



universität  
wien

# DISSERTATION

Titel der Dissertation

## Die Haftung des Leitungsorgans im Kapitalgesellschaftsrecht

GmbH- und Aktienrecht im Vergleich

Verfasser

Mag. iur. Michael Leitner

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2009

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuerin: ao. Univ.-Prof. Dr. Elisabeth Borth-Böhler

## VORWORT

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2009 der juristischen Fakultät der Universität Wien als Dissertation vorgelegt. Literatur und Rechtsprechung wurden bis Jänner 2009 berücksichtigt.

Größten Dank schulde ich Frau ao. Univ.-Prof. Dr. Elisabeth Borth-Böhler, die mir in zahlreichen interessanten und lehrreichen Diskussionen wertvolle Anregungen gegeben und mein Verständnis für diese Materie geschärft hat. Ihre Verbesserungsvorschläge haben eine vertiefte Auseinandersetzung mit dieser Materie gefördert und zu einem besseren Ergebnis beigetragen. Für die rasche Zweitbegutachtung bedanke ich mich recht herzlich bei Herrn o. Univ.-Prof. Dr. Heinz Krejci.

Großen Dank schulde ich auch meiner Kollegin Frau Mag. Julia Told, die mich bei der mühevollen Korrektur der Arbeit unterstützt und mir stets beratend zur Seite gestanden ist.

Nicht zuletzt möchte ich mich auch bei meiner Familie bedanken, die mich seit 25 Jahren in all meinen Vorhaben unterstützt und fördert. Auf Eure Hilfe kann ich immer zählen.

Wien, Februar 2009

Michael Leitner

# INHALTSVERZEICHNIS

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS .....	VI
LITERATURVERZEICHNIS .....	IX
I. Kommentare, Bücher, Festschriften .....	IX
II. Aufsätze .....	XII
III. Verzeichnis der Judikatur .....	XVI
<b>I. Einleitung .....</b>	<b>1</b>
<b>II. Allgemeines zur Haftungszurechnung an die juristische Person .....</b>	<b>3</b>
<b>III. Voraussetzungen des Schadenersatzes gem § 25 GmbHG und § 84 AktG .....</b>	<b>6</b>
A.) Allgemeines .....	6
B.) Der Schaden .....	7
1.) Schadensbegriff .....	7
2.) Der Umfang des zu ersetzenden Schadens nach dem früheren HGB .....	10
3.) Der Umfang des zu ersetzenden Schadens nach dem UGB .....	11
4.) Sonderfall des geschäftsführenden Allein- und Mehrheitsgesellschafters einer GmbH ...	14
a.) Überblick .....	14
b.) Schlussfolgerung für das Gesellschaftsrecht .....	15
C.) Kausalität und Adäquanz .....	16
D.) Pflichtverletzung und Rechtswidrigkeit .....	17
1.) Überblick .....	17
2.) gemeinsame Pflichten der Leitungsorgane im GmbH- und Aktienrecht .....	18
3.) unterschiedliche Pflichten der Leitungsorgane im GmbH- und Aktienrecht .....	21
E.) Rechtswidrigkeitszusammenhang .....	22
F.) Verschulden .....	23
1.) Allgemeines .....	23
2.) Konsequenzen und Konkretisierung des Sorgfaltsmaßstabes .....	23
a.) Allgemeines .....	23
b.) Der Gesellschaftszweck und ehrenamtliche Verwaltungsträger .....	25
3.) „Kernbereich der Verschuldenshaftung“ .....	26
4.) Gründe für die Gleichbehandlung des Sorgfaltsmaßstabes .....	27
<b>Exkurs: Anspruchskonkurrenz zwischen der körperschaftsrechtlichen Haftung und dem</b>	
<b>Anstellungsvertrag .....</b>	<b>30</b>
<b>IV.) Normadressaten des § 25 GmbHG bzw des § 84 AktG .....</b>	<b>32</b>
A.) Allgemeines .....	32
B.) „faktische Organe“ als Normadressat .....	33
1.) Überblick .....	33
2.) rechtliche Behandlung der „faktischen Organe“ .....	34
a.) Allgemeines .....	34
b.) Auslegung der Begriffe „Geschäftsführer“ und „Vorstand“ im GmbH- und	
Aktienrecht .....	35

c.) zivilrechtliche Erfassung der „faktischen Organe“ .....	36
d.) analoge Anwendung der § 84 Abs 2-6 AktG und § 25 Abs 2-7 GmbHG auf die „faktischen Organe“? .....	38
e.) Ergebnis.....	39
3.) Umfang und Intensität der faktischen Einflussnahme .....	40
a.) Überblick.....	40
b.) „faktische Geschäftsführung“ bei Ausübung des Weisungsrechts? .....	41
c.) faktische Einflussnahmen des Mehrheitsgesellschafters .....	44
d.) Die Grundsätze der Repräsentantenhaftung als Mindestmaß der faktischen Einflussnahme .....	45
<b>V.) Verantwortung des Leitungsorgans bei einer Geschäftsverteilung .....</b>	<b>45</b>
A.) Die Geschäftsführung und Vertretung der GmbH und AG .....	45
B.) Haftungsrechtliche Konsequenzen einer Geschäftsverteilung .....	47
1.) Überblick.....	47
2.) Umfang der nötigen Kontrolle und Aufsicht .....	49
<b>VI.) Möglichkeiten der Minderung der Ersatzpflicht.....</b>	<b>53</b>
A.) Einwand des Mitverschuldens der Gesellschaft.....	53
1.) Überblick.....	53
2.) allgemeine Lösungsansätze im Gesellschafts- und Zivilrecht .....	54
3.) Das Auswahlverschulden der GmbH.....	55
4.) Das Auswahlverschulden der AG.....	57
5.) Mitverschulden und Beschluss der Gesellschafterversammlung.....	58
a.) Allgemeines .....	58
b.) kein Mitverschulden der Gesellschaft bei Erteilung einer Weisung.....	58
B.) Anwendbarkeit des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes auf die Verwaltungsträger.....	59
1.) Allgemeines .....	59
2.) Anwendbarkeit des DHG auf den Vorstand einer AG.....	61
a.) Der Vorstand als Dienstnehmer? .....	61
b.) Der Vorstand als arbeitnehmerähnliche Person? .....	62
aa.) Überblick .....	62
bb.) Stellungnahme.....	63
3.) Anwendbarkeit des DHG auf den Geschäftsführer einer GmbH.....	65
a.) Überblick.....	65
b.) Stellungnahme.....	66
C.) Abdingbarkeit der Diligenzpflicht .....	69
1.) Allgemeines .....	69
2.) Interpretation des § 25 Abs 1 GmbHG und des § 84 Abs 1 AktG.....	71
<b>VII.) Behauptungs- und Beweislastverteilung.....</b>	<b>75</b>
A.) Allgemeines zur Behauptungs- und Beweislastverteilung im Zivilprozess.....	75
B.) Zur Beweislastverteilung des § 84 Abs 2 Satz 2 AktG .....	76
1.) Überblick.....	76
2.) Interpretation des § 84 Abs 2 Satz 2 AktG .....	78
3.) Wertungen der unterschiedlichen Auslegungsergebnisse.....	81
4.) Ergebnis .....	82
5.) Schadensvermutung in den Fällen des § 84 Abs 3 AktG.....	82
C.) Zur Beweislastverteilung des § 25 Abs 2 GmbHG .....	83

1.) Überblick.....	83
2.) Die Beweislastumkehr aufgrund der „Nähe zum Beweis“ .....	84
3.) zur analogen Anwendung des § 84 Abs 2 Satz 2 AktG im GmbHG .....	86
4.) zur Anwendbarkeit des § 1298 ABGB .....	87
a.) Überblick.....	87
b.) Die Reichweite des § 1298 ABGB .....	88
5.) Ergebnis .....	90
6.) Schadensvermutung in den Fällen des § 25 Abs 3 GmbHG.....	91

## **VIII. § 25 GmbHG und § 84 AktG als Schutzgesetze zugunsten der Gläubiger? ..... 91**

A.) Allgemeines zum Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB .....	91
B.) § 25 Abs 1 GmbHG und § 84 Abs 1 AktG als Schutzgesetze zugunsten der Gläubiger? ....	92
1.) Rechtfertigung der hL und Rechtsprechung .....	92
2.) vereinzelte Kritik dieser Rechtsansicht.....	95
C.) § 25 Abs 3 GmbHG und § 84 Abs 3 AktG als Schutzgesetze zugunsten der Gläubiger? ....	96
1.) Allgemeines .....	96
2.) Die Verteilung des Gesellschaftsvermögens .....	97
a.) Normzweck der Kapitalerhaltungsnormen .....	97
b.) Vernichtung der Existenzgrundlage.....	99
3.) Die „Verteilung des Gesellschaftsvermögens“ nach § 84 Abs 3 Z 5 AktG.....	101
a.) Überblick.....	101
b.) §§ 212, 213 AktG und § 91 Abs 3 GmbHG .....	102
c.) § 178 Abs 2 AktG und § 57 GmbHG.....	104
d.) Zahlungen entgegen den Bestimmungen der vereinfachten nominellen Kapitalherabsetzung .....	106
e.) § 192 Abs 2 AktG und § 58 GmbHG.....	108
4.) Zahlungen nach Eintritt der Insolvenz.....	109
a.) Überblick.....	109
b.) Der Schutzgesetzcharakter des § 159 StGB.....	111
c.) par conditio creditorium.....	113
d.) Ergebnis .....	115
5.) Das Insihgeschäft .....	117
a.) Die gesetzliche Haftungsgrundlage des § 25 Abs 4 GmbHG .....	117
b.) Keine Rechtsgrundlage des Insihgeschäftes im Aktienrecht .....	119
6.) besondere Haftungsfälle des § 84 Abs 3 AktG ohne Komplementärbestimmung im GmbHG .....	120

## **IX. Zum deliktischen Schutz des Mitgliedschaftsrechts der Gesellschafter ..... 121**

A.) Keine Haftung des Leitungsorgans gegenüber den Gesellschaftern.....	121
B.) Der deliktische Schutz des Mitgliedschaftsrechts.....	123
1.) Überblick.....	123
2.) Meinungsstand .....	124
3.) Stellungnahme.....	125
a.) Das Mitgliedschaftsrecht als absolutes oder relatives Recht .....	125
b.) Vergleich des Mitgliedschaftsrechts mit klassischen absoluten Rechten .....	126
c.) Der Schutz von Forderungen und deren Relevanz für das Mitgliedschaftsrecht.....	127
d.) Vereinbarkeit des Gesellschaftsrechts mit dem Deliktsrecht?.....	129
e.) Verhältnis Gesellschaftsrecht mit dem Mitgliedschaftsrecht.....	130
f.) Verhältnis Gesellschaftsrecht mit sittenwidrigen Beeinträchtigungen.....	131
g.) Ergebnis .....	132

## **X. Der Beschluss der Gesellschafterversammlung und haftungsrechtliche Konsequenzen . 133**

A.) Einleitung .....	133
B.) allgemeine Grundsätze der „Entlastungswirkung“ eines Beschlusses.....	135
C.) sorgfaltsgemäße Beschlüsse.....	136
D.) sorgfaltswidrige Beschlüsse.....	136
E.) mangelhafte Beschlüsse.....	139
1.) Einleitung.....	139
2.) nichtige Weisungen.....	139
a.) Rechtslage vor der Heilung.....	139
b.) Rechtslage nach der Heilung .....	140
aa.) Verletzung des Unternehmensinteresses .....	141
bb.) Verstoß gegen Gesellschafterinteressen .....	142
cc.) Verstoß gegen Arbeitnehmerinteressen.....	143
dd.) Verstoß gegen Gläubigerinteressen .....	145
ee.) Verstoß gegen öffentliche Interessen .....	146
3.) anfechtbare Beschlüsse .....	146
a.) Überblick.....	146
b.) Rechtslage vor Ablauf der Anfechtungsfrist.....	147
c.) Rechtslage nach Ablauf der Anfechtungsfrist.....	148
aa.) Verletzung des Unternehmensinteresses .....	149
bb.) Verstoß gegen Gesellschafterinteressen .....	150
cc.) Verstoß gegen Arbeitnehmerinteressen.....	150
dd.) Verstoß gegen Gläubigerinteressen .....	151
ee.) Verstoß gegen öffentliche Interessen .....	152
F.) Erweiterung der Befreiungswirkung?.....	153
G.) Förmlichkeit der Beschlussfassung?.....	156
H.) Ergebnis .....	159

## **XI. Vergleich oder Verzicht auf Schadenersatzansprüche..... 160**

A.) Überblick.....	160
B.) Reichweite der Bestimmungen.....	161
C.) Voraussetzungen eines wirksamen Haftungsausschlusses.....	162
1.) Allgemeines .....	162
2.) Zuständigkeit zur Abgabe einer Haftungsbefreiung .....	162
3.) Sperrfrist .....	163
4.) Zustimmung der Hauptversammlung und Vetorecht der Minderheit.....	164
5.) Auswirkungen auf die Gläubiger .....	166
6.) Rechtsfolgen eines Verstoßes .....	167
7.) Die Entlastung.....	167

## **XII. Die Verjährung von Schadenersatzansprüchen..... 170**

A.) Allgemeines .....	170
B.) Die Verjährung nach § 84 Abs 6 AktG .....	170
1.) Überblick.....	170
2.) Wissenszurechnung an die Gesellschaft .....	171
3.) Stellungnahme.....	172
4.) Verhältnis des § 84 Abs 6 AktG zum ABGB .....	173
C.) Die Verjährung nach § 25 Abs 6 GmbHG .....	174

<b>XIII. Die Einziehungsermächtigung der Gesellschaftsgläubiger nach § 84 Abs 5 AktG .....</b>	<b>176</b>
A.) Überblick.....	176
B.) Die „Akzessorietät“ der Einziehungsermächtigung.....	177
C.) Die Selbständigkeit und Unmittelbarkeit der Einziehungsermächtigung .....	178
D.) Die Einziehungsermächtigung und der Konkurs der AG .....	179
E.) Praktische Bedeutung der Einziehungsermächtigung .....	180
F.) Verfahrensrechtliche Besonderheiten.....	181
G.) Zur analogen Anwendung des § 84 Abs 5 AktG im GmbH-Recht .....	183
<b>XIV. Anstiftung zu gesellschaftsschädigenden Handlungen.....</b>	<b>184</b>
A.) Überblick.....	184
B.) Anspruchsvoraussetzungen nach § 100 Abs 1 AktG .....	185
C.) Anspruchsberechtigte .....	187
D.) Die haftenden Personen .....	188
E.) Entfall der Haftung .....	189
F.) Anstiftung zu gesellschaftsschädigenden Handlungen in der GmbH.....	191
<b>XV.) Schlusswort .....</b>	<b>193</b>
<b>XVI.) Anhang.....</b>	<b>195</b>

## ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

aA	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
aM	anderer Meinung
Anm	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
AO	Ausgleichsordnung
Arb	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen der Gerichte und Einigungsämter, hrsg von <i>Tades</i>
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz
Art	Artikel
ARD	ARD-Betriebsdienst
AT	Allgemeiner Teil
AStN	Aktuelle Steuer News
bbI	baurechtliche Blätter
Bd	Band
BGB	deutsches Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	deutscher Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BT	Besonderer Teil
bzw	beziehungsweise
dAktG	deutsches Aktiengesetz
DB	der Betrieb
dGmbHG	deutsches Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
DHG	Dienstnehmerhaftpflichtgesetz
DRdA	Das Recht der Arbeit
DStR	Deutsches Steuerrecht
EB	Erläuternde Bemerkungen
EB I	EB zu GmbHG RGBI 1906/58, 236 BlgStP des Herrenhauses, XVII. Session, 1904
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EO	Exekutionsordnung
etc	et cetera
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen (in der ÖJZ seit 1946)
EVHGB	4. Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich
f, ff	und der/die folgende(n)
FN	Fußnote

FS	Festschrift
GBU	GmbH-Bulletin
gem	gemäß
GenG	Genossenschaftsgesetz
GeS	Ges aktuell- Zeitschrift für Gesellschafts- und Steuerrecht
GesRZ	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
GF	Geschäftsführer
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
hA	herrschende Ansicht
HGB	Handelsgesetzbuch
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
hrsg	herausgegeben
HS	Handelsrechtliche Entscheidungen
idF	in der Fassung
idFd	in der Fassung der/des
ieS	im engeren Sinn
immolex	Der Entscheidungs- und Informationsdienst für neues Miet- und Wohnrecht
iS	im Sinne
iVm	in Verbindung mit
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
JB1	Juristische Blätter
JZ	Juristenzeitung
KO	Konkursordnung
Komm	Kommentar
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
lit	litera
mE	meines Erachtens
Miet = MietSlg	Mietrechtliche Sammlung
mwN	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZ	Österreichische Notariatszeitung
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
ÖBl	Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
OG	offene Gesellschaft
OGH	Oberster Gerichtshof

OHG	offene Handelsgesellschaft
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
ÖRZ	Österreichische Richterzeitung
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
RdA	Recht der Arbeit
RdW	Recht der Wirtschaft
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RZ	Österreichische Richterzeitung
RZ-EÜ	Österreichische Richterzeitung- Entscheidungsübersicht
Rz	Randziffer
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
S	Seite
StGB	Strafgesetzbuch
SWK	Österreichische Steuer- und Wirtschaftskartei
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivilsachen
ua	unter anderem
UGB	Unternehmensgesetzbuch
URG	Unternehmensreorganisationsgesetz
usw	und so weiter
uU	unter Umständen
VerG	Vereinsgesetz
vgl	vergleiche
Vorausfl	Vorauslage
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
WBl = wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WK	Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch
WoBl	Wohnrechtliche Blätter
ZAS	Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
Zak	Zivilrecht aktuell
zB	zum Beispiel
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZIK	Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZPO	Zivilprozessordnung
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht

## LITERATURVERZEICHNIS

### I. Kommentare, Bücher, Festschriften

*Achilles/Ensthaler/Schmidt*, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 2005.

*Angst (Hrsg)*, Kommentar zur Exekutionsordnung, 2. Aufl., 2008.

*Auer*, Rechtsgrundlagen für GmbH-Geschäftsführer, 3. Aufl., 1997.

*Ballon*, Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht-Streitiges Verfahren, 10. Aufl., 2004.

*Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht, 4. Aufl., § 1-43 KO, 2000.

*Baumbach/Hueck (Vorausfl.)*, GmbH-Gesetz, 17. Aufl., 2000.

*Baumbach/Hueck*, GmbH-Gesetz, 18. Aufl., 2006.

*Bernat/Böhler/Weilinger (Hrsg)*, Festschrift Heinz Krejci zum 60. Geburtstag: Zum Recht der Wirtschaft, 2001.

*Bollenberger- Klemm*, Geschäftsführerhaftung, 3. Aufl., 2004.

*Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen, 4. Aufl., 2006.

*Burgstaller/Deixler-Hübner*, Exekutionsordnung (Loseblattwerk).

*Bürgers (Hrsg)*, Heidelberger Kommentar zum Aktiengesetz, 2008.

*F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Aufl., 1991.

*P. Bydlinski*, Grundzüge des Privatrechts, 7. Aufl., 2007.

*Dinkhoff*, Der faktische Geschäftsführer in der GmbH, 2003.

*Dittrich-Tades*, Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, 22. Aufl., 2007.

*Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz, 2003.

*Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, 2007.

*Enzinger/Hügel/Dillenz*, Festschrift Gerhard Frotz zum 65. Geburtstag: Aktuelle Probleme des Unternehmensrechts, 1993.

*Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 2. Aufl., 2004.

*Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, 2. Aufl., 2007.

*Fröhlich* , Vom zwingenden und nichtzwingenden Privatrecht, 1922.

*Gellis/Feil*, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 4. Aufl., 2000.

*Haas*, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz, 1997.

*Habersack*, Die Mitgliedschaft- subjektives und „sonstiges“ Recht, 1996.

*Hachenburg/Verf*, Großkommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 8. Aufl., ab 1989.

*Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht, Bd I, 4. Aufl., 1990.

*Hämmerle/Wünsch II*, Handelsrecht, Bd II, 3. Aufl., 1978.

*Harrer*, Haftungsprobleme bei der GmbH, 1990.

*Heidinger/Schneider*, AktG, 69. Band, 2007.

*Helms*, Schadenersatzansprüche wegen Beeinträchtigung der Vereinsmitgliedschaft, 1998.

*Hoffmann-Becking (Hrsg)*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, 4. Band: Die Aktiengesellschaft, 2. Aufl., 1999.

*Hoffmann/Liebs*, Der GmbH-Geschäftsführer, 1995.

*Höpfel/Ratz (Hrsg)*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl., 2006.

*Hüffer*, Aktiengesetz, 8. Aufl., 2008.

*Jabornegg-Strasser (Hrsg)*, Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Aufl., 2001-2006.

*Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts, 2002.

*Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, 2008.

*Kastner*, Gesellschafts- und Unternehmensrecht, Gesammelte Aufsätze 1946-1981, 1982.

*Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts, 5. Aufl., 1990.

*Keinert*, Das neue Unternehmensrecht, 2006.

*Kerschner*, Dienstnehmerhaftpflichtgesetz, 2. Aufl., 2004.

*Klicka*, Die Beweislastverteilung im Zivilverfahrensrecht, 1995.

*Konecny/Schubert (Hrsg)*, Insolvenzgesetze, 2004.

*König*, Die Anfechtung nach der Konkursordnung, 3. Aufl., 2003.

*Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz Kommentar, 3. Aufl., 2007.

*Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht, II: Besonderer Teil, 2. Aufl., 1984.

*Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht, I: Allgemeiner Teil, 3. Aufl., 1997.

*Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB Kurzkomentar, 2. Aufl., 2007.

*Koziol-Welser I*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Bd I, 13. Aufl., 2006.

*Koziol-Welser II*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Bd II, 13. Aufl., 2007.

*Krejci*, Handelsrecht, 3. Aufl., 2005.

*Krejci*, Gesellschaftsrecht, Band I: Allgemeiner Teil und Personengesellschaften, 2005.

*Krejci*, Unternehmensrecht, 4. Aufl., 2008.

*Krejci/S.Bydlinski/Dehn/Schauer*, Reformkommentar UGB, 2007.

*Krejci/S.Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz 2002, 2002.

*Kropff (Hrsg)*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 2001-2006.

*Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991.

*Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Gesetz, Kommentar, 16. Aufl., 2004.

*Mader*, Kapitalgesellschaften, 6. Aufl., 2008.

*Martinek/Cerny/Floretta/Holzer/Kuderna*, Arbeit, Recht und Gesellschaft. Festschrift Walter Schwarz zum 65. Geburtstag, 1991.

*Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht- System und Praxiskommentar, 10. Lfg., 2007.

*Mertens*, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht, 1967.

*Mertens*, Die Geschäftsführung in der GmbH und das ITT-Urteil, FS Fischer , 1979.

*Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 4. Aufl., 2006.

*Ratka/Rauter*, Handbuch Geschäftsführerhaftung, 2008.

*Rebmann/Säcker/Rixecker (Hrsg)*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 5. Aufl., 2007.

*Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Erkenntnisverfahren, 6. Aufl., 2003.

*Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht, 1983.

*Reich-Rohrwig I*, Das österreichische GmbH-Recht, 2. Aufl., Bd I, 1997.

*Reischauer*, Der Entlastungsbeweis des Schuldners, 1975.

*Roth/Altmeyden*, GmbHG, 5. Aufl., 2005.

*Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl., ab 2000.

*Priester/Mayer (Hrsg)*, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, 3. Band: Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 1996.

*Schiemer*, Handkommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., 1986.

*Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, 2002.

*K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., 2002.

*Schummer/Kriwanek*, Das neue Unternehmensgesetzbuch, 2006.

*Schwimmann*, ABGB Praxiskommentar, 3. Aufl., 2006.

*Straube (Hrsg)*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd I, §§ 1-188, 343-453, 3. Aufl., 2003.

*Tomandl/Schrammel (Hrsg)*, Arbeitsrecht, Band 1, 4. Aufl., 1998.

*Tomandl/Schrammel (Hrsg)*, Arbeitsrecht, Band 2, 5. Aufl., 2004.

*Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer (Hrsg)*, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 3, 6.Lfg, 2001.

*Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG Großkommentar, 2006.

*Umfahrer*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 6. Aufl., 2008.

*Wagner*, Geschäftsführerhaftung und URG, 1999.

*J. Wilhelm*, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, 1981.

*Welser*, Schadenersatz statt Gewährleistung, 1994.

*Zöllner (Hrsg)*, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Aufl., 1996.

## **II. Aufsätze**

*Artmann*, Haftungsdurchgriff im GmbH-Recht, RdA 2002, 370.

*Artmann*, Offene Fragen der gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsklage, GeS 2007, 3.

*Binder*, Zur Beweislast bei Vertragsverletzung, JBl 1990, 815.

*Bittner*, Die Auslegung des neuen § 78 Abs 1 GmbH-Gesetz-ein Problem, das keines sein sollte, NZ 1991, 100.

*F. Bydlinski*, „Bananen-Prozess“ und Schadenersatzrecht, ZAS 1966, 165.

*F. Bydlinski*, Thesen zur lex-lata-Grenze der Rechtsfindung, JBl 1997, 617.

*M. Bydlinski*, Deliktshaftung der juristischen Person und lange Verjährung, ÖRZ 1982, 218.

*P. Bydlinski*, Notariatsakt und Notarhaftung, NZ 1991, 235.

*Dellinger*, Quo Vatis Kridahaftung ?, ecolex 1990, 341.

*Eckert/Linder*, Verjährung von Ersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder, ecolex 2005/449.

*Fleck*, Zur Haftung des GmbH- Geschäftsführers, GmbHR 1974, 224.

*Fritz*, Grundsatzfragen der Geschäftsführung, SWK 1998, W 43.

*Fritz*, Der GmbH- Geschäftsführer, SWK- Sonderheft (1999).

*Frotz*, Grundsätzliches zur Haftung von Gesellschaftsorganen und für Gesellschaftsorgane, GesRZ, 1982, 98.

*Harrer*, Inlichgeschäfte bei der Einmann-GmbH, RdW 1991, 170.

*Höller*, Konkursanfechtung von Zahlungen innerhalb der Skontofrist, ecolex 2005, 517.

*Ihrig*, Einzelfragen zur Existenzvernichtungshaftung als Binnenhaftung, DStR 2007, 27, 1171.

*Iro*, Zurechnung von Gehilfen im Recht der Willensmängel, JBl 1982, 510.

*Iro*, Banken und Wissenszurechnung, GBU 2001/02/07.

*Jabornegg*, Kautionschutz für arbeitnehmerähnliche Personen, öRdA 1990, 213.

*Jud/Grünwald*, Überlegungen zum Fristenlauf im Zusammenhang mit Vergleichen und Verzichten der Aktiengesellschaft, NZ 1993, 185.

*Karollus/Lukas*, Dritthaftung der Bank aus einer unrichtigen Bankbestätigung, JBl 2004, 686.

*Kiethe/Groeschke*, Das schutzwürdige Eigeninteresse der GmbH innerhalb und außerhalb von Konzernsachverhalten, NZG 2001, 504, 505.

*Koppensteiner*, Zur Haftung des GmbH- Gesellschafters, WBl 1988, 1.

*Koppensteiner*, Zur Haftung der Gesellschafter bei Zahlungsunfähigkeit der GmbH, JBl 2006, 681.

*Koziol*, Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich, JBl 1994, 209.

*Koziol*, Rechtswidrigkeit, bewegliches System und Rechtsangleichung, JBl 1998/619.

*Kramer*, Die normative Kraft des dispositiven Rechts: Am Beispiel der AGB der österreichischen Kreditunternehmungen, ÖJZ 1973, 505.

*Kraus*, Kompetenzverteilung bei der GmbH, *ecolex* 1998, 631.

*Lehner*, Die Beweislastverteilung bei der GmbH-Geschäftsführerhaftung, *GesRZ* 2005, 128.

*Lukas*, Anwaltshaftung und Beweislast, *JB1* 1994, 62.

*Luschin*, Zur Geschäftsführerhaftung bei Ressortverteilung, *GBU* 2000/02/07.

*Medicus*, Die Außenhaftung des GmbH-Geschäftsführers, *GmbHHR* 1993, 533.

*Meier/Pech*, Bestellung und Anstellung von Vorstandsmitgliedern in Aktiengesellschaften und Geschäftsführern in einer GmbH, *DStR* 1995, 31.

*Neumayr*, Die Entlastung des Geschäftsführers, *JB1* 1990, 273.

*Ostheim*, Gedanken zur deliktischen Haftung für Repräsentanten anlässlich der neueren Rechtsprechung des OGH, *JB1* 1978, 57.

*Peschek*, Neue Möglichkeiten für Schiedsverfahren im Arbeitsrecht ?, *RdW* 2003, 153.

*Plöchl*, Anfechtungspflicht und Kostenrisiko, *ecolex* 1993, 453.

*Reich-Rohrwig*, Aktuelles zur Geschäftsführerhaftung- Gedanken zu OGH 29.4.1998, *ecolex* 1998/767.

*Reischauer*, Probleme der Dienstnehmerhaftung, *RdA* 1978, 193.

*Reischauer*, Neue Rechtsprechung und Lehre zu § 1298 ABGB, *JB1* 1998, 473.

*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.

*Reischauer*, Pistenrand- bzw Pistenumfeldsicherung, *JB1* 2001, 131.

*Resch*, Zur Ressortverteilung im Vorstand der Aktiengesellschaft, *GesRZ* 2000, 2.

*Schilcher/Holzer*, Der schadenersatzrechtliche Schutz des Traditionserwerbers bei Doppelveräußerung, *JB1* 1974, 445.

*Schima*, Keine vorläufige Vollstreckbarkeit für arbeitnehmerähnliche Personen, *ZAS* 1990, 90.

*Schima*, Enthftung des Vorstands (Aufsichtsrats) durch Entlastungsbeschluss sämtlicher Aktionäre?, *GesRZ* 1991, 185.

*Schima*, Der GmbH-Geschäftsführer und der Wille des Mehrheitsgesellschafters, *GBU* 2000/01/06.

*G. Schmidt*, Die Vereinsmitgliedschaft als Grundlage von Schadenersatzansprüchen, JZ 1991, 157.

*K. Schmidt*, Zur Gläubigersicherung im Liquidationsrecht der Kapitalgesellschaften, Genossenschaften und Vereine. Grundprobleme der §§ 73 GmbHG, 272 AktG, 90 GenG, 51 ff BGB, ZIP 1981, 1, 8.

*K.Schmidt*, Konkursverschleppung und Konkursverursacherhaftung, ZIP 1988, 1497, 1504.

*K.Schmidt*, Zur Durchgriffsfestigkeit der GmbH, ZIP 1994, 837, 843.

*K. Schmidt*, Gesellschafterhaftung und „Konzernhaftung“ bei der GmbH- Bemerkungen zum „Bremer Vulkan“-Urteil des BGH vom 17. 9. 2001, NJW 2001, 3580.

*Schneider*, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Organe einer Aktiengesellschaft, ÖJZ 1986, 129.

*Schopper/Strasser*, Konturen einer Existenzvernichtungshaftung in Österreich, GesRZ 2005, 176.

*Spornberger*, Zur Haftung leitender Vereinsorgane. Zugleich eine Besprechung der E 11 Os 52/05i, ecolex 2007, 407.

*Strasser*, Die Leitung der Aktiengesellschaft durch den Vorstand I, JBl 1990/447.

*Straube, Rauter*, Wege aus dem Labyrinth? Strategien der Haftungsvermeidung für GmbH-GF, JAP 2007/2008/15.

*Thöni*, Zum Selbstkontrahieren des Gesellschafter-Geschäftsführers einer Einmann-GmbH, WBl 1988, 102.

*Thöni*, Beschlussanfechtung und Schadenersatzhaftung im GmbH-Recht, ecolex 1993, 747.

*Thöni*, Verantwortlichkeit der Aktionäre für die Stimmrechtsausübung ?, ecolex 1994, 230.

*Thöni*, Zur prozessualen Beseitigung unklarer Beschlussergebnisse im GmbH-Recht, ÖJZ 2002, 215.

*Tinhofer*, Sexuelle Belästigung durch den GF einer GmbH, RdW 1994, 248.

*H. Torggler, U.Torggler*, Grundsatzfragen der Geschäftsführerhaftung, GBU 1998/06/09.

*U. Torggler*, Business Judgment Rule und unternehmerische Ermessensentscheidungen, ZfRV 2002/9.

*U. Torggler*, Zum deliktischen Schutz der Mitgliedschaftsrechte, JBl 2003, 747.

*U. Torggler*, Fünf (Anti-) Thesen zum Haftungsdurchgriff, JBl 2006, 85.

*Völkl/Völkl*, Die Haftung der rechtsberatenden Berufe im Spiegel der Rechtsprechung, ÖJZ 1991, 617.

*Wachter*, GmbH-Geschäftsführer und Dienstnehmerhaftung, WBl 1990, 221.

*Weller*, Die Existenzvernichtungshaftung im modernisierten GmbH-Recht- eine Außenhaftung für Forderungsverletzung, DStR 2007, 27, 1168.

*Welser*, Der OGH und der Rechtswidrigkeitszusammenhang, ÖJZ 1975, 2.

*Welser*, Sachverständigenhaftung und Insolvenzverfahren, NZ 1984, 92.

*Wilhelm*, Wieder Verwirrung um § 1298 ABGB, ecolex 1993, 73.

*M. Winter*, Eigeninteresse und Treuepflicht bei der Einmann-GmbH in der neueren BGH-Rechtsprechung, ZGR 1994, 570, 585.

*Yu-Cheol Shin*, Die außervertragliche Schadenshaftung für juristische Personen, ZfRV 2005/9.

### **III. Verzeichnis der Judikatur**

OGH NZ 1917, 244.

OGH 24. 3. 1926, 1 Ob 211/26 = SZ 8/91.

OGH 7. 3. 1928, 3 Ob 201/28 = SZ 10/44.

OGH 30. 10. 1928, 4 Ob 208/28 = SZ 10/312.

OGH 28. 3. 1951, 3 Ob 640/50 = SZ 24/87.

OGH 17. 7. 1954, 2 Ob 536/54 = Arb 6056.

BGH 6. 10. 1960 - II ZR 150/58 = BGHZ 33, 175, 176 ff = NJW 1961, 26.

OGH 12. 7. 1961, 1 Ob 290/61 = OGH HS 744/47.

OGH 28. 9. 1961, 6 Ob 240/61 = SZ 34/125.

OGH 11. 6. 1964, 5 Ob 135/64 = JBl 1965, 90.

OGH 15. 10. 1964, 6 Ob 99/64 = JBl 1965, 469.

OGH 29. 6. 1965, 4 Ob 77/65 = Arb 8102.

OGH 25. 5. 1966, 3 Ob 54/66 = HS 5570.

OGH 20. 12. 1966, 8 Ob 276/66 = HS 5534.

OGH 11. 12. 1969, 1 Ob 237/69 = EvBl 1970/179.

OGH 31. 3. 1970, 1 Ob 50/70 = EvBl 1970/294.

OGH 15. 4. 1971, 1 Ob 87/71 = SZ 44/45 = JBl 1972, 312 (zust Ostheim) = RZ 1971, 121.

OGH 16. 9. 1971, 1 Ob 243/71 = SZ 44/141.

OGH 9. 12. 1971, 2 Ob 179/71 = SZ 44/187.

OGH 5. 4. 1972, 1 Ob 60/72 = SZ 45/41.

OGH 7. 11. 1972, 4 Ob 348/72 = ÖBl 1973,53.

OGH 30. 1. 1973, 4 Ob 301/73 = SZ 46/11.

OGH 31. 10. 1973, 1 Ob 179/73 = SZ 46/113 = ÖJZ 1974/83 (EvBl) = GesRZ 1974, 100 = NZ 1974, 190.

BGH 14. 5. 1974 - VI ZR 8/73 = NJW 1974, 1371, 1372.

OGH 4. 12. 1974, 1 Ob 196/74 = OGH SZ 47/140.

OGH 30. 1. 1975, 6 Ob 8/75 = Arb 9317.

OGH 3. 7. 1975, 2 Ob 356/74 = OGH GesRZ 1976, 26 = HS 9593 = HS 9597 = ÖJZ 1976/66 = SZ 48/79.

OGH 7. 10. 1975, 3 Ob 108/75 = Arb 9400.

OGH 21. 10. 1975, 4 Ob 623/75 = JBl 1978, 87.

OGH 23. 3. 1976, 5 Ob 536/76 = SZ 49/47.

OGH 11. 5. 1976, 5 Ob 529/76 = SZ 49/66.

OGH 14. 9. 1976, 5 Ob 304/76 = SZ 49/109.

OGH 21. 9. 1976, 4 Ob 92/76 = Arb 9518.

OGH 9. 11. 1976, 4 Ob 69/76 = EvBl 1977/112.

OGH 24. 11. 1976, 8 Ob 160/76 = ÖJZ 1977/65 (EvBl) = JBl 1977, 199.

OGH 2. 12. 1976, 7 Ob 811/76 = ZVR 1978/111.

OGH 22. 12. 1976, 1 Ob 797, 802/76 = SZ 49/163= EvBl 1977/161.

OGH 8. 2. 1977, 4 Ob 387/76 = SZ 50/20.

OGH 31. 3. 1977, 6 Ob 575/77 = ÖJZ 1977/240 (EvBl).

OGH 31. 5. 1977, 5 Ob 306/76 = ÖJZ 1978/4 (EvBl) = ARD 3029/7/78 = HS 10.700= ÖJZ 1978/4.

OGH 12. 7. 1977 = 4 Ob 92/77 = DRdA 1978,133.

OGH 11. 10. 1977, 4 Ob 134/77 = Arb 9628.

OGH 9. 11. 1977, 1 Ob 690/77 = OGH SZ 50/140= GesRz 1978, 34= HS 11.434.

OGH 30. 11. 1977, 1 Ob 624/77 = EvBl 1978/112.

OGH 10. 1. 1978, 3 Ob 536/77 = GesRZ 1978, 36 = HS 11.291 = HS 11.302 = HS 11.305.

OGH 2. 1. 1979, 5 Ob 699/78 = GesRZ 1979, 122 = HS 11.307.

OGH 16. 1. 1979, 4 Ob 71/78 = Arb 9771/1978.

OGH 30. 1. 1979, 5 Ob 686/78 = EvBl 1979/135.

OGH 15. 5. 1979, 5 Ob 766/78 = SZ 52/82.

OGH 16. 5. 1979, 1 Ob 766/78 = GesRZ 1979, 120.

OGH 11. 7. 1979, 3 Ob 622/78 = SZ 52/116 = EvBl 1980/4 S 14 = JBl 1980, 38.

OGH 12. 11. 1979, 4 Ob 68/79 = Arb 9829.

OGH 13. 11. 1979, 5 Ob 613/79 = SZ 52/167 = GesRZ 1980, 216.

OGH 20. 11. 1979, 5 Ob 313/79 = GesRZ 1980, 92.

OGH 26. 3. 1980, 1 Ob 545/80 = SZ 53/53 = GesRZ 1981, 111.

OGH 30. 4. 1980, 6 Ob 585/80 = OGH SZ 53/73 = GesRZ 1980, 146.

VwGH 20. 1. 1981, 2349, 2424/79 = ÖJZ 1982, 135.

OGH 28. 1. 1981, 1 Ob 775/80 = ÖJZ 1981/159 (EvBl) = JBl 1982, 145 = SZ 54/13.

OGH 18. 2. 1981, 1 Ob 719/80 = SZ 54/20.

OGH 9. 4. 1981, 7 Ob 538/81 = SZ 54/57 = GesRZ 1981, 175.

OGH 15. 9. 1981, 4 Ob 156/80 = Arb 10.015 = EvBl 1981, 662/237 = SZ 54/120.

OGH 16. 6. 1982, 1 Ob 606/82 = HS 12.441.

OGH 1. 12. 1982, 1 Ob 730/82 = SZ 55/185 = EvBl 1983/101.

OGH 15. 12. 1982, 3 Ob 647/82 = EvBl 1983/39.

BGH 14 .3. 1983 - II ZR 103/82 = BGH NJW 1983, 1856, 1857.

OGH 30. 11. 1983, 1 Ob 784/83 = ZVR 1984/122.

OGH 9. 1. 1985, 3 Ob 521/84 = GesRZ 1986, 97 = ÖJZ 1986/86.

OGH 5. 2. 1985, 4 Ob 5/85 = GesRZ 1985, 142.

OGH 9. 9. 1986, 2 Ob 599/85 = JBl 1987, 104.

OGH 14. 5. 1987, 7 Ob 25/87 = SZ 60/90.

OGH 22. 5. 1987, 1 Ob 573/85 = WBl 1987, 69.

OGH 16. 6. 1987, 4 Ob 521/87 = JBl 1987, 720.

OGH 30. 6. 1987, 10 Ob S 16/87 = JBl 1987, 674.

OGH 27. 8. 1987, 8 Ob 543/87 = SZ 60/151 = GesRZ 1998, 45 = ÖJZ 1988/34 = RdW 1987, 409 = WBl 1987, 344 = SZ 60/151.

OGH 29. 9. 1987, 2 Ob 568/87 = WBl 1988, 29.

OGH 28. 9. 1988, 1 Ob 605/88 = SZ 61/206.

OGH 12. 4. 1989, 2 Ob 566/88 = RIS-Justiz E17691.

BGH 12. 6. 1989 - II ZR 334/87 = NJW- RR 1989, 1255, 1256.

OGH 19. 12. 1989, 2 Ob141/89 = ZVR 1990/119.

OGH 18. 1. 1990, 8 Ob 518/90 = RZ 1990/57.

OGH 15. 2. 1990, 8 Ob 700/89 = JBl 1990, 723.

OGH 29. 3. 1990, 6 Ob 704/89 = ecolex 1990, 419.

OGH 28. 6. 1990, 8 Ob 624/88 = ÖBA 1990/24 8= RdW 1991, 43 = WBl 1990, 348.

OGH 16. 1. 1991, 1 Ob 664/90 = JBl 1991, 453.

OGH 4. 9. 1991, 7 Ob 553/91 = JBl 1992, 188.

OGH 18. 9. 1991, 1 Ob 38/90 = OGH SZ 64/126 = JBl 1992, 327 = EvBl 1992/14.

OGH 24. 9. 1991, 4 Ob 542/91 = JBl 1992, 106.

OGH 26. 9. 1991, 6 Ob 607/91 = EvBl 1992, 233/51 = RdW 1992, 75 = ÖBA 1992, 578.

OGH 20. 11. 1991, 1 Ob 617/91 = ecolex 1992, 853= JBl 1992, 444 = RdW 1992, 142.

OGH 20. 5. 1992, 1 Ob 562/92 = ecolex 1992, 707 =RdW 1992, 403.

OGH 22. 10. 1992, 1 Ob 35/92 = JBl 1993, 389.

OGH 12.11.1992, 6 Ob 596/92 = JBl 1994, 47.

OGH 12. 11. 1992, 7 Ob 621/92 = OGH ecolex 1993, 248 = EvBl 1993/80 = GesRZ 1993, 110.

VwGH 17. 11. 1992, 91/14/0180, 0181, 0182 = ecolex 1993, 347.

OGH 10. 12. 1992, 6 Ob 656/90 = ecolex 1993, 168.

OLG München ZIP 1992, 1552, 1553.

OGH 13. 4. 1994, 3 Ob 17/94 = SZ 67/62.

OGH 28 .4. 1994, 8 Ob 27/93 = JBl 1994, 829= ÖBA 1995, 143.

OGH 8. 11. 1994, 5 Ob 556/94 = AnwBl 1995/5044.

OGH 22. 12. 1994, 2 Ob 591/94 = SZ 67/238 = ecolex 1995, 901 = RdW 1995, 262 = WBl 1995,122 = AnwBl 1995, 863 = GesRZ 1995, 121.

OGH 31. 1. 1995, 4 Ob 11/95 = WBl 1995, 250.

BGH 20. 3. 1995 - II ZR 205/94 = BGHZ 129, 136, 160 = DB 1995, 1064, 1069.

OGH 14. 6. 1995, 3 Ob 515/95 = JBl 1996, 51 = ÖBA 1996, 144.

OGH 5. 12. 1995, 4 Ob 593/95 = SZ 68/233.

OGH 20. 12. 1995, 7 Ob 633, 634/95 = wbl 1996, 249.

OGH 23. 1. 1996, 10 Ob 529/94 = SZ 69/8.

OGH 14. 3. 1996, 6 Ob 2027/96 = JBl 1997, 250.

OGH 24. 4. 1996, 9 Ob A 2003/96s = RdW 1997, 417 = Arb. 11.519.

OGH 25. 6. 1996, 4 Ob 2078/96h = ecolex 1997, 437 = HS 27.148 = HS 27.235 = JBl 1997, 108.

OGH 26. 6. 1996, 7 Ob 2006/96t = ecolex 1997, 27 = JBl 1997, 114.

OGH 22. 8. 1996, 1 Ob 2139/96g = SZ 69/189.

OGH 16. 12. 1996, 1 Ob 2269/96z = HS 27.894 = WBl 1997, 210 = ÖBA 1997, 788 = immolex 1997/89 = ZIK 1998, 36.

OLG Wien NZ 1996, 251.

OGH 17. 12. 1996, 4 Ob 2365/96i = SZ 69/284.

OGH 25. 2. 1997, 10b5/97k = SZ 70/33.

BGH 21. 4. 1997, II ZR 175/95 = ecolex 1997, 507.

OGH 11. 9. 1997, 6 Ob 244/97v = RdW 1997, 718 = ecolex 1998, 137 = WBl 1998/173 = AnwBl 1998, 214.

OGH 9. 10. 1997, 2 Ob 184/97s = RdW 1998, 16.

OGH 22. 10. 1997, 7 Ob 2339/96p = ecolex 1998, 327.

OGH 28. 1. 1998, 9 Ob 244/97s = bbl 1998/169.

OGH 23. 2. 1998, 3 Ob 2106/96v = SZ 71/27 = ARD 5058/27/99 = ecolex 1998, 548 (Wilhelm) = GBU 1998/08/03; RdW 1998, 548.

OGH 24. 6. 1998, 3 Ob 34/97i = SZ 71/108 = ARD 5017/30/99 = ecolex 1998, 774 (Reich-Rohrwig) = HS 29.062 = RdW 1998, 671 = GBU 1998/10/04.

OGH 11. 11. 1999, 6 Ob 4/99b = OGH SZ 72/172 = AnwBl 2001, 78 (Saurer) = ARD 5111/24/2000 = AStN 2000 H 10, 3 = ecolex 2000/50 = GesRZ 2000, 25 = HS 30.168.

OGH 23. 12. 1999, 2 Ob 332/99h = ecolex 2000, 204.

OGH 26. 1. 2000, 9ObA326/99b = OGH JBl 2000, 530 = SZ 73/20.

OGH 7. 4. 2000, 5 Ob 267/98w = JBl 2000, 643.

OGH 30. 8. 2000, 6 Ob 174/00g = ÖBA 2001/997 = JBl 2002, 182 (Dullinger).

OGH 20. 9. 2000, 9 Ob 99/00z = ecolex 2001/106.

OGH 6. 12. 2000, 9 Ob A 273/00p = ecolex 2001/215.

OGH 21. 12. 2000, 8 Ob 233/99v = EvBl 2001/105.

OGH 20. 3. 2001, 10 Ob 26/01y = ecolex 2001/177.

OGH 12. 4. 2001, 8 Ob A 98/00w = RdA 2002/41 = ARD 5254/3/2001 = RdW 2001/505.

OGH 18. 4. 2001, 7 Ob 66/01h = JBl 2001, 585.

OGH 11. 2. 2002, 7 Ob 315/01a = SZ 2002/18 = ÖBA 2003, 11.

OGH 26. 2. 2002, 1 Ob 144/01k = ecolex 2003/22 = GeS 2002, 26 = GesRZ 2002, 86 = RdW 2002/350 = SZ 2002/26 = WBl 2002/227.

OGH 30. 4. 2002, 1 Ob 84/02p = ÖJZ 2002/158, 609 = RdW 2002/498, 533.

BGH 24. 6. 2002 - II ZR 300/00 = BGHZ 151, 181 = NJW 2002, 3024, 3025.

BGH 16. 9. 2002 - II ZR 107/01.

OGH 20. 2. 2003, 6 Ob124/02g = SZ 2003/16.

OGH 26. 2. 2003, 3 Ob 278/02g = ÖBA 2004, 628.

OGH 24. 4. 2003, 3 Ob 288/02b = GesRZ 2003, 239.

OGH 10. 7. 2003, 6 Ob 83/03d = RdW 2004/62.

OGH 22. 10. 2003, 3 Ob 287/02f = SZ 2003/133 = OGH GeS 2004, 149= GBU 2004/03/02= ecolex 2004/166 = wbl 2004, 93.

OGH 29. 4. 2004, 6 Ob 313/03b = ecolex 2005/54= ZIK 2004/232 = GeS 2005, 19.

OGH 6. 7. 2004, 4 Ob 100/04s = RZ-EÜ 2004/135.

BGH 13. 12. 2004 - II ZR 256/02 = ZIP 2005, 250 = NZG 2005, 214.

BGH 13. 12. 2004 - II ZR 206/02 = BGH NZG 2005, 177.

OGH 6. 10. 2005, 6 Ob 56/05m = ecolex 2006/55.

OGH 18. 10. 2005, 1 Ob 125/05x = NZ 2007/48.

OGH 18. 10. 2005, 1 Ob 156/05f = JBl 2006, 326.

OGH 1. 12. 2005, 6 Ob 271/05d = SZ 2005/178 = ecolex 2006/172 = GeS 2006, 164 = GesRZ 2006, 18 = JBl 2006, 388 = ÖBA 2006, 293.

OGH 9. 8. 2006, 4 Ob 108/06w = GesRZ 2006, 318 = JBl 2007, 237.

OGH 13. 9. 2006, 3 Ob 120/06b = Zak 2006/720.

OGH 27. 9. 2006, 9 Ob A 148/05p = wbl 2007, 141 = ecolex 2007, 17.

OGH 14. 2. 2007, 7 Ob 266/06b = ecolex 2007/214 S 517 = Ges 2007/240 = WBl 2004, 444/199.

OGH 16. 3. 2007, 6 Ob 34/07d = GeS 2007, 243 = wbl 2007/247 = ecolex 2007/262.

BGH 16.7.2007, II ZR 3/04 = NZG 2007, 667 = NJW 2007, 2689 (*Noack*).

BGH 26. 11. 2007 = II ZR 161/06.

OGH 11. 6. 2008, 7 Ob 58/08t = wbl 2008/287.

## I. Einleitung

Die Haftung der Leitungsorgane einer Kapitalgesellschaft beschäftigt nicht nur seit jeher die Lehre und Rechtsprechung, sie wird auch immer häufiger Gegenstand der Berichterstattung durch die Medien. Dies verwundert freilich nicht, herrscht doch noch immer die Auffassung vor, dass das Führen eines Unternehmens in der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft die Haftung der Verwaltungsträger per se ausschließen würde. Wenngleich es richtig ist, dass für Verbindlichkeiten der Gesellschaft grundsätzlich nur das Gesellschaftsvermögen haftet und daher sowohl die Verwaltungsträger, als auch die Gesellschafter grundsätzlich Dritten gegenüber nicht haftbar gemacht werden können, übersehen doch viele „Betreiber“ einer Kapitalgesellschaft, dass (auch) erhebliche Haftungsrisiken im Innenverhältnis entstehen können. Hinzukommt, dass unter gewissen Voraussetzungen auch den Gläubigern der Gesellschaft ein unmittelbarer Ersatzanspruch gegen ein rechtswidrig und schuldhaft handelndes Leitungsorgan zukommen kann. Die Bestellung zum Geschäftsführer oder Vorstand bedeutet daher keineswegs eine „Haftungsimmunität“, vielmehr gehen mit der Organstellung erhebliche Risiken und Gefahren einher. Leider ist diese Information noch nicht in jede Führungsposition einer Kapitalgesellschaft durchgedrungen, anders die steigenden Insolvenzzahlen<sup>1</sup> und Aufsehen erregenden Haftungsfälle in den letzten Jahren nicht erklärt werden können. *Bollenberger-Klemm*<sup>2</sup> behauptet daher gestützt auf ihre langjährige Erfahrung als Berater zu Recht, dass die Mehrzahl der Verwaltungsträger ihre Pflichten als Träger der Organstellung nicht kennen. Verschärft wird diese Problematik durch die kontinuierlich steigende Zahl der im Firmenbuch eingetragenen Gesellschaften mit beschränkter Haftung und Aktiengesellschaften<sup>3</sup>. Eine Änderung dieser Tendenz ist heute noch nicht ersichtlich. Umso wichtiger wäre es für die Gesellschaftsorgane, vor der Bestellung zum Verwaltungsträger zumindest die wichtigsten Pflichten und Haftungsnormen zu kennen.

---

<sup>1</sup> Im Jahr 2006 wurden 3.084 Insolvenzverfahren eröffnet. An der Spitze liegt die GmbH mit 1.331 eröffneten Insolvenzverfahren. Auf die AG entfielen lediglich 9 Insolvenzeröffnungen. Bereits im ersten Halbjahr 2008 wurden 1.619 Insolvenzverfahren eröffnet; in Führung wiederum die GmbH mit 680 Insolvenzverfahren; auf die AG entfielen bislang 6. Die gesamte Statistik ist abrufbar unter [www.ksv.at/KSV/1870/de/5presse/3statistiken/1insolvenzen/2008-06/Halbjahresstatistik2008/1216812147610\\_KSV1870-Insolvenzstatistik\\_I\\_Halbjahr\\_2008.pdf](http://www.ksv.at/KSV/1870/de/5presse/3statistiken/1insolvenzen/2008-06/Halbjahresstatistik2008/1216812147610_KSV1870-Insolvenzstatistik_I_Halbjahr_2008.pdf).

<sup>2</sup> *Bollenberger-Klemm*, Geschäftsführerhaftung, Vorwort, S. IV.

<sup>3</sup> Im Jahr 2006 wurden erstmals mehr als 100.000 GmbHs im Firmenbuch eingetragen. Im Frühjahr 2007 waren es bereits über 107.500. Hingegen liegt die Zahl der Aktiengesellschaften nur bei etwa 2000.

Dies ist allerdings, wie ich selbst zugeben muss, einfacher gesagt, als getan. Denn die Pflichten und damit korrespondierend die einschlägigen Haftungsnormen der Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder beschränken sich nicht etwa auf das GmbH- und Aktiengesetz, sondern sind über eine Vielzahl an Spezialgesetzen zerstreut. Nichtsdestoweniger zeigt sich, dass gerade die Auffangtatbestände des § 25 GmbHG und des § 84 AktG in der Praxis eine außerordentliche Wichtigkeit erlangt haben. Aufgrund der Fülle der den Verwaltungsträgern zukommenden Pflichten verzichten das GmbH- und Aktienrecht auf die gesetzliche Positivierung jeder einzelnen Obliegenheit der Geschäftsführung. Vielmehr trifft die Geschäftsleitung der GmbH und der AG bei allen Geschäftsführungssachen die Pflicht, einen gewissen, objektivierten Sorgfaltsmaßstab einzuhalten. Wer daher das Amt des Geschäftsführers oder des Vorstands übernimmt, gibt dadurch zu erkennen, dass er all jene Kenntnisse und Fähigkeiten mitbringt, welche zur Führung dieses Amtes tatsächlich erforderlich sind. Dies wird leider allzu häufig übersehen, zumal das GmbH- und Aktiengesetz nur denkbar geringe persönliche Anforderungen an das Amt des Geschäftsführers und Vorstands stellen<sup>4</sup>. Verletzt der Verwaltungsträger diesen Sorgfaltsmaßstab und entsteht dadurch der Gesellschaft ein Schaden, wird dieser der Gesellschaft gegenüber prinzipiell ersatzpflichtig.

Wenngleich über ein gewisses „Haftungsrisiko“ Konsens bestehen sollte, kann die Frage nach der Ersatzpflicht des Managements nicht ohne genaue Kenntnis des § 25 GmbHG und des § 84 AktG beantwortet werden. Beide Normen halten nämlich nicht nur die Voraussetzungen der Ersatzpflicht fest, sondern regeln auch Möglichkeiten ihres Entfalls. Zu denken wäre in diesem Zusammenhang etwa an den Abschluss eines Vergleiches zwischen Gesellschaft und Verwaltungsträger oder den Vollzug eines Gesellschafterbeschlusses durch die Geschäftsleitung. Auf beide Rechtsprobleme versuchen uns § 25 GmbHG und § 84 AktG entsprechende Antworten zu geben<sup>5</sup>.

Insgesamt wird in dieser Arbeit der Versuch angetreten, einerseits aus der Sicht des Unternehmers die größten „Haftungsfallen“ wissenschaftlich aufzuarbeiten und andererseits den Gläubigern der Gesellschaft Möglichkeiten der Inanspruchnahme aufzuzeigen. Auf beide Interessenlagen wird daher stets Rücksicht genommen. Selbstverständlich werden die Unterschiede, aber auch die Gemeinsamkeiten beider Rechtsmaterien gebührend beachtet und deren Auswirkungen auf die Haftung der Geschäftsleitung herausgearbeitet.

---

<sup>4</sup> Siehe § 15 GmbHG bzw § 75 Abs 2 AktG.

<sup>5</sup> Siehe Kapitel X und XI.

## II. Allgemeines zur Haftungszurechnung an die juristische Person

Juristische Personen sind nicht deliktsfähig, da einem vom Menschen verschiedenen rechtlichen Gebilde kein Schuldvorwurf gemacht werden kann<sup>6</sup>. In diesem Sinne bestimmt auch § 31 BGB, *dass der Verein für den Schaden verantwortlich ist, den der Vorstand, ein Mitglied des Vorstands oder ein anderer verfassungsmäßig berufener Vertreter durch eine in Ausführung der ihm zustehenden Verrichtungen begangene, zum Schadenersatze verpflichtende Handlung einem Dritten zufügt.*

Eine derartige oder vergleichbare haftungszuweisende Norm fehlt im österreichischen Recht. Dennoch ist allgemein anerkannt, dass die juristische Person für bestimmte physische Personen haften muss. Als Begründung kann § 26 ABGB herangezogen werden, welcher juristische Personen den natürlichen Personen dem Grunde nach gleichstellt<sup>7</sup>. Da § 26 ABGB die Rechtsfähigkeit juristischer Personen normiert, muss man sich vor Augen halten, dass juristische Personen selbst nicht handlungsfähig sind, sondern natürlicher Personen bedürfen, welche für sie rechtsgeschäftlich handeln<sup>8</sup>. Dementsprechend sehen § 3 GmbHG und § 17 AktG als zwingende Bestandteile des Gesellschaftsvertrages vor, dass als Vertretungsorgan der Gesellschaft ein Geschäftsführer bzw Vorstand zu bestellen ist. Da nun rechtsgeschäftliches Handeln dieser Organe der Gesellschaft zuzurechnen ist, muss umgekehrt auch deliktisches Handeln der Gesellschaft zugerechnet werden können. Die genannten Organe handeln eben nicht im eigenen, sondern im fremden Namen, sodass Zurechnungssubjekt weiterhin die Gesellschaft bleibt. Nicht ausgeschlossen wird damit allerdings, dass Organe selbst nach deliktsrechtlichen Regeln Dritten gegenüber verantwortlich werden<sup>9</sup>.

Unumstritten ist demnach, dass juristische Personen für bestimmte physische Personen haften; es stellte sich aber lange Zeit die Frage, für welchen Personenkreis dies gelten soll<sup>10</sup>. Der OGH<sup>11</sup> hat zunächst, § 31 BGB<sup>12</sup> entsprechend, die Haftung auf gesetzlich oder statutenmäßig

<sup>6</sup> Aicher in Rummel, ABGB, § 26, Rz 26; Posch in Schwimann, ABGB, § 26, Rz 32;

Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB, § 26, Rz 16; vgl auch Bydlinski, Grundzüge des Privatrechts, Rz 199.

<sup>7</sup> Aicher in Rummel, ABGB, § 26, Rz 17; Posch in Schwimann, ABGB, § 26, Rz 28;

Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB, § 26, Rz 12.

<sup>8</sup> Koziol-Welser, Bürgerliches Recht, I, S. 74; Posch in Schwimann, ABGB, § 26, Rz 30; Bydlinski, Grundzüge des Privatrechts, Rz 200; Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB, § 26, Rz 14.

<sup>9</sup> Unstrittig: vgl statt vieler Koziol-Welser, Bürgerliches Recht, I, S. 75.

<sup>10</sup> Vgl dazu insbesondere Ostheim, Gedanken zur deliktischen Haftung für Repräsentanten anlässlich der neueren Rechtssprechung des OGH, JBl 1978, 57 und Aicher in Rummel, ABGB, § 26, Rz 26.

<sup>11</sup> OGH SZ 10/312; OGH JBl 1965, 469; OGH EvBl 1970/179.

berufene Organe eingeschränkt. Der Organtheorie stehen freilich rechtspolitisch mehr Nachteile als Vorteile gegenüber. Insbesondere kann durch entsprechende Konstruktion in der Satzung die Haftung ausgeschlossen werden, wenn anderen Personen als den satzungsmäßig berufenen Organen Leitungsmacht zukommt<sup>13</sup>. Als Reaktion hat der OGH<sup>14</sup> von der strikten Organtheorie ausgehend Abschwächungsstrategien entwickelt: Zum einen durch die Annahme einer Überwachungsobliegenheit der statutenmäßig berufenen Organe, deren Verletzung den genannten Organen und somit der Gesellschaft selbst zugerechnet werden soll; zum anderen durch die künstlich erscheinende Konstruktion eines körperschaftlichen Organisationsmangels<sup>15</sup>, welcher ganz offensichtlich der Rechtsprechung des BGH zu § 31 BGB entnommen wurde<sup>16</sup>. Nach dieser Theorie haftet die juristische Person für das Verschulden einer natürlichen Person, wenn diese selbst kein satzungsmäßig bestelltes Organ ist, aber ihr ein Aufgabenbereich übertragen wurde, der aufgrund der Wichtigkeit nur von einem satzungsmäßig bestellten Organ ausgeübt hätte werden dürfen. Diese Ansicht wurde vor allem von *Ostheim*<sup>17</sup> abgelehnt, der zu Recht darauf hingewiesen hat, dass hier der juristischen Person ein Scheinvorwurf gemacht wird, da bei bisher klaglos funktionierender rechtsgeschäftlicher Organisation nachträglich aus Haftungserwägungen festgestellt wird, dass diese Organisation mangelhaft war und der juristischen Person ex post zugemutet wird, ihren rechtsgeschäftlichen Vertretungsapparat zu erweitern.

ME ist die Theorie zum körperschaftlichen Organisationsmangel aus zwei Gründen dogmatisch verfehlt. Erstens, weil das ABGB eine § 31 BGB entsprechende Bestimmung eben nicht kennt, sodass keine zwingenden Gründe vorliegen, den haftungsbegründenden Personenkreis auf verfassungsmäßig berufene Organe zu beschränken und dann durch die künstliche Konstruktion eines körperschaftlichen Organisationsmangels wieder zu erweitern. Diese Theorie wurde zum eng formulierten § 31 BGB entwickelt und kann ohne eine entsprechende Bestimmung im ABGB nicht herangezogen werden. Zudem gerät, wie *Posch*<sup>18</sup> überzeugend darlegt, die Theorie zum körperschaftlichen Organisationsmangel in Konflikt mit den Grundsätzen des allgemeinen Schadenersatzrechts, da die Verschuldenskomponente auf Seiten

---

<sup>12</sup> Vgl dazu auch *Yu-Cheol Shin*, Die außervertragliche Schadenshaftung für juristische Personen, ZfRV 2005/9.

<sup>13</sup> Einen guten Überblick über diese Problematik bietet *Aicher* in *Rummel*, ABGB, § 26, Rz 26.

<sup>14</sup> OGH JBI 1965,469; OGH SZ 44/187; OGH SZ 47/140, für weitere Nachweise vgl *Aicher* in *Rummel*, ABGB, § 26, Rz 26 ff.

<sup>15</sup> OGH SZ 44/45; OGH SZ 47/140; OGH EvBI 1978/112.

<sup>16</sup> *Ostheim*, Gedanken zur deliktischen Haftung für Repräsentanten anlässlich der neueren Rechtsprechung des OGH, JBI 1978, 57; *Posch* in *Schwimmann*, ABGB, § 26, Rz 33.

<sup>17</sup> *Ostheim*, Gedanken zur deliktischen Haftung für Repräsentanten anlässlich der neueren Rechtsprechung des OGH, JBI 1978, 57; vgl auch *Koziol*, Haftpflichtrecht II, S. 376.

<sup>18</sup> *Posch* in *Schwimmann*, ABGB, § 26, Rz 33.

der schädigenden Gesellschaft lediglich fingiert wird. Diese Theorie konnte sich daher zu Recht nicht durchsetzen, da sie dogmatisch nur schwer begründbar erscheint.

Heute hingegen ist die Repräsentantenhaftung über den Kreis der verfassungsmäßig berufenen Organe in Lehre und Rechtsprechung weitestgehend anerkannt.<sup>19</sup> Vor allem die Lehre *Ostheims*<sup>20</sup> hat bahnbrechend auch den OGH zum Umdenken bewogen und den Weg der Repräsentantenhaftung geebnet. Er ging vom Begriff des „Machthabers“ in § 337 ABGB aus und verstand darunter alle Personen, „die im Namen der Mitglieder Macht ausüben“ oder moderner „in verantwortlicher, leitender oder überwachender Funktion Tätigkeiten ausüben“. Dieser Personenkreis soll der juristischen Person zugerechnet werden und folglich deren Haftung auslösen. Der Hinweis des 8. Senats<sup>21</sup>, wonach die Repräsentantenhaftung die in § 26 ABGB normierte Gleichstellung von juristischen und natürlichen Personen verletzen würde, da sich natürliche Personen lediglich das Verhalten ihrer Erfüllungs- und Besorgungshelfen<sup>22</sup> zurechnen lassen müssen und eine juristische Person über diesen Personenkreis hinaus auch für deren „Machthaber“ einzustehen habe, konnte indes nicht überzeugen. *Ostheim*<sup>23</sup> gestand zwar ein, dass eine erweiterte Repräsentantenhaftung bei gleich bleibender Gehilfenhaftung für natürliche Personen den Anschein einer Entfernung vom Gleichstellungsgebot erwecken könnte. Überzeugend hat er allerdings festgestellt, dass schon aus der Natur der juristischen und natürlichen Person dieser Gleichstellungsanordnung Grenzen gesetzt seien. Während der Mensch notwendigerweise selbst rechtsgeschäftlich und außerrechtsgeschäftlich handelt und daher eine Einheit bildet, können bei juristischen Personen, da diese nicht selbst handlungsfähig sind, diese Funktionen auf verschiedene Menschen aufgeteilt werden. Diese Unterschiede rechtfertigen eine breitere Zurechnungsbasis, zumal § 26 ABGB der juristischen Person lediglich „in der Regel“ die gleichen Rechte wie einer natürlichen Person einräumt.

Es kann daher abschließend festgehalten werden, dass *die juristische Person aus dem Verhalten physischer Personen ersatzpflichtig wird, die in ihrer Organisation eine leitende Stellung einnehmen und die deshalb auch als Machthaber bezeichnet werden können*<sup>24</sup>.

---

<sup>19</sup> Unstrittig: OGH JBl 1978, 87, für weitere Nachweise vgl. *Dittrich-Tades*, ABGB, § 26 E 79.

<sup>20</sup> *Ostheim*, Gedanken zur deliktischen Haftung für Repräsentanten anlässlich der neueren Rechtsprechung des OGH, JBl 1978, 57; *Koziol*, Haftpflichtrecht, II, S. 376; *Koziol-Welser*, Bürgerliches Recht, I, S. 74; vgl. auch *Posch* in *Schwimann*, ABGB, § 26, Rz 34.

<sup>21</sup> OGH ÖJZ 1977/65 (EvBl) = JBl 1977, 199.

<sup>22</sup> Natürlich nur, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des § 1313a bzw. § 1315 ABGB vorliegen.

<sup>23</sup> *Ostheim*, Gedanken zur deliktischen Haftung für Repräsentanten anlässlich der neueren Rechtsprechung des OGH, JBl 1978, 57.

<sup>24</sup> *F.Bydlinski*, „Bananen-Prozess“ und Schadenersatzrecht, ZAS 1966, 165 f; *Ostheim*, Gedanken zur deliktischen Haftung für Repräsentanten anlässlich der neueren Rechtsprechung des OGH, JBl 1978, 57; *Koziol*,

Diese Wertungen werden bei der Haftungszurechnung der „faktischen Organe“ noch eine entscheidende Rolle spielen<sup>25</sup>.

Auch § 25 GmbHG und § 84 AktG haben dieses Leitbild vor Augen. Nicht nur das rechtsgeschäftliche Verhalten des Geschäftsführers bzw Vorstands wird der Kapitalgesellschaft zugerechnet, sondern eben auch deliktisches Verhalten<sup>26</sup>. Beide Normen beschränken sich allerdings nicht auf die Haftungszurechnung nur des deliktischen Verhaltens, sondern erweitern diese auf die dem Leitungsorgan aufgrund der Satzung und der jeweiligen körperschaftsrechtlichen Rechtsgrundlage obliegenden Pflichten. Wird die Gesellschaft wegen eines derartigen Verhaltens ihrer Vertretungsorgane in Anspruch genommen, kann sie gem § 25 Abs 2 GmbHG bzw § 84 Abs 2 AktG Regress nehmen<sup>27</sup>.

### **III. Voraussetzungen des Schadenersatzes gem § 25 GmbHG und § 84 AktG**

#### **A.) Allgemeines**

Sowohl § 25 Abs 2 GmbHG als auch § 84 Abs 2 AktG bestimmen, *dass die Geschäftsführer bzw Vorstandsmitglieder, die ihre Obliegenheiten verletzen, der Gesellschaft zur ungeteilten Hand für den daraus entstandenen Schaden haften.*

Diese Haftungsbestimmungen sind nicht etwa schadenersatzrechtliche Sondernormen, vielmehr haften die genannten Organe nur bei Vorliegen der allgemeinen Schadenersatzvoraussetzungen<sup>28</sup>. Die von *Schiemer*<sup>29</sup> vertretene Ansicht, wonach das allgemeine Schadenersatzrecht nur dann heranzuziehen sei, als § 84 AktG hierfür Platz lasse,

---

Haftpflichtrecht II, S. 377 f; *Bydlinski*, Grundzüge des Privatrechts, Rz 201; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 3431.

<sup>25</sup> Siehe Kapitel IV.B.

<sup>26</sup> Vgl nur *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 32, Rz 78; *Heidinger-Schneider*, AktG, § 1, Rz E 17; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 3424.

<sup>27</sup> *Tinhofer*, Sexuelle Belästigung durch den GF einer GmbH, RdW 1994, 248 f; *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder einer juristischen Person, S. 40; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 84, Rz 11; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 7.

<sup>28</sup> Unstrittig: vgl nur *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 84, Rz 22 f; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 14, Rz 63; *Bollenberger-Klemm*, Geschäftsführerhaftung, S. 76.

<sup>29</sup> *Schiemer*, AktG, § 84, Rz 1.2; vgl auch *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/27.

kann nur dahingehend interpretiert werden, dass § 84 AktG zwar eine spezielle Anspruchsgrundlage des Schadenersatzrechts enthält, gleichwohl aber beim Fehlen einer sondergesetzlichen Norm im AktG auf das allgemeine Schadenersatzrecht zurückgegriffen werden muss (so etwa bei der Höhe des Anspruchs). Denn das Gesellschaftsrecht als Teil des Sonderprivatrechts für Unternehmer baut auf den Grundlagen des allgemeinen Zivilrechts und somit auch auf dem Schadenersatzrecht auf. Wie im Folgenden gezeigt wird, unterscheiden sich die Haftungsvoraussetzungen keineswegs vom allgemeinen Schadenersatzrecht.

Als aktiv Legitimierte des Anspruchs kommen theoretisch sowohl die Gesellschaft, als auch Dritte in Frage<sup>30</sup>. Schon aus dem Wortlaut der genannten Bestimmungen ergibt sich, dass jedenfalls die Gesellschaft als Gläubiger der Ansprüche in Betracht kommt. Ob darüber hinaus auch die Gesellschafter oder Dritte vom Schutzzweck des § 25 GmbHG bzw des § 84 AktG erfasst sind, wird später untersucht<sup>31</sup>. Der folgende Abschnitt bezieht sich sohin ausschließlich auf den Schadenersatzanspruch der Gesellschaft gegenüber ihren Vertretungsorganen. Anzumerken sei noch, dass soweit keine Unterschiede zwischen den Haftungsvoraussetzungen des Geschäftsführers oder des Vorstands ausdrücklich hervorgehoben werden, die gleichen Anforderungen zu erfüllen sind

## **B.) Der Schaden**

### **1.) Schadensbegriff**

Als erste Voraussetzung muss entsprechend dem allgemeinen Schadenersatzrecht bei der Gesellschaft ein Schaden entstanden sein<sup>32</sup>. Dieser ist nach zivilrechtlichen Grundsätzen zu ermitteln<sup>33</sup>.

Nach einer von *Mertens*<sup>34</sup> entwickelten und in Deutschland noch immer anzutreffenden (älteren) Lehrmeinung<sup>35</sup>, soll hingegen nur eine zweckwidrige Vermögensverminderung als

---

<sup>30</sup> Unstrittig: vgl. satts vieler *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 84, Rz 3; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 25, Rz 11; *Bollenberger-Klemm*, Geschäftsführerhaftung, S. 76, 77.

