universität wien

DISSERTATION

„Zur Auswirkung des Entgelts auf den Sorgfaltsmaßstab und folglich die Haftung der Organwalter im Vereins-, Genossenschafts- und Kapitalgesellschaftsrecht“

Zur Analogiefähigkeit von § 24 (1) S 2 VerG

Verfasser

Univ.-Ass. Mag. iur. Christoph Steinacker

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2015

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 783 101 – Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Wirtschafts- und Unternehmensrecht

Betreuer: o. Univ.-Prof. Dr. Dr. Arthur WEILINGER

Danksagung

Viele Personen haben mich unterstützt und motiviert diese Dissertation zu verfassen. Bei einigen dieser Personen möchte ich mich aufrichtig und ausdrücklich bedanken:

Mein primärer Dank gilt meinem akademischen Lehrer und Dissertationsbetreuer Herrn o. Univ.-Prof. Dr. Dr. *Arthur Weilinger*, der mir nicht nur ausreichend Freiraum für die Verfassung dieser Arbeit gegeben hat, sondern auch stets für konstruktive Gespräche zur Verfügung stand. Seine motivierenden Worte hatten maßgeblichen Einfluss auf den Fortschritt der Arbeit.

Ich möchte mich auch bei Frau ao. Univ.-Prof. Dr. *Elisabeth Borth-Böhler* und Herrn Univ.-Prof. Dr. *Wolfgang Mazal* für die bereitwillige Übernahme der Begutachtung dieser Dissertation sehr herzlich bedanken.

Einen großen Dank verdienen selbstverständlich ebenso meine Kolleginnen und Kollegen des Instituts für Recht der Wirtschaft für die unzähligen spannenden Gespräche und Diskussionen über relevante Themen. Ganz besonders möchte ich mich bei Herrn Univ.-Ass. Mag. *Patrick Stummer* bedanken, der mir eine große Stütze und stets ein besonders wertvoller Diskussionspartner war.

Nicht minder gilt mein Dank meiner Kollegin Frau Univ.-Ass. Dr. *Julia Told*, welche mir nicht nur bei der Themenfindung geholfen hat, sondern auch bereitwillig ein offenes Ohr für Fragen und meine inhaltlichen Ansätze hatte. Ebenso bedanken möchte ich mich bei meinem langjährigen Freund und Trauzeugen Univ.-Ass. Dr. *Reinhard Pesek* für die vielen Diskussionen vor allem im Bereich des Schadenersatzrechtes.

Für das Korrekturlesen ist es mir wichtig auch Frau Mag. *Milena Gauß* zu erwähnen. Ein herzliches Dankeschön für diese große Hilfe!

Nie hätte ich diese Arbeit schreiben können, wenn ich nicht eine derartig große emotionale Unterstützung meiner Familie erfahren hätte. Ich danke meinen Eltern, Mag. *Michaela* und DI *Walter Steinacker* für ihre Liebe, aufbauenden Worte und das Zuhören während des Schreibens, aber auch in der Zeit des Diplomstudiums. Meine Schwester, cand.med. *Catharina Steinacker*, war und ist immer ein wertvoller Gesprächspartner.

Mein letzter und wohl auch größter Dank gilt meiner Frau Mag. *Konstanze Steinacker*, MIM (CEMS), die mir das Verfassen dieser Arbeit mit ihrer aufmunternden Art stets erleichterte. Ihr ist das vorliegende Werk auf das Herzlichste gewidmet.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis III

Abkürzungsverzeichnis VIII

1. Einleitung 1

1.1. Problemstellung 1

1.2. Gang der Untersuchung 2

1.3. Abgrenzung des Themas 3

2. Grundlegendes zum objektiven Sorgfaltsmaßstab und zum Entgeltbegriff 5

2.1. Zum objektiven Sorgfaltsmaßstab 5

2.1.1. Zum objektiven und subjektiven Sorgfaltsmaßstab 5

2.1.2. Zum objektiven Sorgfaltsmaßstab 7

2.1.2.1. Zum objektiven Sorgfaltsmaßstab im ABGB 7

2.1.2.2. Zum objektiven Sorgfaltsmaßstab im UGB 17

2.1.2.3. Zu den gesetzlichen Regelungen des Sorgfaltsmaßstabs im Vereins- und Gesellschaftsrecht 20

2.1.3. Zur Abgrenzung des Sorgfaltsmaßstabs von der Sorgfaltspflicht 36

2.2. Zum Begriff des Entgelts 40

2.2.1. Zum Entgeltbegriff im ABGB und in arbeitsrechtlichen Normen 40

2.2.1.1. Zur Entgeltlichkeit 46

2.2.1.2. Zur Angemessenheit des Entgelts 49

2.2.1.3. Zur Zweifelsregel der Entgeltlichkeit 51

2.2.2. Zur Abgrenzung des Entgelts vom Aufwandersatz 52

2.2.3. Zur Entgeltlichkeit von Pauschalvergütungen 54

3. Zur Haftung des Vereinsvorstandes nach § 24 VerG 59
3.1. Zur Organisation des Vereins und zur Bestellung des Vereinsvorstandes 59
3.1.1. Grundlegendes 59
3.1.2. Zum Verein als Unternehmer 67
3.1.2.1. Zum Nebenzweckprivileg 71
3.1.2.2. Zum Rechtsformzwang bei ideellem Zweck 74
3.1.3. Zur Haftung des Vereins gem § 23 VerG 84
3.2. Zur Innenhaftung des Vereinsvorstandes 87
3.2.1. Zur Haftung des entlohnten Vereinsvorstandes gem § 24 (1) S 1 VerG 87
3.2.1.1. Zu den Aufgaben des Vereinsvorstandes 90
3.2.1.2. Zum Sorgfaltsmaßstab des Vereinsvorstandes 91
3.2.1.3. Zur analogen Anwendbarkeit des § 84 (2) AktG im Vereinsrecht 95
3.2.1.4. Zur Haftungsbestimmung nach § 24 (1) S 1 VerG 96
3.2.1.5. Zur Haftung des Vereinsvorstandes bei Befolgung eines Beschlusses der Mitgliederversammlung 98
3.2.1.6. Zum Betrachtungszeitpunkt 100
3.2.1.7. Zur Solidarhaftung der Vorstandsmitglieder 100
3.2.1.8. Zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen und deren Verjährung 102
3.2.2. Zur Haftung des ehrenamtlichen Vereinsvorstands gem § 24 (1) S 2 VerG 103
3.2.2.1. Zur Unentgeltlichkeit und deren Auswirkung auf die Haftung des Vorstandes im Vereinsrecht 103
3.2.2.2. Zur Klarstellung der Berücksichtigung der unentgeltlichen Tätigkeit in § 24 (1) S 2 VerG durch die VerG-Nov 2011 105
3.2.2.2.1. Zum Entstehungsprozess der VerG-Nov 2011 106
3.2.2.2.2. Anwendungsprobleme 116
3.2.2.2.3. Bedeutung und Bewertung 121
3.2.2.3. Zum Sorgfaltsmaßstab des ehrenamtlichen Vereinsvorstandes 122

3.2.2.4. Zur Haftungsbestimmung nach § 24 (1) S 2 VerG 130
3.2.2.5. Zum Bezug eines geringfügigen Entgelts des Vereinsvorstandes 131
3.3. Zur Außenhaftung des Vereinsvorstandes 132
4. Zur Haftung von Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern im Genossenschafts- und Kapitalgesellschaftsrecht – unter spezieller Berücksichtig des Entgelts 138
4.1. Grundlegendes 138
4.2. Zur Haftung des Geschäftsführers gegenüber der GmbH gem § 25 GmbHG 141
4.2.1. Zur Innenhaftung des Geschäftsführers 142
4.2.1.1. Zu den Aufgaben des Geschäftsführers 142
4.2.1.2. Zur Haftungsbestimmung nach § 25 (2) GmbHG 146
4.2.1.3. Zum Sorgfaltsmaßstab nach § 25 (1) GmbHG 147
4.2.1.4. Zur Haftung bei Befolgen einer Gesellschafterweisung 150
4.2.1.5. Zum Betrachtungszeitpunkt 153
4.2.1.6. Zur Solidarhaftung beim Vorhandensein mehrerer Geschäftsführer 154
4.2.1.7. Zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen und deren Verjährung 155
4.2.1.8. Zur deutschen Rechtslage nach § 43 dt GmbHG 157
4.2.2. Zur Außenhaftung des Geschäftsführers 159
4.3. Zur Haftung des Vorstandsmitglieds gegenüber der AG gem § 84 AktG 164
4.3.1. Zur Innenhaftung des Vorstandes 164
4.3.1.1. Zur Bestellung des Vorstandes der AG 164
4.3.1.2. Zur Sorgfaltspflicht des Vorstandes der AG nach § 84 (1) AktG 166
4.3.1.3. Zur Beweislastumkehr nach § 84 (2) S 2 AktG 169
4.3.1.4. Zur Haftung bei Befolgen eines Gesellschafterbeschlusses 170
4.3.1.5. Zur Haftung der Aufsichtsratsmitglieder 170
4.3.2. Zur Außenhaftung des Vorstandes 175
4.3.3. Zur Ausdrücklichkeit der Regelung über die Entlohnung des Vorstandes gem § 78 (1) AktG 176

4.4. Zur Haftung des Vorstandsmitglieds gegenüber der Genossenschaft gem § 23 GenG 178
4.4.1. Zur Innenhaftung des Vorstandes 179
4.4.1.1. Zur Haftungsbestimmung nach § 23 GenG 180
4.4.1.2. Zur Sorgfaltspflicht des Genossenschaftsvorstandes 181
4.4.1.3. Grundsätzliche Haftungsmilderung aufgrund von § 15 GenG? 183
4.4.1.4. Zum Vorhandensein eines Geschäftsleiters als Indiz für die Ehrenamtlichkeit des Genossenschaftsvorstandes 187
4.4.2. Zur Außenhaftung des Vorstandes 190
4.5. Zur Haftung von Vorständen bzw Geschäftsführern beim mehrgliedrigen Vorstand 192
4.5.1. Grundlegendes 192
4.5.2. Zur Ressortverteilung 194
4.5.2.1. Zu den Rechtsfolgen einer echten Ressortverteilung 195
4.5.2.2. Zu den Rechtsfolgen einer unechten Ressortverteilung 199
4.5.3. Zur Auswirkung von Meinungsverschiedenheiten beim mehrgliedrigen Vorstand 200
4.6. Zur Anwendbarkeit des DHG auf Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer 205
5. Zur Frage der Analogiefähigkeit von § 24 (1) S 2 VerG – Zum Einfluss der Entgelthöhe auf die Haftung von Organwaltern unter spezieller Berücksichtigung der unentgeltlichen Tätigkeit 214
5.1. Zum Grundsatz von Leistung und Gegenleistung im allgemeinen Zivilrecht 214
5.2. Zur Auswirkung der unentgeltlichen Tätigkeit bezüglich der Haftung des Vorstandes bzw Geschäftsführers 221
5.2.1. Grundlegendes 221
5.2.2. Zur Auswirkung der Unentgeltlichkeit auf das Auswahlverschulden der Organwalter 225

5.2.3. Zum Mitverschulden der Gesellschaft aufgrund der Zurechnung der ehrenamtlichen Organwalter 227

5.2.4. Zur Frage der Haftung bei anfänglicher Unmöglichkeit der ordnungsgemäßen Leistungserbringung des ehrenamtlichen Organwalters 229

5.2.5. Zur Anwendbarkeit der Beweislastumkehr auf den ehrenamtlichen Organwalter 230

5.2.6. Zur Anwendbarkeit des DHG oder analogen Anwendung des § 24 (1) S 2 VerG auf die Vorstände der Genossenschaft und Aktiengesellschaft bzw den Geschäftsführer der GmbH 233

5.2.7. Abschlussbemerkung zur Abgrenzung der entgeltlichen von der unentgeltlichen Tätigkeit 234

6. Zusammenfassung der Forschungsergebnisse 236

Literaturverzeichnis 244

Rechtsprechungsverzeichnis 266

Lebenslauf 272

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
AbgÄG	Abgabenänderungsgesetz
aF	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AN	Arbeitnehmer
AngG	Angestelltengesetz
AR	Aufsichtsrat
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz
ARG	Arbeitsruhegesetz
ASchG	ArbeitnehmerInnenschutzgesetz
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
AZG	Arbeitszeitgesetz
BAK	Bundesarbeiterkammer
BAO	Bundesabgabenordnung
BeteiIFG	Beteiligungsfondsgesetz
BMASK	Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz
BMI	Bundesministerium für Inneres
BMJ	Bundesministerium für Justiz
BR	Bundesrat
BMWF	Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung

bspw	beispielsweise
BVwAbgV	Bundesverwaltungsabgabenverordnung 1983
BWG	Bankwesengesetz
dh	das heißt
DHG	Dienstnehmerhaftpflichtgesetz
dt	deutsch
dtAktG	deutsches Aktiengesetz
E	Entscheidung
ESUG	Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen
Gen	Genossenschaft
GesRÄG 2013	Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz 2013
GewO 1859	Gewerbeordnung 1859
GF	Geschäftsführer
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GoA	Geschäftsführung ohne Auftrag
HaRÄG 2005	Handelsrechts-Änderungsgesetz 2005
ieS	im engeren Sinn
IO	Insolvenzordnung
insb	insbesondere
IRÄG 2010	Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinn

leg cit	legis citatae
maW	mit anderen Worten
mE	meines Erachtens
ME	Ministerialentwurf
nF	neue Fassung
Nov	Novelle
NR	Nationalrat
OrgHG	Organhaftpflichtgesetz
p.a.	per analogiam
PfBrStG	Pfandbriefstelle-Gesetz
Pkt	Punkt
RGBl	Reichsgesetzblatt
Rspr	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
URÄG	Unternehmensrechtsänderungsgesetz
uU	unter Umständen
Kap	Kapitel
KöSt	Körperschaftssteuer
krit	kritisch
KSchG	Konsumentenschutzgesetz+
s	siehe
S	Satz

sog	sogenannten
TP	Tarifposten
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VbVG	Verbandsverantwortlichkeitsgesetz
VerG	Vereinsgesetz 2002
VerG-Nov	Vereinsgesetznovelle
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
ZADiG	Zahlungsdienstegesetz
ZVR	Zentrales Vereinsregister

1. Einleitung

Im Folgenden sollen die Problemstellung, der Gang der Untersuchung und die Abgrenzung des Themas skizziert werden.

1.1. Problemstellung

Am wirtschaftlichen Markt treten viele juristische Personen als Unternehmer[1] auf.[2] Ein Grund hierfür ist sicherlich die Begrenzung der persönlichen Haftung. Das sogenannte „Trennungsprinzip“[3] greift nicht nur im Kapitalgesellschaftsrecht, sondern auch bei Genossenschaften, Stiftungen und im Vereinsrecht. Sofern der Gesellschaft durch das Handeln ihrer Organe ein Schaden entsteht, besteht grds die Möglichkeit Schadenersatz von den Organwaltern zu fordern.[4]

Aufgrund der Vereinsgesetznovelle 2011,[5] durch welche das freiwillige Engagement gefördert werden soll,[6] findet sich nun in § 24 (1) S 2 VerG eine besondere haftungsrechtliche Bestimmung, wonach unentgeltlich tätige Organwalter und Rechnungsprüfer grds nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit haften, sofern nichts anderes vereinbart oder in den Statuten festgelegt ist. Ausgehend von dieser Regelung, soll in dieser Dissertation die wissenschaftliche Frage erörtert werden, ob die Entlohnung der Leitungstätigkeit über das Vereinsrecht hinaus Einfluss auf den Sorgfaltsmaßstab und somit auf die Haftung der Mitglieder des Leitungsorgans haben kann und welchen Einfluss speziell die unentgeltliche Tätigkeit des Organwalters hat. Bis dato ist in der Literatur über den Einfluss des Entgelts hinsichtlich der Organwalterhaftung relativ wenig geschrieben worden.[7]

[1] Aufgrund der leichteren Lesbarkeit wird im Text nur die männliche Form gewählt. Diese Begriffe beziehen sich stets auf Angehörige beider Geschlechter und sind in keinster Weise als Diskriminierung zu verstehen.
[2] Vgl *Feltl*, Übersicht der Unternehmensformen, GES 2012, 111.
[3] Vgl *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/4.
[4] Es kann entweder sein, dass der Verein gar keinem Dritten gegenüber haftet, oder der Verein von einem Dritten zur Haftung herangezogen wird und sich am Organwalter regressiert.
[5] BGBl I 2011/137.
[6] ErläutRV 1503 BlgNR 24. GP 2.
[7] Vgl aber *Riss*, Welche Sorgfalt schuldet der Genossenschaftsvorstand?, RdW 2008, 768 (769).

Insbesondere ist zu untersuchen, ob allfällige Parallelwertungen[8] im Kapitalgesellschafts- bzw Genossenschaftsrecht gezogen werden können.

1.2. Gang der Untersuchung

Zu Beginn dieser Dissertation möchte ich mich ausführlich der Thematik des objektiven Sorgfaltsmaßstabs,[9] welche für die Organwalter in den § 84 AktG, § 25 GmbHG, § 23 GenG und § 24 VerG geregelt ist, widmen und diese konkretisieren, um so festlegen zu können, welches Verhalten vom jeweiligen Organwalter gefordert werden kann. Aus einem Verstoß gegen die objektive Sorgfaltspflicht kann sich nämlich eine Haftung des Organwalters ergeben. Wenngleich der Fahrlässigkeitsmaßstab nach Berufs- und Branchengruppen zu differenzieren ist,[10] ist mE zu fragen ob auch innerhalb derselben Berufsgruppe eine Differenzierung möglich oder geboten ist.[11]

Im Anschluss werde ich mich dem Begriff der „Entgeltlichkeit" widmen und diesbezüglich Abgrenzungen zu Aufwandsentschädigungen und Pauschalvergütungen treffen. Auch die Möglichkeit von unentgeltlichem Handeln soll genau betrachtet werden.

Mit der Haftungsproblematik des Vereinsrechts möchte ich mich im darauffolgenden Kapitel auseinander setzen, da diese aus juristischer Perspektive äußerst spannend ist, um uU Parallelwertungen für das weitere Gesellschaftsrecht ziehen zu können. Darüber hinaus kommt dieser Frage in der Praxis wesentliche Bedeutung zu.[12]

Im vierten Kapitel soll die Haftung der Organwalter nach den § 25 GmbHG, § 84 AktG, § 23 GenG und § 24 VerG, auch insbesondere im Hinblick auf die unentgeltliche Tätigkeit der Leitungsorgane untersucht werden. Natürlich muss aber auch auf die haftungsrechtlichen Regelungen generell eingegangen werden, um einerseits den Normalfall der

[8] In der E 5 Ob 490/97p geht der OGH ua auf den Einfluss der Entgeltlichkeit ein.
[9] Vgl zB *Lehner*, Die Beweislastverteilung bei der GmbH-Geschäftsführerhaftung, GesRZ 2005, 128; *Lewisch*, Sorgfaltsmaßstäbe im Schadenersatz- und Strafrecht, ÖJZ 2000, 489; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/569; *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 24.
[10] Vgl *Krejci*, Unternehmensrecht[5] 368; *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 97.
[11] Vgl *Forstinger/Jenatschek*, Konkretisierung des Sorgfaltsmaßstabs von Organwaltern durch den Corporate-Governance-Kodex, GesRZ 2003, 139; *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 24.
[12] In Österreich sind zum Stichtag 31.12.2013 120.168 Vereine im ZVR eingetragen.

Organwalterhaftung zu skizzieren, aber andererseits um uU Parallelwertungen zum Vereinsrecht ziehen zu können. Des Weiteren möchte ich erörtern, ob die Höhe des Entgeltes und speziell die Ehrenamtlichkeit einen Einfluss auf den anzuwenden Sorgfaltsmaßstab und/oder die Sorgfaltspflicht haben kann. Darüber hinaus soll die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder behandelt werden, da strittig ist, ob die Arbeitnehmervertreter[13] unentgeltlich tätig werden und welche Rechtsfolge sich daher für ihre Haftung ergibt. Eine weitere zu klärende Frage besteht darin, ob sich die Entgelthöhe auf den Umfang der Schadenersatzpflicht auswirkt. Dies ist vor allem in Abwägung mit § 349 UGB zu betrachten, da diese Bestimmung im unternehmensbezogenen Geschäft immer auch den entgangenen Gewinn umfasst.

Im letzten Kapitel sollen den Fragen der Analogiefähigkeit von § 24 (1) S 2 VerG und des weiteren Einflusses der unentgeltlichen Tätigkeit auf die Haftung von Organwaltern auf den Grund gegangen werden. Hierzu gilt es den Grundsatz von Leistung und Gegenleistung im allgemeinen Zivilrecht zu untersuchen. Unter anderem soll dabei auf die Problematik des Mitverschuldens[14] der Gesellschaft oder des Vereins, sowie auf das Auswahlwahlverschulden[15] der Geschäftsführer bzw Vorstände eingegangen werden. Zusätzlich soll das DHG und dessen Anwendungsbereich insbesondere in Hinblick auf die Ehrenamtlichkeit in die Analyse einbezogen werden.

1.3. Abgrenzung des Themas

Besonders angemerkt sei an dieser Stelle, dass speziell im Vereins- und (teilweise auch im) Genossenschaftsrecht die Tätigkeit des Organwalters oftmals auf unentgeltlicher oder ehrenamtlicher Basis beruht. Durch die Vereinsgesetznovelle 2011,[16] welche (wie oben erwähnt) die Haftung des Vereinsvorstandes- bzw. Abschlussprüfers bei leichter Fährlässigkeit grundsätzlich ausschließt, wurde erstmals[17] eine Regelung geschaffen, die

[13] ISd § 110 ArbVG.
[14] ISd § 1304 ABGB.
[15] Vgl *C. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), AktG I^2 § 75 Rz 4.
[16] BGBl I 2011/137.
[17] Zumindest ausdrücklich; da § 24 VerG in der aF vorgesehen hat, dass die Unentgeltlichkeit zu berücksichtigen sei.

speziell auf den Unterschied zwischen unentgeltlicher und entgeltlicher Tätigkeit eingeht. Ich denke, dass der Vergleich dieser in dieser Arbeit ausgewählten juristischen Personen, nämlich AG, GmbH, Genossenschaft und Verein, für die Praxis von großer Relevanz ist, da diese Gesellschaftsformen das Hauptgewicht am wirtschaftlichen Markt in Österreich darstellen und zunehmend für ideelle Zwecke verwendet werden. Somit kann es neuerdings durchaus vorkommen, dass bspw der Geschäftsführer einer GmbH ehrenamtlich tätig wird.

Eine allgemeine Untersuchung, welchen generellen Einfluss die Höhe der entgeltlichen Tätigkeit auf die Haftung hat, würde den Rahmen dieser Arbeit jedoch sprengen. Die vorliegende Dissertation soll bezüglich dieser Problematik dennoch als Denkanstoß dienen. So könnte bspw bei zwei verschieden hoch bezahlten Organwaltern diskutiert werden, ob die unterschiedliche Bezahlung auch zu unterschiedlichen Sorgfaltsmaßstäben führen würde. Des Weiteren könnte auch untersucht werden, welchen Einfluss eine krass unterbezahlte Entgeltleistung hat, oder wie stark schwankendes Entgelt zu qualifizieren ist.

2. Grundlegendes zum objektiven Sorgfaltsmaßstab und zum Entgeltbegriff

Bevor das Vereinsrecht und dessen Novelle genau untersucht werden sollen,[18] soll sich diese Arbeit ganz allgemein mit dem objektivem Sorgfaltsmaßstab auseinandersetzen, um so herauszuarbeiten, mit welcher Sorgfalt die Geschäftsleiter[19] ihre Tätigkeit durchzuführen haben. Dieses Verständnis ist für die Haftung und uU für einen Regress der Gesellschaft am Organwalter essentiell. Folgend sollen nun – nach einer kurzen Abgrenzung des objektiven vom subjektiven Sorgfaltsmaßstabs – die einschlägigen Bestimmungen im ABGB, UGB sowie die gesellschaftsrechtlichen Regelungen untersucht und auf eventuelle Unterschiede überprüft werden. Danach soll auch abstrakt zwischen dem Sorgfaltsmaßstab und der Sorgfaltspflicht differenziert werden.

Da den Schwerpunkt dieser Arbeit die Unterscheidung zwischen entgeltlicher und unentgeltlicher Tätigkeit und in weiterer Folge die diesbezügliche Haftungsfrage bildet, soll anschließend geklärt werden, wann überhaupt eine ehrenamtliche Tätigkeit vorliegt.

2.1. Zum objektiven Sorgfaltsmaßstab

Für die gesellschaftsrechtliche Haftung ist stets der objektive Sorgfaltsmaßstab zu beachten. Daher gilt es zu untersuchen inwiefern sich dieser vom subjektiven Sorgfaltsmaßstab unterscheidet und was genau in weiterer Folge unter dem objektiven Sorgfaltsmaßstab zu verstehen ist.

2.1.1. Zum objektiven und subjektiven Sorgfaltsmaßstab

Beim Sorgfaltsmaßstab geht es immer um die Art und Weise, wie ein Schädiger agiert hat und ob ihm dieses Verhalten im Rahmen der Verschuldensprüfung vorgeworfen werden

[18] Siehe unter Pkt 3.2.2.

[19] Der Begriff Geschäftsleiter ist in diesem Kap iwS zu verstehen. Umfasst sind all jene Personen, die mit der Geschäftsführung betraut sind. MaW: Mit dem Begriff „Geschäftsleiter iwS“ sind Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer gemeint.

kann. Unter Verschulden versteht man die Vorwerfbarkeit rechtswidrigen Verhaltens.[20] Vorwerfbar kann ein Verhalten nur dann sein, wenn dieses auch beherrschbar ist.[21] Es geht darum, ob das gesetzte und verbotene Verhalten dem Täter auch subjektiv, dh persönlich vorwerfbar ist. Diesem kann die Tat nur dann vorgeworfen werden, wenn er auch nach seinen persönlichen Umständen einsehen konnte, dass das vom ihm gesetzte Verhalten rechtswidrig ist[22] und er auch anders hätte handeln können.[23] Dabei geht es rein um die persönlichen Eigenschaften und eben nicht um eine Objektivierung und den Vergleich mit dem Durchschnittsmenschen, sodass eine Haftung für Mängel des Verstandes ausgeschlossen wird.[24] Es muss betrachtet werden, ob der konkrete Verursacher aufgrund seiner Fähigkeiten den Schadenseintritt und die Rechtswidrigkeit vorhersehen konnte.[25] So sind „Kinder" und unmündige Minderjährige gem § 176 ABGB deliktsunfähig, da davon ausgegangen wird, dass sie die generelle Einsichtsfähigkeit noch nicht besitzen.[26]

Gem § 1297 ABGB wird grundsätzlich – selbstverständlich nur unter der Erfüllung der Voraussetzungen des Eintritts eines Schadens, der Verursachung, der Rechtswidrigkeit des Verhaltens und des Vorhandenseins von Verschulden – allein für die subjektiven Fähigkeiten gehaftet.[27] Daher spricht man in diesem Zusammenhang auch vom subjektiven Sorgfaltsmaßstab. Grds ist dieser für das Verschulden ausschlaggebend und bildet somit den Normalfall.

Der objektive Sorgfaltsmaßstab ist im Gegensatz dazu der Spezialfall der schadenersatzrechtlichen Haftungsbestimmungen des ABGB und kommt beim Sachverständigen iSd § 1299 ABGB und in den Bestimmungen für die Organwalter vor.[28] Der objektive Sorgfaltsmaßstab ist nur anzuwenden, wenn dies im Gesetz – wie etwa durch § 1299 ABGB – vorgesehen ist.

[20] *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II[13] 318.
[21] Vgl *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I 117.
[22] Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II[13] 319.
[23] Vgl *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I 118.
[24] Vgl *Wilburg*, Die Elemente des Schadensrechts 17.
[25] Vgl *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I 128.
[26] Vgl *Weilinger*, Privatrecht[4] 36 f; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I 120.
[27] Vgl hierzu die Ausführungen unter Kap 2.1.2.1.
[28] S dazu genau unter Kap 2.1.2.

2.1.2. Zum objektiven Sorgfaltsmaßstab

Einen Sachverständigen treffen besondere Pflichten bei der Erbringung seiner Leistung. Das gleiche gilt auch für Geschäftsleiter, wenn sie für ihre Gesellschaft handeln. In den folgenden Kapiteln sollen nun die unterschiedlichen gesetzlichen Bestimmungen untersucht und verglichen werden.

2.1.2.1. Zum objektiven Sorgfaltsmaßstab im ABGB

Vorab soll einerseits auf die genaue Differenzierung des Verschuldens, als auch andererseits auf die speziellen Bestimmungen und Auswirkungen des objektiven Sorgfaltsmaßstabes eingegangen werden.

Generell hängt gem §§ 1323 f ABGB vom Grad des Verschuldens auch die Höhe des Schadenersatzes ab. Somit besteht nach *Koziol* neben dem Ausgleichsprinzip auch das Sanktions- und Präventionsprinzip.[29] An dieser Stelle ist nun genauer auf die Unterscheidung der einzelnen Arten des Verschuldens einzugehen: Das ABGB unterteilt den Verschuldensgrad gem § 1294 S 3 ABGB in „böse Absicht“ und „Versehen“. Man spricht heute normalerweise von Vorsatz bzw Fahrlässigkeit.[30]

Vorsatz liegt vor, wenn der Schaden mit Wissen und Willen verursacht wurde.[31] Wissentlichkeit besteht dann, wenn sich der Täter aktiv mit dem Schadenseintritt beschäftig[32] und diesen mE auch in Grundzügen vorhersehen kann. Vom Wollen spricht man, sofern der Verursacher den Erfolg herbeiführen will, oder sich zumindest mit dessen Eintritt abfindet.[33] Wird der Schädigungserfolg beabsichtigt, spricht man vom „dolus directus“, bei einer Billigung des Erfolges vom „dolus eventualis“.[34] Eine vorsätzliche Schädigung wird in der Praxis sicherlich schwerer zu beweisen sein, als eine fahrlässige Schädigung. Die

[29] Vgl *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I 119.
[30] Vgl für viele *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I 123.
[31] Vgl *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1294 Rz 22.
[32] Vgl *Kodek* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON § 1294 Rz 59; *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I 123.
[33] Vgl *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I 124.
[34] Vgl *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht[4] 321.

Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und grober bzw bewusster Fahrlässigkeit kann schwer sein.[35] Da sich meine Arbeit aber vor allem mit der Differenzierung zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit auseinander setzen soll, wird an dieser Stelle auf weitere Ausführungen und Abgrenzungen des Vorsatzes verzichtet.[36]

In der Legaldefinition des § 1294 ABGB wird die Fahrlässigkeit dadurch definiert, dass der Täter unter Außerachtlassung der gehörigen Aufmerksamkeit oder des gehörigen Fleißes gehandelt hat.[37] Unter fahrlässiges Handeln fällt nach *Koziol*, wenn dem Täter vorwerfbar ist, dass er sich nicht genug angestrengt hat um die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens zu erkennen und nicht vorhersehen konnte, dass die Handlung geeignet ist einen Schaden herbeizuführen oder wenn jemand fälschlicher Weise annimmt, dass er nicht handeln kann.[38] MaW geht es stets darum, dass die Person nicht vorsätzlich gehandelt, aber dennoch die nötige Sorgfalt außer Acht gelassen[39] hat und ihr dies vorzuwerfen ist. Die Abgrenzung zwischen Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit wird so definiert, dass der Täter bei der bewussten Fahrlässigkeit zwar über das nötige Wissen verfügt, er den schädlichen Erflog allerdings nicht billigt.[40]

Man unterscheidet je nach Schwere der Vorwerfbarkeit des Verhaltens zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit.[41] Besonders wichtig ist diese Unterscheidung – wie oben erwähnt – für den Umfang des Schadenersatzes, da nur bei grobem Verschulden der entgangene Gewinn zu ersetzen ist.[42] Die grobe Fahrlässigkeit definiert sich nach *Zeiller*[43] durch das Vorhandensein eines Versehens, „welches bei den gemeinsten Fähigkeiten ohne Anstrengung der Aufmerksamkeit vermieden werden konnte“. Nach *Ehrenzweig*[44] handelt es sich um Versehen, „die mit Rücksicht auf ihre Schwere oder Häufigkeit nur bei besonders nachlässigen oder leichtsinnigen Menschen vorkommen können und nach Umständen auch

[35] Zur bewussten Fahrlässigkeit siehe unten bzw *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1324 Rz 19b.
[36] Zum Vorsatz siehe bspw *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II[13] 319.
[37] *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I 127; vgl auch *Kodek* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON § 1298 Rz 62 ff.
[38] Vgl *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I 127.
[39] Vgl *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht[4] 321.
[40] Vgl OGH 22.01.2009 2 Ob 212/08b bzw *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I 128.
[41] Vgl hierzu für viele *Harrer* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB VI[3] § 1324 Rz 3 ff;
[42] Vgl § 1324 S 1 ABGB.
[43] Vgl *Zeiller*, ABGB III/2, 712 f.
[44] Dazu kritisch *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1324 Rz 3.

wohl die Vermutung des bösen Vorsatzes nahelegen".[45] *Reischauer* definiert die grobe Fahrlässigkeit als extremes Abweichen von der gebotenen Sorgfalt.[46] Der OGH definiert die grobe Fahrlässigkeit mit folgenden Worten: „Grob fahrlässig handelt, wer im täglichen Leben die erforderliche Sorgfalt gröblich, in hohem Grad, aus Unbekümmertheit oder Leichtfertigkeit außer Acht lässt, wer nicht beachtet, was unter den gegebenen Umständen jedem einleuchten musste; grobe Fahrlässigkeit ist gegeben bei schlechthin unentschuldbaren Pflichtverletzungen, die das gewöhnliche Maß an nie ganz vermeidbaren Fahrlässigkeitshandlungen des täglichen Lebens ganz erheblich übersteigen."[47] Zusammenfassend kann gesagt werden, dass eine Person grob fahrlässig handelt, wenn ihr eine Sorgfaltswidrigkeit unterläuft, die einem ordentlichen Menschen in dieser Situation nicht unterlaufen wäre.[48]

Leichte Fahrlässigkeit liegt hingegen vor, wenn es sich bei der Tat nicht um grobes Verschulden handelt, sondern nur eine gewöhnliche Nachlässigkeit vorliegt.[49] Nach *Reischauer* ist die leichte Fahrlässigkeit, oder der mindere Grad des Versehens, jedes nicht extreme Abweichen von der gebotenen Sorgfalt, sofern der Person jedoch das Verhalten vorwerfbar ist.[50] Die leichte Fahrlässigkeit kann ferner danach definiert werden, ob einem sorgfältigen Menschen dieser Fehler gelegentlich ebenfalls passieren würde.[51]

An dieser Stelle soll ebenfalls kurz auf die culpa levissima eingegangen werden. Man spricht vom geringsten Grad eines Versehens, das schon sehr nahe am Zufall ist. Es stellt sich die Frage, ob für culpa levissima überhaupt gehaftet werden, da von jedermann nur die gewöhnliche Aufmerksamkeit bzw der durchschnittlichen Grad des Fleißes verlangt werden kann.[52] In der Lehre herrscht offenbar Uneinigkeit, ob für culpa levissima noch gehaftet werden soll.[53] Nach dem OGH kann eine entschuldbare Fehlleistung nur dann angenommen werden, wenn die Fehlleistung nicht als nennenswertes Verschulden gewertet werden kann, die sich bei Berücksichtigung der gesamten Arbeitslast im Drange der Geschäfte und mit

[45] *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I 131.
[46] Vgl *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB § 1324[3] Rz 3.
[47] OGH 24.11.1993 7 Ob 33/93.
[48] So auch *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht[4] 321.
[49] Vgl *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I 132.
[50] Vgl *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1324 Rz 8.
[51] Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II[13] 320; *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht[4] 321.
[52] Vgl *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I 132f.
[53] Für eine Haftung *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I 130; gegen eine Haftung sind bspw *Zeiller*, ABGB III/2, 712 f; *Wahle*, Grobe Fahrlässigkeit, JBl 1961, 497.

Rücksicht auf deren Schwierigkeit ohne weiteres ergeben kann, so dass der Schaden nur bei außerordentlicher Aufmerksamkeit (diligentia exactissima) abgewendet werden kann.[54] Ich schließe mich der Meinung von *Koziol* an, der sich für eine Haftung auch bei culpa levissima ausspricht, da sonst zB die besonderen Bestimmungen des DHG – speziell des § 2 (2) DHG – unnötig wären.[55] Diese sollen einen Arbeitnehmer von der Haftung für eine entschuldbare Fehlleistung befreien; allerdings hat den Schaden somit der Arbeitgeber zu tragen.[56] Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass eine Person außerhalb des Anwendungsbereichs des DHG nämlich grds sehr wohl haftet, wenn der Schaden auch „nur" durch eine entschuldbare Fehlleistung verursacht wurde.

Nach der Skizzierung von leichter und grober Fahrlässigkeit, stellt sich nun die Frage, wie man von den allgemeinen Formulierungen auf die konkrete Einordnung des gesetzten Verhaltens kommt, um festzustellen, ob leichte oder grobe Fahrlässigkeit vorliegt. Hierzu hat man (nach Schadenseintritt) einen Fremdvergleich mit einem sorgfältigen Menschen durchzuführen und zu bewerten, wie diese Maß-Person in der konkreten Situation reagiert hätte. Interessanterweise werden nun die subjektiven Eigenschaften[57] und Fähigkeiten des Schädigers objektiviert bzw zumindest mit einem objektiven Maß-Menschen verglichen. ME muss man sich unter diesem sorgfältigen Menschen einen „guten Zwilling" vorstellen, der zwar die gleichen Veranlagungen wie der Täter besitzt, diese allerdings optimal einsetzt. Geht man nämlich von einem Durchschnittsmenschen aus, würde dies zu einer Objektivierung des Sorgfaltsmaßstabes führen,[58] die für das generelle Schadenersatzrecht ja gerade nicht erwünscht ist.[59]

Zusammengefasst kann gesagt werden, dass man betrachten muss, wie die konkrete Person in der konkreten Situation hätte reagieren sollen und dies mit dem korrekt handelnden Zwilling vergleichen, der die gleichen Fähigkeiten besitzt. Mir geht es hierbei besonders um das Unterstreichen der persönlichen Eigenschaften des Schädigers. In der Theorie ist der Unterschied zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit sehr einfach zu bewerten, jedoch ist

[54] OGH 05.04.1972 1 Ob 63/72.
[55] Vgl abermals *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I 130.
[56] Dieses Prinzip ist dem Bürgerlichen Recht ja durchaus bekannt. Man denke beispielsweise nur an die Haftung für Erfüllungs- bzw Besorgungsgehilfen nach §§ 1313a, 1315 ABGB.
[57] Es geht hier um die subjektiven Fähigkeiten nach § 1297 ABGB. Diese werden gleich folgend behandelt. Zu den subjektiven Fähigkeiten s für viele *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II[13] 319 f.
[58] So der OGH 31.01.1995 10 ObS 51/94.
[59] Vgl *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I 128f.

die Grenzziehung in der Praxis durchaus komplex.[60] Schon an dieser Stelle sei erwähnt, dass man sich nicht der Versuchung hingeben darf, die Situation ex post zu bewerten, da auch die handelnde Person keine hellseherischen Fähigkeiten besitzt und dementsprechend nur ex ante reagieren kann. Voraussetzung für die Zurechnung ist, dass der Täter gem § 1297 ABGB den Verstandesgebrauch besitzt.[61]

Nachdem auf die grundsätzliche Definition des Verschuldens, sowie die Unterscheidung zwischen Vorsatz, grober und leichter Fahrlässigkeit eingegangen wurde, soll nun die besondere Haftung von Sachverständigen nach den §§ 1299 f ABGB untersucht werden.

Wer sich zu einem Amte, zu einer Kunst, zu einem Gewerbe oder Handwerke öffentlich bekennt, gibt dadurch gem § 1299 ABGB zu erkennen, dass er über den notwendigen Fleiß und die erforderlichen, eben nicht gewöhnlichen Kenntnisse verfügt. Besitzt die Person die angesprochen Fähigkeiten nicht, so muss sie einen etwaigen Mangel derselben vertreten. Durch die lex specialis des § 1299 ABGB wird der Fahrlässigkeitsmaßstab verändert,[62] da für die Haftung von Sachverständigen spezielle Regeln hinsichtlich des Verschuldens gelten. In erster Linie ist daher zu klären, wer als Sachverständiger zu qualifizieren ist. Die hA[63] besagt, dass der Kreis der Sachverständigen sehr weit gezogen wird und nicht nur klassische Gewerbetreibende, Künstler, Handwerker oder generell Amtsbedienstete betrifft. So fallen unter den Begriff des Sachverständigen ebenso Ärzte, Rechtsanwälte, Notare, Apotheker, Bergführer, Unternehmensberater, Abschlussprüfer, etc.[64] Selbst Autofahrer gelten nach dem OGH bereits als Sachverständige, da von diesen erwartet werden kann, dass sie mit den Regeln der Fahrtechnik vertraut sind und die Gefahren des Autofahrens einschätzen können.[65] Die Aufzählung des § 1299 ABGB ist rein demonstrativ, da sie für alle Berufe gilt, die eine besondere Sachkenntnis erfordern – gleichgültig, ob diese selbstständig oder

[60] Vgl *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I 132.
[61] Vgl *Lewisch*, Sorgfaltsmaßstäbe im Schadenersatz- und Strafrecht, ÖJZ 2000, 489 (494).
[62] Vgl *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II 182.
[63] Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II[13] 353; *Apathy/Riedler* in *Apathy* (Hrsg) Bürgerliches Recht III[4] 167 f; *P. Bydlinski*, Grundzüge des Privatrechts[9] 267; *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht[4] 321; OGH 20.04.2010 4 Ob 26/10t.
[64] *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II[13] 353.
[65] OGH 22.06.1972 2 Ob 200/71.

unselbstständig ausgeübt werden.[66] Beispielsweise gilt auch für den Veranstalter eines Schirennens ein erhöhter Sorgfaltsmaßstab.[67]

Hier stellt sich umgekehrt die Frage, welche Berufe keine Sachkenntnis erfordern. Ganz klar ist, dass die oben erwähnten Berufe, wie jener eines Arztes oder eines Rechtsanwaltes spezielle Kenntnisse, sowohl in Theorie und Praxis erfordern, die ein Dritter sicherlich nicht ausüben kann. Der Abschluss einer speziellen Ausbildung – in diesen Fällen in Form eines Studiums – ist Indiz für diese Spezialqualifikation. Doch darf man an dieser Stelle auch nicht vergessen, dass auch „niedrigere" Tätigkeiten,[68] wie etwa die einer Reinigungskraft, eine gewisse Sachkenntnis erfordern, die sich so manchem Akademiker entziehen mag. Gemeint ist etwa, welche Putzmittel bei diversen Problemstoffen zu verwenden sind oder wie spezielle Reinigungsmaschinen benützt werden. Selbstverständlich sind diese Kenntnisse schneller zu erlernen, allerdings soll hiermit aufgezeigt werden, dass fast in jedem Beruf spezielle Sachkenntnisse erforderlich sind. Der Sachverständige wird sich mE auch dadurch auszeichnen, dass er unter einem höheren Grad an Eigenverantwortlichkeit arbeitet.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass unter den persönlichen Anwendungskreis des § 1299 ABGB all jene Personen fallen, die sich zur Ausübung eines Berufes bekennen und über die notwendige Qualifikation verfügen. Umfasst sind aber auch jene Personen, die – ohne tatsächlich Fachmann zu sein – eben diese Arbeit übernehmen, auch wenn sie die notwendigen Kenntnisse nicht besitzen.[69]

Nachdem der Adressatenkreis des § 1299 ABGB bestimmt wurde, soll nun auf dessen Funktionsweise und Rechtsfolgen eingegangen werden. Die ratio und Besonderheit dieser Norm ist, dass die Haftung für Sachverständige verschärft wird.[70] Durch die Objektivierung des Sorgfaltsmaßstabes kommt es eben nicht auf die subjektiven Fähigkeiten des Schädigers an, sondern es wird ihm eine Garantiehaftung auferlegt, da er gerade den Mangel des

[66] OGH 01.02.1972 5 Ob 269/71 = DRdA 1972,246; vgl *Dittrich/Tades*, Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch[23] 606.
[67] OGH 22.06.1993 1 Ob 520/93.
[68] Dies soll in keinster Weise abwertend verstanden werden, sondern nur den Unterschied zu den Angestellten nach § 1 AngG, die beispielsweise „höhere" kaufmännische Tätigkeiten verrichten, aufzeigen.
[69] Vgl *Dittrich/Tades*, Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch[23] 607.
[70] Vgl *Karner* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB[3] § 1299 Rz 1; *Harrer* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB VI[3] § 1299 Rz 2; *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1299 Rz 2; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON § 1299 Rz 1; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II[13] 353; OGH 28.04.2008 8 ObA 8/08x; OGH 16.06.1988 7 Ob 583/88.

Fehlens der subjektiven Fähigkeiten nach § 1297 ABGB vertreten muss.[71] *Koziol* formuliert treffend: Jeder, der eine besondere Tätigkeit ausübt, muss auch dafür einstehen, dass er die nötigen Fähigkeiten besitzt.[72] Dies ist mE die logische Konsequenz von Professionalität, da hierdurch gewisse positive Effekte für den Unternehmer wie die grds Entgeltlichkeit (iSd § 354 UGB) resultieren, aber umgekehrt auch das Risiko für besondere Erleichterungen übernommen werden muss.[73] Konkret wird der Sorgfaltsmaßstab durch den § 1299 ABGB – im Unterschied zu der „normalen" Haftung nach § 1297 ABGB – verschärft.[74] Genauer gesagt wird der Sorgfaltsmaßstab des Verschuldens objektiviert, wodurch sich auch eine höhere Aufmerksamkeitspflicht[75] für den Schädiger ergibt.[76] Der objektive Sorgfaltsmaßstab richtet sich nach dem notwenigen Grad für die übernommene Tätigkeit und kann somit weit über den gewöhnlich hinausgehen.[77]

Auch für die Unerfahrenheit hat der Sachverständige grds einzustehen.[78] Dies muss mE aber ein wenig relativiert werden, da jede Person mit der Ausübung ihres Berufes irgendwann beginnen muss um Erfahrung zu sammeln; daher kann mE die reine Unerfahrenheit per se noch nicht zum Verschuldensvorwurf führen,[79] sondern nur, wenn diese mit einer fahrlässigen Sorglosigkeit bei auftauchenden Problemen gekoppelt ist. Gem § 1299 S 2 ABGB ist auch der Umstand als Mitverschulden zu berücksichtigen, wenn dem Auftraggeber die „Unerfahrenheit" des Sachverständigen bekannt war oder zumindest bekannt sein musste.[80]

Die Frage, ob der Sachverständige auch außergewöhnliche Kenntnisse und Fähigkeiten einzusetzen hat, soll – unter Einbeziehung der gesellschaftsrechtlichen Normen – in Kap 2.1.2.3 geklärt werden.

Abgesehen von der Prüfung des konkreten Einzelfalls mit einem hypothetischen Berufsgenossen, können auch die – rechtlich nicht verbindlichen – Ö-Normen als

[71] Vgl *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II 183.
[72] *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II 183.
[73] Man denke hierbei an die frühere Bestimmung des § 350 HGB (vgl *Krejci*, Unternehmensrecht[5] 9 f) oder die oben schon erwähnte Zurechnung von Gehilfen nach den §§ 1313a, 1315 ABGB.
[74] Vgl *Harrer* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB VI[3] § 1299 Rz 2.
[75] Im Vergleich zu § 1297 ABGB.
[76] Vgl *P. Bydlinski*, Grundzüge des Privatrechts[9] 267; *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1299 Rz 2.
[77] *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II 182.
[78] OGH 17.03.1983 6 Ob 662/81.
[79] AA *Kramer/Rauter* in *Straube* (Hrsg) UGB § 347 Rz 9.
[80] *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON § 1299 Rz 5; vgl auch *Harrer* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB VI[3] § 1299 Rz 5; *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1299 Rz 11.

Anhaltspunkt verwendet werden, da diese für gewöhnlich die Sorgfaltsanforderungen zusammenfassen.[81] Ö-Normen sind freiwillige Standards, die in Normungsgremien (Komitees) des Austrian Standards Institute erarbeitet werden.[82]

Auch wenn in Summe grds eine Verletzung des objektiven Sorgfaltsmaßstabs besteht, kann der Schädiger aufgrund von besonderen subjektiven Umständen beweisen, dass ihn kein Verschulden trifft.[83] Dies wäre etwa der Fall, wenn der Schädiger beweist, dass er nicht anders hätte handeln können. Allerdings hat sich hier ein Geschäftsherr auch das Einsetzen von unzureichend sorgfältigen Gehilfen zurechnen zu lassen.[84] Dies entspricht dem allgemeinen Prinzip der Gehilfenzurechnung iSd §§ 1313a ff ABGB.

Es scheint mir noch wichtig zu erwähnen, dass § 1299 ABGB keine eigene Anspruchsgrundlage für einen Schadenersatzanspruch darstellt, sondern nur den Sorgfaltsmaßstab betrifft.[85] Für einen gültigen Anspruch bedarf es der Erfüllung der allgemeinen Schadenersatzvoraussetzungen nach den §§ 1293 ff ABGB. Ebenso wird auch keine Beweislastumkehr wird durch § 1299 ABGB herbeigeführt.[86]

Letztlich stellt sich ebenso die Frage der Beweislast. Da man davon ausgehen kann, dass die meisten (unternehmensbezogen) Schadenersatzansprüche gegen Sachverständige aufgrund einer schuldhaften Vertragsverletzung entstehen, greift in diesem Fall die allgemeine Regel der Beweislastumkehr iSd § 1298 ABGB.[87] Der Unternehmer oder sonstige Vertragspartner muss beweisen, dass er sorgfältig gehandelt hat und ihm sein gesetztes Verhalten nicht vorzuwerfen ist. Ausnahmsweise kann der Beweis erbracht werden, dass ihm aufgrund von besonders unglücklichen Umständen wie Unfällen oder sonstigen Unglücksfällen die Einhaltung des Mindeststandards im Einzelfall nicht vorgeworfen werden kann.[88] Allerdings erfordert diese Situation eine besonders genaue Prüfung; hier denke ich etwa an den Fall der Verhinderung aufgrund von plötzlicher Krankheit.[89] Man müsste also prüfen, ob es wirklich nicht zumutbar gewesen ist, für die Durchführung der Rechtshandlung zu sorgen oder etwa

[81] Vgl *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1299 Rz 2.
[82] austrian-standards.at/infopedia-themencenter/infopedia-artikel/oenorm/.
[83] OGH 10.07.2008 8 ObA 8/08x.
[84] OGH 09.04.1975 1 Ob 44/75.
[85] Vgl *Harrer* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB VI[3] § 1299 Rz 3.
[86] OGH 12.12.1962 6 Ob 299762 = SZ 35/130.
[87] Vgl *Told* in *Torggler* (Hrsg), UGB Kommentar § 347 Rz 10; *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1298 Rz 2 ff.
[88] Vgl *Kramer/Rauter* in *Straube* (Hrsg) UGB § 347 Rz 18; OGH 28.04.2008 8 ObA 8/08x.
[89] Vgl für viele *Kerschner* in *Jabornegg/Artmann* (Hrsg), UGB[2] § 347 Rz 15.

das Geschäft zu delegieren. Kann dem Schädiger seine Handlung nicht vorgeworfen werden und er kann dies beweisen, liegt somit kein Verschulden vor und er haftet auch nicht für den eingetretenen Schaden. Im Gegensatz dazu trifft den Geschädigten bei einer deliktischen Schadenersatzhaftung die Beweislast, da § 1298 ABGB nicht anzuwenden ist.[90] Bei der deliktischen Schädigung richtet sich die Beweislast nach § 1296 ABGB.[91]

Selbstverständlich treten im wirtschaftlichen Leben nicht nur natürliche, sondern auch sehr viele juristische Personen auf. Daher stellt sich die Frage, ob auch die juristische Person als Sachverständige iSd § 1299 ABGB zu qualifizieren ist und wie ihr das Verhalten der Organe genau zugerechnet wird. Allgemein bekannt ist, dass eine juristische Person nicht selbst handeln kann und für ihr rechtsgeschäftliches Tätigwerden natürlicher Personen in Form von Organen bedarf.[92] Das gesetzte Verhalten der Organe wird der juristischen Person gem § 71 (1) AktG,[93] § 18 (1) GmbHG,[94] § 17 (1) GenG[95] zugerechnet.[96] Abgesehen von den Organen werden der juristischen Person auch Repräsentanten[97] und Gehilfen[98] zu gerechnet.[99] Wie bei natürlichen Personen kommt es auch bei juristischen Personen auf die ausgeübte Tätigkeit an.[100] Sofern diese Tätigkeit eine Tätigkeit iSd § 1299 ABGB ist und somit besondere Kenntnisse erfordert, ist auch der objektive Sorgfaltsmaßstab auf das Verhalten der juristischen Person anzuwenden. *Reischauer* führt richtigerweise aus, dass es nicht darauf ankommen kann, ob die juristische Person innerhalb oder außerhalb ihres statutenmäßigen Wirkungskreises tätig wird.[101] Dies ergibt sich mE aus der Ungültigkeit der

[90] Vgl hierzu grundlegend *Kodek* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON § 1298 Rz 4 ff.
[91] Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II[13] 320.
[92] S hierzu grundlegend *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 82 f; *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 39.
[93] Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 71 bis 74 Rz 7.
[94] Vgl *Enzinger* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 18 Rz 5 ff.
[95] Vgl *Strommer* in Dellinger (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 17 Rz 16 ff.
[96] Vgl zur Zurechnung allgemein *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 77 bis 84 Rz 102; dies steht meiner Ansicht nach in Einklang mit der Zurechnung der Organe gem § 26 ABGB (vgl hierzu *Aicher* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 26 Rz 2); mE auszuschließen ist eine Zurechnung der Organe nach den zivilrechtlichen Bestimmungen wie etwa § 1313a ABGB. Dies lässt sich damit begründen, dass durch die Organe die Gesellschaft selbst handelt und nicht ein Gehilfe für die Vertragserfüllung eingesetzt wird.
[97] Darunter sind hier Machthaber iSd § 337 ABGB zu verstehen. Vgl hierzu für viele grundlegend *Koziol-Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I[14] 82 f.
[98] Hierunter sind Erfüllungsgehilfen iSd § 1313a ABGB und Besorgungsgehilfen iSd § 1315 ABGB zu verstehen. S die diesbezügliche Differenzierung bspw in *Weilinger*, Privatrecht[4] 215 f.
[99] Vgl für viele *Torggler*, Gesellschaftsrecht 240 f.
[100] *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1299 Rz 2a.
[101] Vgl *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1299 Rz 2a.

sog „ultra-vires-Lehre“,[102] durch die eine juristische Person in ihrem Handeln auf ihre Statuten beschränkt wäre.[103]

Nur ein Teil der Lehre behandelt den Sorgfaltsmaßstabes der juristischen Person[104] und geht in der Folge davon aus, dass der zu prüfenden Sorgfaltsmaßstabes der juristischen Person mit jenem einer natürlichen Person verglichen werden muss.[105] Dies muss mE differenziert betrachten werden; sofern die Tätigkeit einer juristischen Person auch ohne größere Probleme von einer natürlichen Person ausgeführt werden kann, teile ich *Reischauers* Meinung, der sich für einen direkten Vergleich mit einer natürlichen Person ausspricht.[106] Ich denke hier beispielsweise an einen Architekten, der seine Leistungen nicht als Einzelunternehmer erbringt, sondern in Form einer GmbH[107], um so beispielsweise die persönliche Haftung zu begrenzen. Hier wäre die Leistung der GmbH mit jener eines sorgfältigen Architekten zu vergleichen und man könnte konkret prüfen, wie sich ein ordentlicher und fachgerechter Architekt in der speziellen Situation verhalten hätte. Allerdings muss auch angeführt werden, dass sich der Entscheidungsfindungsprozess bei Gesellschaften normalerweise alleine aufgrund des Vorhandenseins mehrerer Personen[108] komplexer gestaltet. Beispielsweise kann man bei Großbauprojekten wie dem Bau einer Autobahn wohl kaum einen Vergleich der Gesellschaft mit einem Einzel-Bauunternehmer anstellen. Hier müsste meiner Meinung nach das Verhalten der Gesellschaft mit einer ordentlichen Gesellschaft verglichen werden und hinterfragt werden, wie die Vorstände dieser fachgerechten Gesellschaft reagiert hätten. Sofern aber die Tätigkeit auf eine einzelne (natürliche) Person reduziert werden kann, die eben für die juristische Person tätig wird, kann sehr wohl ein Vergleich zu einem maßgerechten Fachmenschen gezogen werden. Als weiteres Beispiel kann man an eine Krankenschwester denken, die dem Krankenhausträger zugerechnet wird.[109]

[102] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 406.
[103] Vgl *Straube*, Die Bedeutung der „ultra-vires-Lehre“ im österreichischen Recht, ÖJZ 1978, 343; *Aicher* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 23 Rz 24.
[104] Vgl etwa *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 77 bis 84 Rz 102.
[105] Vgl bspw *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1299 Rz 2a.
[106] Vgl *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1299 Rz 2b.
[107] Hierbei ist besonders an die Ausübung einer Tätigkeit in Form einer Ein-Personen-GmbH zu denken.
[108] Zur Haftung des mehrgliedrigen Vorstandes siehe unter Pkt 4.5.
[109] Vgl *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1299 Rz 2a.

2.1.2.2. Zum objektiven Sorgfaltsmaßstab im UGB

In erster Linie möchte soll untersucht werden, ob bzw wie sich die Regelung des § 347 UGB von jener des § 1299 ABGB unterscheidet und auf wen genau die Sorgfaltspflicht des UGB zutrifft. § 347 UGB definiert die Sorgfaltspflicht für einen Unternehmer dahingehend, dass er für die Sorgfalt eines ordentlichen Unternehmers einzustehen hat. Den Erläuterungen der RV zufolge, hätte die Bestimmung ebenso entfallen können, da diese inhaltlich § 1299 ABGB entspricht und eine materielle Änderung der Rechtslage nicht angestrebt wurde.[110] Im Wesentlichen wurde die Regelung des § 347 (1) HGB übernommen und nur auf den Unternehmerbegriff angepasst.[111] So wurde der Begriff des Kaufmanns durch jenen des Unternehmers ersetzt. Aufgrund des § 343 (1) UGB gilt der objektive Sorgfaltsmaßstab sowohl für Unternehmer iSd §§ 1-3 UGB, als auch für juristische Personen des öffentlichen Rechts und Unternehmer kraft Auftretens. Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass unter die Anwendung des vierten Buches und somit auch unter die Bestimmungen über die besondere Sorgfalt, ebenso die Land- und Forstwirte und Freiberufler fallen.[112] § 347 UGB ist iVm § 343 (2) UGB auf alle Geschäfte eines Unternehmers anzuwenden, die für ihn als unternehmensbezogen gelten. Somit erweiterte sich im Vergleich mit der Rechtslage nach dem HGB grundsätzlich der Anwendungsbereich des § 347 UGB, da nun alle Unternehmer – unabhängig von der Größe – unter die besagte Bestimmung fallen.[113] § 347 UGB ist im deliktischen Bereich nicht anwendbar.[114]

Die ratio des § 347 UGB ist eine höhere Sorgfaltsanforderung an den Unternehmer, welche sich aufgrund seiner Professionalität ergeben soll.[115] Wie auch durch § 1299 ABGB wird der Sorgfaltsmaßstab gegenüber dem allgemeinen Standard erhöht.[116] Nach *Told* soll durch die Norm auch das Vertrauen des Rechtsverkehrs in den Unternehmer geschützt werden.[117]

---

[110] ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 53.
[111] *Schauer* in *Krejci* (Hrsg), Reformkommentar UGB ABGB § 347 Rz 2.
[112] Vgl *Kramer/Rauter* in *Straube* (Hrsg) UGB § 347 Rz 12.
[113] Vgl *Kramer/Rauter* in *Straube* (Hrsg) UGB § 347 Rz 14.
[114] *Told* in *Torggler* (Hrsg), UGB Kommentar § 347 Rz 4; so auch *Kerschner* in *Jabornegg/Artmann* (Hrsg), UGB[2] § 347 Rz 3.
[115] Vgl *Told* in *Torggler* (Hrsg), UGB Kommentar § 347 Rz 3.
[116] Vgl *Kerschner* in *Jabornegg/Artmann* (Hrsg), UGB[2] § 347 Rz 2.
[117] Vgl *Told* in *Torggler* (Hrsg), UGB Kommentar § 347 Rz 3.

Die Lehre ist sich einig, dass § 347 UGB keine eigenständige Bedeutung zukommt, da Unternehmer bereits von der Regelung des § 1299 ABGB umfasst sind und die Bestimmung den Unternehmer nur nochmals auf seinen besonderen Sorgfaltsmaßstab hinweisen soll.[118] Um Missverständnissen durch ein Erlöschen der Bestimmung[119] vorzubeugen, entschied man sich die „Parallelbestimmung" des § 1299 ABGB ins UGB zu übernehmen.[120] Dies ist grundsätzlich keine schlechte Überlegung, allerdings könnte so der Eindruck erweckt werden, dass § 347 UGB als lex specialis zu sehen wäre und dem § 1299 ABGB derogieren würde, was insofern widersinnig wäre, da § 347 UGB eben keinen selbstständigen Inhalt besitzt und eigentlich nur auf § 1299 ABGB verweist.[121] Da aber das Telos sicherlich der Rechtssicherheit dient, ist es mE gut gewesen, die Bestimmung ins UGB zu übernehmen.

Der Unternehmer hat also folglich für die Sorgfalt eines ordentlichen Unternehmers einzustehen. Der gegenüber der Allgemeinheit höhere Sorgfaltsmaßstab wird insofern konkretisiert, als zu fragen ist, wie sich ein ordentlicher Unternehmer in der jeweiligen Situation verhalten hätte. Es ist nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen, ob der Unternehmer die erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen hat.[122] Hinsichtlich dieses Unternehmers wird wiederum berufsspezifisch differenziert.[123] So sind für jede Berufsgruppe einzelne Leistungsstandards zu erstellen, die als Mindestanforderungen zum Vergleich herangezogen werden können.[124] Die Sorgfaltsplicht ist auch anhand der Unternehmensbräuche und Verkehrssitten zu bemessen.[125] Darüber hinaus kann aber von jedem Unternehmer ein gewisses unternehmerisches „Basiswissen" verlangt werden. Darunter sind etwa die Übung des redlichen Geschäftsverkehrs oder auch die Grundstrukturen von juristischen Personen zu verstehen. Daher entschied der OGH

[118] Vgl *Kramer/Rauter* in *Straube* (Hrsg) UGB § 347 Rz 2; *Schauer* in *Krejci* (Hrsg), Reformkommentar UGB ABGB § 347 Rz 1; *Kalss/Schauer/Winner*, Allgemeines Unternehmensrecht[2] 325; *Told* in *Torggler* (Hrsg), UGB Kommentar § 347 Rz 2 ff; *Kerschner* in *Jabornegg/Artmann* (Hrsg), UGB[2] § 347 Rz 2; *Zib/Verweijen*, Das neue Unternehmensgesetzbuch 242.

[119] Im Zuge der Schaffung des UGB durch das HaRÄG 2005.

[120] Vgl *Schauer* in *Krejci* (Hrsg), Reformkommentar UGB ABGB § 347 Rz 1; *Kramer/Rauter* in *Straube* (Hrsg) UGB § 347 Rz 4.

[121] *Krejci* spricht in diesem Zusammenhang von der „Wiederholdung der Sorgfaltsanforderungen"; vgl auch *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 95.

[122] Vgl *Kerschner* in *Jabornegg/Artmann* (Hrsg), UGB[2] § 347 Rz 5; *Kramer/Rauter* in *Straube* (Hrsg) UGB § 347 Rz 7; *Told* in *Torggler* (Hrsg), UGB Kommentar § 347 Rz 6; OGH 08.05.1980 8 Ob 505/80.

[123] Vgl *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 97; *Kramer/Rauter* in *Straube* (Hrsg) UGB § 347 Rz 1; *Told* in *Torggler* (Hrsg), UGB Kommentar § 347 Rz 7.

[124] Vgl *Kramer/Rauter* in *Straube* (Hrsg) UGB § 347 Rz 8 f.

[125] Vgl *Kerschner* in *Jabornegg/Artmann* (Hrsg), UGB[2] § 347 Rz 8.

richtigerweise, dass einem Unternehmer etwa bekannt sein muss, dass der „Direktor“ einer genossenschaftlich organisierten Bank nicht deren gesetzlich befugter Vertreter ist.[126]

Der Unternehmer hat seine Sorgfalt nach den für seine Größe und Branche üblichen Kriterien zu erfüllen.[127] Für die Festlegung dieses Maßstabes sind ua auch die Unternehmensbräuche und Verkehrssitten zu beachten.[128] Man kann von einem Unternehmer somit erwarten, dass er die notwendigen Fähigkeiten und Kenntnisse besitzt und anwendet, über die ein gewissenhafter und sorgfältiger Unternehmer desselben Geschäftszweigs üblicherweise verfügt.[129] Daraus ergibt sich auch, dass es von der Art des Geschäftes abhängen kann, wie sorgfältig ein Unternehmer zu agieren hat. So gehen *Kramer/Rauter* richtigerweise davon aus, dass bei risikoreicheren Geschäften, wie dem Handel mit Wertpapieren, eine besonders große Sorgfalt an den Tag zu legen ist.[130] Der OGH fordert ebenfalls bei der Besorgung von wirtschaftlich risikoreichen Geschäften eine objektivierte Sorgfalt.[131]

Da sich Unternehmer zur Erfüllung ihrer (vertraglichen) Aufgaben oftmals Gehilfen bedienen, stellt sich die Frage, ob diese Erfüllungsgehilfen iSd § 1313a ABGB sind[132] und ebenfalls den besonderen Sorgfaltsmaßstab des § 347 UGB[133] einhalten müssen.[134] Da das gesetzte Verhalten der Gehilfen dem Unternehmer zugerechnet wird, ist ein Verstoß der Gehilfen gegen den objektiven Sorgfaltsmaßstab, so zu behandeln, als wäre der Unternehmer selbst tätig geworden.[135] Zur „internen“ Aufteilung des Schadens sei an dieser Stelle ganz allgemein

[126] OGH 19.01.1979 1 Ob 694/78.
[127] Vgl *Schauer* in *Krejci* (Hrsg), Reformkommentar UGB ABGB § 347 Rz 2.
[128] Vgl *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 97; *Kramer/Rauter* in *Straube* (Hrsg) UGB § 347 Rz 7.
[129] Vgl *Told* in *Torggler* (Hrsg), UGB Kommentar § 347 Rz 6; *Kramer/Rauter* in *Straube* (Hrsg) UGB § 347 Rz 10; *Kerschner* in *Jabornegg/Artmann* (Hrsg), UGB[2] § 347 Rz 5.
[130] Vgl *Kramer/Rauter* in *Straube* (Hrsg) UGB § 347 Rz 9.
[131] OGH 09.02.1988 6 Ob 508/86 = SZ 6126 = RdW 1988,130 = wbl 1988, 129 (*Wilhelm*) = ÖBA 1988, 828 (*Apathy*).
[132] Siehe hierzu unter Pkt 4.2.1.3.
[133] Aufgrund der praktischen Bedeutung der Gehilfenzurechnung wird diese Thematik unter § 347 UGB behandelt. Nachdem die Regelung inhaltlich mit § 1299 ABGB deckungsgleich ist, ist sie auch sinngemäß jene Bestimmung anzuwenden.
[134] Die Gehilfenzurechnung unterscheidet sich allerdings von der Zurechnung der Organe, wenn jene für die Gesellschaft tätig werden. Vgl hierzu unter Kap 2.1.2.1.
[135] Vgl *Kramer/Rauter* in *Straube* (Hrsg) UGB § 347 Rz 14; aA *Krejci*, nachdem die Gehilfen nur der Gesellschaft, aber nicht dem Organwalter zugerechnet werden sollen (vgl *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 101).

auf das DHG verwiesen, welches hinsichtlich der Vorwerfbarkeit gegenüber dem Dienstnehmer genau differenziert.[136]

Darüber hinaus kann der Schaden uU durch ein Mitverschulden des Geschädigten iSd § 1304 ABGB gemindert werden. So bejaht *Told* die Möglichkeit des Mitverschuldens grds, wenn dem Vertragspartner erkannte oder erkennen hätte müssen, dass der Unternehmer zur Ausführung des Geschäftes unfähig ist.[137]

2.1.2.3. Zu den gesetzlichen Regelungen des Sorgfaltsmaßstabs im Vereins- und Gesellschaftsrecht

Nachdem der Sorgfaltsmaßstab im ABGB und UGB genauer betrachtet wurde, soll nun geprüft werden, ob sich die einzelnen Bestimmungen in den Spezialgesetzen wie AktG, GmbHG und GenG von den vorher angesprochenen Bestimmungen unterscheiden. Zu untersuchen sind daher die § 25 (1) GmbHG, § 84 (1) AktG und § 23 GenG. Der objektive Sorgfaltsmaßstab des Vereinsrecht, welcher einen der Schwerpunkte dieser Arbeit bildet, soll gesondert in Kap 3.2.2.2. untersucht werden.

Ein erster wesentlicher Unterschied der angesprochenen Regelungen ist, dass die § 1299 ABGB und § 347 UGB die Sorgfalt im Außenverhältnis regeln und die gesellschaftsrechtlichen Regelungen der § 25 (1) GmbHG, § 84 (1) AktG und § 23 GenG das Innenverhältnis zwischen Geschäftsleiter und Gesellschaft betreffen.[138] Der Sorgfaltsmaßstab des Vereinsvorstandes wird besonders ausführlich in Kap 3.2.1. behandelt.

Bevor die gesellschaftsrechtlichen Haftungsbestimmungen und den dazugehörigen Sorgfaltsmaßstab eingegangen wird, soll die ratio dieser Bestimmungen genauer untersucht werden. Zweck der Vorschrift des § 25 (1) GmbHG ist es, den für Geschäftsführer verbindlichen Sorgfaltsmaßstab zu fixieren und gem Abs 2 leg cit für den Fall seiner Verletzung die Sanktion, nämlich Schadenersatz, anzuordnen.[139] Nach *Strasser* wird aus § 84

[136] Zum DHG s Kap 4.6.
[137] Vgl *Told* in *Torggler* (Hrsg), UGB Kommentar § 347 Rz 9.
[138] Vgl *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 4/234.
[139] *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 6.

AktG die allgemeine Verpflichtung des Vorstandes abgeleitet, die in § 70 (1) AktG geregelten Aufgaben, mit der notwendigen Sorgfalt auszuführen und dabei die Interessen der Gesellschaft in jeder denkbaren Situation aktiv durch das Ergreifen entsprechender Maßnahmen und passiv durch gebotene Unterlassungen zu wahren.[140] Generell werden aus dem auferlegten Sorgfaltsmaßstab auch Zweckförderungs- und Treuepflichten abgeleitet.[141] Darüber hinaus kommt es zu einer Schadensvorbeugung, da eine drohende persönliche Inanspruchnahme die Geschäftsführer dazu bewegen wird, präventiv eine große Sorgfalt an den Tag zu legen, um sich so nicht der Haftung auszusetzen.[142] Es darf aber auch nicht übersehen werden, dass die Haftungsbestimmung auch einen mittelbaren Schutz der Gläubiger darstellt,[143] was sich meiner Ansicht nach aus § 25 (5) GmbHG[144] und § 84 (5) S 3 AktG[145] ergibt.[146] Festzuhalten ist daher an dieser Stelle, dass sich unmittelbar aus den gesellschaftsrechtlichen Regelungen sowohl generelle Pflichten hinsichtlich der zu erfüllenden Aufgaben, als auch und der einzuhaltende Sorgfaltsmaßstab ableiten lassen, was einen wesentlichen Unterschied zu § 1299 ABGB darstellt. Dies dient mE dem Interesse der Gesellschaft und letztlich den Gesellschaftern, da im Falle eines Schadenseintrittes vom Geschäftsleiter Schadenersatz gefordert werden kann.

Der Unterschied der gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen im Verhältnis zu § 1299 ABGB besteht darin, dass erstere eine direkte Haftungsgrundlage darstellen. Der reine Sorgfaltsmaßstab, welcher auf Verschuldensebene zu prüfen ist, unterscheidet sich nur dadurch, dass § 1299 ABGB allgemeiner formuliert ist, während im Gesellschaftsrecht der Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden ist.

§ 25 GmbHG besagt, dass die Geschäftsführer der Gesellschaft gegenüber verpflichtet sind, bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden.[147] Daher gilt es in erster Linie zu untersuchen, was unter einem ordentlichen Geschäftsmann zu verstehen ist. Wie *Reich-Rohrwig* aufzeigt, definiert der OGH die Sorgfalt eines ordentlichen

[140] *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 77 bis 84 Rz 67.
[141] Vgl *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 95.
[142] Vgl *Fleischer* in *Fleischer/Goette* (Hrsg), MünchKomm GmbHG II § 43 Rz 2.
[143] So auch *Spindler* in *Goette/Habersack/Kalss* (Hrsg), MünchKomm AktG II[3] § 93 Rz 1.
[144] Vgl hierzu Kap 4.2.1.4. sowie 4.2.1.7.
[145] S dazu die inhaltsgleichen Ausführungen zum GmbHG (obige Fußnote), sowie zur Gen in Kap 4.4.2.
[146] Einerseits werden die Gläubiger durch die Nichtigkeit eines Beschlusses oder Vergleichs geschützt. Andererseits können sich die Gläubiger uU den Titel der Gesellschaft gg den Geschäftsleiter iwS durch Exekution abtreten lassen. Vgl hierzu in den Kap 4.2.2. und 4.4.2.
[147] Zur Haftung des Geschäftsführers bei Verletzung dieser Pflichten iSd § 25 (2) GmbHG siehe unter Pkt 4.2.

Geschäftsmannes manchmal milder als jene eines ordentlichen Kaufmanns (= Unternehmer), in anderen E werden allerdings besonders strenge Anforderungen an den Geschäftsführer gelegt.[148] In Wahrheit geht es nicht darum einen generellen Sorgfaltsmaßstab die Haftung des Geschäftsführers zu kreieren, sondern im Falle eines Schadenseintritts bei der Gesellschaft, zu überprüfen, ob das gesetzte Verhalten des Geschäftsführers ordnungsgemäß war und ihn somit von einem Schadenersatzanspruch befreit oder nicht. So wie bei den Bestimmungen der § 1299 ABGB und § 347 UGB geht es hierbei nach einstimmiger Lehre[149] nicht um die subjektiven Fähigkeiten und Kenntnisse, sondern um eine objektive Beurteilung des gesetzten Verhaltens.[150] Die vom Geschäftsführer angewandte Sorgfalt, wird mit jener verglichen, die von einem Geschäftsführer in dem betreffenden Geschäftszweig[151] und nach der Größe des Unternehmens üblicherweise erwartet werden kann.[152] Es wird somit wiederum mit einer fiktiven „Maß-Figur" eines sorgfältigen Geschäftsführers verglichen.[153] Der OGH entschied, dass sich die Mitglieder des geschäftsführenden Organs nicht wie beliebige Unternehmer, sondern wie ordentliche Geschäftsleute in verantwortlich leitender Position bei selbstständiger treuhändiger Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen verhalten müssen.[154]

Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle erwähnt, dass man unter der Geschäftsführung sämtliche Maßnahmen und Vorkehrungen versteht, die notwendig sind, um den Gesellschaftszweck mit den der Gesellschaft zur Verfügung stehenden personellen, sachlichen und finanziellen Mitteln zu erreichen.[155] Der Geschäftsführer schuldet somit eine branchen-, größen- und situationsadäquate Bemühung, wobei der Sorgfaltsmaßstab auch nicht überspannt werden darf.[156] Man muss nämlich davon ausgehen, dass der Geschäftsführer einen gewissen Ermessenspielraum erhält um agieren und wirtschaften zu

[148] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 24.
[149] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 24; *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 249 ff; *Ratka/Rauter* in *Ratka/Rauter* (Hrsg), Handbuch der Geschäftsführerhaftung[2] 57; *Gellis/Feil*, Kommentar zum GmbHG[7] § 25 Rz 1.
[150] OGH 26.02.2002 1 Ob 144/01k; OGH 30.01.1979 5 Ob 686/78 = ÖJZ 1979/135.
[151] OGH 17.10.2003 1 Ob 20/03b.
[152] *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 24.
[153] Vgl *Ratka/Rauter* in *Ratka/Rauter* (Hrsg), Handbuch der Geschäftsführerhaftung[2] 57.
[154] OGH 26.02.2002 1 Ob 144/01k.
[155] *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 4/177.
[156] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 24.

können.[157] Dieser Ermessensspielraum kann auch anhand der „Business Judgment Rule“ ermittelt werden.[158] Richtschnur ist hierbei die Sorgfalt eines fähigen, kompetenten und redlichen Vorstandsmitglieds, das (i) kein eigenes Interesse an der konkreten Geschäftsführungsangelegenheit hat (kein Interessenkonflikt, keine Wahrnehmung von corporate opportunities), (ii) ausreichend informiert ist und (iii) nachvollziehbar im besten Interesse der Gesellschaft zu handeln glaubt.[159] Man kann eben nicht erwarten, dass der Geschäftsführer jede noch so kleine Geschäftsführungstätigkeit, wie etwa die Bestellung von Kopierpapier bis ins kleinste Detail und somit auf ihre Wirtschaftlichkeit überprüft. Darüber hinaus steigt natürlich auch das wirtschaftliche Risiko mit der Komplexität des Unternehmensgegenstandes. Es stellt sich weiters die Frage, ob der Vorstand bei der Geschäftsführung hat auch riskante Geschäftige tätigen darf ohne automatisch gegen den gebotenen Sorgfaltsmaßstab zu verstoßen. Ich schließe mich der diesbezüglichen hL[160] vollkommen an, dass der Vorstand einen gewissen Handlungsspielraum haben muss, um wirtschaften zu können. Wirtschaften bedeutet mE nämlich auch Risiken eingehen zu können und auch in unsicheren Geschäftsbereichen, wie etwa gerade im Börserecht, tätig zu werden. Es geht natürlich darum, möglichst Vorteile aus den vorhandenen Mitteln zu schöpfen und Schäden so gut wie möglich rechtzeitig abzuwenden.[161] Dies ist meiner Meinung nach aber eher ein genereller wirtschaftlicher Grundsatz und nicht unbedingt nur speziell auf den Vorstand einer AG anzuwenden. Deswegen kann man von einer GmbH mit einem Umsatz von mehreren Millionen Euro im Banken- und Kreditbereich durchaus erwarten, dass auch gewisse unsichere und risikoreiche Geschäfte gemacht werden dürfen. Dem Geschäftsführer muss ein passender Ermessenspielraum eingeräumt werden, so dass nicht jedes risikoreiche Geschäft automatisch verboten ist.[162] Das bewusste Eingehen von geschäftlichen Risiken birgt immer die Gefahr von Fehleinschätzungen, selbst wenn man

[157] Vgl *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 97; *Krejci*, Sorgfalt und Unternehmerwagnis in FS P. Doralt (2004) 354; *Torggler*, Gesellschaftsrecht 223; *Brix*, Handbuch Aktiengesellschaft 73.

[158] Vgl *Torggler*, Business Judgment Rule und unternehmerische Ermessensentscheidungen, ZfRV 2002, 9; *Lutter*, Die Business Judgment Rule in Deutschland und Österreich, GesRZ 2007, 79; *Schima*, Business Judgment Rule und Verankerung im österreichischen Recht, GesRZ 2007, 93.

[159] *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/389.

[160] Vgl *Krejci*, Sorgfalt und Unternehmerwagnis in FS P. Doralt (2004) 354; *Fleischer* in *Fleischer* (Hrsg), Handbuch des Vorstandsrechts § 7 Rz 3; differenzierend *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 77 bis 84 Rz 95.

[161] Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 77 bis 84 Rz 95.

[162] Vgl *Krejci*, Sorgfalt und Unternehmerwagnis in FS P. Doralt (2004) 354.

noch so ordentlich recherchiert und plant.[163] Zu undifferenziert ist mE die Meinung von *Feltl*, wonach ein Vorstand keine Geschäfte mit unangemessenen hohen Risiken oder nur nachteilige Geschäfte schließen darf.[164] Natürlich wäre es ein grober, ja sogar vorsätzlicher Pflichtverstoß, wenn der Vorstand bereits erkennt, dass das Geschäft für die Gesellschaft nur nachteilig ist und er dieses trotzdem abschließt. Aber woher soll man ex ante wissen, ob ein Geschäft nur nachteilige Folgen für die Gesellschaft haben wird. Einerseits können Umstände hinzutreten, die die Geschäftsgrundlage generell verändern und andererseits sind auch bei sorgfältiger Recherche und Berechnungen nicht immer alle Folgen (auch ohne Fremdeinfluss) absehbar.

Nur weil ein Geschäft fehlschlägt, heißt das noch nicht automatisch, dass dies zur Haftung des Geschäftsführers führt.[165] Diese Ansicht teilt auch der OGH ausdrücklich.[166] Es muss festgehalten werden, dass mit Risiken behaftete Geschäfte im unternehmerischen Leben nicht ungewöhnlich sind.[167] Das unternehmerische Risiko soll nämlich grundsätzlich die Gesellschaft tragen.[168] Daher muss bei der genauen Prüfung des Einzelfalls ex ante untersucht werden, wie der Geschäftsführer reagiert hat und ob ihm sein Verhalten vorzuwerfen ist.[169] Dass riskante Geschäfte jedenfalls pflichtwidrig sind, wenn sie in keinem direkten Zusammenhang mit dem Unternehmensgegenstand stehen,[170] kann mE nicht vertreten werden, da die ultra-vires-Lehre nicht gilt[171] und als Rechtsfolge hieraus die Gesellschaft sämtliche Geschäfte abschließen kann. Nur weil ein Geschäft nicht unmittelbar zum Unternehmensgegenstand gehört, muss das Verhalten des Geschäftsleiters noch nicht pflichtwidrig sein.

Zusammengefasst kann zu diesem Punkt gesagt werden, dass die Sorgfaltspflicht auf alle Fälle nicht so beschränkt werden darf, dass dem Vorstand jedes gewagte Geschäft verboten wäre.[172] Der sorgfältige Vorstand würde Geschäfte im Vornherein mit dem nötigen Sachverstand gewissenhaft ausloten, hierzu fachkundige Mitarbeiter und Experten

[163] Vgl *Ginthör/Hasch/Hochedlinger*, Der GmbH-Geschäftsführer – Rechte und Pflichten 73.
[164] Vgl *Feltl* in *Ratka/Rauter* (Hrsg), Handbuch der Geschäftsführerhaftung[2] 476.
[165] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 24.
[166] OGH 09.02.1988 6 Ob 508/86.
[167] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 35.
[168] Vgl *Gellis/Feil*, Kommentar zum GmbHG[7] § 25 Rz 1.
[169] Vgl *Ratka/Rauter* in *Ratka/Rauter* (Hrsg), Handbuch der Geschäftsführerhaftung[2] 57.
[170] So etwa *Ginthör/Hasch/Hochedlinger*, Der GmbH-Geschäftsführer – Rechte und Pflichten 74.
[171] Vgl *Straube*, Die Bedeutung der „ultra-vires-Lehre“ im österreichischen Recht, ÖJZ 1978, 343.
[172] *Krejci*, Sorgfalt und Unternehmerwagnis in FS P. Doralt (2004) 354.

miteinbeziehen und das Risikoausmaß nach bestem Gewissen abschätzen.[173] Hier kann man wiederum nur von Fall zu Fall prüfen, ob ein sorgfältiger Geschäftsleiter dieses Geschäft abgeschlossen hätte. Richtigerweise und ist es wichtig zu erkennen, dass es die Gesellschaft ist, die das wirtschaftliche Risiko zu tragen hat.[174]

Strittig ist in der Lehre offenbar, ob der Sachverständige auch für das Fehlen von außergewöhnlichen Kenntnissen einzustehen hat.[175] Verglichen wird, ob das Verhalten den typischen Fähigkeiten entspricht, die der Verkehrskreis gewöhnlich besitzt. Falsch ist meiner Meinung nach die Ansicht von *Feltl*, wonach der Vorstand auch stets besondere Spezialkenntnisse einzusetzen hat,[176] da eben auch hier im Einzelfall zu prüfen ist, ob man vom Vorstand erwarten kann, dass er seine Spezialkenntnisse und -fähigkeiten einsetzt.

Aus dem Gesetz lässt sich auch nur ein allgemeiner, objektiver Sorgfaltsmaßstab ableiten, der eben nur die durchschnittlichen Fähigkeiten eines ordentlichen Geschäftsleiters verlangt.[177] Das Argument, dass der Vorstand aufgrund seiner speziellen Fähigkeiten bestellt wurde, ist mE zu allgemein, da dies auf fast jeden geschlossenen Vertrag im gesamten Zivilrecht zutrifft.[178] Für den Vorstand ergibt sich gerade aus § 84 AktG ein strenger Sorgfaltsmaßstab, der ohnehin gewisse Fähigkeiten vom Vorstand erfordert.

Der Sorgfaltsmaßstab darf nicht überspannt werden,[179] was bedeutet, dass nur die gewöhnlichen Eigenschaften – und keine darüber hinausgehenden Fähigkeiten – gefordert sind.[180] So würde ein Chirurg beispielsweise nur für jene Fehler haften, die einem durchschnittlichen Chirurgen nicht passiert wären; ein Vergleich mit einem Top-Chirurgen würde den Sorgfaltsmaßstab hingegen zu sehr strapazieren. Es leuchtet ein, dass nicht jeder Arzt ein Top-Chirurg sein kann, aber umgekehrt soll der Patient darauf vertrauen können, dass der Beruf des Arztes von Personen ausgeübt wird, die zumindest die durchschnittlichen

[173] Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 77 bis 84 Rz 95.
[174] Vgl *Schlosser*, Die Organhaftung der Mitglieder des Vorstandes der Aktiengesellschaft 29.
[175] Für die Einstandspflicht (zumindest in Vergleich zu § 1297 ABGB) *Reischauer* in *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1299 Rz 2; *Kerschner* in *Jabornegg/Artmann* (Hrsg), UGB[2] § 347 Rz 16; dagegen: *Dittrich* und *Tades* in *Dittrich/Tades*, Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch[23] 607; *Told* in *Torggler* (Hrsg), UGB Kommentar § 347 Rz 6; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 4/234.
[176] Vgl *Feltl* in *Ratka/Rauter* (Hrsg), Handbuch der Geschäftsführerhaftung[2] 476.
[177] So auch *Torggler*, Die Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers (II), GesRZ 1974, 47.
[178] So sucht man seinen Vertragspartner beim Kaufvertrag oder Angestellten beim Dienstvertrag ebenso aufgrund der speziellen Eigenschaften.
[179] OGH 13.11.1985 3 Ob 541/85.
[180] Vgl *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1299 Rz 2; so wohl auch *Apathy* in *Apathy* (Hrsg) Bürgerliches Recht III[4] 168.

Fähigkeiten eines Arztes besitzen und somit den Beruf ordentlich ausüben können.[181] Die gebotene Sorgfaltspflicht darf allerdings nur fachspezifisch ausgelegt werden; so haftet beispielsweise ein Wirt für die zu beachtende hygienische Zubereitung von Speisen, nicht aber etwa für das Sachverständigenwissen eines Bauexperten hinsichtlich der Beschaffenheit des Gebäudes.[182] Der OGH spricht in seiner E[183] zwar davon, dass der Sachverständige auch für außergewöhnliche Aufmerksamkeit haften soll, jedoch ist diese Aussage wohl im Verhältnis zur Haftung nach § 1297 ABGB zu verstehen. Ich bin der Meinung, dass man durch die Sachverständigenhaftung zwar nicht für das Fehlen von außergewöhnlichen Kenntnissen einzustehen hat, wohl aber für das Fehlen von Kenntnissen, die von einer Person (derselben Berufsgruppe) in der speziellen Situation gewöhnlich verlangt werden können.[184] Es geht um den Vergleich des Verhaltens des Täters mit der hypothetischen Frage, wie ein durchschnittlicher Fachmann des jeweiligen Fachgebietes reagiert hätte.[185] Nur wenn der Verursacher des Schadens die Sorgfalt eines maßgerechten Fachmannes eingehalten hat, befreit ihn das von der Haftung,[186] da dann kein Verschulden vorliegt.[187]

Interessanterweise kann sich dadurch ergeben, dass ein Sachverständiger mit außergewöhnlichen Fähigkeiten nach § 1299 ABGB nur für die durchschnittlichen Kenntnisse haften muss und ihm somit im Vergleich zu einer reinen Haftung nach § 1297 ABGB eine geringere Haftung trifft. Dies steht mE aber in Einklang mit dem Zweck der Bestimmung des § 1299 ABGB, da diese nur einen Mindeststandard festlegen kann, auf den sich ein Dritter verlassen können soll.[188] Es kann diskutiert werden, ob der subjektive Vorwurf iSd § 1297 ABGB ausnahmsweise schwerer wiegen und somit zu einer Haftung führen, wenn es aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung geboten ist auch Sonderwissen und -fähigkeiten

[181] So wohl auch *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II 183; aA *Reischauer* in *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1297 Rz 3.
[182] Vgl *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1299 Rz 2.
[183] OGH 21.12.1993 7 Ob 628/93.
[184] So auch *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II 182; *Dittrich/Tades*, Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch[23] 607.
[185] Vgl *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1299 Rz 2.
[186] Zumindest nach den §§ 1293 ff ABGB. Andere Haftungsgrundlagen wie etwa nach dem PHG bleiben davon unberührt, da es sich hierbei ja nicht um eine Verschuldenshaftung handelt.
[187] Vgl *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1299 Rz 2.
[188] Diese Ansicht vertreten auch *Koziol/Welser* in *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II[13] 353; aA *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1299 Rz 2, wenngleich dieser in Rz 4 ebenfalls von der Schaffung von Mindeststandrads ausgeht.

einzusetzen.[189] Dies kann nur maximal dann der Fall sein, wenn der Schädiger ohne größere Mühen besser reagieren hätte können.

Es stellt sich darüber hinaus die Frage, ob durch die Satzung oder den Anstellungsvertrag die Diligenzpflicht des Geschäftsführers verschärft werden kann. Meiner Meinung nach ist dies nicht zulässig, da der Geschäftsführer ohnehin schon für das Nichterfüllen eines objektiven Sorgfaltsmaßstabs haftet.[190] Wofür genau soll denn sonst der Geschäftsführer bei Verschärfung der Sorgfaltsplicht noch haften? Eine Verschärfung der Sorgfaltspflichten, würde bedeuten, dass der Geschäftsführer auch für einen zufälligen Schadenseintritt haften müsste, was mE gem § 879 (1) ABGB sittenwidrig wäre, da dies zu einer ungleichen Risikoverteilung führen würde. Denkbar wäre grds auch eine vertragliche Vereinbarung, wonach der Geschäftsführer für das Nichteinsetzen von außergewöhnlichen Eigenschaften haften müsse.[191] Diese Vereinbarung wäre mE aber genau auf eine eventuelle Sittenwidrigkeit aufgrund einer gröblichen Benachteiligung zu untersuchen, da dies meiner Ansicht nach zu einer Risikoverlagerung führen würde.[192]

Im Gegensatz zur hL[193] und Rspr[194], welche eine Herabsetzung der Diligenzpflicht für unwirksam, eine Verschärfung allerdings für zulässig erachtet,[195] vertrete ich die Ansicht, dass die Sorgfaltspflicht durch die Satzung oder den Anstellungsvertrag jedoch gemildert werden kann. Es ist daher mE in weiterer Folge zulässig, die Haftung für leichte Fahrlässigkeit auszuschließen, da dies in meinen Augen absolut keine sittenwidrige Vereinbarung darstellt.[196] Eine komplette Haftungsfreizeichnung,[197] also der Ausschluss der Haftung für

---

[189] ME ist dies aber grds abzulehnen, da eine Verschärfung der Diligenzpflicht für außergewöhnliche Fähigkeiten eine Risikoüberwälzung darstellt, die gem § 879 (1) ABGB gegen die guten Sitten verstößt und somit nichtig ist. Allerdings ist eine Gesamtbetrachtung aufgrund des Einzelfalls vorzunehmen.

[190] AA *Torggler*, Die Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers (II), GesRZ 1974, 47.; bejahend *Feltl* in *Ratka/Rauter* (Hrsg), Handbuch der Geschäftsführerhaftung[2] 477.

[191] Zum Einsatz von außergewöhnlichen Eigenschaften s unter Kap 2.1.2.1.

[192] So könnte etwa mE nur dann keine Sittenwidrigkeit iSd § 879 (1) ABGB vorliegen, wenn dieses Risiko besonders entlohnt werden würde.

[193] *Feltl* in *Ratka/Rauter* (Hrsg), Handbuch der Geschäftsführerhaftung[2] 477; *Torggler*, Die Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers (II), GesRZ 1974, 47; *Hopt* in *Hopt/Wiedemann/*Grundmann (Hrsg), Großkommentar AktG[4] § 93 Rz 23 ff; *Hüffer*, AktG[10] § 93 Rz 1; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 77 bis 84 Rz 99; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 4/252.

[194] OGH 17.06.1959 5 Ob 202/59.

[195] Der OGH begründet seine E damit, dass er § 25 GmbHG als zwingendes Recht ansieht.

[196] Zu beachten ist, dass ein Ausschluss der Haftung für Schädigung durch leicht fahrlässiges Verhalten selbst im Verbraucherrecht als zulässig erachtet wird, wenn diese Vereinbarung im Einzelnen ausverhandelt wurde. Vgl hierzu § 6 (2) 5 KSchG; *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), KSchG[3] § 6 Rz 193.

[197] S zur Haftungsfreizeichnung und deren grds Vereinbarkeit *Fischer/Feuchtinger*, Wirtschaftsrecht 24 f.

jegliche Form des Verschuldens, wäre mE jedoch sittenwidrig,[198] da der Organwalter nie haften würde und dies wiederum zu einer unzulässigen Risikoverteilung der Gesellschaft führen würde. Es muss allerdings beachtet werden, dass eine derartige Regelung über die Reduktion der Haftung auf grobes Verschulden nur zulässig ist, wenn die Gläubigerinteressen der Gesellschaft nicht gefährdet werden.[199] Daher würde diese Vereinbarung nur im internen Verhältnis zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer gelten, sofern keine Gefährdung der Gläubiger bestünde. Dies entspricht nämlich auch dem Prinzip der Befolgung eines Gesellschafterbeschlusses gem § 25 (5) GmbHG, wonach die Geschäftsführer dennoch haften, sofern der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist.[200]

Zusammenfassend kann zum Sorgfaltsmaßstab im GmbHG gesagt werden, dass dieser im Wesentlichen jenem der § 1299 ABGB[201] und § 347 UGB entspricht,[202] allerdings die Haftungsgrundlage für einen Schadenersatzanspruch der Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsführer darstellt.[203] Auch der OGH spricht aus, dass sich der objektive Sorgfaltsmaßstab in der praktischen Anwendung kaum von jenem des § 1299 ABGB abhebt.[204] Der Geschäftsführer haftet bei rechtswidriger und schuldhafter Verursachung eines Schadens grds nur gegenüber der GmbH; diese wiederum haftet gegenüber ihren Gläubigern.[205]

Die wohl ausführlichste Bestimmung zur Haftung der Organwalter und somit auch zum objektiven Sorgfaltsmaßstab findet sich in § 84 AktG, welcher besagt, dass die Vorstandsmitglieder bei der Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden haben. Da der Vorstand das weisungsfreie Leitungsmonopol in einem dualistischen System ist, treffen ihn spezielle Sorgfaltspflichten.[206] Dies kann man vor allem dadurch rechtfertigen, dass der Vorstand

[198] So wohl auch *Küpperfahrenberg*, Haftungsbeschränkung für Verein und Vorstand 90 ff.
[199] AA *Eisele*, Haftungsfreistellung von Vereinsmitgliedern und Vereinsorganen in nichtwirtschaftlichen Vereinen 154 zur dt Rechtslage, da er davon ausgeht, dass die Haftung des Vorstandes nur dem Vereinsinteresse dient.
[200] *Lehner*, Die Beweislastverteilung bei der GmbH-Geschäftsführerhaftung, GesRZ 2005, 128.
[201] OGH 26.02.2002 1 Ob 144/01k.
[202] Vgl *Krejci*, Sorgfalt und Unternehmerwagnis in FS P. Doralt (2004) 352.
[203] Vgl *Ratka/Rauter* in *Ratka/Rauter* (Hrsg), Handbuch der Geschäftsführerhaftung[2] 72.
[204] OGH 26.02.2002 1 Ob 144/01k.
[205] Vgl *Bollenberger*, Geschäftsführerhaftung[5] 87.
[206] Vgl *Feltl* in *Ratka/Rauter* (Hrsg), Handbuch der Geschäftsführerhaftung[2] 445 f.

grundsätzlich fremdes Vermögen verwaltet, was im Wesentlichen dem Prinzip der Treuhand gleich kommt.[207] Auch der OGH unterstreicht die Notwendigkeit zu verantwortungsvollem Umgang mit fremden Vermögen.[208] Unter der Geschäftsführung iSd § 84 AktG versteht man aber nicht nur die Aufgaben im Innenverhältnis, sondern auch die Vertretung nach außen.[209] Man kann mE daher von einer Geschäftsführung iwS sprechen, wobei dann die Geschäftsführung im Innenverhältnis wohl als Geschäftsführung ieS zu bezeichnen ist. Unter der Geschäftsführung ieS versteht man alle Unternehmungen, die der Vorstand trifft um den Gesellschaftszweck zu verwirklichen.[210] Auch im dt Aktienrecht findet sich eine gleichlautende Bestimmung im § 93 (1) S 1 dtAktG, weswegen sich der ein oder andere Blick in die dt Lit durchaus lohnen kann. So schreibt etwa *Fleischer* richtigerweise, dass es sich bei der Bestimmung um die unternehmerischen Verhaltenspflichten handelt, der insofern eine Doppelfunktion zukommt, dass sie einerseits als Verschuldensmaßstab, aber andererseits auch als Pflichtenquelle zu sehen ist.[211]

Auch hier enthält das Gesetz nur eine sehr allgemeinen Formulierung, daher wird nun genauer zu betrachten sein, was unter einem ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiter iSd § 84 AktG zu verstehen ist und ob sich ein Unterschied zu den § 1299 ABGB, § 347 UGB und § 25 GmbHG ergibt. Wie auch in den vorher genannten Bestimmungen, geht es um den objektiven Sorgfaltsmaßstab, an dem das konkrete Verhalten des Vorstandes gemessen wird.[212] Richtig ist, dass sich die Sorgfaltsanforderungen nämlich nach den übernommenen Aufgaben richten und nicht nach den individuellen Fähigkeiten des Vorstandes.[213] Die Sorgfaltspflicht muss auch hier im konkreten Einzelfall geprüft werden, da sie sich eben von Situation zu Situation deutlich unterscheiden kann.[214] Es handelt sich bei dem geforderten Sorgfaltsmaßstab um einen Mindeststandard, den der Vorstand bestmöglich zu übertreffen hat.[215] Man kann die Pflichten des Vorstands nach

[207] Gleiches gilt auch für die GmbH, sodass hinsichtlich des Normzwecks auch auf die obigen Ausführungen verwiesen werden kann.
[208] OGH 22.10.2003 3 Ob 287/02f = SZ 2003/133.
[209] Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 77 bis 84 Rz 95.
[210] Vgl *Feltl* in *Ratka/Rauter* (Hrsg), Handbuch der Geschäftsführerhaftung[2] 459.
[211] Vgl *Fleischer* in *Fleischer* (Hrsg), Handbuch des Vorstandsrechts § 7 Rz 1.
[212] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 354; *Feltl* in *Ratka/Rauter* (Hrsg), Handbuch der Geschäftsführerhaftung[2] 475.
[213] Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 77 bis 84 Rz 95.
[214] Vgl *Schlosser*, Die Organhaftung der Mitglieder des Vorstandes der Aktiengesellschaft 28.
[215] Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 77 bis 84 Rz 95.

