch einer Person, die zwar nicht unmittelbar die Tat ausführt, die jedoch „zu ihrer Ausführung beiträgt“ (§ 12 StGB). Die strafrechtlichen Beteiligungsregeln sind auch für die zivilrechtliche Haftung von Relevanz, erstreckt sich der Verweis des § 1311 ABGB – wie in Kap III. D. 1. ausgeführt – doch auch auf sie.

Diesen Begründungsweg hat der OGH erstmals in den beiden „Eumig-Entscheidungen“⁴⁷⁸ beschritten. In diesen Entscheidung bejahte⁴⁷⁹ der OGH die Haftung einer Bank, die im Rahmen eines Sanierungsversuchs die Geschäftsanteile der Gesell-

⁴⁷⁷ OGH 14.3.2000, 14 Os 158/99, JBl 2001, 194; *Fuchs*, AT I⁷, 291 mwN.

⁴⁷⁸ OGH 14.7.1986, 1 Ob 571/86, JBl 1986, 713 mit Anmerkung *Reich-Rohrwig* = ZIP 1987, 702 mit Anmerkung *Honsell*; 9.2.1988, 6 Ob 508, 509/86, ÖBA 1988, 828 mit Anmerkung *Apathy* = wbl 1988, 129 mit Anmerkung *Wilhelm*; vgl auch *Friedrich*, Der Fall Eumig (1987) passim. Den „Eumig-Entscheidungen“ liegt der folgende Sachverhalt zugrunde: Die Kläger waren Gläubiger einer Gesellschaft, über deren Vermögen der Konkurs eröffnet worden war. Beklagte war die Hausbank der Gemeinschuldnerin. Diese hatte sich trotz Überschuldung zur Sanierung der Gemeinschuldnerin nach Maßgaben eines Finanzplans entschlossen und im Zuge der Sanierungsbemühungen die Geschäftsanteile der Gesellschafter der Gemeinschuldnerin übernommen. Der Geschäftsführer der Gemeinschuldnerin stand im Hinblick auf die wirtschaftliche Krisensituation des Unternehmens in engem Kontakt zu den Organen der Beklagten. Wenn auch weder ein Einfluss der Beklagten auf die konkrete Geschäftsführung der Gemeinschuldnerin festgestellt werden konnte, noch die Beklagte Weisungen, die die Geschäftsführung betrafen, erteilt hatte, wurden doch zwischen den Beteiligten grundsätzliche geschäftspolitische Fragen erörtert. Es bestand auch eine enge Personalunion insofern, als zwei Vorstandsmitglieder der Beklagten dem Aufsichtsrat der Gemeinschuldnerin angehörten. Der im Sanierungsplan vorgesehene Personalabbau konnte wegen arbeitsmarktpolitischer Widerstände nicht durchgesetzt werden, was schließlich zur Konkurseröffnung führte.

⁴⁷⁹ In beiden Entscheidungen zeigte der OGH grundsätzlich die Haftung auf und verwies die Rechtssache dann zur Ergänzung und neuerlichen Entscheidung an das Erstgericht zurück. In der zweiten Entscheidung ging es hauptsächlich um eine Wechselforderung der Bank. Die Schadenersatzhaftung wurde nur als Gegenforderung erörtert.

schafter einer überschuldeten GmbH übernommen hatte, den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber. Die Höchstrichter leiteten die Rechtswidrigkeit aus der fahrlässigen Beteiligung der Gesellschafter an der fahrlässigen Krida der Geschäftsführer (§§ 12, 14 StGB iVm 159 Abs 1 Z 2 StGB aF) ab. Die „Eumig-Entscheidungen“ waren der Ausgangspunkt einer heftigen Diskussion in der österreichischen L: Von einem Teil der L wurden sie begrüßt.⁴⁸⁰ So meinte etwa *Reich-Rohrwig*, dass diese Entscheidung „*gerade in Konzernen zu einem Umdenken und einer Neuorientierung an den kaufmännischen Sorgfaltsmaßstäben führen*“ würden.⁴⁸¹ In seinem Besprechungsaufsatz stimmte weiters *Karollus* den Ausführungen des OGH als Eröffnung eines richtigen Weges, „*mit dem das zivilrechtliche Kridahaftungskonzept eine ganz bedeutenden Fortbildung erfahren hat*“, zu.⁴⁸² Allerdings riefen die Entscheidungen auch Kritik eines Teils des Schrifttums hervor.⁴⁸³ Der OGH hat den von ihm in den „Eumig-Entscheidungen“ begangenen Begründungsweg in weiterer Folge bestätigt;⁴⁸⁴ er wird mittlerweile auch von der hL⁴⁸⁵ im Grundsatz bejaht.

⁴⁸⁰ *Apathy*, Anmerkung zu OGH 9.2.1988, 1 Ob 508, 509/86, ÖBA 1988, 828 (834 ff); *Holeschovsky*, Zur Haftung für den fehlgeschlagenen Sanierungsversuch – Marginalien zu OGH 14.7.1986, 1 Ob 571/86, GesRZ 1987, 34 (34 ff); *Karollus*, ÖBA 1990, 337 (337 ff); *ders*, Banken-, Gesellschafter- und Konzernleitungshaftung nach den „Eumig“-Erkenntnissen (Teil II), ÖBA 1990, 438 (438 ff); *Reich-Rohrwig*, JBl 1986, 713 (716 ff); *Thöni*, Zur Verantwortlichkeit des GmbH-Gesellschafters (II), GesRZ 1987, 126 (126 f); vgl auch *Tonkli*, Bericht über den Vortrag von Karollus, Die Kridahaftung der GmbH-Gesellschafter nach den „Eumig“-Entscheidungen des OGH, Kärntner Juristische Gesellschaft, Sitzung vom 13.2.1990, ÖJZ 1990, 403 (403 f); vgl auch *Doralt*, in 10. ÖJT 1988, Band II/1, 1 (37 ff); *ders*, in *Lutter*, Konzernrecht im Ausland, ZGR Sonderheft 11 (1994) 192 (223 f).

⁴⁸¹ *Reich-Rohrwig*, JBl 1986, 713 (717).

⁴⁸² *Karollus*, ÖBA 1990, 337 (338).

⁴⁸³ *Honsell*, Bankenhaftung bei Unternehmenssanierung, JBl 1987, 146 (146 ff); *ders*, Anmerkung zu OGH 14.7.1986, 1 Ob 571/86, ZIP 1987, 702 (702 ff); *Koppensteiner*, wbl 1988, 1 (9 ff); *Nowotny*, Handels- und gesellschaftsrechtliche Probleme einer Unternehmensteilung, DRdA 1989, 93 (104); *Schumacher*, Konkursverschleppung und Gesellschafterhaftung, RdW 1987, 394 (394 ff).

⁴⁸⁴ OGH 10.12.1992, 6 Ob 656/90, ÖZW 1994, 58 mit Anmerkung *Harrer* (vgl zu dieser Entscheidung auch *Dellinger*, Zur Kridahaftung der GmbH-Gesellschafter sowie zur Ersatzfähigkeit und Berechnung des Vertrauensschadens der Neugläubiger. Zugleich eine Besprechung der Entscheidung 6 Ob 656/90, wbl 1993, 201 [201 ff]); 15.12.1994, 8 Ob 629/92, ÖJZ 1995, 697; 13.8.1998, 2 Ob 2336/96k; 21.10.1999, 8 Ob 237/97d, ÖBA 2000, 914 mit Anmerkung *Fitz* = *ecolex* 2000/117 mit Anmerkung *Thaler*; 28.3.2000, 1 Ob 29/00x; 12.4.2001, 8 ObA 98/00 w, SZ 74/65; 29.4.2004, 6 Ob 313/03 b, GesRZ 2004, 379 mit Anmerkung *Harrer* = ÖZW 2005, 21 mit Anmerkung *Artmann* = GeS 2005, 19 mit Anmerkung

Im Folgenden werden die einzelnen Begründungsschritte erläutert, die zu einer Haftung von GmbH-Gesellschaftern als Bestimmungs- oder Beitragstätern führen. Dazu wird zunächst auf die Möglichkeit einer Beteiligung am Delikt der grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen iSd § 159 StGB eingegangen (s Kap V. B.). Daran anschließend wird geprüft, unter welchen Voraussetzungen GmbH-Gesellschafter als Bestimmungs- oder Beitragstäter zur Haftung herangezogen werden können (s Kap V. C.).

B. Beteiligung als Bestimmungs- oder Beitragstäter an § 159 StGB – Grundlagen

1. Allgemeines

Nach § 12 StGB begeht nicht nur der unmittelbare Täter die strafbare Handlung, sondern auch jeder, der einen anderen dazu bestimmt, sie auszuführen, oder der sonst zu ihrer Ausführung beiträgt. Strafbar ist zum einen, wer einen anderen bestimmt, die Tat auszuführen (Bestimmungstäter), und zum anderen, wer sonst zu ihrer Ausführung beiträgt (Täter durch sonstigen Beitrag).⁴⁸⁶ Die Besonderheiten der Beteiligung am Fahrlässigkeitsdelikt sind Gegenstand des Kap V. B. 2. Auf die Besonderheiten der Beteiligung am Sonderdelikt werde ich in Kap V. B. 3. eingehen.

2. Beteiligung am Fahrlässigkeitsdelikt

§ 159 StGB ist ein Fahrlässigkeitsdelikt mit gesetzlich bestimmten Verhaltensweisen.⁴⁸⁷ § 12 StGB ist auch auf Fahrlässigkeitsdelikte anzuwenden.⁴⁸⁸ Ausgenommen werden nur die sog reinen Erfolgs-Verursachungs-Delikte (zB § 80 StGB), bei denen jeder Beteiligte

Fantur = RWZ 2004, 366 mit Anmerkung *Wenger*; vgl auch OGH 23.2.2009, 8 Ob 108/08b, GeS 2009, 269 mit Anmerkung *Jaufer*.

⁴⁸⁵ *Koppensteiner*, RdW 2008/25, 64 (64); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 61 Rz 32a f mwN.

⁴⁸⁶ Vgl näher zu den Täterschaftsformen des § 12 StGB nur *Fuchs*, AT I⁷, 291 ff; *Kienapfel/Höpfel*, AT¹³, 219 ff; jeweils mwN.

⁴⁸⁷ *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB² § 159 Rz 9; *Rainer* in SK § 159 Rz 5; *Lendl*, RZ 2001, 30 (31).

⁴⁸⁸ *Fuchs*, AT I⁷, 341.

schon unmittelbar die Tatbestandsbeschreibung des Gesetzes erfüllt.⁴⁸⁹ Während bei den Erfolgs-Verursachungs-Delikten auf die Beteiligungsregeln verzichtet werden kann, ist ihre Anwendung bei den Fahrlässigkeitsdelikten mit gesetzlich bestimmten Verhaltensweisen notwendig. Als unmittelbarer Täter kommt hier ja nur in Betracht, wer der ausdrücklichen gesetzlichen Verhaltensbeschreibung entspricht. Die Begründung der Strafbarkeit von Beiträgen zur Tatbestandsverwirklichung kann somit nur über § 12 StGB erfolgen, der die Tatbestände auch auf jene Mitwirkenden erweitert, die die Handlungsbeschreibung in eigener Person nicht erfüllen.⁴⁹⁰

Strafbar als Beteiligter eines Fahrlässigkeitsdelikts ist nach hL⁴⁹¹ nur, wer in eigener Person eine ihn selbst treffende deliktstypische objektive Sorgfaltspflicht zum Schutz des jeweiligen Rechtsguts verletzt und auch sonst alle Voraussetzungen der Fahrlässigkeitshaftung (subjektive Sorgfaltswidrigkeit, objektive und subjektive Erfolgszurechnung) erfüllt. Die bloße Mitwirkung an einem objektiv sorgfaltswidrigen Verhalten eines anderen ist nicht strafbar. Der Sorgfaltsverstoß jedes Beteiligten ist vielmehr originär zu begründen.⁴⁹² Als deliktstypisch objektiv sorgfaltswidrig kommt bei den Fahrlässigkeitsdelikten mit gesetzlich bestimmten Verhaltensweisen nicht nur eine Handlung in Betracht, die der gesetzlich bestimmten Verhaltensbeschreibung entspricht. Es genügt, wenn der Mitwirkende einen objektiven Sorgfaltsverstoß begangen hat, der zwar nicht der Verhaltensbeschreibung im Gesetz entspricht, aber doch auf die Art Rechtsgutbeeinträchtigung zielt, die der betreffende Tatbestand jeweils verhindern will.⁴⁹³

3. Beteiligung am Sonderdelikt

§ 159 StGB ist darüber hinaus ein Sonderdelikt.⁴⁹⁴ Sonderdelikte können nicht von jedermann begangen werden; sie setzen vielmehr „besondere persönliche Eigenschaften

⁴⁸⁹ Fuchs, AT I⁷, 341.

⁴⁹⁰ Burgstaller, Zur Täterschaftsregelung im neuen StGB, RZ 1975, 29 (31); vgl auch Karollus, ÖBA 1990, 337 (343).

⁴⁹¹ Burgstaller, RZ 1975, 29 (29); Fuchs, AT I⁷, 341.

⁴⁹² Burgstaller, RZ 1975, 29 (29); Fuchs, AT I⁷, 341.

⁴⁹³ Burgstaller, RZ 1975, 29 (32).

⁴⁹⁴ Karollus, ÖBA 1990, 337 (341); Köck, Wirtschaftsstrafrecht 110; Kirchbacher/Presslauer in WK StGB² § 159 Rz 34; Leukauf/Steininger, StGB³ § 159 Rz 4; Rainer in SK § 159 Rz 7; vgl

oder Verhältnisse“ des Täters voraus.⁴⁹⁵ Personen, bei denen diese besonderen Eigenschaften oder Verhältnisse gegeben sind, bezeichnet man als *intranei*, alle anderen als *extranei*.⁴⁹⁶ Die Beteiligung am Sonderdelikt regelt § 14 StGB. Nach hM⁴⁹⁷ ist eine Beteiligung von *extranei* an den Delikten des § 159 StGB möglich. Voraussetzung dafür ist aber, dass den Beteiligten im Hinblick auf § 159 StGB eigene deliktstypische Sorgfaltspflichten treffen.⁴⁹⁸ Dabei handelt es sich zunächst um das Erfordernis der objektiven Sorgfaltswidrigkeit, das bei Fahrlässigkeitsdelikten immer in der Person des Täters vorliegen muss.⁴⁹⁹ Dazu kommt beim Sonderdelikt des § 159 StGB, dass der Unrechtsgehalt der Tat des *extraneus* jener eines Sonderpflichtigen entsprechen muss.⁵⁰⁰ Nur jene Personen sind als Beteiligte strafbar, die die Verpflichtung trifft, die Gläubiger vor Schäden aus dem wirtschaftlichen Zusammenbruch des Schuldners zu bewahren und im Fall des Zusammenbruchs für eine anteilmäßige Befriedigung aller Gläubiger zu sorgen.⁵⁰¹

aber *Rosbaud/Manquet*, wbl 2001, 97 (100), die die Eigenschaft des § 159 Abs 1 StGB als Sonderdelikt in Frage stellen.

⁴⁹⁵ *Fuchs*, AT I⁷, 84, 325.

⁴⁹⁶ *Kienapfel/Höpfel*, AT¹³, 257.

⁴⁹⁷ OGH 29.4.2004, 6 Ob 313/03 b, GesRZ 2004, 379 mit Anmerkung *Harrer* = ÖZW 2005, 21 mit Anmerkung *Artmann* = GeS 2005, 19 mit Anmerkung *Fantur* = RWZ 2004, 366 mit Anmerkung *Wenger* ua; *Burgstaller*, RZ 1975, 29 (32); *Eberl*, Fahrlässige Krida 242; *Eder-Rieder*, Einführung 88; *dies*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für fahrlässige Verzögerung des Insolvenzverfahrens, ÖJZ 1993, 339 (340); *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, BT I³, 188; *Karollus*, ÖBA 1990, 337 (343); *Kienapfel*, BT II³ § 159 Rz 31; *Leukauf/Steininger*, StGB³ § 159 Rz 52; *Lewisch*, BT I², 270 f; *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB § 159 Rz 92; *Rainer* in SK § 159 Rz 15; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 574; *Zagler*, BT 287.

⁴⁹⁸ OGH 29.4.2004, 6 Ob 313/03 b, GesRZ 2004, 379 mit Anmerkung *Harrer* = ÖZW 2005, 21 mit Anmerkung *Artmann* = GeS 2005, 19 mit Anmerkung *Fantur* = RWZ 2004, 366 mit Anmerkung *Wenger* ua; *Burgstaller*, RZ 1975, 29 (32); *Eberl*, Fahrlässige Krida 242; *Eder-Rieder*, Einführung 88; *dies*, ÖJZ 1993, 339 (340); *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, BT I³, 188; *Karollus*, ÖBA 1990, 337 (343); *Kienapfel*, BT II³ § 159 Rz 31; *Kirchbacher/Presslauer* in WK StGB § 159 Rz 92; *Koppensteiner*, RdW 2008/25, 64 (64); *Leukauf/Steininger*, StGB³ § 159 Rz 52; *Lewisch*, BT I², 271; *Rainer* in SK § 159 Rz 15; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 574; *Steininger* in *Jelinek*, Insolvenz- und Wirtschaftsstrafrecht 95 (101); *Zagler*, BT 287.

⁴⁹⁹ *Karollus*, ÖBA 1990, 337 (343).

⁵⁰⁰ *Karollus*, ÖBA 1990, 337 (343).

⁵⁰¹ *Bertel*, Mitschuld an Kridadelikten, RdW 1991, 134 (136); vgl auch *Bertel/Schwaighofer*, BT I¹¹, 303.

4. Zwischenergebnis

Die Strafbarkeit als Beteiligter an § 159 StGB setzt voraus, dass der Beteiligte eine eigene deliktstypische Sorgfaltspflicht verletzt. Damit ist das Erfordernis der objektiven Sorgfaltswidrigkeit gemeint, das bei Fahrlässigkeitsdelikten immer in der Person des Täters vorliegen muss. Geht es um die Beteiligung eines *extraneus* muss der Unrechtsgehalt seiner Tat darüber hinaus jener eines *intraneus* entsprechen.

C. GmbH-Gesellschafter als Bestimmungs- oder Beitragstäter

1. Allgemeines

Eine Haftung als Bestimmungs- oder Beitragstäter kommt zunächst hinsichtlich von GmbH-Gesellschaftern in Betracht, die als *intranei* zu qualifizieren sind (s Kap IV.). Zu untersuchen ist darüber hinaus, inwieweit eine Haftung von GmbH-Gesellschaftern, die als *extranei* zu qualifizieren sind, auf die strafrechtlichen Beteiligungsregeln gestützt werden kann. Während in Rsp und L – wie gezeigt wurde – weitgehend Klarheit über die prinzipielle Möglichkeit der Beteiligung von *extranei* am Delikt des § 159 StGB und darüber besteht, dass Voraussetzung der Strafbarkeit ein Verstoß gegen eigene deliktstypische Sorgfaltspflichten ist, ist umstritten, wann den GmbH-Gesellschafter eigene deliktstypische Sorgfaltspflichten treffen. Dem Versuch einer Bestimmung der den GmbH-Gesellschafter treffenden Sorgfaltspflichten ist Kap C. 2. gewidmet. Daran anschließend gehe ich in Kap C. 3. der Frage nach, ob sich GmbH-Gesellschafter durch Unterlassung beteiligen können.

2. Deliktstypische Sorgfaltspflichten der GmbH-Gesellschafter

a. Rechtsprechung

Der einschlägigen Rsp lassen sich Anhaltspunkte für die Bestimmung deliktstypischer Sorgfaltspflichten der GmbH-Gesellschafter entnehmen. Am Beginn der Judikaturlinie

stehen die bereits erwähnten „*Eumig-Entscheidungen*“⁵⁰². In der ersten Entscheidung stützt der OGH die Haftung darauf, dass eine faktische Beherrschung der Gemeinschuldnerin durch die Beklagte als Alleingesellschafterin und Konzernmutter gegeben sei. Eine faktische Beherrschung besteht für den OGH vor allem dann, „*wenn es zu einer Verlagerung der Geschäftsführungsentscheidungen von den Geschäftsführern zur Konzernleitung kommt, wo die richtungsweisenden Entscheidungen gefasst werden*“. Insgesamt sei der Beklagten aufgrund des Erwerbs der Geschäftsanteile eine Stellung zugekommen, „*die über die eines im Unternehmen tätigen Geschäftsführers weit hinausging*“. Sie konnte maßgeblichen Einfluss auf die Willensbildung der Gemeinschuldnerin nehmen. Es liege aufgrund dieser Erwägungen der Fall vor, dass „*den Kreditgeber aufgrund seines starken faktischen Einflusses auf die Geschäftsführung selbst Sorgfaltspflichten treffen*“. Zu einer ähnlichen Schlussfolgerung kommt der OGH auch in der zweiten Entscheidung: Er bejaht die Direkthaftung des die Sanierung versuchenden Kreditgebers, „*der der zu sanierenden Firma nicht als außenstehender Geschäftspartner gegenübersteht, sondern als Eigentümer im Konzernverhältnis einen so maßgebenden Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft nimmt, dass seine Stellung stärker ist als jene der formell bestellten Geschäftsführer des Unternehmens*“. Insgesamt wird in den „*Eumig-Entscheidungen*“ zwar der Weg der Haftungsbegründung aufgezeigt, hinsichtlich der Reichweite der die Haftung auslösenden Beteiligtenstellung bleibt der OGH allerdings einige Antworten und Klarstellungen schuldig.⁵⁰³ Unklar bleibt in den Begründungen insbesondere, ob die Eigenschaft als Kreditgeber, die Stellung als Alleingesellschafter⁵⁰⁴ oder die Tatsache, dass die Beklagte Konzernmutter der Gemeinschuldnerin war, haftungsauslösend ist.⁵⁰⁵ Aus den Folgeentscheidungen ergibt sich, dass es auf eine bestimmte Einflussnahme auf die

⁵⁰² OGH 14.7.1986, 1 Ob 571/86, JBl 1986, 713 mit Anmerkung *Reich-Rohrwig* = ZIP 1987, 702 mit Anmerkung *Honsell*; OGH 9.2.1988, 6 Ob 508, 509/86, ÖBA 1988, 828 mit Anmerkung *Apathy* = wbl 1988, 129 mit Anmerkung *Wilhelm*.

⁵⁰³ Vgl auch *Karollus*, ÖBA 1990, 337 (338).

⁵⁰⁴ Geschäftsanteile hielten die Beklagte und eine hundertprozentige Tochtergesellschaft der Beklagten.

⁵⁰⁵ Vgl *Karollus*, ÖBA 1990, 337 (338).

Geschäftsführung ankommt.⁵⁰⁶ Gesellschafter treffen nach Auffassung des OGH unabhängig von ihrer Stimmmacht Sorgfaltspflichten.⁵⁰⁷

b. Lehre

In der L⁵⁰⁸ wird überwiegend vertreten, dass es für die Annahme deliktstypischer Sorgfaltspflichten darauf ankomme, dass ein gewisser Einfluss auf die Geschäftsführung vorliege. Ergänzend dazu wird von manchen⁵⁰⁹ vorausgesetzt, dass eine Nahebeziehung zur Gesellschaft bestehe. Schließlich wird verlangt, dass sich das Teilhaben an der Geschäftsführung aus einer Position ergibt, die typischerweise auf die Wahrung des Interesses des Gemeinschuldners und mittelbar damit der Gläubiger ausgerichtet ist.⁵¹⁰

Abgeleitet wird dieses Ergebnis von Teilen der L⁵¹¹ aus den in § 161 StGB zum Ausdruck kommenden Wertungen. Bereits mit dieser Bestimmung würden Personen als *intranei* erfasst, die gerade nicht in der primären Sonderbeziehung zu den Gläubigern stünden.

⁵⁰⁶ OGH 15.12.1994, 8 Ob 629/92, ÖJZ 1995, 697; 13.8.1998, 2 Ob 2336/96k, 21.10.1999, 8 Ob 237/97d, ÖBA 2000, 914 mit Anmerkung *Fitz* = *ecolex* 2000/117 mit Anmerkung *Thaler*; 28.3.2000, 1 Ob 29/00x.

⁵⁰⁷ OGH 10.12.1992, 6 Ob 656/90, ÖZW 1994, 58 mit Anmerkung *Harrer*.

⁵⁰⁸ *Breiter*, Fahrlässige Krida 234 ff; *Eberl*, Fahrlässige Krida 251 f; *Karollus*, ÖBA 1990, 337 (344 ff); *Koziol*, Die Haftung wegen Konkursverzögerung durch Kreditgewährung (1. Teil), RdW 1983, 34 (38); *Luschin*, Beteiligung 41 ff; *Nowotny*, Verlust des halben Stammkapitals. Ein „kleiner“ Unterschied zwischen deutschem und österreichischem GmbH-Recht, in FS Semler (1993) 231 (250); *Rainer* in SK § 159 Rz 15 f; *Rechberger*, Chancen und Risiken der freien Sanierung, in FS Fasching (2002) 219 (237); vgl auch *Burgstaller*, RZ 1975, 29 (32); vgl bereits *Doralt*, GesRZ 1982, 88 (96); *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 574; aA *Zagler*, BT 287 f.

⁵⁰⁹ *Breiter*, Fahrlässige Krida 234 ff; *Eberl*, Fahrlässige Krida 247 ff; *Karollus*, ÖBA 1990, 337 (344 ff); *Luschin*, Beteiligung 46 ff; *Schick*, „Keine Mitschuld des Gläubigers an der Krida des Schuldners“? Miszelle zu Christoph Mayerhofers Beitrag in ÖJZ 1989, 238 ff, ÖJZ 1990, 205 (206); vgl auch *Burgstaller*, RZ 1975, 29 (32); aA *Zagler*, BT 287 f.

⁵¹⁰ *Nowotny* in FS Semler 231 (250); vgl in diesem Zusammenhang die Kontroverse über die Strafbarkeit von Funktionären von Gläubigerschutzverbänden: *Bertel*, RdW 1991, 134 (134 ff); *Doralt*, Mitschuld von Gläubigerschutzverbänden an fahrlässiger Krida? RdW 1991, 287 (287 f); *Mayerhofer*, Keine Mitschuld des Gläubigers an der Krida des Schuldners. Ein Beitrag zur Beihilfe am Sonderdelikt, ÖJZ 1989, 238 (240); *Schick*, ÖJZ 1990, 205 (207).

⁵¹¹ *Karollus*, ÖBA 1990, 337 (344); vgl auch *Burgstaller* (RZ 1975, 29 [32]) nach dem man deliktstypische objektive Sorgfaltspflichten nur bei solchen Personen annehmen könne, „die an der Führung der Geschäfte des Gemeinschuldners in einer Weise beteiligt sind, dass dies einer Stellung als leitender Angestellter zumindest gleichkommt“; *Breiter*, Fahrlässige Krida 233; *Nowotny* in FS Semler (1993) 231 (249 f).

Folglich würden die von § 161 StGB vorausgesetzten Haftungsstrukturen auch für die Qualifikation als extrane Beteiligte zumindest von gewisser Bedeutung sein.⁵¹²

Den GmbH-Gesellschafter⁵¹³ treffen nach den obigen Ausführungen nach der überwiegenden L⁵¹⁴ dann deliktstypische Sorgfaltspflichten, wenn sie Einfluss auf die Geschäftsführung haben. Unklar ist, welches Ausmaß der Einfluss des Gesellschafters annehmen muss.

So wird die Auffassung vertreten, dass auf „*wirtschaftlich relevante Anteile*“ abzustellen sei. Gesellschafter mit einer „*bloß geringfügigen Beteiligung*“, die einem oder mehreren Mehrheitsgesellschaftern gegenüberstünden, hätten „*keine wirkliche Einflussmöglichkeit auf die Gesellschaft*“ und sollten daher schon grundsätzlich aus der Beteiligtenstellung ausgeklammert werden.⁵¹⁵ Die „*wirtschaftliche Betrachtung*“ zwingt umgekehrt dazu, dass nicht unbedingt eine formelle Gesellschafterstellung erforderlich sei. Eine Pflichtenstellung könne über bloß „*mittelbare Beteiligungsverhältnisse*“ entstehen.⁵¹⁶ Dem wird entgegengehalten, dass jeden Gesellschafter, der die Möglichkeit hat durch seinen Stimmenanteil an der Beschlussfassung einer die Geschäftsführung determinierenden Weisung teilnehmen zu können, Sorgfaltspflichten treffen.⁵¹⁷

c. Eigene Meinung

Wie ausgeführt kommen GmbH-Gesellschafter, deren Einfluss auf die Geschäftsführung als maßgeblich einzustufen ist, als unmittelbare Täter des § 159 StGB in Betracht. Folgt man diesem Ansatz, so wird damit der Anwendungsbereich einer Strafbarkeit als Bei-

⁵¹² Karollus, ÖBA 1990, 337 (344).

⁵¹³ Vgl für einen Überblick über die sonst als Beitragstäter in Betracht kommenden Personengruppen ausführlich Luschin, Beteiligung 41 ff mwN.

⁵¹⁴ Breiter, Fahrlässige Krida 244 f; Eberl, Fahrlässige Krida 252 f; Karollus, ÖBA 1990, 337 (347 ff); Nowotny in FS Semler 231 (250); Rainer in SK § 159 Rz 16; Rechberger in FS Fasching (2002) 219 (237); vgl bereits Doralt, GesRZ 1982, 88 (96); Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 574.

⁵¹⁵ Karollus, ÖBA 1990, 337 (348); vgl auch Breiter, Fahrlässige Krida 244 f.

⁵¹⁶ Karollus, ÖBA 1990, 337 (348).

⁵¹⁷ Luschin, Beteiligung 72.

tragstäter naturgemäß eingeschränkt.⁵¹⁸ Die strafrechtlichen Beteiligungsregelungen sind nach dieser Ansicht nur insofern heranzuziehen, als sie der Erfassung von *intranei*, die keine unmittelbare Ausführungshandlung tätigen, dienen. Die Schwierigkeiten, die sich aus der Beteiligung an Sonderdelikten ergeben, stellen sich diesfalls nicht. Es stellt sich nun aber die Frage, ob durch die strafrechtlichen Regelungen zur Beteiligung an Sonderdelikten auch GmbH-Gesellschafter erfasst werden können, deren Haftung als faktische Geschäftsführer nicht in Betracht kommt.

Es überzeugt jene Auffassung, die zur Konkretisierung der Personen, die deliktstypische Sorgfaltspflichten treffen, zum einen auf das Vorliegen eines Einflusses auf die Geschäftsführung und zum anderen auf einen Nahebereich zum Unternehmen abstellen. Während die Nahebeziehung sowie das Bestehen eines Einflusses hinsichtlich von GmbH-Gesellschaftern jedenfalls gegeben ist (s Kap IV. D. 3. d.), ist das Ausmaß des Einflusses fraglich. ME muss der Einfluss nicht jenem eines *intranei* entsprechen. Vielmehr kommen auch Minderheitsgesellschafter – und zwar ungeachtet des Ausmaßes ihrer Beteiligung – als Beitragstäter in Betracht. Zuzustimmen ist jener Auffassung in der L,⁵¹⁹ wonach schon die Möglichkeit zur Teilnahme an einem Weisungsbeschluss deliktstypische Sorgfaltspflichten begründe.

3. Beteiligung des GmbH-Gesellschafters durch Unterlassung

Die Beteiligung durch Unterlassung ist unter der Voraussetzung strafbar, dass den unterlassenden Beitragstäter selbst Garantenpflichten treffen.⁵²⁰ Auf die Ausführungen in Kap IV. D. 4. kann verwiesen werden.

4. Zwischenergebnis

Eine Haftung von GmbH-Gesellschaftern kommt auch als Beitragstäter in Betracht. Auf das Ausmaß ihrer Beteiligung kommt es dabei nicht an, vielmehr ergeben sich

⁵¹⁸ Vgl auch Bertel/Schwaighofer, BT¹¹, 303 („Da die Rsp alle Personen mit maßgeblichem Einfluss auf die Geschäftsführung als leitende „Angestellte“ des Schuldners und damit als Täter des § 159 ansieht (...), bleibt in der Praxis für eine Beteiligung nicht viel Raum.“).

⁵¹⁹ Luschin, Beteiligung 72.

⁵²⁰ Fuchs, AT I⁷, 361.

deliktstypische Sorgfaltspflichten bereits aus der Möglichkeit, an einem Weisungsbeschluss teilzunehmen.

D. Zwischenergebnis

Die Strafbarkeit als Beteiligter an § 159 StGB setzt voraus, dass der Beteiligte eine eigene deliktstypische Sorgfaltspflicht verletzt. Damit ist das Erfordernis der objektiven Sorgfaltswidrigkeit gemeint, das bei Fahrlässigkeitsdelikten immer in der Person des Täters vorliegen muss. Geht es um die Beteiligung eines *extraneus* muss der Unrechtsgehalt seiner Tat darüber hinaus jener eines *intraneus* entsprechen.

Eine Haftung von GmbH-Gesellschaftern kommt auch als Beitragstäter in Betracht. Auf das Ausmaß ihrer Beteiligung kommt es dabei nicht an, vielmehr ergeben sich deliktstypische Sorgfaltspflichten bereits aus der Möglichkeit, an einem Weisungsbeschluss teilzunehmen.

VI. Zurechnung von Gehilfen und Repräsentanten

A. Allgemeines

§ 1313 ABGB statuiert den Grundsatz, dass nur für eigenes, nicht aber für fremdes Verhalten eingestanden werden muss. Ausnahmsweise wird auch für fremdes Verhalten gehaftet. Zugerechnet wird nach §§ 1313a, 1315 ABGB zunächst das Verhalten von sog „Gehilfen“. Auf die Einzelheiten der Haftung für Gehilfen im Kontext der Gesellschafterhaftung wird in Kap VI. B. eingegangen. Weiters interessiert im gegebenen Zusammenhang die Haftung für sog „Repräsentanten“. Die einzelnen Aspekte dieser Haftung werden in Kap VI. C. untersucht.