<sup>31</sup> Siehe Kapitel VIII und IX.

<sup>32</sup> Zum Schadensbegriff und der Schadensberechnung vgl. *Koziol*, Haftpflichtrecht, I, Rz 2/2 ff.

<sup>33</sup> In Österreich unstrittig: *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 106 f. *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 84, Rz 22; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 25, Rz 11; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 21; *Bollenberger-Klemm*, Geschäftsführerhaftung, S. 76.

<sup>34</sup> *Mertens*, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht (1967).

relevanter Schaden anzusehen sein. Dieser eigenständige gesellschaftsrechtliche Schadensbegriff findet sich vereinzelt auch in Entscheidungen des OGH<sup>36</sup>, wird aber zu Recht in der österreichischen Literatur kritisiert<sup>37</sup>. Nach der hier vorgestellten und kritisierten Ansicht liegt nur bei einer dem Unternehmenszweck widersprechenden Beeinträchtigung des Gesellschaftsvermögens ein Schaden vor<sup>38</sup>. Es soll nicht jede Vermögensverminderung als Schaden der Gesellschaft anerkannt werden, sondern nur jene Fehlentwicklungen, welche auf ein pflichtwidriges Verhalten hindeuten. Handelt also das Leitungsorgan innerhalb des unternehmerischen Ermessensspielraums, liegt mangels Pflichtwidrigkeit kein Gesellschaftsschaden vor. *Mertens*<sup>39</sup> selbst führt als Beispiele Aufwendungen für soziale, politische und kulturelle Zwecke an. In Bezug auf non-profit Gesellschaften verneinen andere Autoren<sup>40</sup> die Zweckwidrigkeit und damit das Vorliegen eines Schadens, wenn die Vermögensminderung auf dem zweckkonformen Einsatz von Gesellschaftsmitteln beruht.

Die Einschränkung des Schadensbegriffs auf zweckwidrige Vermögensverminderungen, ist allerdings, was angesichts der zahlreichen Kritik nicht weiter verwundert, nicht unangreifbar. Denn zum einen bestehen, wie *Haas*<sup>41</sup> überzeugend aufzeigt, Probleme in der genauen Abgrenzung des ersatzfähigen vom nicht ersatzfähigen Schaden. Da ausschließlich der Unternehmensgegenstand einen verbindlichen Teil der Satzung (§ 4 GmbHG, § 17 AktG) darstellt und sowohl die GmbH, als auch die AG zu „zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck“<sup>42</sup> errichtet werden können, erhellt daraus, dass die Bezugnahme auf die Zweckwidrigkeit des gesellschaftsrechtlichen Schadensbegriffs jedenfalls zu Abgrenzungsproblemen führen kann. Zum einen ist das Verhältnis zwischen Unternehmensgegenstand und Gesellschaftszweck immer noch nicht ganz geklärt<sup>43</sup> und zum Anderen gibt der Gesellschaftszweck lediglich über

---

<sup>35</sup> *Marsch-Barner/Diekmann* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, GmbH, § 46, Rz 15; *Zöllner in Baumbach/Hueck*, GmbHG (Vorauf.), § 43, Rz 13 ff; die neuere Lehre berechnet nun auch in Deutschland den Schaden nach der Differenzmethode und wendet sich somit ausdrücklich gegen den „gesellschaftsrechtlichen Schadensbegriff“ - vgl *Ulmer/Paefgen*, GmbHG, § 43, Rz 93; *Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43, Rz 15; *Bürgers/Körber*, Heidelberger Kommentar, AktG, § 93, Rz 22; *Hüffer*, AktG, § 93, Rz 15.

<sup>36</sup> OGH GesRZ 1986/97= ÖJZ 1986/1986; dort heißt es, dass die Gesellschaft die „zweckwidrige Vermögensverminderung“ darzutun hat.

<sup>37</sup> *Lehner*, Die Beweislastverteilung bei der GmbH-Geschäftsführerhaftung, GesRZ 2005, 128;

*Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 21; *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/6 mwN.

<sup>38</sup> *Mertens*, Der Begriff des Vermögensschadens im Bürgerlichen Recht (1967); *Haas*, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz, S.299 ff; vgl auch *Ulmer/Paefgen*, GmbHG, § 43, Rz 93.

<sup>39</sup> *Mertens* in Kölner Kommentar, AktG, § 93, Rz 23.

<sup>40</sup> Vgl die Nachweise bei *Zöllner in Baumbach/Hueck*, GmbHG (Vorauf.), § 43, § Rz 14.

<sup>41</sup> *Haas*, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz, S. 301.

<sup>42</sup> Vgl § 1 GmbHG; für das Aktienrecht fehlt es an einer ausdrücklichen Normierung des zulässigen Gesellschaftszwecks, dennoch ist anerkannt, dass auch die AG einen ideellen oder gemeinnützigen Gesellschaftszweck verfolgen kann- vgl nur *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 17, Rz 10.

<sup>43</sup> *Haas*, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz, S. 301; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I, Rz 1/11; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 1, Rz 5.

die ideelle, materielle, gemeinnützige oder sonstige Zielrichtung der Gesellschaft Auskunft<sup>44</sup>, sodass es aufgrund der inhaltlichen Unbestimmtheit dieses Begriffs jedenfalls zu Unschärfen in der Abgrenzung des ersatzfähigen Schadens kommen kann. Dies wird insbesondere dann offensichtlich, wenn die Gesellschaft ideelle und kommerzielle Zwecke gleichermaßen verfolgt.

Darüber hinaus gerät der „gesellschaftsrechtliche Schadensbegriff“ mE in Konflikt zum gegliederten Schadensbegriff des ABGB. Denn anders als die zum deutschen Recht entwickelte Theorie eines eigenständigen gesellschaftsrechtlichen Schadensbegriffs, knüpft das österreichische Schadenersatzrecht bei Begründung und *Umfang* des Schadenersatzes grundsätzlich am Grad des Verschuldens an<sup>45</sup>. Wenngleich auch im deutschen BGB dem Grunde nach nur bei einem Verschulden des Schädigers Ersatz zu leisten ist, muss doch anders als im österreichischen Recht unabhängig vom Grad des Verschuldens stets der entgangene Gewinn ersetzt werden<sup>46</sup>. Es ist daher nicht recht ersichtlich, weshalb gerade im Gesellschaftsrecht neben der Differenzierung des Verschuldens als Charakteristikum des österreichischen Schadenersatzrechts auch die Pflichtwidrigkeit als Anknüpfungspunkt beim Schadensbegriff eine Rolle spielen soll. Aus den Grundsätzen des Schadenersatzrechts kann diese Theorie jedenfalls nicht abgeleitet werden.

Hinzukommt, dass der in Deutschland entwickelte „gesellschaftsrechtliche Schadensbegriff“ seinen Ursprung gar nicht in einem schadenersatzrechtlichen, sondern in einem beweisrechtlichen Problem hat<sup>47</sup>. Auszugehen ist zunächst davon, dass auch § 43 Abs 2 dGmbHG (ebenso wie § 25 GmbHG<sup>48</sup>) keine § 93 Abs 2 dAktG entsprechende Vorschrift der Beweislastverteilung kennt, dennoch aber überwiegend eine analoge Anwendung des § 93 Abs 2 dAktG auf den Geschäftsführer einer GmbH befürwortet wird<sup>49</sup>, mit der Konsequenz, dass nicht die Gesellschaft, sondern der Geschäftsführer das mangelnde Verschulden (und die mangelnde Pflichtwidrigkeit) zu beweisen hat<sup>50</sup>. Wenn man aber nun mit *Mertens*<sup>51</sup> die

---

<sup>44</sup> Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 17, Rz 10; vgl auch Gellis/Feil, GmbHG, § 1, Rz 7.

<sup>45</sup> Vgl statt vieler Koziol, Haftpflichtrecht I, Rz 2/34 ff; anderes gilt natürlich bei der Gefährdungshaftung.

<sup>46</sup> Vgl statt vieler Oetker in Münchener Kommentar, BGB, § 252, Rz 1 f.

<sup>47</sup> Haas, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz, S. 300; Ulmer/Paefgen, GmbHG, § 43, Rz 93; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43, Rz 15; Hüffer, AktG, § 93, Rz 15 f; Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/6.

<sup>48</sup> siehe Kapitel VII.C.

<sup>49</sup> Marsch-Barner/Dieckmann in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, GmbH, § 46, Rz 25; Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 84, Rz 26; Achilles/Enstahler/Schmidt, GmbHG, § 43, Rz 43; Ulmer/Paefgen, GmbHG, § 43, Rz 107; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43, Rz 36; Hüffer, AktG, § 93, Rz 16.

<sup>50</sup> Zur Beweislastverteilung vgl ausführlich Kapitel VII.

<sup>51</sup> Mertens in Kölner Kommentar, AktG, § 93, Rz 23.

Pflichtwidrigkeit (Zweckwidrigkeit) als Teil des Schadensbegriffs sehen würde und derart die Pflichtverletzung zu einer „doppelrelevanten Tatsache“ im Rahmen der Anspruchsprüfung macht<sup>52</sup>, hätte dies zur Folge, dass die Pflichtwidrigkeit sowohl auf der Schadensebene, als auch bei der Rechtswidrigkeit zu prüfen wäre. Da nach den allgemeinen Grundsätzen der Beweislast die Gesellschaft den Schaden zu beweisen hat<sup>53</sup>, müsste sie derart auch das Vorliegen einer Pflichtverletzung darlegen. Dies würde allerdings die durch die analoge Anwendung des § 93 Abs 2 dAktG bewirkte Beweislastverteilung zwischen GmbH und Geschäftsführer unterlaufen. *Mertens*<sup>54</sup> selbst begründet die Beschränkung des Schadensbegriffs damit, dass die Auferlegung der Beweislast hinsichtlich des Verschuldens und der Rechtswidrigkeit den Organwalter zu hart treffen würde, da dieser bei jeder negativen Vermögensentwicklung zur Entlastung gezwungen wäre. Wenngleich diese Befürchtung durchaus zutreffend sein mag, rechtfertigt dies mE dennoch nicht, Fragen der Pflichtwidrigkeit in den Schadensbegriff zu tragen, zumal, wie noch zu zeigen sein wird, andere Möglichkeiten bestehen, den von *Mertens* geäußerten Bedenken entgegenzuwirken<sup>55</sup>.

## 2.) Der Umfang des zu ersetzenden Schadens nach dem früheren HGB

Nach der alten Rechtslage erfasste der zu ersetzende Schaden stets auch den entgangenen Gewinn<sup>56</sup>. Dies wurde im Wesentlichen damit begründet, dass der Bestellvorgang auch dann als einseitiges Handelsgeschäft angesehen werden muss, wenn kein Vorstandsvertrag bzw Anstellungsvertrag abgeschlossen wurde.<sup>57</sup> Dies ist die Konsequenz daraus, dass nach ganz hM<sup>58</sup> Bestellung und Anstellung zu unterscheiden sind<sup>59</sup>. Da der rechtsgeschäftliche Akt der Bestellung Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 25 GmbHG

---

<sup>52</sup> *Haas*, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz, S. 300 f; *Ulmer/Paefgen*, GmbHG, § 43, Rz 93.

<sup>53</sup> Unstrittig: vgl statt vieler *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 29.

<sup>54</sup> *Mertens* in Kölner Kommentar, AktG, § 93, Rz 23.

<sup>55</sup> Siehe Kapitel VII.B. und C.

<sup>56</sup> Unstrittig: *Schiemer*, AktG § 84, Rz 4.2; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I, Rz 2/403; *Strasser* in *Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 77-84, Rz 99; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 84, Rz 22; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2966; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 21; *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/9.

<sup>57</sup> Vgl statt vieler *Strasser* in *Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 77-84, Rz 99.

<sup>58</sup> *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 372; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I, Rz 2/44 *Gellis/Feil*, GmbHG, § 15, Rz 18; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2831; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 15, Rz 18; OGH GesRZ 1985, 142; OGH EvBl 1977/112; OGH SZ 48/79.

<sup>59</sup> Die Gegenansicht begründet ihre Position damit, dass schuldrechtliche Beziehungen schon aus dem Bestellungsakt erfließen, insbesondere ein Entlohnungsanspruch schon aus § 1152 ABGB abzuleiten sei, sodass ein Anstellungsvertrag gar nicht nötig sei- vgl *Floretta* in FS *Schwarz*, S. 307 f. Dem ist entgegenzuhalten, dass die jeweiligen Rechtsmaterien selbst zwischen Bestellung und Anstellung unterscheiden. Dies ergibt sich eindeutig aus § 16 Abs 1 GmbHG und § 75 Abs 4 AktG. Dieser im Gesetz selbst getroffenen Wertung ist mE zu folgen, der hM ist also beizupflichten.

und § 84 AktG ist, wurden (und werden) bei der Bemessung des zu ersetzenden Schadens Grundsätze der rechtsgeschäftlichen Haftung angewendet.

Da die GmbH und AG gem § 6 HGB als Formkaufleute anzusehen waren, ihre Vollkaufmannseigenschaft also ausschließlich von der gewählten Rechtsform abhängig war und sie selbst dann als Kaufleute galten, wenn sie kein Handelsgewerbe betrieben und auf der anderen Seite den Leitungsorganen keine Kaufmannseigenschaft zukam, lag beim Bestellsakt ein einseitiges Handelsgeschäft vor. Nach der alten Rechtslage des HGB lag daher zweifelsfrei ein einseitiges Handelsgeschäft vor, da ein Formkaufmann bei der Bestellung zum Vertretungsorgan einem Nichtkaufmann gegenüberstand<sup>60</sup>. Wegen Art 8 Nr 2 EVHGB, der den Ersatz des entgangenen Gewinns auch beim einseitigen Handelsgeschäft anordnete, musste der Geschäftsführer bzw Vorstand unabhängig vom Grad des sie treffenden Verschuldens immer „volle Genugtuung“ leisten<sup>61</sup>.

### **3.) Der Umfang des zu ersetzenden Schadens nach dem UGB**

Diese rechtspolitisch stets umstrittene Regelung wurde durch die Einführung des UGB und der Streichung der EVHGB geändert. Es war nicht einzusehen, weshalb ein Nichtkaufmann bei Schädigung eines anderen Nichtkaufmanns nur bei groben Verschulden auch den entgangenen Gewinn und bei Schädigung eines Kaufmanns auch bei leichter Fahrlässigkeit stets das „Interesse“ zu ersetzen hatte<sup>62</sup>. Nunmehr bestimmt § 349 UGB, dass nur der unter *Unternehmern zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn mit umfasst*. Auch nach der neuen Rechtslage sind die GmbH und die AG als Formunternehmer anzusehen (§ 2 UGB), zu prüfen bleibt allerdings die Unternehmereigenschaft des Geschäftsführers und des Vorstands.

§ 1 Abs 1 UGB definiert *den Unternehmer schlicht als jemanden der ein Unternehmen betreibt*. Damit ist die Frage der Unternehmereigenschaft der Verwaltungsträger aber noch keineswegs beantwortet. Die Legaldefinition des Unternehmens und damit Hinweise auf die Beantwortung unserer Frage findet sich in § 1 Abs 2 UGB; dieser Unternehmensbegriff wurde

---

<sup>60</sup> Die rechtliche Qualifikation des Bestellsvorgangs wird unterschiedlich beurteilt. Teilweise wird die Bestellung als einseitiges Rechtsgeschäft gedeutet, andere sehen darin einen Vertrag- vgl *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, § 75, Rz 5; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 15, Rz 7 mwN.

<sup>61</sup> Unstrittig: vgl statt vieler *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 84, Rz 22.

<sup>62</sup> Die Problematik ist übersichtlich dargestellt bei *Krejci*, Handelsrecht, S. 271.

aus dem KSchG entnommen und wortgleich auch ins UGB übertragen<sup>63</sup>; hier nach ist ein *Unternehmen jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein*. Zur Hilfe und leichteren Erläuterung soll dieser Legaldefinition die von der Lehre entwickelte Definition des „Gewerbes“ gegenübergestellt werden, da wesentliche Elemente dieser Begriffsdefinition beibehalten wurden<sup>64</sup>. Demnach wurde unter einem *Gewerbe jede selbständige, auf Dauer angelegte und berufsmäßig organisierte, auf Gewinn gerichtete, nicht freiberufliche Tätigkeit verstanden, die wirtschaftlich werthafte Leistungen auf dem Markt anbietet*<sup>65</sup>.

Beibehalten wurde folglich das Element der Selbständigkeit, worunter im Allgemeinen verstanden wird, dass der Handelnde rechtlich selbständig tätig ist, sodass es ihm möglich ist, auf eigene Rechnung zu arbeiten und der Unternehmenserfolg dem Handelnden unmittelbar zugeordnet werden kann<sup>66</sup>. Der Selbständige trägt somit das Unternehmenswagnis; er ist, was die Unternehmensführung betrifft, weisungsfrei tätig<sup>67</sup>. Die Selbständigkeit wirtschaftlichen Handelns hängt eng mit dem „Betreiben“ eines Unternehmens zusammen, denn Unternehmer ist ja nur, wer ein Unternehmen betreibt. Diese nach dem UGB unverändert gebliebene Voraussetzung<sup>68</sup> besagt, dass auch künftig derjenige als Betreiber eines Unternehmens anzusehen ist, in dessen Namen unternehmensbezogene Geschäfte abgeschlossen werden<sup>69</sup>. Der Betreiber eines Unternehmens handelt somit im eigenen Namen, kann sich freilich aber auch vertreten lassen.

Aus dem eben Gesagten ergibt sich also grundsätzlich, dass Geschäftsführer und Vorstand mE nicht als Unternehmer iS des UGB anzusehen sind. Denn der Geschäftsführer der GmbH ist gem § 20 GmbHG verpflichtet, alle Beschränkungen einzuhalten, welche im Innenverhältnis

---

<sup>63</sup> Auch die EB verweisen auf die entsprechende Literatur und Judikatur zum KSchG- vgl *Schummer/Kriwanek*, Das neue Unternehmensgesetzbuch, § 1, Anm.

<sup>64</sup> Das HGB definierte den Begriff des Gewerbes und folglich auch den Begriff des Handelsgewerbes nicht, eine Klärung war aber insofern vonnöten, als die Kaufmannseigenschaft grundsätzlich von der Betreibung eines Handelsgewerbes abhängig war. Das UGB geht nunmehr nicht mehr vom „Kaufmann“ oder „Handelsgewerbe“ aus, sondern ersetzte diese Begriffe durch jene des „Unternehmers“ bzw „Unternehmen“.

<sup>65</sup> *Straube* in *Straube*, HGB, § 1, Rz 4; *Krejci*, Handelsrecht, S. 25; vgl weiters OGH SZ 10/44; OGH SZ 52/82; OGH SZ 24/87.

<sup>66</sup> *Schummer/Kriwanek*, Das neue Unternehmensgesetzbuch, § 1, Rz 1; *Dehn* in *Krejci*, RK UGB, § 1 Rz 23; für das HGB vgl *Straube* in *Straube*, HGB, § 1, Rz 11.

<sup>67</sup> *Straube* in *Straube*, HGB, § 1, Rz 11; *Krejci*, Handelsrecht, S. 25; vgl auch *Schummer/Kriwanek*, Das neue Unternehmensgesetzbuch, § 1, Anm.

<sup>68</sup> Vgl § 1 HGB; auch die RV hält ausdrücklich fest, dass der Begriff des „Betreibens“ jenem des § 1 HGB entspricht- vgl *Schummer/Kriwanek*, Das neue Unternehmensgesetzbuch, § 1, Zu Abs 2.

<sup>69</sup> *Schummer/Kriwanek*, Das neue Unternehmensgesetzbuch, § 1, Anm.; *Dehn* in *Krejci*, RK UGB, § 1 Rz 7; für das HGB vgl *Straube* in *Straube*, HGB, § 1, Rz 24.

durch Gesellschaftsvertrag oder durch Beschluss der Gesellschafter angeordnet wurden<sup>70</sup>. Der Geschäftsführer kann damit zum „Vollzugsorgan“ der Gesellschafter werden, oberstes Gesellschaftsorgan ist nicht der Geschäftsführer, sondern die Generalversammlung und Zurechnungsobjekt seines Handelns bleibt die Gesellschaft<sup>71</sup>. Damit muss aber auch klar sein, dass der Geschäftsführer nicht „selbständig“, also weisungsfrei agieren kann, sondern eben an die Beschlüsse der Generalversammlung gebunden ist. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass die Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers gem § 20 Abs 2 GmbHG unbeschränkt ist, da der Geschäftsführer als organschaftlicher Vertreter für seine GmbH handelt und somit das geschäftliche Risiko seines Handelns weiterhin von der Gesellschaft getragen werden muss<sup>72</sup>. Schon aus diesem Grund ist die Unternehmereigenschaft des Geschäftsführers zu verneinen. Daraus soll aber nicht fälschlich geschlossen werden, dass dem Vorstand wegen seiner Weisungsfreiheit<sup>73</sup> die Unternehmereigenschaft zukommt. Zwar kommt dem Vorstand das Geschäftsführungs- und Vertretungsmonopol innerhalb der AG zu, das Unternehmenswagnis trifft jedoch nur die AG (ebenso wie die GmbH)<sup>74</sup>. Der Vorstand haftet der AG gegenüber nicht für jeden erdenklichen Nachteil, sondern eben nur, wenn er die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters missachtet und ihm somit ein Schuldvorwurf gemacht werden kann<sup>75</sup>.

Sowohl für den Geschäftsführer als auch für den Vorstand gilt, dass sie kein Unternehmen „betreiben“, da sie als organschaftliche Vertreter eben nicht im eigenen, sondern im fremden Namen handeln. Es ist somit nur der Vertretene (also die GmbH und die AG) als Betreiber eines Unternehmens und folglich als Unternehmer anzusehen. Dementsprechend kann auch kein zweiseitiges Unternehmensgeschäft vorliegen, weshalb das Leitungsorgan der Gesellschaft nach neuer Rechtslage nur bei einem *groben Verschulden* auch den *entgangenen Gewinn* zu ersetzen hat<sup>76</sup>.

---

<sup>70</sup> Unstrittig: vgl statt vieler *Gellis/Feil*, GmbHG, § 20, Rz 6.

<sup>71</sup> Unstrittig: vgl statt vieler *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht; Rz 3141.

<sup>72</sup> OGH *ecolex* 1998, 774= HS 29.062; vgl aber auch zur Frage der Selbständigkeit der Geschäftsführertätigkeit: OGH *ecolex* 2007/214, S 517= GeS 2007, 240= WB1 2007, 444/199.

<sup>73</sup> Vgl § 103 Abs 2 AktG.

<sup>74</sup> Unstrittig: vgl statt vieler *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 70, Rz 6.

<sup>75</sup> Siehe Kapitel III.F.

<sup>76</sup> *Keinert*, Unternehmensrecht, Rz 199; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2966; *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/9.

#### 4.) Sonderfall des geschäftsführenden Allein- und Mehrheitsgesellschafters einer GmbH

##### a.) Überblick

Der OGH hatte 2002 mit einer Entscheidung<sup>77</sup> zu den §§ 25c, 25d KSchG für Diskussionen über die Reichweite des Unternehmerbegriffs gesorgt. Im vorliegenden Fall wurde einer GmbH ein Kredit über 500.000 Schilling eingeräumt, wobei der geschäftsführende Alleingesellschafter sich persönlich neben der GmbH verpflichtete, zu Gunsten des Kreditgebers eine vinkulierte Ablebens- und Unfallversicherung abzuschließen. Außerdem stellte er für sich und sein Unternehmen einen Blankowechsel aus. Als über das Vermögen der GmbH der Konkurs eröffnet wurde, wollte der Kreditgeber den noch offenen Kredit persönlich vom geschäftsführenden Alleingesellschafter zurückbezahlt haben, da er laut Kreditvertrag mit der GmbH zur ungeteilten Hand haften würde. Der alleingeschäftsführende Gesellschafter bestritt das Klagebegehren vor allem mit dem Argument der Kreditgeber habe seine Verpflichtungen gem § 25 b und § 25c KSchG nicht eingehalten.

Der OGH versagte dem Geschäftsführer die Berufung auf die § 25 b und § 25 c KSchG, wobei nochmals unterstrichen wurde, dass ein Geschäftsführer, der eine persönliche Bürgschaft für seine GmbH übernimmt, mangels eines eigenen Unternehmens als Verbraucher anzusehen ist<sup>78</sup>. Den vorliegenden Fall behandelte der OGH allerdings anders; er begründete dies damit, dass die Haftungsübernahme des Geschäftsführers als Mitkreditnehmer letztlich im Interesse des Alleingesellschafters erfolgte, der damit nicht nur als Geschäftsführer der GmbH, sondern in Wahrheit selbst unternehmerisch tätig geworden sei. Es sei aus der Sicht des OGH nicht einzusehen, weshalb jemand der die Rechtsform der „Einmann-GmbH“ gewählt habe, als Verbraucher angesehen werden soll, wenn er hinsichtlich des Unternehmenskredits neben der GmbH als Kreditnehmer auftritt.

Bisher offen gelassen, aber sehr wohl diskutiert wurde vom OGH<sup>79</sup> die Frage, ob auch bloße Mehrheits- oder Minderheitsgesellschaftler (sofern sie gleichzeitig Geschäftsführer sind) die Unternehmereigenschaft im KSchG zugebilligt werden könnte. Fest dürfte lediglich stehen, dass einem Minderheitsgesellschaftler, dessen Gesellschafterbeteiligung eine bloße

---

<sup>77</sup> OGH SZ 2002/18.

<sup>78</sup> OGH EvBl 1992, 233/51 = RdW 1992, 75 = ÖBA 1992, 578.

<sup>79</sup> OGH ecolex 2007/214 S 517 = Ges 2007/240 = WBl 2004, 444/199- der Sachverhalt ist ähnlich dem oben beschriebenen, die Beklagten berufen sich hier auf § 25c und § 25 d KSchG.

Finanzinvestition ist, mangels Einfluss auf die Geschäftsführung keine Unternehmereigenschaft zukommen dürfte<sup>80</sup>. Für den OGH erscheint daher für die Unternehmereigenschaft iSd KSchG jedenfalls erforderlich, dass dem Gesellschafter eine organschaftliche Handlungsbefugnis zukommen muss. Ob darüber hinaus auch ein alleingeschäftsführender Mehrheitsgesellschafter als Unternehmer iSd KSchG anzusehen sein könnte, bzw bei welcher Kapitalbeteiligung dies der Fall sein könnte, hat der OGH bisher noch nicht beantwortet. Sofern dies bejaht werden würde, könnten sich daraus erhebliche Rechtsfolgen auch für das UGB und den Umfang der Ersatzpflicht des Geschäftsführers ergeben. Denn wie bereits dargelegt, wurde der Unternehmensbegriff des KSchG auch ins UGB transferiert, sodass sich folglich die Frage stellt, ob die vom OGH zum KSchG entwickelte Rechtsprechung des Geschäftsführers als Unternehmer nunmehr auch im Bereich des UGB Beachtung finden soll. Dies hätte zur Folge, dass der Geschäftsführer bei einer Inanspruchnahme durch die GmbH nach § 25 GmbHG nun doch den entgangenen Gewinn ersetzen müsste, da nun im Bestellungsakt ein zweiseitig unternehmensbezogenes Geschäft erblickt werden müsste.

## **b.) Schlussfolgerung für das Gesellschaftsrecht**

ME ist Dehn<sup>81</sup> zu folgen, der den spezifischen Schutzgedanken der § 25 b und § 25 c KSchG (besondere Aufklärungspflicht des Gläubigers) bei einem geschäftsführenden Alleingesellschafter für obsolet erachtet, da er naturgemäß die finanzielle Lage der GmbH besser als der Kreditgeber kennt und deshalb in diesen speziellen Fällen eine teleologische Reduktion vorzunehmen sei. Gleiches müsste dann auch für den geschäftsführenden Mehrheitsgesellschafter gelten. Weiters führt er überzeugend aus, dass allein aus diesen besonderen Ausnahmen zu Schutzgeboten nicht abgeleitet werden kann, dass neben der GmbH künftig auch ein Gesellschafter zum Unternehmer iSd § 1 UGB werden soll<sup>82</sup>. Dem muss mE gefolgt werden; zwar wurde der Unternehmensbegriff des KSchG ins UGB übernommen, der hinter diesen Gesetzen stehende telos ist freilich gänzlich unterschiedlich. Während das KSchG die bestehende Ungleichgewichtslage zwischen Unternehmer und Verbraucher, bedingt durch mangelnde Rechtskenntnisse, wirtschaftliche Unterlegenheit und psychologische Hindernisse auf Seiten des Verbrauchers, auszugleichen versucht und dem Verbraucher deshalb einen

---

<sup>80</sup> OGH GesRZ 2006, 318 = JBl 2007, 237.

<sup>81</sup> Dehn in *Krejci*, RK UGB, § 1, Rz 12; vgl aber auch *Schummer/Kriwanek*, Das neue Unternehmensgesetzbuch, § 1, Anm.

<sup>82</sup> Dehn in *Krejci*, RK UGB, § 1; Rz 12; vgl auch *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 1/75.

besonderen Schutz gewährt<sup>83</sup>, geht das UGB (wie das HGB) von gänzlich anderen Überlegungen aus<sup>84</sup>. Da das allgemeine Zivilrecht zahlreiche Ordnungsfragen im Bereich des Unternehmensrechts nicht ausreichend oder gar nicht behandelt, besteht ein Bedürfnis nach speziellen Regelungen für ein organisiertes Wirtschaftsleben. So enthält das allgemeine Zivilrecht so gut wie keine Regelungen über das Phänomen des Unternehmens und darüber hinaus auch kein detailliertes Organisationsrecht für eine gemeinschaftliche Interessenverfolgung im Bereich des Gesellschaftsrechts<sup>85</sup>. Das Unternehmensrecht regelt deshalb vor allem die Organisation von Unternehmen, ihren Schutz (vor unlauterem Wettbewerb und Eingriffen in Immaterialgüterrechte) und ihren Geschäftsverkehr, keinesfalls aber bezieht sich der Schutzzweck auf den Verbraucher schlechthin<sup>86</sup>.

Es ist mE daher besondere Vorsicht geboten, vor dem Hintergrund der verschiedenen Ordnungs- und Regelungszwecke, die Rechtsprechung des OGH zur Reichweite des Unternehmerbegriffs im KSchG auch auf das UGB zu übertragen<sup>87</sup>.

### C.) Kausalität und Adäquanz

Als zweite Voraussetzung muss der Schaden der Gesellschaft durch das adäquate Verhalten des Geschäftsführers bzw Vorstands verursacht worden sein<sup>88</sup>. Es gelten keine Besonderheiten gegenüber dem allgemeinen Schadenersatzrecht<sup>89</sup>. Kausal im Sinn der Äquivalenztheorie ist jedes Ereignis, ohne das der Schaden nicht eingetreten wäre. Es ist also zu Fragen, ob das Verhalten des Verwaltungsträgers eine *conditio sine qua non* (notwendige Bedingung) für den Schadenseintritt war. Ist die Kausalität eines positiven Tuns zu prüfen, hat man sich zu Fragen, ob der Schaden wegfällt, wenn man sich eben dieses Tun wegdenkt<sup>90</sup>.

---

<sup>83</sup> Vgl statt vieler *Apathy* in *Schwimmann*, KSchG, § 1, Rz 5.

<sup>84</sup> *Krejci*, Handelsrecht, S. 5 f; *Krejci*, Unternehmensrecht, S. 7 f.

<sup>85</sup> *Krejci*, Handelsrecht, S. 5 f; *Krejci*, Unternehmensrecht, S.7 f.

<sup>86</sup> *Krejci*, Handelsrecht, S. 5 f; *Krejci*, Unternehmensrecht, S.7 f.

<sup>87</sup> Vgl die ausführliche Behandlung dieser Problematik in *Schummer/Kriwanek*, Das neue Unternehmensgesetzbuch, § 1, Rz 1.

<sup>88</sup> Unstrittig: *Koziol*, Haftpflichtrecht, I, Rz 3/1 ff; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB, § 1295, Rz 1 ff; *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 110; *Bollenberger-Klemm*, Geschäftsführerhaftung S. 76; *Bürgers/Körber*, Heidelberger Kommentar, AktG, § 93, Rz 23; *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/12 mwN.

<sup>89</sup> Vgl statt vieler *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 84, Rz 23.

<sup>90</sup> *Koziol*, Haftpflichtrecht, I, Rz 3/5; *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB, § 1295, Rz 4; *Koziol-Welser*, Bürgerliches Recht, II, S. 309.

Kommt umgekehrt eine Schädigung durch Unterlassen in Betracht, so ist zu prüfen, ob der Schaden auch eingetreten wäre, wenn man sich das gebotene Verhalten hinzudenkt<sup>91</sup>.

Dem Leitungsorgan bleibt die Möglichkeit der Berufung auf das rechtmäßige Alternativverhalten, also der Einwand, dass der Schaden auch bei pflichtgemäßen Verhalten entstanden wäre<sup>92</sup>. Dieser Einwand wird nur dann als unerheblich abgetan, wenn der Sinn der übertretenen Norm diesem Einwand entgegensteht, wobei derartige Probleme vor allem bei Verletzung von Verfahrensvorschriften auftreten<sup>93</sup>.

Das Leitungsorgan wird weiters nur dann schadenersatzpflichtig, wenn das Verhalten (Tun oder Unterlassen) der Natur nach für die Herbeiführung solcher Erfolge nicht völlig ungeeignet erscheint<sup>94</sup>(Adäquanztheorie). Als inadäquat ist eine Ursache dann anzusehen, wenn sie bei einer ex-ante Betrachtung zur Herbeiführung des späteren Schadens völlig ungeeignet erscheint und deshalb nur wegen einer Verkettung von außergewöhnlichen Umständen zur Bedingung des Schadens wurde<sup>95</sup>. Es kommt nicht darauf an, dass der Schädiger den Schaden vorhersehen konnte, die Adäquanz ist vielmehr objektiv zu verstehen, sodass losgelöst von den konkreten Fähigkeiten und Kenntnissen des Täters Adäquanz immer schon dann vorliegt, wenn die Folgen nicht ganz unwahrscheinlich sind.

## **D.) Pflichtverletzung und Rechtswidrigkeit**

### **1.) Überblick**

Als weitere Voraussetzung muss der Verwaltungsträger rechtswidrig handeln, also gegen Gebote oder Verbote der Rechtsordnung oder gegen die guten Sitten verstoßen<sup>96</sup>. Für die Haftung aus Vertrag ist vertragswidriges Verhalten rechtswidrig. Auf die Geschäftsführer- bzw. Vorstandshaftung umgelegt bedeutet dies, die genannten Organe handeln dann rechtswidrig,

---

<sup>91</sup> Vgl statt vieler *Koziol*, Haftpflichtrecht, I, Rz 3/14.

<sup>92</sup> *Koziol*, Haftpflichtrecht, I, Rz 3/58 ff; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB, § 1295, Rz 1 ff; *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft, S. 110; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 84 Rz 2; *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/19.

<sup>93</sup> *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 84 Rz 22; *Harrer* in *Schwimann*, ABGB, §§ 1301, 1302, Rz 55; *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/19 mwN.

<sup>94</sup> Vgl statt vieler *Koziol*, Haftpflichtrecht, I, Rz 8/8; *Harrer* in *Schwimann*, ABGB, § 1295, Rz 7 ff; *Koziol-Welser*, Bürgerliches Recht, II, S. 311.

<sup>95</sup> Vgl statt vieler *Koziol*, Haftpflichtrecht, I, Rz 8/8; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB, § 1295 Rz 14 ff.

<sup>96</sup> Dies ergibt sich aus der in Österreich herrschenden Verhaltensunrechtslehre- vgl *Koziol*, Haftpflichtrecht, I, Rz 4/2; *Koziol-Welser*, Bürgerliches Recht, II, S. 312; *Dittrich-Tades*, ABGB, § 1295, Rz E 213.

wenn sie ihre mit der Organstellung verbundenen Pflichten verletzen. Zwar sprechen sowohl § 25 Abs 2 GmbHG als auch § 84 Abs 2 AktG schlicht davon, dass der Geschäftsführer bzw Vorstand haftbar gemacht werden kann, wenn sie ihre „Obliegenheiten“ verletzen, gemeint sind aber die den Vertretungsorganen aufgrund des Gesetzes, des Gesellschaftsvertrages oder sonstigen Beschlüssen der Gesellschafter auferlegten Pflichten. Mit eigentlichen Obliegenheitsverletzungen hat dies, wie *Strasser*<sup>97</sup> überzeugend darlegt, nichts zu tun, da es sich hierbei nicht um Pflichten minderer Art handelt<sup>98</sup>, welche nicht eingeklagt werden können, sondern um voll ausgebildete Rechtspflichten, deren Verletzung schadenersatzpflichtig machen kann.

Ein abgegrenzter Pflichtenkreis der Leitungsorgane ergibt sich nicht aus § 25 GmbHG<sup>99</sup> bzw § 84 AktG<sup>100</sup>. Dies ergibt sich schon aus dem Gesetzestext selbst, da § 25 Abs 3 GmbHG und § 84 Abs 3 AktG nur eine demonstrative Aufzählung („insbesondere“, namentlich“) jener Pflichtverletzungen enthält, deren Verletzung jedenfalls ersatzpflichtig machen kann (sofern die übrigen Schadenersatzvoraussetzungen vorliegen)<sup>101</sup>. Wie bereits erwähnt, ergeben sich die Pflichten des Geschäftsführers und des Vorstands aus der ihnen im GmbHG und AktG zugewiesenen Geschäftsführungsaufgabe, dem Gesellschaftsvertrag und einer Vielzahl von außerhalb der genannten Rechtsmaterien liegenden Normen. Umso besser wäre es, gerade die wichtigsten „Haftungsfallen“ zu kennen, sodass beispielhaft einige Pflichten der Leitungsorgane hervorgehoben werden.

## 2.) gemeinsame Pflichten der Leitungsorgane im GmbH- und Aktienrecht

Als praktisch wichtigste Pflicht ist die fachlich richtige Leitung und Führung der Gesellschaft zu nennen. Dazu gehört vor allem, den Gesellschaftszweck so effektiv wie möglich zu fördern<sup>102</sup>. Dies trifft selbstverständlich für den Geschäftsführer und den Vorstand

---

<sup>97</sup> *Strasser in Jabornegg- Strasser*, AktG, §§ 77-84, Rz 98.

<sup>98</sup> *Koziol-Welser*, Bürgerliches Recht, II S. 7.

<sup>99</sup> *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 32, Rz 79 f; *Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43 Rz 8; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25 Rz 3; einen guten Überblick über die den Geschäftsführer treffenden Pflichten liefert *Achilles/Enstahler/Schmidt*, GmbHG, § 43, Rz 17 ff.

<sup>100</sup> *Strasser in Jabornegg- Strasser*, AktG, §§ 77-84, Rz 22; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 14, Rz 62; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 84, Rz 3; aA *Wiesner* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, AG, § 26, Rz 5.

<sup>101</sup> Die genaue Bedeutung der einzelnen in Abs 3 normierten Tatbestände wird ausführlich im Kapitel VIII.C. behandelt.

<sup>102</sup> *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 43, Rz 8 f; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 32, Rz 85, *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 84, Rz 8; *Achilles/Enstahler/Schmidt*, GmbHG, § 43, Rz 17 ff;

gleichermaßen zu. Insbesondere müssen die genannten Organe stets das Gesellschaftswohl und nicht ihr eigenes fördern. Dies ergibt sich für das AktG ex lege aus § 70 AktG, wonach der Vorstand unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten hat, wie es das **Wohl des Unternehmens** unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses es erfordert<sup>103</sup>.

Im GmbHG fehlt es an einer entsprechenden Bestimmung, an einer derartigen Verpflichtung (nämlich das Wohl des Unternehmens im Auge zu haben) des Geschäftsführers kann aber dennoch kein Zweifel bestehen. Diese kann zwanglos mit seiner Treuepflicht begründet werden, wobei bei den Grundlagen dieser Pflicht zwischen dem Geschäftsführer und den Gesellschaftern<sup>104</sup> differenziert werden muss.

Sofern die Treuebindung des Geschäftsführers untersucht werden soll, erübrigt sich eine Differenzierung zwischen Gesellschafter-Geschäftsführer und Fremdgeschäftsführer, da sich auch die Treuepflicht des Gesellschafter-Geschäftsführers nicht aus seiner Gesellschafterstellung ergibt<sup>105</sup>. Vielmehr folgert der OGH<sup>106</sup> schon aus der Stellung als Geschäftsführer (unabhängig vom Fremd- oder Gesellschafter- Geschäftsführer), dass er als ordentlicher Geschäftsmann in verantwortlich leitender Position bei selbständiger treuhändiger Wahrnehmung fremde Vermögensinteressen einzuhalten hat und ihm demnach schon aufgrund seiner *Organstellung* eine besondere Treuepflicht zukommt. Dies scheint mE einleuchtend, knüpft das GmbHG ja schon an die Organstellung die aus der Treuebindung erwachsende Pflicht des Wettbewerbsverbots<sup>107</sup>. Da § 24 GmbHG unzweifelhaft nur für den Geschäftsführer

---

Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rz 17 f; Bürgers/Körber, Heidelberger Kommentar AktG, § 93, Rz 2; Rata/Rauter, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/43 ff.

<sup>103</sup> Treuepflichten zwischen dem Vorstandsmitglied und der Aktiengesellschaft ergeben sich aber selbstverständlich schon aus der Organstellung- vgl Bürgers/Körber, Heidelberger Kommentar, AktG, § 93, Rz 6; Hüffer, AktG, § 93, Rz 5 mwN.

<sup>104</sup> Das grundsätzliche Bestehen einer Treuepflicht der Gesellschafter gegenüber ihrer Gesellschaft ist heute weitestgehend anerkannt. Als Grund kann man, mit Koppensteiner und Schmidt, annehmen, dass sie sich in der durch den Gesellschaftsvertrag ausgedrückten gleichförmigen Verpflichtung auf das Gesellschaftsinteresse ergibt. Dem muss mE gefolgt werden. Denn wenn sich nun (mehrere) Personen zusammenschließen, um ein gemeinsames Interesse - eben das Gesellschaftsinteresse zu verfolgen, so ergibt sich daraus notwendigerweise, dass genau dieses und eben nicht das eigene Interesse zu fördern ist. Andere wiederum wollen die Treuepflicht der Gesellschafter über die Grundsätze von Treu und Glauben und der Redlichkeit im Geschäftsverkehr herleiten- vgl Koppensteiner/Rüffler, GmbHG, § 61, Rz 9; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 587 ff; Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 12; Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2276.

<sup>105</sup> Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 13; Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2287 mwN.

<sup>106</sup> OGH EvBl 1986/86 S 308 = GesRZ 1986, 97; vgl auch OGH SZ 53/53.

<sup>107</sup> Siehe § 24 GmbHG; vgl auch Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2287; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG, § 24, Rz 2.

zur Anwendung gelangt, erhellt daraus, dass das GmbHG schon mit der Organfunktion Treuebindungen des Geschäftsführers verbinden will.

Die den Geschäftsführer und Vorstand treffende Fremdinteressenwahrungspflicht ist der Grund für die lückenhafte positivrechtliche Aufzählung aller konkreten Verhaltenspflichten der Verwaltungsträger<sup>108</sup>. Daher hat der Gesetzgeber nur besonders wichtige Pflichten ausdrücklich hervorgehoben, im Übrigen müssen die restlichen Pflichten aus § 25 GmbHG bzw § 84 AktG und der schon erwähnten Fremdinteressenwahrungspflicht abgeleitet werden.

Wie *Zöllner*<sup>109</sup> daher betont, ergeben sich aus dieser „Grundnorm“ zahlreiche Unternormen, wie beispielsweise das Gebot der Vermeidung nachteiliger Geschäfte oder das Gebot, geeignete, also profitable Geschäfte abzuschließen. In diesem Zusammenhang gehört auch das Problemfeld des Abschlusses besonders riskanter Geschäfte. Diese sind nicht von vornherein pflichtwidrig, sondern erst wenn eine gewisse nicht mehr kalkulierbare Risikoschwelle überschritten wird<sup>110</sup>. Stets muss das Erfolgskalkül in seinem Risikoausmaß nach bestem Wissen geschätzt werden; erst anschließend darf eine Entscheidung getroffen werden<sup>111</sup>. Geschäfte, die im Fall des Scheiterns die weitere Existenz der Gesellschaft bedrohen, sind in aller Regel pflicht- und daher rechtswidrig<sup>112</sup>. Zur richtigen Leitung der Gesellschaft gehört auch, dass die Organisation innerhalb der Gesellschaft so gestaltet wird, dass der Gesellschaftszweck optimal verfolgt werden kann. Das Management ist daher auch verpflichtet, eine fehlende Balance zwischen Kapital und unternehmerischer Tätigkeit auszugleichen, beziehungsweise die Gesellschafter darauf hinzuweisen<sup>113</sup>. Innerhalb der Gesellschaft müssen sie ihre nachgeordneten Mitarbeiter geeignet anleiten und kontrollieren<sup>114</sup>. Verletzen sie diese Pflicht, handeln sie rechtswidrig und das Fehlverhalten ihrer Mitarbeiter kann ihnen mittelbar zugerechnet werden. Eine Haftung als Erfüllungsgehilfe nach § 1313a

---

<sup>108</sup> Vgl statt vieler *Strasser in Jabornegg- Strasser*, AktG, §§ 77- 84, Rz 67.

<sup>109</sup> *Zöllner in Baumbach/Hueck*, GmbHG (Vorauf.), § 43 Rz 16; vgl auch *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 14, Rz 63 f; *Bürgers/Körber*, Heidelberger Kommentar, AktG, § 93, Rz 11 ff.

<sup>110</sup> *Schneider*, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Organe einer Aktiengesellschaft, ÖJZ 1986, 129; *Schiemer*, AktG, § 84, Rz 2.1; *Marsch-Barner/Diekmann* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, GmbH, § 46, Rz 9; vgl auch *Bürgers/Körber*, Heidelberger Kommentar, AktG, § 93, Rz 11; beim Existenzgefährdenden Verhalten des Alleingesellschafter-Geschäftsführers vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 20; vgl auch BGH eolex 1997, 507.

<sup>111</sup> *Strasser in Jabornegg- Strasser*, AktG, §§77-84, Rz 95; *Achilles/Enstahler/Schmidt*, GmbHG, § 43, Rz 21 mwN.

<sup>112</sup> *Marsch-Barner/Diekmann* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, GmbH, § 46, Rz 9; vgl auch *Bürgers/Körber*, Heidelberger Kommentar, AktG, § 93, Rz 11 mwN.

<sup>113</sup> Vgl nur OGH GesRZ 1986, 97.

<sup>114</sup> *Marsch-Barner/Diekmann* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, GmbH, § 46, Rz 8; *Achilles/Enstahler/Schmidt*, GmbHG, § 43, Rz 24; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 10.

ABGB scheidet allerdings aus, da die Verwaltungsträger in keiner Vertragsbeziehung zum Mitarbeiter stehen (dieser hat ja seinen Anstellungsvertrag mit der Gesellschaft geschlossen). Die Zurechnung ergibt sich schlicht und einfach aus der Verletzung der ihnen übertragenen Leitungsbefugnis.

Besonderer Erwähnung bedarf auch die Verschwiegenheitspflicht der Verwaltungsträger. Diese findet sich für das Aktienrecht an zunächst nicht vermuteter Stelle, nämlich in § 84 Abs 1 Satz 2 AktG. Letztlich ist aber auch sie nur ein Teil der dem Vorstandsmitglied obliegenden Fremdinteressenwahrungspflicht<sup>115</sup>. Sie bestünde daher auch ohne spezifischer Anordnung. Gleiches hat selbstverständlich auch für das GmbH-Recht zu gelten; die Geheimhaltungspflicht der Geschäftsführer wird dort dem Wettbewerbsverbot nach § 24 GmbHG zugerechnet<sup>116</sup>, wenngleich eine ausdrückliche Normierung einer Verschwiegenheitspflicht dem GmbHG fremd ist. Natürlich würde sich eine derartige Obliegenheit bereits aus der Treuepflicht des Geschäftsführers ableiten lassen<sup>117</sup>.

### **3.) unterschiedliche Pflichten der Leitungsorgane im GmbH- und Aktienrecht**

Die vorherige Erwähnung des § 70 AktG und das sowohl für den Geschäftsführer, als auch den Vorstand geltende Gebot, stets das Wohl der Gesellschaft zu beachten, soll nicht missverständlich dahingehend verstanden werden, § 70 AktG insgesamt analog auch auf die GmbH anzuwenden. Die Geschäftsführungspflichten als Maßstab für rechtswidriges Verhalten sind im GmbHG und AktG zum Teil unterschiedlich ausgestaltet. So hat der Vorstand die AG eigenverantwortlich, also frei von Weisungen zu leiten. Dem Vorstand wird die Entscheidungsgewalt in Bezug auf alle Fragen übertragen, die sich im Zusammenhang mit der Verwirklichung des Gesellschaftszweckes ergeben<sup>118</sup>. Alle im AktG, dem UGB oder der Satzung festgelegten Befugnisse des Vorstands sind als Teil dieser umfassenden Leitungsgewalt zu verstehen. Dem Vorstand kommt somit prinzipiell das zwingende Entscheidungsmonopol zu, außer das AktG selbst sieht Einschränkungen bzw Mitwirkungsrechte anderer Organe vor<sup>119</sup>. Dies bedeutet, dass der Vorstand auch die

---

<sup>115</sup> *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 77- 84, Rz 86; vgl auch *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 84, Rz 12; *Bürgers/Körber*, Heidelberger Kommentar, AktG, § 93, Rz 6.

<sup>116</sup> *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 379; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 24, Rz 7; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, §§ 24, 25, Rz 18.

<sup>117</sup> Vgl statt vieler *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 380.

<sup>118</sup> *Schiemer*, AktG, § 70 Rz 1.3 f; *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, § 70, Rz 6; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 84, Rz 6 f; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 3409 mwN.

<sup>119</sup> So vor allem in den § 95 Abs 5 und § 103 Abs 2 AktG.

Entscheidung über riskante Geschäfte selbständig treffen muss, sofern nicht ein Fall des § 95 Abs 5 AktG vorliegt oder die Entscheidung der Hauptversammlung vorbehalten wird. Die planmäßige, häufige Befassung der Hauptversammlung wäre allerdings rechtswidrig, da die zwingende Entscheidungsgewalt des Vorstands umgangen werden würde<sup>120</sup>.

Im Bereich des GmbHG sind dem Geschäftsführer nur wenige Agenden zwingend zugeordnet<sup>121</sup>. So etwa die Buchführung<sup>122</sup>, die Einberufung der Generalversammlung<sup>123</sup>, die Führung des Protokollbuches<sup>124</sup>, Anmeldungen zum Firmenbuch<sup>125</sup> und der Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens<sup>126</sup>. Abgesehen davon kann der Gesellschaftsvertrag die Befugnisse des Geschäftsführers beliebig einengen<sup>127</sup>, oder die Generalversammlung kann gem § 20 GmbHG durch eine Weisung auf die Geschäftsführungstätigkeit Einfluss nehmen. In einem solchen Fall ist der Geschäftsführer verpflichtet, sich an solche Anordnungen zu halten<sup>128</sup>. Im Ergebnis bedeutet dies, dass sich der Pflichtenkatalog des Geschäftsführers nur zum Teil aus dem GmbHG (oder anderen Spezialgesetzen) ergibt, im konkreten Fall sind auch der Gesellschaftsvertrag oder allfällige Weisungen zu berücksichtigen um den Pflichtenkreis abstecken zu können und somit eine Beurteilung über die Rechtswidrigkeit des Geschäftsführerverhaltens vornehmen zu können.

## E.) Rechtswidrigkeitszusammenhang

Natürlich ist nur für jene Schäden zu haften, welche die übertretene Norm nach ihrem Schutzzweck gerade verhindern wollte, wenn sich also durch das Verhalten des Leitungsorgans die dem Verbot zugrunde liegende Gefahr realisiert hat<sup>129</sup>. Der Schaden muss also innerhalb des Rechtswidrigkeitszusammenhanges liegen, um eine Ersatzpflicht auslösen

---

<sup>120</sup> Strasser in *Jabornegg-Strasser*, AktG, § 70, Rz 13.

<sup>121</sup> *Umfahrer*, GmbHG, Rz 240, FN 643.

<sup>122</sup> Vgl § 22 ff GmbHG.

<sup>123</sup> Vgl § 36 GmbHG.

<sup>124</sup> Vgl § 40 GmbHG.

<sup>125</sup> Vgl zB §§ 9, 17, 26, 30, 51, 53, 55, 64, 88 und 107 Abs 2 GmbHG.

<sup>126</sup> Vgl §§ 67, 69 KO.

<sup>127</sup> *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 382; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 20, Rz 8.

<sup>128</sup> Siehe Kapitel X.B.

<sup>129</sup> Unstrittig: allgemein *Welser*, Der OGH und der Rechtswidrigkeitszusammenhang, ÖJZ 1975, 2; *Koziol*, Haftpflichtrecht, I, Rz 8/17 ff; *Koziol-Welser*, Bürgerliches Recht, II, S. 316; OGH JBl 1987, 720; OGH ZVR 1990/119; OGH SZ 2003/16. In der gesellschaftsrechtlichen Literatur findet sich die Bezugnahme auf den Rechtswidrigkeitszusammenhang nur selten- vgl *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 84, Rz 24; *Achilles/Enstahler/Schmidt*, GmbHG, § 43, Rz 39.

zu können. Wieweit der Schutzzweck einer Norm reicht, ist für jeden Fall gesondert festzustellen und hängt somit stark von der Auslegung im Einzelfall ab.

## **F.) Verschulden**

### **1.) Allgemeines**

Der Geschäftsführer ist bei seiner Geschäftsführung gegenüber der Gesellschaft verpflichtet, *die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden*, während der Vorstand *die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden hat*<sup>130</sup>. Sie werden daher entsprechend dem allgemeinen Schadenersatzrecht nur dann ersatzpflichtig, wenn sie auch ein Verschulden trifft<sup>131</sup>. In einem ersten Schritt ist zu überprüfen, welche Konsequenzen diese besondere Sorgfaltsanordnung für die Geschäftsführungs- bzw. Vorstandshaftung hat, und ob der unterschiedliche Wortlaut dieser Bestimmungen auch inhaltliche Folgen nach sich zieht.

### **2.) Konsequenzen und Konkretisierung des Sorgfaltsmaßstabes**

#### **a.) Allgemeines**

Eine Analyse der österreichischen und deutschen Literatur sowie der Rechtsprechung zeigt, dass es sich nach einem Teil des Schrifttums um einen objektiven Verschuldensmaßstab handelt<sup>132</sup>. Dies bedeutet, wie ua *Strasser*<sup>133</sup> betont, dass sich der Sorgfaltsmaßstab nach der Übung des redlichen Verkehrs unter Zugrundelegung der besonderen Verhältnisse der Gesellschaft (Größe, Branche, wirtschaftliche Lage, u.a) bestimmen lässt und nicht nach den

---

<sup>130</sup> Siehe § 25 Abs 1 GmbHG und § 84 Abs 1 AktG.

<sup>131</sup> Das Verschulden muss für jedes Mitglied des Leitungsorgans gesondert festgestellt werden- vgl OGH GesRZ 1978, 36 = HS 11.291 = HS 11.302 = HS 11.305.

<sup>132</sup> *Wagner*, Geschäftsführerhaftung und URG, S. 29; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 43, Rz 7; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43, Rz 8; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 84, Rz 7; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 14, Rz 62; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2963; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG § 25, Rz 14; andere sehen in der Normierung des Sorgfaltsmaßstabes neben dem objektiven Verschuldensmaßstab auch einen Maßstab der objektiven Pflichtwidrigkeit- vgl *Wiesner* in *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, AG, § 26, Rz 5; *Ulmer/Paefgen*, GmbHG, § 43, Rz 85; *Hüffer*, AktG, § 93, Rz 3a; *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/36 mwN.

<sup>133</sup> *Strasser* in *Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 77-84, Rz 95; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 14, Rz 71 f; *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/36 f; vgl auch OGH eolex 2003/22 = GeS 2002, 26 = GesRZ 2002, 86 = RdW 2002/350 = SZ 2002/26 = WBI 2002/227.

jeweiligen individuellen Fähigkeiten des Vorstandsmitgliedes. Selbiges gilt auch für den Geschäftsführer der GmbH, auch er kann sich nicht auf persönliche Eigenschaften wie Überlastung, fehlende Ausbildung oder eigene Unfähigkeit berufen<sup>134</sup>, sehr wohl aber soll die Art und Größe des Unternehmens sowie der Geschäftszweig für die konkret anzuwendende Sorgfalt eine Rolle spielen. Das bedeutet, dass diejenigen Kenntnisse und Fähigkeiten verlangt werden, die für die Ausübung des jeweiligen Amtes erforderlich sind<sup>135</sup>. Auch der OGH folgt den erwähnten Literaturmeinungen, wobei er in ständiger Rechtsprechung<sup>136</sup> die Sorgfaltspflicht als die „eines ordentlichen Geschäftsmannes in verantwortlich leitender Position bei selbständiger treuhändiger Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen“ umschreibt<sup>137</sup>. Der OGH konkretisiert den Sorgfaltsmaßstab dahingehend, dass es oberstes Gebot sei, ihm Rahmen der Gesetze und des Gesellschaftsvertrages die für die Geschäftsführung verbindlichen Beschlüsse anderer Organe der Gesellschaft zu befolgen und unter der gebotenen Berücksichtigung der Interessen der Öffentlichkeit und der Arbeitnehmer den Vorteil der Gesellschaft zu wahren und Schäden von ihr abzuwenden. Dazu gehört auch die Beachtung der Regeln sorgfältiger Unternehmensleitung. Insbesondere sind die Geschäftsführungsorgane nach Ansicht des OGH verpflichtet, das Unternehmen nach gesicherten und praktisch bewährten betriebswirtschaftlichen Erkenntnissen unter Beachtung aller maßgeblichen Rechtsvorschriften zu leiten, sich über alle relevanten wirtschaftlichen Umstände und Entwicklungen zu informieren und sich stets ein genaues Bild von der Lage des Unternehmens, insbesondere hinsichtlich der Rentabilität und Liquidität, des Ganges der Geschäfte, der Umsatzentwicklung und der Konkurrenzfähigkeit des Angebotes, zu machen. Auch steuerliche Folgen sind stets abzuklären und in Rechnung zu stellen. Die Geschäftsführung soll Betriebsabläufe soweit im Auge behalten, dass ihnen Fehlentwicklungen erheblichen Ausmaßes nicht verborgen bleiben.

---

<sup>134</sup> *Hofmann/Liebs*, Der GmbH- Geschäftsführer; *Wagner*, Geschäftsführerhaftung und URG, S. 29; *Wiesner* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, AG, § 26, Rz 7; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 25 Rz 7, Rz 814; *Achilles/Enstahler/Schmidt*, GmbHG, § 43, Rz 12; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 14; *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/40 mwN; vgl auch OGH ecolx 2003/22 = GeS 2002, 26 = GesRZ 2002, 86 = RdW 2002/350 = SZ 2002/26 = WB1 2002/227.

<sup>135</sup> *Wagner*, Geschäftsführerhaftung und URG, S. 29; *Wiesner* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, AG, § 26, Rz 7; *Achilles/Enstahler/Schmidt*, GmbHG, § 43, Rz 12; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 32, Rz 82-85; *Heidinger/Schneider*, AktG § 84, Rz E 2; *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung Rz 2/37.

<sup>136</sup> OGH GesRZ 1986, 97= ÖJZ 1986/86 (EvBl); OGH SZ 2002/26; für weitere Nachweise vgl *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2963.

<sup>137</sup> In einer älteren Entscheidung hat der OGH die Sorgfaltspflicht als jene umschrieben, „mit der ein ordentlicher und gewissenhafter Mann geschäftliche Unternehmen der betreffenden Art für eigene Rechnung zu leiten pflegt.“ Diese Umschreibung wurde von der Literatur kritisiert, da der Eindruck entsteht, dass die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten den Sorgfaltsmaßstab bestimmt. Vgl dazu OGH SZ 46/113; *Schiemer*, AktG, § 84, Rz 2.1; *Schneider*, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Organe einer Aktiengesellschaft, ÖJZ 1986, 129; *Strasser* in *Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 77-84, Rz 95.

Zweifelsfrei aber darf die Verschuldenshaftung nicht schlechthin zu einer Erfolgshaftung abgeändert werden, da das Unternehmensrisiko stets die Gesellschaft zu tragen hat und nicht auf das Leitungsorgan überwältigt werden darf<sup>138</sup>. Sofern das Leitungsorgan allerdings nur für einzelne Geschäftsabschlüsse eine Erfolgshaftung übernimmt, soll dies allerdings nach *Schiemer*<sup>139</sup> mit dem Konzept der Verschuldenshaftung noch vereinbar sein. Andere<sup>140</sup> lehnen diese Auffassung mit dem Hinweis ab, der Gesetzgeber habe ausdrücklich eine Erfolgshaftung abgelehnt, da diese die Verantwortungsfreudigkeit des Leitungsorgans erheblich mindern würde.

## **b.) Der Gesellschaftszweck und ehrenamtliche Verwaltungsträger**

Vor allem in Deutschland wurde die strittige Frage diskutiert, ob ein Idealzweck der Gesellschaft zu geringeren Sorgfaltsanforderungen führt<sup>141</sup>. Zweifelsfrei haben Funktionäre auch einer nicht an Gewinn orientierten Gesellschaft grundsätzlich die Sorgfaltspflicht des § 25 GmbHG und des § 84 AktG zu wahren. Dies ergibt sich schon aus dem zulässigen Rahmen des Gesellschaftszwecks, da bei beiden Gesellschaften ein ideeller Zweck in Betracht kommen kann<sup>142</sup>. Keinesfalls kann eine etwaige Minderung der Sorgfaltspflicht dahingehend verstanden werden, dass nur für Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit einzustehen sei. Wie aber bereits mehrfach erwähnt, spielen die Art des Unternehmens und somit auch deren ideeller oder materieller Gesellschaftszweck für die Konkretisierung der Sorgfaltspflicht eine Rolle. ME wäre es daher falsch, einer ideell ausgerichteten Gesellschaft jede Konsequenz auf die Sorgfaltspflicht der Verwaltungsträger per se abzuspreehen. Entscheidend ist letztlich (und zwar wie bei jeder dieser Fragen), wie sich der maßgerechte Fachmann in der Situation des Funktionärs verhalten hätte. Ausschlaggebend ist daher auch in diesen Fällen die Verkehrsauffassung, sodass nicht per se gesagt werden kann, ob ein Idealzweck zu einer geringeren Sorgfaltspflicht führt. Erst nach einer näheren Betrachtung des Unternehmens wird sich eine Aussage über die Sorgfaltspflicht gewinnen lassen. Selbstverständlich muss aber bei deren Überprüfung auch der Idealzweck der Gesellschaft entsprechend mitberücksichtigt werden<sup>143</sup>.

---

<sup>138</sup> Vgl statt vieler *Reich-Rohrwig*, GmbH- Recht I, Rz 2/307 und *Gellis/Feil*, GmbHG, § 25, Rz 1.

<sup>139</sup> *Schiemer*, AktG, § 84, Rz 4.1; ähnlich *Ulmer/Paefgen*, GmbHG, § 43, Rz 7.

<sup>140</sup> Vgl die Nachweise bei *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 110.

<sup>141</sup> Vgl *Marsch-Barner/Dieckmann* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, GmbH, § 46, Rz 12;

*Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43, Rz 9 mwN.

<sup>142</sup> Vgl *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht, S. 506, 981.

<sup>143</sup> In Deutschland wird der ideellen Zwecksetzung der Gesellschaft überwiegend keine Konsequenz auf den Sorgfaltsmaßstab zugewonnen- vgl *Marsch-Barner/Dieckmann* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts,

Andererseits soll nach einigen Vertretern des Schrifttums<sup>144</sup> eine ehren- oder nebenamtliche Tätigkeit im Vergleich zu einem ausschließlich für die Gesellschaft arbeitenden Funktionär zu einem geringeren Sorgfaltsmaßstab führen. Im Ergebnis mag dies zwar in der Regel zutreffend sein, dies aber nur deshalb, weil die Verkehrsauffassung den Sorgfaltsmaßstab bestimmt und diese in aller Regel geringere Anforderungen an ein ehrenamtliches Mitglied stellen wird. Aus dem Gesetz sind diese Schlussfolgerungen nicht unmittelbar abzuleiten, sodass in der Literatur im Falle eines derartigen rechtlichen Schlusses zumindest auch eine Begründung zu erwarten wäre. Eine pauschale Beurteilung kann daher auch in diesen Fällen nicht getroffen werden.

### 3.) „Kernbereich der Verschuldenshaftung“

Eine Analyse der von der Lehre und Rechtsprechung aus § 25 GmbHG und § 84 AktG abgeleiteten Geschäftsführungsaufgaben zeigt mE deutlich, dass eine ganze Reihe von Pflichten bestehen, bei deren Verletzung der Verwaltungsträger ungeachtet der Bedachtnahme auf die konkreten Verhältnisse der Gesellschaft jedenfalls Ersatz zu leisten hat.

Unbestritten sei zunächst, dass im GmbH- und AktG nicht jede Geschäftsführungsaufgabe gesetzlich positiviert ist, sondern sich beide Rechtsmaterien ganz offensichtlich auf die Normierung der wichtigsten Pflichten beschränkt haben<sup>145</sup>. Nun erhellt schon aus der gesetzlichen Anordnung einer Verschuldenshaftung, dass auch ein Verwaltungsträger nur dann schadenersatzpflichtig werden kann, wenn ihm ein persönlicher Schuldvorwurf gemacht werden kann. Die Beurteilung eines Schuldvorwurfes stellt daher stets eine Frage des Einzelfalles dar. Dennoch können die bei der Beurteilung einer Sorgfaltsverletzung heranzuziehenden konkreten Verhältnisse der Gesellschaft (Größe, Branche, etc.) nicht darüber hinwegtäuschen, dass für einen gewissen „Kernbereich des unternehmerischen Know-how`s“ unabhängig von der konkreten Ausgestaltung des Unternehmens einzustehen ist.

---

GmbH, § 46, Rz 12; Zöllner/Noack in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43, Rz 9; Ulmer/Paefgen, GmbHG, § 43, Rz 19.

<sup>144</sup> Marsch-Barner/Dieckmann in *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts*, GmbH, § 46, Rz 12; Zöllner in *Baumbach/Hueck* (Vorauf.), GmbHG, § 43, Rz 8; aA Zöllner/Noack in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43, Rz 9; Ulmer/Paefgen, GmbHG, § 43, Rz 19 mwN. Zur ehrenamtlichen Tätigkeit im Verein und den Konsequenzen für die Sorgfaltspflicht- vgl. Krejci/S.Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer, *VerG* 2002, § 24, Rz 5 f; Spornberger, *Zur Haftung leitender Vereinsorgane*. Zugleich eine Besprechung der E 11 Os 52/05i, *ecolex* 2007, 407.

<sup>145</sup> Strasser in *Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 77-84, Rz 67.

Zu diesem „Kernbereich der Verschuldenshaftung“ ist mE jedenfalls die Kenntnis des jeweiligen Organisationsrechts (Gesellschaftsvertrag, GmbHG, AktG), Grundkenntnisse der Betriebswirtschaft, der Rechnungslegung und die der Gesellschaft treffenden Steuerpflichten zu zählen<sup>146</sup>. Denn jedes Leitungsorgan gibt schon entsprechend § 1299 ABGB<sup>147</sup> beim Antritt des Amtes zu erkennen, dass „*es sich den notwendigen Fleiß und die erforderlichen Kenntnisse zutraut*“. Daher wird sich kein Verwaltungsträger mit Erfolg auf die Unkenntnis des Gesellschaftsrechts, der Betriebswirtschaft, der Rechnungslegung und der Steuerpflichten berufen können und zwar gleichgültig ob diese einem Fußballklub oder einer Baugesellschaft vorstehen. Denn es ist praktisch kaum ein Einwand denkbar, welcher in diesen Fällen das Verschulden ausschließen würde. Wer ein derartiges Amt bekleiden will, muss die entsprechenden Kenntnisse mitbringen<sup>148</sup>, andernfalls deren Mangel unabhängig von der Größe und der Branche des Unternehmens vertreten werden muss. Daher kann die stete Berufung der Rechtsprechung<sup>149</sup> auf den Geschäftszweig, die Marktposition und die Branche der Gesellschaft mE nur so verstanden werden, dass für einen gewissen, oben dargestellten „Kernbereich der Verschuldenshaftung“ stets eingestanden werden muss und erst bei darüber hinaus gehenden Sorgfaltsverletzungen auf die konkreten Verhältnisse der Gesellschaft Bedacht zu nehmen ist.

#### 4.) Gründe für die Gleichbehandlung des Sorgfaltsmaßstabes

Wie bereits ausgeführt, ergeben sich trotz der unterschiedlichen Formulierung in § 25 Abs 1 GmbHG und § 84 Abs 1 AktG keine inhaltlichen Unterschiede des Sorgfaltsmaßstabes, „als es hier wie dort darum geht, dass sich die Mitglieder des geschäftsführenden Organs nicht wie beliebige Unternehmer, sondern wie ordentliche Geschäftsleute in verantwortlich leitender Position bei selbständiger treuhändiger Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen verhalten müssen“<sup>150</sup>. Auch die Lehre folgt einhellig dieser Ansicht<sup>151</sup>.

---

<sup>146</sup> Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 84, Rz 7 sprechen von einem Mindestbereich von Aufgaben, für deren Wahrnehmung jedenfalls entsprechende Kenntnisse vorhanden sein müssen; vgl auch Achilles/Enstahler/Schmidt, GmbHG, § 43, Rz 22 ff.

<sup>147</sup> Siehe Kapitel III.F.4.

<sup>148</sup> OGH GesRZ 1978, 36 = HS 11.291 = HS 11.302 = HS 11.305.

<sup>149</sup> OGH ecollex 2003/22 = GeS 2002, 26 = GesRZ 2002, 86 = RdW 2002/350 = SZ 2002/26 = wbl 2002/227 für weitere Nachweise vgl Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2962.

<sup>150</sup> OGH GeS 2002, 26; OGH GeS 2004, 149 = GBU 2004/03/02 = ecollex 2004/166.

<sup>151</sup> Schiemer, AktG, § 84, Rz 2.1; Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 237, 394 Achilles/Enstahler/Schmidt, GmbHG, § 43, Rz 12; Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2962; Heidinger/Schneider, AktG, § 84, Rz E.54; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG, § 25, Rz 14.

Die Gründe des unterschiedlichen Wortlautes sind historischer Natur; § 25 GmbHG 1906 baut auf den „durchaus sachgemäßen Normen des deutschen Gesetzes auf<sup>152</sup>“. Damit wird auf § 43 des dGmbHG 1892 Bezug genommen, dessen Wortlaut mit jenem des § 25 Abs 1 GmbHG völlig identisch ist. § 84 des AktG 1965 findet seinen Vorgänger im AktG 1937/38. Das Aktiengesetz 1965 nahm im Vergleich zu seiner Vorgängerregelung nur sprachliche Änderungen vor<sup>153</sup>, wobei allerdings der Gesetzgeber bei § 84 Abs 1 AktG idF 1965 den schon bestehenden Wortlaut des AktG 1937/38 einfach übernommen hat. Insofern gilt nichts anderes als bei § 25 GmbHG; beide Normen haben den Wortlaut ihrer Vorgängerbestimmung schlicht übernommen, ohne dass dies normative Wirkungen entfalten sollte.

Als weitere Begründung für eine Gleichbehandlung des Sorgfaltsmaßstabes kann auch § 1299 ABGB herangezogen werden. Dessen 1. Satz lautet „*wer sich zu einem Amte, zu einer Kunst, zu einem Gewerbe oder Handwerke öffentlich bekennt; oder wer ohne Not freiwillig ein Geschäft übernimmt, dessen Ausführung eigene Kunstkenntnisse, oder einen nicht gewöhnlichen Fleiß erfordert, gibt dadurch zu erkennen, dass er sich den notwendigen Fleiß und die erforderlichen, nicht gewöhnlichen, Kenntnisse zutraue; er muss daher den Mangel derselben vertreten*“. § 1299 ABGB hebt daher die vom Sachverständigen geschuldete Sorgfalt gegenüber § 1297 ABGB an. Der Kreis der Sachverständigen ist überaus weit zu verstehen, es gehören alle Berufsgruppen dazu, die besondere Kenntnisse oder Fachwissen erfordern<sup>154</sup>, so hin eindeutig auch der Geschäftsführer oder der Vorstand. Von einem Sachverständigen werden die typischen Fähigkeiten der betreffenden Berufsgruppe verlangt (objektiver Verschuldensmaßstab), allerdings keine außergewöhnlichen Fähigkeiten innerhalb des betreffenden Berufszweiges<sup>155</sup>. Wie schon erwähnt, ist bei der Sorgfaltsprüfung stets zu fragen, wie sich der maßgerechte Fachmann in der Situation des Täters verhalten hätte, sodass sich der Sachverständige nicht auf einen Mangel der entsprechenden Kenntnisse und Fähigkeiten in der eigenen Person berufen kann<sup>156</sup>.

---

<sup>152</sup> EB I 66.

<sup>153</sup> *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts, § 84.

<sup>154</sup> *Koziol*, Haftpflichtrecht, II, S. 182; *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB, § 1299, Rz 1; *Koziol-Welser*, ABGB, Bürgerliches Recht, II, S. 353 vgl auch *Welser*, Sachverständigenhaftung und Insolvenzverfahren, NZ 1984, 92; *Völkl/Völkl*, Die Haftung der rechtsberatenden Berufe im Spiegel der Rechtsprechung, ÖJZ 1991, 617.