Fleischer[216] auch in drei größere Gruppen einteilen: dies sind die Legalitätspflicht,[217] die Sorgfaltspflicht ieS,[218] und nicht zuletzt die Überwachungspflicht.[219] Das gesetzte Verhalten des Vorstandes ist mit dem Verhalten einer Maß-Figur, nämlich eines Vorstandes einer AG der gleichen Größe, mit einem ähnlichen eingesetzten Vermögen und derselben Art des Gesellschaftsgegenstandes, zu vergleichen.[220] Darüber hinaus sind auch noch die wirtschaftliche Lage des Unternehmens, die Situation am Binnen- und Weltmarkt, die Konkurrenzsituation und die allgemeine nationale Wirtschaftslage zu berücksichtigen.[221]

Eine grundsätzlich richtige, aber mE leider praxisferne Überlegung ist, dass der Vorstand bei dauerhafter Überlastung den AR-Vorsitzenden informieren muss.[222] Auch wenn wahrscheinlich ein hypothetisches und ordentliches Vorstandsmitglied schnell einräumen würde, dass es mit der Aufgabe überfordert ist, so wird dies in der Praxis deswegen selten vorkommen, da nach wie vor das Eingestehen von Schwächen und Überforderung (fälschlicherweise) als Zeichen von Inkompetenz abgetan wird. Dieses Beispiel soll aufzeigen, dass man bei der Prüfung der Sorgfalt nicht nur auf theoretisches Handeln zurückgreifen soll, sondern es darüber hinaus wichtig ist, auch praxisrelevante Argumente, wie etwa die Angst vor einer Nichtwiederbestellung, miteinzubeziehen, sofern dies auf jedes Vorstandsmitglied in dieser Situation zutreffen würde.

Eine Besonderheit der aktienrechtlichen Bestimmungen ist die in § 84 (2) S 2 AktG geregelte Beweislastumkehr, wodurch dem Vorstand die Pflicht auferlegt wird, dass er im Falle eines Schadenersatzanspruches nach § 84 (1) und (2) S 1 AktG den Beweis erbringen muss, dass er den objektiven Sorgfaltsmaßstab eingehalten hat. Die in § 84 (2) S 2 AktG enthaltene Beweislastregelung deckt sich mit jener des § 1298 ABGB, wobei zu beachten ist, dass es sich bei einem Vorstandsmitglied um eine Sorgfaltsverbindlichkeit und nicht um eine Erfolgsverbindlichkeit handelt.[223] Nach *Spindler* besteht der Zweck der Norm darin, dass der

[216] *Fleischer* in *Fleischer* (Hrsg), Handbuch des Vorstandsrechts § 7 Rz 2.
[217] Diese betrifft die Einhaltung der betreffenden Rechtsvorschriften.
[218] Diese Plicht gibt dem Vorstand vor, dass er innerhalb des gesetzlichen Rahmens die Geschäfte ordentlich führen muss. Vgl hierzu auch die Ausführungen unter Kap 2.1.3.
[219] Gemeint sind hier die Überwachungspflichten gegenüber anderen Unternehmensangehörigen und Vorstandskollegen.
[220] Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 77 bis 84 Rz 95.
[221] *Völkl*, Der österreichische Corporate-Governance-Kodex im Licht der §§ 70 und 84 Aktiengesetz, GesRZ 2003, 73.
[222] Vgl *Feltl* in *Ratka/Rauter* (Hrsg), Handbuch der Geschäftsführerhaftung[2] 478.
[223] *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 77 bis 84 Rz 108.

Vorstand – im Gegensatz zur Gesellschaft – eher in der Lage sein wird, die notwendigen Tatsachen beweisen zu können.[224] Die ratio der Beweislastumkehr des § 1298 ABGB wird auch darin gesehen, dass die Lebensverhältnisse in der Sphäre des Schuldners für den Gläubiger schwer durchschaubar sind und er daher in Beweisnotstand geriete, wenn er das Verschulden beweisen müsste.[225] *Harrer* spricht sich dafür aus, dass die Beweislastumkehr damit begründet werden kann, dass eine Partei ihre Verbindlichkeit nicht erfüllt hat.[226] Der Normzweck ist mE inhaltlich nachvollziehbar, da der Vorstand fremdes Vermögen verwaltet und es daher besonders strengen Vorschriften bedarf.[227] Wäre die Beweislast nicht geteilt,[228] käme es sonst zu einer ungleichen Verteilung des Beweislastrisikos. Man darf nämlich nicht vergessen, dass es die Gesellschaft ist, die das wirtschaftliche Risiko zu tragen hat.[229]

Kommt es zu einem Schadenersatzprozess der Gesellschaft gegen den Vorstand, so wird die Beweislast zwischen beiden Parteien geteilt. Die Gesellschaft hat die Höhe und das Eintreten des Schadens, sowie auf alle Fälle die konkrete Verursachung durch den Vorstand zu beweisen.[230] Unklar ist, ob die Gesellschaft auch die Rechtswidrigkeit des Verhaltens zu beweisen hat, wofür sich aber die hL aussprechen dürfte.[231] Diese Erweiterung der Beweislast wird dadurch pragmatisch begründet, dass es dem Vorstand angeblich leichter fallen soll, die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens zu beweisen, da er die Handlung gesetzt hat und mehr über die Hintergründe aussagen kann, als der Gesellschaft zu beweisen, dass der Vorstand vorwerfbar gehandelt hat.[232] Auch wenn *Rieder/Huemer* der Meinung sind, dass die Beweislastumkehr auch die Rechtswidrigkeit umfasst, sofern die Gesellschaft nachweist, dass aus der Lebenserfahrung geschlossen werden kann, dass das Vorstandsmitglied

[224] Vgl *Spindler* in *Goette/Habersack/Kalss* (Hrsg), MünchKomm AktG II[3] § 93 Rz 162.
[225] *Kodek* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON § 1298 Rz 2.
[226] Vgl *Harrer* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB VI[3] § 1298 Rz 1.
[227] Vgl *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/833; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 77 bis 84 Rz 98a.
[228] Gemeint ist der Fall, dass sich der Vorstand von allen Tatbestandselementen freibeweisen müsste.
[229] Dies umfasst mE - abgesehen von der Einhaltung des objektiven Sorgfaltsmaßstabs - auch das Risiko der Beweislast.
[230] Vgl *Told*, Zum Entlastungsbeweis bei der Managerhaftung, wbl 2012, 181; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 77 bis 84 Rz 108; *Torggler*, Die Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers (II), GesRZ 1974, 47.
[231] Dazu ausführlich und bejahend *Told*, Zum Entlastungsbeweis bei der Managerhaftung, wbl 2012, 181; sowie *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 77 bis 84 Rz 108; aA *Frotz*, Grundsätzliches zur Haftung von Gesellschaftsorganen und für Gesellschaftsorgane, GesRZ 1982, 105; *Harrer* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB VI[3] § 1300 Rz 21.
[232] *Told*, Zum Entlastungsbeweis bei der Managerhaftung, wbl 2012, 183.

sorgfaltswidrig gehandelt hat und die Ursache dem Vorstand zuzurechnen ist,[233] so ist doch dagegen anzuführen, dass wie von den Autoren selbst richtig erwähnt wurde, dieser Anscheinsbeweis[234] zuerst von der Gesellschaft erbracht werden muss.[235] Somit obliegt in jedem Fall der Gesellschaft der Beweis, dass nach der Lebenserfahrung ein rechtswidriges Verhalten vorliegt,[236] und dem Vorstand der danach folgende Gegenbeweis.[237] Der OGH entschied sich dafür, dass die Gesellschaft die inhaltliche Pflichtwidrigkeit oder die objektive Sorgfaltspflichtverletzung[238] zu beweisen hat.[239] Ich schließe mich der Meinung von *Frotz* und des OGH an, weil mE einerseits das Gesetz in § 84 (2) S 2 AktG nur von der Sorgfalt spricht und diese – wie oben aufgezeigt – die subjektive Vorwerfbarkeit und somit das Verschulden betrifft. Ein mE zutreffendes Argument hierfür ist die Ähnlichkeit dieser Bestimmung zur Beweislastverteilung im allgemeinen vertraglichen Schadenersatzrecht gem § 1298 ABGB,[240] worauf auch in den Kommentaren verwiesen wird.[241] § 1298 S 1 ABGB spricht ebenfalls nur vom Verschulden und erwähnt die Rechtswidrigkeit nicht.[242] Geht man also nach dem reinen Wortlaut, ist die Rechtswidrigkeit nicht erfasst.[243] Zu beachten ist, dass die Trennung zwischen Rechtswidrigkeit und Verschulden teilweise schwer zu ziehen sein wird.[244]

Unstrittig ist, dass sich der Vorstand der Haftung nur entziehen kann, indem er beweist, dass er den strengen Anforderungen des § 84 (1) S 1 AktG gerecht geworden ist und die notwendige Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt hat.[245] Er hat so zu beweisen, dass sein Verhalten weder objektiv, noch subjektiv sorgfaltswidrig war.[246] Alternativ kann der Vorstand allerdings auch beweisen, dass ihm das

[233] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 344.
[234] Vgl *Told*, Zum Entlastungsbeweis bei der Managerhaftung, wbl 2012, 190.
[235] So auch *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 77 bis 84 Rz 108.
[236] Vgl *Böhler*, Zur Beweislast bei der Organhaftung in FS Krejci (2001) 503 (521).
[237] Für die GmbH bejahend *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 197f; aA *Torggler*, Die Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers (II), GesRZ 1974, 47.
[238] Zu verstehen ist hierunter die Rechtswidrigkeit.
[239] OGH 21.12.2010 8 Ob 6/10f = GesRZ 2011, 230.
[240] Vgl *Told*, Zum Entlastungsbeweis bei der Managerhaftung, wbl 2012, 183.
[241] Vgl bspw *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 77 bis 84 Rz 108.
[242] So auch *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1298 Rz 2.
[243] Vgl *Böhler*, Zur Beweislast bei der Organhaftung in FS Krejci (2001) 503 (510).
[244] Vgl hierzu die Ausführungen in Kap 2.1.3.
[245] Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 77 bis 84 Rz 108; *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 344; *Told*, Zum Entlastungsbeweis bei der Managerhaftung, wbl 2012, 182; *Torggler*, Die Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers (II), GesRZ 1974, 47; *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 344.
[246] *Feltl/Fragner*, Beweislastumkehr bei der Geschäftsführerhaftung, GesRZ 2007, 219.

Einhalten der Pflichterfüllung unverschuldet nicht möglich war.[247] Hierbei befreien allerdings weder die generelle Unfähigkeit, noch Unwissenheit, sondern nur außergewöhnliche Umstände von einer Haftung, wie etwa der Eintritt einer plötzlichen (psychischen) Erkrankung oder eines Unfalls.[248] Man denke bspw an den Fall, dass ein Vorstand einen Verkehrsunfall hat und ins Spital eingeliefert wird und somit ein wichtiges Geschäft nicht mehr getätigt werden kann. Da es sich hier um eine echte Beweislast handelt und es somit für die Entlastung nicht ausreicht, dass der Geschäftsführer Umstände aufzeigt, die seine Verantwortlichkeit in Zweifel stellen, muss er konkret nachweisen, dass auch ein anderer sorgfältiger Geschäftsführer so gehandelt hätte.[249]

Die Regelung des § 84 (2) S 2 AktG wird nach ganz hA analog auf den GmbH-GF angewandt.[250] Eine analoge Anwendung der aktienrechtlichen Bestimmung wird deswegen vertreten, da § 25 GmbHG keine derartige Regelung enthält und man von einer planwidrigen Lücke ausgeht.[251] Auch für die Haftung des Vorstandes der Genossenschaft gem § 23 GenG wird die Beweislastumkehr des § 84 (2) S 2 AktG analog angewandt.[252] Zur Frage, ob die Entgeltlichkeit einen Einfluss auf die analoge Anwendung des § 84 (2) S 2 AktG haben kann siehe unter Pkt 5.2.5.

Die Bestimmung des § 84 (1) S 1 AktG bietet einen unmittelbaren Schadenersatzanspruch für körperschaftsrechtliche und/oder schuldvertragliche Beziehungen.[253] Es geht hierbei allerdings nur um den internen Schadensausgleich zwischen Gesellschaft und Vorstand. Einem Dritten erwachsen aufgrund des § 84 (1) AktG keinerlei direkte Ansprüche.[254] Dies auch nicht, wenn durch das Verhalten des Vorstandes die Gesellschafter dadurch geschädigt werden, dass es zu einem Kursverlust ihrer Aktie und somit ihres Anteils an der Gesellschaft kommt.[255] Die Ersatzansprüche verjähren gem § 84 (6) AktG binnen fünf Jahren.

---

[247] *Torggler*, Die Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers (II), GesRZ 1974, 47; OGH 28.04.2008 8 ObA 8/08x.
[248] So wohl auch *Apathy* in *Apathy* (Hrsg) Bürgerliches Recht III[4] 179.
[249] OGH 16.3.2007 6 Ob 34/07d.
[250] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 200; *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 242; *Feltl/Fragner*, Beweislastumkehr bei der Geschäftsführerhaftung, GesRZ 2007, 219; OGH 16.3.2007 6 Ob 34/07d.
[251] Allgemein zur Gesetzeslücke siehe *F. Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre 59 ff.
[252] Vgl *Strommer* in Dellinger (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 23 Rz 13.
[253] Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 77 bis 84 Rz 100.
[254] Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 77 bis 84 Rz 101.
[255] Vgl *Nowotny,* Anlegerhaftung des Vorstandes und des Aufsichtsrates bei Kursverlusten?, RdW 1995, 132; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 77 bis 84 Rz 101; OGH 21.12.2010 8 Ob 6/10f = GesRZ 2011,

Letztlich bleibt noch offen, die genossenschaftsrechtlichen Bestimmungen zum Sorgfaltsmaßstab zu beleuchten. § 23 GenG definiert, dass die Vorstandsmitglieder, die in ihrer Funktion entweder außerhalb der Grenzen ihres Auftrags, des Gesetzes oder des Genossenschaftsvertrages handeln, persönlich und solidarisch für den entstandenen Schaden haften. Somit spricht § 23 GenG nicht ausdrücklich von der Einhaltung einer Sorgfaltspflicht. Zu prüfen ist daher, ob sich diese aus dem Gesetz oder dem Anstellungsvertrag (was in dieser Arbeit maximal abstrakt getan werden kann) ableiten lässt. Man kann sicherlich davon ausgehen, dass ein Vorstand einer Genossenschaft ein Sachverständiger iSd § 1299 ABGB ist und daher für den Vorstand ebenfalls dieser spezielle Sorgfaltsmaßstab gilt.[256] Der OGH spricht in diesem Zusammenhang von der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes.[257] Diese Sorgfalt ist jene eines ordentlichen Vorstandsmitgliedes und somit objektiv zu betrachten.[258] Der Vorstand hat die Geschäfte der Genossenschaft daher fachlich einwandfrei zu führen, die Rechtmäßigkeit, Ordnungsmäßigkeit und Gesetzmäßigkeit zu beachten, sowie die wirtschaftlichen Interessen der Genossenschaft zu wahren.[259] Im Gegensatz zur alten Rspr des OGH,[260] bin ich ebenfalls wie *Strommer*[261] der Ansicht, dass die Regelung des § 23 GenG die Sorgfalt des Vorstandes betrifft und darüber hinaus die Haftungsgrundlage des Vorstands gegenüber der Genossenschaft darstellt.[262] Der OGH stellt aber jedenfalls klar, dass § 23 GenG als Anspruchsgrundlage herangezogen werden kann.[263] Dritten erwachsen aus dieser Bestimmung grds keine Ansprüche. Aufgrund des objektiven Sorgfaltsmaßstabs sind auch bei der Haftung nach § 23 GenG subjektive Unfähigkeiten nicht als haftungsbefreiend anzusehen. So sollte der Vorstand beispielsweise seine Wahl gar nicht annehmen, wenn ihm klar sein muss, dass er für die Aufgabe nicht die notwenigen Fachkenntnisse besitzt.[264] Dies entspricht dem Grundsatz der Sachverständigenhaftung, der eben auch für

---

230; „Für den bloßen Kursverfall haftet der Vorstand den Aktionären nicht, weil es sich nicht um einen Eigenschaden des klagenden Aktionärshandelt." OGH 24.04.2003 3 Ob 288/02b.

[256] Vgl *Riss*, Welche Sorgfalt schuldet der Genossenschaftsvorstand?, RdW 2008, 768.
[257] OGH 12.07.1988 2 Ob 655/87.
[258] Vgl *Strommer* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 23 Rz 4.
[259] *Riss*, Welche Sorgfalt schuldet der Genossenschaftsvorstand?, RdW 2008, 768.
[260] OGH 10.02.1937 2 Ob 47/37.
[261] Vgl *Strommer* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 23 Rz 18.
[262] Diese Regelung entspricht dann inhaltlich jenen von § 25 GmbHG, § 84 AktG und § 24 (1) VerG.
[263] OGH 29.08.1990 9 ObA 209/90.
[264] OGH 07.07.1998 5 Ob 490/97p = JBl 1999,57.

Einlassungsfahrlässigkeit gilt.[265] Für die konkrete Einzelfallprüfung im Rahmen einer Schadenersatzklage der Genossenschaft gegen ihren Vorstand kann auf das oben gesagte verwiesen werden.

[265] Nach *Strommer* (in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 23 Rz 6) darf der Vorstand die Wahl nicht annehmen.

2.1.3. Zur Abgrenzung des Sorgfaltsmaßstabs von der Sorgfaltspflicht

Bei genauerer Betrachtung fällt auf, dass in der Judikatur,[266] aber ebenso in der Literatur,[267] der Begriff des Sorgfaltsmaßstabs oftmals mit dem Begriff der Sorgfaltspflicht gleichgesetzt wird. Es gilt daher in diesem Kapitel zu untersuchen, ob unter diesen zwei Begriffen dasselbe zu verstehen ist, oder ob diese uU streng voneinander zu trennen sind.

Im Rahmen einer generellen Schadenersatzprüfung ist auf Ebene der Rechtswidrigkeit zu prüfen, ob die Sorgfaltspflichten eingehalten wurden.[268] Das zu setzende Verhalten besteht meistens aus Geboten und Verboten, welche sich aus dem Gesetz,[269] aber auch aus Verträgen ergeben können.[270] Da nur der Mensch Adressat von Rechtsnormen ist, kann nur das menschliche Verhalten, nicht jedoch der Erfolg, als rechtwidrig beurteilt werden.[271] Ob ein konkretes Verhalten als sorgfaltswidrig – und somit als rechtswidrig – zu qualifizieren ist, hat anhand einer umfassenden Interessenabwägung zu erfolgen.[272] Bei der Rechtswidrigkeitsprüfung sind stets objektive Verhaltenskriterien zu beachten.[273]

Im Gesellschaftsrecht sind die Organwalter verpflichtet, die ihnen übertragenen Aufgaben wahrzunehmen.[274] Diese Sorgfaltsplichten ergeben sich für die Geschäftsführer und Vorstände etwa aus § 22 und abstrakt aus § 25 (1) GmbHG,[275] oder § 70 (1) AktG.[276] Abgesehen vom Kapitalgesellschaftsrecht sind die Pflichten aus § 23 GenG[277] und bspw § 5

[266] Vgl hierzu alleine die Rspr zu § 1299 ABGB: „Den Sachverständigen trifft eine objektiv-rechtliche Sorgfaltspflicht zu Gunsten eines Dritten“ (OGH 20.11.1996 7 Ob 513/96 = SZ 69/258; sowie OGH 10.07.2008 8 Ob 51/08w); „Die anwaltliche Sorgfaltspflicht gebietet es, […]“ (OGH 15.12.1997 1 Ob 250/97i); „Personen, die aufgrund ihrer besonderen Fachkenntnisse zum Sachwalter bestellt worden sind, haben nach allgemeinen Regeln des Schadenersatzrechts für den Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB einzustehen.“ (OGH 20.04.2010 4 Ob 26/10t).

[267] Vgl bspw *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 77 bis 84 Rz 76; *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 8 b; *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB § 1299[3] Rz 2; *Kodek* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON § 1297 Rz 4.

[268] Vgl *Koziol*, Haftpflichtrecht I[3] 151.

[269] Vgl *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 4/231.

[270] Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II[13] 313 ff.

[271] *Karner* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB[3] § 1294 Rz 2.

[272] Vgl *Koziol*, Haftpflichtrecht I[3] 151.

[273] Vgl *Weilinger*, Privatrecht[4] 213; *Apathy* in *Apathy* (Hrsg) Bürgerliches Recht III[4] 167.

[274] *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 94.

[275] Zu den Aufgaben der Geschäftsführer s ausführlich *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 11 ff; *Stehle*, Der erfolgreiche GmbH-Geschäftsführer[3] 99.

[276] Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] § 70 Rz 1 ff.

[277] Vgl *Strommer* in Dellinger (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 23 Rz 9 ff.

(1) VerG[278] abzuleiten.[279] Festzuhalten ist, dass unter diesen Sorgfaltspflichten die Aufgaben der Geschäftsführer und Vorstände zu verstehen sind.[280] Hiervon ist mE die Pflicht die Aufgaben sorgfältig auszuführen zu unterscheiden. Daher wäre es meiner Ansicht nach möglich die Sorgfaltspflichten, welche als generelle Aufgaben des Geschäftsführungsorgans zu verstehen sind, als Sorgfaltspflichten iwS und jene konkreten für diese Gesellschaft zutreffenden, als Sorgfaltspflicht ieS zu verstehen.[281]

Insofern kommt den Bestimmungen eine Doppelfunktion hinsichtlich des Rechtswidrigkeits- und des Verschuldensmaßstabs zu.[282] Wenngleich sich diese Begriffe überschneiden können und werden, da es letztlich darum geht, dass der Geschäftsleiter ordnungsgemäß für die Gesellschaft arbeitet, so sind die Begriffe doch auseinanderzuhalten. Die Sorgfaltspflicht ieS kann sich selbstverständlich nicht nur aus den gesellschaftsrechtlichen Normen, sondern auch aus einem Vertrag ergeben.[283] Hierbei ist speziell an den (freien) Dienstvertrag des Geschäftsleiters zu denken.

In weiterer Folge stellt sich die Frage, wie die Sorgfaltspflichten[284] auf den Einzelfall anzupassen sind, um so festzustellen, welche Aufgaben den Geschäftsleiter der speziellen Gesellschaft treffen. Nach *Krejci* ergeben sich die konkreten Aufgaben aus dem Gesellschaftszweck und dem Unternehmensgegenstand.[285] Wenn nach *Reich-Rohrwig* die vom Geschäftsführer konkret anzuwendende Sorgfalt nach dem Geschäftszweig und der Größe des Unternehmens anzupassen ist,[286] bedeutet dies mE aber auch, dass sich die Sorgfaltspflichten iwS nach diesen Kriterien richten müssen.[287] Daraus ergibt sich meiner Ansicht nach, dass die Sorgfaltsplichten iwS bei einer kleinen Gesellschaft im Vergleich zu einer großen grds zu reduzieren sind, da auch der Aufgabenbereich kleiner sein wird. Als

[278] Vgl hierzu *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 5 Rz 28 ff.
[279] S grundlegend zu den Geschäftsführungsaufgaben *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 138.
[280] Dies entspricht auch dem Verständnis des § 93 (1) S 1 dt AktG; vgl hierzu *Spindler* in *Goette/Habersack/Kalss* (Hrsg), MünchKomm AktG II[3] § 93 Rz 1.
[281] So kommt etwa aus § 43 dt GmbHG ebenso eine Doppelfunktion zu, da aus dieser Bestimmung auch eine generalklauselartige Umschreibung der Verhaltenspflichten abgeleitet wird; vgl *Fleischer* in *Fleischer/Goette* (Hrsg), MünchKomm GmbHG II § 43 Rz 10 ff.
[282] Vgl *Told*, Zum Entlastungsbeweis bei der Managerhaftung, wbl 2012, 181 (190).
[283] Vgl herzu für viele *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II[13] 314; *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht[4] 308.
[284] Umfasst sind hiervon Sorgfaltspflichten ieS, wenngleich sich durch eine Definition der allgemeinen Aufgaben des Geschäftsleiters für diese Gesellschaft auch eine Konkretisierung der Sorgfaltspflicht ieS ergibt. MaW: Die Sorgfaltspflichten ieS werden aus den Sorgfaltspflichten iwS abgeleitet.
[285] *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 137.
[286] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 24.
[287] Dogmatisch ist dies mE mit einem Größenschluss (argumentum a minori ad maius) zu begründen; vgl hierzu grundlegend *F. Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre 68.

extremes Beispiel ist hier wohl das Ehrenamt beim Verein anzuführen, da wohl schon ganz grundlegend nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Vereinsvorstand dieselben Aufgaben zu erfüllen haben wird, wie ein hauptberuflicher[288] Vorstand oder Geschäftsführer.[289]

Es kann an dieser Stelle daher folgendes Zwischenergebnis festgehalten werden: Die Aufgaben[290] des Geschäftsführers oder Vorstandes ergeben sich aus dem Tätigkeitsfeld, dem Zweck der Gesellschaft, sowie der Größe und Situation der Gesellschaft.

Die Frage der subjektiven Vorwerfbarkeit des gesetzten Verhaltens, ist beim Schadenersatzanspruch stets auf Ebene des Verschuldens zu prüfen.[291] Die in Kap 2.1. behandelte Frage des objektiven Sorgfaltsmaßstabs betrifft mE somit immer die konkrete Vorwerfbarkeit der gesetzten Tätigkeit und kann nur auf Verschuldensebene zu prüfen sein. Daher betrifft bspw § 1299 ABGB den Sorgfaltsmaßstab und somit rein das Verschulden.[292] Dasselbe gilt mE auch für die gesellschaftsrechtlichen Normen,[293] die einen objektiven Sorgfaltsmaßstab[294] festlegen. Wenngleich eine Prüfung auf Verschuldensebene nahe legt, das gesetzte Verhalten in Fahrlässigkeitsmaßstäbe oder Vorsatz aufzuteilen, so ist meiner Ansicht nach hier zu differenzieren: Der Sorgfaltsmaßstab ist eine sehr konkrete, aber dennoch abstrakte Vorgabe, die insbesondere besagt, dass es nicht um die subjektiven Fähigkeiten des Schädigers geht.[295] Es ist mE zu prüfen, ob diese vom Geschäftsleiter eingehalten wurde. Erst in weiterer Folge wäre das Verhalten nach der ganz konkreten subjektiven Vorwerfbarkeit ieS[296] zu bewerten. Insofern könnte man mE hier uU von zwei Ebenen des Verschuldens – nämlich einerseits jener abstrakten des objektiven Sorgfaltsmaßstabs und andererseits jener der konkreten Einstufung – sprechen.

---

[288] Vermutlich wird dieser auch entgeltlich tätig werden.

[289] Vgl Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 6/43; *Scherff*, Das neue Vereinsrecht 49; *Ginthör*, Die Vereinsorgane 55; *Höhne/Jöchl/Lummerstorfer*, Das Recht der Vereine[4] 290; *Kossak*, Die Haftung der Vereinsfunktionäre 11; *Steinwendner/Becker/Manseder* in *Berger* (Hrsg), Der Verein im Steuerrecht[3] 136; Krejci, Zum Mitglieder- und Gläubigerschutz nach dem VerG 2002, JBl 2003, 722; *S. Bydlinski*, Das Vereinsgesetz 2002 – Darstellung der wichtigsten neuen Regelungen für ideelle Vereine in *Achatz* (Hrsg), Die Besteuerung der Non-Profit-Organisationen III 37; *Werkusch*, Die Haftung des Organwalters gegenüber dem Verein nach dem VerG 2002, RdW 2003, 73. S hierzu unter Kap 3.2.2.

[290] Diese sind zu verstehen als Sorgfaltspflichten iwS.

[291] Vgl für viele *Koziol*, Haftpflichtrecht I[3] 204; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II[13] 314.

[292] Vgl für viele *Karner* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB[3] § 1299 Rz 1.

[293] Umfasst sind hiervon § 25 (1) GmbHG, § 84 (1) AktG, § 23 GenG und § 24 (1) S 1 VerG.

[294] Zum objektiven Sorgfaltsmaßstab s unter Kap 2.1.2.

[295] Vgl für viele *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 4/234.

[296] Zu untersuchen ist hierbei, ob leichte Fahrlässigkeit, grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz vorliegt.

Gerade wegen der Komplexität der Einordnung des objektiven Sorgfaltsmaßstabs kann allerdings nicht geleugnet werden, dass Sorgfaltspflicht und Sorgfaltsmaßstab eng miteinander verwoben sind und oftmals bei Erfüllen beider schadenersatzrechtlichen Voraussetzungen eine klare Trennung zwischen Rechtswidrigkeits- und Schuldebene oftmals schwer zu ziehen sein wird.[297]

Zusammenfassend kann also festgehalten werden, dass die Sorgfaltspflicht die Rechtswidrigkeit und der Sorgfaltsmaßstab die Vorwerfbarkeit und somit die Verschuldensebene betrifft.

[297] Diese Problematik findet sich ebenso bei der Beweislastumkehr nach § 1298 ABGB und § 84 (2) S 2 AktG. Vgl hierzu etwa *Harrer* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB VI[3] § 1298 Rz 5 f oder *Told*, Zum Entlastungsbeweis bei der Managerhaftung, wbl 2012, 181.

2.2. Zum Begriff des Entgelts

In diesem Kapitel soll genau hinterfragt werden, was man nun unter dem Begriff des Entgelts versteht und wann genau eine entgeltliche Tätigkeit vorliegt. Das Verständnis und die genauer Unterscheidung zwischen entgeltlicher und unentgeltlicher Tätigkeit ist essentielles Grundverständnis für eine weitere Diskussion über die Bewertung des Sorgfaltsmaßstabs bei der jeweiligen Tätigkeit. An die Frage der Entgeltlichkeit knüpft sich folglich auch die Frage der Haftung.[298] In weiterer Folge stellt sich die Frage, wie in diesem Zusammenhang eine Pauschalvergütung zu beurteilen ist. Nicht minder spannend ist Problematik der Abgrenzung des Aufwandersatz von Entgelt.

2.2.1. Zum Entgeltbegriff im ABGB und in arbeitsrechtlichen Normen

Denkt man an den Begriff „Entgelt“, so assoziiert man primär das Arbeitsrecht, worauf gleich einzugehen sein wird, da sich dieses Rechtsgebiet natürlich am intensivsten mit der Entgeltlichkeit auseinander gesetzt hat. Zuerst soll aber die Grunddefinition des ABGB betrachtet werden. In § 917 ABGB wird festgestellt, dass bei einem entgeltlichen Vertrag entweder Sachen mit Sachen, oder Handlungen (inklusive Unterlassungen) mit Handlungen oder Sachen mit Handlungen vergolten werden. Dies ist jedoch eine sehr weite Formulierung, die überall dort, wo eine Leistung für eine Leistung erbracht wird, entgeltliche Verträge entstehen lässt.[299] Nachdem aber nicht jede synallagmatische Leistung, wie etwa ein Kaufvertrag, für den Schadenersatzanspruch von Gesellschaften gegenüber den Geschäftsleitern relevant ist, ist hier nur auf jenen Begriff des Entgelts einzugehen, welcher aus einem Dienstleistungsverhältnis entspringt. Wiederum scheint das ABGB in den Bestimmungen der §§ 1151 ff ABGB eine Definition aufzustellen. In § 1151 (1) ABGB wird der Dienstvertrag definiert, der die Basis für einen Anspruch auf Entgelt bildet. Verpflichtet sich jemand auf eine gewisse Zeit für einen anderen zu einer Dienstleistung, so entsteht ein Dienstvertrag. Von Entgeltlichkeit ist in der Definition nicht die Rede, da der Dienstvertrag

[298] Explizit ist dies bspw in § 24 (1) S 2 VerG oder aber § 2 (2) Z 2 DHG zu finden.
[299] *Burz*, Flexible Entgeltgestaltung 35.

auch unentgeltlich sein kann und eine Bezahlung somit keine Voraussetzung für dessen Zustandekommen ist. Das ABGB liefert also keine allgemein gültige Definition des Entgelts.[300]

Die Autoren der Kommentare setzen sich vor allem unter § 1152 ABGB mit dem Begriff des Entgelts auseinander, da dieser besagt, dass sofern in einem Vertrag kein Entgelt bestimmt ist und auch nicht Unentgeltlichkeit vereinbart ist, ein angemessenes Entgelt als bedungen gilt. Unter Entgelt wird alles verstanden, was der Dienstnehmer für seine Leistung als Gegenleistung bekommt.[301] Darunter fallen also jegliche (vermögenswerte) Leistungen, wie das eigentliche Gehalt, aber auch die ordentlichen und außerordentlichen Leistungen zusätzlicher Art,[302] wie etwa eine Provision.[303] Entgelt ist der allgemeinste und umfassendste Ausdruck der Summe von Lohnansprüchen, wobei es nicht auf die Bezeichnung,[304] sondern auf die tatsächliche Funktion der Dienstgeberleistung für die Überlassung der Arbeitskraft ankommt.[305]

Da dem ABGB nur eine sehr allgemeine Aussage über die Definition des Entgelts zu entnehmen ist, sind nun die weiteren arbeitsrechtlichen Bestimmungen zu untersuchen, um so den Entgeltsbegriff zu charakterisieren. Das Arbeitsrecht konkretisiert die Entgeltlichkeit der §§ 917 bzw 1152 ABGB dahingehend, dass die Entgeltpflicht die Hauptpflicht des Arbeitsgebers beim entgeltlichen Arbeitsvertrag darstellt.[306] Der Arbeitsvertrag kann ausdrücklich oder schlüssig abgeschlossen werden.[307] Allerdings ist die Regelung des § 2 (1) AVRAG zu beachten, nach welcher dem Dienstnehmer ein Dienstzettel auszustellen ist, der ua den Anfangsbezug enthält.[308] Auch der OGH spricht aus, dass das Entgelt der wichtigste Anspruch des Arbeitnehmers ist, welcher sich aus der synallagmatischen Beziehung zwischen Arbeitsleistung und Entgelt ergibt.[309]

---

[300] *Pfeil* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB V[4] § 1152 Rz 7.
[301] *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1152 Rz 9.
[302] Vgl *Pfeil* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB V[4] § 1152 Rz 7.
[303] Vgl *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1152 Rz 9.
[304] Dies entspricht im Wesentlichen dem allgemeinen bürgerlichen Grundsatz „falsa demonstratio non nocet".
[305] Vgl *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1152 Rz 9.
[306] Vgl *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel* (Hrsg), Arbeitsrecht II[6] 67.
[307] Vgl *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, § 1152 ABGB Rz 45.
[308] Vgl *Steinacker*, Dienstvertrag – Dienstzettel, ecolex 2010, 985 (986); zu beachten ist hierbei allerdings, dass jedoch sind keinerlei Rechtsfolgen daran geknüpft, wenn der Dienstgeber keinen Dienstzettel ausstellt, da es sich um eine reine Ordnungsvorschrift handelt; vgl hierzu *Trattner*, Der Dienstzettel in der Praxis, ASoK 2003, 116.
[309] OGH 09.04.1997 9 ObA 32/97i.

Als Entgelt wird folglich jede Art von Leistung des Arbeitgebers verstanden, die der Arbeitnehmer als Gegenleistung für die Zurverfügungstellung seiner Arbeitskraft erhält.[310] Zum Entgelt zählen nicht nur der laufende Lohn oder das Gehalt, sondern auch die üblichen regelmäßigen oder sonstigen ordentlichen und außerordentlichen Leistungen, selbst wenn diese auf die tatsächliche Mehrleistung des Arbeitnehmers abgestellt sind und wie im Falle von Akkord oder einer Provision variabel sind.[311] Zu diesem „laufenden Entgelt" zählen auch alle sonstigen Leistungen, wie etwa Überstundenentgelt oder die Entlohnung von Arbeitspausen.[312] Ebenso kann eine „Einmalzahlung" nach dem OGH als laufender Bezug gewertet werden.[313] Das Entgelt kann als Bargeld, Buchgeld, Naturalleistung oder Sachzuwendung geleistet werden.[314] Auch Sonderzahlungen, wie etwa ein Urlaubszuschuss oder das Weihnachtsgeld, die in längeren Zeitabschnitten ausbezahlt werden, zählen zum Entgelt.[315] Hinsichtlich dieser aliquoten Sonderzahlungen besteht eine klare Rspr des OGH.[316]

Naturallohn ist alles, was kein Geldlohn ist.[317] Darunter werden die verschiedensten Sach- und Dienstleistungen, wie beispielsweise Kost und Quartier, die Zurverfügungstellung einer Dienstwohnung oder die Bereitstellung von Arbeitskleidung verstanden.[318] Zu denken ist hierbei auch an sog „Fringe Befits" wie etwa ein Dienstauto oder Versicherungen.[319] Ebenso kann eine erfolgsorientierte Belohnung in Form von Mitarbeiterbeteiligungen am Unternehmen vereinbart werden.[320] Das Entgelt versteht sich nicht nur als jene Geld- und Sachbezüge, die dem Dienstnehmer tatsächlich ausbezahlt werden, sondern auch jene, auf die er gegebenenfalls darüber hinaus Anspruch hat.[321] Dies entspricht der in § 49 (1) 1 ASVG gelieferten Definition des Entgelts. Auch Entgeltfortzahlungen im Krankheitsfall, sowie Abfertigungen und betriebliche Ruhegeldzahlungen gehören zum Entgelt.[322] Dem Arbeitnehmer steht der Anspruch auf Entgelt nicht zu, wenn Unentgeltlichkeit vereinbart

[310] *Burgstaller/Schorn*, Entgelt ist nicht gleich Entgelt, ZAS 2013, 99.
[311] *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen[8] 88.
[312] *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, § 1152 ABGB Rz 14.
[313] OGH 17.12.2012 10 ObS 136/12s.
[314] *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, § 1152 ABGB Rz 14.
[315] Vgl *Pfeil* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB V[4] § 1152 Rz 7.
[316] OLG Wien 15.05.2009 8 Ra 15/09y.
[317] Vgl *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen[8] 88.
[318] *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1152 Rz 12.
[319] Vgl *Runggaldier/Schima*, Manager-Dienstverträge[3] 59.
[320] Vgl *Majoros*, Arbeitsrecht in *Majoros/Marchl/Walzel/Dietrich* (Hrsg), Handbuch für Führungskräfte 159 f.
[321] *Lubey*, Der Entgeltbegriff des ASVG 16.
[322] Vgl *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1152 Rz 16.

wurde.[323] Der Entgeltbegriff entspricht übrigens dem ökonomischen Begriff des Lohnes.[324] Festzuhalten ist, dass das Arbeitsrecht keine allgemein gültige Legaldefinition des Entgeltbegriffs kennt.[325]

Die Fälligkeit des Entgelts ist grds vertraglich frei vereinbar,[326] wobei das Entgelt normalerweise im Nachhinein[327] zu zahlen ist.[328] §§ 77 GewO 1859 geht zwar von einer wöchentlichen Entlohnung des Arbeiters aus, allerdings ist anzumerken, dass diese Regelung dispositiv ist.

Ob auch die Zusage des Arbeitgebers, dass der Arbeitnehmer zusätzliche Einnahmen im Rahmen eines Nebenverdienst erzielen darf, zum Naturalentgelt zählt,[329] muss mE hinterfragt werden. Einerseits kann nicht abgestritten werden, dass eine derartige Zusage dem Arbeitnehmer eine anderwärtige Erwerbschance ermöglicht,[330] anderseits handelt es sich aber eben nur um eine hypothetische Möglichkeit und der Arbeitnehmer erhält hierfür konkret noch kein Entgelt. Das Entgelt, das er im Rahmen eines Nebenverdienstes erhält, rührt nur aus diesem zweiten Dienstverhältnis und ist meiner Meinung nach unabhängig zu beurteilen. Würde der Arbeitnehmer keinem Nebenverdienst nachgehen und müsste er sich den Wert der Erwerbschance aber als Entgelt anrechnen lassen, würde dies dem steuerrechtlichen Leistungsfähigkeitsprinzip[331] widersprechen. Auch der OGH zählt die Zusage nicht zum Entgelt.[332]

Es ist ebenso zu hinterfragen, ob sich der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer die Form des Entgelts aussuchen darf, sofern keine explizite Vereinbarung getroffen wurde. Primär richtet sich die Form des Entgelts nach der Vereinbarung der Parteien. Gem § 6 (1) AngG wird mangels Vereinbarung die Art des Entgelts durch den Ortsgebrauch bestimmt. Sofern dieser Ortsgebrauch nicht bestimmbar ist, sagt das Gesetz allerdings nicht, in welcher Form das

[323] Vgl *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel* (Hrsg), Arbeitsrecht II[6] 67.
[324] *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel* (Hrsg), Arbeitsrecht II[6] 68.
[325] Vgl *Burgstaller/Schorn*, Entgelt ist nicht gleich Entgelt, ZAS 2013, 99.
[326] Dies ergibt sich daraus, dass die Bestimmungen der § 77 GewO 1859 und § 1154 ABGB dispositiv sind.
[327] Angestellte müssen ihr Gehalt gem §§ 15, 40 AngG spätestens am Ende des Monats erhalten.
[328] Vgl *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen[8] 90.
[329] Vgl *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, § 1152 ABGB Rz 40.
[330] So hat der Arbeitnehmer uU einen Erwerbsvorteil, wenn der Arbeitgeber auf das Nebenbeschäftigungsverbot iSd § 36 AngG verzichtet. Vgl hierzu bspw *Reissner* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, § 36 AngG Rz 30.
[331] Zum Leistungsfähigkeitsprinzip vgl zB *Lang/Schuch/Staringer*, Einführung in das Steuerrecht[6] Rz 2.
[332] OGH 21.02.1984 4 Ob 13/84.

angemessene Entgelt zu leisten ist. Das ABGB schreibt keine bestimmte Form vor, in welcher das Entgelt auszubezahlen ist. Im Gegensatz dazu regelt § 78 (1) GewO 1859, dass die Gewerbeinhaber die Löhne der Hilfsarbeiter in barem Gelde auszuzahlen haben. Daher kann man mE zwei Lösungen vertreten: entweder man geht davon aus, dass in den Bestimmungen des AngG bzw ABGB eine Lücke vorliegt, die mittels Analogie zu schließen ist und § 78 (1) GewO 1859 per analogiam angewandt wird und somit im Zweifel das Entgelt als Geldlohn[333] auszuzahlen ist. Alternativ könnte man auch auf die Verkehrsüblichkeit zurückgreifen, indem man betrachtet, in welcher Form die Gehälter in der jeweiligen Branche normalerweise ausgezahlt werden. Zu bevorzugen ist mE die Analogie zur GewO, da so eine bestehende Regelung auf eine Lücke angewandt wird und ein Paradefall einer Gesetzesanalogie vorliegt.[334] Die bargeldlose Entgeltzahlung in Form von Lohnüberweisung auf ein Gehaltskonto ist zulässig.[335] Sofern Naturallohn explizit vereinbart ist, sind die Naturalien gem § 17 (1) LArbG in der Regel monatlich im Vorhinein zu reichen.[336]

Ein Meinungsstreit besteht hinsichtlich der Einordnung von Leistungen Dritter, wie etwa beim Trinkgeld: *Pfeil* zählt diese generell nicht zum Entgelt, es sei denn, dass der Dienstgeber ein bestimmtes Minimum garantiert.[337] Zu beachten ist hierbei die gesetzliche Regelung des § 3 (1) Z 16a EStG.[338] Im Gegensatz dazu zählt *Krejci* die Trinkgelder allerdings sehr wohl zum Entgelt.[339] Der OGH entschied hierzu, dass das echte, von den Gästen freiwillig an das Bedienungspersonal gegebene Trinkgeld, zwar grds Einkommen, jedoch kein Lohn des Dienstnehmers ist, der auf seinen Entgeltsanspruch anrechenbar wäre.[340] Diese Ansicht vertritt auch der VfGH.[341] Obwohl Trinkgelder sicherlich als Schenkung iSd § 938 ABGB von dritter Seite qualifizieren sind, ist mE ist der Meinung *Krejcis* zu folgen, da Trinkgelder als

[333] Von dem Grundsatz, dass das Entgelt in bar ausgezahlt werden musst, kann man abgehen, da dies teleologisch zu reduzieren ist. Darüber hinaus ist der Barzahlung die bargeldlose Überweisung gleichzusetzen (vgl *Schrammel* in *Marhold/Burgstaller/Preyer* (Hrsg), AngG § 6 Rz 101).

[334] Da aber mE die Auszahlung des Lohns meistens ohnehin in Geld erfolgt, wird der praktische Unterschied zur Verkehrsüblichkeit kaum vorhanden sein. Sollten beide Varianten zu einem unterschiedlichen Ergebnis führen, steht das Wahlrecht meiner Ansicht nach iZw dem Arbeitnehmer zu, da dieser grds schutzbedürftiger ist, als der Arbeitgeber.

[335] *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB^3 § 1152 Rz 11.

[336] *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB^3 § 1154 Rz 10.

[337] Vgl *Pfeil* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB V^4 § 1152 Rz 10.

[338] Vgl *Bieber/Lehner*, VfGH zur Steuerfreiheit von Trinkgeldern: § 3 Abs 1 Z 16a EStG verfassungskonform!, taxlex 2008, 445.

[339] Vgl *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB^3 § 1152 Rz 15.

[340] OGH 06.04.1976 4 Ob 13/76.

[341] VfGH 25.09.2008, G 19/08; hierbei ist allerdings anzumerken, dass das Trinkgeld freiwillig gegeben werden muss.

Entgelt von dritter Seite zu qualifizieren sind und zum Entgelt iSd ASVG alle Geld- und Sachbezüge zählen, die der Dienstnehmer aufgrund seines Dienstverhältnisses erhält.[342] Trinkgelder haben nämlich einen engen Bezug zum Dienstverhältnis und werden auch nur aufgrund der Dienstleistung an den Dritten erbracht.[343] Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die steuerrechtliche Regelung des § 3 (1) Z 16a EStG auch im Gesellschaftsrecht anzuwenden ist, was mE zu verneinen ist. Während die ratio der steuerrechtlichen Norm die besonderen Vollzugsprobleme bei der steuerlichen Erfassung darstellen,[344] geht es im Zivil- und Gesellschaftsrecht mE um das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung.[345] Daher wäre meiner Ansicht nach ein Organwalters eines Vereins, der (nur) regelmäßig Trinkgelder von Dritten im Rahmen seiner Tätigkeit für den Verein bezieht, wohl als entgeltlich tätig anzusehen.[346]

Der Anspruch auf Entgelt gebührt für das sorgfältige Bemühen; der Arbeitnehmer schuldet somit keinen Erfolg.[347] Man spricht in diesem Zusammenhang auch vom Zeitlohn, der nur nach Dauer bemessen wird, da der geleistete Erfolg kein zu berücksichtigendes Kriterium bildet.[348] Das Entgelt kann allerdings auch in Form von Leistungslohn oder einer Kombination von Zeitlohn und Leistung vereinbart werden.[349] Eine Entlohnung für das Herstellen eines konkreten Erfolges, entspricht einem Werkvertrag iSd §§ 1151 ff ABGB. Die „klassische" Form des Leistungslohns wäre der Akkord, wobei beim Geldakkordsystem das Entgelt durch Festsetzung eines Akkordsatzes pro Leistungseinheit bestimmt wird.[350] Auf steuerrechtlicher Ebene kann die Qualifikation ebenso bedeutend sein, da bspw Sportvereine monatlich € 540,- steuerfrei an Mitarbeiter auszahlen können.[351]

[342] Vgl *Lubey*, Der Entgeltbegriff des ASVG 17.
[343] AA *Schrammel* in *Marhold/Burgstaller/Preyer* (Hrsg), AngG § 6 Rz 98.
[344] Vgl *Bieber/Lehner*, VfGH zur Steuerfreiheit von Trinkgeldern: § 3 Abs 1 Z 16a EStG verfassungskonform!, taxlex 2008, 445 (447).
[345] S dazu Kap 5.1.
[346] Folglich würde ihm die Haftungserleichterung iSd § 24 (1) S 2 VerG nicht zustehen. Dies ist mE unabhängig davon zu beurteilen, ob er nach dem steuerrechtlichen Leistungsfähigkeitsprinzip Einkommenssteuer zahlen muss.
[347] Vgl *Gahleitner*, Ausgewählte Rechtsfragen zu Beziehung zwischen Arbeitszeit und Entgelt, RdA 2012, 123 (126).
[348] Vgl *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB^3 § 1152 Rz 10.
[349] Vgl *Pfeil* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB V^4 § 1152 Rz 11 f.
[350] Vgl *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen^8 88.
[351] Vgl hierzu ausführlich *Grünberger*, Der Verein als Arbeitgeber: Wie sind Vergünstigungen an Mitarbeiter zu behandeln?, SWK 2009, 181.

Da die Frage, ob eine entgeltliche oder unentgeltliche Tätigkeit vorliegt, von ganz wesentlicher Bedeutung für die Haftung des Organwalters[352] oder Angestellten[353] sein kann, interessiert selbstverständlich besonders, welche Zuwendungen nicht unter das Entgelt zu subsumieren sind. Nicht zum Entgelt zählen der Aufwandersatz[354] und ebenso Leistungen, die dem Dienstnehmer im Rahmen von betrieblichen Wohlfahrtseinrichtungen – insb nach § 95 ArbVG – zukommen.[355] Darüber hinaus existieren „entgeltferne" Leistungen, die der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nicht für die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft gewährt, sondern um seine sozialen oder kulturellen Interessen zu fördern.[356] Dies sind individuelle und somit nicht als Wohlfahrtseinrichtung zu qualifizierende Vorteile, wie etwa Theaterkarten oder Gelegenheitsgeschenke.[357] *Wilhelm* sieht diese freiwilligen Zuwendungen als Sonderproblem, da diese, sowohl neben dem geschuldeten Entgelt geleistet werden können, aber auch in unentgeltlichen Dienstverhältnissen vorkommen.[358]

Lubey fasst den Entgeltbegriff sehr gut zusammen, indem er schreibt, dass das Entgelt umfassender Natur ist und alle einmaligen und wiederkehrenden vermögenswerten (auch freiwilligen und überkollektivvertraglichen) Leistungen, die der Dienstnehmer aufgrund des Dienstverhältnisses (mit oder ohne Rechtsanspruch) erhält, beinhaltet.[359]

2.2.1.1. Zur Entgeltlichkeit

Nachdem nun der Begriff des Entgelts definiert wurde, gilt es weiters zu untersuchen, wann es sich um ein entgeltliches und wann um ein unentgeltliches Dienstverhältnis handelt bzw welche Rechtsfolgen eintreten, wenn hierfür keine Vereinbarung getroffen wurde. In den

[352] Vgl hierzu die Regelung des § 24 (1) S 2 VerG.
[353] Zu beachten ist bspw die Regelung des § 2 (2) Z 2 DHG.
[354] Vgl *Schrammel* in *Marhold/Burgstaller/Preyer* (Hrsg), AngG § 6 Rz 97; s hierzu unter Kap 2.2.2.
[355] Vgl *Pfeil* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB V[4] § 1152 Rz 10.
[356] *Burgstaller/Schorn*, Entgelt ist nicht gleich Entgelt, ZAS 2013, 99 (100).
[357] Vgl *Burgstaller/Schorn*, Entgelt ist nicht gleich Entgelt, ZAS 2013, 99 (100).
[358] Vgl *Wilhelm*, Entgeltliche und unentgeltliche Arbeitsverhältnisse in *Tomandl* (Hrsg), Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht 2.
[359] *Lubey*, Der Entgeltbegriff des ASVG 33.

meisten Fällen wird die Höhe des Entgelts zwischen dem Arbeitgeber und Arbeitnehmer ausdrücklich vereinbart.[360]

Sofern ein Dienstnehmer Arbeit leistet und dafür finanzielle Zuwendungen oder Naturalien erhält, kann grds davon ausgegangen werden, dass es sich um ein entgeltliches Dienstverhältnis handelt.[361] Gem § 1152 ABGB kann ein Dienstvertrag auch unentgeltlich sein. Die Vereinbarung eines unentgeltlichen Dienstvertrages kann aus der Vertragsfreiheit abgeleitet werden.[362] Denkt man an den klassischen Dienstvertrag eines Angestellten in einem „fremden" Unternehmen, wird man sicherlich wenige unentgeltliche Arbeitsverträge vorfinden.[363] Es sind aber durchaus Konstellationen denkbar, in denen ein Dienstnehmer ohne Entlohnung seine Arbeitskraft zur Verfügung stellt. Man denke beispielsweise nur an die Bestimmung des § 90 (2) ABGB, durch welche der Ehegatte im Erwerb des anderen mitzuarbeiten hat.[364] Auch die Mithilfe im Familienunternehmen kann durchaus unentgeltlich sein, beispielsweise wenn man sich dafür erwartet das Unternehmen später zu erben oder geschenkt zu bekommen.[365] Ein weiteres Beispiel kann etwa das Arbeiten im Rahmen eines Praktikums oder Volontariats[366] bei einem Unternehmen sein, welche auch oftmals unentgeltlich absolviert werden. Die gewonnene Erfahrung inklusive deren Mehrwert für einen Lebenslauf kann nicht als Entgelt qualifiziert werden.

---

[360] Vgl *Schrammel* in *Marhold/Burgstaller/Preyer* (Hrsg), AngG § 6 Rz 107.

[361] Vgl *Wilhelm*, Entgeltliche und unentgeltliche Arbeitsverhältnisse in *Tomandl* (Hrsg), Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht 1.

[362] Vgl *Dittrich*, Arbeitsrecht § 1152 ABGB E 18a; OGH 29.03.2000 6 Ob 168/99w.

[363] So auch *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen[8] 87.

[364] Vgl bspw *Mazal*, Erwerbswirtschaftliche Tätigkeiten in familialen Beziehungen, ZAS 2014, 252 (254). Dies ist mE zwar heute sicherlich selten, allerdings vor allem noch im Agrarbereich denkbar. Nicht übersehen werden darf in diesem Zusammenhang aber, dass gem § 98 ABGB dem mitwirkenden Ehegatten ebenso ein angemessenes Entgelt zusteht. Nichts desto trotz ist durchaus vorstellbar, dass der Ehegatte auch unentgeltlich mithelfen wird, um so den Ehegatten zu unterstützen. Zur Berechnung der Höhe des Anspruchs s *Lindner*, Die Mitwirkung im Erwerb gemäß § 98 ABGB, EF-Z 2007, 126 (127 f).

[365] Sofern dies nicht eintreten sollte, steht dem Dienstnehmer allerdings gem § 1435 p.a. die condicto causa data causa non secuta zu. So wandelt sich die ursprüngliche Unentgeltlichkeit aufgrund des nicht eintretenden Erfolges nachträglich in ein entgeltliches Dienstverhältnis um. (Vgl hierzu bspw *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II[13] 279 f.)

[366] Das LG Salzburg definiert dies in seiner E vom 23. 10. 1992 Arb 11.081 folgendermaßen: „Das echte Volontär- oder Praktikantenverhältnis wird von dem Zweck bestimmt, dass der Volontär oder Praktikant im Betrieb durch seine Tätigkeit *Kenntnisse* und *Fähigkeiten erwerben* will oder seine *schulische Ausbildung praktisch ergänzt*.". Der VwGH hat dies wie folgt definiert. „Unter der Tätigkeit eines Volontärs ist eine Beschäftigung zu verstehen, die *nicht* in erster Linie *Betriebsinteressen* dient, sondern im Wesentlichen Zwecken der *Ausbildung* des *Beschäftigten.* Sie ist charakterisiert von *Unentgeltlichkeit* und *Fehlen der Arbeitspflicht.* Volontär ist, wer in einem Betrieb mit Erlaubnis des Betriebsinhabers die dort bestehenden maschinellen oder sonstigen Einrichtungen kennen lernen will und sich gewisse praktische Kenntnisse und Fertigkeiten durch Handanlegen aneignen darf."; vgl VwGH 17. 10. 2001 96/08/0101 = DRdA 2002, 44, (48).

Logisch erscheint auf den ersten Blick, dass sofern Unentgeltlichkeit vereinbart wurde, dem Arbeitnehmer aus dem Arbeitsvertrag kein wie immer geartetes Entgelt zusteht.[367] Fraglich ist allerdings, ob bei jedem Dienstvertrag Unentgeltlichkeit vereinbart werden kann. Dies ist vor allem dann der Fall, wenn es sich um einen Dienstnehmer handelt, auf den kollektivvertragsrechtliche Bestimmungen gem §§ 8 ff ArbVG anzuwenden sind. Denn häufig regeln die Kollektivverträge Mindestlohntarife und dieses „Mindestlohnniveau" darf aufgrund der relativ zwingenden Wirkung nicht unterschritten werden.[368] Mit anderen Worten: Besteht für den Dienstvertrag ein sachlicher, persönlicher und örtlicher Geltungsbereich und sieht dieser KV einen Mindestlohn vor, so wäre die Vereinbarung eines unentgeltlichen Dienstvertrages gem § 879 (1) ABGB nichtig. Es bedarf auch einer genaueren Betrachtung des Vertrages um festzustellen, ob ein Vertrag tatsächlich unentgeltlich ist, denn es kommt hier auf die Gesamtbeziehung des Verhältnisses zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer an.[369] In der Konsequenz tritt bei einem unentgeltlichen Dienstvertrag die Erwerbsabsicht als Motiv des Dienstnehmers vollkommen zurück, wobei nach *Wilhelm* ein anderes Motiv in den Vordergrund treten muss, um von einer Unentgeltlichkeit ausgehen zu können.[370]

Zu Recht wird die Frage gestellt, ob das Arbeitsrecht überhaupt auf unentgeltliche Dienstverträge anzuwenden ist,[371] was aber mE zu bejahen ist, da auch – oder vielleicht gerade besonders – ein unentgeltlicher Arbeitnehmer durch die arbeitsrechtlichen Normen geschützt werden soll.[372] Warum sollten denn etwa das AZG oder das ASchG für unentgeltliche Dienstnehmer keine Anwendung finden? Allerdings ist zu beachten, dass für den sozialversicherungsrechtlichen Dienstnehmerbegriff nach § 4 (2) ASVG[373] die Entgeltlichkeit ein zwingendes Kriterium ist.[374]

---

[367] Vgl *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel* (Hrsg), Arbeitsrecht II[6] 67.
[368] Vgl *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen[8] 87.
[369] Vgl *Wilhelm*, Entgeltliche und unentgeltliche Arbeitsverhältnisse in *Tomandl* (Hrsg), Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht 1.
[370] Vgl *Wilhelm*, Entgeltliche und unentgeltliche Arbeitsverhältnisse in *Tomandl* (Hrsg), Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht 16.
[371] Vgl *Wilhelm*, Entgeltliche und unentgeltliche Arbeitsverhältnisse in *Tomandl* (Hrsg), Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht 17.
[372] So auch *Mayer-Maly*, Erwerbsabsicht und Arbeitnehmerbegriff 44 ff.
[373] Die Bestimmung lautet wie folgt: Dienstnehmer im Sinne dieses Bundesgesetzes ist, wer in einem Verhältnis persönlicher und wirtschaftlicher Abhängigkeit gegen Entgelt beschäftigt wird.
[374] Vgl *Lubey*, Der Entgeltbegriff des ASVG 45 f.

2.2.1.2. Zur Angemessenheit des Entgelts

Gem § 1152 ABGB im Zweifel ein angemessenes Entgelt geschuldet, sofern keine Abreden über die Höhe getroffen wurden und nicht Unentgeltlichkeit vereinbart wurde. Es stellt sich daher folglich wie Frage, was unter dem angemessenen Entgelt zu verstehen ist und wie die Höhe im Einzelfall zu berechnen ist.

Um das angemessene Entgelt iSd § 1152 ABGB zu definieren, muss man alle Umstände des Dienstvertrages berücksichtigen und mit ähnlichen Situationen vergleichen.[375] Eine inhaltlich ähnliche Regelung besteht gem § 10 (1) AngG,[376] welche die Höhe von Provisionen regelt und im Zweifel eine dem betreffenden Geschäftszweig ortsübliche Provision vorsieht. Allgemein orientiert sich die Angemessenheit am Kollektivvertragslohn für vergleichbare Arbeiten, auch wenn im konkreten Fall kein Kollektivvertrag auf den Dienstnehmer anzuwenden ist.[377] Hierbei ist der Ortsgebrauch zu beachten und sofern kein Kollektivvertrag für die entsprechende Branche vorliegt, hat man sich an der Nachbarbranche zu orientieren.[378] Sind höhere Entgelte ortsüblich, als jene der Kollektivverträge an denen man sich orientiert, so bilden diese höheren Entgelte das Maß der Angemessenheit.[379] Man wird also einen Fremdvergleich anstellen und den Durchschnittswert ansetzen, der für die Person in der Lage[380] und Branche üblich ist.

§ 1152 ABGB würde auch dann greifen, wenn sich herausstellt, dass das ursprünglich bedungene Entgelt nicht rechtskräftig vereinbart wurde. Hier wäre beispielsweise an eine Nichtigkeit infolge von Sittenwidrigkeit iSd § 879 (4) 2 ABGB zu denken, wenn nämlich der Leichtsinn, die Zwangslage, die Verstandesschwäche oder die Unerfahrenheit zum Wuchertatbestand führen würde und somit Leistung und Gegenleistung, sprich die Dienstleistung und das Gehalt, in einem krassen Missverhältnis stehen würden.[381]

[375] Vgl *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1152 Rz 24.
[376] Vgl *Felten*, Arbeitsrechtliche Grenzen ausschließlich erfolgsabhängigen Entgelts, ecolex 2009, 510 (511).
[377] Vgl *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1152 Rz 24.
[378] Vgl *Lubey*, Der Entgeltbegriff des ASVG 45.
[379] Vgl *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1152 Rz 25.
[380] Hiermit sind vor allem persönliche Umstände wie Ausbildungsgrad, Alter und Vorerfahrung gemeint.
[381] Vgl *Lubey*, Der Entgeltbegriff des ASVG 44.

Dass die Frage eines angemessen hohen Entgelts auch in der Vereinspraxis eine Rolle spielen kann, zeigt ein Erkenntnis des VwGH,[382] da hier ein Verein als Arbeitgeber einen Sekretär beschäftigte und die Entlohnung von der Sozialversicherung trotz Nichtanwendbarkeit des Kollektivvertrages als zu gering angesehen wurde und von dieser Beiträge nachgefordert wurden.[383] Im konkreten Fall entschied der VwGH aber, dass zwischen dem Verein und dem Sekretär eine (konkludente) Vereinbarung über die Entgeltlichkeit getroffen wurde und § 1152 ABGB somit nicht anzuwenden sei.

Zu beachten ist allerdings, dass grds auch ein Entgelt vereinbart werden kann, welches unter dem angemessenen Durchschnittsgehalt liegt. Dies ist selbstverständlich nur dann möglich, wenn keine entgegenstehenden kollektivvertraglichen Regelungen existieren. Ein Mindestentgelt kann aus § 1152 ABGB nicht abgeleitet werden.[384] Denkbar sind solche Konstellationen etwa bei sozial-karitativen Tätigkeiten, bei welchen der Dienstnehmer lediglich ein „Taschengeld" oder Naturalien erhält und es sich somit um ein objektiv unangemessenes Entgelt handelt.[385] Richtigerweise geht *Wilhelm*[386] in weiterer Folge davon aus, dass ein derartiges, krass unterbezahltes Dienstverhältnis wohl eine gemischte Schenkung iSd § 935 ABGB darstellt. Sofern ein zu hohes Entgelt angenommen wird, kann dieses wohl auch im Nachhinein irrtumsrechtlich angepasst werden.[387] Zu beachten ist allerdings, dass sofern eine Absprache (auch im Sinne einer Anpassung) getroffen wurde, dieses Entgelt als vereinbart gilt und hinsichtlich der Höhe des Entgelts nicht mehr auf die Zweifelsregel des § 1152 ABGB zurückgegriffen werden kann.

[382] VwGH 15.12.1992 Zl 90/08/190.
[383] Vgl *Lubey*, Der Entgeltbegriff des ASVG 43.
[384] Vgl *Lubey*, Der Entgeltbegriff des ASVG 44.
[385] Vgl *Wilhelm*, Entgeltliche und unentgeltliche Arbeitsverhältnisse in *Tomandl* (Hrsg), Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht 18.
[386] Vgl *Wilhelm*, Entgeltliche und unentgeltliche Arbeitsverhältnisse in *Tomandl* (Hrsg), Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht 18.
[387] Vgl *Kietaibl*, Arbeitsvertragliche Folgen bei der Verkennung der Arbeitnehmereigenschaft durch die Vertragsparteien, JBl 2004, 626.

2.2.1.3. Zur Zweifelsregel der Entgeltlichkeit

Nachdem nun erläutert wurde, dass für Dienstverträge grds auch Unentgeltlichkeit vereinbart werden kann, stellt sich nun die Frage nach der Zweifelsregelung, wenn nicht genau festgestellt werden kann, ob das abgeschlossene Dienstverhältnis entgeltlich oder unentgeltlich ist.

Das Gesetz sieht in § 1152 ABGB eine ganz klare Zweifelsregel vor, indem es festlegt, dass sofern kein Entgelt bestimmt ist, aber auch nicht Unentgeltlichkeit vereinbart worden ist, ein angemessenes Entgelt als bedungen gilt. Somit gelten Dienstverträge im Zweifel als entgeltlich.[388] Zu beachten ist allerdings, dass vorab genau zu prüfen ist, ob ausdrücklich oder evt auch konkludent ein Entgelt vereinbart worden ist.[389] Die Bestimmung des Entgelts gehört somit grundsätzlich nicht zu den essentialia negotii des Arbeits- oder Werkvertrages.[390] § 1152 gilt nicht nur für Verträge ohne gültige Entgeltabrede oder Unentgeltlichkeitsvereinbarung, sondern auch für Verträge mit unvollständigen Entgeltabreden.[391]

Diese Regelung gilt mE auch für alle Dienstverträge im Gesellschaftsrecht. Somit ist grds bei den Geschäftsführern und Vorständen von Kapitalgesellschaften, Genossenschaften und Vereinen im Zweifel von einem entgeltlichen Dienstvertrag auszugehen, was insbesondere für die Haftung von großer Relevanz sein kann.[392] Zu beachten ist allerdings, dass das AktG in § 78 (1) eine eigene Regelung hinsichtlich der Entgeltlichkeit verfügt.[393]

[388] Vgl für viele *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II[13] 251.
[389] S hierzu bspw OGH 6. 12. 2000, 9 Ob A 273/00p = ecolex 2001, 215 (*Mazal*).
[390] *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON § 1152 Rz 1.
[391] *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1152 Rz 4.
[392] Vgl hierzu insb Kap 5.
[393] S unter Kap 4.3.3.

2.2.2. Zur Abgrenzung des Entgelts vom Aufwandersatz

Obwohl dem Aufwandersatz große praktische Bedeutung zukommt, fehlt eine Legaldefinition.[394] Unter Aufwandersatz versteht man jene konkreten Mehraufwendungen, die einem Dienstnehmer ersetzt werden sollen, da sie im Zusammenhang mit der Dienstleistung stehen.[395] Die auch als Aufwandentschädigung bezeichnete Vergütung von Aufwendungen, findet ihren Ursprung darin, dass die Bereitstellung von Betriebsmitteln Sache des Arbeitgebers ist.[396] Der Aufwandersatz wird nach einstimmiger Lehre nicht als Bestandteil des Entgelts gesehen.[397] Die Aufwandsentschädigung hat den Zweck die wirtschaftliche Belastung des Arbeitnehmers zu mildern, die diesem durch die Erbringung seiner Arbeitsleistung erwächst.[398] Es handelt sich hierbei stets um einen konkreten Aufwand des Arbeitnehmers, der für den Arbeitgeber getätigt wurde und dem Arbeitnehmer ersetzt werden soll.[399] Entgelt dient im Gegensatz dazu ausschließlich der Abgeltung der vom Arbeitnehmer zur Verfügung gestellten Arbeitskraft.[400] Um eine Aufwandsentschädigung handelt es sich beispielsweise, wenn ein Spesenersatz gegen die Vorlage von Ausgabebelegen geleistet wird.[401] Der Arbeitgeber ist verpflichtet, dem Arbeitnehmer den notwendigen arbeitsbedingten Aufwand gesondert abzugelten, da sich dies aus den allgemeinen Regelungen über den Auslagenersatz gem § 1014 ABGB ergibt und nach der stRspr auch auf das Arbeitsverhältnis analog angewandt wird.[402] Normalerweise werden beim Aufwandersatz die Ausgaben konkret verrechnet und abgegolten.[403] Dazu werden die Auslagen bzw deren Rechnungen exakt vorgelegt und ersetzt.[404] Auch die Abgeltung in Form von Pauschalen ist grds möglich.[405] Sofern aber die Aufwandsentschädigung den

[394] Vgl *Kemetter*, Der Aufwandersatz im Arbeits-, Sozial- und Steuerrecht, ecolex 2008, 254 (255).
[395] Vgl *Pfeil* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB V[4] § 1152 Rz 8.
[396] Vgl *Burgstaller/Schorn*, Entgelt ist nicht gleich Entgelt, ZAS 2013, 99 (100).
[397] Vgl *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1152 Rz 17; *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel* (Hrsg), Arbeitsrecht II[6] 69; *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, § 1152 ABGB Rz 18. *Rebhahn* erörtert allerdings in Rz 22, dass Aufwandersatz nach dem Verständnis des gemeinschaftsrechtlichen Entgeltbegriffes iSd Art 157 AEUV (ehem Art 141 EGV), welcher weiter gefasst ist, sehr wohl zum Entgelt zählt.
[398] Vgl *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel* (Hrsg), Arbeitsrecht II[6] 69.
[399] Vgl *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, § 1152 ABGB Rz 18.
[400] *Burgstaller/Schorn*, Entgelt ist nicht gleich Entgelt, ZAS 2013, 99 (100).
[401] *Pfeil* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB V[4] § 1152 Rz 8.
[402] *Burgstaller/Schorn*, Entgelt ist nicht gleich Entgelt, ZAS 2013, 99 (100).
[403] Vgl *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, § 1152 ABGB Rz 18.
[404] Vgl *Pfeil* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB V[4] § 1152 Rz 8.
[405] S dazu unter 2.2.3.

tatsächlichen Aufwand übersteigt, handelt es sich bei dem höheren Teil nicht mehr um einen Aufwandersatz, sondern um Entgelt.[406]

Hierbei ist nicht auf die Bezeichnung abzustellen, sondern genau zu untersuchen, ob es sich bei der Leistung um Entgelt oder Aufwandersatz handelt.[407] Der OGH differenziert beispielsweise zwischen Fahr- und Weggeld, wobei das Fahrgeld eben nicht einen zeitlichen Mehraufwand abgelten soll und daher als Aufwandersatz gewertet werden kann.[408] Andere Beispiele für Aufwandsentschädigungen sind etwa das Kilometergeld für das dienstliche Benutzen des eigenen Privat-PKW oder Zulagen für einen erhöhten Reinigungsaufwand.[409] Ebenso sind die Kosten für den Außendienst und die Diäten für Dienstreisen, die einen erhöhten Mehraufwand nach sich ziehen, durch Aufwandersatz zu vergüten.[410] Diese Tages- oder Nächtigungsgelder sind ebenfalls arbeitsbedingte Mehraufwendungen und sind gem § 1014 ABGB p.a. auszugleichen, sofern sie notwendige oder nützliche Aufwendungen darstellen.[411]

Die Unterscheidung zwischen Entgelt und Aufwandersatz ist ua deswegen wichtig, weil sich an die Frage der Entgeltlichkeit auch haftungsrechtliche Besonderheiten knüpfen.[412] Aber ebenso ist die Unterscheidung im Rahmen der Entgeltfortzahlung bei Unterbleiben der Arbeitsleistung von Relevanz, da nur das Entgelt, nicht jedoch der Aufwandersatz, weiter bezahlt werden muss.[413] Zur Konkretisierung ist es den Betriebsparteien gem § 97 (1) 12 ArbVG möglich, freiwillige Betriebsvereinbarungen[414] abzuschließen, wobei zu beachten ist, dass diese maximal die tatsächlichen Aufwendungen ersetzen dürfen.[415]

[406] Vgl *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel* (Hrsg), Arbeitsrecht II[6] 69.
[407] Vgl *Burgstaller/Schorn*, Entgelt ist nicht gleich Entgelt, ZAS 2013, 99 (100); *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, § 1152 Rz ABGB 18 f.
[408] OGH 16.04.1998 8 ObA 94/98a.
[409] *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen[8] 87.
[410] Vgl *Gerhartl*, Reisekostenvergütung für Dienstreisen, PV-Info 7/2012, 11.
[411] Vgl *Kemetter*, Der Aufwandersatz im Arbeits-, Sozial- und Steuerrecht, ecolex 2008, 254 f.
[412] Zu denken ist an Regelungen iSd § 24 (1) S 2 VerG oder § 2 (2) Z 2 DHG.
[413] Vgl *Burgstaller/Schorn*, Entgelt ist nicht gleich Entgelt, ZAS 2013, 99 (100).
[414] Zur freiwilligen oder fakultativen Betriebsvereinbarung s *Tomandl* in *Tomandl/Schrammel* (Hrsg), Arbeitsrecht I[6] 180 ff.
[415] Vgl *Kemetter*, Der Aufwandersatz im Arbeits-, Sozial- und Steuerrecht, ecolex 2008, 254 (255).

Auch in anderen Bereichen als dem Arbeitsrecht ist zu beachten, ob es sich um Entgelt oder Aufwandersatz handelt. Der OGH[416] differenziert beispielsweise bei § 27 ZADiG und spricht von Entgelt ieS und Aufwandersatz, die unter den Begriff „Entgelt" leg cit fallen.[417]

2.2.3. Zur Entgeltlichkeit von Pauschalvergütungen

Offenbar herrscht vermehrt der Grundsatz, dass es üblich zu sein scheint, möglichst viel pauschal abzurechnen, anstatt Leistungen und Aufwände konkret zu verrechnen.[418] Es stellt sich daher die Frage, ob diese Praxis zulässig ist bzw wo die Grenzen dieser Pauschalverrechnung liegen, sofern diese rechtskonform ist. Darüber hinaus soll darauf eingehen werden, welche Probleme sich bei der Pauschalierung von Entgelt und Aufwandersatz ergeben können.

Natürlich ist es prinzipiell einfacher Pauschalen zu vereinbaren, um sich einerseits den administrativen Aufwand einer genauen Ver- und Abrechnung zu ersparen[419] und andererseits auch besser kalkulieren zu können, mit welchen Ausgaben ein Unternehmer rechnen muss. Nach einstimmiger Lehre kann der Aufwandersatz auch pauschal abgerechnet werden.[420] Die Pauschale versteht sich in diesem Zusammenhang als geschätzter Gesamtbetrag für die Abdeckung von Mehraufwendungen.[421] So hält der OGH pauschalierten Aufwandersatz explizit für zulässig.[422] Es ist für ein Unternehmen sehr angenehm, wenn man genau voraussagen kann, welchen Tagessatz es pro Arbeitnehmer für eine Übernächtigung zu zahlen hat. Nichts desto trotz wurde oben aufgezeigt,[423] dass aber genau zwischen Entgelt und Aufwandersatz differenziert werden muss, da sich eben unterschiedliche Rechtsfolgen an die jeweiligen Institute knüpfen. Oftmals wird aber auch

[416] OGH 01.08.2012 1 Ob 244/11f.
[417] Zur genaueren Differenzierung s *Weilinger/Knauder* in *Weilinger* (Hrsg), Kommentar zum Zahlungsdienstegesetz § 27 Rz 8.
[418] Vgl *Runggaldier/Schima*, Manager-Dienstverträge[3] 81.
[419] Vgl auch *Krejci*, Zum Entwurf einer Vereinsgesetznovelle 2011 über die Haftungsbefreiung ehrenamtlicher Organwalter, GES 2011, 372 (383).
[420] Vgl für viele: *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel* (Hrsg), Arbeitsrecht II[6] 69; *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, § 1152 ABGB Rz 18.
[421] Vgl *Pfeil* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB V[4] § 1152 Rz 8.
[422] OGH 05.04.2000 9 ObA 25/00t.
[423] S unter Pkt 2.2.2.

ein einheitlicher Pauschalbetrag gewährt, welcher aus echtem Entgelt und reiner Spesenvergütung besteht.[424]

Ist die sog „Aufwandentschädigung" aber höher als die tatsächliche finanzielle Belastung des Arbeitnehmers, so liegt hinsichtlich des übersteigenden Teils Entgelt vor.[425] Genau hier kommt das Problem von Pauschalvergütungen zum Vorschein: Um festzustellen, ob die Pauschale nur einen gewissen Teil des Aufwandes abdeckt, oder diesen überschreitet, muss ohnehin festgestellt werden, wie hoch die Belastung des Arbeitnehmers exakt ist. *Krejci* ist zuzustimmen, wenn er schreibt, dass auch bei der Vereinbarung einer Pauschale Aufwandersatz solange vorliegt, als im Durchschnitt die konkreten Aufwendungen der Pauschale entsprechen. [426] Ob eine Abrechnungsverpflichtung vereinbart wird oder nicht, ändert nichts daran, dass beim Übersteigen der tatsächlichen Aufwendungen Entgelt vorliegt.[427] *Krejci* wirft vollkommen zu Recht die Frage auf, ob bereits Entgelt vorliegt, wenn der Vereinsvorstand die Aufwandspauschale erhält, die keiner Abrechnung bedarf.[428] Der OGH[429] tendiert dazu die pauschalen Leistungen eher als Entgelt und seltener als Aufwandersatz zu qualifizieren.[430] In einem solchen Fall muss man wohl die Aufwendungen möglichst genau abschätzen und in weiterer Folge den übersteigenden Teil als Entgelt qualifizieren, sodass der Vereinsvorstand als entgeltlich tätig zu betrachten ist. Insgesamt halte ich es zwar für einen theoretisch denkbaren Ansatz zu behaupten, dass ein pauschalierter Aufwandersatz auch ohne konkrete Abrechnung möglich ist,[431] aber wie gerade gezeigt, bedarf es offenbar doch einer konkreten Abrechnung um den Vergleich überhaupt anstellen zu können. Sofern sich die tatsächlichen Aufwendungen und die Pauschale ausgleichen, was mE nicht im selben Monat stattfinden muss, hat der Aufwandersatz keinen Entgeltcharakter, auch wenn der ausbezahlte Teil kurzfristig über den tatsächlichen Aufwendungen liegt. Insofern könnte man jeweils von einer Akontozahlung ausgehen, die sich dann mit dem jeweiligen anderen Posten ausgleicht.

---

[424] Vgl *Gerlach* in in *Marhold/Burgstaller/Preyer* (Hrsg), AngG § 12 Rz 11.
[425] Vgl *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel* (Hrsg), Arbeitsrecht II[6] 69; *Kemetter*, Der Aufwandersatz im Arbeits-, Sozial- und Steuerrecht, ecolex 2008, 254 (255).
[426] *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1152 Rz 17; *Pfeil* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB V[4] § 1152 Rz 8.
[427] Vgl *Burgstaller/Schorn*, Entgelt ist nicht gleich Entgelt, ZAS 2013, 99 (100).
[428] Vgl *Krejci*, Zur Haftungsbefreiung von Vereinsorganen, ecolex 2012, 560.
[429] OGH 08.05.1979 4 Ob 35/79 = ZAS 1980/12, 99 (*Tomandl*); OGH 15.06.1988 9 ObA 115/88.
[430] Vgl *Pfeil* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB V[4] § 1152 Rz 8; *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, § 1152 ABGB Rz 19.
[431] So *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, § 1152 ABGB Rz 19.

Dass das Thema der Pauschalvergütungen nicht nur im klassischen Arbeitsrecht von Relevanz ist, kann dadurch belegt werden, dass sich bspw in den Erläuterungen zur RV der VerG-Nov 2011[432] ein Hinweis auf die Pauschalvergütung fand, die wie folgt lautet: „Von unentgeltlichem Handeln ist auch dann auszugehen, wenn der Organwalter eine Aufwandsentschädigung erhält, die im Wesentlichen dem tatsächlichen entstandenen Aufwand entspricht (etwa Portospesen, Reisekosten). Die Aufwandsentschädigung kann auch angemessen pauschaliert sein.“. Richtig an dieser Erklärung ist, dass zwischen Entgelt und Aufwandersatz zu differenzieren ist. Jedoch ist es mE höchst fragwürdig, dass die Regierung und in weiterer Folge[433] der Gesetzgeber hier offenbar zu Ungenauigkeit aufrufen und ermutigen das Vereinsvermögen „Daumen mal pi“ auszugeben und abzurechnen, da es offenbar schon in Ordnung sei, wenn die Pauschale „im Wesentlichen“ den tatsächlichen Aufwendungen entspricht. Dem ist vehement entgegenzutreten, da es zutiefst im Widerspruch zum Handeln eines ordentlichen Organwalters stehen würde, wenn er die Finanzen des Vereins ungenau verwalten und sich darüber hinaus durch sein Verhalten der Haftung aussetzen würde.[434] Es darf auch nicht vergessen werden, dass es sich bei den Vereinsfinanzen um die Verwaltung fremden Vermögens handelt und gerade dieses streng verrechnet werden muss. Andernfalls könnte man in der Folge auch auf eine genaue Rechnungsprüfung verzichten, wenn die Kassa „im Wesentlichen“ ordnungsgemäß geführt wäre. Ich denke nicht, dass dies im Sinn des Gesetzgebers, der Regierung oder der Vereinsmitglieder wäre.

Dies führt unweigerlich zur Frage, welche Rechtsfolge eintritt, sofern die Pauschale im umgekehrten Fall den tatsächlichen Aufwand des Arbeitnehmers nicht abdeckt. Erhält also der Arbeitnehmer seine Ausgaben nicht gänzlich ersetzt, könnte man uU davon ausgehen, dass der Arbeitnehmer durch die Vereinbarung der Pauschale konkludent auf einen darüberhinausgehenden Teil des Aufwandersatzes verzichtet. Dem ist aber entgegenzuhalten, dass dann der Arbeitnehmer das wirtschaftliche Risiko für erhöhte Aufwendungen zu tragen hätte und dieser Verzicht – sofern er ex ante (etwa beim Abschluss des Dienstvertrages) geschieht – gegen die guten Sitten verstoßen würde und in der

[432] ErläutRV 1503 BlgNR 24. GP 3.
[433] Aufgrund der Übernahme der RV.
[434] Vgl hierzu die Ausführungen zur Haftung des Vereinsvorstandes unter Pkt 3.2.1.

Konsequenz gem § 879 (1) ABGB nichtig wäre.[435] Da unter dem Aufwandersatz durch das Unternehmen veranlasste Mehrkosten zu verstehen sind, sind diese dem Unternehmen zuzurechnen und auch von diesem zu bezahlen.

In der Arbeitswelt stößt man aber vor allem auch bei den sog „All-in-Verträgen" auf eine Pauschalabgeltung des Entgelts für Arbeitnehmer. Durch diese All-in-Vereinbarung sollen sämtliche Mehrleistungen, wie Wochenend- und Nachtarbeit, durch eine Pauschalentgeltsumme abgegolten werden.[436] All-in-Verträge kommen häufig bei leitenden Angestellten und Führungskräften, aber auch in der mittleren Führungsebene und bei überdurchschnittlich qualifizierten Beschäftigungsgruppen vor.[437] Die Inklusivverträge, welche sich auf Mehrarbeits- und Überstundenpauschalen/Mehrleistungspauschalen beziehen, verfolgen durch die Pauschale entlohnungsrechtliche und abrechnungstechnische Vereinfachungszwecke.[438] Sofern die geleistete Arbeit aber in Relation zur „All-in-Entlohnung" unter das kollektivvertragliche Mindestentgelt herab sinkt, steht dem Arbeitnehmer ein Nachverrechnungsanspruch zu.[439] Nachdem das Problem offenbar oft in einer undeutlichen Aufschlüsselung zwischen dem Grundlohn und der pauschalen Entlohnung der Mehrarbeit besteht, sollen durch das aktuelle Regierungsprogramm künftig Regelungen geschaffen werden, die für mehr Transparenz hinsichtlich der ziffernmäßigen Ausweisung des Grundlohns sorgen.[440] Durch die All-in-Verträge, kommt es bei den meisten betroffenen Arbeitnehmern zu einer höheren Gesamtbelastung und die Regelarbeitszeit von 40 Stunden pro Woche, wird oft überschritten.[441] Von der Judikatur werden All-in-Klauseln zudem stets nur dann als zulässig erachtet, wenn für den Arbeitnehmer nachvollziehbar ist, welcher Teil des All-in-Gehalts für die Normalarbeitszeit gebührt und welcher Teil zur Deckung von Überstunden dient.[442] Auch die Vereinbarung von Überstundenpauschalen ist hier geläufig, wobei zu beachten ist, dass sofern der Arbeitnehmer mehr Überstunden

[435] So wohl auch der OGH 19.12.2002 8 ObA 129/02g, wobei dieser von einer Nichtigkeit nach § 879 (3) ABGB ausgeht; aA offenbar *Gerlach* in in *Marhold/Burgstaller/Preyer* (Hrsg), AngG § 10 Rz 45.
[436] Vgl *Gahleitner*, Ausgewählte Rechtsfragen zu Beziehung zwischen Arbeitszeit und Entgelt, RdA 2012, 123 (125).
[437] Vgl *Dimmel*, Vertrauensarbeitszeit – Arbeiten ohne Ende, RdA 2012, 86 (87).
[438] Vgl *Schneller*, Gleitzeit und pauschale Abgeltung von Mehrarbeit - All-In-Verträge, Überstundenpauschalen, ecolex 2013, 647 (647 f).
[439] Vgl *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen[8] 128.
[440] Vgl *Rath*, Arbeits- und Sozialrecht im Regierungsprogramm 2013 bis 2018, ASoK 2014, 27 (28).
[441] Vgl *Dimmel*, Vertrauensarbeitszeit – Arbeiten ohne Ende, RdA 2012, 86 (87).
[442] *Pallwein-Prettner*, OGH senkt Anforderungen an "All-in Vereinbarungen", wirtschaftsanwaelte.at/ogh-senkt-anforderungen-an-all-in-vereinbarungen/.

leistet, als von der Pauschale gedeckt sind, er das Entgelt für die durch die Pauschale nicht abgegoltenen Überstunden nachträglich in Rechnung stellen kann.[443]

Ein Grundproblem der All-in-Verträge ist, dass das Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung im Arbeitsvertrag immer weniger vorhersehbar wird.[444] Dadurch können sich Probleme bei den All-in-Verträgen einerseits – wie oben erwähnt – durch die unklare Aufschlüsselung der Pauschale zwischen Grundgehalt und Abgeltung des Mehraufwandes ergeben. Sofern keine genaue Erklärung erfolgt ist, wird man wohl auch hier die Zweifelsregel des § 1152 ABGB heranzuziehen haben und den Gesamtlohn in das (verhältnismäßige) angemessene Entgelt[445] und die Pauschale für die Mehraufwendungen teilen müssen. Der OGH entschied, dass bei einem vereinbarten Gesamtlohn, die Grenze der Zulässigkeit im Lohnwucher zu finden sei.[446]

Andererseits könnte ein Problem darin bestehen, dass eine Kombination eines All-in-Vertrages vorliegt, der sowohl das Grundgehalt, die Mehrleistungen, aber auch den Aufwandersatz umfassen soll. Hier wäre mE die Summe zwischen einem Entgeltbestandteil (Grundlohn plus Mehrleistungen) und dem Aufwandersatz zu unterscheiden. Sofern jener Teil der Pauschale, welcher inhaltlich dem des Aufwandersatzes entspricht, nicht ausreicht um die tatsächlichen Auslagen zu decken, besteht auch hier ein Rückersatzanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber. Dies ergibt sich mE daraus, da streng zwischen Entgelt und Aufwandersatz zu differenzieren ist und eine Vermengung der Entgeltpauschale mit der Aufwandersatzpauschale nicht die Konsequenz nach sich ziehen darf, dass der Arbeitnehmer den übersteigenden Teil des Aufwandersatzes von seinem eigenen Lohn zu zahlen hat. Eine derartige Vereinbarung wäre gem § 879 (1) ABGB sittenwidrig und somit nichtig.

[443] Vgl *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen[8] 128.
[444] *Gahleitner*, Ausgewählte Rechtsfragen zu Beziehung zwischen Arbeitszeit und Entgelt, RdA 2012, 123 (125).
[445] Das angemessene Entgelt bezieht sich dann hier nicht auf die Branche, sondern lediglich auf den konkreten Dienstvertrag, welcher mit ähnlichen im selben Unternehmen zu vergleichen ist.
[446] OGH 02.02.1994 9 ObA 364/93 = ecolex 1994, 420 = ARD 4586/17/94.

3. Zur Haftung des Vereinsvorstandes nach § 24 VerG

Bevor auf die speziellen Haftungsbestimmungen des Vereins und dessen Organwalter eingehen ist, sollen ganz grob die wesentlichen und relevanten allgemeinen Bestimmungen des Vereins aufzeiget werden, um einen Überblick über dessen Struktur zu skizzieren und so einen Vergleich zu den Kapitalgesellschaften und Genossenschaften ziehen zu können. Anschließend soll genau auf die Haftungsbestimmungen des Vereinsrechts eingegangen werden.

3.1. Zur Organisation des Vereins und zur Bestellung des Vereinsvorstandes

In diesem Kapitel interessiert insbesondere wie der Verein grundsätzlich aufgebaut ist, da später ein Vergleich mit den Kapitalgesellschaften und Genossenschaften gezogen werden soll. Besonderes Augenmerk soll hierbei auf die Bestellung, Geschäftsführung und Vertretungsbefugnis des Vereinsvorstandes gelegt werden.

3.1.1. Grundlegendes

Gem § 1 VerG[447] ist ein Verein ein freiwilliger, auf Dauer angelegter, auf Grund von Statuten organisierter Zusammenschluss mindestens zweier Personen, die einen bestimmten, gemeinsamen, ideellen Zwecks verfolgen. Der Zusammenschluss dient der Vereinfachung des gesetzten Zieles, welches durch Arbeitsteilung und Koordination erreicht werden soll.[448] Der Verein besteht somit zwingend aus mindestens zwei Mitgliedern, wobei diese auch juristische Personen sein können. Ein „Einpersonenverein“ kann nicht existieren.[449] Die Gemeinsamkeit für das Erreichen des Vereinswecks ergibt sich durch den Zusammenschluss, welcher generell im Gesellschaftsrecht bekannt ist. Diesen finden wir beispielsweise auch bei

[447] BGBl I 2002/66.
[448] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 1 Rz 4.
[449] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 1 Rz 3.

der GesbR wieder.[450] Der Zweck des Vereins ergibt sich aus seinen Statuten, wobei eben erst durch diese die Organisationsstruktur und das ideologische Ziel genauer dargelegt werden. Es ist erforderlich, dass der Zweck möglichst genau umschrieben wird, da im sonstigen Fall die Vereinsstatuten gesetzwidrig wären.[451]

Hinsichtlich der Erlaubtheit des Vereinszwecks gibt es Grenzen zu beachten: Zuerst muss sich in den Statuten der ideelle Zweck wieder finden. Dieser bildet den wesentlichen Unterschied zu anderen Formen im Gesellschaftsrecht. Eine genaue Definition, was unter dem Begriff „ideell" zu verstehen ist, liefert das Gesetz nicht. In § 1 (2) VerG wird lediglich darauf hingewiesen, dass der Verein nicht auf Gewinn ausgerichtet sein darf.[452] Der Begriff darf nicht mit der „Gemeinnützigkeit" im steuerrechtlichen Sinn verwechselt werden.[453] Dies muss aber noch lange nicht bedeuten, dass der Verein kein Unternehmer ist, denn gem § 1 (2) UGB kann die Unternehmereigenschaft durchaus auch gegeben sein, wenn keine Gewinnerzielungsabsicht vorhanden ist.[454] (Näheres zum Verein als Unternehmer siehe unter Pkt 3.1.2.). Der ideelle Zweck kann vielseitig sein: darunter fallen etwa auch die in der Praxis weitreichenden Tätigkeiten, wie etwa die Vertiefung und Förderung von Kultur, das Erleichtern von Austauschprogrammen, die Vertiefung politischer Diskussionen, bis hin zur Interessensvertretung. So findet etwa der organisierte Sport in Österreich fast ausschließlich in Vereinen statt.[455] Gemeinsam ist all jenen Vereinen, dass sie einer Gemeinschaft – wenn auch nur einem bestimmten Personenkreis[456] und nicht allen in Österreich lebenden Personen – etwas Gutes tun wollen und dabei keinen Gewinn anstreben.

Vereine sind generell eigennützig, da sie die Mitglieder fördern sollen, was nicht zuletzt zu einem Spannungsverhältnis der Gesellschaftsformen führen kann. Da nämlich genau die Förderung ihrer Mitglieder das ausdrückliche Ziel einer Genossenschaft gem § 1 (1) GenG[457] ist, kommt die Genossenschaftsform dem Verein hier sehr nahe. Der wesentliche Unterschied ist wohl die Gewinnorientierung der Genossenschaft, wobei an dieser Stelle anzumerken ist, dass § 1 (3) VerG ausdrücklich bestimmt, dass ein Verein nicht gegründet

[450] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 87.
[451] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 1 Rz 6.
[452] Vgl *Lachmair*, Der Verein als Unternehmensform 1.
[453] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 1 Rz 22.
[454] Vgl *Straube* in *Straube* (Hrsg), UGB (I[4]) § 1 Rz 67.
[455] *Reisinger*, Vereinsrecht 1.
[456] Darunter sind in der Regel die Vereinsmitglieder zu verstehen.
[457] RGBl 1873/70.

werden kann, sofern zwingend eine andere Gesellschaftsform zu wählen ist. Dies gilt wohl explizit für den Fall, dass man einerseits die Förderung seiner Mitglieder anstrebt,[458] und andererseits auf Gewinn ausgerichtet ist. Umgekehrt kann nicht ausgeschlossen werden, dass auch andere Gesellschaftsformen, wie etwa GmbHs einen ideellen Zweck verfolgen. Der wesentliche Unterschied ist allerdings, dass der Verein nur zu ideellen Zwecken gegründet werden darf, was sich nicht zuletzt bei der steuerrechtlichen Behandlung widerspiegelt. Des Weiteren wird die Erlaubnis des Vereinszwecks durch die Sittenwidrigkeitskontrolle iSd § 879 ABGB begrenzt. Es ist mE ganz logisch – und verdient somit keiner Vertiefung –, dass gesetz- und sittenwidrige Zwecke durch die Vereinsbehörde zu unterbinden sind.[459] Als Beispiele seien etwa ein Verein zum Verstoß gegen das UWG oder zur Pflege rechtsradikalen Gedankenguts angeführt. Allerdings werden wohl die wenigsten Vereinsgründer so ungeschickt agieren und den illegalen Zweck in die Statuten aufnehmen. ME geschehen solche Aktionen zwar organisiert, aber sicherlich ist es schon gar nicht zulässig, wenn dies in einer gesellschaftsrechtlichen Form passiert, die der Behörde angezeigt wird.

Gem § 1 (2) S 2 VerG darf das Vereinsvermögen nur im Sinne des Vereinszwecks verwendet werden. Der Verein benötigt allerdings für die Erreichung seines Zwecks gewisse finanzielle Mittel. Diese setzen sich gewöhnlicher Weise aus Mitgliedsbeiträgen, Spenden, Förderungen, Veranstaltungserlösen und Beitrittsgebühren zusammen, welche nach § 3 (2) 4 VerG in den Statuten angeführt sein müssen.[460] Zusammenfassend kann hinsichtlich des ideellen Zwecks gesagt werden, dass dieser grundsätzlich gegeben ist, sofern kein Gewinn angestrebt wird, wobei die Statuten im Einzelfall geprüft werden müssen, ob die angestrebten Tätigkeiten zur Verwirklichung des ideellen Zwecks dienen. Eine zweckwidrige Verwendung des Vereinsvermögens stellt einen Verstoß gegen den ideellen Zweck dar und kann zu einer schadenersatzrechtlichen Haftung führen.

Nachdem der Verein eine rechtsfähige[461] juristische Person ist, selbst aber keinen Willen bilden kann, bedarf es Organe, die für ihn handeln. § 5 (1) VerG legt fest, dass sich in den Statuten jedenfalls Bestimmungen für Organe zur gemeinsamen Willensbildung, als auch zur Führung der Vereinsgeschäfte und zur Vertretung nach außen, finden müssen. Der Ausdruck

[458] Dieses Phänomen ist wohl allen Gesellschaften gemein. Auch eine GmbH, OG, KG, AG etc streben einen Gewinn an und dienen somit zumindest mittelbar der Förderung der Gesellschafter.
[459] Vgl *Lachmair*, Der Verein als Unternehmensform 6.
[460] Vgl *Lachmair*, Der Verein als Unternehmensform 6.
[461] Seit dem VerG 2002 nun ausdrücklich in § 1 (1) S 2 geregelt.