Die den Gegenstand dieser Arbeit bildende Gesellschafterhaftung über § 159 StGB ist ein Anwendungsfall der Haftung wegen Verletzung eines Schutzgesetzes (s Kap III. D.). Besonderheiten bei der Zurechnung von Gehilfen und Repräsentanten resultieren aus diesem Umstand nicht.⁵²¹

B. Zurechnung von Gehilfen

Bei der Gehilfenhaftung, die natürliche und juristische Personen sowie eingetragene Personengesellschaften gleichermaßen trifft, ist zwischen der Haftung für sog „Erfüllungsgehilfen“ und jene für sog „Besorgungsgehilfen“ zu unterscheiden. Erstere wird in § 1313a ABGB geregelt. Nach dieser Bestimmung wird das Verhalten jener Personen zugerechnet, derer man sich zur Erfüllung eines Schuldverhältnisses mit dem Geschädigten bedient.⁵²² Weiters haftet nach § 1315 ABGB „*derjenige, welcher sich einer untüchtigen oder wissentlich einer gefährlichen Person zur Besorgung seiner Angelegenheiten bedient, für den Schaden, den sie in dieser Eigenschaft einem Dritten zufügt.*“ Man spricht von der Zurechnung von Besorgungsgehilfen.⁵²³

⁵²¹ Vgl Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1311 Rz 19.

⁵²² Näher vgl nur Harrer in Schwimann, ABGB³ § 1313a Rz 1 ff; Karner in KBB² § 1313a Rz 1 ff; Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1313a Rz 1 ff; jeweils mwN.

⁵²³ Näher vgl nur Harrer in Schwimann, ABGB³ § 1313a Rz 1 ff; Karner in KBB² § 1315 Rz 1 ff; Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1313a Rz 1 ff; jeweils mwN.

Bei der in der vorliegenden Arbeit interessierenden Gesellschafterhaftung handelt es sich um eine Haftung *ex delicto*, in Betracht kommt folglich nur eine Haftung für Besorgungsgehilfen. Eine Zurechnung von Besorgungsgehilfen wird jedoch meistens an den in § 1315 ABGB normierten Voraussetzungen (Untüchtigkeit, wissentliche Gefährlichkeit) scheitern. Darüber hinaus wird in den hier interessierenden Sachverhalten regelmäßig ein Handeln durch Repräsentanten gegeben sein. Nähere Ausführungen zur Gehilfenhaftung können somit unterbleiben.

C. Zurechnung von Repräsentanten

1. Allgemeines

Gesellschafter einer GmbH können nicht nur natürliche, sondern auch juristische Personen⁵²⁴ sowie eingetragene Personengesellschaften (OG/KG)⁵²⁵ und EWIV⁵²⁶ sein. GesBR kommen als Gesellschafter einer GmbH nicht in Betracht.⁵²⁷ Die Prüfung der Haftung juristischer Personen bzw eingetragener Personengesellschaften als Gesellschafter einer GmbH macht die Auseinandersetzung mit den generellen Besonderheiten der Haftung dieser Personen notwendig.

Juristische Personen sind nach heute hM⁵²⁸ nicht deliktsfähig. Es fehlt ihnen die Fähigkeit, aus eigenem Verhalten schadenersatzpflichtig zu werden. Das bedeutet jedoch

⁵²⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 3 Rn 5 mwN; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR Rz 4/26.

⁵²⁵ *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR Rz 4/26 FN 5. Die eingetragenen Personengesellschaften sind rechtsfähig (§ 105 Satz 2 UGB). Ob sie auch juristische Personen sind, ist umstritten (näher vgl nur *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR Rz 2/114 ff mit zahlreichen Nachweisen).

⁵²⁶ *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR Rz 4/26 FN 5.

⁵²⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 3 Rn 5 mwN; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR Rz 4/26 FN 5.

⁵²⁸ *Feil* in *Gellis*, GmbHG⁷ § 61 Rz 6; *Koch* in *KBB*² § 26 Rz 16; *Aicher* in *Rummel*, ABGB³ § 26 Rz 26; *Posch* in *Schwimann*, ABGB³ § 26 Rz 32; *Apathy*, Deliktshaftung und Gesellschaft bürgerlichen Rechts, in FS Krejci (2001) 427 (429). Zum Streit zwischen der Theorie der realen Verbandspersönlichkeit und der Fiktionstheorie im Bereich der Deliktshaftung vgl nur *F. Bydlinski*, Die deliktische Organhaftung juristischer Personen: Europäisches Rechtsgut oder überholte Theorie? in FS Koppensteiner (2001) 569 (569 ff); *ders*, Die Verantwortung juristischer Personen in der Gesellschaft, in *Götz/Seifert*, Verantwortung in Wirtschaft und Gesellschaft (2000) 21 (55 ff); *ders*, Deliktshaftung juristischer Personen für ihre „Organe“:

nicht, dass eine Haftung juristischer Personen überhaupt nicht in Betracht kommt. Es wird ihnen vielmehr das Verhalten bestimmter natürlicher Personen zugerechnet. Eine Haftung der juristischen Person kann sich zunächst aus der Zurechnung von Gehilfen ergeben (s Kap VI. B.). Umstritten ist, ob und bejahendenfalls inwieweit die Haftung über die Gehilfenhaftung hinausgeht. Die Haftung eingetragener Personengesellschaften richtet sich nach hA⁵²⁹ nach den für juristische Personen geltenden Regeln.⁵³⁰

Mit dem Inkrafttreten des VbVG⁵³¹ ist die einschlägige Diskussion um eine Facette reicher geworden. Seitdem ist sie nämlich mit einem Zurechnungsmodell des Gesetzgebers im Bereich des Strafrechts konfrontiert. Es stellt sich nun die Frage, ob das Zurechnungsmodell des Gesetzgebers im VbVG auch Auswirkungen auf die zivilrechtliche Haftung hat.⁵³²

In Kap VI. C. 2. werde ich zunächst das gesetzgeberische Zurechnungsmodell des VbVG beschreiben. Daran anschließend werde ich in Kap VI. C. 3. einen Überblick über die schadenersatzrechtliche Zurechnung von Repräsentanten nach der Rechtslage bis zum Inkrafttreten des VbVG geben. In Kapitel Kap VI. C. 4. folgt eine vergleichende Gegen-

Gemeineuropäisches Rechtsgut oder überholte Theorie? in Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2000 (2001) 9 (9 ff); jeweils mwN.

⁵²⁹ Zur OG: *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, GesR Rz 213 f; *Jabornegg* in *Jabornegg*, HGB § 105 Rz 9; *Koppensteiner* in *Straube*, HGB I³ § 124 Rz 22; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR Rz 2/117; zur KG: *Schörghofer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR Rz 2/708.

⁵³⁰ Aufgrund ihrer geringen praktischen Bedeutung (*Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR Rz 2/658) wird auf die Haftung von EWIV in dieser Arbeit nicht eingegangen.

⁵³¹ Bundesgesetz über die Verantwortlichkeit von Verbänden für Straftaten (Verbandsverantwortlichkeitsgesetz – VbVG), BGBl I 2005/151. Das VbVG ist mit 1.1.2006 in Kraft getreten (§ 28 Abs 1 VbVG); für einen Überblick über das VbVG s Kap VI. C. 2.

⁵³² Vgl dazu auch *Boller*, VbVG 262 ff; *Huna*, Anspruchsdurchsetzung Geschädigter nach dem VerbandsverantwortlichkeitsG, in *Hotter/Lunzer/Schick/Soyer*, Unternehmensstrafrecht – eine Praxisanleitung (2010) 201 (212 ff); *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR 3/450 ff; *Kalss/Eckert*, Ausgewählte Fragen zur Prospekthaftung, in *Brandl/Kalss/Lucius/Oppitz/Saria*, Handbuch Kapitalmarktrecht Band 3 – Informationsverhalten am Kapitalmarkt (2006) 92 (102 ff); *Schopper*, Zurechnung des deliktischen Verhaltens eines Multiorganmitglieds, in FS Kalus (2010) 477 (477 ff); *Koziol*, Die außervertragliche Unternehmerhaftung im Diskussionsentwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, JBl 2006, 18 (19, FN 10); vgl auch *Harrer/Neumayr*, Die Haftung des Unternehmers für Gehilfen, in *Reischauer/Spielbüchler/Welser*, Reform des Schadenersatzrechts II – Zum Entwurf einer Arbeitsgruppe (2006) 133 (141 FN 33) („*Noch nicht ausgelotet ist vorläufig die zivilrechtliche Relevanz des neuen Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes [...].*“).

überstellung der Zurechnung nach VbVG und der hM zur Haftung juristischer Personen. In Kap VI. C. 5. gehe ich der Frage nach, welche Auswirkungen das Inkrafttreten des VbVG auf die Zurechnung von Repräsentanten hat. Kap VI. C. 6. dient schließlich der Beschäftigung mit der Zurechnung bei Organverflechtungen.

Die Frage nach der Erweiterung des Kreises der über die §§ 1313a, 1315 ABGB hinaus zuzurechnenden Personen stellt sich nicht nur im Kontext der Haftung juristischer Personen bzw eingetragener Personengesellschaften, sondern auch hinsichtlich der Haftung natürlicher Personen. Auch hinsichtlich natürlicher Personen wird eine Haftung für Repräsentanten erwogen.⁵³³

2. Strafrechtliche Verantwortlichkeit nach dem VbVG

a. Allgemeines

Das VbVG normiert die Voraussetzungen, unter denen eine Verantwortlichkeit von Verbänden⁵³⁴ für Straftaten⁵³⁵ in Frage kommt, enthält Bestimmungen über die Sanktionen gegen Verbände und regelt Besonderheiten des Strafverfahrens gegen Verbände (§ 1 Abs 1 VbVG).⁵³⁶ Die zentrale Bestimmung des VbVG ist sein § 3, dessen Tatbestandsmerkmale im Folgenden überblicksmäßig dargestellt werden. In Kap VI. C. 2. b.

⁵³³ Vgl OGH 12.9.2002, 5 Ob 173/02f, wobl 2003/34, 57 mit Anmerkung *Call*; *F. Bydlinski* in *Götz/Seifert*, Verantwortung in Wirtschaft und Gesellschaft 21 (61); *ders*, System und Prinzipien 217 f; *Harrer* in *Schwimann*, ABGB³ § 1315 Rz 20; *Jabornegg*, Die Aktiengesellschaft als juristische Person (II), GesRZ 1989, 13 (16); *ders* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴ § 1 Rz 32; *Jabornegg/Resch* in *Schwimann*, ABGB³ § 1203 Rz 7; *Karner* in *KBB*² § 1315 Rz 7 ff; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1315 Rz 2b.

⁵³⁴ Verbände im Sinne des VbVG sind juristische Personen, eingetragene Personengesellschaften und Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigungen (§ 1 Abs 2 VbVG). § 1 Abs 3 VbVG normiert Ausnahmen vom Verbandsbegriff. Ausgenommen sind 1. die Verlassenschaft; 2. Bund, Länder, Gemeinden und andere juristische Personen, soweit sie in Vollziehung der Gesetze handeln; 3. anerkannte Kirchen, Religionsgesellschaften und religiöse Bekenntnisgemeinschaften, soweit sie seelsorgerisch tätig sind. Vgl näher *Boller*, VbVG 100 ff; *Steininger*, VbVG § 1 Rz 14 ff; jeweils mwN. Zur Anwendbarkeit des VbVG auf ausländische Gesellschaftsformen vgl *Paulitsch*, Verbandsverantwortlichkeit ausländischer Gesellschaftsformen nach dem VbVG, *ecolex* 2010, 459 (459 ff).

⁵³⁵ Straftat im Sinne des VbVG ist eine nach einem Bundes- oder Landesgesetz mit gerichtlicher Strafe bedrohte Handlung (§ 1 Abs 1 VbVG). Auch auf Finanzvergehen findet das VbVG mit einzelnen Abweichungen Anwendung (vgl § 28a FinStrG).

⁵³⁶ Kritisch zum VbVG vgl nur *Lewis*, Verbandsverantwortlichkeit, in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht*, Wirtschaftstrafrecht (2008) 207.

sind zunächst die allgemeinen Voraussetzungen des § 3 Abs 1 VbVG zu beschreiben. Neben § 3 Abs 1 VbVG enthalten § 3 Abs 2 und Abs 3 VbVG weitere Voraussetzungen: hinsichtlich dieser Voraussetzungen ist danach zu unterscheiden, ob die Straftat durch einen sog „*Entscheidungsträger*“ (s Kap VI. C. 2. c.) oder durch einen sog „*Mitarbeiter*“ (s Kap VI. C. 2. d.) begangen wurde.

b. Zuordenbarkeit zur „*Sphäre des Verbands*“ (§ 3 Abs 1 VbVG)

Nach § 3 Abs 1 VbVG setzt die Verantwortlichkeit des Verbandes zunächst voraus, dass die Tat entweder zu seinen Gunsten begangen worden ist oder durch die Tat Pflichten verletzt worden sind, die den Verband treffen.

Es geht in dieser Bestimmung darum, eine bestimmte Tat der „*Sphäre des Verbands*“ zuzuordnen.⁵³⁷ Zu Gunsten des Verbandes ist eine Tat dann begangen worden, wenn dieser in irgendeiner Form bereichert wurde.⁵³⁸ Pflichten, die den Verband treffen, ergeben sich nach den Erläuterungen vor allem aus dem Zivil- und Verwaltungsrecht.⁵³⁹ Die einzelnen Pflichten können nur aus dem Tätigkeitsbereich des Verbandes erschlossen werden. Die folgenden Beispiele werden angeführt: *„Beschäftigt ein Verband Arbeitnehmer, so ist er dazu verpflichtet, diese vor Gefahren zu bewahren; produziert ein Verband Waren, so hat er Umweltverschmutzungen hintan zu halten; vertreibt ein Verband Waren oder Dienstleistungen, so muss er darauf achten, dass diese seinen Kunden keine Schäden verursachen.“*⁵⁴⁰ Ausgeschlossen sind *„alle Taten, die lediglich in einem im Zuge der Tätigkeit für den Verband gesetzten Verhalten bestehen, durch das gegen eine für jedermann geltende Pflicht verstoßen wird, z.B. eine Verkehrsübertretung, ohne dass dies in einem Verantwortlichkeitszusammenhang mit Entscheidungsträgern steht.“*⁵⁴¹ Eine allgemeine Pflicht zur Verhinderung von Straftaten trifft den Verband nicht.⁵⁴²

⁵³⁷ EBRV 994 BlgNR 22. GP 21.

⁵³⁸ Näher *Boller*, VbVG 159 f; *Steininger*, VbVG § 3 Rz 6 ff; jeweils mwN.

⁵³⁹ EBRV 994 BlgNR 22. GP 22.

⁵⁴⁰ EBRV 994 BlgNR 22. GP 21 f.

⁵⁴¹ EBRV 994 BlgNR 22. GP 22; näher zu den den Verband treffenden Pflichten *Boller*, VbVG 160 ff; *Steininger*, VbVG § 3 Rz 11 ff; jeweils mwN.

⁵⁴² EBRV 994 BlgNR 22. GP 22.

c. Zurechnung des „*Entscheidungsträgers*“ im Sinne des VbVG

Wer Entscheidungsträger ist, ordnet § 2 Abs 1 VbVG an:⁵⁴³ Nach dieser Bestimmung ist Entscheidungsträger, wer 1. Geschäftsführer, Vorstandsmitglied oder Prokurist ist oder aufgrund organschaftlicher oder rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht in vergleichbarer Weise dazu befugt ist, den Verband nach außen zu vertreten,⁵⁴⁴ 2. Mitglied des Aufsichtsrates oder des Verwaltungsrates ist oder sonst Kontrollbefugnisse in leitender Stellung ausübt,⁵⁴⁵ oder 3. sonst maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung des Verbandes ausübt.

Näherer Untersuchung bedarf der Auffangtatbestand des § 2 Abs 1 Z 3 VbVG.⁵⁴⁶ Diese Bestimmung rechnet dem Verband jene Person zu, die, ohne Organ zu sein oder sonst umfassende Vertretungsmacht oder Kontrollbefugnis eingeräumt bekommen zu haben, maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung des Verbandes ausübt. Dieses Tatbestandsmerkmal ist an § 309 Abs 2 Satz 1 StGB in der Fassung vor dem Strafrechtsänderungsgesetz 2008⁵⁴⁷ (vgl nunmehr § 74 Abs 3 Satz 1 StGB) angelehnt.⁵⁴⁸ § 309 Abs 2 Satz 1 StGB aF bzw § 74 Abs 3 Satz 1 StGB definieren leitende Angestellte als Angestellte eines Unternehmens, auf dessen Geschäftsführung ihnen ein maßgeblicher Einfluss zusteht. § 309 Abs 2 Satz 2 StGB aF bzw § 74 Abs 3 Satz 2 StGB stellen den leitenden Angestellten Geschäftsführer, Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrats und Prokuristen ohne Angestelltenverhältnis gleich (vgl zum Begriff des leitenden Angestellten bereits ausführlich Kap IV.). Leitende Angestellte sind somit nicht mit den von § 2 Abs 1 Z 3 VbVG erfassten Personen deckungsgleich, weil letztere Bestimmung kein

⁵⁴³ Vgl zum Begriff des Entscheidungsträgers im Einzelnen *Boller*, VbVG 129 ff; *Steininger*, VbVG § 2 Rz 3 ff; jeweils mwN.

⁵⁴⁴ In Frage kommen Generalhandlungsvollmacht und Generalvollmacht (*Boller*, VbVG 134 f). Umstritten ist, ob eine bloße Arthandlungsvollmacht ausreicht (bejahend *Steininger*, VbVG § 2 Rz 10; verneinend *Boller*, VbVG 134).

⁵⁴⁵ Ausweislich der Erläuterungen sind unter dieses Tatbestandsmerkmal beispielsweise die Leiter einer Controlling- oder Revisionsabteilung zu zählen. Nicht erfasst sind externe Personen, z.B. Wirtschaftsprüfer (EBRV 994 BlgNR 22. GP 19).

⁵⁴⁶ Kritisch zu diesem Tatbestand *Boller*, VbVG 142.

⁵⁴⁷ Bundesgesetz, mit dem das Strafgesetzbuch, die Strafprozessordnung 1975, das Strafvollzugsgesetz, das Bewährungshilfegesetz und das Jugendgerichtsgesetz 1988 geändert werden (Strafrechtsänderungsgesetz 2008), BGBl I 2007/109.

⁵⁴⁸ *Boller*, VbVG 138; vgl auch EBRV 994 BlgNR 22. GP 19.

Anstellungsverhältnis voraussetzt.⁵⁴⁹ Zur Konkretisierung des von § 2 Abs 1 Z 3 VbVG erfassten Personenkreises verweisen die Materialien auf die Judikatur zu § 309 StGB aF.⁵⁵⁰ Das Schrifttum greift zum einen auf die Lit und Jud zum sog „*faktischen Geschäftsführer*“ (sh Kap IV. C.) zurück,⁵⁵¹ zum anderen werden Parallelen zum Begriff des leitenden Angestellten im Sinne des ArbVG oder Arbeitsinspektionsgesetzes gezogen.⁵⁵²

Für Straftaten eines Entscheidungsträgers ist der Verband nach § 3 Abs 2 VbVG dann verantwortlich, wenn der Entscheidungsträger als solcher die Tat rechtswidrig und schuldhaft begangen hat.

Die Worte „*als solcher*“ dienen nach den Materialien⁵⁵³ und einem Teil der L⁵⁵⁴ der Abgrenzung zwischen der Zurechnung von Entscheidungsträgern und Mitarbeitern. Die die Entscheidungsträger betreffenden Zurechnungsvoraussetzungen sollen nur dann zur Anwendung gelangen, wenn dieser die Tat „*in Ausübung seiner (in § 2 Abs. 1 umschriebenen) leitenden Funktion*“⁵⁵⁵ begeht. Nimmt der Entscheidungsträger Aufgaben von Mitarbeitern war, haftet der Verband nach Maßgabe des die Zurechnung von Mitarbeitern regelnden § 3 Abs 3 VbVG. Nach anderer Auffassung soll dieses Tatbestandsmerkmal dagegen die Verantwortlichkeit des Verbandes für „*private*“ Handlungen des Entscheidungsträgers ausschließen.⁵⁵⁶

d. Zurechnung des „*Mitarbeiters*“ im Sinne des VbVG

Mitarbeiter im Sinne des VbVG ist nach § 2 Abs 2 VbVG, wer 1. auf Grund eines Arbeits-, Lehr- oder anderen Ausbildungsverhältnisses, 2. auf Grund eines dem Heimarbeitsgesetz 1960 unterliegenden oder eines arbeitnehmerähnlichen Verhältnisses, 3. als überlassene Arbeitskraft (§ 3 Abs 4 AÜG) oder 4. auf Grund eines Dienst- oder sonst eines beson-

⁵⁴⁹ Vgl auch *Boller*, VbVG 138 f.

⁵⁵⁰ EBRV 994 BlgNR 22. GP 19; kritisch dazu *Boller*, VbVG 140.

⁵⁵¹ *Boller*, VbVG 139 ff; *Steininger*, VbVG § 2 Rz 17.

⁵⁵² *Steininger*, VbVG § 2 Rz 17.

⁵⁵³ EBRV 994 BlgNR 22. GP 22.

⁵⁵⁴ So etwa *Hilf*, VbVG § 3 zu Abs 2; *Steininger*, VbVG § 3 Rz 39 f.

⁵⁵⁵ EBRV 994 BlgNR 22. GP 22.

⁵⁵⁶ So etwa *Boller*, VbVG 167 f; vgl auch *Stärker*, VbVG § 3 Erl 10.

deren öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnisses Arbeitsleistungen für den Verband erbringt.⁵⁵⁷

§ 3 Abs 3 VbVG regelt die Verantwortung des Verbands für Straftaten von Mitarbeitern:

Diese ist dann zu bejahen, wenn Mitarbeiter den Sachverhalt, der dem gesetzlichen Tatbild entspricht, rechtswidrig verwirklicht haben. Bei Vorsatzdelikten muss ein Mitarbeiter vorsätzlich gehandelt haben, bei Fahrlässigkeitsdelikten müssen Mitarbeiter die nach den Umständen gebotene Sorgfalt außer Acht gelassen haben (§ 3 Abs 3 Z 1 VbVG).

Zusätzlich muss die Begehung der Tat dadurch ermöglicht oder wesentlich erleichtert worden sein, 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 (§ 3 Abs 3 Z 2 VbVG).

Die Verantwortlichkeit des Verbands für Mitarbeiter resultiert somit aus zwei Verhaltensweisen auf zwei unterschiedlichen Hierarchiestufen.⁵⁵⁸ Hinsichtlich des Verhaltens von Mitarbeitern ist hervorzuheben, dass eine Verantwortlichkeit des Verbands auch dann in Betracht kommt, wenn Mitarbeiter nicht schuldhaft gehandelt haben.⁵⁵⁹ Der Tatbestand des § 3 Abs 3 Z 2 VbVG, der das zum Verhalten der Mitarbeiter hinzutretende Verhalten des Entscheidungsträgers betrifft, wird mit dem Schlagwort „*Organisationsverschulden*“ zusammengefasst.⁵⁶⁰

⁵⁵⁷ Vgl zum Begriff des Mitarbeiters im Einzelnen *Boller*, VbVG 142 ff; *Steininger*, VbVG § 2 Rz 18 ff; jeweils mwN. Kritisch zum Begriff des Mitarbeiters vgl *Boller*, VbVG 150 ff.

⁵⁵⁸ *Boller*, VbVG 169.

⁵⁵⁹ *Boller*, VbVG 175 f; *Steininger*, VbVG § 3 Rz 50; jeweils mwN. Näher zu den Tatbestandsmerkmalen des § 3 Abs 3 Z 1 VbVG vgl *Boller*, VbVG 169 ff; *Steininger*, VbVG § 3 Rz 48 ff; jeweils mwN.

⁵⁶⁰ Vgl nur *Boller*, VbVG 177 mwN. Näher zu den Tatbestandsmerkmalen des § 3 Abs 3 Z 2 VbVG vgl *Boller*, VbVG 178 ff; *Steininger*, VbVG § 3 Rz 52 ff; jeweils mwN. Kritisch zu dieser Bestimmung *Boller*, VbVG 179 f, 189 ff.

3. Zurechnung im Schadenersatzrecht

a. Allgemeines

Die Frage nach der Haftung juristischer Personen⁵⁶¹ ist so alt wie die Theorie der juristischen Person selbst.⁵⁶² Dass juristische Personen – über die Gehilfenhaftung nach §§ 1313a und 1315 ABGB hinausgehend – für das Verhalten bestimmter natürlicher Personen einzustehen haben, darüber sind sich L⁵⁶³ und Rsp⁵⁶⁴ – auch wenn eine ausdrückliche Anordnung des österreichischen Gesetzgebers fehlt (in Deutschland⁵⁶⁵ enthält § 31 BGB [sogleich] eine einschlägige Bestimmung) – weitgehend einig. Abgeleitet wird dies aus § 26 ABGB,⁵⁶⁶ der die Gleichstellung der juristischen mit der natürlichen Person normiert.⁵⁶⁷ Da juristische Personen nicht selbst, sondern nur durch natürliche Personen handeln könnten, könne eine Gleichstellung mit natürlichen Personen nach herrschendem Verständnis nur dadurch erreicht werden, dass die juristische Person für das Verhalten bestimmter für sie handelnden natürlichen Personen so zur Verantwortung gezogen wird, wie natürliche Personen für eigenes Verhalten.⁵⁶⁸ Dass juristischen Personen das Verhalten bestimmter natürlicher Personen im Bereich des Haftpflichtrechts zuzurechnen ist, wird weiters auch aus § 337 ABGB geschlossen.⁵⁶⁹ Satz 1 dieser Bestimmung

⁵⁶¹ Zur Rechtsnatur der juristischen Person vgl nur *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³, 67 f mit zahlreichen Nachweisen. Zur GesBR vgl nur *Apathy* in FS Krejci 427 mwN.

⁵⁶² Vgl *Ostheim*, Organisation, Organschaft und Machthaberschaft im Deliktsrecht juristischer Personen, in GS Gschnitzer (1969) 317 (320).

⁵⁶³ S die Nachweise in Kap VI. C. 2. b.

⁵⁶⁴ S die Nachweise in Kap VI. C. 2. c.

⁵⁶⁵ Zur Deliktshaftung juristischer Personen nach deutscher Rechtslage vgl nur *Gehrlein*, Zur Haftung juristischer Personen, in FS Hüffer (2010) 205 (205 ff); *Martinek*, Repräsentantenhaftung (1979) passim; *Kleindiek*, Deliktshaftung und juristische Person (1997) passim.

⁵⁶⁶ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³, 74; *Koziol*, HPR II², 375; *ders*, Grundsatzfragen Rz 6/126; *F. Bydlinski* in FS Koppensteiner 569 (575); *ders* in Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2000, 9 (15 ff); *ders*, System und Prinzipien 144 f; *M. Bydlinski*, Deliktshaftung der juristischen Person und lange Verjährung, RZ 1982, 218 (224); *Ostheim*, Fragen der Haftung für wirtschaftliche Tätigkeiten von Vereinen, in *Korinek/Krejci*, Der Verein als Unternehmer (1988) 117 (163); *Koziol*, Zurechnung ungetreuer Bank-Mitarbeiter (2004) 34; *Schopper* in FS Kalus 477 (487). Vgl zur Angleichungsfunktion des § 31 dBGB *Martinek*, Repräsentantenhaftung 32 ff mwN.

⁵⁶⁷ *Koziol*, HPR II², 375; *ders*, Grundsatzfragen Rz 6/126 ff; .

⁵⁶⁸ *Koziol*, HPR II², 375.

⁵⁶⁹ *Koziol*, HPR II², 375.

normiert, dass der Besitz einer Gemeinde nach der Redlichkeit oder Unredlichkeit der im Namen der Mitglieder handelnden Machthaber beurteilt wird. Schließlich wird in der Diskussion die „zentrale schadenersatzrechtliche Gerechtigkeitsmaxime der Verbindung von Vor- und Nachteilen“ genannt.⁵⁷⁰ Die juristische Person, die die Vorteile aus dem Tätigwerden anderer Personen zieht, soll auch für die aus deren Handlungen resultierenden Nachteile eintreten.⁵⁷¹

Die Bestimmung der der juristischen Person zuzurechnenden natürlichen Personen bereitet jedoch Schwierigkeiten. Nach § 31 BGB ist der Verein für den Schaden verantwortlich, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstands oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadensersatz verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt.⁵⁷² Anders als das BGB enthält das ABGB keine ausdrückliche Zurechnungsregel.

Wie im Folgenden gezeigt werden wird, wird die Frage der Zurechnung über die engen Grenzen der §§ 1313a, 1315 ABGB hinaus nicht nur im Zusammenhang mit der Haftung juristischer Personen thematisiert, sondern teilweise auch einer generellen, dh einer natürlichen und juristische Personen bzw eingetragene Personengesellschaften gleichermaßen betreffende, Erweiterung der Zurechnung dritter Personen das Wort geredet.

b. Lehre

Einigkeit bestand und besteht in der L im Ergebnis⁵⁷³ darüber, dass juristischen Personen das Handeln ihrer Organe zugerechnet wird.⁵⁷⁴ Bei der Beantwortung der Frage, ob bzw

⁵⁷⁰ F. Bydlinski in Götz/Seifert, Verantwortung in Wirtschaft und Gesellschaft 21 (57); ders in Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2000, 9 (16); ders, „Bananenprozess“ und Schadenersatzrecht, ZAS 1966, 165 (169); Ostheim in GS Gschnitzer 317 (318) („Der Gedanke des Ausgleichs unter den betroffenen Interessensphären führt [...] zur Haftung jener Interessensphäre [...], deren Interessen bei der Schadensverursachung verfolgt werden.“); kritisch Martinek, Repräsentantenhaftung 21 ff mit zahlreichen Nachweisen. Vgl auch Koziol, JBI 2006, 18 (23).

⁵⁷¹ Vgl zum Gesichtspunkt der Gefährdungshaftung nur Martinek, Repräsentantenhaftung 23 ff mwN.

⁵⁷² Vgl nur Reuter in MünchKomm BGB⁵ § 31 BGB Rz 1 ff mwN.

⁵⁷³ S die in den folgenden Absätzen referierten Lehrmeinungen.

⁵⁷⁴ Koziol, Grundsatzfragen Rz 6/126; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³, 74; Posch in Schwimann, ABGB³ § 26 Rz 32; Harrer in Schwimann, ABGB³ § 1315 Rz 19; F. Bydlinski in FS Koppensteiner 569 (582). Ob das Organ allein- oder bloß gesamtvertretungsbefugt ist,

welche Personen neben den Organen zuzurechnen sind, gehen die Meinungen jedoch auseinander.

Während ältere Lehrmeinungen eine Haftung der juristischen Person nur für das Handeln ihrer satzungsgemäßen Organe annahmen,⁵⁷⁵ wendet die heute hM⁵⁷⁶ den – bereits erwähnten – § 337 ABGB, nach dem der Besitz einer Gemeinde nach der Redlichkeit oder Unredlichkeit der im Namen der Mitglieder handelnden Machthaber beurteilt wird, analog an.

Weitgehende Einigkeit besteht in der L darüber, dass der Begriff „Machthaber“ weder jeden Gehilfen noch bloß die Organe der juristischen Person umfasst. Die Haftung juristischer Personen für jeden Gehilfen – wogegen bereits das Wort „Machthaber“ spreche⁵⁷⁷ – würde zu einer Schlechterstellung der juristischen gegenüber der natürlichen Person führen, die für Gehilfen nur im Rahmen der §§ 1313a, 1315 ABGB eintreten muss.⁵⁷⁸ Eine Zurechnung, die – wie § 31 BGB – ausschließlich auf die Organfunktion abstellt, würde dagegen zu kurz greifen. § 337 ABGB sei keine Beschränkung auf Organe zu entnehmen.⁵⁷⁹ Darüber hinaus könnte eine Haftung der juristischen Person, würde man diese bloß für ihre Organe bejahen, leicht abgewendet werden. Es bedürfte bloß einer Organisation, die Aktivitäten, bei denen die Gefahr der Schädigung dritter Personen gegeben ist, Personen anvertraut, die möglichst weit entfernt von den Organen der

spielt bei der Zurechnung deliktischen Verhaltens keine Rolle (vgl nur *Harrer in Schwimann*, ABGB³ § 1315 Rz 19).

⁵⁷⁵ Vgl nur *Ehrenzweig*, System I 1², 207; *Ehrenzweig*, System II 1², 692; *K. Wolff* in *Klang/Gschnitzer*, ABGB² I 1 201; vgl auch die Kritik von *F. Bydlinski* in FS Koppensteiner 569 (569 ff).

⁵⁷⁶ *Koziol*, HPR II², 375 ff; *F. Bydlinski* in FS Koppensteiner 569 (581); *ders* in *Götz/Seifert*, Verantwortung in Wirtschaft und Gesellschaft 21 (60); *ders* in *Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler* 2000, 9 (13 f); *F. Bydlinski*, ZAS 1966, 165 (169); *Harrer in Schwimann*, ABGB³ § 1315 Rz 19; *Ostheim* in *Korinek/Krejci*, Der Verein als Unternehmer 117 (165); *ders*, Gedanken zur deliktischen Haftung für Repräsentanten anlässlich der neueren Rechtsprechung des OGH, JBl 1978, 57 (61); *ders* in GS *Gschnitzer* 317 (328 ff).

⁵⁷⁷ *Koziol*, HPR II², 376; *F. Bydlinski*, ZAS 1966, 165 (169).

⁵⁷⁸ *Koziol*, HPR II², 376; *F. Bydlinski* in FS Koppensteiner 569 (581); *ders* in *Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler* 2000 9 (13); *ders*, ZAS 1966, 165 (169); *Ostheim* in GS *Gschnitzer* 317 (327).