<sup>155</sup> *Koziol*, Haftpflichtrecht, II, S. 182; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB, § 1299, Rz 1 ff; *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB, § 1299, Rz 2; *Koziol-Welser*, Bürgerliches Recht, II, S. 353; vgl auch OGH SZ 54/13.

<sup>156</sup> Vgl statt vieler *Reischauer* in *Rummel*, ABGB, § 1299, Rz 1 ff.

ME können § 25 Abs 1 GmbHG und § 84 Abs 1 AktG nur als zusätzliche Verankerung der allgemeinen Sachverständigenhaftung des § 1299 ABGB angesehen werden, ohne dass sich daraus unterschiedliche materielle Rechtsfolgen ergeben würden. Zweifelsohne gibt ein Verwaltungsträger zu erkennen, *dass er sich den notwendigen Fleiß und die erforderlichen, nicht gewöhnlichen Kenntnisse zutraut* und er daher den Mangel derselben zu vertreten hat. Der besondere Sorgfaltsmaßstab ergibt sich somit eigentlich schon aus § 1299 ABGB, sodass § 25 Abs 1 GmbHG und § 84 Abs 1 AktG nur als weitere Klarstellung dieses Gebots verstanden werden müssen. Ungeachtet dessen, darf, wie bereits dargestellt, nicht übersehen werden, dass für eine Schadenersatzpflicht stets ein Verschulden vorliegen muss, sodass nicht für jeden Nachteil der Gesellschaft einzustehen ist. Das Unternehmensrisiko trägt die Gesellschaft und nicht das geschäftsführende Organ, eine solche Erfolgshaftung wäre das Ende effektiver Unternehmertätigkeit<sup>157</sup>. Schon die amtliche Begründung zu § 84 AktG zeigt, dass die „Haftung des Vorstands für den Erfolg seiner Geschäftsführung ohne Rücksicht auf sein Verschulden nur zur Folge haben würde, dass die Verantwortungsfreudigkeit eines Vorstandsmitgliedes erheblich herabgemindert und ihm jeder Mut zur Tat genommen wird<sup>158</sup>“. Dem folgt freilich auch der OGH<sup>159</sup>, wobei diese Problematik vor allem bei besonders gewagten Geschäften zum Ausdruck kommt. Nicht jeder Misserfolg eines gewagten Geschäftes ist dem geschäftsführenden Organ anzulasten, sondern eben nur, wenn es bei deren Vornahme nicht die gehörige Sorgfalt eingehalten hat<sup>160</sup>. Damit, dass eine Maßnahme für die Gesellschaft auch ungünstig ausfallen kann, muss gerechnet werden. Die geschäftsführenden Organe schulden eben keinen Erfolg, sondern nur branchen- und situationsadäquate Bemühungen<sup>161</sup>.

---

<sup>157</sup> *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 237; *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 110; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 25, Rz 1; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43, Rz 19 f; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 10.

<sup>158</sup> *Kalss/Burger/Eckart*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts, § 84.

<sup>159</sup> OGH ÖJZ 1986/1986 (EvBl); OGH ÖBA 1990/24 8= RdW 1991, 43 = WBl 1990, 348.

<sup>160</sup> *Schneider*, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Organe einer Aktiengesellschaft, ÖJZ 1986/129; *Schiemer*, AktG, § 84 Rz 2.1.

<sup>161</sup> Vgl statt vieler *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 10.

## **Exkurs: Anspruchskonkurrenz zwischen der körperschaftsrechtlichen Haftung und dem Anstellungsvertrag**

Umstritten ist nach wie vor, ob sich die Gesellschaft bei der schuldhaften Verletzung von körperschaftsrechtlichen und anstellungsvertraglichen Pflichten ausschließlich auf die gesellschaftsrechtliche Anspruchsgrundlage des § 25 GmbHG und § 84 AktG berufen darf, oder sich konkurrierend hierzu auch auf den schuldrechtlichen Anstellungsvertrag stützen kann. Diese Problematik kann freilich nur dann auftreten, wenn überhaupt ein Anstellungsvertrag zwischen dem Leitungsorgan und der Gesellschaft geschlossen wurde und durch das Verhalten des Leitungsorgans gleichzeitig sowohl Pflichten aus dem Anstellungsvertrag und aus körperschaftsrechtlichen Normen verletzt werden. Dies wird daher im Folgenden vorausgesetzt. Da sich die Problematik im GmbHG und im AktG gleichermaßen stellt, gelten die Ausführungen für beide Rechtsmaterien gleichermaßen.

Ohne eine einsichtige Begründung zu liefern finden sich vor allem in Deutschland zahlreiche Lehrmeinungen, wonach der Anstellungsvertrag nicht als selbständige Haftungsgrundlage neben die gesetzliche Haftung zu treten habe<sup>162</sup>. Die gesetzliche Haftung sei der Vertragshaftung so ähnlich, dass diese nicht konkurrierend neben der Haftung aus dem Anstellungsvertrag treten könne. § 43 dGmbHG bilde vielmehr eine Spezialregelung, welche die Pflichtenstellung des Funktionärs, der Organstellung und des Anstellungsvertrages in sich aufnehme<sup>163</sup>. In der österreichischen Literatur wird überwiegend von einer Anspruchskonkurrenz ausgegangen<sup>164</sup>.

Sinnvoll kann diese Frage mE nur beantwortet werden, wenn das Verhältnis zwischen dem körperschaftsrechtlichen Organisationsakt der Bestellung und dem schuldrechtlichen Anstellungsvertrag untersucht wird. Die rechtliche Qualifikation der Bestellung zum

---

<sup>162</sup> *Marsch-Barner/Dieckmann* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, GmbH, § 46, Rz 57; *Wiesner* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, AG, § 26, Rz 4; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 43, Rz 3; *Achilles/Enstahler/Schmidt*, GmbHG, § 43, Rz 2; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43, Rz 4; unklar *Hüffer*, AktG, § 93, Rz 11; BGH NJW- RR 1989, 1255, 1256; BGH NJW 1974, 1371, 1372.

<sup>163</sup> *Marsch-Barner/Dieckmann* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, GmbH, § 46, Rz 57; *Wiesner* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, AG, § 26, Rz 4; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 43, Rz 3; *Achilles/Enstahler/Schmidt*, GmbHG, § 43, Rz 2; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43, Rz 4. Der Ursprung der Diskussion betraf die Problematik unterschiedlicher Verjährungsfristen im Kapitalgesellschaftsrecht und in der Vertragshaftung- vgl *K.Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 1078.

<sup>164</sup> Vgl etwa *Fritz*, Grundsatzfragen der Geschäftsführung, SWK 1998, W 43; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 25, Rz 1; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 4; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2959; *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/29.

Verwaltungsträger ist, soweit ersichtlich, noch weitgehend ungeklärt. Während einige vertreten, es liege ein Vertrag<sup>165</sup> zwischen der Gesellschaft und dem Leitungsorgan oder zumindest ein annahmebedürftiges Rechtsgeschäft<sup>166</sup> vor, sprechen sich andere<sup>167</sup> gegen die Annahmebedürftigkeit aus. Gesichert dürfte hingegen sein, dass Bestellung und Anstellung in einem gewissen Über- und Unterordnungsverhältnis stehen, da der Anstellungsvertrag eine wirksame Bestellung voraussetzt und soweit das Gesetz das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Funktionär zwingend gestaltet, für Regelungen im Anstellungsvertrag überhaupt kein Platz mehr ist bzw. gesetzwidrige Regelungen unwirksam sind<sup>168</sup>. Da sich die Rechte und Pflichten des Leitungsorgans schon aus der Bestellung ergeben, kann der Anstellungsvertrag diese lediglich ergänzen und spezifizieren, aber keinesfalls zwingende Normen im GmbH- und Aktienrecht ändern. Darüber hinaus kann aber selbstverständlich alles vereinbart werden, was nicht zwingenden Normen oder den guten Sitten widerspricht, wie etwa eine angemessene Vergütung<sup>169</sup>. Die oben angeführte Auffassung<sup>170</sup>, wonach die gesellschaftsrechtliche Anspruchsgrundlage als Spezialregelung vorgehen müsse, verwundert daher, da wie eben gezeigt, der Anstellungsvertrag die durch die Bestellung vorgegebenen Pflichten konkretisiert und sich daher im Vergleich zur gesetzlichen Haftung als die „speziellere“ Haftungsgrundlage darstellt. Die erwähnten deutschen Lehrmeinungen gehen aber scheinbar vom Gegenteil aus.

Abgesehen davon entspricht es der überwiegenden Lehre in Österreich<sup>171</sup> und Deutschland<sup>172</sup>, dass die Bestellung von der Anstellung zu unterscheiden ist. Demnach muss beispielsweise die Beendigung des Geschäftsführungsamtes nicht auch notwendigerweise die Beendigung des Anstellungsvertrages zur Folge haben. Sofern man aber nun davon ausgeht, dass es sich bei Bestellung und Anstellung nicht um denselben Rechtsakt handelt, müsste man konsequenterweise im Streitfall auch eine konkurrierende Anspruchsgrundlage zulassen. Dies kann insbesondere dann von Bedeutung sein, wenn der Anstellungsvertrag nicht mit der Gesellschaft selbst abgeschlossen wurde, sondern mit der Muttergesellschaft im Konzern<sup>173</sup>.

---

<sup>165</sup> Floretta in FS-Schwarz, S. 310; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG, § 15, Rz 7; VwGH eolex 1993, 347.

<sup>166</sup> Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 219; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I, Rz 2/43; Gellis/Feil, GmbHG, § 15, Rz 5; Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 75, Rz 5.

<sup>167</sup> Strasser in Jabornegg-Strasser, AktG, §§ 75, 76, Rz 5.

<sup>168</sup> Schiemer, AktG, § 75 Rz. 4.1; Strasser in Jabornegg-Strasser, AktG, §§ 75, 76, Rz 69; Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 75, Rz 14; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG, § 15, Rz 19.

<sup>169</sup> Vgl. statt vieler Strasser, Die Leitung der Aktiengesellschaft durch den Vorstand I, JBl 1990/447.

<sup>170</sup> Marsch-Barner/Dieckmann in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, GmbH, § 46, Rz 57; Wiesner in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, AG, § 26, Rz 4; Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43, Rz 3; Achilles/Enstahler/Schmidt, GmbHG, § 43, Rz 2; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43, Rz 4.

<sup>171</sup> Vgl. die Nachweise in Koppensteiner/Rüffler, GmbHG, § 15, Rz 18 und Umfahrer, GmbHG, Rz 176.

<sup>172</sup> Vgl. die Nachweise in Meier/Pech, Bestellung und Anstellung von Vorstandsmitgliedern in Aktiengesellschaften und Geschäftsführern in einer GmbH, DStR 1995, 31.

<sup>173</sup> K.Schmidt, Gesellschaftsrecht, S. 1077.

Insgesamt erscheint es daher mE mehr als zweifelhaft, im Verhältnis zwischen gesetzlicher und vertraglicher Haftung von der Spezialität einer der beiden Anspruchsgrundlagen auszugehen. Denn für diese Rechtsansicht lässt sich mE kein stichhaltiger Grund ausmachen. Mit der überwiegenden österreichischen Lehre sollte daher besser von einer Anspruchskonkurrenz ausgegangen werden<sup>174</sup>.

#### **IV.) Normadressaten des § 25 GmbHG bzw des § 84 AktG**

##### **A.) Allgemeines**

Unzweifelhaft kommen als Normadressaten die wirksam bestellten Geschäftsführer einschließlich ihrer Stellvertreter (§ 27 GmbHG) in Betracht<sup>175</sup>. Selbiges gilt selbstverständlich auch für den wirksam bestellten Vorstand inklusive deren Stellvertreter (§ 85 AktG)<sup>176</sup>.

Darüber hinaus sieht sowohl das GmbHG als auch das AktG die Möglichkeit vor, bei Handlungsunfähigkeit des jeweiligen Organs bis zur Behebung des Mangels einen Geschäftsführer bzw Vorstand durch das Gericht zu bestellen (§ 15a GmbHG bzw 76 AktG). Damit soll in dringenden Fällen der Vertretungsnotstand der Gesellschaft für die Dauer des Mangels beseitigt werden. Die im Gesetz vorgesehene Bestellung durch ein Gericht darf allerdings nicht fälschlicherweise als „Zwangsbestellung“ aufgefasst werden. Vielmehr besteht keine Verpflichtung die gerichtliche Entscheidung anzunehmen, sodass der Bestellungsbeschluss bis zur Annahme schwebend unwirksam ist<sup>177</sup>. Die auf diese Weise vom Gericht bestellten Organe sind Geschäftsführer bzw Vorstandsmitglieder mit all sich aus diesem Amt ergebenden Befugnissen und Pflichten. Sie sind daher nach ganz hM<sup>178</sup>

---

<sup>174</sup> Vgl etwa *Fritz*, Grundsatzfragen der Geschäftsführung, SWK 1998, W 43; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 25, Rz 1; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 4; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2959; *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/29.

<sup>175</sup> Vgl statt vieler *Ulmer/Paefgen*, GmbHG, § 43, Rz 11.

<sup>176</sup> Vgl statt vieler *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 77- 84, Rz 97.

<sup>177</sup> *Strasser in Jabornegg- Strasser*, AktG, §§ 75, 76, Rz 23; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 15 a, Rz 12.

<sup>178</sup> *Schiemer*, AktG, § 84 Rz 2.1; *Wiesner* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, AG, § 26, Rz 3  
*Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 96; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG,

Normadressat des § 25 GmbHG bzw des § 84 AktG. Ihre Haftung beginnt mit der Bestellung und endet ex lege mit der Behebung des Vertretungsmangels der Gesellschaft. Das bedeutet, dass die Bestellung an eine auflösende Bedingung geknüpft ist und es daher keiner Abberufungsentscheidung seitens des Gerichtes bedarf<sup>179</sup>.

Als weiterer Normadressat kommen jene Aufsichtsratsmitglieder in Betracht, welche für einen im voraus begrenzten Zeitraum zu Vertretern von „behinderten“ Geschäftsführern bzw Vorständen bestellt werden (§ 30e Abs 2 GmbHG bzw § 90 Abs 2 AktG<sup>180</sup>). Deren Rechtsstellung ist mit Ausnahme des Wettbewerbsverbotes ident mit jenem eines ordentlichen Leitungsorgans. Abgesehen davon, müssen Aufsichtsratsmitglieder ohnehin schon nach anderer Stelle im Gesetz den Anforderungen des § 25 GmbHG und des § 84 AktG genügen<sup>181</sup>.

## **B.) „faktische Organe“ als Normadressat**

### **1.) Überblick**

Weit schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob auch „faktische Leitungsorgane“ in den persönlichen Geltungsbereich des § 25 GmbHG bzw des § 84 AktG einzubeziehen sind. Im Allgemeinen wird darunter ein Gesellschafter, oder eine außenstehende Person verstanden, welche ohne formelle Bestellung faktisch Geschäftsführungsaufgaben wahrnimmt<sup>182</sup>. Eine einheitliche Definition in Lehre und Rechtsprechung ist freilich nicht zu finden, obwohl sich das Problemfeld im GmbH- und Aktienrecht in gleicher Weise darstellt. Letztlich geht es um die wichtige Frage, ob auch über den schon erwähnten Personenkreis hinaus Personen, welche faktisch (also ohne wirksame Bestellung) auf die Geschäftsführung Einfluss nehmen, den Haftungsnormen des § 25 GmbHG und § 84 AktG zu unterstellen sind. Zwar knüpft der klare Wortlaut der Bestimmungen an die Organstellung als Geschäftsführer bzw Vorstand an, die

---

§ 84, Rz 20; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 25, Rz 2; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG § 43 Rz 2; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 6; *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/34 mwN.

<sup>179</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 15a, Rz 13; aA *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I, Rz 2/65; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 76, Rz 2.

<sup>180</sup> *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 96; *Doralt/Novotny/Kalss*, AktG, § 90, Rz 19; vgl auch *Gellis/Feil*, GmbHG, § 30e GmbHG, Rz 1.

<sup>181</sup> Vgl § 33 GmbHG und § 99 AktG.

<sup>182</sup> *Schima*, Der GmbH-Geschäftsführer und der Wille des Mehrheitsgesellschafters, GBU 2000/01/06; *Krejci*, Gesellschaftsrecht I, S. 40; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 25, Rz 3; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2801; andere differenzieren zwischen dem fehlerhaft bestellten Vorstandsmitglied und dem rein faktischen Organ, welchem nicht einmal ein Bestellungsakt zugrunde liegt- vgl *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 98 f; vgl auch OGH ecollex 2005/54= ZIK 2004/232 = GeS 2005, 19; OGH RdA 2002/41= ARD 5254/3/2001= RdW 2001/505.

realen Verhältnisse einer Gesellschaft können allerdings zeigen, dass ganz andere Personen faktisch die Gesellschaft leiten. Selbst wenn man ganz grundsätzlich die Miteinbeziehung der „faktischen Organe“ in den Geltungsbereich der Haftungsnormen bejaht, stellt sich weiters die Frage, wie intensiv die Einflussnahme ausgestaltet sein muss, um eine Unterstellung zu rechtfertigen. Dass nicht jeder Informationsaustausch zwischen dem Leitungsorgan und den Gesellschaftern/Aufsichtsräten eine faktische Geschäftsführung zur Folge haben kann, zeigen schon die zahlreichen Informationspflichten im Gesetz<sup>183</sup>.

Ebenso kann es für die Annahme einer faktischen Geschäftsführung eines Dritten oder eines Gesellschafters nicht ausreichend sein, wenn diese dem Leitungsorgan einen unverbindlichen Rat erteilen oder ihm Vorschläge zur Geschäftsführung unterbreiten. Denn in diesen Fällen bleibt die Entscheidungskompetenz des Leitungsorgans gewahrt.

## **2.) rechtliche Behandlung der „faktischen Organe“**

### **a.) Allgemeines**

Die absolut überwiegende Lehre befürwortet die Unterstellung der „faktischen Organe“ in den persönlichen Geltungsbereich des § 25 GmbHG und § 84 AktG<sup>184</sup>. Die überwältigende Anzahl der Literaturstimmen mag den Eindruck der Richtigkeit dieser Ansicht erwecken. Tatsächlich ist diese Frage keineswegs so einfach zu beantworten, wie es bei erster Betrachtung zunächst den Anschein haben mag. Denn der eindeutige Wortlaut beider Haftungsnormen bezieht sich ausschließlich auf den „Geschäftsführer“ und den „Vorstand“, sodass erst durch Auslegung der in Frage stehenden Normen oder nach Feststellung einer Rechtslücke Aussagen über die Anwendbarkeit des § 25 GmbHG und des § 84 AktG gewonnen werden können.

---

<sup>183</sup> Vgl beispielsweise §§ 22, 24a, 28a GmbHG und §§ 81, 83, 112 AktG.

<sup>184</sup> *Harrer*, Haftungsprobleme bei der GmbH, S. 15; *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 96 f; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 43, Rz 2; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 84, Rz 20; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 25, Rz 3; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2803; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 6, vgl auch *Achilles/Enstahler/Schmidt*, GmbHG, § 43, Rz 3; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43 Rz 3; *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung; Rz 2/35 *Umfahrer*, GmbHG, Rz 278; aA *Wiesner* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, AG, § 26, Rz 3.

## b.) Auslegung der Begriffe „Geschäftsführer“ und „Vorstand“ im GmbH- und Aktienrecht

Zunächst sollte man sich den allgemeinen Grundsatz vor Augen halten, wonach jegliche Auslegungsvariante im äußerst möglichen Wortsinn seine Grenze finden muss<sup>185</sup>; insbesondere darf auch eine teleologische Interpretation diesen Rahmen nicht überschreiten<sup>186</sup>. Damit wird die Grenze zwischen Interpretation und ergänzender Rechtsfortbildung gezogen.

Nun ist der Begriff des Geschäftsführers und des Vorstands keineswegs so allgemein, dass der Gesetzgeber per se auch jede andere Person in den Wortsinn der §§ 25 GmbHG und 84 AktG miteinbeziehen wollte<sup>187</sup>. Vielmehr wird nach dem gesetzlichen Leitbild nur jene Person zum Leitungsorgan, welche vom zuständigen Organ bestellt wurde<sup>188</sup>. Hätte der Gesetzgeber auch dem „faktischen Organ“ alle Rechte und Pflichten eines formell bestellten Leitungsorgans übertragen wollen, dann hätte dieser statt dem Begriff „Geschäftsführer und Vorstand“ eine Formulierung gewählt, wonach alle Personen, welche „gesetzlich, vertraglich oder tatsächlich Geschäftsführungsaufgaben wahrnehmen“ den Haftungsnormen zu unterstellen seien<sup>189</sup>. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Ausdehnung des Personenkreises auf andere als die formell bestellten Verwaltungsträger der österreichischen Rechtsordnung keineswegs fremd ist. Dies wird durch einen kurzen Verweis ins StGB verdeutlicht. So definiert § 306a Abs 4 StGB den Begriff des leitenden Angestellten als „Angestellter eines Unternehmens, welchem auf die Geschäftsführung ein maßgeblicher Einfluss zusteht“. Ihm werden Geschäftsführer, Mitglieder des Vorstands oder Aufsichtsrats und Prokuristen ohne Angestelltenverhältnis gleichgehalten. § 161 StGB wiederum erweitert den persönlichen Geltungsbereich der betrügerischen Krida<sup>190</sup>, der Begünstigung eines Gläubigers<sup>191</sup>, der grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen<sup>192</sup>, der Umtriebe während einer Geschäftsaufsicht, im Ausgleichsverfahren oder im Konkursverfahren<sup>193</sup> sowie der Vollstreckungsvereitelung<sup>194</sup> ex lege auch auf leitende Angestellte eines Unternehmens.

---

<sup>185</sup> Larenz, Methodenlehre, S. 324; OGH SZ 67/62; OGH SZ 68/233.

<sup>186</sup> Vgl statt vieler Bydlinski in Rummel, ABGB, § 6, Rz 17.

<sup>187</sup> Dinkhoff, Der faktische Geschäftsführer in der GmbH, S. 101.

<sup>188</sup> Vgl § 15 GmbHG und § 75 AktG.

<sup>189</sup> Dinkhoff, Der faktische Geschäftsführer in der GmbH, S. 101.

<sup>190</sup> Siehe § 156 StGB.

<sup>191</sup> Siehe § 158 StGB.

<sup>192</sup> Siehe § 159 StGB.

<sup>193</sup> Siehe § 160 StGB.

<sup>194</sup> Siehe § 162 StGB.

Da das GmbH- und AktG eine Erweiterung des Adressatenkreises in den § 25 GmbHG und § 84 AktG gerade nicht vorgenommen haben, liegt die Vermutung nahe, dass sich der Wortlaut der Bestimmungen ausschließlich auf formell bestellte Organe bezieht und nicht auch mittels Auslegung auf „faktische Organe“ ausgedehnt werden kann. Da der Normgeber einen von ihm selbst geprägten Begriff auch in den § 25 GmbHG und § 84 AktG verwendet, ist mE eher davon auszugehen, dass die Miteinbeziehung der „faktischen Leitungsorgane“ den äußerst möglichen Wortsinn dieser Bestimmungen zu sprengen vermag.

### c.) zivilrechtliche Erfassung der „faktischen Organe“

Da in der vorliegenden Arbeit davon ausgegangen wird, dass die „faktischen Organe“ nicht mittels Auslegung unter die §§ 25 GmbHG und 84 AktG zu subsumieren sind, ist methodisch in einem nächsten Schritt das Vorliegen einer planwidrigen Rechtslücke zu überprüfen. Eine Lücke im Rechtssinn liegt nur dann vor, wenn das GmbH- und Aktienrecht gemessen an ihrer eigenen Absicht unvollständig und daher ergänzungsbedürftig sind, sich also als planwidrige Unvollständigkeit innerhalb des positiven Rechts darstellt<sup>195</sup>. Die Frage, ob wirklich eine Rechtslücke vorliegt, ist somit auf Grund der Rechtsordnung einschließlich aller auch als Auslegungskriterien heranzuziehenden Maßstäbe zu beurteilen. Von besonderer Wichtigkeit ist in diesem Zusammenhang die sogenannte „teleologische Lücke“, bei der die ratio der Norm iVm dem Gleichheitssatz die Erstreckung einer Rechtsfolge einer geregelten Norm auf den gesetzlich nicht geregelten Fall gebietet. In diesem Fall trifft zwar nicht der Wortlaut, aber die dem Gesetz zugrundeliegende Wertung auf den nicht geregelten Fall zu<sup>196</sup>. Nur sofern man zum Ergebnis kommt, dass beide Normen gemessen an ihrer eigenen Absicht ergänzungsbedürftig sind, käme eine analoge Anwendung in Betracht<sup>197</sup>.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass das Vorhandensein einer Gesetzeslücke dann zu verneinen ist, wenn anhand anderer gesetzlich bestehender Normen eine Miteinbeziehung des „faktischen Leitungsorgans“ möglich wäre, also das faktisch geschäftsführende Organ in einem rechtlich anerkannten Institut eine hinreichende Regelung

---

<sup>195</sup> Larenz, Methodenlehre, S. 373; Bydlinski in Rummel, ABGB, § 7, Rz 2 ff; Koziol-Welser, Bürgerliches Recht, I, S. 27; vgl auch OGH JBl 1987, 674; OGH SZ 61/206.

<sup>196</sup> Bydlinski in Rummel, ABGB, § 7, Rz 2 ff.

<sup>197</sup> Larenz, Methodenlehre, S. 370 ff; F. Bydlinski, Methodenlehre, S. 472 ff.

erfahren könnte<sup>198</sup>. Daher wird in einem ersten Schritt geprüft, ob anhand zivilrechtlicher Normen eine Erfassung der „faktischen Organe“ möglich ist.

Dies scheint mE zumindest für den objektiven Sorgfaltsmaßstab ohne weiteres möglich. Denn wer ohne wirksame Bestellung faktisch Aufgaben eines Leitungsorgans übernimmt, gibt zweifelsohne zu erkennen, dass er sich „den notwendigen Fleiß und die erforderlichen, nicht gewöhnlichen Kenntnisse zutraut“ und daher als Sachverständiger iS des § 1299 ABGB angesehen werden muss. Von einer Rechtslücke kann hier also nicht gesprochen werden, weshalb mE den Befürwortern einer analogen Anwendung der §§ 25 GmbHG und 84 AktG zumindest für die §§ 25 Abs 1 GmbHG und 84 Abs 1 AktG widersprochen werden muss<sup>199</sup>. Denn der objektive Sorgfaltsmaßstab ergibt sich ohnehin schon aus § 1299 ABGB<sup>200</sup>, sodass auf § 25 Abs 1 AktG und § 84 Abs 1 AktG gar nicht zurückgegriffen werden muss.

Weiters wäre zu überlegen, ob sich die in § 84 Abs 2 AktG normierte Beweislastumkehr auch für die „faktischen Organe“ aus dem allgemeinen Zivilrecht ableiten ließe. Nach dieser Norm muss das Vorstandsmitglied beweisen, dass es bei der Geschäftsführung „die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ angewendet hat<sup>201</sup>. Bereits kurz angeschnitten wurde, dass die überwiegende Lehre § 84 Abs 2 AktG analog auf den formell bestellten Geschäftsführer anwenden will<sup>202</sup>; fraglich bleibt aber, ob der Analogieschluss auf formell bestellte Organe beschränkt bleibt, oder auch auf „faktische Organe“ zu beziehen ist. Dies muss dann verneint werden, wenn bereits das allgemeine Zivilrecht eine passende Bestimmung bereit hält. Zu denken wäre in diesem Zusammenhang insbesondere an die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB<sup>203</sup>. Allerdings ist zu beachten, dass man beim „faktischen Leitungsorgan“ mit dem Fehlen einer schuldrechtlichen Sonderbeziehung konfrontiert ist. Denn die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB knüpft an ein Schuldverhältnis<sup>204</sup>, oder zumindest an vertragsähnliche Pflichten<sup>205</sup> an, welche allerdings beim „faktischen Organ“ mangels (ordnungsgemäßer) Bestellung nicht vorliegen. Auch liegt kein konkludenter Beststellungsakt vor, welcher durch die Annahme auf Seiten des Geschäftsführers zu einem

---

<sup>198</sup> *Dinkhoff*, Der faktische Geschäftsführer in der GmbH, S. 100.

<sup>199</sup> *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2802 sprechen davon, dass die Rechte und Pflichten des faktischen Geschäftsführers nach überwiegender Ansicht jenen des bestellten Geschäftsführers entsprechen.

<sup>200</sup> Siehe Kapitel III.F.4.

<sup>201</sup> Vgl ausführlich Kapitel VII.B.

<sup>202</sup> OGH *ecolex* 2007/262; OGH *ecolex* 1998, 774; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 25, Rz 12; *Ulmer/Paefgen*, GmbHG, § 43, Rz 107 mwN

<sup>203</sup> Zur Anwendbarkeit des § 1298 ABGB auf den ordnungsgemäß bestellten Geschäftsführer vgl Kapitel VII.C.4.

<sup>204</sup> *Reischauer*, Neue Rechtsprechung und Lehre zu § 1298 ABGB, JBl 1998, 473; vgl auch OGH JBl 1994, 47.

<sup>205</sup> OGH JBl 1987, 104; OGH JBl 1991, 453; OGH JBl 1993, 389; OGH SZ 69/8.

Vertrag werden könnte<sup>206</sup>. Dementsprechend kann eine Beweislastumkehr mE nicht mit § 1298 ABGB begründet werden. Diese würde sich folglich allenfalls nur durch eine analoge Anwendung des § 84 Abs 2 AktG rechtfertigen lassen.

#### **d.) analoge Anwendung der § 84 Abs 2-6 AktG und § 25 Abs 2-7 GmbHG auf die „faktischen Organe“?**

Für die analoge Anwendbarkeit der §§ 84 Abs 2-6 AktG und 25 Abs 2-7 GmbHG muss wiederum das Vorliegen einer Rechtslücke untersucht werden und beurteilt werden, ob nicht die Beschränkung des persönlichen Geltungsbereiches auf formell bestellte Verwaltungsträger einer vom Gesetz gewollten Einschränkung entspricht. Um eine nachvollziehbare Lösung zu finden, muss, wie bereits dargestellt, zunächst außer Streit gestellt werden, dass sich die Gesellschaft nicht nur das Verschulden der ordnungsgemäß bestellten Verwaltungsträger zurechnen lassen muss, sondern auch aus dem Verhalten jener Personen ersatzpflichtig werden kann, welche innerhalb der Gesellschaft eine leitende Stellung einnehmen. Zweifellos kann eine Person, welche faktisch Geschäftsführungsaufgaben wahrnimmt, als Machthaber iSd Repräsentationstheorie angesehen werden<sup>207</sup>, sodass sich die Gesellschaft bei rechtswidrigem und schuldhaftem Verhalten des „faktischen Leitungsorgans“ Dritten gegenüber ersatzpflichtig macht.

Diese aus § 26 ABGB gewonnene Wertung verdeutlicht mE, dass § 84 Abs 2-6 AktG und § 25 Abs 2-7 GmbHG auf das „faktische Leitungsorgan“ analog anzuwenden sind. Denn sofern sich auf der einen Seite die Gesellschaft das Verhalten des „faktischen Organs“ zurechnen lassen muss und Dritten gegenüber ihre Ersatzpflicht begründet wird, soll sich die Gesellschaft andererseits auch beim „faktischen Organ“ regressieren können. Denn die Feststellung einer Rechtslücke ist immer auch eine rechtspolitische Wertungsfrage, bei der teleologischen Überlegungen großes Gewicht zukommt<sup>208</sup>. Wenngleich nach Ansicht des OGH<sup>209</sup> eine Analogie trotz erheblicher Argumente für eine Gleichbehandlung unzulässig ist, wenn der Gesetzeswortlaut und die klare gesetzgeberische Absicht vom Gegenteil ausgehen, lässt doch gerade § 26 ABGB den Schluss zu, dass eine Begrenzung der Ersatzpflicht auf formell bestellte Organe gerade nicht der gesetzgeberischen Intention entspricht. Auch würde es eine

---

<sup>206</sup> Vgl *Dinkhoff*, Der faktische Geschäftsführer in der GmbH, S. 131 f.

<sup>207</sup> Vgl *Schiemer*, AktG, § 84, Rz 1.3; *Strasser* in *Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 77- 84, Rz 109.

<sup>208</sup> *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB, zu § 7- Einleitung, Rz 2.

<sup>209</sup> Vgl nur OGH JBl 1992, 106.

nicht zu rechtfertigende Ungleichbehandlung darstellen, wenn sich ordnungsgemäß bestellte Verwaltungsträger mit der Beweislastverteilung des § 84 Abs 2 AktG und der eingeschränkten Möglichkeit eines Vergleichs<sup>210</sup> konfrontiert sehen würden, während beim „faktischen Organ“ lediglich § 1296 ABGB zur Anwendung käme und über ihre Ansprüche ohne Einschränkung disponiert werden könnte.

Darüber hinaus wäre es auch aus Gläubigerschutzerwägungen unhaltbar, wenn Schadenersatzansprüche der Gesellschaft gegen formell bestellte Leitungsorgane gem § 25 Abs 6 GmbHG und § 84 Abs 6 AktG erst nach fünf Jahren verjähren<sup>211</sup>, während beim „faktischen Organ“ lediglich die dreijährige Verjährungsfrist des § 1489 ABGB zur Anwendung käme. Gerade bei juristischen Personen entsteht durch die Spaltung in handelndes und zuzurechnendes Subjekt ein Gefahrenrisiko für Dritte<sup>212</sup>, welches durch Sonderbestimmungen im GmbH- und Aktienrecht entschärft werden soll. Gleiches Risiko entsteht allerdings auch bei „faktischen Organen“, da auch ihr Verhalten der Gesellschaft zugerechnet wird. Daher muss zur Vermeidung nachteiliger Folgen für Dritte mE auch die Verjährungsfrist des § 25 Abs 6 GmbHG und § 84 Abs 6 AktG analog zur Anwendung gelangen.

Auch wäre nicht begründbar, dass sich die Aktionäre der AG bei ordnungsgemäß bestellten Vorstandsmitgliedern der Einziehungsermächtigung<sup>213</sup> nach § 84 Abs 5 AktG bedienen können und beim „faktischen Organ“ den Umweg der Pfändung und Überweisung nach § 294 EO nehmen müssten. Umgekehrt muss das „faktische Organ“ auch die Möglichkeit erhalten, sich in Anlehnung an § 25 Abs 5 GmbHG und § 84 Abs 4 AktG auf einen Beschluss der Gesellschafter zu berufen.

## **e.) Ergebnis**

Mittels Auslegung kann eine Subsumption des „faktischen Leitungsorgans“ unter die §§ 25 GmbHG und 84 AktG nicht erreicht werden. Wenngleich die Intention des Gesetzgebers,

---

<sup>210</sup> Gem § 25 Abs 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG haben Vergleiche keine rechtliche Wirkung, wenn der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist. Gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG kann die AG erst nach fünf Jahren auf Ersatzansprüche verzichten, sofern die Hauptversammlung zustimmt und nicht eine qualifizierte Minderheit widerspricht. Siehe zu dieser Problematik ausführlich Kapitel XI.

<sup>211</sup> Siehe Kapitel XII.

<sup>212</sup> Iro, Zurechnung von Gehilfen im Recht der Willensmängel, JBl 1982, 510 f.

<sup>213</sup> Nach § 84 Abs 5 AktG können Gläubiger der AG, sofern sie von der AG keine Befriedigung erlangen, den Ersatzanspruch der AG geltend machen. Das GmbHG sieht keine Einziehungsermächtigung der Gläubiger vor, eine analoge Anwendung der aktienrechtlichen Einziehungsermächtigung kommt nicht in Betracht- vgl ausführlich Kapitel XIII.G.

insbesondere die Wertung des § 26 ABGB, für eine „Unterstellung“ der „faktischen Organe“ unter die erwähnten Haftungsnormen spricht, muss auch eine teleologische Auslegung im äußerst möglichen Wortsinn seine Grenze finden. Da das GmbH- und Aktienrecht die Begriffe „Geschäftsführer“ und „Vorstand“ keineswegs allgemein verwenden, sondern darunter nur jene Personen verstehen, welche ordnungsgemäß bestellt wurden, werden „faktische Organe“ vom äußerst möglichen Wortsinn nicht erfasst. Eine „direkte“ Subsumption unter die §§ 25 GmbHG und 84 AktG muss folglich verneint werden.

Hinsichtlich des anzuwendenden Sorgfaltsmaßstabes kommt § 1299 ABGB zur Anwendung. Da „faktische Organe“ zweifelsohne als Sachverständige anzusehen sind, bedarf es keiner Analogie zu § 25 Abs 1 GmbHG und § 84 Abs 1 AktG.

Darüber hinaus müssen „faktische Leitungsorgane“ angesichts ihrer Stellung innerhalb der Gesellschaft als „Repräsentanten“ angesehen werden; ihr Verhalten wird der Gesellschaft zugerechnet und begründet ihre Ersatzpflicht. Da die Gesellschaft im Außenverhältnis gleich haftet wie bei einem formell bestellten Leitungsorgan, muss umgekehrt auch die Rechtslage im Innenverhältnis der Gesellschaft zur Anwendung gelangen. Die planwidrige Unvollständigkeit des GmbH- und Aktienrechts rechtfertigt hier eine Lückenfüllung und damit die analoge Anwendung der §§ 25 Abs 2-7 GmbHG und 84 Abs 2-6 AktG.

### **3.) Umfang und Intensität der faktischen Einflussnahme**

#### **a.) Überblick**

Davon abgesehen, wird die Intensität der Einflussnahme zur Begründung einer „faktischen Geschäftsführung“ in der österreichischen und deutschen Literatur höchst unterschiedlich beantwortet<sup>214</sup>. Nach *Zöllner*<sup>215</sup> kann es nicht ausreichend sein, dass jemand wie ein Leitungsorgan Geschäfte der Gesellschaft führt, oder auf ein Leitungsorgan dauerhaft Einfluss nimmt. Seiner Meinung nach lässt sich die Annahme eines „faktischen Leitungsorgans“ nur bejahen, wenn jemand bei Nichtvorhandensein von Leitungsorganen oder diese verdrängend ersatzweise und umfassend Geschäftsführungsaufgaben wahrnimmt. Auch

---

<sup>214</sup> Mögliche Konstellationen der „faktischen Geschäftsführung“ sind übersichtlich dargestellt in *Dinkhoff*, Der faktische Geschäftsführer in der GmbH, S. 15 f.

<sup>215</sup> *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43, Rz 3.

*Gellis*<sup>216</sup> geht davon aus, dass unter einem „faktischen Organ“ nicht derjenige zu verstehen ist, der dauerhaft auf die Leitung des Unternehmens Einfluss hat. Andere<sup>217</sup> wiederum wollen in gewissen Strohmannkonstellationen oder Einflussnahmen des Mehrheitsgesellschafters eine „faktische Geschäftsführung“ erblicken.

In der österreichischen Rechtsprechung<sup>218</sup> wird das Problem der „faktischen Geschäftsführung“ vor allem unter dem Blickwinkel der Durchgriffshaftung behandelt, sofern es sich um einen faktisch auf die Gesellschaft Einfluss nehmenden Gesellschafter handelt. § 61 Abs 2 GmbHG (bzw § 48 AktG) bedeutet nach dieser Ansicht nur einen Haftungsausschluss zugunsten eines Gesellschafters dahingehend, dass seine Gesellschafterstellung keine Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten einschließt. Sofern der Gesellschafter allerdings seine gesetzlichen oder gesellschaftsvertraglichen Pflichten verletzt, kann es zu einer Schadenersatzpflicht der Gesellschafter unabhängig von ihrer Einlagepflicht kommen. Daher haftet ein Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft wie ein Mitglied des Leitungsorgans, wenn er auf die Leitung der Gesellschaft maßgeblich Einfluss nimmt und dabei Gläubiger schädigt. Konsens besteht nach der Rechtsprechung angeblich darüber, dass ein Gesellschafter, der unmittelbar (etwa durch eine Weisung) oder mittelbar auf die Leitung der Gesellschaft Einfluss nimmt, dabei auch jene Sorgfaltspflicht einzuhalten hat, die auch dem Leitungsorgan obliegt<sup>219</sup>.

#### **b.) „faktische Geschäftsführung“ bei Ausübung des Weisungsrechts?**

Es ist mE stark zu bezweifeln, dass auch die Ausübung des Weisungsrechts der Gesellschafter als „faktische Geschäftsführung“ anzusehen ist. Es ist nämlich aus keiner Bestimmung des GmbH- und Aktienrechts ersichtlich, dass die Gesellschafterversammlung bei Erteilung einer Weisung nach § 20 GmbHG (§ 103 Abs 2 AktG) denselben Sorgfaltspflichten

---

<sup>216</sup> *Gellis/Feil*, GmbHG, § 25, Rz 3.

<sup>217</sup> *Dinkhoff*, Der faktische Geschäftsführer in der GmbH, S. 15 f; *Achilles/Enstahler/Schmidt*, GmbHG, § 43, Rz 3; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2801; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 6.

<sup>218</sup> OGH RdA 2002/41= ARD 5254/3/2001= RdW 2001/505; OGH ecolex 2005/54= ZIK 2004/232 = GeS 2005, 19.

<sup>219</sup> Der OGH hat in der vorhin genannten Entscheidung offenbar die von *Jan Wilhelm* entwickelten Grundsätze der Durchgriffshaftung zum Vorbild genommen. Demnach sei die Beschränkung der Organhaftung auf das Leitungsorgan nur gerechtfertigt, wenn diese wirklich eine umfassende und selbständige Leitungsgewalt in der Gesellschaft haben. Dies sei nicht mehr der Fall, wenn das Leitungsorgan nur mehr als Figur der eigentlich handelnden und bestimmenden Gesellschafter angesehen werden kann. Daraus sei zu schließen, dass alle Gesellschafter, die geschäftsführend, leitend oder beherrschend auf die Geschäftsleitung Einfluss nehmen, auch den besonderen Sorgfaltsmaßstab zu beachten haben- vgl *J. Wilhelm*, Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person, S. 330 ff.

wie ein Leitungsorgan zu genügen hat und daher die Grundsätze über das „faktische Leitungsorgan“ zur Anwendung gelangen sollen<sup>220</sup>. Die Einhaltung des objektiven Sorgfaltsmaßstabes würde sich daher allenfalls aus § 1299 ABGB ergeben; eine weitere Unterstellung unter die § 25 Abs 2-7 GmbHG (§ 84 Abs 2-6 AktG) käme nur bei Vorliegen einer Rechtslücke in Betracht.

Beides scheidet indes daran, dass einerseits die bloße Beteiligung an einer Gesellschaft und die Stimmausübung in der Gesellschafterversammlung mangels „eigener Kunstkenntnisse“ grundsätzlich nicht als Sachverständigentätigkeit iSd § 1299 ABGB angesehen werden kann<sup>221</sup> und andererseits ganz offensichtlich keine planwidrige Unvollständigkeit des GmbH- und Aktienrechts vorliegt. Das GmbHG räumt den Gesellschaftern als oberstes Gesellschaftsorgan<sup>222</sup> ja gerade die Möglichkeit ein, durch Ausübung des Weisungsrechts verbindlich Einfluss auf die Leitung der Gesellschaft zu nehmen. Selbiges gilt auch für die Aktionäre der AG, sofern ihnen eine Geschäftsführungsfrage nach § 103 Abs 2 AktG vorgelegt wird.

Eine etwaige Haftungserweiterung auf die Gesellschafterversammlung kann auch nicht aus Gründen des Gesellschaftsinteresses oder des Gläubigerschutzes gerechtfertigt werden<sup>223</sup>. Beide Interessen werden nämlich bereits ausreichend durch das GmbH- und Aktienrecht gewahrt. Wenngleich eine Weisung der Generalversammlung nach § 25 Abs 5 GmbHG und ein „gesetzmäßiger Beschluss“ der Hauptversammlung nach § 84 Abs 4 AktG dem Grunde nach zum Entfall der Haftung der Verwaltungsträger führt<sup>224</sup>, macht das Gesetz hiervon eine Ausnahme, wenn dies im Interesse der Gläubiger erforderlich ist. Insofern erscheint es schwer vorstellbar, die Unterstellung einer Gesellschafterweisung unter die § 25 GmbHG und § 84 AktG mit einer analogen Anwendung dieser Bestimmungen zu rechtfertigen. Der ausdrückliche Bezug auf die Gläubigerrechte im Wortlaut der beiden genannten Normen und die gesetzlich vorgenommene Verknüpfung zwischen einer Gesellschafterweisung und der Haftung der Leitungsorgane sprechen daher jedenfalls gegen das Vorliegen einer Rechtslücke. Hinzu kommt, dass nicht jede Weisung („gesetzmäßiger Beschluss“) zur Haftungsentlastung der Leitungsorgane führt. Sofern ein derartiger Beschluss die Interessen der Gläubiger grob

---

<sup>220</sup> Vgl *Torggler*, Fünf (Anti-) Thesen zum Haftungsdurchgriff, JBl 2006, 85.

<sup>221</sup> *Torggler*, Fünf (Anti-) Thesen zum Haftungsdurchgriff, JBl 2006, 85.

<sup>222</sup> Vgl statt vieler *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 3141.

<sup>223</sup> *Torggler*, Fünf (Anti-) Thesen zum Haftungsdurchgriff, JBl 2006, 85; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2804.

<sup>224</sup> Siehe Kapitel X.

gefährdet, ist er gem § 199 AktG<sup>225</sup> nichtig und daher unverbindlich; befolgt ihn das Leitungsorgan dennoch, bleibt der Schadenersatzanspruch der Gesellschaft weiterhin aufrecht, sodass ein solcher Beschluss gar nicht zur Haftungsentlastung führen kann<sup>226</sup>. Daher ist eine Haftungserweiterung aus der Sicht der Gläubiger jedenfalls nicht erforderlich.

Darüber hinaus darf nicht übersehen werden, dass jede Geschäftsführungshandlung, welche innerhalb gesetzlicher Grenzen auf dem Willen der Gesellschafter beruht, gar keine Gesellschaftsinteressen verletzen kann<sup>227</sup>. Es wäre daher widersprüchlich, würde der Gesetzgeber den Gesellschaftern einerseits eine Möglichkeit der Einflussnahme gewähren und andererseits bei dessen Ausübung von einer Verletzung des Gesellschaftsinteresses ausgehen und demzufolge eine Haftung der Gesellschafter bejahen. Da beide Haftungsnormen ex lege auf die Befolgung eines Beschlusses der Gesellschafter durch die Leitungsorgane Bezug nehmen, muss mE davon ausgegangen werden, dass insofern im GmbH- und Aktienrecht keine Rechtslücke vorliegt.

Zusammenfassend muss mE daher festgehalten werden, dass die Gesellschafterversammlung bei Erteilung eines Beschlusses weder den Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB einzuhalten hat, noch eine planwidrige Lücke angenommen werden kann. Nach Abwägung aller Argumente ist es augenscheinlich, dass der Gesetzgeber bei der Haftung des Leitungsorgans die Interessen der Gesellschaft und deren Gläubiger gleichermaßen bedacht und durch ein kompliziertes Haftungssystem die gegenläufigen Interessen auszugleichen versucht hat. Die klar erkennbare Absicht des Gesetzgebers und die ausdrückliche Erfassung der Gesellschafterweisung im Wortlaut der in Frage stehenden Bestimmungen sprechen mE daher jedenfalls gegen eine Haftungserweiterung auf die Gesellschafterversammlung.

---

<sup>225</sup> § 199 AktG wird nach überwiegender Ansicht im GmbHG analog angewandt- vgl die übersichtliche Darstellung des Meinungsstandes in *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 3221.

<sup>226</sup> Siehe Kapitel X.E.2.

<sup>227</sup> *Koppensteiner*, Zur Haftung des GmbH- Gesellschafters, WBl 1988, 1 f; *Harrer*, Haftungsprobleme bei der GmbH, S. 86 ff; *Haas*, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz, S. 36; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 19; vgl auch *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2805, FN 1536.

### c.) faktische Einflussnahmen des Mehrheitsgesellschafters

Ebenso können faktische Einflussnahmen des Mehrheitsgesellschafters auf das Leitungsorgan keinesfalls automatisch als „faktische Geschäftsführung“ angesehen werden<sup>228</sup>. Hier muss zwischen dem GmbH- und Aktienrecht unterschieden werden.

Im GmbHG hat der Mehrheitsgesellschafter ohne entsprechende Regelung im Gesellschaftsvertrag kein Weisungsrecht<sup>229</sup>. Ein Geschäftsführer handelt daher pflichtwidrig, wenn er entgegen seinem ursprünglichen Willen seine Entscheidung aufgrund des „Wunsches“ des Mehrheitsgesellschafters abändert oder gar nicht mehr ausführt<sup>230</sup>. Zwar ist zutreffend, dass faktische Einflussnahmen des Mehrheitsgesellschafters nicht einfach übergangen werden können; der Geschäftsführer hat allerdings vor deren Ausführung eine Generalversammlung einzuberufen und einen verbindlichen Beschluss abzuwarten. Daher kann sich ein Geschäftsführer, welcher eine formlose Einflussnahme des Mehrheitsgesellschafters befolgt, auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass mit den Stimmen des Mehrheitsgesellschafters ein entsprechender Weisungsbeschluss gefasst werden hätte können<sup>231</sup>.

Für das Aktienrecht stellt sich der behandelte Fragenkomplex der formlosen Einflussnahme des Mehrheitsgesellschafters auf das Tagesgeschäft nicht in demselben Ausmaß. Denn aufgrund der fehlenden Weisungsgebundenheit des Vorstands sind faktische Einflussnahmen des Mehrheitsgesellschafters ohnehin unbeachtlich. Werden sie dennoch befolgt, dann bleibt es jedenfalls bei der Verantwortung des Vorstands<sup>232</sup>. Sofern ein Aktionär seinen Einfluss auf die Gesellschaft benützt, um den Vorstand zu gesellschaftsschädigenden Verhalten anzustiften, ist eine Ersatzpflicht nach den §§ 100 f AktG zu prüfen<sup>233</sup>.

---

<sup>228</sup> Vgl statt vieler *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 43, Rz 2.

<sup>229</sup> *Gellis/Feil*, GmbHG, § 20, Rz 6; *Bollenberger-Klemm*, Geschäftsführerhaftung, S. 73; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 20, Rz 9; vgl auch OGH SZ 49/163= EvBl 1977/161; OGH SZ 50/140= GesRz 1978, 34= HS 11.434.

<sup>230</sup> *Schima*, Der GmbH-Geschäftsführer und der Wille des Mehrheitsgesellschafters, GBU 2000/01/06; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 43, Rz 22 mwN.

<sup>231</sup> *Schima*, Der GmbH-Geschäftsführer und der Wille des Mehrheitsgesellschafters, GBU 2000/01/06.

<sup>232</sup> Vgl statt vieler *Hefermehl/Spindler* in Münchener Kommentar, AktG, § 93, Rz 121 mwN.

<sup>233</sup> Vgl dazu ausführlich Kapitel XIV.

#### **d.) Die Grundsätze der Repräsentantenhaftung als Mindestmaß der faktischen Einflussnahme**

Die Vielzahl der möglichen Einflussnahmen durch Gesellschafter oder außenstehende Personen macht naturgemäß eine genaue Kategorisierung der Intensität und des Umfanges der notwendigen Einflussnahme zur Begründung einer „faktischen Geschäftsführung“ unmöglich. Wenngleich dies daher immer eine Frage des Einzelfalles darstellen wird, darf dennoch nicht aus den Augen verloren werden, dass schon die aus § 26 ABGB abgeleitete Repräsentantenhaftung ein Mindestmaß an notwendiger Machtausübung innerhalb der Gesellschaft vorsieht<sup>234</sup>. Daher ist auch für das „faktische Leitungsorgan“ jedenfalls zu fordern, dass es selbständig einen Unternehmensbereich leitet und ihm daher eine leitende Stellung innerhalb der Organisation zukommt. Sofern dies nicht der Fall ist, muss die Anwendung der Grundsätze über das „faktische Leitungsorgan“ jedenfalls ausscheiden. Denn nur sofern das „faktische Organ“ auch als „Machthaber“ angesehen werden kann, wird sein Verhalten der juristischen Person zugerechnet und ist umgekehrt auch eine analoge Anwendung der § 25 Abs 2-7 GmbHG und § 84 Abs 2-6 AktG gerechtfertigt. Andernfalls scheidet schon die Zurechnung des Verhaltens an die Gesellschaft aus, sodass der Gesellschaft auch kein Schadenersatzanspruch in die Hand gegeben werden muss. ME muss daher das Mindestmaß an nötiger Einflussnahme für die Begründung einer „faktischen Geschäftsführung“ mit den Grundsätzen der Repräsentantenhaftung gleichgeschaltet sein.

### **V.) Verantwortung des Leitungsorgans bei einer Geschäftsverteilung**

#### **A.) Die Geschäftsführung und Vertretung der GmbH und AG**

Nach dem gesetzlichen Leitbild sind die Leitungsorgane gem §§ 18 iVm 21 Abs 1 GmbHG bzw §§ 70 Abs 2 iVm 71 Abs 2 AktG nur gemeinschaftlich zur Geschäftsführung

---

<sup>234</sup> *Strasser* erweitert den Personenkreis des § 84 AktG unter Berufung auf die Repräsentantenhaftung auch auf Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte und all jenen Personen, welche vom Vorstand mit der selbständigen Führung eines Unternehmensbereiches betraut wurden- vgl *Strasser in Jabornegg- Strasser, AktG*, §§ 77- 84, Rz 109.

und Vertretung<sup>235</sup> der Gesellschaft befugt. Das GmbHG ordnet dies ex lege an, im Aktienrecht wird der Grundsatz der Gesamtgeschäftsführung, obwohl es an einer ausdrücklichen Regelung fehlt, wie schon erwähnt aus § 70 Abs 2 AktG abgeleitet<sup>236</sup>. Teilweise wird auch vertreten, dass die Vertretungsregelung des § 71 AktG analog auch für die Frage der Geschäftsführung angewendet werden soll<sup>237</sup>.

Da sich eine Gesamtgeschäftsführung oftmals als unpraktikabel erweist, sieht § 20 Abs 2 GmbHG die Möglichkeit einer Einzelgeschäftsführung vor, wobei nach hL eine gesellschaftsvertragliche Verankerung nötig ist<sup>238</sup>. Ein bloßer Gesellschafterbeschluss ist hingegen, sofern dieser in der Satzung keine Deckung findet, nicht geeignet eine Einzelgeschäftsführung zu begründen. Dies wird aus dem Minderheitenschutz, insbesondere dem Schutz zukünftiger Gesellschafter, abgeleitet<sup>239</sup>. Das AktG regelt die Frage der Einzel- oder Gesamtgeschäftsführung nicht explizit, deren Zulässigkeit ist dennoch unbestritten<sup>240</sup>. Abgesehen davon, kommen noch eine Fülle von weiteren Gestaltungsmöglichkeiten in Betracht. In der Praxis häufig anzutreffen ist eine Geschäftsverteilung, also eine ressortmäßige Aufteilung der Geschäftsführungsaufgaben, sodass ein bestimmter Geschäftsbereich einem Geschäftsführer zur alleinigen Verantwortung überlassen wird<sup>241</sup>. Umstritten ist jedoch nach wie vor die gesellschaftsrechtliche Zuständigkeit zur Begründung einer Ressortverteilung<sup>242</sup>. Unzweifelhaft muss sein, dass der Gesellschaftsvertrag selbst nicht nur eine Einzelgeschäftsführung, sondern auch eine Ressortverteilung vorsehen kann<sup>243</sup>. Nach wohl

---

<sup>235</sup> Da beide in Betracht kommenden Rechtsmaterien über die Art der Ausübung der Gesamtvertretung nichts Näheres normieren, sind die diesbezüglichen allgemeinen Regelungen des Zivilrechts maßgebend. Demnach müssen gem § 1011 ABGB zur wirksamen Vertretung der Gesellschaft inhaltlich übereinstimmende Willenserklärungen aller Vertretungsorgane vorliegen. Freilich ist nicht notwendig, dass alle Vertretungsorgane gleichzeitig die Willenserklärung abgeben. Die Zustimmung im Voraus für einzelne oder eine begrenzte Anzahl von Geschäften wird für zulässig erachtet, sofern dadurch der Zweck der Gesamtvertretung nicht beeinträchtigt wird- vgl *Strasser in Jabornegg-Strasser*, §§ 71-74, Rz 27.

<sup>236</sup> Da gem § 70 Abs 2 AktG bei Stimmgleichheit die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag gibt (Dirimierungsrecht) kann daraus abgeleitet werden, dass Beschlüsse des Vorstands mehrstimmig gefasst werden müssen- vgl *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 229.

<sup>237</sup> *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II S.265; *Schlösser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 101.

<sup>238</sup> *Kastner*, Gesellschafts- und Unternehmensrecht, S. 459; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts, S. 381; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 21, Rz 2; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2893, FN 1748; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 21, Rz 8.

<sup>239</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 21 Rz 8.

<sup>240</sup> Vgl statt vieler *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, § 70, Rz 32.

<sup>241</sup> *Gellis/Feil*, GmbHG, § 21, Rz 3; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2894; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 21 Rz 10; *Umfahrer*, GmbHG, Rz 241.

<sup>242</sup> Einen guten Überblick über den Meinungsstand bietet *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/301.

<sup>243</sup> Unstrittig: vgl *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, § 70, Rz 34; *Straube, Rauter*, Wege aus dem Labyrinth? Strategien der Haftungsvermeidung für GmbH-GF, JAP 2007/2008/15.

überwiegender Lehre<sup>244</sup> ist auch ein Gesellschafterbeschluss ausreichend, selbst wenn hierzu eine Ermächtigung im Gesellschaftsvertrag fehlt. Da im Bereich des Aktienrechts der Vorstand durch den Aufsichtsrat bestellt wird, kommt nach gesicherter Ansicht auch dem Aufsichtsrat die Kompetenz zur Aufteilung der Geschäfte zu<sup>245</sup>. Hingegen wird unterschiedlich beurteilt, ob die Verwaltungsträger auch selbst die Geschäfte untereinander aufteilen können. Während der OGH<sup>246</sup> diese Frage ohne nähere Begründung bejaht hat, geht ein beachtlicher Teil der Literatur zwar von der Zulässigkeit einer derartigen „Geschäftsverteilung“ aus, betont aber auch gleichzeitig, dass dies keine Veränderung der Haftungslage zur Folge haben kann<sup>247</sup>.

Sofern keine Vereinbarung über eine Ressortverteilung getroffen wurde, haften die Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder gegenüber der Gesellschaft, sofern ihnen ein eigenes Verschulden<sup>248</sup> zur Last fällt, gem § 25 Abs 2 GmbHG und § 84 Abs 2 AktG als Gesamtschuldner. Daher besteht ex lege bei einem mehrgliedrigen Geschäftsführungsorgan ohne Ressortverteilung prinzipiell Solidarhaftung.

## **B.) Haftungsrechtliche Konsequenzen einer Geschäftsverteilung**

### **1.) Überblick**

Sofern sich aus dem eben Gesagten die Zulässigkeit einer Geschäftsverteilung ergibt, hat dies nach absolut hL<sup>249</sup> und Rechtsprechung zur Folge, dass bei einer Pflichtverletzung zunächst nur das nach der Geschäftsverteilung zuständige Organ haftbar gemacht werden kann. Dies ergibt sich für die Rechtsprechung daraus, dass es dem nach der Geschäftsverteilung unzuständigen Organ prinzipiell verwehrt ist, in den Arbeitsbereich eines anderen

---

<sup>244</sup> *Kastner*, Gesellschafts- und Unternehmensrecht, S 459; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 381; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 21, Rz 3; aA *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 21, Rz 11; vgl dazu auch *Straube, Rauter*, Wege aus dem Labyrinth? Strategien der Haftungsvermeidung für GmbH-GF, JAP 2007/2008/15.

<sup>245</sup> *Schiemer*, AktG, § 70, Rz 4.2; *Strasser in Jabornegg- Strasser*, AktG, § 70, Rz 34; *Schlösser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 104; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 70, Rz 23.

<sup>246</sup> OGH GesRZ 1978, 36 = HS 11.291 = HS 11.302 (für AG).

<sup>247</sup> *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I, Rz 2/266; *Strasser in Jabornegg- Strasser*, AktG, § 70, Rz 33; *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/301 mwN.

<sup>248</sup> Vgl statt vieler *Achilles/Enstahler/Schmidt*, GmbHG, § 43, Rz 37.

<sup>249</sup> *Schiemer*, AktG, § 84 Rz 4.2; *H. Torggler, U.Torggler*, Grundsatzfragen der Geschäftsführerhaftung, GBU 1998/06/09; *Resch*, Zur Ressortverteilung im Vorstand der Aktiengesellschaft, GesRZ 2000, 2; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 43, Rz 17; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 21 Rz 12; *Umfahrer*, GmbHG, Rz 241.

Leitungsorgans einzugreifen<sup>250</sup>. Diese Formulierung ist jedoch, wie *Koppensteiner*<sup>251</sup> überzeugend dargelegt hat, widersprüchlich. Denn zumindest für das GmbH-Recht ordnet § 21 Abs 2 GmbHG an, dass im Fall einer Einzelgeschäftsführung die Handlung eines Einzelgeschäftsführers zu unterbleiben hat, wenn ein anderer gegen diese Handlung Widerspruch erhoben hat. Ein solcher Widerspruch kann aber schon rein logisch nicht erhoben werden, wenn es jedem Einzelgeschäftsführer zur Gänze verwehrt wäre, sich bei einer Ressortverteilung über die Geschäfte des anderen Geschäftsführer einen Überblick zu verschaffen und sich daher einzumischen.

Entschärft kann diese unglückliche Formulierung dahingehend werden, dass eine Geschäftsverteilung nicht bedeutet, dass sich ein Leitungsorgan ausschließlich auf den ihm zugewiesenen Arbeitsbereich konzentrieren darf, vielmehr besteht hinsichtlich der anderen Geschäftsbereiche eine allgemeine Überwachungs- und Aufsichtspflicht<sup>252</sup>. Aus dieser Kontrollbefugnis lässt sich weiters das Recht ableiten, alle anderen Leitungsorgane über ihren Geschäftsbereich zu befragen<sup>253</sup>. Das einzelne Leitungsorgan muss sich ungeachtet einer bestehenden Geschäftsverteilung über die Entwicklungen des Gesamtunternehmens Kenntnis verschaffen und daher die Möglichkeit erhalten, sich vor den Sitzungen des Kollegiums auch über andere Geschäftsbereiche zu informieren<sup>254</sup>.

Die Untersagung der Möglichkeit des „Eingreifens“ in andere Geschäftsbereiche kann daher mE lediglich bedeuten, dass es einem nach der Geschäftsverteilung unzuständigen Leitungsorgan verwehrt ist, die Geschäfte des zuständigen Organs eigenmächtig selbst zu führen, nicht aber Fragen zu stellen um so seiner Kontrollpflicht genüge zu tun.

---

<sup>250</sup> OGH GesRZ 1978, 36 = HS 11.291 = HS 11.302 = HS 11.305; OGH SZ 52/116 = EvBl 1980/4 S 14 = JBl 1980, 38.

<sup>251</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 21, Rz 12.

<sup>252</sup> Unstrittig: *Kraus*, Kompetenzverteilung bei der GmbH, *ecolex* 1998, 631; *Harrer*, Haftungsprobleme bei der GmbH, S. 95 ff; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 70, Rz 25; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 25, Rz 10; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2894; *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/303.

<sup>253</sup> Vgl statt vieler *Strasser* in *Jabornegg-Strasser*, AktG, § 70 Rz 41.

<sup>254</sup> *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 230; *Harrer*, Haftungsprobleme bei der GmbH, S. 95 ff; *Strasser* in *Jabornegg-Strasser*, AktG, § 70, Rz 41; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 43, Rz 17; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 25, Rz 10; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2894; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 21, 12; *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/305; *Umfahrer*, GmbHG, Rz 241.

## 2.) Umfang der nötigen Kontrolle und Aufsicht

Der Umfang und die Intensität der Kontrollpflicht werden bei bestehender Ressortverteilung unterschiedlich beurteilt. Einerseits wird eine besonders strenge Überwachungspflicht<sup>255</sup> gefordert, andererseits<sup>256</sup> wird betont, dass ein Leitungsorgan seiner allgemeinen Aufsichtspflicht schon genügt, wenn es sich auf den Sitzungen des Kollegiums über die Tätigkeit und Vorkommnisse der anderen Geschäftsbereiche ausreichend informiert. Demnach besteht nur bei Verdacht des Missbrauches die Pflicht, sich in den Arbeitsbereich eines Kollegen einzuschalten. Andere<sup>257</sup> wiederum differenzieren zwischen einer allgemeinen Überwachungspflicht, sofern es sich um eine Angelegenheit außerhalb der „Mindestkompetenzen“ der Leitungsorgane handelt und einer besonders strengen Aufsichtspflicht hinsichtlich der Erfüllung der Aufgaben im „Kernbereich der Unternehmensleitung“; weist das Gesetz eine bestimmte Aufgabe der „Geschäftsführung“ bzw dem „Vorstand“ zu, dann ist nach dem Zweck der Norm zu erfragen, ob diese Aufgabenzuteilung zwingend vom Kollegium zu besorgen ist, oder einer Geschäftsverteilung zugänglich ist und somit von Einzelorganen erledigt werden kann<sup>258</sup>.

Darüber hinaus kann sich die zwingende Gesamtzuständigkeit aus der Natur der Angelegenheit selbst ergeben, nämlich dann, wenn die zu besorgende Aufgabe für die Gesellschaft von wichtiger und grundsätzlicher Bedeutung ist und sich somit ableiten lässt, dass es objektiv keinen Grund zur Annahme gibt, dass die Besorgung der Angelegenheit durch nur ein Leitungsorgan für die Gesellschaft vorteilhafter wäre, als die Erledigung im Kollegium<sup>259</sup>. Sofern nach dieser Prüfung die zwingende Gesamtzuständigkeit feststeht, spricht man vom „Kernbereich der Unternehmensleitung“. Dieser soll, wie bereits erwähnt, besonders strenge Überwachungspflichten auslösen. Zu den im Gesetz dem Kollegialorgan zwingend zugewiesenen Aufgaben zählen nach hL<sup>260</sup> etwa die Pflicht zur Anmeldung zum Firmenbuch,

---

<sup>255</sup> Reich- Rohrwig, GmbH-Recht I, Rz 2/267; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG, § 21, Rz 12; OGH SZ 52/116 = EvBl 1980/4 S 14 = JBl 1980, 38.

<sup>256</sup> Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 230; Heidinger/Schneider, AktG, § 84 Rz E.9; Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2894; OGH GesRZ 1978, 36 = HS 11.291 = HS 11.302 = HS 11.305.

<sup>257</sup> Vgl die Darstellungen bei Luschin, Zur Geschäftsführerhaftung bei Ressortverteilung, GBU 2000/02/07.

<sup>258</sup> Haas, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz, S. 281 f.

<sup>259</sup> Strasser in Jabornegg- Strasser, AktG, § 70, Rz 39; Schlosser, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 104; Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Handbuch zum Gesellschaftsrecht Rz 2895.

<sup>260</sup> Reich- Rohrwig, GmbH-Recht I, Rz 2/268 ff; Strasser in Jabornegg- Strasser, AktG, § 70, Rz 39; vgl auch Schiemer, AktG, § 70, Rz 4.3; Schlosser, Die Organhaftung der Vorstandsmitgliedern der Aktiengesellschaft, S. 104; Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2895; Mader, Kapitalgesellschaften, S. 21 f.

die Führung eines adäquaten Rechnungswesens und eines internen Kontrollsystems, die Pflicht zur rechtzeitigen Konkursöffnung, die Einberufung der Gesellschafterversammlung und allfällige Berichtspflichten gegenüber dem Aufsichtsrat. Zur zweit genannten Gruppe der für die Gesellschaft besonders wichtigen Angelegenheiten zählen etwa grundsätzliche Fragen der Unternehmenspolitik, Maßnahmen in Krisensituationen der Gesellschaft, oder der Abschluss von Geschäften außerhalb des normalen Geschäftsbereiches<sup>261</sup>.

ME ist die Unterscheidung zwischen einer allgemeinen und einer besonders strengen Überwachungspflicht innerhalb des Kernbereichs der Unternehmensleitung nicht geeignet, dieses Problemfeld entsprechend abzustecken und eine Lösung aufzuzeigen<sup>262</sup>. Da innerhalb der „Muss-Zuständigkeit“ des gesamten Leitungsorgans eine Geschäftsverteilung unzulässig ist, kann eine solche auch nicht zur Entlastung der nach der (rechtswidrigen) Geschäftsverteilung unzuständigen Organe führen<sup>263</sup>. Diese Aufgaben sind eben nicht übertragbar und daher immer vom gesamten Leitungsorgan zu verantworten. Dementsprechend kann es mE auch keine für eine zulässige Ressortverteilung charakteristische und typische Überwachungspflicht geben. Der Sinn der Überwachungspflicht ist es ja nur, mittels einer Ressortverteilung keine völlige Freistellung der unzuständigen Leitungsorgane zuzulassen. Diese sollen sich durch eine Geschäftsverteilung nicht von jedweder Verantwortung der ihnen nicht zugewiesenen Arbeitsbereiche befreien können. Fehlt es nun an der Zulässigkeit der Geschäftsverteilung innerhalb des „Kernbereichs der Unternehmensleitung“, dann bleibt für die Annahme einer Überwachungspflicht kein Raum, da ohnehin jedes einzelne Leitungsorgan für die Erfüllung dieser Pflichten verantwortlich ist.

Auch außerhalb des „Kernbereichs der Unternehmensleitung“ sind mE keine allzu strengen Anforderungen an die Überwachungspflichten der übrigen Organmitglieder zu legen. Dies muss aus dem Zweck einer Ressortverteilung selbst folgen, die ja dem einzelnen Leitungsorgan die Möglichkeit geben soll, grundsätzlich eigenmächtig und frei von der „Einflussnahme“ anderer Leitungsorgane selbst Geschäfte vorzubereiten und abzuschließen<sup>264</sup>. Wenngleich ein Informationsrecht eines an sich unzuständigen Leitungsorgans und eine Auskunftspflicht des

---

<sup>261</sup> Schlosser, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 104; Strasser in Jabornegg-Strasser, AktG, § 70, Rz 39; Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 70, Rz 25; unklar Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 230.

<sup>262</sup> Vgl die Kritik bei Luschin, Zur Geschäftsführerhaftung bei Ressortverteilung, GBU 2000/02/07.

<sup>263</sup> Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2895; Straube, Rauter, Wege aus dem Labyrinth? Strategien der Haftungsvermeidung für GmbH-GF, JAP 2007/2008/15.

<sup>264</sup> Vgl in diesem Zusammenhang Luschin, welcher darauf hinweist, dass der Sinn einer Ressortverteilung in der effizienten und den Kenntnissen der Verwaltungsträgern angepassten Geschäftsführung liegt- Luschin, Zur Geschäftsführerhaftung bei Ressortverteilung, GBU 2000/02/07.

nach der Geschäftsverteilung zuständigen Organs jedenfalls zu bejahen ist, so kann diese aber nicht hinsichtlich jedes einzelnen Geschäftsabschlusses bestehen<sup>265</sup>. Denn die Annahme einer ständigen Auskunfts- und Aufsichtspflicht würde wiederum dem Sinn einer Geschäftsverteilung zuwiderlaufen. Bestünde wirklich die Obliegenheit, vor jedem Geschäftsabschluss Erkundigungen und Auskünfte anderer Leitungsorgane einzuholen, dann käme dies einer nicht gewollten Gesamtgeschäftsführung näher als einer Ressortverteilung. Insofern ist mE dem OGH<sup>266</sup> zu folgen, der die Aufsichtspflicht schon dann als erfüllt ansieht, wenn sich die Mitglieder des Leitungsorgans auf den Sitzungen des Kollegiums über die Tätigkeit in den anderen Geschäftsbereichen informieren. Insbesondere darf, entgegen *Zöllner*<sup>267</sup>, nicht übersehen werden, dass bei bestehender Ressortverteilung die Pflichtwidrigkeit eines Mitglieds nicht den anderen Leitungsorganen zugerechnet werden kann. Diese sind nicht etwa Erfüllungsgehilfen des zuständigen Organs, da nicht sie (gemeint sind die nach der Geschäftsverteilung unzuständigen Organe), sondern sich der Unternehmensträger zur Erfüllung seiner Aufgaben anderer Personen bedient. Daher wird rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten auch bei bestehender Ressortverteilung nicht nur nach der Gehilfenhaftung, sondern auch nach der Repräsentantenhaftung unmittelbar der Gesellschaft zugerechnet. Ein unzuständiges Mitglied haftet nur, wenn ihm ein Verschulden anzulasten ist, es also nicht die Sorgfalt eines ordentlichen (und gewissenhaften) Geschäftsmannes(-leiters) eingehalten hat<sup>268</sup>. Die Annahme einer zu strengen Überwachungspflicht würde mE daher zu einer Negierung der Verschuldenshaftung und Begründung einer Erfolgshaftung führen. Die pflichtwidrige Tätigkeit innerhalb eines Geschäftsbereiches darf daher nicht automatisch den Schluss auf ein Überwachungsverschulden der anderen Mitglieder des Leitungsorgans zulassen.