„Vereinsorgane“ bezieht sich somit auf die Mitgliederversammlung, als auch auf das Leitungsorgan.[462] In der Mitgliederversammlung erfolgen die grundsätzliche Willensbildung, sowie die Information im Rahmen von regelmäßigen Zusammenkünften.[463] Die Mitgliederversammlung entspricht in ihren Grundzügen ungefähr der Struktur von Hauptversammlung oder Generalversammlung. Die Mitgliederversammlung ist das oberste Willensbildungsorgan des Vereins[464] und ist für „Grundlagengeschäfte“, wie etwa die Neufassung oder Änderung von Statuten, die Wahl des Leitungsorgans, oder die Auflösung des Vereins zuständig. Seit der Vereinsgesetz-Novelle 2011[465] beträgt die maximale Frist für die Abhaltung einer Mitgliederversammlung fünf Jahre.[466] Bei sehr großen Vereinen kann es durchaus sinnvoll sein, eine Delegiertenversammlung mit der Willensbildung zu beauftragen. Dieses Repräsentationsorgan ist gem § 5 (2) VerG ausdrücklich erlaubt, allerdings in keiner Form verbindlich.[467] Mindestens ein Zehntel aller Mitglieder kann vom Leitungsorgan die Einberufung einer Mitgliederversammlung verlangen.[468] Dies kann uU für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen von Relevanz sein.[469]

Das zweite in § 5 VerG bezeichnete und somit erforderliche Organ, ist das Leitungsorgan, welches gem § 5 (3) VerG aus mindestens zwei Personen bestehen muss. Der somit zwingende mehrgliedrige Vorstand unterscheidet sich deutlich vom Kapitalgesellschaftsrecht, wo auch eingliedrige Vorstände möglich sind.[470] Aufgrund des Kontrolldefizits und mE auch aufgrund der fehlenden Kapitalaufbringungs- bzw Kapitalerhaltungsvorschriften, halte ich das „Vier-Augen-Prinzip“ für rechtspolitisch absolut vertretbar.[471] Auch wenn eine Gesamtgeschäftsführung bzw -vertretung von zwei gleichberechtigten Vorständen die konsequenteste Weise der Verwirklichung des Vier-Augen-Prinzips wäre, so ist doch richtiger Weise davon auszugehen, dass das ideelle und meistens unentgeltliche Engagement nicht überstrapaziert werden darf.[472] In der Praxis sind zahlreiche Vereine froh, wenn sich jemand bereit erklärt als Obmann bzw Kassier zu agieren.

[462] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 5 Rz 1 f.
[463] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 5 Rz 7.
[464] Vgl *Keinert*, Funktion und Kompetenzen der Mitgliederversammlung des Vereins, wbl 2011, 637 (638).
[465] BGBl I 2011/137.
[466] Vgl *Schürz*, Vereinsgesetznovelle 2011, Zak 2012, 4.
[467] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 5 Rz 8 ff.
[468] Geregelt in § 5 (2) letzter Satz VerG.
[469] Siehe dazu Pkt 3.1.2.1.
[470] Vgl § 70 (1) AktG bzw § 15 (1) GmbHG.
[471] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 5 Rz 18 ff.
[472] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 5 Rz 19 ff.

Eine Aufteilung der Aufgaben innerhalb des Leitungsorgans ist zulässig und auch gängige Praxis. So zeichnen beispielsweise etwa bei finanziellen Angelegenheiten oft der Obmann und der Kassier gemeinsam. Dies dient der Verwirklichung des Vier-Augen-Prinzips iSd § 5 (3) VerG und ist auch für die Einhaltung der Überwachungspflichten bei einer Ressortverteilung[473] für eine uU folgende Haftung relevant. Die Geschäftsaufteilung muss entweder in der Satzung niedergeschrieben sein oder von der Mitgliederversammlung beschlossen werden.[474] Anderenfalls hat die „interne Vereinbarung" über eine Ressortverteilung zwischen dem Vorstand, keine Auswirkungen im Sinne einer Haftungserleichterung.

Zu Mitgliedern des Leitungsorgans dürfen nur natürliche Personen bestellt werden. Dies ist meiner Meinung nach logisch, da juristische Personen bzw deren Organe eben natürlicher Personen bedürfen, die für sie den Willen bilden. Gem § 6 (1) VerG ist im Zweifel[475] Gesamtgeschäftsführung innerhalb des Leitungsorgans vorgesehen.[476] Zur Geschäftsführung gehört die Besorgung der laufenden Vereinsgeschäfte, wie die Maßnahmen von organisatorischer, finanzieller und personeller Art.[477] Zu den Aufgaben des Leitungsorgans zählen aber auch die Vertretung des Vereins nach außen, die Einberufung der Mitgliederversammlung gem § 5 (2) VerG, die Meldung und Bekanntgabe von Änderungen an die Behörde gem §§ 11, 14 VerG, oder die Budgetierung bzw Rechnungslegung gem § 21 VerG.[478] Bei der Entscheidungsfindung gilt grundsätzlich die einfache Stimmenmehrheit. Bei einem zweigliedrigen Leitungsorgan muss somit stets Einstimmigkeit herrschen. Ratsam für die Praxis wäre es somit ein Leitungsorgan mit einer ungeraden Personenanzahl vorzusehen um eine eventuelle Pattsituation zu vermeiden, wobei dies selbstverständlich von der Größe des Vereins abhängig sein wird. Eine weitere Möglichkeit wäre die Einräumung eines Dirimierungsrechts an den Obmann, der somit bei Stimmengleichheit die ausschlaggebende Stimme hat. Sollten wirklich ganz gravierend unterschiedliche Ansichten bezüglich der Geschäftsführung bestehen, so treffen den „überstimmten" Geschäftsführer uU besondere Warnpflichten, die er zB auch in der Mitgliederversammlung kundzutun, oder eine ebensolche einzuberufen hat. Eine durchaus andere Möglichkeit ist die Festlegung in den

[473] Für genauere Regelungen zur Ressortverteilung siehe unter Kap 4.5.2.
[474] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 5 Rz 23 ff.
[475] Soweit die Statuten also nichts anderes bestimmen.
[476] Vgl *Reisinger*, Vereinsrecht 40.
[477] *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 5 Rz 27 ff.
[478] Vgl auch *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 5 Rz 32.

Statuten auf das Einstimmigkeitsprinzip der Geschäftsführung. Sollten sich die Vorstände hinsichtlich der Geschäftsführungsmaßnahmen nicht einigen können, hat die Handlung zu unterbleiben. Generell ist der Vorstand gegenüber der Mitgliederversammlung jedoch weisungsgebunden.[479] Zu den Auswirkungen hinsichtlich der Haftung bei unterschiedlichen Ansichten bei der Geschäftsführung siehe Pkt 4.5.3.

§ 6 (2) VerG sieht bezüglich der Vertretung des Vereins nach außen vor, dass Gesamtvertretung anzunehmen ist, sofern die Statuten nichts anderes bestimmen. Wie in vielen anderen Gesellschaftsformen nimmt das Gesetz im Zweifel von einer Einzelvertretungsbefugnis Abstand und ordnet somit Gesamtvertretung an.[480] Ebenso wie *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*[481] bin ich der Meinung, dass aufgrund des Vier-Augen-Prinzips eine Vertretung durch mindestens zwei Organwalter, sinnvoll und konsequent wäre, auch wenn sich dies nicht unmittelbar aus dem Gesetz ableiten lässt. Eine Beschränkung der organschaftlichen Vertretung auf gewisse Geschäfte ist aufgrund der „Formalvollmacht"[482] unzulässig.[483] Anderslautende Bestimmungen in der Satzung wären von der Vereinsbehörde zu unterbinden bzw sofern es sich um Beschlüsse der Mitgliederversammlung handelt, sind diese meiner Meinung nach uU auf die Geschäftsführung umzudeuten. Ein Beschluss der Mitgliederversammlung über eine Beschränkung der Geschäfte kann nach außen hin keine Gültigkeit erlangen.

Das VerG schreibt nicht vor in welcher Form das Leitungsorgan zu bestellen ist. § 3 (2) 8 VerG bestimmt lediglich, dass in den Statuten Regelungen über die Art der Bestellung, sowie die Dauer der Funktionsperiode enthalten sein müssen. Die Musterstatuten des BMI[484] sehen vor, dass der Vorstand von der Generalversammlung gewählt wird. Dies entspricht dem Prinzip der Wahl des Geschäftsführers bei der GmbH.[485] Es ist durchaus möglich auch ein Gremium zu bestimmen, welches den Vorstand wählt. Dieses Prinzip entspricht der Wahl des Vorstandes bei der AG durch den Aufsichtsrat.[486] Auch die Wahl von einer durch die Statuten festgelegten Anzahl an Personen, die den Vorstand bilden und aus deren Mitte der

[479] Vgl *Lachmair*, Der Vorstand im Verein, RdW 2004, 78.
[480] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 6 Rz 7.
[481] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 6 Rz 11.
[482] Hierunter ist die organschaftliche Vertretungsmacht zu verstehen.
[483] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 6 Rz 18 f.
[484] bmi.gv.at/cms/BMI_Vereinswesen/gruendung/Statuten.aspx (30.06.2012).
[485] Vgl § 15 (1) GmbHG.
[486] Vgl § 75 (1) AktG.

Obmann zu bestellen ist, wäre denkbar. Darüber hinaus könnte das Leitungsorgan theoretischer Weise auch durch einen Dritten ausgewählt werden. Diese Konstruktion halte ich allerdings für praxisfern und nicht besonders praktikabel, da man so uU Personen in den Vorstand wählen könnte, die mit dem Verein nichts zu tun haben und den Vereinsmitgliedern nicht passen. Somit wird die ganze Entscheidungsgewalt über die Organe und in weiterer Folge auch über die Verwaltung des Vereinsvermögens in die Hand von Personen gelegt, die die Vereinsmitglieder im Rahmen der Mitgliederversammlung vielleicht nicht gewählt hätten. Aus dem Gesetz lässt sich ein derartiges Verbot allerdings mE nicht ableiten.

Die vorher aufgeworfene Konstruktion führt unweigerlich zur Frage, ob die Organwalter Vereinsmitglieder sein müssen oder auch „Fremde" zum Vorstand bestellt werden können. Grundsätzlich ist dies eine Frage, ob im Vereinsrecht das Prinzip von Selbst- oder Fremdorganschaft gilt. Nach *Gelbmann* ist im Vereinsrecht gänzlich von Fremdorganschaft auszugehen.[487] Diese Meinung ist mE richtig, da es eines Bestellungsaktes bedarf um den Verein vertreten zu können. Dies wirkt sich aber noch nicht unmittelbar auf die Frage aus, ob der einzelne Organwalter auch ein Vereinsmitglied sein muss. Meiner Meinung nach gilt im Vereinsrecht ein „gemildertes Prinzip" der Fremdorganschaft iwS[488]. Es wäre daher für den Verein von Vorteil, wenn der Organwalter selbst Mitglied des Vereins ist, da er so die Interessen des Vereins nach bestem Gewissen fördern wird. Dies kann mE aus der starken persönlichkeitsbezogenen Vereinsstruktur abgeleitet werden. Eine Bestellung von Vereinsfremden ist aber möglich, da das VerG keine entgegenstehende Regelung vorsieht. Einer anderen Ansicht nach,[489] ist die Bestellung Dritter und somit Außenstehender vollkommen unproblematisch und es besteht offenbar auch kein Bedürfnis den Vorstand aus Mitgliedern des Vereins zu bilden. Eine Regelung iSd § 15 (1) GenG, wonach der Vorstand aus Mitgliedern der Genossenschaft gebildet werden muss, ist dem Vereinsrecht zugegebener Maßen fremd. Man kann wohl auch davon ausgehen, dass ein Dritter, der zustimmt eine Organfunktion zu übernehmen, auch bereit sein wird, in den Verein einzutreten. Allerdings könnten auch hier gewisse Gründe, wie etwa die Bezahlung des Mitgliedsbeitrages entgegenstehen.

[487] Vgl *Gelbmann*, Die Organe des ideellen Vereins, JAP 2003/2004, 86.
[488] Hierunter ist mE zu verstehen, ob das Organ von einer „fremden" Person ausgeführt werden kann, also jemandem, der nicht Mitglied des Vereins ist.
[489] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 3 Rz 109.

Unstrittig ist in diesem Zusammenhang, dass Abschluss- oder Rechnungsprüfer nicht Mitglieder des Vereins sein müssen.[490] Es kann sogar ein Vorteil sein, wenn der Rechnungsprüfer mit den gewöhnlichen Geschäften nicht vertraut ist, um so dessen gem § 5 (5) VerG geforderte Unabhängigkeit bei der Rechnungsprüfung besser garantieren zu können.[491] Als plakatives Beispiel sei hier angeführt, dass der Rechnungsprüfer Vereinsmitglied ist und somit auch ein Mitbestimmungsrecht bei der Mitgliederversammlung hat. Geht man nun auf der einen Seite davon aus, dass er bei wichtigen Beschlüssen mitstimmt, so scheint es doch ein wenig seltsam, dass er selbst dieses Geschäft im Nachhinein überprüfen soll. Auf der anderen Seite darf man die Anforderungen an einen Rechnungsprüfer eben nicht zu hoch stellen, da man nicht vergessen darf, dass der Verein einen ideellen Zweck verfolgt und dies gewisse Unschärfen bei der Objektivität der Rechnungsprüfung zulässt. Für große Vereine gelten gerade deswegen die strengeren Bestimmungen der §§ 5 (5) und 22 VerG. Auch darf nicht übersehen werden, dass die Haftungsbestimmungen generell einen präventiven Effekt haben, da ein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten zu Schadenersatzpflichten führt.

Fraglich ist auch, ob das Gesetz hinsichtlich der Dauer der Übernahme von Vereinsfunktion Beschränkungen setzt. Dies gilt sowohl für die Dauer einer Periode, als auch die Anzahl der Wiederwahl für ebendiese Funktionen. Nachdem das Gesetz in § 5 VerG nur Aussagen über die Dauer von Aufsichtsorganen und Rechnungsprüfern trifft, ist davon auszugehen, dass es e-contrario in der Privatautonomie der Mitglieder liegt, die Dauer einer Funktionsperiode festzulegen. Diese muss aber gem § 3 (2) 8 VerG in den Statuten niedergeschrieben werden. Auch das Abhängigmachen der Dauer von einer eintretenden Bedingung im Sinne einer Resolutivbedingung[492] wäre theoretisch denkbar. Grundsätzlich wäre auch eine unbefristete Bestellung möglich, wobei dies in der Praxis zu Problemen mit der Vereinsbehörde führen wird.[493] Nachdem dem Vereinsgesetz eine Bestimmung wie etwa § 75 (1) AktG und somit eine explizite Beschränkung der Bestellungsdauer fehlt, kann e-contrario davon ausgegangen werden, dass dies vom Gesetzgeber auch nicht gewollt ist. Dies bestätigt auch der OGH in

[490] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 3 Rz 109.
[491] Für generelle Anmerkungen zur Unabhängigkeit siehe auch *Druey*, Unabhängigkeit als Gebot des allgemeinen Unternehmensrechts in FS P. Doralt 163.
[492] Näheres zur Resolutivbedingung siehe beispielsweise *Weilinger*, Privatrecht[4] 121.
[493] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 3 Rz 102.

seiner E[494] zum GmbH-Geschäftsführer, dass sofern keine ausdrückliche Vorschrift existiert, eine unbefristete Bestellung zulässig ist. Das trifft meiner Meinung nach auch genauso auf den Verein zu.

3.1.2. Zum Verein als Unternehmer

In Österreich existieren derzeit (Stand Ende 2013) 120.168 eingetragene Vereine.[495] Die Anzahl und somit auch die (wirtschaftliche) Bedeutung der Vereine sind seit 1960[496] enorm gestiegen.[497]

Bevor auf die besondere Rolle des Vereins als Unternehmer eingegangen wird, soll ein ganz kurzer Überblick über den Begriff des Unternehmers geben werden. Es existieren im österreichischen Unternehmensrecht vier Arten von Unternehmern: der Unternehmer kraft betriebenen Unternehmens iSd § 1 UGB, der Unternehmer kraft Rechtsform iSd § 2 UGB, der Unternehmer kraft Eintragung iSd § 3 UGB, sowie der nach hL anerkannte Scheinunternehmer kraft Auftretens.[498] Nachdem der Verein ausdrücklich nicht in § 2 UGB aufgezählt ist, kann ein Verein niemals Unternehmer kraft Rechtsform sein. Am häufigsten wird es vorkommen, dass ein Verein ein Unternehmen betreibt. Nachdem ein Unternehmen nach der Legaldefinition gem § 1 (2) UGB eine auf Dauer angelegte Organisation selbstständiger wirtschaftlicher Tätigkeit ist, kann dies durchaus auch auf den Verein zutreffen. Explizit wird in diesem Absatz darauf hingewiesen, dass die Tätigkeit nicht auf Gewinn gerichtet sein muss. Obwohl der Verein gem § 1 (2) VerG keinen Gewinn anstreben darf, heißt dies aber daher noch nicht, dass er nicht wirtschaftlich tätig werden kann. Es geht hier lediglich um die Gesamtbetrachtung, ob kein Gewinn angestrebt wird.[499]

Auch Vereine können regelmäßig am Markt auf eigene Rechnung auftreten, wenn sie Leistungen gegen Entgelt an Vereinsmitglieder oder Dritte anbieten. Unbedeutend hierbei

[494] OGH 16.06.2011 6 Ob 99/11v = ecolex 2011, 361.
[495] BMI, Vereinsstatistik 2013.
[496] Damals gab es 42.269 Vereine.
[497] Statistik Austria, Statistisches Jahrbuch 2013, 197.
[498] Vgl *Krejci*, Unternehemensrecht[5] 44 ff.
[499] S hierzu die Ausführungen zum Nebenzweckprivileg (insb in Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit bzw Unterordnung) unter Kap 3.1.2.1.

ist, ob die Preisgestaltung marktkonform ist.[500] Unregelmäßige oder in größeren zeitlichen Abständen stattfindende Vereinsveranstaltungen, wie etwa ein jährliches Feuerwehrfest, sind nicht unternehmerisch, da keine laufende Geschäftstätigkeit vorliegt.[501] Man wird aber auch hier hinsichtlich der Regelmäßigkeit auf den Einzelfall abstellen müssen, da umgekehrt eine durchgängige Tätigkeit[502] ebenso wenig gefordert ist um eine Unternehmereigenschaft zu begründen.[503] Allerdings liegt eine unternehmerische Tätigkeit vor, wenn die Tätigkeit regelmäßig ausgeübt wird, wie beispielsweise das Betreiben einer Kantine, in welcher Lebensmittel und Getränke verkauft werden. Die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit darf auch dafür benützt werden, um den Mitgliedern finanzielle Vorteile zu verschaffen.[504]

Bezüglich der Entgeltlichkeit der Leistung ist noch anzumerken, dass sofern der Verein seine Leistung gegen freiwillige Spenden erbringt, keine Unternehmereigenschaft vorliegt. Dies soll laut *Dehn* insbesondere dann gelten, wenn die Leistung an Vereinsmitglieder und deren Angehörige erbracht wird.[505]

ME falsch ist die Ansicht des Justizausschusses anlässlich der Beratung des KSchG zum Unternehmerbegriff, weil er davon ausgeht, dass kleine Idealvereine ohne einen organisatorischen Apparat[506] generell nicht als Unternehmer gelten sollen, da sie den Verbrauchern gleichstehen.[507] Meine Kritik stützt sich vor allem auf die Tatsache, dass die Unternehmereigenschaft größenunabhängig ist.[508] Sie kann bereits beim Einzelunternehmer vorliegen und sagt daher noch nichts darüber aus, ob ein Unternehmen betrieben wird. Darüber hinaus wird auch ein Verein immer eine gewisse Organisation besitzen, da beispielsweise zumindest ein Leitungsorgan existieren muss, der das Vereinsvermögen verwaltet. Weiters muss der Verein auch zwingend eine Mitgliederversammlung besitzen,

[500] Vgl *Dehn*, Der Unternehmer nach den §§ 1 ff UGB, ÖJZ 2006, 44 (48).
[501] Vgl *Dehn*, Der Unternehmer nach den §§ 1 ff UGB, ÖJZ 2006, 44 (48).
[502] Vgl *Dehn* in *Krejci* (Hrsg), RK UGB § 1 Rz 20.
[503] Vgl *Krejci*, Unternehemensrecht[5] 52.
[504] Vgl *Vögel/Egger/Steirer*, Der neue Verein 8.
[505] Vgl *Dehn*, Der Unternehmer nach den §§ 1 ff UGB, ÖJZ 2006, 44 (48).
[506] Zu hinterfragen ist auch, wie ein Verein ohne einen organisatorischen Apparat existieren kann. Nachdem der Verein auch schon vor der Schaffung des VerG 2002 über zumindest ein Leistungsorgan und ein Beschlussgremium haben musste (vgl § 4 (2) Z e und f VerG 1951; BGBl 1951/233), ist immer von einer gewissen Mindeststruktur auszugehen;
[507] AB 1223 BlgNR 14. GP 2; angesprochen wurde die Verneinung der Unternehmereigenschaft in *Dehn*, Der Unternehmer nach den §§ 1 ff UGB, ÖJZ 2006, 44 (48).
[508] Vgl *Dehn* in Krejci (Hrsg), RK UGB § 1 Rz 56; *Schummer*, Allgemeines Unternehmensrecht[8] 16.

die zumindest alle fünf Jahre einberufen werden muss.[509] Unter Organisation versteht man „ein von einer Personengruppe gebildetes Aktions- und Handlungssystem mit dem Zweck fortgesetzter Verfolgung eines relativ genau umschriebenen Zieles unter rationalem Einsatz zweckdienlicher Mittel“.[510] Zusammengefasst lässt sich in diesem Punkt sagen, dass von der Vereinsgröße alleine noch nicht auf die Unternehmereigenschaft geschlossen werden kann.

Theoretisch denkbar wäre auch eine Unternehmereigenschaft des Vereins nach § 3 UGB und somit aufgrund einer unrichtigen Eintragung im Firmenbuch. Voraussetzung hierfür wäre, dass der Verein zu Unrecht ins Firmenbuch eingetragen ist und der Verein unter einer Firma auftritt. Dies führt vorab unweigerlich zur Frage, ob ein Verein überhaupt ins Firmenbuch eingetragen werden kann. Nachdem es der hL[511] entspricht, dass Vereine durchaus Unternehmer sein können, ist nach gesetzlichen Bestimmungen für die Eintragung von Vereinen ins Firmenbuch zu suchen. Nachdem für den Verein nur § 2 Z 13 FBG zutreffend wäre, da er keiner der dort aufgezählten sonstigen Rechtsträger ist, bei welchem eine gesetzliche Eintragung vorgesehen ist, ist mE zu prüfen, ob sich eine Eintragungsoption auf § 8 UGB stützen kann. Ganz klar ersichtlich ist, dass Abs 1 nur natürliche Personen betrifft und der Verein auch nie nach § 189 UGB rechnungslegungspflichtig ist.[512] Einschlägig ist uU der zweite Satz des § 8 UGB, denn es ist zu prüfen, ob der Verein ein „anderer Einzelunternehmer“ ist. Der RV ist zu entnehmen, dass unter „anderen Einzelunternehmern“ auch unternehmerisch tätige Vereine zu verstehen sind, die explizit von der Eintragungsoption erfasst sein sollen.[513] Nach der hL darf man nicht rechnungslegungspflichtige Unternehmer somit unter „andere Einzelunternehmer“ subsumieren.[514]

Die Eintragungspflicht des Vereins in das ZVR gem § 16 VerG ist nicht deckungsgleich mit einer Eintragung ins Firmenbuch, wenngleich letztere grundsätzlich nicht für Vereine vorgesehen ist.[515] Es besteht nicht einmal für den unternehmerisch tätigen Verein eine

[509] Vgl § 5 (2) VerG.
[510] *Dehn* in Krejci (Hrsg), RK UGB § 1 Rz 21.
[511] Vgl *Dehn* in Krejci (Hrsg), RK UGB § 1 Rz 51; aA *Keinert*, Das neue Unternehmensrecht, 45 Rz 8.
[512] Den allgemeinen Rechnungslegungspflichten den § 189 UGB gehen nämlich immer die spezielleren Bestimmungen des § 22 VerG vor. Dies ergibt sich aus § 189 (3) UGB. So auch *Dehn*, Der Unternehmer nach den §§ 1 ff UGB, ÖJZ 2006, 44 (49).
[513] Vgl ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 11, 22.
[514] Vgl *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann* (Hrsg), UGB[2] § 8 Rz 5; *Told* in *Straube* (Hrsg), UGB (I[4]) § 8 Rz 14; *Krejci*, Unternehmensrecht[5] 49; *Ebner/Torggler* in *Torggler* (Hrsg), UGB Kommentar § 8 Rz 16.
[515] Vgl *Told* in *Straube* (Hrsg), UGB (I[4]) § 8 Rz 15.

Eintragungspflicht nach dem UGB.[516] Der oft benutzte Vergleich des ZVR mit dem Firmenbuch ist nämlich insofern nicht zutreffend, da das ZVR keinerlei Auskunft über Vermögen, Gründungsurkunden odgl des Vereins gibt. Sinnwidrig wäre meiner Meinung nach eine Subsumtion der Vorschriften über das ZVR unter § 8 (2) UGB als Sonderbestimmung für einen anderen Rechtsträger. Wie oben erwähnt ist die Eintragung in das ZVR nicht mit einer Firmenbucheintragung gleichzusetzen.

Insofern ist festzustellen, dass sich die hL eindeutig für eine Eintragungsoption des Vereins ins Firmenbuch ausspricht.[517] Da mE kein Grund zu finden ist, dass ein unternehmerisch tätiger Verein nicht ins FB eingetragen werden kann,[518] ergibt sich in Konsequenz daraus auch, dass er Unternehmer nach § 3 UGB sein kann.

Um den Denkansatz zu vervollständigen, soll noch auf eine weitere Möglichkeit eingegangen werden, wie ein Verein Unternehmereigenschaft erwerben kann: Es ist auch denkbar, dass der Verein als Scheinunternehmer kraft eigenen Auftretens zu sehen ist. Die Rechtsscheinhaftung[519] gründet sich auf einen falschen Anschein, den die Person setzt, ohne tatsächlich ins Firmenbuch eingetragen zu sein.[520] Dies darf allerdings nicht mit der zwingenden Regelung des § 18 (3) VerG verwechselt werden, durch die der Verein seine ZVR-Zahl als Identifikationsmerkmal im Rechtsverkehr zu führen hat. Die rechtmäßige und verpflichtende Führung dieser Zahl, darf meines Erachtens nie mit der Führung einer Firmenbuchnummer gleichgesetzt werden. Lediglich die Verwendung von Bezeichnungen wie etwa „FB-Nummer“ anstelle der ZVR-Zahl, könnte wiederum die Scheinunternehmerschaft begründen.

Nachdem geklärt werden konnte, dass ein Verein eindeutig auch Unternehmer im Sinne des UGB sein kann, stellt sich die Frage nach der Rechtsfolge dieser Tatsache. Einerseits kann sich der Verein freiwillig dem ersten Buch des UGB komplett unterstellen. Dies ist dogmatisch durch die Anwendung der §§ 8 (1) S 2 UGB iVm 4 (1) VerG zu begründen. Somit kann der Verein eine Firma im Sinne der §§ 17 ff UGB führen oder etwa Prokura iSd §§ 48 ff

[516] Vgl *Zib/Dellinger* in *Zib/Dellinger* (Hrsg), UGB § 8 Rz 20.
[517] Vgl auch *Zib* in *Zib/Dellinger* (Hrsg), UGB § 8 Rz 20; *Schummer/Kriwanek*, Das neue Unternehmensgesetzbuch § 8; so auch *Lachmair*, Der Verein als Unternehmensform 22 zur alten Rechtslage vor der UGB-Reform.
[518] So auch ErläutRV 1058 BlgNR 22. GP 11,22.
[519] *Krejci*, Unternehemensrecht[5] 67.
[520] Vgl *Schummer*, Allgemeines Unternehmensrecht[8] 14.

UGB erteilen.[521] In der Folge genießt der eingetragene Verein auch den Schutz der Firma und kann unter dieser Firma Geschäfte abschließen.[522]

Unabhängig davon, ob der Verein ins FB eingetragen wurde, kommt das vierte Buch gem § 343 (1) UGB zur Anwendung, da der unternehmensbetreibende Verein zumindest ein Unternehmer nach § 1 UGB ist. Als Konsequenz gelangen etwa die Bestimmungen über den Schadenersatz gem § 349 UGB, die Verzugszinsen gem § 456 UGB, oder den Warenkauf iSd §§ 373 ff UGB zur Anwendung. Ganz speziell soll aber auch darauf hingewiesen werden, dass im Fall des Unternehmensbetriebs auch die Regeln über die spezielle Sorgfaltspflicht gem § 347 UGB zu beachten sind. Somit schuldet der Verein die Sorgfalt eines ordentlichen Unternehmers und wird schadenersatzpflichtig, wenn er diese gebotene Sorgfalt nicht einhält.[523]

3.1.2.1. Zum Nebenzweckprivileg

Eng mit der Frage, ob ein Verein selbst Unternehmer iSd UGB sein kann, ist die Thematik verbunden, ob er ein Unternehmen „nebenbei" betreiben kann, nämlich auch dann, wenn dies nicht unmittelbar der ideellen Tätigkeit des Vereinszwecks entspricht. Man spricht in diesem Zusammenhang von der aus dem Steuerrecht kommenden Lehre des Nebenzweckprivilegs, auf die an dieser Stelle ebenfalls kurz eingegangen werden soll.

Aufgrund des Nebenzweckprivilegs ist es ideellen Vereinen erlaubt, wirtschaftliche Betriebe mit Gewinnorientierung zu führen, sofern diese Tätigkeit dem Vereinszweck untergeordnet ist.[524] Bedeutend ist allerdings, dass der Schwerpunkt der Vereinstätigkeit[525] auf die Erfüllung des Vereinszwecks abzielt und nicht zu einer Ausnützung von steuerrechtlichen Vorteilen führt, ohne dass ein ideeller Zweck vorliegt. Sofern die wirtschaftlichen Leistungen am Markt gegen Entgelt angeboten werden, ist der Verein hinsichtlich dieser Tätigkeiten

[521] Vgl *Zib/Verweijen*, Das neue Unternehmensgesetzbuch 58.
[522] Vgl für viele *Krejci*, Unternehmensrecht[5] 81 f.
[523] Genaue Details zur unternehmerischen Sorgfaltspflicht siehe unter 2.1.2.2.
[524] Vgl *Lansky/Matznetter/Pätzold/Steinwartner/Thunshirn*, Rechnungslegung der Vereine[2] 47; *Eisele*, Haftungsfreistellung von Vereinsmitgliedern und Vereinsorganen in nichtwirtschaftlichen Vereinen 155.
[525] Vgl *Renner* in *Achatz* (Hrsg), Die Besteuerung der Non-Profit-Organisationen III 105.

zweifelsfrei als Unternehmer anzusehen.[526] Dies ist insofern wichtig, da nämlich Vereine grds der allgemeinen Steuerpflicht unterliegen und nur im speziellen Fall von gemeinnütziger Tätigkeit Begünstigungen genießen.[527] Zu beachten ist, dass der steuerrechtliche Begriff der „Gemeinnützigkeit" nicht ident mit jenem vereinsrechtlichen des „ideellen Zwecks" ist, da Gemeinnützigkeit iSd BAO[528] nur Zwecke sind, die die Allgemeinheit fördern.[529] Ob Gemeinnützigkeit vorliegt muss im Einzelfall geprüft werden.[530] Prinzipiell besteht der Trend, dass gemeinnützige Vereine ihre wirtschaftliche Tätigkeit in gemeinnützige Tochterunternehmen auslagern, die oftmals in Form einer GmbH geführt werden und die Vereine somit Holdingfunktionen übernehmen.[531]

Der Zweck der Begünstigung liegt nach *Baldauf* darin, dass es viele Vereine sonst schwer hätten, die notwendigen finanziellen Mittel nur durch Spenden und Mitgliedsbeiträgen aufzubringen und es ihnen deswegen gestattet sein soll, eine gewisse wirtschaftliche Tätigkeit zu entfalten.[532] In der Lehre wird auch vertreten, dass es einer unterschiedlichen Anwendung des Nebenzweckprivilegs für „echte ideelle Vereine" und „wirtschaftlichen tätigen Vereinen" bedarf,[533] was ich persönlich aber nicht nachvollziehen kann, da eben das Nebenzweckprivileg nur zur Erfüllung des Zwecks dienen kann und somit mE mittelbar eine ideelle Tätigkeit[534] darstellt.

Es ergibt sich die Frage, wie groß das prozentuelle Ausmaß der wirtschaftlichen Tätigkeit im Verhältnis zur „klassischen" Vereinstätigkeit sein darf, da die Rechtsprechung hierzu keinerlei Aussagen getroffen hat.[535] Zu beantworten ist dies mE leider nur allgemein mit der Aussage, dass die wirtschaftliche Tätigkeit deutlich untergeordnet sein muss und nur als Mittel zum Zweck dient.[536] Zu beachten ist bei der Ausübung aber stets das

[526] Vgl *Schummer*, Allgemeines Unternehmensrecht[8] 16.
[527] Vgl *Berger*, Der Verein im Steuerrecht[3] 23.
[528] Vgl § 35 BAO.
[529] Vgl *Berger*, Der Verein im Steuerrecht[3] 23 ff.
[530] Vgl *Doralt*, Verlust der Gemeinnützigkeit durch Geschäftsführung und Statuten, SWK 2003, 533.
[531] *Brunner/Welbich*, Gemeinnützigkeit und Konzernstruktur, VWT 2010, 87.
[532] Vgl *Baldauf* in *Baldauf/Renner/Wakounig* (Hrsg) Die Besteuerung der Vereine[10] 35.
[533] Vgl *Kossak*, Neue Haftungen aufgrund des Vereinsgesetzes 2002, JBl 2003, 473.
[534] Eine ideelle Tätigkeit liegt mE dann vor, wenn kein Gewinn angestrebt wird und diese Tätigkeit dem ideellen Zweck dient.
[535] Vgl *Renner* in *Achatz* (Hrsg), Die Besteuerung der Non-Profit-Organisationen III 105.
[536] Zur steuerrechtlichen Behandlung und der Mittel-Zweck-Beziehung siehe *Renner* in *Achatz* (Hrsg), Die Besteuerung der Non-Profit-Organisationen III 83; für eine Angemessenheit der Zweck-Mittel-Relation *Lehner*, Minderheitenschutz im Verein, GesRZ 2012, 296.

Gewinnerzielungsverbot,[537] welches mE insgesamt, also erweitert betrachtet werden muss. Damit ist gemeint, dass überprüft werden muss, ob der im Rahmen des Nebenzweckprivilegs erwirtschaftete Gewinn, nur im Rahmen der Erreichung des ideellen Zwecks verwendet wird und nicht nur auf den einzelnen wirtschaftlichen Betrieb des Unternehmens zu sehen ist. Vollkommen richtig führt *Renner* an, dass die Gewinnerzielungsabsicht weder Selbstzweck sein darf, noch zum vorherrschenden Vereinszweck werden darf.[538]

Im Umsatzsteuerrecht gilt gem § 2 (1) UStG als Unternehmer, wer eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbstständig ausübt. Dabei ist allerdings beim Verein zwischen dem nichtunternehmerischen und dem unternehmerischen Bereich zu differenzieren, wobei die Vereinssphäre nicht als unternehmerisch gilt und somit auch nicht der USt unterliegt.[539] Im Umsatzsteuerrecht wird zwischen unentbehrlichen, entbehrlichen und begünstigungsschädlichen Hilfsbetrieben unterschieden.[540] So wäre etwa das Betreiben einer Kantine durch einen Fußballverein als begünstigungsschädlicher Betrieb zu qualifizieren und ab dem Überschreiten der Umsatzschwelle von € 40.000,- umsatzsteuerpflichtig. Damit würde der Verein seine abgabenrechtlichen Begünstigungen verlieren.[541] Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass Vereine grds auch der KöSt unterliegen.[542] Sofern es sich allerdings um einen gemeinnützigen Verein handelt, ist dieser gem Rz 320 der Vereinsrichtlinien von der unbeschränkten Steuerpflicht befreit.[543]

Durch das Nebenzweckprivileg kann es nach *Renner* auch zur Förderung der Mitglieder kommen,[544] was dem Förderungsauftrag der Genossenschaften iSd § 1 (1) GenG schon sehr nahe kommt. Für mich nicht so allgemein gültig, ist die Aussage von *Baldauf*, wonach die im Rahmen des Nebenzwecks gewonnen wirtschaftlichen Vorteile nicht nur den Mitgliedern, sondern auch der Allgemeinheit zugutekommen,[545] da im Einzelfall beurteilt werden muss, ob die Vorteile auch tatsächlich im Sinne des ideellen Vereinszwecks verwendet werden. Zu

[537] Vgl *Renner* in *Achatz* (Hrsg), Die Besteuerung der Non-Profit-Organisationen III 79 f.
[538] Vgl *Renner* in *Achatz* (Hrsg), Die Besteuerung der Non-Profit-Organisationen III 80.
[539] Vgl *Achatz/Oberleitner*, Besteuerung und Rechnungslegung der Vereine 27f.
[540] Vgl *Berger*, Der Verein im Steuerrecht[3] 38 ff.
[541] *Berger*, Der Verein im Steuerrecht[3] 41 ff.
[542] Vgl *Dorlat/Ruppe/Mayr*, Steuerrecht I[13] 345.
[543] VwGH 29.07.2010 2007/15/0137.
[544] Vgl *Renner* in *Achatz* (Hrsg), Die Besteuerung der Non-Profit-Organisationen III 105.
[545] Vgl *Baldauf* in *Baldauf/Renner/Wakounig* (Hrsg) Die Besteuerung der Vereine[10] 35.

beachten ist allerdings auch, dass im Vereinsrecht eben auf gewisse Rechtsinstitute wie den Mitglieder- und Gläubigerschutz, sowie auf Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften weitgehend verzichtet wird und es daher problematisch sein kann, wenn zwar ein ideeller Zweck verfolgt wird, dieser aber nur durch das Führen von großen Wirtschaftsunternehmen erreicht werden kann, da dies den Vereinen Wettbewerbsvorteile bietet.[546]

3.1.2.2. Zum Rechtsformzwang bei ideellem Zweck

Nach der oben erörterten Thematik, ob Vereine auch Unternehmen betreiben können, was generell, aber nur unter der Voraussetzung der Nutzung des Gewinns für den ideellen Zweck zu bejahen ist, stellt sich die Frage, ob es für den Unternehmensgegenstand eine Art Formzwang gibt. Damit soll einerseits untersucht werden, für welche Zwecke der Verein gegründet werden kann bzw ob bei ideellen Zwecken uU zwingend die Rechtsform des Vereins zu wählen ist. Nicht weniger spannend ist die Frage, ob auch andere Gesellschaftsformen für ideelle Zwecke gewählt werden können. Anschließend soll aber auch untersucht werden, wie sich eine ideelle Gesellschaft, etwa eine ideelle GmbH, vom Verein unterscheidet.

Einerseits macht es Sinn bei der Verfolgung eines ideellen Zwecks grundsätzlich die Rechtsform des Vereins zu wählen, da gem § 1 (1) VerG der Verein eben dafür geschaffen ist und umgekehrt – wie oben bereits erwähnt – der Verein zwingend diesen ideellen Zweck verfolgen muss. Es ist relativ einfach einen Verein zu gründen, da man bspw Musterstatuten verwenden kann, geringe Gründungskosten,[547] keine Mindestkapitalaufbringungsvorschriften und im Vergleich dazu einen sehr großen Nutzen, nämlich eine eigene juristische Person und die dementsprechend beschränkte Haftung hat.

Andererseits stellt sich die Frage, ob sich daraus allerdings ableiten lässt, dass bei Vorliegen eines ideellen Zwecks ein Rechtsformzwang zur Wahl eines Vereins bestehen kann. Allgemein anerkannt ist, dass im Gesellschaftsrecht durch den Typenzwang nur eine gewisse Anzahl von möglichen Gesellschaftsformen zur Wahl stehen und man diese zwar

[546] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 1 Rz 25 ff.
[547] Diese betragen mindestens € 27,70 und maximal € 63,40.

kombinieren, aber keine neuen Formen kreieren darf.[548] Daraus ergibt sich aber noch nicht unmittelbar die Lösung der Frage, da noch nicht konkretisiert wurde, ob auch jede potentielle Gesellschaft für einen ideellen Zweck geschaffen werden kann. Nach § 1 (1) GmbHG kann eine GmbH zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck errichtet werden. Damit ist bei der GmbH eindeutig von einer Zweckoffenheit auszugehen.[549] Die GmbH kann somit eindeutig auch zu ideellen Zwecken gegründet werden.[550] Dem stimmt auch der OGH in seinen E zu, da er als Zielsetzung also auch die Verfolgung ideeller Zwecke, insb die Durchführung gesellschaftlicher, humanitärer oder wohltätiger Aufgaben in Betracht kommen lässt.[551]

Vor der Schaffung des VerG 2002 wurde durchaus diskutiert, ob es einen Formzwang zur Genossenschaft geben soll, der sich auf das Vereinspatent 1852 gründen soll, sofern der Verein wirtschaftlich tätig wird und eine derartige Gründung zumutbar ist.[552] Mittlerweile ist mE aber eindeutig anerkannt, dass es dem Verein gestattet sein soll, sich im Rahmen des Nebentätigkeitsprivilegs unternehmerisch zu engagieren, sofern eine verhältnismäßige Mittel-Zweck-Relation vorliegt.[553] Im AktG findet sich keine explizite Regelung, ob ein ideeller Zweck auch bei der AG möglich ist, wovon aber dennoch auszugehen ist. Dies kann mE damit begründet werden, dass kein explizites Verbot im Gesetz zu finden ist und so e-contrario jeder Zweck, sofern dieser nicht aufgrund von § 879 (1) ABGB gesetz- oder sittenwidrig ist, verfolgt werden darf. Geht man aber von einer planwidrigen Lücke aus, so wäre ich der Meinung, dass man § 1 GmbHG durchaus auch analog auf die AG anwenden könnte, was somit zum selben Ergebnis führen würde. Man darf nicht übersehen, dass sich die AG wahrscheinlich am deutlichsten vom Verein unterscheidet, da sie am wenigsten personalistisch ausgeprägt ist und auch über die strengsten Kapitalvorschriften verfügt.[554]

Eine besonders interessante Bestimmung fand sich in der alten Fassung von § 1 (1) GenG,[555] da der ursprüngliche Anwendungsbereich des GenG für „Vereine von nicht geschlossener Mitgliederanzahl, die im Wesentlichen der Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft ihrer

[548] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 41.
[549] Vgl *Torggler* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 1 Rz 3.
[550] Vgl *Torggler* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 1 Rz 13.
[551] OGH 02.06.2003 5 Ob 34/03s.
[552] Vgl *Zib*, Der Verein als Unternehmer, AnwBl 1998, 321.
[553] Vgl *Zib*, Der Verein als Unternehmer, AnwBl 1998, 321.
[554] Vgl *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG I[5] § 1 Rz 7.
[555] RGBl 1873/70.

Mitglieder dienen“ die Rede war. Durch das Unternehmensrechts-Änderungsgesetz 2008[556] wurde die Formulierung in „Personenvereinigungen mit Rechtspersönlichkeit“ geändert. Es handelte sich allerdings auch beim gleichlautenden Begriff nie um Vereine iSd VerG 2002, sondern dieser rührt daher, dass Genossenschaften vor Inkrafttreten des GenG 1873 als Vereine iSd Vereinspatentes von 1852 gebildet wurden und somit im Sinne von „Körperschaft“ zu verstehen sind.[557] Der genossenschaftliche Gesellschaftszweck iSd § 1 (1) GenG, nämlich die Förderung der Mitglieder, kann uU schwer vom ideellen Zweck des Vereins abgegrenzt werden, da auch Vereine die Interessen ihrer Mitglieder fördern dürfen. Allerdings besteht der wesentliche Unterschied in der wirtschaftlichen[558] Förderung der Genossenschaftsmitglieder, was ja gerade nicht Zweck des Vereins sein darf. Daher ist mE im Zweifel bei einer Genossenschaft nicht von einem ideellen, sondern von einem rein somit gewinnorientierten Zweck auszugehen. Dies schließt aber noch nicht automatisch aus, dass die Genossenschaft einen rein ideellen Zweck verfolgen kann, indem sie durch den Genossenschaftsvertrag festlegt, dass sie keinen Gewinn anstrebt. Meiner Meinung nach kann man aus dem Gesetz nicht ableiten, dass der Unternehmensgegenstand iSd § 5 Zif 2 GenG einen ideellen Zweck verbietet, da ja auch bei unternehmerischer Tätigkeit nicht automatisch Gewinn angestrebt werden muss.[559] Wenngleich sich diese Arbeit grds nur mit Kapitalgesellschaften, Genossenschaften und Vereinen beschäftigt, sei an dieser Stelle kurz erwähnt, dass auch nach § 105 UGB einer OG jeglicher Gesellschaftsweck – und somit auch einer ideellen Tätigkeit – offen steht, was aufgrund des Verweises von § 161 (2) UGB auch auf die KG zutrifft.

Aus den zwingenden Formvorschriften, wie etwa den Bestimmungen über Kreditinstitute iSd § 5 (1) 1 BWG[560], ist kein allgemeines Prinzip für einen Formzwang ableitbar. An dieser Stelle ergibt sich mE die Zusammenfassung, dass sämtliche Gesellschaften auch zur Verfolgung eines ideellen Zwecks gegründet werden können und somit hinsichtlich der Wahl der

[556] BGBl I 2008/70.
[557] *Dellinger* in Dellinger (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 1 Rz 3.
[558] In diesem Zusammenhang ist dies als finanzielle Förderung zu sehen.
[559] AA *Dellinger* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 1 Rz 26.
[560] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 41.

Rechtsformen grds[561] frei sind. Ein Formzwang, dass bei ideellem Zweck zwingend die Form eines Vereins zu wählen ist, kann mE absolut ausgeschlossen werden.

In diesem Zusammenhang ist allerdings zu erwähnen, dass sich *Dellinger* für einen Zwang zur Wahl der Rechtsform einer Genossenschaft ausspricht, sofern eine Körperschaft gegründet werden soll, die der wirtschaftlichen Förderung ihrer Mitglieder dient.[562] Diese Ansicht wird dadurch begründet, dass die frühere Formulierung „dieses Gesetz gilt" einen Zwang zur Genossenschaft vorgeschrieben hat.[563] Es darf hierbei aber nicht übersehen werden, dass ebenso sämtliche andere Gesellschaften den Zweck der wirtschaftlichen Förderung ihrer Gesellschafter haben und dieses Prinzip nicht exklusiv für die Genossenschaft gilt. Richtig ist die Anmerkung, dass gerade in der Abgrenzung zu Kapitalgesellschaften die wirtschaftliche Förderung nicht in Form von verdeckten Gewinnausschüttungen gesehen darf.[564] *Korinek* widerspricht der Auffassung zum Zwang der Bildung einer Genossenschaft, da er sich ganz deutlich für die Organisationsfreiheit ausspricht, die sich aus dem Gesellschaftsrecht ergibt.[565] *Zib* hält den Rechtsformzwang mit § 3 VerG nicht vereinbar.[566] Grds die Bestimmung des § 1 (3) VerG beachtet werden, die besagt, dass ein Verein nicht gerün det werden darf, wenn sich für die Gründung aus anderen gesetzliche Vorschriften ein Formzwang ergibt.[567] Es wird auch die Meinung vertreten, dass der genossenschaftliche Förderungsauftrag als ideell anzusehen ist, da sich dieser nur auf die Mitglieder bezieht.[568] Der Meinungsstreit setzt sich auch in den Höchstgerichten fort: Der VfGH spricht sich ebenfalls gegen einen genossenschaftlichen Rechtsformzwang aus.[569] Umgekehrt entschied der OGH, dass es unzulässig sei, einen Verein zu gründen, der einen genossenschaftlichen Förderungsauftrag zum Zweck hat[570] und vertritt inhaltlich *Dellingers* Linie.

---

[561] Damit angesprochen sind die oben erwähnten Formzwänge, wie etwa aufgrund des BWG, des VAG oder des BeteilFG.
[562] Vgl *Dellinger* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 1 Rz 2.
[563] Vgl bspw *Mandl*, Die Haftung des Vereinsvorstands 26 ff.
[564] So auch *Dellinger* in Dellinger (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 1 Rz 97.
[565] Vgl *Korinek* in *Korinek/Krejci* (Hrsg), Der Verein als Unternehmer 36 ff.
[566] Vgl *Zib*, Der Verein als Unternehmer, AnwBl 1998, 321.
[567] Vgl *Dellinger* in Dellinger (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 1 Rz 98.
[568] Vgl *Brändle/Rein*, Das österreichische Vereinsrecht[4] 64; Hierzu ist anzumerken, dass der Ansatz meiner Meinung nach nur dann richtig ist, wenn kein Gewinn der Genossenschafter angestrebt wird – was aber regelmäßig der Fall sein wird – und darüber hinaus die Geschäfte nur mit Mitgliedern der Genossenschaft abgeschlossen werden, da es sich dann um einen beschränkten und geförderten Personenkreis handelt.
[569] VfGH 19.06.1980 B 122/79 = ÖJZ 1981, 216.
[570] OGH 15.11.1983 5 Ob 668/81 = JBl 1985, 95.

Persönlich stehe ich dem Rechtsformzwang aber eher kritisch gegenüber, da – wie oben erwähnt – in den anderen Gesellschaften der Zweck sehr frei geregelt werden kann und es mE eben eine Möglichkeit gibt, eine Genossenschaft für den speziellen Förderungsauftrag zu gründen, allerdings kann eine Verpflichtung aus dem Gesetzeswortlaut nur schwer abgeleitet werden. So müsste eine Beschränkung von bestimmten Tätigkeiten auf eine einzige Rechtsform im Gesetz ausdrücklich verankert werden.[571] Diese Problematik des Rechtsformzwangs zwischen Genossenschaften und Vereinen, kann mE nicht endgültig aufgelöst werden, da beide Ansichten durchaus zulässig sind und über gewichtige Argumente verfügen. Im Zweifel wiegt meiner Meinung nach aber die freie Rechtsformwahl schwerer und auch ein Verein, der das Ziel der Förderung seiner Mitglieder hat, kann rechtsgültig gegründet werden, sofern er eben einen ideellen Zweck hat und nicht (nur) die wirtschaftliche Förderung seiner Mitglieder.

Nachdem geklärt wurde, dass es grds möglich ist auch andere Gesellschaften, wie beispielsweise eine GmbH,[572] mit ideellem Zweck zu führen, stellt sich doch die Frage, welche Vorteile es mit sich bringt, wenn man nicht die generell dafür vorgesehene Rechtsform des Vereins wählt. In der Praxis treten nämlich nicht nur Vereine auf, sondern es existieren bei der Verfolgung von ideellen Zwecken auch andere Gesellschaftsformen, wie etwa „gemeinnützige" GmbHs. Selbst die Kombination eines Vereins mit einer KG kommt in der Praxis vor.[573] Nochmals sei an dieser Stelle erwähnt, dass sich der gesellschaftsrechtliche Begriff des ideellen Zwecks vom steuerrechtlichen Terminus der Gemeinnützigkeit unterscheidet. Daher muss man konsequenterweise in diesem Zusammenhang von einer ideellen GmbH sprechen. *Schmidtmayr* bezeichnet den Verein als ideale Organisationsform im Nonprofit-Bereich.[574] Was kann also nun die Motivation sein, für einen ideellen Zweck eine GmbH zu gründen?

Ein prinzipieller Vorteil für die Gründung von Gesellschaften ist, abgesehen von der Begrenzung der Haftung, sicherlich auch generell die steuerrechtliche Behandlung. Hier kann sich mE allerdings kein Unterschied ergeben, da die Gemeinnützigkeit im Sinne des § 35 BAO rechtsformunabhängig ist und somit für den Verein, als auch die GmbH ebenfalls einschlägig

[571] *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 1 Rz 91.
[572] Diese wird in der Praxis am häufigsten anzutreffen sein und ist daher in der Folge beispielhaft zu behandeln.
[573] Vgl *Nitsche*, Die „Verein & Co KG", RFG 2007, 68 (69).
[574] *Schmidtmayr*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Betätigung im Nonprofit-Sektor, juridikum 2003, 138.

ist.[575] Die Gemeinnützigkeit fördert die Erfüllung von geistigen, kulturellen, sittlichen oder materiellen Zwecken für die Allgemeinheit.[576] Betrachtet man in der Praxis die Zwecke, die durch ideelle GmbHs verfolgt werden, so fällt auf, dass diese oftmals als soziale Einrichtungen, wie etwa für die Betreuung für Personen mit psychischen Problemen und Menschen mit Behinderung, oder die Errichtung von Wohnungen für Personen mit geringem Einkommen, geschaffen werden. Auffallend ist eine Gemeinsamkeit, nämlich, dass in allen Fällen oftmals Personen als echte Dienstnehmer angestellt sind oder als freie Dienstnehmer fungieren, um den ideellen Zweck zu erreichen, was aber auch zweifelsfrei bei einem Verein ebenfalls möglich wäre. Wichtig ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass gem § 42 BAO die Gemeinnützigkeit nur dann gegeben ist, wenn die tatsächliche Geschäftsführung des Rechtsträgers ausschließlich und unmittelbar auf die Erfüllung der begünstigten Zwecke ausgerichtet ist.[577]

Ein wichtiger wesentlicher Unterschied zwischen dem Verein und der ideellen GmbH sind aber die Kapitalaufbringungs- bzw -erhaltungsvorschriften. So ist es durchaus sinnvoll, für den Bau von Wohnungen die Rechtsform einer GmbH zu wählen, da diese nicht nur generell im Wirtschaftsleben bekannter ist, sondern auch aufgrund des Mindestkapitals eine gewisse Höhe von Stammkapital garantiert, da gerade der Bau von Wohnungen beispielsweise einen großen finanziellen Aufwand bedeutet. Ganz allgemein dürfte sich hier die Herabsetzung des Stammkapitals aufgrund des GesRÄG 2013[578] von € 35.000,- auf € 10.000,- positiv auf die Gründung von ideellen GmbHs auswirken, da gerade bei Tätigkeitsbereichen im Dienstleistungssektor die „finanzielle Hürde“ der Aufbringung eines Stammkapitals geringer geworden ist. Die Änderung der Rechtslage durch das AbgÄG 2014 lässt eine „privilegierte“ Gründung nach wie vor zu, wobei spätestens nach zehn Jahren ein Stammkapital von € 35.000,- erreicht werden muss.[579] Die „Seriositätsschwelle“ des Gläubigerschutzes[580] ist nämlich gerade bei der ideellen GmbH häufig nicht so relevant, da die finanziellen

[575] So auch *Renner*, Steuerrechtliche „Gemeinnützigkeit“: Gleichbehandlung von Verein und GmbH, RFG 2010, 102 (105).
[576] Vgl *Brunner/Welbich*, Gemeinnützigkeit und Konzernstruktur, VWT 2010, 87 (88).
[577] *Brunner/Welbich*, Gemeinnützigkeit und Konzernstruktur, VWT 2010, 87 (89).
[578] BGBl I 2013/109.
[579] Vgl *Stummer*, Das Abgabenänderungsgesetz 2014 (AbgÄG 2014) und die Reform der Reform der GmbH-Gründung, derunternehmer.at 2014, 7 (10 f).
[580] *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 217.

Belastungen grds geringer sein werden und darüber hinaus die Vertragspartner anerkennen werden, dass die Tätigkeit einer guten Sache dient.

Möchte man also wirtschaftlich tätig werden und am Markt auftreten und verfolgt hierbei einen gemeinnützigen Zweck und möchte die Frage, ob Gewinn abgestrebt werden darf aussparen,[581] empfiehlt es sich eine Kapitalgesellschaft zu gründen. Des Weiteren wäre die Form einer gemeinnützigen GmbH etwa eine gute Möglichkeit, wenn die Tätigkeit die Mittel-Zweck-Relation des Nebenzweckprivilegs deutlich übersteigen würde.

Zu erwähnen ist an dieser Stelle, dass wegen des niedrigen Stammkapitals uU ein direkter Haftungsdurchgriff auf die Gesellschafter aufgrund von qualifizierter Unterkapitalisierung[582] möglich ist.[583] Es ist nun zu hinterfragen, ob auch ein Verein mit zu geringem Kapital ausgestattet sein kann, da gerade der Verein über keine Mindestkapitalvorschriften verfügt. ME ist auch ein Haftungsdurchgriff auf die Vereinsgründer möglich, da sich aus der Bestimmung des § 24 (2) 2 VerG ergibt, dass die Inangriffnahme von Vereinsvorhaben ohne die ausreichende Finanzierung zur Haftung führt.[584] Nachdem diese Regelung aber grds nur die Haftung zwischen Vereinsvorstand und Verein betrifft und der Verein generell über keinerlei Kapitalaufbringungsvorschriften verfügt, ist diese Regelung meiner Meinung nach analog auf die Vereinsgründung anzuwenden und führt somit uU zu einer Haftung der Gründer. Die Haftung tritt dann ein, wenn aus dem Vereinszweck klar hervorgeht, dass dieser mit dem aufgebrachten Kapital nicht vereinbar. Hierbei kann man bspw an einen Verein denken, der den ehrenwerten Zweck verfolgt Wohnungen zu bauen und günstig an einkommensschwache Personen zu vermieten, dafür aber nur mit einem Kapital von wenigen tausend Euro gegründet wird. Umgekehrt muss auch der Dritte besonders vorsichtig agieren, wenn er mit einem Verein kontrahiert, da ihm die nichtvorhandenen Kapitalaufbringungsvorschriften[585] bekannt sein müssten. Bei Missachtung dieser Tatsache kann bei Vorliegen von Indizien, die auf die Unterfinanzierung hindeuten, uU ein Mitverschulden iSd § 1304 ABGB angenommen werden, welches zur Schadensminderung

[581] Die Abgrenzung zwischen Gemeinnützigkeit und ideellem Zweck kann sehr fließend sein, wenn etwa Gewinn angestrebt wird, dieser aber als Ganzes gespendet wird. Somit ist mE im Rahmen einer Gesamtbetrachtung festzustellen, ob ein ideeller Zweck vorliegt.
[582] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 214.
[583] Vgl *Eschig*, GmbH „light" als Retter in der Not?, ecolex 2013, 438; vgl hierzu auch die Ausführungen in Kap 3.1.2.2.
[584] So auch die ErläutRV 990 BlgNR 21. GP 39.
[585] Vgl *Sulz*, Rechnungslegung und Prüfung von Vereinen nach dem Vereinsgesetz 2002, ecolex 2002, 155.

führen kann. *Niederberger* spricht sich dafür aus, dass der Haftungsdurchgriff nur in extremen Missbrauchsfällen gestattet ist, wie etwa bei den Fällen absichtlicher und sittenwidriger Schädigung durch Vorschub einer vermögenslosen juristischen Person.[586] Insofern kann festgehalten werden, dass beim Haftungsdurchgriff aufgrund qualifizierter Unterkapitalisierung kein Unterschied zwischen einer GmbH und dem Verein besteht.

Unter Umständen könnten auch die Gründungskosten einen wesentlichen Einfluss auf die Entscheidung haben, welche der beiden Gesellschaftsformen gewählt wird. Die Gründungskosten einer GmbH betragen aufgrund der Bestimmung des § 5 (8) NTG bzw RATG für Notariatsakt und Beglaubigungen € 75,65.[587] Zu beachten ist allerdings, dass diese Kosten nur anzunehmen sind, wenn ein geringer Prüf- und Aufklärungsbedarf vorhanden ist.[588] Die Kosten für eine Neugründung eines Vereins betragen im Gegensatz dazu € 14,30 für die gebührenpflichtige Errichtungsanzeige.[589] Das anzuschließende Exemplar der Statuten ist als „Beilage" zu vergebühren, was bedeutet, dass pro Bogen € 3,90 zu entrichten sind.[590] Sofern die Vereinsbehörde vor Fristablauf eine bescheidmäßige Einladung zur Aufnahme der Vereinstätigkeit ausspricht, ist hierfür eine Verwaltungsabgabe in der Höhe von € 6,50[591] zu entrichten.[592] Da praktisch sehr selten gar kein Prüfungs- und Aufklärungsbedarf bei der Gründung einer ideellen GmbH vorhanden ist, ist festzuhalten, dass die Gründungskosten des Vereins deutlich geringer sind.

Ein eindeutiger Vorteil, den eine ideelle GmbH bietet, ist, dass eine GmbH gem § 3 (2) GmbHG auch von nur einer Person gegründet werden kann.[593] Eine weitere Besonderheit der GmbH besteht darin, dass gem § 15 GmbHG auch nur ein Geschäftsführer die GmbH vertreten kann. Dies wäre etwa dann günstig, wenn sich für den Verein nicht genug Personen finden, die sich im Vorstand engagieren wollen.[594] Im Gegensatz dazu gilt im

[586] *Niederberger*, Persönliche Haftung der Funktionäre für den vermögenslosen Idealverein, ecolex 1997, 840 f.
[587] Vgl *Feuchtinger*, GmbH-Reform in der Pipeline, ecolex 2013, 435 (436).
[588] Vgl *Warto*, GmbH-Novelle 2013 – Die Neuerungen im Überblick, wbl 2013, 364.
[589] Gem § 14 (1) Gebührengesetz 1957.
[590] bmi.gv.at/cms/BMI_Vereinswesen/gruendung/Kosten.aspx
[591] Gem § 1 iVm TP 1 BVwAbgV.
[592] BMI, Vereinswesen, bmi.gv.at/cms/BMI_Vereinswesen/gruendung/Kosten.aspx.
[593] Zur Gründung einer GmbH durch eine Person vgl *Aicher/Feltl* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 3 Rz 52 ff.
[594] Vgl *Pham*, 5 wichtige Gründe für die gemeinnützige GmbH, experto.de/b2c/verein/5-wichtige-gruende-fuer-die-gemeinnuetzige-gmbh.html.

Verein das Vier-Augen-Prinzip, welches besagt, dass der Vereinsvorstand immer aus mindestens zwei Personen bestehen muss.[595]

Die Gründer der Gesellschaft sollten vorab auch überlegen, ob ein regelmäßiger Mitgliederwechsel geplant ist, denn dieser ist beim Verein sehr leicht möglich; bei der GmbH hingegen bedarf die Übertragung eines Geschäftsanteils gem § 76 (2) GmbHG eines Notariatsaktes, der nicht nur aufwendiger ist, sondern auch mit Kosten verbunden ist. Ob sich aber durch den Gesellschafterwechsel in Form einer notariellen Beurkundung eine engere Beziehung zur GmbH als grds zu Verein ergibt,[596] darf bezweifelt werden.

Darüber hinaus sollte bedacht werden, dass eine GmbH ex lege Unternehmerin iSd § 2 UGB ist und auch der ideelle Zweck daran nichts ändert. Somit gelten alle Geschäfte, die diese GmbH tätigt gem § 343 (1) UGB als unternehmensbezogen und das vierte Buch des UGB, wie etwa die Bestimmungen über den Warenkauf iSd §§ 373 ff UGB, kommen zur Anwendung. Sofern der Verein nicht unternehmerisch tätig wird, gilt er als Verbraucher iSd § 1 (1) 2 KSchG.

Zu beachten ist, dass Kapitalgesellschaften gem § 189 (1) UGB der Pflicht zur Rechnungslegung unterliegen. Gem § 22 (1) GmbHG haben die Geschäftsführer dafür zu sorgen, dass ein Rechnungswesen geführt wird, das den Anforderungen des Unternehmens entspricht. Somit müssen die Geschäftsführer jährlich einen Jahresabschluss in Form einer Bilanz aufstellen.[597] Gem § 21 (1) VerG hat das Leitungsorgan dafür zu sorgen, dass die Finanzlage des Vereins rechtzeitig und hinreichend erkennbar ist. Es hat weiters ein den Anforderungen des Vereins entsprechendes Rechnungswesen einzurichten. Im Unterschied zur Bilanz nach dem UGB muss der Vereinsvorstand aber nur Einnahmen- und Ausgabenrechnung samt Vermögensübersicht erstellen. Bei Erreichen der Schwellenwerte des § 22 VerG muss ein Jahresabschluss erstellt werden. Dieser hat nach den Grundsätzen des UGB zu erfolgen.[598] Daher ist die Rechnungslegung des „kleinen“ Vereins, der die Schwellenwerte des § 22 VerG nicht erreicht, deutlich einfacher.

[595] Zum Vier-Augen-Prinzip vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 5 Rz 18 ff.
[596] *Brändle/Rein*, Das österreichische Vereinsrecht[4] 66.
[597] Vgl *Weilinger*, Die Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses im Handels- und Gesellschaftsrecht 182 ff.
[598] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 22 Rz 3.

Ein durchaus gewichtiger Vorteil für die Gründung einer GmbH anstelle eines Vereins kann aber auch sein, dass die Stimmverteilung nach Gesellschaftsanteilen möglich und üblich ist. Somit kommt es zu einer Ungleichgewichtung der Stimmen, die sich nach den Geschäftsanteilen richtet. Theoretisch wäre aber auch eine Stimmgewichtung im Vereinsrecht denkbar,[599] sofern diese in den Statuten aufgenommen wird und nicht gegen die guten Sitten iSd § 879 (1) ABGB verstößt und somit andere Vereinsmitglieder gröblich benachteiligen würde. Das Vereinsgesetz schreibt prinzipiell keine demokratische Mindeststruktur vor.[600]

Einen weiteren Vorteil bieten allerdings die Kapitalerhaltungsvorschriften der GmbH, da durch diese eine umfangreichere Finanzgebarung und -überprüfung notwendig ist. Dies könnte unter Umständen der Fall sein, wenn der Gründer beabsichtigt nicht lange bei der GmbH tätig zu sein und sicherstellen will, dass die Kapitalmittel der GmbH erhalten bleiben.

Im Gegensatz dazu gibt es durch die neugeschaffene Regelung des § 24 (1) S 2 VerG eine klare Regelung hinsichtlich der Haftung des ehrenamtlich tätigen Vereinsvorstandes gegenüber dem Verein. Dies kann durchaus als Motivation für einen Freiwilligen hinsichtlich der Übernahme von Vorstandstätigkeiten dienen. Ob dieselbe Haftungserleichterung auch dem ehrenamtlich tätigen GmbH-Geschäftsführer zu Teil werden soll, kann erst später geklärt werden.[601]

Im Ergebnis kann als festgehalten werden, dass es doch einige Unterschiede zwischen der ideellen GmbH und dem Verein gibt. Die Gründer sollten daher genau beachten, welche der oben genannten Rahmenbedingungen besser für die Erreichung des Zwecks passen, da durchaus strukturelle Unterschiede bestehen. Für die steuerrechtliche Betrachtung der Gemeinnützigkeit iSd § 35 BAO kann es mE keinen Unterschied machen, ob der ideelle Zweck in der Organisationsform eines Vereins oder einer GmbH geführt wird. Für die gesellschaftsrechtliche Betrachtung ist es irrelevant, ob ein ideeller Zweck in Form eines Vereins, einer Kapitalgesellschaft oder einer Genossenschaft ausgeübt wird, wenngleich nicht jede Gesellschaftsform für den Einzelfall passend erscheinen vermag.

[599] So wahrscheinlich auch *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 5 Rz 13 ff.
[600] *Lehner*, Minderheitenschutz im Verein, GesRZ 2012, 296.
[601] Siehe unter Kap 5.2.6.

3.1.3. Zur Haftung des Vereins gem § 23 VerG

Bevor im Detail auf die Haftung des Organwalters bei Fehlverhalten gegenüber dem Verein iSd § 24 VerG eingegangen wird,[602] soll im Gegensatz dazu die Haftung des Vereins skizziert werden. Darüber hinaus soll untersucht werden, ob sich bereits aus § 23 VerG eine Haftung des einzelnen Organwalters ableiten lässt.

Der Verein ist zweifelsfrei eine juristische Person und somit selbst Träger von Rechten und Pflichten.[603] § 23 VerG stellt klar, dass für die Verbindlichkeiten des Vereins der Verein mit seinem Vermögen haftet. Aus diesem kurzen, aber klaren Satz ergibt sich, dass der Trennungsgrundsatz des Gesellschaftsrechts auch für das Vereinsrecht gilt.[604] Unter diesem Trennungsprinzip versteht man, dass das Vermögen der einzelnen Gesellschafter streng vom Vermögen der Gesellschaft zu trennen ist.[605] Somit folgt das Vereinsgesetz 2002 den allgemeinen Grundsätzen zur Haftung für juristische Personen.[606] Folglich besteht bei diesem Haftungsprinzip kein Unterschied zwischen Vereinen, Kapitalgesellschaften und Genossenschaften.[607] Die Bestimmung dient der Klarstellung und folgt somit inhaltlich den § 1 (2) GmbHG und §§ 1, 48 AktG.[608] Umgekehrt bedeutet das, dass Vereinsmitglieder und Organwalter grds nicht mit ihrem Privatvermögen für die Schulden des Vereins haften.[609]

Da der Verein als juristische Person selbst nicht handeln kann und somit auf die Willensbildung und -abgabe durch Menschen angewiesen ist, wird dem Verein sowohl das Verhalten seiner Organwalter, aber auch der Repräsentanten und anderen Gehilfen zugerechnet.[610] Der Verein haftet somit selbst mit seinem gesamten Vermögen für Verbindlichkeiten, wie etwa die Einhaltung von Verträgen, die von seinen Organmitgliedern

[602] Dazu s unter Pkt 3.2.1.
[603] *Krejci*, Zur Haftung des Vereins und seiner Organwalter, GesRZ 2005, 217.
[604] ErläutRV 990 BlgNR 21. GP 39.
[605] *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 69.
[606] Vgl *S. Bydlinski*, Das Vereinsgesetz 2002 – Darstellung der wichtigsten neuen Regelungen für ideelle Vereine in *Achatz* (Hrsg), Die Besteuerung der Non-Profit-Organisationen III 37.
[607] Vgl *Krejci*, Zum Mitglieder- und Gläubigerschutz nach dem VerG 2002, JBl 2003, 722.
[608] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 23 Rz 2.
[609] Vgl *Reisch*, Privatrechtliche Rahmenbedingungen für Vereine – Vereinsgesetz 2002, ecolex 2002, 154.
[610] Vgl *Ostheim*, Fragen der Haftung für wirtschaftliche Tätigkeit von Vereinen in *Korinek/Krejci* (Hrsg), Der Verein als Unternehmer 161 f; hierbei ist anzumerken, dass dem Verein die Organe und Repräsentanten nach § 6 (2) VerG und die Gehilfen nach §§ 1313a, 1315 ABGB zuzurechnen sind; vgl hierzu auch die Ausführungen in Kap 2.1.2.1.

oder Repräsentanten im Namen und auf Rechnung des Vereins geschlossen werden.[611] Sofern der Organwalter im Rahmen der Ausübung seiner Funktion einen Dritten infolge von deliktischen Verhalten schädigt, haftet der Verein mit dem Organwalter solidarisch.[612] Dies ergibt sich aus der „Repräsentantenhaftung" nach § 337 ABGB und §§ 1313a, 1315 ABGB.[613] Für das Verschulden der gesetzlichen Vertreter des Vereins haftet der Verein.[614]

Hier muss allerdings hinterfragt werden, ob der Organwalter, welcher für den Verein tätig wird, auch die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Organwalters anzuwenden hat. Die hL spricht sich dafür aus, den Sorgfaltsmaßstab des § 24 VerG analog auf den § 23 VerG anzuwenden.[615] ME ist die Analogie nicht so einfach zu ziehen, da zwar § 24 VerG eindeutig den Sorgfaltsmaßstab des Organwalters regelt, aber nur auf den internen Schadensausgleich abzielt und somit einen anderen Regelungsinhalt besitzt. Sofern der Verein unternehmerisch tätig ist, ergibt sich der objektive Sorgfaltsmaßstab aus § 347 UGB, was aber nicht immer der Fall sein wird. Die wesentliche Frage ist, ob den Verein eine Sachverständigeneigenschaft iSd § 1299 ABGB trifft, was aber meiner Ansicht nach zu bejahen ist, da der Verein Spezialkenntnisse in seinem Bereich besitzen sollte.[616] Man darf nämlich davon ausgehen, dass der Verein über gründliche Kenntnisse in seinem Gebiet[617] und somit beim Ausüben seiner ideellen Tätigkeit besitzt. Daher schuldet der Verein im Ergebnis zwar die notwenigen Kenntnisse und Fähigkeiten, jedoch leiten sich diese nicht aus der Sorgfaltspflicht des einzelnen Organwalters, sondern seiner Eigenschaft als Sachverständiger ab.

Darüber hinaus ist zu hinterfragen, ob dem Verein auch andere Organe als die oben genannten zuzurechnen sind, sofern solche für ihn tätig werden? Aufgrund von § 3 (2) 7 VerG ergibt sich, dass die Organe des Vereins in den Statuten enthalten sein müssen.[618] Nichts desto trotz kann es aber in der Praxis vorkommen, dass für einen Verein nicht nur gewählte Organwalter tätig werden, sondern auch Personen im Namen des Vereins handeln,

---

[611] Vgl *Steinwendner/Becker/Manseder* in *Berger* (Hrsg), Der Verein im Steuerrecht[3] 133.
[612] Vgl *Krejci*, Zur Haftung des Vereins und seiner Organwalter, GesRZ 2005, 217.
[613] Vgl *Krejci*, Zur Haftung des Vereins und seiner Organwalter, GesRZ 2005, 218.
[614] *Brändle/Rein*, Das österreichische Vereinsrecht[4] 174.
[615] Vgl *Spornberger*, Zur Haftung leitender Vereinsorgane, ecolex 2007, 407 f; *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 23 Rz 4.
[616] Die Sachverständigeneigenschaft ist mE unabhängig von einem ideellen Zweck zu beurteilen.
[617] Zur Definition des Sachverstandes: ÖBV, Österreichisches Wörterbuch[42] 592.
[618] Vgl *Gelbmann*, Die Organe des ideellen Vereins, JAP 2003/2004, 86.

die keine aufgrund der Statuten vorgesehene Befugnis besitzen. Dies muss nicht einmal in böser Absicht geschehen; man denke beispielsweise nur an ein besonders engagiertes Vereinsmitglied, welches für den Verein spezielle Verträge lukrieren möchte. Dieses Phänomen ist auch dem generellen Gesellschaftsrecht durchaus bekannt und wird dort als „faktische Geschäftsführung" bezeichnet. Ganz allgemein wird eine Haftung des faktischen Geschäftsführers bejaht.[619] Fraglich ist aber, ob der faktische Geschäftsführer der Gesellschaft zugrechnet werden soll und somit auch die Gesellschaft für ihr faktisches Organ haften soll. Dies kann mE nur davon abhängen, ob das faktische Organ mit dem Wissen bzw dem Willen der Gesellschaft tätig wird. Sofern dies der Fall ist und einem Organ der Gesellschaft bekannt ist, dass jemand ohne die dementsprechenden Befugnisse zu besitzen für den Verein tätig zu werden und nichts dagegen unternimmt, ist das Verhalten der Gesellschaft zuzurechnen. Es kommt somit zu einer Solidarhaftung zwischen dem faktischen Geschäftsführer und der Gesellschaft. Sofern der Umstand, dass ein Mitglied für die Gesellschaft tätig wird und diese nach außen vertreten möchte, der Gesellschaft nicht bekannt ist, soll sie auch nicht dafür haften. Der faktische Geschäftsführer wird somit der Gesellschaft nicht zugrechnet, haftet aber als falsus procurator dem Dritten auf den Vertrauensschaden.[620] *Brändle/Rein* sprechen sich dafür aus, dass eine Zurechnung gegenüber dem Verein für alle Repräsentanten erfolgen kann, sofern eine übertragene Tätigkeit besteht und diese in einem sachlichen Zusammenhang ausgeübt wird.[621]

[619] Vgl *Ruhm/Toms*, Zur Haftung von faktischen Geschäftsführern und Nichtgesellschaftern, ecolex 2009, 682; *Jovic*, Der GmbH-Gesellschafter als faktischer Geschäftsführer, GES 2013, 332.
[620] Vgl *Koziol-Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I[14] 233 ff.
[621] Vgl *Brändle/Rein*, Das österreichische Vereinsrecht[4] 174 f.

3.2. Zur Innenhaftung des Vereinsvorstandes

Sofern ein Mitglied des Vereinsorgans unter Missachtung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Organwalters seine gesetzlichen oder statutarischen Pflichten oder rechtmäßige Beschlüsse des zuständigen Vereinsorgans verletzt, haftet es den Verein für den dadurch entstanden Schaden gem § 24 (1) S 1 VerG. Der Schadenersatz richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen der §§ 1293 ff ABGB. Folglich soll nun auf die Haftung des Organwalters gegenüber dem Verein eingegangen werden und anschließend die durch die Vereinsgesetz-Novelle 2011[622] neu geschaffene Regelung für unentgeltlich tätige Organwalter genau betrachtet werden. Anzumerken ist, dass § 24 (1) S 1 VerG den Normalfall der Haftung bildet und nur sofern eine ehrenamtliche Tätigkeit vorliegt, die Sonderregel des § 24 (1) S 2 VerG greift.[623]

3.2.1. Zur Haftung des entlohnten Vereinsvorstandes gem § 24 (1) S 1 VerG

In § 24 VerG ist die Haftung des Organwalters gegenüber dem Verein geregelt, womit es im Gegensatz zu § 23 VerG nicht um einen Außenhaftung, sondern um eine reine Innenhaftung im Wege des Schadenersatzes geht. Die Organwalter – und auch die Rechnungsprüfer – haften dem Verein persönlich, also mit ihrem Privatvermögen, und unbeschränkt, wobei nicht vorausgesetzt wird, dass auch der Verein gegenüber einem Dritten haftet.[624] Die Haftungsbestimmungen des VerG sind jenen des Kapitalgesellschaftsrechts (§ 25 GmbHG, § 84 AktG) nachgebildet.[625] Dies lässt sich ua damit begründen, dass große Vereine im Wirtschaftsleben auftreten[626] und somit in besonderen Fällen als gleichwertig angesehen werden können. Es geht hierbei ausdrücklich nicht um die Haftung des Organwalters gegenüber einem Dritten, denn diese tritt nur ein, wenn sein gesetztes Verhalten deliktische Tatbestände erfüllt und es somit zu einer allgemeinen Haftung nach §§ 1293 ff ABGB

[622] BGBl I 2011/137.
[623] § 24 (1) S 2 VerG wird ausführlich unter Kap 3.2.2. behandelt.
[624] ErläutRV 990 BlgNR 21. GP 39.
[625] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 24 Rz 1.
[626] Vgl *Spornberger*, Zur Haftung leitender Vereinsorgane, ecolex 2007, 407.

kommt.[627] Der Organwalter soll dem Verein den Schaden ersetzen, der durch seine eigene Fehlleistung entstanden ist.[628]

Es stellt sich die Frage, ob man den Vereinsvorstand unter einen unentgeltlich tätigen Dienstnehmer subsumieren kann, sofern dieser eben kein Entgelt vom Verein bezieht. Wenn der Vorstand unentgeltlich tätig ist, wird man grds trotzdem nicht von einem Dienstvertrag ausgehen können, da die Bestellung zum Vereinsvorstand noch nicht automatisch einen Dienstvertrag begründet. Der Vorstand wird wohl am Ehesten als Auftragnehmer zu qualifizieren sein, der für den Verein rechtsgeschäftlich tätig wird und auf den somit die bürgerlich rechtlichen Bestimmungen gem §§ 1002 ff ABGB über den Auftrag anzuwenden sind. Ein Dienstvertrag kann zusätzlich abgeschlossen werden. Der Aussage von *Kossak*,[629] wonach Unentgeltlichkeit auch gegeben ist, wenn der Vorstand des Vereins geringfügige Gegenleistungen erhält, die unter der Grenze der Angemessenheit liegen, ist vehement zu widersprechen. Die Begründung, dass dies als „Bonus für die Ehrenamtlichkeit" zu werten ist, ist mE schlichtweg falsch, denn sofern der Vereinsvorstand nur die kleinste Summe von Entgelt bezieht, ist dieser entgeltlich tätig.[630] Diese Unterscheidung ist insofern von großer Relevanz, da dem entgeltlich tätigen Vereinsvorstand die Regelung des § 24 (1) S 2 VerG nicht zugutekommt.[631]

Klar ist, dass jemand, der € 1000,- pro Monat als Gehalt bezieht, seine Leistung entgeltlich erbringt und jemand, der kein Entgelt erhält, unentgeltlich arbeitet. Doch wie sind nun Fälle zu beurteilen, in denen ein extrem geringes Entgelt bezahlt wird, oder das Entgelt krass unterbezahlt ist und dies aber zulässig ist? Hier ist beispielsweise an einen Vereinsvorstand zu denken, der entweder ein Entgelt in der Höhe von € 20,- pro Monat bezieht, oder aber in einem wirtschaftlich tätigen Verein Vorstand ist und für € 1000,- pro Monat arbeitet, er aber in einem vergleichbaren Unternehmen normalerweise das Doppelte oder Mehrfache verdienen würde. Nach dt Rechtslage wäre dies eindeutig geregelt, da dort gem § 31a BGB bestimmt ist, dass die Haftungserleichterung bei der Haftung von Organmitgliedern und besonderen Vertretern auch besteht, wenn die jährliche Vergütung € 720,- nicht

[627] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 24 Rz 2.
[628] Vgl *Krejci*, Zur Haftung des Vereins und seiner Organwalter, GesRZ 2005, 218.
[629] Vgl *Kossak*, Die Haftung der Vereinsfunktionäre 9.
[630] In weiterer Folge kann aber uU ein geringes Entgelt den Sorgfaltsmaßstab beim der Haftung gem § 24 VerG herabsetzen.
[631] S diesbezüglich unter Kap 3.2.2.

übersteigt.[632] In Österreich existiert eine derartige Abgrenzung für eine Haftungserleichterung nicht, da beispielsweise § 24 VerG nur von Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit spricht. Dies bedeutet, dass davon auszugehen ist, dass in Österreich nur zwischen Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit zu unterscheiden ist und eine „Zwischenstufe" nicht existiert. In der Konsequenz haftet das Vorstandsmitglied eines Vereins gem § 24 (1) VerG auch für leichte Fahrlässigkeit, wenn es € 1,- pro Monat oder Jahr verdient. Selbiges gilt mE auch, wenn der Vorstand bei einem unternehmerisch tätigen Verein krass unterbezahlt wird, da er auch hier zweifelsfrei ein Entgelt bezieht. Im Ergebnis halte ich diese Lösung aber für unbefriedigend und verbesserungswürdig, denn es scheint jedermann klar, dass jemand, der € 1,- pro Monat verdient, quasi unentgeltlich arbeitet. Warum also soll diese Person schon für leichte Fahrlässigkeit gegenüber dem Verein haften und somit hinsichtlich der Haftung einem hauptberuflichen Vorstand gleichgestellt sein, der das Tausendfache verdient? Grds kann schon an dieser Stelle festgehalten werden, dass es wohl einen wesentlichen Unterschied für die Haftung machen muss, ob man monatlich € 5,-, € 100,-, € 1.000,- oder € 10.000,- verdient und somit das Entgelt mE generell einen Einfluss auf die Haftung haben muss.[633] Darüber hinaus wäre de lege ferenda eine Bestimmung wünschenswert, die inhaltlich jener des § 31a BGB entspricht und eine Obergrenze festlegt, bis zu welcher die Haftungserleichterung des § 24 (1) S 2 VerG angewandt wird. Dann wären auch Vereinsvorstände durch die Haftungsprivilegierung geschützt, die nur ein geringes Entgelt beziehen. Somit wäre die Unterscheidung folglich nicht mehr zwischen Entgelt und Unentgeltlichkeit zu treffen, sondern es würde eine klare Regelung bestehen und man müsste nur untersuchen, welche Bezüge zum Entgelt zählen und wie hoch diese sind, was inhaltlich der Grundformulierung des § 24 VerG aF entspricht.

[632] Anzumerken ist hierbei, dass unter dem dt Begriff des Vereins iSd § 31 BGB auch juristische Personen und somit auch GmbHs, AGs und Genossenschaften verstanden werden. Vgl hierzu *Reuter* in *Säcker/Rixecker* (Hrsg), MünchKomm BGB I[5] § 31 Rz 11; *Hoffmann/Liebs*, Der GmbH-Geschäftsführer[3] 225.

[633] Zur genauen Auswirkung s unter Kap 5.

3.2.1.1. Zu den Aufgaben des Vereinsvorstandes

Um feststellen zu können, wann überhaupt ein sorgfaltswidriges Verhalten des Vereinsvorstandes vorliegt, muss vorab geklärt werden, welche Aufgaben und Pflichten den Vereinsvorstand generell treffen.[634] Ein Verstoß gegen die Aufgaben, stellt eine grds Pflichtwidrigkeit dar, welche zu einem Schadenersatzanspruch des Vereins gegen den Organwalter führen kann.

Der Vorstand hat den Verein gem § 6 (1) VerG einerseits zu leiten und somit die Geschäftsführung wahrzunehmen. Anderseits vertritt er den Verein, wobei iZw von Gesamtvertretung auszugehen ist.[635] Unter der Geschäftsführung iwS[636] ist sowohl die Besorgung der Geschäfte im Innenverhältnis als auch das Vertreten gegenüber Dritten im Außenverhältnis zu verstehen.[637]

Die Geschäftsführung umfasst alle Maßnahmen organisatorischer, finanzieller und personeller Art, die erforderlich sind, um die Vereinsaufgaben zu erfüllen.[638] Bspw gehen *Höhne/Jöchl/Lummerstorfer* davon aus, dass das Leitungsorgan eine Mitgliederliste des Vereins zu führen hat.[639] Es wird grds zwischen gewöhnlichen[640] und außergewöhnlichen[641] Geschäftsführungsmaßnahmen unterschieden, wobei das VerG keine unterschiedlichen Rechtsfolgen normiert und die Vorstandsmitglieder somit auch für außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen keine Zustimmung eines anderen Organs benötigen, sofern dies nicht in den Statuten vorgesehen ist.[642]

Zu den Geschäftsführungsaufgaben zählen etwa die Einberufung der Mitgliederversammlung gem § 5 (2) VerG, die Anzeige der Vereinserrichtung gem § 11 VerG und die Anmeldung der Änderung der Statuten, der organschaftlichen Vertreter oder der Vereinsanschrift iSd § 14

---

[634] Zu verstehen sind diese Aufgaben als Sorgfaltspflichten iwS. S dazu Kap 2.1.3.
[635] Vgl § 6 (2) VerG.
[636] Üblicherweise spricht man heute von Geschäftsführung, die das Innenverhältnis betrifft, und Vertretung nach Außen; vgl hierzu für viele *Weilinger*, Privatrecht[4] 39 f.
[637] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 5 Rz 29.
[638] *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 5 Rz 28.
[639] Vgl *Höhne/Jöchl/Lummerstorfer*, Das Recht der Vereine[4] 290
[640] Unter gewöhnlichen Maßnahmen versteht man die oftmaligen und routinemäßigen Handlungen, die kein außerordentliches wirtschaftliches Risiko für den Verein darstellen.
[641] Die außergewöhnlichen Geschäftsführungsmaßnahmen kommen seltener vor und bilden somit die Restmenge.
[642] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 5 Rz 31.

VerG.[643] Darüber hinaus hat der Vorstand für eine ordnungsgemäße Vereinsgebarung zu sorgen. Hiervon umfasst sind die Informationspflicht[644] und die Rechnungslegung.[645] Allerdings ergeben sich aufgrund der Größe des Vereins unterschiedliche Anforderungen hinsichtlich der Rechnungslegung.[646] Ganz allgemein treffen das Leitungsorgan aber noch alle anderen Aufgaben, die notwendig sind, den Vereinszweck zu erfüllen. Zu denken wäre hier bspw an das Organisieren von Veranstaltungen oder die Suche von Sponsoren.

Wichtig ist es mir an dieser Stelle zu betonen, dass die Vorstandsmitglieder die Besorgung all dieser Aufgaben ordentlich und gewissenhaft zu erfüllen haben. Ein Verstoß gegen diese Sorgfaltsplicht kann zu Schadenersatzansprüchen führen. Die Sorgfaltspflicht soll daher genau im nächstfolgenden Kapitel untersucht werden.

3.2.1.2. Zum Sorgfaltsmaßstab des Vereinsvorstandes

Der Organwalter schuldet nach § 24 (1) S 1 VerG die Sorgfalt eines ordentlichen Organwalters, was ganz eindeutig der inhaltlichen Regelung des objektiven Sorgfaltsmaßstabs bei den Kapitalgesellschaften entspricht.[647] Auch vor der Schaffung des VerG 2002 ging der OGH bereits in seiner E[648] davon aus, dass der Organwalter die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Organwalters schulde.[649] Somit wird generalklauselartig umschrieben, dass der Organwalter ein rechtmäßiges und ordentliches Verhalten schuldet.[650] Der Organwalter hat die Funktion gewissenhaft und mit der gehörigen Portion Aufmerksamkeit zu führen, denn sein Verhalten wird nach objektiven Kriterien bestimmt und er kann sich auch nicht auf das Fehlen von Fähigkeiten berufen, da er als Sachverständiger iSd § 1299 ABGB zu qualifizieren ist.[651] Dem widersprechen *Torggler*,[652]

[643] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 5 Rz 32.
[644] Zur Informationspflicht vgl bspw *Lachmair*, (Neue) Haftung und Organisation im Verein, SWK 2003, 59 (60).
[645] Vgl §§ 20 ff VerG.
[646] Vgl *Reisner*, Haftung der Vereinsfunktionäre unter besonderer Berücksichtigung der neuen Rechnungslegungsvorschriften, RWZ 2002, 229 (230 ff).
[647] S unter Pkt 2.1.2.3.
[648] OGH 22.10.1997 7 Ob 2339/96p.
[649] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 24 Rz 3.
[650] Vgl *Gelbmann*, Zivilrechtliche Haftung der Vereinsorgane im Vereinsgesetz 2002, JAP 2002/2003, 184.
[651] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 24 Rz 4.
[652] Vgl *Torggler*, Gesellschaftsrecht 223.

Reisch[653] und *Kossak*[654], da sie – mE ohne gewichtige Argumente – davon ausgehen, dass man sich mit der Übernahme einer Organschaft noch nicht zu den erforderlichen Kenntnissen und Fähigkeiten bekennt, was aber meiner Meinung nach ganz und gar nicht mit dem Prinzip von § 1299 ABGB und § 24 (1) VerG vereinbar ist. Der Organwalter sollte auch die für die Erreichung des Vereinszwecks notwenigen Fähigkeiten mitbringen und diese in der gebotenen Weise einsetzen.[655] Diese Sorgfalt entspricht im Wesentlichen dem gesellschaftsrechtlichen Verständnis eines ordentlichen Geschäftsleiters.[656] Da die kapitalgesellschaftsrechtlichen Bestimmungen inhaltlich gleich sind, kann auch hinsichtlich des Sorgfaltsmaßstabs dahingehend verwiesen werden, dass die Sorgfalt größen- und branchenabhängig objektiviert wird.[657] Selbst innerhalb des Vereins sind die Sorgfaltsanforderungen nach Art der Organfunktion verschieden.[658] Je komplexer und wirtschaftlich relevanter ein Verein ist, desto höhere Anforderungen sind an den Organwalter zu stellen.[659] Zu den Aufgaben des Vereinsvorstandes zählen Pflichten wie jene der Geschäftsbesorgung, der Interessenwahrung, uU des Gehorsams hinsichtlich weisungsbefugten Organen, der Verschwiegenheit, wie auch ganz generell die Treuepflicht gegenüber dem Verein.[660]

Sofern der Verein im Rahmen des Nebenzweckprivilegs wirtschaftlich tätig ist, verlangen *Brändle/Rein* vom Organwalter die Sorgfalt eines ordentlichen Unternehmers.[661] Dies ist meiner Meinung nach nicht richtig, da in diesem Fall der Verein unternehmerisch tätig wird und somit dieser nach § 347 UGB die Sorgfalt eines ordentlichen Unternehmers schuldet und eben nicht die tatsächlich handelnde Person. Das Verhalten des Organwalters ist primär nur im Innenverhältnis relevant, da eben der Verein der Unternehmer ist und nicht der Organwalter.

[653] Vgl *Reisch*, Privatrechtliche Rahmenbedingungen für Vereine – Vereinsgesetz 2002, ecolex 2002, 154.
[654] Vgl *Kossak*, Neue Haftungen auf Grund des Vereinsgesetzes 2002, JBl 2003, 476.
[655] Vgl *Brändle/Rein*, Das österreichische Vereinsrecht[4] 179.
[656] Vgl *Krejci*, Zum Mitglieder- und Gläubigerschutz nach dem VerG 2002, JBl 2003, 722.
[657] Vgl *Höhne/Jöchl/Lummerstorfer*, Das Recht der Vereine[4] 291.
[658] Vgl *Reisch*, Privatrechtliche Rahmenbedingungen für Vereine – Vereinsgesetz 2002, ecolex 2002, 154.
[659] *Krejci*, Zur Haftung des Vereins und seiner Organwalter, GesRZ 2005, 220.
[660] Vgl *Brändle/Rein*, Das österreichische Vereinsrecht[4] 179.
[661] Vgl *Brändle/Rein*, Das österreichische Vereinsrecht[4] 180.

Mit der Wahl kommt nach *Ostheim* zwischen dem Verein und dem Organwalter ein Auftrags- oder Bevollmächtigungsverhältnis zustande,[662] da der Organwalter den Verein vertreten soll und für diesen rechtsgeschäftlich tätig wird. Eine Schadenersatzpflicht ergibt sich generell dann bereits aus § 1012 ABGB, allerdings ist mE § 24 VerG eindeutig als lex specialis anzusehen, die somit den allgemeinen Bestimmungen derogiert. Wichtig ist an dieser Stelle festzuhalten, dass die Schadenersatzregeln des Bevollmächtigungsvertrags auf den allgemeinen Regeln aufbauen und somit auch Verschulden erfordern, welches somit bereits mit leichter Fahrlässigkeit gegeben ist.[663]

Ebenfalls von der Haftung nach § 24 VerG sind die Organwalter eines Aufsichtsorgans erfasst,[664] was im Wesentlichen der Haftung bei der AG gem §§ 99 iVm 84 AktG entspricht. Es macht keinen Unterschied, ob das Organ verpflichtend besteht, oder freiwillig geschaffen wurde.[665] Was unter der im Schrifttum vertretenen Feststellung, dass die Sorgfaltsanforderung von der Art der Organfunktion abhängt,[666] zu verstehen ist, kann mE dadurch erklärt werden, dass der Vereinsobmann generell die größte Verantwortung für den Verein haben wird und somit auch gewisse Überwachungspflichten gegenüber den anderen Organwalter ausüben wird müssen. So hat er beispielsweise die Buchführung und Finanzgebarung des Kassiers zu überprüfen und gegebenenfalls einzugreifen bzw die Mitgliederversammlung bei Problemen zu informieren. Die finanziellen Entscheidungen müssen nach sachlichen und wirtschaftlichen Kriterien getroffen werden und auf alle Fälle nach den Grundsätzen der ordnungsgemäßen Buchführung dokumentiert werden.[667] Im Gegensatz dazu hat ein Schriftführer nur seinen Aufgabenbereich gewissenhaft zu führen und muss sich mE nicht in das Wirken des Kassiers „einmischen“, da er eben keine Leitungsfunktion ieS inne hat, die ein solches Verhalten fordert. Dies gilt aber meiner Meinung nach nur bei einer gültig beschlossenen Ressortverteilung,[668] da sonst im Zweifel

[662] Vgl *Ostheim*, Fragen der Haftung für wirtschaftliche Tätigkeit von Vereinen in *Korinek/Krejci* (Hrsg), Der Verein als Unternehmer 182 f.
[663] Vgl *Ostheim*, Fragen der Haftung für wirtschaftliche Tätigkeit von Vereinen in *Korinek/Krejci* (Hrsg), Der Verein als Unternehmer 183.
[664] Vgl *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 6/42.
[665] Vgl *Werkusch*, Die Haftung des Organwalters gegenüber dem Verein nach dem VerG 2002, RdW 2003, 71.
[666] Vgl *S. Bydlinski*, Das Vereinsgesetz 2002 – Darstellung der wichtigsten neuen Regelungen für ideelle Vereine in *Achatz* (Hrsg), Die Besteuerung der Non-Profit-Organisationen III 37.
[667] *Werkusch*, Die Haftung des Organwalters gegenüber dem Verein nach dem VerG 2002, RdW 2003, 72.
[668] So auch *Werkusch*, Die Haftung des Organwalters gegenüber dem Verein nach dem VerG 2002, RdW 2003, 72.

Gesamtgeschäftsführung anzunehmen ist.[669] Allerdings ist zu beachten, dass sich das grds nicht zuständige Vorstandsmitglied auch in den Bereich der anderen Vorstände einmischen muss, sofern Anhaltspunkte bestehen, die darauf schließen lassen, dass Probleme bei der Geschäftsführung existieren.

Eine demonstrative Aufzählung, von Tatbeständen, die zur Schadenersatzpflicht führen können, findet sich in § 24 (2) VerG. Hierunter fallen die zweckwidrige Verwendung von Vereinsvermögen, aber auch die Inangriffnahme von Vereinsvorhaben, ohne eine ausreichende finanzielle Sicherung zu besitzen. Zu dem letzten Tatbestand zählt etwa auch das fahrlässige Vertrauen auf Subventionszusagen.[670] Darüber umfasst dies ebenso die Missachtung der Verpflichtungen hinsichtlich des Finanz- und Rechnungswesens, das nicht rechtzeitige Beantragen eines Insolvenzantrags, die Behinderung der Auflösung des Vereins und das Setzen eines Verhaltens, das Schadenersatzpflichten des Vereins gegenüber Vereinsmitgliedern oder Dritten auslöst.