⁵⁷⁹ *Koziol*, HPR II², 376; *Ostheim*, JBl 1978, 57 (60).

juristischen Person sind.⁵⁸⁰ Gegen die Beschränkung der Zurechnung auf Organe spreche auch, dass zwischen der Frage der Vertretungsbefugnis und der Zurechnung eines Schadens, der noch dazu unabhängig von einem Rechtsgeschäft zugefügt wird, kein Zusammenhang besteht.⁵⁸¹ Schließlich wird von der österreichischen L auf die deutsche L und Rsp hingewiesen,⁵⁸² die den engen Rahmen des § 31 BGB als unzureichend empfindet.⁵⁸³ Man versucht sich in Deutschland einmal damit zu helfen, dass juristische Personen für Organisationsverschulden haften, wenn die Satzung für wichtige Angelegenheiten kein entsprechendes Organ vorsieht.⁵⁸⁴ Darüber hinaus wird in der Judikatur § 31 BGB extensiv interpretiert und auch Personen einbezogen, die weder Vorstand noch Mitglied des Vorstands noch andere verfassungsmäßig berufene Vertreter sind.⁵⁸⁵ Schließlich wird auch eine Ausdehnung des erfassten Personenkreises durch Analogieschluss erwogen.⁵⁸⁶

Der von der hL in Österreich im Analogieweg herangezogene § 337 ABGB umfasst nach hA Personen in verantwortlicher, leitender oder überwachender Funktion.⁵⁸⁷ Manche Autoren heben auch den selbständigen Aufgabenbereich als Kriterium hervor.⁵⁸⁸ Schließ-

⁵⁸⁰ Vgl. *F. Bydlinski* in FS Koppensteiner 569 (577); vgl. auch *ders* in *Götz/Seifert*, Verantwortung in Wirtschaft und Gesellschaft 21 (58 f); *ders* in Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2000, 9 (11); *ders*, ZAS 1966, 165 (170).

⁵⁸¹ *Koziol*, HPR II², 376.

⁵⁸² Vgl. *Koziol*, HPR II², 376; *Ostheim* in *Korinek/Krejci*, Der Verein als Unternehmer 117 (164); *F. Bydlinski*, ZAS 1966, 165 (171); *Apathy* in FS Krejci 427 (430); *Ostheim*, JBl 1978, 57 (60); *ders* in GS Gschnitzer 317 (324 ff); *ders*, Weisungsdelegation als Haftungsgrund, JBl 1969, 535 (539).

⁵⁸³ Vgl. nur *Reuter* in MünchKomm BGB⁵ § 31 BGB Rn 3 ff mwN. Vgl. auch *F. Bydlinski* in FS Koppensteiner 569 (577 ff) mit weiteren rechtsvergleichenden Hinweisen (580).

⁵⁸⁴ *Reuter* in MünchKomm BGB⁵ § 31 BGB Rn 6 ff mwN. Kritisch dazu *Koziol*, HPR II², 376 f; *Aicher* in *Rummel*, ABGB³ § 26 Rz 26; *F. Bydlinski* in FS Koppensteiner 569 (577 f); *ders* in *Götz/Seifert*, Verantwortung in Wirtschaft und Gesellschaft 21 (59); *ders* in Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2000 (2001) 9; *Ostheim* in GS Gschnitzer 317 (325 f).

⁵⁸⁵ Vgl. nur *Reuter* in MünchKomm BGB⁵ § 31 BGB Rn 5 mwN. Kritisch dazu *F. Bydlinski* in FS Koppensteiner 569 (578 f); *ders* in Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2000, 9 (12).

⁵⁸⁶ Vgl. nur *Reuter* in MünchKomm BGB⁵ § 31 BGB Rn 5 mwN; *F. Bydlinski* in FS Koppensteiner 569 (579 f); *ders* in *Götz/Seifert*, Verantwortung in Wirtschaft und Gesellschaft 21 (59 f); *ders* in Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2000, 9 (12 f).

⁵⁸⁷ *Karner* in KBB² § 1315 Rz 7; *Ostheim*, JBl 1978, 57 (61); *ders* in GS Gschnitzer 317 (330 f); *Koziol*, Zurechnung ungetreuer Bank-Mitarbeiter 35; aA *U. Torggler*, Verbandsrechtliche Deliktshaftung, in *Straube*, Fachwörterbuch (Haftung bloß für die organschaftlichen Vertreter).

⁵⁸⁸ *Koziol*, HPR II² 377 („ (...) jeden Repräsentanten (...), der eine leitende Stellung mit selbständigem Wirkungsbereich innehat.“); *F. Bydlinski* in FS Koppensteiner 569 (581) („Ent-

lich wird zur Konkretisierung der der juristischen Person im Einzelnen zuzurechnenden Personen auf das Gleichstellungsprinzip des § 26 ABGB verwiesen.⁵⁸⁹ Man spricht von der Machthaber-⁵⁹⁰ oder Repräsentantenhaftung.⁵⁹¹ Die Haftung für Handlungen des Machthabers setzt voraus, dass das schädigende Verhalten in Ausführung einer dem Machthaber übertragenen Aufgabe gesetzt wird.⁵⁹²

Eine Mindermeinung lehnt das Heranziehen des § 337 ABGB ab.⁵⁹³ Die juristische Person hafte bloß für ihre Organe. Voraussetzung sei aber weder satzungsmäßige Bestellung noch rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht. Als Organ zu qualifizieren sei, wer im Rahmen der Organisation, von der Satzung auch nur mittelbar berufen, effektiv und in entscheidender Weise an der Leitung des Verbandswillens teilnehme.⁵⁹⁴ Weiters wird, worauf im Kap VI. C. 4. noch genau eingegangen wird, eine Heranziehung der Zurechnungsregeln des VbVG (sh Kap VI. C. 2.) erwogen.

Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass in der L eine Haftung der juristischen Person für einen innerbetrieblichen Organisationsmangel angenommen wird. Ein solcher liegt vor,

scheidend ist (...) der relativ selbständige Aufgabenbereich eines Entscheidungsträgers im Rahmen der Aktivitäten einer juristischen Person, (...).“); ders in Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2000, 9 (14) („Entscheidend ist (...) der relativ selbständige Aufgabenbereich eines Entscheidungsträgers im Rahmen der Aktivitäten einer juristischen Person, (...).“); Harrer in Schwimann, ABGB³ § 1315 Rz 19; Ostheim in Korinek/Krejci, Der Verein als Unternehmer (1988) 117 (164 f).

⁵⁸⁹ Koziol, HPR II², 377 f.

⁵⁹⁰ Vgl nur F. Bydlinski in FS Koppensteiner 569 (575 f); ders in Götz/Seifert, Verantwortung in Wirtschaft und Gesellschaft 21 (61).

⁵⁹¹ Vgl nur F. Bydlinski in FS Koppensteiner 569 (581); ders in Götz/Seifert, Verantwortung in Wirtschaft und Gesellschaft 21 (61).

⁵⁹² F. Bydlinski, Altruistische Vorsatzdelikte eines Multiorgans und die Schadenshaftung der juristischen Person, in VersR Jubiläumsheft 25 Jahre Karlsruher Forum 1983, 9 (10) mwN; U. Torggler, Verbandsrechtliche Deliktshaftung, in Straube, Fachwörterbuch; Ostheim in Korinek/Krejci, Der Verein als Unternehmer 117 (165); Apathy in FS Krejci (2001) 427 (430).

⁵⁹³ Ertl, Die Deliktsfähigkeit der juristischen Person, RZ 1972, 111 (112 f); vgl auch Duursma-Kepplinger, Haftungsordnung II, 150 ff.

⁵⁹⁴ Ertl, RZ 1972, 111 (113 ff); kritisch dazu Ostheim, JBl 1978, 57 (62 ff).

wenn die Organe schuldhaft keine ausreichende Leitungs- und Überwachungsorganisation als solche eingerichtet haben.⁵⁹⁵

c. Exkurs: Geplante Reform des Schadenersatzrechts

Zuletzt sind Fragen der Zurechnung fremden Verhaltens im Bereich des Schadenersatzrechts im Rahmen der geplanten Reform des Schadenersatzrechts thematisiert worden. In jüngster Zeit haben sich zwei Arbeitsgruppen mit der Reform des Schadenersatzrechts beschäftigt. Beide Arbeitsgruppen haben in ihren Vorschlägen auch Bestimmungen zur Haftung für Dritte vorgesehen.

Der Diskussionsentwurf der beim Bundesministerium für Justiz eingerichteten Arbeitsgruppe für ein neues österreichisches Schadenersatzrecht⁵⁹⁶ regelt die Haftung für Dritte in den §§ 1305 ff.⁵⁹⁷ Hervorzuheben ist die im Vergleich zur geltenden Rechtslage erweiterte Haftung für Besorgungsgehilfen sowie die Haftung für Personen mit leitender Stellung. Nach § 1306 Abs 1 Satz 1 des Entwurfs haftet der Geschäftsherr, wenn kein Schuldverhältnis besteht, für die durch das Fehlverhalten von Hilfspersonen verursachten Schäden, wenn der Geschädigte beweist, dass der Gehilfe untüchtig war oder der Geschäftsherr ihn nicht sorgfältig ausgewählt oder nicht ausreichend überwacht hat. §

⁵⁹⁵ Aicher in *Rummel*, ABGB³ § 26 Rz 26; Harrer in *Schwimann*, ABGB³ § 1315 Rz 21; Ostheim GS Gschnitzer 317 (331); ders in *Korinek/Krejci*, Der Verein als Unternehmer 117 (169); Ertl, RZ 1972, 111 (116 f); vgl allgemein auch *Matusche-Beckmann*, Das Organisationsverschulden (2001) passim; zu den Organisationspflichten im Unternehmen vgl auch *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten (2001) passim.

⁵⁹⁶ Diskussionsentwurf der beim Bundesministerium für Justiz eingerichteten Arbeitsgruppe für ein neues österreichisches Schadenersatzrecht – Vorläufige Endfassung (Ende Juni 2007), JBI 2008, 365; zum ursprünglichen Entwurf vgl nur *Griss/Kathrein/Koziol*, Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts (2006) passim; kritisch *Reischauer/Spielbüchler/Welser*, Reform II passim; vgl auch *Taupitz/Pfeiffer*, Der Entwurf und der Gegenentwurf für ein neues österreichisches Schadenersatzrecht – eine kritische Analyse, JBI 2010, 88 (88 ff); *Reischauer*, Österreichische Schadenersatzreform mit deutschen Schiedsrichtern? Eine Betrachtung zu *Taupitz/Pfeiffer*, Der Entwurf und der Gegenentwurf für ein neues österreichisches Schadenersatzrecht – eine kritische Analyse, JBI 2010, 88 ff, JBI 2010, 401 (401 ff); ferner *Koch*, Die österreichische Schadenersatzreform im europäischen Kontext, in FS Koziol (2010) 721 (721 ff)

⁵⁹⁷ Zur Haftung für Dritte nach der ursprünglichen Fassung vgl nur *Hofmann*, Haftung für Dritte und für technische Hilfsmittel, in *Griss/Kathrein/Koziol*, Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts (2006) 67 (67 ff); kritisch *Harrer/Neumayr*, Die Haftung des Unternehmers für Gehilfen, in *Reischauer/Spielbüchler/Welser*, Reform des Schadenersatzrechts II – Zum Entwurf einer Arbeitsgruppe (2006) 133 (133 ff); *Reischauer*, JBI 2009, 405 (411 ff); *Taupitz/Pfeiffer*, JBI 2010, 88 (100 f).

1306 Abs 5 Satz 1 des Entwurfs ordnet an, dass der Geschäftsherr darüber hinaus für das Fehlverhalten von Personen haftet, die in seinem Tätigkeitsbereich eine leitende Stellung mit eigenen Entscheidungs- und Weisungsbefugnissen einnehmen. Juristische Personen haben nach § 1306 Abs 5 Satz 2 des Entwurfs jedenfalls für ihre satzungsmäßigen Organe einzustehen. Im gegebenen Zusammenhang ist auch die in § 1302 des Entwurfs normierte Unternehmerhaftung von Bedeutung.⁵⁹⁸

Der Vorschlag des von *Reischauer, Spielbühler* und *Welser* initiierten Arbeitskreises⁵⁹⁹ enthält Normen betreffend die Haftung für fremde Handlungen in den §§ 1313 ff.⁶⁰⁰ § 1315 des Vorschlags sieht eine erweiterte Gehilfenzurechnung im deliktischen Bereich vor. Nach dieser Bestimmung haftet, wer sich eines anderen zur Besorgung seiner Angelegenheiten bedient, für den Schaden, den dieser als Gehilfe einem Dritten zufügt (§ 1315 Abs 1 Satz 1 des Vorschlags). Gemäß § 1315 Abs 1 Satz 2 des Vorschlags hat man für jene Sorgfalt einzustehen, die man selbst aufzuwenden hätte. § 1315 Abs 2 des Vorschlags bestimmt, dass Gehilfe nicht ist, wer die Angelegenheit selbständig in eigener Verantwortung besorgt. Überlegenswert ist nach den Erläuterungen zum Vorschlag weiters eine gesetzliche Einschränkung der generellen Gehilfenhaftung bei Privaten. Vorge schlagen wird ein weiterer Absatz, der bestimmt, dass, wer sich eines Gehilfen für persönliche Angelegenheiten des täglichen Lebens bedient, nur für Auswahlverschulden haftet.⁶⁰¹

Betrachtet man zunächst den letzteren Vorschlag, kommt man zum Ergebnis, dass an einer speziellen Zurechnung natürlicher zur juristischen Personen aufgrund der Weite der Haftung für Gehilfen wohl kein Bedarf mehr besteht. Eine Heranziehung der Normen

⁵⁹⁸ Vgl dazu *Taupitz/Pfeiffer*, JBl 2010, 88 (93 ff); zur Unternehmerhaftung im ursprünglichen Entwurf *KozioI*, JBl 2006, 18.

⁵⁹⁹ *Reischauer/Spielbühler/Welser*, Reform des Schadenersatzrechts III – Vorschläge eines Arbeitskreises (2008) passim; kritisch dazu vgl nur *KozioI*, Schadenersatzreform: Der Gegenentwurf eines Arbeitskreises, JBl 2008, 348; vgl auch *Reischauer*, Schadenersatzreform – Verständnisse und Missverständnisse. Eine Antwort auf *KozioI* (JBl 2008, 348) (1. Teil), JBl 2009, 405 (405 ff); *Reischauer*, Schadenersatzreform – Verständnisse und Missverständnisse. Eine Antwort auf *KozioI* (JBl 2008, 348) (2. Teil), JBl 2009, 484 (484 ff); *Taupitz/Pfeiffer*, JBl 2010, 88 (88 ff); *Reischauer*, JBl 2010, 401 (401 ff).

⁶⁰⁰ Vgl dazu *Reischauer*, JBl 2009, 405 (411 ff); *Taupitz/Pfeiffer*, JBl 2010, 88 (100 f); kritisch *KozioI*, JBl 2008, 348 (350 f).

⁶⁰¹ *Reischauer/Spielbühler/Welser*, Reform III 46.

des VbVG wird diesfalls nicht mehr nötig sein. Anderes ist jedoch hinsichtlich des Diskussionsentwurfs der beim Bundesministerium für Justiz eingerichteten Arbeitsgruppe zu sagen. § 1306 Abs 5 Satz 1 des Entwurfs spricht von der Haftung des Geschäftsherrn für das Fehlverhalten von Personen, die in seinem Tätigkeitsbereich eine leitende Stellung mit eigenen Entscheidungs- und Weisungsbefugnissen einnehmen. Hier könnte man sich – wie zur geltenden Rechtslage – die Frage stellen, ob die Regelungen des VbVG nähere Klärung bringen können. Wie sogleich gezeigt werden wird, ist die Heranziehung des VbVG zur Feststellung einer Lücke jedoch nicht zulässig (vgl sogleich Kap VI. C. 4. b.), darüber hinaus können die Regeln auch nicht im Rahmen der Auslegung nutzbar gemacht werden (vgl sogleich Kap VI. C. 4. c.).

d. Rechtsprechung

Die Rsp zur Haftung juristischer Personen hat sich im Laufe der Zeit mehrmals grundlegend gewandelt. Im Wesentlichen lässt sich die einschlägige Judikatur chronologisch in die folgenden Abschnitte unterteilen:

Zu Beginn vertrat der OGH die Auffassung, dass juristische Personen für alle bei ihnen Beschäftigten haften. Exemplarisch sei die Entscheidung GIUNF 2486 vom 11.11.1903⁶⁰² herausgegriffen: In dieser bejahte der k. k. Oberste Gerichtshof die Haftung einer Omnibusgesellschaft für einen angestellten Kutscher, der einen Passanten überfahren hatte.⁶⁰³

In weiterer Folge verabschiedete sich der OGH jedoch von dieser weiten Zurechnung. So verneinte er in der Entscheidung GIUNF 5251 aus dem Jahr 1910⁶⁰⁴ die Haftung einer Gastwirtegenossenschaft für ihren Kutscher und führte aus: *„Die Rechtsansicht (...), dass eine juristische Person schlechthin für ein deliktisches Verhalten aller ihrer Bediensteten, dessen diese sich bei Ausübung der ihnen übertragenen Geschäfte schuldig machen, hafte, ist unhaltbar und widerstreitet dem im § 26 ABGB aufgestellten Grundsatz der Gleichstellung der juristischen Personen (erlaubten Gesellschaften) im Verhältnis gegen*

⁶⁰² K. k. Oberster Gerichtshof, 11.11.1903, Nr 14545, GIUNF 2486.

⁶⁰³ Vgl die weiteren Nachweise bei Aicher in Rummel, ABGB³ § 26 Rz 26; Gschnitzer/Faistenberger/Barta, AT², 322 ff.

⁶⁰⁴ K. k. Oberster Gerichtshof, 30.11.1910, Rv III, 297/10, GIUNF 5251.

*andere mit den einzelnen Personen.*⁶⁰⁵ Stattdessen vertrat das Höchstgericht nun die Auffassung, dass eine Haftung juristischer Personen nur für gesetzlich oder statutenmäßig berufene Vertreter in Frage käme. Erwähnt sei die Entscheidung OGH 6 Ob 99/64 vom 15.10.1964.⁶⁰⁶ In dieser Entscheidung begehrte der Kläger von der Republik Österreich den Ersatz des Schadens, den dieser durch eine Dachlawine, die von einem im Eigentum der Republik Österreich stehenden Gebäude auf seinen PKW niedergegangen war, erlitten hatte. In seiner Begründung vertrat der OGH die folgende Auffassung: *„Im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung des Bundes kommt die Stellung eines Organs, für dessen Verschulden die Beklagte als eigenes Verschulden haftet (...) nur den durch die Verfassung unmittelbar zu ihrer Vertretung berufenen Vertretern zu, womit lediglich die Stellung des Ressortministers verglichen werden kann (...).“* Nicht zuletzt ist in diese Periode auch der erste Rechtsgang des so genannten „Bananenprozesses“ einzuordnen.⁶⁰⁷ Der Kläger, ein Importeur von Südfrüchten, klagte den ÖGB aus dem Titel des Schadenersatzes auf Ersatz der Schäden, die er dadurch erlitten hatte, dass im Zuge eines Streiks 19 Eisenbahnwaggons Bananen nicht ausgeladen werden konnten.⁶⁰⁸ Die Judikaturwende war zum einen von der deutschen Rechtslage beeinflusst.⁶⁰⁹ Das im Jahr 1900 in Kraft getretene BGB enthält – wie bereits erwähnt (s Kap VI. C. 2. a.) – in § 31 eine ausdrückliche Zurechnungsregel, die die Zurechnung auf Organe beschränkt. Zum anderen ist der Wandel der Rechtsprechung im Zusammenhang mit der *Gierkeschen* Lehre von der realen Verbandsperson⁶¹⁰ zu sehen, die auch § 31 BGB und

⁶⁰⁵ Vgl auch K. k. Oberster Gerichtshof, 31.3.1909, Rv II, 243/9, GIUNF 4568.

⁶⁰⁶ OGH 15.10.1964, 6 Ob 99/64, JBl 1965, 469.

⁶⁰⁷ OGH 14.5.1963, 8 Ob 75/63, ZAS 1966, 161; vgl dazu *F. Bydlinski*, ZAS 1966, 165; *Gschnitzer*, Die Verhaltenspflichten der Gewerkschaft bei von ihr unterstützten Streiks, ZAS 1966, 179; *Nipperdey*, Der „Bananenprozess“ in allgemein privatrechtlicher und rechtsvergleichender Sicht, ZAS 1966, 184; *Kuderna*, Der „Bananenprozess“ – Kritik und Gegenkritik, DRdA 1971, 157; *ders*, Der „Bananenprozess“ und die daran geübte Kritik, ZAS 1968, 7; *Ostheim* in GS Gschnitzer 317 (332 ff).

⁶⁰⁸ Vgl die weiteren Nachweise bei *Aicher* in *Rummel*, ABGB³ § 26 Rz 26; *Gschnitzer/Faistenberger/Barta*, AT², 325 ff.

⁶⁰⁹ *Aicher* in *Rummel*, ABGB³ § 26 Rz 26; *F. Bydlinski* in FS Koppensteiner 569 (581); *ders* in Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2000, 9 (13); *Ostheim* in *Korinek/Krejci*, Der Verein als Unternehmer 117 (163); *ders* in GS Gschnitzer 317 (324); *Gschnitzer/Faistenberger/Barta*, AT², 324 f.

⁶¹⁰ Vgl nur *Gierke*, Deutsches Privatrecht I (1895) 469 ff mwN.

den einschlägigen Regelungen anderer europäischer Kodifikationen zugrunde liegt.⁶¹¹ In der Folge hat der OGH diese Auffassung jedoch insofern abzuschwächen versucht, als er zum einen ein haftungsbegründendes Überwachungsverschulden des statutenmäßigen Vertreters angenommen⁶¹², zum anderen eine Haftung für innerbetriebliche Organisationsmängel (s auch Kap VI. C. 3. b.) bejaht⁶¹³ und schließlich die Rsp des BGH zum körperchaftlichen Organisationsmangel übernommen hat.⁶¹⁴

Heute hat sich wohl auch in der Rsp die – in Kap VI. C. 3. b. dargestellte – von der hL entwickelte Repräsentanten- bzw Machthaberhaftung durchgesetzt. Der OGH vertritt in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass die juristische Person nicht nur für ihre verfassungsmäßigen Organe, sondern darüber hinaus auch für ihre Repräsentanten deliktisch haftet.⁶¹⁵ Daneben haftet die juristische Person, wenn ihre Repräsentanten nicht für wirksame Kontrolle sorgen.⁶¹⁶

4. Unterschiede zwischen der Zurechnung nach § 3 VbVG und der Repräsentantenhaftung

a. Allgemeines

Im Folgenden werde ich den einschlägigen Normen des VbVG die Zurechnung im Zivilrecht, wie sie von der herrschenden Meinung vertreten wird, vergleichend gegenüberstellen und die wesentlichen Unterschiede der beiden Konzepte zeigen.⁶¹⁷ Ich werde

⁶¹¹ Vgl näher *F. Bydlinski* in FS Koppensteiner 569 (575 f); *Ostheim* in GS Gschnitzer 317 (324).

⁶¹² OGH 15.4.1971, 1 Ob 87/71, JBl 1972, 312 mit Anmerkung *Ostheim*; OGH 4.12.1974, 1 Ob 196/74, SZ 47/140; OGH 24.11.1976, 8 Ob 160/76, JBl 1977, 199.

⁶¹³ OGH 9.12.1971, 2 Ob 179, 180/71, SZ 44/187.

⁶¹⁴ OGH 15.4.1971, 1 Ob 87/71, JBl 1972, 312 mit Anmerkung *Ostheim*; kritisch dazu *Aicher* in *Rummel*, ABGB³ § 26 Rz 26 mwN.

⁶¹⁵ OGH 21.10.1975, 4 Ob 623/75, JBl 1978, 87 mit Anmerkung *Ostheim*; OGH 7.6.1978, 1 Ob 625/78, JBl 1980, 482 mit Anmerkung *Ostheim*; OGH 13.7.1999, 4 Ob 179/99y, RdW 1999, 715; vgl die weiteren Nachweise bei *Aicher* in *Rummel*, ABGB³ § 26 Rz 26; *Reischauer* in *Rummel* ABGB³ § 1315 Rz 2a; *Gschnitzer/Faistenberger/Barta*, AT², 331 ff.

⁶¹⁶ OGH 13.7.1999, 4 Ob 179/99 y, RdW 1999, 715; OGH 20.12.2000, 7 Ob 271/00d, JBl 2001, 525; vgl die weiteren Nachweise bei *Gschnitzer/Faistenberger/Barta*, AT² (1992) 330 f.

⁶¹⁷ Der Vergleich kann gezwungenermaßen nur die grundlegenden Verschiedenheiten aufzeigen, eine tiefer gehende Analyse scheitert an den in Kap VI. C. 3. angedeuteten Unstimmigkeiten bei der Auslegung der Tatbestandsvoraussetzungen des VbVG (zur Unbestimmtheit der Normen des VbVG vgl auch *Boller*, VbVG 273 f).

zunächst auf die in § 3 Abs 1 VbVG normierte allgemeine Voraussetzung der Zuordenbarkeit zur „*Sphäre des Verbands*“ näher eingehen (Kap VI. C. 4. b.). In Kap VI. C. 4. c. werde ich mich sodann der Zurechnung des „*Entscheidungsträgers*“ im Sinne des VbVG und in Kapitel Kap VI. C. 4. d. der Zurechnung des „*Mitarbeiters*“ im Sinne des VbVG widmen.

b. Zuordenbarkeit zur „Sphäre des Verbandes“ (§ 3 Abs 1 VbVG)

Eine Tat ist nach § 3 Abs 1 VbVG der Sphäre des Verbands zuzuordnen, wenn sie entweder zu seinen Gunsten begangen worden ist oder durch die Tat den Verband betreffende Pflichten verletzt worden sind (s Kap VI. C. 2. b.). Die Zurechnung nach VbVG geht jedenfalls insofern weiter als das Modell der Repräsentantenhaftung, als sie auch eine Verantwortlichkeit des Verbands für Taten normiert, die zu dessen Gunsten begangen worden sind, ohne das den Verband betreffende Pflichten verletzt wurden.⁶¹⁸

c. Zurechnung des „Entscheidungsträgers“ im Sinne des VbVG

Nach § 3 Abs 2 VbVG ist der Verband für Straftaten eines Entscheidungsträgers verantwortlich, wenn die allgemeinen Voraussetzungen des § 3 Abs 1 VbVG gegeben sind und der Entscheidungsträger als solcher die Tat rechtswidrig und schuldhaft begangen hat (s Kap VI. C. 2. c.).

Der Begriff des Entscheidungsträgers (s Kap VI. C. 2. c.) deckt sich nicht mit jenem des „*Machthabers*“ in § 337 ABGB (s Kap VI. C. 3.).⁶¹⁹ Zum einen geht ersterer Begriff möglicherweise insofern weiter als letzterer, als der Auffangtatbestand des § 2 Abs 1 Z 3 VbVG allgemein Personen erfasst, die sonst maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung des Verbands ausüben. Unter den weiten Tatbestand des § 2 Abs 1 Z 3 VbVG könnten etwa auch Personen subsumiert werden, die von außen auf die Geschäftsführung des Verbandes einwirken, wie etwa Führungskräfte von übergeordneten Konzernunternehmen oder kreditgebenden Banken.⁶²⁰ Diese Personen sind

⁶¹⁸ Vgl auch Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR 3/452; Kalss/Eckert in Brandl/Kalss/Lucius/Oppitz/Saria, Kapitalmarktrecht 3, 92 (105 ff).

⁶¹⁹ Vgl aber Boller, VbVG 128, für den die Begriffe in etwa übereinstimmen.

⁶²⁰ Vgl auch Boller, VbVG 141.

keine Machthaber im Sinne des § 337 ABGB. Zum anderen sind umgekehrt auch Sachverhaltskonstellationen denkbar, in denen natürliche Personen als Machthaber nicht aber als Entscheidungsträger zu qualifizieren sind. So kann eine juristische Person für natürliche Personen, die nur in einem kleinen Bereich Einfluss haben, zivilrechtlich haften,⁶²¹ strafrechtlich aber wohl nicht zur Verantwortung gezogen werden.

Schwierigkeiten bereitet schließlich der Vergleich des Tatbestandsmerkmals der Begehung der Tat „*als solcher*“ (s Kap VI. C. 2. c.). Folgt man den Materialien und jenem Teil der L, der in diesem Tatbestandsmerkmal ein Abgrenzungskriterium zwischen Entscheidungsträgern und Mitarbeitern sieht, wird man zum Ergebnis kommen, dass der zivilrechtlichen Repräsentantenhaftung ein ähnliches Kriterium fremd ist. Auf die Art der Handlung des Repräsentanten kommt es nicht an. Anders fällt der Befund aus, wenn man aus den Worten „*als solcher*“ einen Ausschluss der Verantwortlichkeit für private Handlungen des Entscheidungsträgers herausliest. Auch die zivilrechtliche Repräsentantenhaftung setzt voraus, dass das schädigende Verhalten in Ausführung einer dem Machthaber übertragenen Aufgaben gesetzt wird (s Kap VI. C. 3. b.).

d. Zurechnung des „Mitarbeiters“ im Sinne des VbVG

Komplexer als jene des Entscheidungsträgers hat der Gesetzgeber die Zurechnung der Mitarbeiter gestaltet. Für sie haftet der Verband nur dann, wenn – neben dem Vorliegen der allgemeinen Voraussetzungen des § 3 Abs 1 VbVG – ein Mitarbeiter den Sachverhalt, der dem gesetzlichen Tatbild entspricht, rechtswidrig verwirklicht haben und zusätzlich die Begehung der Tat durch ein sorgfaltswidriges Verhalten eines Entscheidungsträgers ermöglicht oder wesentlich erleichtert worden ist. Weiters muss bei Vorsatzdelikten ein Mitarbeiter vorsätzlich gehandelt haben, bei Fahrlässigkeitsdelikten müssen Mitarbeiter die nach den Umständen gebotene Sorgfalt außer Acht gelassen haben (§ 3 Abs 3 VbVG) (s Kap VI. C. 2. d.).

Vergleicht man die Verbandsverantwortlichkeit für Mitarbeiter im Sinne des VbVG mit der Repräsentantenhaftung juristischer Personen stößt man auf grundlegende Unter-

⁶²¹ Es kommt nicht darauf an, dass der Repräsentant einen ähnlichen Wirkungsbereich wie ein Organ hat (vgl *Aicher* in *Rummel*, ABGB³ § 26 Rz 26; *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB³ § 1315 Rz 19; vgl aber OGH 30.11.1977, 1 Ob 624/77, EvBl 1978/112).

schiede. Mitarbeiter im Sinne des VbVG (s Kap VI. C. 2. d.) sind zum einen keine Repräsentanten im Sinne der hM. Zum anderen hängt die Zurechnung von Repräsentanten auch nicht von einem Organisationsverschulden ab, wie es § 3 Abs 3 Z 2 VbVG hinsichtlich der Verantwortlichkeit für Handlungen von Mitarbeitern vorsieht. Umgekehrt wird im Schadenersatzrecht nur für schuldhaftes Verhalten gehaftet, während das Verschulden des Mitarbeiters nicht Voraussetzung einer Verantwortlichkeit nach VbVG ist.⁶²² Das bedeutet jedoch nicht, dass ein Sachverhalt, die zu einer Verantwortlichkeit des Verbands nach § 3 Abs 3 VbVG führt, schadenersatzrechtlich unbeachtlich ist. Regelmäßig wird ein solcher Sachverhalt nämlich zu einer Haftung der juristischen Person für innerbetriebliche Organisationsmängel führen (s Kap VI. C. 3.).⁶²³

5. Auswirkungen des VbVG auf die Zurechnung von Repräsentanten

a. Allgemeines

Die folgenden Auswirkungen des VbVG auf die Zurechnung von Repräsentanten kommen in Betracht und werden im Folgenden geprüft: zum einen stellt sich die Frage, ob die Regeln des VbVG zur Beurteilung der Lückenhaftigkeit der zivilrechtlichen Zurechnungsregeln herangezogen werden können (s Kap VI. C. 4. b.) und zum zweiten ist die Nutzbarmachung der strafrechtlichen Normen im Wege der (einfachen) Auslegung zu prüfen (s Kap VI. C. 4. c.).

Eine Qualifizierung der Zurechnungsregeln des VbVG als Schutzgesetze iSd § 1311 ABGB (s näher zum Begriff des Schutzgesetzes Kap III. D.) scheidet mE aus.⁶²⁴ Es handelt sich bei ihnen nämlich nicht um abstrakte Gefährdungsverbote, vielmehr rechnen sie bloß

⁶²² Vgl Huna in Hotter/Lunzer/Schick/Soyer, Unternehmensstrafrecht 201 (213).

⁶²³ Vgl auch Kalss/Eckert in Brandl/Kalss/Lucius/Oppitz/Saria, Kapitalmarktrecht 3, 92 (110).

⁶²⁴ Vgl auch Schopper in FS Kalus 477 (490), der § 3 VbVG jedoch „schutzgesetzähnliche Funktion (...) iVm dem Verstoß gegen ein sonstiges Schutzgesetz“ zubilligt; eine Qualifikation als Schutzgesetz erwägend Boller, VbVG 263; Huna in Hotter/Lunzer/Schick/Soyer, Unternehmensstrafrecht 201 (214); vgl auch Koziol, JBl 2006, 18 (19, FN 10) („Das Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (...) führt wohl selbst dann, wenn es als Schutzgesetz iS des § 1295 Abs 1 Entw verstanden wird, zu keiner Erweiterung der Haftung, da die strafrechtliche Zurechnung der Organe und Hilfspersonen nicht über die zivilrechtliche hinausgeht.“).

das Eigenhandeln natürlicher Personen dem Verband zu.⁶²⁵ Insofern unterscheiden sich die Zurechnungsnormen des VbVG auch von dem von der Verweisung in § 1311 StGB erfassten § 161 StGB (s zu dieser Bestimmung Kap IV.), der keine bloße Zurechnungsregel enthält, sondern den Kreis der nach § 159 StGB strafbaren Personen erweitert, die sich durch eigenes tatbestandsmäßiges Verhalten strafbar machen können. Ob ein bestimmtes Verhalten der juristischen Person zuzurechnen ist, ist getrennt für das Zivil- und Strafrecht zu ermitteln. Für eine Anwendung der strafrechtlichen Zurechnungskriterien als Schutzgesetze im Bereich der zivilrechtlichen Haftung ist kein Platz, allenfalls können sie – wie bereits angesprochen – zur Lückenfeststellung oder -füllung bzw im Rahmen der Auslegung herangezogen werden.