Ebenso ist zu beachten, dass sowohl das GmbHG als auch das AktG keine spezielle Aufsichtspflicht innerhalb des Leitungsorgans vorsieht, sondern sich eine solche nur aus der ihnen obliegenden objektiven Sorgfaltspflicht und der im Gesetz selbst vorgesehenen beschränkten Zulässigkeit der Verteilung der Geschäfte auf einzelne Leitungsorgane ableiten

---

<sup>265</sup> *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2894; vgl auch *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 230; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 25, Rz 10.

<sup>266</sup> OGH GesRZ 1978, 36 = HS 11.291 = HS 11.302 = HS 11.305.

<sup>267</sup> *Zöllner* in *Baumbach/Hueck* (Vorauf.), GmbHG, § 43, Rz 33 geht davon aus, dass beim Schadenseintritt auf die mangelnde Überwachung zu „schließen“ sei.

<sup>268</sup> Denn Leitungsorgane haften immer nur bei eigenem Verschulden- vgl statt vieler *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 16.

lässt<sup>269</sup>. Die Pflicht zur Aufsicht und Kontrolle kommt nach dem gesetzlichen Leitbild anderen Organen, nämlich der Gesellschafterversammlung und dem Aufsichtsrat, zu.

Erst wenn ernsthafte und gewichtige Zweifel an der Richtigkeit und Rechtmäßigkeit der Führung der Geschäfte eines Kollegen bestehen, kann daher eine Pflicht zum Eingreifen bestehen<sup>270</sup>. Für diesen Fall wird gefordert, dass die unzuständigen Organmitglieder Widerspruch erheben und die Angelegenheit in die Kompetenz des Kollegiums zurückgeholt wird<sup>271</sup>. Wird derart die Zuständigkeit des Kollegiums begründet und in weiterer Folge ein rechtswidriger Beschluss gefällt, müssen die überstimmten Mitglieder alles Zumutbare unternehmen, um die Umsetzung dieses Beschlusses zu verhindern<sup>272</sup>. Ein Leitungsorgan muss sich aber auf die Richtigkeit der Aussagen und Auskünfte eines Kollegen verlassen können, sodass es an einem Überwachungsverschulden fehlen muss, wenn kein Grund bestand, an der Richtigkeit der Aussagen eines Kollegen zu zweifeln<sup>273</sup>. Es kann daher nicht gefordert werden, dass ein an sich unzuständiges Leitungsorgan jede Auskunft seines Kollegen gesondert überprüft. Zutreffend führt der OGH<sup>274</sup> aus, dass der Umfang der Überwachungspflicht nicht pauschal beurteilt werden kann, sondern immer eine Frage des Einzelfalls darstellen wird. Dies folgt schon daraus, dass eine Ersatzpflicht immer nur dann gerechtfertigt ist, wenn die Sorgfaltspflicht des § 25 Abs 1 GmbHG bzw des § 84 Abs 1 AktG verletzt wird. Da dieser Maßstab letztlich durch die Übung des redlichen Verkehrs unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse der Gesellschaft (Geschäftszweig, Art des Unternehmens, etc) bestimmt wird, leuchtet es ein, dass auch der Umfang und die Intensität der Aufsichtspflicht je nach Einzelfall unterschiedlich zu beurteilen ist. Bei der Überprüfung der Einhaltung der Aufsichtspflicht ist daher, wie auch sonst, die Frage zu stellen, wie sich ein maßgerechtes (durchschnittliches) Leitungsorgan in der Situation des konkret Handelnden verhalten hätte. Weicht das Verhalten des Handelnden vom durchschnittlichen Leitungsorgan in der Situation des Handelnden ab, dann liegt ein Überwachungsverschulden vor.

---

<sup>269</sup> Strasser in *Jabornegg-Strasser*, AktG, § 70 Rz 41.

<sup>270</sup> *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 230; *Harrer*, Haftungsprobleme bei der GmbH, S. 95 ff; *Luschin*, Zur Geschäftsführerhaftung bei Ressortverteilung, GBU 2000/02/07; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2894.

<sup>271</sup> *Schiemer*, AktG, § 70, Rz 4.2; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 230; *Haas*, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz, S. 287; *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, § 70, Rz 41; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 13.

<sup>272</sup> In Betracht kommt etwa die Einberufung einer Gesellschafterversammlung oder die Befassung des Aufsichtsrats- vgl *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 230; *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 77-84, Rz 104 f; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 84, Rz 21 mwN.

<sup>273</sup> *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 230; *Luschin*, Zur Geschäftsführerhaftung bei Ressortverteilung, GBU 2000/02/07; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2894 mit dem Hinweis, dass jede Geschäftsverteilung auf gegenseitigem Vertrauen beruht.

<sup>274</sup> OGH GesRZ 1978, 36 = HS 11.291 = HS 11.302 = HS 11.305.

## VI.) Möglichkeiten der Minderung der Ersatzpflicht

### A.) Einwand des Mitverschuldens der Gesellschaft

#### 1.) Überblick

Primär in Deutschland<sup>275</sup> wurde die Frage diskutiert, ob der in Anspruch genommene Funktionär das Mitverschulden der Gesellschaft einwenden kann und somit seine eigene Schadenersatzpflicht mindern kann. Eine Analyse der deutschen Literatur zeigt, dass im Wesentlichen zwei Fallgruppen eines möglichen Mitverschuldenseinwands diskutiert werden. Auf der einen Seite muss untersucht werden, ob angesichts des objektiven Verschuldensmaßstabes der Leitungsorgane dem Bestellungsorgan ein Mitverschulden angelastet werden kann, sofern diesem der Qualifikationsmangel des Leitungsorgans bekannt war oder bekannt hätten sein müssen. In der deutschen Lehre wird diese Frage höchst unterschiedlich beantwortet<sup>276</sup>.

Auf der anderen Seite interessieren jene Fälle, bei denen die Gesellschafterversammlung dem Leitungsorgan eine Weisung (zu einem nachteiligen Geschäft) erteilt und der Verwaltungsträger nach Vollziehung des Beschlusses in weiterer Folge der Gesellschaft gegenüber ersatzpflichtig wird. Nach *Zöllner*<sup>277</sup> kann etwa ein Verschulden der Gesellschafterversammlung Anlass zur Haftungsminderung des Leitungsorgans sein, wenn die Gesellschafter einen Beschluss zu einem offensichtlich verlustbringenden Geschäft erteilen, der Verwaltungsträger den Schaden aber hätte vermeiden können, sofern er die Sache nochmals vor die Gesellschafter gebracht hätte. Andere widersprechen dieser Auffassung<sup>278</sup>.

---

<sup>275</sup> *Wiesner* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, AG, § 26, Rz 11; *Achilles/Enstahler/Schmidt*, GmbHG, § 43, Rz 40; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43 Rz 45 f; *Bürgers/Körber*, Heidelberger Kommentar, § 93, Rz 25.

<sup>276</sup> Für einen Mitverschuldenseinwand *Marsch-Barner/Dieckmann* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, GmbH, § 46, Rz 13; *Roth/Altmeppen*, GmbHG, § 43, Rz 79; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43, Rz 45; gegen einen Mitverschuldenseinwand *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 43, Rz 26; *Achilles/Enstahler/Schmidt*, GmbHG, § 43, Rz 40; vgl auch BGH NJW 1983, 1856, 1857.

<sup>277</sup> *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43, Rz 45; ebenso *Ulmer/Paefgen*, GmbHG, § 43, Rz 90 mwN.

<sup>278</sup> *Fleck*, Zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 1974, 224 f; *Achilles/Enstahler/Schmidt*, GmbHG, § 43, Rz 40.

In Österreich wurden diese Fragen nur unzulänglich beantwortet. Teilweise wird behauptet, dass sich ein Geschäftsführer niemals auf ein Mitverschulden der Gesellschaft berufen kann<sup>279</sup>. *Koppensteiner*<sup>280</sup> spricht lediglich davon, dass bei einer Gesellschafterweisung an einen Mitverschuldenseinwand nach § 1304 ABGB zu „denken“ ist. *Strasser*<sup>281</sup> meint, dass ein Vorstandsmitglied auch dann fahrlässig handelt, wenn er eine Vorstandsbestellung annimmt, obwohl er die nötigen Voraussetzungen (Kenntnisse, Fähigkeiten) nicht erfüllt. Er lässt aber eine Haftung der Aufsichtsratsmitglieder, die bei einer solchen Bestellung sorgfaltswidrig gestimmt haben, zu. Eine ausführliche Begründung findet sich hingegen in keiner der angeführten Literaturmeinungen. Gerade diese wäre allerdings nötig, um eine dogmatisch einwandfreie Lösung zu finden.

## 2.) allgemeine Lösungsansätze im Gesellschafts- und Zivilrecht

Die Lösung dieser Frage ist mE nach mangels besonderer Bestimmungen im GmbH- und Aktienrecht im allgemeinen Zivilrecht, genauer gesagt in den §§ 1299 und 1304 ABGB zu suchen. § 1299 Satz 2 ABGB normiert ausdrücklich, dass dem Auftraggeber, welcher die Unerfahrenheit des Sachverständigen gekannt hat, oder bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit hätte wissen können, ein „Versehen“ zur Last fällt. Dies bedeutet, dass derjenige, der einem unzureichend Qualifizierten ein Geschäft überträgt, obwohl er diesen Mangel zumindest hätte erkennen können, ein Mitverschulden anzulasten ist<sup>282</sup>. § 1299 Satz 2 ABGB geht aber, wie *Reischauer*<sup>283</sup> betont, davon aus, dass ein Nichtfachmann dem Fachmann gegenübersteht und diesem ein Geschäft überträgt. Daher geht § 1299 Satz 2 ABGB beim Nichtfachmann vom Sorgfaltsmaßstab des § 1297 ABGB aus, wenn allerdings ein Sachverständiger einem anderen Sachverständigen einen Auftrag erteilt, ist beim „Auswahlverschulden“ wiederum der objektive Maßstab des § 1299 Satz 1 ABGB heranzuziehen. Das heißt, dass sich der heranzuziehende Sorgfaltsmaßstab nach der in eigenen Angelegenheiten zu präsentierenden Sorgfalt bestimmt<sup>284</sup>.

---

<sup>279</sup> *Lehner*, Die Beweislastverteilung bei der GmbH-Geschäftsführerhaftung, GesRZ 2005, 128 ff.

<sup>280</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 17.

<sup>281</sup> *Strasser* in *Jabornegg-Strasser*, AktG, § 77-84, Rz 98.

<sup>282</sup> *Reischauer* in *Rummel*, ABGB, § 1299, Rz 11; *Bydlinski*, Grundzüge des Privatrechts, Rz 775; vgl aber auch *Harrer* in *Schwimmann*, ABGB, §§ 1299, 1300, Rz 4 mit dem Hinweis, § 1299 Satz 2 ABGB beinhalte lediglich die Normierung einer culpa-Kompensation.

<sup>283</sup> *Reischauer* in *Rummel*, ABGB, § 1299, Rz 11.

<sup>284</sup> *Reischauer* in *Rummel*, ABGB, § 1299, Rz 11.

Mit diesen Erkenntnissen lässt sich der Fragenkomplex eines unzureichend qualifizierten Geschäftsführungsorgans und dem damit korrespondierenden Auswahlverschulden des Bestellungsorgans beantworten, wobei hier zwischen der GmbH und der AG zu unterscheiden ist.

### 3.) Das Auswahlverschulden der GmbH

Der Geschäftsführer wird gem § 15 Abs 1 GmbHG durch Beschluss der Gesellschafter bestimmt; handelt es sich um einen Gesellschafter-Geschäftsführer kann die Bestellung auch im Gesellschaftsvertrag erfolgen. Nach in Österreich hM<sup>285</sup> ist diese Bestellungszuständigkeit zwingend, kann also durch den Gesellschaftsvertrag oder Beschluss der Gesellschafter auf kein anderes Organ übertragen werden.

Wie schon dargestellt, richtet sich der geschuldete Sorgfaltsmaßstab nach der in eigenen Angelegenheiten zu präsentierenden Sorgfalt, wobei das Gesetz bei Entscheidungen der Generalversammlung keinen § 25 GmbHG entsprechenden Sorgfaltsmaßstab kennt. Nur der Geschäftsführer und der Aufsichtsrat haben die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden, nicht aber die Generalversammlung<sup>286</sup> (und zwar auch dann nicht, wenn sie Geschäftsführungsfragen aufgreifen und Weisungen erteilen). Diese zum Teil unbefriedigende Situation hat auch Konsequenzen für den Mitverschuldenseinwand des Geschäftsführers. Dieser könnte sich daher nur dann auf ein „Versehen“ der Gesellschafter berufen, wenn diese den Anforderungen des § 1297 ABGB nicht genügen würden; da die Generalversammlung nach dem GmbHG keiner erhöhten Sorgfaltspflicht unterliegt und auch sonst nicht als „Sachverständiger“ iSd § 1299 ABGB angesehen werden kann<sup>287</sup>, kommt dem Geschäftsführer der Einwand jedenfalls nicht zu gute, die Generalversammlung habe den objektiven Verschuldensmaßstab des § 1299 ABGB verletzt. Zuzugeben ist, dass die Möglichkeit eines Mitverschuldenseinwands im klaren Widerspruch zum objektiven Verschuldensmaßstab des

---

<sup>285</sup> *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 370; *Reich-Rohrwig*, GmbH- Recht I, Rz 2/68; *Achilles/Enstahler/Schmidt*, GmbHG, § 6, Rz 2; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2829; *Umfahrer*, GmbHG, Rz 175; aA *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 15, Rz 14 welcher unter Berufung auf das dem Gesellschaftsvertrag zugrundeliegende Prinzip der Vertragsfreiheit auch die Übertragung der Bestellungszuständigkeit auf den Aufsichtsrat oder einen Beirat zulässt.

<sup>286</sup> Siehe Kapitel IV.B.3.b.

<sup>287</sup> *Torggler*, Fünf (Anti-) Thesen zum Haftungsdurchgriff, JBl 2006, 85.

Geschäftsführers nach § 25 GmbHG zu stehen scheint. Denn nach absolut hL<sup>288</sup> kann ein Geschäftsführer ja gerade nicht geltend machen, dass er schlecht ausgewählt worden sei. Dem kann allerdings entgegengehalten werden, dass auch § 1299 ABGB von einem objektiven Sorgfaltsmaßstab ausgeht, sodass sich der Auftraggeber grundsätzlich auf die entsprechenden Kenntnisse und Fähigkeiten des Sachverständigen verlassen kann<sup>289</sup>. Der Sorgfaltsmaßstab unterscheidet sich insofern nicht vom GmbHG. § 25 GmbHG enthält allerdings keine § 1299 Satz 2 ABGB entsprechende Bestimmung des Auswahlverschuldens, sodass mangels gegenteiliger Normen im GmbHG auf das allgemeine Zivilrecht zurückzugreifen wäre.

Zu beachten ist allerdings, dass sich der Schutzzweck des § 25 GmbHG deutlich von jenem des § 1299 ABGB unterscheidet. Denn während § 25 GmbHG die Interessen unterschiedlicher Personen (Gläubiger, Gesellschafter, Arbeitnehmer, etc) auszugleichen versucht und daher mittelbar auch die Gläubiger schützt<sup>290</sup>, stehen einander bei der Sachverständigenhaftung nach § 1299 ABGB lediglich der Auftraggeber und der Sachverständige gegenüber. Sofern einem Auftraggeber iSd § 1299 ABGB der Qualifikationsmangel bekannt war (oder bekannt sein müsste), wirkt sich der Mitverschuldenseinwand des Sachverständigen ausschließlich in der Vermögenssphäre des Auftraggebers nachteilig aus. Erhebt allerdings der Geschäftsführer den Einwand eines Auswahlverschuldens, dann würde bei der Anwendbarkeit des § 1299 Satz 2 ABGB nicht nur der Schadenersatzanspruch der Gesellschaft vermindert, sondern es würde sich gleichzeitig auch der Haftungsfonds der Gläubiger verringern. Denn diesen bleibt mangels direkter Anspruchsgrundlage gegen das ersatzpflichtige Leitungsorgan nur die Inanspruchnahme der Gesellschaft. Daher würde der Einwand des Auswahlverschuldens auch in die Rechtssphäre gesellschaftsfremder Personen nachteilig eingreifen.

Es bleibt jedenfalls abzuwarten, welche Stimmen in der Literatur sich letztendlich durchsetzen können, wobei nach Abwägung aller in Betracht kommenden Argumente mE bessere Gründe

---

<sup>288</sup> Vgl *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S 394; *Achilles/Enstahler/Schmidt*, GmbHG, § 43, Rz 13; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 25, Rz 7; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25 Rz 14; *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/25.

<sup>289</sup> *Reischauer in Rummel*, ABGB, § 1298, Rz 11; vgl auch *Welser*, Sachverständigenhaftung und Insolvenzverfahren, NZ 1984, 92; *Bydlinski*, Notariatsakt und Notarhaftung, NZ 1991, 235.

<sup>290</sup> Unzweifelhaft kommt dem § 25 GmbHG auch eine gewisse gläubigerschützende Funktion zu. Dies lässt sich schon aus der Normierung eines objektiven Sorgfaltsmaßstabes ableiten, da dem Geschäftsführer zur Sicherung der Haftungsmasse der Gläubiger der sorgfältige und gewissenhafte Umgang des Gesellschaftsvermögens obliegt (näher Kapitel VI.C.). Darüber hinaus sollen gerade auch die Kapitalerhaltungsvorschriften des § 25 Abs 3 GmbHG den Haftungsfonds der Gläubiger sichern (näher Kapitel VIII.C.). Außerdem hält § 25 Abs 5 GmbHG ex lege fest, dass ein Beschluss der Generalversammlung nur dann zur Haftungsfreistellung der Geschäftsführer führen kann, „soweit der Ersatz nicht zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist“ (näher Kapitel X.). Gleiches gilt gem § 25 Abs 7 GmbHG auch für Vergleichs- und Verzichtleistungen der Gesellschaft auf Ersatzansprüche gegen den Geschäftsführer.

gegen einen Mitverschuldenseinwand des Geschäftsführers sprechen. Das letzte Wort scheint hier jedenfalls noch nicht gesprochen.

#### 4.) Das Auswahlverschulden der AG

Anders verhält es sich bei der Aktiengesellschaft, da hier die Bestellung des Vorstands gem § 75 Abs 1 AktG vom Aufsichtsrat vorgenommen wird, welcher gem § 99 AktG denselben Sorgfaltsanforderungen wie der Vorstand zu genügen hat. Handelt nun der Aufsichtsrat bei der Bestellung der Vorstandsmitglieder sorgfaltswidrig, dann kommt mE dem Vorstandsmitglied der Einwand des Mitverschuldens nicht zu, vielmehr haften beide solidarisch<sup>291</sup>. Dies erklärt sich daraus, dass § 99 AktG bezüglich der Sorgfaltspflicht und Verantwortung auf § 84 AktG verweist. Da nach dem klaren Wortlaut des § 84 AktG Abs 2 AktG die Vorstandsmitglieder bei Verletzung ihrer Obliegenheiten als Gesamtschuldner einzustehen haben, kann für Aufsichtsratsmitglieder nichts anders gelten und zwar auch dann nicht, wenn Vorstand und Aufsichtsrat gemeinsam handeln<sup>292</sup>. Nun ergibt sich aus dem Wesen einer solidarischen Haftung, dass der Gläubiger (Gesellschaft) alle oder auch nur einzelne Schuldner im vollen Umfang in Anspruch nehmen kann, sodass kein Schuldner sich mit Erfolg auf einen höheren Verschuldensgrad eines anderen berufen kann<sup>293</sup>. Der Gläubiger hat eben die Wahl, ob er einen, zwei oder alle Schuldner zur Haftung heranzieht. Selbstverständlich kann aber ein Schädiger, der den vollen Schaden ersetzt hat, gem § 896 ABGB bei allen Mithaftenden Regress nehmen, wobei sich der interne Ausgleich nach der Schwere der einzelnen Zurechnungsgründe (Kausalität, Verschulden) bemisst<sup>294</sup>.

---

<sup>291</sup> *Schiemer*, AktG, § 84 Rz 4.2; *Wiesner* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, AG, § 26, Rz 6; *Strasser* in *Jabornegg-Strasser*, AktG, § 98, 99 Rz 32 ff; *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 111; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 99, Rz 13.

<sup>292</sup> Die Regelung über die Verantwortlichkeit von Mitgliedern des Vorstands und des Aufsichtsrats erfolgt nicht gemeinsam, aber durch die Verweisung des § 99 AktG auf § 84 AktG wird die solidarische Haftung dieser Organe auch dann abgeleitet, wenn sie gemeinsam handeln- vgl *Schiemer*, AktG, § 84 Rz 4.2.

<sup>293</sup> *Schiemer*, AktG, § 84 Rz 4.2; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 237, FN 108; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 84, Rz 21; *Koziol-Welser*, Bürgerliches Recht, II, S. 326; vgl auch OGH GesRZ 1978, 36 = HS 11.291 = HS 11.302 = HS 11.305.

<sup>294</sup> *Koziol*, Haftpflichtrecht I, Rz 14/23 ff; *Koziol-Welser*, Bürgerliches Recht, II, S. 326; OGH eolex 2000, 204.

## 5.) Mitverschulden und Beschluss der Gesellschafterversammlung

### a.) Allgemeines

Im von § 1299 ABGB nicht erfassten Bereich (also soweit es nicht um ein Auswahlverschulden geht) ist § 1304 ABGB anzuwenden<sup>295</sup>. Haben sowohl der Schädiger als auch der Geschädigte eine Bedingung für den Schadenseintritt gesetzt, dann gebührt dem Geschädigten kein voller Ersatz, sondern er muss einen Teil des Schadens selbst tragen. Grundsätzlich bemisst sich die Ersatzpflicht nach dem Verhältnis des Verschuldens des Schädigers zum Geschädigten und wenn sich die Anteile nicht bestimmen lassen, haben beide den gleichen Teil zu tragen<sup>296</sup>. Freilich handelt es sich nicht um ein echtes Verschulden des Geschädigten, da der Geschädigte, soweit er über seine Güter verfügen darf, gar nicht rechtswidrig handeln kann<sup>297</sup>. Es bedarf daher iVm § 1304 ABGB der Fiktion der Rechtswidrigkeit in Hinblick auf die Selbstschädigung, wobei der Sorgfaltsmaßstab des Verhaltens gegenüber fremden Gütern an jenes der eigenen Güter anzulegen ist<sup>298</sup>. Dies bedeutet, dass der Geschädigte dann „rechtswidrig“ handelt, wenn er sich gegenüber seinen eigenen Gütern nicht so verhalten hat, wie er das gegenüber fremden Sachen tun sollte. Da nun keine Rechtswidrigkeit im eigentlichen Sinn vorliegt, handelt es sich beim Mitverschulden um kein Verschulden im rechtstechnischen Sinn, da die Sorglosigkeit gegenüber eigenen Gütern nicht vorwerfbar ist<sup>299</sup>.

### b.) kein Mitverschulden der Gesellschaft bei Erteilung einer Weisung

Sofern man sich den Ausgangsfall (die Gesellschafter erteilen dem Leitungsorgan eine Weisung zu einem nachteiligen Geschäft, sodass dieser in weiterer Folge ersatzpflichtig wird<sup>300</sup>) und die Darstellungen zu § 1304 ABGB vor Augen führt, dann scheint auf den ersten Blick ein Mitverschuldenseinwand des Leitungsorgans durchaus möglich zu sein. Denn sowohl die Gesellschafter (durch die Fassung eines nachteiligen Beschlusses) als auch der Organwalter

---

<sup>295</sup> Reischauer in Rummel, ABGB, § 1299 Rz 11.

<sup>296</sup> Vgl statt vieler Harrer in Schwimann, ABGB, § 1304, Rz 34 mwN.

<sup>297</sup> OGH ZVR 1978/111; OGH ZVR 1984/122; OGH SZ 60/90, für weitere Nachweise vgl Harrer in Schwimann, ABGB, § 1304, Rz 9 und Koziol-Welser, Bürgerliches Recht, II, S. 328.

<sup>298</sup> Reischauer in Rummel, ABGB, § 1304 Rz 1.

<sup>299</sup> Koziol, Haftpflichtrecht, I, Rz 12/3; Koziol-Welser, Bürgerliches Recht, II, S. 328; OGH ZVR 1978/111; OGH SZ 64/126 = JBl 1992, 327 = EvBl 1992/14.

<sup>300</sup> Für den Bereich des AktG gilt dies selbstverständlich nur bei Vorlage einer Geschäftsführungsfrage durch den Vorstand an die Hauptversammlung nach § 103 Abs 2 AktG.

(durch die Vollziehung des Beschlusses) setzen eine „Bedingung“ für den Schadenseintritt, sodass die Gesellschaft folglich einen Teil des Schadens selbst tragen müsste. Allerdings sieht der Gesetzgeber in den § 25 Abs 5 GmbHG und § 84 Abs 4 und 5 AktG ausdrücklich Rechtsfolgen bei Befolgung eines derartigen Beschlusses der Gesellschafterversammlung durch die Leitungsorgane vor. Das arbeitsteilige Handeln der Gesellschafterversammlung und der Leitungsorgane hat der Gesetzgeber somit ausdrücklich einer gesetzlichen Regelung zugeführt, wobei nach dem Grundkonzept beider Normen die Beschlussausführung durch das Leitungsorgan mit seiner Haftungsfreistellung verbunden ist.

Würde man daher die Anwendbarkeit des § 1304 ABGB auch auf das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Organwalter bejahen, dann scheint mE der Regelungszweck der § 25 Abs 5 GmbHG und § 84 Abs 4 und 5 AktG unterlaufen zu werden. Denn beide Normen gehen davon aus, dass die Gesellschafterversammlung und das Leitungsorgan eine „Bedingung“ des Schadenseintritts setzen. Allerdings knüpft der Gesetzgeber an derartige Verhaltensweisen keine Minderung der Ersatzpflicht durch den Einwand eines Mitverschuldens, vielmehr wird durch ein kompliziertes Haftungssystem die Ersatzpflicht des Leitungsorgans dem Grundsatz nach ausgeschlossen<sup>301</sup>. Es wird daher mE eher davon auszugehen sein, dass § 25 Abs 5 GmbHG und § 84 Abs 4 und 5 AktG als Spezialnormen des Kapitalgesellschaftsrechts die Anwendbarkeit des § 1304 ABGB nach dem Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* verdrängen.

## **B.) Anwendbarkeit des Dienstnehmerhaftpflichtgesetzes auf die Verwaltungsträger**

### **1.) Allgemeines**

Eine weitere Möglichkeit der Haftungsminderung wäre die Anwendbarkeit des DHG. Das DHG ist zunächst auf Schäden anwendbar, die der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber direkt zugefügt hat<sup>302</sup>. Außerdem erfasst das DHG vom Arbeitnehmer verursachte Schäden Dritter, wenn dem Arbeitgeber dieses Fehlverhalten nach § 1313a ff ABGB zugerechnet werden kann (indirekte Schäden)<sup>303</sup>.

---

<sup>301</sup> Die einzelnen Fallgruppen einer haftungsentlastenden Weisung bzw eines „gesetzmäßigen Beschlusses“ sind ausführlich dargestellt in Kapitel X.C-E.

<sup>302</sup> Vgl statt vieler *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen, Rz 300.

<sup>303</sup> *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 2, XXXIII 2A; *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen, Rz 300; *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, XIII. Rz 26 mwN.

Der vom Dienstnehmer zu ersetzende Schaden kann im Fall bloß fahrlässiger Schädigung herabgesetzt werden, wobei für das Ausmaß der Minderung bzw des Erlasses auf den Grad des Verschuldens abzustellen ist.<sup>304</sup> Bei einer entschuldbaren Fehlleistung (*culpa levissima*) des Arbeitnehmers trifft diesen gem § 2 Abs 3 DHG gar keine Haftung<sup>305</sup>. Darunter versteht man ein „ganz geringfügiges Versehen, dass sich bei Berücksichtigung der gesamten Arbeitslast im Drang der Geschäfte und mit Rücksicht auf deren Art und Schwierigkeit ohne weiteres ergeben und nur bei Anwendung außerordentlicher Aufmerksamkeit abgewendet werden kann“<sup>306</sup>. Für den Rest der fahrlässigen Haftung differenziert das DHG zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit. Bei bloß leichter Fahrlässigkeit („minderer Grad des Versehens“) kann das Gericht gem § 2 DHG den Schadenersatz mäßigen oder sogar bis auf Null herabsetzen<sup>307</sup>. Bei grober Fahrlässigkeit („Versehen“) ist demgegenüber eine Mäßigung auf Null ex lege ausgeschlossen, eine teilweise Minderung der Ersatzpflicht bei Vorliegen der Mäßigungskriterien des § 2 Abs 2 DHG aber möglich<sup>308</sup>. Bei einer vorsätzlichen Schädigung sieht das DHG keinerlei Haftungsmilderung vor<sup>309</sup>.

Wie schon erwähnt, erfasst das DHG auch jene Fälle, in denen der Dienstnehmer Dritten einen Schaden zugefügt hat, solange der Dritte mit dem Arbeitgeber in einer Beziehung steht, die den Arbeitgeber selbst zum Schadenersatz verpflichten würde (§ 3 DHG). Dafür sieht das DHG Regressmöglichkeiten im Innenverhältnis vor. Wurde also der Arbeitgeber vom Dritten in Anspruch genommen, kann dieser unter den Voraussetzungen des § 2 DHG vom Arbeitnehmer Ersatz verlangen<sup>310</sup>; umgekehrt kann der Arbeitnehmer, sofern er vom Dritten direkt in Anspruch genommen wurde, im Innenverhältnis vom Arbeitgeber unter Anwendung des § 2 DHG Regress nehmen<sup>311</sup>.

Die Anwendung des DHG auf den Geschäftsführer und Vorstand würde also zu erheblichen Haftungsmilderungen führen, deren Anwendung wird allerdings in Rechtsprechung und Lehre höchst unterschiedlich beurteilt.

---

<sup>304</sup> *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 2, XXXIII 2B; *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, XIII. Rz 32 mwN.

<sup>305</sup> Vgl statt vieler *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, XIII. Rz 36.

<sup>306</sup> OGH Arb 9771/1978; OGH DRdA 1978,133; für weitere Nachweise vgl *Kerschner*, DHG, § 2, Rz 40.

<sup>307</sup> Vgl statt vieler *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen, Rz 302.

<sup>308</sup> *Kerschner*, DHG, § 2, Rz 44 ff; *Oberhofer* in *Schwimmann*, DHG, § 2, Rz 1 ff.

<sup>309</sup> Vgl statt vieler *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, XIII. Rz 32.

<sup>310</sup> Vgl statt vieler *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen, Rz 304.

<sup>311</sup> Vgl statt vieler *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen, Rz 304.

## 2.) Anwendbarkeit des DHG auf den Vorstand einer AG

### a.) Der Vorstand als Dienstnehmer?

Sofern der persönliche Geltungsbereich des DHG auf ein Vorstandsmitglied überprüft werden muss, ist zu beachten, dass das DHG gem § 1 DHG ua nur auf Dienstnehmer oder arbeitnehmerähnliche Personen anwendbar ist<sup>312</sup>, der Vorstand hingegen nach der zwingenden Ausgestaltung im AktG stets weisungsfrei tätig wird<sup>313</sup>. Die Rechtsnatur des Vorstandsvertrages als möglicher Anknüpfungspunkt für das DHG scheint heute weitgehend gelöst<sup>314</sup>. Der wesentliche und für die Beurteilung der Anwendung des DHG entscheidende Vertragsinhalt lautet immer auf die weisungsfreie Geschäftsbesorgung und weisungsfreie Dienstleistung gegen Entgelt.<sup>315</sup> Wie *Strasser*<sup>316</sup> betont, handelt es sich bei einem Vorstandsvertrag um einen Vertragstypus, der Elemente des freien Dienstvertrages mit jenen des Auftrages kombiniert, wobei in der Regel bei hauptberuflicher Anstellung jene der Dienstleistung überwiegen werden.

Da die weisungsfreie Tätigkeit schon aus dem AktG zwingend hervorgeht, kann ein Vorstandsmitglied sicher nicht als klassischer Arbeitnehmer angesehen werden, da für einen solchen die persönliche Abhängigkeit und als wichtigstes Merkmal die Weisungsgebundenheit charakteristisch ist<sup>317</sup>. Überzeugend betonen *Kerschner*<sup>318</sup> und *Krejci*<sup>319</sup>, dass das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit am besten als kombinatorischer Tatbestand verstanden werden muss, wobei die einzelnen in Literatur und Rechtsprechung entwickelten Merkmale zwar nicht abschließend, aber doch überwiegend vorliegen müssen<sup>320</sup>. Dennoch kann bei der Beurteilung des Vorstandsvertrages kein Zweifel bestehen, dass bedingt durch die Weisungsfreiheit des

---

<sup>312</sup> Vgl statt vieler *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, XIII. Rz 4 f.

<sup>313</sup> Vgl statt vieler *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 70, Rz 6.

<sup>314</sup> Vgl die Nachweise bei *Strasser in Jabornegg- Strasser*, AktG, §§ 75,76, Rz 64.

<sup>315</sup> *Strasser in Jabornegg- Strasser*, AktG, §§ 75,76, Rz 64; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 75, Rz 14; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 3907.

<sup>316</sup> *Strasser in Jabornegg- Strasser*, AktG, §§ 75, 76, Rz 65; vgl auch *Schiemer*, AktG, § 75, Rz 4.2; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S 222; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 3907.

<sup>317</sup> Vgl statt vieler *Kerschner*, DHG, § 1, Rz 2.

<sup>318</sup> *Kerschner*, DHG, § 1, Rz 2; vgl auch *Wachter in Schwimann*, DHG, § 1, Rz 6 mwN.

<sup>319</sup> *Krejci in Rummel*, ABGB, § 1151, Rz 61.

<sup>320</sup> Zu den Merkmalen der persönlichen Abhängigkeit wird allgemein die fehlende Bestimmungsfreiheit bezüglich Arbeitszeit, Ort und arbeitsbezogenes Verhalten verstanden.

Vorstands die Merkmale der persönlichen Abhängigkeit nicht vorliegen und sohin die Arbeitnehmereigenschaft abzulehnen ist<sup>321</sup>.

## **b.) Der Vorstand als arbeitnehmerähnliche Person?**

### **aa.) Überblick**

Da nun die fehlende Dienstnehmereigenschaft feststeht, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob ein Vorstandsmitglied als arbeitnehmerähnliche Personen zu qualifizieren ist. Lehre<sup>322</sup> und Rechtsprechung<sup>323</sup> lehnen dies überwiegend ab. *§ 51 Abs 3 Z 2 ASGG versteht darunter Personen, die ohne in einem Arbeitsverhältnis zu stehen, im Auftrag und für Rechnung bestimmter anderer Personen Arbeit leisten und wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit den Arbeitnehmern gleichgehalten werden.*

Wesentlich für die Arbeitnehmerähnlichkeit soll nach Teilen der Literatur<sup>324</sup> und Rechtsprechung<sup>325</sup> die wirtschaftliche Unselbständigkeit sein, die den Erwerbstätigen auch ohne Arbeitsvertrag rein faktisch den Arbeitnehmern so stark angleicht, dass sich der Gesetzgeber wegen ihrer vergleichbaren sozialen Schutzbedürftigkeit veranlasst sah, die Rechtsfolgen des DHG auch auf diese Personen zu erstrecken. Problematisch ist allerdings, dass das ASGG den Begriff der „wirtschaftlichen Unselbständigkeit“ verwendet, deren Bedeutung und Gehalt in Rechtsprechung und Lehre aber noch keineswegs geklärt sind<sup>326</sup>. Beispielhaft führt der OGH<sup>327</sup> als Kriterien der wirtschaftlichen Unselbständigkeit die Verpflichtung zur regelmäßigen Arbeitsleistung, die Notwendigkeit der Entlohnung zur Bestreitung des Lebensunterhalts, keine eigene Betriebstätte, regelmäßige Honorierung und die wirtschaftliche Unterordnung für die Zwecke eines anderen an. Wesentlich erscheint dabei insbesondere die Fremdbestimmung der Arbeit, welche dann anzunehmen ist, wenn der wirtschaftliche Erfolg der Tätigkeit dem Unternehmer zukommt, wobei bei der Beurteilung der

---

<sup>321</sup> Unstrittig: vgl statt vieler *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 77-84, Rz 99.

<sup>322</sup> *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 239; *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 77-84, Rz 99 mwN.

<sup>323</sup> OGH SZ 46/113 = ÖJZ 1974/83 (EvBl) = GesRZ 1974, 100 = NZ 1974, 190.

<sup>324</sup> *Kerschner*, DHG, § 1, Rz 12; vgl auch *Wachter in Schwimann*, DHG, § 1, Rz 51 f.

<sup>325</sup> OGH Arb 10.015 = EvBl 1981, 662/237 = SZ 54/120; vgl auch OGH Arb 9317; OGH Arb 8102; OGH Arb 9400.

<sup>326</sup> Siehe die Erläuterung bei *Wachter in Schwimann*, DHG, § 1, Rz 51 f.

<sup>327</sup> OGH Arb 6056; OGH Arb 9317; OGH Arb 8102; OGH Arb 9400.

Arbeitnehmerähnlichkeit nicht alle Kriterien vorliegen müssen, sondern das Gesamtbild des Rechtsverhältnisses entscheidend sein soll<sup>328</sup>.

Nach der Rechtsprechung<sup>329</sup> spielt die Rechtsnatur des Anstellungsvertrages bei der Qualifikation als arbeitnehmerähnliche Person ebenso wenig eine Rolle wie die steuerrechtliche oder sozialversicherungsrechtliche Behandlung. Entscheidend sei vielmehr, dass der Beschäftigte in seiner Entschlussfähigkeit auf ein Minimum beschränkt sei<sup>330</sup>. In der Lehre wird darauf hingewiesen, dass Arbeitnehmerähnlichkeit nur bei persönlicher Selbständigkeit aber eben wirtschaftlicher Unselbständigkeit bestehen kann. Der arbeitnehmerähnlich Beschäftigte nimmt dadurch gewissermaßen eine Mittelstellung zwischen Arbeitnehmer und rechtlich selbständigen Unternehmer ein<sup>331</sup>. Demnach gehören dazu Personen, deren persönliche Gebundenheit nicht jenes Maß erreicht, dass man bereits von persönlicher Abhängigkeit sprechen kann<sup>332</sup>.

## **bb.) Stellungnahme**

Zu fragen ist, ob der Vorstand zumindest jene Bindung an den Arbeitgeber aufweist, welche genügen würde, um ihn als arbeitnehmerähnliche Person qualifizieren zu können. Bei Beantwortung dieser Frage sollte insbesondere auf den Schutzzweck des Arbeitnehmerschutzes und insbesondere des DHG<sup>333</sup> Bedacht genommen werden. Diesem liegt die Wertung zugrunde, dass Dienstnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen wegen des im Verhältnis zum möglichen Gewinn des Unternehmers geringen Entgelts eine Verlagerung des Schadensrisikos nötig ist. Dem Unternehmer kommt der Nutzen der Tätigkeit seiner Arbeitnehmer zu, also hat er auch das Betriebsrisiko zu tragen. Der Gesetzgeber wollte Grenzfälle vermeiden, welche die Existenz des Arbeitnehmers gefährden<sup>334</sup>. Klar muss sein, dass eine arbeitnehmerähnliche Person schon nach dem unmissverständlichen Wortlaut einem Arbeitnehmer näher sein muss als einem Unternehmer. Nun trägt zwar nicht der Vorstand das Unternehmerrisiko der Aktiengesellschaft, es darf aber nicht aus den Augen verloren werden,

---

<sup>328</sup> *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, XIII. Rz 13; OGH RdW 2004/62.

<sup>329</sup> OGH Arb 9518; OGH Arb 9829; OGH Arb 9628; OGH Arb 9317.

<sup>330</sup> OGH Arb 9829.

<sup>331</sup> *Mazal/Risak*, Das Arbeitsrecht, XIII. Rz 11.

<sup>332</sup> *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 1, XIII; vgl auch *Jabornegg*, Kautionschutz für arbeitnehmerähnliche Personen, öRdA 1990, 213; *Schima*, Keine vorläufige Vollstreckbarkeit für arbeitnehmerähnliche Personen, ZAS 1990, 90 ff.

<sup>333</sup> Vgl ausführlich *Kerschner*, DHG, Einleitung.

<sup>334</sup> *Kerschner*, DHG, Einleitung.

dass ihm innerhalb dieser Organisation die unbeschränkte und unbeschränkbare Entscheidungs- und Vertretungsfunktion zukommt. Es kann daher mit guten Gründen behauptet werden, dass der Vorstand zwar nicht als Unternehmer im rechtlichen Sinn angesehen werden kann, ihm aber aufgrund seiner Organstellung die Unternehmerfunktion übertragen wurde<sup>335</sup>. Zwar ist, wie *Reischauer*<sup>336</sup> betont, die Unternehmerfunktion vom Unternehmer zu trennen und das Betriebsrisiko im Verhältnis zum allgemeinen Ersatzrecht zu Lasten des Unternehmers verteilt. Doch ist im Anwendungsbereich des DHG mE ein formalistischer Ansatz verfehlt, ergibt doch eine Analyse des Schutzzweckes, dass der Grund für die Haftungsmilderung darin liegt, dass der Dienstnehmer das Haftungsrisiko nicht beherrschen kann, da er an die ihm vorgegebene Betriebsorganisation gebunden ist und es ihm aufgrund des geringen Entgelts unzumutbar wäre, das betriebliche Risikopotenzial zu tragen. Nach dem Leitbild des DHG hat der Arbeitgeber die Organisationsherrschaft innerhalb des Unternehmens, sodass er den innerbetrieblichen Geschehensablauf bestimmen kann und von ihm ein gewisses Gefahrenpotenzial ausgeht<sup>337</sup>. Legt man nun diesen Maßstab auf den Vorstand um, dann ergibt sich für mich eindeutig, dass der Vorstand aufgrund seiner umfassenden Leitungskompetenz zumindest im Anwendungsbereich des DHG wirtschaftlich als Unternehmer und daher nicht als Dienstnehmer oder arbeitnehmerähnliche Person angesehen werden kann. Es kann aufgrund des eben Ausgeführten nicht ernsthaft behauptet werden, dass der Vorstand einem Arbeitnehmer ähnlicher ist als einem Unternehmer, zumal man bedenken muss, dass es sich beim Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person um einen Typusbegriff handelt. Für mich lässt sich daher schon aus dem Geltungsbereich des § 1 DHG der Schluss ziehen, dass Vorstandsmitglieder nicht in den Anwendungsbereich dieses Gesetzes fallen<sup>338</sup>.

---

<sup>335</sup> Ähnlich schon OGH wbl 1997, 77 = RdW 1997, 417 = Arb. 11.519; *Schiemer*, AktG, § 75, Rz 4.2; *Strasser* in *Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 75,76, Rz 67.

<sup>336</sup> *Reischauer*, Probleme der Dienstnehmerhaftung, RdA 1978, 193.

<sup>337</sup> *Kerschner*, DHG, Einleitung.

<sup>338</sup> So die hL: *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 239; *Strasser* in *Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 75,76, Rz 67; *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 30; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 84, Rz 2; *Kerschner*, DHG, § 1, Rz 4; *Wachter* in *Schwimann*, DHG, § 1, Rz 60.

### 3.) Anwendbarkeit des DHG auf den Geschäftsführer einer GmbH

#### a.) Überblick

Für die Anwendbarkeit des DHG auf den Geschäftsführer der GmbH ist wiederum in einem ersten Schritt zu prüfen, ob diese als Dienstnehmer oder arbeitnehmerähnliche Personen zu qualifizieren sind. Dies kann im Gegensatz zum Vorstand jedenfalls nicht generell verneint werden. Auszugehen ist zunächst davon, dass ein Fremdgeschäftsführer oder ein Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer jedenfalls an die Weisungen der Generalversammlung gebunden ist und daher wegen der dann vorliegenden persönlichen Abhängigkeit als Dienstnehmer angesehen werden kann<sup>339</sup>.

Anders verhält es sich nach hM<sup>340</sup> bei einem Mehrheitsgesellschafter, oder bei einem Gesellschafter-Geschäftsführer, der wegen seiner Beteiligung doch die Möglichkeit hat, Generalversammlungsbeschlüsse zu verhindern. Die Einordnung des Geschäftsführers als Dienstnehmer oder arbeitnehmerähnliche Person hängt sohin im Einzelfall vom Ausmaß der Beteiligung und der konkreten Ausgestaltung des Anstellungsvertrages ab.

Obwohl sich daraus die grundsätzliche Bejahung zumindest des persönlichen Anwendungsbereiches des DHG auf den Geschäftsführer ergeben kann, will die hM<sup>341</sup> ebenso wie der OGH das DHG dennoch nicht auf diesen anwenden. Der OGH<sup>342</sup> begründet dies im Wesentlichen mit dem allgemeinen Grundsatz der Gesetzesauslegung, wonach bei einer Regelung derselben Rechtsfrage der speziellere Gesetzessatz gegenüber der allgemeineren Regelung der Vorrang zukomme, wenn die Rechtsfolgen beider Normen derart in Widerspruch miteinander stehen, dass die Rechtsfolgen nicht miteinander in Einklang gebracht werden können. Bei der Untersuchung, welche der anzuwendenden Rechtsvorschriften die speziellere sei, müsse davon ausgegangen werden, dass die Geschäftsführer auch Dienstnehmer der GmbH sein können, es aber nicht in jedem Fall sein werden. Ob dies zutrefte, hänge vielmehr von der

---

<sup>339</sup> *Gellis/Feil*, GmbHG, § 15, Rz 15; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 15, Rz 28; VwGH ÖJZ 1982, 135.

<sup>340</sup> *Gellis/Feil*, GmbHG, § 15, Rz 15; vgl auch *Fritz*, Der GmbH- Geschäftsführer, SWK- Sonderheft (1999), S. 103 ff; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 15, Rz 28 mwN.

<sup>341</sup> *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 397; *Krejci*, Gesellschaftsrecht I, S. 100; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 25, Rz 6; *Bollenberger-Klemm*, Geschäftsführerhaftung, S. 35; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2974; *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/10; *Umfahrer*, GmbHG, Rz 262.

<sup>342</sup> OGH JBI 2000, 530 = SZ 73/20; OGH SZ 46/113 = ÖJZ 1974/83 (EvBl) = GesRZ 1974, 100 = NZ 1974, 190 = HS 8451; OGH EvBl 1979/135.

internen Vereinbarung zwischen Gesellschaft und dem Geschäftsführer ab. Die Regelung der Ersatzpflicht des Geschäftsführers behandle einen besonderen Fall, von welchem Dienstnehmer nicht allgemein, sondern nur dann betroffen seien, wenn sie auch gesetzliche Vertreter ihrer Dienstgeber seien. Im Hinblick darauf, dass es sich bei § 25 GmbHG um eine im Interesse der Gläubiger und der Allgemeinheit liegenden Norm handle, müsse angenommen werden, dass § 25 GmbHG für alle Geschäftsführer ohne Rücksicht auf die interne Gestaltung ihrer Rechtsverhältnisse gelte. Deshalb schließe § 25 GmbHG die Anwendung des DHG für solche Dienstnehmer einer GmbH aus, die zugleich ihre Geschäftsführer seien.

Ogleich diese Entscheidung bis heute auch den Meinungsstand der hL<sup>343</sup> wiedergibt, fand sie doch nicht überall Anerkennung. Allen voran kritisierte *Wachter*<sup>344</sup> nicht nur das Ergebnis, sondern vor allem die vom OGH herangezogene Begründung. Insbesondere gab er zu bedenken, dass der Schluss auf die speziellere Norm des § 25 GmbHG zu global vorgenommen worden sei, ohne die einzelnen Prüfungsschritte auch ausreichend begründet zu haben. Im Ergebnis verneint *Wachter* die Spezialität des § 25 GmbHG und bietet stattdessen einen Kompromissvorschlag an. Das DHG soll seiner Ansicht nach nur im Innenverhältnis zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft Anwendung finden; der von der GmbH in Anspruch genommene Geschäftsführer könne sich, sofern er als Arbeitnehmer oder als arbeitnehmerähnliche Person anzusehen sei, im vollen Umfang auf die Haftungserleichterungen des DHG berufen. Im Außenverhältnis, also im Verhältnis zwischen Dritten und Geschäftsführer, soll es hingegen bei der Anwendbarkeit des allgemeinen Schadenersatzrechts bleiben. Dies bedeutet seiner Meinung nach, dass dem Geschäftsführer im Verhältnis zu den Gläubigern, die ihn via „Durchgriff“ gem § 25 Abs 5 bzw 7 GmbHG in Anspruch nehmen, die Haftungserleichterungen des DHG nicht zugute kommen könne.

## **b.) Stellungnahme**

Ich will nun sowohl zu der Entscheidung des OGH<sup>345</sup> als auch zu den von *Wachter* angeführten Kritikpunkten Stellung beziehen. Völlig unbestritten müssen für die Annahme der

---

<sup>343</sup> *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 397; *Krejci*, Gesellschaftsrecht I, S. 100; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 25, Rz 6; *Bollenberger-Klemm*, Geschäftsführerhaftung, S. 35; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2974; *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/10; *Umfahrer*, GmbHG, Rz 262.

<sup>344</sup> *Wachter*, GmbH-Geschäftsführer und Dienstnehmerhaftung, WBI 1990, 221.

<sup>345</sup> OGH JBI 2000, 530 = SZ 73/20; OGH SZ 46/113 = ÖJZ 1974/83 (EvBl) = GesRZ 1974, 100 = NZ 1974, 190 = HS 8451; OGH EvBl 1979/135.

Spezialität<sup>346</sup> zwei Voraussetzungen vorliegen. Erstens muss ein Tatbestand (Spezialtatbestand) alle Merkmale eines anderen (Generaltatbestand) aufweisen und zusätzlich noch mindestens ein Weiteres. Vergleicht man nun den persönlichen Anwendungsbereich des DHG mit jenem des § 25 GmbHG, dann fällt auf, dass sich das DHG auf Dienstnehmer (Lehrlinge), Heimarbeiter und arbeitnehmerähnliche Personen bezieht und zwar völlig unabhängig von der konkret ausgeführten Tätigkeit. Liegen also zB die Voraussetzungen der Dienstnehmereigenschaft vor, dann macht es keinen Unterschied, ob der Betreffende als Installateur, Schilehrer oder als Bankkauffrau beschäftigt ist. Der persönliche Anwendungsbereich des DHG ist daher gänzlich weit gefasst und umfasst Beschäftigte unterschiedlichster Berufsgruppen. § 25 GmbHG knüpft hingegen ausschließlich an die Organstellung<sup>347</sup> an und ordnet die damit verbundenen Haftungsfolgen unabhängig von der intern zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer getroffenen Vereinbarung an<sup>348</sup>. § 25 GmbHG kommt daher ausschließlich für den Geschäftsführer in Betracht; die (vorliegende oder fehlende) Dienstnehmereigenschaft ist dabei irrelevant. Es ist daher, entgegen *Wachter*<sup>349</sup>, sehr wohl anzunehmen, dass die von § 25 GmbHG geforderte Organstellung im Vergleich zur Dienstnehmereigenschaft ein spezielleres Kriterium darstellt. Insofern ist mE dem OGH noch zu folgen.

Als zweite Voraussetzung einer Spezialität müssen die Rechtsfolgen mehrerer Tatbestände in einem unlösbaren Widerspruch stehen, sodass die eine die andere ausschließt<sup>350</sup>. *Wachter*<sup>351</sup> kritisiert mE zu Recht, dass der OGH eine entsprechende Begründung vermissen lässt, doch ist mE auch die von *Wachter* vorgenommene Begründung keineswegs unangreifbar. Zweifellos richtig betont er, dass für einen seriös durchgeführten Vergleich eine globale Gegenüberstellung keinesfalls ausreichend sei. Vielmehr sei es für einen dogmatisch richtigen Vergleich notwendig, jede einzelne Anordnung des § 25 GmbHG dem DHG gegenüberzustellen und die damit verbundenen Rechtsfolgen auf unlösbare Widersprüche zu überprüfen. *Wachter* geht bei der von ihm durchgeführten Prüfung allerdings von unrichtigen gesellschaftsrechtlichen Überlegungen aus, wenn er im Zusammenhang mit § 25 Abs 5 GmbHG von einem „unmittelbaren Durchgriffsrecht“ der Gläubiger spricht. Es ist nämlich

---

<sup>346</sup> Vgl statt vieler *Larenz*, Methodenlehre, 267 f; *Koziol*, Haftpflichtrecht, I, Rz 17/2 ff.

<sup>347</sup> Freilich mit der Einschränkung, dass „faktische Organe“ durch die Anwendbarkeit des § 1299 ABGB und der § 25 Abs 2- 7 GmbHG (§ 84 Abs 2- 6 AktG) analog praktisch den ordnungsgemäß bestellten Organen haftungsrechtlich gleichgestellt sind.

<sup>348</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 6.

<sup>349</sup> *Wachter*, GmbH-Geschäftsführer und Dienstnehmerhaftung, WBI 1990, 221.

<sup>350</sup> *Larenz*, Methodenlehre, S, 267 ff; *Koziol*, Haftpflichtrecht, I, Rz 17/2 ff; OGH SZ 46/11; OGH SZ 70/33.

<sup>351</sup> *Wachter*, GmbH- Geschäftsführer und Dienstnehmerhaftung, WBI 1990, 221.

keineswegs so, dass dem Gläubiger ein unmittelbares Recht zur Verfolgung seiner Ansprüche gegen den Geschäftsführer zukommt, diese haben lediglich die Möglichkeit, sich den Schadenersatzanspruch der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer pfänden und überweisen zu lassen<sup>352</sup>. Damit wird aber auch gleichzeitig das Problem einer echten Konkurrenz zwischen § 25 GmbHG und dem DHG offenkundig. Denn die volle Anwendbarkeit des DHG auch auf Geschäftsführer hätte zur Folge, dass der der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer zustehende Schadenersatzanspruch im Vergleich zum allgemeinen Ersatzrecht erheblich geringer wäre und Gläubiger, die dann im Wege der Pfändung auf diesen Anspruch der Gesellschaft greifen der Gefahr ausgesetzt wären, mit ihren Ansprüchen leer auszugehen. Handelt also der Geschäftsführer beispielsweise leicht fahrlässig und mindert das Gericht den Schadenersatzanspruch der Gesellschaft gegen ihren Geschäftsführer gem § 2 DHG, dann könnte sich ein Gläubiger eben nur diesen verminderten Anspruch pfänden und überweisen lassen, wenn und soweit der Gläubiger sonst von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen kann. Dies wäre aber bereits aus Gläubigerschutzermägungen unhaltbar.

Damit kann jetzt auch die Argumentation *Wachters*<sup>353</sup> widerlegt werden. Wie bereits dargelegt, soll seiner Meinung nach das DHG im Innenverhältnis zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer voll Anwendung finden, im Außenverhältnis zwischen Geschäftsführer und Gläubiger soll es hingegen bei der Anwendung des allgemeinen Schadenersatzrechts bleiben. Nicht anzuwenden sei daher das DHG bei der „Durchgriffshaftung bzw Inanspruchnahme“ des Geschäftsführers durch die Gläubiger der Gesellschaft. Da § 25 GmbHG eine derartige Durchgriffshaftung nicht kennt, kann auch nicht zwischen der Haftung im Innen- und Außenverhältnis unterschieden werden. Vielmehr haftet der Geschäftsführer grundsätzlich nur nach Innen<sup>354</sup> und eine Anwendung des DHG auf den Geschäftsführer einer Gesellschaft, von welcher sonst keine Befriedigung erlangt werden kann, hätte notwendigerweise zur Folge, dass sich der aus der Pfändung und Überweisung ergebende Anspruch des Gläubigers nach der verminderten Haftung des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft bemessen würde. Mit der Gläubigerschutzfunktion des § 25 GmbHG wäre das mE nicht vereinbar.

---

<sup>352</sup> Unstrittig: *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 396; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 25, Rz 2; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 5 mwN.

<sup>353</sup> *Wachter*, GmbH-Geschäftsführer und Dienstnehmerhaftung, WBI 1990, 221.

<sup>354</sup> Unstrittig: *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 394 f; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I, Rz 2/392; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 25 Rz 2; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43, Rz 1; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 5; OGH SZ 53/73 = GesRZ 1980, 146; vgl auch OGH *ecolex* 1993, 248 = EvBl 1993/80 = GesRZ 1993, 110; OGH RdW 1997, 718 = *ecolex* 1998, 137 = WBI 1998/173 = AnwBl 1998, 214.

Wenngleich man *Wachter* wegen der Annahme einer unmittelbaren Durchgriffshaftung des Geschäftsführers nicht (zur Gänze) folgen kann, zeigt er aber dennoch einen Ansatz für eine mögliche Lösung. Soweit genügend Vermögen bei der GmbH zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist, spricht mE nichts gegen eine Anwendung des DHG. Die Gesellschaft befriedigt die Ersatzansprüche ihrer Gläubiger und auf den internen Regress finden die Vorschriften des § 2 ff DHG iVm § 25 GmbHG Anwendung. Soweit allerdings das Vermögen der Gesellschaft nicht ausreicht, um alle Gläubiger zu befriedigen und diese daher gehalten sind, sich (auch) die Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen ihre Geschäftsführer pfänden und überweisen zu lassen, bleibt für die Anwendbarkeit des DHG kein Raum<sup>355</sup>. Der Gläubigerschutz hat hier mE aufgrund der zwingenden gesellschaftsrechtlichen Wertung (§ 25 Abs 5 GmbHG) dem Arbeitnehmerschutz vorzugehen.

## C.) Abdingbarkeit der Diligenzpflicht

### 1.) Allgemeines

Eine weitere Möglichkeit die Haftung des Leitungsorgans zu mildern, wäre die Abdingbarkeit der in § 25 GmbHG bzw § 84 AktG verankerten objektiven Sorgfaltspflicht. Wenngleich beide Haftungsnormen vom selben Verschuldensmaßstab ausgehen, ist doch beiden Gesetzen nicht zu entnehmen, ob die dort verankerte Diligenzpflicht zwingendes oder abdingbares Recht darstellen soll. Es müssen daher die allgemeinen Grundsätze des Zivilrechts in Verbindung mit den Besonderheiten der Kapitalgesellschaften zur Lösung herangezogen werden.

Zunächst ist davon auszugehen, dass innerhalb der vom Gesetz vorgegebenen Grenzen (§ 4 GmbHG, § 17 AktG) der Gesellschaftsvertrag grundsätzlich nach dem Willen der Gesellschafter gestaltet werden kann<sup>356</sup>. Die Privatautonomie der Gesellschafter würde also auf den ersten Blick den Schluss nach sich ziehen, dass die Sorgfaltspflicht durch entsprechende

---

<sup>355</sup> Vermutlich ebenso *Kerschner*, DHG, § 1, Rz 5 f; *Reich-Rohrwig*, GmbH- Recht I, Rz 2/388 und *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 15 vertreten unter Berufung auf *Wachter* die Ansicht, dass soweit die Sorgfaltspflicht des § 25 GmbHG dem Schutz Dritter dient und somit zwingend ausgestaltet ist, für die Anwendbarkeit des DHG kein Raum bleibe. In anderen Fällen könne sich der Geschäftsführer, sofern er als Arbeitnehmer anzusehen sei, aber auf das DHG berufen.

<sup>356</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 4, Rz 17; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 346 mit dem Hinweis, dass alle Ergänzungen zulässig sind, soweit sie vom GmbHG nicht verboten sind; vgl auch *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 17, Rz 34 ff mit einer ausführlichen Darstellung zulässiger Satzungsbestimmungen.

Vereinbarung in der Satzung verändert werden kann, da das Gesetz über die Abdingbarkeit nichts aussagt und damit eine Vereinbarung der Gesellschafter eine entgegenstehende Norm verdrängen würde. Allerdings gibt auch das Privatrecht den Parteien nicht uneingeschränkt freie Hand. Soweit eine Bestimmung im Interesse des allgemeinen Wohls, der Verkehrssicherheit oder dem Schutz wirtschaftlich schwacher Personen nötig ist, wird auch im Privatrecht der zwingende Charakter derartiger Normen bejaht<sup>357</sup>.

Wenngleich über diese allgemeinen Grundsätze kein Zweifel bestehen kann, ist der zwingende oder dispositive Charakter der Sorgfaltspflicht letztlich nur durch Auslegung der entsprechenden Bestimmungen zu ermitteln. Auch über diese Vorgehensweise muss Einigkeit herrschen, die unterschiedlichen Ergebnisse in der Literatur zeigen allerdings, dass über den Charakter der Haftungsnormen Auffassungsunterschiede bestehen.

So vertritt ein Teil der Lehre die Ansicht, dass der in § 25 Abs 1 GmbHG normierte Sorgfaltsmaßstab durch entsprechende Regelungen in der Satzung bis zur Grenze der groben Fahrlässigkeit reduziert werden kann<sup>358</sup>. Als Begründung wird angeführt, dass die Möglichkeit der haftungsentlastenden Weisungen und des Verzichts auf einmal entstandene Ansprüche (§ 25 Abs 7 GmbHG) die Disponibilität der Ansprüche zeige. Entsprechendes findet sich teilweise auch in der deutschen Literatur,<sup>359</sup> da das Gesellschaftsvermögen als gebundenes Sondervermögen auch als Haftungsgrundlage für Dritte zu dienen hat, kann der Umgang damit aber nicht völlig beliebig freigestellt werden, eine Minderung auf grobe Fahrlässigkeit wird aber für möglich gehalten. Der Einwand, wonach die Haftungsregelung des Abs 1 auch dem Gläubigerschutz diene, wird mit dem Argument entschärft, dass dies in erster Linie durch die Kapitalerhaltungsvorschriften des § 25 Abs 3 GmbHG (§ 30 dGmbHG) erreicht werde, Abs 1 hingegen vorrangig die Gesellschaft schütze<sup>360</sup>.

---

<sup>357</sup> *Fröhlich*, Vom zwingenden und nichtzwingenden Privatrecht (1922); *Kramer*, Die normative Kraft des dispositiven Rechts: Am Beispiel der AGB der österreichischen Kreditunternehmungen, ÖJZ 1973, 505; OGH JBI 1997, 250.

<sup>358</sup> *Reich-Rohrwig*, GmbH- Recht I, Rz 2/389; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 25; *Straube, Rauter*, Wege aus dem Labyrinth ? Strategien der Haftungsvermeidung für GmbH-GF, JAP 2007/2008/15; *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/279.

<sup>359</sup> *Marsch-Barner/Dieckmann* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, GmbHG, § 46, Rz 4; *Roth/Altmeppen*, GmbHG, § 43, Rz 82; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43, Rz 5 mwN.

<sup>360</sup> *Marsch-Barner/Dieckmann* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, GmbHG, § 46, Rz 4.

Die in Österreich wohl überwiegend vertretene Lehre im GmbH- und Aktienrecht geht dennoch vom zwingenden Charakter der Sorgfaltspflicht aus<sup>361</sup>, ohne dies allerdings besonders zu begründen. Im Folgenden wird daher versucht, alle in Betracht kommenden Argumente für und gegen die Annahme des zwingenden Charakters der Sorgfaltspflicht sorgfältig abzuwägen und eine logisch nachvollziehbare Entscheidung darzulegen.

## 2.) Interpretation des § 25 Abs 1 GmbHG und des § 84 Abs 1 AktG

Eine *historische Interpretation* des § 43 dGmbHG (auf dessen Grundlage § 25 GmbHG aufbaut<sup>362</sup>) zeigt, dass der Gesetzgeber den Sorgfaltungsmaßstab zwingend ausgestalten wollte. In den amtlichen Begründungen zum Entwurf des deutschen GmbHG heißt es: *Ein geringerer Maßstab darf an die Verantwortlichkeit derselben nicht gelegt werden, zumal es sich dabei nicht bloß um die Interessen der Gesellschafter, sondern auch um diejenigen der Gesellschaftsgläubiger handelt. Der Entwurf gestattet deshalb auch keine Abschwächung der gesetzlichen Diligenzpflicht durch den Gesellschaftsvertrag*<sup>363</sup>.

In den amtlichen Begründungen zu § 84 AktG finden sich keine Hinweise auf den zwingenden oder dispositiven Charakter dieser Norm<sup>364</sup>. Auch das Aktiengesetz 1937 enthält keine ausdrückliche Regelung, vielmehr hat sich in Judikatur und Lehre die Ansicht herausgebildet, dass eine Abweichung vom Gesetz oder eine ergänzende Satzungsregelung nur zulässig ist, wenn dies mit den „zwingenden Wertungsprinzipien“ des Gesetzes vereinbart werden kann<sup>365</sup>. Dies hilft freilich nur wenig weiter, da jetzt entsprechend den allgemeinen Grundsätzen nur feststeht, dass eine zwingende Regelung vorliegt, wenn dies im Interesse der Allgemeinheit oder dem Schutz wirtschaftlich schwacher Personen nötig ist. Weit hilfreicher ist mE ein Blick auf die Parallelbestimmungen des deutschen Rechts, dessen Vorgängerbestimmungen ebenfalls im Aktiengesetz 1937 zu finden sind<sup>366</sup>. § 84 AktG entspricht weitestgehend § 93 dAktG; auch dieser normiert, dass die Vorstandsmitglieder die Sorgfalt eines ordentlichen und

---

<sup>361</sup> *Schneider*, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Organe einer Aktiengesellschaft, ÖJZ 1986, 129; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 237; *Schiemer*, AktG, § 84, 4.1; *Auer*, Rechtsgrundlagen für GmbH- Geschäftsführer, Rz 301; *Umfahrer*, GmbHG, Rz 262; in Deutschland wird die Frage der zwingenden Geltung des Sorgfaltungsmaßstabes ebenfalls überwiegend bejaht- vgl *Wiesner* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, AG, § 26, Rz 4; *Achilles/Enstahler/Schmidt*, GmbHG, § 43, Rz 37; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 32, Rz 92; differenzierend *Ulmer/Paefgen*, GmbHG, § 43, Rz 7.

<sup>362</sup> Vgl *Kastner*, Gesellschafts- und Unternehmensrecht, Rz 169; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25 Rz 2.

<sup>363</sup> *Haas*, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz, S. 296.

<sup>364</sup> *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts, § 84f.

<sup>365</sup> Vgl die ausführlichen Nachweise in *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts, S. 324.

<sup>366</sup> Vgl statt vieler *Hefermehl/Spindler* in Münchener Kommentar, AktG, § 93, Rz 4 f.

gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden haben<sup>367</sup>. Nun sieht § 23 Abs 5 dAktG vor, dass die Satzung von den Vorschriften dieses Gesetzes nur abweichen kann, wenn es ausdrücklich zugelassen ist<sup>368</sup>. Wie schon mehrfach erwähnt, enthält das österreichische Aktienrecht keine § 23 Abs 5 dAktG entsprechende generelle Anordnung der grundsätzlich zwingenden Geltung seiner Bestimmungen. Nun darf aber für das österreichische Aktienrecht daraus nicht geschlossen werden, dass bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit der Verbandswille beliebig Bestimmungen des Aktienrechts gestalten darf. Da sowohl das österreichische als auch das deutsche Aktiengesetz in der heute geltenden Fassung auf das AktG 1937 zurückzuführen sind, ist eher davon auszugehen, dass der historische Gesetzgeber die Sorgfaltspflicht zwingend ausgestalten wollte.

Eine *systematische Interpretation* unterstützt diese Auffassung. An mehreren Stellen im Aktiengesetz wird nämlich der gesetzliche Normalfall normiert und weiters festgehalten, dass eine Abweichung in der Satzung oder durch Satzungsänderung vorgesehen werden kann (§§ 10 Abs 6, § 62 Abs 1, § 71 Abs 3, § 88 Abs 1, 93 Abs 3, 102 Abs 3, 113 Abs 2 AktG, ua). Fehlt bei einer Norm (so wie eben bei § 84 AktG) die ausdrückliche Möglichkeit im Gesetz durch Bildung eines entsprechenden Verbandswillens eine gesetzliche Regelung zu ändern, ist e contrario daraus zu schließen, dass es sich um eine zwingende Norm handeln muss.

Ein weiteres gewichtiges Argument für den zwingenden Charakter des § 84 AktG liefert die Zielvorgabenbestimmung des § 70 AktG. Demnach hat der Vorstand die Gesellschaft so zu leiten, wie es das Wohl des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie das öffentliche Interesse es erfordert. Die Nichterwähnung der Gesellschaftsgläubiger wird völlig herrschend als legistischer Fehler beurteilt, sodass auch deren Interessen bei der Unternehmensführung berücksichtigt werden müssen<sup>369</sup>. Nun stellt die Zielvorgabenregelung eindeutig zwingendes Recht dar<sup>370</sup>, da der Vorstand als Verwalter eines fremden Vermögens nicht sein eigenes, sondern fremde Interessen bei der Unternehmensführung beachten muss. Nun steht aber § 84 Abs 1 AktG in einem unmittelbaren

---

<sup>367</sup> Vgl statt vieler *Wiesner* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, AG, § 26, Rz 5.

<sup>368</sup> Vgl dazu ausführlich *Hefermehl/Spindler* in Münchener Kommentar, AktG, § 23, Rz 148 ff.

<sup>369</sup> Vgl statt vieler *Strasser* in *Jabornegg-Strasser*, AktG, § 70 Rz 19 und *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 70, Rz 10.

<sup>370</sup> *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S 21 ff; *Strasser* in *Jabornegg-Strasser*, AktG, § 70, Rz 18; *Heidinger-Schneider*, AktG, § 70, Rz E.16 heben hervor, dass sich die Leitungsbefugnis des Vorstands aus den zwingenden Bestimmungen des Aktienrechts ergibt. Auch die Materialien zu § 70 AktG unterstreichen, dass die „Leitung der Gesellschaft und damit die Geschäftsführung nunmehr allein beim Vorstand liegt“- vgl *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts, § 70.

Zusammenhang mit der umfassenden Leitungsbefugnis des § 70 AktG<sup>371</sup>. Auf der einen Seite legt § 70 AktG die Zielvorgaben für den Vorstand verbindlich und zwingend fest, auf der anderen Seite normiert § 84 AktG den Sorgfaltsmaßstab, der bei Verfolgung der Zielvorgaben des § 70 AktG jedenfalls zu beachten ist. Nun erscheint es mE einleuchtend, dass die in § 70 AktG zwingend formulierten Zielvorgaben auch den zwingenden Charakter der Sorgfaltspflicht nach sich ziehen müssen. Denn wenn über die Leitungsbefugnis und deren Zielvorgaben nicht disponiert werden kann, muss dies gleichzeitig auch für den dabei zu beachtenden Sorgfaltsmaßstab gelten. Eine Abschwächung der Diligenzpflicht würde nämlich gleichzeitig bedeuten, dass die zwingenden Zielvorgaben unterlaufen werden könnten, da dann die Gefahr bestünde, dass das Vorstandsmitglied andere als die in § 70 AktG normierten Interessen verfolgen würde.

Eine *teleologische Interpretation* der § 25 Abs 1 GmbHG bzw des § 84 Abs 1 AktG zeigt, dass die vom Gesetzgeber dem Leitungsorgan auferlegte objektivierte Sorgfaltspflicht mehrere (möglicherweise gegenläufige) Interessen schützen will. Denn zweifellos liegt es im Interesse der Gesellschaft selbst, wenn die Leitungsorgane möglichst sorgfältig unternehmerische Entscheidungen treffen und daher angehalten sind, als Verwalter eines fremden Vermögens mit dem Gesellschaftsvermögen überlegt und behutsam zu verfahren. Bereits der erhöhte Sorgfaltsmaßstab und die drohende Haftung der Leitungsorgane entfaltet daher eine gewisse Schutzfunktion für die Gesellschaft.

Andererseits zeigen bereits die Bestimmungen über das Mindeststamm(grund)kapital<sup>372</sup>, dass die Kapitalgesellschaften auch im Interesse ihrer Gläubiger über ein Mindestvermögen verfügen müssen<sup>373</sup>. Daher bestreitet heute niemand, dass die strengen Kapitalaufbringungs- und erhaltungspflichten im Kapitalgesellschaftsrecht einen Ausgleich für die fehlende persönliche Haftung der Gesellschafter (Organwalter) darstellen<sup>374</sup>. Insofern leuchtet es ein, dass nicht nur die Kapitalaufbringungs- und erhaltungspflichten, sondern auch der sorgfältige Umgang mit dem Gesellschaftsvermögen auch im Interesse der Gläubiger liegt. Sofern daher ein Geldgeber der Gesellschaft zwar zur wirtschaftlichen Grundlage der Gesellschaft beitragen, aber nicht in

---

<sup>371</sup> Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 227 ff; Strasser in Jabornegg- Strasser, AktG, §§ 77-84, Rz 95; Schlosser, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 28; Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 70, Rz 17.

<sup>372</sup> Siehe § 6 GmbHG und § 7 AktG.

<sup>373</sup> Vgl nur Wiesner in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, AG, § 11, Rz 2; Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 7, Rz 1; Gellis/Feil, GmbHG, § 6, Rz 1; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG, § 6, Rz 3.

