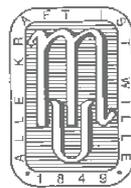


Gedenkschrift  
**ROBERT REBHAHN**

Herausgegeben von

Univ.-Prof. Dr. Christoph Kietaihl  
Univ.-Prof. Dr. Rudolf Mosler  
Priv.-Doz. Dr. Harun Pačić



Wien 2019  
MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

# Die Außenhaftung des gewerberechlichen Geschäftsführers wegen Schutzgesetzverletzung

Georg Schima, Wien

Übersicht:

- I. Einleitung, Vorbemerkung
- II. Die Entscheidung des OGH vom 28. 9. 2017
- III. Eigene Auffassung

## I. Einleitung, Vorbemerkung

*Robert Rebhahn* war ein lieber Freund, ein großartiger Wissenschaftler und stets anregender und interessanter Gesprächspartner, weit jenseits juristisch-fachlicher Themen. Unsere gemeinsamen Opern-, Theater- und Konzertbesuche werden mir immer in Erinnerung bleiben. Sie endeten stets in einer anregenden Diskussion, in der sich *Robert* von seiner unjuristischen Seite zeigte.

In fachlicher Hinsicht war *Robert Rebhahns* Spektrum mehr als weit gespannt: Arbeitsrecht, klassisches Zivilrecht bis zum Amtshaftungsrecht, öffentliches Recht und natürlich Europarecht. Einen Ruf auf einen Europarechtslehrstuhl nach Salzburg lehnte er – bereits erkrankt – letztlich ab, wie überhaupt sein Verhältnis zu der Materie und zur Europäischen Union ein sehr interessant-gespaltenes war, wie ich vor Jahren einmal nach einem gemeinsamen Opernabend mit meinem ebenfalls viel zu früh verstorbenen Freund *Karl Hempel* feststellen durfte. Während letzterer, selbst Honorarprofessor für Europarecht, sich als glühender Unionsbefürworter „outete“, wie man das heute nennt, warf *Robert* in die Diskussion viele Zweifel und seine Skepsis darüber ein, ob sich die Union überall in die richtige Richtung bewege. Und da war von den großen, 2015 einsetzenden Migrationsbewegungen noch keine Rede.

Besonders beeindruckt hat mich an *Robert Rebhahn* immer auch seine Unbestechlichkeit im weitesten Sinn und seine persönliche Integrität. Das Wort „Gefälligkeitsgutachten“ vermochte er wohl nicht einmal auszusprechen, und ich kenne niemanden, der ihm auch nur ansatzweise zuge-  
traut hätte, etwas anderes als seine persönliche Meinung und juristische Überzeugung zu vertreten, selbst wenn ein Auftraggeber mit attraktivem Honorar winkte, der es gerne anders gehabt hätte. Ich erlebte auch selbst,

dass *Robert Rebhahn* Aufträge ablehnte, weil er der Intention des Auftraggebers nicht folgen zu können dachte. Und in Erinnerung ist mir noch, dass *Robert Rebhahn* vor vielen Jahren einen Ruf an einen Arbeitsrechtslehrstuhl in München ablehnte, weil dieser sehr großzügig von der deutschen Industrie bzw AG-Verbänden finanziert war und er Bedenken hatte, als dort lehrender Professor im sensiblen Fach Arbeitsrecht einen Stempel aufgedrückt zu bekommen, der seine wissenschaftliche Glaubwürdigkeit hätte beeinträchtigen können. Seine Unabhängigkeit war *Robert Rebhahn* immer sehr wichtig; wirtschaftliche Interessen standen dabei im Hintergrund.

Im Jahr 1994 verfasste *Robert Rebhahn* eine kleine Monographie „Der gewerberechtliche Geschäftsführer“,<sup>1)</sup> die erst kürzlich vom OGH prominent aufgegriffen wurde, weil sich das Höchstgericht in einer 2017 ergangenen Entscheidung zur Haftung des gewerberechtlichen Geschäftsführers vorrangig auf *Robert Rebhahns* Ausführungen in dieser Monographie und in einer späteren Arbeit<sup>2)</sup> berief. Dies ist Grund genug, sich mit dem Thema und der jüngsten Entscheidung des OGH zu befassen.

## II. Die Entscheidung des OGH vom 28. 9. 2017

Juristische Personen (wozu auch die GmbH zählt) sind verpflichtet, einen gewerberechtlichen Geschäftsführer zu bestellen, der dem Gewerbetreibenden gegenüber für die fachlich einwandfreie Ausübung des Gewerbes und der Behörde gegenüber für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften verantwortlich ist (§ 39 Abs 1 GewO). Schon deshalb weil in der Praxis der gewerberechtliche Geschäftsführer nicht selten gleichzeitig unternehmensrechtlicher Geschäftsführer ist, hat die Frage der Haftung des gewerberechtlichen Geschäftsführers im gegebenen Zusammenhang praktische Bedeutung.

Diesbezüglich hat der OGH mit einer Entscheidung vom 28. 9. 2017<sup>3)</sup> große Aufmerksamkeit – und zwar auch in den nicht-juristischen Medien<sup>4)</sup> und sowohl Zustimmung<sup>5)</sup> als auch teilweise gemäßigte und mehr die Begründung betreffende, teilweise jedoch dezidierte Ablehnung<sup>6)</sup> hervorgerufen.

1) *Rebhahn*, Der gewerberechtliche Geschäftsführer (1994).

2) *Rebhahn*, Der gewerberechtliche Geschäftsführer, in *Korinek* (Hrsg), Gewerbe-recht – Grundfragen der GewO 1994 in Einzelbeiträgen.