Von der Frage der Schutzgesetzzeigenschaft der Zurechnungsregeln des VbVG ist die – hier nicht zu erörternde, aber wohl zu bejahende⁶²⁶ – Frage zu unterscheiden, ob für Verbände aus dem VbVG Organisationspflichten resultieren, die als Schutzgesetze Fundament zivilrechtlicher Haftung sein können.

Die Auswirkungen des VbVG auf die Zurechnung bei Organverflechtungen werden in Kap VI. C. 6. untersucht. Auf die Auswirkungen einer Verurteilung nach dem VbVG auf das nachfolgende zivilgerichtliche Verfahren wird in dieser Arbeit nicht näher eingegangen.⁶²⁷

b. Heranziehen des VbVG zur Feststellung einer Lücke

aa. Allgemeines

Auszugehen ist von der Feststellung, dass die Zurechnung im Schadenersatzrecht nicht vollkommen ungeregelt ist. Zuzurechnen sind etwa – wie in Kap VI. B. ausgeführt wurde – Erfüllungs- und Besorgungsgehilfen (§§ 1313a, 1315 ABGB). Es fehlen im Bereich des Zivilrechts – anders als nunmehr im Strafrecht – jedoch Regelungen, die die spezifische Zurechnung zu juristischen Personen regeln. Zu fragen ist nun, ob es sich hiebei um eine ausfüllungsbedürftige Lücke handelt.

⁶²⁵ Vgl auch *Schopper* in FS Kalus 477 (490).

⁶²⁶ Vgl aber *Schopper* in FS Kalus 477 (490).

⁶²⁷ Vgl dazu nur *Schopper* in FS Kalus 477 (489) mwN.

Angesichts des gesetzgeberischen Zurechnungskonzepts im VbVG liegt es nahe, dieses auch für die Beantwortung der Frage der Lückenhaftigkeit der zivilrechtlichen Zurechnung fruchtbar zu machen. Seit dem Inkrafttreten des VbVG kann es nämlich dazu kommen, dass eine natürliche Person einer juristischen Person, was die strafrechtliche Verantwortlichkeit betrifft, zugerechnet wird, eine Zurechnung im Bereich des Schadenersatzrechts jedoch nicht erfolgt. MaW kann ein bestimmter Sachverhalt zu einer strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Person führen, während sie für den aus demselben Sachverhalt resultierenden Schaden nach den *verba legalia* zivilrechtlich nicht einzustehen hat. Zu fragen ist nun, ob sich eine solche Differenzierung mit den beiden Rechtsbereichen eigentümlichen Zwecken rechtfertigen lässt. Gelangte man zum Ergebnis, dass die dem VbVG zugrundeliegenden Zwecke gleichermaßen auch die Zurechnung im Schadenersatzrecht beherrschen und stellte man weiter fest, dass diese Zwecke besser durch das VbVG als durch die zivilrechtlichen Zurechnungsregeln verwirklicht wären, diene die neu geschaffene strafrechtliche Verbandsverantwortlichkeit damit der Erhellung der Lückenhaftigkeit des zivilrechtlichen Zurechnungskonzepts. Diesfalls würde die *ratio legis* unmittelbar die Ergänzung der schadenersatzrechtlichen Zurechnungsnormen fordern.⁶²⁸ Ein Heranziehen des VbVG zur Füllung der – von der hM identifizierten (s Kap VI. C. 3.) – Lücke ist nicht möglich.⁶²⁹

cc. Vergleich der Zwecke des Straf- und Zivilrechts

Das Schadenersatzrecht verfolgt primär den Zweck, dem Geschädigten einen Ausgleich für den erlittenen Nachteil zu verschaffen.⁶³⁰ Dieser Zweck liegt dem gesamten Schadenersatzrecht unabhängig davon, auf welchen Gründen, etwa Verschulden oder Ge-

⁶²⁸ Vgl *Canaris*, Feststellung von Lücken², 88 ff.

⁶²⁹ Vgl aber *Schopper* in FS Kalus 477 (490), wonach die Zurechnungsproblematik auch bei Schutzgesetzen, die keine Strafgesetze sind, in Anlehnung an die Wertungen des VbVG zu lösen sei, weil das österreichische Privatrecht diesbezüglich eine Lücke aufweise und § 3 VbVG diesbezüglich die jüngste und ausführlichste Vorschrift darstelle; eine generelle – dh nicht auf Schutzgesetzverletzungen beschränkte – analoge Anwendung der strafrechtlichen Zurechnungsregeln bejahend *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR 3/450; *Kalss/Eckert* in *Brandl/Kalss/Lucius/Oppitz/Saria*, Kapitalmarktrecht 3, 92 (103 ff); dies erwägend auch *Schopper* in FS Kalus 477 (490 f).

⁶³⁰ Vgl nur *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 185 ff; *Kozioł*, HPR II³, 8 ff; *ders*, Grundsatzfragen Rz 3/1 ff; *Kozioł/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 301; jeweils mwN.

fährdung, die Haftung beruht, zugrunde.⁶³¹ Daneben steht der Gedanke der Prävention. Die Androhung der Ersatzpflicht soll zu einem Verhalten motivieren, dass Schädigungen anderer Personen vermieden.⁶³² Der Präventionsgedanke findet sich im Bereich der Verschuldens- und Gefährdungshaftung.⁶³³ Als weitere Zwecke werden unter anderem der Sanktionsgedanke⁶³⁴ sowie der Rechtsfortsetzungsgedanke⁶³⁵ genannt.⁶³⁶ Dem Strafrecht liegt wie dem Schadenersatzrecht der Präventionsgedanke zugrunde. Durch die Strafdrohung sollen die Normadressaten vom Verstoß gegen Normen des Strafrechts abgehalten werden.⁶³⁷ Der Vergeltungszweck der Strafe wird abgelehnt.⁶³⁸

Das VbVG, das seine Entstehung zum großen Teil der internationalen Rechtsentwicklung verdankt,⁶³⁹ wurde vor dem Hintergrund der Feststellung geschaffen, dass das klassische Strafrecht im Bereich der Bekämpfung der Unternehmenskriminalität⁶⁴⁰ Schwächen aufweist.⁶⁴¹

Schwächen werden zunächst darin geortet, dass eine individuelle Verantwortlichkeit im komplexen System eines Unternehmens oft nicht entsteht (organisierte Unverantwortlichkeit) oder eine solche nicht nachweisbar ist (Beweisnot).⁶⁴² Hier hat das VbVG, ruft man sich die in Kap VI. C. 2. dargestellten Voraussetzungen der strafrechtlichen Ver-

⁶³¹ Vgl nur *Koziol*, HPR II³, 8; *ders*, Grundsatzfragen Rz 3/1; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 301; abweichend *Bälz*, Ersatz oder Ausgleich? JZ 1992, 57 (57 ff).

⁶³² Vgl nur *Koziol*, HPR II³, 10; *ders*, Grundsatzfragen Rz 3/4 ff; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³, 301; *Ostheim* in GS Gschnitzer 317 (317); jeweils mwN.

⁶³³ *Koziol*, HPR II³, 10; *ders*, Grundsatzfragen Rz 3/6; jeweils mwN.

⁶³⁴ Vgl nur *Koziol*, HPR II³, 10 f; *ders*, Grundsatzfragen Rz 3/11 ff; mwN.

⁶³⁵ Vgl nur *Koziol*, HPR II³, 12; *ders*, Grundsatzfragen Rz 3/8 ff; jeweils mwN.

⁶³⁶ Näher zu den Zwecken des Schadenersatzrechts vgl nur *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 185 ff; *Koziol*, HPR II³, 8 ff; *ders*, Grundsatzfragen Rz 3/1 ff; jeweils mit zahlreichen Nachweisen.

⁶³⁷ Näher *Fuchs*, AT I⁷, 11 f; *Kienapfel/Höpfel*, AT¹³, 5 f; *Platzgummer* in WK StGB¹ vor § 18-20 Rz 5; *Tischler* in SK Vorbem zu §§ 18 ff StGB Rz 26 ff mwN.

⁶³⁸ Näher *Fuchs*, AT I⁷, 12; *Kienapfel/Höpfel*, AT¹³, 4 ff; *Platzgummer* in WK StGB¹ vor § 18-20 Rz 5; *Tischler* in SK Vorbem zu §§ 18 ff StGB Rz 29 mwN.

⁶³⁹ Vgl dazu ausführlich *Boller*, VbVG 23 ff mit zahlreichen Nachweisen.

⁶⁴⁰ Zum Begriff vgl nur *Boller*, VbVG 6 ff mwN.

⁶⁴¹ Ausführlich *Boller*, VbVG 11 ff mit zahlreichen Nachweisen auch aus der deutschen Diskussion; vgl aus der österreichischen Diskussion etwa *Zeder*, Ein Strafrecht juristischer Personen: Grundzüge einer Regelung in Österreich, ÖJZ 2001, 630 (635) mwN.

⁶⁴² Vgl nur *Boller*, VbVG 11 ff mwN.

bandsverantwortlichkeit in Erinnerung, keine große Verbesserung gebracht.⁶⁴³ Diesbezügliche Überlegungen können im gegebenen Zusammenhang auch deshalb außer Betracht bleiben, weil sie auch hinsichtlich der Frage der Zurechnung im Schadenersatzrecht keine Rolle spielen. Auch die sog „*kriminogene Wirkung*“ der Eingliederung in eine Organisation⁶⁴⁴ überzeugt als Zweck des VbVG mE nicht.⁶⁴⁵ Selbst wenn man das Bestehen einer solchen Wirkung bejaht, ist nämlich zu bezweifeln, dass das VbVG insofern präventive Kraft entfalten kann.⁶⁴⁶

Zustimmung verdienen allerdings die folgenden Überlegungen: Es wird die Auffassung vertreten, dass, selbst wenn ein einzelner Mitarbeiter des Verbands bestraft werde, dies keinen ausreichenden Schutz vor zukünftigen Rechtsverletzungen bringe. Die Rechtsverletzung sei nämlich oft weniger das Resultat der fehlerhaften Motivation eines Einzelnen, als vielmehr eines Mangels der hinter ihnen stehenden Organisation. Die Androhung der Bestrafung des Verbands soll diesen dazu motivieren, sich so zu organisieren, dass die Begehung von Straftaten durch die ihm zuzurechnenden Personen hintangehalten wird.⁶⁴⁷ Als Beispiel können hier Autounfälle dienen, die von übermüdeten Fernfahrern verursacht werden.⁶⁴⁸ Die Bestrafung des Fernfahrers wird hier möglicherweise keine ausreichende Präventivwirkung entfalten können, weil dieser durch den von Seiten seiner Vorgesetzten ausgeübten Druck zu einem fahrlässigen Verhalten gezwungen wird.⁶⁴⁹ Aus dem soeben Gesagten folgt, dass das klassische Strafrecht seine präventive

⁶⁴³ Vgl auch *Boller*, VbVG 273.

⁶⁴⁴ Unter diesem Schlagwort wird behauptet, dass Menschen, die in eine Organisation eingliedert sind, eher bereit sind, strafbare Handlungen zu begehen (so in der österreichischen Lit etwa *Hilf*, Kriminalpolitische Hintergründe und ausgewählte Fragen des materiellrechtlichen Teils, in *Höpfel*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden [2005] 25 [29]; vgl für weitere Nachweise auch aus der deutschen Lit *Boller*, VbVG 15 ff).

⁶⁴⁵ Kritisch auch *Boller*, VbVG 17 ff mwN.

⁶⁴⁶ Vgl auch *Boller*, VbVG 17.

⁶⁴⁷ *Boller*, VbVG 18 f.

⁶⁴⁸ Vgl auch *Boller*, VbVG 9; *Löschnig-Gspandl*, Für und Wider zur Bestrafung von Unternehmen – Kritische Würdigung des Entwurfs des Justizministeriums, in *Hochreiter*, Bestrafung von Unternehmen. Anforderungen an die kommende gesetzliche Regelung aus ArbeitnehmerInnen- und KonsumentInnen-sicht (2003) 49 (52).

⁶⁴⁹ Eine Strafbarkeit des Arbeitgebers kommt bei einem Verstoß gegen arbeitsrechtliche Schutzbestimmungen durch diesen in Betracht (vgl *Tipold*, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arbeitgebers am Beispiel des Tauerntunnelunfalls, in *Hochreiter*, Bestrafung von Unternehmen. Anforderungen an die kommende gesetzliche Regelung aus Ar-

Wirkung im Verband oft nicht erfüllen kann. Im VbVG ist diesem Gedanken insofern Genüge getan worden, als es eine strafrechtliche Verantwortlichkeit für Mitarbeiter normiert. Das gleiche Ziel hätte besser jedoch mit der Erweiterung der Strafbarkeit auf jene (natürlichen) Personen erreicht werden können, die auf die mangelhafte Organisation (auch natürlicher Personen) Einfluss nehmen können. Einer Verbandsverantwortlichkeit hätte es hierfür nicht bedurft. Letztlich kann dieser Zweck die Haftung des Verbands für Entscheidungsträger nicht begründen. Keinesfalls lässt sich aus diesen Überlegungen aber einer Zurechnung natürlicher zu juristischen Personen im Bereich der zivilrechtlichen Haftung ableiten. Was die zivilrechtliche Haftung betrifft, greift in den beschriebenen Fällen nämlich die bereits in Kap V. C. 3. b. erwähnte Haftung für Organisationsverschulden. Einer Haftung juristischer Personen bedarf es nicht.

Auch die Überlegungen zur sog „indirekten Präventionswirkung“⁶⁵⁰ sind mE nicht tragfähig. Zwar mag dieser Gedanke gleichermaßen für das Zivil- wie für das Strafrecht zutreffen, eine zivil- oder strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen vermag er allerdings nicht zu begründen. Mit diesem Argument ließe sich nämlich die zivilrechtliche Haftung bzw Strafbarkeit jeder Person rechtfertigen, die auf irgendeine andere Person Einfluss nehmen kann.

Im zivil- und strafrechtlichen Schrifttum zeigt sich ein Gleichklang hinsichtlich des Gedankens der Gleichstellung der natürlichen mit der juristischen Person. Wie bereits ausgeführt steht dieser im Mittelpunkt der Diskussion zur zivilrechtlichen Deliktshaftung juristischer Personen (s Kap VI. C. 3. b.) und hat auch Niederschlag in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung zur Verbandsverantwortlichkeit gefunden.⁶⁵¹ Weiters wird sowohl hinsichtlich der zivilrechtlichen Deliktshaftung juristischer Personen (s Kap VI. C.

beitnehmerInnen- und KonsumentInnensicht [2003] 5 [5 ff]; vgl auch *Ibounig/Urlesberger*, *Materiengesetze zum Transportwesen, verwaltungsstrafrechtliche Ahndung*, in *Hotter/Lunzer/Schick/Soyer*, *Unternehmensstrafrecht – eine Praxisanleitung* [2010] 37 [37 ff]).

⁶⁵⁰ Es wird behauptet, dass Verbände, die eine Strafe zu befürchten haben, jedenfalls Druck auf ihre Beschäftigten ausüben werden, sich rechtskonform zu verhalten, was die Präventionskraft bloßer Individualstrafen verstärken kann (vgl *Boller*, VbVG 17 mwN).

⁶⁵¹ Vgl *Löschnig-Gspandl*, *Strafrechtliche Verantwortlichkeit* 68, die insofern auf die Vergleichbarkeit der Erwägungen hinsichtlich der zivilrechtlichen Deliktshaftung hinweist.

3. b.) als auch hinsichtlich der strafrechtlichen Verbandsverantwortlichkeit⁶⁵² die „zentrale Gerechtigkeitsmaxime der Verbindung von Vor- und Nachteilen“ betont.⁶⁵³ Die Lückenhaftigkeit der zivilrechtlichen Zurechnung können diese parallelen Wertungen alleine mE jedoch nicht begründen.

cc. Schlussfolgerungen

Die dem VbVG zugrundeliegenden teleologischen Überlegungen vermögen das Bestehen einer Lücke hinsichtlich der zivilrechtlichen Zurechnung somit nicht zu rechtfertigen.⁶⁵⁴ Der Vergleich mit dem VbVG kann die Frage der Unvollständigkeit der zivilrechtlichen Zurechnungsregelung somit nicht erhellen. Die Tatsache allein, dass ein Sachverhalt eine strafrechtliche Verantwortlichkeit, nicht aber eine zivilrechtliche Haftung nach sich zieht, muss noch nicht notwendigerweise zur Feststellung führen, dass das Schadenersatzrecht lückenhaft ist.⁶⁵⁵ So kann es im Fall eines strafbaren Versuchs (vgl § 15 StGB) zu einer Strafbarkeit kommen, mangels Schaden aber kein Anspruch auf Schadenersatz bestehen.

b. Heranziehen des VbVG im Wege der (einfachen) Auslegung

Wenn auch das VbVG – wie im vorangegangenen Kap ausgeführt – keine Schlüsse auf die Lückenhaftung der zivilrechtlichen Zurechnung zulässt, gehen hL und Rsp (vgl Kap VI.

⁶⁵² Vgl *Löschnig-Gspandl*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit 68, die insofern auf die Vergleichbarkeit der Erwägungen hinsichtlich der zivilrechtlichen Deliktshaftung hinweist; *Kalss/Eckert* in *Brandl/Kalss/Lucius/Oppitz/Saria*, Kapitalmarktrecht 3, 92 (104).

⁶⁵³ Vgl auch *F. Bydlinski* in *Götz/Seifert*, Verantwortung in Wirtschaft und Gesellschaft 21 (58) („Aus [dem Gleichstellungsgebot und dem Grundsatz der Verbindung von Vor- und Nachteilen] ähnlichen Gründen hat sich übrigens, wenn auch mit manchen Einschränkungen, teilweise auch schon eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der juristischen Personen im Bereich der Vermögenssanktionen und mindestens im Verwaltungsstrafrecht etabliert (...).“).

⁶⁵⁴ Vgl auch *Boller*, VbVG 263 f („Das VbVG enthält Zurechnungsnormen, die wegen der anderen – primär präventiven – Zweckrichtung nicht identisch sind mit den schadenersatzrechtlichen Zurechnungsregeln.“); *Huna* in *Hotter/Lunzer/Schick/Soyer*, Unternehmensstrafrecht 201(214).

⁶⁵⁵ Vgl aber *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR 3/451; *Kalss/Eckert* in *Brandl/Kalss/Lucius/Oppitz/Saria*, Kapitalmarktrecht 3, 92 (104); *Schopper* in FS Kalus 477 (491) („Liegt einmal eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Verbands auf Grund des VbVG vor, so wäre es m.E. wertungswidersprüchlich, wenn der Verband – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – lediglich wegen abweichender Regeln der rechtlichen Zurechnung nicht auch im Zivilrecht deliktisch haftbar gemacht werden könnte.“).

C. 3. b. und c.) dennoch vom Vorliegen einer Lücke aus und rechnen im Analogieweg sog „Machthaber“ zu. Die Auslegung des Begriffs des Machthabers bereitet wiederum Schwierigkeiten. Nach herrschendem Verständnis werden Personen in verantwortlicher, leitender oder überwachender Funktion erfasst.

Zu prüfen ist, ob für die Beantwortung dieser Frage nunmehr der Begriff des Entscheidungsträgers im VbVG fruchtbar gemacht werden kann. Dabei handelte es sich jedoch nicht um eine analoge Anwendung des VbVG, der Begriff des Machthabers in § 337 ABGB würde vielmehr systematisch interpretiert.⁶⁵⁶

Auch das Heranziehen des VbVG im Rahmen der systematischen Auslegung ist mE nicht zulässig.⁶⁵⁷ Für eine autonome und vom strafrechtlichen Begriff des Entscheidungsträgers unabhängige Auslegung des Begriffs des Machthabers sprechen neben der unterschiedlichen Terminologie und dem Umstand, dass der strafrechtliche Gesetzgeber ausweislich der Materialien an bestehende strafrechtliche Normen anschließen wollte (§ 309 Abs 2 Satz 1 StGB aF; nunmehr § 74 Abs 3 Satz 1 StGB; s Kap IV.), für eine Bezugnahme auf den schadenersatzrechtlichen Begriff des Machhabers dagegen jegliche Anhaltspunkte fehlen, vor allem die der Zurechnung nach dem VbVG sowie der schadenersatzrechtliche Zurechnung zugrundeliegenden unterschiedlichen Wertungen (s Kap VI. C. 5. b. bb.).

6. Zurechnung bei Organverflechtungen

a. Allgemeines

Juristischen Personen sind – wie soeben ausgeführt – ihre Repräsentanten zuzurechnen. Handeln Repräsentanten von GmbH-Gesellschaftern schuldhaft § 159 StGB zuwider, können geschädigte Gläubiger der Gesellschaft die Gesellschafter in Anspruch nehmen. Es kommt nun häufig vor, dass Organe der Muttergesellschaft gleichzeitig auch Organe

⁶⁵⁶ Vgl aber Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR 3/451; Kalss/Eckert in Brandl/Kalss/Lucius/Oppitz/Saria, Kapitalmarktrecht 3, 92 (103).

⁶⁵⁷ Zum analogischen Charakter der systematischen Interpretation vgl Kramer, Methodenlehre³, 104 mwN.

der Tochtergesellschaft sind.⁶⁵⁸ Übernimmt eine natürliche Person gleichzeitig mehrere Organfunktionen in unterschiedlichen Gesellschaften, spricht man auch von „*Multiorganmitgliedschaft*“, ⁶⁵⁹ übernimmt sie zwei Organfunktionen in zwei unterschiedlichen Gesellschaften von „*Doppelorganschaft*“. ⁶⁶⁰ Einzugehen ist zunächst auf die Frage der Zulässigkeit solcher Organverflechtungen (s Kap VI. C. 6. b.), daran anschließend sind die Auswirkungen von Organverflechtungen auf die Zurechnung von Repräsentanten zu prüfen (s Kap VI. C. 6. c.).⁶⁶¹

b. Zulässigkeit von Organverflechtungen

aa. Allgemeines

Die gleichzeitige Bekleidung von Organfunktionen in Mutter- und Tochtergesellschaft ist dann unzulässig, wenn eine Inkompatibilität vorliegt (s Kap VI. C. 6. b. bb.). Weiters sind Wettbewerbsverbote zu beachten (s Kap VI. C. 6. b. cc.). Auch wenn keine spezifische Inkompatibilität vorliegt und auch das Wettbewerbsverbot nicht berührt ist, können aus Organverflechtungen doch Interessenkonflikte resultieren. Das Vorliegen von Interessenkonflikten macht die Organverflechtung aber nicht unzulässig (s Kap VI. C. 6. b. bb.). Auftretende Konfliktsituationen sind mit Hilfe der punktuellen im Gesetz vorhandenen und von L und Rsp weiterentwickelten bzw ergänzten Instrumente zu bewältigen.⁶⁶²

bb. Inkompatibilitäten

Mitglied des Aufsichtsrats kann nach § 30a Abs 2 GmbHG bzw § 86 Abs 2 AktG nicht sein, wer 1. bereits in 10 Kapitalgesellschaften Aufsichtsratsmitglied ist, wobei die Tätigkeit als Vorsitzender doppelt auf diese Höchstzahl anzurechnen ist, 2. gesetzlicher Vertreter eines Tochterunternehmens (§ 228 Abs 3 UGB) der Gesellschaft ist oder 3. gesetzlicher Vertreter einer anderen Kapitalgesellschaft ist, deren Aufsichtsrat ein Vorstands-

⁶⁵⁸ Zur Häufigkeit personeller Verflechtungen in Konzernen vgl nur *Schopper* in FS Kalus 477 (478) mwN.

⁶⁵⁹ Vgl *Schopper* in FS Kalus 477 (477).

⁶⁶⁰ Vgl *Schopper* in FS Kalus 477 (477).

⁶⁶¹ Die folgenden Ausführungen beschränken sich auf das Recht der AG und GmbH.

⁶⁶² Vgl dazu nur *Frotz/Schörghofer* in *Kalss/Kunz*, Handbuch Aufsichtsrat (in Vorbereitung); *Wenger*, Zu Interessenkonflikten der Aufsichtsratsmitglieder und zur Inkompatibilität von Ämtern, RWZ 2002, 1 (1 ff); jeweils mit umfangreichen Nachweisen.

mitglied der Gesellschaft angehört, es sei denn, eine der Gesellschaften ist mit der anderen konzernmäßig verbunden oder an ihr unternehmerisch beteiligt (§ 228 Abs 1 UGB). Auf die Höchstzahlen nach § 30a Abs 2 Z 1 GmbHG bzw § 86 Abs 2 Z 1 AktG sind nach § 30a Abs 3 GmbHG bzw § 86 Abs 3 AktG bis zu 10 Sitze in Aufsichtsräten, in die das Mitglied gewählt oder entsandt ist, um die wirtschaftliche Interessen des Bundes, eines Landes, eines Gemeindeverbandes, einer Gemeinde oder eines mit der Gesellschaft konzernmäßig verbundenen oder an ihr unternehmerisch beteiligten Unternehmens (§ 228 Abs 1 UGB) zu wahren, nicht anzurechnen. Für börsennotierte Gesellschaften bestimmt § 86 Abs 4 AktG, dass Mitglied des Aufsichtsrats nicht sein kann, wer bereits in 8 börsennotierten Gesellschaften Aufsichtsratsmitglied ist, wobei die Tätigkeit als Vorsitzender doppelt auf diese Höchstzahl anzurechnen ist. Die Tätigkeit als Verwaltungsmitglied (§§ 38 ff SEG) ist der Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied gleichzuhalten (§ 30a Abs 4 GmbHG bzw § 86 Abs 5 AktG). Nach § 30e Abs 1 Satz 1 GmbHG können Aufsichtsratsmitglieder nicht zugleich Geschäftsführer oder dauernd Vertreter von Geschäftsführern der Gesellschaft oder ihrer Tochterunternehmen (§ 228 Abs 3 UGB) sein. Nach § 90 Abs 1 Satz 1 AktG können Aufsichtsratsmitglieder nicht zugleich Vorstandsmitglieder oder dauernd Vertreter von Vorstandsmitgliedern der Gesellschaft oder ihrer Tochterunternehmen (§ 228 Abs 3 UGB) sein. Aufsichtsratsmitglieder können schließlich auch nicht als Angestellte die Geschäfte der Gesellschaft führen (§ 30e Abs 1 Satz 2 GmbHG bzw § 90 Abs 1 Satz 2 AktG). Weitere Inkompatibilitäten finden sich im ÖCGK sowie in Sondergesetzen.

Mangels Lücke scheidet die analoge Anwendung der gesetzlichen Inkompatibilitätsbestimmungen generell auf Konstellationen, in denen die Gefahr eines Interessenkonflikts besteht, aus.⁶⁶³ Das Vorliegen gesetzlicher Bestimmungen zu Interessenkonflikten lässt sich nämlich dahingehend interpretieren, dass der Gesetzgeber die Entstehung und das Bestehen von Interessenkonflikten keinesfalls verbietet, sie vielmehr in Kauf nimmt.⁶⁶⁴ Zu verneinen ist weiters die generelle Erstreckung der gesetzlichen Inkompatibilitätsbestimmungen auf Fälle, in denen Personen mehrere Organfunktionen in unterschiedli-

⁶⁶³ Vgl Frotz/Schörghofer in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat (in Vorbereitung) mwN.

⁶⁶⁴ Vgl Frotz/Schörghofer in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat (in Vorbereitung) mwN.

chen Gesellschaften ausüben.⁶⁶⁵ Dagegen spricht, dass der Gesetzgeber bloß einzelne Mehrorganschaften durch Inkompatibilitätsbestimmungen verboten, Mehrorganschaften aber nicht generell untersagt hat.⁶⁶⁶ Zuletzt wird die Frage der analogen Anwendung der gesetzlichen Inkompatibilitätsbestimmungen auf Doppelmandate in konkurrierenden Unternehmen diskutiert. Ein solches Verbot findet sich im ÖCGK. Nach dessen C-Regel 45 dürfen Aufsichtsratsmitglieder keine Organfunktionen in anderen Gesellschaften wahrnehmen dürfen, die zum Unternehmen in Wettbewerb stehen. Auch diese Analogie scheidet mangels Lücke aus. Der Gesetzgeber hat im Rahmen des GesRÄG 2005⁶⁶⁷ die Inkompatibilitätsbestimmungen des AktG und GmbHG novelliert. Obwohl dem Gesetzgeber das Problem von Doppelmandaten in konkurrierenden Unternehmen dem Gesetzgeber des GesRÄG 2005 bekannt gewesen sein musste (die C-Regel 45 ÖCGK war bereits Bestandteil der ersten Fassung des ÖCGK aus dem Jahr 2002), sah er kein Verbot der Ausübung einer Organfunktion in einem konkurrierenden Unternehmen vor.⁶⁶⁸ Vielmehr ist das interessenverfangene (potentielle) Aufsichtsratsmitglied im Fall der „Tätigkeit in einem Konkurrenzunternehmen“ ausweislich der Materialien⁶⁶⁹ bloß dazu verpflichtet, die Transparenzbestimmung in § 87 Abs 2 AktG bzw § 30b Abs 1a GmbHG einzuhalten, dh die Gesellschafter über diesen Umstand aufzuklären.

⁶⁶⁵ So auch *Frotz/Schörghofer*, Interessenkonflikte im Aufsichtsrat, in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat (in Vorbereitung); *Schopper* in FS Kalus 477 (479 f); jeweils mwN.

⁶⁶⁶ Vgl auch *Frotz/Schörghofer* in *Kalss/Kunz*, Handbuch Aufsichtsrat (in Vorbereitung); *Schopper* in FS Kalus 477 (480).

⁶⁶⁷ Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 2005 – GesRÄG 2005, BGBl I 2005/59; vgl für einen Überblick *Dorda/Aigner*, Wesentliche Neuerungen des geplanten GesRÄG 2005 (I), *ecolex* 2005, 42 (42 ff); *Dorda/Aigner*, Wesentliche Neuerungen des geplanten GesRÄG 2005 (II), *ecolex* 2005, 127 (127 ff); *Egermann*, GesRÄG 2005 – Zu den geplanten Änderungen beim Aufsichtsrats, RdW 2005/101, 66 (66 ff); *Fida/Steindl*, Neues für den Aufsichtsrat. Änderungen durch das Gesellschaftsänderungsgesetz 2005, SWK 2005, W 105 (W 105 ff); *Luschin*, GesRÄG 2005 – Zwischen Corporate Governance und Aktiengesetz, GeS 2005, 150 (150 ff); *Potyka*, Das Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 2005, ÖJZ 2006/14, 192 (192 ff); *Reich-Rohrwig/Priemayer*, Wesentliche Neuerungen durch das GesRÄG 2005 (Update), *ecolex* 2005, 618 (618 ff); *Reiter*, Das Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 2005 GesRÄG 2005, RWZ 2005/1, 2 (2 ff).

⁶⁶⁸ Vgl auch *Fida/Steindl*, Konkurrenten im Aufsichtsrat, GeS 2005, 356 (357 f); *Frotz/Schörghofer* in *Kalss/Kunz*, Handbuch Aufsichtsrat (in Vorbereitung).

⁶⁶⁹ EBRV 927 BlgNR XXII. GP 8; vgl auch *Fida/Steindl*, GeS 2005, 356 (358).

cc. Wettbewerbsverbot

Weitere Schranken für Organverflechtungen können sich aus Wettbewerbsverboten ergeben. § 24 Abs 1 GmbHG normiert, dass die Geschäftsführer ohne Einwilligung der Gesellschaft weder Geschäfte in deren Geschäftszweig für eigene oder fremde Rechnung machen, noch sich bei einer Gesellschaft des gleichen Geschäftszweigs als persönlich haftende Gesellschafter beteiligen oder eine Stelle im Vorstand oder Aufsichtsrat oder als Geschäftsführer bekleiden dürfen. Nach § 79 Abs 1 Satz AktG dürfen die Vorstandsmitglieder ohne Einwilligung des Aufsichtsrats weder ein Unternehmen betreiben, noch Aufsichtsratsmandate in Unternehmen annehmen, die mit der Gesellschaft nicht konzernmäßig verbunden sind oder an denen die Gesellschaft nicht unternehmerisch beteiligt (§ 228 Abs 1 UGB) ist, noch im Geschäftszweig der Gesellschaft für eigene oder fremde Rechnung Geschäfte machen. Weiters dürfen sie sich nach § 79 Abs 1 Satz 2 AktG auch nicht an einer anderen unternehmerisch tätigen Gesellschaft als persönlich haftende Gesellschafter beteiligen. Von der hL⁶⁷⁰ wird das Wettbewerbsverbot auf Geschäftsführungs- und Vorstandsmandate in anderen Gesellschaften erstreckt. Weiters wird seine analoge Anwendung auf die Übernahme vergleichbarer Mandate in Aufsichtsorganen konzernfremder ausländischer Gesellschaften sowie auf die Tätigkeit als Vorstandsmitglied einer konzernfremden Privatstiftung vertreten.⁶⁷¹ Im Fall eines Verstoßes kommen Schadenersatzpflichten der zuwiderhandelnden Organe bzw deren Abberufung in Betracht. Weiters normieren § 24 Abs 3 GmbH bzw § 79 Abs 2 AktG Eintritts- bzw Herausgaberechte.

c. Auswirkungen von Organverflechtungen auf die Zurechnung von Repräsentanten

Als nächstes ist die Frage nach den Auswirkungen von Organverflechtungen auf die Zurechnung von Repräsentanten zu stellen. Auf den in dieser Arbeit interessierenden Fall der Haftung der Gesellschafter wegen grob fahrlässiger Beeinträchtigung von Gläubiger-

⁶⁷⁰ Vgl nur Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR Rz 3/397 mwN.