<sup>374</sup> Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 192; Reich-Rohrwig, GmbH- Recht I, Rz 1/167; Wiesner in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, AG, § 11, Rz 2; Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 7, Rz 1; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG, § 6, Rz 3.

den internen Entscheidungsablauf eingebunden sein will, dann gebietet auch dieses Missverhältnis zwischen wirtschaftlichem Risiko und fehlender Entscheidungsbefugnis die Einhaltung eines objektivierten, angehobenen Sorgfaltsmaßstab der Verwaltungsträger<sup>375</sup>. Denn das Gesellschaftsvermögen ist angesichts des Trennungsgrundsatzes im Kapitalgesellschaftsrecht das einzige den Gläubigern zur Anspruchsbefriedigung offenstehende Vermögen<sup>376</sup>. Der Gesetzgeber hat diesem Umstand durch ein komplexes System der Kapitalerhaltung und Haftung der Leitungsorgane Rechnung getragen. Dementsprechend dient ein objektiver Sorgfaltsmaßstab nicht nur der Gesellschaft, sondern vor allem auch den Gläubigern. Daher muss weiters klar sein, dass die Gesellschaft über den Sorgfaltsmaßstab nicht einseitig disponieren kann. Dies lässt sich schon aus den eingeschränkten Möglichkeiten des Vergleichs oder Verzichts auf entstandene Ersatzansprüche der Gesellschaft gewinnen. Auch § 25 Abs 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG und § 84 Abs 4 und 5 AktG schränken die Disponibilität der Ersatzansprüche der Gesellschaft gegenüber den Leitungsorganen im Interesse der Gläubiger ein<sup>377</sup>. Dieses Verständnis kann mE auch auf die Sorgfaltspflicht übertragen werden. Denn durch die Herabsetzung der Diligenzpflicht werden gesellschaftsfremde Interessen nachteilig berührt, da das Risiko der Verminderung des Gesellschaftsvermögens als Haftungsmasse auf die Gesellschaftsgläubiger überwälzt wird. Wenn etwa für leichte Fahrlässigkeit des Leitungsorgans nicht mehr gehaftet werden soll, dann steht der Gesellschaft in diesem Fall auch kein Schadenersatzanspruch gegen das Leitungsorgan zu, sodass das Gesellschaftsvermögen in dieser Höhe vermindert wird und das Insolvenzrisiko der Gesellschaft steigt. Dementsprechend muss dafür Sorge getragen werden, dass die Gläubiger der Gesellschaft mit ihren Ansprüchen nicht leer ausgehen. Daher muss mE davon ausgegangen werden, dass angesichts der Einschränkung der Zugriffsmöglichkeit der Gläubiger auf das Gesellschaftsvermögen (Trennungsgrundsatz) und des hohen wirtschaftlichen Risikos der Gläubiger auch eine teleologische Auslegung für den zwingenden Charakter spricht.

Abschließend bleibt festzuhalten, dass mE eine Vielzahl von gewichtigen Argumenten gegen die Möglichkeit der Abdingbarkeit spricht, sodass mE vom zwingenden Charakter der Sorgfaltspflicht ausgegangen werden muss.

---

<sup>375</sup> Haas, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz, S. 28.

<sup>376</sup> Zu den Ausnahmen des Trennungsgrundsatzes vgl. *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 61, Rz 34 ff.

<sup>377</sup> Siehe Kapitel XI.

## VII.) Behauptungs- und Beweislastverteilung

### A.) Allgemeines zur Behauptungs- und Beweislastverteilung im Zivilprozess

Die für die Anwendung einer Rechtsnorm erforderlichen Tatsachen müssen durch Parteibehauptung oder von Amts wegen in den Prozess eingeführt werden (objektive Behauptungslast)<sup>378</sup>. Den Kläger (also die Gesellschaft) trifft die Pflicht, alle rechtsbegründenden Tatsachen zu behaupten, der Beklagte (das Leitungsorgan) hat hingegen alle rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen einzuwenden. Von gesetzlichen Ausnahmen (gesetzliche Beweislastregeln, Prima-facie-Beweis) abgesehen, gilt selbiges grundsätzlich auch für die Beweislast. Daher hat jede Partei alle tatsächlichen Voraussetzungen für die Anwendung der für sie günstigeren Rechtsnormen zu beweisen<sup>379</sup>. Somit hat in der Regel der ein Recht Behauptende die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen und umgekehrt trägt der Beklagte für alle Einredetatsachen die Beweislast. Behauptungs- und Beweislast fallen daher meist zusammen.

Mitunter wird die allgemeine Beweislast zwischen den Parteien verschoben. Die Regeln über die Beweislast sind das Ergebnis einer Gesamtanalogie der wenigen Beweislastvorschriften in der ZPO, sowie jenen Normen des materiellen Rechts, die durch deren Formulierung die Beweislast mitregeln. Einhellig<sup>380</sup> wird daher festgehalten, dass die Regeln über die Beweislast auf Gerechtigkeitserwägungen des Sachrechts beruhen und somit Beweislastregeln eine „typische Ausprägung des Gerechtigkeitsgebots“ darstellen. Daher ist unter Zuhilfenahme der allgemeinen Auslegungsregeln der Sinn und Zweck der jeweiligen gesetzlichen Norm zu bestimmen, um auf diese Weise die Beweislastverteilung vornehmen zu können.

Die auf Gerechtigkeitserwägungen fußende Beweislastverteilung wurde von der Rechtsprechung nur ausnahmsweise für ergänzungsbedürftig gehalten, sodass sich an diesen Regeln auch nichts ändern soll, wenn der im Einzelfall zu führende Beweis schwierig oder unmöglich zu führen ist. Ein Abweichen von der allgemeinen Beweislast wird nur dann für

---

<sup>378</sup> *Ballon*, Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht, Rz 232; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht, Rz 583; *Rechberger in Fasching/Konecny*, Vor § 266, ZPO, Rz 19.

<sup>379</sup> *Ballon*, Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht, Rz 233; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht, Rz 585; *Rechberger in Fasching/Konecny*, Vor § 266, ZPO, Rz 32.

<sup>380</sup> *Klicka*, Beweislastverteilung, S. 47 ff; *Rechberger in Fasching/Konecny*, Vor § 266 ZPO, Rz 27 f mwN.

gerechtfertigt erachtet, wenn besondere Gründe vorliegen<sup>381</sup>. Ein solcher „besonderer Grund“ wurde gelegentlich von der Rechtsprechung angenommen, wenn für den Kläger im Einzelfall ganz besondere Beweisschwierigkeiten bestehen. Aufgrund der „Beweisnähe“ wurde eine Beweislastumkehr von der Rechtsprechung<sup>382</sup> für gerechtfertigt erachtet, wenn der „Kläger im Einzelfall mangels genauer Kenntnisse der Tatumstände ganz besondere, unverhältnismäßige Beweisschwierigkeiten hat, wogegen dem Beklagten die entsprechenden Kenntnisse zur Verfügung stehen und es ihm daher nicht nur leicht möglich, sondern nach den Grundsätzen von Treu und Glauben auch ohne weiteres zumutbar ist, die erforderlichen Aufklärungen zu geben. Entscheidend ist, ob die Umstände des konkreten Falles ausnahmsweise eine solche Überwälzung der Beweislast auf den Beklagten rechtfertigen“. Die Umkehr der Beweislast aufgrund der Beweisnähe einer Partei hat sich mittlerweile zu einem allgemeinen Grundsatz entwickelt, wobei die jüngere Rechtsprechung<sup>383</sup> die Beweislastumkehr nicht nur bei Unkenntnis der Tatumstände annimmt, sondern auch, wenn deren Offenbarung für den Kläger unzumutbar ist.

Andere „Hilfseignen der Beweislastverteilung“, wie etwa die Beweisvereitelung oder der Negativbeweis haben sich bisher in Lehre<sup>384</sup> und Rechtsprechung noch nicht durchsetzen können. Es muss auf sie daher nicht näher eingegangen werden.

## **B.) Zur Beweislastverteilung des § 84 Abs 2 Satz 2 AktG**

### **1.) Überblick**

Wie schon erwähnt, greifen die allgemeinen Beweislastregeln nur, sofern keine gesetzliche Beweislastregel Platz greift. Eine solche findet sich allerdings in § 84 Abs 2 Satz 2 AktG, da nicht die Gesellschaft die Einhaltung des Sorgfaltsmaßstabes nach § 84 Abs 1 AktG, also eine rechtsbegründende Tatsache zu beweisen hat, sondern sich das Vorstandsmitglied durch „Gegenbeweis, dass es die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewendet hat“ von der Schadenersatzpflicht befreien kann.

---

<sup>381</sup> Vgl statt vieler *Rechberger in Fasching/Konecny*, Vor § 266 ZPO, Rz 33 mwN.

<sup>382</sup> OGH ÖB1 1973, 53; OGH SZ 49/109; OGH SZ 50/20; OGH SZ 69/284.

<sup>383</sup> OGH SZ 69/284; vgl auch OGH WBl 1995, 250.

<sup>384</sup> Vgl *Rechberger in Fasching/Konecny*, Vor § 266 ZPO, Rz 35 mwN.

Seit jeher umstritten ist allerdings die Frage, ob § 84 Abs 2 Satz 2 AktG die Beweislast lediglich für das Verschulden, oder auch für die Rechtswidrigkeit umkehrt. Die Ansichten in Lehre und Judikatur divergieren. Fest steht lediglich, dass der AG die Beweislast hinsichtlich des Schadens, der Kausalität und der Adäquanz obliegt<sup>385</sup>.

Der überwiegende Teil im Schrifttum befürwortet eine das Verschulden und die Rechtswidrigkeit umfassende Auslegung, sodass die Gesellschaft in weitere Folge lediglich darzulegen und zu beweisen hat, dass ihr durch das kausale und adäquate Verhalten des Vorstands ein Schaden entstanden ist<sup>386</sup>. Andere hingegen wollen dem Vorstand lediglich die Beweislast hinsichtlich des Verschuldens auferlegen<sup>387</sup>. Für eine Lösung „in der Mitte“ plädiert etwa *Böhler*<sup>388</sup>, welche die Beweislastverteilung zwar auch auf die Rechtswidrigkeit beziehen will, allerdings nur insofern, „als die Gesellschaft Umstände nachweist, die nach der Lebenserfahrung zunächst den Schluss nahelegen, dass der Beklagte sich rechtswidrig verhalten hat und die Schadensursache aus seinem Verantwortungsbereich hervorgegangen ist“. Die Rechtsprechung des OGH hat sich, soweit ersichtlich, noch nicht endgültig für eine der erwähnten Literaturstimmen entschieden. Denn einerseits wird judiziert, dass die Gesellschaft „Tatsachen vorzutragen hat, aus denen ein Schluss auf die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens gezogen werden kann“<sup>389</sup>.“ Daher soll die Behauptungslast ganz offensichtlich zu Lasten der klagenden Gesellschaft verschoben werden und eine „Mittellösung“ angestrebt werden. Andererseits hat der OGH<sup>390</sup> jüngst die Frage, ob von der in § 84 Abs 2 Satz 2 AktG ausdrücklich angeordneten Beweislastumkehr auch die objektive Pflichtwidrigkeit erfasst sein soll, bewusst offen gelassen, wenngleich „nicht verhehlt werden soll, dass die Beweislastumkehr ohne praktische Bedeutung bliebe, würde man sie bloß auf das Verschulden einschränken.“

Angesichts der Vielzahl an Lösungsansätzen empfiehlt sich eine Interpretation der in Frage stehenden Norm. Erst im Anschluss wird versucht, einen dem Interpretationsergebnis entsprechenden Lösungsansatz zu präsentieren.

---

<sup>385</sup> Vgl statt vieler *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 84, Rz 26.

<sup>386</sup> *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 237; *Wiesner* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, AG, § 26, Rz 11; *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 114; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 84, Rz 26; *Hüffer*, AktG, § 93, Rz 16.

<sup>387</sup> *Strasser* in *Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 77-84, Rz 108; für weitere Nachweise vgl *Hüffer*, AktG, § 93, Rz 16.

<sup>388</sup> *Böhler* in FS- *Krejci*, S. 521; ähnlich *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43, Rz 38; *Roth/Altmeppen*, GmbHG, § 43, Rz 75.

<sup>389</sup> OGH RdW 1998, 671; OGH GeS 2007, 243; für weitere Nachweise vgl *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 84, Rz 26, FN 37.

<sup>390</sup> OGH ecollex 2003/22 = GeS 2002, 26 = GesRZ 2002, 86 = RdW 2002/350 = SZ 2002/26 = wbl 2002/227.

## 2.) Interpretation des § 84 Abs 2 Satz 2 AktG

Festzuhalten und außer Streit zu stellen ist zunächst, dass die objektive Pflichtwidrigkeit nie selbst Beweisgegenstand sein kann<sup>391</sup>. Denn Gegenstand des zu führenden Beweises sind Tatsachen, also „konkrete nach Raum und Zeit bestimmte, vergangene oder gegenwärtige Geschehnisse und Zustände der Außenwelt oder des menschlichen Seelenlebens“ und Erfahrungssätze, nicht aber Rechtsfragen<sup>392</sup>. Daher sind nur jene Tatsachen, welche auf die Rechtswidrigkeit schließen lassen, zu beweisen<sup>393</sup>.

§ 84 Abs 2 AktG bestimmt nun, dass *Vorstandsmitglieder, welche ihre Obliegenheiten verletzen, der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet sind und sie sich durch den Gegenbeweis befreien können, dass sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewendet haben*. Die in Abs 2 formulierte Sorgfaltspflicht bezieht sich wiederum auf die Einhaltung der Sorgfaltspflicht in Abs 1. Über die einzuhaltenden Pflichten (also das vom AktG verlangte Verhalten) enthält § 84 Abs 1 AktG allerdings keine Konkretisierung, diese ergeben sich vielmehr aus dem gesamten AktG, der Satzung und einer Vielzahl von Normen außerhalb des AktG. Dies legt nahe, dass Abs 1 einen objektiven Verschuldens- und keinen Rechtswidrigkeitsmaßstab enthält<sup>394</sup>. Denn Maßstab der Rechtswidrigkeit ist das Verhalten des Täters als solches und nicht die persönliche Vorwerfbarkeit der Handlung<sup>395</sup>. Da die Beweislastumkehr des § 84 Abs 2 Satz 2 AktG wiederum auf die in Abs 1 normierte Sorgfaltspflicht Bezug nimmt, spricht eine *Wortinterpretation* eher für eine Einschränkung der Beweislastumkehr auf das Verschulden, da sich, wie schon erwähnt, aus Abs 1 keine konkreten Verhaltenspflichten ableiten lassen<sup>396</sup>.

*Lehner*<sup>397</sup> betont, dass der *historische Gesetzgeber* eine Annäherung der Verschuldenshaftung an eine Erfolgshaftung versucht hat, indem zwar prinzipiell an der Verschuldenshaftung

---

<sup>391</sup> *Lehner*, Die Beweislastverteilung bei der GmbH-Geschäftsführung, GesRZ 2005, 128.

<sup>392</sup> Unstrittig: *Ballon*, Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht, Rz 227; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Vor § 266 ZPO, Rz 44 mwN.

<sup>393</sup> *Lehner*, Die Beweislastverteilung bei der GmbH-Geschäftsführung, GesRZ 2005, 128.

<sup>394</sup> Siehe Kapitel III.F.

<sup>395</sup> *Koziol-Welser*, Bürgerliches Recht, II, S. 312; vgl auch OGH EvBl 1970/294; OGH SZ 49/47.

<sup>396</sup> *Fleck*, Zur Haftung des GmbH- Geschäftsführers, GmbHR 1974, 224; vgl aber auch *Böhler* in FS- *Krejci*, S. 510, welche darauf hinweist, dass anders als in § 1298 ABGB der Gesetzgeber bei der Beweislastumkehr des § 84 Abs 2 Satz 2 AktG nicht vom „Verschulden“, sondern nur von der „Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ spricht. Daher könne ebenso vorgebracht werden, die weite Formulierung des Gesetzgebers spreche auch für eine die Rechtswidrigkeit umfassende Beweislastumkehr.

<sup>397</sup> *Lehner*, Die Beweislastverteilung bei der GmbH-Geschäftsführung, GesRZ 2005, 128. In den Materialien zu § 84 AktG wird lediglich ausdrücklich an der Verschuldenshaftung festgehalten, da den geschäftsführenden Organen nicht jeder „Mut zur Tat“ genommen werden soll. Hingegen wurde der Umfang der Beweislastumkehr

festgehalten wurde, aber im Gegenzug dazu die Beweislastumkehr zu Lasten des Vorstands eingeführt wurde. Allerdings muss auch sie feststellen, dass sich in den Materialien keine Hinweise auf den Umfang der Beweislastumkehr finden lassen. Es darf daher, wie *Lehner*<sup>398</sup> mE fälschlicherweise annimmt, daraus nicht automatisch der Schluss gezogen werden, dass sich das Vorstandsmitglied auch hinsichtlich der Rechtswidrigkeit entlasten muss. Vielmehr lassen sich aus den Materialien keine Anhaltspunkte für den Umfang der Beweislastumkehr gewinnen, sodass diese eben nicht zur Lösung herangezogen werden können. Es kann daher mE aus den Materialien weder ein Argument für noch gegen die Beweislastumkehr auch hinsichtlich der Rechtswidrigkeit gewonnen werden.

Eine *teleologische Interpretation* muss zunächst zu dem Grundsatz zurückgeführt werden, dass jede Beweislastregel auf gewissen Gerechtigkeitserwägungen beruht. Es ist daher in einem ersten Schritt zu fragen, weshalb das materielle Recht gerade dem Vorstandsmitglied gleich § 1298 ABGB den wichtigsten Beweis im Prozess auferlegen soll. Dahinter könnte die Zurechnung von Gefahrenbereichen und die rechtliche Sonderbeziehung zwischen dem Vorstandsmitglied und der Gesellschaft stehen<sup>399</sup>. Es muss nämlich einerseits festgehalten werden, dass das Amt des Vorstands mit einem hohen Risikopotenzial verbunden ist und daher der Gesellschaft leicht ein Schaden entstehen kann und andererseits dieses Verhalten unmittelbar der Gesellschaft zugerechnet wird und daher das Vorstandsmitglied Dritten gegenüber grundsätzlich nicht haftbar gemacht werden kann. Es ist daher nur billig, dass aufgrund der Haftungszurechnung an die Gesellschaft das Vorstandsmitglied im Innenverhältnis die Beweislast zu ihren Lasten auferlegt wird.

Besonderer Erwähnung bedarf in diesem Zusammenhang auch die Parallelbestimmung des § 1298 ABGB und des dahinterstehenden telos, welcher überwiegend dahingehend beurteilt wird, dass § 1298 ABGB einen Beweisnotstand auf Seiten des Geschädigten verhindern will, da für diesen die Lebensverhältnisse in der Sphäre des Verantwortlichen nicht durchschaubar sind<sup>400</sup>. Zweck des § 1298 ABGB sei es demnach, dem Geschädigten Beweisnöte zu ersparen, die durch seine mangelnden Kenntnisse über die Tatumstände hervorgerufen werden, während

---

nicht ausdrücklich thematisiert, sondern lediglich auf die in der Rechtsprechung schon entwickelten Grundgedanken Bezug genommen- vgl; *Torggler*, Business Judgment Rule und unternehmerische Ermessensentscheidungen, ZfRV 2002/9 ff; *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts, § 84 ff.

<sup>398</sup> *Lehner*, Die Beweislastverteilung bei der GmbH-Geschäftsführung, GesRZ 2005, 128.

<sup>399</sup> *Böhler* in FS- *Krejci*, S. 508, FN 21; allgemein *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Vor § 266 ZPO, Rz 34 f.

<sup>400</sup> *Koziol*, Haftpflichtrecht, I, Rz 16/24; *Dittrich-Tades*, ABGB, § 1298, Rz E.1; OGH SZ 55/185 = EvBl 1983/101; OGH SZ 49/66; aA *Reischauer* in *Rummel*, ABGB, § 1298, Rz 3a; vgl dazu ausführlich Kapitel VII.C. 4.

es dem Schädiger aufgrund der Beweismähe leicht möglich ist, den Tatvorwurf durch Vorlage entsprechender Beweise zu entkräften. Die Ähnlichkeit beider Normen lässt den Schluss zu, § 84 Abs 2 Satz 2 AktG beruhe auf demselben Zweck. Sofern man dies wirklich annimmt, spricht viel für eine sowohl die Rechtswidrigkeit, als auch das Verschulden umfassende Auslegung. Denn in den meisten Fällen sind die für die Rechtswidrigkeit relevanten Tatsachen auch für das Verschulden von Bedeutung, sodass sich Verschuldens- und Rechtswidrigkeitsbeweis nicht trennen lassen<sup>401</sup>. Daher könnte mit dem OGH<sup>402</sup> angenommen werden, dass die Beweislastumkehr ohne praktische Bedeutung bliebe, würde man sie bloß auf das Verschulden einschränken. Auch eine *systematische Auslegung* gebietet jener Auslegungsvariante den Vorzug zu geben, welcher einer Bestimmung nicht jeden praktischen Anwendungsbereich nimmt<sup>403</sup>.

Wenngleich der Zweck der Norm zunächst dafür spricht, dem „sachnäheren“ Vorstandsmitglied eine umfassende Beweislast aufzuerlegen, darf nicht übersehen werden, dass dieser Grundsatz in all jenen Fällen nicht greift, in denen das beklagte Vorstandsmitglied sich nicht mehr im Amt befindet und daher nur sehr erschwerten Zugang zu Informationen hat<sup>404</sup>. In diesen Fällen könnte man durchaus vertreten, eine die Rechtswidrigkeit und das Verschulden umfassende Auslegung käme einer Erfolgshaftung gleich, da das unternehmerische Risiko auf das Vorstandsmitglied überwältigt werde<sup>405</sup>. Daher sprechen gute Gründe gegen eine zu weitgehende Beweislastverteilung. Wenngleich die Berufung auf die „Sachnähe“ des Vorstands nicht jeden erdenklichen Fall befriedigend zu lösen vermag, muss schon aus Gründen der Rechtssicherheit beachtet werden, dass eine einheitliche Lösung der Beweislastverteilung angepeilt werden muss. Denn es wäre für die Beteiligten untragbar, würde man je nach Einzelfall die Beweislast auf die Gesellschaft oder das Vorstandsmitglied verteilen. Es kann daher nicht bestritten werden, dass die Beweislastverteilung auch Rechtsklarheit zwischen den Parteien schaffen will. Folglich bedarf es eines Lösungsansatzes, welcher zwar die „Beweismähe“ des Vorstands berücksichtigt, aber gleichzeitig auch die aufgezeigten Schwächen dieses Grundsatzes möglichst verhindert. Aus dieser Sicht gewinnt eine „Mittellösung“ zunehmend an Attraktivität, da einerseits berücksichtigt wird, dass

---

<sup>401</sup> Böhler in FS- Krejci, S. 506; Torggler, Business Judgment Rule und unternehmerische Ermessenentscheidungen, ZfRV 2002/9; Hüffer, AktG, § 93, Rz 3a.

<sup>402</sup> OGH ecolx 2003/22 = GeS 2002, 26 = GesRZ 2002, 86 = RdW 2002/350 = SZ 2002/26 = wbl 2002/227.

<sup>403</sup> Vgl statt vieler Bydlinski in Rummel, ABGB, § 6, Rz 18.

<sup>404</sup> Vgl Wiesner in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, AG, § 26, Rz 10, welcher dafür plädiert, dem ausgeschiedenen Vorstandsmitglied einen Anspruch auf Einsicht in Bücher und Schriften der Gesellschaft zu gewähren; vgl Kapitel VII.C.2.

<sup>405</sup> Reich-Rohrwig, GmbH- Recht I, Rz 2/420; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, § 43, Rz 38.

rechtswidrigkeits- und verschuldensbegründende Tatsachen in der Regel zusammenfallen und andererseits Fallgruppen der fehlenden Informationsmöglichkeit auf Seiten des Vorstands hintangehalten werden.

### 3.) Wertungen der unterschiedlichen Auslegungsergebnisse

Wenngleich jede Gesetzesauslegung mit der Erforschung des Wortsinns zu beginnen hat und innerhalb des äußerst möglichen Wortsinns nach der Bedeutung des Wortes im allgemeinen Sprachgebrauch zu fragen ist<sup>406</sup>, kann in diesem Fall der Wortinterpretation dennoch keine große Bedeutung zugemessen werden. Zwar sprechen mE bessere Gründe der Wortinterpretation für eine Beweislastumkehr nur hinsichtlich des Verschuldens, das Ergebnis der Wortinterpretation ist aber keinesfalls so eindeutig, dass dieser auf jeden Fall gefolgt werden müsste. Denn für Teile der Lehre<sup>407</sup> führt eine wörtliche Auslegung genau zum gegenteiligen Ergebnis und obwohl ich diese Ansicht nicht teile, zeigt dies doch, dass die normative Bedeutung der „Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ noch keinesfalls geklärt ist. Festgehalten muss daher werden, dass zwei Wortsinnbedeutungen möglich sind und in einem solchen Fall der normative Sinn nicht abermals aus dem Wortlaut, sondern gem § 6 ABGB aus der „*eigentümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhang und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers*“ , also nach dem Bedeutungszusammenhang der unklaren Wendung, dem erkennbaren Gesetzeszweck und der Regelungsabsicht des Gesetzgebers zu folgern ist<sup>408</sup>. Auf die Entstehungsgeschichte darf zwar erst zurückgegriffen werden, wenn der Wortlaut einer Bestimmung unklar ist<sup>409</sup>, doch lassen sich, wie bereits gezeigt, aus einer historischen Interpretation gar keine Anhaltspunkte für oder gegen eine Auslegungsvariante gewinnen. Übrig bleibt also nur mehr eine teleologische und systematische Auslegung der in Frage stehenden Norm, auf die allerdings nur Bedacht zu nehmen ist, wenn der Wortlaut einer Norm noch Zweifel offen lässt<sup>410</sup>. Dass dies der Fall ist, kann hier nicht bestritten werden. Daher kann in diesem Zusammenhang nur die teleologische und systematische Auslegung den Ausschlag geben.

---

<sup>406</sup> Vgl statt vieler *Larenz*, Methodenlehre, S. 324 f.

<sup>407</sup> *Böhler* in FS- *Krejci*, S. 510; *Lehner*, Die Beweislastverteilung bei der GmbH- Geschäftsführerhaftung, GesRz 2005, 128 f mwN.

<sup>408</sup> Vgl *Bydlinski*, Thesen zur lex-lata-Grenze der Rechtsfindung, JBl 1997, 617; *Bydlinski* in *Rummel*, ABGB, § 6, Rz 25; OGH SZ 45/41; OGH JBl 2000, 643; OGH SZ 54/120.

<sup>409</sup> Vgl statt vieler *Bydlinski* in *Rummel*, ABGB, § 6, Rz 25.

<sup>410</sup> Vgl *Bydlinski* in *Rummel*, ABGB, § 6, Rz 20 f.

#### 4.) Ergebnis

Dem Gesetzeszweck und Bedeutungszusammenhang folgend, kann mE nur ein „Mittellösung“ sämtlichen sich stellenden Problemen (annähernd) gerecht werden. Denn sie berücksichtigt einerseits den prinzipiell bestehenden Beweisnotstand auf Seiten der Gesellschaft, das Verschwimmen von Rechtswidrigkeits- und Verschuldensebene und andererseits die Schwächen einer undifferenzierten Bezugnahme auf den Grundsatz der Beweisnähe<sup>411</sup>. Daher ist zunächst zu fordern, dass sich die Beweislastumkehr jedenfalls auf das Verschulden bezieht und dass das beklagte Vorstandsmitglied hinsichtlich der Rechtswidrigkeit erst dann beweispflichtig wird, wenn die Gesellschaft nachweist, dass das für den Schaden ursächliche Verhalten in den Pflichtenkreis des Vorstands fällt und eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Pflichtverletzung besteht<sup>412</sup>.

Die Gesellschaft wiederum hat sohin jedenfalls den Eintritt des Schadens, aber auch dessen kausale und adäquate Verursachung zu behaupten und zu beweisen<sup>413</sup>. Freilich kommen auch hier der Gesellschaft Beweiserleichterungen in der Form des Anscheinbeweises (Prima-facie-Beweis) zu. Steht ein typischer Geschehensablauf fest, der nach der Lebenserfahrung auf einen bestimmten Kausalzusammenhang hinweist, dann gelten diese Tatbestandsmerkmale aufgrund des Anscheines als mitbewiesen<sup>414</sup>. Die Rechtsprechung sieht daher den Beweis schon dann als gelungen an, wenn sich „überwiegende Gründe“ für die Verursachung des Schadens finden lassen. Das Vorstandsmitglied hat dann zur Widerlegung einen Gegenbeweis zu führen, der dann erbracht ist, wenn die ernsthafte Möglichkeit eines atypischen Geschehensablaufs besteht<sup>415</sup>. Die Schadenersatzpflicht des Vorstands entfällt außerdem dann, wenn das Vorstandsmitglied nachweisen kann, dass der Schaden auch bei pflichtgemäßen Alternativverhalten eingetreten wäre<sup>416</sup>.

#### 5.) Schadensvermutung in den Fällen des § 84 Abs 3 AktG

---

<sup>411</sup> Vgl dazu ausführlich Kapitel VII.C.2.

<sup>412</sup> *Böhler* in FS- *Krejci*; ähnlich *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 43, Rz 31; *Roth/Altmeyen*, GmbHG, § 43, Rz 75; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43, Rz 38.

<sup>413</sup> Vgl statt vieler *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 43, Rz 31.

<sup>414</sup> *Ballon*, Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht, Rz 241; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Vor § 266 ZPO, Rz 56 f; vgl auch OGH JBI 1992, 188.

<sup>415</sup> *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Vor § 266 ZPO, Rz 64; OGH RZ 1990/57; OGH SZ 69/189.

<sup>416</sup> *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, 114; *Böhler* in FS- *Krejci*, S. 505, FN 6; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 84, Rz 26.

Auf eine Besonderheit sei noch hingewiesen. Vorstößt das Vorstandsmitglied gegen eine Pflicht des § 84 Abs 3 AktG, dann trifft diesen darüber hinaus die Behauptungs- und Beweislast, dass der Gesellschaft daraus kein Schaden entstanden ist<sup>417</sup>. Da die Verletzung dieser Pflichten geradezu zwangsläufig zu einer Minderung des Gesellschaftsvermögens führt, wird in diesen Fällen der Eintritt eines Schadens vermutet<sup>418</sup>. Denn schon aus der Natur der jeweiligen Pflichten ergibt sich, dass diese die Kapitalbasis der Gesellschaft schützen wollen, sodass bei einer Verletzung in aller Regel ein Vermögensschaden der Gesellschaft vorliegen wird. Dies gilt allerdings nicht für Folgeschäden, sodass diese von der Gesellschaft behauptet und bewiesen werden müssen<sup>419</sup>. Auch ist die so weit reichende Beweislastumkehr nur auf die Fälle des Abs 3 begrenzt und gilt nicht auch für andere im Gesetz ausdrücklich genannte Pflichten<sup>420</sup>.

## C.) Zur Beweislastverteilung des § 25 Abs 2 GmbHG

### 1.) Überblick

Während § 84 Abs 2 Satz 2 AktG die Beweislastverteilung ex lege normiert, fehlt eine korrespondierende Norm im GmbHG. Folglich stellt sich die Frage, wie die Beweislast zwischen dem Geschäftsführer und der Gesellschaft aufzuteilen ist. Auf den ersten Blick könnte man durchaus zur Ansicht gelangen, dass mangels einer speziellen Norm die allgemeine Beweislastregel zum Tragen kommt. Demnach müsste die Gesellschaft alle anspruchsbegründenden Tatsachen, also den Eintritt des Schadens, die Kausalität, die Adäquanz, die Rechtswidrigkeit und das Verschulden behaupten und beweisen. Diese Auffassung wird zu Recht von verschiedener Seite bestritten, allerdings basierend auf unterschiedlichen Ansatzpunkten und Begründungen.

Während etwa ein Teil der Rechtsprechung<sup>421</sup> § 84 Abs 2 Satz 2 AktG analog auch im GmbH-Recht anwenden will, hat sich die (ältere) Judikatur<sup>422</sup> noch der allgemeinen Regel der

---

<sup>417</sup> OGH GesRZ 1979, 122 = HS 11.307; OGH GesRZ 1976, 26 = HS 9593 = HS 9597 = ÖJZ 1976/66 = SZ 48/79.

<sup>418</sup> *Schiemer*, AktG, § 84 Rz 6.1; *Wiesner* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, AG, § 26, Rz 17 *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 84, Rz 32; *Hüffer*, AktG, § 93, Rz 22.

<sup>419</sup> *Schiemer*, AktG, § 84, Rz 6.1; *Strasser* in *Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 77-84, Rz 127; *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitgliedern der Aktiengesellschaft, S. 113.

<sup>420</sup> *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 113.

<sup>421</sup> OGH ecolx 2007/262; OGH ecolx 1998, 774.

<sup>422</sup> OGH GesRZ 1986, 97 = ÖJZ 1986/86 (EvBl).

„Beweisnähe“ des Geschäftsführers als Begründung der Beweislastumkehr bedient. Das Schrifttum stützt die Beweislastumkehr entweder auf die analoge Anwendung des § 84 Abs 2 Satz 2 AktG<sup>423</sup>, auf § 1298 ABGB<sup>424</sup>, oder alternativ auf beide Normen<sup>425</sup>.

Unabhängig von den verschiedenen Herangehensweisen ist das Ergebnis der Rechtsprechung und der überwiegenden Lehre sehr ähnlich. Jedenfalls muss der Geschäftsführer behaupten und beweisen, dass ihn an der Schadensverursachung kein Verschulden trifft<sup>426</sup>. Darüber hinaus wird überwiegend vertreten, die Beweislastumkehr auch auf die objektive Pflichtwidrigkeit zu beziehen<sup>427</sup>, wobei die bereits im AktG erwähnte „Mittellösung“ auch im GmbH-Recht Anklang gefunden hat<sup>428</sup>. Der GmbH hingegen obliegt die Beweislast hinsichtlich des Schadens, der Kausalität und der Adäquanz<sup>429</sup>.

Es wird im Folgenden untersucht, ob wirklich eine planwidrige Lücke im GmbHG vorliegt, welche eine analoge Anwendung des § 84 Abs 2 Satz 2 AktG rechtfertigt, ob sich die Beweislastumkehr nicht ohnehin schon aus § 1298 ABGB ergibt, oder ob die von der Rechtsprechung entwickelte Regel der „Beweisnähe“ herangezogen werden muss. Sihin sind die ersten drei Punkte der folgenden Ausführungen ausschließlich der von Lehre und Rechtsprechung herangezogenen Begründungen gewidmet. Erst im Anschluss daran wird ein dem Zweck der herangezogenen Norm entsprechender Lösungsansatz präsentiert.

## 2.) Die Beweislastumkehr aufgrund der „Nähe zum Beweis“

---

<sup>423</sup> *Gellis/Feil*, GmbHG, § 25, Rz 12; *Ulmer/Paefgen*, GmbHG, § 43, Rz 107 mwN.

<sup>424</sup> *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 395; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2963; unklar *Umfahrer*, GmbHG, Rz 261.

<sup>425</sup> *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I, Rz 2/420, FN 357; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 29.

<sup>426</sup> Unstrittig: vgl statt vieler *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I, Rz 2/420.

<sup>427</sup> *Achilles/Enstahler/Schmidt*, GmbHG, § 43, Rz 43; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 25, Rz 12; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 29; kritisch *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I, Rz 2/420.

<sup>428</sup> *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 43, Rz 31; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43, Rz 38; *Ulmer/Paefgen*, GmbHG, § 43, Rz 107; vgl auch OGH eolex 1998, 774 = GBU 1998/10/04 = RdW 1998, 671, wonach die Gesellschaft Tatsachen vorzutragen hat, aus denen ein Schluss auf die Pflichtwidrigkeit des Geschäftsführers gezogen werden kann.

<sup>429</sup> Vgl statt vieler *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/230 f.

Die Argumentation des OGH<sup>430</sup>, wonach die Umkehr der Beweislast auch hinsichtlich der Rechtswidrigkeit aus der allgemeinen Regel folgt, wonach derjenige, der zu einer bestimmten Tätigkeit verpflichtet ist, diese im Zweifel wegen seiner Sachnähe zu beweisen habe, überzeugt mE nicht vollends.

Denn die Gesellschaft ist zwar aktiv legitimiert, vertreten wird die Gesellschaft allerdings, da sie selbst ja nicht postulationsfähig ist, durch „besonders bestellte Vertreter“, oder sofern diese nicht bestellt wurden, durch den Aufsichtsrat<sup>431</sup>. Sofern dem Aufsichtsrat die Befugnis und Pflicht zur Prozessführung zukommt, stehen diesem Überwachungsorgan der Geschäftsführung genügend gesellschaftsrechtliche Mittel zur Verfügung, um sich die notwendigen Kenntnisse und Unterlagen zur Anspruchsverfolgung zu verschaffen. Hat der Aufsichtsrat Zweifel hinsichtlich der Rechtmäßigkeit der zu führenden Geschäfte und erwägt er daher die prozessuale Durchsetzung eines Schadenersatzanspruchs, dann kann der Aufsichtsrat gem § 30 j Abs 1 GmbHG jederzeit einen Bericht über die Angelegenheit der Gesellschaft von den Geschäftsführern verlangen. Ebenso hat der Aufsichtsrat gem § 30 j Abs 3 GmbHG jederzeit die Möglichkeit, in alle Bücher und Schriften der Gesellschaft einschließlich der Vermögensgegenstände Einsicht zunehmen und diese zu prüfen. Es kann daher mE nicht per se behauptet werden, dass es der Gesellschaft (vertreten durch den Aufsichtsrat) mangels entsprechender Kenntnisse unmöglich wäre, den Sachverhalt entsprechend aufzuklären und es daher gleichfalls automatisch zu einer Umkehr der Beweislast kommen müsse. Selbiges ist zu beachten, wenn das beklagte Geschäftsführungsorgan schon aus der Gesellschaft freiwillig ausgeschieden ist bzw von den Gesellschaftern gem § 16 GmbHG abberufen wurde<sup>432</sup>. Es wäre geradezu absurd anzunehmen, dass in einem solchen Fall dem Geschäftsführer aufgrund der „Nähe zum Beweis“ die Beweislast hinsichtlich der Rechtswidrigkeit obliegen soll<sup>433</sup>. Gerade das Gegenteil wäre der Fall; das schon ausgeschiedene Geschäftsführungsmitglied hätte gar keine Möglichkeit mehr, sich entsprechende Unterlagen zur eigenen Entlastung zu beschaffen und dem Aufsichtsrat stehen die schon beschriebenen gesellschaftsrechtlichen Möglichkeiten zur Einsichtnahme und Information zu. Für den Fall, dass ein „besonderer Vertreter“ zur Prozessführung ermächtigt wird, hängt die „Nähe zum Beweis“ naturgemäß von der Person des bestellten Vertreters ab. Handelt es sich dabei um einen anderen Geschäftsführer, dann

---

<sup>430</sup> OGH GesRZ 1986, 97 =ÖJZ 1986/86 (EvBl).

<sup>431</sup> Siehe § 30 I Abs 2 GmbHG.

<sup>432</sup> Wiesner in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, AG, § 26, Rz 10; Böhler in FS-Krejci, S. 520; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, § 43, Rz 44; Hüffer, AktG, § 93, Rz 17.

<sup>433</sup> Vgl die ähnliche Kritik von Wiesner in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, AG, § 26, Rz 10; Böhler in FS-Krejci, S. 520; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, § 43, Rz 44.

bestehen selbst bei bestehender Ressortverteilung Informations- und Überwachungspflichten<sup>434</sup>, sodass von einem „Beweisnotstand“ auf Seiten des die Gesellschaft vertretenden Geschäftsführers nicht die Rede sein kann.

Insgesamt zeigt sich daher, dass die Berufung des OGH auf die „Beweisnähe“ keinesfalls immer zu einer Beweislastumkehr führen muss. Vielmehr würde nach dieser Regel je nach Sachnähe die Beweislast der Gesellschaft oder dem Verwaltungsträger obliegen. Nicht gerechtfertigt erscheint es, mittels dieser Regel undifferenziert dem Geschäftsführer den Beweis des Verschuldens und der Rechtswidrigkeit aufzuerlegen.

### **3.) zur analogen Anwendung des § 84 Abs 2 Satz 2 AktG im GmbHG**

Eine Lücke im Rechtssinn liegt, wie bereits erwähnt, nur dann vor, wenn das GmbHG gemessen an seiner eigenen Absicht unvollständig und daher ergänzungsbedürftig ist.<sup>435</sup> Besonderer Erwähnung bedarf in diesem Zusammenhang wiederum die sogenannte „teleologische Lücke“, bei der die ratio der Norm iVm dem Gleichheitssatz die Erstreckung einer Rechtsfolge einer geregelten Norm auf den gesetzlich nicht geregelten Fall gebietet. In diesem Fall trifft zwar nicht der Wortlaut, aber die dem Gesetz zugrundeliegende Wertung auf den nicht geregelten Fall zu<sup>436</sup>. Folglich muss die Teleologie des GmbHG und insbesondere des § 25 GmbHG zur Feststellung einer Rechtslücke untersucht werden.

Ganz offensichtlich ist, dass § 25 GmbHG durch die Normierung eines objektiven Sorgfaltsmaßstabes die Haftung des Geschäftsführers verschärfen wollte, sodass sich dieser nicht wie ein beliebiger Unternehmer, sondern wie jemand in „verantwortlich leitender Position bei selbständiger treuhändiger Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen“ verhalten sollte<sup>437</sup>. Die Teleologie und Wertung des Gesetzgebers weist also daraufhin, dass die Haftung des Geschäftsführers aufgrund der besonderen Gefahreneigtheit dieser Tätigkeit und der rechtlichen Sonderbeziehung zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer verschärft wurde. Gleiche Gesichtspunkte spielen auch bei der Beweislastverteilung des materiellen Rechts eine Rolle. Konsequenterweise hat daher das

---

<sup>434</sup> Siehe Kapitel V.B.

<sup>435</sup> *Larenz*, Methodenlehre, S. 373; *Bydlinski* in *Rummel*, ABGB, § 7, Rz 2 ff; *Koziol-Welser*, Bürgerliches Recht, I, S. 27; vgl auch OGH JBl 1987, 674; OGH SZ 61/206.

<sup>436</sup> *Bydlinski* in *Rummel*, ABGB, § 7, Rz 2 ff.

<sup>437</sup> *Koppensteiner/Rüffler* unter Hinweis auf OGH GesRZ 1986, 97; OGH SZ 2002/26; vgl OGH SZ 2003/133.

AktG dem Vorstandsmitglied nicht nur einen objektiven Verschuldensmaßstab auferlegt, sondern Gerechtigkeitserwägungen (Beweislastverteilung nach der Zurechnung von Gefahrenbereichen, Einsichtsbereichen und Rechtssicherheit) folgend, auch eine Beweislastumkehr statuiert. Die Wertungen des GmbHG sind also insofern mit jenen des AktG identisch. Dies spricht also zunächst dafür, dass das GmbHG gemessen an seiner eigenen Absicht unvollständig und daher ergänzungsbedürftig ist. Insofern müsste man also mit Teilen der Lehre und Rechtsprechung eine analoge Anwendung des § 84 Abs 2 Satz 2 AktG befürworten<sup>438</sup>. Anderes würde sich nur ergeben, wenn sich die Beweislastumkehr bereits aus dem allgemeinen Zivilrecht ableiten lassen könnte.

#### 4.) zur Anwendbarkeit des § 1298 ABGB

##### a.) Überblick

Eine analoge Anwendung aktienrechtlicher Normen auch im GmbHG würde sich nur rechtfertigen lassen, wenn das allgemeine Zivilrecht eine derartige Ordnungsfrage nicht löst. Davon kann aber insofern nicht ausgegangen werden, als § 1298 ABGB normiert, dass bei Schadenszufügung innerhalb bestehender Sonderbeziehung sich nicht der Geschädigte, sondern der Schädiger hinsichtlich des Verschuldens entlasten muss<sup>439</sup>. Dass eine derartige Sonderbeziehung zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft besteht, kann nicht bestritten werden. Insofern wäre bereits eine passende Norm im ABGB gefunden. Die Problematik und der (vermutliche) Grund für die analoge Anwendung des § 84 Abs 2 Satz 2 AktG durch den OGH liegt in der Reichweite des § 1298 ABGB. Zum einen stellt sich ebenso wie im Aktienrecht auch hier die Frage, ob § 1298 ABGB auch die Beweislast für die objektive Pflichtwidrigkeit (Rechtswidrigkeit) umkehrt. Hinzukommt, dass der OGH<sup>440</sup> im Anschluss an die Lehre *Reischauers*<sup>441</sup> die Anwendbarkeit des § 1298 ABGB auf „Erfolgsverbindlichkeiten“ beschränkt hat. Beide Aspekte sind für die Beweislastumkehr im GmbH-Recht von immanenter Bedeutung. Denn Klarheit muss insofern herrschen, als der Geschäftsführer keinen

---

<sup>438</sup> OGH ecollex 2007/262; OGH ecollex 1998, 774; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 25, Rz 12; *Ulmer/Paefgen*, GmbHG, § 43, Rz 107 mwN.

<sup>439</sup> Vgl statt vieler *Koziol-Welser*, Bürgerliches Recht II, S. 320.

<sup>440</sup> OGH JBI 1990, 723; vgl auch OGH JBI 1994, 829 = ÖBA 1995, 143.

<sup>441</sup> *Reischauer in Rummel*, ABGB, § 1298, Rz 1; *derselbe*, Die Anwendbarkeit des § 1298 ABGB bei Verletzung von Neben(leistungs)- Schutz- und Sorgfaltspflichten, aufgezeigt anhand der Flugunfallentscheidung 2 Ob 300/97z, ÖJZ 2000, 534; *derselbe*, Pistenrand- bzw Pistenumfeldsicherung, JBI 2001, 131; vgl auch *Lukas*, Anwaltschaft und Beweislast, JBI 1994, 62.

Erfolg, sondern lediglich branchen- und situationsadäquate Bemühungen schuldet<sup>442</sup>. Insofern liegt keine „Erfolgsverbindlichkeit“ vor, sodass nach dieser Ansicht die Gesellschaft die Verletzung der gebotenen Sorgfalt beweisen müsste<sup>443</sup>. Der folgende Abschnitt widmet sich daher der Reichweite des § 1298 ABGB und einer (möglichen) Anwendbarkeit auf das Verhältnis zwischen Geschäftsführer und GmbH.

## b.) Die Reichweite des § 1298 ABGB

In einem ersten Schritt wird geprüft, ob § 1298 ABGB auch die Beweislast hinsichtlich der objektiven Pflichtwidrigkeit umkehrt. Die Lehre ist diesbezüglich gespalten<sup>444</sup>. ME ist jener Ansicht im Schrifttum zu folgen, welche grundsätzlich die Beweislastumkehr auch auf die objektive Pflichtwidrigkeit bezieht. Denn, wie *Koziol*<sup>445</sup> ins Treffen führt, brächte eine Einschränkung der Beweislast auf das Verschulden für den Gläubiger kaum eine Erleichterung, da bezüglich des Verschuldens ohnehin schon die Vermutung des § 1297 ABGB eingreife. Darüber hinaus ist entsprechend den Ausführungen zum AktG zu beachten, dass objektive und subjektive Pflichtwidrigkeit bei „Sorgfaltsverletzungen“ in der Regel zusammenfallen und daher der Rechtswidrigkeitsbeweis vom Verschuldensbeweis kaum trennbar sein wird<sup>446</sup>. Insofern kann mit guten Gründen behauptet werden, dass § 1298 ABGB prinzipiell auch die Beweislast in Bezug auf die objektive Pflichtwidrigkeit umkehrt. Allerdings wird dies nach *Wilhelm*<sup>447</sup> auch im Anwendungsbereich des § 1298 ABGB nur dann für gerechtfertigt erachtet, wenn ein „solcher Geschehensablauf vorliegt, welcher die Schadensverursachung durch konkret sorgloses Verhalten wenigstens ziemlich nahelegt“. Andernfalls käme eine derartige Beweislastverteilung einer Erfolgshaftung nahe. Auf die Problematik einer umfassenden Beweislastumkehr wurde bereits hingewiesen. Die Situation unterscheidet sich insofern nicht vom AktG.

Nicht weniger brisant gestaltet sich die von *Reischauer* vorgenommene Differenzierung in „Erfolgs- und Sorgfaltsverbindlichkeiten“ und die Einschränkung des Geltungsbereiches auf

---

<sup>442</sup> Vgl. statt vieler *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I, Rz 2/387.

<sup>443</sup> *Reischauer* in *Rummel*, ABGB, § 1298, Rz 4, 25a.

<sup>444</sup> Dafür: *Koziol*, Haftpflichtrecht I, Rz 16/28; *Reischauer*, Entlastungsbeweis, S. 116; *derselbe* in *Rummel*, § 1298, Rz 2; f; Dagegen: *Binder*, Zur Beweislast bei Vertragsverletzung, JB1 1990, 815; *Welser*, Schadenersatz, S. 63 ff.

<sup>445</sup> *Koziol*, Haftpflichtrecht I, Rz 16/28; vgl. auch *Reischauer* in *Rummel*, ABGB, § 1299, Rz 5.

<sup>446</sup> *Wilhelm*, Wieder Verwirrung um § 1298 ABGB, *ecolex* 1993, 73; *Koziol*, Haftpflichtrecht I, Rz 16/34; *Böhler* in *FS-Krejci*, S. 513; *Torggler*, Business Judgment Rule und unternehmerische Ermessensentscheidungen, *ZfRV* 2002/9 ff; kritisch *Reischauer* in *Rummel*, ABGB, § 1298, Rz 3e.

<sup>447</sup> *Wilhelm*, Wieder Verwirrung um § 1298 ABGB, *ecolex* 1993, 73.

Erfolgsverbindlichkeiten<sup>448</sup>. Ein nicht unbeträchtlicher Teil der Lehre vertritt eine gegenteilige Meinung<sup>449</sup>. Die Auffassungsunterschiede erklären sich aus verschiedenen Interpretationsergebnissen der in Frage stehenden Norm. Während *Reischauer*<sup>450</sup> die ratio des § 1298 ABGB in einem Kompromiss zwischen Verschuldens- und Erfolgshaftung erblickt und daher dem Schuldner einer Erfolgsverbindlichkeit, um unbillige Härten zu vermeiden, noch eine Entlastungsmöglichkeit einräumen will, sehen andere<sup>451</sup> den Zweck der Norm darin, eine Beweisnot des Geschädigten hintanzuhalten. Dementsprechend soll die Beweislast nach Sphären aufgeteilt werden und die Sorgfaltspflichtverletzung in die Sphäre des Schuldners gehören. Die Aufteilung der Beweislast nach Einsichts- und Gefahrenbereichen wird vor allem von *Reischauer*<sup>452</sup> stark kritisiert, mE allerdings zu Unrecht. Zur Untermauerung seiner Argumentation führt er ins Treffen, dass die Beweislastverteilung in diesem Fall bei Delikts- und Vertragsverletzungen gleich sein müsste. Würde man die ratio des § 1298 ABGB auf einen allfälligen Beweisnotstand beschränken, würde dies eine willkürlich unterschiedliche Regelung für Delikts- und Vertragsrecht bedeuten, welche man den Gesetzgeber nicht unterstellen dürfe. Seiner Meinung nach lassen sich keine gesetzlichen Grundlagen für eine Beweislastverteilung nach Einsichts- und Gefahrenkreisen finden. Dem ist entgegenzuhalten, dass § 1298 ABGB anders als etwa das Deliktsrecht an einer rechtlichen Sonderbeziehung anknüpft<sup>453</sup>. Diese im Vergleich zum allgemeinen Deliktsrecht geschaffene Nahebeziehung zwischen den Parteien rechtfertigt es, dem Sachnäheren die Beweislast aufzuerlegen. Denn durch die besondere Leistungsbeziehung zwischen den Parteien nimmt der Schuldner einer Leistung eine gewisse Vertrauensposition ein, sodass es ihm ohne weiteres zugemutet werden kann, etwaige Aufklärungen über die Verletzung des Schuldverhältnisses zu geben.

Legt man nun die Beweislastverteilung nach Einsichts- und Gefahrenbereichen auch § 1298 ABGB zu Grunde, dann kann zwischen „Erfolgsverbindlichkeiten“ und

---

<sup>448</sup> *Lukas*, Anwaltshaftung und Beweislast, JBl 1994, 62; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB, § 1298, Rz 1; *derselbe*, Die Anwendbarkeit des § 1298 ABGB bei Verletzung von Neben(leistungs)- Schutz- und Sorgfaltspflichten, aufgezeigt anhand der Flugunfallentscheidung 2 Ob 300/97z, ÖJZ 2000, 534; *derselbe*, Pistenrand- bzw Pistenumfeldsicherung, JBl 2001, 131.

<sup>449</sup> *Wilhelm*, Wieder Verwirrung um § 1298 ABGB, eolex 1993, 73; *Harrer* in *Schwimann*, ABGB, § 1298, Rz 5 f; *Dittrich-Tades*, ABGB, § 1298, Rz E.1; für weitere Nachweise vgl *Koziol-Welser*, Bürgerliches Recht II, S. 321.

<sup>450</sup> *Reischauer* in *Rummel*, ABGB, § 1298 Rz 3 f; *derselbe*, Die Anwendbarkeit des § 1298 ABGB bei Verletzung von Neben(leistungs)- Schutz- und Sorgfaltspflichten, aufgezeigt anhand der Flugunfallentscheidung 2 Ob 300/97z, ÖJZ 2000, 534; *derselbe*, Pistenrand- bzw Pistenumfeldsicherung, JBl 2001, 131.

<sup>451</sup> *Wilhelm*, Verwirrung um die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB, eolex 1990, 773; *Koziol*, Haftpflichtrecht I, Rz 16/24; *Böhler* in *FS-Krejci*, S. 515; *Dittrich-Tades*, ABGB, § 1298 Rz E.1.

<sup>452</sup> *Reischauer*, Entlastungsbeweis, S. 167ff; *derselbe* in *Rummel*, ABGB, § 1298, Rz 3 f.

<sup>453</sup> *Binder*, Zur Beweislast bei Vertragsverletzungen, JBl 1990, 814; *Wilhelm*, Verwirrung um die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB, eolex 1993, 73.

„Sorgfaltsverbindlichkeiten“ insofern kein Unterschied bestehen. In beiden Fällen hat der Schuldner hinsichtlich der in seiner Sphäre liegenden Umstände die bessere Einsichtsmöglichkeit, sodass es diesem leichter möglich ist, über Verhinderungsgründe zu berichten. Vereinzelt Ausnahmen des Grundsatzes der Beweisnähe können durch das Gebot der Rechtssicherheit und der im Aktienrecht dargestellten eingeschränkten Vermutung der Rechtswidrigkeit auf „typische Geschehensabläufe“ abgefangen werden. Darüber hinaus spricht auch der Wortlaut des § 1298 ABGB für eine auch die „Sorgfaltsverbindlichkeiten“ umfassende Auslegung. Denn unter einer vertraglichen oder gesetzlichen „Verbindlichkeit“ ist wohl die Gesamtheit der wechselseitigen Rechte und Pflichten zwischen Gläubiger und Schuldner zu verstehen, sodass dieser Terminus auf das gesamte Schuldverhältnis hinweisen soll<sup>454</sup>. Eine solche „Verbindlichkeit“ besteht aber auch bei der von *Reischauer*<sup>455</sup> ins Treffen geführten Kategorie der „Sorgfaltsverbindlichkeiten“, nur dass die konkrete Verbindlichkeit nicht in der Ablieferung eines Erfolges, sondern eben in adäquater Bemühung und fachgemäßer Beratung besteht. Es besteht daher mE kein stichhaltiger Grund, § 1298 ABGB nicht auch bei „Sorgfaltsverbindlichkeiten“ anzuwenden, sodass auch die vom Geschäftsführer geschuldete branchenmäßige Bemühungspflicht dem Grunde nach unter § 1298 ABGB subsumiert werden müsste.

## 5.) Ergebnis

Den vorherigen Ausführungen folgend, sprechen mE bessere Argumente für die Anwendbarkeit des § 1298 ABGB auf die vom Geschäftsführer geschuldete „Sorgfaltsverbindlichkeit“. Insofern bedarf es gar keiner analogen Anwendung des § 84 Abs 2 Satz 2 AktG, wenngleich sich materiell-rechtlich keine Unterschiede zwischen den beiden Normen ausmachen lassen. Denn hier wie da gebietet der telos der „Beweisnähe“ die prinzipielle Umkehr der Beweislast auf das Leitungsorgan. Die Schwächen einer uneingeschränkten Befolgung dieses Prinzips wurden bereits aufgezeigt, ebenso wie das Streben nach einer einheitlichen Lösung (Rechtssicherheit). Insofern wird auch hier nur eine „vermittelnde Lösung“ sämtlichen Zwecken gerecht. Dementsprechend sollte die Beweislast bezüglich der objektiven Pflichtwidrigkeit nur dann umgekehrt werden, sofern eine gewisse Wahrscheinlichkeit der Rechtswidrigkeit besteht. Es bestehen insofern keine Unterschiede zu § 84 Abs 2 Satz 2 AktG, sodass auf diese Ausführungen verwiesen werden darf.

---

<sup>454</sup> *Binder*, Zur Beweislast bei Vertragsverletzungen, JBl 1990, 814.

<sup>455</sup> *Reischauer*, Entlastungsbeweis, S. 167ff; *derselbe* in *Rummel*, ABGB, § 1298, Rz 3 f.

## 6.) Schadensvermutung in den Fällen des § 25 Abs 3 GmbHG

Auch im GmbH-Recht wird bei der Verletzung von Pflichten des § 25 Abs 3 GmbHG vertreten, dass den Geschäftsführer über die Beweislastumkehr hinsichtlich der Sorgfaltspflicht hinaus auch die Pflicht trifft, den Nichteintritt des Schadens zu behaupten und zu beweisen<sup>456</sup>. Folgeschäden müssen wiederum von der Gesellschaft bewiesen werden. Es gilt das bereits zum AktG ausgeführte.

## VIII. § 25 GmbHG und § 84 AktG als Schutzgesetze zugunsten der Gläubiger?

### A.) Allgemeines zum Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB

Unter einem Schutzgesetz werden abstrakte Gefährdungsverbote verstanden, die nach ihrem Schutzzweck bestimmte Personen gegen die Verletzung von Rechtsgütern schützen wollen<sup>457</sup>. Genauer gesagt liegt ein Schutzgesetz dann vor, wenn sich aus dem Schutzzweck, welcher mittels teleologischer Interpretation zu ermitteln ist, ergibt, dass die in Frage stehende Norm das gebotene Verhalten genau normiert und gerade den Schutz bestimmter, individualisierbarer Interessen vor Augen hat<sup>458</sup>. Auf die körperschaftsrechtlichen Anspruchsgrundlagen umgelegt bedeutet dies, dass eine Deutung als Schutzgesetz zugunsten der Gläubiger nur dann gerechtfertigt ist, wenn sich nach Durchführung einer teleologischen Interpretation der Schutz einer ganz bestimmten Personengruppe, nämlich der Gläubiger der Gesellschaft, ableiten lässt. Würde man dies bejahen, dann hätte dies zur Folge, dass ein zuwiderhandelnder Geschäftsführer bzw Vorstand nicht nur der Gesellschaft gegenüber, sondern auch den Gesellschaftsgläubigern direkt haften würde<sup>459</sup>. Umgekehrt hätte der Gesellschaftsgläubiger die Möglichkeit, seinen Schadenersatzanspruch direkt gegen das verbotswidrig handelnde Leitungsorgan zu richten. Praktisch relevant wird dies freilich nur in

---

<sup>456</sup> Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I, Rz 2/416 ff; Gellis/Feil, GmbHG, § 25, Rz 12; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43, Rz 49; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG, § 25, Rz 29; Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/231.

<sup>457</sup> Vgl statt vieler Koziol, Haftpflichtrecht I, Rz 1/5 und Umfahrer, GmbHG, Rz 279.

<sup>458</sup> Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2961.

<sup>459</sup> Vgl statt vieler Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung, Rz 1/71.

jenen Fällen sein, in denen der Gläubiger von der Gesellschaft keine oder nur eine unzureichende Befriedigung erlangen kann.

Die unmittelbare Haftung der organschaftlichen Vertreter bei Verletzung eines Schutzgesetzes ist keine Eigenart des Gesellschaftsrechts. Vielmehr lassen sich diese Grundsätze, wie der OGH<sup>460</sup> ausführt, aus dem Zivilrecht ableiten. Demnach haften organschaftliche Vertreter den Gläubigern dann unmittelbar, wenn sie eine gerade zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger erlassene Norm schuldhaft verletzen, in Ausübung ihrer Tätigkeit eine gegen die Gläubiger gerichtete strafbare Handlung begehen, absolut geschützte Rechtsgüter verletzen oder gegen die guten Sitten verstoßen.

Sinnvoll erscheint es mir, den Tatbestand des § 25 GmbHG und des § 84 AktG in zwei Teile zu zerlegen und diese gesondert auf die Schutzgesetzeigenschaft zu überprüfen. Wie noch zu zeigen sein wird, verfolgen die Abs 1 und Abs 3 der beiden Normen unterschiedliche Zielrichtungen, sodass eine gemeinsame Prüfung mehr Verwirrung als Klarheit bringen würde.

## **B.) § 25 Abs 1 GmbHG und § 84 Abs 1 AktG als Schutzgesetze zugunsten der Gläubiger?**

### **1.) Rechtfertigung der hL und Rechtsprechung**

Die absolut hL<sup>461</sup> und Rechtsprechung<sup>462</sup> verneint den Schutzgesetzcharakter des § 25 Abs 1 GmbHG und des § 84 Abs 1 AktG. Dies wird ganz offensichtlich als so selbstverständlich erachtet, dass es an einer ausführlichen Begründung fehlt. Lediglich *Koppensteiner*<sup>463</sup> versucht anhand der Materialien nachzuweisen, dass § 25 GmbHG lediglich eine Innenhaftung anordnet, andere hingegen geben den herrschenden Meinungsstand unwidersprochen wieder bzw verweisen auf die ständige Rechtsprechung des OGH. Im Ergebnis ist dem freilich beizupflichten, dennoch wird versucht, eine Begründung

---

<sup>460</sup> Vgl OGH *ecolex* 2001/177; für Deutschland vgl *Hofmann/Liebs*, Der GmbH-Geschäftsführer, Rz 831; *Achilles/Enstahler/Schmidt*, GmbHG, § 43, Rz 55.

<sup>461</sup> *Schiemer*, AktG, § 84, Rz 1.2; *Wagner*, Geschäftsführerhaftung und URG, S. 30; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 1080; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 84, Rz 20f; *Achilles/Enstahler/Schmidt*, GmbHG, § 43, Rz 55; *Lehner*, Die Beweislastverteilung bei der GmbH-Geschäftsführerhaftung, *GesRZ* 2005, 128; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 25, Rz 2; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 32, Rz 97; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25 Rz 2f; ausführlich *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2961; *Heidinger-Schneider*, AktG, § 84, Rz E.36.

<sup>462</sup> Vgl nur OGH *JB1* 1965, 90; OGH *ÖJZ* 1977/240 (EvBl).

<sup>463</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 2 f.

entsprechend dem telos der Normen zur Untermauerung der hL und Rechtsprechung zu finden. Dies wird hilfreich sein, um den Schutzzweck des § 25 Abs 1 GmbHG und des § 84 Abs 1 AktG von ihren Abs 3 entsprechend abgrenzen zu können.

Zunächst sollte davon ausgegangen werden, dass der GmbH und der AG eine von ihren Mitgliedern losgelöste eigenständige Rechtspersönlichkeit zukommt. Wenngleich dies eigentlich gar keiner besonderen Erwähnung bedarf, erhellt daraus, dass durch die juristische „Verselbständigung“ der Gesellschaft die Rechts- und Vermögenssphäre der Gesellschafter strikt von jener der Gesellschaft zu unterscheiden ist<sup>464</sup>. Dementsprechend ordnet § 61 GmbHG (§§ 1, 48 AktG) an, dass für Verbindlichkeiten der Gesellschaft nur das Gesellschaftsvermögen haftet. Sofern daher die Gesellschaft Endzurechnungssubjekt von Rechten und Pflichten wird, haften nicht die Gesellschafter für ihre Verbindlichkeiten, sondern die Gesellschaft als eigenständiger Rechtsträger<sup>465</sup>. Es ist daher evident, dass durch die Aufspaltung in handelndes und zuzurechnendes Subjekt ein Haftungsrisiko für Dritte entstehen kann. Dem versucht der Gesetzgeber primär durch zwingende Kapitalaufbringungs- und erhaltungsvorschriften Herr zu werden<sup>466</sup>. All dies würde aber ins Leere gehen, würde der Gesetzgeber keinen Verhaltensmaßstab im Umgang mit dem Gesellschaftsvermögen normieren. Da das Gesellschaftsvermögen die einzige Befriedigungsmöglichkeit der Gläubiger darstellt und § 25 Abs 1 GmbHG bzw § 84 Abs 1 AktG als zentrale Haftungsnorm den sorgfältigen Umgang damit anordnen, ergibt sich daraus mE, dass diese Normen mittelbar auch die Gesellschaftsgläubiger schützen wollen<sup>467</sup>. Sofern die Leitungsorgane entsprechend sorgfältig mit dem Gesellschaftsvermögen wirtschaften, profitiert nicht nur die Gesellschaft, sondern durch das wachsende Gesellschaftsvermögen steigt auch die Befriedigungswahrscheinlichkeit der Gesellschaftsgläubiger. Das Gläubigerinteresse an der sorgfältigen Führung und Leitung der Gesellschaft geht in diesen Fällen im Gesellschaftsinteresse auf<sup>468</sup>. Wenngleich also beide Haftungsnormen unzweifelhaft mittelbar auch die Gläubiger schützen, kann ihnen aber

---

<sup>464</sup> Vgl statt vieler *Gellis/Feil*, GmbHG, § 61, Rz 1 ff.

<sup>465</sup> So genannter Trennungsgrundsatz: vgl *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 48, Rz 5; *Achilles/Enstahler/Schmidt*, GmbHG, § 13, Rz 9; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 61, Rz 1 ff; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 61, Rz 6; *Hüffer*, AktG, § 1, Rz 8.

<sup>466</sup> Unstrittig: *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 48, Rz 6; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 61, Rz 1; *Hüffer*, AktG, § 1, Rz 10 ff; OGH ecollex 2006/172 = GeS 2006, 164 = GesRZ 2006, 18 = JBl 2006, 388 = ÖBA 2006, 293.

<sup>467</sup> In der Lehre wird diese Problematik in der Regel mit dem Einwand abgetan, § 25 Abs 1 GmbHG (§ 84 Abs 1 AktG) stelle kein Schutzgesetz zugunsten der Gläubiger dar. Dennoch kann eine gläubigerschützende Funktion des Sorgfaltsmaßstabes nicht geleugnet werden- vgl *Haas*, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz, S. 18. 28; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43, Rz 1; *Hüffer*, AktG, § 93, Rz 1.

<sup>468</sup> *K.Schmidt* ZIP 1988, 1497, 1504; *derselbe*, Zur Durchgriffsfestigkeit der GmbH, ZIP 1994, 837, 843; *Haas*, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz, S. 18.

dennoch nicht jener gläubigerschützende Zweck zugesonnen werden, welchen es benötigen würde, um zur Qualifikation eines Schutzgesetzes iSd § 1311 ABGB zu gelangen. Dagegen spricht zunächst, dass beide Anspruchsgrundlagen von einer solventen, also zahlungsfähigen Gesellschaft ausgehen. Für den Schutz der Gläubiger genügt es, wenn ihre Forderungen bei einer solventen Gesellschaft im Gesellschaftsvermögen Deckung finden. Erst ab dem Eintritt der materiellen Insolvenz der Gesellschaft kommt dem Gesellschaftsvermögen die ausschließliche Funktion als Haftungsmasse zu<sup>469</sup>.

Hinzukommt, dass zumindest im Bereich des Aktienrechts den Gläubigern ein eigenes Instrument der Anspruchsverfolgung eingeräumt wurde. Nach § 84 Abs 5 AktG können Ersatzansprüche der Gesellschaft auch von den Gesellschaftsgläubigern unmittelbar im eigenen Namen geltend gemacht werden, sofern sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können<sup>470</sup>. Der Gesetzgeber hat somit dafür Sorge getragen, dass die Gläubiger auch bei unzureichendem Gesellschaftsvermögen auf einfache und unkomplizierte Weise Befriedigung erlangen können<sup>471</sup>. Demnach ist es auch aus der Sicht der Gläubiger einer AG nicht erforderlich eine direkte Anspruchsgrundlage gegen das verbotswidrig handelnde Leitungsorgan zu schaffen<sup>472</sup>. Es muss daher mE mit der hL<sup>473</sup> davon ausgegangen werden, dass auch durch ein Innenhaftungsmodell die Interessen der Gläubiger ausreichend geschützt werden.

---

<sup>469</sup> Siehe dazu ausführlich Kapitel VIII.C.2.

<sup>470</sup> Siehe Kapitel XIII.

<sup>471</sup> Im Bereich des GmbHG kann der Gläubiger lediglich im Wege einer Forderungsexekution auf die Forderung der Gesellschaft greifen. Eine analoge Anwendung der aktienrechtlichen Einziehungsermächtigung scheidet aus – siehe Kapitel XIII.G.

<sup>472</sup> Freilich hängt die Einziehungsermächtigung davon ab, dass sich die Gesellschaftsforderung noch im Vermögen der Gesellschaft befindet. Sofern das Gesellschaftsvermögen durch einen Akt der Haftungsbefreiung iSd § 84 Abs 4 Satz 3 AktG vermindert wird, bleibt allerdings nach § 84 Abs 5 AktG die Einziehungsermächtigung aufrecht. An die Schutzgesetzzeigenschaft könnte man allerdings denken, wenn das schädigende Verhalten des Leitungsorgans zwar in die Vermögenssphäre des Gläubigers nachteilig eingreift, aber der Gesellschaft Vermögensvorteile bringt und die Gläubiger wegen des unzureichenden Gesellschaftsvermögens gezwungen werden, auf die Schadenersatzansprüche der Gesellschaft zu greifen. In diesen Fällen hätte der Gläubiger zwar einen Anspruch gegen die Gesellschaft, könnte diesen aber bei einer insolventen Gesellschaft nicht mehr einbringlich machen. Darüber hinaus gehen mangels eines Schadens bei der Gesellschaft die Einziehungsermächtigung und die Forderungsexekution (des Schadenersatzanspruchs) ins Leere.

<sup>473</sup> *Schiemer*, AktG, § 84, Rz 1.2; *Wagner*, Geschäftsführerhaftung und URG, S. 30; *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 1080; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 84, Rz 20f; *Achilles/Enstahler/Schmidt*, GmbHG, § 43, Rz 55; *Lehner*, Die Beweislastverteilung bei der GmbH-Geschäftsführerhaftung, GesRZ 2005, 128; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 25, Rz 2; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 32, Rz 97; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25 Rz 2f; ausführlich *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2961; *Heidinger-Schneider*, AktG, § 84, Rz E.36.

## 2.) vereinzelte Kritik dieser Rechtsansicht

Vereinzelt finden sich Lehrmeinungen, die entgegen der hL und Rechtsprechung den Schutzgesetzcharakter des § 25 GmbHG<sup>474</sup> bejahen<sup>475</sup>. Begründet wird dies mit § 25 Abs 5 GmbHG, wonach der Geschäftsführer trotz Befolgung einer Weisung nicht von seiner Schadenersatzpflicht befreit werden kann, wenn die Ersatzpflicht zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist. Aus § 25 Abs 5 GmbHG soll sich demnach ergeben, dass alle Bestimmungen des § 25 GmbHG Schutzgesetze iSd § 1311 ABGB seien.

Dem ist mE entgegenzuhalten, dass der primäre Zweck des § 25 Abs 5 GmbHG auf einer ganz anderen Prämisse beruht. Die Generalversammlung hat als oberstes Organ innerhalb der Gesellschaft die Möglichkeit, dem Geschäftsführer verbindliche Weisungen zu erteilen. Dass die Befolgung einer solchen Weisung grundsätzlich zum Entfall der Haftung des Geschäftsführers führen muss, ergibt sich schon daraus, dass dieser gesellschaftsrechtlich gehalten ist, solche Beschlüsse auch zu befolgen<sup>476</sup>. Der Generalversammlung soll aber nach dem gesetzlichen Leitbild des § 25 Abs 5 GmbHG nicht die Kompetenz zukommen, durch die Erteilung einer für die Gesellschaft nachteiligen Weisung die Befriedigungsmöglichkeit der Gläubiger zu vereiteln. Daher wirkt nur dann eine Weisung nicht haftungsentlastend, wenn der Schadenersatzanspruch der Gesellschaft gegenüber dem Geschäftsführer zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist. Wenngleich § 25 Abs 5 GmbHG ebenso wie dessen Abs 1 mittelbar das Gesellschaftsvermögen und somit die Haftungsmasse der Gläubiger schützen will, kann daraus aber nicht der unmittelbare Schutz der Gläubigerinteressen abgeleitet werden. Denn auch hier wird durch das System der Innenhaftung ausreichend auf die Interessen der Gläubiger Bedacht genommen. Führt eine Weisung nicht zur Entlastung des Geschäftsführers, wird der Schadenersatzanspruch der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer Teil des Gesellschaftsvermögens und somit ist auch der Zugriff der Gläubiger darauf eröffnet.

---

<sup>474</sup> Zu § 84 AktG konnte solch eine Mindermeinung nicht gefunden werden.

<sup>475</sup> Vgl etwa *Auer*, Rechtsgrundlagen für GmbH-Geschäftsführer, Rz 311.

<sup>476</sup> Vgl statt vieler *Gellis/Feil*, GmbHG, § 25, Rz 16; ausführlich Kapitel X.B.