Es darf aber nicht übersehen werden, dass auf die konkrete Situation einzugehen ist und somit das Verhalten des Organwalters anhand der Größe des Vereins, seines Tätigkeitsbereiches, der Vermögenslage, der allgemeinen wirtschaftlichen Situation und des Verhältnis der mit dem verbundenen Gefahren und Chancen zu bewerten ist.[671] Es besteht gem § 24 (3) 1 VerG keine Ersatzpflicht des Organwalters gegenüber dem Verein, wenn sein Verhalten auf einem inhaltlich und gesetz- bzw satzungsmäßigem Beschluss eines anderen zuständigen Vereinsorgans beruht.[672] Die Haftungsbefreiung tritt allerdings nicht ein, wenn der Organwalter das beschlussfassende Organ in die Irre geführt hat.[673] Hiermit angesprochen ist etwa der Beschluss der Mitgliederversammlung, die dem Vorstand aufträgt ein spezielles Geschäft abzuschließen. Befolgt der Vorstand diesen Beschluss und tritt dennoch ein Schaden ein, so haftet er nicht gegenüber dem Verein. Diese Regelung entspricht inhaltlich jener von jener von § 25 GmbHG, wonach auch der GmbH-

[669] Zur Ressortverteilung s unter Pkt 4.5.2.
[670] Vgl *Kossak*, Vereinsrechtliche Haftungen im Spiegel des österreichischen Vereinswesens 10.
[671] *Werkusch*, Die Haftung des Organwalters gegenüber dem Verein nach dem VerG 2002, RdW 2003, 72.
[672] *Werkusch*, Die Haftung des Organwalters gegenüber dem Verein nach dem VerG 2002, RdW 2003, 72.
[673] Vgl *Vögel/Egger/Steirer*, Der neue Verein 69.

Geschäftsführer bei Befolgung eines Generalversammlungsbeschlusses nicht gegenüber der GmbH schadenersatzpflichtig wird.[674]

3.2.1.3. Zur analogen Anwendbarkeit des § 84 (2) AktG im Vereinsrecht

Wie oben kurz ausgeführt, entspricht die Regelung des § 24 (1) S 1 VerG im Wesentlichen von Inhalt und Form jenen Vorschriften der Haftung des Geschäftsführers der GmbH bzw des Vorstandsmitglieds der AG. Daher drängt sich unweigerlich die Frage auf, ob die weiteren Normen des Kapitalgesellschaftsrechts analog angewandt werden können. Ganz konkret geht es um die Beweislastumkehr nach § 84 (2) AktG. Auf den ersten Blick wäre es konsequent bei inhaltlich sonst gleichen Regelungen ebenso die Verschuldensbeweislastumkehr bei Vorliegen einer planwidrigen Lücke analog anzuwenden. Sinn und Zweck der Beweislastumkehr ist einerseits die leichtere Beweisbarkeit des gesetzten Verhaltens, sowie die Tatsache, dass das Agieren des Organwalters teilweise schwer zu durchschauen ist und aufgrund seines Verhaltens ein Schaden eingetreten ist.[675] Allerdings stellt sich die Frage, ob die Haftung eines GmbH- Geschäftsführers bzw eines AG-Vorstandes tatsächlich gleich ist, wie jene des Vereinsvorstandes. Meines Erachtens bildet die Ehrenamtlichkeit, von der im Verein generell ausgegangen werden kann, den wesentlichen Unterschied zwischen unternehmerischen Kapitalgesellschaften und ideellen Vereinen. Das kann damit begründet werden, dass das VerG als einziges eine explizite und spezielle Haftungsregel bei unentgeltlicher Tätigkeit besitzt.[676]

Allerdings kann durchaus überlegt werden, dass bei wirtschaftlich tätigen Vereinen, die im Rahmen des Nebenzweckprivilegs unternehmerisch tätig werden und in diesen Bereichen Gewinn anstreben, eine Analogie zuzulassen, da ihr Auftreten jenem von Kapitalgesellschaften schon sehr nahe kommt oder sogar gleicht. Hier besteht für mich hinsichtlich der analogen Anwendbarkeit des § 84 (2) AktG ein Unterschied, ob der

[674] Genauer s unter Pkt 4.2.
[675] Vgl hierzu die Ausführungen in Kap 2.1.2.3.
[676] Vgl § 24 (1) S 2 VerG.

Vereinsvorstand ein Entgelt für seine Tätigkeit bezieht, oder nicht, denn dementsprechend hat er bei Bezahlung dementsprechend sorgfältiger zu agieren.[677]

Ob sich der Einfluss des Entgelts auf die Haftung von Organwaltern dahingehend auswirkt, dass die Beweislastumkehr iSd § 84 (2) AktG auf den ehrenamtlichen Vereinsvorstand nicht angewandt werden soll, kann erst in Kap 5.2.5. geklärt werden.

3.2.1.4. Zur Haftungsbestimmung nach § 24 (1) S 1 VerG

Die Haftung der Organwalter wurde durch das VerG 2002 erstmals ausdrücklich normiert. Es ist daher kurz zu untersuchen, ob sich die Rechtslage hinsichtlich der Haftung des Organwalters nach dem VerG 1951 und dem VerG 2002 geändert hat bzw ob die Haftung eventuell verschärft wurde.

Die These, dass durch die Einführung des VerG 2002, welches erstmals eine ausdrückliche Haftung der Organwalter vorsah, eine Verschärfung der Haftung eingeführt wurde, wird vor allem von *Kossak* vertreten.[678] Generell muss zur Schaffung des VerG 2002 gesagt werden, dass der Gesetzgeber bemüht war, vielfach kein neues Recht zu schaffen, sondern den Rechtsbestand unter Bedachtnahme auf Rechtsprechung und Lehre aufzubereiten und den Rechtsanwendern zugänglich zu machen.[679] Dies gilt nach *Krejci* eben auch für die Haftungsregelungen.[680] Es wird von *Kossak* jedoch kritisiert, dass die herrschende Lehrmeinung, wonach sich der Sorgfaltsmaßstab des Organwalters aus § 1299 ABGB bestimmt, übernommen wurde und bei der Schaffung des VerG 2002 nicht zwischen wirtschaftlich tätigen und nicht wirtschaftlich tätigen Vereinen differenziert wurde.[681] *Krejci* entgegnet auf diesen Ansatz, dass die neu geschaffenen Haftungsregelungen keineswegs strenger seien, als die bisherigen Regelungen und lediglich eine Kodifikation darstellen.[682] Es handle sich nur um eine Klarstellung und auch, wenn da oder dort neue Organwalterpflichten geschaffen werden, kann man noch nicht automatisch davon

[677] Zum Einfluss des Entgelts s unter Pkt 3.2.2.1. und Kap 5.2.5.
[678] Vgl *Kossak*, Die Haftung der Vereinsfunktionäre, V.
[679] ErläutRV 990 BlgNR 21. GP 16.
[680] Vgl *Krejci*, Zur Haftung des Vereins und seiner Organwalter, GesRZ 2005, 216.
[681] Vgl *Kossak*, Neue Haftungen aufgrund des Vereinsgesetzes 2002, JBl 2003, 480 f.
[682] Vgl *Krejci*, Zur Haftung des Vereins und seiner Organwalter, GesRZ 2005, 218.

ausgehen, dass dies eine Haftungsverschärfung darstelle.[683] Aus den Erläuterungen zur RV lässt sich mE nicht schließen, dass es sich um eine Verschärfung handle, da nur von „Klarstellungen zur Haftung des Vereins und seiner Organwalter unter Berücksichtigung unentgeltlicher Tätigkeit“ gesprochen wird.[684] Ich schließe mich der Meinung von *Krejci* eindeutig an, da es meinem Verständnis – vor allem unter Anbetracht der bisherigen Ergebnisse und Erörterungen zum Sachverständigenbegriff – entspricht, dass ein Organwalter Sachverständiger iSd § 1299 ABGB ist und ihn somit eine Haftung nach einem objektiven Maßstab trifft.[685] Insofern stellt die ausdrückliche Regelung der Haftung der Organwalter keine inhaltliche Neuregelung dar, sondern nur eine Verdeutlichung der Rechtslage und hL.

An dieser Stelle ist noch zu erwähnen, dass die von *Kossak* aufgestellte Befürchtung, dass sich aufgrund der angeblichen Verschärfungen der Haftungsregeln künftig keine Lehrer, Polizisten, Handwerker, Schriftsteller, Priester, Hausfrauen und vor allem Pensionisten mehr finden werden, die Organfunktionen übernehmen werden,[686] zurückzuweisen ist, denn die steigenden Zahlen der Vereine lassen auf das Gegenteil schließen. Darüber hinaus wird zu Recht angemerkt, dass sofern jemandem erst durch die Schaffung der Bestimmungen im VerG 2002 aufgefallen sein sollte, dass er als Organwalter hafte, es sicherlich kein Nachteil ist, wenn die Haftung nun ausdrücklich kodifiziert wurde[687] und auch nachgelesen werden kann. Des Weiteren darf nicht übersehen werden, dass es sich bei der Frage, welche Personen sich in Vereinen engagieren um eine Tatfrage und nicht um eine Rechtsfrage handelt, denn würde man das Recht nicht als Sollensanforderungen, sondern rein als Reaktion auf Fakten sehen, so wären die gesamten Bestimmungen über objektive Kriterien bei der Haftung überflüssig.

[683] Vgl *Krejci*, Zur Haftung des Vereins und seiner Organwalter, GesRZ 2005, 218.
[684] ErläutRV 990 BlgNR 21. GP 17.
[685] So auch *Krejci*, Zur Haftung des Vereins und seiner Organwalter, GesRZ 2005, 219.
[686] Vgl *Kossak*, Neue Haftungen aufgrund des Vereinsgesetzes 2002, JBl 2003, 475.
[687] Vgl *Krejci*, Zur Haftung des Vereins und seiner Organwalter, GesRZ 2005, 220.

3.2.1.5. Zur Haftung des Vereinsvorstandes bei Befolgung eines Beschlusses der Mitgliederversammlung

Da der Vorstand gegenüber der Mitgliederversammlung weisungsgebunden ist,[688] stellt sich auch die Frage der Rechtsfolge hinsichtlich der Haftung, wenn der Organwalter diese Beschlüsse befolgt.

§ 24 (3) VerG regelt ausdrücklich, dass die Ersatzpflicht nicht eintritt, wenn die Handlung des Organwalters auf einem seinem Inhalt nach gesetzmäßigen und ordnungsgemäß zustande gekommenen Beschluss eines zur Entscheidung statutengemäß zuständigen Vereinsorgans beruht. Unter diesem Vereinsorgan ist grds die Mitgliederversammlung zu verstehen. Es kann aber auch durch die Statuten ein weiteres (weisungsbefugtes) Organ, wie etwa eine Delegiertenversammlung[689] oder ein Aufsichtsrat geschaffen werden. Es ist allerdings zu beachten, dass die Ersatzpflicht jedoch nicht entfällt, wenn der Organwalter dieses Vereinsorgan irregeführt hat.[690]

Eine Befreiung der Haftung des Organwalters bei Befolgung eines Beschlusses war nicht Thema der VerG-Nov 2011. Daher sind in weiterer Folge die Erläuterungen zur Schaffung des VerG 2002 zu untersuchen. Die Bestimmung über die Befreiung iSd Abs 3 befand sich im ME ursprünglich in § 25.[691] Dies Regelung, welche schließlich in § 24 (3) VerG normiert wurde, ist eindeutig § 84 (4) AktG nachgebildet, worauf auch im ME hingewiesen wird.[692]

Da nur das Befolgen von gesetzmäßig und ordnungsgemäß zustande gekommenen Beschlüssen von der Haftung befreit, ist festzuhalten, dass das Handeln nach einem nichtigen Beschluss die Vorstandsmitglieder auch nicht exkulpieren kann. Ein nichtiger Beschluss besteht nach § 7 (1) VerG immer dann, wenn dessen Inhalt und Zweck gegen ein Gesetz oder die guten Sitten verstößt. *Reisinger* geht davon aus, dass nichtige Beschlüsse nur von einem „Nichtorgan“ getroffen werden können.[693] Nach *Fischer/Feuchtinger* sind Beschlüsse immer dann nichtig, wenn schwere Verstöße gegen die gesellschaftsrechtlichen

[688] Vgl *Lachmair*, Der Vorstand im Verein, RdW 2004, 78.
[689] Vgl *Walzel*, Gesellschaftsrecht in *Majoros/Marchl/Walzel/Dietrich* (Hrsg), Handbuch für Führungskräfte 59.
[690] Vgl § 24 (3) S 2 VerG.
[691] 230/ME 21. GP 12.
[692] 230/ME 21. GP 39.
[693] Vgl *Reisinger*, Vereinsrecht 35.

Grundbestimmungen oder die Rechtsordnung vorliegen.[694] Anfechtbare (gesetz- oder statutenwidrige) Beschlüsse bleiben im Gegensatz dazu gültig, sofern sie nicht binnen eines Jahres ab Beschlussfassung gerichtlich angefochten werden. *Keinert* spricht bei den anfechtbaren Beschlüssen von einer „schlichten" Gesetzwidrigkeit.[695] Zu vergleichen ist daher in diesem Zusammenhang auch die Anfechtbarkeit bzw Nichtigkeit von Beschlüssen im GmbH-Recht gem § 41 GmbHG. Generell besteht der Zweck dieser Norm darin, Vertrags- und Gesetzesverletzungen zu pönalisieren, aber auch rasch zu klären, ob der Beschluss wirksam ist.[696] Wie auch im Vereinsrecht wird im GmbH-Recht zwischen anfechtbaren und nichtigen Beschlüssen unterschieden.[697] . Die Nichtigkeit kann von jedermann – also auch vom Geschäftsführer – mittels Feststellungsklage geltend gemacht werden.[698] Das Anfechtungsrecht kommt gem § 41 (3) GmbHG auch den Geschäftsführern[699] zu.[700] Dem einzelnen Geschäftsführer steht die Anfechtungsbefugnis zu, wenn er durch die Befolgung des Beschluss schadenersatzpflichtig werden würde.[701] Nach *Torggler* ist die aktienrechtliche Regelung des § 199 AktG auf Unternehmer und jene des § 7 VerG auf Zivilgesellschaften anzuwenden.[702] Es interessiert in diesem Zusammenhand, ob der Organwalter des Vereins den Beschluss anfechten kann oder uU sogar muss. Gem § 7 (1) S 3 VerG ist jedes von einem Vereinsbeschluss betroffene Vereinsmitglied ist zur Anfechtung berechtigt.[703] Nachdem aber bereits festgestellt wurde, dass nicht jeder Organwalter auch Vereinsmitglied sein muss,[704] käme dem reinen Fremd-Vereinsvorstand das Anfechtungsrecht nicht zu. Hier wäre mE die Bestimmung des § 41 (3) GmbHG analog auf das Vereinsrecht anzuwenden, sodass auch dem Vereinsvorstand, der nicht Mitglied des Vereins ist, den Beschluss anfechten könnte. Soll der Organwalter also von der Haftung befreit werden, wenn er einen anfechtbaren Beschluss umsetzt? Da ein anfechtbarer Beschluss dennoch als gültig und gesetzmäßig gilt, befreit den Organwalter dessen Befolgung mE von der Haftung, sofern die Befolgung nicht

[694] Vgl *Fischer/Feuchtinger*, Wirtschaftsrecht 172.
[695] Vgl *Keinert*, Mitgliederversammlung des Vereins 119.
[696] Vgl *Thöni*, Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH-Gesellschafterbeschlüsse 10; *Enzinger* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 41 Rz 6.
[697] Vgl für viele *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz[3] § 41 Rz 5.
[698] Vgl *Michl*, Anfechtung und Nichtigkeit von Organbeschlüssen im Recht der Kapitalgesellschaften 210; *Enzinger* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 41 Rz 27.
[699] Zu verstehen sind hier die Geschäftsführer als Kollegialorgan.
[700] Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz[3] § 41 Rz 48.
[701] Vgl *Plöchl*, Anfechtungspflicht und Kostenrisiko, ecolex 1993, 453; *Enzinger* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 41 Rz 60.
[702] Vgl *Torggler*, Gesellschaftsrecht 116.
[703] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 7 Rz 17.
[704] S dazu Kap 3.1.

klar sorgfaltswidrig geschieht. Die Sorgfaltswidrigkeit würde meiner Ansicht nach dann bestehen, wenn klar erkennbar ist, dass der Beschluss anfechtbar wäre und der Organwalter sein Anfechtungsrecht nicht ausübt.

3.2.1.6. Zum Betrachtungszeitpunkt

Nachdem weder die Erläuterungen im ME, noch der Kommentar den Anknüpfungszeitpunkt für die Bewertung der Handlung thematisieren, ist dieser in der Arbeit ebenfalls kurz zu erörtern. Wie bei der Haftung der Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer von Genossenschaften, Aktiengesellschaften und GmbHs,[705] ist auch im Vereinsrecht die Handlung des Organwalters zu jenem Zeitpunkt zu beurteilen, in dem diese vorgenommen worden ist. Es ist also streng ex ante zu bewerten, ob das gesetzte Verhalten des Organwalters der anzuwendenden Sorgfalt entsprochen hat. Dies ergibt sich allein aus der Tatsache, dass der Organwalter über keine hellseherischen Fähigkeiten verfügt und nur vorab schätzen kann, wie sich seine Entscheidung entwickelt. Treten unvorhersehbare Ereignisse nach dem Handeln hinzu, können sich diese mE niemals auf die Sorgfalt des Organwalters auswirken.

3.2.1.7. Zur Solidarhaftung der Vorstandsmitglieder

Vergleicht man die vereinsrechtliche Haftungsregel des § 24 VerG mit den anderen gesellschaftsrechtlichen Regelungen der § 25 (2) GmbHG, 84 (2) AktG oder § 23 GenG, so fällt auf, dass nur im Vereinsgesetz keine ausdrückliche Regelung über die Solidarhaftung der Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder zu finden ist. Dass die Frage der Solidarhaftung der Vorstandsmitglieder des Vereins folglich weder im Kommentar, noch in den Erläuterungen zum ME behandelt wird, verwundert auf den ersten Blick. Sowohl bei der GmbH, AG als auch Genossenschaft ist iZw von einer Gesamtgeschäftsführung auszugehen. Gleiches gilt für den Verein ausdrücklich nach § 6 (1) VerG. Durch die Statuten kann aber von der

[705] S auch unter Kap 2.1.2.1., 2.1.2.3. und insb 4.2.1.5.

Gesamtgeschäftsführung abgegangen werden.[706] Meiner Meinung nach ergibt sich aus dem Prinzip der Gesamtgeschäftsführung das Prinzip der Gesamtverantwortung.[707] Aus jener lässt sich mE auch die Haftung ableiten, was bedeutet, dass auch beim Verein bei Gesamtgeschäftsführung von einer Solidarhaftung auszugehen ist.[708] In diesem Fall sind die oben erwähnten Bestimmungen der § 25 (2) GmbHG, 84 (2) AktG oder § 23 GenG analog auf das Vereinsrecht anzuwenden.[709] Zu beachten ist, dass bei einer vorsätzlichen Schädigung des Vereins eine analoge Anwendung nicht notwendig ist, da subsidiär die Regelung des § 1302 S 2 ABGB greifen würde, wonach eine Solidarhaftung besteht.[710] Im Gegensatz dazu würden die Organwalter gem § 1302 S 1 ABGB nur für den von ihnen verursachten Schaden haften, sofern es sich um eine fahrlässige Schädigung handelt, bei der sich die Anteile bestimmen lassen.[711] Das Ergebnis bei fahrlässigem Verhalten wäre unbefriedigend und entspricht auch nicht dem gesellschaftsrechtlichen Prinzip der Gesamtverantwortung und der draus resultierenden Haftung. Daher ist eine Analogie mE im Fall von fahrlässigem Handeln durchaus für das Vereinsrecht geboten und zulässig.

Sofern aber durch die Statuten gem § 6 (1) VerG Einzelgeschäftsführung vorgesehen ist, liegt mE eine gültig beschlossene (echte) Ressortverteilung vor.[712] In der Folge ist jedes Vorstandsmitglied grds nur noch für sein eigenes Ressort zuständig und haftet nur noch für dieses, sofern der Organwalter seine Überwachungspflichten nicht gröblich vernachlässigt hat. MaW: Durch eine echte Ressortverteilung wird die Solidarhaftung mE grds ausgeschlossen.

---

[706] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 6 Rz 2.
[707] AA *Höhne/Jöchl/Lummerstorfer*, Das Recht der Vereine[4] 105.
[708] *Krejci* begründet dies zusätzlich mit dem Schutz der geschädigten Gesellschaft (vgl *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 102).
[709] Dies kann auch damit begründet werden, dass die vereinsrechtliche Haftungsregel § 25 GmbHG und § 84 AktG nachempfunden ist; vgl hierzu *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 24 Rz 1.
[710] Vgl hierzu für viele *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB § 1302[3] Rz 1; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II[13] 326 f.
[711] Vgl *Graf/Gruber*, Gesetzliche Schuldverhältnisse[10] 23.
[712] Ausführlich zur Ressortverteilung und deren Rechtsfolgen s unter Kap 4.5.2.

3.2.1.8. Zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen und deren Verjährung

Die Geltendmachung von Ersatzansprüchen des Vereins ist ausführlich in § 25 VerG geregelt. Gem Abs 1 leg cit kann die Mitgliederversammlung zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen des Vereins gegen einen Organwalter einen Sondervertreter bestellen. Wenn die Mitgliederversammlung einen Sondervertreter bestellen kann, wird sie aber auch selbst den Ersatzanspruch geltend machen können.[713] Die Mitgliederversammlung kann jedenfalls auch von einem allfälligen Aufsichtsorgan einberufen werden, wenn über die Geltendmachung von Ersatzansprüchen abzustimmen ist.

Nach § 25 (2) VerG besteht ein Minderheitenrecht[714] für den Fall, dass die Mitgliederversammlung die Bestellung eines Sondervertreters ablehnt oder mit dieser Frage nicht befasst wird. Diese Mitglieder können für den Verein einen Sondervertreter bestellen, der mit der Geltendmachung der Ersatzansprüche betraut wird. Zu beachten ist hierbei allerdings die Besonderheit hinsichtlich der Kostentragung, denn dringt im Fall des Abs 2 der Verein mit den erhobenen Ansprüchen nicht oder nicht zur Gänze durch, so tragen die betreffenden Mitglieder die aus der Rechtsverfolgung erwachsenden Kosten nach außen zur ungeteilten Hand und im Innenverhältnis, sofern nichts anderes vereinbart ist, zu gleichen Teilen.[715] Sofern die Mitgliederversammlung aber selbst die Verfolgung der Ansprüche beschließt, trägt der Verein die Kosten im Falle eines Prozessverlustes selbst.[716] Umgekehrt hat der Organwalter dem Verein nicht nur die Schadenersatzforderung, sondern auch die Prozesskosten zu ersetzen, wenn der Verein im Prozess obsiegt.

Die Verjährungsfrist ist nach § 1489 ABGB zu bemessen.[717] Somit unterscheidet sich die Frist deutlich von den Bestimmungen der § 25 (6) GmbHG und § 84 (6) AktG, nach denen eine fünfjährige Verjährungsfrist vorgesehen ist. Die Ansprüche gegen den Organwalter des Vereins verjähren somit binnen drei Jahren ab Kenntnis von Schaden und Schädiger. Darüber hinaus gilt die absolute Verjährungsfrist des § 1489 S 2 ABGB von 30 Jahren.[718]

---

[713] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 25 Rz 11.
[714] Erfasst sind Ersatzansprüche, die von mindestens einem Zehntel aller Mitglieder geltend gemacht werden.
[715] Vgl § 25 (3) VerG.
[716] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 25 Rz 17.
[717] ErläutRV 990 BlgNR 21. GP 41.
[718] *Fischer/Feuchtinger*, Wirtschaftsrecht 23.

3.2.2. Zur Haftung des ehrenamtlichen Vereinsvorstands gem § 24 (1) S 2 VerG

Da die wesentlichste Forschungsfrage dieser Arbeit darin besteht, herauszufinden, welchen Einfluss die Entgeltlichkeit bzw Unentgeltlichkeit auf die Haftung von Organwaltern hat, soll an dieser Stelle die Regelung des § 24 VerG auch in der alten Fassung untersucht werden, da dies die einzige gesellschaftsrechtliche Norm war, in welcher explizit auf das Verhältnis zwischen Entgelt und Haftung eingegangen wurde.[719] Daher ist hier zu überprüfen, welche Auswirkungen die Formulierung „bei der Beurteilung des Sorgfaltsmaßstabs ist eine Unentgeltlichkeit der Tätigkeit zu berücksichtigen“ des § 24 (1) VerG aF hatte.[720]

Anschließend soll die Bestimmung des § 24 (1) S 2 VerG in der geltend Fassung untersucht werden, die nun wie folgt lautet: „Ist der Organwalter oder der Rechnungsprüfer unentgeltlich tätig, so haftet er nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit, wenn nicht anderes vereinbart oder in den Statuten festgelegt ist.“. Hierbei wird speziell auf den Haftungsunterschied zwischen ehrenamtlichen und entlohnten Vereinsvorständen eingegangen.

3.2.2.1. Zur Unentgeltlichkeit und deren Auswirkung auf die Haftung des Vorstandes im Vereinsrecht

Durch das VerG 2002 wurde in § 24 (1) VerG aF erstmals eine Regelung geschaffen, die ausdrücklich vorsah, dass bei der Haftung der Unterschied zwischen Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit zu berücksichtigen sei. Im VerG 1951[721] befand sich keinerlei Bestimmung über die Haftung von Organwaltern gegenüber dem Verein. Die hL ging davon aus, dass

[719] Hiermit ist der Schadenersatzanspruch der Gesellschaft gegenüber dem Organwalter zu verstehen. Eine prinzipielle Regelung hinsichtlich der Haftung, bei welcher das Entgelt einen Unterschied macht, besteht nämlich auch bspw nach § 1300 ABGB.

[720] Zur Auswirkung der VerG-Nov 2011 siehe unter Pkt 3.2.2., wo auch behandelt wird, ob eine materielle Änderung herbeigeführt wurde.

[721] BGBl 1951/233.

durch die Neuregelung der Haftungsbestimmungen nur eine Kodifikation der bereits bestehenden und anerkannten Regelung geschah.[722]

Der Normzweck einer Differenzierung zwischen entgeltlicher und unentgeltlicher Tätigkeit beim Organwalter des Vereins bestand darin, dass eine Klarstellungen zur Haftung des Vereins und seiner Organwalter unter Berücksichtigung unentgeltlicher Tätigkeit zu schaffen.[723] Weiters wird in den Erläuterungen folgendes Argument angeführt: „Im Zuge der rechtspolitischen Diskussion wurde gefordert, dass unentgeltlich tätige Organwalter von einer Haftung gegenüber dem Verein bzw. gegenüber Dritten möglichst freigestellt werden mögen. Eine weitgehende Haftungsfreistellung wäre jedoch nicht nur ein gravierender Eingriff in das allgemeine Schadenersatzsystem, sondern darüber hinaus auch aus verfassungsrechtlichen Gründen bedenklich. Dennoch erscheint eine gewisse Modifizierung der objektiven Fahrlässigkeitsmaßstäbe angesichts des Umstands gerechtfertigt, dass Organwalter von Vereinen in der Regel unentgeltlich tätig sind und sich mit Übernahme einer Vereinsfunktion noch keineswegs öffentlich dazu bekennen, über zur Amtsausübung erforderliche besondere Kenntnisse und Fähigkeiten zu verfügen.“[724]

In weiterer Folge war festzustellen, welche Rechtsfolge sich an die Regelung des § 24 (1) VerG aF bezüglich des unentgeltlich tätigen Organwalters knüpfte. Nach einstimmiger Lehre ging man davon aus, dass dessen Sorgfaltsmaßstab zu reduzieren war und somit gegenüber dem entgeltlich tätigen Organwalter herabgesetzt wurde.[725] Somit hatte die Ehrenamtlichkeit unmittelbaren Einfluss auf den objektiven Sorgfaltsmaßstab. Dies wurde

[722] Vgl *van Husen*, Vereinsgesetz 2002, Ges 2003, 9; *Krejci*, Zum Mitglieder- und Gläubigerschutz nach dem VerG 2002, JBl 2003, 713; *S. Bydlinski*, Das Vereinsgesetz 2002 – Darstellung der wichtigsten neuen Regelungen für ideelle Vereine in *Achatz* (Hrsg), Die Besteuerung der Non-Profit-Organisationen III 37; *Krejci*, Zur Haftung des Vereins und seiner Organwalter, GesRZ 2005, 215; *Krejci*, Zum Entwurf einer Vereingsgesetznovelle 2011 über die Haftungsbefreiung ehrenamtlicher Organwalter, GES 2011, 372; aA *Kossak*, Neue Haftungen auf Grund des Vereinsgesetzes 2002, JBl 2003, 473 (480 ff); *Kossak*, Die Haftung der Vereinsfunktionäre, V; *Ginthör*, Die Vereinsorgane 54; undifferenziert: *Brändle/Rein*, Das österreichische Vereinsrecht[4] 178.

[723] ErläutRV 990 BlgNR 21. GP 17.

[724] ErläutRV 990 BlgNR 21. GP 40; hierbei ist allerdings anzumerken, dass mE gerade die Übernahme einer Funktion zu erkennen gibt, dass man die notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten besitzt, da sonst das System des § 1299 ABGB verletzt werden würde.

[725] Vgl Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 6/43; *Scherff*, Das neue Vereinsrecht 49; *Ginthör*, Die Vereinsorgane 55; *Höhne/Jöchl/Lummerstorfer*, Das Recht der Vereine[4] 290; *Kossak*, Die Haftung der Vereinsfunktionäre 11; *Steinwendner/Becker/Manseder* in *Berger* (Hrsg), Der Verein im Steuerrecht[3] 136; Krejci, Zum Mitglieder- und Gläubigerschutz nach dem VerG 2002, JBl 2003, 722; *S. Bydlinski*, Das Vereinsgesetz 2002 – Darstellung der wichtigsten neuen Regelungen für ideelle Vereine in *Achatz* (Hrsg), Die Besteuerung der Non-Profit-Organisationen III 37; *Werkusch*, Die Haftung des Organwalters gegenüber dem Verein nach dem VerG 2002, RdW 2003, 73.

vertreten, da man davon ausging, dass man einem ehrenamtlichen Organwalter wohl schon aus dem allgemeinen Rechtsempfinden heraus, kleinere Fehler eher verzeihen würde, als einem professionell agierenden Geschäftsführer, der für seine Tätigkeit entlohnt wird.

Die genaue Auslegung des § 24 (1) VerG aF sollte der Rechtsprechung vorbehalten bleiben.[726] Man verstand diese Regelung daher als richterliches Mäßigungsrecht,[727] welches dem DHG nachempfunden sein sollte, indem der Richter den Sorgfaltsmaßstab nachträglich reduzieren sollte.[728] Genau das sah *Kossak* als Wertungswiderspruch, da seiner Meinung nach aus der Bestimmung noch nicht geschlossen werden konnte, dass der ehrenamtliche Organwalter generell nur für grobes Verschulden haften sollte.[729]

3.2.2.2. Zur Klarstellung der Berücksichtigung der unentgeltlichen Tätigkeit in § 24 (1) S 2 VerG durch die VerG-Nov 2011

In diesem Kapitel soll die VerG-Nov 2011 inhaltlich genau untersucht und festgestellt werden, ob sich durch die Klarstellung der Berücksichtigung des Entgelts tatsächlich etwas an der bisherigen Rechtslage geändert hat, da die alte Regelung des § 24 (1) VerG „nur" vorsah vor, dass bei der Bemessung des Sorgfaltsmaßstabes eine Unentgeltlichkeit zu berücksichtigen ist. Die Neuregelung sieht dagegen vor, dass, sofern der Organwalter oder Rechnungsprüfer unentgeltlich tätig ist, dieser nur bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz haftet, sofern nichts anderes vereinbart oder in den Statuten festgelegt ist. Bevor nun inhaltlich auf die Novelle einzugehen ist, soll der Prozess der Gesetzwerdung skizziert werden.

[726] Vgl *Scherff*, Das neue Vereinsrecht 49.
[727] Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 6/43.
[728] *Kerschner*, Haftungsminderung für Vereinsfunktionäre? Im Spannungsfeld zwischen VereinsG 2002, DHG und Gesellschaftsrecht in FS Binder (2010) 91 (100).
[729] Vgl *Kossak*, Vereinsrechtliche Haftungen im Spiegel des österreichischen Vereinswesens 11.

3.2.2.2.1. Zum Entstehungsprozess der VerG-Nov 2011

Es soll nun der Prozess vom Ministerialentwurf bis zur Gesetzgebung, die dementsprechende Berücksichtigung in der Lehre und die Auswirkungen der VerG-Nov 2011 genau untersucht werden.

Das BMJ erstellte einen Entwurf,[730] welcher den Ausgangspunkt für die VerG-Nov 2011 bildete. Die im Justizausschuss beschlossene Änderung des § 5 (2) VerG, welche eine Verlängerung der Höchstfrist der Einberufung von Mitgliederversammlungen von vier auf fünf Jahren vorsieht,[731] soll an dieser Stelle erwähnt, aber nicht weiter erörtert werden. Der ME begründet die Notwendigkeit und den Grund für eine Novellierung des VerG damit, dass einerseits mit der Übernahme von Funktionen nicht unerhebliche Haftungsrisiken verbunden sind und andererseits in der Praxis darüber Unsicherheit herrsche, inwiefern die Unentgeltlichkeit zu berücksichtigen ist.[732] Darüber hinaus stehe die Auslegungsunsicherheit der Bereitschaft ein ehrenamtliches Engagement zu übernehmen entgegen.[733] Die bis dahin geltende Regelung des § 24 (1) VerG sah „nur" vor, dass bei der Beurteilung des Sorgfaltsmaßstabs eine Unentgeltlichkeit der Tätigkeit zu berücksichtigen sei. Nach den Erläuterungen zur RV, sollten die konkreteren Differenzierungen nicht vorweg festgelegt, sondern der Rechtsprechung vorbehalten bleiben.[734] Nachdem aber generell nur sehr wenig Rechtsprechung zum Verein existiert, oder zumindest veröffentlicht wurde, und dies besonders auf die Haftung von Organwaltern zutrifft, ist es mE nachvollziehbar, dass geklärt werden soll, was unter dieser Berücksichtigung der Unentgeltlichkeit zu verstehen ist. Der ME spricht aber in diesem Zusammenhang weniger von einer Klarstellung, als vielmehr von einer Begrenzung des Haftungsrisikos auf ein zumutbares Maß.[735] Einerseits wird die Haftung von unentgeltlich tätigen Organwaltern gegenüber dem Verein auf grobes Verschulden[736] eingeschränkt und andererseits ein Rückersatzanspruch gegenüber dem Verein gewährt, sofern der Organwalter durch den Dritten direkt in Anspruch genommen wird. Im ME wird erklärt, dass ein Mitglied des Vereinsorgans bei Missachtung der Sorgfalt

[730] 306/ME 24. GP.
[731] Vgl *Schürz*, Vereinsgesetznovelle 2011, Zak 2012, 4.
[732] 306/ME 24. GP 1.
[733] 306/ME 24. GP 1.
[734] ErläutRV 990 BlgNR 21. GP 40.
[735] 306/ME 24. GP 1.
[736] Darunter sind grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz zu verstehen.

eines ordentlichen und gewissenhaften Organwalters dem Verein für den entstandenen Schaden hafte, was im Ergebnis selbstverständlich richtig ist, da dies dem Gesetzeswortlaut entspricht und keine Neuerung darstellt.

Dem ME ist zu entnehmen, dass sich in der Praxis gezeigt hat, „dass die gesetzliche Regelung zunehmend zu einem Hindernis für ehrenamtliches Engagement geworden ist, weil bei den derzeit geltenden Haftungsregelungen für diejenigen, die unentgeltlich Verantwortung in einem Verein übernehmen, unklar ist, in welchem Ausmaß die Unentgeltlichkeit zu berücksichtigen ist." Leider ist keinerlei Quelle angegeben, die diese Aussage beweist, denn die logische Konsequenz aus einem Mangel an Personen, die Vereinsfunktionen ausüben, wäre die Einstellung des Vereinslebens und somit eine Auflösung des Vereins gem §§ 27 ff VerG. Vergleicht man hierzu allerdings die Zahlen der behördlichen Auflösungen gem § 29 (1) VerG wegen Inaktivität bzw Handlungsunfähigkeit, so fanden im Jahr 2011 insgesamt 776 Auflösungen[737] und im Jahr 2012 626 Auflösungen statt.[738] Somit ist wohl davon auszugehen, dass aufgrund der VerG-Nov 2011 kein unmittelbarer Zusammenhang hinsichtlich der Nichtübernahmen von Organfunktionen festzustellen ist. Woher das BMI die Information nimmt, dass sich in der Praxis keine Personen für Vereinsfunktionen finden, bleibt wohl (leider) ungewiss.

Im besonderen Teil und den Anmerkungen des ME zu den geplanten Änderungen des § 24 (1) VerG, ist angeführt, dass die Einschränkung des Haftungsrisikos beim unentgeltlich handelnden Organwalters im Verhältnis zum Verein vorgesehen wird. Das interne Haftungsrisiko eines unentgeltlich tätigen Organwalters oder Rechnungsprüfers soll in Abs 1 in der Weise begrenzt werden, dass der Organwalter gegenüber dem Verein für den verursachten Schaden nur verantwortlich ist, wenn dieser auf vorsätzliches oder grob fahrlässiges Handeln zurückzuführen ist.[739]

Des Weiteren enthält der ME eine Kommentierung des neu einzuführenden Rückersatzes, sofern der Organwalter vom Dritten schadenersatzrechtlich in Anspruch genommen wird. Im ME heißt es „Tritt ein Schadensfall durch das Verhalten eines Organwalters oder eines Rechnungsprüfers eines Vereins ein, so haften grundsätzlich Verein und Organwalter bzw.

[737] BMI, Vereinsstatistik 2011 bzw ebenso (allerdings undifferenziert) Statistik Austria, Statistisches Jahrbuch 2013, 197.
[738] BMI, Vereinsstatistik 2012.
[739] 306/ME 24. GP 3.

Rechnungsprüfer nebeneinander, wenn der Organwalter bzw. Rechnungsprüfer in Wahrnehmung seiner Pflichten einem Dritten einen Schaden zugefügt hat".[740] Diese Aussage ist mE aber falsch bzw zu undifferenziert, da dem Dritten aufgrund des Trennungsprinzips grds nur der Verein haftet.[741] Nur wenn sich eine Haftung aus anderen gesetzlichen Bestimmungen ergibt, haftet der Organwalter persönlich und neben dem Verein. Somit haftet der Organwalter direkt nur dann, wenn er etwa die schadenersatzrechtlichen Voraussetzungen wie Schaden, Kausalität, Rechtswidrigkeit und Verschulden erfüllt.

Darüber hinaus heißt es im ME zu den neugeschaffenen Bestimmungen des § 24 (5 - 7) VerG und somit zum Regress des Organwalters gegenüber dem Verein: „Trotz der unmittelbaren Haftung des Vereins kann die daneben bestehende persönliche Haftung des Mitglieds eines Vereinsorgans für einen geschädigten Dritten insbesondere in den Fällen von Bedeutung sein, in denen der Verein aufgrund seiner finanziellen Situation zum Schadenersatz nicht in der Lage ist. Daher kommt eine generelle Begrenzung der Haftung des Organwalters nicht in Betracht. Unter Berücksichtigung der Erwägung, dass eine Haftungsbeschränkung nicht zu Lasten geschädigter Dritter gehen darf, wird die Haftungsbegrenzung in der Weise vorgenommen, dass der Organwalter, der einem Dritten zum Ersatz eines in Wahrnehmung seiner Pflichten verursachten Schadens verpflichtet ist, vom Verein die Befreiung von der Verbindlichkeit verlangen kann, außer der Schaden wurde vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht. Dies bringt im Regelfall mit sich, dass der Schaden vom Verein und nicht vom Organwalter zu tragen ist."[742] Dies ist im Ergebnis zu begrüßen, da so einerseits die Gläubigerinteressen gewahrt bleiben und der Rechtsträger den wirtschaftlichen Schaden zu tragen hat. Das Prinzip des Rückersatzes bzw auch der Streitverkündung ist jenem des DHG nachgebildet.[743]

Während der Begutachtungsfrist vom 23. August 2011 bis zum Fristende der Stellungnahme am 20.11.2011 wurden 30 Stellungnahmen verschiedener Organisationen verfasst. Die meisten Organisationen befanden den Entwurf positiv,[744] jedoch wurde auch die eine oder andere Tatsache bemängelt, worauf hier genauer einzugehen ist. Die Finanzprokuratur weist

[740] 306/ME 24. GP 3.
[741] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 23 Rz 1 ff.
[742] 306/ME 24. GP 3.
[743] Zur generellen Anwendbarkeit des DHG s unter Pkt 4.6.
[744] So etwa das österreichische Normungsinstitut, die Gewerkschaft Öffentlicher Dienst, das BMI und verschiedene Landesregierungen.

drauf hin, dass der Regress des Organwalters beim vermögenslosen Verein erfolglos verlaufen wird und regt daher eine Haftungsreduktion des Organwalters auch im Außenverhältnis an.[745] Dem ist inhaltlich vehement zu widersprechen, da die Gläubigerschutzbestimmungen, die aufgrund der fehlenden Mindestkapitalvorschriften ohnehin nur sehr gering ausgeprägt sind, nicht noch durch eine Begrenzung des Haftungsrisikos herabgesetzt werden dürfen.

Der österreichische Seniorenrat begrüßt die Regelung, wonach der Verein zukünftig bei leichter Fahrlässigkeit den Schaden zu tragen hat, sowie die Schaffung von Rechtsklarheit.[746] Ob durch die Formulierung wirklich eine eindeutige Klarheit hinsichtlich der Haftung geschlossen wurde, soll unter Pkt 3.2.2.2.3. erörtert werden.

Das BMWF regt zu Recht an, dass aufgrund der neuen Bestimmung der Umkehrschluss angenommen werden könnte, dass bei entgeltlicher Tätigkeit jeweils bei leichter Fahrlässigkeit gehaftet werden soll.[747] Die Bedenken des BMWF sind berechtigt, da eine ausdrückliche Gesetzesregelung immer einen Umkehrschluss nahe legt. Meiner Ansicht nach bedeutet eine Entlohnung des Organwalters noch nicht automatisch, dass er auch bei leichter Fahrlässigkeit haften muss, da dies einerseits an der Höhe des Entgelts gemessen werden muss und anderseits auch eine Schadensteilung zwischen dem Verein und dem Organwalter bei leichter Fahrlässigkeit vorstellbar ist.[748]

In der Stellungnahme des österreichischen Gemeindebundes wird fingiert, dass sich der geschädigte Dritte im Falle einer finanziellen Überforderung an das Vereinsorgan wenden wird.[749] Eine echte Organhaftung wurde nie angedacht und somit wird entweder das Organ dem Verein zugerechnet oder (was hier offenbar gemeint ist) handelt es sich um eine direkte Inanspruchnahme des Organwalters. Umso wichtiger ist es den Begriff des „Organs“ nicht mit jener der ausübenden Person, nämlich des „Organwalters“ zu vermischen.[750] Unter

[745] Vgl 2/SN-306/ME 24. GP.
[746] Vgl 6/SN-306/ME 24. GP.
[747] Vgl 12/SN-306/ME 24. GP.
[748] Dies etwa wenn den Verein auch ein Mitverschulden am Schadenseintritt trifft. Zum Mitverschulden s unter Pkt 5.2.3.
[749] Vgl 13/SN-306/ME 24. GP.
[750] Vgl hierzu bspw *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 82 f.

einem Organwalter versteht man einen Menschen, der zur Ausübung der Kompetenzen eines bestimmten Organs berufen ist.[751]

Das BMASK betont die Wichtigkeit der externen Haftung des Organwalters etwa für den Fall der Rückforderung gewährter Zuschüsse, zB wegen nicht vereinbarungsgemäßer Mittelverwendung und begrüßt die Regelung, da die Außenhaftung nicht beschränkt wird.[752]

Der Verband der Versicherungsunternehmen Österreichs kritisiert die seiner Ansicht nach unklare Formulierung des Abs 7, da nicht ersichtlich ist, wer Adressat der Bestimmungen über die Haftpflichtversicherung ist.[753]

Der Verband der österreichischen Versicherungsmakler regt vollkommen zu Recht zwei Themen an: erstens stellt er zutreffender Weise fest, dass die Haftungsregelung jener des DHG nachempfunden ist. Zweitens zeigt er auf, dass die Grenzziehung zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit im Einzelfall dem richterlichen Ermessen unterliegt und somit ein gewisses Restrisiko für den Organwalter besteht bleibt.[754]

Der OGH fordert die Aufnahme einer Definition der unentgeltlichen Tätigkeit[755] und stellt richtiger Weise fest, dass die Wertung von Aufwandsentschädigungen[756] problematisch werden könnte.[757]

Der ÖAMTC weist in seiner (sehr ausführlichen) Stellungnahme darauf hin, dass der Sorgfaltsmaßstab der groben Fahrlässigkeit gerade auch von der unterschiedlichen Größe der Vereine abhängen wird.[758] Darüber hinaus stellt der ÖAMTC die Frage, was genau unter dem Begriff der Unentgeltlichkeit zu verstehen ist und wie Aufwandsentschädigungen und auch Pauschalentschädigungen zu werten sind.[759] Aber auch die Haftungsfrage beim Zusammenwirken eines unentgeltlichen mit einem entgeltlichen Organ wird angesprochen, wie etwa die Zusammenarbeit eines unentgeltlichen Präsidenten mit einem entgeltlich tätigen Geschäftsführer. Zu Recht wird von Seiten des ÖAMTC die Frage gestellt, ob dem

[751] *Hengstschläger*, Verwaltungsverfahrensrecht[4] 74.
[752] Vgl 14/SN-306/ME 24. GP.
[753] Vgl 15/SN-306/ME 24. GP; auf die versicherungsrechtlichen Fragen wird in dieser Arbeit nicht eingegangen.
[754] Vgl 16/SN-306/ME 24. GP.
[755] Zur Abgrenzung der Entgeltlichkeit von der Unentgeltlichkeit s unter Pkt 2.2.1.1.
[756] S dazu unter Pkt 2.2.2.
[757] Vgl 18/SN-306/ME 24. GP.
[758] Vgl 19/SN-306/ME 24. GP.
[759] Siehe dazu 2.2.2. und 2.2.3.

entgeltlich tätigen Gehilfen, der für ein unentgeltliches Organ tätig wird, das Haftungsprivileg zukommen soll, was mE aber zu verneinen sein wird. Umgekehrt ergibt sich daraus aber die Frage, ob das Verschulden des entgeltlich tätigen Gehilfen dem Organ nach § 1313a ABGB zugrechnet werden soll und der Organwalter somit wie ein entgeltliches Organ zu behandeln ist. Meiner Meinung nach ist es nur konsequent, dass dem Organ der Erfüllungsgehilfe zugrechnet werden soll, der Organwalter selbst aber erst ab grober Fahrlässigkeit haften soll. Handelt der Gehilfe somit leicht fahrlässig, so soll mE der Organwalter auch nicht haften und der Verein hat den Schaden zu tragen und kann sich uU direkt an den Gehilfen aufgrund einer vertraglichen Verschuldenshaftung wenden. Ebenso wird angesprochen, dass der ÖAMTC die Differenzierung zwischen Vereinsorganwaltern und den Organwaltern bei Kapitalgesellschaften für ungerecht erachtet. Zuletzt wird von Seiten des ÖAMTC noch die Frage aufgeworfen, ob die Regelung hinsichtlich der Differenzierung zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Organwaltern nicht eine Verfassungswidrigkeit im Sinne des Gleichheitsgebotes darstelle, was aber mE ganz klar zu verneinen ist, da generell Gleiches nicht ungleich behandelt werden darf, aber offenbar doch ein großer Unterschied vorliegt, ob jemand seine Arbeit gegen Entgelt oder ehrenamtlich erbringt. Auf jeden Fall ist die Situation nicht gleichwertig und daher ist eine Differenzierung durchaus zulässig und nicht verfassungswidrig.

Die Landwirtschaftskammer Österreich weist darauf hin, dass klargestellt werden sollte, wie Aufwandsentschädigungen zu qualifizieren sind und ob eine verhältnismäßige und getreue Abrechnung noch als Unentgeltlichkeit zählt.[760]

Mit dem gleichen Argument verlangt auch die Industriellenvereinigung nach einer Definition der Unentgeltlichkeit, speziell im Hinblick auf Ersatz für getätigte Aufwendungen.[761]

Auch der ÖGB hinterfragt den Umfang der Unentgeltlichkeit und möchte geklärt wissen, ob die Vergütung von kleineren Aufwandsentschädigungen noch als unentgeltlich gelten.[762]

Die WKO erwähnt die wichtige Rolle von Vereinen im Wirtschaftsleben, da mit Stand 31.12.2010 3111 Vereine Mitglied der Wirtschaftskammer waren und somit ein

[760] Vgl 21/SN-306/ME 24. GP.
[761] Vgl 22/SN-306/ME 24. GP.
[762] Vgl 24/SN-306/ME 24. GP.

Unternehmen im Rahmen ihres Nebenzweckprivilegs betreiben.[763] Darüber hinaus stellt die WKO die Frage in den Raum, ob die Maßnahme überhaupt den entsprechenden Bedarf hat, da keine Judikatur zu diesem Thema publiziert wurde. Warum die WKO von einer Einschränkung des Haftungspools gegenüber Gläubigern spricht, ist für mich nicht ersichtlich, da die Regelung ja nur den internen Schadensausgleich betrifft und nicht zu einer Haftungsbeschränkung im Außenverhältnis führt. Ein wichtiger Punkt, auf den in der Stellungnahme der WKO noch eingegangen wird, ist, dass viele Organwalter zwar formal unentgeltlich handeln, aber ihnen durch ihre Stellung als Organwalter ein wesentlicher wirtschaftlicher Nutzen, nämlich insbesondere die Nutzung des Vereinsvermögens zukommt. Darunter fallen etwa ein gemeinsamer Urlaub, der aus dem Gewinn der Vereinsveranstaltungen finanziert wird und der kostenlose Bezug von gewissen Leistungen.[764] Hier kann man an die Konsumation von Speisen und Getränken auf Vereinskosten, oder die Nutzung der Infrastruktur, sprich PC und Drucker, oder eines Vereins-PKW denken. Die Anwendungsmöglichkeit des DHG wird von der WKO ebenfalls ins Treffen geführt.

Ebenso spricht sich der österreichische Rechtsanwaltskammertag dafür aus, dass das DHG für anwendbar erklärt wird, da seiner Meinung nach das richterliche Mäßigungsrecht auf den konkreten Fall besser anwendbar wäre, als die Festlegung des Sorgfaltsmaßstabes, da sich aufgrund der verschiedenen Tätigkeiten auch verschiedene Aufgaben ergeben würden.[765] Selbst wenn man durchaus über die Anwendbarkeit des DHG diskutieren kann, ist dem ist doch entgegenzuhalten, dass sich auch bei der geschaffenen Regelung der Sorgfaltsmaßstab nach dem Einzelfall zu bewerten ist und somit individuell festgelegt werden muss. Darüber hinaus wird die Frage gestellt, ob sich bei vereinsähnlichen Gruppierungen, wie etwa Bürgerinitiativen, eine Gleichheitswidrigkeit ergibt, da diese Personen in der Regel unentgeltlich tätig sind, ihnen aber das Haftungsprivileg des § 24 VerG nicht zukommt. Ich halte dies allerdings für kein gültiges Argument, da einerseits die freie Rechtsformwahl besteht und sich die besagten Personen ja in sämtlichen Gesellschaftsformen gruppieren können. Andererseits kann man grds davon ausgehen, dass diese Personen eine GesbR gründen und die dementsprechenden Haftungsregeln

[763] Vgl 27/SN-306/ME 24. GP.
[764] Vgl 27/SN-306/ME 24. GP.
[765] Vgl 28/SN-306/ME 24. GP.

anzuwenden sind.[766] Die GesbR kann auch konkludent gegründet werden.[767] Die Frage, ob die Regelungen zwingend sind, kann verneint werden und auch ein Verzicht auf das Haftungsprivileg wird vorab unter der Prüfung der Sittenwidrigkeitskontrolle zulässig sein. Auch der österreichische Rechtsanwaltskammertag spricht sich für eine Anwendbarkeit des DHG aus.

Die Bundesarbeiterkammer begrüßt die Differenzierung zwischen professioneller und ehrenamtlicher Ausübung.[768] Hierbei ist anzumerken, dass nicht jede ehrenamtliche Arbeit unprofessionell und nicht jede entgeltliche Arbeit professionell geleistet wird. Man denke beispielsweise an einen Steuerberater, der ehrenamtlich als Rechnungsprüfer die Finanzen eines Vereins prüft, oder an einen Universitätsprofessor der für seinen Verein einen Kaufvertrag aufsetzt. Insofern bin ich der Meinung, dass streng zwischen den Begriffen „entgeltlich" und „unentgeltlich" differenziert werden sollte und diese nicht mit anderen, ähnlich klingenden Wörtern wie Professionalität vermischt werden um einen falschen Eindruck zu erwecken. In der Stellungnahme schreibt die BAK auch, dass sich durch die geplante Neuregelung die Rechtsposition von Verbrauchern und Bürgern verschlechtert. Unklar ist mE was mit dieser pauschalen Aussage gemeint ist, da auch kein Beispiel angeführt wird. Des Weiteren schlägt die BAK eine Differenzierung der Haftung hinsichtlich der Größe des Vereins dahingehend vor, dass nur die Organwalter kleiner Vereine, die nicht unter § 22 VerG fallen, das Haftungsprivileg genießen und auch die unentgeltlich tätigen Organwalter bei großen Vereinen sollen offenbar wie Organwalter bei Kapitalgesellschaften haften.

Nach der Begutachtungsfrist, welche bis 20.09.2011 lief,[769] wurde der Text der Vorblattes der RV[770] ident übernommen, jedoch der aufgrund des Rechnungshofes eingebrachte Vorschlag der Adaptierung des Vereinsregisters, welcher jedoch nicht mit den Haftungsbestimmungen in Zusammenhang stehe, unter dem Punkt „Alternativen" aufgenommen. Auch der Text der Erläuterungen wurde exakt übernommen und die

[766] Es ist strittig, ob eine GesbR auch zu einem ideellen Zweck gegründet werden kann. Siehe dazu *Krejci*, GesBR-Reform – Zum ministeriellen Diskussionsentwurf, GES 2012, 4 (8). ME sollte es aber zulässig sein eine GesbR auch zu einem ideellen Zweck zu gründen. Eine ausdrückliche Regelung wäre aber sicherlich zu begrüßen.
[767] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftrecht[3] 90.
[768] Vgl 29/SN-306/ME 24. GP.
[769] 306/ME-Begleitschreiben 24. GP.
[770] ErläutRV 1503 BlgNR 24. GP.

Kompetenzgrundlage, nämlich Art 10 Abs 1 Z 6 (Zivilrechtswesen), Z 7 (Vereins- und Versammlungsrecht) und Z 13 (Stiftungs- und Fondswesen) BVG, genauer aufgeschlüsselt. Darüber hinaus wurde folgender Passus hinsichtlich der Aufwandsentschädigungen in die Erläuterungen aufgenommen: „Von unentgeltlichem Handeln ist auch dann auszugehen, wenn der Organwalter eine Aufwandsentschädigung erhält, die im Wesentlichen dem tatsächlichen entstandenen Aufwand entspricht (etwa Portospesen, Reisekosten). Die Aufwandsentschädigung kann auch angemessen pauschaliert sein."[771]

Die RV langte am 08.11.2011 im Nationalrat ein und wurde am 15.11.2011 in der 130. Sitzung des Nationalrates dem Justizausschuss zugewiesen.[772] Der Bericht des Justizausschusses[773] vom 22.11.2011 gibt im Wesentlichen den Text des ME[774] wider, wobei auch hier davon gesprochen wird, dass in der Praxis Unsicherheiten bestehen, in welchem Ausmaß bei Unentgeltlichkeit gehaftet werden soll. Darüber hinaus wurde von Seiten des Justizausschusses ein Abänderungsantrag eingebracht, mit dem die Mitgliederversammlung nicht alle vier, sondern künftig mindestens alle fünf Jahre stattzufinden hat.[775] Argumentiert wird dieser Antrag damit, dass es mit einem großen organisatorischen, personellen und finanziellen Aufwand, insbesondere bei großen Vereinen, verbunden ist eine Mitgliederversammlung einzuberufen. Persönlich kann ich dieses Argument nicht nachvollziehen, da es meiner praktischen Erfahrung nach durchaus möglich ist Mitgliederversammlung sogar monatlich oder zumindest halbjährlich abzuhalten. Der „große organisatorische Aufwand" besteht normalerweise darin die Mitglieder per Brief oder E-Mail von der Mitgliederversammlung zu verständigen und somit hält sich mE auch der finanzielle Aufwand in Grenzen. Handelt es sich tatsächlich um einen großen Verein iSd § 22 VerG und betragen somit die Umsätze in zwei aufeinanderfolgenden Jahren mehr als eine Million Euro, so ist für mich nicht ersichtlich, dass ein derartiger Verein, der somit auch den Rechnungslegungsvorschriften gem §§ 198 ff UGB unterliegt und ohnehin jährlich bilanzieren muss, es nicht fertig bringen mag, seine Vereinsmitglieder einzuladen. Ich denke, dass es gerade aufgrund der fehlenden Kapitalerhaltungsvorschriften geboten ist, bei großen Vereinen eine jährliche Mitgliederversammlung anzusetzen, um so die Finanzlage des

[771] ErläutRV 1503 BlgNR 24. GP 3.
[772] parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/I/I_01503/index.shtml#tab-ParlamentarischesVerfahren.
[773] AB 1537 BlgNR 24. GP.
[774] 306/ME 24. GP.
[775] 306/ME 24. GP.

Vereins besser überprüfen zu können. Selbst beim kleinen Verein könnte man sonst davon ausgehen, dass in Wahrheit gar kein Vereinsleben existiert, wenn man es nicht einmal schafft sich jährlich, und sei es im Rahmen einer Weihnachtsfeier, vorab zur Mitgliederversammlung zu treffen um dort die wesentlichsten Beschlüsse zu fassen und die Finanzen zu kontrollieren. Der abgeänderte Antrag wurde vom Justizausschuss einstimmig beschlossen und dem Nationalrat zur zweiten Lesung vorgelegt.

Am 06.12.2011 und somit bei der 135. Sitzung des NR wurde über den Gesetzesantrag abgestimmt. Der Abgeordnete *Donnerbauer* wies in seiner Rede auf etwa drei Millionen Menschen, die sich in Österreich in Vereinen engagieren und somit pro Woche rund 15 Millionen unentgeltliche Arbeitsstunden leisten.[776] Die Abgeordnete *Hakel* sprach von einem bis dato existierenden Hindernis, dass sich Personen in Vereinen engagieren, welches der Haftungsfrage zuzurechnen ist und dass vieles ohne die Hilfe von Freiwilligen nicht funktionieren würde.[777] Nach weiteren (inhaltlich weitgehend identen) Wortmeldungen wurde der Gesetzesantrag in zweiter und dritter Lesung einstimmig angenommen.[778] Am 09.12.2011 wurde der Beschluss an den Bundesrat übermittelt und am selben Tag an den Justizausschuss des BR zugewiesen. Der Justizausschuss des BR stellte mit Stimmeneinhelligkeit den Antrag gegen den Beschluss des NR keinen Einspruch zu erheben.[779] Der Antrag wurde am 15.12.2013 einhellig angenommen.[780] Anschließend wurde die Gesetzesänderung unter der BGBl-Nummer 2011/137 am 28.12.2011 kundgemacht. Die VerG-Nov 2011 trat gem § 33 (10) VerG mit 01.01.2012 in Kraft.

Ein Teil der Lehre wies zwar auf die Neuerungen durch die VerG-Nov 2011 hin, äußerte sich aber nicht unbedingt, ob er den Entwurf für positiv oder negativ befand. So wurde beispielsweise nur erwähnt, dass das Haftungsrisiko von unentgeltlichen Mitglieder auf ein zumutbares Maß begrenzt wird.[781] Hierbei ist anzumerken, dass es sich bei der Regelung der Haftung für unentgeltlich tätige Personen gerade nicht um die Haftung der einzelnen Vereinsmitglieder, sondern rein um die Haftung der Organwalter handelt, die somit als Organe des Vereins auftreten. Wie oben bereits erwähnt, müssen die Vorstandsmitglieder

[776] parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/NRSITZ/NRSITZ_00135/SEITE_0128.html.
[777] parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/NRSITZ/NRSITZ_00135/SEITE_0129.html.
[778] parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/NRSITZ/NRSITZ_00135/SEITE_0136.html.
[779] AB 8625 BlgBR.
[780] parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/I/I_01503/index.shtml#tab-ParlamentarischesVerfahren.
[781] Vgl *Fragner/Schimka*, Vereinsgesetznovelle 2011, GesRZ 2011, 263.

und Rechnungsprüfer des Vereins nicht Mitglieder des Vereins sein.[782] *Fucik* betont den Grundgedanken der Novelle, indem er schreibt, dass freiwilliges Engagement für die Allgemeinheit nicht zur Bedrohung der persönlichen Existenz eines ehrenamtlichen Organwalters führen soll.[783]

3.2.2.2.2. Anwendungsprobleme

Schürz stellt die Frage, ob die Privilegierung der Neuregelung des § 24 (1) VerG auch dem faktischen Organwalter zukommen soll.[784] *Krejci* spricht sich richtigerweise dafür aus, dass diese Bestimmung des § 24 (1) VerG auch auf diese anwendbar ist.[785] Gerade in der Praxis wird es häufig vorkommen, dass ein faktischer Organwalter unentgeltlich für den Verein tätig wird.[786] Hierbei sollte mE danach differenziert werden, ob das faktische Organ mit dem Wissen und Willen des Vereins tätig ist oder nicht.[787] Sofern dies zu bejahen ist, kommt meiner Meinung nach auch dem faktischen Organwalter im Innenverhältnis die Erleichterung zu, da es sich hierbei um einen Regress im Innenverhältnis handelt und der Verein ja von dem Handeln weiß. Ansonsten bestünde der einzige Unterschied darin, dass ein gewählter Organwalter im Fall eines Schadenersatzanspruches haftungsprivilegiert wäre und ein Nichtgewählter ohne Differenzierung der Sorgfalt haften müsste, obwohl er ebenfalls mit dem Wollen und Wissen des Vereins uU ehrenamtlich handeln würde.

Im Schrifttum widmete sich *Krejci* am ausführlichsten der neuen Vereinsgesetznovelle, worauf nun genauer einzugehen ist. Da nach dem „alten" VerG 1951 keine sonderrechtlichen Bestimmungen hinsichtlich der Haftung von Organwaltern bestanden, galt das allgemeine Zivilrecht und die Haftungsbestimmungen korrelierten je nach Größe und Art

[782] Siehe unter 3.1.
[783] *Fucik*, Haftungsprivilegien für Vereinsorgane (MEntw für eine Vereinsgesetznovelle 2011), ÖJZ 2011, 89.
[784] Vgl *Schürz*, Vereinsgesetznovelle 2011, Zak 2012, 4 (5).
[785] Vgl *Krejci*, Zum Entwurf einer Vereinsgesetznovelle 2011 über die Haftungsbefreiung ehrenamtlicher Organwalter, GES 2011, 372 (377 ff).
[786] Zu denken ist hierbei bspw an besonders engagierte Vereinsmitglieder, die den Verein durch ihre Tätigkeit fördern wollen.
[787] Auch *Torggler* spricht sich für eine generelle Zurechnung aus, wenn der Verband die Tatsache kannte oder kennen musste; vgl *Torggler*, Gesellschaftsrecht 239; Vgl hierzu die Ausführungen zur Differenzierung beim faktischen Organwalter unter Pkt 3.3.

des Vereins, aber auch nach den Umständen des Einzelfalls.[788] *Krejci* schreibt weiters: „Schon im Zuge der Ausarbeitung des VerG 2002 wurde seitens betroffener Kreise gefordert, jene Organwalter, die "ehrenamtlich" tätig sind, zumindest teilweise von ihrer Haftpflicht zu befreien. Ehrenamtlich Tätige, also Personen, die für ihr Wirken für den Verein kein Entgelt erhalten, vielmehr dem Verein - und damit oft der Gemeinschaft überhaupt (man denke zB an soziale Einrichtungen) - uneigennützig zur Verfügung stehen, sollten die Strenge des Gesetzes nicht ebenso verspüren wie jene, die für ihre Arbeit bezahlt bekommen. Ehrenamtlich Tätigen müsse es haftpflichtrechtlich nachgesehen werden, wenn ihnen geringfügige Fehler unterlaufen. Andernfalls würden sich immer weniger Personen bereit finden, sich kostenlos einem ideellen Verein zur Verfügung zu stellen; dies aber würde der Gesellschaft überhaupt schaden, weil ideelle Vereine mannigfache, überaus wichtige Gemeinschaftsaufgaben übernehmen, was aber nicht mehr möglich wäre, wenn sich zu wenig ehrenamtliche Organwalter fänden.“[789] Um die unentgeltliche Tätigkeit zu berücksichtigen, wurde die Regelung des § 24 (1) VerG aF geschaffen, welche besagte, dass bei der Beurteilung des Sorgfaltsmaßstabes eine Unentgeltlichkeit zu berücksichtigen ist. Dies war und ist bis dato die einzige gesellschaftsrechtliche Regelung hinsichtlich des Zusammenhangs zwischen Entlohnung und Haftung. Die Konkretisierung sollte der Rechtsprechung vorbehalten bleiben.[790] Leider gab es (noch) keine höchstgerichtliche Rspr zur Haftung von ehrenamtlichen Organwaltern. Meiner persönlichen Einschätzung nach könnte das auch daran liegen, dass einerseits der Streitwert eines eventuellen Schadenersatzanspruches im Verhältnis zu Kapitalgesellschaften gering ausfallen wird und andererseits nicht übersehen werden darf, dass gerade das Vereinsleben von vielen persönlichen Kontakten geprägt ist und man dementsprechend überhaupt eher auf einen Schadenersatzanspruch verzichten wird. Letzteres wahrscheinlich auch aus dem Grund, dass man den Organwalter nicht verschrecken will, da sonst die Gefahr besteht, dass die Person die Funktion zurücklegen wird und aus dem Verein austreten wird.

[788] Vgl *Krejci*, Zum Entwurf einer Vereinsgesetznovelle 2011 über die Haftungsbefreiung ehrenamtlicher Organwalter, GES 2011, 372.
[789] *Krejci*, Zum Entwurf einer Vereinsgesetznovelle 2011 über die Haftungsbefreiung ehrenamtlicher Organwalter, GES 2011, 372.
[790] ErläutRV 990 BlgNR 21. GP 40.

Krejci weist auch drauf hin, dass die inhaltliche Regelung des § 24 VerG dem § 31a BGB nachgebildet ist.[791] § 31a BGB[792] betrifft die Haftung von Organmitgliedern und besonderen Vertretern und lautet wie folgt: „Sind Organmitglieder oder besondere Vertreter unentgeltlich tätig oder erhalten sie für ihre Tätigkeit eine Vergütung, die 720 Euro jährlich nicht übersteigt, haften sie dem Verein für einen bei der Wahrnehmung ihrer Pflichten verursachten Schaden nur bei Vorliegen von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit. Satz 1 gilt auch für die Haftung gegenüber den Mitgliedern des Vereins. Ist streitig, ob ein Organmitglied oder ein besonderer Vertreter einen Schaden vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht hat, trägt der Verein oder das Vereinsmitglied die Beweislast." Somit ist an dieser Stelle zu klären, was unter einem „besonderen Vertreter" iSd § 31a BGB zu verstehen ist und worin die weiteren Unterschiede zwischen der österreichischen und der deutschen Bestimmung bestehen. Das dt BMJ erklärt, dass die Größe eines Vereins und der Umfang der Verwaltungstätigkeit es erforderlich machen können, dass neben dem Vorstand weitere Vertreter für den Verein zu bestimmen sind. Nach § 30 BGB kann durch die Satzung festgelegt werden, dass für gewisse Geschäfte, die näher zu bezeichnen sind, besondere Vertreter bestellt werden können. Diese sind zB Geschäfte für die Leitung einer Zweigstelle des Vereins oder der laufenden Verwaltung.[793] Eine derartige Regelung ist dem österreichischen Vereinsrecht fremd, dürfte aber inhaltlich wohl am ehesten den Bestimmungen des Handlungsbevollmächtigten iSd §§ 54 ff UGB oder Prokuristen iSd §§ 48 ff UGB entsprechen. Sofort ins Auge springt, dass nach der dt Gesetzesnorm nicht nur unentgeltlich tätige Organwalter unter die Privilegierung fallen, sondern auch jene Organwalter, die durch ihre Vereinstätigkeit bis zu € 720,- verdienen. Die Einkommenshöhe wurde durch eine Gesetzesnovelle heraufgesetzt, da *Goetze/Röcken* noch von der Ur-Bestimmung von € 500,- ausgehen.[794] Somit sind (im Gegensatz zur österreichischen Rechtslage) nicht nur ehrenamtlich Tätige Organwalter umfasst, sondern auch eben (wenn auch in geringem Ausmaß) entgeltlich tätige Personen.

[791] Vgl *Krejci*, Zum Entwurf einer Vereinsgesetznovelle 2011 über die Haftungsbefreiung ehrenamtlicher Organwalter, GES 2011, 372 (373).
[792] Die Haftungsbeschränkung erfolgte relativ zeitnah mit der österreichischen Regelung, nämlich mit dem Gesetz zur Begrenzung der Haftung von ehrenamtlich tätigen Vereinsvorständen vom 28. September 2009 und dem Gesetz zur Stärkung des Ehrenamtes vom 21. März 2013.
[793] Dt BMJ, Leitfaden zum Vereinsrecht, bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Broschueren/DE/Leitfaden_Vereinsrecht.pdf?__blob=publicationFile.
[794] Vgl *Goetze/Röcken*, Der Verein 139.

Die haftungsrechtlichen Bestimmungen sind dem Vereinsprivatrecht zuzurechnen und somit dispositiv, was bedeutet, dass – wie auch im allgemeinen Zivilrecht – vertraglich auf Ersatzansprüche bei leichter Fahrlässigkeit verzichtet werden kann.[795] Umgekehrt ist es möglich zu vereinbaren, dass der Organwalter auch bei leichter Fahrlässigkeit haften soll, da dies nicht sittenwidrig ist, sofern es nicht zu einer Knebelung oder groben Inäquivalenzen der gegenseitigen Rechte und Pflichten kommt.[796] Die von *Krejci* geforderte Klarstellung[797] der Disposivität[798] im Gesetz wurde durch die Formulierung „wenn nicht anderes vereinbart oder in den Statuten festgelegt ist“[799] erfüllt. Daraus abgeleitet wird angenommen, dass der Zweck der Haftungserleichterung nicht per se die Organwalter schützen soll, sondern vielmehr die Vereine dahingehend, da befürchtet wird, dass sich bei zu strengen Haftungsregelungen nicht genug Personen finden könnten, welche die Funktionen übernehmen.[800] Auch wenn natürlich eine generelle und öffentlich publik gemachte Haftungserleichterungen für Organwalter die Motivation von Personen erhöhen mag, sich in diversen Vereinen zu engagieren, so sollte doch darauf hingewiesen werden, dass diese Möglichkeit wohl auch vor in Kraft treten der VerG-Nov 2011 privatautonom, zB durch Vertrag oder in den Statuten, vereinbart werden konnte.[801]

Es wird zu Recht die Frage gestellt, ob sich durch die Einführung des VerG 2002 bzw auch durch die VerG-Nov 2011 etwas an der Motivation der Organwalter geändert hat, Funktionen zu übernehmen, da immer wieder betont wurde, dass die haftungsrechtlichen Regelungen des VerG 2002 zu einem Hindernis führen würden.[802] Festzustellen ist, dass die Anzahl der Vereine seit der Erfassung 1960[803] stetig gestiegen ist.[804] Tatsächlich ist die

[795] Vgl *Krejci*, Zum Entwurf einer Vereinsgesetznovelle 2011 über die Haftungsbefreiung ehrenamtlicher Organwalter, GES 2011, 372 (374).
[796] Vgl *Krejci*, Zum Entwurf einer Vereinsgesetznovelle 2011 über die Haftungsbefreiung ehrenamtlicher Organwalter, GES 2011, 372 (374 f).
[797] *Krejci*, Zum Entwurf einer Vereinsgesetznovelle 2011 über die Haftungsbefreiung ehrenamtlicher Organwalter, GES 2011, 372 (374 f).
[798] Vgl *Krejci*, Zum Entwurf einer Vereinsgesetznovelle 2011 über die Haftungsbefreiung ehrenamtlicher Organwalter, GES 2011, 372 (375).
[799] § 24 (1) S 3 VerG.
[800] Vgl *Krejci*, Zum Entwurf einer Vereinsgesetznovelle 2011 über die Haftungsbefreiung ehrenamtlicher Organwalter, GES 2011, 372 (375).
[801] So wohl auch *Krejci*, Zum Entwurf einer Vereinsgesetznovelle 2011 über die Haftungsbefreiung ehrenamtlicher Organwalter, GES 2011, 372 (375 f).
[802] Vgl *Krejci*, Zum Entwurf einer Vereinsgesetznovelle 2011 über die Haftungsbefreiung ehrenamtlicher Organwalter, GES 2011, 372 (375 f).
[803] Damals gab es 42.269 Vereine. Im Vergleich dazu sind mit Stichtag 31.12.2012 118.973 Vereine ins ZVR eingetragen.
[804] Statistik Austria, Statistisches Jahrbuch 2013, 197.

Anzahl der aufgrund von § 29 (1) VerG wegen Inaktivität/ Handlungsunfähigkeit behördlich aufgelösten Vereine von 776[805] im Jahr 2011 auf 626[806] im Jahr 2012 gesunken. Im Jahr 2013 betrug die Anzahl der Vereinsauflösungen gem § 29 (1) VerG wegen Inaktivität aber wiederum 656.[807] Allerdings ist demgegenüber anzumerken, dass gerade bei den neu gegründeten Vereinen die Anzahl der behördlichen Auflösungen gem § 2 (3) VerG wegen Nichtbestellung der organschaftlichen Vertreter eines Jahres ab Entstehung im selben Zeitraum von 281[808] auf 315[809] gestiegen ist. Demzufolge hat die VerG-Nov 2011 den gewünschten Effekt, nämlich, dass aufgrund der neuen Haftungserleichterungen, mehr Personen Vereinsfunktionen übernehmen, offenbar nicht erreicht. Auch meiner (persönlichen und praktischen) Erfahrung nach, besteht die Motivation eine Obmannfunktion zu übernehmen bei vielen Personen auch darin, dass man gerne die Reputation eines Obmanns genießt, aber umgekehrt die Schattenseiten, nämlich die Verantwortung und die damit evt verbundene Haftung zu akzeptieren, am liebsten ausblenden würde. *Krejci* hat Recht, wenn er schreibt, dass sofern der Vereinspräsident die erforderliche Zeit nicht aufbringen kann und dadurch ein Schaden entsteht, der Gesetzgeber glücklicherweise den Geschädigten und nicht den Schädiger schützt.[810]

Unzweifelhaft ist, dass die Regelung auf unentgeltlich tätige Organwalter und Rechnungsprüfer anwendbar ist. Dem letzten Satz des § 24 (1) VerG ist zu entnehmen, dass Vereinsmitglieder in ihrer Eigenschaft als Teilnehmer der Mitgliederversammlung keine Organmitglieder sind.

Kossak hält die VerG-Nov 2011 für einen vollen Erfolg, da seiner Meinung nach bessere gesetzliche Rahmenbedingungen im Interesse des Gemeinwohls geschaffen wurden.[811]

Wie oben bereits erwähnt ist die VerG-Nov 2011 mit 01.01.2012 in Kraft getreten.[812] Seitdem hat die Änderung nicht mehr für besonders viel Aufsehen gesorgt. An dieser Stelle soll nun auch kurz geklärt werden, ob durch die Novelle auch tatsächlich die erhoffte große

[805] BMI, Vereinsstatistik 2011.
[806] BMI, Vereinsstatistik 2012.
[807] BMI, Vereinsstatistik 2013.
[808] BMI, Vereinsstatistik 2011.
[809] BMI, Vereinsstatistik 2012.
[810] Vgl *Krejci*, Zum Entwurf einer Vereinsgesetznovelle 2011 über die Haftungsbefreiung ehrenamtlicher Organwalter, GES 2011, 372 (376).
[811] *Kossak*, Die neue Haftung der Vereinsfunktionäre[2] 21.
[812] § 33 (10) VerG.

Änderung eingetreten ist oder als PR-Aktion im europäischen Jahr der Freiwilligkeit abgetan werden kann.

Nach wie vor existiert so gut wie keine Judikatur zu § 24 VerG, was insofern Schade ist, da speziell die alte Regelung des § 24 VerG, wonach bei der Beurteilung des Sorgfaltsmaßstabs eine Unentgeltlichkeit der Tätigkeit zu berücksichtigen war, von der Rechtsprechung nicht konkretisiert werden konnte. Es wäre interessant gewesen zu sehen, wie die Gerichte im Einzelfall den Zusammenhang zwischen Unentgeltlichkeit und der geforderten Sorgfalt gewertet hätten. Nun wird mE den Gerichten die Aufgabe zukommen, festzustellen, ob die gesetzte Handlung des unentgeltlich tätigen Organwalters leicht oder grob fahrlässig gewesen ist. Dies steht meiner Meinung nach nicht unbedingt im Wertungswiderspruch zur alten Rechtslage, da auch hier durchaus denkbar wäre, dass die Gerichte den Unentgeltlichkeitseinfluss dementsprechend ausgelegt hätten.

3.2.2.2.3. Bedeutung und Bewertung

Die neue Regelung des § 24 (1) S 2 VerG stellt klar, dass der unentgeltlich tätige Organwalter grds bei leichter Fahrlässigkeit nicht haftet bzw sich bei Inanspruchnahme durch einen Dritten am Verein regressieren kann. Durch Vertrag oder die Statuten kann von der Regelung abgegangen werden. Hierunter kann sich auch der juristische Laie wohl mehr vorstellen, als unter der grds Berücksichtigung des Entgelts nach der alten Rechtslage, was im Ergebnis zu begrüßen ist. Folglich stellt sich aber die Frage, ob dem Laien der Unterschied zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit bekannt sein wird. Auf alle Fälle ist es seine Pflicht sich vor Übernahme der Organfunktion dementsprechend zu informieren und weiters das Amt sorgfältig auszuführen.

Im Ergebnis halte ich die neue Regelung für eine gelungene Klarstellung und gute Wertung des unentgeltlichen Engagements, die aber in der Konsequenz weitere Fragen aufwirft: Was genau versteht man unter Entgeltlichkeit bzw Unentgeltlichkeit im Vereinsrecht? Wie verhält es sich darüber hinaus mit einer geringfügigen Entlohnung? Ist dieses Haftungsprivileg ein Spezifikum des Vereinsrechts oder lässt sich daraus ein generelles Prinzip der Haftung ableiten?

Ob sich materiell durch die VerG-Nov 2011 etwas zur alten Rechtslage geändert hat, kann mE leider nicht abschließend beurteilt werden, da bis zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Novelle unklar war, wie diese genau auszulegen ist.

3.2.2.3. Zum Sorgfaltsmaßstab des ehrenamtlichen Vereinsvorstandes

Zu beachten ist auch, dass in jedem Fall konkret geprüft werden muss, ob der Sorgfaltsmaßstab eingehalten wurde. Dieser Sorgfaltsmaßstab ist einerseits zuallererst dahingehend zu differenzieren, ob der Organwalter ein Entgelt bezieht, da es den Sorgfaltsmaßstab prinzipiell mindern würde, wenn Ehrenamtlichkeit vorliegt. In weiterer Folge ist dann die Situation genau mit einem sorgfältigen Organwalter zu vergleichen. Die Konkretisierung des Sorgfaltsmaßstabs ist von unerlässlicher Bedeutung um festzustellen, ob der Organwalter uU zu einer schadenersatzrechtlichen Haftung herangezogen werden kann.

An dieser Stelle soll nochmals darauf eingegangen werden, ob der Organwalter als Sachverständiger iSd § 1299 ABGB zu betrachten ist.[813] Ein Teil der Lehre, wie etwa *Scherff,*[814] *Reisch*[815] und *Kossak*,[816] meinen, dass speziell der ehrenamtliche Organwalter nicht zu erkennen gibt, dass er die für die Vorstandsfunktion notwendigen Eigenschaften besitzen würde.[817] *Scherff* geht ausdrücklich davon aus, dass eine Sachverständigeneigenschaft nur vorliegt, wenn die Person ein Entgelt fordert oder erhält.[818] Dieser Meinung ist zu widersprechen, da – wie in Kap 2.1.2.1. besprochen – jeder als Sachverständiger zu qualifizieren, der ein gewisses Amt oder eine Funktion übernimmt. Ich gründe meine Ansicht, dass jeder Organwalter als Sachverständiger anzusehen ist, auf die besonderen Fähigkeiten und Kenntnisse, die ein Organwalter gem § 1299 ABGB mitbringen muss.[819]

---

[813] Vgl *Reisinger*, Vereinsrecht 48.
[814] Vgl *Scherff*, Das neue Vereinsrecht 49.
[815] Vgl *Reisch*, Privatrechtliche Rahmenbedingungen für Vereine – Vereinsgesetz 2002, ecolex 2002, 154.
[816] Vgl *Kossak*, Neue Haftungen auf Grund des Vereinsgesetzes 2002, JBl 2003, 473 (480); *Kossak*, Die neue Haftung der Vereinsfunktionäre[2] 77.
[817] Diese Formulierung findet sich auch in ähnlicher Weise in den ErläutRV 990 BlgNR 21. GP 40.
[818] Vgl *Scherff*, Das neue Vereinsrecht 49.
[819] So auch *Mandl*, Die Haftung des Vereinsvorstands 52 ff; *Gelbmann*, Zivilrechtliche Haftung der Vereinsorgane im Vereinsgesetz 2002, JAP 2002/2003, 184.

Es darf dabei nicht übersehen werden, dass es noch nicht automatisch zu einer Haftung kommt, nur weil jemand als Sachverständiger zu qualifizieren ist. Die Sachverständigeneigenschaft objektiviert nur den Sorgfaltsmaßstab und schließt die Bewertung nach den subjektiven Fähigkeiten iSd § 1297 ABGB aus. *Gelbmann* geht davon aus, dass durch § 1299 ABGB der Sorgfaltsmaßstab nur objektiviert, aber generell nicht angehoben wird.[820] Der OGH vermutet bei einer Sachverständigeneigenschaft nach § 1299 ABGB das Vorhandensein der entsprechenden Fähigkeit und Kenntnisse, ordnet aber gleichzeitig an, dass auch uU eine subjektive Unzumutbarkeit nach § 1297 ABGB zu prüfen ist und somit generell auch subjektive Umstände zu berücksichtigen sind.[821]

Gelbmann beschäftigt sich ausführlich mit den generellen Argumenten für und gegen eine Haftungserleichterung im Sinne einer Sorgfaltsreduktion beim ehrenamtlichen Organwalter, die hier kurz zusammengefasst werden sollen:[822] Für eine Haftungserleichterung spricht, dass dem ABGB generell bekannt ist, dass der uneigennützig Handelnde – wie etwa gem § 1300 ABGB – rechtlich besser gestellt wird. Des Weiteren übernehmen Vereine viele Angelegenheiten von öffentlichem Interesse und die milderen Haftungsbestimmungen sollen einen Anreiz bieten, diese Funktionen für die Öffentlichkeit unentgeltlich zu übernehmen. Diese Überlegung mag mE zwar grds richtig sein, allerdings darf nicht übersehen werden, es sich bei der Frage, ob sich genug Personen finden, die im Verein Funktionen übernehmen, um eine Tat- und nicht um eine Rechtsfrage handelt. Da immer fremdes Vermögen verwaltet wird, müssen auch für den ehrenamtlich tätigen Organwalter gewisse (Mindest-)Anforderungen bestehen, die dieser zu erfüllen hat. Wenn man nicht in der Lage ist eine Vereinsfunktion ordnungsgemäß zu übernehmen, sollte man lieber „die Finger davon lassen“, da man sonst das Vereinsvermögen uU gefährdet und sich darüber hinaus einer Haftung aussetzt. Ein absolut richtiges Argument ist, wie *Gelbmann* aufzeigt, dass sich im Wirtschaftsleben normalerweise das potentielle Haftungsrisiko in der Höhe des Gehalts niederschlägt.[823] Richtig ist ebenso, dass Vereine oftmals auf Spenden und Mitgliedsbeiträge zur Finanzierung der Vereinstätigkeit angewiesen sind und ein angemessenes Entgelt das Vereinskapital schmälern würde und es ua deswegen in Kauf genommen werden kann, dass das wirtschaftliche Risiko daher auch vom Verein zu tragen

[820] *Gelbmann*, Zivilrechtliche Haftung der Vereinsorgane im Vereinsgesetz 2002, JAP 2002/2003, 184.
[821] OGH 13.11.2003 8 ObA 70/03g.
[822] Vgl *Gelbmann*, Zivilrechtliche Haftung der Vereinsorgane im Vereinsgesetz 2002, JAP 2002/2003, 184.
[823] *Gelbmann*, Zivilrechtliche Haftung der Vereinsorgane im Vereinsgesetz 2002, JAP 2002/2003, 184.

ist.[824] Dass sich Vereinsorgane angeblich oftmals der Haftung und des übernommenen Risikos nicht bewusst sind,[825] ist für mich maximal Tatsache und daher bei einer dogmatischen Bewertung nicht zu berücksichtigen. Als Gegenargument wird ua ins Rennen geführt, dass durch einen Entfall der Haftung, der Haftungsfonds der Gläubiger geschmälert wird, da Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften fehlen. Obwohl diesem Argument zuzustimmen ist, muss ebenfalls gesagt werden, dass dieses Prinzip konsequent bei juristischen Personen durch das Trennungsprinzip verwirklicht ist. Schädigt der Organwalter den Dritten nicht direkt, sondern nur in Ausübung seiner Funktion, steht dem Geschädigten nur das Vereinsvermögen als Haftungsfonds zur Verfügung.[826] Eine Entlastung und somit ein Verzicht auf einen Ersatzanspruch ist gegenüber Dritten aber ohnehin gem § 26 VerG unwirksam.[827] Dass es bei Kapitalgesellschaften keinerlei Haftungsprivilegien für Ehrenamtliche gibt, ist mE nicht als Gegenargument zu verstehen, sondern der Unterschied besteht darin, dass die kapitalgesellschaftsrechtlichen Regelungen nicht von der Unentgeltlichkeit ausgehen.[828] Dass sich der Verein hauptsächlich aus Spenden, Subventionen von öffentlicher Hand und Sponsorengeldern finanziert und daher die finanziellen Zuwendungen sorgfältig verwendet werden sollen, hat mE nichts mit dem Entgelt zu tun, da auch Ehrenamtlichkeit dies erfordert und ein Nichteinhalten der gebotenen Sorgfalt schnell zur Haftung führen kann, da in diesem Punkt der Sorgfaltsmaßstab dementsprechend strenger anzusetzen ist, als beispielsweise bei weniger wichtigen Aufgaben wie der Auswahl eines Vereinsmusters.

Der vom Organwalter anzuwendende Sorgfaltsmaßstab ist bei ehrenamtlicher Tätigkeit generell zu reduzieren. Wichtig ist mir dabei aber festzuhalten, dass dennoch auch für den ehrenamtlichen Organwalter nicht die persönlichen Fähigkeiten gelten, sondern sein Verhalten an dem hypothetischen Handeln eines ordentlichen und gewissenhaften Organwalters zu beurteilen ist. Daraus ergibt sich auch, dass der Vorstand eines großen Vereins sorgfältiger handeln muss, als jener eines kleinen Vereins.[829] In der Konsequenz

[824] Umgekehrt sollen aber mE die vereinsrechtlichen Haftungsbestimmungen auch sicherstellen, dass die getätigten Spenden auch im Sinne des Vereinszwecks verwendet werden.
[825] Vgl *Gelbmann*, Zivilrechtliche Haftung der Vereinsorgane im Vereinsgesetz 2002, JAP 2002/2003, 184.
[826] Dies ist also rechtsformunabhängig zu beurteilen, sodass auch ein ideeller Zweck keinen Einfluss auf den Gläubigerschutz hat.
[827] Vgl *Kossak/Hargassner*, Handbuch der Vereinsfunktionäre[2] 137.
[828] Darüber hinaus kann durchaus diskutiert werden, ob es de lege ferenda sinnvoll wäre, auch im Kapitalgesellschaftsrecht eine ähnliche ausdrückliche Regelung zu schaffen. S dazu unter Kap 4.3.3.
[829] So auch *Reisinger*, Vereinsrecht 48.

könnte dies im Extremfall bedeuten, dass der ehrenamtliche Vorstand eines großen Vereins eine höhere Sorgfalt anlegen muss, als ein gering entlohnter Vorstand eines kleinen Vereins, da der Sorgfaltsmaßstab eben größenspezifisch ausgelegt werden muss. Zu beachten ist hierbei allerdings, dass diese Aussage nur eine Grundaussage enthält und bei der konkreten Prüfung nicht „Äpfel mit Birnen" verglichen werden dürfen. Denn bei der speziellen Prüfung darf nur die einzelne Situation bewertet werden und beispielsweise ist das Einhalten der Sorgfalt eines Vorstandes eines kleinen Vereins nur an diesem zu messen und eben nicht mit der eines großen Vereins. So hat der OGH in einer E[830] zu einem großen Verein, die Ehrenamtlichkeit nicht berücksichtigt und stattdessen die Sorgfalt nach den kapitalgesellschaftsrechtlichen Bestimmungen angewandt. Die Judikatur für die § 25 GmbHG, § 84 AktG ohne weiteres auf den Verein anzuwenden,[831] halte ich jedoch für problematisch, da aufgrund der unterschiedlichen Regelungszwecke einerseits nicht automatisch jede Regelung übernommen werden kann und andererseits speziell bei der Haftung des Vorstandes die Unentgeltlichkeit zu berücksichtigen ist.[832]

Immer wieder wird die Bestimmung des § 24 VerG in der Literatur mit § 1300 ABGB verglichen,[833] wonach ein Sachverständiger bei Erteilung eines Rats, ohne Entgelt hierfür zu erhalten, nur bei wissentlicher falscher Auskunft haftet. *Werkusch* vertritt die Ansicht, dass die Haftung gem § 1300 ABGB von jener nach § 24 VerG zu unterscheiden ist, da zwar auch der ehrenamtliche Organwalter selbstlos und uneigennützig handelt, aber seine Geschäftsführungs- und Vertretungshandlungen aufgrund eines auf dem Bestellungsakt beruhenden Verpflichtungsverhältnisses bestehen.[834] Darüber hinaus unterscheide sich die Haftung auch darin, dass nach § 1300 ABGB nur bei Vorsatz gehaftet wird und die Regressregelung des § 24 VerG auch für Fahrlässigkeit bestehe.[835]

Nachdem der Vorstand bei Nichteinhaltung des gebotenen Sorgfaltsmaßstabs gegenüber dem Verein haftet, muss aber auch gefragt werden, ob der Verein einem Dritten gegenüber

[830] OGH 13.06.2006 11 Os 52/05i.
[831] So *Höhne/Jöchl/Lummerstorfer*, Das Recht der Vereine[4] 291.
[832] Da im GmbHG und AktG keine Regelung bezüglich der Haftung des unentgeltlich tätigen Geschäftsleiters iwS besteht, kann wohl eher überlegt werden die Bestimmung des § 24 (1) VerG für die Kapitalgesellschaften analog anzuwenden. S dazu unter Kap 5.2.6.
[833] Vgl bspw *van Husen*, Vereinsgesetz 2002, Ges 2003, 11; *Brändle/Rein*, Das österreichische Vereinsrecht[4] 181.
[834] *Werkusch*, Die Haftung des Organwalters gegenüber dem Verein nach dem VerG 2002, RdW 2003, 71 (73).
[835] Vgl *Werkusch*, Die Haftung des Organwalters gegenüber dem Verein nach dem VerG 2002, RdW 2003, 71 (73).

haften muss, damit er sich am Organwalter regressieren kann. Der Ansicht *Scherffs*,[836] wonach eine Haftung des Organwalters nicht voraussetzt, dass der Verein seinerseits einem Dritten haftet, ist zu folgen. Die dahinterstehende Frage ist, ob beim Dritten, oder „nur" beim Verein ein Schaden eingetreten sein muss und in weiter Folge, wie hoch dieser ist. Verkauft der Vereinsvorstand beispielsweise eine Sache aus dem Vereinsvermögen unter dem gemeinen Wert an einen Dritten, so entsteht beim Dritten selbstverständlich kein Schaden, sondern dieser verzeichnet einen Gewinn. Fraglich ist also, ob in diesem Fall beim Verein ein Schaden eintritt. Hätte die Sache ohne große Mühe – und somit unter Einhaltung der zumutbaren Sorgfalt – ohne weiteres um einen höheren Preis verkauft werden können, entsteht dem Verein insofern ein entgangener Gewinn. Der entgangene Gewinn zählt zum Vermögensschaden, wird aber grds nur bei grobem Verschulden ersetzt. Daher ist mE genau zu prüfen, ob dieses vorliegt. Sofern dem Organwalter das Verhalten vorgeworfen werden kann, da er seinen uU herabgesetzten Sorgfaltsmaßstab vernachlässigt, kann es zu einem Schadenersatzanspruch des Vereins gegen den Organwalter kommen, obwohl dem Dritten kein Schaden entstanden ist. MaW: Eine derartige Haftung setzt nicht voraus, dass der Verein seinerseits Dritten haftet.[837]

Nochmals soll betont werden, dass sich die Tatsache, ob ein Vorstand entgeltlich oder unentgeltlich tätig ist, nicht auf die Außenhaftung auswirkt.[838] Die Regelungen des § 24 VerG betreffen nur das Verhältnis zwischen Verein und Organwalter. Die Haftungsregel ist deswegen wichtig, da das Vereinsrecht über keinerlei Kapitalaufbringungs- bzw -erhaltungsvorschriften verfügt und Ehrenamtlichkeit eben kein Freibrief für Dilettantismus ist.[839] *Steinwendner/Becker/Manseder* sprechen sich dafür aus, dass die Sorgfaltsanforderungen auch bei einem unentgeltlichen Vorstand streng bleiben müssen und sich nach der Größe des Vereins richten sollen.[840] Eine Haftungsfreistellung des ehrenamtlichen Organwalters wäre ein gravierender Eingriff in das allgemeine Schadenersatzrecht und auch aus verfassungsrechtlichen Gründen bedenklich.[841] *Spornberger* führt aus, dass die Haftungserleichterung auch im Außenverhältnis, also gegenüber dem Dritten, gelten soll und begründet seine Ansicht vor allem dadurch, dass die

[836] *Scherff*, Das neue Vereinsrecht 48.
[837] ErläutRV 990 BlgNR 21. GP 39.
[838] Vgl bspw *Lachmair*, Der Verein als Unternehmensform 61.
[839] Krejci, Zum Mitglieder- und Gläubigerschutz nach dem VerG 2002, JBl 2003, 723.
[840] Vgl *Steinwendner/Becker/Manseder* in *Berger* (Hrsg), Der Verein im Steuerrecht[3] 136.
[841] *Krejci*, Zum Mitglieder- und Gläubigerschutz nach dem VerG 2002, JBl 2003, 722.

Vereinsgläubiger durch die Rechtsform des Vereins ohnehin genug gewarnt wären, mit wem sie kontrahieren.[842] Dies ist mE insofern falsch, da gerade beim Verein keine Durchsicht auf die Finanzen besteht und darüber hinaus keine Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften existieren. Da sich im ZVR keinerlei Hinweis auf die Finanzen findet, ist diese Situation mit jener einer Firmenbucheintragung absolut nicht vergleichbar. Die Interessen der Gläubiger sind mE im Außenverhältnis deutlich stärker zu berücksichtigen, als die Honoration von ehrenamtlicher Tätigkeit.[843] Der OGH entschied, dass bei einem gemeinnützigen Verein ein geringerer Sorgfaltsmaßstab anzusetzen sei, als bei wirtschaftlich tätigen Vereinen, die gerade durch diese Tätigkeit für den Rechtsverkehr große Risiken schaffen.[844] Dies müsste mE dann auch für das Vorstandsmitglied gelten. Die genaue Ausgestaltung der geringfügigen Haftungserleichterung sollte der Rspr überlassen werden.[845] Immer wieder wurde und wird diskutiert, ob es nicht einfacher gewesen wäre, statt einer Regelung über die Berücksichtigung des Entgelts, das DHG auch für Vorstände von Vereinen anzuwenden.[846]

An dieser Stelle kann folgendes Zwischenergebnis festgehalten werden: Durch die ehrenamtliche Tätigkeit des Organwalters reduziert sich der Sorgfaltsmaßstab im Vergleich zu einem entgeltlich tätigen Vereinsvorstand. In der Folge ist auch die Haftung an die Frage der Entgeltlichkeit anzupassen. MaW: Die Unentgeltlichkeit hat einen massiven Einfluss auf die Haftung des Organwalters gegenüber dem Verein. Zusätzlich oder alternativ wäre eine Schadensteilung zwischen Verein und Organwalter nach Prinzip des DHG ebenfalls vertretbar. Es darf aber nicht übersehen werden, dass auch Faktoren, wie die Größe und die Branche des Vereins, einen wesentlichen Einfluss auf den vom Organwalter anzuwendenden Sorgfaltsmaßstab haben.