3) OGH 28. 9. 2017, 8 Ob 57/17s RdU-UT 2018/9, 35 = *ecolex* 2018, 614 = *bauaktuell* 2018, 30 = *GES* 2017, 436.

4) Vgl *Kommenda*, Wer anderen eine Grube gräbt, haftet selbst, *Die Presse/Rechtspanorama* 2017/46/03.

5) Vgl insb *Wagner*, Die Haftung des gewerberechtlichen Geschäftsführers Dritten gegenüber, *RdU-UT* 2018/8/2, 26.

6) Vgl *Ortner/Cetin*, Haftung des gewerberechtlichen Geschäftsführers gegenüber Dritten, *ecolex* 2018, 614 (615 ff); dezidiert abl *Reich-Rohrwig*, Außenhaftung des gewerberechtlichen Geschäftsführers – § 39 Abs 1 GewO ist Schutzgesetz, *ecolex*

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: die Kläger, Eigentümer eines Kleingartens in Wien, beauftragten die erstbeklagte Partei mit dem Aushub einer Baugrube und stellten der erstbeklagten Partei ein baugelogisches Gutachten zur Verfügung, demzufolge für den Aushub der Baugrube keine Stützungsmaßnahmen erforderlich waren. Die Ausführungen im Gutachten erwiesen sich jedoch als unrichtig – und zwar so grob unrichtig, dass der OGH zur Auffassung gelangte, die Unrichtigkeit sei auch einem „geotechnisch ungebildeten Unternehmer erkennbar gewesen“.

Eine Intervention der Baupolizei, die zunächst eine Sicherung der Baugrube verlangte, wurde nach Vorlage des baugelogischen Gutachtens durch die Kläger wieder eingestellt. Schließlich kam es auf der Liegenschaft zu einer Hangrutschung und dem darauffolgenden Auftrag der Baupolizei, die Baugrube mit Beton zu verfüllen. Die Kosten der Wiederherstellung des Bauplatzes beliefen sich auf rund € 220.000,-, wobei auch künftige Schäden nicht ausgeschlossen werden konnten.

Die erstbeklagte Partei verfügte über die Gewerbeberechtigung „Deichgräber“ (Erdbewegungsarbeiten), die keine Erdarbeiten erfasst, für die statische Kenntnisse erforderlich sind. Mit der beschriebenen Tätigkeit überschritt die erstbeklagte Partei ihre Gewerbeberechtigung. Die Kläger nahmen die erstbeklagte Partei und als Zweitbeklagten deren gewerbe-rechlichen (und gleichzeitig unternehmensrechtlichen) Geschäftsführer in Anspruch. Das Erstgericht erkannte die Forderung sowohl gegen die erstbeklagte Partei als auch gegen den Zweitbeklagten wegen eines Mitverschuldens der Kläger als im Ausmaß von zwei Drittel zu Recht bestehend, das Berufungsgericht befand die Forderung gegen die erstbeklagte Partei mangels Mitverschuldens für zur Gänze berechtigt, wies aber das Klagebegehren gegen den zweitbeklagten gewerberechlichen Geschäftsführer ab, und der OGH stellte schließlich die Entscheidung des Erstgerichts wieder her.

Der OGH nahm – entgegen dem Ausspruch des Berufungsgerichts – die außerordentliche Revision an und bejahte die zivilrechtliche Haftung des gewerberechlichen Geschäftsführers gegenüber Dritten, dh gegenüber den klagenden Parteien, weil § 39 GewO iVm den (Straf-)Bestimmungen der § 366 Abs 1 Z 1 (iVm § 99 Abs 1 Z 3) und § 370 GewO ein Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB sei.

Dies begründete das Höchstgericht folgendermaßen:

Klar sei im vorliegenden Fall, dass eine Überschreitung der Gewerbeberechtigung vorläge, weil der Deichgräber (Erdbeweger) keine Erdarbeiten ausführen dürfe, für die statische Kenntnisse erforderlich seien, wozu jedenfalls Aushubarbeiten mit mehr als 1,25 m Tiefe zählten (vgl dazu § 48 Bauarbeiterschutz-VO).

2018, 153 – anlässlich der Zivilrechts-Tagung in Traunkirchen am 19. 9. 2018 verstärkte der Autor seine Kritik in einem Diskussionsbeitrag noch; ebenso abl Wenger, RWZ 2017, 383 (385).

Der gewerberechtliche Geschäftsführer sei gem § 39 Abs 1 GewO dem Gewerbeinhaber für die fachlich einwandfreie Ausübung des Gewerbes verantwortlich, sodass ihn die Pflicht träfe, den fachlichen Bereich des Unternehmens so zu führen, dass die gewerberechtlichen Vorschriften eingehalten würden. Dazu gehörten all jene, die auf dem Kompetenztatbestand „Angelegenheiten des Gewerbes und der Industrie“ nach Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG beruhten, also jene der Gewerbeordnung oder von Durchführungsverordnungen sowie von gewerberechtlichen Nebengesetzen.<sup>7)</sup> Zum Pflichtenkreis der Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften zähle auch die Verantwortung für die unbefugte Ausübung eines anderen Gewerbes, das im sachlichen Zusammenhang mit dem eigenen Gewerbe stehe.<sup>8)</sup> Nach der Rsp läge demgemäß eine unbefugte Gewerbetätigkeit vor, wenn eine gewerberechtlich nicht gedeckte Tätigkeit im sachlichen Zusammenhang mit einer durch eine vorhandene Gewerbeberechtigung gedeckten Tätigkeit stünde, und dafür träfe den gewerberechtlichen Geschäftsführer die verwaltungsrechtliche Verantwortung.<sup>9)</sup>