## C.) § 25 Abs 3 GmbHG und § 84 Abs 3 AktG als Schutzgesetze zugunsten der Gläubiger?

### 1.) Allgemeines

§ 25 Abs 3 GmbHG und § 84 Abs 3 AktG enthalten besondere Haftungsgrundlagen, deren übereinstimmender Zweck im Schutz der Kapitalgrundlage besteht<sup>477</sup>. Obgleich auch hier die hL<sup>478</sup> nur eine Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft zulassen will, lässt sich die Ablehnung eines Schutzgesetzes zugunsten der Gläubiger hier nicht so einfach begründen, zumal auch Kritiker der Außenhaftung eingestehen müssen, dass die besonderen Haftungsfälle des Abs 3 die Interessen der Gläubiger schützen wollen<sup>479</sup>. Es kann daher keineswegs pauschal für alle Fälle des Abs 3 behauptet werden, dass deren Zweck ausschließlich im Schutz der Gesellschaft besteht, vielmehr kommt den Haftungsnormen des Abs 3 wegen des besonderen Schutzes des Gesellschaftsvermögens auch gläubigerschützende Funktion zu. Ob dies die Annahme rechtfertigt, dass einzelne oder alle Fälle des Abs 3 gerade das Ziel verfolgen, die Interessen der Gesellschaftsgläubiger zu schützen, muss daher für jede Ziffer gesondert überprüft werden. Auch wird, um ein nachvollziehbares Ergebnis zu liefern, versucht, jene Normen im GmbH- und AktG, welche den Gläubigern der Gesellschaft ex lege eine direkte Anspruchsgrundlage gegen die Geschäftsleitung geben, mit den einzelnen Tatbeständen des Abs 3 zu vergleichen und den unterschiedlichen (oder gleichen) telos herauszuarbeiten. Ebenso wird partiell auf die von der Rechtsprechung und Lehre entwickelten Grundsätze der unmittelbaren Haftung der Geschäftsleitung eingegangen. Beides wird hilfreich sein, die Annahme der hL zur Innenhaftung zu untermauern, oder aber doch in einzelnen Fällen zu einem von der hL abweichendem Ergebnis zu gelangen.

---

<sup>477</sup> Schiemer, AktG, § 84, Rz 6.1; Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 238, 395; Strasser in Jabornegg-Strasser, AktG, §§ 77- 84, Rz 122; Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 84, Rz 2; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG, § 25, Rz 2; vgl auch Hüffer, AktG, § 93, Rz 22.

<sup>478</sup> Schiemer, AktG, Rz 1.2; Wagner, Geschäftsführerhaftung und URG, S. 29; Strasser in Jabornegg-Strasser, AktG, §§ 77- 84, Rz 101; Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 84, Rz 20 f; Achilles/Enstahler/Schmidt, GmbHG, § 43, Rz 55; Gellis/Feil, GmbHG, § 25, Rz 2; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43, Rz 1; Bollenberger-Klemm, Geschäftsführerhaftung, S. 76; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG, § 25, Rz 2; Hüffer, AktG, § 93, Rz 3; Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/31.

<sup>479</sup> Vgl nur Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 238, 395; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43, Rz 1 u. 48 ff; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG, § 25, Rz 1.

## 2.) Die Verteilung des Gesellschaftsvermögens

### a.) Normzweck der Kapitalerhaltungsnormen

§ 25 Abs 3 Z 1 GmbHG und § 84 Abs 3 Z 1-3 AktG stellen klar, dass ein Verhalten, dass nach anderen Gesetzesstellen unzulässig ist, auch mit Schadenersatz verbunden ist. Damit wird auf verschiedene Stellen im GmbHG und AktG verwiesen.

Demnach dürfen nach § 52 AktG iVm § 84 Abs 3 Z 1 AktG und § 82 GmbHG iVm § 25 Abs 3 Z 1 GmbHG *(Stamm)-Einlagen den Gesellschaftern nicht zurückgewährt werden.* § 82 GmbHG ist im Gegensatz zu § 52 AktG umfassend formuliert und verbietet jede Zuwendung der Gesellschaft an die Gesellschafter, die nicht Gewinnverwendung ist<sup>480</sup>. Ex lege verboten ist gem § 82 Abs 3 GmbHG auch die Auszahlung von *Zinsen* an die Gesellschafter; für den Bereich des Aktienrechts gilt gem § 54 AktG gleiches. Lediglich für das GmbH-Recht stellt § 74 iVm § 25 Abs 3 GmbHG die Rückzahlung von *Nachschüssen* unter Sanktion; das Fehlen eines entsprechenden Verbots im AktG erklärt sich daraus, dass Aktionäre im Gegensatz zu den Gesellschaftern der GmbH nicht zur Leistung von Nachschüssen verpflichtet werden können<sup>481</sup>. Identisch ist wiederum gem. § 81 GmbHG iVm § 25 Abs 3 Z 1 GmbHG bzw §§ 51, 65, 65a, 65b, 66, 66a, 192 AktG iVm § 84 Abs 3 Z 3 AktG das Gebot, weder eigene *Geschäftsanteile (Aktien) zu erwerben, in Pfand zu nehmen oder einzuziehen.*

Als Normzweck dieser Bestimmungen wird übereinstimmend festgehalten, dass das Mindestkapital als dauernder Grundstock der Gesellschaft und als einziges dem Zugriff der Gläubiger freigegebenes Befriedigungsobjekt gegen die Schmälerung durch Leistung an die Gesellschafter abzusichern ist<sup>482</sup>. Die Kapitalerhaltungsvorschriften im GmbHG und AktG sollen nach der Rechtsprechung des OGH<sup>483</sup> den Ausgleich für die mangelnde persönliche Haftung der Gesellschafter darstellen. Insofern könnte man auf den ersten Blick zum Ergebnis kommen, die Verletzung der Kapitalerhaltungspflichten begründet wegen des besonderen Schutzes der Gläubiger eine Außenhaftung der pflichtwidrig handelnden Leitungsorgane.

---

<sup>480</sup> Vgl OGH ecolex 1997, 437 = HS 27.148 = HS 27.235 = JBl 1997, 108; OGH SZ 72/172 = AnwBl 2001, 78 (Saurer) = ARD 5111/24/2000 = AStN 2000 H 10, 3 = ecolex 2000/50 = GesRZ 2000, 25 = HS 30.168; für weitere Nachweise vgl *Gellis/Feil*, GmbHG, § 82, Rz 1 ff.

<sup>481</sup> Vgl statt vieler *Mader*, Kapitalgesellschaften, S. 85.

<sup>482</sup> *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 52, Rz 1 ff; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 83, Rz 3; OGH ecolex 2006/172 = GeS 2006, 164 = GesRZ 2006, 148 = JBl 2006, 388.

<sup>483</sup> OGH SZ 72/172 = AnwBl 2001, 78 (Saurer) = ARD 5111/24/2000 = AStN 2000 H 10, 3 = ecolex 2000/50 = GesRZ 2000, 25 = HS 30.168.

Um den Schutzzweck der Kapitalerhaltungsvorschriften herauszuarbeiten, lohnt sich ein Blick auf die Konkursantragspflicht des § 69 KO und dessen innewohnender telos. Nach dieser Bestimmung muss der Schuldner, wenn er erkennt, dass die Konkursvoraussetzungen (Zahlungsunfähigkeit, Überschuldung) vorliegen, ohne schuldhaftes Zögern, spätestens aber 60 Tage nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit den Antrag auf Eröffnung des Konkursverfahrens stellen. Diese Verpflichtung wird nach völlig hL<sup>484</sup> und Rechtsprechung<sup>485</sup> als Schutzgesetz zugunsten der Gläubiger aufgefasst.

Nach näherer Betrachtung zeigen sich nun auch die unterschiedlichen Zielrichtungen der Kapitalerhaltungsvorschriften und der Konkursantragspflicht der Geschäftsleitung: während die Kapitalerhaltungspflichten des GmbH- und AktG sowohl der Gesellschaft als auch den Gesellschaftsgläubigern zu Gute kommen, endet diese zweifache Funktion mit dem Eintritt der Insolvenz tatbestände. Das Gesellschaftsvermögen einer verbenden Gesellschaft (und damit auch Vorschriften ihrer Erhaltung) bildet das Reservoir zur Erzielung von Einnahmen und bildet gleichzeitig den Haftungsfonds für die Gesellschaftsgläubiger. Erst im Fall der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung der Gesellschaft verliert das Gesellschaftsvermögen seine Funktion als Investitionsvermögen und bildet ab diesem Zeitpunkt ausschließlich eine Befriedigungsmasse zugunsten der Gläubiger<sup>486</sup>. Während also bei einer solventen Gesellschaft die Kapitalerhaltungspflichten *gleichermaßen* im Interesse der Gesellschaft und deren Gläubiger liegen, verdrängen die Gläubigerinteressen ab dem Zeitpunkt der Insolvenz gegenläufige Gesellschaftsinteressen<sup>487</sup>. Erst ab dem Zeitpunkt der materiellen Insolvenz setzen sich daher Gläubigerinteressen durch. Konsequenterweise wird die Verletzung der Konkursantragspflicht auch als Schutzgesetz zugunsten der Gläubiger ausgelegt. Angesichts der obigen Ausführungen kann gleiches allerdings nicht auch bei einem Verstoß gegen Bestimmungen der Kapitalerhaltung gelten: da der Zweck der Kapitalerhaltungsvorschriften darin liegt, kongruente Gesellschafts- und Gläubigerinteressen

---

<sup>484</sup>Schiemer, AktG, § 84, Rz 1.2; Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 239; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I, Rz 2/369 f; Strasser in Jabornegg-Strasser, AktG, §§ 77-84, Rz 101; Ulmer/Paefgen, GmbHG, § 43, Rz 209; Bollenberger-Klemm, Geschäftsführerhaftung, S. 78ff; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG, § 25, Rz 35; Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung, Rz 3/56; Umfahrer, GmbHG, Rz 279.

<sup>485</sup> OGH ecolex 1993, 168; OGH HS 27.894 = WBI 1997, 210 = ÖBA 1997, 788 = immolex 1997/89 = ZIK 1998, 36; OGH ecolex 1998, 327.

<sup>486</sup> Vgl statt vieler Haas, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz, S. 29.

<sup>487</sup> Haas, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz, S. 29, vgl auch Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung, Rz 3/59.

gleichermaßen zu schützen, muss mit der hL<sup>488</sup> eine Haftung gegenüber der Gesellschaft angenommen werden. Die Annahme eines Schutzgesetzes zugunsten der Gläubiger wäre nur gerechtfertigt, wenn diese Bestimmungen überwiegend und primär den Schutz der Gläubiger bezwecken würden. Bereits der Normzweck spricht daher eindeutig gegen eine Außenhaftung der Geschäftsleitung.

Hinzukommt, wie bereits kurz angeschnitten, dass die Gläubiger der AG auch bei Verletzung der Kapitalerhaltungsvorschriften von der Einziehungsermächtigung nach § 84 Abs 5 AktG Gebrauch machen können<sup>489</sup>. Insbesondere ist zu beachten, dass eine Verletzung der in § 84 Abs 3 AktG aufgezählten Pflichten schon bei leicht fahrlässiger Verletzung durch den Vorstand zur Einziehung des Anspruchs berechtigt<sup>490</sup>. Der Gesetzgeber hat dadurch dem Umstand Rechnung getragen, dass die in § 84 Abs 3 AktG aufgezählten Tatbestände die Kapitalgrundlage und somit den Befriedigungsfonds der Gläubiger schützen. Dennoch hat der Gesetzgeber keine direkte Anspruchsgrundlage geschaffen, sondern dem Innenhaftungsmodell folgend, den Gläubigern das Recht eingeräumt, den Anspruch der Gesellschaft im eigenen Namen geltend zu machen. Außerdem schafft § 56 AktG eine Anspruchsgrundlage der Gläubiger gegen Aktionäre, sofern sie verbotswidrig Zahlungen von der Gesellschaft empfangen haben<sup>491</sup>. Angesichts des umfassenden Gläubigerschutzes ist es daher gar nicht erforderlich, bei Verletzung der Kapitalerhaltungsnormen eine Außenhaftung der Geschäftsleitung anzunehmen.

## **b.) Vernichtung der Existenzgrundlage**

Im Zusammenhang mit der Zweckrichtung der Kapitalerhaltungsvorschriften gehören auch die Fälle der Vernichtung der Existenzgrundlage. Die aus Deutschland kommende Diskussion hat mittlerweile auch das österreichische Gesellschaftsrecht erfasst und zu

---

<sup>488</sup> *Schiemer*, AktG, Rz 1.2; *Wagner*, Geschäftsführerhaftung und URG, S. 29; *Strasser* in *Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 77- 84, Rz 101; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 84, Rz 20 f; *Achilles/Enstahler/Schmidt*, GmbHG, § 43, Rz 55; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 25, Rz 2; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43, Rz 1; *Bollenberger-Klemm*, Geschäftsführerhaftung, S. 76; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 2; *Hüffer*, AktG, § 93, Rz 3; *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/31.

<sup>489</sup> Vgl dazu Kapitel XIII.

<sup>490</sup> Sofern der Vorstand eine Pflicht außerhalb des § 84 Abs 3 AktG verletzt, kann nur bei einer „gröblichen Verletzung“ von der Einziehungsermächtigung Gebrauch gemacht werden- vgl Kapitel XIII.

<sup>491</sup> Siehe dazu ausführlich VIII. C.3.

zahlreichen Diskussionen über die Haftungsvoraussetzungen und die Aktivlegitimation des Anspruchs gesorgt<sup>492</sup>.

Ganz allgemein wird ein existenzvernichtender Eingriff angenommen, wenn die Gesellschafter durch Entnahmen oder andere Eingriffe in das Gesellschaftsvermögen die Gesellschaft in die Zahlungsunfähigkeit treiben<sup>493</sup>. Dies betrifft Handlungsweisen, welche nicht mehr als verfehlte Maßnahmen zur Verfolgung des Gesellschaftszwecks gewertet werden können, sondern als eine von den Gesellschaftern bewusst und gezielt getroffene „Weichenstellung ins Aus“<sup>494</sup>. Bloße „Fehler“ des Managements genügen nicht<sup>495</sup>. Der BGH<sup>496</sup> hat in früheren Entscheidungen bislang eine Durchgriffshaftung der Gesellschafter bejaht, kürzlich aber unter Berufung auf § 826 BGB (sittenwidrige Schädigung) lediglich eine Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft angenommen<sup>497</sup>. Über die dogmatische Begründung eines „existenzvernichtenden Eingriffs“ wurde bislang in der Lehre höchst kontrovers diskutiert. Teilweise wurde versucht, die Haftung mit der Konstruktion eines autonomen Bestandsinteresses der Gesellschaft zu begründen<sup>498</sup>, teilweise wurde die Lösung in einer Treupflichtverletzung<sup>499</sup> oder in einem „gröblich sorgfaltswidrigen Verhalten der Gesellschafter“<sup>500</sup> gesucht. Zuletzt bemühte der BGH, wie bereits angesprochen, das Sittenwidrigkeitskorrektiv des § 826 BGB und gelangte derart lediglich zu einer Haftung gegenüber der Gesellschaft.

Es wäre hier nicht der richtige Platz, die einzelnen Haftungsvoraussetzungen und die Aktivlegitimation eines derartigen Schadenersatzanspruchs umfassend zu erörtern. Dies soll aber nichts daran ändern, den Kontext zwischen Kapitalerhaltung und der Existenzvernichtungshaftung aufzuzeigen.

---

<sup>492</sup> Schopper/Strasser, Konturen einer Existenzvernichtungshaftung in Österreich, GesRZ 2005, 184; Koppensteiner, Zur Haftung der Gesellschafter bei Zahlungsunfähigkeit der GmbH, JBl 2006, 681; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG, § 61, Rz 37b mwN.

<sup>493</sup> Vgl statt vieler Hueck/Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 13, Rz 17.

<sup>494</sup> BGH NZG 2005, 214.

<sup>495</sup> BGH ZIP 2005, 250.

<sup>496</sup> BGHZ 151, 181 = NJW 2002, 3024, 3025; BGH NZG 2005, 177.

<sup>497</sup> Sogenannte „Trihotel“ Urteil, BGH NZG 2007, 667 = NJW 2007, 2689.

<sup>498</sup> M. Winter, Eigeninteresse und Treupflicht bei der Einmann-GmbH in der neueren BGH-Rechtsprechung, ZGR 1994, 570, 585 ff; Kieth/Groeschke, Das schutzwürdige Eigeninteresse der GmbH innerhalb und außerhalb von Konzernsachverhalten, NZG 2001, 504 f.

<sup>499</sup> M. Winter, Eigeninteresse und Treupflicht bei der Einmann-GmbH in der neueren BGH-Rechtsprechung, ZGR 1994, 570, 585 ff; ähnlich K. Schmidt, Gesellschafterhaftung und „Konzernhaftung“ bei der GmbH-Bemerkungen zum „Bremer Vulkan-Urteil“ des BGH vom 17. 9. 2001, NJW 2001, 3580.

<sup>500</sup> Vgl die Nachweise bei Roth/Altmeyen, GmbHG, § 13, Rz 82.

Sofern man mit der älteren Rechtsprechung eine Außenhaftung des Gesellschafters bejaht, stehen die Regeln des existenzvernichtenden Eingriffs zu den Regeln der Kapitalerhaltung im Verhältnis der Subsidiarität<sup>501</sup>. Liegt in einem existenzvernichtenden Eingriff auch ein Verstoß gegen Bestimmungen der Kapitalerhaltung, hat zunächst nur die Gesellschaft einen Rückersatzanspruch. Im Sinne der Subsidiarität der Anspruchsgrundlagen kommt eine Haftung für den existenzvernichtenden Eingriff immer dann in Betracht, wenn keine offene oder verdeckte Einlagenrückgewähr vorliegt<sup>502</sup>.

Sofern man mit der jüngsten Entscheidung des BGH<sup>503</sup> das Sittenwidrigkeitskorrektiv bemüht und lediglich eine Innenhaftung des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft annimmt, entfällt die Subsidiarität des Existenzvernichtungsanspruchs gegenüber den Kapitalerhaltungsbestimmungen; vielmehr besteht eine Anspruchskonkurrenz zwischen der sittenwidrigen Schädigung und den Regeln der Kapitalerhaltung<sup>504</sup>.

### **3.) Die „Verteilung des Gesellschaftsvermögens“ nach § 84 Abs 3 Z 5 AktG**

#### **a.) Überblick**

Obwohl bereits die Z 1-3 des § 84 Abs 3 AktG entsprechend § 25 Abs 3 Z 1 GmbHG die „Verteilung des Gesellschaftsvermögens“ pönalisieren, enthält § 84 Abs 3 Z 5 AktG ein gleichnamiges Verbot, sodass zunächst der Geltungsbereich dieser Ziffer abgeklärt werden muss. *Schiemer*<sup>505</sup> und *Strasser*<sup>506</sup> verweisen in diesem Zusammenhang auf die §§ 212, 213, 178 Abs 2, 184 und 192 Abs 2 AktG, sodass die Ziffer 5 lediglich als Auffangtatbestand für die in Z 1-3 nicht enthaltenen Verhaltensweisen verstanden werden muss. Es werden daher im Folgenden die von § 84 Abs 3 Z 5 AktG verbotenen Verhaltensweisen im Einzelnen dargestellt und es wird versucht, eine damit korrespondierende Pflicht im GmbHG zu finden. Wiederum wird der Schutzgesetzcharakter untersucht.

---

<sup>501</sup> *Schopper/Strasser*, Konturen einer Existenzvernichtungshaftung in Österreich, GesRZ 2005, 184; *Koppensteiner*, Zur Haftung der Gesellschafter bei Zahlungsunfähigkeit der GmbH, JBl 2006, 681; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 61, Rz 37b.

<sup>502</sup> *Schopper/Strasser*, Konturen einer Existenzvernichtungshaftung in Österreich, GesRZ 2005, 184; *Koppensteiner*, Zur Haftung der Gesellschafter bei Zahlungsunfähigkeit der GmbH, JBl 2006, 681.

<sup>503</sup> BGH NZG 2007, 667 = NJW 2007, 2689 (*Noack*).

<sup>504</sup> BGH NZG 2007, 667 = NJW 2007, 2689 (*Noack*).

<sup>505</sup> *Schiemer*, AktG, § 84, Rz 11.1; vgl auch *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 85.

<sup>506</sup> *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 77-84, Rz 132.

## b.) §§ 212, 213 AktG und § 91 Abs 3 GmbHG

§§ 212, 213 AktG behandeln die nach Tilgung der Gesellschaftsschulden zulässige Ausschüttung des verbleibenden Vermögens an die Aktionäre. Dieser Abwicklungsüberschuss darf frühestens nach Ablauf der einjährigen Sperrfrist des § 213 AktG zur Auszahlung gelangen<sup>507</sup>. Binnen dieser Frist sollen die Gläubiger der Gesellschaft die Möglichkeit erhalten, ihre Forderungen bei der Gesellschaft geltend zu machen, um so noch vor dem Wegfall der juristischen Person Befriedigung aus dem verbleibenden Gesellschaftsvermögen zu erhalten. Eine nicht § 212 AktG entsprechende Verteilung des Gesellschaftsvermögens führt zur Haftung nach § 84 Abs 3 Z 5 AktG<sup>508</sup>, Gläubiger der Gesellschaft können freilich auch von der Einziehungsermächtigung des § 84 Abs 5 AktG Gebrauch machen. Selbiges gilt nach der hL<sup>509</sup> auch für die Verletzung der Gläubigerschutzbestimmung des § 213 AktG; wird die im Interesse der Gläubiger liegende Sperrfrist verletzt, bleibt es lediglich bei der Binnenhaftung der Verwaltungsträger und der Haftung der Empfänger einer verbotswidrigen Zahlung nach § 56 AktG.

Es stellt sich die Frage, wie ein vergleichbarer oder ähnlicher Fall im GmbH-Recht zu beurteilen ist. Festgehalten muss zunächst werden, dass sich die „Verteilung des Gesellschaftsvermögens“ nach § 25 Abs 3 Z 1 GmbHG lediglich auf die §§ 74, 81, 82 GmbHG bezieht<sup>510</sup> und nicht auch das Liquidationsstadium umfasst. Eine § 213 AktG vergleichbare Gläubigerschutzbestimmung findet sich im GmbHG an anderer Stelle. Gem § 91 Abs 3 Satz 1 GmbHG dürfen die *Liquidatoren das nach Berichtigung und Sicherstellung verbleibende Vermögen nicht vor Ablauf von drei Monaten seit dem Tag der Veröffentlichung unter den Gesellschaftern verteilen*. Ebenso wie die einjährige Sperrfrist im AktG soll die dreimonatige Wartefrist gewährleisten, dass das Gesellschaftsvermögen erst nach Befriedigung der Gläubiger an die Gesellschafter verteilt wird<sup>511</sup>. Eine schuldhafte Verletzung der Pflichten des § 91 Abs 3 GmbHG führt zweifellos zur Haftung der Liquidatoren gegenüber der Gesellschaft. Dies ergibt sich schon aus § 25 Abs 2 GmbHG. Darüber hinaus sollen nach Lehre<sup>512</sup> und

---

<sup>507</sup> Vgl statt vieler *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 213, Rz 3.

<sup>508</sup> *Schiemer*, AktG, § 213, Rz 3.2; *Geist in Jabornegg-Strasser*, AktG, § 213, Rz 1; *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 81f; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 212, Rz 12.

<sup>509</sup> *Schiemer*, AktG, § 213, Rz 1.1; *Geist in Jabornegg-Strasser*, AktG, § 213, Rz 1; *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 81 f.

<sup>510</sup> *Gellis/Feil*, GmbHG, § 25 Rz 17 f; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 8.

<sup>511</sup> Vgl statt vieler *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 91, Rz 2.

<sup>512</sup> *K. Schmidt*, Zur Gläubigersicherung im Liquidationsrecht der Kapitalgesellschaften, Genossenschaften und Vereine. Grundprobleme der §§ 73 GmbHG, 272 AktG, 90 GenG, 51 ff BGB, ZIP 1981, 1, 8;

Rechtsprechung<sup>513</sup> auch den Gläubigern der Gesellschaft ein Anspruch auf Schadenersatz zustehen, da die Bestimmung des § 91 Abs 3 GmbHG als Schutzgesetz zu ihren Gunsten aufzufassen ist. Dem ist mE zu folgen, da mit dem Beginn des Liquidationsstadiums eine Änderung des Gesellschaftszwecks eintritt. Anders als bei einer werbenden Gesellschaft besteht der Gesellschaftszweck einer zu liquidierenden Gesellschaft in der Beendigung laufender Geschäfte und der Verwertung des Gesellschaftsvermögens<sup>514</sup>. Da sich der Gesellschaftszweck ändert, ändert sich ex lege auch die Funktion des Gesellschaftsvermögens; gem § 91 Abs 2 GmbHG sind die bei der Auflösung vorhandenen Gelder zur Befriedigung der Gläubiger zu verwenden. Selbstverständlich sind auch die Gesellschafter als Empfänger einer verbotswidrigen Zahlung einem Rückforderungsanspruch der Gesellschaft ausgesetzt<sup>515</sup>; geschädigte Gesellschaftsgläubiger können allerdings den Gesellschafter nicht direkt in Anspruch nehmen<sup>516</sup>.

Genau dies ist mE ein gewichtiger Grund für die von der hL<sup>517</sup> zu §§ 212, 213 AktG vertretenen Binnenhaftung und der Annahme eines Schutzgesetzes der Liquidationsbestimmungen im GmbHG. Völlig außer Zweifel muss stehen, dass auch im Aktienrecht den Liquidationsbestimmungen eine gläubigerschützende Funktion zukommt. Denn auch bei der AG ist gem § 203ff AktG ein Abwicklungsverfahren durchzuführen, dessen Aufgabe in der Verwertung des Gesellschaftsvermögens und Befriedigung der Gläubiger besteht. Insofern besteht kein Unterschied zum Recht der GmbH. Allerdings werden die Gläubiger der AG, anders als jene der GmbH, durch § 56 AktG besonders geschützt<sup>518</sup>. Erhalten die Aktionäre verbotswidrige Zahlungen, dann macht sich nicht nur das Vertretungsorgan gem § 84 AktG gegenüber der Gesellschaft haftbar, sondern die Aktionäre trifft eine besondere Haftung gegenüber den geschädigten Gesellschaftsgläubigern. Die Anwendung dieser, den allgemeinen Trennungsgrundsatz durchbrechenden Bestimmung, hängt

---

*Achilles/Enstahler/Schmidt*, GmbHG, § 73 Rz 29; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 91, Rz 13; *Roth/Altmeyen*, GmbHG, § 73, 23; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 91, Rz 14.

<sup>513</sup> OGH SZ 8/91; OGH HS 12.441; OGH RdW 1998, 16; für weitere Nachweise vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 91, Rz 14.

<sup>514</sup> Unstrittig: Vgl statt vieler *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 3304.

<sup>515</sup> Siehe § 82 Abs 1 GmbHG.

<sup>516</sup> Vgl statt vieler *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 92, Rz 19.

<sup>517</sup> *Schiemer*, AktG, § 213, Rz 1.1; *Geist in Jabornegg-Strasser*, AktG, § 213, Rz 1; *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 81 f.

<sup>518</sup> Zu überlegen wäre freilich eine analoge Anwendung des § 56 AktG auf Gläubiger der GmbH. Dagegen spricht allerdings, dass das GmbHG schon nach dem Wortlaut des § 83 GmbHG lediglich eine Innenhaftung des Gesellschafters vorsieht und die Gesellschafter der GmbH, anders als jene der AG, eine Ausfallhaftung gem dem Verhältnis ihrer Stammeinlagen für den Abgang am Stammkapital (sofern die Zahlung weder vom Geschäftsführer, noch vom Empfänger der Zahlung zu erlangen war) trifft. Die analoge Anwendung des § 56 AktG im GmbHG würde die in § 83 GmbHG vorgesehene Ausfallhaftung überflüssig machen, sodass mE nicht von einer Lücke auszugehen ist.

nicht davon ab, ob der Gläubiger keine Befriedigung von der Gesellschaft erlangen kann<sup>519</sup>. Die Empfänger derartiger verbotswidriger Zahlungen haften mit ihrem gesamten Vermögen bis zum Wert der verbotswidrigen Zahlung neben der Gesellschaft<sup>520</sup>. Dadurch wird gewährleistet, dass die Interessen der Gläubiger auch im Stadium der Abwicklung ausreichend gesichert sind. Das Hinzutreten eines neuen Schuldners macht mE die Annahme eines Schutzgesetzes der Liquidationsbestimmungen im Aktienrecht überflüssig.

Im GmbH-Recht hingegen haben die Gläubiger gem den §§ 82, 83 GmbHG nicht die Möglichkeit, den Empfänger einer verbotswidrigen Zahlung direkt in Anspruch zu nehmen<sup>521</sup>. Gläubiger derartiger Ansprüche ist ausschließlich die Gesellschaft und nicht deren Gläubiger. Diese können sich lediglich den Schadenersatzanspruch der Gesellschaft pfänden und überweisen lassen<sup>522</sup>. Dieser Unterschied zum Recht der AG verdeutlicht nun auch, dass den Bestimmungen über die Liquidation im GmbH-Recht besondere gläubigerschützende Funktion zukommt und daher den Gesellschaftsgläubigern eine direkte Inanspruchnahme gegen den Abwickler der GmbH zustehen muss.

Zusammenfassend muss daher festgehalten werden, dass es bei Verletzung der §§ 212, 213 AktG völlig zutreffend, nicht zuletzt wegen § 56 AktG, lediglich zu einer Haftung gegenüber der AG kommt. Gläubiger der AG können nicht nur von der Gesellschaft, sondern auch vom Empfänger der verbotswidrigen Zahlung gem § 56 AktG Ersatz verlangen. Das GmbHG kennt hingegen keine Möglichkeit, den Empfänger einer Zahlung direkt in Anspruch zu nehmen. Der dadurch verminderte Gläubigerschutz wird aber durch den Schutzgesetzcharakter der Liquidationsbestimmungen ausgeglichen; die Liquidatoren haften persönlich auch gegenüber den Gesellschaftsgläubigern.

### **c.) § 178 Abs 2 AktG und § 57 GmbHG**

§ 178 Abs 2 AktG setzt sich mit der Kapitalherabsetzung und dem damit verbundenen Gläubigerschutz auseinander. Dementsprechend sind Zahlungen an die Aktionäre aus dem Gesellschaftsvermögen erst zulässig, nachdem seit der Bekanntmachung der Eintragung des Beschlusses über die Kapitalherabsetzung sechs Monate vergangen sind und den Gläubigern

---

<sup>519</sup> *Schiemer*, AktG, § 56, Rz 2.1; S. 83; *Jabornegg* in *Jabornegg-Strasser*, AktG, § 56, Rz 1; *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 56, Rz 1.

<sup>520</sup> Vgl statt vieler *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 56, Rz 25.

<sup>521</sup> Vgl statt vieler *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 83, Rz 3.

<sup>522</sup> Vgl Kapitel XIII.G.

Befriedigung oder Sicherheit gewährleistet wurde. Sicherstellung der Gesellschaftsgläubiger kommt dann in Betracht, wenn der schuldrechtliche Anspruch wenigstens dem Grunde nach schon vor der Bekanntmachung des Herabsetzungsbeschlusses entstanden ist, mangels Befriedigungstauglichkeit aber noch nicht hereingebracht werden kann<sup>523</sup>. Für ausreichend wird demnach gehalten, wenn die Forderung hinreichend konkretisierbar ist (zB aufschiebend bedingte oder betagte Forderungen)<sup>524</sup>. Jene Gesellschaftsgläubiger, deren Forderungen bereits hereingebracht werden könnten, können keine Sicherstellung verlangen, sie erreichen allerdings mit der rechtzeitigen Forderungsanmeldung nach Abs 2 einen Anspruch auf Befriedigung noch vor den Ansprüchen der Aktionäre<sup>525</sup>. Zahlungen entgegen § 178 Abs 2 AktG sind verbotswidrig und führen nach zutreffender hL zu einer Haftung der Aktionäre nach § 56 AktG und zur Binnenverantwortlichkeit nach § 84 AktG<sup>526</sup>.

Auch das GmbHG enthält eine entsprechende Gläubigerschutzbestimmung. Nach § 57 GmbHG können Zahlungen an die Gesellschafter auf Grund der Herabsetzung des Stammkapitals erst nach Eintragung der Kapitalherabsetzung im Firmenbuch erfolgen. Dass Zahlungen erst nach diesem Zeitpunkt zulässig sind, ergibt sich schon aus § 49 Abs 2 GmbHG, da die Abänderung des Gesellschaftsvertrages erst mit der Eintragung ins Firmenbuch Wirksamkeit entfaltet<sup>527</sup>. Werden vor diesem Zeitpunkt Zahlungen an die Gesellschafter geleistet, wird § 82 Abs 1 GmbHG verletzt und die Gesellschaft kann vom Empfänger der verbotswidrigen Zahlung gem § 83 Abs 1 GmbHG Rückersatz verlangen<sup>528</sup>. Die Verteilung des Gesellschaftsvermögens, namentlich die Rückzahlung von Stammeinlagen an die Gesellschafter, wird schon durch § 25 Abs 3 Z 1 GmbHG erfasst, sodass entsprechend den obigen Ausführungen lediglich eine Innenhaftung des Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft in Betracht kommt.

Anders verhält es sich ex lege nur, wenn der Geschäftsführer falsche Angaben über den Nachweis der Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger macht oder die Erklärung über das Ergebnis des Aufgebotsverfahrens falsch ist. Gem § 56 Abs 3 GmbHG besteht in diesen

---

<sup>523</sup> *Nagele* in *Jabornegg- Strasser*, AktG, § 178, Rz 5f; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 178, Rz 10 ff.

<sup>524</sup> *Oechseler* in *Münchener Kommentar*, AktG, § 225, Rz 8; *Nagele* in *Jabornegg- Strasser*, AktG, § 178, Rz 5 f.

<sup>525</sup> *Nagele* in *Jabornegg- Strasser*, AktG, § 178, Rz 15f; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 178, Rz 10 ff.

<sup>526</sup> *Schiemer*, AktG, § 179, Rz 5.2; *Nagele* in *Jabornegg- Strasser*, AktG, § 178, Rz 17; *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 85; *Oechseler* in *Münchener Kommentar*, AktG, § 225, Rz 37; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 178, Rz 16.

<sup>527</sup> Vgl statt vieler *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 58, Rz 1.

<sup>528</sup> Vgl statt vieler *Gellis/Feil*, GmbHG, § 58, Rz 3.

Fällen eine unmittelbare Haftung des Geschäftsführer den Gläubigern gegenüber, sofern der Gläubiger keine Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen erlangen kann<sup>529</sup>.

Abschließend bleibt festzuhalten, dass hier (abgesehen von § 56 Abs 3 GmbHG) lediglich legistische, aber keine inhaltlichen Unterschiede zwischen dem GmbH- und Aktienrecht bestehen. Während sich der Schadenersatzanspruch des § 25 Abs 3 Z 1 GmbHG auch auf Verstöße gegen § 82 GmbHG bezieht, gründet sich die Gläubigerschutzbestimmung des § 178 Abs 2 AktG nach hL<sup>530</sup> schadenersatzrechtlich auf den Auffangtatbestand des § 84 Abs 3 Z 5 AktG. Nötig wäre dies freilich nicht gewesen, da sich ein entsprechendes Verbot schon aus § 84 Abs 3 Z 1 AktG („Einlagen an die Aktionäre“) ergibt. Jedenfalls bleibt es bei Verletzung dieser Bestimmungen lediglich bei einer Haftung gegenüber der Gesellschaft. Die weitreichenden Gläubigerschutzbestimmungen des § 178 AktG und des § 57 GmbHG sichern die Interessen der Gläubiger auch bei einer ordentlichen Kapitalherabsetzung; die Annahme eines Schutzgesetzes zugunsten der Gläubiger ist weder erforderlich, noch rechtlich begründbar.

#### **d.) Zahlungen entgegen den Bestimmungen der vereinfachten nominellen Kapitalherabsetzung**

Die §§ 182 ff AktG regeln die Voraussetzungen für die vereinfachte nominelle Kapitalherabsetzung und den damit zusammenhängenden Gläubigerschutz. Bei dieser Kapitalherabsetzungsform wird der Vermögensstand der Gesellschaft nicht geschmälert, sondern die Grundkapitalziffer an das Gesellschaftsvermögen angepasst<sup>531</sup>. Da es anders als bei einer ordentlichen Kapitalherabsetzung zu keiner Schmälerung des Vermögens kommt und daher weder Rückzahlungen noch Befreiungen von Einlageverpflichtungen der Aktionäre vorgesehen sind, stellt sich der Gläubigerschutz im Vergleich zur ordentlichen Kapitalherabsetzung etwas vereinfacht dar<sup>532</sup>. Konsequenterweise stellt § 184 AktG fest, dass *jene Beträge, die aus der Auflösung von Rücklagen und aus der Kapitalherabsetzung gewonnen werden, nicht zu Zahlungen an die Aktionäre oder zur Befreiung von Einlageverpflichtungen verwendet werden dürfen*. Dies ist die logische Folge der vereinfachten nominellen Kapitalherabsetzung, deren Gegenstand nicht die Verminderung des

---

<sup>529</sup> Vgl statt vieler *Mader*, Kapitalgesellschaften, S. 49.

<sup>530</sup> *Schiemer*, AktG, § 84, 11.1.; *Strasser* in *Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 77-84, Rz 132; *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 85; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 178, Rz 16.

<sup>531</sup> *Schiemer*, AktG, § 182, Rz 1.1 ff; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 182, Rz 1 ff mwN.

<sup>532</sup> Vgl statt vieler *Mader*, Kapitalgesellschaften, S. 89 f.

Gesellschaftsvermögens, sondern der buchmäßige Ausgleich von Verlusten ist. § 184 AktG hält daher lediglich fest, was sich schon § 182 AktG ergibt. Darüber hinaus darf den Aktionären gem § 187 Abs 3 AktG der buchmäßige Gewinn auch nicht über den Umweg der Gewinnausschüttung zukommen<sup>533</sup>. Werden entgegen diesen Verboten Zahlungen an die Aktionäre geleistet, kommt es wiederum zur Haftung der Aktionäre nach § 56 AktG und zur Verantwortlichkeit des Vorstands gegenüber der AG nach § 84 Abs 3 Z 5 AktG<sup>534</sup>. Es gibt insofern keine haftungsrechtlichen Besonderheiten.

Die vereinfachte nominelle Kapitalherabsetzung (§§ 59 GmbHG ff) wurde für die GmbH erst durch das IRÄG 1997 eingeführt und weitestgehend dem Recht der AG angeglichen<sup>535</sup>. Auch bei dieser Kapitalherabsetzungsform werden keine Zahlungen an die Gesellschafter geleistet, sondern um einen Bilanzverlust zu decken, wird das Stammkapital an das Gesellschaftsvermögen angepasst<sup>536</sup>. § 59 Abs 2 GmbHG hält daher ebenso wie § 184 AktG fest, dass jene Beträge, die aus der Auflösung von Rücklagen und aus der Kapitalherabsetzung gewonnen werden, nicht an die Gesellschafter ausbezahlt werden dürfen. Durch den Verweis auf § 187 AktG wird ebenso wie im Aktienrecht sichergestellt, dass der Buchgewinn auch nicht durch eine Gewinnausschüttung an die Gesellschafter gelangen darf. Da die Bestimmungen über das Aufgebotsverfahren (§ 55 GmbHG) bei der vereinfachten nominellen Kapitalherabsetzung nicht anwendbar sind, muss die beabsichtigte Kapitalherabsetzung vorher nicht angemeldet und veröffentlicht werden<sup>537</sup> und die dreimonatige Sperrfrist nicht abgewartet werden. Folglich kommt den Gläubigern auch nicht die Möglichkeit der direkten Inanspruchnahme der Geschäftsführer gem § 56 Abs 3 GmbHG zu Gute<sup>538</sup>. Werden entgegen den Bestimmungen der vereinfachten nominellen Kapitalherabsetzung Zahlungen an die Gesellschafter geleistet, können diese aber selbstverständlich von der Gesellschaft zurückgefordert werden<sup>539</sup>. Daneben besteht allerdings keine Haftung der Gesellschafter gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft<sup>540</sup>. Auch hier wird der Geschäftsführer bei verbotenen Zahlungen an die Gesellschafter gem § 25 Abs 3 Z 1 GmbHG der Gesellschaft gegenüber haftbar. Da die §§ 59, 83 GmbHG ganz offensichtlich nicht als Schutzgesetze

---

<sup>533</sup> Vgl statt vieler *Nagele* in *Jabornegg-Strasser*, AktG, § 187, Rz 3.

<sup>534</sup> *Schiemer*, AktG, § 185, Rz 2.1; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 317; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 184, Rz 5; *Hüffer*, AktG, § 230, Rz 4.

<sup>535</sup> Vgl statt vieler *Gellis/Feil*, GmbHG, § 60, Rz 1.

<sup>536</sup> *Gellis/Feil*, GmbHG, § 60, Rz 1; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zu Gesellschaftsrecht, Rz 2482; *Mader*, Kapitalgesellschaften, S. 50.

<sup>537</sup> Vgl statt vieler *Gellis/Feil*, GmbHG, § 60, Rz 1.

<sup>538</sup> Vgl statt vieler *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 59, Rz 8.

<sup>539</sup> Vgl statt vieler *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 59, Rz 22.

<sup>540</sup> *Roth/Altmeyen*, GmbHG, § 30, Rz 1; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 83, Rz 3; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 30, Rz 1; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 83, Rz 4.

zugunsten der Gläubiger konzipiert sind, bleibt den Gläubigern auch in diesen Fällen nur ein Schadenersatzanspruch gegen die Gesellschaft.

#### e.) § 192 Abs 2 AktG und § 58 GmbHG

Als weitere Kapitalherabsetzungsform sieht § 192 AktG die Kapitalherabsetzung durch Einziehung von Aktien vor. Mittels dieser Kapitalherabsetzungsform kann die Gesellschaft die Mitgliedschaften entsprechend ihren eigenen Bedürfnissen regeln. Im Gegensatz zur ordentlichen bzw vereinfachten nominellen Kapitalherabsetzung sind hier nicht alle, sondern nur ganz bestimmte Anteilsrechte betroffen und werden diese nicht nur umgestaltet, sondern zur Gänze vernichtet<sup>541</sup>. Abgesehen von den Sondervorschriften des § 192 Abs 3 f AktG verweist dessen Abs 2 letzter Satz auf die bei der ordentlichen Kapitalherabsetzung anzuwendenden Bestimmung des § 178 Abs 2 AktG. Es kann insofern auf diese Ausführungen verwiesen werden.

Auch das GmbHG kennt die Kapitalherabsetzung durch Einziehung von Geschäftsanteilen. Anders als bei der AG wird hier nicht auf den Gläubigerschutz der ordentlichen Kapitalherabsetzung verwiesen; dessen Bestimmungen sind hier nicht anwendbar<sup>542</sup>. Ex lege können bei dieser Kapitalherabsetzungsform gem § 58 GmbHG nur aus dem Reingewinn Rückzahlungen erfolgen. Um die Gläubiger zu schützen, müssen die Beträge der Rückzahlungen als Passivposten eingesetzt werden um so viele Aktiven zu binden, dass erst nach ihrer Deckung und der Deckung des reduzierten Stammkapitals ein Reingewinn übrig bleibt<sup>543</sup>. Des Weiteren verlangt § 58 GmbHG vor der Rückzahlung die vollständige Einzahlung der Stammeinlagen. Werden diese Voraussetzungen nicht erfüllt, hat sich der Geschäftsführer wiederum nach § 25 Abs 3 Z 1 GmbHG und der Gesellschafter nach §§ 82, 83 GmbHG zu verantworten<sup>544</sup>. Der bereits vorhandene, umfassende Gläubigerschutz dieser Kapitalherabsetzungsform macht die Annahme eines Schutzgesetzes unnötig. Auch hier ist auf keine weiteren Besonderheiten einzugehen.

---

<sup>541</sup> *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 317 f; *Nagele in Jabornegg- Strasser*, AktG, § 192, Rz 1; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 192, Rz 4 f; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 3666 ff.

<sup>542</sup> *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 443 f; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 59, Rz 3; vgl auch *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2488 f.

<sup>543</sup> Vgl statt vieler *Gellis/Feil*, GmbHG, § 59, Rz 3.

<sup>544</sup> Vgl statt vieler *Gellis/Feil*, GmbHG, § 59, Rz 3.

## 4.) Zahlungen nach Eintritt der Insolvenz

### a.) Überblick

§ 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und § 84 Abs 3 Z 6 AktG enthalten das übereinstimmende Verbot, wonach nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung keinerlei Zahlungen geleistet werden dürfen<sup>545</sup>. Der Begriff der Zahlung wird weit ausgelegt und ist funktionell zu verstehen. Daher ist prinzipiell jede Verminderung des Gesellschaftsvermögens, also auch das Eingehen neuer Schulden oder das Verschleudern von Sachwerten eine „Zahlung“ iSd Bestimmungen<sup>546</sup>. Wenngleich nur § 84 Abs 3 Z 6 AktG auch das Erfordernis des Verschuldens („Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“) ausdrücklich normiert, gilt gleiches auch für § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG. Die Parallelbestimmung im deutschen Recht sagt dies ausdrücklich<sup>547</sup>. Für das österreichische GmbHG ergibt sich dies schon aus der Tatsache, dass auch § 25 GmbHG eine Verschuldenshaftung normiert und somit der Geschäftsführer auch bei Zahlungen nach Eintritt der Insolvenztatbestände nur dann haftbar gemacht werden kann, wenn er die „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes“ verletzt hat<sup>548</sup>. Dies kann etwa dann verneint werden, wenn die Zahlung zu keiner Schmälerung der Masse geführt hat, wie etwa Leistungen an absonderungsberechtigte Gläubiger bis zum Wert des Sicherungsgutes<sup>549</sup>.

Im Allgemeinen wird man sich bei der Beurteilung der Einhaltung des Sorgfaltsmaßstabes nicht mehr am ursprünglichen Gesellschaftszweck zu orientieren haben, da ab dem Zeitpunkt der Zahlungsunfähigkeit (Überschuldung) das Gesellschaftsvermögen ausschließlich als Befriedigungsobjekt der Gläubiger zu dienen hat. Die Sorgfaltspflicht wird daher schon dann verletzt sein, wenn Zahlungen geleistet werden und dies den Interessen der Gläubiger

---

<sup>545</sup> Während § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG davon spricht, dass nach dem Zeitpunkt, zu dem die Konkursöffnung beantragt hätte werden müssen Zahlungen geleistet werden, spricht § 84 Abs 3 Z 6 AktG nicht vom Zeitpunkt der Konkursantragspflicht, sondern vom Zeitpunkt der Zahlungsunfähigkeit oder der Überschuldung. Nun könnte man zur Ansicht gelangen, dass zumindest im Bereich des GmbH-Rechts innerhalb der 60-Tage-Frist des § 69 KO Zahlungen zulässig seien. Dies wird allerdings, mangels sachlich gerechtfertigter Differenzierung, von Lehre und Rechtsprechung abgelehnt, sodass auch für die GmbH nicht der Zeitpunkt der Konkursantragspflicht, sondern der Zeitpunkt der materiellen Insolvenz ein prinzipielles Zahlungsverbot auslöst- vgl. *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 3/47 mwN.

<sup>546</sup> *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 85, 86; *Achilles/Enstahler/Schmidt*, GmbHG, § 64, Rz 21; *Roth/Altmeyen*, GmbHG, § 64, Rz 80; *Schulze-Osterloh in Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 64, Rz 79; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 9; *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/161.

<sup>547</sup> § 64 Abs 2 dGmbHG.

<sup>548</sup> Vgl. statt vieler *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/161 mwN.

<sup>549</sup> *Marsch-Barner/Dieckmann* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, GmbH, § 46, Rz 50.

widerspricht. Darüber hinaus muss sich für die Ersatzpflicht der Leitungsorgane das Verschulden auf alle anspruchsbegründenden Tatsachen, also auch auf den Eintritt der Insolvenztatbestände beziehen<sup>550</sup>.

Umstritten ist, worin bei der Gesellschaft ein Schaden entstanden ist. Erfolgt beispielsweise eine „Zahlung aus dem Gesellschaftsvermögen“ um einen Gläubiger vor den anderen zu befriedigen, dann benachteiligt diese Leistung ja nicht die Gesellschaft selbst. Diese wird insofern von einer Verbindlichkeit befreit und erleidet daher keinen selbständigen „Schaden“<sup>551</sup>. Daher vertreten manche<sup>552</sup>, dass die fraglichen Bestimmungen keinen Gesellschaftsschaden voraussetzen, sondern einen Fall der Drittschadensliquidation normieren. Zutreffend teilt die überwiegende Lehre<sup>553</sup> diese Ansicht allerdings nicht. Denn der Schaden der Gesellschaft besteht darin, dass durch die verspätete Konkurseröffnung und die in der Zwischenzeit erfolgten Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen die Konkursmasse tatsächlich geschmälert wurde. Erfolgen daher nach Eintritt der Insolvenztatbestände Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen, dann müssen die verbotswidrig handelnden Leitungsorgane jenen Betrag erstatten, um den sich das Gesellschaftsvermögen infolge der Zahlung vermindert hat<sup>554</sup>. Handelt es sich bei der „Zahlung“ aus dem Gesellschaftsvermögen um eine Vorwegbefriedigung eines Gläubigers, dann ist der Schaden durch Abzug der dem Gläubiger zustehenden Konkursquote zu ermitteln<sup>555</sup>.

Fraglich ist außerdem, ob der Gesellschaft oder den Gesellschaftsgläubigern die Aktivlegitimation zur Anspruchsverfolgung zukommt. Entsprechend den Ausführungen zur Konkursantragspflicht der Verwaltungsträger könnte man auf den ersten Blick auch in diesem Fall zum Ergebnis kommen, dass ab dem Zeitpunkt der Insolvenz das Gesellschaftsvermögen seine Funktion als Investitionsvermögen verliert und daher ausschließlich als Haftungsmasse zu dienen hat. Denn, wie bereits weiter oben dargestellt, verdrängen die Gläubigerinteressen ab dem Zeitpunkt der materiellen Insolvenz gegenläufige Gesellschaftsinteressen. Konsequenterweise müssten die § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und § 84 Abs 3 Z 6 AktG als Schutzgesetze zugunsten der Gläubiger auszulegen sein. Dennoch wird diese Auslegung von

---

<sup>550</sup> *Schulze-Osterloh in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 64, Rz 83; Hüffer, AktG, § 92, Rz 14a.*

<sup>551</sup> *Haas, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz, S. 20.*

<sup>552</sup> *Medicus, Die Außenhaftung des GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 1993, 533, Haas, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz, S. 20 mwN.*

<sup>553</sup> *Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I, Rz 2/386; Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung, Rz 3/50 mwN.*

<sup>554</sup> *Haas, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz, S. 21; Roth/Altmeyen, GmbHG, § 64, Rz 97; differenzierend Schulze-Osterloh in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 64, Rz 84.*

<sup>555</sup> *Haas, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz, S. 21; Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung, Rz 3/51.*

der absolut hL<sup>556</sup> verneint. Da bei erster Betrachtung keine Unterschiede des Schutzzweckes im Vergleich zu § 69 KO auszumachen sind, scheint diese Auslegung nicht nachvollziehbar. Die Praxis zeigt aber, dass „Zahlungen nach Eintritt der Insolvenz“ weit komplexere Rechtsfolgen nach sich ziehen, da dieses Verhalten nicht nur durch das Gesellschaftsrecht, sondern auch durch das Straf- und Konkursrecht pönalisiert wird. Erst eine Zusammenschau dieser unterschiedlichen Rechtsmaterien kann Aufschluss über die Richtigkeit der hL geben. Es werden daher im Folgenden einschlägige strafrechtliche und konkursrechtliche Normen erörtert und versucht aus diesen Bestimmungen Aussagen über den Schutzgesetzcharakter der §§ 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und 84 Abs 3 Z 6 AktG zu treffen.

## b.) Der Schutzgesetzcharakter des § 159 StGB

Der neu gefasste § 159 StGB stellt grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen unter strafrechtliche Sanktion<sup>557</sup>. Diese Bestimmung wird völlig herrschend als Schutzgesetz zugunsten der Gläubiger iSd § 1311 ABGB verstanden, sodass den Gläubigern selbst bei schon eingetretener Insolvenz ein unmittelbarer Schadenersatzanspruch gegen das verbotswidrig handelnde Leitungsorgan zusteht<sup>558</sup>. Daraus abgeleitete Ansprüche stehen nicht dem Masseverwalter zu, da Schadenersatzansprüche der Gesellschaftsgläubiger gegen Leitungsorgane aus Delikt nicht zum Vermögen der Gesellschaft zu zählen sind.<sup>559</sup>

Insbesondere § 159 Abs 2 StGB zeigt eine große Ähnlichkeit mit § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und § 84 Abs 3 Z 6 AktG. Strafbar handelt demnach auch ein Geschäftsführer oder Vorstand einer Kapitalgesellschaft (§ 161 StGB), *wenn diese in Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft durch kridaträchtiges Handeln grob fahrlässig die Befriedigung wenigstens eines ihrer Gläubiger vereiteln oder schmälern*. Der

---

<sup>556</sup> Haas, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz, S. 20; Strasser in Jabornegg- Strasser, AktG, §§ 77-84, Rz 101 f; Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 84, Rz 3; Gellis/Feil, GmbHG, § 25, Rz 40; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG, § 25, Rz 9; Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 3951; Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung, Rz 3/52.

<sup>557</sup> Der Unterschied zur alten Rechtslage besteht vor allem darin, dass die Konkursverschleppung nicht mehr strafbar ist.

<sup>558</sup> Wagner, Geschäftsführerhaftung und URG, S. 30; Strasser in Jabornegg- Strasser, AktG, §§ 77- 84, Rz 101; Gellis/Feil, GmbHG, § 25, Rz 39; Koppensteiner, Zur Haftung der Gesellschafter bei Zahlungsunfähigkeit der GmbH, JBl 2006, 681f; Bollenberger-Klemm, Geschäftsführerhaftung, S. 84 f; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG, § 25, Rz 44; Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung, Rz 4/18 f; Umfahrer, GmbHG, Rz 278; OGH ecolex 2001/106; vgl auch OGH SZ 60/151 = GesRZ 1998, 45.

<sup>559</sup> Strasser in Jabornegg- Strasser, AktG, §§ 77-84, Rz 124; Gellis/Feil, GmbHG, § 25, Rz 40.

Verwaltungsträger muss hier in einer bestimmten Tatsituation, nämlich der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft handeln. Ob diese auch schuldhaft herbeigeführt wurde, bleibt für die Strafbarkeit nach Abs 2 außer Betracht<sup>560</sup>. Anders als die körperschaftsrechtlichen Anspruchsgrundlagen wird hier nur die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft vom Tatbild des § 159 Abs 2 StGB erfasst. Überschuldung genügt nicht<sup>561</sup>. Weiters muss das Leitungsorgan in Kenntnis oder in fahrlässiger Unkenntnis der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft handeln. Im letzten Fall ist zu prüfen, ob sie die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft nur deshalb nicht erkannt haben, weil sie die ihnen zumutbare und subjektiv mögliche objektiv gebotene Sorgfalt außer Acht gelassen haben<sup>562</sup>. Allerdings führt nicht jede Handlung der Leitungsorgane, welche zur Schmälerung der Befriedigungsmasse der Gläubiger geführt hat, notwendigerweise auch zur strafrechtlichen und damit korrespondierenden zivilrechtlichen Haftung. Als Tathandlungen kommen nur jene kridaträchtigen Handlungen in Betracht, welche § 159 Abs 5 StGB taxativ und ausdrücklich normiert<sup>563</sup>. Voraussetzung bei allen kridaträchtigen Handlungen ist, dass sie entgegen den Grundsätzen des ordentlichen Wirtschaftslebens vorgenommen werden<sup>564</sup>.

Vergleicht man nun den terminus „Zahlungen nach Eintritt der Insolvenz“ des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und des § 84 Abs 3 Z 6 AktG mit den kridaträchtigen Handlungen des § 159 Abs 5 StGB, dann fällt eine überraschend große Übereinstimmung der Tathandlungen auf. Da der Begriff „Zahlung“ weit auszulegen ist und jedenfalls im Wege der Analogie auf Handlungen auszudehnen ist, welche die Konkursmasse schmälern<sup>565</sup>, werden gewiss auch die Tathandlungen der Z 1-3 des § 159 Abs 5 StGB als verbotswidrige „Zahlungen“ iSd der körperschaftsrechtlichen Anspruchsgrundlagen anzusehen sein. Daher wird ein Verstoß gegen § 159 StGB auch einen Verstoß gegen § 25 GmbHG und § 84 AktG nach sich ziehen<sup>566</sup>. Umgekehrt ist dies freilich nicht der Fall, da nur eine kridaträchtige Handlung iSd des § 159 Abs 5 StGB eine strafrechtliche Sanktion und somit auch einen direkten Schadenersatzanspruch der Gläubiger auslösen kann. Aus der Sicht der Gläubiger ist diese Situation allerdings unbefriedigend, da nicht jede masseschmälernde Handlung nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit auch einen unmittelbaren Schadenersatzanspruch gegen

---

<sup>560</sup> *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, Salzburger Kommentar, StGB, § 159, Rz 68.

<sup>561</sup> Vgl statt vieler *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 39.

<sup>562</sup> *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, Salzburger Kommentar, StGB, § 159, Rz 72.

<sup>563</sup> Vgl dazu *Koppensteiner*, Zur Haftung der Gesellschafter bei Zahlungsunfähigkeit der GmbH, JBl 2006, 681f.

<sup>564</sup> Vgl statt vieler *Kirchbacher/Presslauer*, in WK, § 159, Rz 21.

<sup>565</sup> Vgl statt vieler *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 9.

<sup>566</sup> *Dellinger*, Quo Vatis Kridahaftung ?, *ecolex* 1990, 341; für weitere Nachweise vgl *Gellis/Feil*, GmbHG, § 25, Rz 40.

Geschäftsführer bzw. Vorstand nach sich zieht. Hinzukommt, dass für die subjektive Tatseite grobe Fahrlässigkeit gefordert wird. Diese aus dem Zivilrecht übernommene Verschuldensform ist dann gegeben, wenn eine ungewöhnliche Nachlässigkeit vorliegt und der Eintritt des Schadens geradezu als wahrscheinlich vorhersehbar ist<sup>567</sup>. Nicht jede wirtschaftlich falsche Handlung, die im normalen Wirtschaftsleben auch einem sorgfältigen Unternehmer unterlaufen könnte und daher als leicht fahrlässig einzustufen ist, führt daher im Interesse der Entkriminalisierung auch zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit. Die Differenzierung zwischen einem bloßen wirtschaftlichen Fehlverhalten und grober Misswirtschaft der Unternehmer ist aus der Sicht des Strafgesetzgebers legitim und nachvollziehbar. Dementsprechend wurde durch die Neuschaffung des § 159 StGB der Strafbarkeitsbereich auf grobe Fahrlässigkeit eingeschränkt und nur grob unwirtschaftliches (also kridaträchtiges) Handeln strafrechtlich pönalisiert. Dem Gläubigerschutz im Kapitalgesellschaftsrecht wird dadurch allerdings noch nicht ausreichend genüge getan.

Wenngleich § 159 StGB als Schutzgesetz zugunsten der Gläubiger aufgefasst wird, bleiben doch eine erhebliche Anzahl von Tathandlungen wegen der strengen Tatbestandsvoraussetzungen (grobe Fahrlässigkeit, Zahlungsunfähigkeit, kridaträchtiges Handeln) des § 159 StGB strafrechtlich sanktionslos. Folglich scheidet auch die unmittelbare Inanspruchnahme der Leitungsorgane durch die Gesellschaftsgläubiger aus und übrig bleibt lediglich die Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft und die Haftung der Gesellschaft gegenüber Dritten. Da sich die Gesellschaft zu diesem Zeitpunkt schon im Konkurs befinden wird, muss der Masseverwalter die der Gesellschaft zustehenden Ansprüche geltend machen<sup>568</sup>.

Es bleibt daher weiters noch zu prüfen, ob durch das Hinzutreten weiterer Bestimmungen die Gläubigerinteressen ausreichend gewahrt werden. Nur in diesem Fall lässt sich die hL zur Innenhaftung des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und des § 84 Abs 3 Z 6 AktG rechtfertigen.

### **c.) par conditio creditorium**

Da die Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit des Schuldners Anknüpfungspunkte des Insolvenzrechts darstellen lohnt sich insbesondere ein Blick in die Konkursordnung.

---

<sup>567</sup> Vgl statt vieler *Kirchbacher/Presslauer*, in WK, § 159, Rz 31 mwN.

<sup>568</sup> *Achilles/Enstahler/Schmidt*, GmbHG, § 64, Rz 24; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 25, Rz 40; OGH WBl 1988, 29 mwN.

Wenngleich der Gemeinschuldner ab dem Zeitpunkt der Konkursöffnung seine Verfügungsbefugnis verliert und somit sichergestellt wird, dass dieser keine die Konkursmasse schmälern den Rechtshandlungen mehr vornehmen kann<sup>569</sup>, bieten die §§ 3, 10 KO keinen Schutz der Gläubiger für den Zeitraum vor der Konkursöffnung. Dennoch besteht ein rechtspolitisches Bedürfnis, im Interesse der Gläubiger die für sie nachteiligen Rechtshandlungen auch noch vor dem Zeitpunkt der Konkursöffnung zu beseitigen. Daher können nachteilige Rechtsgeschäfte unter gewissen Voraussetzungen angefochten werden und der Anfechtungsgegner muss gem § 39 KO jenen Betrag an die Masse leisten, um welchen diese durch die angefochtene Rechtshandlung vermindert wurde<sup>570</sup>. Denn auch schon vor der formellen Konkursöffnung gebietet das Anfechtungsrecht ab dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit den grundsätzlich nur im Konkurs geltenden Grundsatz der Gleichbehandlung aller Gläubiger<sup>571</sup>. Der Grundsatz der *par conditio creditorum* soll das Wettstreiten der Gläubiger um Vorwegbefriedigung verhindern und so eine gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger gewährleisten<sup>572</sup>.

Legt man nun die gesellschaftsrechtlichen Verbotsnormen der „Zahlung nach Eintritt der Insolvenz“ auf das Anfechtungsrecht der KO um, dann scheinen insbesondere die spezifischen Konkursanfechtungsmöglichkeiten der §§ 30, 31 KO von Bedeutung zu sein. Denn gem § 30 Abs 1 Z 1 KO kommt dem Masseverwalter die Möglichkeit zu, eine Leistung des Schuldners anzufechten, *wenn der Schuldner nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit (Überschuldung), aber nicht früher als ein Jahr vor der Konkursöffnung eine inkongruente Sicherstellung oder Befriedigung eines Gläubigers vorgenommen hat und die Anfechtung befriedigungstauglich ist, sofern der sichergestellte oder befriedigte Gläubiger durch diese Rechtshandlung vor den anderen Gläubigern begünstigt wurde*<sup>573</sup>. Während § 30 Abs 1 Z 1 KO seinen Schwerpunkt auf die objektive Begünstigung der Gläubiger legt<sup>574</sup>, hebt § 30 Abs 1 Z 2 und 3 KO das subjektive Element der Begünstigungsabsicht<sup>575</sup> hervor, da eine vorgenommene Befriedigung oder Sicherstellung nur dann anfechtbar ist, wenn dem anderen Teil *„die Absicht des Gemeinschuldners, ihn vor den anderen Gläubigern zu begünstigen, bekannt war oder bekannt sein musste.“* Auf die Inkongruenz oder Kongruenz der Sicherstellung oder Befriedigung

---

<sup>569</sup> Vgl statt vieler *Schubert* in *Konecny/Schubert*, KO, § 3, Rz 1.

<sup>570</sup> Vgl dazu OGH JBl 1996, 51 = ÖBA 1996, 144; OGH RZ-EÜ 2004/135.

<sup>571</sup> Vgl statt vieler *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Österreichisches Insolvenzrecht, § 27, Rz 8.

<sup>572</sup> *Rebernik* in *Konecny/Schubert*, KO, § 27, Rz 9.

<sup>573</sup> Zum Gesamten vgl ausführlich *Rebernik* in *Konecny/Schubert*, KO, § 30, Rz 1 ff.

<sup>574</sup> Vgl statt vieler *Rebernik* in *Konecny/Schubert*, KO, § 30, Rz 3.

<sup>575</sup> Vgl die subjektiven Voraussetzungen der Begünstigungsanfechtung bei OGH JBl 2006, 326.

kommt es hier nicht an, es genügt die Begünstigungsabsicht des späteren Gemeinschuldners und die Erkennbarkeit derselben des Anfechtungsgegners<sup>576</sup>.

Auch § 31 KO gibt dem Masseverwalter ein schlagkräftiges Instrument des Gläubigerschutzes. Insgesamt vereint § 31 KO zwei verschiedene Tatbestände; die Anfechtung von Deckungshandlungen und die Anfechtung von nachteiligen Rechtsgeschäften. Einerseits wird dadurch der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Gläubiger gewahrt und andererseits soll bereits vor der formellen Konkursöffnung die Verfügungsbefugnis des späteren Gemeinschuldners beschränkt werden<sup>577</sup>.

Besonderer Erwähnung bedarf in diesem Zusammenhang auch § 158 Abs 1 StGB, welcher die Begünstigung eines Gläubigers nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit pönalisiert. Diese Vorschrift verfolgt ebenso wie die Anfechtungstatbestände der KO den Zweck, den Grundsatz der *par conditio creditorum* auch noch vor der formellen Konkursöffnung (aber nach Eintritt der Insolvenz) zu gewährleisten<sup>578</sup>. Nach Ansicht des OGH<sup>579</sup> stellt diese Bestimmung ein Schutzgesetz zugunsten der Gläubiger dar, vermittelt also den Gläubigern einen direkten Ersatzanspruch gegen Geschäftsführer und Vorstand.

Es wäre hier der falsche Platz, die einzelnen Fallgruppen und Tatbestandsmerkmale näher zu behandeln, dennoch zeigt sich, dass eine Vielzahl von Tathandlungen des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und § 84 Abs 3 Z 6 AktG auch Gegenstand der konkursrechtlichen Anfechtung bzw des § 158 StGB darstellen werden.

#### **d.) Ergebnis**

Erst ein umfassender Blick auf die unterschiedlichen in Betracht kommenden Rechtsmaterien zeigt nun, dass eine Außenhaftung des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und des § 84 Abs 3 Z 6 AktG abzulehnen ist. Nach einer nur isolierten Betrachtung wäre eher der Schluss auf ein Schutzgesetz zugunsten der Gläubiger zu ziehen, erst eine Zusammenschau der unterschiedlichen Rechtsnormen hat dann mE den Ausschlag für die hL<sup>580</sup> gegeben.

---

<sup>576</sup> Vgl statt vieler *Rebernik* in *Konecny/Schubert*, KO, § 30, Rz 3.

<sup>577</sup> Vgl zum Gesamten *Rebernik* in *Konecny/Schubert*, KO, § 27, Rz 7 ff.

<sup>578</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 42.

<sup>579</sup> OGH ÖBA 2004, 628.

<sup>580</sup> *Haas*, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz, S. 20; *Strasser* in *Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 77-84, Rz 101 f; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 84, Rz 3; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 25, Rz 40; *Koppensteiner/Rüffler*,

Das (verbleibende) Gesellschaftsvermögen als Befriedigungsobjekt der Gläubiger ist 4-fach geschützt. Einerseits sind die Leitungsorgane der Gesellschaft gegenüber zum Schadenersatz verpflichtet, wenn diese nach dem Zeitpunkt der Insolvenz Zahlungen aus dem Gesellschaftsvermögen leisten. Den Gläubigern kommt hier zwar kein unmittelbarer Anspruch gegen das verbotswidrig handelnde Leitungsorgan zu, die Geltendmachung des Ersatzanspruchs durch den Masseverwalter schützt mittelbar aber auch die Interessen der Gesellschaftsgläubiger. Hinzukommt, dass Zahlungen nach Eintritt der Insolvenz, aber noch vor der formellen Konkureröffnung regelmäßig zumindest einen Gläubiger benachteiligen werden. Dementsprechend kann der Masseverwalter bei Vorliegen eines besonderen Anfechtungstatbestandes (§§ 28 ff KO) von seinem Gestaltungsrecht Gebrauch machen und somit bewirken, dass die angefochtene Rechtshandlung den Konkursgläubigern gegenüber für unwirksam erklärt wird<sup>581</sup>. Da die dadurch bewirkte Vermögensverschiebung rückgängig gemacht wird, wird der Haftungsfonds der Gläubiger wiederum erhöht. Zudem erfüllen solche Tathandlungen regelmäßig auch § 158 StGB. Auch diese Bestimmungen sollen daher die Konkursmasse als Befriedigungsobjekt der Gläubiger sichern. Darüber hinaus können zumindest die Gläubiger der AG von der Einziehungsermächtigung des § 84 Abs 5 AktG Gebrauch machen, wobei während der Dauer des Konkurses der Masseverwalter das Recht der Gläubiger gegen die Vorstandsmitglieder geltend machen kann<sup>582</sup>. Abgerundet wird das Bild eines ausreichenden Gläubigerschutzes durch den Schutzgesetzcharakter des § 159 StGB. Wenn die zugegebenermaßen strengen Tatbestandsvoraussetzungen der grob fahrlässigen Beeinträchtigung der Gläubigerinteressen vorliegen, können dadurch verletzte Gläubiger auch während des Konkurses unmittelbar das verbotswidrig handelnde Leitungsorgan in Anspruch nehmen.

---

GmbHG, § 25, Rz 9; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 3951; *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 3/52.

<sup>581</sup> *Rebernig* in *Konecny/Schubert*, KO, § 27, Rz 4 ff.

<sup>582</sup> Vgl dazu ausführlich Kapitel XIII.D.

## 5.) Das Insichgeschäft

### a.) Die gesetzliche Haftungsgrundlage des § 25 Abs 4 GmbHG

Unter dem Begriff „Insichgeschäft“ werden zwei unterschiedliche Fallgruppen verstanden. Zunächst jenen Fall, dass dieselbe Person auf der einen Seite als Vertreter und auf der andern Seite im eigenen Namen handelt (das Leitungsorgan schließt im Namen der Gesellschaft mit sich selbst einen Vertrag). Außerdem wird unter dem Insichgeschäft auch die Doppelvertretung verstanden, wenn also ein für mehrere Parteien vertretungsbefugter Vertreter für die Vertretenen ein Geschäft abschließt (das Leitungsorgan schließt mit einem von ihm vertretenen Dritten und im Namen der Gesellschaft einen Vertrag)<sup>583</sup>. Nach jüngerer Rechtsprechung sind Insichgeschäfte zivilrechtlich jedenfalls dann unzulässig, wenn die Gefahr einer Interessenkollision besteht<sup>584</sup>. Sofern dies nicht der Fall ist, sind Insichgeschäfte zulässig, wenn der Abschlusswille derart geäußert wird, dass die Erklärung unzweifelhaft feststeht und nicht unkontrollierbar zurückgezogen werden kann<sup>585</sup>. Demnach sind Insichgeschäfte erlaubt, wenn sie für den Vertretenen nur Vorteile bringen, wenn keine Gefahr der Schädigung des Vertretenen besteht oder wenn der Vertretene im Vorhinein oder im Nachhinein einwilligt<sup>586</sup>. Diese Grundsätze gelten auch für das Gesellschaftsrecht<sup>587</sup>.

§ 25 Abs 4 GmbHG stellt daher lediglich fest, dass ein Insichgeschäft neben den schon erörterten Voraussetzungen zulässig ist, *wenn vorher die Zustimmung des Aufsichtsrats oder sofern ein solcher nicht besteht, die Zustimmung sämtlicher übriger Geschäftsführer eingeholt wird*. Die Wirksamkeit eines Insichgeschäftes ohne Zustimmung eines zustimmungsbefugten Organs richtet sich demnach nach den Grundsätzen des allgemeinen Zivilrechts<sup>588</sup>.

Fehlt ein Aufsichtsrat und hat die Gesellschaft nur einen einzigen Geschäftsführer, dann ist die (formlose) Zustimmung der Gesellschafter einzuholen<sup>589</sup>. Darüber hinaus erachtet die

---

<sup>583</sup> Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I, Rz 2/229 f; Strasser in Rummel, ABGB, § 1009, Rz 21; Apathy in Schwimann, ABGB, § 1009, Rz 14; Gellis/Feil, GmbHG, § 20, Rz 10; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG, § 20, Rz 23; Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB, § 1009, Rz 3f; Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/163.

<sup>584</sup> OGH SZ 71/27 = ARD 5058/27/99 = eolex 1998, 548 (Wilhelm) = GBU 1998/08/03; RdW 1998, 548; für weitere Nachweise vgl Apathy in Schwimann, ABGB, § 1009, Rz 16.

<sup>585</sup> OGH SZ 44/141; OGH SZ 54/20; OGH EvBl 1983/39.

<sup>586</sup> Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I, Rz 2/229 f; Apathy in Schwimann, ABGB, § 1009, Rz 16; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG, § 20, Rz 23; Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/163 mwN.

<sup>587</sup> Vgl statt vieler Koppensteiner/Rüffler, GmbHG, § 20, Rz 23.

<sup>588</sup> Thöni, Zum Selbstkontrahieren des Gesellschafter-Geschäftsführers einer Einmann-GmbH, WBl 1988, 102.

<sup>589</sup> Gellis/Feil, GmbHG, § 20, Rz 10; OGH EvBl 1983/39.