Es ist auch im Vereinsrecht zu klären, auf welcher Prüfungsebene eines Schadenersatzanspruches das Entgelt eine Rolle spielt. Es wird ua vertreten, dass aufgrund des reduzierten Sorgfaltsmaßstabs beim unentgeltlichen Organwalter eine Haftung mangels Rechtswidrigkeit ausscheidet, wenn der Organwalter mit der notwendigen Sorgfalt

[842] *Spornberger*, Zur Haftung leitender Vereinsorgane, ecolex 2007, 408.
[843] AA *Spornberger*, Zur Haftung leitender Vereinsorgane, ecolex 2007, 408 f.
[844] OGH 14.03.2003 6 ObA 134/01a.
[845] *Spornberger*, Zur Haftung leitender Vereinsorgane, ecolex 2007, 408; *Scherff*, Das neue Vereinsrecht 49..
[846] Vgl *Höhne*, Halbherzige Entlastung für Ehrenamtliche, Der Standard (28.09.2011) 39; *Lachmair*, Der Verein als Unternehmensform 61 f.

handelt.[847] ME ist die Rechtsfolge bei Einhalten der reduzierten Sorgfalt allerdings nicht der Entfall der Rechtswidrigkeit, sondern ein Ausscheiden des Verschuldens.[848] Ich denke, dass hier kein Rechtfertigungsgrund gegeben ist, welcher auf Rechtswidrigkeitsebene zu prüfen wäre, sondern es eindeutig um die Vorwerfbarkeit des gesetzten Verhaltens und somit um eine Prüfung auf der Schuldebene geht.[849] So könnte in der Folge ein Verhalten nämlich dennoch rechtswidrig sein und gegen die gesetzlichen Regelungen des Auftrags verstoßen, aber sofern es dem Organwalter nicht zumutbar war diese Regelungen einzuhalten, nicht zu einem Schadenersatzanspruch führen.[850]

Ein sorgfältiger Organwalter wird sich vor seiner Wahl überlegen, ob er die Zeit für die Aufgabe aufbringen und auch die notwendigen Fähigkeiten für die Funktion mitbringen kann.[851] Richtigerweise schreiben *Goetze/Röcken* weiters, dass sich der sorgfältige Vorstand nach der Wahl möglichst rasch einen Überblick verschaffen und sich darüber hinaus sachkundige Hilfe holen, sich in den entsprechenden Gebieten fortbilden und uU eine Ressortverteilung beschließen wird.[852]

Vor der VerG-Nov 2011 wurde von manchen Autoren gefordert, die Unentgeltlichkeit dahingehend zu differenzieren, dass der ehrenamtliche Organwalter nur bei grobem Verschulden einzustehen habe.[853] Diesem Verlangen wurde durch die VerG-Nov 2011 entsprochen.[854] Das Handeln des ehrenamtlichen Vereinsvorstands soll weniger streng beurteilt werden, als jenes eines professionellen Geschäftsführers einer GmbH.[855]

Es wurde auch vollkommen zurecht gefragt, ob durch die Regelung des § 24 (1) VerG aF ein richterliches Mäßigungsrecht hinsichtlich der Schadenshöhe geschaffen wurde, oder diese

[847] Vgl *Werkusch*, Die Haftung des Organwalters gegenüber dem Verein nach dem VerG 2002, RdW 2003, 71 (73).
[848] Zur Komplexität der Abgrenzung s die generellen Ausführungen in Kap 2.1.3.
[849] So auch *Krejci*, Zur Haftung des Vereins und seiner Organwalter, GesRZ 2005, 215.
[850] Vgl aber zur Problematik der Trennung von Sorgfaltspflicht und Sorgfaltsmaßstab die diesbezüglichen Ausführungen in Kap 2.1.3.
[851] Vgl *Goetze/Röcken*, Der Verein 141.
[852] Vgl *Goetze/Röcken*, Der Verein 141.
[853] Vgl bspw *Kossak*, Neue Haftungen auf Grund des Vereinsgesetzes 202, JBl 2003, 473 (480); *Gelbmann*, Zivilrechtliche Haftung der Vereinsorgane im Vereinsgesetz 2002, JAP 2002/2003, 184; *Rummel*, Privates Vereinsrecht im Konflikt zwischen Autonomie und rechtlicher Kontrolle in FS Strasser (1983) 813 (829); aA *Ostheim*, Fragen der Haftung für wirtschaftliche Tätigkeit von Vereinen in *Korinek/Krejci* (Hrsg), Der Verein als Unternehmer 185.
[854] S dazu unter Pkt 3.2.2.
[855] Vgl *S. Bydlinski*, Das Vereinsgesetz 2002 – Darstellung der wichtigsten neuen Regelungen für ideelle Vereine in *Achatz* (Hrsg), Die Besteuerung der Non-Profit-Organisationen III 37.

sich auf den Sorgfaltsmaßstab generell auswirke, indem sie diesen reduzieren würde oder bei Verletzung zu einer vollen Haftung führt.[856] ME reduziert sich bei ehrenamtlicher Tätigkeit auf alle Fälle der Sorgfaltsmaßstab, da nicht erwartet werden kann, dass sich der ehrenamtliche Organwalter eines Vereins mit der gleichen Intensität und Aufmerksamkeit der Vereinsleitung widmet, wie ein Geschäftsführer einer GmbH, der seine Funktion hauptberuflich und entgeltlich ausübt. Nichts desto trotz, hat auch die Überlegung eine dem DHG nachgebildete Haftungserleichterung aus der Bestimmung abzuleiten, einiges für sich. Immer wieder wird diskutiert, ob das DHG auch auf den unentgeltlich tätigen Vorstand anzuwenden ist, selbst dann, wenn kein Dienstvertrag mit dem Verein besteht.[857] Der Vorteil der DHG-Anwendung bestünde darin, dass der Richter sehr konkret auf den Einzelfall eingehen könnte und die Schadenssumme sehr genau nach dem Grad der geleisteten Sorgsamkeit anpassen könnte. So könnten auch Konstellationen, bei welchen nicht genau gesagt werden kann, ob leichte oder grobe Fahrlässigkeit vorliegt, dahingehend gelöst werden, dass der Organwalter nur einen angemessenen Teil (und somit nicht die volle Summe) zu tragen habe. Meiner Ansicht nach könnte auch überlegt werden, ob beide Varianten kombinierbar wären, sprich sich grds der Sorgfaltsmaßstab reduziert, aber dem Richter darüber hinaus bei Verletzung dieser Sorgfaltspflicht, dennoch zustehen würde, den Schaden zwischen dem Verein und dem Organwalter zu teilen. MaW wären dann die Prinzipien des DHG auch auf den Regressfalls anzuwenden, wenn der Organwalter gegen seine Sorgfaltsanforderungen verstoßen hätte.[858]

Nach *Krejci* hat die Frage, welche Qualifikationen ein Vereinsamt erfordert, nichts mit Ehrenamtlichkeit zu tun, da auch derjenige, der ehrenamtlich eine Tätigkeit übernimmt, dafür ausreichend geeignet sein muss.[859] Die Sorgfaltsanforderungen sollen streng bleiben, da der Vereinsfunktionär fremdes Vermögen verwaltet.[860]

Kossaks Kritik an der Regelung des § 24 (1) VerG aF, dass selbst bei angesehenen Juristen Unsicherheiten bezüglich der haftungsrechtlichen Abgrenzung bestehen,[861] ist nicht ganz unbegründet, da mit der Formulierung, dass die Unentgeltlichkeit zu berücksichtigen ist,

[856] Vgl *Brändle/Rein*, Das österreichische Vereinsrecht[4] 181.
[857] zB *Krejci*, Zur Haftung des Vereins und seiner Organwalter, GesRZ 2005, 215.
[858] Vgl hierzu Kap 5.2.6.
[859] *Krejci*, Zur Haftung des Vereins und seiner Organwalter, GesRZ 2005, 215.
[860] Vgl *Krejci*, Zur Haftung des Vereins und seiner Organwalter, GesRZ 2005, 215.
[861] *Kossak*, Vereinsrechtliche Haftungen im Spiegel des österreichischen Vereinswesens 13.

bewusst eine sehr offene Regelung geschaffen wurde, die von der Rechtsprechung genauer zu definieren gewesen wäre. Auf der anderen Seite ermöglicht eine sehr allgemeine Formulierung die beste Möglichkeit den Gesetzestext auf den konkreten Einzelfall anzupassen.

3.2.2.4. Zur Haftungsbestimmung nach § 24 (1) S 2 VerG

Sofern also der Organwalter oder Rechnungsprüfer unentgeltlich für den Verein tätig ist, haftet er gem § 24 (1) S 2 VerG nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit, wenn nicht anderes vereinbart oder in den Statuten festgelegt ist. Anzumerken ist hierbei, dass Vereinsmitglieder in ihrer Eigenschaft als Teilnehmer der Mitgliederversammlung nicht als Organwalter anzusehen sind[862] und sie somit keine Haftung trifft. Für Rechnungsprüfer bestehen Haftungshöchstgrenzen iSd § 275 (2) UGB gem einem ausdrücklichen Verweis in § 24 (4) VerG.

Fraglich ist auch, ob durch die Formulierung „wenn nicht anderes vereinbart […] ist" in § 24 (1) S 2 VerG, dahingehend interpretiert werden kann, dass auch ein Ausschluss der Haftung des Organwalters für grobes Verschulden möglich ist. Die Erläuterungen führen hierzu nur aus, dass durch Vertrag oder die Stauten von der Haftungsbestimmung des § 24 (1) S 2 abgegangen werden kann.[863] ME kann eine solche Vereinbarung rechtswirksam getroffen werden,[864] wenn hierdurch keine sittenwidrige Schädigung der Gläubiger geschieht, indem deren Haftungsfonds geschmälert wird.[865] In einem solchen Fall hätte eine diesbezügliche Vereinbarung nur interne Wirkung.

Sofern der unentgeltlich tätige Organwalter oder Rechnungsprüfer einem Dritten zum Ersatz eines in Wahrnehmung seiner Pflichten verursachten Schadens verpflichtet ist, kann er sich am Verein gem § 24 (5) VerG regressieren, sofern er den Schaden weder vorsätzlich noch grob fahrlässig verursacht hat, anderes vereinbart oder in den Statuten festgelegt ist.

---

[862] Vgl § 24 (1) S 3 VerG.
[863] ErläutRV 1503 BlgNR 24. GP 3.
[864] Dogmatisch sprechen mE sowohl die Wort-, als auch die historische Interpretationsmethode für die Möglichkeit einer Haftungsmilderung zugunsten des ehrenamtlich tätigen Organwalters.
[865] Vgl hierzu auch die diesbezüglichen Ausführungen zur GmbH in Kap 4.2.1.4.

§ 24 (6) VerG regelt die Pflicht zur Streitverkündung des Organwalters oder Rechnungsprüfer, wenn er vom Dritten klagsweise in Anspruch genommen wird. Die Verständigung hat gegenüber dem Verein zu erfolgen und ist § 3 (4) DHG nachempfunden.[866]

Die Aufgaben des ehrenamtlichen Vereinsvorstandes unterscheiden sich grds nicht von jenen des entgeltlich tätigen Organwalters. Ebenso kann hinsichtlich der Haftung bei der Befolgung eines Beschlusses der Mitgliederversammlung, des Betrachtungszeitpunkts, der Solidarhaftung, der Geltendmachung des Ersatzanspruches und der Verjährung auf das oben Gesagte verwiesen werden.[867] Ob das DHG (analog) auf den ehrenamtlichen Vereinsvorstand angewendet werden kann, soll unter Kap 5.2.6. untersucht werden.

3.2.2.5. Zum Bezug eines geringfügigen Entgelts des Vereinsvorstandes

Bereits zur alten Fassung des § 24 (1) VerG wurde des Öfteren wird gefragt, ob bereits der Bezug eines geringen Entgelts die Haftungsbeschränkung zunichtemacht.[868] Wird also auch die Sorgfaltspflicht durch ein geringes Entgelt bereits herab gesetzt?

Zur alten Fassung hat sich die Lehre dafür ausgesprochen, dass nicht nur die komplette Ehrenamtlichkeit zu berücksichtigen ist, sondern auch der Umstand, wenn jemand eine unter der Grenze der Angemessenheit liegende Entlohnung erhält.[869] Meiner Meinung nach ist hierzu Folgendes festzuhalten: Sofern ein Organwalter auch nur die geringste Entlohnung erhält, ist er im zivilrechtlichen Sinn entgeltlich tätig. Da aber selbstverständlich ein Unterschied besteht, ob der Organwalter € 10.000,- oder € 10,- pro Monat erhält, muss die Höhe der Entlohnung einen Unterschied machen. Die Rechtsfolge besteht mE darin, dass auf den Organwalter, der € 10,- monatlich verdient, grds ein (leicht) geringerer Sorgfaltsmaßstab anzuwenden ist, da höchstwahrscheinlich auch sein Verein nicht wirtschaftlich agieren wird und er nicht mit dem Maßstab eines professionellen Geschäftsführers gleichgesetzt werden darf.

[866] Vgl ErläutRV 1503 BlgNR 24. GP 3.
[867] S dazu Kap 3.2.1.
[868] Vgl etwa *Krejci*, Zur Haftungsbefreiung von Vereinsorganen, ecolex 2012, 560.
[869] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 24 Rz 7.

3.3. Zur Außenhaftung des Vereinsvorstandes

Eine direkte Haftung der Funktionäre gegenüber den Vereinsgläubigern aufgrund des § 23 VerG bildet die Ausnahme.[870] Dies ergibt sich aus dem zweiten Satz des § 23 VerG, welcher besagt, dass Organwalter und Vereinsmitglieder nur dann persönlich haften, wenn sich die Haftung aus anderen gesetzlichen Bestimmungen oder aufgrund persönlicher rechtsgeschäftlicher Verpflichtung ergibt. Hierunter ist etwa ein deliktisches Verhalten des Organwalter zu verstehen,[871] welches eine Haftung nach den allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts auslöst. Eine persönliche Haftung der Organwalter kann sich aber auch aus einer rechtsgeschäftlichen Verpflichtung ergeben,[872] etwa dann, wenn sich der Organwalter in einem für den Verein abgeschlossenen Vertrag als Bürge oder Mitschuldner fungiert.

Darüber hinaus haftet der Organwalter aber auch, sofern gewisse Tatbestände erfüllt werden, die unter andere gesetzliche Vorschriften fallen: Bspw ist dies die nicht fristgerechte Antragsstellung im Falle einer Insolvenz des Vereines gem § 69 (3) IO, was auch vor dem Inkrafttreten der IO durch das IRÄG 2010[873] unter dem Schlagwort „Konkursverschleppung“ bekannt war.[874]

Es haben sich einige Falltypen herauskristallisiert, in welchen direkt auf die Gesellschafter bzw auf deren Vermögen zurückgegriffen werden kann. Man spricht in diesem Zusammenhang vom sogenannten „Haftungsdurchgriff“.[875]

Einen Tatbestand für die Durchgriffshaftung bietet die qualifizierte Unterkapitalisierung.[876] Eine solche liegt vor, wenn die Gesellschaft bei weitem nicht das für die angestrebte Tätigkeit erforderliche Stammkapital aufbringt. Hierunter sind sowohl die anfängliche, aber auch die nachträgliche Unterkapitalisierung, wie etwa infolge starker Ausweitung des

[870] Vgl *S. Bydlinski*, Das Vereinsgesetz 2002 – Darstellung der wichtigsten neuen Regelungen für ideelle Vereine in *Achatz* (Hrsg), Die Besteuerung der Non-Profit-Organisationen III 37.
[871] Vgl *Krejci*, Zum Mitglieder- und Gläubigerschutz nach dem VerG 2002, JBl 2003, 718.
[872] Vgl *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 6/46.
[873] BGBl I 2010/29.
[874] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 23 Rz 7 ff.
[875] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 213 f; *Torggler*, Gesellschaftsrecht 244 ff; *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 23 Rz 5 ff.
[876] Vgl hierzu ausführlich für viele *Aicher/Kraus* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 61 Rz 69 f.

Geschäftsumfangs bzw des Vereinszwecks, zu subsumieren.[877] Auch wenn das Schulbuchbeispiel der Betrieb eines Luftfahrtunternehmens mit einem Mindestkapital von € 35.000,- eine richtige Überlegung ist, so ist in diesem Zusammenhang doch anzumerken, dass dies wohl eher ein theoretisches Problem bleiben wird. Denn in der Praxis wird keine Bank einer Gesellschaft einen Kredit bei einer derartigen Kapitalaufbringung gewähren, ohne weitere Sicherheiten wie zB in Form von Hypotheken, Garantien oder Bürgschaften zu verlangen. Somit könnten auch keinerlei Flugzeuge odgl angeschafft werden. Strittig ist allerdings in diesem Zusammenhang die Höhe des zu ersetzenden Schadens, da nach einer Meinung nur für den Fehlbetrag zwischen der tatsächlich zur Verfügung gestellten und dem bei ordentlicher unternehmerischer Beteiligung vertretbaren Mindestmaß, nach der anderen Meinung unbeschränkt, gehaftet werden soll.[878] Ich denke, dass es rechtspolitisch sicherlich einen präventiven Abschreckungseffekt hat, dass die Gründer bei qualifizierter Unterkapitalisierung unbeschränkt, also nach allgemeinem Schadenersatz- und Zivilrecht für den tatsächlichen Schaden, haften. Darüber hinaus könnte aber die Kausalität dahingehend eine Rolle spielen, dass den Gründern vorzuwerfen ist, um wie viel sie den Verein mit zu wenig Vermögen ausgestattet haben und nur den Fehlbetrag im Rahmen der Kausalitätsprüfung zu berücksichtigen. Der Gläubiger hätte ja nicht gehaftet (auch nicht unbeschränkt), wenn er den Verein mit genug Vermögen ausgestattet hätte. Somit käme es zu einer „quasi beschränkten Haftung“. Eine ähnliche Überlegung, die man uU als Analogie heranziehen könnte, wäre die facultas alternativa bei der laesio enormis gem § 934 ABGB, wo der verkürzende Teil bis zum gemeinen Wert aufzahlen kann. Dieser gemeine Wert lässt sich mE nämlich auch auf den mit ausreichend Kapital ausgestatteten Verein umlegen.

Eine weitere Möglichkeit für einen Haftungsdurchgriff ist die Sphärenvermischung, nämlich dann, wenn keine strikte Trennung des Gesellschaftsvermögens vom Vermögen der Gesellschafter besteht und die Zurechnung der einzelnen Güter nicht zweifelsfrei erfolgen kann.[879] Da es hier zu einer Verletzung des Trennungsprinzips kommt, soll der Gesellschafter auch dafür haften, sofern nicht klar ist, in welche Vermögenssphäre die Wirtschaftsgüter gehören. Dieser Tatbestand kann auch für den Verein relevant sein, vor allem, wenn es sich

[877] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 23 Rz 18.
[878] *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 23 Rz 19.
[879] Vgl *Jabornegg*, Die Lehre vom Durchgriff im Recht der Kapitalgesellschaften, wbl 1989, 52; *Aicher/Kraus* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 61 Rz 57 ff.

um einen kleinen Verein handelt[880] und sowohl die Vereinsmitglieder als auch der Verein selbst im selben Bereich Geschäfte tätigen und diese nicht immer klar voneinander abgrenzbar sind. Hier wird es zu einer Frage der Offenlegung kommen, denn nur wenn klar erkennbar ist, wann Rechtsgeschäfte im Namen des Vereins geschlossen werden, wird dieser auch verpflichtet. Sofern nicht eindeutig offengelegt wird, ist im Zweifel ein Eigengeschäft des Vereinsmitgliedes anzunehmen.[881] Denkbar wäre dies aber ebenso, wenn ein Unternehmer sowohl als e.U., als auch als Alleingesellschafter bzw Geschäftsführer einer GmbH agiert und es dadurch zu unklaren Zuordnungen der Zahlungen etc kommt.

Ebenso kann sich eine Durchgriffshaftung nach der hA[882] aufgrund von faktischer Geschäftsführung ergeben.[883] Nach *Aicher/Kraus* handelt es sich bei der angesprochenen Haftung des faktischen Geschäftsführers hingegen nicht um einen Haftungsdurchgriff, sondern vielmehr um eine Innenhaftung.[884] Auch *Kalss/Nowotny/Schauer* gehen von einer reinen Innenhaftung aus.[885] *Torggler* vertritt die Ansicht, dass der faktische Organwalter als Sachverständiger iSd § 1299 ABGB zu qualifizieren ist.[886] Nach der Rspr haftet dieses faktische Organ, auch wenn er rechtlich nicht als Geschäftsführer auftritt, sofern bei einem leitenden Handeln des Gesellschafters ein Schaden für die Gläubiger entsteht.[887] Der OGH versteht unter einem faktischen Geschäftsführer einen Gesellschafter, der auf die Leitung der Gesellschaft maßgebenden Einfluss nimmt.[888] Somit ist offenbar strittig, ob es sich um eine Haftung des faktischen Geschäftsführers nach Außen, oder um eine Innenhaftung handelt, die die Frage nach sich zieht, ob auch der faktische Geschäftsführer wie ein ordentlicher Geschäftsführer zu behandeln ist. Zu der E des OGH muss angemerkt werden, dass ein Mehrheitsgesellschafter ebenfalls maßgebenden Einfluss auf die Führung der Gesellschaft hat und dennoch allein deswegen noch nicht als faktischer Geschäftsführer zu

[880] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 23 Rz 26.
[881] *Koziol-Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I[14] 221.
[882] OGH 10.03.2005 12 Os 37/04; *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 214; *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I[5] § 1 Rz 72.
[883] Zur Zurechnung des faktischen Geschäftsführers gegenüber dem Verein s unter Pkt 3.2.1.4.
[884] Vgl *Aicher/Kraus* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 61 Rz 64.
[885] Vgl *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/835.
[886] Vgl *Torggler*, Gesellschaftsrecht 225 f.
[887] OGH 17.12.2007 8 Ob 124/07d; OGH 15.09.2010 2 Ob 238/09b.
[888] OGH 12.04.2001 8 ObA 98/00w; OGH 29.04.2004 6 Ob 313/03b = GesRZ 2004, 379 (*Harrer*) = ÖZW 2005, 21 (*Artmann*) = RWZ 2004, 366 (*Wenger*).

qualifizieren ist. Daher muss mE eine Komponente hinzutreten, durch die der faktische Geschäftsführer nach außen in Erscheinung tritt.

Die faktische Geschäftsführung kann auch durchaus beim Verein vorkommen, wenn eine Person in Namen des Vereins handelt ohne dazu formal bestellt worden zu sein, woraus sich die mangelnde Befugnis ergibt. Sofern dies ohne Wissen und nachträgliche Genehmigung durch den Verein geschieht, kann der Verein rechtsgeschäftlich nicht berechtigt oder verpflichtet werden. Es kommt somit kein Vertrag zustande und der faktische Geschäftsführer haftet dem Dritten als falsus procurator auf das Vertrauensinteresse. Wenn aber der faktische Geschäftsführer mit Wissen des Vereins handelt oder der Verein zumindest das Geschäft nachträglich genehmigt, wird das Verhalten nicht nur dem Verein zugerechnet, sondern es haftet auch der faktische Geschäftsführer. Auch hier stellt sich die Frage, in welcher Höhe der faktische Geschäftsführer zu haften hat. Im ersten Fall ist er meiner Ansicht nach im Außenverhältnis als Stellvertreter zu sehen und im zweiten Fall als falsus procurator, was eine Haftung auf das Vertrauensinteresse nach sich ziehen würde. Im Innenverhältnis ist der faktische Geschäftsführer mE wie ein „echter" Geschäftsführer zu behandeln, sofern er umfassende Geschäftsführungsaufgaben wahrnimmt.[889] In diesem Fall trifft auch den faktischen Geschäftsführer bei der GmbH oder AG eine Haftung nach § 25 GmbHG bzw § 84 AktG. ME ist der faktische Organwalter wie ein „echter" Geschäftsführer zu behandeln, was bedeutet, dass der faktische Organwalter beim Verein nach § 23 VerG nur dann haftet, wenn er sich dazu rechtsgeschäftlich verpflichtet, oder sich eine Haftung aufgrund von gesetzlichen Ansprüchen ergibt, wie etwa der deliktischen Schädigung eines Dritten. Einer grundsätzlichen unbeschränkten Haftung des faktischen Geschäftsführers stehe ich aber eher kritisch gegenüber.[890]

Ebenso kommt es bei dem Missbrauch der Organisationsfreiheit[891] zum Haftungsdurchgriff. In diesem Fall wird ein einheitliches Unternehmen in mehrere Gesellschaften aufgespalten, wobei die risikoreichen Geschäfte stets von einer Gesellschaft durchgeführt werden, sodass sich eine Schmälerung des Haftungsfonds ergibt.[892] Zu überlegen ist allerdings, ob es nicht

[889] So auch *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 10.
[890] Ausführlich zum Haftungsdurchgriff *Torggler*, Fünf (Anti-)Thesen zum Haftungsdurchgriff, JBl 2006, 85.
[891] Vgl *Aicher/Kraus* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 61 Rz 60 ff.
[892] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 214.

auch zu einer Erfüllungsgehilfenhaftung iSd § 1313a ABGB und somit zu einer Zurechnung der Gesellschaften untereinander kommen könnte.[893]

Darüber hinaus existiert der Haftungsdurchgriff ebenfalls in den Fällen der Existenzvernichtungshaftung (strittig), in Fällen des § 25 URG, sowie bei zu später oder Nichtanmeldung der Insolvenzeröffnung.[894]

Nicht übersehen werden darf, dass auch eine unmittelbare – allerdings nicht unter die Durchgriffshaftung zu subsumierende – mit der Gesellschaft zusammenhängende Haftung von Aktionären gegenüber Dritten bestehen kann, die auf sonstigen Haftungs- oder Verpflichtungsgründen beruht. Als Beispiele können die Verletzung von vertraglichen oder quasi-vertraglichen Pflichten, wie Patronatserklärungen, angeführt werden.[895]

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass in den oben genannten Fällen die Gesellschafter uU den Gläubigern haften. Dies trifft per se noch nicht auf die Organwalter zu. Für diese ergeben sich spezielle Haftungsregelungen, die nun im Folgenden zu erörtern sind.

Darüber hinaus existieren einige weitere Bestimmungen in Spezialgesetzen, wonach der Organwalter bei Erfüllung der Tatbestände zur Haftung herangezogen werden kann. Hier ist beispielsweise an die steuerrechtlichen Bestimmung des § 80 (1) BAO, die sozialversicherungsrechtlichen Regelung gem § 67 (10) ASVG oder an die verwaltungsstrafrechtliche Haftung nach § 9 (1) VStG zu denken.[896]

Es wäre aber auch möglich, dass der Vereinsgläubiger einen Exekutionstitel gegen den Verein erwirkt und sich die Ansprüche des Vereins pfänden und überweisen lässt.[897] In diesem Fall steht dem Organwalter uU ein Rückersatz gegenüber dem Verein zu.

Festgehalten werden soll an dieser Stelle, dass bei der Außenhaftung des Organwalters gegenüber Dritten kein Einfluss der Entgeltlichkeit gegeben ist. Dies kann ua damit

[893] Speziell zu denken wäre hier an einen konzernrechtlichen Aufbau iSd § 15 AktG oder § 115 GmbHG.
[894] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 215.
[895] *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/824.
[896] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 23 Rz 40 ff; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 4/248.
[897] Vgl *Gelbmann*, Weitere haftungsrechtliche Probleme des Vereinsgesetzes 2002, JAP 2003/2004, 198.

argumentiert werden, dass § 24 VerG nur die Innenhaftung betrifft[898] und darüber hinaus eine Einschränkung der Haftung des Organwalters nie beabsichtigt war.[899]

[898] Vgl für viele *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 24 Rz 2.
[899] ErläutRV 1503 BlgNR 24. GP 2.

4. Zur Haftung von Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern im Genossenschafts- und Kapitalgesellschaftsrecht – unter spezieller Berücksichtig des Entgelts

In diesem Kapitel sollen die Haftungen der Organwalter gegenüber der Gesellschaft skizziert werden. Dies ist deswegen notwendig, um eine Vergleichbarkeit der kapital- bzw genossenschaftsrechtlichen Regelungen mit den Bestimmungen des Vereinsrechts zu schaffen. Es soll aufgezeigt werden, worin sich die Normen ähneln, aber auch welche Unterschiede bestehen. Dieses Wissen ist speziell für eine zu behandelnde Analogiefähigkeit des § 24 (1) S 2 VerG von großer Bedeutung.[900] Dabei soll speziell auf die jeweilige Bedeutung der unentgeltlichen Tätigkeit bei der jeweiligen Gesellschaftsform eingegangen werden.[901] Es sollen dabei ebenfalls die aktienrechtlichen Haftungsregeln untersucht werden, selbst wenn eine ehrenamtliche Tätigkeit dort am unwahrscheinlichsten ist, da diese am ausführlichsten sind und oftmals analog für das weitere Gesellschaftsrecht angewandt werden.

4.1. Grundlegendes

Es ist wichtig kurz das Trennungsprinzip zu skizzieren, um aufzuzeigen, dass die Schulden der Gesellschaft von den möglichen Schadenersatzforderungen gegenüber den Organwaltern abzugrenzen sind. Damit soll aufgezeigt werden, auf welches Vermögen ein geschädigter Dritten zugreifen kann. Im Folgenden soll daher auf das Trennungsprinzip bei der GmbH, der AG und der Genossenschaft eingegangen werden.

In § 61 (1) und (2) GmbHG wird auf die Rechtsgestalt der GmbH und deren Haftung hingewiesen. Die GmbH ist eine eigenständige juristische Person und somit selbstständige Trägerin von Rechten und Pflichten. Diese rechtliche Selbstständigkeit hat die strikte Trennung der Rechts- und Vermögenssphäre der Gesellschaft von jener der Gesellschafter zur

[900] S dazu Kap 5.2. und insb Kap 5.2.6.
[901] Eine Bewertung der Auswirkung des Entgelts soll allerdings erst in Kap 5.2. erfolgen.

Folge.[902] In Abs 2 leg cit wird erklärt, dass hinsichtlich der Schulden der GmbH, den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen der Gesellschaft zur Befriedigung dient. Ein Durchgriff auf die Gesellschafter oder den Geschäftsführer ist ausgeschlossen.[903] Zusammenfassend kann gesagt werden, dass das Vermögen der GmbH von jenem der Gesellschafter getrennt ist.[904] Man spricht daher in der Folge vom sogenannten „Trennungsprinzip".[905] Umgekehrt bezeichnet man den Fall, dass die Gesellschafter nicht für die Schulden „ihrer" GmbH haften als „Haftungsprivileg der Gesellschafter". Auch das Vermögen der Gesellschaft haftet nicht für die Schulden der Gesellschafter.[906] *Aicher/Kraus* sprechen sich zu Recht dafür aus, dass eine Forderung der GmbH gegen Dritte selbst im Fall der Einmanngesellschaft nicht dem Gesellschafter zusteht.[907]

Wenn das Trennungsprinzip nach hL[908] ebenfalls bei der Ein-Personen-GmbH greift, so ist meiner Ansicht nach doch rechtspolitisch zu hinterfragen, ob durch die Rechtsprechung hiervon im Einzelfall, beim Vorliegen von speziellen Voraussetzungen,[909] nicht Abstand genommen werden kann, da eine besondere Nahebeziehung zwischen Gesellschaft und dem Gesellschafter besteht.[910] Der OGH hat etwa einen geschäftsführenden Alleingesellschafter als Unternehmer angesehen.[911] ME ist der Ansicht des OGH allerdings nicht zu folgen, da die Gesellschaft und eben nicht der Gesellschafter das Unternehmen betreibt, was die Voraussetzung für eine Unternehmereigenschaft darstellt.

Bei der AG ergibt sich das Trennungsprinzip aus § 1 AktG. Hieraus lässt sich schießen, dass die AG ebenfalls eine juristische Person ist, bei welcher die Einlagen der Gesellschafter aber auf Aktien verteilt sind. Im letzten Satz leg cit wird darauf hingewiesen, dass die Gesellschafter nicht für die Schulden der Gesellschaft haften. Für Verbindlichkeiten der AG

---

[902] *Aicher/Kraus* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 61 Rz 4.
[903] Ausnahmen bestehen uU beim Haftungsdurchgriff. S dazu unter Kap 4.1.
[904] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 213 ff.
[905] OGH 30.09.2009 9 ObA 125/08k.
[906] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 213.
[907] Vgl *Aicher/Kraus* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 61 Rz 4.
[908] Vgl bspw *Krejci*, Zum Entwurf eines GesRÄG 2013, GES 2013, 171 (174); *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 4/351.
[909] Wie etwa im Fall der sittenwidrigen Haftungsbegrenzung. Zu denken wäre etwa an einen Fall des Missbrauchs der Organisationsfreiheit, bei welchem eine natürliche Person alleiniger Gesellschafter mehrerer GmbHs ist, um so das Risiko zu verteilen; vgl hierzu für viele *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 214.
[910] OGH 09.06.1954 2 Ob 429/54.
[911] OGH 11.02.2002 7 Ob 315/01a = JBl 2002, 526 *(Karollus)* = GeS 2002, 28 *(Chvosta)*; *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 4/30.

haftet grds nur das Gesellschaftsvermögen.[912] Umgekehrt haftet abermals das Vermögen der Gesellschaft nicht für die Schulden der Aktionäre. Im Gegensatz dazu steht die Durchgriffshaftung in einem Spannungsverhältnis zur Grundkonzeption des Kapitalgesellschaftsrechts und kann nach *Kalss* – unabhängig davon, ob man der Missbrauchslehre oder Normzwecktheorie folgt – mit dem Gläubigerschutz begründet werden.[913]

In den §§ 1, 12 GenG wird ebenfalls erklärt, dass die Genossenschaft Rechtspersönlichkeit besitzt und eine juristische Person ist.[914] Zum Genossenschaftsvermögen gehören auch die von den Genossenschaftern auf die Geschäftsanteile geleisteten Zahlungen.[915] Auch wenn die Ausprägung der Abgrenzung durch die verschiedenen Haftungsformen der Genossenschafter anders ist, so gilt dennoch strikt das Trennungsprinzip. Daher kann weder im Insolvenzfall der Genossenschaft auf das Vermögen des Genossenschafters zugegriffen werden, noch auf das der Gesellschaft im Insolvenzfall eines Genossenschafters. [916]

Das Trennungsprinzip beim Vereinsrecht wurde bereits oben ausführlich behandelt.[917] Beim Trennungsprinzip existieren aber auch durch die Lehre und Rechtsprechung entwickelte Ausnahmen, die dieses in ganz speziellen Situationen durchbrechen und so zu einer direkten Haftung führen. Der OGH ist in einigen Entscheidungen[918] vom Trennungsprinzip abgegangen. Grundsätzlich versteht der OGH unter dem Haftungsdurchgriff[919] die „private Zusatzhaftung von Verbandsmitgliedern für Schulden der Verbandsperson".[920] Betont werden soll in diesem Zusammenhang auch, dass die Haftung der Gesellschafter wirklich nur in Ausnahmefällen greifen darf,[921] da es sich sonst um eine Risikoverlagerung zulasten der Gesellschafter handelt. Diese direkte Haftung der Gesellschafter soll ultima ratio sein.[922]

---

[912] Vgl *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/823.
[913] *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/825.
[914] Vgl *Astl/Steinböck* in *Dellinger* (Hrsg) Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 12 Rz 1.
[915] *Dellinger/Steinböck* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 56 Rz 1; *Astl/Steinböck* in *Dellinger* (Hrsg) Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 12 Rz 1.
[916] Vgl auch *Dellinger/Steinböck* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 60 Rz 2.
[917] S dazu unter Pkt 3.1.
[918] OGH 29.04.2004 6 Ob 313/03b; OGH 14.07.1986 1 Ob 571/86; OGH 17.11.1987 6 Ob 508/86.
[919] S hierzu die Ausführungen in Kap 3.3.
[920] OGH 20.05.1992 1 Ob 562/92.
[921] Vgl *Aicher/Kraus* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 61 Rz 56.
[922] Vgl *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/823.

4.2. Zur Haftung des Geschäftsführers gegenüber der GmbH gem § 25 GmbHG

Nachdem jede GmbH gem § 15 (1) GmbHG zumindest einen Geschäftsführer haben muss und dieser nur eine physische und handlungsfähige Person sein kann,[923] ist es nicht verwunderlich, dass der Organwalter auch haften soll, wenn er im Rahmen seiner Tätigkeit Fehler begeht. In diesem Punkt soll nun die Haftung des GmbH-Geschäftsführers skizziert werden. An dieser Stelle sei auch erwähnt, dass die Haftung des § 25 GmbHG auf alle Geschäftsführer anzuwenden ist, unabhängig davon welchen Gesellschaftszweck die GmbH verfolgt. Somit ist auch der Geschäftsführer einer ideellen GmbH von dieser Haftung umfasst.

Wie in Kap 3.1.2.2. bereits ausgeführt, kann die GmbH auch einen ideellen oder gemeinnützigen Zweck verfolgen.[924] In einem solchen Fall und vor allem auch bei kleinen GmbHs ist es durchaus denkbar, dass der Geschäftsführer kein Gehalt bezieht und seine Geschäftsführungstätigkeit ehrenamtlich ausführt. Es wäre aber ebenso denkbar, dass ein Gesellschafter-Geschäftsführer keinen Lohn erhält, da seine Tätigkeit bei der Gewinnverteilung iSd § 82 GmbHG berücksichtigt wird.[925] Anzumerken ist an dieser Stelle, dass Geschäftsführer aufgrund der §§ 36 (2) 1 iVm 8 ff ArbVG von den betriebsverfassungsrechtlichen Bestimmungen ausgenommen sind,[926] sodass eventuelle Vereinbarungen über die Entlohnung auf die Organwalter nicht anwendbar sind. Ob Mindestlohntarife iSd §§ 22 ff ArbVG auch auf die Geschäftsführer anzuwenden sind, muss aus dem jeweiligen Kollektivvertrag selbst abgeleitet werden.[927] *Runggaldier/Schima* hingegen gehen von einem gänzlichen Ausschluss der Vorstandsmitglieder von Kollektivverträgen aus.[928] Im Falle der Anwendbarkeit des Kollektivvertrags und des Bestehens eines Mindestlohntarifs wäre eine unentgeltliche Tätigkeit des Geschäftsführers ausgeschlossen.

---

[923] Vgl *Weilinger*, Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) 40.
[924] So wird beispielsweise die Caritas Socialis in Form einer GmbH geführt.
[925] Dies wird ua dann schlagend werden, wenn die GmbH nur über wenige Gesellschafter verfügt, oder der Geschäftsführer sogar Alleingesellschafter ist.
[926] Vgl bspw *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG § 36 Rz 2; *Windisch-Graetz* in in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, § 36 ArbVG Rz 12.
[927] Vgl *Tinhofer*, Reduzierter Arbeitsrechtsschutz für Führungskräfte, wienerzeitung.at/nachrichten/wirtschaft/oesterreich/470820_Reduzierter-Arbeitsrechtsschutz-fuer-Fuehrungskraefte.html.
[928] Vgl *Runggaldier/Schima*, Manager-Dienstverträge[3] 2.

4.2.1. Zur Innenhaftung des Geschäftsführers

Im Folgenden soll auf die Haftung des Geschäftsführers gegenüber der GmbH eingegangen werden. Die GmbH kann sich am Geschäftsführer regressieren, sofern er bei der Ausübung seiner Geschäftsführertätigkeit nicht die notwenige Sorgfalt an den Tag gelegt hat und der Gesellschaft hierdurch ein Schaden entstanden ist. Haftungssubjekt des § 25 GmbHG ist jeder Geschäftsführer der GmbH, unabhängig davon, ob er ins Firmenbuch eingetragen wurde.[929] Von der Haftung ebenfalls erfasst ist der Pro-forma- oder Strohmanngeschäftsführer,[930] der trotz wirksamer Bestellung untätig bleibt, da ihm die Nichtausübung seiner Funktion vorgeworfen werden kann. Auch eine Haftung des faktischen Geschäftsführers im Innenverhältnis ist vertretbar,[931] da mE der faktische Geschäftsführer wie ein ordentlicher Geschäftsführer zu behandeln ist.[932]

4.2.1.1. Zu den Aufgaben des Geschäftsführers

An dieser Stelle ist kurz auf die Aufgaben eines GmbH-Geschäftsführers einzugehen. Seine Tätigkeit teilt sich in die laufende Geschäftsführung (wie etwa die Führung des Geschäftsbetriebes, die Produkt- und Finanzplanung, den Einkauf, die Produktion bzw Erbringung von Dienstleistungen, die Forschung und Entwicklung, die Konzernleitung und das Marketing)[933], sowie die ungewöhnlichen Maßnahmen und Aufgaben, die außerhalb des gesellschaftsvertraglichen Unternehmensgegenstandes liegen.[934]

Die Entscheidungen für die laufende Geschäftsführung hat der Geschäftsführer selbst zu treffen. Nur in bestimmten Fällen hat er die Zustimmung von anderen Organen einzuholen, wie etwa für Investitionen gem § 35 (1) 7 GmbHG, deren Anschaffungskosten 20% des Stammkapitals übersteigen, die Erteilung der Prokura gem § 35 (1) 4 GmbHG oder sofern ein

[929] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 8.
[930] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 9.
[931] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 10.
[932] Die bezieht sich mE aber nur auf die Innenhaftung. Somit unterliegt der faktische Geschäftsführer der Haftung gem § 25 GmbHG gegenüber der Gesellschaft. Differenziert muss man meiner Ansicht nach die Rolle des faktischen Geschäftsführers bei der Außenhaftung betrachten. S dazu genauer unter Pkt 3.3.
[933] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 11.
[934] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 13.

Aussichtsrat besteht, jene Geschäfte, die unter § 30 j (5) GmbHG fallen.[935] Für ungewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen ist die Zustimmung der Gesellschafter durch Gesellschafterbeschluss einzuholen.[936] Bei all den oben angeführten Aufgaben, hat der Geschäftsführer die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes an den Tag zu legen.[937] Der Begriff des Geschäftsmanns ist nicht mit jenem eines Unternehmers gleichzusetzen.[938] Geschuldet ist eine branchen-, größen- und situationsadäquate Bemühung.[939] Richtigweise geht *Reich-Rohrwig* davon aus, dass das Fehlschlagen unternehmerischer Entscheidungen noch nicht per se haftungsbegründend ist, da sonst dem Geschäftsführer eine Erfolgshaftung[940] auferlegt werden würde und dieser somit das unternehmerische Risiko tragen müsste.[941] Der OGH geht grds von einem weiten Beurteilungs- und Entscheidungsermessen aus.[942] Somit besteht auch die Möglichkeit, dass zwei unterschiedliche und zueinander konträre Handlungsalternativen in derselben Situation als jeweils sorgfaltskonform beurteilt werden können und somit nicht zur Haftung führen.[943] Es muss damit gerechnet werden, dass eine Maßnahme für die Gesellschaft auch ungünstig ausfallen kann.[944]

Eine Haftung des Geschäftsführers soll nur dann eintreten, wenn der Ermessensspielraum „eklatant" überschritten wurde.[945] So besteht etwa dort kein Ermessensspielraum, wo die Geschäftsführer von Gesetzes wegen verpflichtet sind, gewisse Handlungen oder Unterlassungen vorzunehmen.[946] *Reich-Rohrwig* ist zuzustimmen, wenn er fordert, dass der weite Ermessensspielraum nur dann zuerkannt werden kann, wenn es sich um eine unternehmerische Entscheidung handelt, bei der der Geschäftsführer frei von Sonderinteressen ist und die Entscheidung gutgläubig aufgrund von angemessener

[935] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 12.
[936] OGH 14.11.1996 2 Ob 2146/96v = ecolex 1997, 359; OGH 23.05.2007 3 Ob 59/07h = GesRZ 2008, 22 (*Lindner*).
[937] Vgl für viele *Stehle*, Der erfolgreiche GmbH-Geschäftsführer[3] 102.
[938] Vgl *Gellis/Feil*, Kommentar zum GmbHG[7] § 25 Rz 1 (noch zum Kaufmann).
[939] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 24.
[940] OGH 28.06.1990 8 Ob 624/88.
[941] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 24.
[942] OGH 26.02.2002 1 Ob 144/01k = RdW 2002, 342 = wbl 2002, 325 = ecolex 2003, 34; OGH 22.05.2003 8 Ob 262/02s = ecolex 2003, 763; OGH 11.06.2008 7 Ob 58/08t = ecolex 2008, 926 (*Reich-Rohrwig*).
[943] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 34.
[944] OGH 26.02.2002 1 Ob 144/01k.
[945] OGH 26.02.2002 1 Ob 144/01k.
[946] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 40.

Information getroffen wird und dem Wohl der Gesellschaft dienen soll.[947] Das Fehlschlagen einer unternehmerischen, durch den Geschäftsführer getroffenen Entscheidung ist allein noch nicht haftungsbegründend, da diese Erfolgshaftung eine Risikoverlagerung darstellen würde.[948] Es muss grds damit gerechnet werden, dass getroffene Entscheidungen für die Gesellschaft auch ungünstig ausfallen können.[949]

Gerade bei größeren Gesellschaften wird es wirtschaftlich sinnvoll sein, dass gewisse Verantwortliche abseits des Geschäftsführers bestimmt werden, die sich speziell um besondere Gebiete innerhalb des Unternehmens kümmern. Dies kann entweder eine Ressortverteilung innerhalb der Geschäftsführung sein[950] oder es gibt aufgrund der Organisationsstruktur spezielle Verantwortliche, die in einer anderen Organisationsebene angesiedelt sind. Hier stellt sich die Frage, ob zum Beispiel Abteilungsleiter ebenfalls eine Haftung gegenüber der Gesellschaft treffen kann und ob ihr Verhalten darüber hinaus auch dem übergeordneten Geschäftsführer zugerechnet wird. Eine Haftung eines Abteilungsleiters, die jener des Geschäftsführers gleichgestellt wäre, ist mE auszuschließen, da eine solche dem Gesetz nicht entnommen werden kann, weil § 25 GmbHG explizit nur von Geschäftsführern, nicht jedoch von sonstigen Angestellten odgl spricht. Somit trifft einen Abteilungsleiter, der wohl als leitender Angestellter mit maßgebenden Einfluss auf die Führung des Betriebes iSd § 36 (2) 3 ArbVG zu qualifizieren ist, grds die gleiche Haftung, wie einen „normalen“ Angestellten.[951] Diese Haftung beruht auf den wechselseitigen Pflichten aus dem Dienstvertrag und wird durch das DHG[952] begrenzt.[953] Dies kann mE auch damit begründet werden, dass der Abteilungsleiter – wie jeder andere Angestellte – gegenüber dem Geschäftsführer weisungsgebunden ist. Hinsichtlich der Zurechnungsfrage des Verhaltens der Mitarbeiter gegenüber dem Geschäftsführer ist anzumerken, dass die Geschäftsführer Teilaufgaben auch an Mitarbeiter zuweisen können, die Geschäftsführer dann allerdings die Pflicht trifft, die nachgeordneten Stellen zu kontrollieren.[954] Der

[947] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 38.
[948] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 24.
[949] Vgl *Wagner*, Geschäftsführerhaftung und URG 29.
[950] Diese wird unter Pkt 4.5.2. besprochen.
[951] Zu beachten ist aber, dass es auch andere Definitionen des leitenden Angestellten – wie etwa im Arbeiterkammergesetz, AZG, oder ARG – gibt; vgl hierzu *Runggaldier/Schima*, Manager-Dienstverträge[3] 21 ff.
[952] BGBl 1965/80.
[953] So wohl auch *Windisch-Graetz* in in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, § 1 DHG Rz 2 ff.
[954] Vgl *Ginthör/Hasch/Hochedlinger*, Der GmbH-Geschäftsführer – Rechte und Pflichten 72.

Geschäftsführer haftet aber nur für das schuldhafte Verletzen von Überwachungspflichten und nicht für alle Fehler des eingesetzten Mitarbeiters,[955] was bedeutet, dass hier eine Sonderform der Zurechnung existiert und diese nicht mit jener des Erfüllungsgehilfen iSd § 1313a ABGB gleichzusetzen ist.

In § 25 (3) GmbHG befinden sich zwei demonstrative Beispiele, die erläutern sollen, wann es jedenfalls zu einer Haftung des Geschäftsführers kommen soll. Einerseits ist dies die Verteilung von Gesellschaftsvermögen gegen die Vorschriften des GmbHG oder des Gesellschaftsvertrages,[956] sprich wenn es zu einer Einlagenrückgewähr kommt.[957] Gem Z 2 leg cit sind die Geschäftsführer andererseits auch zum Ersatz des Schadens verpflichtet, wenn sie nach dem Zeitpunkt, in dem sie die Eröffnung des Konkurses zu beantragen gewesen wäre, dennoch Zahlungen geleistet haben. Darüber hinaus ist in diesem Zusammenhang auch die Bestimmung des § 25 (4) GmbHG zu berücksichtigen, welche besagt, dass Geschäftsführer haften, wenn sie ein sog „In-Sich-Geschäft"[958] abgeschlossen haben, ohne vorher die Zustimmung des Aufsichtsrates, oder, sofern dieser nicht besteht, jene aller übrigen Geschäftsführer eingeholt haben. Auch außerhalb des § 25 GmbHG finden sich Haftungstatbestände, wie die Verursachung eines Schadens beim Gründungsvorgang gem § 10 (4) GmbHG durch falsche Angaben,[959] der Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot iSd § 24 (3) GmbHG,[960] oder die Schadenersatzpflicht des Geschäftsführers bei unzulässigen Zahlungen an einen Gesellschafter gem § 83 (2) GmbHG.[961] Sollte ein Insolvenzverfahren über eine GmbH gem § 22 URG eröffnet werden, kann es zu einer Haftung der Geschäftsführer[962] für die nicht gedeckten Verbindlichkeiten kommen,[963] wenn sie innerhalb der letzten zwei Jahre vor dem Antrag auf Eröffnung eines Insolvenzverfahrens entweder gem Z 1 einen Bericht des Abschlussprüfers erhalten haben, wonach die Eigenmittelquote iSd § 23 URG weniger als acht Prozent und die fiktive Schuldentilgungsdauer gem § 24 URG mehr als 15 Jahre beträgt, und nicht unverzüglich ein Reorganisationsverfahren beantragt

[955] Vgl *Ginthör/Hasch/Hochedlinger*, Der GmbH-Geschäftsführer – Rechte und Pflichten 72.
[956] Das sind Stammeinlagen oder Nachschüsse, die an Gesellschafter gänzlich oder teilweise zurückgegeben werden, oder wenn Zinsen bzw Gewinnanteile ausgezahlt werden, für die Gesellschaft eigene Geschäftsanteile erworben, zum Pfande genommen hat.
[957] OGH 30.08.2000 6 Ob 132/00f; OGH 23.10.2003 6 Ob 196/03x; OGH 27.11.2003 6 Ob 219/03d.
[958] Vgl hierzu *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 241.
[959] Vgl hierzu *van Husen* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 10 Rz 40 f.
[960] Vgl *Enzinger* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 24 Rz 32.
[961] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 250.
[962] Vgl hierzu ausführlich *Wagner*, Geschäftsführerhaftung und URG 72 ff.
[963] Diese Haftung ist aber gem § 22 (1) URG mit einer Haftung von € 100.000,- pro Person begrenzt.

oder nicht gehörig fortgesetzt haben, oder nach Z 2 einen Jahresabschluss nicht oder nicht rechtzeitig aufgestellt oder nicht unverzüglich den Abschlussprüfer mit dessen Prüfung beauftragt haben.[964]

4.2.1.2. Zur Haftungsbestimmung nach § 25 (2) GmbHG

§ 25 (1) GmbHG ordnet an, dass die Geschäftsführer der Gesellschaft gegenüber verpflichtet sind, bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsführers anzuwenden. Wichtig ist hierbei zu betonen, dass es sich um eine reine Innenhaftung[965] handelt und die Geschäftsführer weder den Gesellschaftern, noch den Gesellschaftsgläubigern gegenüber haften.[966] Sofern sie bei der Ausübung dieser Tätigkeit ihre Obliegenheiten verletzen, haften sie der Gesellschaft gem § 25 (2) GmbHG zur ungeteilten Hand für den entstandenen Schaden. In diesem Zusammenhang soll kurz erwähnt werden, dass ich den Begriff „Obliegenheiten" für verwirrend halte. Unter Obliegenheiten versteht man bekanntlich Pflichten minderer Art.[967] Obliegenheiten können nicht eingeklagt werden, aber die Nichtbeachtung wirkt sich in sonstiger Weise zum Nachteil des Belasteten aus.[968] Dies ergibt sich daraus, dass die Verletzung einer Obliegenheit keine Rechtswidrigkeit darstellt.[969] Nachdem aber der Verstoß gegen die Sorgfaltspflichten rechtswidrig ist und ein echtes einklagbares Recht auf Schadenersatz nach sich zieht, handelt es sich mE hier um keine Obliegenheit, sondern um eine echte Verpflichtung des Geschäftsführers. Diese Verpflichtung wird sich in der Praxis häufig aus dem Dienstvertrag ergeben,[970] kann aber auch aus dem Auftragsverhältnis zwischen der GmbH und dem Geschäftsführer herrühren und sich somit unmittelbar auf § 25 (1) GmbHG gründen. Um in diesem Zusammenhang nicht für Verwirrung hinsichtlich der Rechtsfolgen zu sorgen, halte ich es für sinnvoll, dass der Gesetzgeber den Begriff „Obliegenheiten" in § 25 (2) GmbHG in „Verpflichtungen" ändert. Aus § 25 (1) GmbHG kann bspw eine organisationsrechtliche

[964] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 250 f.
[965] Vgl *Gellis/Feil*, Kommentar zum GmbHG[7] § 25 Rz 1.
[966] Vgl *Gellis/Feil*, Kommentar zum GmbHG[7] § 25 Rz 2.
[967] Vgl bspw *Gruber/Graf*, Schuldrecht Allgemeiner Teil[9] 13.
[968] *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II[13] 7.
[969] Vgl *Weilinger*, Privatrecht[4] 14.
[970] Vgl *Stehle*, Der erfolgreiche GmbH-Geschäftsführer[3] 126.

Verantwortung des Geschäftsführers abgeleitet werden.[971] Hinzuweisen ist auch darauf, dass aufgrund der Interessen der Gläubiger die Haftungsbestimmungen des Geschäftsführers zwingend sind,[972] mE aber uU[973] gemindert werden können.

4.2.1.3. Zum Sorgfaltsmaßstab nach § 25 (1) GmbHG

Der Sorgfaltsmaßstab des GmbH-Geschäftsführers wurde schon unter Pkt 2.1.2.3. ausführlich behandelt und soll an dieser Stelle nur noch grob zusammengefasst werden. Der Geschäftsführer hat gem § 25 (1) GmbHG die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden, worunter zu verstehen ist, dass der Geschäftsführer Kenntnisse und Fähigkeiten besitzen muss, die für den Geschäftszweck der betreffenden GmbH üblicherweise erforderlich sind.[974] Die Geschäftsführer haben die Gesellschaft fachlich korrekt zu leiten.[975] Die Geschäftsführung sollte nach gesicherten und praktisch bewährten betriebswirtschaftlichen Erkenntnissen und unter Beachtung aller maßgeblichen Rechtsvorschriften geschehen und sowohl eine lang- als auch eine kurzfristige Unternehmensplanung beinhalten.[976]

Nach *Umfahrer* ist eine Verschärfung der Diligenzpflicht durchaus möglich.[977] Die Haftungsvorschriften sind nach der Ansicht des OGH als zwingendes Recht zu sehen.[978] Zu beachten ist hierbei die Anordnung des § 25 (7) iVm 10 (6) GmbHG welche besagt, dass die Haftungsbestimmungen weder gemildert noch ausgeschlossen werden können, sofern der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger notwendig ist.[979] Hiermit soll verhindert werden, dass der Geschäftsführer durch einen Gesellschafterbeschluss aus einer Haftung entlassen wird und somit die Gläubiger nur auf ein geringeres Vermögen der Gesellschaft zurückgreifen können. Diese Ansicht ist aber dahingehend kritisch zu hinterfragen, worin diese

[971] OGH 28.06.1990 8 Ob 624/88; *Gellis/Feil*, Kommentar zum GmbHG[7] § 25 Rz 1.
[972] Vgl *Harrer* in *Artmann/Rüffler/Torggler* (Hrsg), Die Organhaftung zwischen Ermessensentscheidung und Haftungsfalle 11.
[973] Immer nur unter dem Blickwinkel des Gläubigerschutzes.
[974] *Umfahrer*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung[6] 128.
[975] *Weber*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht[2] 126.
[976] Vgl *Ginthör/Hasch/Hochedlinger*, Der GmbH-Geschäftsführer – Rechte und Pflichten 71.
[977] Vgl *Umfahrer*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung[6] 129.
[978] OGH 17.06.1959 5 Ob 202/59.
[979] Vgl *Umfahrer*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung[6] 129.

Verschärfung bestehen könnte. Etwa in der Haftung des Geschäftsführers für ein zufälliges Eintreten eines Schadens? Dies wäre mE sicherlich gem § 879 (1) ABGB sittenwidrig, da beachtet werden muss, dass das unternehmerische Risiko von der Gesellschaft und nicht vom Geschäftsführer zu tragen ist.[980] Diese Ansicht hinsichtlich der Risikotragung vertritt selbst der OGH.[981] Eine Haftung ab leichter Fahrlässigkeit ist meiner Ansicht nach schon der strengste Maßstab, dem sich ein Geschäftsführer aussetzen kann. Hingegen wäre eine Haftungsmilderung mE zulässig, sofern die Gläubigerinteressen dadurch nicht gefährdet werden. Hier könnte beispielsweise vereinbart werden, dass der Geschäftsführer der Gesellschaft gegenüber nur ab grober Fahrlässigkeit haftet.[982] Sofern der Geschäftsführer in diesem Fall aber leicht fahrlässig einen Fehler begeht und die Gesellschaft auf den zu ersetzenden Betrag zur Befriedigung der Gläubiger angewiesen ist, müsste der Geschäftsführer auch bei leichter Fahrlässigkeit haften und könnte sich dann später an der Gesellschaft regressieren. Dies würde dazu führen, dass die Gläubiger der Gesellschaft bestmöglich geschützt würden. Auch ein Vergleich der Gesellschaft mit dem Geschäftsführer wäre unwirksam, sofern durch diesen der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger gefährdet werden würde.[983] Ein vollkommener Ausschluss der Geschäftsführerhaftung ist nach hL unzulässig.[984]

Es ist auch zu hinterfragen, welchen Schadensumfang der Geschäftsführer bei Verletzung seiner Sorgfaltspflichten leisten muss. Die Schadensberechnung folgt den zivilrechtlichen Grundsätzen und ist somit nach der sog „Differenzrechnung“[985] durchzuführen.[986] Ein besonderes Augenmerk muss daher auf die Unterscheidung zwischen positivem Schaden und entgangenem Gewinn gelegt werden. Der entgangene Gewinn ist grds nur bei grobem Verschulden zu ersetzen. Es muss aber auch beachtet werden, dass zwischen zwei Unternehmern bei einem beidseitig unternehmensbezogenen Geschäft der entgangene Gewinn gem § 349 UGB bereits ab leichter Fahrlässigkeit zu ersetzen ist.[987] Selten wird der

[980] So auch *Gellis/Feil*, Kommentar zum GmbHG[7] § 25 Rz 1.
[981] OGH 28.06.1990 6 Ob 624/88 = ecolex 1990, 675 f = wbl 1990, 348 ff.
[982] Dafür etwa *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz[3] § 25 Rz 25; aA Vgl *Gellis/Feil*, Kommentar zum GmbHG[7] § 25 Rz 9.
[983] Vgl *Weilinger*, Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) 41.
[984] Vgl für viele *Torggler*, Die Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers (II), GesRZ 1974, 44 (45).
[985] Diese vergleicht die Vermögenslage des Unternehmens mit und ohne Eintritt des schädlichen Ereignisses.
[986] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 163.
[987] Vgl *Kerschner* in *Jabornegg/Artmann* (Hrsg), UGB[2] § 349 Rz 23 ff; *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 167.

Geschäftsführer selbst Unternehmer iSd UGB sein. Geschäftsführer, die keine Unternehmer sind, haften nach den abgestuften Verschuldensgraden iSd § 1324 ABGB.[988] Die Unterscheidung und die Schwierigkeit der Berechnung soll anhand eines kurzen Beispiels demonstriert werden: Der Geschäftsführer kauft im Namen und auf Rechnung der GmbH Aktien als Umlaufvermögen um je € 100,- pro Aktie. Der Wert der Aktie steigt bis auf € 200,-, allerdings verkauft der Geschäftsführer nicht sofort, sondern erst später, als der Wert pro Aktie bei € 180,- liegt. Die Gesellschaft hat somit einen Gewinn von € 80,- pro Aktie erzielt. Eine wichtige Frage ist, ob im konkreten Fall überhaupt ein Schaden vorliegt und ob der Geschäftsführer den Schaden von € 20,- pro Aktie zu ersetzen hat, sofern ihm das Verhalten vorzuwerfen ist. Ob der Gesellschaft ein Schaden entstanden ist, hängt vom Betrachtungszeitpunkt ab, denn vergleicht man die Vermögenslage des Unternehmens vor dem Ankauf der Aktien und dem Zeitpunkt des Verkaufs, ist der Gesellschaft kein Schaden entstanden. Vergleicht man aber den Zeitpunkt des Maximalwertes der Aktien mit jenem des Verkaufs, ist der Gesellschaft ein Schaden entstanden, für welchen der Geschäftsführer bei Vorleigen der übrigen Schadensvoraussetzungen uU der Gesellschaft gegenüber haftet. Im zweiten Fall würde sich die Rechtswidrigkeit des Verhaltens entweder aus dem Verstoß gegen die Einhaltung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns gem § 25 (1) GmbHG[989] oder aber auch aus einem Vertrag, wie dem Auftragsverhältnis oder einem Dienstvertrag, ergeben. Das Verschulden wird anhand eines objektiven Sorgfaltsmaßstabs, der branchen-, größen- und situationsadäquat abzustufen ist, betrachtet und der Geschäftsführer hat für den Mangel an Fähigkeiten einzustehen.[990] Auch wenn ich grds beide zeitlichen Anknüpfungspunkte für vertretbar halte, tendiere ich doch dazu die Schadensberechnung bei Unternehmen nach den Rechnungslegungs- und Bewertungsvorschriften der §§ 193 ff UGB durchzuführen und somit den Anschaffungs- und den Verkaufszeitpunkt miteinander zu vergleichen.[991] Geht man davon aus, dass durch den zu späten Verkauf lediglich ein entgangener Gewinn vorliegt, hat der Geschäftsführer diesen gem § 1324 ABGB nur dann zu ersetzen, wenn er zumindest grob fahrlässig gehandelt hat.

[988] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 168.
[989] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 169.
[990] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 173 f.
[991] So wahrscheinlich auch *Weilinger* über den Anknüpfungszeitpunkt von Bewertungen in *Weilinger*, Die Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses im Handels- und Gesellschaftsrecht 243 ff.

Sollte es zu einem Schadenersatzprozess zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer kommen, hat die Gesellschaft zumindest den eingetretenen Schaden und die Kausalität zu beweisen.[992] Nach hA wird die Bestimmung des § 84 (2) AktG analog auch auf den Geschäftsführer der GmbH angewandt.[993] Der Geschäftsführer muss daher aufgrund der Beweislastumkehr darlegen, dass ihn kein Verschulden trifft und er sorgfaltsgemäß seine Entscheidung getroffen hat.[994] *Reich-Rohrwig* ist aber dahingehend zu folgen, dass das Risiko der Unaufklärbarkeit von der GmbH zu tragen ist,[995] da eine Überwälzung auf den Geschäftsführer einer Erfolgshaftung gleich käme.[996]

Eine weitere Möglichkeit besteht darin, die Sorgfalt des Geschäftsführers anhand des Österreichischen Corporate Governance Kodex[997] zu überprüfen.[998] Obwohl sich der Kodex an Aktiengesellschaften richtet,[999] kann man davon ausgehen, dass das Prinzip der freiwilligen Selbstverpflichtung (bei nicht aktienrechtlichspezifischen Regelungen) auch von einem GmbH-Geschäftsführer übernommen werden kann. Als Beispiel sei angeführt, dass die Regel Nummer 17 über die Kommunikationsaufgaben gegenüber den Gesellschaftern auch von einem sorgfältigen GmbH-Geschäftsführer vorzunehmen sein wird.

4.2.1.4. Zur Haftung bei Befolgen einer Gesellschafterweisung

Gem § 20 (1) GmbHG sind die Geschäftsführer der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, alle Beschränkungen einzuhalten, die in dem Gesellschaftsvertrag, durch Beschluss der Gesellschafter[1000] oder in einer für die Geschäftsführer verbindlichen Anordnung des Aufsichtsrates für den Umfang ihrer Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten, festgesetzt sind.

---

[992] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 197 f.
[993] Vgl *Told*, Zum Entlastungsbeweis bei der Managerhaftung, wbl 2012, 181 (182); OGH 16.03.2007 6 Ob 34/07d; OGH 21.12.2010 8 Ob 6/10f.
[994] Vgl *Lehner*, Die Beweislastverteilung bei der GmbH-Geschäftsführerhaftung, GesRZ 2005, 128; *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 200.
[995] Dies würde im Ergebnis zu einer Einschränkung der Beweislast des Geschäftsführers führen.
[996] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 203.
[997] Abrufbar unter http://www.corporate-governance.at/.
[998] Vgl *Ginthör/Hasch/Hochedlinger*, Der GmbH-Geschäftsführer – Rechte und Pflichten 70; *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 98 ff; *Forstinger/Jenatschek*, Konkretisierung des Sorgfaltsmaßstabs von Organwaltern durch den Corporate-Governance-Kodex, GesRZ 2003, 139.
[999] S hierzu die Erläuterungen am Beginn der Präambel.
[1000] Grds geschieht dies im Rahmen der Generalversammlung.

Die Gesellschafter können dem Geschäftsführer somit Weisungen erteilen[1001] und dadurch maßgebend auf die Geschäftsführung Einfluss nehmen.[1002] Die Frage, die sich in diesem Zusammenhang unmittelbar aufdrängt ist, ob der Geschäftsführer der Gesellschaft gegenüber auch haften soll, wenn er die Weisung ordnungsgemäß befolgt. Sofern der Geschäftsführer nach einem Gesellschafterbeschluss handelt, haftet er für den daraus entstandenen Schaden grds nicht.[1003] Im Zweifel ist also von einer haftungsbefreienden Wirkung der Gesellschafterweisung auszugehen, der jedoch nur gesellschaftsinterne Wirkung zukommt.[1004] Dies hat auch der OGH deutlich ausgesprochen.[1005] Allerdings ist zu beachten, dass nicht jede Weisung der Generalversammlung den Geschäftsführer privilegiert, da die Haftungsbefreiung bei Verstoß gegen gesetzliche Bestimmungen, den Gesellschaftsvertrag oder die guten Sitten nicht eintritt.[1006] Daher sind nur jene Weisungen haftungsbefreiend, die auch verbindlich sind,[1007] da nichtige Weisungsbeschlüsse umgekehrt nicht verbindlich sind.[1008] Sofern dem Geschäftsführer bewusst eine Gesetzesverletzung aufgetragen wird, hat er diese daher dennoch nicht zu erfüllen, da die Legalitätspflicht dem Gesellschaftsinteresse vorgeht.[1009] Dem Geschäftsführer steht gem § 41 (3) GmbHG ein Anfechtungsrecht gegen den Weisungsbeschluss zu, wenn ihn dessen Befolgung strafbar und ersatzpflichtig machen würde.[1010] Einzelne Gesellschafter können keine Weisungen erteilen bzw die Zustimmung zu Geschäftsführungsmaßnahmen abgeben, selbst wenn sie Mehrheitsgesellschafter sind, da auch beim Mehrheitsgesellschafter gewisse Formalismen, wie das Abhalten einer Generalversammlung,[1011] einzuhalten sind.[1012] Sofern der Geschäftsführer allerdings eine nichtige Weisung befolgt, führt dies noch nicht automatisch zur Haftung, denn diese ist wiederum nur gegeben, wenn dem Geschäftsführer sein Verhalten vorzuwerfen ist.[1013]

[1001] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 187.
[1002] Unterscheide hiervon die zwingende Weisungsfreiheit des Vorstandes der AG gem § 70 AktG; vgl hierzu bspw *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] § 70 Rz 10.
[1003] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 249.
[1004] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 187.
[1005] OGH 22.10.2003 3 Ob 287/02f = SZ 2003, 133.
[1006] Vgl *Ratka/Rauter* in *Ratka/Rauter* (Hrsg), Handbuch der Geschäftsführerhaftung[2] 160.
[1007] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 249.
[1008] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 191.
[1009] Vgl *Rauter*, Geschäftsführerhaftung bei gewünschter Gesetzesverletzung, ecolex 2012, 944 (946).
[1010] Vgl *Gellis/Feil*, Kommentar zum GmbHG[7] § 25 Rz 16.
[1011] Vgl *Schima*, Der GmbH-Geschäftsführer und der Wille des Mehrheitsgesellschafters, GesRZ 1999, 100.
[1012] Vgl *Ratka/Rauter* in *Ratka/Rauter* (Hrsg), Handbuch der Geschäftsführerhaftung[2] 161.
[1013] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 249.

Der Gesellschaftsvertrag kann aber auch vorsehen, dass ein anderes Organ für weisungsberechtigt erklärt wird.[1014] Hier kann man entweder an einen freiwilligen Aufsichtsrat oder an einen Beirat denken. Problematisch könnte der Fall werden, wenn etwa der Geschäftsführer von unterschiedlichen Organen unterschiedliche Weisungen erhält. Hier hat der Geschäftsführer mE erstens die Organe auf diese widersprüchliche Situation hinzuweisen und darüber hinaus die Weisungen abzuwägen. Meiner Meinung nach ist im Zweifel der Weisung der Generalversammlung zu folgen, da diese das hierfür ursprünglich vorgesehene Organ ist und durch die Kompetenz-Kompetenz das schwerwiegendere Gewicht hat, da dort auch alle Gesellschafter vertreten sind. *Bollenberger* spricht sich dafür aus, dass der Geschäftsführer eine Weisung nur dann nicht zu beachten hat, wenn er durch die Befolgung zivil-, straf-, oder verwaltungsrechtlich belangt werden kann.[1015]

Zu beachten ist hierbei auch die Anordnung des § 25 (5) GmbHG, welche besagt, dass soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist, die Verpflichtung der Geschäftsführer dadurch nicht aufgehoben wird, dass sie in Befolgung eines Beschlusses der Gesellschafter gehandelt haben. Die Gläubiger werden also hier dadurch geschützt, dass die Befolgung eines Gesellschafterbeschlusses den Geschäftsführer nicht von der Haftung befreit, wenn die Gesellschaft die Schulden sonst nicht begleichen könnte. Dies tritt unabhängig davon ein, ob die Weisung nichtig oder wirksam war.[1016] Auch wenn es auf den ersten Blick hart wirken mag, dass der Geschäftsführer zur Haftung herangezogen werden kann,[1017] wenn er eine gültige Weisung exakt befolgt hat, so ist dem doch das Interesse der Gläubiger gegenüberzustellen, denn es kann nicht sein, dass die Gesellschafter eine Weisung erteilen, die zu einem Schadenseintritt führt und dieser von den Gläubigern zu tragen ist. Daraus abgeleitet ergibt sich aber mE die Verpflichtung des Geschäftsführers auch die Weisungen zu hinterfragen und beim Erkennen von potentiellen Problemen die dementsprechenden Konsequenzen, wie etwa die Einberufung einer neuerlichen Generalversammlung, zu ziehen. Zu beachten ist, dass ihn auch dieses Verhalten nicht von einer Innenhaftung befreien würde, sofern der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger durch die Gesellschaft nicht gewährleistet werden kann und auch nur ein „Hauch“ von Verschulden des Geschäftsführers vorliegt. Daher ergibt sich meiner Meinung nach, dass der

[1014] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 187.
[1015] Vgl *Bollenberger*, Geschäftsführerhaftung[5] 84.
[1016] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 250.
[1017] So auch *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts[5] 237.

Geschäftsführer (später) an der Gesellschaft Regress nehmen kann, wenn er eine Gesellschafterweisung befolgt hat und dennoch zur Haftung herangezogen wurde. So sind einerseits die Gläubiger durch den maximalen Haftungsfonds geschützt, aber umgekehrt hat die Gesellschaft, welche das Verhalten veranlasst hat, auch den wirtschaftlichen Schaden zu tragen. Bei dem internen Schadensausgleich ist uU ein Mitverschulden iSd § 1304 ABGB auf beiden Seiten zu berücksichtigen. Sofern den Geschäftsführer aber gar kein Verschulden trifft, haftet er niemals, da der Gläubigerschutz nicht schwerer wiegen kann als das schadenersatzrechtliche Verschuldensprinzip.

4.2.1.5. Zum Betrachtungszeitpunkt

Da es sich bei den Entscheidungen des Geschäftsführers um Prognoseentscheidungen handelt, die oftmals eine vielschichtige und komplexe Abwägung erfordern,[1018] muss dem Geschäftsführer auch eingeräumt werden, dass er nicht immer zu 100% vorhersehen kann, wie sich die Situation oder Marktlage in nächster Zeit entwickeln wird. Schon aus der Logik ergibt sich, dass die Beurteilung des Handelns und dessen Sorgfalt ex ante zu erfolgen hat.[1019] Unzulässig ist es das Verhalten des Geschäftsführers mit der Weisheit des Rückblicks aus der Sicht ex post zu beurteilen.[1020] Dies erscheint nur sinnvoll, da der Geschäftsführer im Zeitpunkt der Handlung nicht genau vorhersehen kann, wie sich sein Handeln auswirkt bzw welche Faktoren die getroffene Entscheidung nachträglich beeinflussen können. In der Praxis muss man daher besonders darauf achten, dass man die tatsächlichen Entwicklungen nicht beachtet und die Handlung streng aus Sicht des Geschäftsführers zum damaligen Zeitpunkt bewertet. Betrachtet werden muss, ob die Entscheidung des Geschäftsführers aufgrund einer ordnungsgemäßen Abwägung der Prognose entschieden wurde. Der Geschäftsführer muss sich umfassend informieren und bewerten, wie sich die aktuelle Situation, aber auch die Marktlage entwickeln wird.

[1018] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 35.
[1019] So auch der OGH 26.02.2002 1 Ob 144/01k.
[1020] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 46.

4.2.1.6. Zur Solidarhaftung beim Vorhandensein mehrerer Geschäftsführer

Aufgrund der ausdrücklichen Bestimmung des § 25 (2) GmbHG haften die Geschäftsführer bei Verletzen ihrer Pflichten der Gesellschaft gegenüber zur ungeteilten Hand. Die Frage, welche sich bei dieser Solidarhaftung stellt, ist, ob alle Geschäftsführer in jedem Fall haften,[1021] oder ob ein Geschäftsführer, den kein Verschulden am Schaden trifft, gar nicht zur Haftung herangezogen werden kann. MaW: Wiegt die schadenersatzrechtliche und gesetzlich normierte Solidarhaftung der Geschäftsführer oder das Verschuldensprinzip schwerer? *Ratka/Rauter* fordern, dass der Geschäftsführer, welcher zur Haftung herangezogen wird, den Schaden rechtwidrig und schuldhaft verursacht haben muss.[1022] Demgegenüber wird die Rechtfertigung für die solidarische Haftung darin gesehen, dass die Geschäftsführer unabhängig von ihren konkreten Geschäftsführungsbereichen gegenseitige Überwachungspflichten treffen und daher auch aufgrund der Gesamtverantwortung gemeinsam haften sollen.[1023] ME kann nur das Verschuldensprinzip überwiegen, denn den Geschäftsführer ohne Verschulden haften zu lassen, würde dem Schadenersatzprinzip[1024] widersprechen.[1025]

Sollte es also zu einer Solidarhaftung der schuldhaft handelnden Geschäftsführer kommen, steht meiner Meinung nach einem internen Regress der Geschäftsführer nichts im Wege. Sofern einen Geschäftsführer ein überwiegendes Verschulden am Schadenseintritt trifft, soll dieser auch den dementsprechenden Schadensanteil zu tragen haben. Dies entspricht dem allgemeinen schadenersatzrechtlichen Prinzip bei Solidarhaftungen iSd §§ 896, 1302 ABGB. Sofern sich die Anteile nicht bestimmen lassen, haften die Geschäftsführer zu gleichen Teilen.[1026] Eine „abgestufte Verantwortlichkeit“[1027] kann sich beispielsweise durch eine Geschäftsverteilung ergeben, da den ressortunzuständigen Geschäftsführer grds lediglich

[1021] Sofern ein Schaden durch zumindest einen Geschäftsführer schuldhaft und rechtswidrig verursacht wurde.
[1022] Vgl *Ratka/Rauter* in *Ratka/Rauter* (Hrsg), Handbuch der Geschäftsführerhaftung[2] 132.
[1023] Vgl *Umfahrer*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung[6] 129.
[1024] Gemeint ist hier das vertragliche Schadenersatzprinzip. Haftungen, bei denen ein Verschulden nicht erforderlich ist, wie etwa bei der Gefährdungs- oder Eingriffshaftung können hier außer Betracht bleiben.
[1025] So auch *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 171, der betont, dass es hierbei um eine individuelle (schuldhafte) Pflichtverletzung geht; so auch *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts[5] 237.
[1026] Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II[13] 139 f.
[1027] OGH 08.08.2002 8 ObA 78/02g.

Überwachungspflichten treffen[1028] und eine Pflicht zum Einschreiten nur besteht, wenn hierfür Indizien vorliegen,[1029] was sich mE nicht zuletzt auf das Ausmaß des Verschuldens auswirkt.

4.2.1.7. Zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen und deren Verjährung

Gläubigerin eines Schadenersatzanspruches gegenüber dem Geschäftsführer kann nur die Gesellschaft selbst sein.[1030] Zur Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches ist ein Gesellschafterbeschluss iSd § 35 (1) 6 GmbHG notwendig,[1031] der auch im Zivilprozess nachzuweisen ist.[1032] Der Gesellschafterbeschluss stellt die materielle[1033] Sachlegitimation dar, die allerdings nicht von Amts wegen zu prüfen ist.[1034] Zu beachten ist allerdings, dass gem § 48 GmbHG die der Gesellschaft gegen die Gesellschafter, Geschäftsführer und Mitglieder des Aufsichtsrats zustehenden Ansprüche auch von Gesellschaftern geltend gemacht werden können. Dies betrifft Gesellschafter, deren Stammeinlagen den zehnten Teil des Stammkapitals oder den Nennbetrag von € 700.000,- oder den im Gesellschaftsvertrag festgesetzten geringeren Betrag erreichen und die Verfolgung dieser Ansprüche für die Gesellschaft durch Beschluss der Gesellschafter abgelehnt oder wenn ein darauf abzielender Antrag, obwohl er rechtzeitig bei den Geschäftsführern angemeldet war, nicht zur Beschlussfassung gebracht worden ist.[1035] Sofern die Geltendmachung der Ansprüche weder durch einen übrigen Geschäftsführer oder den Aufsichtsrat erfolgt, ist ein Vertreter zur Prozessführung zu bestellen.[1036]

Durch Gesellschafterbeschluss kann die GmbH auf Ersatzansprüche gegen die Geschäftsführer verzichten oder sich vergleichen.[1037] Nochmals sei an dieser Stelle erwähnt,

---

[1028] S unter Pkt 4.5.2.
[1029] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 181 ff.
[1030] OGH 25.06.1996 4 Ob 2154/96k.
[1031] OGH 28.08.2003 2 Ob 170/03v.
[1032] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 194.
[1033] OGH 08.02.1990 6 Ob 747/89 = ecolex 1990, 357.
[1034] OGH 17.12.2003 9 ObA 81/03g.
[1035] Gem § 48 (2) GmbHG muss die Klage binnen eines Jahres von dem Tag der erfolgten oder vereitelten Beschlussfassung erhoben werden.
[1036] *Gellis/Feil*, Kommentar zum GmbHG[7] § 25 Rz 29.
[1037] *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 212.

dass gem § 25 (5) GmbHG der Verzicht bzw Vergleich keine Wirkung entfaltet, wenn hierdurch die Befriedigung der Gläubiger gefährdet werden würde.

§ 25 (6) GmbHG erläutert kurz und knapp, dass die Ersatzansprüche binnen fünf Jahren verjähren. Der OGH hat festgestellt, dass die Verjährungsfrist des § 25 (6) GmbHG eine subjektive Frist ist, die entsprechend der Grundregel des § 1489 ABGB erst ab Kenntnis des Schadens und der Person des Schädigers zu laufen beginnt.[1038] Dies bedeutet, dass die Frist erst ab jenem Zeitpunkt zu laufen beginnt, an dem die Gesellschaft Kenntnis von Schaden und Schädiger hat.[1039] Richtigerweise werfen *Ratka/Ratuer* die Frage auf, wie oder genauer gesagt durch wen die Gesellschaft Kenntnis von Schaden und Schädiger erlangen kann.[1040] Da bis dato keine höchstgerichtliche Entscheidung hierzu ergangen ist, geht die wohl hL[1041] davon aus, dass es ausreicht, wenn ein anderer, in die schädigende Handlung nicht involvierter Geschäftsführer oder ein mit „unechter Gesamtvertretungsbefugnis" ausgestatteter Prokurist Kenntnis vom Eintritt des Schadens und der Person des Ersatzpflichtigen erlangt.[1042] Da mE nicht von vornherein ganz klar ausgeschlossen werden kann, dass der andere Geschäftsführer am Schadenseintritt unbeteiligt ist, nicht zuletzt da ihn Überwachungspflichten treffen und prinzipiell eine solidarische Haftung angeordnet ist, stehe ich dieser Ansicht eher kritisch gegenüber. Meiner Meinung nach hat die Gesellschaft mit Sicherheit von Schaden und Schädiger Kenntnis erlangt, wenn dies in der Generalversammlung thematisiert wurde. Dies kann mE dadurch unterlegt werden, dass die Generalversammlung gem § 35 (1) 6 GmbHG für die Geltendmachung der Ersatzansprüche zuständig ist. Umgekehrt sehe ich es als die Pflicht eines Geschäftsführers – unabhängig davon, ob er den Schaden verursacht oder nur von diesem erfahren hat – die Generalversammlung hiervon ehestmöglich zu informieren.

Hinsichtlich der Gerichtszuständigkeit ist anzuführen, dass das Arbeits- und Sozialgericht zuständig ist, sofern es sich beim Geschäftsführer um einen Arbeitnehmer oder eine arbeitnehmerähnliche Person handelt.[1043] Sofern dies nicht zutrifft, ist das Handelsgericht zuständig. Gem §§ 65 f JN ist jenes Gericht örtlich zuständig, wo der beklagte

[1038] OGH 27.09.2006 9 ObA 148/05p.
[1039] Vgl *Ratka/Rauter* in *Ratka/Rauter* (Hrsg), Handbuch der Geschäftsführerhaftung[2] 132.
[1040] Vgl *Ratka/Rauter* in *Ratka/Rauter* (Hrsg), Handbuch der Geschäftsführerhaftung[2] 133.
[1041] So auch *Ratka/Rauter* in *Ratka/Rauter* (Hrsg), Handbuch der Geschäftsführerhaftung[2] 133.
[1042] *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 219.
[1043] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 229.

Geschäftsführer seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.[1044] Sofern es sich um eine Arbeitsrechtssache handelt, richtet sich gem § 4 ASGG die Zuständigkeit entweder nach dem Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt des Beklagten, dem Sitz des Unternehmens, dem Ort der Entgeltsauszahlung oder dem gewöhnlichen Arbeitsort,[1045] wobei dem Dienstgeber das Wahlrecht zukommt.[1046]

4.2.1.8. Zur deutschen Rechtslage nach § 43 dt GmbHG

Nachdem die Bestimmung des § 43 des dt GmbHG bis auf minimale Formulierungsunterschiede[1047] inhaltlich deckungsgleich ist, lohnt sich auch ein Blick in die deutsche Literatur, um festzustellen, ob den Geschäftsführer einer dt GmbH dieselbe Haftung trifft, wie jenen einer österreichischen GmbH. Auch diese Bestimmung ist eine reine Innenhaftung und findet auf alle Arten von Geschäftsführern[1048] von ihrer Bestellung und Übernahme des Amtes bis zur Beendigung der Geschäftsführertätigkeit Anwendung.[1049] § 43 dt GmbHG stellt ebenfalls eine eigene Anspruchsgrundlage für einen Schadenersatzanspruch dar, durch welche sämtliche Pflichten des Geschäftsführers gegenüber dem GmbH umfasst sein sollen,[1050] wobei der Bestimmung insofern eine Doppelfunktion[1051] zukommt, sodass aus ihr sowohl der Sorgfaltsmaßstab, als auch generelle Verhaltensplichten abzuleiten sind.[1052] Hinsichtlich des Ermessensspielraums wird zwischen gebundenen und unternehmerischen Entscheidungen dahingehend unterschieden, dass der Entscheidungsspielraum bei den unternehmerischen Entscheidungen grds weiter ist; bei letzteren muss auf alle Fälle auch die „Business Judgment Rule“ beachtet werden.[1053] Unter

[1044] Vgl *Klauser/Kodek*, ZPO[17.00] § 65 JN.
[1045] Vgl hierzu auch OGH 04.08.2009 9 ObA 52/08z.
[1046] LGZ Wien 15.04.1959 SozM IV A 185.
[1047] So lautet der Abs 1 des § 43 dt GmbHG etwa: „Die Geschäftsführer haben in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden.“.
[1048] Umfasst sind also auch der „Strohmann-Geschäftsführer“ und der faktische Geschäftsführer.
[1049] Vgl *Schmidt* in *Ernsthaler/Füller/Schmidt* (Hrsg), Kommentar zum GmbHG[2] § 43 Rz 1 ff.
[1050] Vgl *Jula*, Der GmbH-Geschäftsführer 285.
[1051] Dieses Ergebnis vertrete ich auch für die österreichische Bestimmung. Vgl hierzu Kap 2.1.3.
[1052] Vgl *Fleischer* in *Fleischer/Goette* (Hrsg), MünchKomm GmbHG II § 43 Rz 10.
[1053] BGH 14.07.2008 II ZR 202/07.

gebundenen Entscheidungen versteht man jene Vorgaben, die besonders auf die Einhaltung von Gesetzen, Gesellschaftsverträgen und Gesellschafterweisungen abzielen.[1054]

Man geht auch in der dt Regelung von einer generalklauselartigen Beschreibung der Verhaltenspflichten des Geschäftsführers aus, die somit den besonderen Sorgfaltsmaßstab festlegt.[1055] Der Geschäftsführer schuldet die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes und auch hier wird der Sorgfaltsmaßstab objektiv betrachtet.[1056] Der Geschäftsführer muss zumindest die durchschnittlichen Fähigkeiten einsetzen, die man objektiv erwarten kann, wobei sich *Jula* dafür ausspricht, dass dies nur die Untergrenze sei und der Geschäftsführer, sofern er überdurchschnittliche Kenntnisse und Fähigkeiten besitzt, diese einzusetzen hat und der Sorgfaltsmaßstab höher anzusetzen ist.[1057] Dieser Ansicht ist mE nicht zu folgen, da eben nur die durchschnittlichen Fähigkeiten gefordert sind und somit ein außergewöhnlich begabter oder erfahrener Geschäftsführer schlechter gestellt wäre, als jemand, der nur durchschnittliche Fähigkeiten besitzt.[1058] Abgesehen davon würde dann der objektive Maßstab subjektiviert werden, was meiner Meinung nach durch die Regelungen des § 25 GmbHG bzw § 43 dt GmbHG eben nicht geschehen soll. Der Geschäftsführer haftet für omnis culpa, also schon bei leicht fahrlässiger Verletzung seiner Sorgfaltspflichten.[1059] Sofern der Geschäftsführer außerhalb seines amtstypischen Pflichtenkreises handelt, sollen die Regelungen über die Arbeitnehmerhaftung[1060] zur Anwendung kommen und der Geschäftsführer soll grds nur noch für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz haften.[1061] Ausdrücklich abgelehnt wird – allerdings ohne Begründung – eine analoge Anwendung des § 31a BGB und somit eine Haftungserleichterung für ehrenamtliche Geschäftsführer mit einem Jahresgehalt von bis zu € 720,-.[1062] Auch nach der dt Rechtslage haftet ein Geschäftsführer nur, sofern ihn ein eigenes Verschulden trifft, da ihm das Verschulden seiner Geschäftsführerkollegen nur dann vorgeworfen werden kann, wenn er selbst seine Überwachungspflichten verletzt hat.[1063]

[1054] Vgl *Hoffmann/Liebs*, Der GmbH-Geschäftsführer[3] 230 ff.
[1055] Vgl *Fleischer* in *Fleischer/Goette* (Hrsg), MünchKomm GmbHG II § 43 Rz 10.
[1056] Vgl *Schmidt* in *Ernsthaler/Füller/Schmidt* (Hrsg), Kommentar zum GmbHG[2] § 43 Rz 12 f.
[1057] Vgl *Jula*, Der GmbH-Geschäftsführer 293.
[1058] S hierzu die Ausführungen in Kap 2.1.2.3.
[1059] Vgl *Fleischer* in *Fleischer/Goette* (Hrsg), MünchKomm GmbHG II § 43 Rz 256.
[1060] Diese entspricht der österreichischen Regelung für Dienstnehmer im DHG.
[1061] Vgl *Schmidt* in *Ernsthaler/Füller/Schmidt* (Hrsg), Kommentar zum GmbHG[2] § 43 Rz 42.
[1062] Vgl *Fleischer* in *Fleischer/Goette* (Hrsg), MünchKomm GmbHG II § 43 Rz 256.
[1063] Vgl *Fleischer* in *Fleischer/Goette* (Hrsg), MünchKomm GmbHG II § 43 Rz 257.

Sofern der einzige Gesellschafter einer Ein-Personen-GmbH auch deren Geschäftsführer ist, soll er der Gesellschaft gegenüber nicht als Geschäftsführer, sondern nur wie ein Gesellschafter haften.[1064] Diese Ansicht wird auch in der österreichischen Lehre vertreten.[1065]

Zusammenfassend kann also gesagt werden, dass die dt Regelung der österreichischen entspricht und somit zur genauen Konkretisierung des Verhaltens eines Geschäftsführers im Einzelfall auch auf die dt Literatur verweisen werden kann. So verweist der OGH in seiner Rechtsprechung gelegentlich auf die deutsche Rechtslage.[1066]

4.2.2. Zur Außenhaftung des Geschäftsführers

Nach der Behandlung der Haftung des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft, soll nun aufgezeigt werden, dass der Geschäftsführer den Gläubigern aufgrund des § 25 GmbHG direkt haften kann. Vorangestellt werden muss, dass es sich bei der Bestimmung des § 25 GmbHG zweifelsfrei um eine Schadenersatzforderung der Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsführer handelt und den Gläubigern hieraus kein unmittelbarer Anspruch erwächst. Sofern die Gläubiger allerdings einen Exekutionstitel gegen die Gesellschaft besitzen, können sie den Schadenersatzanspruch der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer pfänden und sich zur Einziehung überweisen lassen.[1067] Dies ist aber keine Außenhaftung im eigentlichen Sinn, sondern zählt mE zur Innenhaftung, wenngleich die Gläubiger unter besonderen Umständen auf diese Forderung zugreifen können.

Wichtig ist es klarzustellen, dass die direkte Haftung des Geschäftsführers nur eine Ausnahme bildet[1068] und nur dann möglich sein soll, wenn diese explizit gesetzlich angeordnet ist.[1069]

[1064] Vgl *Schneider* in *Scholz* (Hrsg), Kommentar zum GmbHG II[10] § 43 Rz 137.
[1065] Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar[3] § 61 Rz 34; *Gellis/Feil*, Kommentar zum GmbHG[7] § 25 Rz 1.
[1066] S bspw OGH 08.02.1990 6 Ob 747/89 = ecolex 1990, 357.
[1067] *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 251.
[1068] Vgl hierzu die Bestimmung des § 61 (2) GmbHG.
[1069] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 260.

Gem § 26 (2) GmbHG haftet der Geschäftsführer den Gesellschafter gegenüber für einen Schaden zur ungeteilten Hand, der durch schuldhaft falsche Angaben nach Abs 1 leg cit oder eine schuldhaft verzögerte Einreichung dieser Angaben verursacht wurde. Hierbei handelt es sich um die Anmeldungen zum Firmenbuch,[1070] welche als Prinzipalgeschäfte von den Geschäftsführern vorgenommen werden müssen.[1071] Für falsche oder verzögerte Angaben der für Zustellungen maßgeblichen Anschrift eines Gesellschafters haften die Geschäftsführer aber nur bei grobem Verschulden. Besonders zu beachten sind hierbei auch die Verjährungsfristen, denn die Ersatzansprüche der Gesellschaft verjähren in fünf Jahren nach Anmeldung der Angaben nach § 26 (1) GmbHG zum Firmenbuch, Ersatzansprüche Dritter hingegen nach den allgemeinen Verjährungsregeln.

Eine unmittelbare Haftung des Geschäftsführers besteht aber auch nach § 56 (3) GmbHG für eine Gläubigerschädigung aufgrund von falschen Nachweisen oder Erklärungen anlässlich der Herabsetzung des Stammkapitals.[1072] Allerdings ordnet Abs 3 leg cit lediglich eine Ausfallshaftung für jene Ansprüche an, welche nicht aus dem Gesellschaftsvermögen befriedigt werden konnten. Die Geschäftsführer haften den jeweils durch die unrichtigen Angaben betroffenen Gesellschaftsgläubigern folglich solidarisch und subsidiär, wenn der Nachweis über die Befriedigung oder Sicherstellung von Gläubigern oder die Erklärung über das Ergebnis des Aufgebotsverfahrens falsch ist.[1073]

Zu ersetzen ist gem § 64 (2) GmbHG auch jener Schaden, der den Gesellschaftsgläubigern im Vertrauen auf die Richtigkeit des Firmenbuchs entstanden ist, welcher sich aus der Tatsache ergibt, dass das ausständige Stammkapital gar nicht oder nicht richtig angemeldet wurde.[1074]

Eine sondergesetzliche Haftung ist auch im Zusammenhang mit Umgründungen zu beachten, sofern hierdurch eine aufgrund von Fahrlässigkeit beruhende Schädigung der Gläubiger verursacht wurde.[1075] Die Geschäftsführer der übertragenden Gesellschaft haften solidarisch gegenüber der übertragenden Gesellschaft, wenn deren Gesellschafter oder Gläubiger gem

[1070] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 251.
[1071] Vgl *Schummer*, Allgemeines Unternehmensrecht[8] 71.
[1072] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 263 f.
[1073] *Völkl* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 56 Rz 28.
[1074] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 265.
[1075] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 266.

§ 96 (2) GmbHG iVm § 227 AktG einen Schaden erleiden.[1076] Selbiges gilt auch für die Spaltung[1077] und die verschmelzende Umwandlung iSd § 2 (3) UmwG iVm § 227 AktG.[1078]

Die Geschäftsführer haften neben der GmbH für Abgaben der Gesellschaft, sofern die Abgaben gem §§ 9 (1), 80 BAO nicht eingebracht werden können, weil die Geschäftsführer die ihnen auferlegten Pflichten schuldhaft verletzt haben.[1079] Eine ähnliche Haftung ergibt sich auch nach § 67 (10) ASVG für Sozialversicherungsbeiträge, insoweit, als die Beiträge infolge schuldhafter Verletzung der den Vertretern auferlegten Pflichten nicht eingebracht werden können. Dieses Prinzip kommt auch bei Wettbewerbsverstößen zum Tragen.[1080] Unter Umständen können die Geschäftsleiter auch nach dem VbVG belangt werden, da sie eindeutig als „Entscheidungsträger" iSd § 2 (1) 1 VbVG gelten und gem § 3 (4) VbVG wegen derselben Tat belangt werden können.[1081]

Es ist aber auch durchaus denkbar, dass sich die Geschäftsführer persönlich gegenüber den Gläubigern verpflichten. Hierbei ist an die zivilrechtlichen Instrumente wie bspw Schuldbeitritt, Bürgschaft, Garantieerklärungen, Verwendungszusagen und Patronatserklärungen zu denken.[1082] Die genauen Haftungsbestimmungen richten sich dann nach dem Vertrag bzw den einschlägigen Bestimmungen des ABGB. Meiner Meinung nach werden diese persönlichen Haftungen praktisch vor allem bei kleineren GmbHs und speziell auch bei Ein-Personen-GmbHs vorkommen um einen zusätzlichen Haftungsrahmen zu schaffen. Auch dingliche Sicherheiten wie die Einräumung eines Pfandrechtes sind durchaus denkbar. Strittig ist, ob der Geschäftsführer bei diesen Interzessionsgeschäften als Verbraucher iSd KSchG oder als Unternehmer gilt.[1083]

Eine direkte Haftung des Geschäftsführers kann sich aber selbstverständlich auch aus dem allgemeinem Schadenersatzrecht gem §§ 1299 ff ABGB ergeben, sofern er einen Gläubiger unmittelbar rechtswidrig und schuldhaft schädigt. Besonders zu beachten sind hierbei die

[1076] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 251.
[1077] Gem §§ 3(5), 17 Z 5 SplatG iVm § 227 AktG.
[1078] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 266.
[1079] *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 251.
[1080] Einschlägig sind hier bspw die Bestimmungen gem §§ 18 f UWG, § 159 PatG, § 91 UrhG. Vgl hierzu *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 294 und *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 252.
[1081] Vgl *Engin-Deniz/Kaindl*, Haftung von GmbH-Geschäftsführern und AG-Vorstandsmitgliedern bei Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechtsverletzungen, ecolex 2012, 947 (95).
[1082] Vgl diesbezüglich *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 261.
[1083] S hierzu ausführlich *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 262.