Bei Schutzgesetzen handle es sich, so der OGH, um objektiv abstrakte Gefährdungsverbote, die dazu bestimmt seien, die Mitglieder eines Personenkreises gegen die Verletzung von Rechtsgütern zu schützen.<sup>10)</sup> Es gehe um konkrete Verhaltensvorschriften, die einerseits durch die Gefahren, die vermieden und andererseits durch die Personen, die geschützt werden sollten, begrenzt seien.<sup>11)</sup> Die Strafsanktionierung bilde dabei ein Indiz für die Qualifikation als Schutzgesetz. Die Normzweckprüfung sei teleologisch ausgerichtet und stelle primär darauf ab, welcher Zweck mit der in ihrem Primärnormgehalt feststehenden Anordnung verfolgt werde.<sup>12)</sup> Maßgeblich sei, dass der Schutz des Einzelnen im beabsichtigten Aufgabenbereich der Norm gelegen sei, bei einer idS auf den Schutz des Einzelnen ausgerichteten Norm schade es nicht, wenn primär der Schutz allgemeiner Interessen bezweckt werde. Nicht ausreichend sei aber, dass der Individualschutz durch die Befolgung der Norm nur objektiv gleichsam als Reflex erreicht werde.<sup>13)</sup>

Aus § 39 Abs 1 GewO iVm § 366 Abs 1 Z 1 (iVm § 99 Abs 1 Z 3) und § 370 GewO folge im gegebenen Zusammenhang, dass der gewerberechtliche Geschäftsführer sicherstellen müsse, dass die Grenzen der Gewerbeberechtigung nicht überschritten würden. Von der Gewerbeberechtigung nicht gedeckte unbefugte Tätigkeiten, die ein fremdes Gewerbe betreffen,

7) Verweis auf *Unterweger/Potakowskyj*, Zur Haftung des gewerberechtlichen Geschäftsführers nach der Gewerberechtsnovelle 1988, GesRZ 1991, 93.

8) Verweis auf *Hanusch*, Kommentar zur Gewerbeordnung § 39 Rz 23, 26; *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, GewO § 39 Rz 6.

9) Verweis auf VwGH Ra 2016/04/0055.

10) Verweis auf RIS-Justiz RS0027710; OGH 6 Ob 197/08a.

11) Verweis auf *Karollus*, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung 346.

12) Verweis auf OGH 1 Ob 97/07 g.

13) Verweis auf OGH 8 Ob 145/09 w; 8 Ob 104/12 w.

müssten unterbleiben. Dabei handle es sich um eine konkrete Verhaltensanordnung, deren Verletzung verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert ist. Das Gebot der Einhaltung der Grenzen der Gewerbeberechtigung solle nach seinem klar erkennbaren Zweck sicherstellen, dass für die Ausübung des Gewerbes die erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten vorliegen und auf mangelnde Sachkunde zurückzuführende Gefahren daher vermieden würden. Das in Rede stehende Gebot diene damit der Gefahrenabwehr, weshalb § 39 Abs 1 GewO iVm den Strafnormen auch als Gefährdungsverbot zu verstehen sei.

Der Verstoß gegen ein Schutzgesetz begründe eine Haftung für jene Schäden, die die Schutznorm verhindern solle. Im Einzelfall wäre daher zu prüfen, ob das Gesetz den Schutz Einzelner bezwecke, ob es gerade den entstandenen Schaden verhindern wolle und ob jene Interessen verletzt worden seien, deren Schutz im Zweckbereich der Norm läge.<sup>14)</sup>

Das hier zu beurteilende Gebot zur Gefahrenabwehr sei nicht Selbstzweck, sondern solle gerade den von der Gewerbeausübung unmittelbar Betroffenen, idR also den Kunden, vor Schäden schützen. Die in Rede stehende Bestimmung diene damit dem Schutz des Einzelnen und sei als drittbeschützende Bestimmung anzusehen.

Damit, so der OGH resümierend, seien alle Voraussetzungen für die Qualifikation von § 39 Abs 1 GewO iVm mit den Strafnormen als Schutzgesetz zugunsten des Bestellers gegeben. Die Kläger könnten sich gegenüber dem zweitbeklagten gewerberechtiglichen Geschäftsführer daher auf eine Schutzgesetzverletzung berufen.

Bei Verletzung eines Schutzgesetzes hafte der Beklagte für alle Nachteile, die bei Einhaltung des Schutzgesetzes nicht eingetreten wären. Der Geschädigte habe den Eintritt des Schadens, dessen Höhe und die Normverletzung zu beweisen. Es bedürfe hingegen von seiner Seite keines strikten Nachweises des Kausalzusammenhanges, weil die Kausalität der in der Missachtung der Norm liegenden Pflichtwidrigkeit für die Schadensfolgen, deren Eintritt das Schutzgesetz gerade zu verhindern bestimmt sei, vermutet werde. Stehe die Übertretung des Schutzgesetzes fest, könne sich der Schädiger von seiner Haftung nur dadurch befreien, dass er mangelndes Verschulden seiner Leute nachweise oder die Kausalität der Pflichtwidrigkeit – durch Außerkraftsetzung des ihn belastenden Anscheinsbeweises – ernstlich zweifelhaft mache.<sup>15)</sup> Hätte der gewerberechtigliche Geschäftsführer seine aus § 39 Abs 1 GewO resultierenden Verpflichtungen eingehalten, so hätte der Aushub der Baugrube durch die Erstbeklagte unterbleiben müssen. In der Folge wäre ein befugter Gewerbeberechtigter (Baumeister) beigezogen worden, sodass die hier zu beurteilenden Schäden vermieden worden wären. Die dem beklagten gewerberechtiglichen Geschäftsführer

14) Verweis auf OGH 4 Ob 173/12p.