⁶⁷¹ Schopper in FS Kalus 477 (481).

interessen iSd § 159 StGB umgelegt, geht es um die Frage, ob ein GmbH-Gesellschafter auch dann für sein Organ haftet, wenn dieses gleichzeitig Organ der GmbH ist.⁶⁷²

Wie oben ausgeführt setzt die Haftung für Handlungen des Machthabers voraus, dass das schädigende Verhalten in Ausführung einer dem Machthaber übertragenen Aufgabe gesetzt wird (s Kap VI. C. 3. 4.). Dieses Kriterium dient nicht nur der Abgrenzung zwischen der Tätigkeit als Repräsentant und Handlungen, die dem Privatbereich zuzuordnen sind, sondern ist auch bei Organverflechtungen nutzbar zu machen.⁶⁷³ Es folgt, daraus, dass der Muttergesellschaft ihr Organ, das gleichzeitig Organ der Tochtergesellschaft ist, nur dann zugerechnet wird, wenn dieses in Ausführung einer von beiden Gesellschaften gleichzeitig übertragenen Aufgabe handelt.⁶⁷⁴ Eine Zurechnung zur Muttergesellschaft wird in den in dieser Arbeit interessierenden Sachverhalten, dh im Zusammenhang mit der Prüfung der Haftung von Gesellschaftern gegenüber Gesellschaftsgläubigern, daher regelmäßig ausscheiden.⁶⁷⁵

⁶⁷² Der OGH ist auf diesen Problembereich in den „Eumig-Entscheidungen“ (OGH 14.7.1986, 1 Ob 571/86, JBl 1986, 713 mit Anmerkung *Reich-Rohrwig* = ZIP 1987, 702 mit Anmerkung *Honsell*; OGH 9.2.1988, 6 Ob 508, 509/86, ÖBA 1988, 828 mit Anmerkung *Apathy* = wbl 1988, 129 mit Anmerkung *Wilhelm*) nicht eingegangen.

⁶⁷³ Vgl nur BGH 26.3.1984, II ZR 171/83, BGHZ 90, 381 (398); *F. Bydlinski* in 25 Jahre Karlsruher Forum 1983, 9 (10); *Kalss/Eckert* in *Brandl/Kalss/Lucius/Oppitz/Saria*, Kapitalmarktrecht 3, 92 (108 ff); *Schopper* in FS Kalus 477 (491 ff) mwN, der die Zurechnungsregeln des VbVG nutzbar macht. Wie weiter oben begründet (s Kap VI. 5.) scheidet das Heranziehen der Zurechnungsregeln des VbVG im Rahmen der schadenersatzrechtlichen Zurechnung jedoch aufgrund der unterschiedlichen Wertungen aus. Dies gilt auch für die Zurechnung bei Organverflechtungen.

⁶⁷⁴ Vgl nur *Kort* in *GroßK AktG*⁴ § 76 Rz 174; *Mertens/Cahn* in *KK AktG*³ § 76 Rz 73; *Spindler* in *MünchKomm AktG*³ § 76 Rz 59; vgl auch *G. Frotz*, Grundsätzliches zur Haftung von Gesellschaftsorganen und für Gesellschaftsorgane, *GesRZ* 1982, 98 (105 f); *Kalss/Eckert* in *Brandl/Kalss/Lucius/Oppitz/Saria*, Kapitalmarktrecht 3, 92 (106 ff).

⁶⁷⁵ Vgl *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 577; ausführlich zur Diskussion über die Haftung der Mutter- gegenüber der Tochtergesellschaft vgl nur *Kort* in *GroßK AktG*⁴ § 76 Rz 175 f; *Mertens/Cahn* in *KK AktG*³ § 76 Rz 74 ff; *Riss*, Doppelorganschaft und Treuepflichten. Haftungsfragen bei Kollision organschaftlicher Treuepflichten infolge mehrfacher Organstellung (2008) 79 ff; *Schopper* in FS Kalus 477 (477 ff); *Ulmer*, Zur Haftung der abordnenden Körperschaft nach § 31 BGB für Sorgfaltsverstöße des von ihr benannten Aufsichtsratsmitglieds, in FS Stimpel (1985) 705 (705 ff); jeweils mwN.

D. Zwischenergebnis

Eine Haftung des Gesellschafters für seine Gehilfen wird regelmäßig an den Voraussetzungen des § 1315 ABGB (Untüchtigkeit, wissentliche Gefährlichkeit) scheitern (s Kap VI. B.). In Betracht kommt jedoch die Haftung für Repräsentanten (s Kap VI. C). Das Inkrafttreten des VbVG hat diesbezüglich keine Änderung gebracht (s Kap VI. C. 5.). Weder kann das VbVG zur Feststellung der Lückenhaftigkeit der schadenersatzrechtlichen Zurechnungsregeln herangezogen (s Kap VI. C. 5. b.) noch im Rahmen der einfachen Auslegung des Begriff des Machthabers fruchtbar gemacht werden (s Kap VI. C. 5. B.). Im Fall von Organverflechtungen wird der Muttergesellschaft ihr Organ, das gleichzeitig Organ der Tochtergesellschaft ist, nur dann zugerechnet, wenn dieses in Ausführung einer von beiden Gesellschaften gleichzeitig übertragenen Aufgabe handelt (s Kap VI. C. 6.).

VII. Die Gesellschafterhaftung *qua* § 159 StGB im System des kapitalgesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes

A. Der Haftungsausschluss nach § 61 Abs 2 GmbHG und seine Grenzen

Wie in der Einleitung zu dieser Arbeit ausgeführt (s Kap I. A.), haftet den Gläubigern für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft nach § 61 Abs 2 GmbHG nur das Gesellschaftsvermögen. Zumindest bei rein formaler Betrachtung steht diese Bestimmung einer Schadenersatzhaftung der Gesellschafter im Fall grob fahrlässiger Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen iSd § 159 StGB nicht entgegen.⁶⁷⁶ Der in § 61 Abs 2 GmbHG ausdrücklich hervorgehobene Haftungsausschluss zugunsten der Gesellschafter bedeutet nämlich nur, dass sich aus der bloßen Gesellschafterstellung keine Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten, also für Verbindlichkeiten, die von der Gesellschaft eingegangen oder in ihrer Person entstanden sind, ableiten lässt.⁶⁷⁷ Hingegen wird eine Haftung der Gesellschafter aus eigener unerlaubter Handlung nicht ausgeschlossen. Wenn ein Gesellschafter seine gesetzlichen oder gesellschaftsvertraglichen Verpflichtungen verletzt oder wenn er sonst nach allgemeinen Regeln Haftungstatbestände verwirklicht, kann es durchaus zu Schadenersatzpflichten kommen.⁶⁷⁸ Es handelt sich dann ja gerade nicht um Verbindlichkeiten **der Gesellschaft**, sondern vielmehr um Verbindlichkeiten **der Gesellschafter** selbst.⁶⁷⁹ § 61 Abs 2 GmbHG ordnet keineswegs an, dass die Gesellschafter einer GmbH keiner wie immer gearteten Haftung unterliegen und von der Erfüllung ihrer rechtlichen Pflichten befreit sind.⁶⁸⁰

Offensichtlich ist aber, dass bei einer weitgehenden deliktischen Haftung der Gesellschafter die Gefahr eines wertungsmäßigen Widerspruchs mit dem im § 61 Abs 2 GmbH

⁶⁷⁶ Karollus, ÖBA 1990, 337 (348).

⁶⁷⁷ OGH 12.4.2001, 8 ObA 98/00w, SZ 74/65; Karollus, ÖBA 1990, 337 (348).

⁶⁷⁸ OGH 12.4.2001, 8 ObA 98/00w, SZ 74/65; Karollus, ÖBA 1990, 337 (348 f).

⁶⁷⁹ Karollus, ÖBA 1990, 337 (348 f).

⁶⁸⁰ Karollus, ÖBA 1990, 337 (348).

normierten „Haftungsprivileg“ der Gesellschafter nicht von der Hand zu weisen ist.⁶⁸¹ Dieses Spannungsfeld ist vor allem bei der Kridahaftung gegeben. Diese ist auf die Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger ausgerichtet und läuft im Ergebnis auf eine (Teil-)Haftung des Gesellschafters für die Schulden der Gesellschaft hinaus.⁶⁸² Sehr plastisch wird in diesem Zusammenhang von einer „*verschleierte Haftungserstreckung*“ gesprochen und überzeugend ausgeführt, dass die persönliche Haftung für spezielle Verhaltenspflichten nur scheinbar mit der Haftungserstreckung für Schulden der Gesellschaft nichts zu tun habe. Bei der Kridahaftung beziehe sich die verletzte Pflicht unmittelbar auf die Unzulänglichkeit des Haftungsfonds und den Forderungsausfall der Gläubiger.⁶⁸³ Besteht nun aber ein wertungsmäßiger Widerspruch zwischen § 61 Abs 2 GmbHG und der Gesellschafterhaftung über § 159 StGB?

Zur Beantwortung dieser Frage muss etwas weiter ausgeholt werden. Wie überzeugend herausgearbeitet wurde, bezweckt die Haftungsbeschränkung bei Privatgesellschaften⁶⁸⁴, das unternehmerische Risiko zu sozialisieren und damit privates Wirtschaften zu fördern sowie an die Stelle der in diesem Zusammenhang unangemessenen unbegrenzten Vermögenshaftung bei Verwirklichung unternehmerischen Risikos eine beschränkte Vorratsschuld (Vermögen der Gesellschaft) ergänzt durch eine Verschuldenshaftung für die Zerstörung der finanziellen Leistungsfähigkeit der Gesellschaft zu setzen.⁶⁸⁵ Daraus erhellt, dass die Geschäftstätigkeit dann einzustellen ist, wenn die Gesellschaft insolvent ist, also *maW* die Vorräte aufgebraucht sind.⁶⁸⁶ Die Insolvenzgrenze ist die wichtigste Grenze der Haftungsbeschränkung.⁶⁸⁷ Sie kann unter anderem⁶⁸⁸ durch Haftungen abgesichert werden.⁶⁸⁹ Es greift hier die Haftung für Insolvenzverschleppung; gehaftet wird,

⁶⁸¹ Vgl. Karollus, ÖBA 1990, 337 (349).

⁶⁸² Vgl. Karollus, ÖBA 1990, 337 (349).

⁶⁸³ G. H. Roth, Produkthaftung und Haftungsdurchgriff, GesRZ 1988, 119 (121 f).

⁶⁸⁴ Zum Begriff der Privatgesellschaft s. Schall, Gläubigerschutz 286 ff, insb 294.

⁶⁸⁵ Schall, Gläubigerschutz 294 ff mwN auch zu abweichenden Meinungen.

⁶⁸⁶ Schall, Gläubigerschutz 306, 320.

⁶⁸⁷ Schall, Gläubigerschutz 320.

⁶⁸⁸ Weiters zu nennen sind Eingriffsrechte gesicherter Gläubiger, Gläubigerantragsrechte sowie Anreize zu freiwilliger Verfahrenseinleitung (Schall, Gläubigerschutz 332).

⁶⁸⁹ Schall, Gläubigerschutz 332.

wenn nicht rechtzeitig die unternehmerische Tätigkeit eingestellt wird.⁶⁹⁰ Neben der Haftung für Insolvenzverschleppung spielt die Haftung für Insolvenzverursachung und -verschlimmerung eine wichtige Rolle.⁶⁹¹ Haftungsadressaten sowohl der Haftung für Insolvenzverschleppung als auch der Haftung für Insolvenzverursachung können einerseits die Geschäftsleiter und andererseits die Gesellschafter sein.⁶⁹² Die Haftung letzterer ist notwendig, weil in der Privatgesellschaft die Gesellschafter die Herren des Unternehmens sind.⁶⁹³ Die Notwendigkeit entsprechender Haftungsnormen lässt sich auch durch rechtsökonomische Argumente, namentlich durch die *Principal-agent*-Theorie,⁶⁹⁴ belegen. Je näher die Betreiber der Gesellschaft der Insolvenz kommen, desto geringer wird ihr Anreiz, sich sorgfältig zu verhalten, profitieren sie doch von riskanten Geschäften, während deren Scheitern auf Kosten der Gläubiger geht.⁶⁹⁵ Zu Recht wurde an dieser Argumentation kritisiert, dass sie das Interesse der Gesellschafter an der Rettung des Unternehmens außer Acht lässt.⁶⁹⁶ Als problematisch werden nicht nur risikoreiche Geschäfte auf Kosten der Gläubiger gesehen, sondern darüber hinaus auch existenzvernichtende Eingriffe (s näher dazu Kap VII. B.).⁶⁹⁷

Kommen wir nun auf unsere Ausgangsfrage nach dem Bestehen eines Wertungswiderspruchs zwischen § 61 Abs 2 GmbHG und der Gesellschafterhaftung über § 159 StGB zurück. § 159 StGB kommt – wie in dieser Arbeit gezeigt wurde – als Haftungsgrundlage sowohl für die Haftung der Gesellschafter für Insolvenzverschleppung als auch für jene für Konkursverursachung in Betracht, wobei der Bestimmung freilich im Bereich der Insolvenzverschleppungshaftung § 69 IO den Rang abgelaufen hat (s sogleich Kap VII. C.). Aus all dem wird deutlich, dass die Außenhaftung der Gesellschafter einer GmbH auf

⁶⁹⁰ Schall, Gläubigerschutz 332.

⁶⁹¹ Schall, Gläubigerschutz 307, 322 ff, 332; vgl auch Karollus, ÖBA 1990, 337 (338 f); K. Schmidt, Konkursverschleppungshaftung und Konkursverursachungshaftung, ZIP 1988, 1497 (1504).

⁶⁹² Schall, Gläubigerschutz 332 f.

⁶⁹³ Vgl Schall, Gläubigerschutz 332.

⁶⁹⁴ Näher zur *Principal-agent*-Theorie in der Kapitalgesellschaft vgl nur Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht⁶ (2009) Rz 1.29 mit zahlreichen Nachweisen.

⁶⁹⁵ Davies, Principles of Modern Company Law⁸ (2008) Rz 9-10; Eckert/Grechenig/Stremitzer, Ökonomische Analyse der Organhaftung, in Kalss, Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern (2005) 95 (127); Schall, Gläubigerschutz 322; jeweils mwN.

⁶⁹⁶ Schall, Gläubigerschutz 322 ff.

⁶⁹⁷ Schall, Gläubigerschutz 322 ff.

Grundlage des § 159 StGB keineswegs den Wertungen des Haftungsausschlusses in § 61 Abs 2 GmbHG widerspricht.⁶⁹⁸ Das freie Wirtschaften mit beschränkter Haftung endet nämlich im Zeitpunkt der Insolvenz der Gesellschaft. In ihrer Ausgestaltung als Insolvenzverschleppungshaftung dient die Gesellschafterhaftung *qua* § 159 StGB der Absicherung der Insolvenzgrenze. Und auch soweit sie an die Konkursverursachung Haftungsfolgen knüpft, steht sie dem Haftungsprivileg der GmbH-Gesellschafter nicht entgegen, erfährt dieses doch insofern eine Einschränkung, als die Gesellschafter die finanzielle Leistungsfähigkeit der Gesellschaft nicht zerstören dürfen.⁶⁹⁹

Der Anwendungsbereich der Außenhaftung der GmbH-Gesellschafter über § 159 StGB überschneidet sich teilweise mit dem Anwendungsbereich anderer Tatbestände. Im Folgenden wird die in dieser Arbeit untersuchte Haftung bei grob fahrlässiger Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen iSd § 159 von den folgenden Haftungsgrundlagen abgegrenzt, die sowohl in der Rsp der Höchstgerichte als auch im Schrifttum großen Raum einnehmen, nämlich von der Haftung wegen Existenzvernichtung (s Kap VII. B.), der Haftung wegen Konkursverschleppung (s Kap VII. C.) sowie vom Haftungsdurchgriff (s Kap VII. D.).

B. Abgrenzung zur Haftung wegen Existenzvernichtung

In Deutschland haben L⁷⁰⁰ und Rsp⁷⁰¹ als Nachfolger der Haftung im qualifiziert faktischen Konzern⁷⁰² den Tatbestand der Existenzvernichtungshaftung entwickelt. Die Haftung wegen Existenzvernichtung hat sich seit der grundlegenden „*Bremer-Vulkan-Entscheidung*“⁷⁰³ des BGH im Jahr 2001 von einer Fallgruppe des (echten) Haftungs-

⁶⁹⁸ Vgl auch *Karollus*, ÖBA 1990, 337 (349 ff).

⁶⁹⁹ Vgl *Schall*, Gläubigerschutz 332, 334.

⁷⁰⁰ Vgl für Nachweise aus der ausufernden Lit etwa *Altmeyen* in *Roth/Altmeyen*, GmbHG⁶ § 13 Rz 72 ff; *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG¹⁹ § 13 Rz 57 ff.

⁷⁰¹ Vgl für eine Judikaturübersicht etwa *Altmeyen* in *Roth/Altmeyen*, GmbHG⁶ § 13 Rz 72 ff; *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG¹⁹ § 13 Rz 57 ff.

⁷⁰² Vgl nur *Altmeyen* in *Roth/Altmeyen*, GmbHG⁶ Anh 13 Rz 145 ff; *K. Schmidt*, GesR⁴, 1224 ff; *Henze*, Der qualifiziert faktische GmbH-Konzern (I), *ecolex* 1994, 392 (392 ff); *ders*, Der qualifiziert faktische GmbH-Konzern (II), *ecolex* 1994, 466 (466 ff); jeweils mwN.

⁷⁰³ BGH 17.9.2001, II ZR 178/99, BGHZ 149, 10 (Bremer Vulkan); vgl zu dieser Entscheidung etwa *Altmeyen*, Grundlegend Neues zum „qualifiziert faktischen“ Konzern und zum Gläubigerschutz in der Einmann-GmbH, ZIP 2001, 1837 (1837 ff); *K. Schmidt*, Gesellschaft-

durchgriffs (s. sogleich Kap. VII. D.) zu einer deliktischen Haftung gewandelt.⁷⁰⁴ Seit der *Trihotel-Entscheidung*⁷⁰⁵ des BGH vom 16.7.2007 haften Gesellschafter der Gesellschaft gegenüber (Innenhaftung) für zur Insolvenz führende oder diese vertiefende Eingriffe in das Gesellschaftsvermögen wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung (§ 826 BGB).

Die Übertragbarkeit dieser Jud. auf die österreichische Rechtslage ist umstritten. ME stehen der Anwendung des von der deutschen Rsp. und L. entwickelten Haftungsregimes keine prinzipiellen Bedenken entgegen.⁷⁰⁶ Allerdings verbleibt der Existenzvernichtungshaftung nach österreichischer Rechtslage wohl kaum ein Anwendungsbereich. Zunächst ist der Ruf nach einer Haftung für existenzvernichtende Eingriffe in Österreich zunächst aufgrund der strengeren österreichischen Kapitalerhaltungsregeln nicht so laut wie in

terhaftung und „Konzernhaftung“ bei der GmbH, NJW 2001, 49 (49 ff); *Ulmer*, Von „TBB“ zu „Bremer Vulkan“ – Revolution oder Evolution? ZIP 2001, 2021 (2021 ff).

⁷⁰⁴ Vgl. für eine Übersicht über die Entwicklung der Existenzvernichtungshaftung etwa *Altmeppen* in *Roth/Altmeppen*, GmbHG⁶ § 13 Rz 72 ff; *Gehrlein*, Die Existenzvernichtungshaftung im Wandel der Rechtsprechung, WM 2008, 761 (761 ff); jeweils mwN.

⁷⁰⁵ BGH 16.7.2007, II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 = RIW 2007, 781 mit Anmerkung *Sester* (Trihotel); vgl. zu dieser Entscheidung etwa *Altmeppen*, Abschied vom „Durchgriff“ im Kapitalgesellschaftsrecht, NJW 2007, 37 (37 ff); *Dauner-Lieb*, Die Existenzvernichtungshaftung als deliktische Innenhaftung gemäß § 826 BGB, ZGR 2001, 34 (34 ff); *Gehrlein*, WM 2008, 761 (761 ff); *Habersack*, Trihotel – Das Ende der Debatte? ZGR 2008, 533 (533 ff); *Osterloh-Konrad*, Abkehr vom Durchgriff: Die Existenzvernichtungshaftung des GmbH-Gesellschafters nach „Trihotel“, ZHR 172 (2008), 274 (274 ff); *Rubner*, Die Haftung wegen sittenwidriger vorsätzlicher Existenzvernichtung, Der Konzern 2007, 635 (635 ff); *Schaefer/Steinmetz*, Neue Haftungsgrundlage für den existenzvernichtenden Eingriff, WM 2007, 2265 (2265 ff); *Schall*, Gläubigerschutz 220 ff; *Schanze*, Gesellschafterhaftung für unlautere Einflussnahmen nach § 826 BGB: die Trihotel-Doktrin des BGH, NZG 2007, 681 (681 ff); *Schwab*, Die Neuauflage der Existenzvernichtungshaftung: Kein Ende der Debatte! ZIP 2008, 341 (341 ff); *Vetter*, die neue dogmatische Grundlage des BGH zur Existenzvernichtungshaftung, BB 2007, 1965 (1965 ff); *Weller*, Die Neuausrichtung der Existenzvernichtungshaftung durch den BGH und ihre Implikationen für die Praxis, ZIP 207, 1681 (1681 ff); vgl. weiters *Haas*, Ist das Trihotel-Haftungsmodell Vorbild auch für andere dem Schutz der Gläubigergesamtheit dienende Haftungsansprüche? ZIP 2009, 1257 (1257 ff).

⁷⁰⁶ Die Übertragbarkeit erwägend auch *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR 3/832; vgl. auch (zur „alten“ deutschen Rsp., die die Existenzvernichtungshaftung als [echten] Haftungsdurchgriff betrachtete) *Artmann* in *Kalss/Rüffler*, GmbH-Konzernrecht 87 (87 ff); *Koppensteiner*, JBl 2006, 681 (681 ff); *ders.*, „Existenzvernichtung“ der GmbH durch ihren einzigen Gesellschafter. Eine rechtsvergleichende Skizze, in FS Honsell (2002) 607 (622); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 61 Rz 37c; *Schopper/Strasser*, Konturen einer Existenzvernichtungshaftung in Österreich, GesRZ 2005, 176 (176 ff); *Vavrovsky*, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern, in *Vavrovsky*, Handbuch Konzernhaftung (2008) 9 (9 ff); aA *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (96 ff); *ders.*, JBl 2006, 809 (809 ff). Für einen „echten“ Haftungsdurchgriff tritt nach wie vor *Koppensteiner* (JBl 2008, 749 [749 ff]) ein.

Deutschland.⁷⁰⁷ Darüber hinaus greift in Österreich eine Haftung über §§ 156 ff StGB,⁷⁰⁸ die – anders als die Haftung wegen Existenzvernichtung in ihrer aktuellen Ausprägung – eine Außenhaftung ist.

C. Abgrenzung zur Haftung wegen Konkursverschleppung

Geschäftsführer⁷⁰⁹ einer zahlungsunfähigen oder überschuldeten GmbH sind nach §§ 69 iVm 66 iVm 67 IO dazu verpflichtet, Konkursöffnung zu beantragen.⁷¹⁰ Nach hA⁷¹¹ ist § 69 IO⁷¹² ein Schutzgesetz zugunsten der Gesellschaftsgläubiger; geschützt werden so-

⁷⁰⁷ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR 3/832; Koppensteiner, JBl 2006, 681 (682); Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 61 Rz 37c; Schopper/Strasser, GesRZ 2005, 176 (184); Schörghofer, Buchbesprechung von Schall, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, GesRZ 2010, 131 (131); U. Torggler, JBl 2006, 85 (96).

⁷⁰⁸ Vgl Artmann in Kalss/Rüffler, GmbH-Konzernrecht 87 (91 ff); Koppensteiner, JBl 2008, 749 (754 f); ders, JBl 2006, 681 (682, 684 ff, 693); ders in FS Honsell 607 (621); Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 61 Rz 37c; Schörghofer, GesRZ 2010, 131 (131 f); U. Torggler, JBl 2006, 85 (97); ders, JBl 2006, 809 (809 ff).

⁷⁰⁹ Zur Haftung ausgeschiedener Geschäftsführer OGH 22.10.2007, 1 Ob 134/07y, ÖBA 2008, 441; 20.3.2007, 4 Ob 31/07y, GesRZ 2007, 266 mit Anmerkung Schopper = ÖBA 2007, 998 mit Anmerkung Koziol = RWZ 2006/50, 169 mit Anmerkung Wenger; vgl zu dieser Entscheidung auch Dellinger, Fehlentwicklungen bei der Konkursverschleppungshaftung, in FS Straube (2009) 3 (11 ff); K. Schmidt, Anlegerschutz durch Konkursverschleppungshaftung? GesRZ 2009, 317 (317 ff); Schopper, Zur Konkursverschleppungshaftung des ausgeschiedenen Geschäftsführers, GeS 2008, 4 (4 ff). Zur Haftung des Aufsichtsrats wegen Konkursverschleppung vgl nur Schönbacher, Die Haftung des Aufsichtsrats bei Konkursverschleppung. Pflichten und Haftung des Aufsichtsrats bei Krise und Insolvenz (2009) 209 ff.

⁷¹⁰ Näher vgl nur Binder in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung Rz 3/5 ff; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG § 25 Rz 35 ff; Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR 4/503 ff; Umfahrer, GmbH⁶ Rz 249 ff. Vgl für einen Überblick über die Pflichten eines Unternehmensleiters in der Krise Adensamer/Oelkers/Zechner, Geschäftsleiterpflichten in Insolvenznahe, SWI 2005, 437 (437 ff); Viehböck/Linder, Die Leitung eines Unternehmens in der Krise, SWK 2009, W 127 (W 127 ff).

⁷¹¹ Dellinger in Konecny/Schubert, InsolvenzG § 69 Rz 70; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG § 25 Rz 35, 38; Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ § 69 Rz 107; Umfahrer, GmbH⁶ Rz 279; jeweils mwN auch aus der Rsp; vgl auch Reich-Rohrwig in WK GmbHG § 25 Rz 312; (zur Rechtslage vor Einführung des § 69 Abs 5 IO [vgl Kap III. H.]) Dellinger, Haftung 52; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I², 2/451; aA Duursma-Kepplinger, Haftungsordnung IV, 149 ff; Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth, GesR Rz 3003 ff; (zur Rechtslage vor Einführung des § 69 Abs 5 IO) Harrer, Haftungsprobleme 57 ff; Schummer, Eigenkapitalersatz 472 ff; ders in FS Koppensteiner 211 (214 ff).

⁷¹² Vgl zu Entwicklung und Stand der Konkursverschleppungshaftung nach deutscher Rechtslage nur Wagner, Grundfragen der Insolvenzverschleppungshaftung nach der GmbH-Reform, in FS K. Schmidt (2009) 1665 (1666 ff) mit umfangreichen Nachweisen; vgl auch Casper, Haftungsrechtliche Anreizstrukturen der Insolvenzverschleppungshaftung, in Bachmann/Casper/Schäfer/Veil, Steuerungsfunktionen des Haftungsrechts im Gesell-

wohl Alt-⁷¹³ als auch Neugläubiger^{714, 715}. Erstere haben grundsätzlich⁷¹⁶ Anspruch auf den Quotenschaden (zum Begriff des Quotenschadens s Kap III. C. 2.),⁷¹⁷ hinsichtlich des Umfangs des Schadenersatzanspruchs letzterer ist umstritten, ob er den Vertrauensschaden⁷¹⁸ oder ebenfalls den Quotenschaden⁷¹⁹ erfasst. Eine Haftung der Gesellschafter

schafts- und Kapitalmarktrecht (2007) 33 (33 ff) mwN; vgl zur den systematischen Grundlagen der Konkursverschleppungshaftung K. Schmidt, Konkursverschleppungshaftung, oder: Hat das Deliktsrecht versagt? in FS Koziol (2010) 1301 (1302 ff); vgl zur Diskussion auf europäischer Ebene Bachner, Wrongful Trading und Konkursverschleppungshaftung: Überlegungen zu Recht, Sprache und Rechtsangleichung in der EU, GesRZ 2007, 410 (411 ff) mwN; vgl für einen Rechtsvergleich Adensamer/Oelkers/Zechner, Unternehmenssanierung zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht. Eine rechtsvergleichende Analyse mit Länderberichten aus Österreich, Deutschland, Frankreich, Italien, Spanien und Skandinavien (2006) 46 ff; Kalss/Adensamer/Oelkers, Die Rechtspflichten der Geschäftsleiter in der Krise der Gesellschaft sowie damit verbundene Rechtsfolgen im Rechtsvergleich, in Lutter, Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, ZGR Sonderheft 17 (2006) 134 (134 ff).

⁷¹³ Als Altgläubiger bezeichnet man Gläubiger, die ihre Forderung **vor** dem Zeitpunkt erworben haben, zu dem der Konkursantrag pflichtgemäß gestellt werden hätte müssen (Reich-Rohrwig in WK GmbHG § 25 Rz 312).

⁷¹⁴ Als Neugläubiger bezeichnet man Gläubiger, die ihre Forderung **nach** dem Zeitpunkt erworben haben, zu dem der Konkursantrag pflichtgemäß gestellt werden hätte müssen (Reich-Rohrwig in WK GmbHG § 25 Rz 312). Zum Anspruch der Neugesellschafter vgl 20.3.2007, 4 Ob 31/07y, GesRZ 2007, 266 mit Anmerkung Schopper = ÖBA 2007, 998 mit Anmerkung Koziol = RWZ 2006/50, 169 mit Anmerkung Wenger; Dellinger in FS Straube 3 (6 ff); K. Schmidt, GesRZ 2009, 317 (319 f) mwN.

⁷¹⁵ Vgl zur Haftung wegen Konkursverschleppung gegenüber Arbeitnehmern OGH 10.4.2008, 9 ObA 117/06f, ZIK 2008/339, 209; Gerhartl, Schadenersatzanspruch des Arbeitnehmers bei Konkursverschleppung, ZIK 2009/130, 85 (85 ff).

⁷¹⁶ Zu den Ausnahmen vgl Koppensteiner/Rüffler, GmbHG § 25 Rz 38; Reich-Rohrwig in WK GmbHG § 25 Rz 314 f; jeweils mwN.

⁷¹⁷ Binder in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung Rz 3/60; Dellinger, Haftung 52 f; ders in Konecny/Schubert, InsolvenzG § 69 Rz 73 f; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG § 25 Rz 38; Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, GesR 4/509; Reich-Rohrwig in WK GmbHG § 25 Rz 313; ders, GmbH-Recht I², 2/445; Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ § 69 Rz 111; Umfahrer, GmbH⁶ Rz 252.

⁷¹⁸ OGH 23.2.2009, 8 Ob 108/08b, GeS 2009, 269 mit Anmerkung Jauffer; 15.1.2008, 10 Ob 96/07a, ecolex 2008/148, 425 mit Anmerkung Friedl; 22.10.2007, 1 Ob 134/07y, ÖBA 2008, 441; 20.3.2007, 4 Ob 31/07y, GesRZ 2007, 266 mit Anmerkung Schopper = ÖBA 2007, 998 mit Anmerkung Koziol = RWZ 2006/50, 169 mit Anmerkung Wenger (vgl zu dieser Entscheidung auch K. Schmidt, GesRZ 2009, 317 [317 ff]); 22.10.1997, 7 Ob 2339/96p, ecolex 1998, 327; Binder in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung Rz 3/61 ff; Iro, Neue Rechtsprechung des BGH zur Geschäftsführerhaftung wegen Konkursverschleppung, RdW 1994, 270 (271); Karollus, Neues zur Konkursverschleppungshaftung und zur Geschäftsführerhaftung aus culpa in contrahendo (BGH ZIP 1994, 1103), ÖBA 1995, 7 (7 ff); ders, Schutz der Neugläubiger bei Konkursverschleppung: Neuorientierung des BGH und Konsequenzen für Österreich, RdW 1994, 100 (100 f); Reich-Rohrwig in WK GmbHG § 25 Rz 317 f; ders, GmbH-Recht I², 2/445; Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ § 69 Rz 112 ff.

kommt insbesondere in Betracht, wenn sie als faktische Geschäftsführer zu qualifizieren sind.⁷²⁰ Neben der Außenhaftung kommt auch eine Innenhaftung der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft in Betracht.⁷²¹

Nach § 69 Abs 5 IO (vgl zu dieser Bestimmung bereits Kap III. H.) können die Konkursgläubiger Schadenersatzansprüche wegen einer Verschlechterung der Konkursquote infolge einer Verletzung der Konkursantragspflicht erst nach Rechtskraft der Aufhebung des Konkurses geltend machen.⁷²² Diese Bestimmung findet jedenfalls auf Altgläubiger Anwendung.⁷²³ Vertritt man die Auffassung, dass auch Neugläubigern der Quotenschaden zu ersetzen sei, sind auch diese von § 69 Abs 5 IO erfasst;⁷²⁴ kommt man dagegen zum Ergebnis, dass Neugläubiger Anspruch auf den Vertrauensschaden haben, steht § 69 Abs 5 IO einer Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen während des Konkursverfahrens durch die Neugläubiger nicht entgegen.⁷²⁵

Bis zur Kridareform 2000 konnte eine Haftung für Konkursverschleppung auch auf § 159 StGB gestützt werden. Durch die Umgestaltung des § 159 StGB ist diese Doppelgleisigkeit weitgehend weggefallen. Da die bloße Konkursverschleppung nicht

⁷¹⁹ *Dellinger*, Haftung 64 ff; *ders*, Quo vadis Kridahaftung, *ecolex*, 1990, 341 (341 ff); *ders*, Quotenschaden oder Vertrauensschaden? Zum Schutzzweck der Konkursantragspflicht, *wbl* 1996, 173 (173 ff); *ders* in *Konecny/Schubert*, *InsolvenzG* § 69 Rz 87 ff; *ders* in *FS Straube* 3 (4 ff); *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG* § 25 Rz 38; *K. Schmidt* in *FS Koziol* (2010) 1301 (1307 f); *ders* *GesRZ* 2009, 317 (317 f); *ders*, Insolvenzverschleppungshaftung – Haftungsrechtsprechung zwischen Gesellschafts-, Insolvenz- und Zivilrecht, *JB* 2000, 477 (477 ff).