Schutzgesetze,[1084] aus denen sich ein rechtswidriges Verhalten ableiten lässt.[1085] Auch die vorsätzliche sittenwidrige Schädigung von Gläubigern, wie etwa beim Sozialbetrug, aber auch der wissentlich missbräuchliche Abruf einer Bankgarantie, eine Veruntreuung von Sachen, die der GmbH anvertraut sind, die Verletzung eines gerichtlichen Verfügungsverbots, betrügerische Krida oder die Sphären- und Vermögensvermischung[1086] können zur unmittelbaren Haftung des Geschäftsführers führen.[1087]

Eine Haftung kann auch eintreten, wenn der Geschäftsführer gegen vorvertragliche Schutz-, Sorgfalts- und Aufklärungspflichten iSd culpa-in-contrahendo-Haftung[1088] verstößt.[1089] Diese Haftung kann vor allem gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auftreten, wenn die Aufklärungspflichten vernachlässigt wurden.[1090] Darüber hinaus kann der Geschäftsführer auch bei Erfüllung verwaltungsstrafrechtlicher Tatbestände haften.[1091]

Sofern der Geschäftsführer bei schuldhafter Verletzung dieser Tatbestände den Gesellschaftsgläubigern gegenüber haftet, stellt sich aber auch die Frage, ob er sich uU zumindest teilweise an der Gesellschaft regressieren kann, wenn die Gesellschaft ein Mitverschulden am Schadenseintritt trifft. ME ist diese Möglichkeit grds zu bejahen, da das GmbHG keine explizite Regelung über den Regress in dieser Form vorsieht und daher die bürgerlichrechtlichen Bestimmungen subsidiär zur Anwendung kommen. Einerseits greift die Bestimmung des § 896 ABGB, welche besagt, dass bei Solidarhaftung – wie etwa im Fall der Haftung für Abgaben nach der BAO oder Sozialversicherungsbeiträgen – der Schaden nach dem Grad des Verschuldens und im Zweifel zu gleichen Teilen zu tragen ist.[1092] Somit könnte auch die Gesellschaft ein Mitverschulden an der Schädigung treffen, welches dieser etwa aufgrund des Verhaltens der Gesellschafter in der Generalversammlung zuzurechnen ist.[1093] Aber auch wenn die Gesellschaft keine Haftung neben dem Geschäftsführer trifft, kann sich

[1084] Wie etwa die grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen nach § 159 StGB (vgl hierzu ausführlich *Kirchbacher* in *Höpfel/Ratz* (Hrsg) StGB[2] § 159 Rz 33 ff) oder die Insolvenzantragspflicht gem § 69 IO (hierzu bspw *Jelinek/Zangl*, Insolvenzordnung[8] 73 ff).

[1085] Vgl hierzu auch die Bestimmungen zur Haftung nach der dt Rechtslage durch das ESUG in *Blöse*, Haftung der Geschäftsführer und Gesellschafter nach dem ESUG, GmbHR 2012, 471.

[1086] Krit *Torggler*, Fünf (Anti-)Thesen zum Haftungsdurchgriff, JBl 2006, 85 (87).

[1087] S hierzu ausführlich *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 267 ff.

[1088] Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II[13] 16 ff.

[1089] OGH 29.10.1996 4 Ob 2308/96g; OGH 11.10.2006 7 Ob 219/06s.

[1090] Vgl *Dellinger*, Quotenschaden oder Vertrauensschaden? Zum Schutzzweck der Konkursantragspflicht, wbl 1996, 173.

[1091] Vgl *Keisler*, Haftung von Geschäftsführern und Vorständen im Verwaltungsrecht, ecolex 2012, 952.

[1092] Vgl hierzu bspw *Gamerith* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 896 Rz 1 ff.

[1093] Zum Mitverschulden s ausführlich unter Pkt 5.2.3.

der Geschäftsführer meiner Meinung nach regressieren, sofern es eine für die Gesellschaft nützliche Handlung ist, da nach der hM eine verschuldensabhängige Risikohaftung besteht, sofern es sich um typische mit dem Auftrag verbundene Gefahren handelt.[1094] Die Höhe des Ausgleichs richtet sich mE wiederum nach dem Verschulden. Auch ein Ausgleich nach Billigkeit wäre mE uU selbst bei grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz denkbar, wenn der Geschäftsführer entweder auf Weisung der Gesellschafter gehandelt hat oder seine Haftung in einem krassen Missverhältnis zum Tragen des unternehmerischen Risikos stehen würde.

Zusammengefasst haftet der Geschäftsführer den Gesellschaftern gegenüber nur, wenn dies explizit gesetzlich angeordnet ist. Dies ist der Fall, wenn schuldhaft absolut geschützte Rechte oder Schutzgesetze verletzt werden oder der Geschäftsführer einen bloßen Vermögensschaden durch vorsätzliches sittenwidriges Verhalten deliktisch verursacht.[1095]

[1094] Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II[13] 212 f.
[1095] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 252 ff.

4.3. Zur Haftung des Vorstandsmitglieds gegenüber der AG gem § 84 AktG

Auch wenn der Vorstand einer AG grds selten ehrenamtlich tätig werden wird, ist auf die aktienrechtlichen Haftungsregeln einzugehen, da diese vor allem aufgrund der oftmaligen analogen Anwendung auf das übrige Gesellschaftsrecht besonders relevant sind.

4.3.1. Zur Innenhaftung des Vorstandes

Ebenso wie beim Verein und der GmbH ist zwischen der Innen- und der Außenhaftung des Vorstandes der AG zu unterscheiden. Die Innenhaftung richtet sich nach § 84 AktG.

4.3.1.1. Zur Bestellung des Vorstandes der AG

Gem § 70 (2) AktG kann der Vorstand einer AG aus einer oder mehreren natürlichen Personen bestehen.[1096] Zu beachten sind hierbei aber auch die sondergesetzlichen Bestimmungen,[1097] die eine Mindestanzahl an Vorstandsmitgliedern vorsehen.[1098] Da es keineswegs erforderlich ist, dass der Vorstand auch Aktionär der Gesellschaft ist, spricht man vom Prinzip der Drittorganschaft.[1099] Der Vorstand wird gem § 75 (1) AktG vom Aufsichtsrat auf eine Dauer von maximal fünf Jahren bestellt.[1100] Zweck dieser Norm ist es, dass zumindest alle fünf Jahre überprüft werden soll, ob der Vorstand noch geeignet ist die Gesellschaft zu leiten.[1101] Auch wenn eine Wiederwahl unbeschränkt zulässig ist, unterscheidet sich diese Regelung doch deutlich von jener des GmbH- oder Vereinsrechts, wo die Geschäftsführer bzw Vorstände auch unbefristet bestellt werden können. Sofern die Bestellung auf eine bestimmte darüber hinausgehende Frist oder gar unbefristet erfolgt, ist

[1096] Vgl für viele *Brix*, Handbuch Aktiengesellschaft 67.
[1097] ZB § 5 (1) 12 BWG.
[1098] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 343.
[1099] Vgl *Feltl* in *Ratka/Rauter* (Hrsg), Handbuch der Geschäftsführerhaftung[2] 446.
[1100] Vgl *Walzel*, Gesellschaftsrecht in *Majoros/Marchl/Walzel/Dietrich* (Hrsg), Handbuch für Führungskräfte 29.
[1101] Vgl *Brix*, Handbuch Aktiengesellschaft 70.

sie für fünf Jahre wirksam.[1102] Hier sind mE die gesellschaftsrechtlichen von den arbeitsrechtlichen Vorschriften zu trennen: Meiner Meinung nach kann ein Dienstvertrag[1103] mit einem Vorstand der AG auch unbefristet oder über einen längeren Zeitraum als fünf Jahre abgeschlossen werden.[1104] Dies hat nicht zuletzt Auswirkungen auf das Kündigungsrecht, da unbefristete Dienstverträge einfacher einseitig mittels ordentlicher Kündigung[1105] aufgelöst werden können. Unter Umständen kann sich aber aus der längeren Befristung eine Haftung der Aufsichtsratsmitglieder ergeben. Ungeachtet der rechtlichen Möglichkeit Dienstverträge über eine Dauer von fünf Jahren oder unbefristet zu vereinbaren, halte ich es dennoch für sinnvoll, den Dienstvertrag nicht länger als auf fünf Jahre zu befristen, da so die arbeitsrechtlichen mit den gesellschaftsrechtlichen Regelungen übereinstimmen. So wäre auch die Aneinanderreihung mehrerer Dienstverträge bei gleichzeitiger Wiederbestellung zum Vorstand als sachlicher Rechtfertigungsgrund bei einem eventuellen Kettendienstvertrag anzusehen. Die Bestellung des Vorstandes durch den Aufsichtsrat ist zwingendes Recht und kann auch durch die Satzung nicht geändert werden.[1106] Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle erwähnt, dass der Beschluss über die Bestellung eines Vorstandes eine doppelte Mehrheit[1107] des Aufsichtsrats, also sowohl die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder insgesamt, als auch der Kapitalvertreter, bedarf.

Es ergibt sich e-contrario aus § 75 (2) AktG, dass nur eine natürliche Person als Vorstandsmitglied bestellt werden kann.[1108] Darüber hinaus können nur vollständig geschäftsfähige Personen zum Vorstand gewählt werden, denn der Verstoß gegen dieses Prinzip hat die Nichtigkeit der Bestellung zur Folge.[1109] Ebenfalls ist es mit der Vorstandsfunktion gem § 90 AktG unvereinbar, dass ein Vorstand auch Aufsichtsratsmitglied ist, da sonst die Überwachung nicht gewährleistet wäre.[1110] Aus der in § 70 (1) AktG geregelten Pflicht, dass der Vorstand die Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten

[1102] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 344.
[1103] Aufgrund der aus § 70 (1) AktG abgeleiteten Weisungsfreiheit des Vorstandes, wird man in der Regel von einem freien Dienstvertrag ausgehen dürfen. Nichts desto trotz ist aufgrund des Einzelfalls zu ermitteln, ob ein echter oder ein freier Dienstvertrag vorliegt.
[1104] AA *Feltl* in *Ratka/Rauter* (Hrsg), Handbuch der Geschäftsführerhaftung[2] 451.
[1105] Unter Einhaltung von Kündigungsfrist und -termin.
[1106] Vgl *Feltl* in *Ratka/Rauter* (Hrsg), Handbuch der Geschäftsführerhaftung[2] 448.
[1107] Vgl hierzu *Jabornegg* in *Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG § 110 Rz 238 ff.
[1108] § 75 (2) AktG ordnet an, dass weder eine juristische Person, noch eine Personengesellschaft zum Vorstandsmitglied bestellt werden kann.
[1109] Vgl *Feltl* in *Ratka/Rauter* (Hrsg), Handbuch der Geschäftsführerhaftung[2] 446.
[1110] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 343.

hat, wird geschlossen, dass der Vorstand – im Gegensatz zum GmbH-Geschäftsführer – weisungsfrei ist.[1111] Dabei ist es erforderlich, dass der Vorstand auf das Wohl der Gesellschaft, die Interessen der Aktionäre und Arbeitnehmer, sowie das öffentliche Interesse Rücksicht nimmt. *Rieder/Huemer* ergänzen zu Recht, dass wohl auch die Interessen der Gläubiger bei der Geschäftsführung des Vorstandes zu beachten sind.[1112] ME ergibt sich aber aus der Weisungsfreiheit, dass der Vorstand auch im Innenverhältnis gerade nicht an die Vorgaben des Aufsichtsrates oder der Hauptversammlung gebunden ist und ihm umgekehrt aber die Befolgung eines dementsprechenden Beschlusses uU gem § 84 (4) AktG zugutekommen kann.[1113] Denn ginge man davon aus, dass man dem Vorstand verpflichtende Weisungen erteilen kann, wäre ein Nichtbefolgen automatisch rechtwidrig, was aber meiner Meinung nach explizit gegen den Wortlaut der Bestimmung des § 70 (1) AktG verstoßen würde.

4.3.1.2. Zur Sorgfaltspflicht des Vorstandes der AG nach § 84 (1) AktG

Gem § 84 (1) AktG haben die Vorstandsmitglieder bei der Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Aus dieser Bestimmung ergibt sich die Treuepflicht des Vorstandes, welche ihn auch zu einem sorgfältigen und der Gesellschaft gegenüber loyalen Handeln verpflichtet.[1114] Das Geschäftsführungsmonopol des Vorstandes ist aber auch durch die Mitwirkung anderer Organe beschränkt: Hier ist an die Mitwirkung von Abschlussprüfern beim Jahresabschluss,[1115] des Aufsichtsrats bei den zustimmungspflichten Geschäfte des § 95 (5) AktG oder der Hauptversammlung[1116] zu denken.[1117]

[1111] Vgl hierzu auch *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] § 70 Rz 18; *Walzel*, Gesellschaftsrecht in *Majoros/Marchl/Walzel/Dietrich* (Hrsg), Handbuch für Führungskräfte 29; vgl hierzu auch die Ausführungen von *Schuster-Bonnot* in Kap 4.6.

[1112] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 348.

[1113] AA Vgl *Feltl* in *Ratka/Rauter* (Hrsg), Handbuch der Geschäftsführerhaftung[2] 457.

[1114] Vgl *Adensamer/Eckert* in *Kalss* (Hrsg), Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern 168; *Schmidt* in *Ensthaler/Füller/Schmidt* (Hrsg), Kommentar zum GmbHG[2] § 43 Rz 17.

[1115] Vgl *Weilinger*, Die Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses im Handels- und Gesellschaftsrecht 196 f.

[1116] So benötigen etwa Nachgründungen iSd § 45 AktG oder die Übertragung des gesamten Gesellschaftsvermögens iSd §§ 236 f AktG die Zustimmung der Hauptversammlung.

Sofern die AG mehrere Vorstandsmitglieder hat, gilt Gesamtgeschäftsführung nach dem Mehrstimmigkeitsprinzip, wobei dem Vorstandsvorsitzenden gem § 70 (2) S 2 AktG ein Dirimierungsrecht zukommt.[1118] Den Vorstand trifft aber auch eine umfassende Informationspflicht gegenüber den Gesellschaftern, sodass er in jeder Hauptversammlung über seine Tätigkeiten berichten muss.[1119]

Sofern das Vorstandsmitglied bei der Geschäftsführung die gebotene Sorgfalt außer Acht lässt, haftet es der Gesellschaft für den entstanden Schaden.[1120] Der OGH sieht hinsichtlich der Haftungsbestimmungen gem § 84 AktG und § 25 GmbHG keinen substantiellen Unterschied.[1121] Ebenso wie der GmbH-Geschäftsführer schuldet der Vorstand einer AG ein größen-, branchen- und situationsangepasstes Bemühen, welches im Einzelfall zu beurteilen ist.[1122] Es handelt sich um einen objektiven, nach der Verkehrsauffassung bestimmten, Begriff des Sorgfaltsmaßstabs.[1123] Sofern die Vorstandsmitglieder ihre Sorgfaltspflicht verletzen und ein Schaden eintritt, leitet sich der Schadenersatzanspruch der AG direkt aus § 84 (2) AktG ab. Die Sorgfaltsanforderungen stellen Mindeststandards dar und besagen, welchen Maßstab man von einem Vorstandsmitglied zumindest erwarten kann.[1124] Geschuldet ist mE aber nur das durchschnittliche Bemühen eines ordentlichen und sorgfältigen Geschäftsleiters, was in der Folge bedeutet, dass der Vorstand Spezialkenntnisse und -fähigkeiten nicht einsetzen muss, da der Sorgfaltsmaßstab eben objektiv beurteilt und das Verhalten nicht an den subjektiven Fähigkeiten gemessen werden soll.[1125]

Nach der hL wird der Vorstand ersatzpflichtig, wenn er zumindest leicht fahrlässig gegen diesen Sorgfaltsmaßstab verstößt.[1126] Ebenso genügt es meiner Meinung nach, wenn die zu treffende Entscheidung des Sachverstands eines externen Experten bedarf und dabei auf das Urteil eines guten Sachverständigen vertraut wird. Der qualifizierteste Rechtsbeistand oder

---

[1117] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 349 ff.
[1118] Vgl *Feltl*, Der Vorstandsvorsitzende der Aktiengesellschaft, wbl 2011, 229 (234); *Feltl* in *Ratka/Rauter* (Hrsg), Handbuch der Geschäftsführerhaftung[2] 459; Vgl *Brix*, Handbuch Aktiengesellschaft 73 ff.
[1119] Vgl *Aburumieh*, Der Vorstandsbericht über eigene Aktien in der Hauptversammlung, GesRZ 2005, 278 (279).
[1120] Vgl *Schneider*, Die zivilrechtliche Verantwortung der Organe einer Aktiengesellschaft, ÖJZ 1986, 129.
[1121] OGH 26.02.2002 1 Ob 144/01k.
[1122] Vgl *Schlosser*, Die Organhaftung der Mitglieder des Vorstandes der Aktiengesellschaft 28 f.
[1123] Vgl *Völkl*, Der österreichische Corporate-Governance-Kodex im Licht der §§ 70 und 84 Aktiengesetz, GesRZ 2003, 73.
[1124] Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 77 bis 84 Rz 95.
[1125] AA *Feltl* in *Ratka/Rauter* (Hrsg), Handbuch der Geschäftsführerhaftung[2] 476.
[1126] Vgl hierzu für viele *Ginthör/Brodey*, Der AG-/SE-Vorstand 127.

Experte muss mE nicht befragt werden.[1127] Die Auswahl des richtigen Rechtsberaters hat so zu erfolgen, dass dieser unabhängig und seriös ist, sowie über die nötige erforderliche Fachkompetenz verfügt um den Sachverhalt beurteilen zu können und eine dementsprechende Empfehlung abzugeben.[1128] Der BGH fordert für eine sorgfältige Auswahl des Beraters zusätzlich noch die Berufsträgerschaft des Experten.[1129]

Das Verhalten des Vorstandes ist auf alle Fälle objektiv zu beurteilen.[1130] Ob die Vorstandsmitglieder gegen die gebotene Sorgfalt verstoßen haben, kann auch anhand des österreichischen Corporate-Governance-Kodex betrachtet werden, da dieser die kodifizierte Verkehrsanschauung eines ordentlichen Handelns darstellt.[1131] Selbiges gilt auch für die „Business Judgement Rule".[1132]

Der Schadenersatzanspruch folgt den allgemeinen Regelungen der §§ 1293 ff ABGB.[1133] Obwohl es richtig ist, dass gem § 349 UGB der zu ersetzenden Schaden auch immer den entgangenen Gewinn erfasst, ist der Meinung von *Strasser*[1134] vehement zu widersprechen, dass dieses Prinzip auch auf den AG-Vorstand anzuwenden ist. Das Vorstandsmitglied ist normalerweise kein Unternehmer, da gem § 1 UGB kein Unternehmen auf eigene Rechnung betrieben wird. Einzig die AG ist Unternehmerin gem § 2 UGB und der Organwalter gilt als Dienstnehmer iwS.[1135] In der Konsequenz hängt die Höhe des zu ersetzenden Schadens gegenüber der Gesellschaft, sprich ob das Vorstandsmitglied auch den entgangenen Gewinn zu ersetzen hat, davon ab, ob der Schaden leicht oder grob fahrlässig verursacht wurde.§ 84 (2) AktG ordnet auch eine Solidarhaftung der Vorstandsmitglieder an.[1136]

[1127] AA *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 77 bis 84 Rz 95.
[1128] Vgl *Schopper/Walch*, Vorstandshaftung bei Vertrauen auf unrichtigen Rechtsrat, GES 2012, 215 (219 ff).
[1129] Vgl hierzu *Selter*, Haftungsrisiken von Vorstandsmitgliedern bei fehlendem und von Aufsichtsratsmitgliedern bei vorhandenem Fachwissen, Die Aktiengesellschaft 2012, 11 (16) zur E des BGH 20.09.2011 II ZR 234/09.
[1130] Vgl *Heidinger/Schneider*, Aktiengesetz 188.
[1131] Vgl *Völkl*, Der österreichische Corporate-Governance-Kodex im Licht der §§ 70 und 84 Aktiengesetz, GesRZ 2003, 73.
[1132] Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 77 bis 84 Rz 98a.
[1133] Vgl *Adensamer/Eckert* in *Kalss* (Hrsg), Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern 169 ff.
[1134] Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 77 bis 84 Rz 99.
[1135] Aufgrund der Weisungsfreiheit wird es sich um einen freien Dienstnehmer handeln.
[1136] Zur Solidarhaftung gilt das unter Pkt 4.2.1.6. Gesagte auch für den AG-Vorstand; zur Haftung bei Ressortverteilung s unter Pkt 4.5.2.

In § 84 (3) AktG befindet sich eine demonstrative[1137] Aufzählung, wann das Vorstandsmitglied der Gesellschaft uU Schadenersatz leisten muss. Hierunter fallen etwa die Einlagenrückgewähr an Aktionäre, die Zahlung von Zinsen oder Gewinnanteilen an die Aktionäre, die Ausgabe von Aktien vor Leistung des vollen Ausgabebetrags, die Verteilung von Gesellschaftsvermögen, Zahlungen nachdem die Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung eingetreten ist oder die Kreditgewährung, sofern dieses Verhalten dem AktG widerspricht.

4.3.1.3. Zur Beweislastumkehr nach § 84 (2) S 2 AktG

Einzugehen ist auch auf die Regelung des 2. Satzes des § 84 (2) AktG, welche besagt, dass sich die Vorstandsmitglieder von der Schadenersatzpflicht befreien können, wenn sie den Beweis erbringen, dass sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenshaften Geschäftsleiters angewandt haben. Es kommt somit zur Beweislastumkehr hinsichtlich des Verschuldens.[1138] Die hL geht davon aus, dass die Vorstände nicht nur beweisen müssen, dass ihnen das gesetzte Verhalten nicht vorzuwerfen ist, sondern auch, dass sie rechtmäßig gehandelt haben.[1139] Danach hat die Gesellschaft den Schaden und die Verursachung durch den Vorstand zu beweisen. Die Regelung deckt sich also inhaltlich grds mit jener des § 1298 ABGB.[1140] Da das GmbHG und GenG über keinerlei Regelungen zur Beweislast verfügen, wird die Regelung des § 84 (2) S 2 AktG analog auf den GmbH-Geschäftsführer[1141] und Genossenschafts-Vorstand[1142] angewandt. Im Übrigen kann auf die Behandlung der Beweislastumkehr unter Kap 2.1.2.3. verwiesen werden.

[1137] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 355.
[1138] Vgl *Schneider*, Die zivilrechtliche Verantwortung der Organe einer Aktiengesellschaft, ÖJZ 1986, 129.
[1139] Vgl *Told*, Zum Entlastungsbeweis bei der Managerhaftung, wbl 2012, 181 (182 f); *Lehner*, Die Beweislastverteilung bei der GmbH-Geschäftsführerhaftung, GesRZ 2005, 128.
[1140] Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 77 bis 84 Rz 108.
[1141] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 200.
[1142] Vgl *Strommer* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 23 Rz 13.

4.3.1.4. Zur Haftung bei Befolgen eines Gesellschafterbeschlusses

Wenn das gesetzte Verhalten des Vorstandes aber auf einem rechtmäßigen Beschluss der Hauptversammlung beruht, kommt es gem § 84 (4) AktG grds zu keiner Haftung. Eine Billigung der Handlung durch den Aufsichtsrat schließt die Haftung allerdings nicht aus. Auch wenn diese Bestimmung mE auf den ersten Blick im Widerspruch zur Weisungsfreiheit des Vorstandes steht, soll der Vorstand doch geschützt werden, wenn er dem Willen der Aktionäre folgt. Sofern sich der Vorstand allerdings blind auf die Hauptversammlungsbeschlüsse verlässt, kann dies dennoch ausnahmsweise zur Haftung führen.[1143] Dies kann meiner Meinung nach damit begründet werden, dass es zur Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gehört, die Beschlüsse der Hauptversammlung auf ihre Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu prüfen. Unter Umständen wird das Vorstandsmitglied den Hauptversammlungsbeschluss anfechten müssen um einer Haftung zu entgehen.[1144] Nichtige Hauptversammlungsbeschlüsse müssen nicht befolgt werden und führen daher auch bei Befolgung nicht zu einer Haftungsbefreiung.[1145]

4.3.1.5. Zur Haftung der Aufsichtsratsmitglieder

Wenngleich sich diese Arbeit schwerpunktmäßig mit der Haftung von Geschäftsleitern iwS beschäftigt, soll an dieser Stelle ebenso auf die Haftung der Mitglieder des Aufsichtsrates eingegangen werden, da auch ihnen ein maßgeblicher Einfluss auf die Leitung der Gesellschaft zukommt. Im Gegensatz zu den Regelungen des GmbH-Rechts ist der Aufsichtsrat bei der AG ein obligatorisches Organ.[1146] Gem § 86 (1) AktG besteht der Aufsichtsrat grds aus drei natürlichen Personen. Unter diesen drei Personen sind Kapitalvertreter zu verstehen, wobei gem § 110 ArbVG für je zwei Kapitalvertreter ein

[1143] Vgl *Schlosser*, Die Organhaftung der Mitglieder des Vorstandes der Aktiengesellschaft 115.
[1144] Vgl *Schneider*, Die zivilrechtliche Verantwortung der Organe einer Aktiengesellschaft, ÖJZ 1986, 129.
[1145] Vgl *Schlosser*, Die Organhaftung der Mitglieder des Vorstandes der Aktiengesellschaft 119.
[1146] Vgl *Feltl* in *Ratka/Rauter* (Hrsg), Handbuch der Geschäftsführerhaftung[2] 461.

Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsrat zu entsenden ist.[1147] Arbeitnehmervertreter sind den Kapitalvertretern grds gelichgestellt.[1148]

Den Kapitalvertretern im Aufsichtsrat kann gem § 98 AktG eine angemessene Vergütung gewährt werden. Zu unterscheiden ist zwischen dem Aufwandersatz und echtem Entgelt, wobei letzteres auch in Form einer Verdienstentgangsentschädigung bezahlt werden kann.[1149] Die Vergütung kann entweder fix in Geld oder Sachbezügen ausgestaltet, oder aber variabel sein und sich hierbei am Ergebnis des Jahresgewinns, Jahresüberschusses oder Börsenkurses orientieren.[1150] Die Formulierung des § 98 (1) AktG besagt, dass die Höhe der Vergütung mit den Aufgaben und der Lage der Gesellschaft in Einklang stehen soll, was mE nichts anderes bedeutet, als dass die Vergütung angemessen hoch sein soll.[1151] Eine Entlohnung der Aufsichtsratsmitglieder bildet den Normalfall.[1152] Eine gesetzliche Verpflichtung zur Gewährung einer Vergütung besteht jedoch nicht.[1153] Die Arbeitnehmervertreter üben ihre Aufsichtsratstätigkeit nach hL ehrenamtlich aus.[1154] Gem § 87 (2a) AktG hat die Hauptversammlung bei der Wahl von Aufsichtsratsmitgliedern auf die fachliche und persönliche Qualifikation der Mitglieder, sowie auf eine im Hinblick auf die Struktur und das Geschäftsfeld der Gesellschaft fachlich ausgewogene Zusammensetzung des Aufsichtsrats zu achten. Dies bedeutet, dass die zur Wahl stehenden Aufsichtsratsmitglieder ihre fachliche Qualifikation, aber auch alle Umstände offenzulegen haben, die ihre Unbefangenheit in Zweifel ziehen können.[1155]

Die Hauptaufgabe des Aufsichtsrates ist es, die Geschäftsführung des Vorstandes zu überwachen[1156] und regelmäßig Berichte für die Hauptversammlung zur erstellen.[1157] Dies hat aufgrund von Tatsachenfeststellungen, einer anschließenden Urteilsbildung und folglich

---

[1147] Vgl hierzu *Jabornegg* in *Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG § 110 Rz 83; *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 357; *Brix*, Handbuch Aktiengesellschaft 69.
[1148] Vgl *Brix*, Handbuch Aktiengesellschaft 87.
[1149] Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 98, 99 Rz 11 ff.
[1150] Vgl *Ginthör/Barnert*, Der Aufsichtsrat 45.
[1151] Subsidiär kann auch auf die Regelung des § 1152 ABGB zurückgegriffen werden.
[1152] Vgl *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 93.
[1153] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 361.
[1154] Vgl *Temmel*, Der Aufsichtsrat 143 ff; *Ginthör/Barnert*, Der Aufsichtsrat 45 f; *Jabornegg* in *Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG § 110 Rz 83; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 98, 99 Rz 14.
[1155] Vgl *Fida/Hofmann*, Die neue Offenlegungspflicht vor der Aufsichtsratswahl, GesRZ 2005, 273.
[1156] Vgl *Jenatschek*, Kontrollmechanismen in AG und GmbH 9; *Schneid*, Kontrollieren, aber nicht agieren, Die Presse (09.10.2014) 22; *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 96.
[1157] Vgl *Temmel*, Der Aufsichtsrat 72 ff.

uU durch Ausübung von Befugnissen zu geschehen.[1158] Die Überwachung der Geschäftsführung ist nicht nur Hauptaufgabe des Aufsichtsrates, sondern auch undelegierbar.[1159] Es wird auch vertreten, dass der Aufsichtsrat den Vorstand laufend zu beraten hat.[1160] Der Aufsichtsrat muss hierbei mindestens vierteljährlich einen Bericht über den Geschäftsgang und uU Sonderberichte verfassen,[1161] wenn es besondere Umstände, die Rentabilität und Liquidität der Gesellschaft erfordern.[1162] Der Aufsichtsrat hat das Recht und die Pflicht vom Vorstand Berichte über die Angelegenheiten der AG zu verlangen.[1163] Darüber hinaus hat der Aufsichtsrat den Vorstand gem § 75 (1) und (4) AktG zu bestellen und abzuberufen, ihm kommt gem § 95 (3) AktG ein Einsichtsrecht in die Bücher zu und er hat die Hauptversammlung gem § 95 (4) AktG einzuberufen.[1164] Wenngleich der Vorstand in seiner Geschäftsführung grds weisungsfrei ist, sieht das Gesetz in § 95 (5) AktG Geschäfte vor, die nur mit der Zustimmung des Aufsichtsrates vorgenommen werden sollen. In § 95 (5) 1 – 14 AktG findet sich ein taxativer Katalog, dessen Befolgung als Sollensbestimmung gewertet wird, aber die dennoch als zustimmungspflichtige Maßnahmen bezeichnet werden.[1165] Hierunter fallen etwa der Erwerb und die Veräußerung von Beteiligungen oder Liegenschaften, die Errichtung und Schließung von Zweigneiderlassungen, Investitionen ab einer bestimmten Höhe, die Aufnahme von Anleihen, Darlehen und Krediten ab einer gewissen Höhe, die Aufnahme oder Aufgabe von Produktionsarten, die generelle Festlegung der Geschäftspolitik oder die Erteilung der Prokura. Darüber hinaus hat der Aufsichtsrat den Jahresabschluss festzustellen.[1166]

Hinsichtlich der Zustimmungspflicht in Hinblick auf die Haftung gilt Folgendes: Die Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder gegenüber der Gesellschaft für die Geschäftsführung wird dadurch, dass der Aufsichtsrat der Maßnahme zugestimmt hat, nicht

[1158] Vgl *Schärf*, Rieger Bank – OGH zur Fragen der Haftung der Aufsichtsräte – Ende der Fragen?, GesRZ 2004, 39 (41).
[1159] Vgl *Strasser*, Die Treuepflicht der Aufsichtsratsmitglieder der Aktiengesellschaft 17.
[1160] Vgl *Runggaldier/Schima*, Manager-Dienstverträge[3] 8.
[1161] Vgl *Jenatschek*, Kontrollmechanismen in AG und GmbH 102.
[1162] Vgl *Mader*, Kapitalgesellschaften[8] 76.
[1163] *Schuster-Bonnot*, Die Grundlage des persönlichen Rechtsverhältnisses zwischen Aufsichtsratsmitglied und Aktiengesellschaft, ZAS 1978, 91.
[1164] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 362 f.
[1165] Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 95 bis 97 Rz 37 ff.
[1166] Vgl *Weilinger*, Die Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses im Handels- und Gesellschaftsrecht 342 ff.

ausgeschlossen.[1167] Die AR-Mitglieder verantworten jedoch uU eine Geschäftsgenehmigung, die nach der Sachlage zu verweigern gewesen wäre.[1168] Auch wenn ein Aufsichtsratsmitglied dem Vorstand keine Weisungen erteilen kann, muss der Aufsichtsrat dennoch Mängel der Geschäftsführung beanstanden und die erforderlichen Ratschläge erteilen.[1169] Die Mehrheitsfindung innerhalb des Aufsichtsrates erfolgt aufgrund des Fehlens von ausdrücklichen aktienrechtlichen Vorschriften grds mittels einfacher Mehrheit.[1170]

In § 99 AktG wird hinsichtlich der Haftung der Aufsichtsratsmitglieder auf § 84 AktG verweisen, so dass auch diese eine spezielle Sorgfaltspflicht trifft.[1171] Zur Haftungsfrage besteht eine klare und ausführliche Rechtsprechung: Ein Aufsichtsratsmitglied haftet für den Mangel jener Sorgfalt, die man von einem ordentlichen Aufsichtsratsmitglied nach der besonderen Lage des Einzelfalles verlangen kann. Bezüglich der Sorgfaltsanforderungen an die Aufsichtsratsmitglieder hat der OGH ausgesprochen, dass die Sorgfaltsanforderungen nicht überspannt werden dürfen, sondern es muss berücksichtigt werden, dass zwischen Aufsichtsratsmitgliedern und den „stärker geforderten" Mitgliedern der Geschäftsführung, aufgrund deren „größerer Nähe zu den gesellschaftlichen Handlungen" graduelle Unterschiede im Wissensbereich und Erfahrungsbereich bestehen.[1172] Da § 84 AktG sinngemäß anzuwenden ist, ist anstelle des dortigen Begriffes „Geschäftsleiter" ein ordentliches und gewissenhaftes Aufsichtsratsmitglied zu verstehen,[1173] welches über ein größeres Maß an Wissen und Erfahrung besitzen soll.[1174] Der OGH hat festgestellt, dass sich die haftungsrechtlichen Vorschriften für Geschäftsleiter iwS zwanglos auf Aufsichtsratsmitglieder übertragen lassen und hierbei auch die Interessen der Öffentlichkeit, Arbeitnehmer und Gläubiger in die Prüfung, ob das Verhalten dem Unternehmenswohl dient, miteinzubeziehen sind.[1175] Eine Haftung der Aufsichtsratsmitglieder kann sich bspw ergeben, wenn sie auf das Handeln des Vorstands bei einer zustimmungspflichtigen

[1167] Vgl hierzu § 84 (4) 2 und (5) 3 AktG.
[1168] *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 95 bis 97 Rz 40.
[1169] OGH 31.05.1977 5 Ob 306/76.
[1170] Vgl *Ginthör/Barnert*, Der Aufsichtsrat 67 f.
[1171] Vgl für viele *Jenatschek*, Kontrollmechanismen in AG und GmbH 32; *Strasser*, Die Treuepflicht der Aufsichtsratsmitglieder der Aktiengesellschaft 8 ff.
[1172] OGH 26.02.2002 1 Ob 144/01k.
[1173] *Strasser* spricht in diesem Zusammenhang von einem „Geschäftsaufseher"; vgl *Strasser*, Die Treuepflicht der Aufsichtsratsmitglieder der Aktiengesellschaft 10.
[1174] Vgl *Schneider*, Die zivilrechtliche Verantwortung der Organe einer Aktiengesellschaft, ÖJZ 1986, 129.
[1175] OGH 26.02.2002 1 Ob 144/01k.

Maßnahme iSd § 95 (4) AktG durch Fehlinformationen einwirken.[1176] Meiner Meinung nach erfüllt ein gewissenhaftes Aufsichtsratsmitglied seine Aufgaben dann korrekt, wenn es zB die Geschäftsführung nach bestem Wissen kontrolliert, in die Bücher regelmäßig Einsicht nimmt, an den Sitzungen des Aufsichtsrates teilnimmt und die zustimmungspflichtigen Geschäfte vorab ordentlich analysiert. Auch hier kann es sich mE nur um einen objektiven Sorgfaltsmaßstab handeln, sodass sich das einzelne Aufsichtsratsmitglied nicht auf eine subjektive Unkenntnis oder Unfähigkeit stützen kann. Dennoch können im Einzelfall Umstände eintreten, die einen Entschuldigungsgrund darstellen und somit nicht zur Haftung führen.

Der Sorgfaltsmaßstab kann auch für Aufsichtsratsmitglieder nach dem Österreichischen Corporate Governance Codex beurteilt werden.[1177] Der Kodex verfolgt das Ziel, die Leitung und Kontrolle von Kapitalgesellschaften zu intensivieren und die Führungsgremien auf eine verantwortliche, nachhaltige und langfristige Wertschaffung auszurichten.[1178] Selbst wenn der Corporate Governance Codex an sich keine verbindliche Rechtsquelle darstellt, so gilt er doch für alle österreichischen börsenorientierten Aktiengesellschaften.[1179]

Nach §§ 99 iVm 84 AktG besteht die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder nur gegenüber der Gesellschaft, nicht aber gegenüber den Gläubigern. Verstoßen Aufsichtsratsmitglieder gegen diese Pflichten, so haften sie solidarisch. Nachdem die Regelung des § 84 AktG parallel gilt, haften die Vorstands- und die Aufsichtsratsmitglieder nebeneinander zur ungeteilten Hand. Die Geltendmachung kommt mE dem Vorstand oder der Hauptversammlung zu, wenn sich der Schadenersatzanspruch auch gegen die Aufsichtsratsmitglieder richtet. Sofern der Anspruch sowohl gegen die Vorstands- als auch gegen die Aufsichtsratsmitglieder gerichtet ist, hängt es meiner Ansicht nach vom Verschuldensgrad ab, wer welchen Teil zu tragen hat. Im Zweifel ist der Schaden zwischen allen Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern nach Köpfen zu teilen. Nachdem in § 99 AktG keine Einschränkung zu finden ist, gilt die

[1176] Vgl *Schima*, Zustimmungsvorbehalte als Steuerungsmittel des Aufsichtsrates in der AG und im Konzern, GesRZ 2012, 35 (42).
[1177] Vgl *Völkl*, Der österreichische Corporate-Governance-Kodex im Licht der §§ 70 und 84 Aktiengesetz, GesRZ 2003, 73.
[1178] *Jenatschek*, Kontrollmechanismen in AG und GmbH 67.
[1179] Vgl *Forstinger/Jenatschek*, Konkretisierung des Sorgfaltsmaßstabs von Organwaltern durch den Corporate-Governance-Kodex, GesRZ 2003, 139.

Beweislastumkehr des § 84 (2) AktG auch für die Aufsichtsratsmitglieder. Von der Haftung sind auch die im Aufsichtsrat vertretenen Arbeitnehmer umfasst.[1180]

ME richtig ist die Ansicht von *Schneider*,[1181] welche besagt, dass die Aufsichtsratsmitglieder auch eine Haftung treffen kann, wenn sie eine ungeeignete Person zum Vorstand berufen. Diese culpa in eligendo widerspricht dem ordnungsgemäßen Verhalten eines gewissenhaften Aufsichtsratsmitglieds. Dabei ist allerdings zu beachten, dass auch hier das Aufsichtsratsmitglied nur dann haftet, wenn es bei der Auswahl sorgfaltswidrig gehandelt hat.

Darüber hinaus kommt eine Haftung wegen Verweigerung der Zustimmung zur Erteilung eines Reorganisationsverfahrens gem § 25 URG in Betracht.[1182] Auch die Wirtschafts- und Abschlussprüfer können uU neben den Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern haften.[1183] Die Höhe der Haftung des Abschlussprüfers hängt allerdings gem § 275 UGB vom Grad des Verschuldens ab.[1184] Der OGH hat sogar die Haftung des Abschlussprüfers gegenüber geschädigten Anlegern bejaht.[1185]

Die Schadenersatzansprüche gegen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder verjähren gem § 84 (6) AktG in fünf Jahren. Die Verjährungsfrist beginnt allerdings erst mit Kenntnis von Schaden und Schädiger zu laufen.[1186]

4.3.2. Zur Außenhaftung des Vorstandes

§ 84 AktG normiert allerdings in Abs 5 auch eine Außenhaftung der Vorstandsmitglieder gegenüber den Gesellschaftsgläubigern. Es handelt sich um eine subsidiäre Haftung, falls die Gläubiger von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen. Darüber hinaus greift die Bestimmung nur – abgesehen von den Fällen des § 84 (3) AktG – wenn die

[1180] Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 95 bis 97 Rz 42.
[1181] Vgl *Schneider*, Die zivilrechtliche Verantwortung der Organe einer Aktiengesellschaft, ÖJZ 1986, 129.
[1182] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 365.
[1183] Vgl *Kalss*, Die Haftung des Abschlussprüfers gegenüber Gläubigern, Gesellschaftern und Anlegern, ÖBA 2002, 187.
[1184] Vgl *Schauer*, Die Haftung des Abschlussprüfers, RdW 1999, 290 (293 ff).
[1185] Vgl *Harrer*, Kritische Anmerkungen zur Haftung des Abschlussprüfers de lege ferenda (Entwurf eines GesRÄG 2005), wbl 2005, 108; OGH 27.11.2001 5 Ob 262/01t = SZ 74/188.
[1186] OGH 31.05.1977 5 Ob 306/76.

Vorstandsmitglieder die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gröblich verletzt haben. Ein Vorstandsmitglied haftet also im Außenverhältnis nur, wenn die Schädigung grob fahrlässig oder vorsätzlich begangen wurde.[1187]

Die Gesellschaft kann gem § 84 (4) AktG erst nach frühestens fünf Jahren auf einen Ersatzanspruch gegen das Vorstandsmitglied verzichten oder sich mit diesem vergleichen. Dies darf nur durch einen Beschluss der Hauptversammlung erfolgen, wobei zu beachten ist, dass hier ein Minderheitenrecht existiert, da der Verzicht oder Vergleich nicht zulässig ist, sofern ein Zwanzigstel der Anteile des Stammkapitals widerspricht. Die zeitliche Beschränkung gilt nicht, wenn der Ersatzpflichtige zahlungsunfähig oder überschuldet ist und sich zur Überwindung mit den Gläubigern vergleicht. Sofern zwischen der Gesellschaft und dem Vorstandsmitglied Ansprüche bestehen, sind diese „offen auszutragen" und somit ist auch der Aufsichtsrat auf alle Fälle in dieses Verfahren miteinzubeziehen.[1188]

4.3.3. Zur Ausdrücklichkeit der Regelung über die Entlohnung des Vorstandes gem § 78 (1) AktG

Es soll an dieser Stelle noch erwähnt werden, dass gem § 78 (1) AktG der Aufsichtsrat dafür zu sorgen hat, dass die Gesamtbezüge der Vorstandsmitglieder in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben, Leistungen und zur Lage der Gesellschaft stehen. Unter Vorstandsbezügen iSd § 78 (1) AktG sind alle Leistungen der Gesellschaft an das einzelne Vorstandsmitglied zu verstehen, deren Zweck es ist, die im Rahmen des Vorstandsamtes erbrachten Geschäftsbesorgungs- und Dienstleistungen zu vergüten.[1189] Zu den Bezügen gehören auch Abfindungen und Anerkennungsprämien.[1190] Es muss allerdings in diesem Zusammenhang beachtet werden, dass die in § 78 (1) AktG genannten Aufwandsentschädigungen nicht zum Entgelt zu zählen sind.[1191]

[1187] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 355 f.
[1188] Vgl *Schima*, „Selbstbedienung" von Vorstandsmitgliedern als grobe Pflichtverletzung, GesRZ 2012, 322 (325).
[1189] Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 77 bis 84 Rz 137.
[1190] Vgl *Spindler* in *Goette/Habersack/Kalss* (Hrsg), MünchKomm AktG II[3] § 87 Rz 9.
[1191] S hierzu die Ausführungen in Kap 2.2.2.

Diese Vergütungen sollen üblich hoch sein und langfristige Verhaltensanreize zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung bilden.[1192] Da unter der üblichen Vergütung das Vergleichsumfeld zu beachten ist, soll das Gehalt der Vorstandsmitglieder an die Branchen-, Größen- und Landesüblichkeit angepasst werden.[1193] Ebenso ist das Lohn- und Gehaltsgefüge im Unternehmen selbst zur Bemessung einer üblichen Vergütung heranzuziehen.[1194] Es besteht darüber hinaus die Möglichkeit mit den Vorstandsmitgliedern Vergütungen über Zielvereinbarungen zu vereinbaren.[1195] Die Höhe des Entgelts wird im Rahmen des Vorstandsvertrages festgelegt, für dessen Gestaltung allein der Aufsichtsrat verantwortlich ist.[1196] Hinsichtlich der Angemessenheit der Höhe kann inhaltlich auf die Regelungen des § 1152 ABGB verwiesen werden.[1197] In der Praxis kann sich die genaue Ausgestaltung der angemessenen Höhe schwierig gestalten.[1198] Sofern sich die Aufsichtsratsmitglieder hinsichtlich der angemessenen Höhe nicht sicher sind, kann auch ein Vergütungsberater kontaktiert werden, der diese Frage unbefangen zu klären hat.[1199] Eine Unentgeltlichkeitsvermutung ist der Bestimmung des § 78 (1) AktG – selbst iVm § 1004 ABGB – nicht zu entnehmen.[1200]

Es ist mir aber speziell wichtig zu unterstreichen, dass das AktG eindeutig von einer entgeltlichen Tätigkeit des Vorstands ausgeht und in der Folge auch die Haftungsregelungen mE an eine entgeltliche Tätigkeit angepasst sind. Dies bedeutet aber im Ergebnis noch nicht, dass der Vorstand der Aktiengesellschaft nicht auch unentgeltlich tätig werden kann. Welche Rechtsfolgen sich bei einer ehrenamtlichen Tätigkeit des Vorstandes ergeben können, soll in Kap 5.2. geklärt werden.

[1192] Vgl § 78 (1) S 1 AktG.
[1193] Vgl *Eigner*, Neue Regelungen zur Vorstandsvergütung und zur Zusammensetzung des Aufsichtsrats, GesRZ 2012, 208 (210).
[1194] Vgl *Frotz/Schörghofer*, Neuerungen im Gesellschaftsrecht durch das 2. Stabilitätsgesetz 2012, RdW 2012, 383.
[1195] Vgl *Spindler* in *Goette/Habersack/Kalss* (Hrsg), MünchKomm AktG II[3] § 87 Rz 42.
[1196] Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 77 bis 84 Rz 140 f.
[1197] S unter Kap 2.2.1.2.
[1198] Vgl *Stehle*, Der erfolgreiche GmbH-Geschäftsführer[3] 146.
[1199] Vgl *Haberer*, „Say on Pay" – Kompetenz der Hauptversammlung hinsichtlich der Vorstandsvergütung?, RdW 2010, 457.
[1200] Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 77 bis 84 Rz 139.

4.4. Zur Haftung des Vorstandsmitglieds gegenüber der Genossenschaft gem § 23 GenG

Die Genossenschaft benötigt als Personenvereinigung mit Rechtspersönlichkeit von nicht geschlossener Mitgliederzahl[1201] für ihre Rechtshandlungen das Organ des Vorstandes, der die Genossenschaft gem § 17 GenG gerichtlich und außergerichtlich vertritt. Wesentlichstes Charakteristikum der Genossenschaft ist sicherlich der Förderungsauftrag gem § 1 (1) GenG, welcher der Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft der Mitglieder dient. Die Genossenschaft ist grds sehr stark personalistisch ausgeprägt und hat im Normalfall eine nicht geschlossene Anzahl an Mitgliedern und damit zusammenhängend ein bewegliches Nennkapital.[1202] Die nicht geschlossene Mitgliederzahl darf aber nicht dahingehend missinterpretiert werden, dass die Genossenschaft verpflichtet ist, jeden Beitrittswerber aufzunehmen.[1203] Genossenschaftsmitglieder können natürliche und juristische Personen sein, wobei eine Einpersonengenossenschaft unzulässig wäre, da dies dem Wesen der Genossenschaft widersprechen würde.[1204] Unter dem Förderungsauftrag wird grds auch verstanden, dass die Genossenschaft nicht primär auf Gewinnerzielung ausgerichtet sein darf, sondern eben deren Mitglieder gefördert werden sollen.[1205] Zu beachten ist allerdings, dass auch der Zweck einer AG, GmbH oder Personengesellschaft ebenfalls die wirtschaftliche Förderung der Gesellschafter sein kann und oftmals auch sein wird. Wesentlicher Unterschied ist allerdings, dass dies einerseits der verpflichtende Hauptzweck der Genossenschaft ist und die Genossenschaft aber darüber hinaus oftmals einen wirtschaftlichen Geschäftspartner der Genossenschaftsmitglieder darstellt.[1206]

[1201] § 1 (1) GenG.
[1202] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 416.
[1203] Vgl *Dellinger* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 1 Rz 6.
[1204] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 417.
[1205] Vgl *Mader*, Kapitalgesellschaften[8] 100.
[1206] Vgl hierzu ausführlich *Dellinger* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 1 Rz 9 ff.

4.4.1. Zur Innenhaftung des Vorstandes

Der Vorstand kann gem § 15 (2) GenG aus einem Mitglied oder mehreren Mitgliedern bestehen. Allerdings sind bei der Anzahl der Vorstandsmitglieder uU sonderrechtliche Bestimmungen,[1207] zu beachten.[1208] Nur voll geschäftsfähige physische Personen[1209] können als Vorstandsmitglieder gewählt werden.[1210] Ein wichtiger Punkt, auf den noch genauer in Kap 4.4.1.3. einzugehen sein wird, ist, dass die Vorstandsmitglieder gem § 15 (1) GenG entweder selbst Genossenschaftsmitglieder sein müssen, oder zumindest vertretungsbefugte Organe der Genossenschaftsmitglieder sind.[1211] Die Wahl des Vorstandes obliegt grds der Generalversammlung.[1212] Gem § 15 (3) GenG kann aber im Genossenschaftsvertrag vorgesehen werden, dass die Wahl des Vorstandes durch den Aufsichtsrat geschehen soll.[1213]

Logischerweise obliegt dem Genossenschaftsvorstand die Geschäftsführung. Hierzu zählen insbesondere die Führung des Rechnungswesens und der jährliche Bericht an den Aufsichtsrat über die Geschäftspolitik des Unternehmens nach § 22 GenG. Die Vorstandsmitglieder sind im Zweifel gesamtgeschäftsführungsbefugt.[1214] Die Funktionsdauer ist dem Gesetz nach nicht beschränkt, jedoch sind in der Praxis Funktionsperioden durchaus üblich.[1215] Die Bestellung kann vom Bestellungsorgan gem § 15 (2) GenG jederzeit widerrufen werden. Es bedarf hierfür auch keines wichtigen Grundes.[1216] Dies hat jedoch keinerlei Konsequenzen für die vertraglichen Bestimmungen, wie etwa den Entgeltfortzahlungsanspruch aufgrund eines (freien) Dienstvertrages. Mit dem Wegfall der Genossenschaftsmitgliedschaft erlöschen auch automatisch die Funktionen innerhalb der Genossenschaft.[1217] Interessant ist auch, dass das Gesetz in § 15 (2) GenG explizit normiert,

[1207] Wie etwa die des § 5 (1) 12 BWG oder § 3 (1) PfBrStG.
[1208] Vgl hierzu ausführlich *Siegl* in *Dellinger* (Hrsg), Bankwesengesetz Kommentar I[7] § 5 Rz 21 ff.
[1209] OGH 07.10.1924 3 Ob 682/24.
[1210] Vgl *Strommer* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 15 Rz 17.
[1211] Vgl *Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht II 454.
[1212] Gem § 15 (1) GenG.
[1213] Vgl *Mader*, Kapitalgesellschaften[8] 103; die E des OGH 25.05.2007 6 Ob 92/07h, in der Bestellung des Vorstandes durch den Aufsichtsrat eindeutig abgelehnt wird, entspricht der alten Rechtslage und wurde durch das Unternehmensrechts-Änderungsgesetz 2008 (BGBl I 2008/70) geändert.
[1214] *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 417.
[1215] Vgl *Mader*, Kapitalgesellschaften[8] 103.
[1216] Vgl *Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht II 454.
[1217] OGH 02.04.1980 6 Ob 20/79.

dass der Vorstand sowohl entgeltlich, als auch unentgeltlich tätig werden kann.[1218] Das Verhalten des Vorstandes wird der Genossenschaft zugerechnet.[1219]

§ 19 GenG bestimmt, dass der Vorstand der Genossenschaft gegenüber verpflichtet ist, Beschränkungen, die sich aus dem Genossenschaftsvertrag oder durch Beschlüsse der Generalversammlung ergeben, einzuhalten. Dies bedeutet nichts anderes, als eine Weisungsgebundenheit[1220] des Vorstandes gegenüber der Satzung und der Generalversammlung. Auch wenn in dieser Bestimmung von „Vertretung" die Rede ist, ist zwischen dieser und der Geschäftsführung zu differenzieren.[1221] Nachdem die Haftungsbestimmungen der Vorstandsmitglieder in § 23 GenG sehr knapp ausfallen, ist meiner Meinung nach aufgrund der Gesetzeslücke die Bestimmung des § 84 (4) AktG analog anzuwenden und die Vorstandsmitglieder haften somit bei Befolgung einer rechtmäßigen Gesellschafterweisung nicht, es sein denn, dass dadurch die Rechtsposition der Gläubiger gefährdet wird.

4.4.1.1. Zur Haftungsbestimmung nach § 23 GenG

An die Rechtsfolge der Weisungsgebundenheit[1222] knüpft sich die Frage der generellen Haftung des Vorstandsmitglieds. Auffällig ist, dass das GenG die wohl kürzeste und auch unverständlichste Anordnung der Innenhaftung hat.[1223] § 23 GenG besagt nämlich nur, dass Mitglieder des Vorstandes, welche in dieser ihrer Eigenschaft außer den Grenzen ihres Auftrages oder den Vorschriften des Gesetzes oder des Genossenschaftsvertrages entgegen handeln, persönlich und solidarisch für den dadurch entstandenen Schaden haften. Ausgehend von dieser Formulierung könnte man uU eine Direkthaftung des Vorstandes gegenüber Gläubigern der Genossenschaft vermuten. Anzumerken ist allerdings, dass auch

[1218] Vgl *Kemmetmüller*, Betriebswirtschaftliche Aspekte der Genossenschaft in *Kemmetmüller* (Hrsg), Genossenschaften – die Kooperationsform für den Mittelstand 25.
[1219] Vgl *Jensen*, Die Haftung der Genossenschaft für Verschulden des Vorstandes 10 ff.
[1220] OGH 29.10.2009 9 ObA 100/08h.
[1221] So auch der OGH eindeutig in seiner E vom 29.10.2009 9 ObA 100/08h.
[1222] Von manchen Autoren wurde aber auch gefordert, den Vorstand weisungsfrei zu stellen. So etwa *Dellinger*, Reform des Genossenschaftsrechts 10.
[1223] Dies rührt sicherlich primär daher, dass die Bestimmung aus unverändert aus dem Jahr 1873 stammt (RGBl 70/1873).

hier das Trennungsprinzip[1224] gilt und somit das Vermögen der Genossenschaft von jenem der Vorstandsmitglieder getrennt ist.

Bei § 23 GenG handelt sich jedoch nach ganz hL[1225] und Rspr[1226] nur um die reine Innenhaftung des Vorstandes gegenüber der Genossenschaft, da diese Haftungsbestimmung die Gläubiger grundsätzlich nicht betrifft. Eine direkte Haftung der Vorstandsmitglieder gegenüber den Genossenschaftsgläubigern oder deren Mitgliedern kann nicht abgeleitet werden.[1227] Der Vorstand haftet mit seinem ganzen Vermögen (persönlich) und auf den Ersatz des gesamten Schadens.[1228]

4.4.1.2. Zur Sorgfaltspflicht des Genossenschaftsvorstandes

Der Genossenschaftsvorstand schuldet – wie der GmbH-Geschäftsführer oder AG-Vorstand – die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns. Hierbei wird die Haftung des § 1299 ABGB analog angewandt.[1229] Somit gilt der Vorstand als Sachverständiger[1230] und haftet eben nicht nach subjektiven, sondern nach objektiven Fähigkeiten.[1231] Sofern ein gewähltes Vorstandsmitglied sich nicht für fähig erachtet sein Amt ordentlich auszuüben, vor allem wenn es über nicht über die entsprechenden Kenntnisse verfügt, darf es die Wahl nicht annehmen.[1232] ME kann sich uU ein Mitverschulden der Genossenschaft iSd § 1304 ABGB ergeben, wenn das bestellende Organ hätte erkennen können, dass es sich um ein potentielles Vorstandsmitglied handelt, dass die notwenigen Fähigkeiten für eine ordnungsgemäße Geschäftsführung nicht besitzt. Dies kann meiner Meinung nach damit

[1224] Vgl bspw *Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht II 12.
[1225] Vgl für viele *Told*, Zum Entlastungsbeweis bei der Managerhaftung, wbl 2012, 181.
[1226] OGH 12.07.1988 2 Ob 655/87; OGH 29.08.1990 9 ObA 209/90; OGH 07.07.1998 5 Ob 490/97p.
[1227] Vgl *Frotz*, Grundsätzliches zur Haftung von Gesellschaftsorganen und für Gesellschaftsorgane, GesRZ 1982, 98.
[1228] Vgl *Strommer* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 23 Rz 1.
[1229] OGH 07.07.1998 5 Ob 490/97p.
[1230] Vgl *Riss*, Welche Sorgfalt schuldet der Genossenschaftsvorstand?, RdW 2008/768; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts[5] 467.
[1231] OGH 19.01.1979 1 Ob 694/78.
[1232] OGH 07.07.1998 5 Ob 490/97p. Hierbei ist allerdings anzumerken, dass die Annahme der Wahl noch zu keiner Haftung führt, wie es der OGH in seiner E anführt. Nur bei einem Schadenseintritt kann dem Vorstandsmitglied vorgeworfen werden, dass es die Wahl angenommen hat, was mE nichts anderes bedeutet, als eine klassische Objektivierung des Sorgfaltsmaßstabs schon im Zeitpunkt der Einlassung auf die Tätigkeit. AA offenbar auch *Strommer* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 23 Rz 6.

begründet werden, dass eine culpa in eligendo vorliegt,[1233] die dem bestellenden Organ zugrechnet werden kann. Ebenso kann aber ein Verschulden des Vorstandsmitglieds selbst nach der culpa in contrahendo vorliegen, wenn es gegen die Aufklärungspflichten verstößt, indem es von seinen unzureichenden Fähigkeiten weiß und diese Umstände nicht offenlegt.

Es handelt sich hier generell um jene Art von Sorgfalt, die „den Fähigkeiten und Kenntnissen, die von einem Geschäftsführer in dem betreffenden Geschäftszweig und nach der Größe des Unternehmens üblicherweise erwartet werden kann“ und entspricht somit jener des GmbH-Geschäftsführers und des AG-Vorstandes.[1234] Somit ist das Verhalten des Vorstandes mit jenem zu vergleichen, dass ein ordentlicher Vorstand in der konkreten Situation gesetzt hätte.[1235] Nach der hL kommt es nicht auf den Verschuldensgrad an und somit haftet das Vorstandsmitglied bereits ab leichter Fahrlässigkeit.[1236]

Darüber hinaus ist anzumerken, dass aufgrund des Fehlens einschlägiger Bestimmungen § 84 (2) AktG analog angewandt wird, was eine Beweislastumkehr zur Folge hat und das Vorstandsmitglied im Schadenersatzprozess nach hL somit beweisen muss, dass es weder rechtswidrig, noch schuldhaft gehandelt hat.[1237] Nach einer Mindermeinung wird die Beweislastumkehr aus § 1298 ABGB abgeleitet,[1238] die sich aus dem (freien) Dienstvertrag oder dem Auftragsvertrag abgeleitet wird, der mit dem Vorstandsmitglied besteht. Da es sich um eine gesellschaftsrechtliche Haftungsregel handelt und eine zu schließende Lücke besteht, ist es mE sinnvoller die aktienrechtliche Bestimmung anzuwenden, als auf die allgemeine bürgerlichrechtliche Regelung zurückzugreifen. Dies kann vor allem damit begründet werden, dass im Falle von unentgeltlicher Tätigkeit § 1298 ABGB nicht anzuwenden ist.[1239] Ob im Falle von unentgeltlicher Tätigkeit eine analoge Anwendung des § 84 (2) AktG zu befürworten ist, kann erst in Kap 5.2.5. geklärt werden.

[1233] So auch *Strommer* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 23 Rz 9.
[1234] *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 24.
[1235] Vgl für viele *Strommer* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 23 Rz 4.
[1236] Vgl *Strommer* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 23 Rz 1.
[1237] Vgl *Told*, Zum Entlastungsbeweis bei der Managerhaftung, wbl 2012, 181; *Strommer* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 23 Rz 13.
[1238] Vgl *Keinert*, Österreichisches Genossenschaftsrecht 168.
[1239] So auch *Reischauer*, Die Anwendbarkeit des § 1298 ABGB bei Verletzung von Neben(leistungs)-, Schutz- und Sorgfaltspflichten, aufgezeigt anhand der Flugunfallentscheidung 2 Ob 300/97z, ÖJZ 2000, 534 (543); R*eischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1299 Rz 29; *Harrer* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB VI[3] § 1298 Rz 25.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass den Vorstand die Pflicht zur einwandfreien Führung der Gesellschaft trifft und er auf die Rechtmäßigkeit, Ordnungsmäßigkeit und Gesetzmäßigkeit[1240] des Handelns der Geschäftsleiter zu achten hat.

4.4.1.3. Grundsätzliche Haftungsmilderung aufgrund von § 15 GenG?

Wie oben schon kurz erwähnt, ist es eine Besonderheit des Genossenschaftsrechts, dass der Vorstand gem § 15 (1) GenG selbst Genossenschaftsmitglied sein muss.[1241] Alternativ kann es sich auch um ein vertretungsbefugtes Organmitglied handeln, dessen Gesellschaft zumindest Mitglied der Genossenschaft ist. Somit kann der Vorstand im Gegensatz zu GmbH und AG nicht von jeder beliebigen Person, sondern nur aus einem beschränkten Kreis gebildet werden. Ich würde daher die Vertretungsbefugnis bei der Genossenschaft als eine „eingeschränkte Drittorganschaft" bezeichnen, da zwar keine Selbstorganschaft wie bspw bei der OG besteht, aber umgekehrt nicht jede beliebige Person bestellt werden kann. Hintergrund dieser Bestimmung ist die Überlegung, dass die Mitglieder des Vorstandes selbst ein Interesse an der Förderleistung haben und daher besser über die Bedürfnisse der Mitglieder Bescheid wissen.[1242] Auch wenn ich dieser Meinung inhaltlich zustimme, so stellt sich mir doch die Frage, ob dieses Argument nicht auch bei der GmbH oder vielleicht sogar bei der AG ebenfalls zutreffen würde. Ein GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer wird ebenso ein größeres Interesse an einer ordnungsgemäßen Arbeit haben, als ein reiner Fremdgeschäftsführer. Umgekehrt wird man das potentielle Vorstandsmitglied der Genossenschaft in der Praxis doch relativ leicht überreden können, auch Genossenschaftsmitglied zu werden, da auch die Haftungsrisiken[1243] als Genossenschaftsmitglied überschaubar sind.

§ 15 (2) GenG normiert die Möglichkeit, dass der Vorstand entgeltlich oder unentgeltlich tätig wird. Auch bei Fehlen dieser expliziten Regelung, wäre es möglich, den Vorstand

[1240] *Riss*, Welche Sorgfalt schuldet der Genossenschaftsvorstand?, RdW 2008/768.
[1241] So auch der OGH 07.10.1924 3 Ob 682/24; OGH 02.04.1980 6 Ob 20/79.
[1242] Vgl *Strommer* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 15 Rz 10.
[1243] Diese hängen selbstverständlich von der Art der Genossenschaft ab. Da aber die Genossenschaft mit unbeschränkter Haftung gleichsam keine praktische Relevanz mehr hat (so auch *Dellinger* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 2 Rz 3), kann die Aussage so allgemein gehalten werden, wenn es sich um Genossenschaften mit beschränkter Haftung oder Geschäftsanteilshaftung handelt.

aufgrund der dann subsidiären Geltung des § 1152 ABGB entgeltlich oder unentgeltlich zu beschäftigen. Interessant ist die Bestimmung mE dennoch, da sie zeigt, dass auch das unentgeltliche Tätigwerden des Vorstandes durchaus vorgesehen ist, während die aktienrechtlichen Regelungen von einer Entgeltlichkeit ausgehen.[1244] In der Praxis kommt es durchaus vor, dass der Vorstand der Genossenschaft unentgeltlich tätig wird.[1245] Vor allem bei kleinen Genossenschaften im Agrarbereich wird der Vorstand von Landwirten gebildet, die Genossenschaftsmitglieder sind und diese Tätigkeit auch unentgeltlich ausüben. Zu Recht kann man sich dann die Frage stellen, ob für jene unentgeltlich tätigen Vorstandsmitglieder auch derselbe strenge Sorgfaltsmaßstab zu gelten hat, wie für einen entgeltlich tätigen Vorstand einer AG. In der Lit wird deutlich zwischen einem hauptberuflichen und einem ehrenamtlichen Vorstand unterschieden,[1246] wobei aber nicht weiter auf die Folge dieser Differenzierung eingegangen wird.

Am ausführlichsten hat sich *Riss* mit dem Sorgfaltsmaßstab des Genossenschaftsvorstandes beschäftigt,[1247] auf dessen Ausführungen nun im Folgenden einzugehen ist. Im Aufsatz wird *Zehetner* zitiert,[1248] der richtigerweise anmerkt, dass die kapitalgesellschaftsrechtlichen Regelungen nicht ohne weiteres auf die Genossenschaften übertragen werden können und aufgrund der Unentgeltlichkeit nicht derselbe strenge Sorgfaltsmaßstab gelten kann,[1249] wie für einen entgeltlichen Vorstand.[1250] Die von *Riss* angeführte ausdrückliche Regelung der Reduktion der Sorgfaltspflichten in § 24 (1) dt GenG,[1251] kann ich nicht nachvollziehen, da Abs 1 leg cit[1252] nur die Vertretungsbefugnis regelt und auch der uU zutreffende Abs 3 leg cit keine Sorgfaltsreduktion aufweist.[1253] Die Haftungsregelungen des Vorstandsmitglieds der dt

[1244] Vgl § 78 (1) AktG.
[1245] Vgl *Riss*, Welche Sorgfalt schuldet der Genossenschaftsvorstand?, RdW 2008, 768 (769).
[1246] Vgl *Strommer* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 15 Rz 40.
[1247] Vgl *Riss*, Welche Sorgfalt schuldet der Genossenschaftsvorstand?, RdW 2008, 768.
[1248] Vgl dessen Kommentierung: *Zehetner* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen § 24 Rz 74.
[1249] Hier wird die Parallele zu den (alten) Haftungsbestimmungen im Vereinsrecht gezogen.
[1250] In der Kommentierung geht es zwar um die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder, jedoch sind diese Ausführungen mE auch die des Vorstands übertragbar.
[1251] Vgl *Riss*, Welche Sorgfalt schuldet der Genossenschaftsvorstand?, RdW 2008, 768 (769).
[1252] Der Gesetzestext lautet: Die Genossenschaft wird durch den Vorstand gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Hat eine Genossenschaft keinen Vorstand (Führungslosigkeit), wird die Genossenschaft für den Fall, dass ihr gegenüber Willenserklärungen abgegeben oder Schriftstücke zugestellt werden, durch den Aufsichtsrat vertreten.
[1253] Vgl den Gesetzestext des Abs 3: Die Mitglieder des Vorstands können besoldet oder unbesoldet sein. Ihre Bestellung ist zu jeder Zeit widerruflich, unbeschadet der Entschädigungsansprüche aus bestehenden Verträgen.

Genossenschaft finden sich in § 34 dt GenG und weisen ebenfalls keinen Hinweis auf eine Haftungsreduktion auf.[1254]

Wenn sich *Riss* mit dem Argument, dass in der Satzung die Aufnahme von Personen vorgesehen werden kann, die dem Interesse der Genossenschaft dienen, gegen eine Haftungsreduktion[1255] des unentgeltlich tätigen Vorstands ausspricht,[1256] ist dem meiner Ansicht nach nicht zuzustimmen. Selbst wenn sich das potentielle Vorstandsmitglied bereit erklärt Mitglied der Genossenschaft zu werden, so kann dennoch nicht geleugnet werden, dass es sich aufgrund der Bestimmung des § 15 (1) GenG immer noch um einen beschränkten Kreis handelt, aus dem der Vorstand gewählt werden kann. Dass die Person nun aufgrund der anstehenden Bestellung selbst zum Gesellschafter wird, ist wohl eher eine Hilfskonstruktion, um den § 15 (1) GenG auf legaler Weise zu „umgehen". Faktum ist, dass sehr wohl ein beschränkter Personenkreis existiert und dies mE bei der Haftungsfrage berücksichtigt werden muss. Das Argument, dass sich ein Vorstandsmitglied während der Einarbeitungsphase fachkundig beraten wird lassen müssen,[1257] trifft meiner Meinung nach sowohl auf den GmbH-Geschäftsführer, als auch auf den Vorstand einer AG zu und ist nicht spezifisch für eine Genossenschaft. Für mich stellt die Notwendigkeit sich ordnungsgemäß beraten zu lassen, ein sorgfältiges und notwendiges Handeln dar, welches bei Verstoß zur Haftung führen kann und soll.[1258]

Riss widerspricht in dem Aufsatz auch der hA,[1259] wonach aus § 915 ABGB abgeleitet wird, dass die Unentgeltlichkeit die Sorgfaltsanforderungen reduziert, im Wesentlichen mit dem Argument, dass auch die Arbeitnehmervertreter iSd § 110 ArbVG für ihre Tätigkeit nicht gesondert entlohnt werden und sie insofern ihre Aufsichtsratstätigkeit entgeltlich ausüben, da sie ohnehin für ihre Arbeit Entgelt beziehen und eine Haftungserleichterung daher nicht in Betracht käme.[1260] § 110 (3) ArbVG normiert eindeutig, dass die in den Aufsichtsrat entsandten Arbeitnehmervertreter ihre Tätigkeit ehrenamtlich ausüben, was auch der

[1254] Die Haftungsregelung entspricht jener der kapitalgesellschaftlichen Normen der GmbH und AG.
[1255] Aufgrund der Einschränkung des § 15 (1) GenG.
[1256] Vgl *Riss*, Welche Sorgfalt schuldet der Genossenschaftsvorstand?, RdW 2008, 768 (769).
[1257] Vgl *Riss*, Welche Sorgfalt schuldet der Genossenschaftsvorstand?, RdW 2008, 768 (769).
[1258] Selbstverständlich nur bei Eintritt eines Schadens für die Gesellschaft.
[1259] Vgl *Koziol*, Haftpflichtrecht I[3] 549 f; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II[13] 193.
[1260] Vgl *Riss*, Welche Sorgfalt schuldet der Genossenschaftsvorstand?, RdW 2008, 768 (769).

vollkommen hA entspricht.[1261] Ich folge der hA allein aufgrund der Tatsache, dass das Gesetz die unentgeltliche Tätigkeit des AN-Vertreters im Aufsichtsrat ausdrücklich vorschreibt. Das Entgelt, welches der Arbeitnehmer aus seiner „normalen" Arbeitstätigkeit bezieht, ist nicht für die Tätigkeit im Aufsichtsrat vorgesehen.[1262] Die einzige Ausnahme bildet mE uU eine Freistellung eines Arbeitnehmers gem § 117 (1) ArbVG,[1263] allerdings auch nur dann, wenn das Betriebsratsmitglied auch tatsächlich als AN-Vertreter im Aufsichtsrat eingesetzt wird.

In der Folge bedeutet dies nämlich, dass meiner Ansicht nach die AN-Vertreter als ehrenamtlich tätige Aufsichtsratsmitglieder uU einem geringeren Sorgfaltsmaßstab unterliegen, als entgeltlich tätige Kapitalvertreter. Somit wäre die Entgeltlichkeit in Hinblick auf die Haftung zu berücksichtigen, was uU dazu führen könnte, dass AN-Vertreter bei leichter Fahrlässigkeit nicht zur Haftung herangezogen werden könnten. In der Literatur ist diese Frage seit langem umstritten,[1264] wobei die Rechtsprechung einen unterschiedlichen Sorgfaltsmaßstab ablehnt.[1265] Meiner Meinung nach besteht der Zweck der Vorschrift des § 110 ArbVG nicht nur in der Überwachung des Vorstandes durch die Arbeitnehmer,[1266] sondern die Arbeitnehmer erhalten ebenso eine umfassende Information über die wichtigsten Vorgänge im Unternehmen.[1267]

Somit kann zusammenfassend gesagt werden, dass sich mE aus dem beschränkten Kreis für die Vorstandsmitglieder grds eine Haftungsmilderung ergeben kann.[1268] Dies hängt aber natürlich vom Einzelfall ab, wie etwa von dem Umstand, ob der Vorstand ehrenamtlich tätig ist und ob ein hauptberuflicher Geschäftsleiter[1269] bestellt wurde.[1270] Zu beachten ist hier stets die Gewinnausschüttung an die Gesellschafter.[1271] Auch wenn die Situation des

[1261] Vgl *Jabornegg* in *Strasser/Jabornegg/Resch,* ArbVG § 110 Rz 220 ff; *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, § 110 ArbVG Rz 22 ff.
[1262] AA *Riss*, Welche Sorgfalt schuldet der Genossenschaftsvorstand?, RdW 2008, 768 (769).
[1263] Unter Fortzahlung des Entgelts.
[1264] Vgl *Reischauer*, Probleme bei der Dienstnehmerhaftung, DRdA 1978, 193; aA bspw *Geppert/Moritz*, Gesellschaftsrecht für Aufsichtsräte 422.
[1265] OGH 29.11.1983 4 Ob 46/83.
[1266] *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, § 110 ArbVG Rz 2.
[1267] Diese dürfen nicht mit den grds Informationspflichten gegenüber dem Betriebsrat nach §§ 89 und 91 ff ArbVG verwechselt werden.
[1268] So auch *Großfeld*, Bedeutung des Ehrenamts für Genossenschaft und Prüfungsverband in FS Weber (1986) 260 ff; aA *Riss*, Welche Sorgfalt schuldet der Genossenschaftsvorstand?, RdW 2008, 768 (769).
[1269] Im Zusammenhang mit dem Genossenschaftsrecht ist unter einem Geschäftsleiter immer ein Geschäftsleiter ieS zu verstehen.
[1270] Siehe dazu unter Pkt 4.4.1.4.
[1271] Vgl hierzu grundlegend *Dellinger* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 1 Rz 28.

Genossenschaftsvorstandes jener des Vereinsvorstandes schon sehr nahe kommen kann, so muss dennoch beachtet werden, dass es sich bei der Genossenschaft generell um eine wirtschaftlich tätige und Gewinn anstrebende Gesellschaft handelt[1272] und der Förderungsauftrag nicht mit dem ideellen Zweck des Vereins gleichgesetzt werden darf. Dies ist meiner Ansicht nach bei der konkreten Prüfung des Sorgfaltsmaßstabs immer zu berücksichtigen.

4.4.1.4. Zum Vorhandensein eines Geschäftsleiters als Indiz für die Ehrenamtlichkeit des Genossenschaftsvorstandes

In der Praxis findet man neben dem Leitungsorgan des Vorstandes bei Genossenschaft oft auch zusätzliche Geschäftsleiter.[1273] Diese kommen des Öfteren zum Einsatz, wenn die Vorstände ehrenamtlich tätig sind und die wahre Geschäftsführung an eine hauptberuflich und entgeltlich tätige Person ausgelagert werden soll.[1274] *Strommer* geht sogar davon aus, dass der Vorstand üblicherweise ehrenamtlich tätig ist.[1275] Die rechtliche Grundlage für diese Möglichkeit bietet § 26 GenG, der (recht altertümlich) besagt, dass der Betrieb von Geschäften der Genossenschaft, sowie die Vertretung der Genossenschaft in Beziehung auf diesen Geschäftsbetrieb auch Beamten[1276] der Genossenschaft oder anderen Personen als Bevollmächtigten der Genossenschaft zugewiesen werden kann. Zu erörtern ist nun, in welchem Verhältnis Vorstand und Geschäftsleiter zueinander stehen und wie sich dieses auf die Haftung auswirkt.

Ein wesentlicher Unterschied zwischen einem Vorstandsmitglied und einem Geschäftsleiter ist, dass letztere nicht Mitglieder der Genossenschaft sein müssen.[1277] Darüber hinaus kann die Befugnis der Geschäftsleiter gem § 26 S 2 GenG beschränkt werden und gilt im Zweifel

[1272] So auch *Amann*, Förderungsauftrag, Revision und die Meßbarkeit sozialen Nutzens in FS Weber (1986) 71.
[1273] Der Begriff des Geschäftsleiters ist hier eng zu verstehen, da dieser eben ein dem Vorstand untergeordnetes Organ beschreibt und nicht als Leitungsorgan iwS zu sehen ist.
[1274] So auch *Binder/Lengauer* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 26 Rz 2.
[1275] Vgl *Strommer* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 15 Rz 9.
[1276] Unter Beamten sind Dienstnehmer der Genossenschaft zu verstehen. Vgl *Binder/Lengauer* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 26 Rz 1.
[1277] Vgl *Strommer* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 15 Rz 41.

nur für gewöhnliche Geschäfte.[1278] Die Geschäftsleiter aber als Handlungsbevollmächtigte, Prokuristen oder sonstige Bevollmächtige zu qualifizieren,[1279] halte ich aber für falsch, da mE ein qualitativer Unterschied zwischen einem Prokuristen und einem Geschäftsleiter besteht. Ein Geschäftsleiter ist in meinen Augen ein erweitertes Vorstandsorgan und eben kein „normaler" Angestellter mit zusätzlichen Befugnissen.

Die Geschäftsleiterbestellung obliegt in der Praxis grds dem Vorstand aufgrund einer Satzungsregelung; sofern diese aber nicht besteht, wird auch der Geschäftsleiter von der Generalversammlung gewählt.[1280] Meiner Meinung nach müsste es daher auch durchaus möglich sein dem Aufsichtsrat diese Entscheidung in sinngemäßer Anwendung des § 15 (3) GenG zu übertragen. Zu beachten ist, dass jenes Organ, welches den Geschäftsleiter bestellt, auch uU für eine culpa in eligendo haften kann.

Eine besonders interessante Frage ist, in welchem Verhältnis der Vorstand und die Geschäftsleiter zueinander stehen und ob zwischen beiden ein Weisungsrecht existiert. Im Kommentar wird diese Frage nur in Hinblick auf Geschäftsleiter nach dem BWG dahingehend thematisiert, dass der Vorstand die Befugnisse des Geschäftsleiters einschränken darf.[1281] Dies ist mE vor allem dann verallgemeinerungsfähig, wenn der Vorstand auch die Geschäftsleiter bestellt. Aber selbst wenn es der Generalversammlung obliegt, die Geschäftsleiter zu bestellen, können die Geschäftsleiter mE als ein dem Vorstand untergeordnetes Organ angesehen werden. Die Konsequenz ist die Weisungsgebundenheit der Geschäftsleiter gegenüber dem Vorstand der Genossenschaft. Im Umkehrschluss kann das Verhalten der Geschäftsleiter aber uU auch dem Vorstand zugrechnet, was nicht zuletzt für die Haftung von großer Relevanz ist.

Die Haftung des Genossenschaftsvorstandsmitglieds wurde bereits unter Pkt 4.4.1.1. besprochen. Fraglich ist aber auch, wie die Geschäftsleiter haften. Da die Geschäftsleiter mE „Quasi-Geschäftsführer" der Genossenschaft sind, erscheint es auch nicht abwegig, die haftungsrechtlichen Bestimmungen des § 23 GenG auf sie anzuwenden.[1282] Somit haften die Geschäftsleiter persönlich und solidarisch im Innenverhältnis, sofern sie gegen den

[1278] Der OGH objektiviert allerdings den Begriff des gewöhnlichen Geschäftes (OGH 24.10.2000 10 Ob 106/00m).
[1279] Vgl *Binder/Lengauer* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 26 Rz 4.
[1280] Vgl *Binder/Lengauer* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 26 Rz 1.
[1281] Vgl *Strommer* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 17 Rz 38.
[1282] So auch *Strommer* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 23 Rz 32.

objektiven Sorgfaltsmaßstab verstoßen haben und der Genossenschaft hierdurch ein Schaden entstanden ist. Zu hinterfragen ist aber auch, ob der Vorstand mit den Geschäftsleitern solidarisch haftet. Vor allem bei der Form eines gemischten Vorstandes, bei welchem der Vorstand ehrenamtlich und die Geschäftsleiter hauptberuflich und entgeltlich tätig werden[1283] und den Geschäftsleitern der operative Teil der Geschäftsführung obliegt, nimmt der Vorstand eine Zwischenrolle zwischen geschäftsführendem und kontrollierenden Organ ein. Der Vorstand hat einerseits die Geschäftsleiter zu überwachen und ihnen Weisungen zu erteilen, andererseits darf nicht übersehen werden, dass er das unbeschränkbare Vertretungsorgan der Genossenschaft ist und ihn somit auch die Pflicht zur Leitung der Genossenschaft trifft. Meiner Meinung nach entspricht diese Situation im Wesentlichen jener einer ordnungsgemäß vereinbarten Ressortzuständigkeit, wenn die Bestellung von Geschäftsleitern entweder in der Satzung vorgesehen ist oder von der Generalversammlung vorgenommen wird.[1284] Somit würde der Vorstand nur haften, wenn er seine Überwachungspflichten verletzt. Umgekehrt wird dem Vorstand das Verhalten der Geschäftsführer zugerechnet, wenn es auf einer Weisung des Vorstands gegenüber dem Geschäftsleiter beruht. In diesem Fall hätte die Befolgung der Weisung für den Geschäftsleiter mE haftungsbefreiende Wirkung, sofern die Weisung nicht gesetz- oder sittenwidrig und die Befolgung nicht sorgfaltswidrig ist.

Letztlich stellt sich die Frage, ob das Vorhandensein von Geschäftsleitern ganz generell ein Indiz für eine Haftungsmilderung des Vorstandsmitglieds sein kann. ME ist der wesentlichste Schritt vor der Beantwortung dieser Thematik, festzustellen, ob das Vorhandensein von Geschäftsleitern bedeutet, dass diese entgeltlich und die Vorstandsmitglieder nur unentgeltlich tätig sind, so wie dies *Strommer* vertritt.[1285] Sofern dies zu bejahen ist, vertrete ich die Ansicht, dass es sich somit – wie oben erwähnt – um eine gültig vereinbarte Ressortverteilung handelt und den Vorstand – abgesehen von den wesentlichsten Geschäftsführungsmaßnahmen wie den Anmeldungen zum Firmenbuch, der Mitwirkung an der Aufstellung des Jahresabschlusses oder Immobiliengeschäften[1286] – nur noch eine Überwachungspflicht gegenüber den Geschäftsleitern trifft. Dieser Ansicht müsste dann

[1283] *Strommer* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] §15 Rz 40.
[1284] Zur Ressortverteilung s unter Pkt 4.5.2.
[1285] Vgl *Strommer* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 15 Rz 40.
[1286] Vgl zu den Pflichten des Genossenschaftsvorstandes ausführlich *Strommer* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 17 Rz 35 f.

auch der OGH entsprechen, da man mE davon ausgehen kann, dass die übertragene Aufgabe an das Vorstandsmitglied eben in der Überwachung besteht.[1287] Somit kann grds davon ausgegangen werden, dass den Genossenschaftsvorstand bei Vorhandensein von Geschäftsleitern eine geringere Sorgfalt trifft. Der Sorgfaltsmaßstab des Vorstandes ist aber selbstverständlich von der Größe, Geschäftstätigkeit und Branchentätigkeit der Genossenschaft abhängig, sodass bspw für den ehrenamtlich Vorstand einer kleinen Milchgenossenschaft nie derselbe Sorgfaltsmaßstab wie für den ehrenamtlichen Vorstand einer Kreditgenossenschaft nach dem BWG gelten kann. Sofern der Vorstand aber selbst bei Vorhandensein von Geschäftsleitern entgeltlich tätig ist, kann sich zwar mE abhängig von der Höhe des Entgelts eine (minimale) Reduktion des Sorgfaltsmaßstabs ergeben, dieser muss aber immer höher sein, als jener eines unentgeltlich tätigen Vorstandes.

4.4.2. Zur Außenhaftung des Vorstandes

Nachdem § 23 GenG nur die Innenhaftung betrifft, haftet der Genossenschaftsvorstand den Gläubigern der Genossenschaft grds nicht direkt. Abermals greift hier das Trennungsprinzip und den Gläubigern der Genossenschaft steht nur das Genossenschaftsvermögen als Haftungsvermögen zur Verfügung. Allerdings ist es denkbar, dass die Gläubiger einen Exekutionstitel gegen die Genossenschaft erwirken und somit auf die Ersatzansprüche der Genossenschaft gegen das Vorstandsmitglied greifen.[1288] Da eine gesellschaftsrechtliche Regel über die Außenhaftung im GenG fehlt, ist mE davon auszugehen, dass das Genossenschaftsvorstandsmitglied gegenüber Dritten nur dann unmittelbar haftet, wenn es diese direkt schädigt und so die Voraussetzungen der §§ 1293 ff ABGB erfüllt. Zu denken wäre hier bspw an eine deliktische Schädigung im Rahmen der Tätigkeit für die Genossenschaft.

[1287] OGH 12.07.1988 2 Ob 655/87; OGH 07.07.1998 5 Ob 490/97p =bbl 1999, 88 = RdW 1998, 672 = ÖWR 1999, E 35.
[1288] Vgl *Strommer* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 15 Rz 18.

Die hL spricht sich aufgrund der lückenhaften Bestimmung des § 23 GenG für eine analoge Anwendung des § 84 (5) AktG aus.[1289] Nach dieser Bestimmung kann der Ersatzanspruch der Gesellschaft auch von den Gläubigern der Gesellschaft geltend gemacht werden, soweit sie von dieser keine Befriedigung erlangen können. Ein Verzicht auf den Ersatzanspruch der Genossenschaft wäre somit in sinngemäßer Anwendung des § 84 (5) S 3 AktG unwirksam.[1290] Zu beachten wäre dann allerdings ebenso, dass der direkte Zugriff auf das Vorstandsmitglied grds[1291] nur bei grobem Verschulden des Vorstandsmitglieds zulässig wäre.[1292]

[1289] Vgl für viele *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts[5] 467; *Frotz*, Grundsätzliches zur Haftung von Gesellschaftsorganen und für Gesellschaftsorgane, GesRZ 1982, 98 (101 f).
[1290] Vgl *Strommer* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 15 Rz 19.
[1291] Die Ausnahmen bilden die Tatbestände des § 84 (3) AktG, die dann ebenfalls sinngemäß anzuwenden wären.
[1292] Vgl § 84 (5) S 2 AktG.

4.5. Zur Haftung von Vorständen bzw Geschäftsführern beim mehrgliedrigen Vorstand

In diesem Kapitel soll hinterfragt werden, wie die Haftung bei Vorhandensein mehrerer Vorstände oder Geschäftsführer aufgebaut ist. Es soll insbesondere untersucht werden, wie sich eine Ressortverteilung, aber auch Meinungsverschiedenheiten auf die interne Haftung auswirken.

4.5.1. Grundlegendes

Der Vorstand der AG kann gem § 70 (2) AktG aus einer Person oder mehreren Personen bestehen. Gleiches ordnet auch das GmbHG in § 15 (1) GmbHG und das GenG in § 15 (2) leg cit an. Lediglich § 5 (3) VerG sieht vor, dass das Leitungsorgan des Vereins zwingend aus mindestens zwei Personen zu bestehen hat.[1293] Daher stellt sich die Frage, wie die Geschäftsführung beim mehrgliedrigen Vorstand zu geschehen hat und welche Rechtsfolgen sich ergeben, wenn die Vorstandsmitglieder unterschiedliche Ansichten bei den zu treffenden Geschäftsführungsmaßnahmen vertreten.

§ 21 (1) GmbHG normiert, dass beim Vorhandensein mehrerer Geschäftsführer, sofern im Gesellschaftsvertrag nicht etwas anderes bestimmt ist, keiner allein die zur Geschäftsführung gehörenden Handlungen vornehmen darf, es sei denn, dass es sich um eine Maßnahme handelt, die unter „Gefahr im Verzug" zu subsumieren ist. Somit ist bei der GmbH eindeutig von einer Gesamtgeschäftsführung auszugehen und die Beschlussfassung kann nur einstimmig erfolgen.[1294] Wenn sich auch nur ein Geschäftsführer gegen die geplante Maßnahme ausspricht, hat diese daher zu unterbleiben. Auch § 70 (2) AktG ordnet Gesamtgeschäftsführung an, wobei jedoch grds die einfache Mehrheit für eine Beschlussfassung ausreicht und dem Vorstandsvorsitzenden iZw ein Dirimierungsrecht zukommt.[1295] § 17 (2) GenG formuliert die Geschäftsführung des Vorstandes

[1293] An dieser Stelle ist auf das oben unter Pkt 3.2.1. behandelte Vier-Augen-Prinzip zu verweisen.
[1294] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 243.
[1295] Vgl *Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht II 322.

folgendermaßen: „Besteht der Vorstand aus mehreren Personen, so sind, wenn der Genossenschaftsvertrag nicht anderes bestimmt, sämtliche Vorstandsmitglieder nur gemeinschaftlich zur Abgabe von Willenserklärungen und zur Zeichnung für die Genossenschaft befugt. Der Vorstand kann einzelne Vorstandsmitglieder zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen.“. *Strommer* geht offenbar davon aus, dass der Vorstand aus mehreren Personen bestehen muss.[1296] Dies ist aber mE zu verneinen, da sich aus der Bestimmung des § 17 (2) GenG e-contrario ableiten lässt, dass der Vorstand auch nur von einer Person gebildet werden kann. Sofern der Vorstand aber aus mehreren Personen besteht, gilt ebenfalls Gesamtgeschäftsführung und die hL geht iZw vom Einstimmigkeitsprinzip aus.[1297] Eine klare Regelung enthält das VerG, welches in § 6 (1) leg cit anordnet, dass – sofern die Statuten nichts Gegenteiliges bestimmen – Gesamtgeschäftsführung anzunehmen ist und hierfür im Zweifel die einfache Stimmenmehrheit ausreicht. Bei allen Gesellschaftsformen kann aber durch den Gesellschaftsvertrag eine eigene Regelung vorgesehen und für die Beschlussfassung des Vorstandes an ein anderes Quorum vorgesehen werden.

Sofern die Vorstandsmitglieder durch ihre Geschäftsführungsmaßnahmen der Gesellschaft einen Schaden zufügen, haften sie solidarisch.[1298] Nachdem dem VerG eine ausdrückliche Regelung über die Solidarhaftung fehlt, ist mE von einer planwidrigen Lücke auszugehen und daher sind die gesellschaftsrechtlichen Regelungen des AktG, GmbHG und GenG über die Solidarhaftung analog anzuwenden. Dies steht auch im Einklang mit den Überlegungen des Gesetzgebers.[1299]

An dieser Stelle sei aber erwähnt, dass die unmittelbare Voraussetzung für einen Schadenersatzanspruch der Gesellschaft gegen ein Vorstandsmitglied auch die Vorwerfbarkeit der Geschäftsführungsmaßnahme ist. Eine interne Aufteilung des Schadens innerhalb der Vorstandsmitglieder ist durchaus möglich. Dies kann besonders auch dann schlagend werden, wenn die Vorstandsmitglieder jeweils ein unterschiedlicher

[1296] Vgl *Strommer* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 17 Rz 1.
[1297] Vgl *Strommer* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 17 Rz 9 ff.
[1298] Vgl § 25 (2) GmbHG, § 84 (2) AktG, § 23 GenG.
[1299] ErläutRV 990 BlgNR 21. GP 40.

Verschuldensgrad trifft. Im Zweifel ist die Regelung des § 896 ABGB heranzuziehen, wonach der Schaden nach Köpfen zu teilen ist.[1300]

In der Praxis wird es sowohl bei wirtschaftlich tätigen Gesellschaften, aber selbst bei Vereinen, sinnvoll sein, wenn die Vorstandsmitglieder die Geschäftsführung nach Spezialgebieten und -fähigkeiten aufteilen.

4.5.2. Zur Ressortverteilung

Sofern Gesamtgeschäftsführung für das Vorstandskollegium normiert ist, haben alle Geschäftsleiter gleichermaßen an der Führung des Unternehmens in sämtlichen Bereichen mitzuwirken.[1301] Aufgrund der wirtschaftlichen, technischen und rechtlichen Entwicklungen kann es in einem Unternehmen durchaus sinnvoll oder notwendig sein, diese Anforderungen möglichst effizient zu bewältigen, was oftmals durch eine Zuständigkeitsaufteilung geschieht.[1302] Sofern die Aufgaben eines Kollegialorgans auf die einzelnen Mitglieder verteilt werden und somit eine Arbeitsaufteilung vorgenommen wird, spricht man von einer Ressortverteilung.[1303] Eine Ressortverteilung kann durch den Gesellschaftsvertrag, Gesellschafterbeschluss[1304] oder durch die Geschäftsführer selbst vorgenommen werden. Je nachdem welches Organ die Ressortverteilung beschließt wird zwischen echter und unechter Ressortverteilung unterschieden. Eine echte Ressortverteilung wird entweder im Gesellschaftsvertrag fixiert oder basiert auf einem Gesellschafterbeschluss.[1305] Ein Teil der Lehre geht davon aus, dass eine Satzungsermächtigung ein anderes Organ, wie etwa den Aufsichtsrat, dazu ermächtigen kann, eine echte Ressortverteilung vorzunehmen.[1306] Die unechte Ressortverteilung wird daher von den Vorstandsmitgliedern selbst

[1300] Vgl *Perner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Klang-Kommentar zum ABGB[3] § 869 Rz 21 f; *Riedler* in *Kodek/Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB IV[4] § 896 Rz 2 ff.
[1301] Vgl *Weilinger*, Die Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses im Handels- und Gesellschaftsrecht 135.
[1302] Vgl *Luschin*, Zur Geschäftsführerhaftung bei Ressortverteilung, RdW 2000, 6.
[1303] Vgl *Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht II 45.
[1304] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 244.
[1305] Vgl *Weilinger*, Die Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses im Handels- und Gesellschaftsrecht 137.
[1306] Vgl *Resch*, Zur Ressortverteilung im Vorstand der Aktiengesellschaft, GesRZ 2000, 2.

vorgenommen.[1307] Es spricht grds nichts dagegen, dass die Ressortverteilung auch schlüssig erfolgen kann.[1308] Die rechtliche Zulässigkeit der Ressortverteilung findet sich in den § 21 (1) GmbHG, § 70 AktG, § 17 (2) GenG und § 5 (3) VerG.

4.5.2.1. Zu den Rechtsfolgen einer echten Ressortverteilung

Sofern die Ressortaufteilung auf der Satzung oder einem Gesellschafterbeschluss beruht, spricht man von einer echten Ressortverteilung. Dies hat zur Folge, dass die Geschäftsführer in den ihnen zugewiesenen Bereichen einzelgeschäftsführungsbefugt sind.[1309] Der zuständige Geschäftsführer ist also auf seinem Gebiet alleinentscheidungsbefugt und kann grds autonom entscheiden.[1310] Nach ganz hL[1311] und Rspr[1312] wird durch eine echte Ressortverteilung die Verantwortlichkeit der übrigen Geschäftsführer reduziert. Nach *Weilinger* folgt daraus auch eine gesteigerte Verantwortlichkeit des einzelnen Geschäftsführers dahingehend, dass dieser primär für sein eignes Ressort verantwortlich ist und darüber hinaus grds kein Recht hat sich in ein fremdes Ressort einzumischen.[1313]

Den nichtzuständigen Geschäftsführer trifft aber eine allgemeine Überwachungs- und Beaufsichtigungspflicht.[1314] Somit bedeutet eine Ressortaufteilung keineswegs, dass sich der Geschäftsführer nur um seinen eigenen Bereich kümmern muss.[1315] Dies wäre nämlich mit der Gesamtverantwortlichkeit hinsichtlich der Leitung der Gesellschaft unvereinbar.[1316] Die ressortunzuständigen Geschäftsführer können aber grds darauf vertrauen, dass der zuständige Geschäftsführer seine Arbeit ordnungsgemäß erledigt, was unter dem Begriff

[1307] Zu den unterschiedlichen Rechtsfolgen siehe die nächstfolgenden Punkte 4.5.2.1. und 4.5.2.2.
[1308] So auch *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 27.
[1309] Vgl *Schlosser*, Die Organhaftung der Mitglieder des Vorstandes der Aktiengesellschaft 104.
[1310] Vgl *Resch*, Zur Ressortverteilung im Vorstand der Aktiengesellschaft, GesRZ 2000, 2.
[1311] Vgl bspw *Feltl*, Ressortverteilung und Überwachungspflichten zwischen Vorstandsmitgliedern, Aufsichtsrataktuell 2010, 10; *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 30; *Luschin*, Zur Geschäftsführerhaftung bei Ressortverteilung, RdW 2000, 6 f; *Umfahrer*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung[6] 129.
[1312] OGH 08.08.2002 8 ObA 78/02g; OGH 07.07.1998 5 Ob 490/97p.
[1313] Vgl *Weilinger*, Die Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses im Handels- und Gesellschaftsrecht 137.
[1314] Vgl *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 4/232; *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 30; OGH 11.07.1979 3 Ob 622/79.
[1315] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 244.
[1316] *Feltl*, Ressortverteilung und Überwachungspflichten zwischen Vorstandsmitgliedern, Aufsichtsrataktuell 2010, 10 (11).