15) Verweis auf RIS-Justiz RS0022561; OGH 6 Ob 250/11 z; 8 Ob 104/12w.

vorwerfbare schädigende Handlung habe nicht etwa in einer Unterlassung einer Warnung, sondern im Zulassen der Weiterarbeit trotz ersichtlicher Überschreitung der eigenen Fähigkeiten und Befugnisse bestanden.

Die Haftung aus einer Schutzgesetzverletzung sei eine Verschuldenshaftung und keine Erfolgshaftung. Es obliege jedoch dem Schädiger der Beweis, dass ihn an einer Übertretung des Schutzgesetzes keine subjektive Sorgfaltswidrigkeit trafe, er das Schutzgesetz also unverschuldet übertreten habe.<sup>16)</sup>

Schließlich bemühte sich der OGH noch, darzulegen, dass sein Ergebnis der bisherigen Judikatur als auch dem Meinungsstand im Schrifttum entspreche.<sup>17)</sup>

In dem der E 4 Ob 236/02 p zugrunde liegenden Fall sei der gewerberechtliche Geschäftsführer eines Spenglerbetriebs vom Besteller aus dem Titel des Schadenersatzes für mangelhafte Dachdecker- und Spenglerarbeiten in Anspruch genommen worden, wobei sich die Klägerin auf die Verletzung eines Schutzgesetzes, nämlich § 39 GewO, gestützt habe. Es sei in dem Fall nur um die mangelhafte Erfüllung eines Werkvertrags, indes nicht um eine Überschreitung der Gewerbeberechtigung gegangen. Der OGH habe dabei zwar geprüft, ob der Schutz der Auftraggeber des Gewerbeinhabers (also der Kunden) von der Haftung gegenüber dem Gewerbeinhaber und gegenüber der Behörde „mitumfasst“ sei, habe im Ergebnis die Haftung aber deshalb – und nur deshalb – abgelehnt, weil als „fachlich einwandfreie Ausübung des Gewerbes“ iSd § 39 Abs 1 GewO nicht die Verpflichtung zu verstehen sei, „Aufträge fachgerecht auszuführen“. Eine dies vorschreibende Bestimmung enthalte die Gewerbeordnung nämlich nicht. Da sich auch die Haftung gegenüber der Behörde auf die gewerberechtlichen Vorschriften beziehe, könne die Norm nur den Schutz vor Schäden bezwecken, die aus der Verletzung gewerberechtlicher Vorschriften folgten.<sup>18)</sup>

Aus dem Gesagten ergebe sich, dass den gewerberechtlichen Geschäftsführer keine Verpflichtung trafe, die fachgerechte Ausführung von Aufträgen zu überwachen, womit eine Haftung gegenüber Dritten für Schäden, die diese als Auftraggeber des Gewerbeinhabers durch nicht fachgerechte Ausführung des Auftrags erlitten hätten, von vornherein ausscheide.

Der Anspruch der Klägerin im damals entschiedenen Fall sei daher nicht daran gescheitert, dass § 39 GewO kein Schutzgesetz sei, sondern am fehlenden Rechtswidrigkeitszusammenhang. So habe auch der OGH in seiner Entscheidung 4 Ob 173/12 p das Ergebnis der gerade referierten E 4 Ob 236/02 p so zusammengefasst, dass Schutzpflichten des gewerbe-

16) Verweis auf RIS-Justiz RS0112234 [T 5].

17) Wozu freilich nicht ganz passt, dass die bisherigen Stellungnahmen in der Tendenz eher ablehnend sind.

18) Verweis auf OGH 4 Ob 103/89 ÖBI 1990, 124 – Gemeinschaftswerbung mWN, wonach für den gewerberechtlichen Geschäftsführer nur eine Haftung für die nach der GewO zu bestrafenden Verstöße der Gesellschaft in Betracht komme.

rechtlichen Geschäftsführer Dritten gegenüber nur insofern bestehen könnten, als der gewerberechliche Geschäftsführer dem Gewerbeinhaber nur für die Einhaltung gewerberechlicher Vorschriften hafte. Eine Haftung gegenüber Dritten komme nur dann in Betracht, wenn eine drittschützende gewerberechliche Vorschrift verletzt werde.<sup>19)</sup>

Sodann setzte sich das Höchstgericht mit der vorhandenen Literatur und insb mit der Auffassung von *Rebhahn*<sup>20)</sup> auseinander.

Nach *Rebhahn* könne sich eine Haftung des Geschäftsführers gegenüber Dritten aus dessen öffentlich-rechtlicher Stellung ergeben. Er sei für die Einhaltung der gewerberechlichen Vorschriften verantwortlich. Die Anwendung dieser allgemeinen Norm werde durch § 39 Abs 1 GewO in keiner Weise eingeschränkt. § 39 Abs 1 begründe bzw betone nur die Verantwortlichkeit des Geschäftsführers dem Gewerbetreibenden und der Behörde gegenüber, schließe aber eine Haftung gegenüber Dritten nicht aus. Die Eigenschaft als Schutzgesetz im schadenersatzrechtlichen Sinn könne insb bei gewerberechlichen Vorschriften zum Schutz der Gesundheit von Kunden oder sonstigen Dritten ohne weiteres bejaht werden. Unabhängig von einer Haftung des Unternehmers stelle sich dann die Frage nach der persönlichen Haftung des Geschäftsführers. Aus der Verlagerung der verwaltungsrechtlichen Verantwortlichkeit für die Einhaltung der auch drittschützenden gewerberechlichen Vorschriften auf den Geschäftsführer folge, dass der Geschäftsführer auch diesen Dritten gegenüber zu normgemäßem Handeln verpflichtet sei. Denn die öffentlich-rechtliche Pflicht (auch die des Geschäftsführers), sich um die Einhaltung der gewerberechlichen Normen zu kümmern, bestünde gerade auch im Interesse der Dritten. Der Geschäftsführer hafte daher – so *Rebhahn* – Dritten gegenüber für Schäden, die bei sorgfältigem Bemühen um die Einhaltung des Gewerberechts nicht eingetreten wären, wenn die verletzte Norm den Dritten im Verhältnis zum Unternehmer schütze (zB kundenschützende Normen des Betriebsanlagenrechts). Dies gelte auch bei unbefugter Gewerbeausübung. Der Geschäftsführer sei der Behörde auch für das Unterlassen unbefugter Gewerbetätigkeit iZm seinem Gewerbe verantwortlich. Werde nun ein Dritter durch diese unbefugte Gewerbeausübung geschädigt, so hafteten Unternehmer und Geschäftsführer jedenfalls dann, wenn die Arbeiten nicht mit der für das fremde Gewerbe erforderlichen Sorgfalt iSd § 1299ABGB ausgeführt würden.