⁷²⁰ OGH 23.2.2009, 8 Ob 108/08b, *GeS* 2009, 269 mit Anmerkung *Jaufer*; 17.12.2007, 8 Ob 124/07d, *GesRZ* 2008, 159 mit Anmerkung *Luschin* = *GeS* 2008, 62 mit Anmerkung *Fantur*; vgl zu dieser Entscheidung auch *Derntl*, Konkursverschleppung: Haftung des faktischen Geschäftsführers für den Vertrauensschaden, *RdW* 2008/339, 379 (379 ff); näher *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, *InsolvenzG* § 69 Rz 113 f; *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ § 69 Rz 173 ff; jeweils mwN; vgl weiters *Luschin*, Zur Konkursantragspflicht bei Kapitalgesellschaften, *ZIK* 1997, 215 (215 ff).

⁷²¹ Näher vgl nur *Binder* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung Rz 3/44 ff; *Dellinger* in *Dellinger/Mohr*, *EKEG* § 69 KO Rz 2.

⁷²² Vgl zur Aktivlegitimation des Masseverwalters nur *Richter*, *ZIK* 2007/65, 42 (42 f) mwN.

⁷²³ OGH 23.2.2009, 8 Ob 108/08b, *GeS* 2009, 269 mit Anmerkung *Jaufer*.

⁷²⁴ *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG* § 25 Rz 38.

⁷²⁵ *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, *InsolvenzG* § 69 Rz 81; *ders* in *Dellinger/Mohr*, *EKEG* § 69 KO Rz 9; *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, *Insolvenzrecht*⁴ § 69 Rz 122; vgl auch *Bollenberger*, Zivilrechtliche Fragen der Wirtschaftskriminalität, in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht*, *Wirtschaftsstrafrecht* (2008) 199.

mehr strafbar ist (s Kap II. C. 3. g.), scheidet § 159 StGB insofern auch als Grundlage für eine zivilrechtliche Haftung aus (s Kap III. 3. c.). Eine Haftung wegen Konkursverschleppung lässt sich nur noch dann auf § 159 StGB gründen, wenn kridaträchtig iSd § 159 Abs 5 StGB (s Kap II. C. 3.) gehandelt worden ist. Daraus folgt, dass die schadenersatzrechtliche Bedeutung des § 159 StGB seit der Kridareform 2000 im Wesentlichen auf den Bereich der Konkursverursachung beschränkt ist.

D. Abgrenzung zum Haftungsdurchgriff

1. Allgemeines

Sowohl bei der im Mittelpunkt dieser Arbeit stehenden Haftung der GmbH-Gesellschafter über § 159 StGB als auch bei den aus den in diesem Kap beschriebenen verwandten Tatbeständen resultierenden Haftungen handelt es sich um deliktische Haftungen. Von der deliktischen Haftung der Gesellschafter ist der sog „Haftungsdurchgriff“⁷²⁶ zu trennen.

Die deliktische Gesellschafterhaftung unterscheidet sich vom Haftungsdurchgriff insofern, als der Gesellschafter für sein **eigenes** (deliktisches) Verhalten und nicht für Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet. Von einer Durchgriffshaftung sollte man demgegenüber nur dann sprechen, wenn der Gesellschafter ausnahmsweise entgegen dem gesetzlichen Haftungsausschluss in § 61 Abs 2 GmbHG für **Verbindlichkeiten der Gesellschaft** eintreten muss. Anspruchsgrundlage bei der Durchgriffshaftung ist die Forderung des Gläubigers gegen die **Gesellschaft** und nicht eigenes, schuldhaftes Verhalten des **Gesellschafters**.⁷²⁷ Dem OGH ist somit zuzustimmen, wenn er klarstellt: „Wird aber Haf-

⁷²⁶ Vom Haftungsdurchgriff ist wiederum der sog „Zurechnungsdurchgriff“ zu unterscheiden. Beim Zurechnungsdurchgriff geht es um die Frage, ob bestimmte Rechtsverhältnisse, Eigenschaften oder Kenntnisse der Gesellschafter auch der Kapitalgesellschaft zugerechnet werden können bzw ob umgekehrt eine Zurechnung solcher Umstände von der Gesellschaft auf einzelne Gesellschafter möglich ist (*U. Torggler, Zurechnungsdurchgriff, in Straube, Fachwörterbuch mwN*). In der L beschäftigt man sich darüber hinaus auch mit der Frage, ob die Gesellschaft in bestimmten Fällen für Gesellschafterverbindlichkeiten haftet („umgekehrter Durchgriff“) (*Harrer, Haftungsprobleme 128 mwN*).

⁷²⁷ Vgl *Jabornegg, Die Lehre vom Durchgriff im Recht der Kapitalgesellschaften, wbl 1989, 43 (47)*; *U. Torggler, JBl 2006, 85 (86)*.

„*tung kraft eigener Schuld geltend gemacht, bedarf es nicht des Durchgriffs.*“⁷²⁸ Und auch der BGH hat konsequenterweise darauf hingewiesen, dass es in diesen Fällen, in denen „*der Gesellschafter aus einem besonderen Rechtsgrunde (Bürgschaft, Schuldbeitritt, Kreditauftrag, Garantievertrag, Verschulden beim Vertragsabschluss oder unerlaubte Handlung) ohnehin haftet*“, nicht um das Durchgriffsproblem geht.⁷²⁹ In Rsp und L hat es sich jedoch eingebürgert Fragen der deliktischen bzw vertraglichen Haftung der Gesellschafter gegenüber Gesellschaftsgläubigern und die Durchgriffsfälle unter der gemeinsamen Überschrift des „Haftungsdurchgriffs“ zu behandeln, wobei die soeben vorgenommene Unterscheidung nicht immer klar und deutlich gemacht wird.⁷³⁰ Manchmal wird in der L dabei zwischen unechter und echter Durchgriffshaftung unterschieden. Dabei wird von unechter Durchgriffshaftung dann gesprochen, wenn die Haftung des Gesellschafters auf einem besonderen Verpflichtungsgrund beruht, es sich also um eine deliktische bzw vertragliche Haftung handelt. Unter einer echten Durchgriffshaftung versteht man die Haftung eines Gesellschafters bei Nichtvorliegen eines besonderen Verpflichtungsgrundes.⁷³¹ *Karsten Schmidt* operiert zwar mit anderen Begriffen, nimmt aber eine im Endergebnis ähnliche Unterscheidung vor. Für ihn handelt es sich zunächst sowohl bei den Fällen der unechten als auch bei den Fällen der echten Durchgriffshaftung um Durchgriffs**probleme**. Unter Durchgriffsproblemen versteht er alle Fallkonstellationen, die die Frage aufwerfen, ob man die juristische Person stets streng von ihren Mitgliedern trennen und den Mitgliedern alle damit verbundenen Rechtsfolgen belassen kann. In weiterer Folge untersucht er, ob es zur Bewältigung der Durchgriffsprobleme der bei der Rechtsfigur der juristischen Person ansetzenden Durchgriffs**methode** (= echte Durchgriffshaftung) bedarf, oder ob solche Probleme auch ohne sie überwunden werden können.⁷³²

⁷²⁸ OGH 20.5.1992, 1 Ob 562/92, SZ 65/76.

⁷²⁹ BGH 14.12.1959, II ZR 187/57, BGHZ 31, 258, 271.

⁷³⁰ Vgl etwa OGH 29.4.2004, 6 Ob 313/03 b, GesRZ 2004, 379 mit Anmerkung *Harrer* = ÖZW 2005, 21 mit Anmerkung *Artmann* = GeS 2005, 19 mit Anmerkung *Fantur* = RWZ 2004, 366 mit Anmerkung *Wenger*.

⁷³¹ Vgl etwa *Krejci*, GesR I 36; *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (86).

⁷³² *K. Schmidt*, GesR⁴, 225.

Der Haftungsdurchgriff zählt zu den „*Dauerbrennern des Gesellschaftsrechts*“⁷³³. Seine dogmatischen Grundlagen sind umstritten.⁷³⁴ Es überzeugt jene Auffassung,⁷³⁵ die den Haftungsdurchgriff mit der teleologischen Reduktion des den Haftungsausschluss normierenden § 61 Abs 2 GmbHG und der gleichzeitigen analogen Anwendung des die unbeschränkte Haftung der OG-Gesellschafter anordnenden § 128 UGB begründet. Bei Fragen des Haftungsdurchgriffs ist generell Zurückhaltung angebracht, besteht doch die Gefahr einer Aushöhlung des Trennungsprinzips sowie des Haftungsausschlusses.⁷³⁶

In Österreich spielt die (echte) Durchgriffshaftung aufgrund der weitgehenden deliktischen Gesellschafterhaftung, insb auch aufgrund der in dieser Arbeit untersuchten Haftung des Gesellschafters im Fall grob fahrlässiger Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen iSd § 159 StGB, seit jeher eine nur geringe Rolle.⁷³⁷ Der Haftungsdurchgriff wird insbesondere bei qualifizierter Unterkapitalisierung (s Kap VII. D. 2.) und Vermögensvermischung diskutiert (s Kap VII. D. 3.).⁷³⁸

2. Haftungsdurchgriff bei qualifizierter Unterkapitalisierung

Der Fallgruppe der qualifizierten Unterkapitalisierung liegt die Überlegung zugrunde, dass die Gesellschafter einer GmbH dann nicht von dem in § 61 Abs 2 GmbHG normier-

⁷³³ U. Torggler, JBl 2006, 85 (85).

⁷³⁴ Grundlegend Drobny, Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften (1959) passim; Serick, Rechtsform und Realität juristischer Personen (1955) passim; vgl für einen Überblick über den Meinungsstand Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG⁶ § 13 Rz 128 f; Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften (2000) 83 ff; Jabornegg, Die Lehre vom Durchgriff im Recht der Kapitalgesellschaften, wbl 1989, 1 (1 ff); ders in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ § 1 Rz 54 ff; Mertens in Hachenburg, GmbHG⁸ Anh § 13 Rz 1 ff; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften (2010) 400 f; Müllhens, Der sogenannte Haftungsdurchgriff im deutschen und englischen Recht. Unterkapitalisierung und Vermögensentzug (2006) 86 ff; U. Torggler, JBl 2006, 85 (86); jeweils mwN.

⁷³⁵ Krejci, GesR I 36; Schopper/Strasser, GesRZ 2005, 176 (178); U. Torggler, JBl 2006, 85 (86) mwN; vgl auch OGH 12.4.2001, 8 ObA 98/00w, SZ 74/65.

⁷³⁶ Vgl Krejci, GesR I 36.

⁷³⁷ Vgl auch OGH 12.4.2001, 8 ObA 98/00w, SZ 74/65; Jabornegg in Jabornegg/Strasser, AktG⁴ § 1 Rz 56; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 61 Rz 34.

⁷³⁸ Vgl für einen Überblick über die im Zusammenhang mit einem Haftungsdurchgriff diskutierten Fallgruppen nur Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 61 Rz 35 ff; Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG⁶ § 13 Rz 132; jeweils mwN. Zur Frage, sich ein Haftungsdurchgriff aus § 16 PHG ergibt vgl nur Karollus, Zivil- und Strafrechtliches zur „Deckungsvorsorge“ (§ 16 ProdHG), RdW 1988, 186 (186 ff); ders, Deckungsvorsorge (§ 16 PHG) und Haftungsdurchgriff, RdW 1989, 123 (123 ff) mwN; G. H. Roth, GesRZ 1988, 119 (119 ff).

ten Haftungsausschluss profitieren sollen, wenn sie die Gesellschaft mit so wenig Eigenkapital ausgestattet haben, dass das Stammkapital seine Garantiefunktion den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber nicht erfüllen kann.⁷³⁹ Eine qualifizierte Unterkapitalisierung liegt nach hL in Deutschland⁷⁴⁰ bei einer „**eindeutig und für Insider klar erkennbar** unzureichenden Eigenkapitalausstattung der Gesellschaft, die einen Misserfolg zu Lasten der Gläubiger bei normalem Geschäftsverlauf mit hoher, das gewöhnliche Geschäftsrisiko deutlich übersteigender Wahrscheinlichkeit erwarten lässt“, ⁷⁴¹ vor. Diskutiert wird sowohl ein Durchgriff bei anfänglicher als auch bei nachträglicher Unterkapitalisierung. Der BGH⁷⁴² lehnt die Unterkapitalisierung als Begründung für einen Haftungsdurchgriff ab. In Österreich wird der Haftungsdurchgriff wegen qualifizierter Unterkapitalisierung von Teilen des Schrifttums⁷⁴³ und vom OGH⁷⁴⁴ anerkannt. Gegen die Zulässigkeit eines Haftungsdurchgriffs wegen qualifizierter Unterkapitalisierung wurde treffend vorgebracht, dass sich dem Gesetz die Wertung, dass das kapitalgesellschaftsrechtliche Haftungsprivileg eine angemessene Kapitalausstattung voraussetzt, nicht entnommen werden kann und die qualifizierte Unterkapitalisierung nur im Fall sittenwidriger Gläubigerschädigung über § 1295 ABGB (s Kap VII. B.) zu einer Ersatzpflicht der Gesellschafter den Gläubigern der Gesellschaft gegenüber führen kann.⁷⁴⁵ Weiters wird kritisiert, dass

⁷³⁹ Ulmer in Hachenburg, GmbHG⁸ Anh § 30 Rz 52.

⁷⁴⁰ Ulmer in Hachenburg, GmbHG⁸ Anh § 30 Rz 55 mwN; vgl für weitere Nachweise zum Haftungsdurchgriff bei Unterkapitalisierung Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG⁶ § 13 Rz 139 ff.

⁷⁴¹ Hervorhebungen im Original.

⁷⁴² BGH 28.4.2008, II ZR 264/06, BGHZ 176, 204 (Gamma) ua; vgl zu dieser Entscheidung Altmeyen, Zur vorsätzlichen Gläubigerschädigung, Existenzvernichtung und materiellen Unterkapitalisierung in der GmbH, ZIP 2008, 1201 (1201 ff); Kleindiek, Materielle Unterkapitalisierung, Existenzvernichtung und Deliktshaftung – GAMMA, NZG 2008, 686 (686 ff); Veil, Gesellschafterhaftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs und materieller Unterkapitalisierung, NJW 2008, 3264 (3264 ff); Waclawik, Die Verantwortlichkeit für existenzvernichtendes Unterlassen. Besprechung des BGH Urteils vom 28.4.2008, II ZR 264/06, DStR 2008, 1293, Gamma, DStR 2008, 1486 (1486 ff).

⁷⁴³ Etwa Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 61 Rz 35; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 48 Rz 12; aA Birkner/Pramberger, Durchgriffshaftung bei qualifizierter Unterkapitalisierung, ZIK 1999, 89 (91); U. Torggler, JBI 2006, 85 (88 ff); kritisch auch Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/826.

⁷⁴⁴ OGH 12.4.2001, 8 ObA 98/00 w, SZ 74/65; 19.12.2002, 2 Ob 308/02m; vgl nunmehr aber OGH 30.9.2009, 9 ObA 125/08k, ecolex 2010, 577 mit Anmerkung Kapsch/Schopper (Die Inanspruchnahme einer englischen Limited könne noch kein Rechtsmissbrauch sein).

⁷⁴⁵ U. Torggler, JBI 2006, 85 (88 ff).

einem Haftungsdurchgriff im Fall qualifizierter Unterkapitalisierung die Wertungen der Kridareform 2000 sowie des EKEG entgegenstehen.⁷⁴⁶ Zu ergänzen ist, dass im Fall nachträglicher Unterkapitalisierung ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr sowie eine zivilrechtliche Haftung über § 156 ff StGB in Betracht kommen.

3. Haftungsdurchgriff bei Vermögensvermischung

Nach hM in Deutschland⁷⁴⁷ und Teilen der österreichischen L⁷⁴⁸ ist ein Haftungsdurchgriff auf die Gesellschafter der GmbH weiters in den Fällen sog Vermögensvermischung zu bejahen. Eine die Haftung der Gesellschafter auslösende Vermögensvermischung liegt nach dem BGH⁷⁴⁹ dann vor, *„wenn die Abgrenzung zwischen Gesellschafts- und Privatvermögen durch eine undurchsichtige Buchführung oder auf andere Weise verschleiert worden ist; denn dann können die Kapitalerhaltungsvorschriften, deren Einhaltung ein unverzichtbarer Ausgleich für die Beschränkung der Haftung auf das Gesellschaftsvermögen (...) ist, nicht funktionieren“*. Es handelt sich hier – plastisch ausgedrückt – somit um Fälle, in denen Gesellschafter und Gesellschaft „aus einem Topf“ wirtschaften.⁷⁵⁰ Der OGH⁷⁵¹ hat einen Haftungsdurchgriff bei Vermögensvermischung anerkannt. Gegen den Haftungsdurchgriff bei Vermögensvermischung wird überzeugend argumentiert, dass jeder Anhaltspunkt dafür fehle, dass die Haftungsbeschränkung unter der ungeschriebenen Bedingung der Ordnungsmäßigkeit der Buchhaltung stehe. Ebenso wenig enthalte das Gesetz eine Stütze für die Annahme, dass Vermögensverlagerungen eine unbeschränkte Gesellschafterhaftung nach sich ziehen. Systemkonform erscheine statt eines Haftungsdurchgriffs eine Verlustausgleichspflicht im Innenverhältnis, die daran anknüpfe, dass derjenige, dem die Unsicherheit über die Verlustursachen zurechenbar sei, das Risiko der Unaufklärbarkeit tragen müsse.⁷⁵² Selbst wenn man die Zulässigkeit eines

⁷⁴⁶ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/826.

⁷⁴⁷ S die Nachweise bei Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG⁶ § 13 Rz 133 ff; Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG¹⁹ § 13 Rz 45.

⁷⁴⁸ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 61 Rz 36 mwN; aA U. Torggler, JBl 2006, 85 (87); kritisch auch Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 48 Rz 17.

⁷⁴⁹ BGH 13.4.1994, II ZR 16/93, BGHZ 125, 366 (368).

⁷⁵⁰ Windbichler, Gesellschaftsrecht²² (2009) 278.

⁷⁵¹ OGH 12.4.2001, 8 ObA 98/00 w, SZ 74/65.

⁷⁵² U. Torggler, JBl 2006, 85 (87) mwN.

Durchgriffs in diesen Fällen bejaht, wird dieser Fallgruppe für das österreichische Recht wohl keine Bedeutung zukommen, werden die einschlägigen Sachverhalte doch regelmäßig eine Haftung der Gesellschafter über § 159 StGB wegen Unterlassung der Führung von Geschäftsbüchern oder Geschäftsbüchern (§ 159 Abs 5 Z 4 StGB) oder der Erstellung von Jahresabschlüssen (§ 159 Abs 5 Z 4 StGB) nach sich ziehen.⁷⁵³ Etwaige verbleibende Lücken kann eine im zivilrechtlichen Kontext zulässige Analogie füllen (s Kap III. G. 3. c.).

4. Zwischenergebnis

Von der deliktischen Haftung der Gesellschafter ist der Haftungsdurchgriff zu trennen. Dieser lässt sich mit der teleologischen Reduktion des den Haftungsausschluss normierenden § 61 Abs 2 GmbHG und der gleichzeitigen analogen Anwendung des die unbeschränkte Haftung der OG-Gesellschafter anordnenden § 128 UGB begründen. Der Haftungsdurchgriff wird insbesondere bei qualifizierter Unterkapitalisierung und Vermögensvermischung diskutiert. Beide Fälle lassen sich auch ohne das Heranziehen eines Haftungsdurchgriffs lösen. Unter anderem greift die Gesellschafterhaftung über § 159 StGB.

E. Zwischenergebnis

Die Außenhaftung der GmbH-Gesellschafter im Fall grob fahrlässiger Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen iSd § 159 StGB widerspricht nicht den Wertungen des Haftungsausschlusses in § 61 Abs 2 GmbHG (s Kap VII. A.).

Die Gesellschafterhaftung über § 159 StGB ähnelt in Ansehung ihres Anwendungsbereichs der Haftung wegen Existenzvernichtung. Die Haftung wegen Existenzvernichtung hat nach österreichischer Rechtslage wohl kaum einen Anwendungsbereich. Unter anderem greift in Österreich eine Haftung über §§ 156 ff StGB (s Kap VII. B.).

Im Bereich der Haftung wegen Konkursverschleppung ist § 159 StGB weitgehend durch § 69 IO als Anspruchsgrundlage verdrängt worden. Eine Haftung wegen Konkursver-

⁷⁵³ Vgl auch Artmann in Kalss/Rüffler, GmbH-Konzernrecht 87 (98 f); Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 61 Rz 33, 36.

schleppung lässt sich nur noch dann auf § 159 StGB gründen, wenn kridaträchtig iSd § 159 Abs 5 StGB gehandelt worden ist.

Von der deliktischen Haftung der Gesellschafter ist der Haftungsdurchgriff zu trennen. Dieser lässt sich mit der teleologischen Reduktion des den Haftungsausschluss normierenden § 61 Abs 2 GmbHG und der gleichzeitigen analogen Anwendung des die unbeschränkte Haftung der OG-Gesellschafter anordnenden § 128 UGB begründen (s Kap VII. D. 1.). Der Haftungsdurchgriff wird insbesondere bei qualifizierter Unterkapitalisierung und Vermögensvermischung diskutiert. Beide Fälle lassen sich auch ohne das Heranziehen eines Haftungsdurchgriffs lösen. Unter anderem gelangt die Gesellschafterhaftung über § 159 StGB zur Anwendung (s Kap VII. D. 2. und 3).

VIII. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

1.

Der Tatbestand der fahrlässigen Krida in § 159 StGB wurde im Rahmen der Kridareform 2000 in „Grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen“ unbenannt und wesentlich umgestaltet. Strafbar ist nur noch grob fahrlässiges Handeln (s Kap II. C. 5.) und die kridaträchtigen Handlungen sind nunmehr taxativ aufgezählt, wobei in der Praxis vor der Kridareform wichtige Tatalternativen nicht aufgenommen wurden (s Kap II. C. 3.). Hervorzuheben ist vor allem der Entfall der Strafbarkeit leichtsinniger oder unverhältnismäßiger Kreditbenutzung oder -gewährung, der Entfall der Strafbarkeit mangelnden Eigenkapitals, wodurch die Auffangfunktion des alten Tatbestands (s Kap II. B. 2.) weggefallen ist sowie schließlich der Entfall der Strafbarkeit der Konkursverschleppung. Insgesamt ist es durch die Kridareform zu einer weitreichenden Entkriminalisierung der ehemals fahrlässigen Krida gekommen.

Die Delikte des § 159 StGB sind Sonderdelikte, wobei als unmittelbarer Täter zunächst nur in Betracht kommt, wer Schuldner ist (s Kap II. C. 2. a.). § 161 Abs 1 StGB erweitert den Anwendungsbereich des § 159 StGB jedoch auf leitende Angestellte. Unter leitenden Angestellten sind nach § 74 Abs 3 Satz 1 StGB Angestellte eines Unternehmens zu verstehen, auf dessen Geschäftsführung ihnen ein maßgeblicher Einfluss zusteht. Ihnen stehen gemäß § 74 Abs 3 Satz 2 StGB Geschäftsführer, Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrats und Prokuristen ohne Angestelltenverhältnis gleich (s Kap II. C. 2. b.). In Betracht kommt weiters die Strafbarkeit als Beitragstäter (s Kap II. C. 2. c.).

2.

§ 159 Abs 1 und 2 StGB sind als Schutzgesetze Grundlage zivilrechtlicher Schadenersatzansprüche geschädigter Gläubiger einer GmbH gegen deren Geschäftsführer. Hat der Geschäftsführer die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft dadurch herbeiführt, dass er kridaträchtig gehandelt hat, hat der Geschäftsführer – vorausgesetzt, es liegen auch die Zurechnungselemente Rechtswidrigkeit und Verschulden vor – Gläubigern, die **vor** der Vornahme der kridaträchtigen Handlung mit der Gesellschaft kontrahiert haben, grundsätzlich den Nichterfüllungsschaden zu ersetzen. Gläubiger, die **nach** Vornahme der

kridaträchtigen Handlung mit der Gesellschaft kontrahiert haben, sind vom Schutzzweck des § 159 Abs 1 StGB nicht erfasst. Im Fall der grob fahrlässigen Vereitelung oder Schmälerung der Gläubigerbefriedigung durch eine kridaträchtige Handlung in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis der Zahlungsunfähigkeit (§ 159 Abs 2 StGB) ist Gläubigern unabhängig davon, ob sie **vor** oder **nach** der Vornahme der kridaträchtigen Handlung mit der Gesellschaft kontrahiert haben, der Quotenschaden zu ersetzen ist. Sowohl eine Handlung des Geschäftsführers als auch eine Unterlassung kann zu einer Schadenersatzpflicht führen. § 69 Abs 5 IO ist analog auch auf Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger auf den Quotenschaden über § 159 StGB anzuwenden (s Kap III. H.).

Die Kridareform 2000 hat auch den Anwendungsbereich der auf § 159 StGB aufbauenden zivilrechtlichen Geschäftsführerhaftung eingeschränkt. Die zivilrechtliche Haftung geht jedoch über die Strafbarkeit hinaus, können Lücken in der zivilrechtlichen Haftung doch im Wege der Analogie gefüllt werden (s Kap III. G. 3.). Das strafrechtliche Analogieverbot gelangt auf die Auslegung eines Schutzgesetzes, das aus einem Straftatbestand abgeleitet wurde, nicht zur Anwendung. § 159 Abs 1 StGB gelangt auch zur Anwendung, wenn durch kridaträchtige Handlungen eine Überschuldung herbeigeführt wurde oder die Zahlungsunfähigkeit verschärft wurde. Weiters sind in der Liste kridaträchtiger Handlungen „vergessene“ Handlungen, die den vorhandenen Handlungen wertungsmäßig entsprechen, soweit es um den zivilrechtlichen Schadenersatz geht, hinzuzufügen. Eine analoge Erweiterung um jene Tatbestandsvarianten, die der Gesetzgeber im Rahmen der Kridareform 2000 gerade straffrei stellen wollte, ist mangels Vorliegen einer Lücke jedoch zu verneinen.

3.

Eine zivilrechtliche Haftung von Gesellschaftern gegenüber Gesellschaftsgläubigern kommt in Betracht, wenn Gesellschafter Angestellte des Unternehmens sind und ihnen auf dessen Geschäftsführung ein maßgeblicher Einfluss zusteht.

Gesellschafter einer GmbH haften Gläubigern gegenüber weiters, wenn sie gleichzeitig Geschäftsführer der GmbH sind. Daneben haften sie als faktische Geschäftsführer, wenn ihnen ein maßgeblicher Einfluss auf die Geschäftsführung zukommt. GmbH-

Gesellschafter treffen grundsätzlich keine Handlungspflichten. Eine ausnahmsweise Handlungspflicht kann sich aus gefahrbe gründendem Vorverhalten ergeben.

4.

Die Strafbarkeit als Beteiligter an § 159 StGB setzt voraus, dass der Beteiligte eine eigene deliktstypische Sorgfaltspflicht verletzt. Damit ist das Erfordernis der objektiven Sorgfaltswidrigkeit gemeint, das bei Fahrlässigkeitsdelikten immer in der Person des Täters vorliegen muss. Geht es um die Beteiligung eines *extraneus* muss der Unrechtsgehalt seiner Tat darüber hinaus jener eines *intraneus* entsprechen.

Eine Haftung von GmbH-Gesellschaftern kommt auch als Beitragstäter in Betracht. Auf das Ausmaß ihrer Beteiligung kommt es dabei nicht an, vielmehr ergeben sich deliktstypische Sorgfaltspflichten bereits aus der Möglichkeit, an einem Weisungsbeschluss teilzunehmen.

5.

Eine Haftung des Gesellschafters für seine Gehilfen wird regelmäßig an den Voraussetzungen des § 1315 ABGB (Untüchtigkeit, wissentliche Gefährlichkeit) scheitern (s Kap VI. B.). In Betracht kommt jedoch die Haftung für Repräsentanten (s Kap VI. C.). Das Inkrafttreten des VbVG hat diesbezüglich keine Änderung gebracht (s Kap VI. C. 5.). Weder kann das VbVG zur Feststellung der Lückenhaftigkeit der schadenersatzrechtlichen Zu rechnungsregeln herangezogen (s Kap VI. C. 5. b.) noch im Rahmen der einfachen Auslegung des Begriff des Machthabers fruchtbar gemacht werden (s Kap VI. C. 5. B.). Im Fall von Organverflechtungen wird der Muttergesellschaft ihr Organ, das gleichzeitig Organ der Tochtergesellschaft ist, nur dann zugerechnet, wenn dieses in Ausführung einer von beiden Gesellschaften gleichzeitig übertragenen Aufgabe handelt (s Kap VI. C. 6.).

6.

Die Außenhaftung der GmbH-Gesellschafter im Fall grob fahrlässiger Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen iSd § 159 StGB widerspricht nicht den Wertungen des Haftungsausschlusses in § 61 Abs 2 GmbHG (s Kap VII. A.).

Die Gesellschafterhaftung über § 159 StGB ähnelt in Ansehung ihres Anwendungsbereichs der Haftung wegen Existenzvernichtung. Die Haftung wegen Existenzvernichtung hat nach österreichischer Rechtslage wohl kaum einen Anwendungsbereich. Unter anderem greift in Österreich eine Haftung über §§ 156 ff StGB (s Kap VII. B.).

Im Bereich der Haftung wegen Konkursverschleppung ist § 159 StGB weitgehend durch § 69 IO als Anspruchsgrundlage verdrängt worden. Eine Haftung wegen Konkursverschleppung lässt sich nur noch dann auf § 159 StGB gründen, wenn kridaträchtig iSd § 159 Abs 5 StGB gehandelt worden ist.

Von der deliktischen Haftung der Gesellschafter ist der Haftungsdurchgriff zu trennen. Dieser lässt sich mit der teleologischen Reduktion des den Haftungsausschluss normierenden § 61 Abs 2 GmbHG und der gleichzeitigen analogen Anwendung des die unbeschränkte Haftung der OG-Gesellschafter anordnenden § 128 UGB begründen (s Kap VII. D. 1.). Der Haftungsdurchgriff wird insbesondere bei qualifizierter Unterkapitalisierung und Vermögensvermischung diskutiert. Beide Fälle lassen sich auch ohne das Heranziehen eines Haftungsdurchgriffs lösen. Unter anderem gelangt die Gesellschafterhaftung über § 159 StGB zur Anwendung (s Kap VII. D. 2. und 3.).

IX. Abschließende Stellungnahme

Die Gesellschafterhaftung im GmbH-Recht zählt zu den meistdiskutiertesten Fragestellungen des Gesellschaftsrechts. In der österreichischen Diskussion nimmt insb die im Mittelpunkt dieser Arbeit stehende Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gesellschaftsgläubigern bei grob fahrlässiger Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen iSd § 159 StGB einen prominenten Platz ein. Ihren Höhepunkt fand die einschlägige wissenschaftliche Auseinandersetzung in den „Eumig-Entscheidungen“ des OGH vom 14.7.1986⁷⁵⁴ sowie vom 9.2.1988⁷⁵⁵ und den an diese anschließenden Stellungnahmen der L (s Kap V.).

ME ist die auf § 159 StGB aufbauende Haftung der GmbH-Gesellschafter auch über 20 Jahre nach den „Eumig-Entscheidungen“ ein wichtiges Instrument des Gläubigerschutzes. Sie findet ihre Rechtfertigung darin, dass der in § 61 Abs 2 GmbHG normierte Haftungsausschluss zugunsten der Gesellschafter mit dem Eintritt der Insolvenz endet und dieser darüber hinaus auch insofern einzuschränken ist, als die Gesellschafter die finanzielle Leistungsfähigkeit der Gesellschaft nicht zerstören dürfen (s Kap VII. A.).

Die Kridareform 2000 hat eine Einschränkung des Anwendungsbereichs auch der auf § 159 StGB aufbauenden zivilrechtlichen Gesellschafterhaftung mit sich gebracht. Ihre nach wie vor bestehende Schlagkraft verdankt die zivilrechtliche Haftung über § 159 StGB unter anderem dem Umstand, dass Lücken der Strafnorm im Wege der Analogie gefüllt werden. Das strafrechtliche Analogieverbot steht der Erweiterung des § 159 StGB im Kontext der zivilrechtlichen Haftung wegen Schutzgesetzverletzung nicht entgegen (s Kap III. G. 3.).

Bei der Annahme einer Haftung von GmbH-Gesellschaftern ist – mit Blick auf den sie schützenden Haftungsausschluss – Vorsicht angebracht. Eine Haftung greift bloß dann, wenn sie maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung ausüben. Diesfalls werden sie als faktische Geschäftsführer von § 161 Abs 1 StGB, der den Kreis der unmittelbaren

⁷⁵⁴ OGH 14.7.1986, 1 Ob 571/86, JBl 1986, 713 mit Anmerkung *Reich-Rohrwig* = ZIP 1987, 702 mit Anmerkung *Honsell*

⁷⁵⁵ OGH 9.2.1988, 6 Ob 508, 509/86, ÖBA 1988, 828 mit Anmerkung *Apathy* = wbl 1988, 129 mit Anmerkung *Wilhelm*; näher zu den Eumig-Entscheidungen s Kap V.

Täter des § 159 StGB konturiert, erfasst. GmbH-Gesellschaftern können auch als Beitragstäter haften. Auf das Ausmaß ihrer Beteiligung kommt es für die Begründung deliktstypischer Sorgfaltspflichten nicht an. Besonders achtsam ist bei der Annahme von Handlungspflichten der Gesellschafter vorzugehen. Handlungspflichten ergeben sich nur in Ausnahmefällen aus gefahrbe gründendem Vorverhalten.

Eine wichtige Rolle spielt die Gesellschafterhaftung über § 159 StGB in Konzernen. In diesem Zusammenhang ist die Repräsentantenhaftung juristischer Personen interessant. Die einschlägige Diskussion ist zuletzt durch das Inkrafttreten der strafrechtlichen Zurechnungsregeln durch das VbVG angeheizt worden. Ich komme in dieser Arbeit zum Ergebnis, dass die zivilrechtlichen Zurechnungsregeln durch das VbVG nicht berührt werden (s Kap VI.).