Rechtsprechung<sup>590</sup> die Zustimmung durch einen formlosen Gesellschafterbeschluss selbst bei Vorhandensein eines Aufsichtsrats stets für ausreichend. Zu beachten ist allerdings, dass in diesem Fall dem Gesellschafter-Geschäftsführer gem § 39 Abs 4 GmbHG kein Stimmrecht zukommt. Erfolgt die Zustimmung durch den Aufsichtsrat der Gesellschaft, dann hat dieser der nächsten Generalversammlung gem § 32 GmbHG zu berichten.

Abgesehen davon, bereitet die dogmatische Einordnung wegen der unklaren Formulierung des § 25 Abs 4 GmbHG Schwierigkeiten. Insbesondere lässt sich aus dem Wortlaut nicht entnehmen, ob das Selbstkontrahieren des Geschäftsführers nach dem gesetzlichen Leitbild wirksam oder unwirksam sein soll<sup>591</sup>. Klar scheint lediglich zu sein, dass eine erfolgte Zustimmung durch ein zustimmungsbefugtes Organ die Wirksamkeit des Vertrages nach sich zieht. Die Rechtsprechung des OGH scheint in der jüngeren Rechtsprechung eher vom Grundsatz der Unwirksamkeit des Inschlaggeschäftes auszugehen<sup>592</sup>, während früher<sup>593</sup> aus der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers stets die Wirksamkeit des Inschlaggeschäftes abgeleitet wurde und der Gesellschaft lediglich Schadenersatzansprüche im Innenverhältnis gegen den Geschäftsführer zustanden. Den Ausschlag für die jüngere Rechtsprechung<sup>594</sup> gibt mE § 20 Abs 2 GmbHG<sup>595</sup>. Da der Geschäftsführer keinesfalls als „Dritter“ iSd Bestimmung anzusehen ist, entfalten Beschränkungen im Innenverhältnis auch für das Außenverhältnis Relevanz<sup>596</sup>. In diesem Fall fallen folglich das Innen- und Außenverhältnis zusammen, sodass sich die Wirksamkeit des Inschlaggeschäftes ausschließlich nach der rechtlichen Ausgestaltung zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft richtet<sup>597</sup>. Einigkeit dürfte daher darüber herrschen, dass es jedenfalls auch unzulässige Fälle des Inschlaggeschäftes gibt, aus § 25 Abs 4 GmbHG also keinesfalls stets auf die Wirksamkeit

---

<sup>590</sup> Vgl nur OGH ecolex 2001/215; OGH SZ 2005/178; OGH ecolex 2006/55.

<sup>591</sup> Zwar ist nach § 301 GmbHG der Aufsichtsrat befugt, die Gesellschaft bei Geschäften mit Geschäftsführern zu vertreten, die Vertretungskompetenz des Geschäftsführers wird dadurch allerdings nicht verdrängt, sondern konkurriert mit jener des Aufsichtsrats.

<sup>592</sup> OGH ecolex 2006, 55; OGH ecolex 2007/262; für weitere Nachweise vgl *Strasser in Rummel*, ABGB, § 1009, Rz 21.

<sup>593</sup> OGH SZ 44/141; vgl auch OGH SZ 54/57 = GesRZ 1981, 175 unter Ablehnung der früheren Rechtsprechung.

<sup>594</sup> OGH ecolex 2006, 55; OGH ecolex 2007/262; für weitere Nachweise vgl *Strasser in Rummel*, ABGB, § 1009, Rz 21.

<sup>595</sup> § 20 Abs 2 GmbHG geht davon aus, dass gegenüber Dritten eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis keine rechtliche Wirkung hat.

<sup>596</sup> *Thöni*, Zum Selbstkontrahieren des Gesellschafter-Geschäftsführers einer Einmann GmbH, WBl 1988, 102; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I, Rz 2/247.

<sup>597</sup> Dies entspricht auch der hL zur Vertretungsbefugnis bei der OHG (heute OG). Da der Geschäftsführer die internen Beschränkungen seiner Vertretungsmacht kennt, fehlt ein schutzwürdiges Interesse an der Aufrechterhaltung vereinbarungswidriger Vertretungshandlungen- vgl *Koppensteiner in Straube*, HGB, § 126, Rz 12 (§ 126 Abs 2 HGB entspricht wortgleich 126 Abs 2 UGB). Zudem entspricht es schon zivilrechtlichen Grundsätzen, dass im Zweifel die Befugnisse im Innen- und Außenverhältnis zusammenfallen, da eine Bevollmächtigung zu nicht gewollten Geschäften nicht zu vermuten ist- vgl *Koziol-Welser*, Bürgerliches Recht I, S. 209.

geschlossen werden kann, wenngleich die gesetzliche Verpflichtung zum Schadenersatz einen anderen Anschein erwecken mag<sup>598</sup>.

Legt man diese Auslegung nun Überlegungen zum Schutzgesetzcharakter des § 25 Abs 4 GmbHG zu Grunde, dann wird mE deutlich, dass auch das von der hL<sup>599</sup> befürwortete Innenhaftungsmodell dem Gläubigerschutz ausreichend Rechnung trägt. Da das Insihgeschäft schon nach zivilrechtlichen Grundsätzen nur unter sehr engen Voraussetzungen gültig ist, werden die Interessen des Vertretenen und der Gläubiger weitgehend parallel laufen. Denn sofern das Geschäft für den Vertretenen nur Vorteile bringt, oder keine Gefahr der Schädigung des Vertretenen besteht, gehen die Gläubigerinteressen im Gesellschaftsinteresse auf. Sofern diese zivilrechtlichen Voraussetzungen nicht vorliegen, ist das Insihgeschäft, wie schon erwähnt, nur bei entsprechender verbandsrechtlicher Zustimmung wirksam. Dennoch führt ein formal zulässiges Insihgeschäft nicht notwendigerweise zum Entfall der Schadenersatzverpflichtung. Denn trotz verbandsrechtlicher Genehmigung kann der Geschäftsführer ein für die Gesellschaft nachteiliges Geschäft abschließen. In diesem Fall entfällt zwar die Haftung nach Abs 4, nicht aber nach Abs 2<sup>600</sup>. Da also auch hier der Schadenersatzanspruch der Gesellschaft aufrecht bleibt, werden mittelbar auch die Gesellschaftsgläubiger geschützt.

## **b.) Keine Rechtsgrundlage des Insihgeschäftes im Aktienrecht**

Im Aktienrecht fehlt eine dem GmbHG entsprechende Norm über die Wirksamkeit bzw Unwirksamkeit des Insihgeschäftes. Lediglich § 97 AktG normiert, dass der Aufsichtsrat die Gesellschaft bei Rechtsgeschäften mit dem Vorstand vertritt. Da nach überwiegender Lehre die Vertretungskompetenz des Vorstands dadurch nicht ausgeschlossen wird, sondern mit jener des Aufsichtsrats konkurriert, können Fälle des „Selbstkontrahierens“ und der „Doppelvertretung“ auch bei der AG eine Rolle spielen<sup>601</sup>. Eine Mindermeinung leitet aus § 97 AktG die ausschließliche Vertretungsmacht des Aufsichtsrats ab, sodass nach dieser Ansicht Fälle des „Selbstkontrahierens“ gar nicht möglich sind<sup>602</sup>.

---

<sup>598</sup> Thöni, Zum Selbstkontrahieren des Gesellschafter-Geschäftsführers einer Einmann GmbH, WBl 1988, 102; Harrer, Insihgeschäfte bei der Einmann-GmbH, RdW 1991, 170; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I, Rz 2/233.

<sup>599</sup> Vgl statt vieler Koppensteiner/Rüffler, GmbHG, § 25, Rz 5.

<sup>600</sup> Vgl statt vieler Koppensteiner/Rüffler, GmbHG, § 25, Rz 11.

<sup>601</sup> Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 257, FN 107; Strasser in Jabornegg-Strasser, AktG, §§ 95-97, Rz 71 mwN.

<sup>602</sup> Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 71, Rz 7; Krejci, Gesellschaftsrecht I, S. 154.

Unabhängig von diesen Auffassungsunterschieden kann sich, ähnlich der Rechtslage bei der GmbH, die Zulässigkeit eines Insichgeschäftes mangels Interessenkollision schon aus dem Zivilrecht oder aufgrund verbandsrechtlicher Genehmigung ergeben<sup>603</sup>. Die Kompetenz zur Genehmigung oder Versagung kommt primär der Hauptversammlung im Wege der Satzung (oder im Rahmen ihrer Entscheidungskompetenz nach § 103 Abs 2 AktG) und dem Aufsichtsrat nach § 97 AktG<sup>604</sup> zu. Kein Insichgeschäft liegt vor, wenn das den Dritten vertretende Vorstandsmitglied die AG gar nicht vertritt, sondern etwa im Fall einer Einzelvertretungsbefugnis die übrigen Vorstandsmitglieder für die AG handeln<sup>605</sup>. Sofern die Vertretungsregelung dies nicht zulässt, bleibt fraglich, ob auch der Vorstand Insichgeschäfte genehmigen kann. Dafür spricht vor allem die Parallelbestimmung des § 25 Abs 4 GmbHG. Da die Gefahr einer Interessenkollision in selber Weise auch im AktG eine Rolle spielen kann, müsste die gesetzgeberische Wertung des § 25 Abs 4 GmbHG auch beim Insichgeschäft des Vorstands Beachtung finden. Dementsprechend soll nach überwiegender Lehre auch der Vorstand ein derartiges Insichgeschäft genehmigen können, sofern alle übrigen nicht beteiligten Vorstandsmitglieder zustimmen<sup>606</sup>.

## **6.) besondere Haftungsfälle des § 84 Abs 3 AktG ohne Komplementärbestimmung im GmbHG**

Lediglich im Überblick werden die fehlenden Haftungsnormen des § 84 Abs 3 AktG zusammengefasst. Denn ein Vergleich mit einer Norm des GmbH-Rechts ist mangels besonderer Rechtsgrundlage nicht möglich und überdies von wenig praktischer Relevanz. Auf Detailfragen kann daher nicht eingegangen werden.

§ 84 Abs 3 Z 4 AktG stellt die Ausgabe von Aktien vor der vollen Leistung des Ausgabebetrages unter Schadenersatzsanktionen. Insbesondere wird damit auf § 10 Abs 2 AktG<sup>607</sup> Bezug genommen. Demnach dürfen vor der Erfüllung der Einlageverpflichtung lediglich Namens- aber keine Inhaberaktien ausgegeben werden. Vor der Volleinzahlung können freilich auch Zwischenscheine ausgegeben werden, sofern die Satzung dies vorsieht. Zwischenscheine müssen nach § 10 Abs 5 AktG immer auf Namen lauten und sind deshalb

---

<sup>603</sup> Vgl statt vieler *Krejci*, Gesellschaftsrecht I, S. 154.

<sup>604</sup> *Schiemer*, AktG, § 71, Rz 2.1; *Strasser in Jabornegg- Strasser*, AktG, §§ 71-74, Rz 10; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 97, Rz 12 mwN.

<sup>605</sup> *Strasser in Jabornegg- Strasser*, AktG, §§ 71-74, Rz 10; *Krejci*, Gesellschaftsrecht I, S. 154.

<sup>606</sup> *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 71-74, Rz 10, 11; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 97, Rz 12 mwN.

<sup>607</sup> Aber auch in den §§ 34 Abs 4; 158, 164, 170 Abs 1 AktG bestimmten Zeitpunkten dürfen keine Namensaktien ausgegeben werden.

Orderpapiere<sup>608</sup>. Werden vor der Erfüllung der Einlageverpflichtung Inhaberaktien ausgegeben, dann sind diese nicht etwa nichtig, begründen aber eine Schadenersatzpflicht der Verwaltungsträger. Denn die Gesellschaft kann unter Umständen vom gutgläubigen Erwerber der Inhaberaktie keinen Ersatz verlangen, da diesen der Rechtsschein der bereits gezahlten Einlagenschuld zukommt und daher die Gefahr eines Forderungsausfalls der Gesellschaft besteht<sup>609</sup>.

Einen ähnlichen Sinn verfolgt die Schadenersatzanordnung des § 84 Abs 3 Z 8 AktG. Die bedingte Kapitalerhöhung kann zulässig nur für drei Zwecke<sup>610</sup> vollzogen werden, wobei die den Aktionären zustehenden Bezugsaktien nicht vor Erhalt des vollen Gegenwerts ausgegeben werden dürfen. Dies ergibt sich ex lege aus § 166 AktG. Werden nun vor der Eintragung des Beschlusses über die Kapitalerhöhung Bezugsaktien ausgegeben, dann sind diese gem § 164 AktG nichtig. Werden allerdings Bezugsaktien zu einem anderen als im Kapitalerhöhungsbeschluss genannten Zweck oder vor Erhalt des Gegenwerts ausgegeben, dann haften verbotswidrig handelnde Verwaltungsträger gegenüber der Gesellschaft für den daraus entstandenen Schaden<sup>611</sup>.

Schon aus § 80 AktG ergibt sich, dass eine Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder und leitenden Angestellten nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Aufsichtsrats zulässig ist. Darüber hinaus bezieht sich § 84 Abs 3 Z 7 AktG nicht ausschließlich auf § 80 AktG, sondern erfasst jede dem Aktienrecht widersprechende Kreditgewährung<sup>612</sup>.

## **IX. Zum deliktischen Schutz des Mitgliedschaftsrechts der Gesellschafter**

### **A.) Keine Haftung des Leitungsorgans gegenüber den Gesellschaftern**

Wie schon mehrfach erwähnt, kommt ausschließlich der Gesellschaft die Gläubigerstellung nach § 25 GmbHG und § 84 AktG zu. Denn aus § 25 GmbHG (§ 84 AktG)

---

<sup>608</sup> Vgl statt vieler *Mader*, Kapitalgesellschaften, S. 61.

<sup>609</sup> *Schiemer*, AktG, § 57, Rz 2.3; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 57, Rz 4; *Hüffer*, AktG, § 63, Rz 4.

<sup>610</sup> Siehe § 159 Abs 2 AktG.

<sup>611</sup> Vgl statt vieler *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 87.

<sup>612</sup> *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 77- 84 , Rz 134.

und der Normierung der Minderheitenschadenersatzklage des § 48 GmbHG (§ 122 AktG) ergibt sich zweifellos, dass Gesellschafter das verbotswidrig handelnde Leitungsorgan nur auf Zahlung von Schadenersatz an die Gesellschaft klagen können. Daher haften sorgfaltswidrig agierende Leitungsorgane nach § 25 GmbHG und § 84 AktG nur der Gesellschaft gegenüber, nicht aber auch gegenüber einzelnen Gesellschaftern<sup>613</sup>.

Dementsprechend vermitteln diese Auffangtatbestände auch keinen eigenen, unmittelbaren Schadenersatzanspruch der Gesellschafter gegen das pflichtwidrig handelnde Verwaltungsmitglied. Es bestehen eben keine direkten Rechtsbeziehungen zwischen den Gesellschaftern und dem Leitungsorgan der Gesellschaft. Auch für den Reflexschaden, der durch die Schädigung der Gesellschaft im Vermögen der Gesellschafter eintritt, kommt eine Haftung des Leitungsorgans gegenüber den Gesellschaftern nicht in Betracht<sup>614</sup>. Ebenso ist die reine Kursverschlechterung der Aktien oder die „grob fahrlässige Verwirtschaftung der Stammeinlage“ nach allgemeiner Ansicht kein Eigenschaden des Gesellschafters<sup>615</sup>. Dies wird schon damit begründet, dass die gleichzeitige Geltendmachung von Schäden der Gesellschaft und der Gesellschafter das Vermögen der Gesellschaft aufzehren würde<sup>616</sup>. Dass daher nicht jede Beeinträchtigung des Gesellschaftsvermögens auch ein relevanter Eingriff in das Mitgliedschaftsrecht der Gesellschafter darstellen kann, leuchtet insbesondere deshalb ein, da sonst jede wie immer geartete Schädigung der Gesellschaft auch einen Eingriff in das Mitgliedschaftsrecht nach sich ziehen würde. Soweit daher durch das sorgfaltswidrige Verhalten der Leitungsorgane typischerweise das Vermögen der Gesellschaft geschädigt wird, steht dem Gesellschafter für die ihm daraus entstandenen Nachteile in seinem Vermögen kein Schadenersatzanspruch zu<sup>617</sup>.

---

<sup>613</sup> Hofmann/Liebs, Der GmbH-Geschäftsführer, Rz 830; Ulmer/Paefgen, GmbHG, § 43, Rz 2 ff; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG, § 25, Rz 5; Bürgers/Körber, Heidelberger Kommentar, AktG, § 93, Rz 56; Hüffer, AktG, § 93, Rz 19 f.

<sup>614</sup> OGH eclex 1992, 853= JBl 1992, 444; OGH SZ 67/238 = eclex 1995, 901 = RdW 1995, 262 = WBl 1995,122; vgl auch Schlosser, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 108 f; Ulmer/Paefgen, GmbHG, § 43, Rz 179; Hüffer, AktG, § 93, Rz 19 f.

<sup>615</sup> OGH SZ 67/238 = eclex 1995, 901 = RdW 1995, 262 = WBl 1995,122; OGH GesRZ 2003, 239; vgl auch OLG München ZIP 1992, 1552, 1553; Schneider, Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Organe einer Aktiengesellschaft, ÖJZ 1986, 129; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I, Rz 2/504; Strasser in Jabornegg-Strasser, AktG, §§ 100, 101, Rz 11.

<sup>616</sup> Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I, Rz 2/503 ff; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG, § 25, Rz 33.

<sup>617</sup> Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I, Rz 2/505; Strasser in Jabornegg-Strasser, §§ 100, 101, Rz 11; vgl auch Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 47a, Rz 24; Hüffer, AktG, § 93, Rz 19 f.

## B.) Der deliktische Schutz des Mitgliedschaftsrechts

### 1.) Überblick

Da, wie bereits erwähnt, nicht jede Verringerung des Gesellschaftsvermögens auch ein relevanter Eingriff in das Mitgliedschaftsrecht des Gesellschafters darstellen kann, bezieht sich die Diskussion eines deliktischen Schutzes des Mitgliedschaftsrechts ausschließlich auf jene Fälle, in denen nicht bloß der Wert der Mitgliedschaft gesunken ist<sup>618</sup>, sondern der „Zuweisungsgehalt“ des Rechts selbst verletzt wird<sup>619</sup>. Im Allgemeinen wird darunter verstanden, dass die in der Mitgliedschaft zusammengefassten „Herrschafts-, Teilhabe- und Vermögensrechte“ der Gesellschafter durch einen rechtswidrigen Eingriff des Leitungsorgans beeinträchtigt werden<sup>620</sup>. Dies soll insbesondere bei der Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes, beim Ausschluss vom Bezugsrecht und bei der Schmälerung der mitgliedschaftlichen Entscheidungsbefugnisse der Fall sein<sup>621</sup>. Sofern man in solchen Fällen einen deliktischen Schutz bejaht, könnte der in seinen Mitgliedschaftsrechten verletzte Gesellschafter nicht nur von der Gesellschaft, sondern vom Leitungsorgan direkt Ersatz verlangen. Ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen einem Mitgliedschaftsrecht ein deliktischer Schutz gegenüber jedermann zuerkannt werden kann, ist (und war) Gegenstand einer höchst kontroversen Auseinandersetzung. Dem Grunde nach zu unterscheiden sind Eingriffe in das Mitgliedschaftsrecht durch Leitungsorgane, Mitgesellschafter oder durch gesellschaftsfremde Personen, wobei sich die folgenden Ausführungen ausschließlich auf Beeinträchtigungen des Leitungsorgans beziehen. Um dieser Problematik bessere Konturen zu verleihen, empfiehlt es sich zunächst, den Meinungsstand im Überblick darzustellen und erst im Anschluss eigene Überlegungen anzustellen.

---

<sup>618</sup> Insofern muss jedenfalls ein Eigenschaden des Gesellschafters vorliegen, ein bloßer „Reflexschaden“ im Vermögen des Gesellschafters genügt, wie eingangs erwähnt, nicht.

<sup>619</sup> Unter dem Begriff der Mitgliedschaft wird einerseits das Rechtsverhältnis zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft und andererseits die Gesellschafterstellung verstanden – vgl. *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 75, Rz 4.

<sup>620</sup> *Mertens* in FS- *Fischer*, S. 468 ff.; *Hachenburg/Mertens*, GmbHG, § 43, Rz 105 ff.

<sup>621</sup> *Mertens* in FS- *Fischer*, S. 461; *Habersack*, Mitgliedschaft, S. 154 ff.; ähnlich *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I, Rz 2/512.

## 2.) Meinungsstand

In der Literatur hat sich zunächst *Mertens*<sup>622</sup> mit diesem Fragenkomplex eingehender beschäftigt. Seiner Meinung nach ist die Mitgliedschaft der Gesellschafter ein „sonstiges Recht“ iSd § 823 BGB<sup>623</sup> und genießt demnach absoluten Schutz. Sofern daher, wie bereits erwähnt, kein Reflexschaden vorliegt und der Wert des Mitgliedschaftsrechts selbst beeinträchtigt wird, könnte ein daraus verletzter Gesellschafter Schadenersatzansprüche gegen die Geschäftsführung ableiten. Das überwiegende Schrifttum in Deutschland hat zwar anerkannt, dass die Mitgliedschaft ein „sonstiges Recht“ iSd § 823 BGB darstellt und daher deliktsrechtlichen Schutz gegenüber Dritten genießt<sup>624</sup>, aber gleichfalls eingewandt, dass das Verbandsinnenrecht das Deliktsrecht verdrängt<sup>625</sup>. Daher kann der Schutz des Mitglieds nur durch das Gesellschaftsrecht gewährleistet werden. Ausschließlich das Innenrecht bestimmt nach dieser Ansicht den Grund und die Grenzen des Schutzes, nicht aber das Deliktsrecht. Demnach muss ein deliktischer Schutz des Mitgliedschaftsrechts im Verbandsinnenverhältnis verneint und ein direkter Anspruch des Gesellschafters gegen die Geschäftsführung abgelehnt werden. Andere verneinen schon die Einordnung des Mitgliedschaftsrechts in die Kategorie des § 823 BGB und wollen nur unter den strengen Voraussetzungen des § 826 BGB (sittenwidrige Schädigungen) einen deliktsrechtlichen Schutz im Innenverhältnis zulassen<sup>626</sup>.

In Österreich wurde diese Problematik eher stiefmütterlich behandelt. Sofern sich die Lehre bislang geäußert hat, wurde entweder undifferenziert auf die von *Mertens*<sup>627</sup> zum deutschen Recht entwickelte Lehre Bezug genommen<sup>628</sup>, oder, sofern auch für das österreichische Gesellschaftsrecht Überlegungen angestellt wurden, der deliktsrechtliche Schutz auch im Innenverhältnis tendenziell bejaht<sup>629</sup>.

Es drängen sich sohin drei Fragestellungen auf, die im Folgenden behandelt werden sollen: einerseits wird zu überprüfen sein, ob dem Mitgliedschaftsrecht eine absolute Wirkung

---

<sup>622</sup> *Mertens* in FS- *Fischer*, S. 468 ff.

<sup>623</sup> Das BGB kennt als Fälle der deliktischen Haftung die Verletzung absoluter Rechte (§ 823 Abs 1 BGB), Schutzgesetzverletzungen (§ 823 Abs 2 BGB) und den Verstoß gegen die guten Sitten (§ 826 BGB).

<sup>624</sup> *G. Schmidt*, Die Vereinsmitgliedschaft als Grundlage von Schadenersatzansprüchen, JZ 1991, 157 ff; *Habersack*, Mitgliedschaft, S. 143 ff mwN.

<sup>625</sup> *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43, Rz 65; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 43, Rz 28; *Ulmer/Paefgen*, GmbHG, § 43, Rz 179 mwN.

<sup>626</sup> *Helms*, Schadenersatzansprüche wegen Beeinträchtigung der Vereinsmitgliedschaft, S. 125.

<sup>627</sup> *Mertens* in FS-*Fischer*, S. 461 ff.

<sup>628</sup> *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I, Rz 2/512.

<sup>629</sup> *Torggler*, Zum deliktischen Schutz der Mitgliedschaftsrechte, JBl 2003, 747 mwN; vgl auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 33.

zugebilligt werden kann und andererseits, ob nicht das Gesellschaftsrecht das Deliktsrecht im Verbandsinnenverhältnis verdrängt. Denkbar wäre auch, dass nur besonders qualifizierte Verhaltensweisen (sittenwidrige Schädigungen) der Geschäftsführung einen direkten Schadenersatzanspruch auslösen und in allen anderen Fällen der Gesellschafter auf Ansprüche gegen die Gesellschaft beschränkt bleibt. Auch dies soll untersucht werden. Nochmals wird unterstrichen, dass lediglich Beeinträchtigungen durch das Leitungsorgan Gegenstand der Überprüfung darstellen werden und Schädigungen durch andere Personen nicht behandelt werden.

### 3.) Stellungnahme

#### a.) Das Mitgliedschaftsrecht als absolutes oder relatives Recht

Im Zentrum der Diskussion steht, wie bereits kurz angeschnitten, die Qualifikation des Mitgliedschaftsrechts als absolutes oder relatives Recht, da prinzipiell nur absolut geschützte Rechtsgüter den Schutz vor jedermann genießen und daher dem Deliktsrecht unterliegen<sup>630</sup>. Verschärft wird diese Problematik dadurch, dass das ABGB keinen geschlossenen Rechtsgüterkatalog und somit keine abschließenden deliktischen Grundtatbestände kennt<sup>631</sup>. Denn während der deutsche Gesetzgeber das Deliktsrecht relativ scharf umreißt und die absolut geschützten Rechtsgüter in dessen § 823 BGB ex lege normiert, fehlt es im ABGB an einer entsprechenden Norm. Vielmehr ist nach der „Generalklausel“ des § 1295 Abs 1 ABGB jedermann berechtigt, vom Schädiger den Ersatz jenes Schadens zu verlangen, den ihm dieser rechtswidrig und schuldhaft zugefügt hat. Dennoch genießen auch in Österreich nach hL nur bestimmte Güter absoluten Schutz; dazu zählen etwa das Leben, die Freiheit, das Eigentum, die Gesundheit, nicht aber das bloße Vermögen<sup>632</sup>. Festzuhalten ist daher mE in einem ersten Schritt, dass die in Deutschland geführte Diskussion über ein „sonstiges Recht“ im österreichischen Recht jedenfalls nicht wirklich weiter hilft<sup>633</sup>, denn der in Deutschland normierte Katalog absolut geschützter Rechtsgüter kann keine abschließende Bedeutung bei der Präzisierung des § 1295 ABGB haben<sup>634</sup>. Dies soll aber keineswegs bedeuten, dass nicht

---

<sup>630</sup> Vgl statt vieler *Koziol-Welser*, Bürgerliches Recht II, S. 312.

<sup>631</sup> Vgl statt vieler *Harrer* in *Schwimann*, ABGB, § 1295, Rz 1.

<sup>632</sup> Vgl statt vieler *Harrer* in *Schwimann*, ABGB, § Vor 1293, Rz 2.

<sup>633</sup> *Torggler*, Zum deliktischen Schutz der Mitgliedschaftsrechte, JBl 2003, 747; vgl auch *Harrer* in *Schwimann*, ABGB, § 1295, Rz 1.

<sup>634</sup> *Koziol*, Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich, JBl 1994, 209 ff; *Reischauer* in *Rummel*, § 1294, Rz 16; *Harrer* in *Schwimann*, ABGB, § 1295, Rz 1.

auch nach österreichischem Recht dem Mitgliedschaftsrecht eine absolute Wirkung zugebilligt werden könnte. Vielmehr sind für das österreichische Recht gesonderte Überlegungen anzustellen. Erst dann wird sich eine Aussage über die Qualifikation des Mitgliedschaftsrechts und über dessen deliktischen Schutz gewinnen lassen.

## **b.) Vergleich des Mitgliedschaftsrechts mit klassischen absoluten Rechten**

Vergleicht man die rechtliche Natur der klassischen absoluten Rechte, dann wird augenscheinlich, dass all diese Rechte inhaltlich recht klare Konturen aufweisen<sup>635</sup>. Im Interesse der Rechtssicherheit muss zumindest erkennbar sein, welche Herrschaft der Berechtigte ausübt und wieweit diese reicht. Damit hängt zusammen, dass es den Parteien verwehrt ist, durch privatautonome Vereinbarung neue absolute Rechte zu schaffen. Vielmehr setzt der Gesetzgeber den Inhalt und den Umfang des zu achtenden Rechts weitestgehend zwingend fest<sup>636</sup>. Darüber hinaus ist allen absoluten Rechten gemein, dass die Existenz des Rechts Dritten gegenüber offenkundig ist. Denn während bei Persönlichkeitsrechten die Existenz der Person und somit der Inhalt des Rechts Dritten gegenüber erkennbar ist, wird die Publizität dinglicher Rechte durch den Besitz oder die Intabulation in das Grundbuch gewährleistet und bei Immaterialgüterrechten ist eine Registrierung vorzunehmen<sup>637</sup>. Die den absoluten Rechten zukommende Publizität ist für deren Schutz von immenser Bedeutung, da Dritten grundsätzlich nicht zugemutet werden kann, ihnen nicht erkennbare Rechte zu achten<sup>638</sup>.

Gerade die eben beschriebenen Charakteristika fehlen allerdings bei den Mitgliedschaftsrechten der Gesellschafter. Vielmehr kann, anders als bei absoluten Rechten, über den Inhalt des Mitgliedschaftsrechts weitestgehend frei disponiert werden<sup>639</sup>. Die privatautonome Gestaltbarkeit spricht daher jedenfalls gegen einen absoluten Charakter<sup>640</sup>. Hinzukommt, dass der durch privatautonome Vereinbarung gestaltbare Inhalt des Mitgliedschaftsrechts für die Allgemeinheit nicht erkennbar ist und unter Umständen auch für

---

<sup>635</sup> Vgl statt vieler *Koziol*, Haftpflichtrecht I, Rz 4/24.

<sup>636</sup> Vgl statt vieler *Spielbücher* in *Rummel*, ABGB, § 308, Rz 1.

<sup>637</sup> *Koziol*, Haftpflichtrecht I, Rz 4/24 mwN.

<sup>638</sup> *Koziol*, Haftpflichtrecht I, Rz 4/25 mwN.

<sup>639</sup> Allgemein *K.Schmidt*, Gesellschaftsrecht, S. 548 ff; *Koziol*, Rechtswidrigkeit, bewegliches System und Rechtsangleichung, JBl 1998/619; *Torggler*, Zum deliktischen Schutz der Mitgliedschaftsrechte, JBl 2003, 747f.

<sup>640</sup> *Helms*, Schadenersatzansprüche wegen Beeinträchtigung der Vereinsmitgliedschaft, S. 125; *Torggler*, Zum deliktischen Schutz der Mitgliedschaftsrechte, JBl 2003, 747f.

das Leitungsorgan zweifelhaft sein kann<sup>641</sup>. Abgesehen davon ist nicht nur der konkrete Inhalt und Umfang, sondern auch die Person des Berechtigten mangels Publizitätsakt nur schwer eruierbar. Zwar werden die Gesellschafter der GmbH gem § 78 GmbHG ins Firmenbuch und Namensaktien (Zwischenscheine) gem § 61 AktG ins Aktienbuch eingetragen; in beiden Fällen muss aber bedacht werden, dass der Eintragung nach überwiegender Lehre keine konstitutive Wirkung zukommt<sup>642</sup>. Daher kann es selbst für die Geschäftsführung unter Umständen schwierig sein, von der Person des Gesellschafters Kenntnis zu erlangen<sup>643</sup>.

Insgesamt kann daher mE kein Zweifel daran bestehen, dass man sich bei weiteren Überlegungen am Schutz von Forderungen, sohin relativen Rechten, zu orientieren hat. Zum einen lassen sich, wie bereits dargelegt, kaum Übereinstimmungen mit den absoluten Rechten finden und zum anderen wurde der Schutz von Forderungen in jüngerer Zeit ohnehin beträchtlich ausgeweitet<sup>644</sup>.

### c.) Der Schutz von Forderungen und deren Relevanz für das Mitgliedschaftsrecht

Bahnbrechend war die Rechtsprechung zum Doppelverkauf von Liegenschaften. Denn gem § 440 ABGB erlangt jener Käufer das Eigentumsrecht an der Liegenschaft, welcher zuerst um die Eintragung angesucht hat. Das Festhalten am Intabulationsprinzip kann im Einzelfall freilich auch zu Härtefällen führen; daher räumen *Koziol* und *Bydlinski* dem Erstkäufer dann einen Schadenersatzanspruch gegen den bücherlichen Zweitkäufer ein, wenn sich dieser *Wissentlich* über das Recht des Erstkäufers hinwegsetzt und dem Verkäufer zum Vertragsbruch verleitet<sup>645</sup>. Die jüngere Rechtsprechung hat den Schutz des Erstkäufers einer Liegenschaft dann auch auf die Fälle der *Kenntnis oder fahrlässigen Unkenntnis* des Zweitkäufers vom Vertragsbruch erweitert, wenn die Liegenschaft dem noch nicht einverleibten Erstkäufer bereits übergeben wurde. Die unterschiedlichen Sichtweisen erklären sich durch das Erfordernis der Publizität. Während im zweiten Fall der Schutz der Obligation an die durch den

---

<sup>641</sup> So etwa bei Erteilung von Informationen gem § 112 Abs 3 AktG.

<sup>642</sup> *Schiemer*, AktG, § 61, Rz 8.1; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 425; *Bittner*, Die Auslegung des neuen § 78 Abs 1 GmbH-Gesetz-ein Problem, das keines sein sollte, NZ 1991, 100; *Jabornegg-Geist in Jabornegg-Strasser*, § 61, Rz 25; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2554, FN 1060 mwN; aA *Gellis/Feil*, GmbHG, § 78, Rz 3.

<sup>643</sup> Dieses Problem stellt sich insbesondere bei der AG, da Aktien frei und unkompliziert übertragen werden können. Wenn die AG nur Inhaberaktien ausgibt, muss sie kein Aktienbuch führen und kann demzufolge bei einem Inhaberwechsel kaum Kenntnis vom neuen Aktionär erlangen.

<sup>644</sup> Vgl *Koziol*, Die Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte, S. 178 ff, *Koziol*, Haftpflichtrecht I, Rz 4/26; *Aicher in Rummel*, § 1053, Rz 14 f mwN.

<sup>645</sup> Vgl ausführlich *Aicher in Rummel*, ABGB, § 1053, Rz 14 f.

Besitz vermittelte Offenkundigkeit anknüpft, wird bei fehlender Publizität des Forderungsrechts nur eine Wissentliche Verletzung von der überwiegenden Lehre<sup>646</sup> für rechtswidrig gehalten. Während also in allen anderen Fällen eines absoluten Schutzes von Forderungen doloses Verhalten gefordert wird, genügt bei der Verletzung eines „besitzverstärkten Forderungsrechts“ bereits, dass der Erwerber die schuldrechtliche Position kannte oder bei gehöriger Aufmerksamkeit kennen musste<sup>647</sup>. Auf die vorwerfbare Unkenntnis des Bestehens eines fremden Forderungsrechts kann daher ein Schadenersatzanspruch lediglich dann gestützt werden, wenn das fremde Forderungsrecht für den Verletzer „sozial-typisch“ erkennbar war<sup>648</sup>. Der OGH<sup>649</sup> hält aber ebenso in ständiger Rechtsprechung fest, dass Nachforschungspflichten hinsichtlich des Bestehens eines fremden Forderungsrechts nicht bestehen und nur aufgrund besonderer Umstände (zB „besitzverstärktes Forderungsrecht“) angenommen werden können.

Legt man nun diese Erwägungen auf die Problematik des Mitgliedschaftsrechts um, dann scheint jedenfalls ein doloser Eingriff des Leitungsorgans einen direkten Anspruch des verletzten Gesellschafters auszulösen. Andererseits sind Leitungsorgane schon aufgrund ihres Amtes verpflichtet, sich über den Inhalt der Satzung (und somit über die konkrete Ausgestaltung der Mitgliedschaftsrechte) Kenntnis zu verschaffen. Daher würde, wie *Torggler*<sup>650</sup> aufzeigt, die Annahme eines deliktischen Schutzes unabhängig von der positiven Kenntnis dem Leitungsorgan auch keine zusätzlichen Nachforschungspflichten auferlegen. Diese bestehen vielmehr schon aufgrund ihrer objektiven Sorgfaltspflicht. Dementsprechend könnte ebenso vertreten werden, dass auch die fahrlässige Unkenntnis über die Existenz des verkürzten Mitgliedschaftsrechts bereits Schadenersatzpflichten des Leitungsorgans auslösen kann<sup>651</sup>.

---

<sup>646</sup> *Koziol*, Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte, S. 152 ff; *Koziol*, Haftpflichtrecht I, Rz 4/25; *Koziol*, Rechtswidrigkeit, bewegliches System und Rechtsangleichung, JBl 1998/619; für weitere Nachweise vgl *Aicher* in *Rummel*, ABGB, § 1053, Rz 10 ff.

<sup>647</sup> OGH bbl 1998/169; OGH NZ 2007/48.

<sup>648</sup> So zuletzt OGH NZ 2007/48 unter Berufung auf *Koziol*, Beeinträchtigung fremder Forderungsrechte und *Schilcher/Holzer*, Der schadenersatzrechtliche Schutz des Traditionserwerbers bei Doppelveräußerung, JBl 1974, 445 ff und 512 ff.

<sup>649</sup> OGH ÖBA 2001/997 = JBl 2002, 182 (Dullinger); OGH NZ 2007/48.

<sup>650</sup> *Torggler*, Zum deliktischen Schutz der Mitgliedschaftsrechte, JBl 2003, 747.

<sup>651</sup> Zur Ersatzpflicht auch bei fahrlässigem Verhalten des Leitungsorgans käme der OGH auch unter Berufung auf die Lehre vom Eingriff in die fremde Rechtszuständigkeit. Denn *Reischauer* folgert aus der Anerkennung der Rechtszuständigkeit als absolutes Recht, dass bereits fahrlässiges Verhalten ersatzpflichtig machen würde. Die Übernahme dieser Position auch bei Mitgliedschaftsrechten würde demzufolge schon bei fahrlässiger Unkenntnis des Mitgliedschaftsrechts zu Schadenersatzpflichten führen - vgl *Reischauer* in *Rummel*, ABGB, § 1332, Rz 20b ff.

Der OGH<sup>652</sup> hat sich, soweit ersichtlich, zu dieser Frage noch nicht ausdrücklich geäußert. Allerdings wird er, abgesehen von der subjektiven Tatseite des Leitungsorgans, weiters noch das Verhältnis des Gesellschaftsrechts zum Deliktsrecht zu untersuchen haben. Nur sofern das Gesellschaftsrecht das Deliktsrecht im Innenverhältnis der Gesellschaft nicht verdrängt, würde sich die Passivlegitimation des Leitungsorgans rechtfertigen lassen. Andernfalls bliebe der verletzte Gesellschafter trotz Anerkennung eines absoluten Schutzes auf Ersatzansprüche gegen die Gesellschaft beschränkt.

#### **d.) Vereinbarkeit des Gesellschaftsrechts mit dem Deliktsrecht?**

Wenngleich ein Eingriff gesellschaftsfremder Dritter in das Mitgliedschaftsrecht unter den bereits genannten Voraussetzungen zu einer Ersatzpflicht führen mag, könnte es dennoch sein, dass das Gesellschaftsrecht abschließende Normen enthält, welche die Anwendbarkeit des Deliktsrechts ausschließen<sup>653</sup>. Nur falls dies nicht der Fall sein sollte, kann ein Gesellschafter vom verbotswidrig handelnden Leitungsorgan direkt Ersatz verlangen. Namentlich muss überprüft werden, ob die Anwendbarkeit des Deliktsrechts nicht vom Grundsatz der Binnenhaftung verdrängt wird<sup>654</sup>. Auch § 25 GmbHG und § 84 AktG schränken im Grundsatz die Haftung der Leitungsorgane auf Ansprüche der Gesellschaft ein, sodass bei vollständiger Geltung des Prinzips der Innenhaftung ein in seinen Mitgliedschaftsrechten verletzter Gesellschafter nur die Gesellschaft selbst in Anspruch nehmen könnte. Dass sich der Gesetzgeber ganz bewusst für ein reines Konzept der Innenhaftung entschieden hat, darf daher bei allen weiteren Überlegungen nicht unberücksichtigt gelassen werden. Insbesondere ist zu beachten, dass selbst bei Vorliegen der Voraussetzungen eines deliktischen Schutzes nach dem allgemeinen Zivilrecht eine Dritthaftung nur dann für gerechtfertigt erachtet werden kann, wenn die gesetzgeberische Wertung zur Innenhaftung überholt ist und sich daher die Negierung der Außenhaftung nicht mehr aufrechterhalten lässt<sup>655</sup>. Dementsprechend wird die Haftungskanalisation auf die Gesellschaft nur dann durchbrochen, wenn für eine Dritthaftung besonders starke Zurechnungsgründe sprechen. Daraus kann abgeleitet werden, dass das

---

<sup>652</sup> In der E. des OGH vom 18.04.2001, JBl 2001, 585 sprach dieser lediglich aus, dass die Mitglieder des Vereins ein Recht darauf hätten, dass ihre Mitgliedschaftsrechte nicht verletzt werden. Geschehe dies dennoch, so begründe dies- ähnlich der positiven Vertragsverletzung- Schadenersatzpflichten des Vereins gegenüber seinen Mitgliedern. Ob dem Mitgliedschaftsrecht hingegen ein absoluter Schutz zukommt (und unter welchen Voraussetzungen), wurde nicht abschließend erörtert. Ebenfalls offen OGH RdW 1992, 142.

<sup>653</sup> *Torggler*, Zum deliktischen Schutz der Mitgliedschaftsrechte, JBl 2003, 747 mwN.

<sup>654</sup> *Torggler*, Zum deliktischen Schutz der Mitgliedschaftsrechte, JBl 2003, 747; *Achilles/Enstahler/Schmidt*, GmbHG, § 43, Rz 57; *Ulmer/Paefgen*, GmbHG, § 43, Rz 179 mwN.

<sup>655</sup> *Karollus/Lukas*, Dritthaftung der Bank aus einer unrichtigen Bankbestätigung, JBl 2004, 686 mwN.

Prinzip der Binnenhaftung eigenen Ansprüchen der Gesellschafter gegen Leitungsorgane bei bloßer Verletzung ihrer Organpflichten entgegensteht und nur bei zusätzlichem Verhaltensunrecht gegenüber einem Gesellschafter eine direkte Haftung eröffnet werden soll<sup>656</sup>. Bislang wurde dies dem Grunde nach bejaht, sofern der Organwalter durch Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter, bei Schutzgesetzverletzungen oder durch sittenwidrige Schädigungen dem Gesellschafter einen Schaden zugefügt hat<sup>657</sup>. Folglich hat man sich im gegebenen Zusammenhang zu fragen, ob die Verletzung der durch das Mitgliedschaftsrecht zusammengefassten Rechte gesellschaftsbezogener Natur sind, oder ausnahmsweise besondere Gründe für eine Außenhaftung des Leitungsorgans sprechen. Darüber hinaus ist zu prüfen, ob nicht nur bestimmte qualifizierte Verhaltensweisen der Leitungsorgane als „zusätzliches Verhaltensunrecht“ eine Durchgriffshaftung rechtfertigt. Ob das Gesellschaftsrecht das Deliktsrecht wirklich vollständig verdrängt, wird in den folgenden Ausführungen untersucht werden, wobei es sich mE empfiehlt, die einzelnen für das Mitgliedschaftsrecht relevanten Fallgruppen deliktischen Schutzes getrennt voneinander darzustellen<sup>658</sup>.

#### **e.) Verhältnis Gesellschaftsrecht mit dem Mitgliedschaftsrecht**

Festgehalten sollte in einem ersten Schritt werden, dass die im Mitgliedschaftsrecht zusammengefassten Rechte ihre rechtliche Grundlage im verbandsrechtlichen Sonderrechtsverhältnis haben. Denn bei allen Teilnahme- und Verwaltungsrechten der Gesellschafter handelt es sich um rein gesellschaftsbezogene Rechte der Gesellschafter und damit korrespondierenden „Obliegenheiten“ der Geschäftsführung<sup>659</sup>. Selbst wenn man sich daher, wie bereits dargelegt, beim Schutz des Mitgliedschaftsrechts am Schutz von Forderungsrechten orientiert und deren absoluten Schutz (unter bestimmten Voraussetzungen) bejaht, ist mE dennoch nicht recht ersichtlich, worin bei der Verletzung eines Mitgliedschaftsrechts ein über die Verletzung anderer Organpflichten der Geschäftsführung hinausgehendes Verhaltensunrecht liegen soll. Es würde mE daher dem Prinzip der Innenhaftung widersprechen, würde man etwa die Verletzung der Verständigungspflicht

---

<sup>656</sup> Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I, Rz 2/510 ff; Torggler, Zum deliktischen Schutz der Mitgliedschaftsrechte, JBl 2003, 747mwN.

<sup>657</sup> Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I, Rz 2/508; OGH ecolx 1992, 707 = RdW 1992, 403; OGH HS 25.104 =RdW 1995, 262 = WBl 1995, 122 = GesRZ 1995, 121.

<sup>658</sup> Dargestellt wird das Verhältnis sittenwidriger Schädigungen/absolut geschützter Rechtsgüter mit dem Gesellschaftsrecht. Hingegen wird (mangels Anhaltspunkte) nicht geprüft, ob es sich bei den durch die Mitgliedschaft zusammengefassten Rechten um Schutzgesetze zugunsten der Gesellschafter handelt.

<sup>659</sup> Ulmer/Paefgen, GmbHG, § 43, Rz 179, Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43, Rz 65 mwN.

einzelner Gesellschafter von der Generalversammlung und die Zusendung von Protokollabschriften anders behandeln als etwa die Verletzung von Kapitalerhaltungsvorschriften<sup>660</sup>. Besondere Zurechnungsgründe auf Seiten des Organwalters, welche eine Durchgriffshaftung rechtfertigen würden, sind mE daher nicht auszumachen. Insofern sollte grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass der Schutz des Mitglieds durch das Gesellschaftsrecht bestimmt wird<sup>661</sup> und durch das Prinzip der Haftungskanalisation ein in seinen Mitgliedschaftsrechten verletzter Gesellschafter seine Ansprüche ausschließlich gegen die Gesellschaft richten kann. Daher kann selbst die Anerkennung eines absoluten Schutzes angesichts der rein gesellschaftsbezogenen Rechte des Gesellschafters keine Außenhaftung des Leitungsorgans rechtfertigen. Denn rechtlicher Ursprung dieser Rechte ist und bleibt das Gesellschaftsrecht.

#### **f.) Verhältnis Gesellschaftsrecht mit sittenwidrigen Beeinträchtigungen**

Jene (überwiegenden) Teile im Schrifttum, welche einen deliktischen Schutz im Verbandsinnenverhältnis zur Gänze ablehnen, gehen offenbar davon aus, dass auch sittenwidrige Schädigungen der Leitungsorgane keinen direkten Anspruch des Gesellschafters zulassen<sup>662</sup>. Diese Rechtsansicht ist mE allerdings nicht unangreifbar.

Bei absichtlichen sittenwidrigen Schädigungen iSd § 1295 Abs 2 ABGB muss ungeachtet der vorherigen Ausführungen zusätzlich beachtet werden, dass angesichts des personalen Handlungsunwerts eine sehr weite Schadenszurechnung an den Schädiger erfolgt<sup>663</sup>. Dementsprechend kommt es auf das betroffene Rechtsgut nicht an und jeder wie immer geartete Schaden muss vom Schädiger ersetzt werden. Ersatzfähig sind daher auch reine Gefühlsschäden, mittelbare Schäden und das bloße Vermögen<sup>664</sup>. Die besondere Bedeutung dieser Bestimmung liegt darin, dass sie dem Geschädigten auch dann einen Ersatzanspruch einräumt, wenn weder ein Schutzgesetz, noch ein absolut geschütztes Rechtsgut verletzt worden ist<sup>665</sup>. Insbesondere bloße Vermögenspositionen sind – ähnlich dem

---

<sup>660</sup> So etwa *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I, Rz 2/512, tendenziell auch *Torggler*, Zum deliktischen Schutz der Mitgliedschaftsrechte, JBI 2003/747.

<sup>661</sup> Vgl dazu *Habersack*, Mitgliedschaft, S. 172 ff.

<sup>662</sup> *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43, Rz 65; *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, § 43, Rz 28; *Ulmer/Paefgen*, GmbHG, § 43, Rz 179 mwN.

<sup>663</sup> Vgl satt vieler *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB, § 1295, Rz 21.

<sup>664</sup> *Koziol*, Haftpflichtrecht I, Rz 4/36; *Koziol-Welser*, Bürgerliches Recht, II, S. 339; *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB, § 1295, Rz 2.

<sup>665</sup> *Karollus/Lukas*, Dritthaftung der Bank aus einer unrichtigen Bankbestätigung ?, JBI 2004, 686.

Mitgliedschaftsrecht, aber anders als absolute Rechte - nicht offenkundig und genießen daher im deliktischen Bereich nur bei qualifizierten Verhaltensweisen Schutz. Ganz allgemein lässt sich, wie bereits angeführt, feststellen, dass die Anerkennung des Schutzbereiches und dessen Umfang vor allem von der inhaltlichen Konkretisierbarkeit und der Publizität des Rechts abhängt; je weniger die klaren Konturen des zu schützenden Bereiches für Dritte erkennbar sind, desto geringer fällt auch ihr rechtlicher Schutz aus<sup>666</sup>. Deshalb wird in den Fällen fehlender Publizität die positive Kenntnis der Erkennbarkeit der Rechtsposition gleichgehalten. Dies gilt umso mehr, wenn der Schädiger die Rechtsposition kannte und in absichtlicher, sittenwidriger Weise schädigt.

Bereits dargelegt wurde, dass das Prinzip der Haftungskanalisation zwar Ansprüche der Gesellschafter gegen Organwähler wegen Verletzung bloßer Organpflichten ausschließt und nur bei zusätzlichem Verhaltensunrecht eine Außenhaftung des Leitungsorgans gerechtfertigt erscheint<sup>667</sup>. Dass eine absichtliche sittenwidrige Schädigung aufgrund des qualifizierten Handlungsunwerts als über die „normale“ Verletzung gesellschaftsbezogener Rechte hinausgehendes Verhaltensunrecht angesehen werden muss, kann wohl von niemandem bestritten werden. Insofern müsste man, bei sonstiger Verdrängung des Deliktsrechts, mE zumindest bei einer sittenwidrigen Beeinträchtigung des Mitgliedschaftsrechts eine Direkthaftung des Organwählers zulassen<sup>668</sup>. Es wäre nämlich nicht recht nachvollziehbar, einer schwachen Rechtsposition wie dem bloßen Vermögen bei sittenwidrigen Verletzungen Schutz zu gewähren und einer vergleichbaren Rechtsposition wie dem Mitgliedschaftsrecht den Schutz zu versagen.

## **g.) Ergebnis**

Die durch die Mitgliedschaft vermittelten Rechte der Gesellschafter können – ebenso wie Forderungen - unter bestimmten Voraussetzungen absoluten Schutz genießen. Allerdings handelt es sich bei allen Mitgliedschaftsrechten um rein gesellschaftsbezogene Rechte, sodass trotz Anerkennung eines absoluten Schutzes das Prinzip der Binnenhaftung im Kapitalgesellschaftsrecht das Deliktsrecht prinzipiell verdrängt. Daher können Gesellschafter,

---

<sup>666</sup> *Koziol*, Haftpflichtrecht I, Rz 4/27.

<sup>667</sup> *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I, Rz 2/510 ff; *Torggler*, Zum deliktischen Schutz der Mitgliedschaftsrechte, JBl 2003/747 mwN.

<sup>668</sup> *Helms*, Schadenersatzansprüche wegen Beeinträchtigung der Vereinsmitgliedschaft, S. 125; *Ulmer/Paefgen*, GmbHG, § 43, Rz 186; vgl auch *Hüffer*, AktG, § 93, Rz 19.

selbst wenn kein Reflexschaden vorliegt, bei Verletzung ihrer Mitgliedschaftsrechte durch die Geschäftsführung nur Ansprüche gegen die Gesellschaft geltend machen.

Anders verhält es sich nur bei absichtlichen, sittenwidrigen Schädigungen der Leitungsorgane. Der qualifizierte Handlungsunwert rechtfertigt hier trotz Verletzung reiner Organpflichten eine Außenhaftung der Leitungsorgane. Das Prinzip der Haftungskanalisation schließt zwar direkte Ansprüche der Gesellschafter bei bloßer Verletzung gesellschaftsbezogener Rechte aus, der zusätzliche Handlungsunwert einer sittenwidrigen Schädigung rechtfertigt jedoch einen Direktanspruch des Gesellschafters. Es wäre ein Wertungswiderspruch, wenn nach allgemeinem Zivilrecht bei sittenwidrigen Schädigungen iSd § 1295 ABGB selbst das bloße Vermögen des Geschädigten geschützt wäre und einer vergleichbaren Rechtsposition wie dem Mitgliedschaftsrecht kein Schutz zukäme.

## **X. Der Beschluss der Gesellschafterversammlung und haftungsrechtliche Konsequenzen**

### **A.) Einleitung**

Oberstes Willensbildungsorgan der AG und GmbH ist die Gesellschafterversammlung<sup>669</sup>. Dementsprechend entfaltet der verbindlich ausgedrückte Wille auch Rechtsfolgen für die Haftung der Geschäftsführung. Dies ist die notwendige Konsequenz daraus, dass die Geschäftsführung verpflichtet ist, einen verbindlichen Beschluss der Gesellschafterversammlung Folge zu leisten<sup>670</sup>. Hervorzuheben ist allerdings, dass die Generalversammlung jenseits der gesetzlich fixierten Grenzen dem Geschäftsführer gem § 20 GmbHG jederzeit Weisungen erteilen kann<sup>671</sup>, während der Vorstand der AG zwar dem Grunde nach weisungsfrei tätig sein kann, aber gleichfalls an Beschlüsse der

---

<sup>669</sup> Vgl statt vieler *Artmann*, Offene Fragen der gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsklage, GeS 2007, 3.

<sup>670</sup> Vgl nur *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 217, 380; *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 77-84, Rz 114 f; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 17.

<sup>671</sup> Vgl statt vieler *Reich-Rohrwig*, GmbH- Recht I, Rz 2/259.

Hauptversammlung gebunden ist, sofern er gem § 103 Abs 2 AktG der Hauptversammlung Fragen der Geschäftsführung vorlegt<sup>672</sup>.

Der Gesetzgeber hatte somit die Frage zu beantworten, inwiefern und unter welchen Voraussetzungen der Vollziehung eines Beschlusses der Gesellschafter durch die Geschäftsführung Auswirkungen auf die Ersatzpflicht derselben zukommen. Die Antwort findet sich in den § 25 Abs 5 GmbHG und § 84 Abs 4 iVm Abs 5 AktG.

*Gem § 25 Abs 5 GmbHG wird die Ersatzpflicht des Geschäftsführers auch in Befolgung eines Gesellschafterbeschlusses nicht aufgehoben, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist. Gem § 84 Abs 4 AktG tritt die Ersatzpflicht der Gesellschaft gegenüber nicht ein, wenn die Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschluss der Hauptversammlung beruht. Sofern die Gläubiger von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können wird nach § 84 Abs 5 Satz 3 AktG die Ersatzpflicht den Gläubigern gegenüber auch nicht durch die Vollziehung eines gesetzmäßigen Beschlusses aufgehoben.*

Beiden Bestimmungen gemeinsam ist, dass sie an die Erteilung eines Beschlusses durch die Gesellschafterversammlung und dessen Ausführung durch die Geschäftsführung prinzipiell die Rechtsfolge des Entfalls der Ersatzpflicht knüpfen und davon nur eine Ausnahme machen, sofern dies im Interesse der Gläubiger erforderlich ist. Obwohl diese gesetzgeberische Wertung auf den ersten Blick unkompliziert aussehen mag, begegnet man erheblichen rechtlichen Problemen immer dann, wenn ein Beschluss nicht fehlerfrei, sondern rechtlich mangelhaft zustande gekommen ist.

Die folgende Darstellung behandelt daher Fragen der Entlastungswirkung nicht nur für sorgfaltsgemäße, sondern auch für sorgfaltswidrige, anfechtbare und nichtige Beschlüsse. Selbst wenn sich nach dieser Untersuchung eine Ersatzpflicht ergeben sollte, bleibt offen, ob diese in jedem Fall besteht, oder nur dann, wenn der Anspruch zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist. Darüber hinaus ist zu klären, ob der Gesellschaft oder den Gläubigern gegenüber die Ersatzpflicht eintritt. Am Ende des Kapitels wird der Frage nachgegangen, ob auch einem „formlosen Beschluss“ der Gesellschafterversammlung Entlastungswirkung zukommen kann, oder ob dies nur angenommen werden kann, wenn die Vorschriften über die

---

<sup>672</sup> Strasser in Jabornegg- Strasser, AktG, §§ 77-84, Rz 114 f; Artmann, Offene Fragen der gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsklage, GeS 2007, 3.

Einberufung und Abhaltung der Gesellschafterversammlung eingehalten wurden. Den Abschluss bildet eine Zusammenfassung der Ergebnisse.

## **B.) allgemeine Grundsätze der „Entlastungswirkung“ eines Beschlusses**

Bereits kurz angeschnitten wurde, dass der innere Grund des Haftungsentfalls der Geschäftsführung nach § 25 Abs 5 GmbHG und § 84 Abs 4 iVm Abs 5 AktG in der gesellschaftsrechtlichen Verpflichtung zur Beschlussausführung liegt. Es wäre höchst widersprüchlich, wenn die Rechtsordnung die Geschäftsführung einerseits zur Vollziehung eines Beschlusses verpflichten und andererseits bei dessen Befolgung eine Ersatzpflicht vorsehen würde<sup>673</sup>. Die Rechtsordnung kann nicht ein Verhalten verlangen und gleichzeitig einen Rechtsnachteil daran knüpfen. Mit *Koppensteiner*<sup>674</sup> ist daher die Reichweite der §§ 25 Abs 5 GmbHG und 84 Abs 4 iVm Abs 5 AktG davon abhängig zu machen, ob die Geschäftsführung gesellschaftsrechtlich verpflichtet war, einen Gesellschafterbeschluss zu vollziehen. Nach dem gesetzlichen Leitbild entfallen bei Befolgung eines verbindlichen Beschlusses im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Geschäftsführung die Pflichtwidrigkeit und das Verschulden des Leitungsorgans und eine Ersatzpflicht scheidet dem Grunde nach aus<sup>675</sup>. Außer Streit zu stellen ist daher zunächst, dass eine Entlastungswirkung des Beschlusses jedenfalls dann eintritt, wenn die Geschäftsführung zur Beschlussausführung verpflichtet war. Mit der Frage der Ausführungspflicht in engem Zusammenhang steht die Frage der Beseitigungsobliegenheit eines rechtlich mangelhaften Beschlusses durch die Geschäftsführung. Die Befugnis zur Anfechtung oder Feststellung der Nichtigkeit eines Gesellschafterbeschlusses ergibt sich aus den §§ 41 GmbHG, 228 ZPO, 196, 201 AktG<sup>676</sup>. Wenn die Lehre bislang eine Beseitigungspflicht (Pflicht zur Erhebung der Anfechtungs- bzw Nichtigkeitsklage) der Geschäftsführung angenommen hat, wurde aus der Verletzung dieser Obliegenheit eine Ersatzpflicht gegenüber der Gesellschaft abgeleitet<sup>677</sup>. Daraus kann man schließen, dass Beseitigungspflicht und Ausführungspflicht einander ausschließen; sofern eine

---

<sup>673</sup> *Koppensteiner*, Zur Haftung des GmbH-Gesellschafters, WBl 1988, 1 f; *Plöchl*, Anfechtungspflicht und Kostenrisiko, eolex 1993, 453 mwN.

<sup>674</sup> *Koppensteiner*, Zur Haftung des GmbH-Gesellschafters, WBl 1988, 1 f.

<sup>675</sup> Vgl statt vieler *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43, Rz 33.

<sup>676</sup> Die Feststellung der Nichtigkeit eines Gesellschafterbeschlusses ist nur im AktG ausdrücklich geregelt. Im Bereich der GmbH wird die Feststellung entweder mit einer Klage nach § 41 GmbHG (Anfechtungsklage) oder mit allgemeiner Feststellungsklage nach § 228 ZPO zugelassen- vgl zum Ganzen *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 41, Rz 55.

<sup>677</sup> *Schiemer*, AktG, § 84, Rz 15.1; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 25, Rz 16; *Strasser* in *Jabornegg-Strasser*, §§ 77-84, Rz 115; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 195, Rz 119; *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 119; *Hüffer* in *Münchener Kommentar*, AktG, § 242, Rz 22; *Hüffer*, AktG, § 93, Rz 25.

Obliegenheit zur Beseitigung besteht, darf der Beschluss nicht vollzogen werden. Andernfalls wäre mit der Verpflichtung zur Vollziehung eines Beschlusses durch die Geschäftsführung gleichzeitig auch eine Ersatzpflicht verbunden.

Letztlich lässt sich die Haftungsproblematik auf eine Kernfrage zurückführen: Wann muss die Geschäftsführung einen Beschluss der Gesellschafterversammlung befolgen und wird somit haftungsfrei? Vorab ist allerdings, quasi als Vorfrage, zu klären, in welchen Fällen die Verwaltungsträger einen mangelhaften Beschluss beseitigen müssen. Nur sofern keine Beseitigungspflicht anzunehmen ist, ist die Geschäftsführung gehalten einen Gesellschafterbeschluss zu befolgen und kann demzufolge auch haftungsfrei werden. Die folgende Untersuchung wird die eben erörterten Fragen, wie bereits angekündigt, für sorgfaltsgemäße, sorgfaltswidrige, anfechtbare und nichtige Beschlüsse behandeln.

### **C.) sorgfaltsgemäße Beschlüsse**

Keine haftungsrechtlichen Probleme bestehen, wenn die Gesellschafter einen Beschluss zu einem sorgfaltsgemäßen Geschäft erteilen und die Geschäftsführung diesen ausführt. Da die Geschäftsführung verpflichtet ist, einen derart mangelfreien Beschluss zu vollziehen, entfällt die Ersatzpflicht auch dann, wenn der Gesellschaft ein Schaden entstanden ist<sup>678</sup>. Daran ändert sich auch nichts, wenn der eingetretene Schaden zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich wäre. Sowohl § 25 Abs 5 GmbHG als auch § 84 Abs 5 AktG gehen von einer „Ersatzpflicht“ des Leitungsorgans aus, welche rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten voraussetzt. Da bei Vollziehung eines mangelfreien Beschlusses beide Elemente eines Schadenersatzanspruches entfallen, scheidet eine Ersatzpflicht auch aus, wenn die Gläubiger keine Befriedigung von der Gesellschaft erlangen können<sup>679</sup>.

### **D.) sorgfaltswidrige Beschlüsse**

Darunter werden Beschlüsse verstanden, welche weder gegen die guten Sitten oder zwingendes Recht noch gegen gesellschaftliche Treuebindungen verstoßen, aber mit dem

---

<sup>678</sup> Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/262.

<sup>679</sup> Vgl statt vieler Dellinger in FS-Frotz, S. 207.

objektiven Sorgfaltsmaßstab des § 25 Abs 1 GmbHG und des § 84 Abs 1 AktG nicht übereinstimmen und insofern für die Gesellschaft objektiv nachteilig sind<sup>680</sup>.

Denkbar wäre, dass der Organwahrer seiner Ersatzpflicht gegenüber der Gesellschaft nur durch Ausübung seiner Anfechtungsbefugnis entgehen kann, da nach dem Wortlaut des § 41 Abs 3 GmbHG und des § 196 Abs 1 Z 5 AktG jedes Mitglied des Leitungsorgans anfechtungsbefugt ist, wenn es sich durch die Ausführung ersatzpflichtig oder strafbar machen würde<sup>681</sup>. Die gesetzlichen Sorgfaltspflichten gegenüber den Gläubigern sollen nach dieser Auffassung auch dann bestehen bleiben, wenn das Verhalten der Geschäftsführung auf einem Gesellschafterbeschluss beruht. Daher könne ein sorgfaltswidriger Beschluss die Geschäftsleitung nicht entlasten, wenn die Gesellschaftsmittel zur Gläubigerbefriedigung nicht ausreichen<sup>682</sup>. Dem wird entgegengehalten, dass die gesamte Geschäftspolitik und Wirtschaftsstrategie innerhalb der gesetzlichen Grenzen autonom durch die Gesellschafter bestimmt werde<sup>683</sup>. Eine Geschäftsführungshandlung, welche auf dem Willen der Gesellschafterversammlung beruhe und nicht gesetzwidrig sei, könne gar keine Gesellschaftsinteressen verletzen. Ein objektiv nachteiliger und daher sorgfaltswidriger Beschluss der Gesellschafter könne vom Leitungsorgan gar nicht angefochten werden<sup>684</sup>. Eine Anfechtungsbefugnis bestehe eben nur bei gesetzwidrigen und satzungswidrigen Beschlüssen, nicht aber, wenn die Gesellschafter als wirtschaftlicher Eigentümer des Gesellschaftsvermögens ihren verbindlichen Willen hinsichtlich der Leitung des Unternehmens zum Ausdruck gebracht haben<sup>685</sup>. Unrichtig sei daher die These, dass die § 25 Abs 5 iVm § 41 Abs 3 GmbHG und die § 84 Abs 4 iVm § 196 Abs 1 Z 5 AktG auf der Prämisse beruhen, wonach es wirksame Weisungsbeschlüsse gäbe, deren Ausführung aber mit Schadenersatz bedroht sei<sup>686</sup>. Der Gesetzgeber wollte eben einen Zugriff der Gläubiger auf das Gesellschaftsvermögen nur zulassen, wenn Normen zu ihrem Schutz verletzt werden. Eine

---

<sup>680</sup> Vgl *Gellis/Feil*, GmbHG, § 25, Rz 16; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2976; *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/263 mwN. Als Beispiel für einen sorgfaltswidrigen Beschluss wird in der Literatur genannt, dass das Leitungsorgan Waren nicht vom Bestbieter erwerben soll- *Artmann*, Offene Fragen der gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsklage, GeS 2007, 3.

<sup>681</sup> Vgl *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 396; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I, Rz 2/408 f.

<sup>682</sup> Vgl die Nachweise bei *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/269.

<sup>683</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 20, Rz 9 mwN.

<sup>684</sup> *Artmann*, Haftungsdurchgriff im GmbH-Recht, RdA 2002, 370.

<sup>685</sup> *Koppensteiner*, Zur Haftung des GmbH-Gesellschafter, WBl 1988, 1; *Harrer*, Haftungsprobleme bei der GmbH, S. 86 ff; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2976; *Artmann*, Offene Fragen der gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsklage, GeS 2007, 3; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 19.

<sup>686</sup> *Straube, Rauter*, Wege aus dem Labyrinth ? Strategien der Haftungsvermeidung für GmbH-GF, JAP 2007/2008/15.

Ersatzpflicht habe daher auszuscheiden und zwar auch, wenn die Gläubiger von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können.

Der zuletzt referierten Ansicht muss mE gefolgt werden. Unstrittig ist dabei zunächst, dass es sich bei einem sorgfaltswidrigen Beschluss nicht um einen nichtigen, sondern grundsätzlich verpflichtenden Beschluss handelt. Dementsprechend könnte man den Mitgliedern der Geschäftsführung entsprechend den obigen Ausführungen nur dann einen Verschuldensvorwurf machen, wenn diesen ein Anfechtungsrecht zukäme und sie davon schuldhaft keinen Gebrauch machen würden. Ist dies nicht der Fall, muss wegen der Ausführungspflicht auch die Ersatzpflicht entfallen. Nun geben die § 41 Abs 3 GmbHG und § 196 Abs 1 Z 5 AktG zwar den Mitgliedern des Leitungsorgans ex lege ein Anfechtungsrecht, allerdings besteht auch dieses Individualrecht nur bei Vorliegen eines Anfechtungsgrundes. Gem § 41 GmbHG und § 195 AktG kann ein Beschluss nur bei Vorliegen bestimmter taxativ im Gesetz normierter formeller oder materieller Mängel angefochten werden<sup>687</sup>. Solange ein sorgfaltswidriger Beschluss der Gesellschafter nicht gegen das Gesetz oder die Satzung verstößt, liegt hingegen noch kein anfechtbarer Beschluss vor<sup>688</sup>. Wenngleich daher § 41 Abs 3 GmbHG und § 196 Abs 1 Z 5 AktG eine Aktivlegitimation der Geschäftsführungsmitglieder vorsehen, kann diese den fehlenden Anfechtungsgrund nicht ersetzen<sup>689</sup>. Insofern erfüllt ein Beschluss, welcher gegen die Sorgfalt eines ordentlichen (und gewissenhaften) Geschäftsmannes (-leiters) verstößt, aber an keinen weiteren Mangel leidet, keinen Anfechtungsgrund und löst daher bei Vollziehung durch das Management auch keine Ersatzpflichten aus<sup>690</sup>. Daran kann auch nichts ändern, dass ein allfälliger Ersatzanspruch zur Gläubigerbefriedigung erforderlich wäre. Sofern ein Beschluss die Geschäftsführung zur Ausführung verpflichtet, muss die Haftung entfallen, andernfalls wäre mit der Vollziehung eines verbindlichen Beschlusses eine Ersatzpflicht verbunden<sup>691</sup>. Haftungsrechtlich besteht insofern kein Unterschied zu sorgfaltsgemäßen Beschlüssen.

---

<sup>687</sup> OGH HS 744/47; OGH NZ 1917, 244; Artmann Haftungsdurchgriff im GmbH-Recht, RdA 2002, 370; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG, § 41, Rz 3 mwN.

<sup>688</sup> Artmann, Haftungsdurchgriff im GmbH-Recht, RdA 2002, 370.

<sup>689</sup> Artmann, Haftungsdurchgriff im GmbH-Recht, RdA 2002, 370.

<sup>690</sup> Koppensteiner, Zur Haftung des GmbH-Gesellschafter, WBl 1988, 1; Harrer, Haftungsprobleme bei der GmbH, S. 86 ff; Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2976; Artmann, Offene Fragen der gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsklage, GeS 2007, 3; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG, § 25, Rz 19, Straube, Rauter, Wege aus dem Labyrinth ? Strategien der Haftungsvermeidung für GmbH-GF, JAP 2007/2008/15; Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/263.

<sup>691</sup> Vgl ausführlich Punkt X.F.

## **E.) mangelhafte Beschlüsse**

### **1.) Einleitung**

Sorgfaltsgemäße und sorgfaltswidrige Beschlüsse haben, wie bereits dargestellt, die gesellschaftsrechtliche Verpflichtung zur Beschlussausführung zur Folge und führen demzufolge zum Entfall der Ersatzpflicht. Im Gegensatz dazu dürfen, wie noch zu zeigen sein wird, anfechtbare oder nichtige Beschlüsse nicht stets vollzogen werden bzw müssen/können von der Geschäftsleitung mittels Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage beseitigt werden. Abhängig vom Beschlussmangel muss überprüft werden, in welchen Fällen die Geschäftsleitung die Ausführung eines Beschlusses ablehnen bzw für die Beseitigung sorgen muss. Sofern die Geschäftsführung den Beschluss pflichtwidrig nicht bekämpft, aber dennoch vollzogen hat, kann eine Ersatzpflicht zu bejahen sein. Um diese Frage zu beantworten, wird eine allfällige Beseitigungsobliegenheit in Anlehnung an § 70 AktG danach untersucht, ob der Gesellschafterbeschluss das Unternehmens-, Gesellschafter-, Arbeitnehmer-, Gläubiger-, oder das öffentliche Interesse verletzt hat<sup>692</sup>. Hilfreich wird es sein, zwischen nichtigen und anfechtbaren Beschlüssen zu unterscheiden. Aufgrund der unterschiedlichen Rechtslage wird weiters zwischen nichtigen und geheilten bzw anfechtbaren und unanfechtbaren Beschlüssen differenziert.

### **2.) nichtige Weisungen**

#### **a.) Rechtslage vor der Heilung**

Nach völlig hL<sup>693</sup> und Rechtsprechung<sup>694</sup> ist die Geschäftsführung im Fall eines Gesetzesverstoßes, welcher zur Nichtigkeit<sup>695</sup> des Beschlusses führt, nicht gebunden. Es liegt

---

<sup>692</sup> Im GmbHG fehlt es an einer § 70 AktG entsprechenden Bestimmung. Dennoch hat auch der Geschäftsführer die in § 70 AktG normierten Interessen zu wahren- vgl Kapitel III.D.2.

<sup>693</sup> *Reich-Rohrwig*, Aktuelles zur Geschäftsführerhaftung- Gedanken zu OGH 29.4.1998, *ecolex* 1998/767; *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 119; *Hefermehl/Spindler*, AktG, § 93, Rz 110; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 25, Rz 16; *Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, § 32, Rz 91; *Straube, Rauter*, Wege aus dem Labyrinth? Strategien der Haftungsvermeidung für GmbH-GF, JAP 2007/2008/15; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2976; *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/275.