*Novotny/Jünger*<sup>21)</sup> würden, so der OGH, ebenfalls die Möglichkeit der Dritthaftung des gewerberechlichen Geschäftsführers unter Bezugnahme auf OGH 4 Ob 236/02p bejahen. Ein Schutz Dritter, so die Autoren, sei insoweit denkbar, als sich gewerberechliche Vorschriften als Schutzgesetz

19) Verweis auf *Koppensteiner* in *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 15 Rz 4.

20) *Rebhahn*, Der gewerberechliche Geschäftsführer: Verwaltungs- und privatrechtliche Fragen zu einem verantwortlichen Beauftragten (1994) 102 ff.

21) *Novotny/Jünger*, FS Wundsam 553 ff.

darstellten. Es sei daher im Einzelfall zu prüfen, inwieweit eine gewerberechtliche Vorschrift Schutzgesetz sein könne, aus dem sich Ansprüche gegenüber dem gewerberechtlichen Geschäftsführer für Dritte ableiten ließen. Erforderlich für die Haftung sei unter anderem der Rechtswidrigkeitszusammenhang. Dabei könne durchaus eine Untersuchung des Schutzzwecks von gewerberechtlichen Vorschriften zum Ergebnis führen, dass sich über den Schutzzweck der Norm keine Haftung aus einer gewerberechtlichen Vorschrift ergebe. Andererseits könne sich nach der Rsp des OGH ein sehr breiter Haftungsbereich aus dem Schutzzweck der Norm gegenüber Dritten auch für den gewerberechtlichen Geschäftsführer ergeben.

Auch *Koppensteiner*<sup>22)</sup> sei der Ansicht, dass gewerberechtliche Geschäftsführer für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich seien, der Gesellschaft gegenüber auch zivilrechtlich hafteten und eine Haftung gegenüber Dritten dann in Betracht käme, wenn eine drittschützende gewerberechtliche Vorschrift verletzt werde, wobei die OGH-E 4 Ob 236/02p zitiert werde.

Die Meinungen von *Köhler*<sup>23)</sup>, *Stöger*<sup>24)</sup> und *Filzmoser*<sup>25)</sup> sprächen nicht gegen das vom OGH nunmehr vertretene Ergebnis.<sup>26)</sup>

### III. Eigene Auffassung

Der Auffassung des OGH, dass „§ 39 GewO in Verbindung mit den (Straf-)Bestimmungen der §§ 366 Abs 1 Z 1 (iVm § 99 Abs 1 Z3) und § 370 GewO“ ein Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB sei(en), kann in dieser Form

22) *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> § 15 Rz 4.

23) *Köhler* in *Ennöckl/Raschauer/Wessely*, Kommentar zur Gewerbeordnung 1994 § 39 Rz 7.

24) *Stöger* in *Straube*, WK GmbHG § 15 Rz 106.

25) *Filzmoser*, Die Haftung des gewerberechtlichen Geschäftsführers, RdW 1992, 98.

26) Diese Sichtweise ist etwas gewagt, weil *Köhler* die Auffassung vertritt, eine zivilrechtliche Verantwortung des Geschäftsführers Dritten gegenüber, zB Kunden des Gewerbeinhabers für mangelhafte Leistungen, ergebe sich aus der GewO nicht, weshalb zivilrechtliche Ansprüche Dritter somit gegen den Gewerbeinhaber zu richten seien. Dass der Autor damit den OGH in 4 Ob 236/02p nicht ganz richtig zitiert, ist freilich zutreffend.

Ähnliches gilt für die Aussage von *Stöger*, wonach der OGH eine zivilrechtliche Haftung des gewerberechtlichen Geschäftsführers wegen fachlich nicht einwandfreier Gewerbeausübung gegenüber Dritten ebenso verneint habe wie im Fall, dass der Gewerbeinhaber von der Gewerbeberechtigung nicht mehr erfasste Tätigkeiten anbiete. Auch dies ist keine korrekte Wiedergabe der in den E 4 Ob 236/02p und 4 Ob 137/06k vertretenen Ansicht.