„Vertrauensgrundsatz“ zusammengefasst wird.[1317] Dies wiederum hat zur Folge, dass den zuständigen Geschäftsführer eine Pflicht trifft, seine Geschäftsführerkollegen über die Vorgänge und geplanten Maßnahmen innerhalb seines Ressorts zu informieren.[1318] So wäre es in der Praxis ratsam sich regelmäßig über die Ereignisse und Pläne, etwa im Rahmen eines Jour-fixe der Geschäftsleitung, auszutauschen. Dem unzuständigen Geschäftsführer kommt ein Frage- und Informationsrecht zu und er kann auch Einsicht in die Bücher und Unterlagen nehmen.[1319] Der Geschäftsführer kann[1320] auch seine Meinung zu geplanten Maßnahmen der anderen Geschäftsführer abgeben.[1321]

Diese Überwachungspflichten hängen von der Art, Größe und Organisation des Unternehmens ab.[1322] Es muss sich dabei nicht um eine ständige Überwachung handeln, jedoch muss sofort reagiert werden, wenn ein konkreter Verdacht besteht, dass die Geschäftsführung nicht ordnungsgemäß durchgeführt wird.[1323] Anhaltspunkte hierfür können sein, dass der Geschäftsführer seinen Pflichten nicht nachkommt, oder es zu Unzukömmlichkeiten kommt.[1324] Sofern eine regelmäßige Berichterstattung erfolgt und auch von dritter Seite keine Anhaltspunkte vorliegen an der Richtigkeit zu zweifeln, kann ein Vertrauen auf die Berichte der Mitgeschäftsführer keine objektive Sorgfaltswidrigkeit darstellen.[1325] Sofern der Verdacht besteht, dass Missstände vorliegen, oder wenn diese gar bekannt werden, ist es die Aufgabe der Geschäftsführer andere Gesellschaftsorgane davon zu unterrichten.[1326] Diese sind mE die anderen Geschäftsführer und abhängig von der wirtschaftlichen Bedeutung der Maßnahmen bzw Missstände wird auch eine Information gegenüber dem Aufsichtsrats oder der Gesellschafterversammlung notwendig sein. Darüber hinaus hängt die Überwachungspflicht aber auch von der generellen Situation des

[1317] Vgl *Straube/Rauter*, Wege aus dem Labyrinth? Strategien der Haftungsvermeidung für GmbH-Geschäftsführer, JAP 2007/2008, 168 (170); OGH 10.01.1978 3 Ob 536/77.
[1318] Vgl *Hoffmann/Liebs*, Der GmbH-Geschäftsführer[3] 227; *Ginthör/Hasch/Hochedlinger*, Der GmbH-Geschäftsführer – Rechte und Pflichten 74.
[1319] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 181.
[1320] ME muss er dies sogar uU tun. Denn ein Schweigen auf eine offenbar schlechte Maßnahme stellt einen Verstoß gegen den objektiven Sorgfaltsmaßstab dar, nach welchem der Geschäftsführer die Gesellschaft zu leiten hat.
[1321] Vgl *Ginthör/Hasch/Hochedlinger*, Der GmbH-Geschäftsführer – Rechte und Pflichten 74.
[1322] *Feltl*, Ressortverteilung und Überwachungspflichten zwischen Vorstandsmitgliedern, Aufsichtsrataktuell 2010, 10 (11).
[1323] Vgl *Weilinger*, Die Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses im Handels- und Gesellschaftsrecht 137.
[1324] *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 183.
[1325] Vgl *Luschin*, Zur Geschäftsführerhaftung bei Ressortverteilung, RdW 2000, 6 (8).
[1326] Vgl *Ginthör/Hasch/Hochedlinger*, Der GmbH-Geschäftsführer – Rechte und Pflichten 74.

Unternehmens ab, sodass sich die Überwachungspflichten in Krisenzeiten verschärfen.[1327] Sofern also grundlegende Probleme im Unternehmen bestehen, sind alle Geschäftsleiter wieder für die gesamte Geschäftsführung zuständig.

Die Rechtsfolge einer echten Ressortverteilung ist, dass das einzelne Vorstandsmitglied gegenüber der Gesellschaft nur für ein Verschulden bei den ihm übertragen Aufgaben haftet.[1328] Die Geschäftsverteilung wirkt sich insofern auf die Verantwortlichkeit der einzelnen Vorstandsmitglieder aus, als jeder zunächst nur für das ihm zugewiesene Arbeitsgebiet die volle Verantwortung trägt.[1329] MaW: Durch die echte Ressortverteilung kommt es zu einer Haftungsreduktion für das Vorstandsmitglied, da es primär nur noch für sein eigenes Ressort verantwortlich ist und darüber hinaus nur haftet, wenn es die Überwachungspflichten verletzt, worunter letztlich zu verstehen ist, dass das Vorstandsmitglied in den „fremden" Bereichen nur noch für grobe Fahrlässigkeit haftet.[1330] Der OGH geht ebenso von einer abgestuften Verantwortlichkeit aus und sprach bspw dem unmittelbar Zuständigen ein gröberes Verschulden zu.[1331]

Zu beachten ist allerdings, dass gewisse Gebiete der Ressortverteilung nicht zugänglich sind. Nach ganz hL bestehen diese „Mindestzuständigkeiten" dort, wo der Gesetzgeber den Geschäftsführern die Aufgaben gemeinschaftlich überträgt.[1332] Diese auch als „Kardinalpflichten" bezeichneten Verpflichtungen, sind aufgrund ihrer besonderen Bedeutung und Wichtigkeit zwingend von allen Geschäftsführern vorzunehmen[1333] und somit undelegierbar.[1334] Diese Mindestzuständigkeiten bestehen im Kernbereich der Geschäftsführung, also immer dort, wo es sich nicht um die allgemeinen[1335] Geschäftsführungsagenden handelt.[1336] Man spricht in diesem Zusammenhang auch von der

[1327] Vgl *Enzinger* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 21 Rz 13.
[1328] OGH 12.07.1988 2 Ob 655/87.
[1329] OGH 10.01.1978 3 Ob 536/77.
[1330] Vgl *Luschin*, Zur Geschäftsführerhaftung bei Ressortverteilung, RdW 2000, 6 (9); aA *Enzinger* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 21 Rz 13.
[1331] OGH 08.08.2002 8 ObA 78/02g.
[1332] *Weilinger*, Die Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses im Handels- und Gesellschaftsrecht 141.
[1333] Vgl *Straube/Rauter*, Wege aus dem Labyrinth? Strategien der Haftungsvermeidung für GmbH-Geschäftsführer, JAP 2007/2008, 168 (170).
[1334] Vgl *Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht II 45.
[1335] Darunter sind die gewöhnlichen Geschäfte zu verstehen, also jene, die regelmäßig von den Geschäftsführern vorgenommen werden und nicht von außergewöhnlicher Bedeutung – wie etwa eine Anmeldung des Konkurses – sind.
[1336] Vgl *Luschin*, Zur Geschäftsführerhaftung bei Ressortverteilung, RdW 2000, 6.

Undelegierbarkeit des Kernbereichs der Gesamtgeschäftsführungsangelegenheiten.[1337] So zählen die Rechnungslegung,[1338] die Aufstellung des Jahresabschlusses,[1339] Anmeldungen zum Firmenbuch und des Konkurses,[1340] die Einleitung eines Reorganisationsverfahrens, Entscheidungen über grds Fragen der Geschäftspolitik und die Einberufung einer Generalversammlung bei Verlust von mehr als der Hälfte des Stammkapitals,[1341] zu den Kardinalpflichten und sind von den Geschäftsführern gemeinsam vorzunehmen. Sofern die Geschäftsführer innerhalb dieser Gebiete dennoch eine interne Aufteilung vornehmen, ist diese mE unzulässig und somit treten die Rechtsfolgen der unechten Ressortverteilung ein.[1342] Der OGH hat dazu ausgesprochen, dass eine Geschäftsverteilung einen Geschäftsführer niemals befreien kann, wenn es sich um gesetzlich zwingende Pflichten handelt.[1343] Darüber hinaus wird auch eine Ressortverteilung im Bereich der Mindestzuständigkeiten eine Sorgfaltswidrigkeit darstellen und somit bei Schadenseintritt zur Haftung der Geschäftsführer führen. Bestimmte Aufgaben und Handlungen des Vorstandes sind auch nach dem OGH unübertragbar und immer vom Gesamtvorstand zu verantworten.[1344]

Sofern aber eine echte Ressortverteilung besteht, stellt sich die Frage der Haftung der Geschäftsführer im Schadensfall. Grds wird den zuständigen Geschäftsführer mehr Verschulden an dem eingetretenen Schaden treffen, als den unzuständigen Geschäftsführer, der „lediglich“ seine Überwachungspflichten verletzt. Diese Ansicht vertritt auch der OGH.[1345] Weiters führt der OGH richtig aus: „Haben mehrere Vorstandsmitglieder ihre Pflichten durch Nichtanwendung der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vorsätzlich oder fahrlässig verletzt, so sind sie der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet, wobei es für die Verantwortlichkeit gegenüber der Gesellschaft gleichgültig ist, ob das Verschulden eines

[1337] Vgl *Brix*, Handbuch Aktiengesellschaft 75.
[1338] OGH 25.04.1989 2 Ob 574/88.
[1339] OGH 07.06.1983 9 Os 142/82; vgl auch *Weilinger*, Die Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses im Handels- und Gesellschaftsrecht 141 ff.
[1340] Vgl *Luschin*, Zur Geschäftsführerhaftung bei Ressortverteilung, RdW 2000, 6.
[1341] Vgl *Straube/Rauter*, Wege aus dem Labyrinth? Strategien der Haftungsvermeidung für GmbH-Geschäftsführer, JAP 2007/2008, 168 (170).
[1342] S dazu unter Pkt 4.5.2.2.
[1343] OGH 11.07.1979 3 Ob 622/79.
[1344] OGH 10.01.1978 3 Ob 536/77.
[1345] OGH 08.08.2002 8 ObA 78/02g.

Mitgliedes größer ist als das einen anderen Mitgliedes."[1346] Sofern bspw der zuständige Geschäftsführer vorsätzlich einen Schaden herbeiführt und der andere Geschäftsführer seinen Überwachungspflichten grob fahrlässig nicht nachkommt, haften beide solidarisch. Intern können sie sich aber nach den allgemeinen Grundsätzen des § 896 ABGB regressieren.

4.5.2.2. Zu den Rechtsfolgen einer unechten Ressortverteilung

Sofern die Geschäftsführer die Ressortverteilung selbst vornehmen und eine Aufgabenverteilung weder im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist, noch durch Gesellschaftsbeschluss bestätig wurde,[1347] spricht man von einer unechten Ressortverteilung. Bei der auch als schlichte oder faktische bezeichneten Ressortverteilung, bleibt es beim Prinzip der Gesamtverantwortung der Geschäftsführer.[1348] Manche Autoren, wie etwa *Schlosser*, vertreten die Ansicht, dass es hinsichtlich der Rechtsfolgen keinerlei Unterschiede mache, ob es sich um eine echte oder unechte Ressortverteilung handelt und den unzuständigen Geschäftsführer auch bei der unechten Ressortverteilung nur Überwachungspflichten treffen.[1349] Dieser Ansicht ist nicht zuzustimmen, da eine rein interne Aufteilung keine nach außen gerichtete Aufgabenverteilung darstellt und sofern die Gesellschafter ihre Zustimmung zur Ressortverteilung weder durch Beschluss noch im Gesellschaftsvertrag gegeben haben, von diesen offenbar Gesamtgeschäftsführung gewünscht ist. Wenngleich es vielleicht in der Praxis so sein mag, dass ein Geschäftsführer bspw speziell für die Aufstellung des Jahresabschlusses oder die Buchführung zuständig ist, so geht es doch letztlich um die Gesamtverantwortung der Geschäftsführer als Kollegialorgan, die – wie *Weilinger* richtig ausführt[1350] – sonst ausgehöhlt werden würde. Ein faktisches Problem kann natürlich sein, dass der nach interner Vereinbarung „Unzuständige" in manchen Bereichen weniger Informationen erhält oder diese nicht anfordert, da er sich

[1346] OGH 10.01.1978 3 Ob 536/77.
[1347] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 244.
[1348] Vgl *Weilinger*, Die Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses im Handels- und Gesellschaftsrecht 139; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 4/233.
[1349] Vgl *Schlosser*, Die Organhaftung der Mitglieder des Vorstandes der Aktiengesellschaft 102.
[1350] Vgl *Weilinger*, Die Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses im Handels- und Gesellschaftsrecht 139.

für unzuständig hält. Daher wäre es umso wichtiger, dass sich die Geschäftsführer bei einer unechten Ressortverteilung ihrer Gesamtverantwortung bewusst sind.

Bei der unechten Ressortverteilung sind aber durchaus unterschiedliche Verschuldensgrade möglich. Diese sich können somit rein intern auf das Ausmaß der Haftung auswirken.[1351] Der wesentliche Unterschied ist mE aber, dass jeder Geschäftsführer, sofern ihn ein Verschulden trifft, solidarisch haftet. Somit besteht bei der unechten Ressortverteilung auf alle Fälle ab leichter Fahrlässigkeit eine Haftung, während dies bei leicht fahrlässigem Verschulden hinsichtlich der Überwachungspflichten bei der echten Ressortverteilung nicht zur Haftung führen muss.[1352] Für die Praxis ist daher zu empfehlen, dass eine Ressortverteilung von den Gesellschaftern genehmigt wird, um eine klare Aufgabentrennung und auch einen überschaubaren Haftungsbereich zu schaffen.

4.5.3. Zur Auswirkung von Meinungsverschiedenheiten beim mehrgliedrigen Vorstand

Wie oben bereits erwähnt, kann die Geschäftsführung dem Einstimmigkeitsprinzip folgen. Dieses Prinzip gilt iZw bei der GmbH und bei der Genossenschaft. So hat eine Maßnahme zu unterbleiben, wenn nur ein einziger Geschäftsführer gegen sie stimmt. UU kann auch davon ausgegangen werden, dass der Widerspruch nicht zu beachten ist, nämlich, wenn dieser missbräuchlich oder treuwidrig ist.[1353] Bei diesen beiden Gesellschaftsformen kann aber durch den Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden, dass eine einfache Stimmenmehrheit für die Entscheidungsfindung ausreicht. Die Notwendigkeit wird sicherlich auch von der Größe und dem Tätigkeitsfeld der Gesellschaft abhängen. Im Gesellschaftsvertrag kann ebenfalls ein Dirimierungsrecht des Vorstandsvorsitzenden bestimmt werden. *Schlosser* merkt allerdings an, dass ein Dirimierungsrecht bei einem zweigliedrigen Vorstand unzulässig sei, da dies gegen das Kollegialprinzip verstoßen würde und die Rolle des zweiten Geschäftsführers nur auf die eines Beraters mit bloßer Scheinfunktion reduziert werden

[1351] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 244.
[1352] So auch *Luschin*, Zur Geschäftsführerhaftung bei Ressortverteilung, RdW 2000, 6 (9); aA *Enzinger* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 21 Rz 13.
[1353] Vgl *Karollus*, Grenzen des Widerspruchsrechts des Geschäftsführers nach § 21 Abs 2 GmbHG, ecolex 2007, 184 (185); *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 42.

würde.[1354] Dieser Ansicht ist mE aber nicht zu folgen, da es sich lediglich um eine Zweifelsregel handelt und auch der Geschäftsführer, der – zugegebener Maßen – leicht überstimmt werden kann, an der Geschäftsführung teilnimmt. In der Folge muss es selbstverständlich einen haftungsrechtlichen Unterschied machen, ob der Geschäftsführer gegen die Maßnahme gestimmt hat. Bei der AG ist das Dirimierungsrecht ausdrücklich in § 70 (2) AktG vorgeschrieben.

Sofern ein Vorstandsmitglied gegen eine Maßnahme gestimmt hat und aufgrund des Mehrstimmigkeitsprinzips überstimmt wurde, haftet es grds nicht mehr, wenn der Gesellschaft ein Schaden entsteht, da es kein Verschulden an der Maßnahme trifft.[1355] Allerdings würde ein bloßes „Dagegenstimmen“ meiner Ansicht nach auch dann zu einer Haftung führen, wenn es dem Vorstandsmitglied vorzuwerfen ist, dass es keine weiteren Schritte unternommen hat, diese Maßnahme zu verhindern. So ergibt sich mE aus dem objektiven Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, dass ein überstimmtes Vorstandsmitglied uU die Haupt-, General-, oder Mitgliederversammlung oder den Aufsichtsrat über die geplante Maßnahme informieren muss. Wenn das überstimmte Vorstandsmitglied diese Institutionen informiert und dabei seine Argumentation offenlegt,[1356] verhält es sich korrekt und kann daher nicht mehr zur Haftung herangezogen werden, da es alles unternommen hat um die Maßnahme zu verhindern und dies auch im Einklang mit dem jeweiligen Sorgfaltsmaßstab steht. MaW: Nur wenn ein Vorstandsmitglied kein Verschulden trifft, haftet es auch nicht. Somit ist festzuhalten, dass den „überstimmten“ Geschäftsführer besondere Warnpflichten gegenüber dem Aufsichtsrat oder der Gesellschafterversammlung treffen. Sofern der Aufsichtsrat oder die Generalversammlung nichts gegen eine objektiv schlechte Maßnahme unternehmen, kann dies uU ein Mitverschulden des jeweiligen Organs bedeuten, welches sich auf die Haftung auswirken kann. So kann ein Untätigbleiben des Aufsichtsrats meiner Ansicht nach zu einer Haftung der Aufsichtsratsmitglieder führen, sofern ihnen das Unterlassen einer Gegenmaßnahme vorgeworfen werden kann.

[1354] Vgl *Schlosser*, Die Organhaftung der Mitglieder des Vorstandes der Aktiengesellschaft 102.
[1355] Vgl *Schlosser*, Die Organhaftung der Mitglieder des Vorstandes der Aktiengesellschaft 103.
[1356] ME ist nämlich eine substantiierte Information und Argumentation notwendig. Eine bloße Mitteilung wie „Ich bin der Ansicht, dass die Geschäftsführungsmaßnahme schlecht ist.“ wäre noch nicht ausreichend, da die Gesellschafter zwar von einer geplanten Maßnahme benachrichtigt werden, jedoch gehört es zur Aufgabe eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiter seine Aktion auch zu begründen und so die Gesellschafter zu informieren.

Es stellt sich aber darüber hinaus die Frage, ob den überstimmten Geschäftsführer eine Mitwirkungs- bzw Ausführungspflicht an der Handlung trifft, die er verhindern wollte. Selbst wenn es hart erscheinen mag, vertrete ich aber die Ansicht, dass auch der überstimmte Geschäftsführer die Maßnahme ausführen muss, da sich dies eben aus dem Mehrstimmigkeitsprinzip ergibt. Die überstimmten Vorstandsmitglieder sind somit verpflichtet, sich beschlussgemäß zu verhalten und mit allen Kräften im Rahmen ihrer Zuständigkeit für eine Vollziehung des Beschlusses tätig zu werden.[1357] Die Alternative wäre das Einstimmigkeitsprinzip, wonach alle Geschäftsführer die Maßnahme zu unterlassen hätten. Zu beachten ist allerdings, dass den „Überstimmten" grds keine Haftung mehr trifft.[1358] Selbstverständlich würde er aber haften, wenn er das Geschäft absichtlich schlecht ausführt, da es sich dann um eine vorsätzliche Schädigung der Gesellschaft handeln würde. Bei der Ausführung hat er die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden.[1359]

Sofern es sich um eine derart gravierende Maßnahme der Geschäftsführung handelt, dass die Entscheidung durch den überstimmten Geschäftsführer nicht tragbar ist, steht es diesem frei auch von der Funktion zurückzutreten und somit aus dem Vorstand auszuscheiden. Dieses Recht ist etwa in § 16a GmbHG verankert, wobei der Rücktritt – sofern kein wichtiger Grund vorliegt[1360] – erst nach 14 Tagen wirksam wird. Diese Frist dient dazu der Gesellschaft Zeit zu geben, einen neuen Geschäftsführer zu suchen.[1361] Der Geschäftsführer kann seine Funktion jederzeit zurücklegen[1362] und ist somit nicht an Termine gebunden. Bis dahin hat der Geschäftsführer aber an der von ihm nicht gewünschten Maßnahme mitzuwirken. Gem Abs 2 leg cit hat der Geschäftsführer gegenüber der Generalversammlung, den Mitgeschäftsführern und dem Aufsichtsratsvorsitzenden seinen Rücktritt zu erklären. Auf das Dienstverhältnis hat der Rücktritt allerdings keine unmittelbaren Auswirkungen, da durch diesen nur die organschaftliche Stellung des Geschäftsführers beendet wird. Es

[1357] *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] § 70 Rz 58.
[1358] AA offenbar *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts[5] 237, die betonen, dass ausführen eines rechtswidrigen Beschlusses durch das überstimmte Vorstandsmitglied zur Haftung führen kann.
[1359] Ganz generell würde ich aber behaupten, dass die Sorgfaltspflicht durch seine Gegenstimme aber gemindert wird. Nichts desto trotz muss er sich bemühen, die Maßnahme nach bester Überzeugung durchzuführen.
[1360] UU kann im Einzelfall aber die geplante Geschäftsführungsmaßnahme einen wichtigen Grund zum Austritt darstellen; vgl grundlegend zum wichtigen Grund: *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 117.
[1361] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 238.
[1362] OGH 24.04.1997 6 Ob 2372/96h.

können sich aber Schadenersatzansprüche der Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsführer ergeben. Diese können aufgrund des Dienstvertrages oder aber auch aus der Pflicht des Geschäftsführers zur ordentlichen und gewissenhaften Leitung der Gesellschaft entstehen, wenn der Geschäftsführer zu einem ungünstigen Zeitpunkt zurücktritt.

Der Vorstand der AG kann nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes jederzeit zurücktreten.[1363] Der Rücktritt muss gegenüber dem Aufsichtsrat erklärt werden und sofern kein wichtiger Grund vorliegt, ist dieser nur wirksam, wenn der Aufsichtsrat den Rücktritt auch annimmt.[1364] Nach *Runggaldier/Schima* kann die Mandatsniederlegung auch gegenüber einem anderen Vorstandsmitglied ausgesprochen werden.[1365] Da ein grundloser Rücktritt rechtswidrig ist,[1366] kann sich daraus ein Schadenersatzanspruch ergeben.[1367]

Das GenG sieht keine Regelung für die Zurücklegung des Amtes durch den Vorstand vor. *Strommer* geht davon aus, dass der Rücktritt jederzeit ohne die Angabe von Gründen erfolgen kann. Dies ist seiner Meinung nach nur möglich, wenn die Vorstandsfunktion auf unbestimmte Zeit übernommen wurde.[1368] Da folglich auch keine Regelung existiert, wem gegenüber der Rücktritt auszusprechen ist, halte ich eine analoge Anwendung des § 16a GmbHG für sinnvoll, wonach der Ausspruch gegenüber der Generalversammlung zu erfolgen hat.

Ebenso enthält das VerG keinerlei Bestimmungen über den Rücktritt der Vorstandsmitglieder. Daher kann mE der Rücktritt jederzeit und ohne wichtigen Grund ausgesprochen werden kann. Hinsichtlich des wichtigen Grundes kann uU auch ausschlaggebend sein, ob das Vorstandsmitglied des Vereins entgeltlich tätig ist oder nicht, da von einem Ehrenamtlichen nicht erwartet werden kann, dass er die Funktion dauerhaft übernimmt. Nichts desto trotz muss im Einzelfall genau geprüft werden, ob es dem Organwalter nicht mehr zumutbar war eine Neuwahl durch eine Mitgliederversammlung anzusetzen und abzuwarten. Hieraus können sich bei Vorwerfbarkeit dieses Verhaltens Schadenersatzansprüche des Vereins ergeben.

[1363] Vgl *Weigand*, Zur aktienrechtlichen Wirksamkeit der Rücktrittserklärung eines Vorstandsmitgliedes gegenüber einem einzelnen Aufsichtsratsmitglied, GeS 2004, 381.

[1364] Vgl *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht[3] 347; aA *Strasser* in *Jabornegg/Strasser (*Hrsg), AktG II[5] §§ 75, 76 Rz 54.

[1365] Vgl *Runggaldier/Schima*, Manager-Dienstverträge[3] 104.

[1366] Dieser beendet aber dennoch die Organstellung.

[1367] OGH 07.12.1994 6 Ob23/94.

[1368] Vgl *Strommer* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 15 Rz 25.

Der Rücktritt schließt den Organwalter aber noch nicht per se von der Haftung aus. So verjähren die Schadenersatzansprüche gegen die (ehemaligen) Geschäftsleiter iwS binnen fünf Jahren.[1369] Dies ist mE unabhängig davon zu beurteilen, ob der Geschäftsleiter iwS noch Organwalter der Gesellschaft ist oder nicht. Sonst könnte ein Anspruch gegen einen enthobenen Organwalter nicht durchgesetzt werden oder sich umgekehrt dieser durch bloßen Rücktritt seiner Haftung entziehen.

Denkbar ist ebenso, dass sich die Vorstandsmitglieder mit den Aufsichtsratsmitgliedern über gewisse Themen nicht einig werden können. In einem solchen Fall hat der OGH entschieden,[1370] dass ein Vorstandsmitglied gut beraten sein wird, wenn es Meinungsverschiedenheiten über Ansprüche des Vorstandsmitglieds gegen die Gesellschaft, offen austrägt und den Aufsichtsrat von den geplanten Maßnahmen informiert, da anderenfalls eine grobe Pflichtverletzung vorliegen kann.[1371]

[1369] Vgl § 25 (6) GmbHG, § 84 (6) AktG; dies gilt allerdings nicht für den Verein, da hier der Anspruch nach § 1489 ABGB zu bemessen ist und somit nach drei Jahren verjährt; vgl hierzu die ErläutRV 990 BlgNR 21. GP 41.
[1370] OGH 24.05.2012 6 Ob 83/12t.
[1371] Vgl *Schima*, „Selbstbedienung“ von Vorstandsmitgliedern als grobe Pflichtverletzung, GesRZ 2012, 322 (325).

4.6. Zur Anwendbarkeit des DHG auf Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer

In Spezialgesetzen wie dem DHG, dem AHG oder dem OrgHG sind besondere Regelungen für die Tragung des Haftungsrisikos zu finden. In diesem Kapitel soll speziell das DHG auf dessen Entgelteinfluss, aber auch insbesondere auf dessen Anwendungsbereich untersucht werden.

Besonders vor der VerG-Nov 2011 wurde in Hinblick auf den Vereinsvorstand mehrfach diskutiert, ob § 24 VerG aF so zu verstehen war, dass beim Regress des Vereins gegenüber dem Vorstandmitglied das DHG zur Anwendung kommen sollte. So sprach sich bspw *Kossak* sehr deutlich dafür aus, dass es sinnvoll gewesen wäre, das DHG durch eine explizite Bestimmung in § 24 VerG für anwendbar zu erklären.[1372] *Kerschner* vertritt die Ansicht, dass das DHG grds auf Vereinsfunktionäre anzuwenden ist.[1373] Auch *Krejci*, der eine Lösung iSd § 24 VerG nF ablehnt, hält es für sinnvoll entweder das DHG ausdrücklich für anwendbar zu erklären, oder eine eigenes vereinsrechtliches Konzept zu entwerfen, welches dem DHG nachempfunden ist.[1374] Andere Autoren halten eine direkte Anwendung des DHG für grds nicht vertretbar, da in den meisten Fällen kein Dienstvertrag vorliegen wird, überlegen aber eine analoge Anwendung.[1375] Im Kommentar zum VerG wird die Anwendbarkeit des DHG explizit ausgeschlossen, wenn kein Dienstvertrag zwischen Verein und Organwalter besteht.[1376] Umgekehrt ist aber mE das DHG auch beim Vereinsvorstand anzuwenden, wenn dieser über ein echter Dienstnehmer ist oder aufgrund seiner wirtschaftlichen Abhängigkeit als arbeitnehmerähnlich zu qualifizieren ist.

Bevor also auf die Frage der – uU analogen – Anwendbarkeit des DHG auf das VerG, aber auch die Kapitalgesellschaften und die Genossenschaft eingegangen werden kann, sollen der Aufbau und die Regelungen des DHG kurz beleuchtet werden. Das DHG gilt für

[1372] Vgl *Kossak*, Neue Haftungen aufgrund des Vereinsgesetzes 2002, JBl 2003, 473 (488); *Kossak*, Die Haftung der Vereinsfunktionäre, 11; *Kossak*, Vereinsrechtliche Haftungen im Spiegel des österreichischen Vereinswesens 36 f.
[1373] Vgl *Kerschner*, Haftungsminderung für Vereinsfunktionäre? Im Spannungsfeld zwischen VereinsG 2002, DHG und Gesellschaftsrecht in FS Binder (2010) 91 (94).
[1374] Vgl *Krejci*, Zur Haftung des Vereins und seiner Organwalter, GesRZ 2005, 216 (222 ff).
[1375] Vgl etwa *Lachmair*, Der Verein als Unternehmensform 62.
[1376] Vgl *Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002[2] § 24 Rz 9a.

Dienstnehmer, Lehrlinge und arbeitnehmerähnliche Personen und verfolgt den Zweck, das Risiko eines Schadenseintritts zwischen Dienstnehmer[1377] und Dienstgeber aufzuteilen.

Genereller Zweck des DHG ist es die Schadenstragung zwischen dem Dienstgeber und dem Dienstnehmer nach dem Grad des Verschuldens aufzuteilen.[1378] Im Wesentlichen geht es um eine Haftungsminderung und somit Privilegierung des Dienstnehmers bei der Haftung.[1379] Da der Dienstnehmer der Bedrohung ausgesetzt ist, den Dienstgeber zu schädigen und mit Schadenersatzforderungen in uU enormer Höhe konfrontiert zu sein, wäre es hart und unbillig den Dienstnehmer für jedes Verschulden haften zu lassen, da gewisse Schäden dem Betriebsrisiko zuzuordnen sind und.[1380] Nach dem OGH besteht die Intention des DHG darin, dass das typischerweise geringe Entgelt des Dienstnehmers eine Verlagerung des Haftungsrisikos auf den Dienstgeber erfordert.[1381] Dem DHG liegt somit ein sozialer Schutzgedanke des Dienstnehmers oder der arbeitnehmerähnlichen Person inne,[1382] welcher das wirtschaftliche Risiko verteilen und ausgleichen soll.[1383] Der OGH betont ebenfalls, dass auf die sozialen Verhältnisse bei besonders hohen Schadenssummen Rücksicht zu nehmen ist.[1384] Es soll aber auch durch § 2DHG verhindert werden, dass unter den Dienstnehmern durch die falsche Vorstellung einer schadensersatzrechtlichen Immunität, die Auffassung entsteht, dass sie bei der Erbringung ihrer Dienstleistungen leichtfertig oder gleichgültig vorgehen zu können.[1385] Der OGH hat hierzu festgestellt, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber im Rahmen des Arbeitsvertrages zu einem sorgfältigen Umgang mit dessen Sachen verpflichtet ist.[1386]

Einerseits ist jener Fall gem § 2 DHG geregelt, in dem der Dienstnehmer dem Dienstgeber einen Schaden zufügt. Erfasst sind hiervon direkte Schäden, die der Dienstgeber durch den Dienstnehmer erleidet.[1387] Zu beachten ist, dass Schäden, die der Dienstnehmer einem

[1377] Hierunter sind in diesem Unterkapitel auch die oben angesprochenen Lehrlinge und arbeitnehmerähnlichen Personen zu verstehen.
[1378] ErläutRV 631 BlgNR 10. GP 3.
[1379] Vgl *Messner*, Gesamtschuld und Regress bei Schädigung durch DN und Dritte, ÖJZ 2014, 584.
[1380] *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, § 1 DHG Rz 1.
[1381] OGH 01.04.1998 9 ObA 320/97t.
[1382] Vgl *Wachter* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB VII[3] § 1 DHG Rz 45.
[1383] ErläutRV 631 BlgNR 10. GP 4.
[1384] OGH 26.07.2012 8 ObA 24/12f; insofern geht er von seiner vorherigen Rspr ab; vgl OGH 05.03.1997 9 ObA 51/97h.
[1385] ErläutRV 631 BlgNR 10. GP 3.
[1386] OGH 11.09.1991 9 ObA 163/91.
[1387] Vgl *Oberhofer* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB VII[3] § 2 DHG Rz 9 ff.

Dritten zufügt und für welche der Dienstgeber haftet, auch Schäden für letzteren sind. Für diese Schäden ist aber nicht § 2 DHG maßgeblich, sondern es sind die §§ 3 und 4 DHG anzuwenden.[1388] Die Besonderheit des § 2 DHG ist, dass das Gericht bei einem Schadenseintritt aus Gründen der Billigkeit den Schadenersatzanspruch mäßigen oder – sofern ein minderer Grad des Versehens vorliegt – auch ganz erlassen kann. Bei entschuldbarer Fehlleistung hat der Dienstgeber den Schaden immer zur Gänze zu tragen[1389] und bei leicht fahrlässiger Schädigung kann der Richter den Schaden zwischen dem Dienstnehmer und dem Dienstgeber aufteilen, aber dem Dienstnehmer auch ganz erlassen.[1390] Bei grob fahrlässigem Verhalten des Dienstnehmers kann der Schaden zwar geteilt, dem Dienstnehmer aber nicht ganz erlassen werden. Bei vorsätzlicher Schädigung des Dienstgebers durch den Dienstnehmer ist das DHG nicht anzuwenden. § 2 DHG soll im Folgenden in dieser Arbeit besonders betrachtet werden, da dieser die „interne" Schadensaufteilung betrifft. § 3 DHG regelt die Schadensaufteilung, sofern der Dienstnehmer von einem Dritten in Anspruch genommen wird und § 4 DHG den umgekehrten Fall, sofern der Dienstgeber dem Dritten aufgrund der Gehilfenzurechnung haftet.

Gem § 2 (2) DHG hat bei der Entscheidung über die Ersatzpflicht im Sinn des Abs 1 leg cit das Gericht vor allem auf das Ausmaß des Verschuldens des Dienstnehmers und außerdem insbesondere auf die folgenden Umstände Bedacht zu nehmen:[1391] Dies sind unter anderem das Ausmaß der mit der ausgeübten Tätigkeit verbundenen Verantwortung, die Bedingungen, unter denen die Dienstleistung zu erbringen war, sowie der Grad der Ausbildung des Dienstnehmers. Vorrangiges Mäßigungskriterium bleibt aber das Verschulden.[1392] Zu beachten ist jedoch, dass der Kriterienkatalog des § 2 (2) DHG nur auf jenen Teil anzuwenden ist, der nicht bereits als Mitverschulden auf Seiten des Arbeitgebers iSd § 1304 ABGB berücksichtigt wurde.[1393] Es handelt sich bei diesem Katalog um eine

[1388] Vgl *Kerschner*, DHG[2] § 2 Rz 1 ff.
[1389] Gem § 2 (3) DHG.
[1390] Vgl *Oberhofer* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB VII[3] § 2 DHG Rz 43.
[1391] S grundlegend zur Bemessung der Ersatzpflicht *Oberhofer* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB VII[3] § 2 DHG Rz 43 ff.
[1392] Vgl ErläutRV 1280 BlgNR 15. GP 1; *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, § 2 DHG Rz 29.
[1393] Vgl *Födermayr*, Richterliches Mäßigungsrecht im DHG bei hohen Schadenssummen, ÖJZ 2013, 341 (343); *Oberhofer* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB VII[3] § 2 DHG Rz 35; *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, § 2 DHG Rz 33; OGH 29.04.1999 8 ObA 185/97g;

demonstrative Aufzählung von Mäßigungsgründen,[1394] die aber nur dem Dienstnehmer zugutekommen sollen.[1395]

Diese Regelung umfasst aber auch in § 2 (2) Z 2 DHG einen expliziten Verweis auf die Entlohnung des Dienstnehmers, indem zu beachten ist, inwieweit bei der Bemessung des Entgelts ein mit der ausgeübten Tätigkeit verbundenes Wagnis berücksichtigt worden ist. Hieraus lässt sich mE deutlich ableiten, dass die Höhe des Entgelts, aber auch eine eventuelle Unentgeltlichkeit, eindeutig zu berücksichtigen sind. Ein höheres Entgelt wirkt auf Seiten des Arbeitnehmers verantwortlichkeitssteigernd.[1396] Somit wird bei einem unentgeltlich tätigen Dienstnehmer entweder ein geringerer Sorgfaltsmaßstab anzusetzen sein oder die Schadenshöhe, die er zu tragen hat, ist – insbesondere im Vergleich zu einem entgeltlichen Dienstnehmer – zu reduzieren.

Der Vorteil des DHG ist mE das richterliche Mäßigungsrecht, welches genau auf den Einzelfall abstellt. So kann der Richter den Schaden zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer aufteilen und ist nicht nur auf die Unterscheidung zwischen grober und leichter Fahrlässigkeit angewiesen. Im Unterschied zur vereinsrechtlichen Haftungsregel könnte somit auch der unentgeltlich tätige Dienstnehmer bei leichter Fahrlässigkeit haften oder aber der Schaden bei grober Fahrlässigkeit geteilt werden. *Schürz* weist drauf hin, dass das VerG innerhalb der leichten Fahrlässigkeit – im Unterschied zum DHG – nicht differenziert.[1397] Daher ergibt sich meiner Ansicht nach, dass der ehrenamtliche Organwalter des Vereins bei leicht fahrlässigem Verhalten grds bessergestellt ist, als wenn das DHG zur Anwendung kommen würde. Bei grob fahrlässigem Verhalten trifft ihn allerdings die volle Haftung und somit in den meisten Fällen wohl eine schwerere Haftung als den Dienstnehmer nach dem DHG.

In weiterer Folge stellt sich auch die Frage, ob das DHG zusätzlich zur Haftung nach § 24 VerG zur Anwendung kommen kann, was mE auf alle Fälle zu bejahen ist, wenn zwischen dem Verein und dem Vorstandsmitglied ein Dienstvertrag vorliegt. In diesem Fall wird der Organwalter aber auch nicht unentgeltlich für den Verein tätig werden. Sofern kein Dienstvertrag vorliegt und der Organwalter auch keine arbeitnehmerähnliche Person ist, weil

---

interessanter Weise besteht nach *Oberhofer* (in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB VII[3] § 2 DHG Rz 54) offenbar doch kein „Verbot der Doppelbewertung".

[1394] Vgl *Födermayr*, Richterliches Mäßigungsrecht im DHG bei hohen Schadenssummen, ÖJZ 2013, 341 (343).

[1395] Vgl *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, § 2 DHG Rz 28.

[1396] *Oberhofer* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB VII[3] § 2 DHG Rz 56.

[1397] Vgl *Schürz*, Vereinsgesetznovelle 2011, Zak 2012, 4 (6).

in den meisten Fällen die wirtschaftliche Unselbstständigkeit fehlen wird, ist das DHG mE nicht anzuwenden.[1398] Dieses Ungleichgewicht wird aber von § 24 VerG ausgeglichen, der eine explizite Bestimmung darstellt, inwiefern die Unentgeltlichkeit zu berücksichtigen ist.

Bei den kapitalgesellschafts- und genossenschaftlichen Haftungsregelungen ist in weiterer Folge zu untersuchen, ob das DHG auf den Regressfall anzuwenden ist. Der persönliche Anwendungsbereich des DHG umfasst gem § 1 DHG – wie oben kurz erwähnt – Dienstnehmer, Lehrlinge und arbeitnehmerähnliche Personen. Letztere verfügen zwar über kein echtes Dienstverhältnis, werden aber im Auftrag und für Rechnung anderer Personen tätig und sind darüber hinaus wirtschaftlich vom Dienstgeber abhängig.

Reich-Rohrwig vertritt die Ansicht, dass das DHG generell auf GmbH-Geschäftsführer anzuwenden ist, wenn diese Arbeitnehmer sind.[1399] Ebenso meinen *Runggaldier/Schima*, dass hauptberuflich tätige Vorstandsmitglieder der Genossenschaft als Arbeitnehmer zu qualifizieren sind.[1400] Folglich ist zu hinterfragen, ob ein GmbH-Geschäftsführer ein Arbeitnehmer sein kann. Für eine Arbeitnehmereigenschaft spricht mE, dass der GmbH-Geschäftsführer – ebenso wie das Vorstandsmitglied der Genossenschaft – weisungsgebunden ist, was somit einer persönlichen Abhängigkeit recht nahe kommen würde. Meiner Ansicht nach ist der GmbH-Geschäftsführer aber nur hinsichtlich des Ziels weisungsgebunden und kann sich somit die Art der Aufgabenerledigung frei einteilen. Ebenso sieht *Kerschner* das Weisungsrecht des Dienstgebers als wesentliches Element für das Vorliegen einer Arbeitnehmerähnlichkeit bzw Arbeitnehmereigenschaft.[1401] So wird ein Geschäftsführer darüber entscheiden können wann und wie er die Aufgaben erledigt, was mE eine abgeschwächte Form der persönlichen Abhängigkeit zur Folge hat. Meiner Meinung nach können daher Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer nie Arbeitnehmer sein, da sie leitende Angestellte iSd § 36 (2) Z 3 ArbVG sind, weil ihnen maßgebender Einfluss auf die Führung des Betriebes zukommt.[1402] Dies gilt meiner Meinung nach selbst beim „Strohmann-Geschäftsführer“, da er zumindest nach außen hin in der Lage ist die Gesellschaft zu leiten

[1398] AA *Mandl*, Die Haftung des Vereinsvorstands 69 ff.
[1399] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 47; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz[3] § 25 Rz 15.
[1400] Vgl *Runggaldier/Schima*, Manager-Dienstverträge[3] 4.
[1401] Vgl *Kerschner*, DHG[2] § 1 Rz 2.
[1402] Diese Meinung vertritt auch *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 92; aA offenbar *Schuster-Bonnot* in *Schuster-Bonnot*, Wettbewerb und Arbeitsrecht, ZAS 1973, 83 (93), da er die Ansicht vertritt, dass Vorstandsmitglieder der AG und Genossenschaft, sowie Geschäftsführer der GmbH Dienstnehmer sein können.

und Entscheidungen zu treffen. Diese Meinung teilt der OGH allerdings nicht,[1403] da er offenbar von einem sehr weiten Arbeitnehmerbegriff ausgeht.

Können also auch Vorstandsmitglieder einer AG oder Genossenschaft, sowie der Geschäftsführer einer GmbH arbeitnehmerähnliche Personen sein? Ein Unternehmer leistet im Gegensatz zum Arbeitnehmer eine selbstständige Tätigkeit, welche sich dadurch definiert, dass die Tätigkeit auf eigene Rechnung und eigenes wirtschaftliches Risiko durchgeführt wird.[1404] Bei arbeitnehmerähnlichen Personen ist die wirtschaftliche Abhängigkeit vorhanden, allerdings die persönliche Abhängigkeit nicht so stark ausgeprägt, wie beim „echten" Dienstnehmer. Eine persönliche Abhängigkeit bedeutet eine Weisungsbindung in zeitlichen, örtlichen und inhaltlichen Fragen.[1405] Klassischerweise verfügen arbeitnehmerähnliche Personen über freie Dienstverträge.[1406] ME kann dies auf den GmbH-Geschäftsführer und auch auf Vorstände bei der AG und Genossenschaft zutreffen.[1407] Dies entspricht auch der stRspr des OGH.[1408] Somit ist meiner Ansicht nach der GmbH-Geschäftsführer als arbeitnehmerähnlich zu qualifizieren, wenn er von dieser Tätigkeit wirtschaftlich abhängig ist.[1409] Gleiches gilt mE daher auch für das Vorstandsmitglied der Genossenschaft. Beim Vorstandsmitglied der AG zu beachten, dass dieses gem § 70 (1) AktG zwingend weisungsfrei ist und meiner Meinung nach somit auch nicht persönlich abhängig sein kann.[1410] Sofern aber eine wirtschaftliche Abhängigkeit vorhanden ist, ist auch das AG-Vorstandsmitglied als arbeitnehmerähnlich zu anzusehen.[1411]

In der älteren Lehre wurde aber vertreten, dass das Vorstandsmitglied der AG in einem echten Dienstverhältnis steht, wenn es für die AG hauptberuflich tätig ist.[1412] *Schuster-Bonnot* entgegnete dieser Ansicht mit dem Argument, dass die persönliche Weisungsgebundenheit nicht vorliegt, wenn man bspw über Arbeitsort, Arbeitszeit,

[1403] OGH 31.10.1973 1 Ob 179/73; OGH 15.06.1988 9 ObA 117/88.
[1404] Vgl *Schummer*, Allgemeines Unternehmensrecht[8] 10.
[1405] *Mazal*, Zur Abgrenzung Dienstvertrag und Werkvertrag, ecolex 2012, 565.
[1406] Vgl *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen[8] 15 f.
[1407] So auch *Runggaldier/Schima*, Manager-Dienstverträge[3] 1.
[1408] OGH 29.05.1996 9 ObA 2044/96w; OGH 07.01.1970 6 Ob 307/69; OGH 21.03.1967 8 Ob 64/67; OGH 21.01.1987 14 ObA 10/87.
[1409] Differenzierend hierzu *Runggaldier/Schima*, die die Arbeitnehmerähnlichkeit vom Vorhandensein einer Sperrminorität abhängig machen; *vgl hierzu* Vgl *Runggaldier/Schima*, Manager-Dienstverträge[3] 17.
[1410] So auch *Wachter*, Dienstleistungen am Rande des Arbeitsrechts – Zur Rechtsstellung von Vorstandsmitgliedern von Aktiengesellschaften und Sparkassen, wbl 1991, 81 (83).
[1411] So auch Vgl *Runggaldier/Schima*, Manager-Dienstverträge[3] 17; aA *Wachter* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB VII[3] § 1 DHG Rz 15.
[1412] Vgl *Kastner*, Zur dienstrechtlichen Stellung der Vorstandsmitglieder der AG, ÖJZ 1949, 7.

Anwesenheit oder Urlaubseinteilung selbst bestimmen kann und leitet aus der Bestimmung des § 70 AktG, wonach der Vorstand die Gesellschaft unter eigener Verantwortlichkeit zu leiten habe, ab, dass der Vorstands stets weisungsfrei ist.[1413] Daher stellt sich grds die Frage, ob die Leitung einer AG unter eigener Verantwortung bedeutet, dass der Vorstand zwingend weisungsfrei ist und worin der Unterschied zum GmbH-Geschäftsführer oder Genossenschaftsvorstand besteht. *Strasser* sieht den Unterschied in der ausschließlichen Leitungskompetenz des AG-Vorstandes, dem auch das Entscheidungsmonopol zukommt, da er eben nicht von anderen Organen der Gesellschaft abhängig ist.[1414] Eine vollkommene Unabhängigkeit des Vorstandes von anderen Organen zu vertreten, halte ich aber für nicht richtig, da nicht zuletzt die Wahl und die Abberufung des Vorstandes gem § 75 (1) AktG vom Aufsichtsrat abhängen und darüber hinaus Zustimmungspflichten wie etwa in § 103 AktG bestehen. Eine Gesellschaft unter eigener Verantwortung zu leiten, heißt mE für die getroffene Entscheidung uU haften zu müssen. Diesbezüglich lässt sich aber kein wesentlicher Unterschied zur GmbH oder Genossenschaft erkennen, da auch dort die Geschäftsführer und Vorstandmitglieder trotz Weisungsgebundenheit grds haften. Ebenso ist anzuführen, dass die Bestimmungen des § 84 (4) AktG und § 25 (5) GmbHG inhaltlich deckungsgleich sind und die Geschäftsleiter iwS somit grds nicht haften, wenn die Handlung die Befolgung eines Gesellschafterbeschlusses darstellt. *Reich-Rohrwig* begründet die Weisungsfreiheit des AG-Vorstandes damit, dass der Vorstand und nicht die Hauptversammlung oberstes Willensbildungsorgan ist und der Vorstand aufgrund der Leitungsbefugnis somit weder an Weisungen der Kapitaleigner, noch an jene der Aufsichtsräte gebunden ist.[1415] Zusammengefasst kann also gesagt werden, dass der Vorstand der AG mE zwar nicht komplett unabhängig von den übrigen Organen agieren kann, er aber aufgrund der Weisungsfreiheit und seiner gesellschaftlichen Stellung nicht persönlich abhängig sein kann und eine echte Dienstnehmereigenschaft mE grds auszuschließen ist.[1416]

Nachdem also festgestellt werden konnte, dass Geschäftsleiter iwS zumindest arbeitnehmerähnliche Personen sein können, ist zu untersuchen, ob hieraus geschlossen

[1413] Vgl *Schuster-Bonnot*, Die Rechtsnatur des zwischen Aktiengesellschaft und Vorstandsmitglied geschlossenen Anstellungsvertrags in FS Kastner (1972) 430 f.
[1414] Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] § 70 Rz 2 ff.
[1415] *Reich-Rohrwig*, Ist der Vorstand einer Aktiengesellschaft weisungsgebunden?, ecolex 1990, 285.
[1416] Vgl hierzu ausführlich zur Zulässigkeit von Beherrschungsverträgen *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I[5] § 15 Rz 38 ff.

werden kann, dass für sie auch das DHG anzuwenden ist. Hinsichtlich dieser Frage gibt es eine klare Rechtsprechung des OGH, die die Anwendbarkeit des DHG für Geschäftsleiter iwS verneint. So sollen die Haftungserleichterungen des DHG für Vorstandsmitglieder einer Genossenschaft nicht zur Anwendung kommen.[1417] Ein Teil der Lehre lehnt die Anwendbarkeit des DHG auf Organwalter ab, da er die gesellschaftsrechtlichen Regelungen als Sondernormen sieht.[1418] *Runggaldier/Schima* unterscheiden hinsichtlich der Anwendbarkeit danach ob der Schaden im deliktischen oder vertraglichen Bereich eingetreten ist.[1419] Der OGH begründet dieses Ergebnis für das GmbH-Recht mit dem Argument, dass § 25 GmbHG als lex specialis zu sehen ist und somit die Anwendbarkeit des DHG ausschließen würde.[1420] *Wachter* kritisiert und widerlegt mE die Kernaussage des OGH, welcher sich bei seinen Entscheidungen auf das Spezialitätsprinzip beruft, indem er aufzeigt, dass sich die gesellschaftsrechtlichen Haftungsregeln und das DHG nicht widersprechen.[1421] *Kerschner* hält das DHG ebenfalls grds für anwendbar, schränkt dies aber insofern ein, wenn durch eine Anwendung Gläubigerinteressen gefährdet werden.[1422] In der Lehre herrscht ein Meinungsstreit über die Anwendbarkeit des DHG bei Geschäftsführern und Vorständen.[1423]

Sofern also der Geschäftsleiter iwS als arbeitnehmerähnlich zu qualifizieren ist, ist mE in der Folge das DHG anzuwenden.[1424] Somit kann der Schadenersatz nach den dienstnehmerhaftpflichtgesetzlichen Regeln reduziert oder erlassen werden. Darüber hinaus sind der Grad des Verschuldens, aber auch der Katalog des § 2 (2) DHG – und somit auch die Höhe des Entgelts – zu berücksichtigen.

Eine ähnliche Wertung zieht der Gesetzgeber auch im Rahmen des OrgHG, welches eine ähnliche Regelung hinsichtlich des Regresses trifft, sofern diese Personen in Vollziehung der Gesetze tätig werden. Erfasst sind hiervon Personen, die gem § 1 (1) OrgHG als Organe des

[1417] OGH 29.08.1990 9 ObA 209/90.
[1418] Vgl für viele *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts[5] 239.
[1419] Vgl *Runggaldier/Schima*, Manager-Dienstverträge[3] 152 ff.
[1420] OGH 26.01.2000 9 ObA 326/99b = RdW 2001, 97; OGH 30.01.1979, 5 Ob 686/78 = ÖJZ 1979, 135.
[1421] Vgl *Wachter*, GesmbH-Geschäftsführer und Dienstnehmerhaftung, wbl 1990, 221 (222 ff); aA *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 100.
[1422] Vgl *Kerschner*, DHG[2] § 1 Rz 4 ff; *Kerschner*, Haftungsminderung für Vereinsfunktionäre? Im Spannungsfeld zwischen VereinsG 2002, DHG und Gesellschaftsrecht in FS Binder (2010) 91 (96).
[1423] Gegen eine Anwendbarkeit für viele *Umfahrer*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung[6] 129; *Wachter* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB VII[3] § 1 DHG Rz 15; *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, § 1 DHG Rz 3; für eine Anwendbarkeit etwa *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 47.
[1424] Dieser Schutzgedanke findet sich auch in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage wider; vgl ErläutRV 631 BlgNR 10. GP 4.

Bundes, eines Landes, eines Gemeindeverbandes, einer Gemeinde, eines Trägers der Sozialversicherung oder einer sonstigen Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts handeln. Wenn die Handlung auf einer entschuldbaren Fehlleistung beruht, kann vom Organwalter[1425] gem § 2 (2) OrgHG kein Ersatz verlangt werden, sofern es sich um ein Versehen handelt, kann das Gericht den Schadenersatz nach Billigkeit gem § 3 (1) OrgHG reduzieren.

Die §§ 3 ff AHG können ebenso eine Haftungsgrundlage für einen Schadenersatzanspruch bilden. Das AHG kommt nur zur Anwendung, wenn das Organ im Rahmen der Hoheitsverwaltung tätig wird.[1426] In diesem Fall schädigt der Organwalter nicht seinen Rechtsträger, sondern einen Dritten.[1427] Auch in diesem Gesetz ist der Verschuldensgrad von wesentlicher Bedeutung, sodass ein Rückersatz des Staates erst ab grob fahrlässigem Verhalten stattfinden kann.[1428]

[1425] Im gesamten Gesetz wird der Begriff „Organ" verwendet. Obwohl § 1 (2) eine Legaldefinition liefert, wäre der Begriff „Organwalter" zu wählen. Man müsste somit eigentlich auch vom Organwalterhaftpflichtgesetz sprechen.
[1426] Vgl *Fischer/Feuchtinger*, Wirtschaftsrecht 33.
[1427] *P. Bydlinski*, Grundzüge des Privatrechts[9] 262.
[1428] Vgl *Schragel*, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz[2] § 3 Rz 203.

5. Zur Frage der Analogiefähigkeit von § 24 (1) S 2 VerG – Zum Einfluss der Entgelthöhe auf die Haftung von Organwaltern unter spezieller Berücksichtigung der unentgeltlichen Tätigkeit

In diesem Kapitel soll einerseits auf den generellen Einfluss des Entgelts und den Grundsatz von Leistung und Gegenleistung im allgemeinen Zivilrecht eingegangen werden, um so untersuchen zu können, ob der Rechtsordnung eine generelle Differenzierung zwischen entgeltlicher und unentgeltlicher Leistung bekannt ist. Des Weiteren soll andererseits untersucht werden, ob das Entgelt speziell in Hinblick auf unentgeltliches Handeln darüber hinaus einen Einfluss auf andere gesellschaftsrechtliche Regelungen nach sich zieht. Abschließend soll konkret hinterfragt werden, ob die vereinsrechtlichen Regelung der Haftungsprivilegierung iSd § 24 (1) S 2 VerG uU auch auf andere Gesellschaftsformen anzuwenden sind.

5.1. Zum Grundsatz von Leistung und Gegenleistung im allgemeinen Zivilrecht

Im folgenden Kapitel sollen die Regelungen das ABGB dahingehend untersucht werden, ob sich zwischen unentgeltlichen und entgeltlichen Geschäften unterschiedliche Rechtsfolgen ergeben. Sofern dies zu bejahen ist, soll hinterfragt werden, ob dies verallgemeinerungsfähig ist.

Ganz deutlich kommt die Unentgeltlichkeit bei der Schenkung zum Ausdruck. § 938 ABGB definiert die Schenkung als Vertrag, wodurch eine Sache an jemanden unentgeltlich überlassen wird. Die Unentgeltlichkeit ist bei der Schenkung das prägende Tatbestandsmerkmal.[1429] Der Schenkungsgrund ist die Freigebigkeit und besteht nicht, wenn die Schenkung gegen Belohnung oder aufgrund einer sittlichen Pflicht erfolgt.[1430] Bei gemischten Schenkungen ist genau auf den Einzelfall abzustellen, ob der Schenkungswille vorliegt oder nicht doch ein Kaufvertrag existiert, der im Gesamtkontext zu betrachten

[1429] Vgl *Löcker* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON § 938 Rz 2.
[1430] Vgl *Schubert* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 938 Rz 4; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II[13] 191.

ist.[1431] Irrelevant ist, ob die Leistung und Gegenleistung wirtschaftlich gleichwertig sind.[1432] Jene Person, die die Schenkung behauptet, hat diese auch zu beweisen.[1433] Aufgrund des fehlenden Entgeltcharakters sind bei der Schenkung die Regelungen über den Verzug, die schuldhafte Nichterfüllung und die Gewährleistung nicht anwendbar.[1434] So haftet der Schenker nach § 945 ABGB nur, wenn er wissentlich eine fremde Sache verschenkt.[1435] Dass die schenkende Person keine Gewähr für fehlerhafte Sachen leisten muss, ist mE eine wichtige Konsequenz aus dem gravierend unterschiedlichen Leistungsverhältnis von Geschenkgeber und Geschenknehmerseite. Darüber hinaus ergeben sich aber aus der unterschiedlichen Gewichtung zwischen Leistung und Gegenleistung auch weitere Besonderheiten wie etwa der Widerruf aufgrund von grobem Undank gem § 948 ABGB. Ebenso kann die nachträgliche Dürftigkeit des Geschenkbegebers gem § 947 ABGB einen Widerrufsgrund darstellen.[1436] Auch bei der Zession iSd §§ 1392 ff ABGB wird in § 1397 leg cit explizit zwischen einer entgeltlichen und einer unentgeltlichen Abtretung dahingehend unterschieden, dass im Falle der Schenkung einer Forderung nicht für die Richtigkeit und Einbringlichkeit gehaftet werden soll.[1437]

Beim Leihvertrag, bei welchem jemand eine unverbrauchbare Sache gem bloß zum unentgeltlichen Gebrauch auf eine bestimmte Zeit übergeben wird,[1438] ist es für die Gefahrtragung bedeutend, dass keine Gegenleistung vorhanden ist. Eine minimale Gegenleistung gilt nicht als entgeltlich, wenn sie nicht ins Gewicht fällt.[1439] Der Entlehner haftet grds für jeden Grad des Verschuldens.[1440] Den Entlehner trifft einerseits eine Haftung bei verschuldeter Beschädigung der Sache,[1441] aber andrerseits auch für die sog casus-mixtus-Haftung, bei welcher der Entlehner die Sache unbefugt an Dritte weitergibt, sie nicht

[1431] Vgl *Parapatits* in *Kodek/Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB IV[4] § 938 Rz 51 ff; *Schubert* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 938 Rz 9; hierzu auch die Bestimmung des § 935 ABGB.
[1432] *Parapatits* in *Kodek/Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB IV[4] § 938 Rz 17.
[1433] Vgl *Binder* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB V[3] § 938 Rz 31.
[1434] Vgl *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II[13] 191; *Fischer/Feuchtinger*, Wirtschaftsrecht 16.
[1435] Vgl *Kerschner*, Haftungsminderung für Vereinsfunktionäre? Im Spannungsfeld zwischen VereinsG 2002, DHG und Gesellschaftsrecht in FS Binder (2010) 91 (97).
[1436] Vgl ausführlich *Löcker* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON § 947 Rz 1 f; *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht[4] 240.
[1437] Vgl hierzu grundlegend *Ertl* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1397 Rz 1 ff.
[1438] Vgl § 971 ABGB.
[1439] Vgl *Griss* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB[3] § 971 Rz 3.
[1440] Vgl *Parapatits* in *Kodek/Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB IV[4] § 979 Rz 2; *Karner* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON § 979 Rz 1.
[1441] Vgl *Schubert* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 979 Rz 1.

rechtzeitig zurückstellt oder vertragswidrig gebraucht.[1442] Im Falle der casus-mixtus-Haftung muss der Beliehene gem § 979 ABGB auch für eine zufällige Beschädigung der Sache einstehen. Nachdem Sonderregeln fehlen, gilt dies wohl auch für ein Prekarium ISd § 974 ABGB.

Die Haftung beim Verwahrungsvertrag unterscheidet sich allerdings von der Haftung des Entlehners, da der Verwahrer gem § 964 ABGB dem Hinterleger für den aus der Unterlassung der pflichtmäßigen Obsorge verursachten Schaden, nicht aber für den Zufall haftet. Nach der hL haftet der Verwahrer gegenüber dem Hinterleger auch beim unentgeltlichen Verwahrungsvertrag für jeden Grad des Verschuldens.[1443] Der Gesetzgeber unterscheidet hier somit nicht zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Vertrag.[1444] Das Ausmaß der anzuwendenden Sorgfalt kann aber von Fall zu Fall variieren und bestimmt sich nach den Umständen des Einzelfalls. *Schubert* vertritt die Ansicht, dass das Ausmaß der anzuwendenden Sorgfalt vom Einzelfall abhängt und grds nach § 1297 ABGB zu bemessen ist.[1445] Hierunter könnte mE auch ein geringes und unter den üblichen Marktpreisen liegendes Entgelt subsumiert werden. Das dt Recht enthält durch § 690 BGB eine dem ABGB widersprechende Wertung, da, sofern die Aufbewahrung unentgeltlich übernommen, der Verwahrer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen hat, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.[1446]

Beim Auftragsverhältnis wird nicht zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Vertrag unterschieden.[1447] Der Gewalthaber haftet gem § 1012 ABGB für jede Form des Verschuldens bei Schlechterfüllung,[1448] also somit auch für leichte Fahrlässigkeit. Nach der hL mindert die Unentgeltlichkeit des Auftrags den Sorgfaltsmaßstab des Beauftragten

[1442] Vgl *Karner* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON § 979 Rz 1 ff; *Parapatits* in *Kodek/Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB IV[4] § 979 Rz 11 ff.
[1443] Vgl für viele *Karner* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON § 964 Rz 1; aA *Ehrenzweig*, System des allgemeinen österreichischen Privatrechts II[2] 378.
[1444] *Mandl*, Die Haftung des Vereinsvorstands 61; *Parapatits* in *Kodek/Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB IV[4] § 964 Rz 1.
[1445] Vgl *Schubert* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 964 Rz 2.
[1446] Vgl *Eisele*, Haftungsfreistellung von Vereinsmitgliedern und Vereinsorganen in nichtwirtschaftlichen Vereinen 141.
[1447] Vgl *Mandl*, Die Haftung des Vereinsvorstands 62.
[1448] Vgl *Strasser* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1012 Rz 1.

nicht.[1449] Ein Teil der Lehre spricht sich aber für einen Haftungsausschluss bei leichter Fahrlässigkeit aus.[1450]

Ein ganz eindeutiger Haftungsunterschied besteht bei der Haftung für Rat und Auskunft gem § 1300 ABGB hinsichtlich der Entgeltlichkeit. Danach ist ein Sachverständiger[1451] verantwortlich, wenn er gegen Belohnung einen nachteiligen Rat erteilt. Sofern der Rat aber nicht gegen Belohnung erteilt wurde, haftet er nur für den wissentlich zugefügten Schaden.

Nach ganz hL ist der Begriff „gegen Belohnung" weiter zu verstehen, als der Entgeltbegriff ieS.[1452] Unter Unentgeltlichkeit im iSd § 1300 ABGB ist ein selbstloses Verhalten zu verstehen und somit ist die Belohnung nur das extreme Gegenteil der Unentgeltlichkeit.[1453] Für einen unentgeltlichen Rat wird nur dann nicht gehaftet, wenn er aus bloßer Gefälligkeit erteilt wurde.[1454] Logischerweise gilt ein Rat aber als entgeltlich erteilt, wenn für diesen eine Belohnung verlangt wird; dies muss aber nicht als Hauptpflicht geschehen, sondern kann auch eine Neben-, Schutz- oder Sorgfaltspflicht darstellen.[1455] Gefälligkeitsäußerungen können keine Haftung nach § 1300 ABGB begründen.[1456] UU kann aber auch ein grds selbstloser Ratschlag als entgeltlich angesehen werden, wenn dieser im Rahmen einer dauernden Geschäftsbeziehung erfolgt[1457] und somit im Gesamtzusammenhang einer synallagmatischen Beziehung zu sehen ist. Der OGH vertritt diese Ansicht ebenso, da er ausgesprochen hat, dass nicht das Verlangen eines Entgelts wesentlich ist, sondern ob der Rat selbstlos erfolgt ist.[1458] Sofern ein Vertragsverhältnis vorliegt, haftet der Auskunfterteilende nach § 1300 S 1 ABGB für jedes Verschulden[1459] und somit bereits ab leichter Fahrlässigkeit.[1460] Unrichtig ist ein Rat oder eine Empfehlung jedenfalls dann, wenn

[1449] Vgl *Rubin* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON § 1012 Rz 4; *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II[13] 212.
[1450] Vgl *Riedler* in *Apathy/Riedler* (Hrsg) Bürgerliches Recht III[4] 50.
[1451] ISd § 1299 ABGB; hierbei ist anzumerken, dass sich die Bestimmung des § 1299 ABGB inhaltlich nicht von den gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen der § 25 GmbHG und § 84 AktG unterscheidet; vgl hierzu die Ausführungen in Kap 2.1.2.2. und 2.1.2.3.
[1452] Vgl *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON § 1300 Rz 2; *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1300 Rz 7; *Harrer* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB VI[3] § 1300 Rz 2 *Karner* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB[3] § 1300 Rz 2; *Apathy* in *Apathy* (Hrsg) Bürgerliches Recht III[4] 207.
[1453] Vgl *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB § 1300[3] Rz 7.
[1454] OGH 05.06.2007 10 Ob 5/07v =SZ 2007/90; OGH 30.06.2010 9 Ob 49/09k.
[1455] Vgl *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON § 1300 Rz 3 ff.
[1456] Vgl *Harrer* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB VI[3] § 1300 Rz 2.
[1457] OGH 07.08.2008 6 Ob 144/08g; OGH 14.11.2000 4 Ob 252/00p.
[1458] OGH 27.03.1995 1 Ob 44/94.
[1459] Vgl *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON § 1300 Rz 1.
[1460] Vgl *P. Bydlinski*, Grundzüge des Privatrechts[9] 267; *Malainer/Staribacher*, Umfang der Haftung von Wirtschaftsauskunfteien für erteilte Auskünfte, ecolex 2014, 939 (941 f); OGH 02.12.2010 2 Ob 7/10h.

dabei unrichtige Tatsachen zugrunde gelegt worden sind oder wenn nicht alle erforderlichen Tatsachen ermittelt, mitgeteilt oder berücksichtigt wurden.[1461] *Schauer* betont, dass eine Berücksichtigung der Interessenlage – wie das Vorliegen eines unentgeltlichen Vertrags – zu einer Reduktion des Sorgfaltsmaßstabs führen kann, was § 1299 ABGB nicht entgegensteht.[1462] Nach dem OGH ist hier nicht zwischen der Erteilung eines Rates und einer Auskunft zu differenzieren.[1463] UU kann sogar einem Dritten ein Schadenersatzanspruch aufgrund einer unrichtigen Auskunft erwachsen.[1464] Schon hier kann festgehalten werden, dass es offenbar für die Wertung des ABGB stellenweise von großer Relevanz ist, ob ein Geschäft unentgeltlich oder entgeltlich abgeschlossen worden ist.

Der Geschäftsführer ohne Auftrag erhält für sein Tätigwerden grds kein Entgelt,[1465] sondern uU Aufwandersatz.[1466] Bei der nützlichen GoA iSd § 1037 ABGB und der unerlaubten GoA iSd § 1038 ff ABGB geht man von einer unentgeltlichen Tätigkeit des Geschäftsführers aus, da der Fremdgeschäftsführungswille im Vordergrund steht. Strittig ist in der Lehre, ob dem Geschäftsführer bei der GoA im Notfall iSd § 1036 ABGB ein Entgelt zusteht; es wird vertreten, dass ihm gar keine Entlohnung zusteht,[1467] oder nur sofern die GoA im Rahmen des Berufes erfolgt,[1468] aber auch, dass in jedem Fall ein Entgelt zu bezahlen ist.[1469] Persönlich vertrete ich die Ansicht, dass auch dem Not-Geschäftsführer keinerlei Entgelt zusteht, da für mich der Gedanke, dass die Geschäftsführung aus Freigiebigkeit geschieht, im Vordergrund steht. Eine Differenzierung nach Berufsgruppen halte ich für ein mehr oder weniger zufälliges Element, da auch hier Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen können; man denke bspw an den Fall, dass der Beruf erlernt wurde, aber nicht mehr ausgeübt wird. Somit ist festzuhalten, dass der Entgelteinfluss bei der GoA mE nicht existiert bzw sofern ein Entgeltanspruch für die Not-GoA vertreten wird, dieser keinen Einfluss hat.

Anzuführen ist auch die Bestimmung des § 915 S 1 ABGB, welche besagt, dass bei einseitig verbindlichen Verträgen im Zweifel angenommen wird, dass sich der Verpflichtete eher die

[1461] OGH 08.06.1993 4 Ob 516/93.
[1462] Vgl *Schauer* in *Krejci* (Hrsg), Reformkommentar UGB ABGB § 347 Rz 1.
[1463] OGH 18.12.1979 1 Ob 530/79 = JBl 1981, 319 (*Koziol*); so auch *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1300 Rz 1.
[1464] Vgl *Koziol*, Zur Haftung wegen fahrlässiger Anstiftung durch unrichtige Auskünfte, JBl 1988, 409 (414).
[1465] Vgl *Mandl*, Die Haftung des Vereinsvorstands 64.
[1466] Zur genauen Differenzierung s unter Kap 2.2.2.
[1467] So grds *Rummel* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1036 Rz 4.
[1468] Vgl für viele *Apathy* in *Kodek/Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB IV[4] § 1040 Rz 10.
[1469] Vgl *Graf/Gruber*, Gesetzliche Schuldverhältnisse[10] 88.

geringere als die schwerere Last auferlegen wollte. Unter einseitig verbindlichen Verträgen sind unentgeltliche Verträge zu verstehen.[1470] Es geht hier wiederum um die Freigiebigkeit und so ist diese Bestimmung auf Geschäfte, wie etwa die Schenkung, die Leihe, den Auftrag, die Verwahrung und das Darlehen, anzuwenden.[1471] Im Zweifel soll den freigiebig Leistenden die geringere Last treffen,[1472] was auch zu einem geringeren Ausmaß an rechtsgeschäftlicher Bindung führen kann.[1473] Aus § 915 S 1 ABGB wird auch abgeleitet, dass der Geschenkgeber für schuldhaften Verzug nur dann haften soll, wenn er zumindest grob fahrlässig gehandelt hat.[1474] Hier zeigt sich also wiederum deutlich, dass das ABGB zwischen freigiebigen, also unentgeltlichen, und synallagmatischen Geschäften unterscheidet. Eine sachgerechte Differenzierung hinsichtlich einer Begünstigung des Freigiebigen entspricht wohl dem allgemeinen Rechtsempfinden.

Zu beachten ist ebenfalls die Verkürzung über die Hälfte, welche in § 934 ABGB normiert ist. Die Bestimmung besagt, dass sofern bei einem zweiseitig verbindlichen Geschäft ein Teil nicht einmal die Hälfte dessen, was er dem andern gegeben hat, von diesem an dem gemeinen Werte erhalten hat, das Gesetz dem verletzten Teile das Recht einräumt, die Aufhebung oder die Herstellung in den vorigen Stand zu fordern.[1475] Der andere Teil kann das Geschäft aber dadurch aufrechterhalten, indem er den Abgang bis zum gemeinen Wert ersetzt. Die Regelung knüpft lediglich an ein krasses objektives Wertmissverhältnis an und setzt somit voraus, dass beide Leistungen bewertbar sind.[1476] Gem § 935 ABGB kann die laesio enormis vertraglich nicht ausgeschlossen werden.[1477] Obwohl diese Bestimmung durch das KSchG 1979 eingeführt worden ist, gilt sie nicht nur im Verbrauchergeschäft, sondern bei allen dem ABGB unterliegenden entgeltlichen Verträgen.[1478] Somit gilt die Regelung über die Verkürzung über die Hälfte grds auch im unternehmensbezogenen

[1470] Vgl *Binder/Kolmasch* in *Kodek/Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB IV[4] § 915 Rz 1; *Heiss* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON § 915 Rz 3; *Rummel* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 915 Rz 2.
[1471] Vgl *Heiss* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON § 915 Rz 3; vgl hierzu auch die grundlegenden Ausführungen zur Unterscheidung von Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit in *Binder/Kolmasch* in *Kodek/Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB IV[4] § 917 Rz 1 ff.
[1472] *Rummel* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 915 Rz 3.
[1473] Vgl *Heiss* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON § 915 Rz 8.
[1474] Vgl *Mandl*, Die Haftung des Vereinsvorstands 66.
[1475] Vgl hierzu grundlegend für viele *Koziol-Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I[14] 170 f.
[1476] Vgl *Gruber* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON § 934 Rz 5 f.
[1477] Diesem Prinzip folgend kann aufgrund der Sittenwidrigkeit etwa bei fabrikneuen Waren die Gewährleistung nicht ausgeschlossen werden; vgl *Ofner* in *Kodek/Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB IV[4] § 938 Rz 17; *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 929 Rz 7; *Sehrschön/Maitz-Strassing*, Das neue Gewährleistungs- und Garantierecht, wko.at/einrichtungsfachhandel/Gewährleistungsrecht.htm; OGH 16.02.2006 6 Ob 272/05a.
[1478] *Gruber* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON § 935 Rz 1.

Geschäft iSd § 343 UGB und kann aber dort gem § 351 UGB zu Lasten des Unternehmers ausgeschlossen werden.[1479] Daher ist festzuhalten, dass ein krasses Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung, welches grds bei allen Verträgen[1480] zu prüfen ist, der Wertung des ABGB widerspricht.

Auch bei der irrtumsrechtlichen Anfechtung macht es einen Unterschied, ob der Vertrag entgeltlich war oder nicht. So sind gem § 901 ABGB Motivirrtümer bei unentgeltlichen Verträgen beachtlich.[1481]

Bei der Wegehalterhaftung iSd § 1319a ABGB, haftet der Wegehalter nur, wenn er oder einer seiner Leute den Mangel vorsätzlich oder grobfahrlässig verschuldet hat. Die wesentliche Grundlage für die Einschränkung der Haftung des Wegehalters auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit liegt in seiner Interessenneutralität, da der Weghalter kein Entgelt für seine Tätigkeit erhält.[1482]

Zusammenfassend kann also gesagt werden, dass das ABGB in manchen Bereichen sehr bewusst unterscheidet, ob ein Vertrag entgeltlich abgeschlossen worden wurde oder nicht. Jedoch ist auch anzumerken, dass das Konzept keineswegs einheitlich aufgebaut ist, da sich bspw beim Verwahrer oder Geschäftsführer ohne Auftrag keinerlei Unterschiede hinsichtlich einer eventuellen Unentgeltlichkeit ergeben.[1483] *Walch* vertritt in diesem Sinne die Ansicht, dass de lege ferenda durch eine Schadenersatzreform der Sorgfaltsmaßstab bei Gefälligkeitsverhältnissen zu reduzieren ist.[1484] Der OGH hat bspw in einer E zum HGB ausgesprochen, dass den Kaufmann keine Haftung für Versehen trifft, sofern es sich um ein Entgegenkommen handelt.[1485] Es ist aber festzuhalten, dass mE in den überwiegenden Fällen, wie etwa bei der Schenkung, bei der Auskunftserteilung gem § 1300 ABGB, der Zweifelsregel nach § 915 S 1 ABGB und nicht zuletzt bei der Verkürzung über die Hälfte, eine deutliche Wertung des Gesetzgebers dahingehend besteht, dass die Unentgeltlich- und Freigiebigkeit zu berücksichtigen sind.

[1479] Vgl für viele *Ratka* in *Torggler* (Hrsg), UGB Kommentar § 351 Rz 1 ff.
[1480] Beachte allerdings die Ausnahmen gem § 935 ABGB.
[1481] Vgl *Koziol-Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I[14] 172; *Rummel* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 901 Rz 3; *Pletzer* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON § 901 Rz 6 ff.
[1482] *Weixelbraun-Mohr* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON § 1319a Rz 3.
[1483] Vgl *Mandl*, Die Haftung des Vereinsvorstands 66.
[1484] Vgl *Walch*, Sorgfalt und Haftung im Gefälligkeitsverhältnis, SPRW 2014, 153 (167 f).
[1485] OGH 21.09.1955 1 Ob 156/55.

5.2. Zur Auswirkung der unentgeltlichen Tätigkeit bezüglich der Haftung des Vorstandes bzw Geschäftsführers

In diesem Kapitel soll nun basierend auf den bisherigen Forschungsergebnissen aufgezeigt werden, welche Rechtsfolgen sich aufgrund der gesetzlichen Wertung bzw Differenzierung zwischen entgeltlicher und unentgeltlicher Tätigkeit für die unentgeltlichen Organwalter ergeben. Es soll vor allem untersucht werden, ob ein unentgeltlich tätiger Geschäftsführer oder Vorstand wie ein ehrenamtlich tätiges Vorstandsmitglied eines Vereins behandelt werden soll.

5.2.1. Grundlegendes

ME differenziert der Gesetzgeber deutlich zwischen synallagmatischen Verträgen und unentgeltlicher Tätigkeit, bei der der Gedanke der Selbstlosigkeit im Vordergrund steht. Nachdem meiner Ansicht nach ein gravierender Unterschied zwischen entgeltlicher und unentgeltlicher Tätigkeit besteht, kann die Rechtsfolge auch nur sein, dass die unentgeltliche Tätigkeit auch unterschiedlich behandelt wird. Dies ergibt sich meiner Meinung nach generell aus einem ganz grundlegenden wirtschaftlichen Prinzip, nämlich, dass das Entgelt normalerweise dem Risiko angepasst wird. Aus diesem Grund findet man in der Arbeitswelt einerseits immer wieder ausdrücklich besondere Berücksichtigen von Risikofaktoren, wie etwa Gefahrenzulagen. Andererseits ist auch das Gehalt von Managern grds ihrer Aufgabe und dem Risiko einer eventuellen Haftung angepasst.[1486] Insofern scheint es nur konsequent, dass der Gesetzgeber bei ehrenamtlichen Organwaltern des Vereins die Selbstlosigkeit berücksichtigt und diese gem § 24 (1) S 2 VerG grds nur ab grober Fahrlässigkeit haften. Doch die ehrenamtliche Tätigkeit kommt eben nicht nur im Vereinsleben, sondern auch bei ideellen GmbHs, aber besonders auch bei Vorstandsmitgliedern der Genossenschaften[1487] vor. Selbst bei einer AG wäre es denkbar – wenn auch deutlich unrealistischer –, dass die Vorstandsmitglieder ehrenamtlich tätig werden. Wie in der Arbeit aufgezeigt wurde, ist das

[1486] So geht etwa *Told* davon aus, dass besonders hohes Entgelt auch auf die Übernahme überdurchschnittlicher Sorgfalt schließen lässt; vgl hierzu *Told* in *Torggler* (Hrsg), UGB Kommentar § 347 Rz 6.
[1487] Vgl *Strommer* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 15 Rz 40.

Thema der Ehrenamtlichkeit aber nicht zuletzt auch bei der AG für die Aufsichtsratsmitglieder, insbesondere für die Arbeitnehmervertreter gem § 110 ArbVG, von großer Relevanz. Sind also die ehrenamtlich tätigen Geschäftsführer, Vorstände und Aufsichtsratsmitglieder hinsichtlich der Organwalterhaftung anders zu behandeln, als solche, die für diese Tätigkeit bezahlt werden?

Um zu unterstreichen, dass der Gesetzgeber vor allem im AktG von der Entgeltlichkeit ausgeht, soll auf die dortige Bestimmung kurz eingegangen werden. § 78 (1) AktG besagt, dass der Aufsichtsrat dafür zu sorgen hat, dass die Gesamtbezüge der Vorstandsmitglieder (Gehälter, Gewinnbeteiligungen, Aufwandsentschädigungen, Versicherungsentgelte, Provisionen, anreizorientierte Vergütungszusagen und Nebenleistungen jeder Art) in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben und Leistungen des einzelnen Vorstandsmitglieds, zur Lage der Gesellschaft und zu der üblichen Vergütung stehen und langfristige Verhaltensanreize zur nachhaltigen Unternehmensentwicklung gesetzt werden.[1488] *Strasser* betont ausdrücklich, dass es sich bei der Bestimmung über die Bezüge der Vorstände auf keinen Fall um Unentgeltlichkeit handle.[1489] Im Gegensatz dazu normiert § 15 (2) GenG, dass der Vorstand „besoldet oder unbesoldet sein" kann. Eine weitere Differenzierung – insbesondere hinsichtlich der Rechtsfolgen der Haftung – erfolgt aber nicht. Das GmbHG enthält keine Regelung über die Entlohnung der Geschäftsführer. Meiner Ansicht nach geht auch das GmbHG von der Entgeltlichkeit des Geschäftsführers aus. Dies kann auch dadurch unterstrichen werden, da subsidiär für den Geschäftsführer und Vorstand der Genossenschaft § 1152 ABGB gilt, wonach die Verträge im Zweifel als entgeltlich anzusehen sind.[1490] Einer bloßen analogen Anwendung des § 78 AktG auf das GmbHG stehe ich aber kritisch gegenüber, da die GmbH nicht zwingend über einen Aufsichtsrat verfügen muss, welcher aber für die Festlegung des Entgelts zuständig wäre.

Sofern der Geschäftsführer oder aber das Vorstandsmitglied ehrenamtlich tätig ist, ergibt sich für mich ein weiteres Problem: Grds soll die Person, die das Unternehmen betreibt und auf deren Rechnung die Geschäfte abgeschlossen werden, auch das wirtschaftliche Risiko tragen. Dieses Prinzip gilt sowohl für Kapitalgesellschaften und Genossenschaften, als auch für natürliche Personen und kommt bspw bei der Gehilfenzurechnung gem §§ 1313a ff ABGB

[1488] S hierzu auch die Ausführungen in Kap 4.3.3.
[1489] Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 77 bis 84 Rz 139 ff.
[1490] Vgl hierzu die Ausführungen in Kap 2.2.1.1.

zum Tragen.[1491] Sofern die juristische Person bei ihren Handlungen durch ein Organ zumindest fahrlässig geschädigt wird, ist es mE de lege lata – nach geltenden schadenersatzrechtlichen Grundsätzen – vollkommen klar, dass sie sich grds beim Organwalter schadlos halten kann. Wie oben kurz erwähnt, wird dieses Risiko beim Organwalter normalerweise im Entgelt berücksichtigt.[1492] Die Berücksichtig des Haftungsrisikos in der Höhe des Gehalts dient mE dem Ausgleichsgedanken und in weiterer Folge der generellen Zumutbarkeit den Organwalter in Anspruch zu nehmen. Diesem Prinzip widerspricht es aber, wenn der Organwalter ehrenamtlich tätig ist. Kämen die Haftungsregeln auch beim ehrenamtlich tätigen Geschäftsleiter iwS ohne Einschränkung zur Anwendung, würde das mE eine Risikoüberwälzung vom Unternehmer auf den Organwalter bedeuten.[1493] Man muss sich auch vor Augen führen, dass hier eine Person aus Freigiebigkeit – ähnlich wie der ehrenamtliche Organwalter beim Verein – und somit ohne Selbstzweck für den Unternehmer tätig wird. Meiner Ansicht nach kann diese Person nicht am selben strengen Sorgfaltsmaßstab gemessen werden, wie jemand, der für die gleiche Tätigkeit ein Entgelt bezieht. Hierbei ist weiters zu beachten, dass der Organwalter sonst schon ab leichter Fahrlässigkeit für den vollen Schaden haften würde. Per definitionem liegt bei leichter Fahrlässigkeit ein Fehler vor, der selbst einem sorgfältigen Menschen gelegentlich passieren kann. Daher ergibt sich meiner Meinung nach, dass ein Ungleichgewicht zwischen der Tätigkeit und dem Haftungsrisiko vorliegen würden, wenn die Haftungsregeln uneingeschränkt zur Anwendung kämen.

Allerdings ist immer vorab genau zu prüfen, ob tatsächlich Freigiebigkeit vorliegt,[1494] denn uU bezieht der Organwalter zwar kein Gehalt ieS, aber bspw Vergünstigungen oder sonstige Leistungen, die dann selbstverständlich zum Entgelt zu zählen sind.[1495] Die Unentgeltlichkeit ist also stets im Gesamtkontext zu betrachten. Dies könnte etwa dann zutreffen, wenn es sich um den Alleingesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH handelt, der zwar kein Gehalt bezieht, aber durch die Gewinnausschüttung am Erfolg der Gesellschaft profitiert. Hierbei ist aber die Besonderheit zu beachten, dass es beim Alleingesellschafter-Geschäftsführer nie zu

[1491] Vgl zu ratio *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1313a Rz 1.
[1492] So etwa auch in der Bestimmung des § 2 (2) Z 2 DHG.
[1493] So auch *Kerschner*, Haftungsminderung für Vereinsfunktionäre? Im Spannungsfeld zwischen VereinsG 2002, DHG und Gesellschaftsrecht in FS Binder (2010) 91 (97).
[1494] So hierzu grundlegend für viele *Binder/Kolmasch* in *Kodek/Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB IV[4] § 917 Rz 1 ff.
[1495] Vgl hierzu die Ausführungen unter Pkt 2.2.1.

einem Wertungswiderspruch zwischen Gesellschafter und Geschäftsführer kommen kann, das gesetzte Verhalten somit immer jenem der Gesellschafterversammlung entspricht und somit ein Schadenersatzanspruch mE zwar theoretisch denkbar, aber faktisch ausgeschlossen ist.

Darüber hinaus kann hinterfragt werden, ob eine fehlende Entlohnung als Indiz dafür angesehen werden kann, dass der Geschäftsleiter iwS einen geringeren Sorgfaltsmaßstab anzulegen hat, als ein fiktiver Kollege, der angemessen entlohnt wird. Generell befürworte ich einen solchen Grundsatz, da er meiner Meinung nach dem Verhältnis von Leistung und Ehrenamtlichkeit entsprechen würde und von einem ehrenamtlichen Geschäftsführer eben nicht erwartet werden kann, dass er dieselbe Sorgfalt aufbringt.[1496] Dies lässt sich mE schon daraus ableiten, dass man nicht davon ausgehen kann, dass der Ehrenamtliche die Tätigkeit hauptberuflich ausüben wird, was sich nicht zuletzt in der aufgewendeten Zeit niederschlagen wird. Ich möchte aber ausdrücklich betonen, dass es sich hierbei nur um einen Grundsatz handelt, da es im Einzelfall umgekehrt vorkommen kann, dass ein ehrenamtlicher Organwalter einen höheren Sorgfaltsmaßstab anzuwenden hat, als ein bezahlter Geschäftsleiter iwS. Man denke hierbei bspw an große Vereine, wie sie etwa im Bereich des Profi-Fußballs vorkommen. Wenn diese Vereine einen Umsatz in der Höhe von mehreren Millionen Euro pro Jahr aufweisen, haben die Vorstandsmitglieder selbst dann einen hohen Sorgfaltsmaßstab anzuwenden, wenn sie ehrenamtlich tätig sind. Dieser Sorgfaltsmaßstab könnte dann uU höher sein, als jener eines GmbH-Geschäftsführers, der in einem kleinen Betrieb, wie etwa einer Schusterwerkstätte tätig ist. MaW: Ehrenamtlichkeit bedeutet keineswegs einen Freibrief hinsichtlich des Sorgfaltsmaßstabs, sondern dieser ist immer an das konkrete Betätigungsumfeld anzupassen. Dies kann damit begründet werden, dass sich der Sorgfaltsmaßstab eben auch nach der Größe des Unternehmens zu orientieren hat.

Im VerG wurde seit der Schaffung des neuen VerG 2002 die unentgeltliche Tätigkeit des Organwalters, die gewiss beim Verein am häufigsten anzutreffen ist, berücksichtigt. Durch die VerG-Nov 2011 wurde im Rahmen der Neufassung des § 24 leg cit eine klare Regelung getroffen, wonach der Organwalter erst ab grober Fahrlässigkeit – dann aber für den gesamten Schaden – gegenüber dem Verein haftet.

[1496] Vgl hierzu die Ausführungen zur selben Thematik beim unentgeltlich tätigen Vereinsvorstand in Kap 3.2.2.

Zusammenfassend kann mE gesagt werden, dass der Gesetzgeber in den meisten Fällen zwischen entgeltlichen und unentgeltlichen Geschäften unterscheidet und somit die Rechtsfolgen auch unterschiedlich sein müssen. In den nächsten Kapiteln soll nun genau untersucht werden, welche Rechtsfolgen dies sind und inwiefern die Unentgeltlichkeit genau zu berücksichtigen ist.

5.2.2. Zur Auswirkung der Unentgeltlichkeit auf das Auswahlverschulden der Organwalter

Wie in der Arbeit ausgeführt, kommt es öfters vor, dass ein anderes Organ die Vorstandsmitglieder auswählt. Hierbei ist etwa an die Bestellung des AG-Vorstands durch den Aufsichtsrat zu denken. Gilt somit für ein ehrenamtliches Aufsichtsratsmitglied für den Bestellungsvorgang des Vorstandes ein reduzierter Sorgfaltsmaßstab? Wie oben unter Kap 3.2.2. ausgeführt, reduziert sich mE für den Ehrenamtlichen zwar grds der Sorgfaltsmaßstab; dies gilt meiner Ansicht nach aber nur, wenn davon ausgegangen werden kann, dass die Tätigkeit nicht als hauptberuflich oder professionell angesehen werden kann. Nur in diesem Fall bestünde eine ähnliche Situation wie beim ehrenamtlichen Vorstandsmitglied des Vereins. Daher gilt für den Arbeitnehmervertreter iSd § 110 ArbVG gegenüber den bezahlten Kapitalvertretern zwar ein leicht reduzierter Sorgfaltsmaßstab, aber immer noch jener der §§ 99 iVm 84 AktG, da man gerade auch von einem AN-Aufsichtsratsmitglied erwarten kann, dass es die tätigkeitsspezifischen Aufgaben ordnungsgemäß wahrnimmt. Zu dieser ordentlichen und gewissenhaften Tätigkeit gehört etwa auch die sorgfältige Auswahl eines geeigneten Vorstandes. Sofern es sich aber um ein ehrenamtliches Aufsichtsratsmitglied handelt, welches etwa bei einer ideellen AG tätig wird – und der Aufsichtsrat in seiner Form eher einer Art Beirat nahe kommt – kann nicht davon ausgegangen werden, dass das Aufsichtsratsmitglied bei der Bestellung dieselbe Sorgfalt an den Tag legt, wie etwa ein bezahltes AR-Mitglied einer Bank. Wenn also im Rahmen einer Gesamtbetrachtung davon ausgegangen werden kann, dass der Gesellschaftszweck der AG ideell ist und die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder kein Entgelt für ihre Tätigkeit erhalten, sprich grds eine vereinsähnliche Tätigkeit vorliegt, die aus welchem Grund auch immer in Form einer AG ausgeübt wird, entspricht dies mE sicherlich nicht mehr der klassischen Form einer AG,

sowie sie der Gesetzgeber im Auge hat. Wenn also eine vereinsähnliche Struktur aufgebaut wurde, ist meiner Ansicht nach, aufgrund einer Lücke[1497] des AktG hinsichtlich der ideellen AG mit ehrenamtlichen Organwaltern, die Haftungsbestimmung des § 24 (1) S 2 VerG analog anzuwenden. Somit würden die Organwalter nicht für leichte Fahrlässigkeit und erst bei grobem Verschulden für ein Auswahlverschulden haften. Allerdings ist aufgrund sämtlicher Umstände zu beurteilen, ob das Verhalten leicht oder grob fahrlässig war. Daher erhöht sich der Sorgfaltsmaßstab bei einer ideellen AG je größer die AG ist und je höher die Umsätze sind.

In der Tat sind ideelle AGs relativ selten, da die Gesellschaftsstruktur deutlich besser für eine rein wirtschaftliche Tätigkeit ausgerichtet ist. Das Thema des Auswahlverschuldens stellt sich in der Praxis aber auch besonders bei Vorstandsmitgliedern der Genossenschaften. Da gem § 15 (1) GenG nur Genossenschaftsmitglieder zum Vorstand gewählt werden können, werden in der Praxis oftmals Geschäftsleiter bestellt, die hauptberuflich und besoldet für die Genossenschaft tätig werden.[1498] Regelmäßig werden diese Geschäftsleiter zu Prokuristen bestellt und ins Firmenbuch eingetragen.[1499] Sofern also nur die Geschäftsleiter in die eigentliche Geschäftsführung involviert sind und dieses Verhalten auch aufgrund der Satzung oder eines Generalversammlungsbeschlusses zulässig ist, kommt dem Vorstand meiner Ansicht nach eine Art „Zwitterstellung" zu, da er zwar einerseits die Gesellschaft gem § 17 GenG nach außen vertritt, ihm in Wahrheit aber bei der Geschäftsführung hauptsächlich Überwachungspflichten zukommen, was eher der Rolle eines Aufsichtsrates entspricht. Daher wären mE für die Haftung der Vorstandsmitglieder zusätzlich auch die Regelungen über die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder analog anzuwenden. Das GenG, welches nur über eine knappe Haftungsbestimmung in § 24e (6) GenG verfügt,[1500] besagt, dass AR-Mitglieder ab leichtem Verschulden haften.[1501] Aber auch hier ist zu berücksichtigen, ob beim Vorstandsmitglied tatsächlich Ehrenamtlichkeit vorliegt. In diesem Fall wäre – wie *Zehetner* richtig ausführt – die Unentgeltlichkeit zu berücksichtigen.[1502] Allerdings wird man bei einem Vorstandsmitglied von Vornherein an der reinen Freigiebigkeit und somit am Ehrenamt zweifeln müssen, da allein die Tatsache, dass es Genossenschaftsmitglied ist, ein

[1497] Diese besteht mE, da das AktG die unentgeltliche Tätigkeit nicht vorgesehen hat.
[1498] Vgl *Strommer* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 15 Rz 10 ff.
[1499] Vgl *Binder/Lengauer* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 26 Rz 1 ff.
[1500] Vor dem URÄG 2008 (BGBl I 2008/70) befand sich die Bestimmung in § 24 (6) GenG.
[1501] Vgl *Zehetner* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen § 24 Rz 70.
[1502] Vgl *Zehetner* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen § 24 Rz 74.

Indiz dafür bildet, dass ein wirtschaftliches Interesse vorliegt. So profitiert das Vorstandsmitglied mittelbar bei einem guten Bilanzergebnis, was mE eine Ehrenamtlichkeit grds ausschließt. Kommt man bei einer Gesamtbetrachtung aber zum Ergebnis, dass der Vorstand tatsächlich ehrenamtlich tätig ist – was grds möglich ist – so stellt sich die Frage, ob dann eine vereinsähnliche Struktur vorliegt und uU die vereinsrechtlichen Haftungsregeln anzuwenden wären. Dagegen spricht mE aber grds der wirtschaftliche Förderungsauftrag, da die Mitglieder oftmals identisch mit den Geschäftspartnern der Genossenschaft sind.[1503] In der Konsequenz halte ich die vereinsrechtlichen Haftungsregeln für die Genossenschaft als nicht passend. Sofern aber eine tatsächliche Ehrenamtlichkeit des Vorstandes vorliegt, ist meiner Meinung nach der Sorgfaltsmaßstab zu reduzieren.[1504] Hier kann uU über eine analoge Anwendung des DHG diskutiert werden.[1505] Sofern die Vorstandsmitglieder der Genossenschaft den Geschäftsleiter auswählen, haften sie uU nach den Regeln über die culpa in eligendo.[1506]

5.2.3. Zum Mitverschulden der Gesellschaft aufgrund der Zurechnung der ehrenamtlichen Organwalter

In diesem Kapitel soll untersucht werden, ob sich die unentgeltliche Tätigkeit eines Geschäftsführers oder Vorstandes uU auf das Mitverschulden einer Gesellschaft am Schadenseintritt auswirken kann. Da die kapitalgesellschaftsrechtlichen Regeln nichts über die genaue Aufteilung des Schadens aussagen, ist § 1304 ABGB subsidiär heranzuziehen, welcher besagt, dass sofern bei einer Beschädigung zugleich ein Verschulden von Seite des Beschädigten eintritt, dieser den Schaden mit dem Schädiger verhältnismäßig trägt. Wenn das genaue Ausmaß nicht bestimmt werden kann, haften beide im Zweifel zu gleichen Teilen.

Kann also die Gesellschaft ein Mitverschulden treffen, wenn sie den unentgeltlich tätigen Geschäftsführer oder Vorstand nicht ordnungsgemäß überwacht? MaW: Muss ein

[1503] Vgl *Dellinger* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 1 Rz 11.
[1504] So wohl auch *Zehetner* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen § 24 Rz 74.
[1505] Eine Anwendung scheidet grds aufgrund der fehlenden wirtschaftlichen Unselbstständigkeit aus. S genauer unter Pkt 5.2.6.
[1506] S dazu auch unter Kap 4.4.1.4.

ehrenamtlicher Geschäftsführer oder Vorstand strenger überwacht werden, sodass ein Mitverschulden durch die Gesellschaft ausgeschlossen werden kann? Um dies zu beantworten, muss vorab geklärt werden, wen diese Überwachungspflicht trifft. Grds ist die Überwachung des Geschäftsleiters iwS Aufgabe des Aufsichtsrates. Sofern dieser nicht existiert, fällt diese Aufgabe mE der Generalversammlung – und somit den Gesellschaftern – zu. Wenn es also das zuständige Organ grds verabsäumt seine Kontrollfunktion wahrzunehmen und der Gesellschaft aufgrund dieses Verhaltens ein Schaden entsteht, kann dies meiner Ansicht nach als Mitverschulden qualifiziert werden.[1507] In der Folge wäre der Schaden zwischen dem Organwalter und der Gesellschaft zu teilen.

Des Weiteren ist zu klären, ob das zuständige Aufsichtsorgan bei einem ehrenamtlich tätigen Geschäftsleiter iwS eine besondere Überwachungspflicht trifft, da grds nicht davon ausgegangen werden kann, dass der unbesoldete Geschäftsleiter iwS mit derselben Sorgfalt agieren muss, wie ein entgeltlich tätiger Organwalter. Generell erhöhen sich durch den verminderten Sorgfaltsmaßstab auf Seiten des Geschäftsleiters iwS mE die Anforderungen für das Kontrollorgan und bei Nichteinhalten der gebotenen Überwachungspflichten kann sich uU ein Mitverschulden der Gesellschaft ergeben. Allgemein kann nach *Reich-Rohrwig* der ersatzpflichtige Geschäftsführer ein Überwachungsverschulden von Aufsichtsrat oder Generalversammlung in Bezug auf eigenes Verhalten niemals einwenden.[1508] Der OGH berücksichtigt in einigen E die Überwachungspflicht in Zusammenhang mit der Berechnung des Mitverschuldens.[1509] So hat er ausgesprochen, dass bei Schädigung der Gesellschaft durch ihren eigenen Geschäftsführer die Gesellschaft sich das Verschulden des Geschäftsführers gegenüber Dritten nicht zurechnen lassen muss, wenn diese Dritten gerade ihre Sorgfalts- und Überwachungspflichten hinsichtlich des Geschäftsführers verletzt haben.[1510]

Sofern aber das Überwachungsorgan ebenfalls von Ehrenamtlichen gebildet wird – wie es oft der Fall sein wird, wenn selbst der Geschäftsleiter iwS unbesoldet tätig wird – trifft diese Personen allerdings keine erhöhte Sorgfalt für die Überwachung, da sonst ein

[1507] So auch *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts[5] 467; aA *Schmidt* in *Ensthaler/Füller/Schmidt* (Hrsg), Kommentar zum GmbHG[2] § 43 Rz 45.
[1508] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 185; wobei dieser mE in der Kommentierung die Frage der Berücksichtigung des Mitverschuldens beim ehrenamtlichen Organwalter nicht thematisiert.
[1509] OGH 20.06.2008 1 Ob 121/08p; OGH 25.11.2008 5 Ob 223/08t.
[1510] OGH 20.02.2014 6 Ob 183/13z.