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass es unter anderem ein Verdienst der Gesellschafterhaftung bei grob fahrlässiger Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen iSd § 159 StGB ist, dass nach österreichischer Rechtslage, wenig bis gar kein Bedarf an einem Haftungsdurchgriff auf die GmbH-Gesellschafter besteht (s Kap VII. D.).

Literaturverzeichnis

Adensamer/Oelkers/Zechner, Geschäftsleiterpflichten in Insolvenznähe, SWI 2005, 437

Adensamer/Oelkers/Zechner, Unternehmenssanierung zwischen Gesellschafts- und Insolvenzrecht. Eine rechtsvergleichende Analyse mit Länderberichten aus Österreich, Deutschland, Frankreich, Italien, Spanien und Skandinavien (2006)

Altmann, Die Krida und die ähnlichen Delikte (1915)

Altmeppen, Grundlegend Neues zum „qualifiziert faktischen“ Konzern und zum Gläubigerschutz in der Einmann-GmbH, ZIP 2001, 1837

Altmeppen, Abschied vom „Durchgriff“ im Kapitalgesellschaftsrecht, NJW 2007, 37

Altmeppen, Zur vorsätzlichen Gläubigerschädigung, Existenzvernichtung und materiellen Unterkapitalisierung in der GmbH, ZIP 2008, 1201

Apathy, Anmerkung zu OGH 9.2.1988, 1 Ob 508, 509/86, ÖBA 1988, 828

Apathy, Anmerkung zu OGH 6.12.1998, 2 Ob 548/88, ÖBA 1989, 619

Apathy, Deliktshaftung und Gesellschaft bürgerlichen Rechts, in FS Krejci (2001) 427

Apathy/Riedler, Bürgerliches Recht III³ (2008)

Arnold, Egon, Strafrechtliche Organhaftung bei Kridadelikten, GesRZ 1973, 58

Artmann, Haftungsdurchgriff im GmbH-Recht, DRdA 2002, 370

Artmann, Die Durchgriffshaftung im Konzern, in *Kalss/Rüffler*, GmbH-Konzernrecht (2003) 87

Artmann, Anmerkung zu OGH 29.4.2004, 6 Ob 313/03b, ÖZW 2005, 21

Bachner, Wrongful Trading und Konkursverschleppungshaftung: Überlegungen zu Recht, Sprache und Rechtsangleichung in der EU, GesRZ 2007, 410

Bälz, Ersatz oder Ausgleich? JZ 1992, 57

Bartsch/Pollak/Buchegger, Österreichisches Insolvenzrecht, Band II/2⁴ (2004) (zitiert: *Bearbeiter in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht*⁴)

Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz¹⁹ (2010) (zitiert: *Bearbeiter in Baumbach/Hueck, GmbHG*¹⁹)

Bertel, Mitschuld an Kridadelikten, RdW 1991, 134

Bertel, Fahrlässige Krida und freie Wirtschaft, wbl 1995, 60

Bertel/Schwaighofer, Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil I¹¹ (2010) (zitiert: *Bertel/Schwaighofer, BT I*¹¹)

Birkner/Pramberger, Durchgriffshaftung bei qualifizierter Unterkapitalisierung, ZIK 1999, 89

Bitter, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften (2000)

Bollenberger, Zivilrechtliche Fragen der Wirtschaftskriminalität, in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht, Wirtschaftsstrafrecht* (2008)

Boller, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden nach dem VbVG (2007) (zitiert: *Boller, VbVG*)

Brandstetter, Der Strohmann-Geschäftsführer“ im Kridastrafrecht. Zum Umfang strafrechtlicher Haftung von Geschäftsführern und leitenden Angestellten, ecolex 1992, 244

Brandstetter, Die Fragwürdigkeit der „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ und andere aktuelle Fragen des Wirtschaftsstrafrechts, in *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart* (1998) 127

Brandstetter, Aktuelle Fragen des Insolvenzstrafrechts, in *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart* 29 (2001) 77

Brandstetter, Die Reichweite der Kridatatsbestände nach der Reform des § 159 StGB, in *Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts* (2001) 35

Brandstetter/Mitgutsch/Rauch, Strafrechtliche Korruptionsbekämpfung neu. Änderungen und Problemfelder – das StRÄG 2008, Zak 2009/417, 263

Braun, Zahlungsunfähigkeit im Strafrecht – Auswirkungen der Kridareform, *ecolex* 2001, 381

Breiter, Fahrlässige Krida nach Zahlungsunfähigkeit (1998) (zitiert: *Breiter*, Fahrlässige Krida)

Breiter, Die grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen, *AnwBl* 2000, 658

Bruns, Die sog. „tatsächliche“ Betrachtungsweise im Strafrecht, *JR* 1984, 133

Burgstaller, Zur Täterschaftsregelung im neuen StGB, *RZ* 1975, 13

Burgstaller, Zur Täterschaftsregelung im neuen StGB, *RZ* 1975, 29

Bydlinski, Franz, Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht (1964)

Bydlinski, Franz, „Bananenprozess“ und Schadenersatzrecht, *ZAS* 1966, 165

Bydlinski, Franz, Altruistische Vorsatzdelikte eines Multiorgans und die Schadenshaftung der juristischen Person, *VersR Jubiläumsheft 25 Jahre Karlsruher Forum* 1983, 9

Bydlinski, Franz, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff² (1991) (zitiert: *F. Bydlinski, Methodenlehre*²)

Bydlinski, Franz, Zur Haftung der Dienstleistungsberufe in Österreich und nach dem EG-Richtlinienvorschlag, *JB* 1992, 341

Bydlinski, Franz, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) (zitiert: *F. Bydlinski, System und Prinzipien*)

Bydlinski, Franz, Gehilfenmitverschulden beim Arbeitgeber und betriebliche Hierarchie, *FS Tomandl* (1998) 45

Bydlinski, Franz, Die Verantwortung juristischer Personen in der Gesellschaft, in *Götz/Seifert, Verantwortung in Wirtschaft und Gesellschaft* (2000) 21

Bydlinski, Franz, Die deliktische Organhaftung juristischer Personen: Europäisches Rechtsgut oder überholte Theorie?, in FS Koppensteiner (2001) 569

Bydlinski, Franz, Deliktshaftung juristischer Personen für ihre „Organe“: Gemeineuropäisches Rechtsgut oder überholte Theorie?, in Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2000 (2001) 9

Bydlinski, Franz, Grundzüge der juristischen Methodenlehre (2005) (zitiert: *F. Bydlinski*, Grundzüge)

Bydlinski, Michael, Deliktshaftung der juristischen Person und lange Verjährung, RZ 1982, 218

Bydlinski, Peter, Schadenersatzrechtliche Überlegungen anlässlich eines Verkehrsunfalls, ZVR 1984, 193

Call, Anmerkung zu OGH 12.9.2002, 5 Ob 173/02f, wobl 2003/34, 58

Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz² (1983) (zitiert: *Canaris*, Feststellung von Lücken²)

Casper, Haftungsrechtliche Anreizstrukturen der Insolvenzverschleppungshaftung, in *Bachmann/Casper/Schäfer/Veil*, Steuerungsfunktionen des Haftungsrechts im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (2007) 33

Dannecker, Insolvenzstrafrecht – notwendiger Gläubigerschutz oder Wirtschaftshemmnis? in *Fuchs/Keppert*, Grundfragen des Kridastrafrechts (2001) 73

Dauner-Lieb, Die Existenzvernichtungshaftung als deliktische Innenhaftung gemäß § 826 BGB, ZGR 2001, 34

Davies, Principles of Modern Company Law⁸ (2008)

Dellinger, Quo vadis Kridahaftung? ecolex 1990, 341

Dellinger, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall insbesondere gegenüber sogenannten Neugläubigern (1991) (zitiert: *Dellinger*, Haftung)

Dellinger, Zur Kridahaftung der GmbH-Gesellschafter sowie zur Ersatzfähigkeit und Berechnung des Vertrauensschadens der Neugläubiger. Zugleich eine Besprechung der Entscheidung 6 Ob 656/90, wbl 1993, 201

Dellinger, § 84 Abs 5 AktG – das klarere Haftungsmodell? Über Einziehungsermächtigung und Einwendungsausschluss zugunsten von Gläubigern der AG, in FS Frotz (1993) 187

Dellinger, Quotenschaden oder Vertrauensschaden? Zum Schutzzweck der Konkursantragspflicht, wbl 1996, 173

Dellinger, Zahlungsunfähigkeit und kridaträchtige Verhaltensweisen, in *Fuchs/Keppert*, Grundfragen des Kridastrafrechts (2001) 49

Dellinger, Fehlentwicklungen bei der Konkursverschleppungshaftung, in FS Straube (2009) 3

Dellinger/Mohr, Eigenkapitalersatz-Gesetz (2004) (zitiert: *Bearbeiter* in *Dellinger/Mohr*, EKEG)

Derntl, Konkursverschleppungshaftung: Haftung des faktischen Geschäftsführers für den Vertrauensschaden, RdW 2008/339, 379

Dierlamm, Der faktische Geschäftsführer im Strafrecht – ein Phantom? NSTZ 1996, 153

Dinkhoff, Der faktische Geschäftsführer in der GmbH (2003)

Diskussionsentwurf der beim Bundesministerium für Justiz eingerichteten Arbeitsgruppe für ein neues österreichisches Schadenersatzrecht – Vorläufige Endfassung (Ende Juni 2007), JBl 2008, 365

Doralt, Paul, Mitschuld von Gläubigerschutzverbänden an fahrlässiger Krida? RdW 1991, 287

Doralt, Peter, Zur schadenersatzrechtlichen Haftung des Geschäftsführers der GmbH bei fahrlässiger Krida, JBl 1972, 120

- Doralt, Peter*, Unbeschränkte Haftungen bei Insolvenz der GmbH, GesRZ 1982, 88
- Doralt, Peter*, Zur Entwicklung eines österreichischen Konzernrechts, in *Lutter*, Konzernrecht im Ausland, ZGR Sonderheft 11(1994) 192
- Doralt, Peter*, Zur Entwicklung eines österreichischen Konzernrechts, in 10. ÖJT 1988, Band II/1, 1
- Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG (2003) (zitiert: *Bearbeiter* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG)
- Dorda/Aigner*, Wesentliche Neuerungen des geplanten GesRÄG 2005 (I), ecolex 2005, 42
- Dorda/Aigner*, Wesentliche Neuerungen des geplanten GesRÄG 2005 (II), ecolex 2005, 127
- Drobnig*, Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften (1959)
- Dullinger*, Mitverschulden von Gehilfen, JBl 1990, 20
- Dullinger*, Mitverschulden von Gehilfen, JBl 1990, 91
- Dullinger*, Zum Mitverschulden von Gehilfen bei Haftung ex delicto, JBl 1992, 407
- Dullinger*, Buchbesprechung von Kletečka, Mitverschulden durch Gehilfenverhalten, DRdA 1992, 415
- Duursma-Kepplinger*, Die Haftungsordnung im Gesellschaftskonkurs Band II. Die Haftung der Masse (2009) (zitiert: *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung II)
- Duursma-Kepplinger*, Die Haftungsordnung im Gesellschaftskonkurs Band IV. Parallelfälle der Masseverwalter- und Geschäftsführerhaftung (2009) (zitiert: *Duursma-Kepplinger*, Haftungsordnung IV)
- Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007) (zitiert: *Duursma/Duursma-Kepplinger/M. Roth*, GesR)

Eberl, Fahrlässige Krida durch Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit, Dissertation Wien 1990 (zitiert: *Eberl*, Fahrlässige Krida)

Eckert/Grechenig/Stremitzer, Ökonomische Analyse der Organhaftung, in *Kalss*, Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern (2005) 95

Edelhauser, Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2009: Auswirkung der Insolvenz auf Bestandverträge, *immolex* 2010, 38

Eder-Rieder, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für fahrlässige Verzögerung des Insolvenzverfahrens, *ÖJZ* 1993, 339

Eder-Rieder, Einführung in das Wirtschaftsstrafrecht (2010)

Egermann, GesRÄG 2005 – Zu den geplanten Änderungen beim Aufsichtsrat, *RdW* 2005/101, 66

Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts I 1² (1951) (zitiert: *Ehrenzweig*, System I 1²)

Ehrenzweig, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II 1² (1928) (zitiert: *Ehrenzweig*, System II 1²)

Ertl, Die Deliktsfähigkeit der juristischen Person, *RZ* 1972, 111

Fabrizy, StGB¹⁰ (2010) (zitiert: *Fabrizy*, StGB¹⁰)

Fantur, Anmerkung zu OGH 29.4.2004, 6 Ob 313/03b, *GeS* 2005, 19

Fantur, Anmerkung zu OGH 17.12.2007, 8 Ob 124/07d, *GeS* 2008, 62

Felnhofer-Luksch, Anmerkung zu OGH 18.3.2004, 15 Os 120/03, *JB1* 2005, 473

Feuchtinger, Neues Kridastrafrecht und zivilrechtliche Haftung, *SWK* 2000, W 131

Fida/Steindl, Neues für den Aufsichtsrat. Änderungen durch das Gesellschaftsänderungsgesetz 2005, *SWK* 2005, W 105

Fida/Steindl, Konkurrenten im Aufsichtsrat, GeS 2005, 356

Fitz, Anmerkung zu OGH 21.10.1999, 8 Ob 237/97d, ÖBA 2000, 914

Fleischer, Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit faktischer Organe, AG 2004, 517

Flora, § 159 – Die grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen, ecolex 2001, 176

Floretta/Strasser, Kommentar zum Betriebsrätegesetz (1961)

Foregger/Nowakowski, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch¹ (Loseblatt) (zitiert: *Bearbeiter in WK*¹)

Friedl, Anmerkung zu OGH 15.1.2008, 10 Ob 96/07a, ecolex 2008/148, 425

Friedrich, Der Fall Eumig (1987)

Fritz, Der GmbH-Geschäftsführer und andere Leitungsfunktionen von Kapitalgesellschaften (zitiert: *Fritz*, GmbH-Geschäftsführer)

Frotz, Gerhard, Grundsätzliches zur Haftung von Gesellschaftsorganen und für Gesellschaftsorgane, GesRZ 1982, 98

Frotz/Schörghofer, Interessenkonflikte im Aufsichtsrat, in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat (in Vorbereitung)

Fuchs, Neue Formen rechtswidriger Vermögensschädigung, in *Strafrechtliche Probleme der Gegenwart* 12 (1985) 63

Fuchs, Einleitung, in *Fuchs/Keppert*, Grundfragen des Kridastrafrechts (2001) 9

Fuchs, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I⁷ (2008) (zitiert: *Fuchs*, AT I⁷)

Fuchs/Keppert, Grundfragen des Kridastrafrechts (2001)

Fuchs/Reindl-Krauskopf, Strafrecht. Besonderer Teil I³ (2009) (zitiert: *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, BT I³)

Gassner, Die geplante Reform des Unternehmensinsolvenzrechts – ein Überblick zum IRÄG 2009, GeS 2009, 261

Gassner, Update zur Reform des Unternehmensinsolvenzrechts (IRÄG 2010), GeS 2009, 378

Gehrlein, Die Existenzvernichtungshaftung im Wandel der Rechtsprechung, WM 2008, 761

Gehrlein, Zur Haftung der juristischen Person, in FS Hüffer (2010) 205

Geißler, die Haftung des faktischen GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 2003, 1106

Gellis, Kommentar zum GmbH-Gesetz⁷ (2009) (zitiert: *Bearbeiter in Gellis, GmbHG*⁷)

Gerhartl, Schadenersatzanspruch des Arbeitnehmers bei Konkursverschleppung, ZIK 2009/130, 85

Gierke, Deutsches Privatrecht I (1895)

Goette/Habersack/Kalss, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz³ (2008 ff) (zitiert: *Bearbeiter in MünchKomm AktG*³)

Gössweiner-Saiko, Zur Problematik der Feststellung einer bedingten Zahlungsunfähigkeit iS des § 159/2, 3 StGB idF BGBl 1982/205, RZ 1988, 131

Graf-Schimek, Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010 (IRÄG 2010): Allgemeines und Arbeitsrecht, taxlex 2010, 211

Grassl-Palten, Aus der versicherungsrechtlichen Judikatur, RdW 1992/11, 366

Grassl-Palten, Gehilfenmitverschulden, Fremdversicherung und anderes. Eine Besprechung der E des OGH 7 Ob 27/91, JBl 1992, 501

Grigoleit, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH. Dezentrale Gewinnverfolgung als Leitprinzip des dynamischen Gläubigerschutzes (2006)

Griss, Die GmbH im Spiegel der Judikatur – maßgebliche Entwicklungslinien und prägende Einwirkungen, in GesRZ-Spezial 100 Jahre GmbH (2006) 13

Griss/Kathrein/Koziol, Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts (2006)

Gschnitzer, Die Verhaltenspflichten der Gewerkschaft bei von ihr unterstützten Streiks, ZAS 1966, 179

Gschnitzer/Faistenberger/Barta, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts² (1992) (zitiert: *Gschnitzer/Faistenberger/Barta*, AT²)

Haas, Ist das Trihotel-Haftungsmodell Vorbild auch für andere dem Schutz der Gläubigersamtheit dienende Haftungsansprüche? ZIP 2009, 1257

Habersack, Trihotel – Das Ende der Debatte? ZGR 2008, 533

Hachenburg, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)⁸ (1990 ff) (zitiert: *Bearbeiter in Hachenburg*, GmbHG⁸)

Harrer, Haftungsprobleme bei der GmbH (1990) (zitiert: *Harrer*, Haftungsprobleme)

Harrer, Anmerkung zu OGH 10.12.1992, 6 Ob 656/90, ÖZW 1994, 58

Harrer, Anmerkung zu OGH 29.4.2004, 6 Ob 313/03b, GesRZ 2004, 379

Harrer/Neumayr, Die Haftung des Unternehmers für Gehilfen, in *Reischauer/Spielbüchler/Welser*, Reform des Schadenersatzrechts II – Zum Entwurf einer Arbeitsgruppe (2006) 133

Henze, Der qualifiziert faktische GmbH-Konzern (I), ecolex 1994, 392

Henze, Der qualifiziert faktische GmbH-Konzern (II), ecolex 1994, 466

Hilf, Kriminalpolitische Hintergründe und ausgewählte Fragen des materiellrechtlichen Teils, in *Höpfel*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden (2005) 25

Hilf, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG) (2006) (zitiert: *Hilf*, VbVG)

Hinterhofer, Strafrecht. Besonderer Teil II (2005)

Hirte, Kapitalgesellschaftsrecht⁶ (2009)

Hofmann, Haftung für Dritte und für technische Hilfsmittel, in *Griss/Kathrein/Koziol*, Entwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts (2006) 67

Holeschofsky, Zur Haftung für den fehlgeschlagenen Sanierungsversuch – Marginalien zu OGH 14.7.1986, 1 Ob 571/86, GesRZ 1987, 34

Honsell, Die Haftung des Geschäftsführers gegenüber Gesellschaftsgläubigern bei Insolvenz der GmbH (I), GesRZ 1984, 134

Honsell, Die Haftung des Geschäftsführers gegenüber Gesellschaftsgläubigern bei Insolvenz der GmbH (II), GesRZ 1984, 207

Honsell, Die GmbH und der Gläubigerschutz, GesRZ 1987, 173

Honsell, Bankenhaftung bei Unternehmenssanierung, JBl 1987, 146

Honsell, Anmerkung zu OGH 14.7.1986, 1 Ob 571/86, ZIP 1987, 702

Hopf, Insolvenzrecht wird umgebaut – Gesetzesentwurf in Begutachtung, ÖJZ 2009/79, 739

Höpfel, Zu Sinn und Reichweite des sogenannten Analogieverbots, JBl 1979, 505

Höpfel, Zu Sinn und Reichweite des sogenannten Analogieverbots, JBl 1979, 575

Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² (Loseblatt) (zitiert: *Bearbeiter* in WK StGB²)

Hopt/Wiedemann, Aktiengesetz Großkommentar⁴ (1992 ff) (zitiert: *Bearbeiter* in GroßK AktG⁴)

Huber, Anmerkung zu OGH 20.1.2009, 4 Ob 204/08s, ZVR 2010/8, 22

Huna, Anspruchsdurchsetzung Geschädigter nach dem VerbandsverantwortlichkeitsG, in *Hotter/Lunzer/Schick/Soyer*, Unternehmensstrafrecht – eine Praxisanleitung (2010) 201

Ibounig/Urlesberger, Materiengesetze zum Transportwesen, verwaltungsstrafrechtliche Ahndung, in *Hotter/Lunzer/Schick/Soyer*, Unternehmensstrafrecht – eine Praxisanleitung (2010) 37

Inselsbacher, Strafrechtliche Aspekte bei Unternehmenskrise, Sanierung und Insolvenz, in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz² (2002) 1041

Iro, Besitzerwerb durch Gehilfen (1982)

Iro, Neue Rechtsprechung des BGH zur Geschäftsführerhaftung wegen Konkursverschleppung, RdW 1994, 270

Jabornegg, Die Lehre vom Durchgriff im Recht der Kapitalgesellschaften, wbl 1989, 1

Jabornegg, Die Lehre vom Durchgriff im Recht der Kapitalgesellschaften, wbl 1989, 43

Jabornegg, Die Aktiengesellschaft als juristische Person (II), GesRZ 1989, 13

Jabornegg, Buchbesprechung von Kletečka, Mitverschulden durch Gehilfenverhalten, ÖJZ 1993, 431

Jabornegg, HGB (1997) (zitiert: *Bearbeiter* in *Jabornegg*, HGB)

Jabornegg/Strasser, AktG⁴ (2006) (zitiert: *Bearbeiter* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁴)

Jaufer, Anmerkung zu OGH 23.2.2009, 8 Ob 108/08b, GeS 2009, 269

Kalss/Adensamer/Oelkers, Die Rechtspflichten der Geschäftsleiter in der Krise der Gesellschaft sowie damit verbundene Rechtsfolgen im Rechtsvergleich, in *Lutter*, Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, ZGR Sonderheft 17 (2006) 134

Kalss/Eckert, Ausgewählte Fragen zur Prospekthaftung, in *Brandl/Kalss/Lucius/Oppitz/Saria*, Handbuch Kapitalmarktrecht Band 3 – Informationsverhalten am Kapitalmarkt (2006) 92

Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) (zitiert: *Bearbeiter* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, GesR)

Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht I (2005)

Kaniak, StG⁶ (1969)

Kapsch/Schopper, Anmerkung zu OGH 30.9.2009, 9 ObA 125/08k, ecolex 2010, 577

Karner, Gehilfenzurechnung auf Seiten des Geschädigten. Anmerkung zu OGH 1 Ob 1/09t und 4 Ob 204/08s, ZVR 2010/3, 9

Karollus, Die Haftung für fremde Geldstrafen und sonstige in Geld bemessene Unrechtsfolgen, Dissertation Wien 1987 (zitiert: *Karollus*, Haftung)

Karollus, Zivil- und Strafrechtliches zur „Deckungsvorsorge“ (§ 16 ProdHG), RdW 1988, 186

Karollus, Deckungsvorsorge (§ 16 PHG) und Haftungsdurchgriff, RdW 1989, 123

Karollus, Anmerkung zu OGH 6.12.1988, 2 Ob 548/88, RdW 1989, 117

Karollus, Banken-, Gesellschafter- und Konzernleitungshaftung nach den „Eumig“-Erkenntnissen, ÖBA 1990, 337

Karollus, Banken-, Gesellschafter- und Konzernleitungshaftung nach den „Eumig“-Erkenntnissen (Teil II), ÖBA 1990, 438

Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung. Zugleich ein Beitrag zum Deliktssystem des ABGB und zur Haftung für casus mixtus (1992) (zitiert: *Karollus*, Schutzgesetzverletzung)

Karollus, Schutz der Neugläubiger bei Konkursverschleppung: Neuorientierung des BGH und Konsequenzen für Österreich, RdW 1994, 100

Karollus, Praktische Probleme der Schutzgesetzhaftung, insbesondere im Verkehrshaftpflichtrecht, ZVR 1994, 129

Karollus, Gleichbehandlung von Schädiger und Geschädigtem bei der Zurechnung von Gehilfenverhalten, ÖJZ 1994, 257

Karollus, Neues zur Konkursverschleppungshaftung und zur Geschäftsführerhaftung aus culpa in contrahendo, ÖBA 1995, 7

Karollus, Pflichten und Haftung der Organe von Kapitalgesellschaften in der Krise und bei der Sanierung, in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz² (2002) 1145

Karollus/Huemer, Die Fortbestehensprognose im Rahmen der Überschuldungsprüfung² (2006)

Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990) (zitiert: *Kastner/Doralt/Nowotny*, GesR⁵)

Keppert, Die (vorläufige) Reform des Kridastrafrechts aus der Sicht des Buchsachverständigen, SWK 2001, W 57

Keppert, Kridastrafrecht – Bestandsaufnahme und Reform aus der Sicht des Buchsachverständigen, in *Fuchs/Keppert*, Grundfragen des Kridastrafrechts (2001) 129

Kerschner, DHG² (2004)

Kienapfel, Grundriss des österreichischen Strafrechts. Besonderer Teil II³ (1993) (zitiert: *Kienapfel*, BT II³)

Kienapfel/Höpfel, Strafrecht. Allgemeiner Teil¹³ (2009) (zitiert: *Kienapfel/Höpfel*, AT¹³)

Klang/Gschnitzer, ABGB² (1950 ff)

Kleindiek, Deliktshaftung und juristische Person (1997)

Kleindiek, Materielle Unterkapitalisierung, Existenzvernichtung und Deliktshaftung – GAMMA, NZG 2008, 686

Kletečka, Mitverschulden durch Gehilfenverhalten (1991)

Kletečka, Anmerkung zu OGH 10.10.1991, 7 Ob 27/91, ecolex 1992, 89

- Kletečka*, Anmerkung zu OGH 20.1.2009, 4 Ob 204/08s, ecolex 2009/110, 315 m
- Kletečka*, Mitverschulden durch Gehilfenverhalten im Lichte der neueren Rechtsprechung – OGH schließt sich der Gleichbehandlungsthese an, Sachverständige 2009, 57
- Koch*, Die österreichische Schadenersatzreform im europäischen Kontext, in FS Koziol (2010) 721
- Köck*, Wirtschaftsstrafrecht. Eine systematische Darstellung (2007) (zitiert: *Köck*, Wirtschaftsstrafrecht)
- Konecny*, Das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010. Ein Überblick, ZIK 2010/119, 82
- Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (Loseblatt) (zitiert: *Bearbeiter in Konecny/Schubert*, InsolvenzG)
- Koppensteiner*, Zur Haftung des GmbH-Gesellschafters, wbl 1988, 1
- Koppensteiner*, Österreichisches und europäisches Wettbewerbsrecht. Wettbewerbsbeschränkungen, Unlauterer Wettbewerb, Marken³ (1997)
- Koppensteiner*, „Existenzvernichtung“ der GmbH durch ihren einzigen Gesellschafter. Eine rechtsvergleichende Skizze, in FS Honsell (2002) 607
- Koppensteiner*, Zur Haftung der Gesellschafter bei Zahlungsunfähigkeit der GmbH, JBl 2006, 681
- Koppensteiner*, Ansprüche gegen Organmitglieder/Gesellschafter im Konkurs der GmbH, RdW 2008/25, 64
- Koppensteiner*, Neues zur Existenzvernichtungshaftung, JBl 2008, 749
- Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz³ (2007) (zitiert: *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³)
- Koziol*, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte (1967)
- Koziol*, Die Haftung wegen Konkursverzögerung durch Kreditgewährung (1. Teil), RdW 1983, 34

Koziol, Die Haftung wegen Konkursverzögerung durch Kreditgewährung (2. Teil), RdW 1983, 66

Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht II² (1984) (zitiert: *Koziol*, HPR II²)

Koziol, Kreditgewährung in der Krise, ÖBA 1992, 673

Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ (1997) (zitiert: *Koziol*, HPR I³)

Koziol, Die Zurechnung des Gehilfenverhaltens im Rahmen des § 1304 ABGB, JBl 1997, 201

Koziol, Zurechnung ungetreuer Bank-Mitarbeiter (2004)

Koziol, Schadenersatz für reine Vermögensschäden, JBl 2004, 27

Koziol, Die außervertragliche Unternehmerhaftung im Diskussionsentwurf eines neuen österreichischen Schadenersatzrechts, JBl 2006, 18

Koziol, Anmerkung zu OGH 20.3.2007, 4 Ob 31/07y, ÖBA 2007, 998

Koziol, Schadenersatzreform: Der Gegenentwurf eines Arbeitskreises, JBl 2008, 348

Koziol, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten: Spiegelbild- oder Differenzierungsthese? in FS Deutsch (2009) 781

Koziol, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010) (zitiert: *Koziol*, Grundfragen)

Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger, ABGB² (2007) (zitiert: *Bearbeiter* in KBB²)

Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) (zitiert: *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³)

Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ (2007) (zitiert: *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³)

Kramer, Methodenlehre³ (2010) (zitiert: *Kramer*, Methodenlehre³)

Kratzsch, Das „faktische Organ“ im Gesellschaftsstrafrecht. Grund und Grenzen einer strafrechtlichen Garantenstellung, ZGR 1985, 506

Kreil, Zum Haftungs- und Zurechnungsdurchgriff bei Arbeitnehmeransprüchen im Konzern, RdW 2002, 415

Kreil, Arbeitsverhältnisse im Konzern (1996)

Krejci, Zur Haftung des Vereins und seiner Organwalter, GesRZ 2005, 215

Krejci, Gesellschaftsrecht I (2005) (zitiert: *Krejci*, GesR I)

Kuderna, Der „Bananenprozess“ und die daran geübte Kritik, ZAS 1968, 7

Kuderna, Der „Bananenprozess“ – Kritik und Gegenkritik, DRdA 1971, 157

Lendl, Die Reform der „fahrlässigen Krida“ – eine erste Analyse, RZ 2001, 30

Leitner, Anmerkung zu OGH 20.1.2009, 4 Ob 204/08s, Zak 2009/140, 96

Leukauf/Steininger, StGB³ (1992) (zitiert: *Leukauf/Steininger*, StGB³)

Lewisch, Strafrecht Besonderer Teil I² (1999) (zitiert: *Lewisch*, BT I²)

Lewisch, Verbandsverantwortlichkeit, in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht*, Wirtschaftsstrafrecht (2008) 207

Liebscher, Grundfragen des Wirtschaftsstrafrechts, JBl 1979, 225

Liebscher, Das zweite Antikorruptionsgesetz, JBl 1982, 617

Löschnig-Gspandl (Hilf), Die Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen und Verbänden mit Rechtspersönlichkeit in Österreich (Grazer Habilitationsschrift 2003) (zitiert: *Löschnig-Gspandl*, Strafrechtliche Verantwortlichkeit)

Löschnig-Gspandl, Für und Wider zur Bestrafung von Unternehmen – Kritische Würdigung des Entwurfs des Justizministeriums, in *Hochreiter*, Bestrafung von Unternehmen. Anforderungen an die kommende gesetzliche Regelung aus ArbeitnehmerInnen- und KonsumentInnen-sicht (2003) 49

Lukas, Schnittstellen zwischen Straf- und Zivilrecht. Plädoyer für eine verstärkte interdisziplinäre Forschung, Aus- und Weiterbildung, AnwBl 2010, 259

Luschin, Zur Konkursantragspflicht bei Kapitalgesellschaften, ZIK 1997, 215

Luschin, Beteiligung an fahrlässiger Krida (1998) (zitiert: *Luschin*, Beteiligung)

Luschin, GesRÄG 2005 – Zwischen Corporate Governance und Aktiengesetz, GeS 2005, 150

Luschin, Anmerkung zu OGH 17.12.2007, 8 Ob 124/07d, GesRZ 2008, 159

Maleczky, Das Strafrechtsänderungsgesetz 2001, JAP 2001/2002, 182

Manquet, Politische Vorgaben und Ziele der Reform des Kridastrafrechts, in *Fuchs/Keppert*, Grundfragen des Kridastrafrechts (2001) 13

Martinek, Repräsentantenhaftung (1979)

Matouschek, Das Antikorruptionsgesetz, ÖJZ 1964, 477

Matusche-Beckmann, Das Organisationsverschulden (2001)

Mayerhofer, Das Zweite Antikorruptionsgesetz, in ÖJT 1983, Rechtliche Grenzen der Kreditgewährung (1984) 17

Mayerhofer, Keine Mitschuld des Gläubigers an der Krida des Schuldners. Ein Beitrag zur Beihilfe am Sonderdelikt, ÖJZ 1989, 238

Medigovic, Das neue Delikt der grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen gemäß § 159 StGB, ÖJZ 2003, 161

Medigovic, Anmerkung zu OGH 9.4.2002, 14 Os 28/02, JBl 2003, 395

Medigovic, Nach der Reform: Was bleibt von der fahrlässigen Krida, in Strafrechtliche Probleme der Gegenwart 31 (2003) 311

Michel-Kwapinski/Schütz, Diversion bei Verdacht auf grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen nach § 159 StGB? RZ 2008, 218

Mohr, Reform des Unternehmensinsolvenzrechts. Der Ministerialentwurf des Insolvenzrechtsänderungsgesetzes 2009, ecolex 2009, 848

Mohr, Das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010, ecolex 2010, 563

Moring, Kridastrafrecht aus der Sicht der Verteidigung, in *Fuchs/Keppert*, Grundfragen des Kridastrafrechts (2001) 119

Mülhens, Der sogenannte Haftungsdurchgriff im deutschen und englischen Recht. Unterkapitalisierung und Vermögensentzug (2006)

Nemec, Kridastrafrecht aus der Sicht der Strafverfolgung, in *Fuchs/Keppert*, Grundfragen des Kridastrafrechts (2001) 95

Nipperdey, Der „Bananenprozess“ in allgemein privatrechtlicher und rechtsvergleichender Sicht, ZAS 1966, 184