Bloß bei *Filzmoser* könnte man eine eigene gegenteilige Meinung ohne (Fehl-) Interpretation des OGH annehmen, wenn er ausführt, dass „direkte Ansprüche etwa von Kunden oder sonst wie Geschädigten grundsätzlich ausscheiden, weil die Haftung nur dem Gewerbetreibenden gegenüber normiert ist.“ Der OGH tut das in 8 Ob 57/17s (Seite 21 Pkt 5.3. des Volltextes) mit dem Hinweis ab, der Autor „nimmt auf die Qualifikation als Schutzgesetz nicht Bedacht“.

jedoch nicht beigeplichtet werden. Denn bei § 39 Abs 1 GewO handelt es sich um keine konkrete Verhaltensanordnung.<sup>27)</sup>

Dass der gewerberechliche Geschäftsführer „sicherstellen muss, dass die Grenzen der Gewerbeberechtigung nicht überschritten werden“,<sup>28)</sup> ist zwar richtig, doch ist daraus weder abzuleiten, welcher konkreten Gefahr das Gesetz vorbeugen möchte, noch welche konkreten Verhaltensgebote daraus resultieren. Ein bloß der allgemeinen Gefahrenabwehr dienendes bzw primär den Schutz allgemeiner Interessen und nicht den Schutz von Einzelinteressen bezweckendes Gebot<sup>29)</sup> kann nicht den Charakter eines Schutzgesetzes iSd § 1311 ABGB haben.

Auch der OGH anerkennt dies in der hier in Rede stehenden E 8 Ob 57/17s ganz selbstverständlich, wenn er im Wesentlichen die hM wiedergibt und betont, Schutzgesetze seien objektiv abstrakte Gefährdungsverbote, die dazu bestimmt seien, die Mitglieder eines Personenkreises gegen die Verletzung von Rechtsgütern zu schützen, und es handle sich um konkrete Verhaltensvorschriften, die einerseits durch die Gefahren, die vermieden werden sollen, und andererseits durch die Personen, die geschützt werden sollen, begrenzt sind.<sup>30)</sup>

Aus § 39 Abs 1 GewO bzw den vom OGH mit herangezogenen gewerbesträflichen Vorschriften lassen sich aber weder konkrete Gefahren, denen vorgebeugt werden soll, noch ein konkreter Personenkreis ermitteln.

Dies ist auch nicht weiter verwunderlich, sind die relevanten gewerberechlichen Vorschriften, deren Einhaltung zum Pflichtenkreis des gewerberechlichen Geschäftsführers zählt, doch bekanntlich ein sehr weites Feld, von dem keineswegs gesagt werden kann, es bestünde ausschließlich aus Normen, die dem Drittschutz dienen und deren Verletzung potenziell zu einem Schaden Dritter führt.<sup>31)</sup>

*Wagner*, die die Auffassung des OGH in der Begründung und im Ergebnis billigt, liefert selbst den Beleg für deren mangelnde Überzeugungskraft, wenn sie ausführt: „Ebenso maßgeblich wie die Frage, ob eine Norm Schutzgesetzqualität aufweist, ist aber auch die Frage, wie weit diese reicht – das bestimmt der Rechtswidrigkeitszusammenhang. Der sachliche Rechtswidrigkeitszusammenhang ergibt sich wie folgt: der Verstoß gegen ein Schutzgesetz begründet eine Haftung für jene Schäden, die die Schutznorm verhindern sollte. Das ist teleologisch zu interpretieren, wobei darauf abzustellen ist, welcher Zweck mit der in ihrem primären Normgehalt feststehenden Anordnung verfolgt wird.“<sup>32)</sup> Im Rahmen des

27) So zutreffend *Ortner/Cetin*, *ecolex* 2018, 614 (617); genau gegenteilig *Wagner*, RdU-UT 2018/8/2, 28 ohne tragfähige Begründung.

28) So *Wagner*, RdU-UT 2018/8/2, 28.

29) Vgl *Ortner/Cetin*, *ecolex* 2018, 614 (615).

30) Vgl *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 346.

31) Vgl *Ortner/Cetin*, *ecolex* 2018, 614 (615), die treffend darauf hinweisen, dass zB die Einhaltung von Öffnungszeitenbestimmungen nicht potenzielle Kunden schützen soll.

32) *Wagner*, RdU-UT 2018/8/2, 26 (28), mit Zitierung von OGH 1 Ob 97/07 g.

persönlichen Rechtswidrigkeitszusammenhangs ist zu prüfen, ob das Gesetz jene (personalisierten) Interessen schützt, die im Zweckbereich der Norm liegen.“<sup>33)</sup>

Wie soll aber in Bezug auf § 39 Abs 1 GewO die Frage beantwortet werden, welche Schäden diese ganz allgemeine Norm verhindern möchte? Dies ist wegen der Vielfältigkeit möglicher, aus der Verletzung konkreter (!) gewerberechtlicher Vorschriften resultierender Gefahren schlichtweg nicht feststellbar. Daraus folgt auch, dass die Frage nach dem persönlichen Rechtswidrigkeitszusammenhang bloß auf der Grundlage von § 39 Abs 1 GewO ebenfalls nicht beantwortet werden kann.

Der OGH stützt sich wesentlich auf die Ausführungen von *Rebhahn*, scheint diesen dabei aber mE misszuverstehen. Aus *Rebhahns* – vom OGH auch breit zitierten<sup>34)</sup> – Ausführungen ergibt sich nicht, dass der Autor § 39 Abs 1 GewO als solchem Schutzgesetzcharakter beimisst, wenn er schreibt: „§ 39 Abs 1 begründet bzw betont nur die Verantwortlichkeit des Geschäftsführers dem Gewerbetreibenden und der Behörde gegenüber, schließt eine Haftung gegenüber Dritten aber nicht aus ... Die Eigenschaft als Schutzgesetz im schadenersatzrechtlichen Sinn kann insbesondere bei gewerberechtlichen Vorschriften zum Schutz der Gesundheit von Kunden oder sonstigen Dritten ohne weiteres bejaht werden.“<sup>35)</sup>

*Rebhahn* qualifiziert also keineswegs § 39 Abs 1 GewO per se als Schutzgesetz, sondern befürwortet eine solche Eigenschaft bei jenen (spezifischen) gewerberechtlichen Vorschriften, die dem Schutz von Kunden oder sonstigen Dritten erkennbar dienen.