Ungleichgewicht der Risikoverteilung existieren würde. Auch bei den Aufsichtsratsmitgliedern ist ein eventuelles Ehrenamt zu berücksichtigen. Sofern kein Aufsichtsrat besteht und die Überwachungspflicht der Generalversammlung zukommt, trifft diese eine erhöhte Überwachungspflicht, wenn die Gesellschafter mittelbar[1511] von dem Gewinn der Gesellschaft profitieren.

Festgehalten werden kann, dass sich aufgrund der Ehrenamtlichkeit des Geschäftsleiters iwS grds eine erhöhte Überwachungspflicht des Aufsichtsorgans ergibt. Dies trifft dann nicht zu, wenn die Organwalter des Überwachungsorgans selbst ehrenamtlich tätig sind. Sofern die Überwachungspflicht verletzt wird, ist dieses Verhalten mE der Gesellschaft uU als Mitverschulden zuzurechnen und der Schaden somit verhältnismäßig aufzuteilen.

5.2.4. Zur Frage der Haftung bei anfänglicher Unmöglichkeit der ordnungsgemäßen Leistungserbringung des ehrenamtlichen Organwalters

In diesem Kapitel soll hinterfragt werden, ob sich die Unentgeltlichkeit auf den Umfang der Haftung auswirkt, wenn der ehrenamtlich tätige Geschäftsführer oder Vorstand von Anfang an unfähig war, die für die Geschäftsführung notwendige Leistung ordnungsgemäß zu erbringen.

Auch wenn von einem Ehrenamtlichen grds nicht die gleiche Sorgfalt erwartet werden kann, die von einem hauptberuflich und entgeltlich tätigen Geschäftsführer oder Vorstand gefordert wird, kann man mE doch davon ausgehen, dass selbst der Ehrenamtliche ein gewisses Maß an Mindestfähigkeiten mitbringen wird müssen. *Krejci* schreibt treffend, dass Ehrenamtlichkeit auch im Vereinsrecht kein Freibrief für Dilettantismus ist.[1512] Sofern also eine Person von Anfang an nicht über die notwendigen Kenntnisse oder Fähigkeiten für die jeweilige Funktion verfügt, hat sie dieses Fehlen zu vertreten, da auch der Ehrenamtliche als Sachverständiger iSd § 1299 ABGB zu qualifizieren ist. Wenn also die

[1511] Bspw durch die Verteilung aufgrund der Gesellschaftsanteile oder durch sonstige Leistungen.
[1512] *Krejci*, Zum Mitglieder- und Gläubigerschutz nach dem VerG 2002, JBl 2003, 723.

Einlassungsfahrlässigkeit selbst im Vereinsrecht greift,[1513] dann soll sie meiner Meinung nach erst Recht für das Kapital- und Genossenschaftsrecht gelten. Kann ein Organwalter die notwendige Zeit nicht aufbringen oder verfügt er nicht über die entsprechenden Fähigkeiten, entbindet ihn auch die Ehrenamtlichkeit nicht von der Pflicht ordnungsgemäß zu handeln, da bei jedem Sachverständigen ein objektiver Sorgfaltsmaßstab besteht.

Sofern aber die Unfähigkeit die Funktion ordnungsgemäß wahrzunehmen der Gesellschaft von Anfang an bekannt war, kann dies mE uU als Mitverschulden berücksichtigt werden, wenn aufgrund dessen ein Schaden eintritt. Dies wäre bspw der Fall, wenn eine Person überredet wird ein Amt zu übernehmen und von Beginn an erkennbar ist, dass diese Person mit der Erfüllung überfordert sein wird.

5.2.5. Zur Anwendbarkeit der Beweislastumkehr auf den ehrenamtlichen Organwalter

Nachdem – wie gezeigt wurde[1514] – die Beweislastumkehr des § 84 (2) AktG generell auch auf das GmbH- und die Genossenschaftsrecht analog angewandt wird,[1515] ist einerseits zu untersuchen, ob dies auch für das Vereinsrecht gilt und, ob die unentgeltliche Tätigkeit andererseits womöglich einen Einfluss auf die Beweislastumkehr hat.

Ist also die Bestimmung der Beweislastumkehr des § 84 (2) AktG auch analog auf den Verein anzuwenden? Dies hängt mE davon ab, ob es sich um einen wirtschaftlich tätigen Verein handelt oder nicht, denn sofern eine wirtschaftliche Tätigkeit im Rahmen des Nebenzweckprivilegs vorliegt und bei einer Gesamtbetrachtung der Unterschied zu Kapitalgesellschaften gering ist, wäre die aktienrechtliche Regelung anzuwenden. Wenn also der Organwalter des Vereins entgeltlich für den Verein seine Dienstleistung erbringt, besteht wohl nur ein geringer Unterschied zum Geschäftsführer einer GmbH oder zum Vorstandsmitglied einer AG oder Genossenschaft. Ein freier Dienstvertrag kann meiner Ansicht nach als Indiz herangezogen werden, dass eine gewisse Professionalität und

[1513] Zur Einlassungsfahrlässigkeit s bspw *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1299 Rz 8; *ders* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1307 Rz 7.
[1514] S Kap 2.1.2.3, 2.1.2.3, 3.2.1.3. und 4.2.1.
[1515] Vgl *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG § 25 Rz 200; *Strommer* in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] § 23 Rz 13; OGH 16.03.2007 6 Ob 34/07d; OGH 21.12.2010 8 Ob 6/10f.

Hauptberuflichkeit vorliegt, die eben auch die kapitalgesellschaftsrechtliche Regelung des § 84 (2) AktG nach sich zieht. Darüber hinaus verweist § 24 (1) VerG ausdrücklich auf die schadenersatzrechtlichen Regelungen der §§ 1293 ff ABGB, womit auch die Beweislastregel des § 1298 ABGB anzuwenden ist, wenn zwischen dem Organwalter und dem Verein ein Vertrag vorliegt.

Ist der Organwalter allerdings ehrenamtlich tätig, ist die Beweislastumkehr mE nicht anzuwenden. In der alten Fassung des § 24 VerG, nach der die „Unentgeltlichkeit der Tätigkeit zu berücksichtigen" war, konnte die Nichtanwendung meiner Meinung nach deutlich unter die gesetzliche Formulierung subsumiert werden. Nachdem in der neuen Fassung die Formulierung bei der Ehrenamtlichkeit nur noch auf den Fahrlässigkeitsgrad des Verhaltens abstellt, bleibt mE nur noch festzustellen, dass der Gesetzgeber offenbar auch keine Notwendigkeit gesehen hatte auf die Frage der Beweislast bei der Ehrenamtlichkeit einzugehen, sodass gar keine Lücke vorliegt, die durch Analogie zu schließen wäre. § 84 (2) AktG ist somit beim unentgeltlichen Organwalter nicht anzuwenden, was bedeutet, dass der Verein im Regressfall den Schaden, die Verursachung, die Rechtswidrigkeit und das Verschulden zu beweisen hat. Sofern man davon ausgeht, dass sich die Beweislastumkehr aus § 1298 ABGB ergeben würde – uU abgeleitet aus dem Auftragsvertrag – wäre dem meiner Ansicht nach entgegenzuhalten, dass § 1298 ABGB grds nur auf synallagmatische Verträge anzuwenden ist[1516] und somit ebenso teleologisch zu reduzieren wäre. In diesem Fall müsste der Verein somit auch die Rechtswidrigkeit und das Verschulden beweisen.

Des Weiteren ist zu klären, ob die unentgeltliche Ausübung der Tätigkeit auch im Kapital- und Genossenschaftsrecht zu berücksichtigen ist. Vorweg muss nochmals betont werden, dass das AktG in den §§ 78 (1) und 98 leg cit explizit von der Entgeltlichkeit der Organwalter ausgeht und diese den Regelfall des Aktienrechts bildet.[1517] Die Haftungsregeln sind mE der Entgeltlichkeit angepasst. Die durchaus strengen Haftungsbestimmungen – inklusive der Beweislastumkehr des § 84 (2) AktG – dienen nicht zuletzt dazu das Vorstandsmitglied zu motivieren ordnungsgemäß zu arbeiten, um sich so nicht der Haftung auszusetzen. Bei

[1516] So auch *Reischauer*, Die Anwendbarkeit des § 1298 ABGB bei Verletzung von Neben(leistungs)-, Schutz- und Sorgfaltspflichten, aufgezeigt anhand der Flugunfallentscheidung 2 Ob 300/97z, ÖJZ 2000, 534 (543); R*eischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] § 1299 Rz 29; *Harrer* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB VI[3] § 1298 Rz 25.

[1517] So bspw *Füreder*, Managerbezüge zwischen Misserfolg und Vertragstreue, Die Presse (12.12.2011) 4; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II[5] §§ 77 bis 84 Rz 139.

einem ehrenamtlich tätigen Vorstandsmitglied, das aus reiner Freigiebigkeit diese Funktion übernimmt, können mE aber nicht dieselben strengen Haftungsregeln angewandt werden, wie bei einem professionellen und entgeltlich tätigen Organwalter. Wenn also die AG in der Gesamtbetrachtung vereinsähnlich aufgebaut und nicht auf Gewinn ausgerichtet ist, sind die Haftungsregeln meiner Ansicht nach überschießend. Daher ist § 84 (2) AktG im Falle der Ehrenamtlichkeit teleologisch zu reduzieren[1518] und somit nicht anzuwenden.

Selbst wenn im GmbHG keine ausdrückliche Regelung über die entgeltliche Tätigkeit der Geschäftsführer vorhanden ist, so ist doch zweifelsfrei anzuerkennen, dass der Gesetzgeber auch hier nicht von Ehrenamtlichkeit ausgeht.[1519] Dass die aktienrechtlichen Haftungsregelungen – insbesondere die Beweislastumkehr des § 84 (2) AktG – analog auf das GmbH-Recht angewandt werden, halte ich für richtig, da es bspw über keinerlei Beweislastregeln verfügt, sofern die Situation des Geschäftsführer im Wesentlichen jener des AG-Vorstandes entspricht. Dies ist vor allem auch dann der Fall, wenn es sich um einen professionellen und bezahlten Geschäftsführer handelt. Sofern es sich aber um einen ehrenamtlich tätigen Geschäftsführer handelt,[1520] sind mE die aktienrechtlichen Haftungsregeln nicht analog anzuwenden, da meiner Ansicht nach in diesem Fall keine Lücke vorliegt, welche durch Analogie zu schließen wäre. Daher hat im Fall eines Schadensersatzanspruches der GmbH gegen den ehrenamtlich tätigen Geschäftsführer die Gesellschaft auch das Verschulden und die Rechtswidrigkeit zu beweisen.

Gleiches gilt meiner Meinung nach für das Genossenschaftsrecht nur, wenn die Vorstandsmitglieder der Genossenschaft aufgrund der Gesamtbetrachtung ehrenamtlich tätig sind und keine wirtschaftlichen Interessen verfolgen. Da der genossenschaftsrechtliche Förderungsauftrag[1521] aber mE gerade die wirtschaftliche Förderung der Mitglieder zur Folge hat und die Vorstandsmitglieder gem § 15 (1) GenG ex lege auch Mitglieder der Genossenschaft sind, wird ein reines Ehrenamt grds auszuschließen sein. In diesem Fall wäre § 84 (2) AktG auch auf die ehrenamtlichen Vorstandsmitglieder anzuwenden. Denkbar wäre aber theoretisch, dass der Geschäftsleiter der Genossenschaft ehrenamtlich für die Genossenschaft tätig wird. Sofern er kein Mitglied der Genossenschaft ist und somit auch

[1518] S hierzu grundlegend *F. Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre 69 f.
[1519] So auch *Stehle*, Der erfolgreiche GmbH-Geschäftsführer[3] 136 ff.
[1520] Etwa im Falle einer ideellen GmbH.
[1521] Die Formulierung des § 1 (1) GenG („die im wesentlichen der Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder dienen") betont mE deutlich, dass es um die wirtschaftliche Förderung der Mitglieder geht.

nicht am wirtschaftlichen Ergebnis der Gesellschaft beteiligt ist, wäre mE die Beweislastumkehr des § 84 (2) AktG auf ihn nicht anzuwenden, wenn er bei einer Gesamtbetrachtung[1522] kein Entgelt erhält. In diesem Fall hätte die Genossenschaft auch das Verschulden und das rechtswidrige Verhalten des Geschäftsleiters zu beweisen.

5.2.6. Zur Anwendbarkeit des DHG oder analogen Anwendung des § 24 (1) S 2 VerG auf die Vorstände der Genossenschaft und Aktiengesellschaft bzw den Geschäftsführer der GmbH

In Kapitel 4.6. wurde aufgezeigt, dass das DHG auch auf Geschäftsführer und Vorstände anzuwenden ist, wenn diese als arbeitnehmerähnliche Personen qualifiziert werden können. Die Arbeitnehmerähnlichkeit beruht vor allem auf der wirtschaftlichen Unselbstständigkeit. MaW: Arbeitnehmerähnliche Personen sind von dem Gehalt, welches sie beziehen wirtschaftlich abhängig um ihre Lebensbedürfnisse zu befriedigen.[1523] Sofern jemand aber eine Geschäftsführungstätigkeit ehrenamtlich erbringt, kann er mE nie arbeitnehmerähnlich sein, da er dann auch nicht wirtschaftlich von der Gesellschaft abhängig sein kann. Ehrenamtlichkeit und Arbeitnehmerähnlichkeit schließen sich aus. Da der unentgeltliche Geschäftsführer oder Vorstand nicht arbeitnehmerähnlich sein kann, ist auch das DHG auf ihn nicht anzuwenden.

Dies würde aber dazu führen, dass auf den hauptberuflichen und bezahlten Geschäftsführer die Haftungserleichterungen des DHG anzuwenden sind und der ehrenamtlich tätige Geschäftsführer einer ideellen GmbH bereits ab leichter Fahrlässigkeit für die volle Schadenshöhe haften würde, was mE zu einer massiven Ungleichbehandlung des Verhältnisses von entgeltlicher und unentgeltlicher Tätigkeit führen würde. Da man hier von einer planwidrigen Lücke ausgehen muss, ist eine Bestimmung zu suchen, die für diesen Fall analog angewandt werden kann. ME bestehen zwei Möglichkeiten: Entweder ist das DHG als Ganzes oder die Regelung des § 24 (1) S 2 VerG über die Haftung des ehrenamtlichen Organwalters beim Verein analog anzuwenden.

[1522] Hierunter fallen etwa sonstige Leistungen und Vergütungen, die der Geschäftsleiter von der Genossenschaft erhält.
[1523] So auch der OGH 07.01.1970 6 Ob 307/69.

Beide Varianten wären durchaus denkbar, da sie inhaltlich ähnlich sind. Der grundsätzliche Unterschied besteht allerdings darin, dass bei einer analogen Anwendung des § 24 (1) S 2 VerG der Organwalter bei leichter Fahrlässigkeit gar nicht und bei grober Fahrlässigkeit voll haften würde. Das DHG differenziert mE feiner, indem der Organwalter zwar bei leichter Fahrlässigkeit uU haften kann, aber auf der anderen Seite der Schadenersatzanspruch auch bei grober Fahrlässigkeit gemindert werden kann.

Selbst wenn ich es für absolut vertretbar halte § 24 (1) S 2 VerG analog anzuwenden, wenn die Situation vereinsähnlich ist, spreche ich mich doch eher für die analoge Anwendung des DHG aus,[1524] da hier der Richter noch exakter auf den Einzelfall eingehen und sämtliche Ereignissen berücksichtigen kann. Es müsste dann auch nicht nach dem „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ entschieden werden, je nachdem ob das gesetzte Verhalten als leicht oder grob fahrlässig zu qualifizieren ist. Ebenso kann der Richter entscheiden, dass der Organwalter den Schaden bei leichter Fahrlässigkeit gar nicht zu tragen oder bei grober Fahrlässigkeit voll zu tragen hat. Diese Variante würde inhaltlich wiederum voll der vereinsrechtlichen Regelung entsprechen. Durch das DHG ist allerdings ein angemessenes „Feintuning“ möglich, was mE dazu führt, dass diese Lösung mehr Vorteile und eine größere Flexibilisierung bietet.

5.2.7. Abschlussbemerkung zur Abgrenzung der entgeltlichen von der unentgeltlichen Tätigkeit

Wenngleich in dieser Arbeit streng zwischen dem Vorliegen entgeltlicher und unentgeltlicher Tätigkeit unterscheiden wurde, soll nochmals am Ende unterstrichen werden, dass die tatsächliche Qualifikation durchaus komplex sein kann. So besteht nicht nur bei Bezug eines Entgelts ieS ein synallagmatisches Verhältnis, sondern immer dann, wenn ein Entgelt iwS[1525] bezogen wird. Unter Letzteres fallen etwa bspw Vergünstigungen oder sonstige Leistungen,[1526] die der Organwalter aufgrund seiner Tätigkeit erhält. Dabei darf nicht übersehen werden, dass auch die zeitliche Konnexität zwischen Leistung und einer eventuellen Gegenleistung zu berücksichtigen ist. So kann etwa die Übernahme einer

[1524] Insbesondere auch aufgrund der Auslegung der Bestimmung von § 2 (2) Z 2 DHG.
[1525] S zur Abgrenzung die Ausführungen in Kap 2.2.1.
[1526] Wie etwa Naturalleistungen.

Funktion zwar zu diesem Zeitpunkt nach außen hin ehrenamtlich erfolgen, wenn der Organwalter kein Entgelt erhält; dies wäre aber dann nicht der Fall, wenn dem Organwalter zu einem späteren Zeitpunkt Vergünstigungen oder generell eine Gegenleistung gewährt wird. Es muss also immer im Rahmen einer Gesamtbetrachtung ermittelt werden, ob Ehrenamtlichkeit im Sinne von reiner Freigiebigkeit vorliegt, denn nur dann handelt es sich um einen unentgeltlich tätigen Organwalter, der auch haftungsrechtlich begünstigt werden soll. Die reine „interne“ Motivation eines Organwalters zu einem späteren Zeitpunkt eine Gegenleistung zu erhalten, schließt zwar grds die Ehrenamtlichkeit aus, wird in der Praxis aber schwer zu beweisen sein.

6. Zusammenfassung der Forschungsergebnisse

In diesem Kapitel sollen die Forschungsergebnisse dieser Arbeit (chronologisch) zusammengefasst werden.

1. § 1299 ABGB liefert eine demonstrative Aufzählung von Sachverständigen und umfasst alle Personen, die bei der Ausübung ihrer Tätigkeit eine besondere Sachkenntnis benötigen. Durch das Ausüben des Berufes wird die Person automatisch zum Sachverständigen – unabhängig davon, ob die Person über die notwendigen Kenntnisse verfügt, oder nicht.
2. § 1299 ABGB verschärft und objektiviert den Sorgfaltsmaßstab. In der Lehre herrscht Uneinigkeit darüber, ob auch für das Nichteinsetzen von vorhandenen außergewöhnlichen Eigenschaften einzustehen ist, was ich jedoch ablehne, da es eben nur um die durchschnittlichen Fähigkeiten eines Sachverständigen geht.
3. Da man gerade am Beginn einer Berufstätigkeit noch nicht über gewisse Erfahrungen verfügen kann, ist einem Sachverständigen die reine Unerfahrenheit noch nicht vorzuwerfen, sondern nur, wenn diese mit einer auffallenden Sorgfaltslosigkeit bei entstehenden Problemen gekoppelt ist.
4. Ö-Normen können als Anhaltspunkt für den gewöhnlich geschuldeten Sorgfaltsmaßstab herangezogen werden.
5. § 1299 ABGB stellt keine eigene Haftungsgrundlage dar, sondern betrifft nur das Verschulden und den Personenkreis. Für einen Schadenersatzanspruch bedarf es aller Voraussetzungen der §§ 1293 ff ABGB.
6. Auch juristische Personen können Adressaten des § 1299 ABGB sein. Ein Vergleich des Verhaltens mit jenem einer natürlichen Person ist mE dort möglich, wo die Tätigkeit auch von einer natürlichen Person ausgeführt werden kann. Allerdings ist bei juristischen Personen auch der Entscheidungsprozess zu berücksichtigen.
7. § 347 UGB kommt keine eigenständige Bedeutung zu. Daher gilt für Unternehmer der Sorgfaltsmaßstab nach § 1299 ABGB. Der Sorgfaltsmaßstab des Unternehmers richtet sich nach der Größe und Branche des Unternehmens.
8. Die gesellschaftsrechtlichen Haftungsregeln (§ 25 GmbHG, § 84 AktG und § 23 GenG) betreffen im Gegensatz zu § 1299 ABGB und § 347 UGB nur das Innenverhältnis. Der Geschäftsführer schuldet ein branchen-, größen- und situationsadäquates Bemühen, wobei ihm ein gewisser Ermessensspielraum zukommen muss, um Entscheidungen zu treffen. ME kann der Geschäftsführer auch risikoreiche Geschäfte abschließen, da gerade diese im Unternehmensrecht üblich sein können. Wirtschaften bedeutet in meinen Augen auch Risiken eingehen zu dürfen.
9. Meiner Meinung nach ist eine vertragliche Verschärfung der Diligenzpflicht unzulässig, da dies bedeuten würde, dass der Geschäftsführer selbst für das zufällige Eintreten von Schäden haften würde, da er grds ohnedies für leichte Fahrlässigkeit

haftet. Das unternehmerische Risiko ist vom Unternehmer zu tragen. Im Gegensatz zur hL und Rspr spreche ich mich aber dafür aus, dass eine Haftungsmilderung – etwa für grobes Verschulden – durch Vertrag oder Satzung beschlossen werden kann, sofern dadurch keine Gläubigerinteressen gefährdet werden.

10. Die gesellschaftsrechtlichen Haftungsregeln bilden direkte Anspruchsgrundlagen der Gesellschaft gegen die Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder. Dritten erwachsen aufgrund der Bestimmungen keine direkten Ansprüche.
11. Grds ist zwischen der Sorgfaltspflicht und dem Sorgfaltsmaßstab zu unterscheiden, wenngleich manchmal eine Differenzierung in der Praxis schwierig ist. Unter der Sorgfaltspflicht – welche auf Rechtswidrigkeitsebene zu prüfen ist – sind die generellen Pflichten und Aufgaben zu verstehen. Die konkrete Überprüfung, ob die gebotene Sorgfalt eingehalten wurde, erfolgt durch den Sorgfaltsmaßstab auf Schuldebene. Generell kann man aus den gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen über die Sorgfalt sowohl eine Sorgfaltspflicht, als auch den Sorgfaltsmaßstab ableiten, wodurch ihnen eine Doppelfunktion zukommt.
12. Weder das ABGB, noch die arbeitsrechtlichen Gesetze liefern eine Legaldefinition des Entgeltbegriffs. Als Entgelt wird jede Art von Leistung des Arbeitgebers verstanden, die der Arbeitnehmer als Gegenleistung für die Zurverfügungstellung seiner Arbeitskraft erhält. Dazu zählen nicht nur der laufende Lohn oder das Gehalt, sondern auch die üblichen regelmäßigen oder sonstigen ordentlichen und außerordentlichen Leistungen. Die Vereinbarung von unentgeltlichen Dienstleistungsverträgen ist zulässig, sofern dies keinen kollektivvertraglichen Bestimmung widerspricht oder gegen die guten Sitten iSd § 879 (1) ABGB verstößt.
13. Von Entgelt streng zu unterscheiden ist der Aufwandersatz, also jene konkreten Mehraufwendungen, die einem Dienstnehmer aufgrund seiner Dienstleistung entstehen. Sofern aber die Aufwandsentschädigung den tatsächlichen Aufwand übersteigt, handelt es sich bei dem höheren Teil nicht mehr um Aufwandersatz, sondern um Entgelt. Aus diesem Grund können mE Pauschalvergütungen wegen der komplexen Zuordnung problematisch sein. Eine Auszahlung von Aufwandsentschädigungen, die „im Wesentlichen“ der Höhe des tatsächlichen Aufwands entspricht, ist abzulehnen, da genau zwischen Entgelt und Aufwandersatz zu unterscheiden ist, was sich auch in der Abrechnung niederschlagen muss. Sofern ein pauschaler Aufwandersatz vereinbart wurde und dem AN tatsächlich höhere Kosten entstehen, kann mE nicht von einem konkludenten ex-ante-Verzicht ausgegangen werden.
14. Der steuerrechtliche Begriff der „Gemeinnützigkeit“ darf nicht mit dem ideellen Zweck gleichgesetzt werden. Eine ideelle Tätigkeit liegt vor, wenn kein Gewinn angestrebt wird und diese Tätigkeit dem ideellen Zweck dient.
15. Sofern Vereine die Interessen ihrer Mitglieder fördern, besteht ein besonderes Naheverhältnis zum genossenschaftsrechtlichen Förderungsauftrag. Der Unterschied liegt aber darin, dass der Verein nicht auf Gewinn gerichtet sein darf, während die

Genossenschaft aufgrund ihrer generellen wirtschaftlichen Ausrichtung grds sehr wohl Gewinn anstrebt, der in weiterer Folge unter den Gesellschaftern verteilt wird.

16. Der Vereinsvorstand muss aufgrund der fehlenden Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften aus mindestens zwei Personen bestehen. Eine Pflicht zur gemeinschaftlichen Vertretung lässt sich aus dem Gesetz allerdings nicht ableiten, wenngleich dies mE die konsequente Verwirklichung des Vier-Augen-Prinzips wäre.
17. Nachdem das Vereinsrecht über keine generelle Befristung der Vorstandstätigkeit verfügt, kann der Vorstand auf unbestimmte Zeit bestellt werden. Eine analoge Anwendung der aktienrechtlichen Bestimmung ist meiner Ansicht nach abzulehnen.
18. Im Rahmen des Nebenzweckprivilegs kann der Verein auch unternehmerisch tätig werden. Eine unternehmerische Tätigkeit ist allerdings nicht von der Größe des Vereins abhängig. Vereine können als „andere Einzelunternehmer" iSd § 8 (1) S 2 UGB ins Firmenbuch eingetragen werden. Daher kann ein Verein grds auch Unternehmer gem § 3 UGB sein. Hinsichtlich einer Scheinunternehmerschaft ist mE die Führung der ZVR-Nummer nicht mit einer Firmenbuch-Nummer gleichzusetzen.
19. Sofern ein ideeller Zweck angestrebt wird, besteht mE freie Rechtsformwahl und es existiert daher auch kein Zwang zur Gründung eines Vereins. Ein Teil der Lehre und der OGH sprechen sich für einen Zwang zur Genossenschaft aus, sofern ein Förderungsauftrag vorgesehen ist. ME wiegt aber das Argument des anderen Teils der Lehre und des VfGHs schwerer, in dem auf die Organisationsfreiheit verwiesen wird.
20. Es bestehen gravierende Unterschiede, je nachdem ob ein ideeller Zweck in Form eines Vereins oder einer GmbH ausgeübt wird. Dies betrifft zB die Kapitalaufbringungs- und -erhaltungsvorschriften, die Gründungskosten, die Anzahl der Gründer bzw Vorstandsmitglieder, die Form des Mitglieder- bzw Gesellschafterwechsels, die Unternehmereigenschaft nach § 2 UGB und die Vorschriften über die Rechnungslegung. Darüber hinaus besteht im Vereinsrecht eine ausdrückliche Regelung über die Haftung bei ehrenamtlicher Tätigkeit.
21. § 24 (1) VerG bildet eine Anspruchsgrundlage des Vereins gegen den Organwalter, sofern dieser gegen objektivierten Sorgfaltsmaßstab verletzt hat und dem Verein durch sein Verhalten ein Schaden entstanden ist. Die zu leistende Sorgfalt hängt ua von der Größe des Vereins, dem Tätigkeitsbereich und der Vermögenslage ab. Bei einem ehrenamtlichen Vereinsvorstand ist eine analoge Anwendung der Beweislastumkehr iSd § 84 (2) AktG abzulehnen.
22. Durch das VerG 2002 wurden die bestehenden vereinsrechtlichen Regelungen kodifiziert, wobei es hierdurch mE nicht zu einer Verschärfung der Organwalterhaftung gekommen ist. Da im Vereinsrecht grds von ehrenamtlichem Engagement ausgegangen werden kann, war bereits in § 24 VerG aF vorgesehen, dass die Unentgeltlichkeit des Organwalters zu berücksichtigen sei. Nach einstimmiger Lehre ging man davon aus, dass der Ehrenamtliche nicht an denselben strengen Maßstäben beurteilt werden darf, wie ein entgeltlich bezahltes Vorstandsmitglied. Die genaue Ausgestaltung sollte der Rechtsprechung vorbehalten

bleiben, was aber nicht geschehen ist. Dies kann mE am grds geringen Streitwert, aber auch am engen persönlichen Kontakt der Vereinsmitglieder liegen. Unabhängig von der Höhe des bezogenen Entgelts vertrete ich die Ansicht, dass ein Vereinsvorstandsmitglied immer Sachverständiger iSd § 1299 ABGB ist.

23. ME reduziert sich bei ehrenamtlicher Tätigkeit der Sorgfaltsmaßstab, da nicht erwartet werden kann, dass sich der ehrenamtlich tätige Organwalter eines Vereins mit der gleichen Intensität und Aufmerksamkeit der Vereinsleitung widmet, wie ein Geschäftsführer einer GmbH, der seine Funktion hauptberuflich und entgeltlich ausübt.
24. Aufgrund der Novellierung des § 24 VerG, haftet der unentgeltlich tätige Organwalter und Rechnungsprüfer grds nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit, sofern nichts anderes vereinbart oder in den Statuten festgelegt ist. Die Stellungnahmen zum ME waren durchwegs positiv, wobei oftmals eine Definition der unentgeltlichen Tätigkeit gefordert wurde.
25. In § 31a BGB existiert eine ähnliche vereinsrechtliche Haftungsregel wie in § 24 (1) S 2 VerG. Allerdings besteht im dt Recht eine Wertgrenze in der Höhe von € 720,-. Sofern der Organwalter im Jahr weniger verdient, haftet er dem Verein gegenüber nur für grobes Verschulden. Auch im österreichischen Recht könnte über die Einführung einer Wertgrenze in der Bestimmung des § 24 (1) S 2 VerG diskutiert werden, um so nicht dem „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ folgen zu müssen.
26. Die neue Regelung des § 24 (1) S 2 VerG stellt klar, dass der unentgeltlich tätige Organwalter grds bei leichter Fahrlässigkeit nicht haftet bzw sich bei Inanspruchnahme durch einen Dritten am Verein regressieren kann. Hierunter kann sich auch der juristische Laie wohl mehr vorstellen, als unter der grds Berücksichtigung des Entgelts nach der alten Rechtslage, was im Ergebnis zu begrüßen ist. Folglich stellt sich aber die Frage, ob dem Laien in weiterer Folge der Unterschied zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit bekannt sein wird.
27. § 25 (1) GmbHG ordnet an, dass die Geschäftsführer der Gesellschaft gegenüber verpflichtet sind, bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsführers anzuwenden. Sofern sie bei der Ausübung dieser Tätigkeit ihre „Obliegenheiten“ verletzen, haften sie der Gesellschaft gem § 25 (2) GmbHG zur ungeteilten Hand für den entstandenen Schaden. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass ich den Begriff „Obliegenheiten“ für falsch halte, da es sich um eine echte Pflicht des Geschäftsführers handelt. Daher wäre es mE ratsam im Rahmen einer Gesetzesnovelle den Begriff „Obliegenheiten“ durch „Pflichten“ zu ersetzen.
28. Eine Verschärfung der Diligenzpflicht des § 25 GmbHG ist mE nicht möglich, da die Gesellschaft das wirtschaftliche Risiko tragen soll. Eine Verminderung der Sorgfaltspflicht ist meiner Ansicht nach zulässig, wobei beachtet werden muss, dass dies nur dann erfolgen darf, wenn dadurch keine Gläubigerinteressen gefährdet werden.
29. Die Sorgfalt des Geschäftsführers der GmbH kann grds auch anhand des Österreichischen Corporate Governance Kodex überprüft werden. Geschuldet ist

stets ein branchen-, größen- und situationsadäquates Bemühen. Das Fehlschlagen einer unternehmerischen, durch den Geschäftsführer getroffenen Entscheidung ist per se noch nicht haftungsbegründend. Sofern der Geschäftsführer nach einem Gesellschafterbeschluss handelt, haftet er für den daraus entstandenen Schaden grds nicht. Sollte der Geschäftsführer trotz Befolgung einer Gesellschafterweisung zur Haftung gem § 25 (5) GmbHG herangezogen werden, kann er sich später an der Gesellschaft regressieren. Wenn den Geschäftsführer aber kein Verschulden trifft, haftet er jedoch nie, da der Gläubigerschutz nicht schwerer wiegen kann als das schadenersatzrechtliche Verschuldensprinzip.

30. Da es sich bei den Entscheidungen des Geschäftsführers um Prognoseentscheidungen handelt, muss der Betrachtungszeitpunkt der Handlung streng ex ante gewählt werden.
31. Sofern die Geschäftsführer solidarisch haften, ist ein interner Regress durchaus möglich. Unterschiedliche Verschuldensgrade können sich auch aus einer Ressortverteilung ergeben.
32. Aus der Weisungsfreiheit des AG-Vorstandes ergibt sich, dass der Vorstand auch im Innenverhältnis nicht an die Vorgaben des Aufsichtsrates oder der Hauptversammlung gebunden ist. Dem Vorstand kann aber die Befolgung eines dementsprechenden Beschlusses uU gem § 84 (4) AktG zugutekommen und eine Haftung ausschließen.
33. § 78 AktG normiert mE eindeutig, dass im AktG von einer entgeltlichen Tätigkeit des Vorstandes ausgegangen wird. In der Folge sind meiner Ansicht nach auch die Haftungsbestimmungen diesem Grundsatz angepasst.
34. Aufsichtsratsmitglieder haften grds mit den Vorstandsmitgliedern solidarisch, sofern sie ein Verschulden am eingetreten Schaden trifft. Die Aufsichtsratsmitglieder kann eine Haftung treffen, wenn sie eine ungeeignete Person zum Vorstand berufen. Diese culpa in eligendo ergibt sich aus dem Verstoß gegen das ordnungsgemäße Verhalten eines gewissenhaften Aufsichtsratsmitglieds.
35. Entgegen dem Gesetzeswortlaut des § 23 GenG haftet auch das Vorstandsmitglied der Genossenschaft nur gegenüber der Gesellschaft. Eine Besonderheit des Genossenschaftsrechts ist sicherlich der beschränkte Personenkreis, aus dem der Vorstand gebildet werden kann. Die „eingeschränkte Drittorganschaft“ iSd § 15 (1) GenG besagt, dass das Vorstandsmitglied auch Mitglied der Genossenschaft sein muss. ME kann sich aufgrund des beschränkten Personenkreises grds eine Haftungsmilderung bei ehrenamtlicher Tätigkeit ergeben, wobei stets beachtet werden muss, dass es sich bei der Genossenschaft um eine wirtschaftliche Tätigkeit handelt und der Förderungsauftrag nicht mit dem ideellen Zweck des Vereins gleichgesetzt werden darf.
36. Es kann in der Praxis durchaus vorkommen, dass der Genossenschaftsvorstand unentgeltlich tätig wird und die „echte“ Geschäftsführung einem entgeltlich tätigen Geschäftsleiter übertragen wird. ME ist die Bestimmung des § 23 GenG in der Folge auch auf Geschäftsleiter anzuwenden. Im Fall der Bestellung eines Geschäftsleiters

nimmt der Vorstand eine Zwischenrolle zwischen Vorstand und Aufsichtsrat ein, da ihn Überwachungspflichten gegenüber dem Geschäftsleiter treffen. UU kann dies als Ressortverteilung gesehen werden. Daher kann der Sorgfaltsmaßstab des Vorstandes bei Vorhandensein eines Geschäftsleiters eventuell reduziert werden.

37. Sofern beim mehrgliedrigen Vorstand Meinungsverschiedenheiten bei der Geschäftsführung bestehen, kann es uU nicht ausreichen bei der Entscheidungsfindung gegen die geplante Maßnahme zu stimmen. Möglicherweise kann es der objektive Sorgfaltsmaßstab eines ordentlichen und gewissenhaften Organwalters erfordern, weitere Schritte – wie die Verständigung des AR oder der Gesellschafterversammlung – zu setzen. In diesem Fall müsste die Stellungnahme des überstimmten Vorstandsmitgliedes substantiiert sein um eine persönliche Haftung auszuschließen.
38. Eine Ressortverteilung kann durch den Gesellschaftsvertrag, Gesellschafterbeschluss oder durch die Geschäftsführer oder Vorstände selbst vorgenommen werden. Je nachdem welches Organ die Ressortverteilung beschließt wird zwischen echter und unechter Ressortverteilung unterschieden. Bei der echten Ressortverteilung sind die Geschäftsleiter iwS einzelvertretungsbefugt und die übrigen Geschäftsführer trifft nur noch eine allgemeine Überwachungspflicht. Durch die echte Ressortverteilung kommt es insgesamt zu einer Haftungsreduktion für das Vorstandsmitglied, da es primär nur noch für sein eigenes Ressort verantwortlich ist und darüber hinaus nur haftet, wenn es die Überwachungspflichten verletzt, worunter letztlich zu verstehen ist, dass das Vorstandsmitglied in den „fremden“ Bereichen nur noch für grobe Fahrlässigkeit haftet. Aufgrund der Zuständigkeiten können sich unterschiedliche Verschuldensmaßstäbe ergeben, die vor allem im Regress der Geschäftsleiter iwS untereinander zu berücksichtigen sind. Entgegen einem Teil der Lehre spreche ich mich dafür aus, dass die unechte Ressortverteilung nur „interne“ Wirkung innerhalb der Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder hat, den Sorgfaltsmaßstab nicht herabsetzt, da nach wie vor Gesamtverantwortung besteht und somit nur beim „Regress im Regress“ relevant sein kann.
39. Bei der Anwendbarkeit des DHG ist zu berücksichtigen, inwieweit bei der Bemessung des Entgelts ein mit der ausgeübten Tätigkeit verbundenes Wagnis berücksichtigt worden ist.
40. Wenngleich die Regelungen des DHG und § 24 (1) S 2 VerG ähnlich sind, so besteht doch ein wesentlicher Unterschied, da im Vereinsrecht bei Ehrenamtlichkeit grds gar nicht für leichte Fahrlässigkeit gehaftet wird. Im Rahmen des DHG kann durch das richterliche Mäßigungsrecht der Schaden ganz erlassen oder auch geteilt werden. Bei grober Fahrlässigkeit kann eine Teilung des Schadenersatzanspruches nur nach dem DHG erfolgen. ME schließt sich die Anwendbarkeit des § 24 (1) S 2 VerG und des DHG nicht aus, sodass beide Bestimmungen parallel angewandt werden können, sofern zwischen dem Verein und dem Vorstandsmitglied ein Dienstvertrag besteht.
41. Auch wenn die Anwendbarkeit des DHG auf den Haftungsfall der Organwalter gegenüber einer Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft überwiegend abgelehnt

wird, spreche ich mich dennoch für eine Anwendbarkeit aus, wenn es sich bei dem Organwalter um eine arbeitnehmerähnliche Person handelt, da sie vom bezogenen Entgelt wirtschaftlich abhängig ist. ME kann der Geschäftsführer oder Vorstand aber aufgrund des erhöhten Selbstbestimmungsrechts – selbst bei Weisungsgebundenheit bei der GmbH oder Genossenschaft – niemals Arbeitnehmer sein. Meiner Ansicht nach ist das DHG nicht als lex specialis gegenüber § 84 AktG, § 25 GmbHG oder § 23 GenG zu sehen. In der Folge ist somit die Höhe des Entgelts bei der Höhe des zu ersetzenden Schadens zu berücksichtigen.

42. Im allgemeinen Zivilrecht kommt der Bedeutung des Entgelts unterschiedliche Gewichtung zu. Generell kann aber festgehalten werden, dass das ABGB zwischen synallagmatischen und freigiebigen Verträgen differenziert. So sind etwa die Regeln über den Verzug und die Gewährleistung bei der Schenkung nicht anwendbar, eine Haftung für einen nachteiligen Rat iSd § 1300 ABGB besteht nur bei Belohnung und eine Anfechtung wegen Motivirrtums ist bei unentgeltlichen Verträgen beachtlich. Auch die Verkürzung über die Hälfte iSd § 934 ABGB fordert ein gewisses Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung.
43. Das wirtschaftliche Risiko eines Organwalters bei Verletzung seiner Sorgfaltspflicht gegenüber der Gesellschaft im Rahmen der Sorgfaltsmaßstabsprüfung selbst bei leichter Fahrlässigkeit haften zu müssen, schlägt sich normalerweise in der Höhe der Entlohnung nieder. Diesem Prinzip widerspricht es aber, wenn der Organwalter ehrenamtlich tätig ist. Kämen die Haftungsregeln auch beim ehrenamtlich tätigen Geschäftsleiter iwS ohne Einschränkung zur Anwendung, würde das mE eine Risikoüberwälzung vom Unternehmer auf den Organwalter bedeuten. Aufgrund der Freigiebigkeit kann diese Person mE nicht am selben strengen Sorgfaltsmaßstab gemessen werden, wie jemand, der für die gleiche Tätigkeit ein Entgelt bezieht. Zu beachten ist, dass der Organwalter sonst schon ab leichter Fahrlässigkeit für den vollen Schaden haften würde. Per definitionem liegt bei leichter Fahrlässigkeit ein Fehler vor, der selbst einem sorgfältigen Menschen gelegentlich passieren kann. Daher ist der Sorgfaltsmaßstab beim Ehrenamtlichen grds zu reduzieren.
44. Generell erhöhen sich durch den verminderten Sorgfaltsmaßstab auf Seiten des Geschäftsleiters iwS die Anforderungen für das Kontrollorgan und bei Nichteinhalten der gebotenen Überwachungspflichten kann sich uU ein Mitverschulden der Gesellschaft ergeben. Sofern aber das Überwachungsorgan ebenfalls von Ehrenamtlichen gebildet wird – wie es oft der Fall sein wird, wenn selbst die Geschäftsführer oder Vorstände unbesoldet tätig werden – trifft diese Personen mE allerdings keine erhöhte Sorgfalt für die Überwachung, da sonst ein Ungleichgewicht der Risikoverteilung existieren würde. Auch bei den Aufsichtsratsmitgliedern ist ein eventuelles Ehrenamt zu berücksichtigen. Dies gilt speziell für AN-Vertreter iSd § 110 ArbVG.
45. Da das AktG eindeutig von einer entgeltlichen Tätigkeit des Vorstands ausgeht, ist meiner Meinung nach die Bestimmung über die Beweislastumkehr iSd § 84 (2) AktG bei ehrenamtlicher Tätigkeit des GmbH-Geschäftsführers oder Gen-Vorstandes nicht

analog anzuwenden, sodass die Gesellschaft auch das Verschulden zu beweisen hat. Auch aus § 1298 ABGB kann sich die Beweislastumkehr nicht ergeben, da diese Bestimmung nur auf synallagmatische Verträge anzuwenden ist. UU kann sogar diskutiert werden, die Bestimmung des § 84 (2) AktG beim ehrenamtlich tätigen AG-Vorstand teleologisch zu reduzieren.

46. Sofern eine Person eine Geschäftsführungstätigkeit ehrenamtlich erbringt, kann sie mE nie arbeitnehmerähnlich sein, da sie nicht wirtschaftlich von der Gesellschaft abhängig sein kann. Ehrenamtlichkeit und Arbeitnehmerähnlichkeit schließen sich daher aus. In der Folge ist das DHG auch nicht auf den ehrenamtlich tätigen Vorstand oder Geschäftsführer anzuwenden. Dies würde aber dazu führen, dass auf den hauptberuflichen und bezahlten Geschäftsführer die Haftungserleichterungen des DHG anzuwenden sind und etwa der ehrenamtlich tätige Geschäftsführer einer ideellen GmbH bereits ab leichter Fahrlässigkeit für die volle Schadenshöhe haften würde, was mE zu einer massiven Ungleichbehandlung des Verhältnisses von entgeltlicher und unentgeltlicher Tätigkeit führen würde. Daher ist entweder die vereinsrechtliche Regelung des § 24 (1) S 2 VerG oder aber das DHG analog anzuwenden. Das DHG differenziert mE feiner, indem der Organwalter zwar bei leichter Fahrlässigkeit uU haften muss, aber auf der anderen Seite der Schaden auch bei grober Fahrlässigkeit gemindert werden kann. Auch wenn ich es für absolut vertretbar halte § 24 (1) S 2 VerG analog anzuwenden, wenn die Situation vereinsähnlich ist, spreche ich mich doch eher für die analoge Anwendung des DHG aus, da hier der Richter noch exakter auf den Einzelfall eingehen und sämtliche Ereignisse berücksichtigen kann. Es müsste dann auch nicht nach dem „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ entschieden werden, je nachdem ob das gesetzte Verhalten als leicht oder grob fahrlässig zu qualifizieren ist. Durch die analoge Anwendung des DHG kann der Richter nämlich ebenso entscheiden, dass der Organwalter den Schaden bei leichter Fahrlässigkeit gar nicht oder bei grober Fahrlässigkeit voll zu tragen hat.

Literaturverzeichnis

Aburumieh, Der Vorstandsbericht über eigene Aktien in der Hauptversammlung, GesRZ 2005, 278.

Achatz/Oberleitner, Besteuerung und Rechnungslegung der Vereine (2004).

Adensamer/Eckert in *Kalss* (Hrsg), Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern (2005).

Aicher in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch[3] (online rdb.at); wird zitiert: *Aicher* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] [§] [Rz].

Aicher/Feltl in *Straube* (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (2008); wird zitiert: *Aicher/Feltl* in *Straube*, GmbHG [§] [Rz].

Aicher/Kraus in *Straube* (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (2008); wird zitiert: *Aicher/Kraus* in *Straube*, GmbHG [§] [Rz].

Amann, Förderungsauftrag, Revision und die Meßbarkeit sozialen Nutzens in FS Weber – Perspektiven der Genossenschaftsrevision (1986); wird zitiert: *Amann*, Förderungsauftrag, Revision und die Meßbarkeit sozialen Nutzens in FS Weber (1986) [Seite].

Apathy in *Apathy* (Hrsg) Bürgerliches Recht Schuldrecht, Besonderer Teil III[4] (2010); wird zitiert: *Apathy* in *Apathy* (Hrsg) Bürgerliches Recht III[4] [Seite].

Apathy in *Kodek/Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB IV[4] (2014); wird zitiert: *Apathy* in *Kodek/Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB IV[4] [§] [Rz].

Apathy/Riedler in *Apathy* (Hrsg) Bürgerliches Recht Schuldrecht, Besonderer Teil III[4] (2010); wird zitiert: *Apathy/Riedler* in *Apathy* (Hrsg) Bürgerliches Recht III[4] [Seite].

austrian-standards.at/infopedia-themencenter/infopedia-artikel/oenorm/ (abgerufen am 16.10.2014).

Baldauf in *Baldauf/Renner/Wakounig* (Hrsg) Die Besteuerung der Vereine[10] (2011).

Berger, Der Verein im Steuerrecht[3] Teil I: Rechtliches und Grundlagen der Besteuerung (2009); wird zitiert: *Berger*, Der Verein im Steuerrecht[3] 23.

Bieber/Lehner, VfGH zur Steuerfreiheit von Trinkgeldern: § 3 Abs 1 Z 16a EStG verfassungskonform!, taxlex 2008, 445.

Binder in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB V[3] (2006); wird zitiert: *Binder* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB V[3] [§][Rz].

Binder/Kolmasch in *Kodek/Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB IV[4] (2014); wird zitiert: *Binder/Kolmasch* in *Kodek/Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB IV[4] [§] [Rz].

Binder/Lengauer in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen - Kommentar[2] (2014).; wird zitiert: *Binder/Lengauer* in Dellinger (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] [§] [Rz].

Blaich/Egger/Weilinger, Einführung in die Rechnungslegung[2] (1997).

Blöse, Haftung der Geschäftsführer und Gesellschafter nach dem ESUG, GmbHR 2012, 471.

BMI, Vereinsstatistik 2011 (2012).

BMI, Vereinsstatistik 2012 (2013).

BMI, Vereinsstatistik 2013 (2014).

BMI, Vereinswesen, bmi.gv.at/cms/BMI_Vereinswesen/gruendung/Kosten.aspx (abgerufen am 05.11.2013).

bmi.gv.at/cms/BMI_Vereinswesen/gruendung/Kosten.aspx (abgerufen am 05.11.2013)

Böhler, Zur Beweislast bei der Organhaftung in *Berant/Böhler/Weilinger* (Hrsg), Festschrift für Heinz Krejci (2001); wird zitiert: *Böhler*, Zur Beweislast bei der Organhaftung in FS Krejci (2001) [Seite].

Bollenberger, Geschäftsführerhaftung – Haftung des Geschäftsführers, der Gesellschaft und der Gesellschafter der GmbH[5] (2013); wird zitiert: *Bollenberger*, Geschäftsführerhaftung[5] [Seite].

Brändle/Rein, Das österreichische Vereinsrecht[4] (2011).

Brix, Handbuch Aktiengesellschaft (2014).

Brodil/Risak/Wolf, Arbeitsrecht in Grundzügen[8] (2013).

Brunner/Welbich, Gemeinnützigkeit und Konzernstruktur, VWT 2010, 87.

Burgstaller/Pilgerstorfer in *Jabornegg/Artmann* (Hrsg), Kommentar zum UGB[2] (2010); wird zitiert: *Burgstaller/Pilgerstorfer* in *Jabornegg/Artmann* (Hrsg), UGB[2] [§] [Rz].

Burgstaller/Schorn, Entgelt ist nicht gleich Entgelt, ZAS 2013, 99.

Burz, Flexible Entgeltgestaltung (2013).

F. Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre (2005).

P. Bydlinski, Grundzüge des Privatrechts[9] (2014).

S. Bydlinski, Das Vereinsgesetz 2002 – Darstellung der wichtigsten neuen Regelungen für ideelle Vereine in *Achatz* (Hrsg), Die Besteuerung der Non-Profit-Organisationen III (2002).

corporate-governance.at/ (abgerufen am 03.06.2014).

Dehn, Der Unternehmer nach den §§ 1 ff UGB, ÖJZ 2006, 44.

Dellinger in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen - Kommentar[2] (2014); wird zitiert: *Dellinger* in Dellinger (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] [§] [Rz].

Dellinger, Quotenschaden oder Vertrauensschaden? Zum Schutzzweck der Konkursantragspflicht, wbl 1996, 173.

Dellinger, Reform des Genossenschaftsrechts (1996).

Dimmel, Vertrauensarbeitszeit – Arbeiten ohne Ende, RdA 2012, 86.

Dittrich, Arbeitsrecht (online rdb.at).

Dittrich/Tades, Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch[23] (2011).

Doralt, Verlust der Gemeinnützigkeit durch Geschäftsführung und Statuten, SWK 2003, 533.

Doralt/Nowotny/Kalss, AktG I[2] (2012).

Dorlat/Ruppe/Mayr, Grundriss des österreichischen Steuerrechts I[13] (2013); wird zitiert: *Dorlat/Ruppe/Mayr*, Steuerrecht I[13] [Seite].

Druey, Unabhängigkeit als Gebot des allgemeinen Unternehmensrechts in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Festschrift für Peter Doralt (2004); wird zitiert: *Druey*, Unabhängigkeit als Gebot des allgemeinen Unternehmensrechts in FS P. Doralt, [Seite].

Dt BMJ, Leitfaden zum Vereinsrecht, http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Broschueren/DE/Leitfaden_Vereinsrecht.pdf?__blob=publicationFile (abgerufen am 13.01.2014).

Ebner/Torggler in *Torggler* (Hrsg), UGB Unternehmensgesetzbuch Kommentar (2013); wird zitiert: *Ebner/Torggler* in *Torggler* (Hrsg), UGB Kommentar [§] [Rz].

Ehrenzweig, System des allgemeinen österreichischen Privatrechts II[2] (1928).

Eigner, Neue Regelungen zur Vorstandsvergütung und zur Zusammensetzung des Aufsichtsrats, GesRZ 2012, 208.

Eisele, Haftungsfreistellung von Vereinsmitgliedern und Vereinsorganen in nichtwirtschaftlichen Vereinen (1998).

Engin-Deniz/Kaindl, Haftung von GmbH-Geschäftsführern und AG-Vorstandsmitgliedern bei Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechtsverletzungen, ecolex 2012, 947.

Enzinger in *Straube* (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (2008); wird zitiert: *Enzinger* in *Straube* (Hrsg), GmbHG [§] [Rz].

Ertl in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch[3] (online rdb.at); wird zitiert: *Ertl* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] [§] [Rz].

Eschig, GmbH „light“ als Retter in der Not?, ecolex 2013, 437.

Felten, Arbeitsrechtliche Grenzen ausschließlich erfolgsabhängigen Entgelts, ecolex 2009, 510.

Feltl, Der Vorstandsvorsitzende der Aktiengesellschaft, wbl 2011, 229.

Feltl in *Ratka/Rauter* (Hrsg), Handbuch der Geschäftsführerhaftung[2] (2011).

Feltl, Ressortverteilung und Überwachungspflichten zwischen Vorstandsmitgliedern, Aufsichtsrataktuell 2010, 10.

Feltl, Übersicht der Unternehmensformen, GES 2012, 111.

Feltl/Fragner, Beweislastumkehr bei der Geschäftsführerhaftung, GesRZ 2007, 219.

Feuchtinger, GmbH-Reform in der Pipeline, ecolex 2013, 435.

Fida/Hofmann, Die neue Offenlegungspflicht vor der Aufsichtsratswahl, GesRZ 2005, 273.

Fischer/Feuchtinger, Wirtschaftsrecht (2006).

Fleischer in *Fleischer* (Hrsg), Handbuch des Vorstandsrechts (2006); wird zitiert: *Fleischer* in *Fleischer* (Hrsg), Handbuch des Vorstandsrechts [§] [Rz].

Fleischer in *Fleischer/Goette* (Hrsg), Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung - GmbHG II (2012); wird zitiert: *Fleischer* in *Fleischer/Goette* (Hrsg), MünchKomm GmbHG II [§] [Rz].

Födermayr, Richterliches Mäßigungsrecht im DHG bei hohen Schadenssummen, ÖJZ 2013, 341.

Forstinger/Jenatschek, Konkretisierung des Sorgfaltsmaßstabs von Organwaltern durch den Corporate-Governance-Kodex, GesRZ 2003, 139.

Fragner/Schimka, Vereinsgesetznovelle 2011, GesRZ 2011, 263.

Frotz, Grundsätzliches zur Haftung von Gesellschaftsorganen und für Gesellschaftsorgane, GesRZ 1982, 105.

Frotz/Schörghofer, Neuerungen im Gesellschaftsrecht durch das 2. Stabilitätsgesetz 2012, RdW 2012, 383.

Fucik, Haftungsprivilegien für Vereinsorgane (MEntw für eine Vereinsgesetznovelle 2011), ÖJZ 2011, 89.

Füreder, Managerbezüge zwischen Misserfolg und Vertragstreue, Rechtspanorama (12.12.2011), Die Presse (2011/50/04); wird zitiert: *Füreder*, Managerbezüge zwischen Misserfolg und Vertragstreue, Die Presse (12.12.2011) [Seite].

Gahleitner, Ausgewählte Rechtsfragen zu Beziehung zwischen Arbeitszeit und Entgelt, RdA 2012, 123 (126).

Gamerith in *Rummel* (Hrsg), ABGB^3 (online rdb.at); wird zitiert: *Gamerith* in *Rummel* (Hrsg), ABGB^3 [§] [Rz].

Gelbmann, Die Organe des ideellen Vereins, JAP 2003/2004, 86.

Gelbmann, Weitere haftungsrechtliche Probleme des Vereinsgesetzes 2002, JAP 2003/2004, 198.

Gelbmann, Zivilrechtliche Haftung der Vereinsorgane im Vereinsgesetz 2002, JAP 2002/2003, 184.

Gellis/Feil, Kommentar zum GmbHG^7 (2009); wird zitiert: *Gellis/Feil*, Kommentar zum GmbHG^7 [§] [Rz].

Geppert/Moritz, Gesellschaftsrecht für Aufsichtsräte (1979).

Gerhartl, Reisekostenvergütung für Dienstreisen, PV-Info 7/2012, 11.

Gerlach in *Marhold/Burgstaller/Preyer* (Hrsg), Kommentar zum Angestelltengesetz (online rdb.at); wird zitiert: *Gerlach* in *Marhold/Burgstaller/Preyer* (Hrsg), AngG [§] [Rz].

Ginthör, Die Vereinsorgane (2011).

Ginthör/Barnert, Der Aufsichtsrat (2005).

Ginthör/Brodey, Der AG-/SE-Vorstand (2008).

Ginthör/Hasch/Hochedlinger, Der GmbH-Geschäftsführer – Rechte und Pflichten (2006).

Goetze/Röcken, Der Verein (2012).

Graf/Gruber, Gesetzliche Schuldverhältnisse^{10} (2013).

Griss in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB^3 (2010); wird zitiert: *Griss* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB^3 [§] [Rz].

Großfeld, Bedeutung des Ehrenamts für Genossenschaft und Prüfungsverband in *Patera* (Hrsg), Festschrift für Wilhelm Weber – Perspektiven der Genossenschaftsrevision (1986);

wird zitiert: *Großfeld*, Bedeutung des Ehrenamts für Genossenschaft und Prüfungsverband in FS Weber (1986) [Seite].

Gruber in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON (online rdb.at) [§] [Rz]; wird zitiert: *Gruber* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON [§] [Rz].

Gruber/Graf, Schuldrecht Allgemeiner Teil[9] (2011).

Grünberger, Der Verein als Arbeitgeber: Wie sind Vergünstigungen an Mitarbeiter zu behandeln?, SWK 2009, 181.

Haberer, „Say on Pay" – Kompetenz der Hauptversammlung hinsichtlich der Vorstandsvergütung?, RdW 2010, 457.

Harrer in *Artmann/Rüffler/Torggler* (Hrsg), Die Organhaftung zwischen Ermessensentscheidung und Haftungsfalle (2013).

Harrer in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB VI[3] (2006); wird zitiert: *Harrer* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB VI[3] [§] [Rz].

Harrer, Kritische Anmerkungen zur Haftung des Abschlussprüfers de lege ferenda (Entwurf eines GesRÄG 2005), wbl 2005, 108.

Heidinger/Schneider, Aktiengesetz (2007).

Heiss in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON (online rdb.at) [§] [Rz]; wird zitiert: *Heiss* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON [§] [Rz].

Hengstschläger, Verwaltungsverfahrensrecht[4] (2009).

Hoffmann/Liebs, Der GmbH-Geschäftsführer[3] (2009).

Höhne, Halbherzige Entlastung für Ehrenamtliche, Der Standard (28.09.2011) 39.

Höhne/Jöchl/Lummerstorfer, Das Recht der Vereine[4] (2013).

Hopt in *Hopt/Wiedemann/*Grundmann (Hrsg), Großkommentar Aktiengesetz[4] (1992); wird zitiert: *Hopt* in *Hopt/Wiedemann/*Grundmann (Hrsg), Großkommentar AktG[4] [§] [Rz].

Hüffer, Aktiengesetz[10] (2012) ; wird zitiert: *Hüffer*, AktG[10] [§] [Rz].

Jabornegg in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz I[5] (online rdb.at); wird zitiert: *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG I[5] [§] [Rz].

Jabornegg in *Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg), Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (online rdb.at); wird zitiert: *Jabornegg* in *Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG [§] [Rz].

Jabornegg, Die Lehre vom Durchgriff im Recht der Kapitalgesellschaften, wbl 1989, 43.

Jelinek/Zangl, Insolvenzordnung[8] (2010).

Jenatschek, Kontrollmechanismen in AG und GmbH (2003).

Jensen, Die Haftung der Genossenschaft für Verschulden des Vorstandes (1934).

Jovic, Der GmbH-Gesellschafter als faktischer Geschäftsführer, GES 2013, 332.

Jula, Der GmbH-Geschäftsführer (2006).

Kalss in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008).

Kalss, Die Haftung des Abschlussprüfers gegenüber Gläubigern, Gesellschaftern und Anlegern, ÖBA 2002, 187.

Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008).

Kalss/Schauer/Winner, Allgemeines Unternehmensrecht[2] (2014).

Karner in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON (online rdb.at) [§] [Rz]; wird zitiert: *Karner* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON [§] [Rz].

Karner in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB[3] (2010); wird zitiert: *Karner* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), ABGB[3] [§] [Rz].

Karollus, Grenzen des Widerspruchsrechts des Geschäftsführers nach § 21 Abs 2 GmbHG, ecolex 2007, 184.

Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts[5] (1979).

Kastner, Zur dienstrechtlichen Stellung der Vorstandsmitglieder der AG, ÖJZ 1949, 7.

Keinert, Das neue Unternehmensrecht (2006).

Keinert, Funktion und Kompetenzen der Mitgliederversammlung des Vereins, wbl 2011, 637 (638).

Keinert, Mitgliederversammlung des Vereins (2012).

Keinert, Österreichisches Genossenschaftsrecht (1988).

Keisler, Haftung von Geschäftsführern und Vorständen im Verwaltungsrecht, ecolex 2012, 952.

Kemetter, Der Aufwandersatz im Arbeits-, Sozial- und Steuerrecht, ecolex 2008, 254.

Kemmetmüller, Betriebswirtschaftliche Aspekte der Genossenschaft in *Kemmetmüller* (Hrsg), Genossenschaften – die Kooperationsform für den Mittelstand (1985).

Kodek in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON (online rdb.at) [§] [Rz]; wird zitiert: *Kodek* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON [§] [Rz].

Kerschner, Dienstnehmerhaftpflichtgesetz^{2} (2004); wird zitiert: *Kerschner*, DHG^{2} [§] [Rz].

Kerschner, Haftungsminderung für Vereinsfunktionäre? Im Spannungsfeld zwischen VereinsG 2002, DHG und Gesellschaftsrecht in *Barta/Radner/Rainer/Scharnreiter* (Hrsg), Festschrift für Martin Binder (2010); wird zitiert: *Kerschner*, Haftungsminderung für Vereinsfunktionäre? Im Spannungsfeld zwischen VereinsG 2002, DHG und Gesellschaftsrecht in FS Binder (2010) [Seite].

Kerschner in *Jabornegg/Artmann* (Hrsg), Kommentar zum UGB^{2} (2010); wird zitiert: *Kerschner* in *Jabornegg/Artmann* (Hrsg), UGB^{2} [§] [Rz].

Kietaibl, Arbeitsvertragliche Folgen bei der Verkennung der Arbeitnehmereigenschaft durch die Vertragsparteien, JBl 2004, 626.

Kirchbacher in *Höpfel/Ratz* (Hrsg) Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch^{2} (online rdb.at): wird zitiert: *Kirchbacher* in StGB^{2} [§] [Rz].

Klauser/Kodek, ZPO$^{17.00}$ (2012) JN (online rdb.at); wird zitiert: *Klauser/Kodek*, ZPO$^{17.00}$ [§] JN.

Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz Kommentar^{3} (2007); wird zitiert: *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG Kommentar^{3} [§] [Rz].

Koppensteiner/Rüffler, GmbH-Gesetz[3] (2007); wird zitiert: *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz[3] [§] [Rz].

Korinek in *Korinek/Krejci* (Hrsg), Der Verein als Unternehmer (1988); wird zitiert: *Korinek* in *Korinek/Krejci* (Hrsg), Der Verein als Unternehmer [Seite].

Kossak, Die Haftung der Vereinsfunktionäre (2004).

Kossak, Die neue Haftung der Vereinsfunktionäre[2] (2012).

Kossak, Neue Haftungen aufgrund des Vereinsgesetzes 2002, JBl 2003, 473.

Kossak, Vereinsrechtliche Haftungen im Spiegel des österreichischen Vereinswesens (2006).

Kossak/Hargassner, Handbuch der Vereinsfunktionäre[2] (2013).

Koziol, Haftpflichtrecht Allgemeiner Teil I[3] (1997); wird zitiert: *Koziol*, Haftpflichtrecht I[3] [Seite].

Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht Allgemeiner Teil I (1980); wird zitiert: *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I [Seite].

Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht Besonderer Teil II (1984); wird zitiert: *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II [Seite].

Koziol, Zur Haftung wegen fahrlässiger Anstiftung durch unrichtige Auskünfte, JBl 1988, 409.

Koziol-Welser/Kletečka, Grundriss des Bürgerlichen Rechts - Band I - Allgemeiner Teil, Sachenrecht, Familienrecht[14] (2014); wird zitiert: *Koziol-Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I[14] [Seite].

Koziol/Welser, Grundriss des Bürgerlichen Rechts - Band II - Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht[13] (2007); wird zitiert: *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II[13] [Seite].

Kramer/Rauter in *Straube* (Hrsg) UGB (I & II) online - Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch; wird zitiert: *Kramer/Rauter* in *Straube* (Hrsg) UGB [§] [Rz].

Krejci in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch[3] (online rdb.at); wird zitiert: *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] [§] [Rz].

Krejci in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Konsumentenschutzgesetz[3] (online rdb.at); wird zitiert: *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), KSchG[3] [§] [Rz].

Krejci, GesBR-Reform – Zum ministeriellen Diskussionsentwurf, GES 2012, 4.

Krejci, Gesellschaftsrecht I (2005).

Krejci, Sorgfalt und Unternehmerwagnis in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Festschrift für Peter Doralt (2004); wird zitiert: *Krejci*, Sorgfalt und Unternehmerwagnis in FS P. Doralt (2004) [Seite].

Krejci, Unternehmensrecht[5] (2013).

Krejci, Zum Entwurf eines GesRÄG 2013, GES 2013, 171.

Krejci, Zum Entwurf einer Vereinsgesetznovelle 2011 über die Haftungsbefreiung ehrenamtlicher Organwalter, GES 2011, 372.

Krejci, Zum Mitglieder- und Gläubigerschutz nach dem VerG 2002, JBl 2003, 713 (718).

Krejci, Zur Haftung des Vereins und seiner Organwalter, GesRZ 2005, 215.

Krejci, Zur Haftungsbefreiung von Vereinsorganen, ecolex 2012, 560.

Krejci/S. Bydlinski/Weber-Schallauer, Vereinsgesetz 2002[2] (2009).

Küpperfahrenberg, Haftungsbeschränkung für Verein und Vorstand (2005).

Lachmair, Der Verein als Unternehmensform (2003).

Lachmair, Der Vorstand im Verein, RdW 2004, 78.

Lachmair, (Neue) Haftung und Organisation im Verein, SWK 2003, 59.

Lang/Schuch/Staringer, Einführung in das Steuerrecht[6] (2007); wird zitiert: *Lang/Schuch/Staringer,* Einführung in das Steuerrecht[6] [Rz].

Lansky/Matznetter/Pätzold/Steinwartner/Thunshirn, Rechnungslegung der Vereine[2] (2006).

Lehner, Die Beweislastverteilung bei der GmbH-Geschäftsführerhaftung, GesRZ 2005, 128.

Lehner, Minderheitenschutz im Verein, GesRZ 2012, 296.

Lewisch, Sorgfaltsmaßstäbe im Schadenersatz- und Strafrecht, ÖJZ 2000, 489.

Lindner, Die Mitwirkung im Erwerb gemäß § 98 ABGB, EF-Z 2007, 126.

Löcker in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON (online rdb.at) [§] [Rz]; wird zitiert: *Löcker* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON [§] [Rz].

Lubey, Der Entgeltbegriff des ASVG (2005).

Luschin, Zur Geschäftsführerhaftung bei Ressortverteilung, RdW 2000, 6.

Lutter, Die Business Judgment Rule in Deutschland und Österreich, GesRZ 2007, 79.

Mader, Kapitalgesellschaften[8] (2013).

Majoros, Arbeitsrecht in *Majoros/Marchl/Walzel/Dietrich* (Hrsg), Handbuch für Führungskräfte (2007).

Malainer/Staribacher, Umfang der Haftung von Wirtschaftsauskunfteien für erteilte Auskünfte, ecolex 2014, 939.

Mandl, Die Haftung des Vereinsvorstands (2000).

Mayer-Maly, Erwerbsabsicht und Arbeitnehmerbegriff (1965).

Mazal, Erwerbswirtschaftliche Tätigkeiten in familialen Beziehungen, ZAS 2014, 252.

Mazal, Zur Abgrenzung Dienstvertrag und Werkvertrag, ecolex 2012, 565.

Messner, Gesamtschuld und Regress bei Schädigung durch DN und Dritte, ÖJZ 2014, 584.

Michl, Anfechtung und Nichtigkeit von Organbeschlüssen im Recht der Kapitalgesellschaften [Dissertation] (2010); wird zitiert: *Michl*, Anfechtung und Nichtigkeit von Organbeschlüssen im Recht der Kapitalgesellschaften [Seite].

Niederberger, Persönliche Haftung der Funktionäre für den vermögenslosen Idealverein, ecolex 1997, 840 f.

Nitsche, Die „Verein & Co KG“, RFG 2007, 68.

C. Nowotny in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz I^2 (2012); wird zitiert: *C. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), AktG I^2 [§] [Rz].

Nowotny in *Kalss/Nowotny/Schauer* (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008).

Nowotny, Anlegerhaftung des Vorstandes und des Aufsichtsrates bei Kursverlusten?, RdW 1995, 132.

Oberhofer in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB VII^3 – Haftpflichtgesetze (2005); wird zitiert: *Oberhofer* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB VII^3 [§] DHG [Rz].

ÖBV, Österreichisches Wörterbuch^{42} (2012).

Ofner in *Kodek/Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB IV^4 (2014); wird zitiert: *Ofner* in *Kodek/Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB IV^4 [§] [Rz].

Ostheim, Fragen der Haftung für wirtschaftliche Tätigkeit von Vereinen in *Korinek/Krejci* (Hrsg), Der Verein als Unternehmer (1988).

Pallwein-Prettner, OGH senkt Anforderungen an "All-in Vereinbarungen", wirtschaftsanwaelte.at/ogh-senkt-anforderungen-an-all-in-vereinbarungen/ (abgerufen am 24.02.2014).

Parapatits in *Kodek/Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB IV^4 (2014); wird zitiert: *Parapatits* in *Kodek/Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB IV^4 [§] [Rz].

parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/I/I_01503/index.shtml#tab-ParlamentarischesVerfahren (abgerufen am 17.12.2013).

parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/NRSITZ/NRSITZ_00135/SEITE_0128.html (abgerufen am 17.12.2013).

parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/NRSITZ/NRSITZ_00135/SEITE_0129.html (abgerufen am 17.12.2013).

parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/NRSITZ/NRSITZ_00135/SEITE_0136.html (abgerufen am 17.12.2013).

Perner in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Klang-Kommentar zum ABGB[3] §§ 888 bis 896 (2008); wird zitiert: *Perner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg), Klang-Kommentar zum ABGB[3] [§] [Rz].

Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht[4] (2014).

Pfeil in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB V[4] (2014); wird zitiert: *Pfeil* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB V[4] [§][Rz].

Pham, 5 wichtige Gründe für die gemeinnützige GmbH, experto.de/b2c/verein/5-wichtige-gruende-fuer-die-gemeinnuetzige-gmbh.html (abgerufen am 05.11.2013).

Pletzer in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON (online rdb.at) [§] [Rz]; wird zitiert: *Pletzer* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON [§] [Rz].

Rath, Arbeits- und Sozialrecht im Regierungsprogramm 2013 bis 2018, ASoK 2014, 27.

Ratka in *Torggler* (Hrsg), UGB Unternehmensgesetzbuch Kommentar (2013); wird zitiert: *Ratka* in *Torggler* (Hrsg), UGB Kommentar [§] [Rz].

Ratka/Rauter in *Ratka/Rauter* (Hrsg), Handbuch der Geschäftsführerhaftung[2] (2011).

Ratka/Rauter/Völkl, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht II (2011).

Rauter, Geschäftsführerhaftung bei gewünschter Gesetzesverletzung, ecolex 2012, 944.

Rebhahn in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON (online rdb.at) [§] [Rz]; wird zitiert: *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON [§] [Rz].

Rebhahn in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht (2006); wird zitiert: *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, [§] [Rz].

Reich-Rohrwig, Ist der Vorstand einer Aktiengesellschaft weisungsgebunden?, ecolex 1990, 285.

Reich-Rohrwig in *Straube* (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (2008); wird zitiert: *Reich-Rohrwig* in *Straube* (Hrsg), GmbHG [§] [Rz].

Reisch, Privatrechtliche Rahmenbedingungen für Vereine – Vereinsgesetz 2002, ecolex 2002, 152 (154).

Reischauer in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch[3] (online rdb.at); wird zitiert: *Reischauer* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] [§] [Rz].

Reischauer, Probleme bei der Dienstnehmerhaftung, DRdA 1978, 193.

Reisinger, Vereinsrecht (2013).

Reisner, Haftung der Vereinsfunktionäre unter besonderer Berücksichtigung der neuen Rechnungslegungsvorschriften, RWZ 2002, 229.

Reissner in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht (2006); wird zitiert: *Reissner* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, [§] [Rz].

Renner in *Achatz* (Hrsg), Die Besteuerung der Non-Profit-Organisationen III – Vereinsgesetz – Vereinsrichtlinien – Rechnungslegung und Rechnungswesen – Spendenbegünstigung (2002); wird zitiert: *Renner* in *Achatz* (Hrsg), Die Besteuerung der Non-Profit-Organisationen III [Seite].

Renner, Steuerrechtliche „Gemeinnützigkeit“: Gleichbehandlung von Verein und GmbH, RFG 2010, 102.

Resch, Zur Ressortverteilung im Vorstand der Aktiengesellschaft, GesRZ 2000, 2.

Reuter in *Säcker/Rixecker* (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I[5] (2006); wird zitiert: *Reuter* in *Säcker/Rixecker* (Hrsg), MünchKomm BGB I[5] [§] [Rz].

Rieder/Huemer, Gesellschaftsrecht[3] (2013).

Riedler in *Apathy* (Hrsg) Bürgerliches Recht Schuldrecht, Besonderer Teil III[4] (2010); wird zitiert: *Riedler* in *Apathy* (Hrsg) Bürgerliches Recht III[4] [Seite].

Riedler in *Kodek/Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB IV[4] (2014); wird zitiert: *Riedler* in *Kodek/Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB IV[4] [§] [Rz].

Riss, Welche Sorgfalt schuldet der Genossenschaftsvorstand?, RdW 2008, 768.

Rubin in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON (online rdb.at) [§] [Rz]; wird zitiert: *Rubin* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON [§] [Rz].

Ruhm/Toms, Zur Haftung von faktischen Geschäftsführern und Nichtgesellschaftern, ecolex 2009, 682.

Rummel in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch[3] (rdb.at); wird zitiert: *Rummel* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] [§] [Rz].

Rummel, Privates Vereinsrecht im Konflikt zwischen Autonomie und rechtlicher Kontrolle in *Schwarz* (Hrsg), Festschrift für Rudolf Strasser (1983); wird zitiert: *Rummel*, Privates Vereinsrecht im Konflikt zwischen Autonomie und rechtlicher Kontrolle in FS Strasser (1983) [Seite].

Runggaldier/Schima, Manager-Dienstverträge[3] (2006).

Schacherreiter in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON (online rdb.at) [§] [Rz]; wird zitiert: *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON [§] [Rz].

Schärf, Rieger Bank – OGH zur Fragen der Haftung der Aufsichtsräte – Ende der Fragen?, GesRZ 2004, 39.

Schauer in *Krejci* (Hrsg), UGB / ABGB online - Reform-Kommentar zum UGB/ABGB (2007); wird zitiert: *Schauer* in *Krejci* (Hrsg), Reformkommentar UGB ABGB [§] [Rz].

Schauer, Die Haftung des Abschlussprüfers, RdW 1999, 290.

Scherff, Das neue Vereinsrecht (2002).

Schima, Business Judgment Rule und Verankerung im österreichischen Recht, GesRZ 2007, 93.

Schima, „Selbstbedienung" von Vorstandsmitgliedern als grobe Pflichtverletzung, GesRZ 2012, 322.

Schima, Der GmbH-Geschäftsführer und der Wille des Mehrheitsgesellschafters, GesRZ 1999, 100.

Schima, Zustimmungsvorbehalte als Steuerungsmittel des Aufsichtsrates in der AG und im Konzern, GesRZ 2012, 35.

Schlosser, Die Organhaftung der Mitglieder des Vorstandes der Aktiengesellschaft (2002).

Schmidt in *Ernsthaler/Füller/Schmidt* (Hrsg), Kommentar zum GmbHG[2] (2010); wird zitiert: *Schmidt* in *Ernsthaler/Füller/Schmidt* (Hrsg), Kommentar zum GmbHG[2] [§] [Rz].

Schmidtmayr, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Betätigung im Nonprofit-Sektor, juridikum 2003, 138.

Schneid, Kontrollieren, aber nicht agieren, Die Presse (09.10.2014) 22.

Schneider in *Scholz* (Hrsg), Kommentar zum GmbHG II[10] (2007); wird zitiert: *Schneider* in *Scholz* (Hrsg), Kommentar zum GmbHG II[10] [§] [Rz].

Schneider, Die zivilrechtliche Verantwortung der Organe einer Aktiengesellschaft, ÖJZ 1986, 129.

Schneller, Gleitzeit und pauschale Abgeltung von Mehrarbeit - All-In-Verträge, Überstundenpauschalen, ecolex 2013, 647.

Schopper/Walch, Vorstandshaftung bei Vertrauen auf unrichtigen Rechtsrat, GES 2012, 215.

Schragel, Kommentar zum Amtshaftungsgesetz[2] (1985).

Schrammel in *Marhold/Burgstaller/Preyer* (Hrsg), Kommentar zum Angestelltengesetz (online rdb.at); wird zitiert: *Schrammel* in *Marhold/Burgstaller/Preyer* (Hrsg), AngG [§] [Rz].

Schrammel in *Tomandl/Schrammel* (Hrsg), Arbeitsrecht II - Sachprobleme[6] (2008); wird zitiert: *Schrammel* in *Tomandl/Schrammel* (Hrsg), Arbeitsrecht II[6] [Seite].

Schubert in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch[3] (online rdb.at); wird zitiert: *Schubert* in *Rummel* (Hrsg), ABGB[3] [§] [Rz].

Schummer, Allgemeines Unternehmensrecht[8] (2013).

Schummer/Kriwanek, Das neue Unternehmensgesetzbuch (2005).

Schürz, Vereinsgesetznovelle 2011, Zak 2012, 4.

Schuster-Bonnot, Die Grundlage des persönlichen Rechtsverhältnisses zwischen Aufsichtsratsmitglied und Aktiengesellschaft, ZAS 1978, 91.

Schuster-Bonnot, Die Rechtsnatur des zwischen Aktiengesellschaft und Vorstandsmitglied geschlossenen Anstellungsvertrags in *Loebenstein* (Hrsg), Festschrift für Walther Kastner (1972); wird zitiert: *Schuster-Bonnot*, Die Rechtsnatur des zwischen Aktiengesellschaft und Vorstandsmitglied geschlossenen Anstellungsvertrags in FS Kastner (1972) [Seite].

Schuster-Bonnot, Wettbewerb und Arbeitsrecht, ZAS 1973, 83.

Sehrschön/Maitz-Strassing, Das neue Gewährleistungs- und Garantierecht, wko.at/einrichtungsfachhandel/Gewährleistungsrecht.htm (abgerufen am 20.02.2015).

Selter, Haftungsrisiken von Vorstandsmitgliedern bei fehlendem und von Aufsichtsratsmitgliedern bei vorhandenem Fachwissen, Die Aktiengesellschaft 2012, 11.

Siegl in *Dellinger* (Hrsg), Bankwesengesetz Kommentar I^{7} (Loseblattsammlung; Stand November 2012); wird zitiert: *Siegl* in *Dellinger* (Hrsg), Bankwesengesetz Kommentar I^{7} [§] [Rz].

Spindler in *Goette/Habersack/Kalss* (Hrsg), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz II^{3} (2008); wird zitiert: *Spindler* in *Goette/Habersack/Kalss* (Hrsg), MünchKomm AktG II^{3} [§] [Rz].

Spornberger, Zur Haftung leitender Vereinsorgane, ecolex 2007, 407.

Statistik Austria, Statistisches Jahrbuch 2013, 197.

Stehle, Der erfolgreiche GmbH-Geschäftsführer^{3} (1995).

Steinacker, Dienstvertrag – Dienstzettel, ecolex 2010, 985.

Steinwendner/Becker/Manseder in *Berger* (Hrsg), Der Verein im Steuerrecht^{3} (2009).

Strasser in *Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg), Kommentar zum Arbeitsverfassungsgesetz (online rdb.at); wird zitiert: *Strasser* in *Strasser/Jabornegg/Resch* (Hrsg), ArbVG [§] [Rz].

Strasser in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz II^{5} (2010); wird zitiert: *Strasser* in *Jabornegg/Strasser* (Hrsg), AktG II^{5} [§] [Rz].

Strasser in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch^{3} (online rdb.at); wird zitiert: *Strasser* in *Rummel* (Hrsg), ABGB^{3} [§] [Rz].

Strasser, Die Treuepflicht der Aufsichtsratsmitglieder der Aktiengesellschaft (1998).

Straube in *Straube* (Hrsg) UGB (I & II) online - Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch; wird zitiert: *Straube* in *Straube* (Hrsg), UGB (I[4]) [§] [Rz].

Straube, Die Bedeutung der „ultra-vires-Lehre“ im österreichischen Recht, ÖJZ 1978, 343.

Straube/Rauter, Wege aus dem Labyrinth? Strategien der Haftungsvermeidung für GmbH-Geschäftsführer, JAP 2007/2008, 168.

Strommer in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen - Kommentar[2] (2014); wird zitiert: *Strommer* in Dellinger (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen[2] [§] [Rz].

Stummer, Das Abgabenänderungsgesetz 2014 (AbgÄG 2014) und die Reform der Reform der GmbH-Gründung, derunternehmer.at 2014, 7.

Sulz, Rechnungslegung und Prüfung von Vereinen nach dem Vereinsgesetz 2002, ecolex 2002, 155.

Temmel, Der Aufsichtsrat (2003).

Tinhofer, Reduzierter Arbeitsrechtsschutz für Führungskräfte, wienerzeitung.at/nachrichten/wirtschaft/oesterreich/470820_Reduzierter-Arbeitsrechtsschutz-fuer-Fuehrungskraefte.html (abgerufen am 19.02.2015).

Thöni, Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH-Gesellschafterbeschlüsse (1998).

Told in *Straube* (Hrsg) UGB (I[4] & II[4]) - Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch (online rdb.at); wird zitiert: *Told* in *Straube* (Hrsg), UGB (I[4]) [§] [Rz].

Told in *Torggler* (Hrsg), UGB Unternehmensgesetzbuch Kommentar (2013); wird zitiert: *Told* in *Torggler* (Hrsg), UGB Kommentar [§] [Rz].

Told, Zum Entlastungsbeweis bei der Managerhaftung, wbl 2012, 181.

Tomandl in *Tomandl/Schrammel* (Hrsg), Arbeitsrecht I – Gestalter und Gestaltungsmittel[6] (2008); wird zitiert: *Tomandl* in *Tomandl/Schrammel* (Hrsg), Arbeitsrecht II[6] [Seite].

Torggler in *Straube* (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (2008); wird zitiert: *Torggler* in *Straube* (Hrsg), GmbHG [§] [Rz].

Torggler, Business Judgment Rule und unternehmerische Ermessensentscheidungen, ZfRV 2002, 9.

Torggler, Die Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers (II), GesRZ 1974, 44.

Torggler, Fünf (Anti-)Thesen zum Haftungsdurchgriff, JBl 2006, 85.

Torggler, Gesellschaftsrecht (2013).

Trattner, Der Dienstzettel in der Praxis, ASoK 2003, 116.

Umfahrer, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung[6] (2008).

van Husen in *Straube* (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (2008); wird zitiert: *van Husen* in *Straube* (Hrsg), GmbHG [§] [Rz].

van Husen, Vereinsgesetz 2002, Ges 2003, 9.

Vögel/Egger/Steirer, Der neue Verein in 314 Fragen und Antworten (2002); wird zitiert: *Vögel/Egger/Steirer*, Der neue Verein [Seite].

Völkl in *Straube* (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (2008); wird zitiert: *Völkl* in *Straube*, GmbHG [§] [Rz].

Völkl, Der österreichische Corporate-Governance-Kodex im Licht der §§ 70 und 84 Aktiengesetz, GesRZ 2003, 73.

Wachter in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB VII[3] – Haftpflichtgesetze (2005); wird zitiert: *Wachter* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum ABGB VII[3] [§] DHG [Rz].

Wachter, Dienstleistungen am Rande des Arbeitsrechts – Zur Rechtsstellung von Vorstandsmitgliedern von Aktiengesellschaften und Sparkassen, wbl 1991, 81.

Wachter, GesmbH-Geschäftsführer und Dienstnehmerhaftung, wbl 1990, 221.

Wagner, Geschäftsführerhaftung und URG (1999).

Wahle, Grobe Fahrlässigkeit, JBl 1961, 497.

Walch, Sorgfalt und Haftung im Gefälligkeitsverhältnis, SPRW 2014, 153.

Walzel, Gesellschaftsrecht in *Majoros/Marchl/Walzel/Dietrich* (Hrsg), Handbuch für Führungskräfte (2007).

Warto, GmbH-Novelle 2013 – Die Neuerungen im Überblick, wbl 2013, 361.

Weber, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht[2] (2011).

Weigand, Zur aktienrechtlichen Wirksamkeit der Rücktrittserklärung eines Vorstandsmitgliedes gegenüber einem einzelnen Aufsichtsratsmitglied, GeS 2004, 381.

Weilinger, Die Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses im Handels- und Gesellschaftsrecht (1997).

Weilinger, Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) (1993).

Weilinger, Privatrecht Eine Einführung[4] (2014); wird zitiert: *Weilinger*, Privatrecht[4] [Seite].

Weilinger/Knauder in *Weilinger* (Hrsg), Kommentar zum Zahlungsdienstegesetz (2013); wird zitier: *Weilinger/Knauder* in *Weilinger* (Hrsg), Kommentar zum Zahlungsdienstegesetz [§] [Rz].

Weixelbraun-Mohr in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON (online rdb.at) [§] [Rz]; wird zitiert: *Weixelbraun-Mohr* in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON [§] [Rz].

Werkusch, Die Haftung des Organwalters gegenüber dem Verein nach dem VerG 2002, RdW 2003, 71.

Wilburg, Die Elemente des Schadensrechts (1941).

Wilhelm, Entgeltliche und unentgeltliche Arbeitsverhältnisse in *Tomandl* (Hrsg), Entgeltprobleme aus arbeitsrechtlicher Sicht (1979).

Windisch-Graetz in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht (2006); wird zitiert: *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, [§] [Rz].

Zehetner in *Dellinger* (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen - Kommentar (2005); wird zitiert: *Zehetner* in Dellinger (Hrsg), Genossenschaftsgesetz samt Nebengesetzen [§] [Rz].

Zeiller, Commentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der oesterreichischen Monarchie III/2 (1813); wird zitiert: *Zeiller,* ABGB III/2, [Seite].

Zib in *Zib/Dellinger* (Hrsg), UGB Unternehmensgesetzbuch Großkommentar Band I – Teil 1 (2010); wird zitiert: *Zib* in *Zib/Dellinger* (Hrsg), UGB [§] [Rz].

Zib, Der Verein als Unternehmer, AnwBl 1998, 321.

Zib/Dellinger in *Zib/Dellinger* (Hrsg), UGB Unternehmensgesetzbuch Großkommentar Band I – Teil 1 (2010); wird zitiert: *Zib/Dellinger* in *Zib/Dellinger* (Hrsg), UGB [§] [Rz].

Zib/Verweijen, Das neue Unternehmensgesetzbuch (2006).

Rechtsprechungsverzeichnis

OGH 07.10.1924 3 Ob 682/24

OGH 10.02.1937 2 Ob 47/37

OGH 09.06.1954 2 Ob 429/54

OGH 21.09.1955 1 Ob 156/55

LGZ Wien 15.04.1959 SozM IV A 185

OGH 17.06.1959 5 Ob 202/59

OGH 12.12.1962 6 Ob 299762 = SZ 35/130

OGH 21.03.1967 8 Ob 64/67

OGH 07.01.1970 6 Ob 307/69

OGH 01.02.1972 5 Ob 269/71 = DRdA 1972,246

OGH 05.04.1972 1 Ob 63/72

OGH 22.06.1972 2 Ob 200/71

OGH 31.10.1973 1 Ob 179/73

OGH 09.04.1975 1 Ob 44/75

OGH 06.04.1976 4 Ob 13/76

OGH 31.05.1977 5 Ob 306/76

OGH 10.01.1978 3 Ob 536/77

OGH 19.01.1979 1 Ob 694/78

OGH 30.01.1979, 5 Ob 686/78 = ÖJZ 1979, 135

OGH 08.05.1979 4 Ob 35/79 = ZAS 1980/12, 99 (*Tomandl*)

OGH 11.07.1979 3 Ob 622/79

OGH 18.12.1979 1 Ob 530/79 = JBl 1981, 319 (*Koziol*)

OGH 02.04.1980 6 Ob 20/79

OGH 08.05.1980 8 Ob 505/80

VfGH 19.06.1980 B 122/79 = ÖJZ 1981, 216

OGH 17.03.1983 6 Ob 662/81

OGH 15.11.1983 5 Ob 668/81 = JBl 1985, 95

OGH 29.11.1983 4 Ob 46/83

OGH 21.02.1984 4 Ob 13/84

OGH 13.11.1985 3 Ob 541/85

OGH 14.07.1986 1 Ob 571/86

OGH 21.01.1987 14 ObA 10/87

OGH 17.11.1987 6 Ob 508/86

OGH 09.02.1988 6 Ob 508/86 = SZ 6126 = RdW 1988,130 = wbl 1988, 129 (*Wilhelm*) = ÖBA 1988, 828 (*Apathy*)

OGH 15.06.1988 9 ObA 117/88

OGH 16.06.1988 7 Ob 583/88

OGH 12.07.1988 2 Ob 655/87

OGH 25.04.1989 2 Ob 574/88

OGH 08.02.1990 6 Ob 747/89 = ecolex 1990, 357

OGH 28.06.1990 6 Ob 624/88 = ecolex 1990, 675 f = wbl 1990, 348 ff

OGH 29.08.1990 9 ObA 209/90

OGH 11.09.1991 9 ObA 163/91

OGH 20.05.1992 1 Ob 562/92

LG Salzburg 23. 10. 1992 Arb 11.081

VwGH 15.12.1992 ZI 90/08/190

OGH 08.06.1993 4 Ob 516/93

OGH 22.06.1993 1 Ob 520/93

OGH 24.11.1993 7 Ob 33/93

OGH 21.12.1993 7 Ob 628/93

OGH 02.02.1994 9 ObA 364/93 = ecolex 1994, 420 = ARD 4586/17/94

OGH 07.12.1994 6 Ob23/94

OGH 31.01.1995 10 ObS 51/94

OGH 27.03.1995 1 Ob 44/94

OGH 29.05.1996 9 ObA 2044/96w

OGH 25.06.1996 4 Ob 2154/96k

OGH 29.10.1996 4 Ob 2308/96g

OGH 14.11.1996 2 Ob 2146/96v = ecolex 1997, 359

OGH 20.11.1996 7 Ob 513/96 = SZ 69/258

OGH 05.03.1997 9 ObA 51/97h

OGH 09.04.1997 9 ObA 32/97i

OGH 22.10.1997 7 Ob 2339/96p

OGH 15.12.1997 1 Ob 250/97i

OGH 01.04.1998 9 ObA 320/97t

OGH 16.04.1998 8 ObA 94/98a

OGH 07.07.1998 5 Ob 490/97p = JBl 1999,57 = bbl 1999, 88 = RdW 1998, 672 = ÖWR 1999, E 35

OGH 29.04.1999 8 ObA 185/97g

OGH 26.01.2000 9 ObA 326/99b = RdW 2001, 97

OGH 05.04.2000 9 ObA 25/00t

OGH 30.08.2000 6 Ob 132/00f

OGH 14.11.2000 4 Ob 252/00p

OGH 6. 12. 2000, 9 Ob A 273/00p = ecolex 2001, 215 (*Mazal*)

OGH 12.04.2001 8 ObA 98/00w

VwGH 17. 10. 2001 96/08/0101 = DRdA 2002, 44

OGH 27.11.2001 5 Ob 262/01t = SZ 74/188

OGH 11.02.2002 7 Ob 315/01a = JBl 2002, 526 *(Karollus)* = GeS 2002, 28 *(Chvosta)*

OGH 26.02.2002 1 Ob 144/01k = RdW 2002, 342 = wbl 2002, 325 = ecolex 2003, 34

OGH 08.08.2002 8 ObA 78/02g

OGH 19.12.2002 8 ObA 129/02g

OGH 24.04.2003 3 Ob 288/02b

OGH 22.05.2003 8 Ob 262/02s = ecolex 2003, 763

OGH 02.06.2003 5 Ob 34/03s

OGH 28.08.2003 2 Ob 170/03v

OGH 17.10.2003 1 Ob 20/03b

OGH 22.10.2003 3 Ob 287/02f = SZ 2003, 133

OGH 23.10.2003 6 Ob 196/03x

OGH 13.11.2003 8 ObA 70/03g

OGH 27.11.2003 6 Ob 219/03d

OGH 17.12.2003 9 ObA 81/03g

OGH 29.04.2004 6 Ob 313/03b

OGH 29.04.2004 6 Ob 313/03b = GesRZ 2004, 379 (*Harrer*) = ÖZW 2005, 21 (*Artmann*) = RWZ 2004, 366 (*Wenger*)

OGH 10.03.2005 12 Os 37/04

OGH 16.02.2006 6 Ob 272/05a

OGH 13.06.2006 11 Os 52/05i

OGH 27.09.2006 9 ObA 148/05p

OGH 11.10.2006 7 Ob 219/06s

OGH 16.3.2007 6 Ob 34/07d

OGH 23.05.2007 3 Ob 59/07h = GesRZ 2008, 22 (*Lindner*)

OGH 25.05.2007 6 Ob 92/07h

OGH 05.06.2007 10 Ob 5/07v = SZ 2007/90

OGH 17.12.2007 8 Ob 124/07d

OGH 28.04.2008 8 ObA 8/08x

OGH 11.06.2008 7 Ob 58/08t = ecolex 2008, 926 (*Reich-Rohrwig*)

OGH 20.06.2008 1 Ob 121/08p

OGH 10.07.2008 8 Ob 51/08w

OGH 10.07.2008 8 ObA 8/08x

BGH 14.07.2008 II ZR 202/07

OGH 07.08.2008 6 Ob 144/08g

VfGH 25.09.2008, G 19/08

OGH 25.11.2008 5 Ob 223/08t

OGH 22.01.2009 2 Ob 212/08b

OLG Wien 15.05.2009 8 Ra 15/09y

OGH 04.08.2009 9 ObA 52/08z

OGH 30.09.2009 9 ObA 125/08k

OGH 29.10.2009 9 ObA 100/08h

OGH 20.04.2010 4 Ob 26/10t

OGH 30.06.2010 9 Ob 49/09k

OGH 15.09.2010 2 Ob 238/09b

OGH 02.12.2010 2 Ob 7/10h

OGH 21.12.2010 8 Ob 6/10f = GesRZ 2011, 230

OGH 16.06.2011 6 Ob 99/11v = ecolex 2011, 361

BGH 20.09.2011 II ZR 234/09

OGH 24.05.2012 6 Ob 83/12t

OGH 26.07.2012 8 ObA 24/12f

OGH 01.08.2012 1 Ob 244/11f

OGH 17.12.2012 10 ObS 136/12s

OGH 20.02.2014 6 Ob 183/13z

Lebenslauf

Mag. Christoph Steinacker

Bildungsweg:

Seit März 2012	**Universität Wien**
	Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften
Oktober 2007 – März 2012	**Universität Wien (Abschluss Mag.iur.)**
	Studium der Rechtswissenschaften
März - September 2007	**Bundesheer**
	Präsenzdienst in der Maria-Theresien-Kaserne
Oktober 2005 - Juni 2007	**Medizinische Universität Wien**
	Studium der Humanmedizin
September 1997 – Juni 2005	**Gymnasium Sacré Coeur Pressbaum**
	Matura

Berufserfahrung:

Seit Mai 2012	**Universität Wien**
	Universitätsassistent am Institut für Recht der Wirtschaft
September 2010 – Februar 2012	**Universität Wien**
	Studienassistent am Institut für Recht der Wirtschaft
November 2009 - Juni 2010	**Universität Wien**
	Studentischer Projektmitarbeiter am Institut für Arbeits- und Sozialrecht

Auszeichnungen:

Wissenschaftspreis 2011 der AKNÖ (Oktober 2011)

Leistungsstipendium der Universität Wien (Jänner 2009, Jänner 2011, Juni 2011)

Exzellenzurkunde der Universität Wien (Oktober 2008)

Urkunde „best of the best" für überdurchschnittliche Studienleistungen (August 2008)

Zweimalige Finalteilnahme beim NÖ-Landesredewettbewerb (2004, 2005)

Platzierung unter den Top-10 beim NÖ-Fremdsprachenwettbewerb (Französisch 2004)

Wissenschaftliches:

Vortrag zum Thema „Betriebsvereinbarungen in der Praxis", Akademie für Recht, Steuern und Wirtschaft (ARS), Mai 2014

Publikation: *Steinacker*, Dienstvertrag - Dienstzettel, ecolex 2010/985.

Diplomandenseminararbeiten:

Arbeitsrecht: „Die Mitwirkungsmöglichkeiten des Betriebsrates bei Betriebsänderungen" (benotet mit Sehr Gut)

Zivilrecht: „Die Rücktritts- und Kündigungsrechte im Darlehens- und Kreditrecht unter Einbeziehung des Darlehens- und Kreditrechtsänderungsgesetz 2010" (benotet mit Sehr Gut)

Engagement:

Mitglied der Fakultätskonferenz an der Fakultät für Wirtschaftswissenschaften der Universität Wien (seit Juni 2012)

Schülervertretung – u.a. Schulsprecher – im Sacré Coeur Pressbaum (2002 - 2005)