Nowakowski, Die Grund- und Menschenrechte in Relation zur strafrichterlichen Gewalt, ÖJZ 1965, 281

Nowotny, Handels- und gesellschaftsrechtliche Probleme einer Unternehmensteilung, DRdA 1989, 93

Nowotny, Verlust des halben Stammkapitals. Ein „kleiner“ Unterschied zwischen deutschem und österreichischem GmbH-Recht, in FS Semler (1993) 231

Olscher, Kridadelikte und Organhaftung nach dem Strafgesetzbuch, GesRZ 1975, 80

Osterloh-Konrad, Abkehr vom Durchgriff: Die Existenzvernichtungshaftung des GmbH-Gesellschafters nach „Trihotel“, ZHR 172 (2008), 274

Ostheim, Organisation, Organschaft und Machthaberschaft im Deliktsrecht juristischer Personen, in GS Gschnitzer (1969) 317

Ostheim, Weisungsdelegation als Haftungsgrund, JBl 1969, 535

Ostheim, Anmerkung zu OGH 2.6.1969, 6 Ob 159/69, JBl 1972, 141

Ostheim, Anmerkung zu OGH 15.4.1971, 1 Ob 87/71, JBl 1972, 316

Ostheim, Gedanken zur deliktischen Haftung für Repräsentanten anlässlich der neueren Rechtsprechung des OGH, JBl 1978, 57

Ostheim, Anmerkung zu OGH 21.10.1975, 4 Ob 623/75, JBl 1978, 90

Ostheim, Anmerkung zu OGH 7.6.1978, 1 Ob 625/78, JBl 1980, 484

Ostheim, Fragen der Haftung für wirtschaftliche Tätigkeiten von Vereinen, in *Korinek/Krejci*, Der Verein als Unternehmer (1988) 117

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch⁶⁷ (2008) (zitiert: *Bearbeiter* in *Palandt*, BGB⁶⁷)

Pallin, Die neuen Bestimmungen gegen Korruption und Vergabemissbrauch, ÖJZ 1982, 337

Pallin, Die kridastrafrechtliche Beurteilung wirtschaftlich riskanter Entscheidungen in Großbetrieben der verstaatlichten Wirtschaft, ÖJZ 1986, 102

Paulitsch, Verbandsverantwortlichkeit ausländischer Gesellschaftsformen nach dem VbVG, *ecolex* 2010, 459

Platzgummer, Unternehmerrisiko und Strafrecht, JBl 1987, 757

Potyka, Das Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 2005, ÖJZ 2006/14, 192

Rainer, Strafrechtliche Verfolgung bei Unternehmensinsolvenzen, RZ 1994, 127

Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften (2010)

Ratka/Rauter, Handbuch Geschäftsführerhaftung (2008) (zitiert: *Bearbeiter* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung)

Rebhahn, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr (1997)

Rebmann/Säcker/Rixecker, Münchener Kommentar zum BGB⁵ (2006 ff) (zitiert: *Bearbeiter* in MünchKomm BGB⁵)

Rechberger, Chancen und Risiken der freien Sanierung, in FS Jelinek (2002) 219

Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht (1983) (zitiert: *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht)

Reich-Rohrwig, Anmerkung zu OGH 14.7.1986, 1 Ob 571/86, JBl 1986, 713

Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht I² (1997) (zitiert: *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I²)

Reich-Rohrwig, Aktuelles zur Geschäftsführerhaftung, ecolex 1998, 767

Reich-Rohrwig, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei der AG, GmbH sowie GmbH & Co KG (2004) (zitiert: *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen)

Reich-Rohrwig, Änderungen der KO, AO, URG und ÜbG durch das GIRÄG 2003, ecolex 2004, 178

Reich-Rohrwig/Priemayer, Wesentliche Neuerungen durch das GesRÄG 2005 (Update), ecolex 2005, 618

Reindl-Krauskopf, Korruptionsstrafrecht neu – ein Überblick, ecolex 2009, 732

Reischauer, Schadenersatzreform – Verständnis und Missverständnisse. Eine Antwort auf *Koziol* (JBl 2008, 348) (1. Teil), JBl 2009, 405

Reischauer, Schadenersatzreform – Verständnis und Missverständnisse. Eine Antwort auf *Koziol* (JBl 2008, 348) (2. Teil), JBl 2009, 484

Reischauer, Österreichische Schadenersatzreform mit deutschen Schiedsrichtern? Eine Betrachtung zu Taupitz/Pfeiffer, Der Entwurf und der Gegenentwurf für ein neues österreichisches Schadenersatzrecht – eine kritische Analyse, JBl 2010, 88 ff, JBl 2010, 401

Reischauer/Spielbüchler/Welser, Reform des Schadenersatzrechts II – Zum Entwurf einer Arbeitsgruppe (2006)

Reischauer/Spielbüchler/Welser, Reform des Schadenersatzrechts III – Vorschläge eines Arbeitskreises (2008)

Reiter, Das Gesellschaftsrechtsänderungsgesetz 2005 GesRÄG 2005, RWZ 2005/1, 2

Richter, Zur Geltendmachung des Quotenschadens durch den Masseverwalter. Bemerkungen zu OGH 6 Ob 72/06s und zu § 69 Abs 5 KO, ZIK 2007/65, 42

Riesenhuber, Europäische Methodenlehre² (in Druck)

Riss, Doppelorganschaft und Treuepflichten. Haftungsfragen bei Kollision organschaftlicher Treuepflichten infolge mehrfacher Organstellung (2008)

Ristic, Insolvenznovelle – IRÄG 2010, DRdA 2010, 268

Rosbaud/Manquet, Die „fahrlässige Krida“ geht – was bleibt? Zur Reform des § 159 StGB, wbl 2001, 97

Roth, Günther H., Produkthaftung und Haftungsdurchgriff, GesRZ 1988, 119

Roth, Günther H./Altmeyen, GmbHG⁶ (2009) (zitiert: *Bearbeiter* in *Roth/Altmeyen*, GmbHG⁶)

Rubner, Die Haftung wegen sittenwidriger vorsätzlicher Existenzvernichtung, Der Konzern 2007, 635

Rummel, ABGB³ (2000 ff) (zitiert: *Bearbeiter* in *Rummel*, ABGB³)

Schaefer/Steinmetz, Neue Haftungsgrundlage für den existenzvernichtenden Eingriff, WM 2007, 2265

Schall, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz. Grund und Grenzen der Haftungsbeschränkung nach Kapitaldebatte, MoMiG und Trihotel (2009) (zitiert: *Schall*, Gläubigerschutz)

Schanze, Gesellschafterhaftung für unlautere Einflussnahmen nach § 826 BGB: die Trihotel-Doktrin des BGH, NZG 2007, 681

Schick, Strafrechtliche Risiken der Sanierung, in *Jelinek*, Insolvenz- und Wirtschaftsstrafrecht (1987) 117

Schick, Die „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ im Wirtschaftsstrafrecht am Beispiel des § 159 StGB, in FS Pallin (1989) 355

Schick, „Keine Mitschuld des Gläubigers an der Krida des Schuldners“? Miszelle zu Christoph Mayerhofers Beitrag in ÖJZ 1989, 238 ff, ÖJZ 1990, 205

Schick, Die strafrechtliche Verantwortung der zur Vertretung berufenen sowie der „faktischen“ Organe von Handelsgesellschaften, LJZ 1993, 14

Schick, Die „fahrlässige Krida“ (§ 159 StGB alt) – eine gefährliche Drohung oder ein Mittel des Krisenmanagements? in FS Krejci (2001) 1865

Schima, Krida(-haftung) durch Aufsichtsratsmitglieder, RdW 1992, 294

Schimka, Anmerkung zu OGH 5.8.2009, 6 Ob 131/09x, GesRZ 2010, 45

Schmiedel, Deliktobligationen nach deutschem Kartellrecht (1974)

Schmidt, Karsten, Konkursverschleppungshaftung und Konkursverursachungshaftung, ZIP 1988, 1497

Schmidt, Karsten, Die Strafbarkeit „faktischer Geschäftsführer“ wegen Konkursverschleppung als Methodenproblem, in FS Rebmann (1989) 419

Schmidt, Karsten, Insolvenzverschleppungshaftung – Haftungsrechtsprechung zwischen Gesellschafts-, Insolvenz- und Zivilrecht, JBl 2000, 477

Schmidt, Karsten, Gesellschafterhaftung und „Konzernhaftung“ bei der GmbH, NJW 2001, 49

Schmidt, Karsten, Gesellschaftsrecht⁴ (2002) (zitiert: *K. Schmidt*, GesR⁴)

Schmidt, Karsten, Anlegerschutz durch Konkursverschleppungshaftung? GesRZ 2009, 317

Schmidt, Karsten, Konkursverschleppungshaftung, oder: Hat das Deliktsrecht versagt? in FS Koziol (2010) 1301

Schönbacher, Die Haftung des Aufsichtsrats bei Konkursverschleppung. Pflichten und Haftung des Aufsichtsrats bei Krise und Insolvenz (2009)

Schörghofer, Gehilfenzurechnung auf Geschädigtenseite, Zak 2009, 246

Schörghofer, Buchbesprechung von Schall, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, GesRZ 2010, 131

Schopper, Anmerkung zu OGH 20.3.2007, 4 Ob 31/07y, GesRZ 2007, 266

Schopper, Zur Konkursverschleppungshaftung des ausgeschiedenen Geschäftsführers, GeS 2008, 4

Schopper, Zurechnung des deliktischen Verhaltens eines Multiorganmitglieds, in FS Kalus (2010) 477

Schopper/Strasser, Konturen einer Existenzvernichtungshaftung in Österreich, GesRZ 2005, 176

Schopper/Vogt, Eigenkapitalersatzgesetz (2003)

Schumacher, Konkursverschleppung und Gesellschafterhaftung, RdW 1987, 394

Schumacher, Insolvenzrechtsnovelle 2009 – Ein Schlag ins Wasser? ÖBA 2009, 761

Schummer, Das Eigenkapitalersatzrecht. Notwendiges Rechtsinstitut oder Irrweg? (1998)

Schummer, Haftung des GmbH-Geschäftsführers wegen Konkursverschleppung – ebenfalls ein Irrweg? in FS-Koppensteiner (2001) 211

Schuppich, Verstärkter Gläubigerschutz bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung, GesRZ 1972, 30

Schwab, Die Neuauflage der Existenzvernichtungshaftung: Kein Ende der Debatte! ZIP 2008, 341

Schwimann, ABGB³ (2004 ff) (zitiert: *Bearbeiter* in *Schwimann*, ABGB³)

Serick, Rechtsform und Realität juristischer Personen (1955)

Sester, Anmerkung zu BGH 16.7.2007, II ZR 3/04, RIW 2007, 787

Siart, Die Feststellung der Zahlungs(un)fähigkeit im Hinblick auf § 159 StGB „NEU“. Ein Plädoyer für die dynamische Interpretation, taxlex 2006, 459

Spindler, Unternehmensorganisationspflichten (2001)

Spornberger, Zur Haftung leitender Vereinsorgane, ecolex 2007, 407

Stärker, Unternehmensstrafrecht/Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (VbVG) (2007) (zitiert: *Stärker*, VbVG)

Stein, Das faktische Organ (1984)

Stein, Die Normadressaten des §§ 64, 84 GmbHG und die Verantwortlichkeit von Nicht-geschäftsführern wegen Konkursverschleppung, ZHR 148 (1984) 207

Steininger, Typische Erscheinungsformen der Wirtschaftskriminalität und ihre Bekämpfung, ÖJZ 1982, 589

Steininger, Strafrechtliche Verhaltenspflichten im Zusammenhang mit Insolvenzen, in *Jelinek*, Insolvenz- und Wirtschaftsstrafrecht (1987) 95

Steininger, VbVG (2006) (zitiert: *Steininger*, VbVG)

Straube, Kommentar zum Handelsgesetzbuch I³ (2003) (zitiert: *Bearbeiter* in *Straube*, HGB I³)

Straube, Fachwörterbuch zum Handels- und Gesellschaftsrecht (2005) mit Ergänzungsheft UGB (2006) (zitiert: *Bearbeiter*, Stichwort, in *Straube*, Fachwörterbuch)

Straube, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (Loseblatt) (zitiert: *Bearbeiter* in WK GmbHG)

Strigl, Kridahaftung des Geschäftsführers wegen Uneinbringlichkeit von Gewährleistungsforderungen gegen die insolvente GmbH, wbl 1987, 203

Taupitz/Pfeiffer, Der Entwurf und der Gegenentwurf für ein neues österreichisches Schadensersatzrecht – eine kritische Analyse, JBl 2010, 88

Thaler, Anmerkung zu OGH 21.10.1999, 8 Ob 237/97d, ecolex 2000/117

Thöni, Zur Verantwortlichkeit des GmbH-Gesellschafters (II), GesRZ 1987, 126

Tipold, Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des Arbeitgebers am Beispiel des Tauerntunnelunfalls, in *Hochreiter*, Bestrafung von Unternehmen. Anforderungen an die kommende gesetzliche Regelung aus ArbeitnehmerInnen- und KonsumentInnensicht (2003) 5

Tonkli, Bericht über den Vortrag von Karollus, Die Kridahaftung der GmbH-Gesellschafter nach den „Eumig“-Entscheidungen des OGH, Kärntner Juristische Gesellschaft, Sitzung vom 13.2.1990, ÖJZ 1990, 403

Torggler, Ulrich, Fünf (Anti-)Thesen zum Haftungsdurchgriff, JBl 2006, 85

Torggler, Ulrich, Replik zu Koppensteiner, JBl 2006, 681 ff, JBl 2006, 809

Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (Loseblatt) (zitiert: *Bearbeiter* in SK)

Ulmer, Von „TBB“ zu „Bremer Vulkan“ – Revolution oder Evolution? ZIP 2001, 2021

Ulmer, Zur Haftung der abordnenden Körperschaft nach § 31 BGB für Sorgfaltsverstöße des von ihr benannten Aufsichtsratsmitglieds, in FS Stimpel (1985) 705

Ulmer/Habersack/Winter, Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) Großkommentar (2005 ff) (zitiert: *Bearbeiter* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG)

Umfahrer, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung⁶ (2008) (zitiert: *Umfahrer*, GmbH⁶)

Vavrovsky, Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern, in *Vavrovsky*, Handbuch Konzernhaftung (2008) 9

Veil, Gesellschafterhaftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs und materieller Unterkapitalisierung, NJW 2008, 3264

Vetter, die neue dogmatische Grundlage des BGH zur Existenzvernichtungshaftung, BB 2007, 1965

Viehböck/Linder, Die Leitung eines Unternehmens in der Krise, SWK 2009, W 127

Vonkilch, Das intertemporale Privatrecht (1999)

Waclawik, Die Verantwortlichkeit für existenzvernichtendes Unterlassen. Besprechung des BGH Urteils vom 28.4.2008, II ZR 264/06, DStR 2008, 1293, Gamma, DStR 2008, 1486

Wagner, Grundfragen der Insolvenzverschleppungshaftung nach der GmbH-Reform, in FS K. Schmidt (2009) 1665

Weber-Wilfert, IRÄG 2010: Austritt wegen Entgeltvorenthalts in der Insolvenz, RdW 2010/387, 350

Wegscheider, „Fahrlässige Krida“ neu! JBI 2001, 287

Weimar, Grundprobleme und offene Fragen um den faktischen GmbH-Geschäftsführer (I), GmbHR 1997, 473

Weimar, Grundprobleme und offene Fragen um den faktischen GmbH-Geschäftsführer (II), GmbHR 1997, 538

Weller, Die Neuausrichtung der Existenzvernichtungshaftung durch den BGH und ihre Implikationen für die Praxis, ZIP 207, 1681

Welser, Der OGH und der Rechtswidrigkeitszusammenhang, ÖJZ 1975, 1

Welser, Der OGH und der Rechtswidrigkeitszusammenhang, ÖJZ 1975, 37

Welser, Schutzgesetzverletzung, Verschulden und Beweislast, ZVR 1976, 1

Welser, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten (1983)

Wenger, Zu Interessenkonflikten der Aufsichtsratsmitglieder und zur Inkompatibilität von Ämtern, RWZ 2002, 1

Wenger, Anmerkung zu OGH 1.7.1999, 2 Ob 181/97z, ecolex 2000, 42

Wenger, Anmerkung zu OGH 29.4.2004, 6 Ob 313/03b, RWZ 2004/93, 366

Wenger, Anmerkung zu OGH 20.3.2007, 4 Ob 31/07y, RWZ 2006/50, 169

Wilhelm, Anmerkung zu OGH 9.2.1988, 6 Ob 508, 509/86, wbl 1988, 129

Wilhelm, Anmerkung zu OGH 1.7.1999, 2 Ob 181/97z, ecolex 2000, 42

Winalek, Ein Fall von Wirtschaftskriminalität, RZ 1983, 236

Windbichler, Gesellschaftsrecht²² (2009)

Zagler, Strafrecht. Besonderer Teil (2000) (zitiert: *Zagler*, BT)

Zeder, Ein Strafrecht juristischer Personen: Grundzüge einer Regelung in Österreich, ÖJZ 2001, 630

Zöllner/Noack, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz³ (2004 ff) (zitiert: *Bearbeiter* in KK AktG³)

Rechtsprechungsverzeichnis

A. BGH

BGH 14.12.1959, II ZR 187/57, BGHZ 31, 258

BGH 26.3.1984, II ZR 171/83, BGHZ 90, 381

BGH 13.4.1994, II ZR 16/93, BGHZ 125, 366

BGH 17.9.2001, II ZR 178/99, BGHZ 149, 10 (Bremer Vulkan)

BGH 16.7.2007, II ZR 3/04, BGHZ 173, 246 = RIW 2007, 781 mit Anmerkung *Sester* (Trihotel)

BGH 28.4.2008, II ZR 264/06, BGHZ 176, 204 (Gamma)

B. k. k. Oberster Gerichtshof

k. k. Oberster Gerichtshof, 11.11.1903, Nr 14545, GIUNF 2486

k. k. Oberster Gerichtshof, 31.3.1909, Rv II, 243/9, GIUNF 4568

k. k. Oberster Gerichtshof, 30.11.1910, Rv III, 297/10, GIUNF 5251

C. OGH

OGH 2.6.1969, 6 Ob 159/69, JBl 1972, 141 mit Anmerkung *Ostheim*

OGH 28.2.1978, 9 Os 17, 18/78, ZVR 1978/193, 218

OGH 20.12.1984, 11 Os 73/84, RdW 1985, 275

OGH 14.7.1986, 1 Ob 571/86, JBl 1986, 713 mit Anmerkung *Reich-Rohrwig* = ZIP 1987, 702 mit Anmerkung *Honsell* (EUMIG I)

OGH 7.4.1987, 2 Ob 625/86, wbl 1987, 186

OGH 10.9.1987, 13 Os 42/87, JBl 1987, 798

OGH 9.2.1988, 6 Ob 508, 509/86, ÖBA 1988, 828 mit Anmerkung *Apathy* = wbl 1988, 129 mit Anmerkung *Wilhelm* (EUMIG II)

OGH 8.11.1988, 11 Os 51/88

OGH 6.12.1988, 2 Ob 548/88, RdW 1989, 117 mit Anmerkung *Karollus* = ÖBA 1989, 619 mit Anmerkung *Apathy*

OGH 6.7.1989, 7 Ob 589/89, ZVR 1990/103, 278

OGH 1.6.1990, 11 Os 75, 76/89, JBl 1991, 465

OGH 10.10.1991, 7 Ob 27/91, JBl 1992, 523 = ecolex 1992, 89 mit Anmerkung *Kletečka*

OGH 30.1.1992, 7 Ob 34/91, VR 1992, 366

OGH 26.2.1992, 2 Ob 62/91, JBl 1992, 648

OGH 20.5.1992, 1 Ob 562/92, SZ 65/76

OGH 10.12.1992, 6 Ob 656/90, ÖZW 1994, 58 mit Anmerkung *Harrer*

OGH 14.5.1963, 8 Ob 75/63, ZAS 1966, 161

OGH 29.6.1993, 14 Os 61/93

OGH 15.10.1964, 6 Ob 99/64, JBl 1965, 469

OGH 15.4.1971, 1 Ob 87/71, JBl 1972, 312 mit Anmerkung *Ostheim*

OGH 9.12.1971, 2 Ob 179, 180/71, SZ 44/187

OGH 4.12.1974, 1 Ob 196/74, SZ 47/140

OGH 21.10.1975, 4 Ob 623/75, JBl 1978, 87 mit Anmerkung *Ostheim*

OGH 24.11.1976, 8 Ob 160/76, JBl 1977, 199

OGH 7.6.1978, 1 Ob 625/78, JBl 1980, 482 mit Anmerkung *Ostheim*

OGH 15.12.1993, 13 Os 135/93, RZ 1995/4, 18

OGH 15.12.1994, 8 Ob 629/92, ÖJZ 1995, 697

OGH 16.3.1995, 12 Os 152/94, RZ 1995/75, 253

OGH 17.10.1995, 1 Ob 8/95, ÖBA 1996, 213

OGH 15.12.1995, 11 Os 158/95

OGH 28.3.1996, 2 Ob 2028/96s

OGH 14.5.1996, 14 Os 178/95

OGH 18.9.1996, 13 Os 112/96

OGH 16.12.1996, 1 Ob 2269/96z, wbl 1997, 210

OGH 22.10.1997, 7 Ob 2339/96p, ecolex 1998, 327

OGH 13.8.1998, 2 Ob 2336/96k

OGH 1.7.1999, 2 Ob 181/97z, ecolex 2000, 42 mit Anmerkung *Wilhelm* = ecolex 2000, 42
mit Anmerkung *Wenger*

OGH 13.7.1999, 4 Ob 179/99y, RdW 1999, 715

OGH 21.10.1999, 8 Ob 237/97d, ÖBA 2000, 914 mit Anmerkung *Fitz* = ecolex 2000/117
mit Anmerkung *Thaler*

OGH 14.3.2000, 14 Os 158/99, JBl 2001, 194

OGH 28.3.2000, 1 Ob 29/00x

OGH 6.12.2000, 7 Ob 202/00g, JBl 2001, 521

OGH 20.12.2000, 7 Ob 271/00d, JBl 2001, 525

OGH 12.4.2001, 8 ObA 98/00w, SZ 74/65

OGH 18.4.2002, 2 Ob 71/02h, RdW 2002/537, 595

OGH 9.4.2002, 14 Os 28/02, JBl 2003, 395 mit Anmerkung *Medigovic*

OGH 12.9.2002, 5 Ob 173/02f, wobl 2003/34, 57 mit Anmerkung *Call*

OGH 19.12.2002, 2 Ob 308/02m

OGH 24.6.2003, 11 Os 28/03, JBl 2004, 662

OGH 21.10.2003, 14 Os 53/03

OGH 18.11.2003, 14 Os 58/03

OGH 27.1.2004, 14 Os 160/03

OGH 18.3.2004, 15 Os 120/03, JBl 2005, 473 mit Anmerkung *Felnhofer-Luksch*

OGH 29.4.2004, 6 Ob 313/03 b, GesRZ 2004, 379 mit Anmerkung *Harrer* = ÖZW 2005, 21
mit Anmerkung *Artmann* = GeS 2005, 19 mit Anmerkung *Fantur* = RWZ 2004, 366 mit
Anmerkung *Wenger*

OGH 15.2.2005, 14 Os 143/04

OGH 10.3.2005, 12 Os 37/04

OGH 1.12.2005, 6 Ob 196/05z, JBl 2006, 463

OGH 13.12.2005, 11 Os 117/05y

OGH 30.5.2006, 11 Os 1/06s

OGH 13.6.2006, 11 Os 52/05i, JBl 2007, 333

OGH 20.3.2007, 4 Ob 31/07y, GesRZ 2007, 266 mit Anmerkung *Schopper* = ÖBA 2007,
998 mit Anmerkung *Koziol* = RWZ 2006/50, 169 mit Anmerkung *Wenger*

OGH 22.10.2007, 1 Ob 134/07y, ÖBA 2008, 441

OGH 17.12.2007, 8 Ob 124/07d, GesRZ 2008, 159 mit Anmerkung *Luschin* = GeS 2008, 2
mit Anmerkung *Fantur*

OGH 15.1.2008, 10 Ob 96/07a, ecolex 2008/148, 425 mit Anmerkung *Friedl*

OGH 10.4.2008, 9 ObA 117/06f, ZIK 2008/339, 209

OGH 4.11.2008, 14 Os 100/08z

OGH 20.1.2009, 4 Ob 204/08s, ecolex 2009/110, 315 mit Anmerkung *Kletečka* = Zak
2009/140, 96 mit Anmerkung *Leitner* = ZVR 2010/8, 22 mit Anmerkung *Huber*

OGH 23.2.2009, 8 Ob 108/08b, GeS 2009, 269 mit Anmerkung *Jaufer*

OGH 30.9.2009, 9 ObA 125/08k, ecolex 2010, 577 mit Anmerkung *Kapsch/Schopper*

D. VwGH

VwGH 12.6.1951, ZI 486/49, ArbSlg 5277

Anhänge

Anhang I: Abstract

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit einem Teilaspekt der deliktischen Außenhaftung der Gesellschafter einer GmbH, und zwar ihrer Haftung bei grob fahrlässiger Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen iSd § 159 StGB.

Im ersten Teil meiner Arbeit (Kap II.) stelle ich den Tatbestand der grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen (§ 159 StGB) dar. Ich behandle zuerst seine Entstehungsgeschichte, daran schließt eine Beschreibung seiner einzelnen Tatbestandsmerkmale an. Besonderes Augenmerk lege ich dabei auf die Frage, welche (strafrechtliche) Bedeutung § 159 StGB nach der Kridareform 2000 zukommt. Ich komme zum Ergebnis, dass es durch die Kridareform 2000 insgesamt zu einer weitreichenden Entkriminalisierung der ehemals fahrlässigen Krida gekommen ist.

Daran anschließend beschäftige ich mich im zweiten Teil meiner Arbeit (Kap III.) mit der an diesen Straftatbestand anknüpfenden zivilrechtlichen Haftung der Geschäftsführer einer GmbH. Ich zeige, dass die Kridareform 2000 auch den Anwendungsbereich der auf § 159 StGB aufbauenden zivilrechtlichen Geschäftsführerhaftung eingeschränkt hat, der zivilrechtliche Schadenersatzanspruch jedoch über die Strafbarkeit hinausgeht, können Lücken in der zivilrechtlichen Haftung doch – anders als im Bereich des Strafrechts – im Wege der Analogie gefüllt werden.

Im dritten Teil meiner Arbeit (Kap IV. und V.) gehe ich – auf die Ergebnisse des Kap III. aufbauend – der Frage nach, ob eine Haftung von Gesellschaftern einer GmbH in Betracht kommt. Zwei Begründungswege werden von mir näher untersucht: zum einen die zivilrechtliche Haftung von Gesellschaftern als Normadressaten des § 161 Abs 1 StGB (s Kap IV.) und zum anderen die Schadenersatzpflicht von Gesellschaftern als Bestimmungs- oder Beitragstäter (s Kap V.). In Kap IV. führe ich aus, dass Gesellschafter nicht nur dann haften, wenn sie leitende Angestellte oder Geschäftsführer der Gesellschaft sind, sondern darüber hinaus auch eine Haftung als faktische Geschäftsführer zu bejahen ist.

Der vierte Teil meiner Arbeit (Kap VI.) ist dann der Untersuchung der Zurechnung von Gehilfen und Repräsentanten gewidmet. Der Schwerpunkt der Untersuchung liegt hier auf der Frage, ob das Inkrafttreten des VbVG Änderungen für die zivilrechtliche Zurechnung gebracht hat (s Kap VI. C. 5.). Ich komme zum Ergebnis, dass das VbVG weder zur Feststellung der Lückenhaftigkeit der schadenersatzrechtlichen Zurechnungsregeln noch zur Auslegung des Begriff des Machthabers herangezogen werden kann (s Kap VI. C. 5. B.). Weiters gehe ich auf die Zurechnung im Fall von Organverflechtungen ein und zeige, dass der Muttergesellschaft ihr Organ, das gleichzeitig Organ der Tochtergesellschaft ist, nur dann zugerechnet wenn, wenn dieses in Ausführung einer von beiden Gesellschaften gleichzeitig übertragenen Aufgabe handelt (s Kap VI. C. 6.).

Schließlich wird die Außenhaftung der GmbH-Gesellschafter über § 159 StGB im fünften und letzten Teil meiner Arbeit (Kap VII.) im System des kapitalgesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes verortet und von anderen Tatbeständen mit ähnlichen Anwendungsbereichen abgegrenzt. Im Einzelnen gehe ich auf die Haftung wegen Existenzvernichtung (s Kap VII. B.), die Haftung wegen Konkursverschleppung (s Kap VII. C.) sowie die Möglichkeiten eines Haftungsdurchgriffs auf die Gesellschafter der GmbH (s Kap VII. D.) ein.

Insgesamt zeige ich in meiner Arbeit, dass die auf § 159 StGB aufbauende Haftung der GmbH-Gesellschafter auch über 20 Jahre nach den grundlegenden sog „*Eumig-Entscheidungen*“ des OGH ein ebenso maßvolles wie effektives Instrument des Gläubigerschutzes ist.

Anhang II: Lebenslauf

Name: **Paul Schörghofer**

Geburtsdatum: 16. Oktober 1981

Geburtsort: Wien

Ausbildung

seit 10/2005 **Universität Wien, Österreich**

Doktoratsstudium Rechtswissenschaften

03/2001 – 04/2005 **Universität Wien, Österreich**

Diplomstudium Rechtswissenschaften

Wahlfachkorb Wirtschafts- und Unternehmensrecht

European Law Students' Association Moot Court

09/2003 – 06/2004 **Université Panthéon-Assas (Paris II), Frankreich**

Certificat Supérieur de Droit Français

10/1991 – 05/2000 **Sacré Coeur Pressbaum, Österreich**

Matura

Berufspraxis

seit 04/2008 **Wirtschaftsuniversität, Institut für Zivil- und Unternehmensrecht,**

Lehrstuhl: Univ.-Prof. Dr. Susanne Kalss LL.M.

Universitätsassistent prae doc

10/2007 – 04/2008 **Universität Wien, Institut für Zivilrecht, Lehrstuhl: Univ.-Prof. Dr. Martin Schauer**

Assistent in Ausbildung

11/2007 – 06/2008	Twinning Project „Enhancing the Judicial System in Commercial Matters in Albania“ Berater
04/2006 – 09/2007	Schönherr Rechtsanwälte GmbH Rechtsanwaltsanwärter
11/2005 – 03/2006	Handelsgericht Wien Rechtspraktikant
7/2005 – 11/2005	Bezirksgericht Purkersdorf Rechtspraktikant

Publikationen

Buchbeiträge:

- Interessenkonflikte im Aufsichtsrat, in *Kalss/Kunz*, Handbuch Aufsichtsrat (mit *Stephan Frotz*) (erscheint 2010)
- Aufgaben des Aufsichtsrats, in *Kalss/Kunz*, Handbuch Aufsichtsrat (mit *Stephan Frotz*) (erscheint 2010)
- Corporate Compliance und Gesellschaftsrecht, in *Lucius/Oppitz/Bachinger*, Compliance im Finanzdienstleistungsbereich (2010) 9 (mit *Susanne Kalss*)
- Zivilrecht allgemein, in *Bauer*, Handbuch Verkehrsrecht (2009) 61
- Kommanditgesellschaft, in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) 405

Aufsätze:

- Die Auskunftspflicht des Kommanditisten nach § 171 Abs 1 Satz 2 UGB, ÖBA 2010, 157 (mit *Matthias Schimka*)
- Neue europäische Vorgaben für die Berichts- und Dokumentationspflicht bei Verschmelzungen und Spaltungen – Zur Änderung der Fusions-RL, der Spaltungs-RL,

der EU-Verschmelzungs-RL und der Kapital-RL, wbl 2010, 109 (mit *Matthias Schimka*)

- Auskunftsspflichten der Privatstiftung, PSR 2009, 64 (mit *Sabine Resch* und *Matthias Schimka*)
- Neue Rechtsprechung zum Personengesellschaftsrecht, GesRZ 2009, 275
- 20. Tagung der Gesellschaft junger Zivilrechtswissenschaftler e.V., 2. bis 5.9.2009 in Osnabrück, GesRZ 2009, 252
- Ein Sondergesellschaftsrecht für die GmbH & Co KG?, GesRZ 2009, 65 (mit *Susanne Kalss* und *Georg Eckert*)
- Gehilfenzurechnung auf Geschädigtenseite, Zak 2009, 246
- Zivilrechtliche Fragen der Korruption, Zak 2009, 191
- Privatstiftung und Schenkungsanrechnung, iFamZ 2008, 42 (mit *Felicitas Parapatits*)

Entscheidungsbesprechungen:

- OGH 17.12.2009, 6 Ob 214/09b, GesRZ 2010, 111
- OGH 16.4.2009, 6 Ob 43/09f, GesRZ 2009, 360 (mit *Petra Leupold*)
- OGH 26.3.2009, 6 Ob 258/08x, GesRZ 2009, 292
- OGH 23.2.2009, 8 Ob 90/08f, ÖJZ 2009, 665
- OGH 17.12.2008, 6 Ob 267/08w, GesRZ 2009, 177

Buchbesprechungen:

- *Schall*, Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz, GesRZ 2010, 131
- *Riss*, Doppelorganschaft und Treuepflichten, ÖBA 2010, 72
- *Frotz/Kaufmann*, Praxiskommentar Grenzüberschreitende Verschmelzungen, ÖZW 2009, 50

- *Lachmayer/Bauer*, Praxiswörterbuch Europarecht, GesRZ 2009, 58
- *Lachmayer/Bauer*, Praxiswörterbuch Europarecht, Nova & Varia 2008, 159

Sonstiges:

- Definition verfahrensrechtlicher Begriffe, in *Piska/Frohner*, Fachwörterbuch Einführung in die Rechtswissenschaften (2009)
- Definition verfahrensrechtlicher Begriffe, in *Piska/Frohner*, Fachwörterbuch zur Einführung in die Rechtswissenschaften (2008)