Dies wird verstärkt durch die vom OGH in 8 Ob 57/17s ebenfalls zitierten, nachstehenden Ausführungen: „Der Geschäftsführer haftet daher mE Dritten für Schäden, die bei sorgfältigem Bemühen um die Einhaltung des Gewerberechts nicht eingetreten wären, wenn die verletzte Norm den Dritten im Verhältnis zum Unternehmer schützt (zB kundenschützende Normen des Betriebsanlagenrechts).“<sup>36)</sup>

Damit ist auch der Weg zur richtigen Beurteilung der Problematik gewiesen: nicht § 39 Abs 1 GewO als solcher oder in Verbindung mit den gewerbestrafrechtlichen Normen hat Schutzgesetzcharakter, sondern dieser kann nur einer konkreten gewerberechtlichen Vorschrift zukommen.<sup>37)</sup> Zu untersuchen ist, ob es sich bei der konkreten und übertretenen Norm um ein Schutzgesetz handelt und ob dieses Schutzgesetz dem gewerberechtlichen Geschäftsführer im Interesse von Dritten Pflichten auferlegt.<sup>38)</sup>

33) *Wagner*, ebenda, mit Zitierung von OGH 4 Ob 173/12 p.

34) Auf Seite 17 des Volltextes der E 8 Ob 57/17 s.

35) *Rebhahn*, *Der gewerberechtliche Geschäftsführer* (1994) 102 ff.

36) *Rebhahn*, *Der gewerberechtliche Geschäftsführer* (1994) 102ff; zitiert vom OGH in 8 Ob 57/17s auf Seite 18 oben des Volltextes der E.

37) So zutreffend *Ortner/Cetin*, *ecolex* 2018, 614 (617).

38) *Ortner/Cetin*, *ecolex* 2018, 614 (617).

Dieser Ansatz mag in der Praxis für nicht wenige Fälle – und dies trifft mE auch auf den vom OGH jüngst entschiedenen Anlassfall zu – identische Ergebnissen produzieren; es ist aber nicht nur im Interesse dogmatischer Sauberkeit große Sorgfalt (und gewisse Zurückhaltung!) bei der Identifizierung eines Schutzgesetzes geboten, sondern auch aus handfesten praktischen Gründen. Aufgrund der bei Anwendung des § 1311 ABGB für den (potentiellen) Schädiger deutlich ungünstigeren Beweislastverteilung kann die Sichtweise des OGH, § 39 Abs 1 GewO sei als solcher ein Schutzgesetz, in der Praxis dazu führen, dass bei Eintritt eines Drittschadens und Feststehen zB einer Gewerbeüberschreitung der gewerberechliche Geschäftsführer im Ergebnis schon deshalb haftet, weil es ihm nicht gelingt, den ihn belastenden Kausalitäts-Anscheinsbeweis zu entkräften.<sup>39)</sup> Hätte zB im Anlassfall die erstbeklagte Partei (Gewerbeinhaber) trotz Überschreitung ihrer Gewerbeberechtigung als Deichgräber mit der für das eigentlich erforderliche Gewerbe des Baumeisters gebotenen Sorgfalt den Auftrag ausgeführt und wäre es zum Hangrutsch nur aufgrund einer nicht vorhersehbaren „geologischen Anomalie“ gekommen, würde der gewerberechliche Geschäftsführer dennoch haften, wenn es ihm nicht gelingt, die vermutete Kausalität zwischen Pflichtwidrigkeit (Überschreitung der Gewerbeberechtigung) und Schadenseintritt (Hangrutsch) zu entkräften.<sup>40)</sup> Es ist also keineswegs gleichgültig, ob man § 39 Abs 1 GewO als solchem Schutzgesetzcharakter beimisst oder an der konkret verletzten gewerberechlichen Norm ansetzt.

Das hier vertretene Ergebnis vermeidet auch Wertungswidersprüche zu § 25 Abs 1 GmbHG (ebenso § 84 Abs 1 AktG). Diese Norm ist nämlich nach ganz herrschender, praktisch einhelliger Ansicht kein Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB<sup>41)</sup> und das mit gutem Grund. Zwar hat der OGH schon behauptet, § 25 Abs 1 GmbHG bzw § 84 Abs 1 AktG hätten auch „gläubigerschützende Funktion“, und deshalb sei auf Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder das DHG nicht anwendbar, handle es sich doch um Spezialnormen, die den Vorschriften des DHG vorgingen;<sup>42)</sup> abgesehen davon, dass sich dies in dieser Allgemeinheit nicht sagen lässt, weil das

39) Vgl dazu RIS-Justiz RS0022561; OGH 6 Ob 250/11 z; 8 Ob 104/12 w.

40) Dort, wo in der Praxis nur mittels Sachverständigenbeweises Klarheit geschaffen werden kann, wird das Problem vermutlich nicht in dieser Schärfe bestehen, weil gerade im gewählten Beispiel ein Sachverständiger die „wahre Ursache (nicht vorhersehbare und anormale Beschaffenheit des Untergrundes)“ typischerweise aufzudecken vermag.

41) Vgl Feltl/Told in Gruber/Harrer (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 1; Arnold, Geschäftsführerhaftung – gesellschaftsrechtliche Grundlagen, GesRZ 2014, 122; für Deutschland: Rowedder, FS Semler (1993) 311 (313); Koppensteiner/Gruber in Rowedder/Schmidt-Leithoff (Hrsg), GmbHG<sup>5</sup> § 43 Rz 42; Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG<sup>8</sup> § 43 Rz 57; vgl in Bezug auf § 84 Abs 1 AktG Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), AktG<sup>2</sup> (2012) § 84 Rz 23 sowie Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> (2018) Rz 3/568.

42) Vgl bspw OGH 31. 7. 2015, 6 Ob 139/15g; 26. 1. 2000, 9 ObA 326/99b; vgl zur Nichtanwendung des DHG auf Vorstandsmitglieder OGH 31. 10. 1973,

Gesetz den Schadenersatzanspruch der Gesellschaft zum Schutz von Gesellschaftsgläubigern ausdrücklich nur für den Fall der materiellen Gesellschaftsinsolvenz „konserviert“ (vgl § 25 Abs 5 GmbHG), enthält § 25 Abs 1 GmbHG bzw § 84 Abs 1 AktG genauso wenig wie § 39 Abs 1 GewO Verhaltensgebote, die auch nur annähernd konkret genug sind, um als Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB zu taugen.

Man kann es auch anders ausdrücken: Wenn § 39 Abs 1 GewO ein Schutzgesetz ist, müssten es die § 25 Abs 1 GmbHG und § 84 Abs 1 AktG jedenfalls auch sein, und für § 1009 ABGB hätte dasselbe zu gelten. In Anbetracht der von der heute ganz hA angenommenen, die Geschäftsleiter von Körperschaften treffenden Legalitätspflicht<sup>43)</sup> wohnt § 25 Abs 1 GmbHG bzw § 84 Abs 1 AktG immerhin das Gebot inne, bei Ausübung des Mandats die geltenden Gesetze zu beachten.<sup>44)</sup>

Das Gebot, sämtliche bei der Ausübung des Geschäftsführer- bzw Vorstandsmandats in Betracht kommende Gesetze zu beachten, mag noch etwas allgemeiner sein als das in § 39 Abs 1 GewO verankerte Gebot, sämtliche gewerberechtlichen Vorschriften zu beachten; ein rechtlicher Qualitätsunterschied vor allem im Hinblick auf die Anwendung des § 1311 ABGB ist darin aber gewiss nicht zu erblicken. Beide Normen sind schlicht zu unbestimmt, um als Schutzgesetz in Frage zu kommen.

Zusammenfassend gesagt hat § 39 Abs 1 GewO – gleichgültig ob ohne oder in Verbindung mit den gewerbestrafrechtlichen Gesetzesbestimmungen – entgegen der Auffassung des OGH nicht den Charakter eines Schutzgesetzes iSd § 1311 ABGB. Ein solcher Charakter kann freilich – und wird in vielen Fällen – konkreten gewerberechtlichen Vorschriften zukommen, die den Schutz Dritter, insb den Schutz der Gesundheit von Kunden etc erkennbar bezwecken und auch dem Geschäftsführer Verhaltenspflichten auferlegen. Dies können nicht nur gesetzliche Bestimmungen oder Verordnungsnormen sein, sondern zB Auflagen in Betriebsanlagengenehmigungsbescheiden.

Die solcherart erzielten Ergebnisse werden in nicht wenigen Fällen von den vom OGH unter Zugrundelegung seiner Ansicht vom Schutzgesetzcharakter des § 39 Abs 1 GewO produzierten Resultaten gar nicht abweichen; schon die bei Anwendung des § 1311 ABGB zu Lasten des

1 Ob 179/73; *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG II<sup>5</sup> § 84 AktG Rz 99 sowie *Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), AktG<sup>2</sup> (2012) § 84 Rz 1.

43) Vgl zB *Felzl/Told in Gruber/Harrer*, GmbHG § 25 Rz 38; *Reich-Rohrwig in Straube, WK GmbHG § 25 Rz 40*; ausführlich *Leupold/Ramharter*, Nützliche Gesetzesverletzungen – Innenhaftung der Geschäftsleitung wegen Verletzung der Legalitätspflicht? *GesRZ* 2009, 253.

44) Dies wird häufig auf § 1009 ABGB gestützt, wonach der Gewalthaber verpflichtet ist, das Geschäft seinem Versprechen und der Vollmacht gemäß, emsig und redlich zu besorgen und allen aus dem Geschäft entspringenden Nutzen dem Machtgeber zu überlassen (vgl *Leupold/Ramharter*, *GesRZ* 2009, 253 [255]; *Apathy in Schwimann/Kodek*, ABGB IV<sup>4</sup> [2014] § 1009 Rz 3), kann aber aus den zitierten gesellschaftsrechtlichen Normen ebenso gut abgeleitet werden.

Schutz von Ge-  
riellen Gesell-  
thält § 25 Abs 1  
s 1 GewO Ver-  
um als Schutz-

bs 1 GewO ein  
84 Abs 1 AktG  
e zu gelten. In  
Geschäftsleiter  
nt § 25 Abs 1  
Ausübung des

ihrer- bzw Vor-  
ten, mag noch  
ankerte Gebot,  
ein rechtlicher  
lung des § 1311  
en sind schlicht

ngültig ob ohne  
zesbestimmun-  
er eines Schutz-  
lich – und wird  
en zukommen,  
on Kunden etc  
altenspflichten  
en oder Verord-  
genehmigungs-

wenigen Fällen  
it vom Schutz-  
taten gar nicht  
zu Lasten des

9 sowie *Nowotny*

*Reich-Rohrwig* in  
itzliche Gesetzes-  
ng der Legalitäts-

Gewalthaber ver-  
emäß, emsig und  
len Nutzen dem  
3 [255]; *Apathy* in  
n zitierten gesell-

(potenziellen) Schädigers verschobene Beweislastverteilung (Vermutung der Kausalität bei Feststehender Schutzgesetzverletzung und Schadenseintritt) gebietet aber eine besonders saubere Identifikation der als Schutzgesetz tatsächlich in Betracht kommenden Norm.