<sup>694</sup> Vgl nur OGH EvBl 1977/161; OGH wbl 2004, 93.

auch kein „gesetzmäßiger“ Beschluss iSd § 84 Abs 4 AktG vor<sup>696</sup>. Dementsprechend lassen derartige Beschlüsse die Haftung des Organwalters unberührt, mangels Ausführungsverpflichtung kann sich das Leitungsorgan nicht auf den Beschluss berufen<sup>697</sup>. Obwohl die Befolgung einer nichtigen Weisung nicht zu einer Freistellung nach § 25 Abs 5 GmbHG und § 84 Abs 4 AktG führt, kann im Einzelfall die Haftung wegen des fehlenden Verschuldens des Organwalters entfallen, wenn für diesen die Nichtigkeit nicht erkennbar war<sup>698</sup>. Unter der Prämisse des objektiven Verschuldensmaßstabes wird dies freilich nur selten der Fall sein.

Unter Umständen kann die Geschäftsleitung bei Befolgung einer nichtigen Weisung und anschließender Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen der Gesellschaft auch die Arglistenrede entgegenhalten<sup>699</sup>.

## **b.) Rechtslage nach der Heilung**

Seit jeher umstritten ist, ob auch ein geheilter Beschluss zu einem „gesetzmäßigen“ Beschluss iSd § 84 Abs 4 AktG wird und somit geeignet ist, die Geschäftsleitung zu entlasten. Sofern man mit der überwiegenden Lehre<sup>700</sup> die analoge Anwendung des § 200 AktG (Heilung der Nichtigkeit) auch im GmbH-Recht bejaht, stellt sich dieselbe Frage auch im Rahmen des § 25 Abs 5 GmbHG. Die Lösungsansätze im Schrifttum divergieren erheblich, wobei sich die meisten Stimmen auf das Aktienrecht beziehen.

Die wohl überwiegende Lehre<sup>701</sup> geht von der grundsätzlichen Verpflichtung der Geschäftsführung zur Ausführung geheimer Beschlüsse aus, betont aber gleichzeitig, dass eine Haftung gegenüber der Gesellschaft immer dann anzunehmen sei, wenn die Leitungsorgane pflichtwidrig die Heilung nichtiger Beschlüsse nicht verhindert haben. Die Pflichtwidrigkeit

---

<sup>695</sup> Die Nichtigkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses ist ex lege nur im AktG (§ 199) normiert, die hL geht allerdings von einer analogen Anwendung der aktienrechtlichen Nichtigkeitsgründe auch im GmbHG aus- vgl statt vieler *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 41, Rz 9.

<sup>696</sup> Vgl statt vieler *Spindler* in Münchener Kommentar, AktG, § 93, Rz 208.

<sup>697</sup> *Roth/Altmeyen*, § 43, Rz 87; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 25, Rz 16; *Bollenberger-Klemm*, Geschäftsführerhaftung, S. 74; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 17; *Hüffer*, AktG, § 93, Rz 25 mwN.

<sup>698</sup> Vgl statt vieler *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43, Rz 35 und *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/276.

<sup>699</sup> *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43, Rz 35; *Michalski/Haas*, GmbHG, § 43, Rz 234.

<sup>700</sup> Vgl statt vieler *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 41, Rz 20 mwN.

<sup>701</sup> *Ulmer/Paefgen*, GmbHG, § 43, Rz 129; *Hüffer* in Münchener Kommentar, AktG, § 242, Rz 22; *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 119; *Hüffer*, AktG, § 93, Rz 25; BGHZ 33, 175, 176 ff = NJW 1961, 26.

beziehe sich dann nicht auf die Beschlussausführung, sondern auf die Nichterhebung der Nichtigkeitsklage<sup>702</sup>. Eine derartige Obliegenheit wird insbesondere angenommen, wenn der Beschluss dem Unternehmensinteresse zuwiderläuft<sup>703</sup>. Noch weiter geht die Auffassung *Direggers*<sup>704</sup>, der eine Pflicht zum Einschreiten bei allen Beschlüssen annimmt, welche mit den Zielvorgaben des § 70 AktG kollidieren. Ob wirklich eine Pflicht zur Erhebung der Nichtigkeitsklage besteht, wird im Folgenden untersucht, wobei, wie bereits angekündigt, zwischen den verschiedenen Fremdinteressenwahrungspflichten differenziert wird.

#### aa.) Verletzung des Unternehmensinteresses<sup>705</sup>

Unter dem Wohl des Unternehmens (=Unternehmensinteresse) wird im Wesentlichen das Fortbestehen und Gedeihen des Unternehmens verstanden<sup>706</sup>. Die Geschäftsführungstätigkeit muss auf die Sicherung der dauerhaften Rentabilität des Unternehmens abzielen, ob darüber hinaus die Unternehmenspolitik auf die Erreichung eines möglichst hohen Gewinnes, auf die Einbehaltung der Gewinne im Unternehmen oder die Ausschüttung einer möglichst hohen Dividende gerichtet ist, liegt im unternehmerischen Ermessen<sup>707</sup>. Zu fragen ist nun, ob die Geschäftsleitung gegen einen Beschluss vorzugehen hat, dessen Ausführung dem Unternehmensinteresse zuwiderläuft. Um dies zu beantworten, ist zunächst das Verhältnis der Zielvorgaben zueinander zu klären. Die gesellschaftsrechtliche

---

<sup>702</sup> Andere gehen davon aus, dass auch geheilte Beschlüsse nicht „gesetzmäßig“ werden und diesen insofern keine Freistellungswirkung zukommen könne. Auch bestehe bei einem geheilten Beschluss keine Ausführungspflicht der Geschäftsleitung. Führe das Leitungsorgan daher einen nichtigen, aber geheilten Beschluss aus, handle er im Verhältnis zur Gesellschaft pflichtwidrig und könne sich daher nicht auf diesen Beschluss berufen. Demnach könne ein geheilter Beschluss die Geschäftsführung niemals entlasten- vgl *Mertens* in *Kölner Kommentar, AktG*, § 93, Rz 117; *Hefermehl/Spindler*, *AktG*, § 93, Rz 113.

<sup>703</sup> *Mertens* in *Kölner Kommentar, AktG*, § 93, Rz 118; *Wiesner* in *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, AG*, § 25, Rz 78; *Hüffer*, *AktG*, § 93, Rz 25; *Spindler* in *Münchener Kommentar, AktG*, § 93, Rz 208 f.

<sup>704</sup> *Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, *AktG*, § 195 Rz 119.

<sup>705</sup> Die Abgrenzung zwischen bloß sorgfaltswidrigen Beschlüssen und Verletzungen des Unternehmensinteresses fällt schwer. Zumindest theoretisch lässt sich allerdings eine Grenzlinie ziehen: sorgfaltswidrige Beschlüsse verstoßen bloß gegen jenen Sorgfaltsmaßstab, welcher das Leitungsorgan gegenüber der Gesellschaft einzuhalten hat, während Beschlüsse, die das Unternehmensinteresse verletzen, das Fortbestehen und Gedeihen des Unternehmens gefährden. Im ersten Fall geht es also bloß um wirtschaftlich unzweckmäßiges Verhalten, im zweiten Fall um gravierende Eingriffe in die wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens. Dennoch lässt sich nicht leugnen, dass ein erheblicher Graubereich offenbleibt. Im Schrifttum wurde, wie bereits erwähnt, ein Beschluss, Waren nicht vom Bestbieter zu erwerben als sorgfaltswidriger Beschluss eingestuft, wenn damit keine unmittelbare Gefährdung der Gläubiger verbunden ist- vgl *Artmann*, *Offene Fragen der gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsklage*, GeS 2007, 3. Würde hingegen ein derartiger Beschluss den Fortbestand des Unternehmens ernsthaft gefährden, wird man ihn wohl als Verletzung des Unternehmensinteresses einstufen müssen. Eine genaue Abgrenzung wird daher nur für jeden Einzelfall gesondert möglich sein.

<sup>706</sup> *Strasser*, *Die Leitung der Aktiengesellschaft durch den Vorstand*, JBl 1990, 485; *Mertens* in *Kölner Kommentar, AktG*, § 76, Rz 22; *Strasser* in *Jabornegg-Strasser*, *AktG*, § 70, Rz 24; *Doralt/Nowotny/Kalss*, *AktG*, § 70, Rz 11; *Spindler* in *Münchener Kommentar, AktG*, § 76, Rz 74 mwN.

<sup>707</sup> *Mertens* in *Kölner Kommentar, AktG*, § 76, Rz 22.

Literatur beantwortet diese Frage übereinstimmend dahingehend, dass das Wohl des Unternehmens allen anderen in § 70 AktG genannten Interessen vorgeht<sup>708</sup>. Diese sind zwar im Rahmen der Unternehmensführung auf gleichrangige Weise zu verfolgen, aber im Verhältnis zum Unternehmenswohl nachgeordnet. Die Wahrung des Unternehmensinteresses stet daher über allem<sup>709</sup>, die Geschäftsleitung hat den Unternehmenserfolg zu fördern und Schaden vom Unternehmen abzuwenden<sup>710</sup>. Daraus ist aber auch zu folgern, dass die Geschäftsführung alles Zumutbare zu tun hat, um die Heilung eines nichtigen Beschlusses zu verhindern, wenn anders der Schaden von der Gesellschaft nicht abgewendet werden kann. Würde man anderes vertreten, würde dies im Ergebnis den Rang der Zielvorgabenregelung unterlaufen. Die Förderung des Unternehmensinteresses als oberste Handlungsmaxime muss daher im Zweifel auch die Obliegenheit zur Erhebung der Nichtigkeitsklage einschließen.

#### **bb.) Verstoß gegen Gesellschafterinteressen**

Die Geschäftsleitung hat im Rahmen ihrer Unternehmensführung auch die Interessen der Gesellschafter entsprechend zu berücksichtigen. Zu prüfen ist, ob das Management auch gegen einen Beschluss vorzugehen hat, der die Interessen der Gesellschafter nachteilig berührt. In der Regel findet das Gesellschafterinteresse im Unternehmensinteresse Deckung. Gegensätze der Interessenlagen können sich aber insbesondere in der Frage der Gewinnausschüttung ergeben<sup>711</sup>. Klassische Fälle des Eingriffs in die Gesellschafterstellung wie der Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot oder gegen mitgliedschaftliche Treuebindungen führen aber lediglich zur Anfechtbarkeit des Beschlusses<sup>712</sup>.

Sofern im Einzelfall dennoch ein nichtiger Beschluss die Gesellschaftersphäre verletzt, ist mit *Plöchl*<sup>713</sup> zu fragen, ob es nicht Sache jedes Gesellschafters ist, zu entscheiden, ob er an einer Gesellschafterversammlung teilnimmt und dort gefasste Beschlüsse bekämpft oder auf sich beruhen lässt. Schließlich kommt nicht nur dem Leitungsorgan, sondern auch den

---

<sup>708</sup> *Strasser*, Die Leitung der Aktiengesellschaft durch den Vorstand, JBl 1990, 484 f; *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, § 70, Rz 28; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 70 Rz 15; OGH GesRZ 2002, 86.

<sup>709</sup> *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, § 70, Rz 28.

<sup>710</sup> *Mertens in Kölner Kommentar*, AktG, § 93, Rz 29.

<sup>711</sup> Vgl statt vieler *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, § 70, Rz 24.

<sup>712</sup> Vgl statt vieler *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 41, Rz 30 f.

<sup>713</sup> *Plöchl*, Anfechtungspflicht und Kostenrisiko, *ecolex* 1993, 453 ff.

Gesellschaftern das Recht zur Erhebung der Nichtigkeitsklage zu<sup>714</sup>. Wenn die Gesellschafter selbst von der Erhebung einer Klage absehen, kann es nicht Sache der Geschäftsführung sein, einen derartigen Beschluss zu bekämpfen. Die Ausführungen *Plöchls*<sup>715</sup> beziehen sich allerdings ganz allgemein auf Geschäftsführungsbeschlüsse der Gesellschafterversammlung, ohne zu differenzieren, welche Interessen durch den Beschluss verletzt werden. Sofern diese Rechtsansicht auf die hier zu diskutierende Frage der Verletzung des Gesellschafterinteresses beschränkt wird, ist ihr aber mE einiges abzugewinnen; es kann nicht Sache der Geschäftsführung sein, sich über den Willen der Gesellschafter hinwegzusetzen, wenn die durch die Beschlussfassung in ihren Rechten verletzten Gesellschafter selbst von einer Nichtigkeitsklage absehen. Über die eigene Rechtssphäre kann und muss jeder selbst disponieren können<sup>716</sup>. Sofern die Gesellschafter einen Eingriff in ihre Rechtsposition dulden, sind derartige Beschlüsse aus der Sicht des Leitungsorgans nicht zu beanstanden. Es wäre überschießend, die Geschäftsführung zum Hüter der Gesellschafterinteressen zu machen, wer sich um seine Angelegenheiten nicht kümmert, hat die Konsequenzen seiner Unterlassung hinzunehmen<sup>717</sup>. Die Gesellschafterinteressen stehen insofern zur Disposition der Gesellschafter, eine Beseitigungspflicht des Leitungsorgans oder einzelner Mitglieder ist mE in diesen Fällen nicht anzuerkennen.

#### **cc.) Verstoß gegen Arbeitnehmerinteressen<sup>718</sup>**

Die Ausführungen über die Verletzung des Gesellschafterinteresses können zu einem großen Teil auch für Beeinträchtigungen der Arbeitnehmersphäre fruchtbar gemacht werden. Zur Erhebung der Nichtigkeitsklage ist nämlich nicht nur die Geschäftsleitung, sondern auch jedes Aufsichtsratsmitglied ermächtigt<sup>719</sup>. Gleiches muss, wenn man die Nichtigkeitsklage auch im GmbH-Recht anerkennt, mE auch für die GmbH gelten<sup>720</sup>. Nun kann der

---

<sup>714</sup> Vgl § 201 AktG. Da im GmbH-Recht die Beschlussnichtigkeit nicht geregelt ist, fehlt logischerweise auch eine Bestimmung über die Geltendmachung der Nichtigkeit. Die hL stützt ein derartiges Begehren auf § 228 ZPO oder § 41 GmbHG- vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 41, Rz 55.

<sup>715</sup> *Plöchl*, Anfechtungspflicht und Kostenrisiko *ecolex* 1993, 453 ff.

<sup>716</sup> Vgl *Harrer*, Haftungsprobleme 89; *Plöchl*, Anfechtungspflicht und Kostenrisiko, *ecolex* 1993, 456; *Artmann*, Offene Fragen der gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsklage, *GeS* 2007, 14.

<sup>717</sup> *Plöchl*, Anfechtungspflicht und Kostenrisiko *ecolex* 1993, 453 ff.

<sup>718</sup> Die Lehre zählt Bestimmungen zum Schutz der Arbeitnehmer zum öffentlichen Interesse nach § 199 Abs 1 Z 3 AktG. Dennoch empfiehlt es sich mE, in Anlehnung an § 70 AktG die Arbeitnehmerinteressen gesondert darzustellen. Angemerkt sei lediglich, dass wegen § 199 Abs 1 Z 3 AktG Verstöße gegen Arbeitnehmerinteressen in der Regel die Rechtsfolge der Nichtigkeit nach sich ziehen- vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 41, Rz 14.

<sup>719</sup> *Strasser* in *Jabornegg-Strasser*, AktG, § 201, Rz 3; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 201, Rz 8.

<sup>720</sup> Vgl dazu *Thöni*, Zur prozessualen Beseitigung unklarer Beschlussergebnisse im GmbH-Recht, *ÖJZ* 2002, 215 f.

Aufsichtsrat<sup>721</sup>, sofern ein solcher vorhanden ist, nicht nur aus Kapital-, sondern auch aus Arbeitnehmervertretern bestehen. Die Teilhabe und Mitbestimmung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat ist für alle Rechtsformen, sohin auch für GmbH und AG, im ArbVG geregelt<sup>722</sup>. Sind nach den Bestimmungen des ArbVG Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat vertreten, kann somit auch jeder Arbeitnehmervertreter Nichtigkeitsklage erheben. Sofern die Arbeitnehmervertreter Beschränkungen der Arbeitnehmerrechte billigen, kann es nicht die Aufgabe der Geschäftsführung sein, gegen den Willen der Arbeitnehmervertreter einen nichtigen Beschluss zu bekämpfen. Über die Rechts- und Interessensphäre der Arbeitnehmer können am ehesten die im Aufsichtsrat vertretenen Arbeitnehmervertreter disponieren. Die Situation unterscheidet sich somit nur unwesentlich von jener der Gesellschafter; sofern eine Verletzung der Rechtsposition der Arbeitnehmer nicht beanstandet wird, hat auch das Management diesen Beschluss hinzunehmen.

Anderes könnte freilich gelten, wenn, aus welchen Gründen auch immer, keine Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat vertreten sind<sup>723</sup>. Würde man hier eine Beseitigungspflicht der Geschäftsführung verneinen, würde dies bedeuten, dass die Gesellschafter über fremde Interessen disponieren könnten. Das Management wäre nach der Heilung des Beschlusses verpflichtet, zum Nachteil der Arbeitnehmer einen sie schädigenden Beschluss zu vollziehen. Die Ausführungspflicht würde dann auch den Entfall der Ersatzpflicht nach sich ziehen. Diese Rechtsfolge könnte aber vermieden werden, würde man eine Pflicht zur Erhebung der Nichtigkeitsklage annehmen. Es wäre in der Tat nicht einzusehen, dass die Geschäftsleitung trotz der Verpflichtung zur Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen gesellschaftsrechtlich gehalten wäre, nachteilig in deren Interessenlage einzugreifen. Arbeitnehmern wird es in der Regel nicht zumutbar sein, die Nichtigkeit eines Gesellschafterbeschlusses durch allgemeine Feststellungsklage nach § 228 ZPO feststellen zu lassen. Ihnen wird meist die nötige Information, aber auch der erforderliche

---

<sup>721</sup> Der Aufsichtsrat zählt bei der AG zu den obligatorischen Organen. Bei der GmbH muss ein Aufsichtsrat bestellt werden, wenn die Voraussetzungen des § 29 Abs 1 GmbHG erfüllt sind, in allen anderen Fällen kann gem § 29 Abs 6 GmbHG ein Aufsichtsrat bestellt werden.

<sup>722</sup> Als Arbeitnehmervertreter kommen nur Betriebsratsmitglieder in Betracht, die aktiv zur Betriebsratswahl berechtigt sind. Gemäß § 110 ArbVG werden die Arbeitnehmervertreter vom zuständigen Belegschaftsorgan, meist vom Betriebsrat, entsandt. Für 2 Kapitalvertreter wird ein Arbeitnehmervertreter entsendet (Drittelparität), bei ungerader Zahl der Kapitalvertreter kann das Belegschaftsorgan gem § 110 Abs 1 Satz 2 ArbVG einen weiteren Arbeitnehmervertreter bestellen. Da die Mindestgröße des Aufsichtsrats gem § 30 GmbHG und § 86 AktG bei 3 Kapitalvertretern liegt, sind zumindest 2 Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat vertreten.

<sup>723</sup> Es kann zahlreiche Gründe haben, keine Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat zu haben. Die GmbH kann, von den Fällen des § 29 Abs 1 GmbHG abgesehen, überhaupt auf die Bestellung eines Aufsichtsrats verzichten. Somit fällt selbstverständlich auch die Entsendung von Arbeitnehmervertretern weg. Selbst wenn ein Aufsichtsrat besteht, setzt das Entsendungsrecht das Bestehen eines Betriebsrates voraus. Fehlt ein solcher, können auch keine Arbeitnehmervertreter entsandt werden.

Sachverstand fehlen. Sachgerechter wäre es, der Geschäftsführung die Obliegenheit zur Beseitigung aufzuerlegen. Die hierfür erforderlichen Kenntnisse werden schon durch den objektiven Sorgfaltsmaßstab vorausgesetzt.

#### **dd.) Verstoß gegen Gläubigerinteressen**

Gläubigerinteressen werden zwar im Rahmen der Fremdinteressenwahrungspflicht des § 70 AktG nicht eigens erwähnt, dennoch ist weithin anerkannt, dass auch deren Interessen vom Leitungsorgan berücksichtigt werden müssen<sup>724</sup>. Verletzt ein Beschluss durch seinen Inhalt Vorschriften, die ausschließlich oder überwiegend dem Schutz der Gläubiger dienen, normiert § 199 Abs 1 Z 3 AktG die Rechtsfolge der Nichtigkeit<sup>725</sup>. Dies wird insbesondere bei Verletzungen der Kapitalaufbringungs- und erhaltungsbestimmungen angenommen<sup>726</sup>. Die Interessensphäre der Gläubiger wird allerdings nicht nur in § 199 Abs 1 Z 3 AktG, sondern auch eigens in § 25 Abs 5 GmbHG und § 84 Abs 5 AktG behandelt. Aus diesen Bestimmungen lässt sich als allgemeines Grundprinzip ableiten, dass § 25 Abs 5 GmbHG und § 84 Abs 4 u 5 AktG an die Beschlussausführung den Entfall der Ersatzpflicht knüpfen, davon aber eine Ausnahme machen, sofern dies im Interesse der Gläubiger erforderlich ist. Die gläubigerschützende Funktion dieser Bestimmungen muss auch auf die Frage nach der Erhebung der Nichtigkeitsklage ausstrahlen. Es würde dem Zweck der §§ 25 Abs 5 GmbHG und 84 Abs 4 u 5 AktG zuwiderlaufen, könnte ein gläubigerschädigender, aber geheilter Beschluss den Ersatzanspruch zu Nichte machen. Keinesfalls wird es den Gläubigern zumutbar sein, gegen einen (möglicherweise) nichtigen Beschluss gem § 228 ZPO vorzugehen. Regelmäßig werden sie nicht einmal vom Inhalt des Beschlusses rechtzeitig Kenntnis erlangen, sodass schon rein faktisch die Klagsführung unmöglich ist. Daraus kann aber nur geschlossen werden, dass das Management die Heilung derartiger Beschlüsse durch Erhebung der Nichtigkeitsklage zu verhindern hat. Es kann nicht sein, dass die Verletzung fremder Interessensphären sanktionslos bleibt und zu keinerlei Ersatzpflicht des Leitungsorgans führt. Die Frage der Aktivlegitimation des Anspruchs wird später behandelt.

---

<sup>724</sup> Vgl statt vieler *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, § 70, Rz 19.

<sup>725</sup> Der Verstoß gegen Gläubigerschutzvorschriften wird auch im GmbH-Recht als Nichtigkeitsgrund anerkannt- vgl statt vieler *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 41, Rz 13.

<sup>726</sup> Vgl statt vieler *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, § 199, Rz 10 und *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 41, Rz 13 mwN.

## ee.) Verstoß gegen öffentliche Interessen

Das öffentliche Interesse wird nicht nur in § 70 AktG, sondern auch in § 199 Abs 1 Z 3 AktG genannt. Das Management hat somit im Rahmen ihrer Leitungsfunktion nicht nur das Gemeinwohl gebührend zu berücksichtigen, eine Verletzung dieses Interesses durch Gesellschafterbeschluss führt auch zur Nichtigkeit. Insbesondere Vorschriften des Verkehrsschutzes, des Wettbewerbs aber auch strafgesetzwidrige Beschlüsse werden als im öffentlichen Interesse liegend angesehen<sup>727</sup>. Wie *Strasser*<sup>728</sup> zu Recht anführt, verbindet der Wirtschaftsverkehr mit einer Kapitalgesellschaft, dass sie ordnungsgemäß gegründet wurde, kapital- wie personalmäßig gut ausgestattet ist und von einer streng rechenschaftspflichtigen Verwaltung geführt wird. Vorschriften des öffentlichen Interesses dienen daher insbesondere auch dem Ansehen der Gesellschaft im Wirtschaftsverkehr. Andere Marktteilnehmer dürfen davon ausgehen, dass sich die Gesellschaft nicht durch wettbewerbswidriges, verkehrsbehinderndes oder strafgesetzwidriges Verhalten einen Wettbewerbsvorsprung verschafft. Das Vertrauen der Öffentlichkeit an das Funktionieren einer Wirtschaftsordnung kann dauerhaft aber nur dann aufrechterhalten werden, wenn die Geschäftsleitung alles Zumutbare zur Beseitigung derartiger Beschlüsse unternimmt. Es kann nicht angehen, dass etwa kartellrechtswidrige Beschlüsse nach dessen Heilung zu einer Ausführungsverpflichtung führen und demzufolge die Haftung des Leitungsorgans ausschließen. Insofern wird man mE auch in derartigen Fällen eine Pflicht zur Erhebung der Nichtigkeitsklage annehmen müssen.

### 3.) anfechtbare Beschlüsse

#### a.) Überblick

Ähnlich der dargestellten Problematik zur Befolgung nichtiger Weisungen stellt sich für die Geschäftsführungsmitglieder die Frage, wie sie mit anfechtbaren Beschlüssen umgehen sollen. Vorauszuschicken ist zunächst, dass ein anfechtbarer Beschluss bis zu einer gegenteiligen gerichtlichen Entscheidung als (vorläufig) wirksam zu behandeln ist<sup>729</sup>. Erst das stattgebende Urteil beseitigt den Beschluss mit der Wirkung *ex-tunc*, sodass insofern die

---

<sup>727</sup> *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, § 199, Rz 9; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 199, Rz 43; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 41, Rz 14.

<sup>728</sup> *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, § 199, Rz 9.

<sup>729</sup> OGH GesRZ 1980, 92; OGH WBI 1987, 69; OGH AnwBI 1995/5044; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 418; *Thöni*, Beschlussanfechtung und Schadenersatzhaftung im GmbH-Recht, *ecolex* 1993, 747; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 42, Rz 13; *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/265.

gleiche Rechtslage wie bei einem nichtigen Beschluss entsteht<sup>730</sup>. Unterbleibt die Anfechtungsklage, wird ein zunächst anfechtbarer Beschluss nach Ablauf der Anfechtungsfrist endgültig verbindlich und kann nicht mehr beseitigt werden<sup>731</sup>. Seit jeher beschäftigt nun die Lehre, welche haftungsrechtlichen Konsequenzen die Befolgung eines anfechtbaren Beschlusses für die Geschäftsführung hat. Es herrscht eine verwirrende und kaum mehr überblickbare Meinungsvielfalt. Um eine systematische Darstellung dieser Problematik liefern zu können und hoffentlich Licht ins Dunkel zu bringen, empfiehlt es sich auch in diesem Fall zwischen der Rechtslage vor und nach Ablauf der Anfechtungsfrist zu unterscheiden. Wiederum wird eine allfällig bestehende Anfechtungspflicht des Leitungsorgans danach differenziert beurteilt, ob das Unternehmens-, Gesellschafter-, Arbeitnehmer-, Gläubiger-, oder das öffentliche Interesse durch den Gesellschafterbeschluss verletzt wird.

## **b.) Rechtslage vor Ablauf der Anfechtungsfrist**

Bereits dargestellt wurde, dass ein anfechtbarer Beschluss vor Ablauf der Anfechtungsfrist vorläufig wirksam ist, er jedoch seine endgültige und volle Verbindlichkeit erst nach Ablauf der Anfechtungsfrist erhält. Daher lösen anfechtbare Beschlüsse grundsätzlich keine Folgepflicht für die Geschäftsführung aus<sup>732</sup>. Sie sind auch nicht als „gesetzmäßig“ iSd § 84 Abs 4 AktG anzusehen<sup>733</sup>. Dementsprechend kann sich die Geschäftsführung, um sich von der Haftung zu befreien, grundsätzlich nicht auf einen anfechtbaren Beschluss stützen. Die Haftung könnte freilich entfallen, wenn die Organwalter bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt davon ausgehen konnten, dass mit der Anfechtung nicht zu rechnen ist und ein Zuwarten mit der Beschlussausführung einen Schaden für die Gesellschaft verursachen würde<sup>734</sup>. Die Geschäftsführung hat daher die Vorteile einer sofortigen Beschlussausführung mit der Wahrscheinlichkeit einer erfolgreichen Anfechtungsklage abzuwägen. Hält sich die Geschäftsführung innerhalb dieses Ermessensspielraums, kann ihnen weder die Ausführung noch die Nichtausführung vorgeworfen werden.

---

<sup>730</sup> *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 420; *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, § 198, Rz 2; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 41, Rz 7; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 42, Rz 13 mwN.

<sup>731</sup> Vgl statt vieler *Gellis/Feil*, GmbHG, § 41, Rz 7.

<sup>732</sup> *Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43, Rz 35 mwN.

<sup>733</sup> Vgl statt vieler *Spindler* in Münchener Kommentar, AktG, § 93, Rz 208 mwN.

<sup>734</sup> *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 419; *Roth/Altmeyen*, GmbHG, § 43, Rz 88; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 41, Rz 8; *Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43, Rz 35; *Ulmer/Paefgen*, GmbHG, § 43, Rz 130; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 20, Rz 9; *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/268 mwN.

### c.) Rechtslage nach Ablauf der Anfechtungsfrist

Nach Ablauf der Anfechtungsfrist wird ein zunächst noch anfechtbarer Beschluss grundsätzlich verbindlich bzw. „gesetzmäßig“ iSd § 84 Abs 4 AktG<sup>735</sup>. Insofern müsste die gesellschaftsrechtliche Verpflichtung zur Ausführung auch mit dem Entfall der Ersatzpflicht einhergehen. Dies gilt uneingeschränkt allerdings nur, wenn keine Anfechtungsobliegenheit der Geschäftsführung anzunehmen ist<sup>736</sup>. Im Brennpunkt der Diskussion steht somit auch hier die Frage, ob das Management einen anfechtbaren Beschluss mittels Anfechtungsklage beseitigen muss. Sofern dies von der Lehre bislang verneint wurde, führte die Ausführung eines unanfechtbaren Beschlusses zum Wegfall der Ersatzpflicht<sup>737</sup>. Als Begründung wird insbesondere auf das Hierarchiegefüge der Gesellschaft und die Stellung der Gesellschafterversammlung als oberstes Willensbildungsorgan verwiesen. Die Durchsetzung von Interessen der Gesellschaft gegen den Willen der Gesellschafter kann nicht Sache der Geschäftsleitung sein<sup>738</sup>. Da eine Pflicht der Verwaltung zur Überwachung der Gesellschafter jedenfalls abzulehnen ist, muss ein Gesellschafter, sofern er sich nicht um die Anfechtung kümmert, die Folgen der Unterlassung hinnehmen<sup>739</sup>.

Andere machen die Entlastungswirkung des Beschlusses von der Erhebung der Anfechtungsklage abhängig<sup>740</sup>, wobei eine derartige Obliegenheit insbesondere angenommen wird, wenn der Beschluss Interessen der Gesellschaft verletzt<sup>741</sup>. Es wird ins Treffen geführt, dass die Geschäftsleitung die Verantwortung für die Rechtmäßigkeit der Entscheidungsabläufe innerhalb der Gesellschaft trägt<sup>742</sup> und es nicht angehen kann, dass die Mitglieder der

---

<sup>735</sup> Vgl statt vieler *Gellis/Feil*, GmbHG, § 41 Rz 7 und *Spindler* in Münchener Kommentar, AktG, § 93, Rz 208. Teilweise wird im Bereich des AktG auch die Auffassung vertreten, dass der Ablauf der Anfechtungsfrist nichts an der materiellen Rechtswidrigkeit des Beschlusses ändern könne. Der Beschluss bleibe „rechtswidrig“, sodass die Vollziehung zu keinem Entfall der Ersatzpflicht führt vgl die Nachweise bei *Spindler* in Münchener Kommentar, AktG, § 93, Rz 208.

<sup>736</sup> Das Recht zur Anfechtung ergibt sich aus § 41 Abs 3 GmbHG bzw § 196 Abs 1 AktG. Sofern sich ein Mitglied der Geschäftsführung durch die Beschlussausführung strafbar oder ersatzpflichtig machen würde, kommt jedem Geschäftsführungsmitglied ein Anfechtungsrecht zu. Sonst ist lediglich das Kollegium anfechtungsbefugt.

<sup>737</sup> *Plöchl*, Anfechtungspflicht und Kostenrisiko, *ecolex*, 1993, 453; *Becker* in Heidelberger Kommentar, AktG, § 93, Rz 33; *Artmann*, Offene Fragen der gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsklage, *GeS* 2007, 3;

*Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 19 mwN; vgl auch *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/267.

<sup>738</sup> *Artmann*, Offene Fragen der gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsklage, *GeS* 2007, 3; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 19.

<sup>739</sup> *Plöchl*, Anfechtungspflicht und Kostenrisiko, *ecolex*, 1993, 453; im Ergebnis ebenfalls gegen eine Anfechtungspflicht: *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43, Rz 35; *Becker* in Heidelberger Kommentar, AktG, § 93, Rz 33 mwN.

<sup>740</sup> *Schiemer*, AktG, § 84, Rz 15.1; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 195, Rz 119; *Hüffer* in Münchener Kommentar, AktG, § 242, Rz 22; *Hefermehl/Spindler*, AktG, § 93, Rz 112; *Hüffer*, AktG, § 93, Rz 25; unklar *Strasser* in *Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 77-84, Rz 115; *Roth/Altmeyen*, GmbHG, § 43, Rz 88.

<sup>741</sup> Vgl die Nachweise bei *Mertens* in Kölner Kommentar, AktG, § 93, Rz 118 und *Dellinger* in FS-Frotz, S. 206.

<sup>742</sup> *Mertens* in Kölner Kommentar, AktG, § 93, Rz 30 f.

Geschäftsführung die Befreiung ihrer Ersatzpflicht auf die Geltung eines Beschlusses stützen, zu dessen Beseitigung ihnen eine eigene Sachlegitimation eingeräumt wurde<sup>743</sup>.

Die Frage nach einer Anfechtungspflicht hat demnach fundamentale Bedeutung für die Haftung der Leitungsorgane. Solange sie nicht beantwortet ist, kann keine Aussage über die Ersatzpflicht des Leitungsorgans gemacht werden. Der folgende Abschnitt stellt diese Frage in den Mittelpunkt der Untersuchung, wobei, wie bereits angekündigt, zwischen den verschiedenen Fremdinteressenwahrungspflichten differenziert wird.

#### **aa.) Verletzung des Unternehmensinteresses**

Bereits darauf hingewiesen wurde, dass im Rahmen der Leitungsbefugnis der Geschäftsführung primär das Wohl des Unternehmens zu schützen ist<sup>744</sup>. Insofern erscheint es bedenklich, wenn die Anfechtungsgegner argumentieren, es stelle einen Eingriff in das Kompetenzgefüge dar, würde man die Geschäftsführung zum Bewahrer des Unternehmensinteresses machen<sup>745</sup>. Die Geschäftsführung hat Interessenkonflikte innerhalb der Leitungsaufgabe zugunsten des Unternehmensinteresses zu lösen<sup>746</sup>. Es kann doch nicht in Zweifel gezogen werden, dass das Unternehmenswohl als oberste Handlungsmaxime auch auf die Frage nach der Erhebung der Anfechtungsklage durchschlägt. Dies muss auch gelten, wenn alle anderen Gesellschafter von der Anfechtung eines Beschlusses absehen. Die Nichtanfechtung eines Beschlusses durch die Gesellschafter kann nicht automatisch mit einer „Billigung“ gleichgesetzt werden. Es kann zahlreiche Gründe geben nicht anzufechten, oftmals werden die Gesellschafter nicht einmal die Anfechtungsgründe genau kennen oder Scheu davor haben, sich gegen die Mehrheit durch Erhebung eines Widerspruchs in der Gesellschafterversammlung aufzulehnen<sup>747</sup>. Ist der Geschäftsführung erkennbar, dass die Ausführung eines anfechtbaren Beschlusses das Unternehmen schädigt, hat sie die Vollziehung zu verhindern. Kann anders der Schaden vom Unternehmen nicht abgewendet werden, muss auch Anfechtungsklage erhoben werden. Dies liegt dann nicht nur im Interesse des

---

<sup>743</sup> *Schiemer*, AktG, § 84, Rz 15.1.

<sup>744</sup> *Strasser*, Die Leitung der Aktiengesellschaft durch den Vorstand, JBl 1990, 484 f; *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, § 70, Rz 28; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 70 Rz 15; OGH GesRZ 2002, 86.

<sup>745</sup> *Artmann*, Offene Fragen der gesellschaftsrechtlichen Anfechtungsklage, GeS 2007, 3 f.

<sup>746</sup> Vgl statt vieler *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, § 70, Rz 28.

<sup>747</sup> Jeder in der Gesellschafterversammlung erschienene Gesellschafter ist nur anfechtungsbefugt, wenn er gegen den Beschluss Widerspruch erhoben hat- vgl § 41 Abs 2 GmbHG und § 196 Abs 1 Z 1 AktG.

Unternehmens, sondern auch im Interesse der Gesellschafter, die möglicherweise aus reiner Unwissenheit keine Anfechtungsklage erhoben haben.

### **bb.) Verstoß gegen Gesellschafterinteressen**

Eingriffe in die Gesellschaftersphäre führen in den meisten Fällen, wie bereits dargestellt, zur Anfechtbarkeit des Beschlusses. Hervorzuheben sind hier insbesondere Verstöße gegen das Gleichbehandlungsgebot und gegen mitgliedschaftliche Treuebindungen<sup>748</sup>. Bereits bei den Darstellungen zur Nichtigkeit wurde darauf verwiesen, dass es nicht Sache der Geschäftsführung sein kann, sich über den Willen der Gesellschafter hinwegzusetzen, wenn die durch die Beschlussfassung in ihren Rechten verletzten Gesellschafter einen Eingriff dulden. Gleiches hat selbstverständlich auch bei anfechtbaren Beschlüssen zu gelten. Zwar mag auch hier eine Anfechtung aus anderen Motiven als der „Billigung“ des Beschlusses unterblieben sein (Unkenntnis, etc), doch ändert dies, im Gegensatz zu Verletzungen des Unternehmensinteresses, nichts daran, dass jeder Gesellschafter über seine Rechts- und Interessensphäre selbst disponieren kann. Nicht eine fremde, sondern die eigene Rechtsposition wurde durch die Beschlussfassung nachteilig berührt. Wer sich um seine Angelegenheiten nicht kümmert, hat eben auch die Konsequenzen seiner Unterlassung hinzunehmen<sup>749</sup>. Eine Anfechtungspflicht der Leitungsorgane hat daher, ebenso wie bei der Nichtigkeit des Beschlusses, auszuscheiden.

### **cc.) Verstoß gegen Arbeitnehmerinteressen**

Bei anfechtbaren Beschlüssen ist, ebenso wie bei der Nichtigkeit, die Anfechtungspflicht der Leitungsorgane danach differenziert zu beurteilen, ob Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat vertreten sind. Können nach den Bestimmungen des ArbVG Arbeitnehmer in den Aufsichtsrat entsandt werden und sind sie tatsächlich vertreten, kann nach § 41 Abs 3 GmbHG und § 196 Abs 1 Z 5 AktG jeder Arbeitnehmervertreter einen Beschluss anfechten, wenn die Ausführung des Beschlusses zu einer Ersatzpflicht oder Strafbarkeit führen würde. Hierfür wird es für ausreichend erachtet, dass die Gefahr für irgendein Verwaltungsmitglied besteht<sup>750</sup>. Die Aktivlegitimation besteht somit auch dann,

---

<sup>748</sup> Vgl statt vieler *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 41, Rz 30 f.

<sup>749</sup> *Plöchl*, Anfechtungspflicht und Kostenrisiko, *ecolex* 1993, 453 ff.

<sup>750</sup> *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, § 196, Rz 9; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 196, Rz 49.

wenn für die beschlussausführenden Geschäftsführungsorgane die Gefahr einer Ersatzpflicht besteht<sup>751</sup>. Der Eintritt der Ersatzpflicht muss nicht sicher feststehen, sondern nur im Bereich des Möglichen liegen. Dass dies hier der Fall ist, kann aufgrund der unsicheren Rechtslage wohl von niemandem in Zweifel gezogen werden. Außer Streit zu stellen ist daher zunächst, dass auch jeder Arbeitnehmervertreter zur Anfechtung befugt ist. Verletzt ein anfechtbarer Beschluss die Interessen der Arbeitnehmer und sehen auch die Arbeitnehmervertreter von einer Anfechtung ab, können nicht die Geschäftsführungsorgane verpflichtet sein, den Beschluss gegen den Willen der Arbeitnehmervertreter zu bekämpfen. Es kann auf die Ausführungen zur Nichtigkeit eines arbeitnehmerschädlichen Beschlusses verwiesen werden. Eine Anfechtungspflicht der Geschäftsführung oder einzelner Mitglieder ist hier abzulehnen.

Anders liegt der Fall, wenn keine Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat vertreten sind. Im Gegensatz zur Rechtslage bei nichtigen Beschlüssen muss hier gar nicht untersucht werden, ob es Arbeitnehmern zumutbar wäre gegen einen anfechtbaren Beschluss vorzugehen. Die §§ 41 GmbHG und 196 AktG sehen keine Aktivlegitimation der Arbeitnehmer vor und mittels Feststellungsklage nach § 228 ZPO kann ein anfechtbarer Beschluss nicht beseitigt werden<sup>752</sup>. Umso stärker muss die Geschäftsführung auch die Interessen der Arbeitnehmer gegen eine sie schädigende Beschlussfassung der Gesellschafter schützen. Ist dem Leitungsorgan erkennbar, dass die Vollziehung eines anfechtbaren Beschlusses den Arbeitnehmern zum Nachteil gereicht, hat es den Beschluss mittels Anfechtungsklage aus der Welt zu schaffen. Zur Aufgabe eines Leitungsorgans gehört auch die Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen und zwar insbesondere, wenn deren Interessen nicht eigens in einem Leitungsgremium vertreten werden.

#### **dd.) Verstoß gegen Gläubigerinteressen**

Anfechtbare, aber gegen Gläubigerinteressen verstoßende Beschlüsse werden in der Praxis keine große Rolle spielen. Wie bereits dargestellt, führt ein Beschluss, der durch seinen Inhalt Vorschriften verletzt, die ausschließlich oder überwiegend dem Schutz der Gläubiger dienen, gem § 199 Abs 1 Z 3 AktG zur Nichtigkeit. Dabei ist es für die Nichtigkeitssanktion ausreichend, dass überwiegend dem Gläubigerschutz dienende Normen verletzt werden. Daher nimmt die Mitberücksichtigung anderer Interessen als den Gläubigerinteressen dieser

---

<sup>751</sup> Strasser in *Jabornegg-Strasser*, AktG, § 196, Rz 9.

<sup>752</sup> Vgl *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 197, Rz 7.

Bestimmung nicht schon den Charakter eines Nichtigkeitsgrundes, es sei denn, ein anderer Schutzzweck überwiegt<sup>753</sup>. Insbesondere zählen zu den Gläubigerschutzbestimmungen iSd § 199 Abs 1 Z 3 AktG nicht nur jene Vorschriften, welche ausdrücklich als solche bezeichnet sind, sondern auch andere Bestimmungen mit dem Zweck der faktischen Erhaltung des Gesellschaftsvermögens als Haftungsfonds für die Gesellschaftsgläubiger<sup>754</sup>. Anfechtbarkeit ist demnach nur dann anzunehmen, wenn der Beschluss an einem Verfahrens- bzw Inhaltsmangel iSd § 41 GmbHG bzw § 195 AktG leidet, Gläubigerinteressen durch die verletzte Bestimmung nur untergeordnet geschützt werden und nicht gleichzeitig ein anderer Schutzzweck überwiegt.

Andererseits führen sorgfaltswidrige und insofern mittelbar gläubigerschädigende Beschlüsse, wie bereits gezeigt, nicht einmal zur Anfechtbarkeit des Beschlusses, sodass die Ausführung mit dem Entfall der Ersatzpflicht verknüpft ist.

Es wird daher nicht häufig vorkommen, dass ein gläubigerschädigender Beschluss lediglich die Rechtsfolge der Anfechtbarkeit nach sich zieht. Sofern dies ausnahmsweise doch der Fall sein sollte, muss man sich, ebenso wie bei der Nichtigkeit, fragen, ob es nicht der gläubigerschützenden Funktion der §§ 25 Abs 5 GmbHG und 84 Abs 5 AktG widersprechen würde, wenn die Ausführung eines gläubigerschädigenden Beschlusses zum Entfall der Ersatzpflicht führen würde. Bei richtiger Auslegung der Bestimmungen über die Anfechtungsbefugnis der Geschäftsführung wird man wohl annehmen müssen, dass der Zweck der §§ 25 Abs 5 GmbHG und 84 Abs 5 AktG nur dann nicht unterlaufen wird, wenn eine Verpflichtung zur Anfechtung immer dann besteht, wenn in die Rechtssphäre der Gläubiger nachteilig eingegriffen werden soll. Es kann auf die weiteren Ausführungen zur Nichtigkeit verwiesen werden.

### **ee.) Verstoß gegen öffentliche Interessen**

Verletzte Gesetzesbestimmungen, die zumindest im überwiegenden öffentlichen Interesse liegen, führen zur Nichtigkeit des Beschlusses nach § 199 Abs 1 Z 3 AktG<sup>755</sup>. Anfechtbarkeit kann daher nur in Frage kommen, wenn eine gesetz- oder satzungswidrige

---

<sup>753</sup> Strasser in *Jabornegg-Strasser*, AktG, § 199, Rz 10; *Ulmer/Paefgen*, GmbHG, Anh. § 47, Rz 52; *Hüffer*, AktG, § 241, Rz 17.

<sup>754</sup> Strasser in *Jabornegg-Strasser*, AktG, § 199, Rz 10.

<sup>755</sup> *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 199, Rz 39; *Hüffer*, AktG, § 241, Rz 16.

Vorschrift gerade nicht überwiegend im öffentlichen Interesse liegt und nicht gleichzeitig ein anderer Nichtigkeitsgrund vorliegt. Dies wird nicht häufig vorkommen, da mangelhafte Beschlüsse, die das öffentliche Interesse nur untergeordnet verletzen, oftmals mit Gläubigerschutzbestimmungen oder mit „Wesensbestimmungen“<sup>756</sup> kollidieren und deshalb nichtig sind. Sofern ausnahmsweise dennoch ein anfechtbarer Beschluss gegen öffentliche Interessen verstößt, kann auf die Ausführungen zur Nichtigkeit verwiesen werden.

#### **F.) Erweiterung der Befreiungswirkung?**

§ 25 Abs 5 GmbHG normiert, dass ein Gesellschafterbeschluss nicht zum Entfall der Ersatzpflicht führt, wenn der Schadenersatzanspruch der Gesellschaft zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist. § 84 Abs 4 AktG lässt ebenfalls die Ersatzpflicht des Vorstands entfallen, wenn die Handlung auf einem Gesellschafterbeschluss beruht. Gleichzeitig gibt Abs 5 den Gesellschaftsgläubigern für den Fall, dass sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können, das Recht, den Anspruch der Gesellschaft im eigenen Namen geltend zu machen (Einziehungsermächtigung)<sup>757</sup>. Dieses Recht kann nach Abs 5 Satz 3 auch nicht dadurch zu Nichte gemacht werden, dass die Vorstandsmitglieder einen Beschluss der Gesellschafter vollzogen haben. Greift ein Gläubiger der AG nicht im Wege der Einziehungsermächtigung, sondern mittels Forderungsexekution auf eine Gesellschaftsforderung, entfällt auch das Privileg des Abs 5 Satz 3, sodass ein die Vorstandsmitglieder deckender Beschluss den Ersatzanspruch und somit auch die Forderungsexekution vernichtet.

Beide Bestimmungen halten übereinstimmend fest, dass die Vollziehung eines Gesellschafterbeschlusses nicht entlastend wirken kann, wenn die Gläubiger von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können. Es ist aber dadurch noch nicht beantwortet, wem gegenüber das Leitungsorgan haftet, wenn es einen rechtswidrigen (unverbindlichen) Beschluss der Gesellschafter ausführt. Denkbar wäre eine Haftung gegenüber der Gesellschaft oder direkt gegenüber den Gläubigern. Darüber hinaus ist zu klären, ob die Ersatzpflicht des Leitungsorgans stets eintritt, oder nur, wenn die Gesellschaftsmittel nicht mehr zur Gläubigerbefriedigung ausreichen. Schließlich könnte man aus dem Wortlaut der

---

<sup>756</sup> Ein Beschluss ist gemäß § 199 Abs 1 Z 3 AktG auch nichtig, wenn er „mit dem Wesen der Aktiengesellschaft unvereinbar ist“.

<sup>757</sup> Siehe dazu ausführlich Kapitel XIII.

Haftungsnormen schließen, dass es zu einer Haftung überhaupt nur dann kommt, wenn die Gesellschaft ihre Gläubiger nicht mehr befriedigen kann<sup>758</sup>.

Vorzustellen ist zunächst, dass sich diese Fragen nur stellen können, wenn die Geschäftsführung nicht zur Ausführung des Beschlusses verpflichtet war. Nur in diesem Fall kann eine Ersatzpflicht des Leitungsorgans überhaupt in Betracht kommen. Wie *Dellinger*<sup>759</sup> zu Recht ausführt, kann nicht im Rahmen der §§ 25 Abs 5 GmbHG und 84 Abs 4 iVm Abs 5 AktG einerseits die Haftung des Leitungsorgans gegenüber der Gesellschaft entfallen, wenn die Handlung auf einem deckenden Beschluss beruht, aber andererseits der Ersatzanspruch von den Gläubigern der Gesellschaft geltend gemacht werden, wenn sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können. Mangels Ersatzanspruch der Gesellschaft bleibt auch für die Einziehungsermächtigung oder die Forderungsexekution kein Platz. Auch die Haftung gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft setzt Rechtswidrigkeit und Verschulden voraus<sup>760</sup>. Da, wie bereits dargestellt, beide Elemente bei Vollziehung eines verbindlichen Beschlusses entfallen, scheidet eine Ersatzpflicht des Leitungsorgans der Gesellschaft, aber auch den Gläubigern gegenüber aus.

Übrig bleiben somit nur jene Fälle, bei denen es mangels Folgepflicht zur Ersatzpflicht der Geschäftsführung kommen kann. Grundsätzlich tritt lediglich eine Haftung des Leitungsorgans gegenüber der Gesellschaft ein. Zweifellos kommt den § 25 Abs 5 GmbHG und § 84 Abs 4 iVm Abs 5 AktG eine gläubigerschützende Funktion zu, dennoch ist nicht erkennbar, dass sie vom Grundsatz der Binnenhaftung abweichen<sup>761</sup>. Zu einer direkten Haftung des Leitungsorgans den Gläubigern gegenüber kann es nach zivilrechtlichen Grundsätzen kommen, insbesondere, wenn Schutzgesetze zu deren Gunsten verletzt werden<sup>762</sup>. Da die Gesellschaft nicht in fremde Ansprüche einzugreifen vermag, kann ein Beschluss der Gesellschafter den Ersatzanspruch keinesfalls vernichten<sup>763</sup>. Es muss aber beachtet werden, dass nicht jede gläubigerschützende Vorschrift auch als Schutzgesetz

---

<sup>758</sup> In diesem Sinn *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43, Rz 34; *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/276 mwN.

<sup>759</sup> *Dellinger* in FS-Frotz, S. 208.

<sup>760</sup> *Dellinger* in FS-Frotz, S. 207.

<sup>761</sup> Vgl dazu Kapitel VIII.

<sup>762</sup> Vgl statt vieler *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/275.

<sup>763</sup> Vgl statt vieler *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/275.

zugunsten der Gläubiger anzusehen ist<sup>764</sup>. Im Regelfall bleibt es bei der Binnenverantwortlichkeit des Leitungsorgans gegenüber der Gesellschaft.

Steht der Gesellschaft ein Anspruch zu, drängt sich die Frage auf, ob sie auch dann Ersatz verlangen kann, wenn der Anspruch nicht zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist. Denkbar wäre, dass selbst die Vollziehung eines nicht ausführungspflichtigen Beschlusses keine Ersatzpflicht des Leitungsorgans nach sich zieht, wenn die übrigen Gesellschaftsmittel zur Gläubigerbefriedigung hinreichen. Einerseits finden die Gläubigerforderungen im Gesellschaftsvermögen Deckung, sodass aus ihrer Sicht keine Gefahr des Forderungsausfalls besteht, andererseits hat das Leitungsorgan lediglich dem (rechtswidrigen) Willen der Gesellschaft zur Ausführung verholten. Man könnte mit *Dellinger*<sup>765</sup> zur Auffassung gelangen, es widerspreche Treu und Glauben, wenn die Gesellschaft für ein Verhalten des Leitungsorgans Ersatz fordere, das sie selbst angeordnet habe.

Dabei wird aber mE übersehen, dass es zur Pflicht jedes Geschäftsführungsmitgliedes gehört, die Rechtmäßigkeit der Entscheidungsabläufe innerhalb der Gesellschaft sicherzustellen<sup>766</sup>. Es gehört somit auch zur Aufgabe des Leitungsorgans, Beschlussmängel auf das Vorliegen von Anfechtungs- oder Nichtigkeitsgründen zu überprüfen und gegebenenfalls mittels Klage zu bekämpfen. Es kann nicht treuwidrig sein, wenn sich die Gesellschaft auf eine Pflichtverletzung des Leitungsorgans beruft und daraus Ersatz ableiten will. Allenfalls wäre an einen Mitverschuldenseinwand zu denken<sup>767</sup>. Abgesehen davon muss bedacht werden, dass die Beibehaltung dieser Auffassung ein erhebliches Insolvenz- und somit Ausfallsrisiko für *zukünftige* Gläubiger mit sich bringen würde. Es darf nämlich nicht übersehen werden, dass selbst bei einem Entfall des Anspruchs der Gesellschaft gegen das Leitungsorgan der Anspruch der Gläubiger gegen die Gesellschaft aufrecht bleibt. Beträchtliche Schadensbeträge der Gläubiger könnten das Gesellschaftsvermögen aufzehren und mangels Regressmöglichkeit der Gesellschaft bliebe der Haftungsfonds ausgehöhlt. Das Risiko der Insolvenz und damit des teilweisen oder gänzlichen Forderungsausfalls würde damit erheblich erhöht. Zukünftige Gläubiger könnten daher unter Umständen leer ausgehen. Sachgerecht wäre es daher, einen Ersatzanspruch der Gesellschaft unabhängig von der Gläubigerbefriedigung immer dann

---

<sup>764</sup> Beispielsweise würde ein Verstoß gegen Kapitalerhaltungspflichten wegen Verletzung einer Gläubigerschutzvorschrift zur Nichtigkeit des Beschlusses führen. Erhebt das Leitungsorgan keine Nichtigkeitsklage, kann es ersatzpflichtig werden. Da Kapitalerhaltungsnormen keine Schutzgesetze zugunsten der Gläubiger darstellen, würde die Ersatzpflicht allerdings gegenüber der Gesellschaft bestehen.

<sup>765</sup> *Dellinger* in FS-Frotz, S. 210.

<sup>766</sup> Vgl statt vieler *Mertens* in Kölner Kommentar, AktG, § 93, Rz 30.

<sup>767</sup> Vgl dazu Kapitel VI.A.

zuzulassen, wenn der Organwalter pflichtwidrig und schuldhaft der Gesellschaft einen Schaden zugefügt hat. Seine Ersatzpflicht kann nicht von der Zufälligkeit der Höhe des Gesellschaftsvermögens abhängen. Würde dies wirklich zutreffen, würde der objektive Sorgfaltsmaßstab unterlaufen werden, da bei einer vermögenden Gesellschaft der Umgang mit dem Gesellschaftsvermögen praktisch freigestellt wäre. Aus den dargelegten Gründen ist mE eher davon auszugehen, dass die Ersatzpflicht des Organwalters auch dann eintritt, wenn genügend Gesellschaftsmittel zur Gläubigerbefriedigung vorhanden sind.

### **G.) Förmlichkeit der Beschlussfassung?**

Im Folgenden wird der Frage nachgegangen, ob auch einem „formlosen Beschluss“ der Gesellschafterversammlung Entlastungswirkung zukommen kann, oder ob dies nur angenommen werden kann, wenn die Vorschriften über die Einberufung und Abhaltung der Gesellschafterversammlung eingehalten wurden (kurz: „formeller Beschluss“). Es soll hier nicht die grundsätzliche Frage nach der Zulässigkeit formloser Beschlüsse behandelt werden, sollen lediglich, ob diese geeignet sind, im Rahmen der §§ 25 Abs 5 GmbHG und 84 Abs 4 AktG die Haftung der Geschäftsführungsorgane entfallen zu lassen.

Die hL<sup>768</sup> gelangt diesbezüglich zu dem Ergebnis, dass besondere Förmlichkeiten bei der Beschlussfassung dann nicht erforderlich sind, wenn alle Gesellschafter zustimmen. Demnach könne auch ein Beschluss, welcher vom Willen aller Gesellschafter getragen sei im Rahmen der §§ 25 Abs 5 GmbHG und 84 Abs 4 AktG zur Entlastung der Geschäftsführung führen. Der OGH<sup>769</sup> hat sich, soweit ersichtlich, bislang nur zur Beschlussfassung der GmbH geäußert und sich der hL angeschlossen. Als Begründung wurde ins Treffen geführt, dass es eine überflüssige Formalität darstellen würde, auch im Fall der Zustimmung aller Gesellschafter die Einhaltung der Formvorschriften für die Generalversammlung zu verlangen. Daher würden in einem solchen Fall die Formvorschriften zu bloßen Beweisbestimmungen herabsinken. Wenn die Formvorschriften der Generalversammlung nicht eingehalten werden, erfordere es aber der Schutz der Minderheitsgesellschafter, dass alle Gesellschafter und nicht nur die jeweils

---

<sup>768</sup> *Schiemer*, AktG, § 84, Rz 15.2; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 238; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I, Rz 2/413; *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 117; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 35, Rz 26 mwN; differenzierend *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43, Rz 33; aA *Strasser* in *Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 77-84, Rz 115; *Ulmer/Paefgen*, GmbHG, § 43, Rz 115; *Spindler* in *Münchener Kommentar*, AktG, § 93, Rz 210.

<sup>769</sup> OGH HS 5570; OGH SZ 49/163; OGH wbl 1996, 249; OGH wbl 2004/93.

erforderlichen Gesellschaftermehrheiten ihre Zustimmung geben<sup>770</sup>. Anderenfalls würde den Minderheitsgesellschaftern das Recht genommen, sich im Verfahren zur Beschlussfassung Gehör zu verschaffen sowie den Gesellschafterbeschluss anzufechten<sup>771</sup>.

Unstrittig ist zunächst, dass jedenfalls die formlose Einflussnahme des Mehrheitsgesellschafters oder der Gesellschaftermehrheit nicht zu einer Haftungsentlastung führt, sodass sich die Geschäftsführung auch nicht darauf berufen kann, dass mit den Stimmen des Mehrheitsgesellschafters ein entsprechender Beschluss gefasst worden wäre<sup>772</sup>. Unter Umständen kann sich auch eine Haftung des einflussnehmenden Gesellschafters ergeben<sup>773</sup>.

Nicht unproblematisch ist hingegen die Auffassung, auch formlose, einstimmige Beschlüsse der Gesellschafter könnten zum Entfall der Ersatzpflicht führen. Der Wortlaut dieser Bestimmungen (argumentum „Beschluss der Gesellschafter“ in § 25 Abs 5 GmbHG und „gesetzmäßiger Beschluss“ in § 84 Abs 4 AktG) scheint diesbezüglich eher vom Gegenteil auszugehen<sup>774</sup>. Wie sich aus § 34 GmbHG bzw den §§ 103 ff AktG ergibt, kennen beide Gesetze lediglich formelle Beschlüsse, erst Lehre und Rechtsprechung haben im Wege der Rechtsfortbildung auch formlose Beschlüsse anerkannt. Die Buchstaben des Gesetzes sprechen also eher gegen die Anerkennung eines formlosen Beschlusses. Daneben bestehen insbesondere aus Überlegungen der Rechtssicherheit Bedenken. Sofern die Geschäftsleitung, um einer Ersatzpflicht zu entgehen, Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage erheben muss, wird ihr die praktisch schwierige Aufgabe auferlegt, zunächst den genauen Inhalt eines formlosen Beschlusses festzustellen um anschließend das Vorliegen von Anfechtungs- oder Nichtigkeitsgründen zu überprüfen. Nach Ansicht des OGH<sup>775</sup> soll es auch beim Anfechtungsprozess bei der Kostenersatzregelung der §§ 41 ff ZPO bleiben, sodass im Prozess unterlegene Geschäftsführungsmitglieder zum Kostenersatz verpflichtet sind und sich ein Regressrecht lediglich nach dem Innenverhältnis richtet. Die Einschätzung der Prozesschancen ist aufgrund der heiklen und komplexen Rechtslage selbst bei formellen Beschlüssen nicht immer einfach, bei formlosen Beschlüssen demzufolge praktisch unmöglich. Die Geschäftsführung wäre gezwungen sich in einen Rechtsstreit einzulassen, deren Ausgang

---

<sup>770</sup> OGH HS 5570; OGH SZ 49/163; OGH wbl 1996, 249; OGH wbl 2004/93.

<sup>771</sup> Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I, Rz 2/413.

<sup>772</sup> Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 380; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I, Rz 2/413; Schima, Der GmbH-Geschäftsführer und der Wille des Mehrheitsgesellschafters, GBU 2000/01/06; Schlosser, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 117; Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/258 mwN.

<sup>773</sup> Vgl dazu Kapitel XIV.

<sup>774</sup> Vgl dazu Strasser in Jabornegg-Strasser, AktG, §§ 77-84, Rz 115.

<sup>775</sup> OGH RdW 2002/498, 533; kritisch Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 196, Rz 48.

völlig ungewiss ist. Dementsprechend wäre das Prozesskostenrisiko nicht einschätzbar. Es kann der Geschäftsführung nur empfohlen werden, trotz eines formlosen Beschlusses bei Verdacht eines Anfechtungs- oder Nichtigkeitsgrundes nachträglich einen formellen Beschluss einzuholen. Nur ein gehörig protokollierter Beschluss kann Aufschluss über den genauen Inhalt des Beschlusses geben und eine seriöse Prüfung allfälliger Beschlussmängel zulassen.

Zu bedenken ist auch die schwierige Abgrenzung zwischen formlosen Beschlüssen und „informellen Weisungen“. Bei diesen handelt es sich nicht um Weisungen im technischen Sinn, sondern um unverbindliche Einflussnahmen der Gesellschafter<sup>776</sup>. Dementsprechend entfällt bei „informellen Weisungen“ die Folgepflicht und Entlastungswirkung<sup>777</sup>. Rein äußerlich sind derartige „Beschlüsse“ nicht voneinander zu unterscheiden, nur dass in dem einen Fall die Beschlussausführung zum Entfall der Ersatzpflicht führt und in dem anderen Fall bestehen bleibt. Selbst wenn die Gesellschafter einen formlosen Beschluss erteilt haben, liegt in der Beweislastverteilung ein weiterer Grund der Rechtsunsicherheit. Wenn sich die Geschäftsführung auf einen haftungsentlastenden Beschluss berufen will, liegt die Beweislast für die Erteilung und den Inhalt bei der Geschäftsführung<sup>778</sup>. Dies mag das Leitungsorgan bei formellen Beschlüssen gem § 40 GmbHG und § 111 AktG nicht vor allzu große Schwierigkeiten stellen, bei formlosen Beschlüssen hingegen kommt die Geschäftsführung ohne Hilfe der Gesellschafter in einen untragbaren Beweisnotstand. Der Rechtssicherheit ist auch dies sicherlich nicht dienlich.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die hL und Rechtsprechung aus Gründen der Rechtssicherheit bedenklich erscheint. Es ist ihr allerdings zuzugestehen, dass die Anerkennung formloser Beschlüsse dem Interesse der Gesellschaft an einer raschen und unkomplizierten Einflussnahme auf die Geschäftsführung Rechnung trägt. Dies mag bei unaufschiebbaren Beschlüssen, die keinen Aufschub dulden, sachlich gerechtfertigt sein. Kann der Beschluss hingegen ebenso gut in der nächsten Gesellschafterversammlung gefasst werden, ist nicht einzusehen, dass sich die Gesellschafter über die Vorschriften einer formellen Beschlussfassung einfach hinwegsetzen dürfen. Darüber hinaus ist zu fordern, dass bei Verdacht eines Anfechtungs- oder Nichtigkeitsgrundes eines formlosen Beschlusses die Geschäftsführung das Recht haben muss, sich den Beschlussinhalt durch einen formellen

---

<sup>776</sup> Gellis/Feil, GmbHG, § 25, Rz 16 mwN.

<sup>777</sup> „Informelle Weisungen“ der Gesellschafter werden nur bei der GmbH eine Rolle spielen, da der Vorstand der AG wegen der Weisungsfreiheit ohnehin nur dann an einen Beschluss der Hauptversammlung gebunden ist, wenn dieser gem § 103 Abs 2 AktG eine Geschäftsführungsfrage vorlegt.

<sup>778</sup> Lehner, Die Beweislastverteilung bei der GmbH-Geschäftsführung, GesRZ 2005, 128.

Beschluss bestätigen zu lassen. Es kann dem Leitungsorgan nicht zugemutet werden, einen Beschluss zu bekämpfen, dessen Inhalt sich möglicherweise nicht mehr feststellen und das Prozessrisiko sich seriös nicht einschätzen lässt.

Will man mit der hL und Rechtsprechung auch formlosen Beschlüssen eine Entlastungswirkung zukommen lassen, bieten sich daher aus Erwägungen der Rechtssicherheit zwei Einschränkungen an. Zum einen sollte die Gültigkeit formloser Beschlüsse nur dann zugelassen werden, wenn die spätere, formelle, Beschlussfassung mit einem Nachteil für die Gesellschaft verbunden wäre. Nur wenn die Entscheidung keinen Aufschub duldet, ist ein formloser Beschluss gerechtfertigt. Zum anderen muss das Leitungsorgan bei Verdacht eines Beschlussmangels nachträglich einen formellen Beschluss der Gesellschafter einholen können um einerseits das Vorliegen eines Beschlussmangels zu prüfen und andererseits die Prozesschancen besser beurteilen zu können.

## **H.) Ergebnis**

Sorgfaltsgemäße und sorgfaltswidrige Beschlüsse müssen von der Geschäftsführung befolgt werden. Die gesellschaftsrechtliche Verpflichtung zur Beschlussausführung hat auch dann den Entfall der Ersatzpflicht zur Folge, wenn der Gesellschaft ein Schaden entstanden ist oder die Gläubiger keine Befriedigung von der Gesellschaft erlangen können.

Die Ausführung unanfechtbar gewordener oder geheilter Beschlüsse führt zur Ersatzpflicht des Leitungsorgans, wenn es pflichtwidrig den Beschluss nicht mittels Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage bekämpft hat. Pflichtwidrig handelt das Leitungsorgan, wenn es einen gegen das Unternehmens-, Gläubiger oder das öffentliche Interesse verstoßenden Beschluss nicht beseitigt. Bei einem Verstoß gegen Arbeitnehmerinteressen ist die Beseitigungspflicht danach differenziert zu beurteilen, ob Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat vertreten sind. Ist dies der Fall, muss eine Beseitigungspflicht der Geschäftsführung abgelehnt werden, andernfalls müssen sie gegen den Beschluss mittels Klage vorgehen. Hingegen müssen Verletzungen des Gesellschafterinteresses vom Leitungsorgan niemals gerügt werden. Die Vollziehung derartiger Beschlüsse führt zum Entfall der Haftung.

Die Geschäftsführung wird dem Binnenhaftungsmodell folgend in der Regel der Gesellschaft gegenüber ersatzpflichtig. Ist eine Haftung zu bejahen, dann besteht diese auch dann, wenn der

Ersatzanspruch nicht zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist. Das Gesellschaftsvermögen als einziges den Gläubigern zur Befriedigung offenstehende Vermögen ist auch im Interesse zukünftiger Gläubiger zu schützen. Ein erhöhtes Insolvenz- und damit Ausfallrisiko zukünftiger Gläubiger kann nur hintangehalten werden, wenn die Ersatzpflicht des Leitungsorgans auch eintritt, wenn genügend Gesellschaftsmittel zur Gläubigerbefriedigung vorhanden sind.

Die Vollziehung formloser, einstimmiger Beschlüsse durch die Geschäftsführung führt nach hL und Rechtsprechung im Rahmen der §§ 25 Abs 5 GmbHG und 84 Abs 4 AktG zum Entfall der Haftung. Erwägungen der Rechtssicherheit lassen zwei Einschränkungen nahe liegend erscheinen. Zum einen sollten formlose Beschlüsse nur anerkannt werden, wenn sie aufgrund der Dringlichkeit der Beschlussfassung keinen Aufschub dulden, zum anderen muss die Geschäftsführung bei Verdacht eines Beschlussmangels nachträglich einen formellen Beschluss einholen können.

## **XI. Vergleich oder Verzicht auf Schadenersatzansprüche**

### **A.) Überblick**

Im Interesse der Gläubiger kann die Gesellschaft nicht uneingeschränkt über Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen pflichtwidrig handelnde Verwaltungsträger disponieren. Sowohl das GmbH- als auch das AktG sehen hier erhebliche Einschränkungen vor. Im Unterschied zu der bereits besprochenen Problematik einer haftungsentlastenden Weisung, geht es hier um die Frage der Reichweite eines Verzichts auf bereits entstandene Ansprüche<sup>779</sup>. Es muss sohin strikt zwischen dem Entfall der Haftung nach Durchführung eines verbindlichen Beschlusses durch die Geschäftsleitung und der nachträglichen Haftungsbefreiung durch Vergleich oder Verzicht der Gesellschaft unterschieden werden. Denn im ersten Fall ist mangels Pflichtwidrigkeit und Verschulden gar kein Ersatzanspruch entstanden, während im zweiten Fall zwar ein Anspruch entstanden ist, dieser aber nachträglich von der Gesellschaft aufgegeben wurde. Welche Rechtswirkungen nun eine derartige

---

<sup>779</sup> Vgl statt vieler *Koppensteiner/Rüffler*, § 25, Rz 24.

Hafungsbefreiung entfalten soll, normieren die § 10 Abs 6 iVm § 25 Abs 7 GmbHG und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG. Gem § 10 Abs 6 iVm § 25 Abs 7 GmbHG haben „*Vergleiche und Verzichtleistungen über Ersatzansprüche der Gesellschaft keine rechtliche Wirkung, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist*“, während nach § 84 Abs 4 Satz 3 AktG „*die Gesellschaft erst nach fünf Jahren seit der Entstehung des Anspruchs verzichten oder sich darüber vergleichen kann, wenn die Hauptversammlung zustimmt und nicht eine Minderheit, deren Anteile den fünften Teil des Grundkapitals erreichen, widerspricht*“. Darüber hinaus normiert § 84 Abs 5 Satz 3 AktG, dass die Geltendmachung des Anspruches durch die Gläubiger weder durch einen Verzicht noch durch einen Vergleich der Gesellschaft aufgehoben werden kann.

## **B.) Reichweite der Bestimmungen**

Klarheit dürfte insoweit herrschen, als die ausdrückliche Normierung des Vergleichs oder Verzichts iSd § 25 Abs 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG und des § 84 Abs 4 Satz 3 AktG nicht taxativ zu verstehen sind, sodass auch andere Arten der Anspruchserledigung von den Grenzen dieser Bestimmungen umfasst sind<sup>780</sup>. Daher können Haftungsausschlussvereinbarungen gleich welcher Art nur dann gültig getroffen werden, wenn die Voraussetzungen des § 25 Abs 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG bzw des § 84 Abs 4 Satz 3 AktG erfüllt sind. Erfasst sind sohin etwa auch die Entlastung, Stundung, Generalbereinigung oder prozessuale Handlungen wie eine Klagszurücknahme unter Anspruchsverzicht oder eine Klageeinschränkung<sup>781</sup>. Insofern bestehen zwischen dem GmbH- und Aktienrecht noch keine Unterschiede.

In Bezug auf das GmbHG stellt sich eine andere Frage; nämlich ob § 25 Abs 7 GmbHG nur bei einer Verletzung zwingenden Rechts oder unabhängig davon bei jeglicher Rechtsverletzung zur Anwendung gelangen soll. Während für die hM<sup>782</sup> die Qualität der Rechtsverletzung ohne Bedeutung ist, tritt eine Mindermeinung<sup>783</sup> für eine Begrenzung des Anwendungsbereiches auf die Verletzung zwingenden Rechts ein. Dies soll sich daraus ergeben, dass die Gesellschafterversammlung die Geschäftsführung in diesem Umfang durch Weisung

---

<sup>780</sup> Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 396; Strasser in Jabornegg-Strasser, AktG, §§ 77-84, Rz 112; Hefermehl/Spindler in Münchener Kommentar, AktG, § 93, Rz 134; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG, § 25, Rz 24; Hüffer, AktG, § 93, Rz 28.

<sup>781</sup> Strasser in Jabornegg-Strasser, AktG, §§ 77-84, Rz 112; Hefermehl/Spindler in Münchener Kommentar, AktG, § 93, Rz 134; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG, § 25, Rz 24.

<sup>782</sup> Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts, S. 396; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I, Rz 2/422 mwN.

<sup>783</sup> Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43, Rz 53; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG, § 25, Rz 24.

haftungsfrei stellen kann. Daher müsse dieselbe Rechtsfolge auch nachträglich realisierbar sein. Nach dem hier vertretenen Verständnis einer entlastenden Weisung ist diesem Argument wenig abzugewinnen, da sich, wie bereits dargelegt, eine Haftung des Leitungsorgans auch ergeben kann, wenn es pflichtwidrig einen nicht ausführungspflichtigen Beschluss ausführt. Dabei kann die Ersatzpflicht auch eintreten, wenn keine zwingende Norm verletzt wurde.

## **C.) Voraussetzungen eines wirksamen Haftungsausschlusses**

### **1.) Allgemeines**

Dass die Voraussetzungen einer gültigen Haftungsbefreiung im GmbH- und Aktienrecht unterschiedlich ausgestaltet sind, lässt sich bereits aus dem Wortlaut der fraglichen Bestimmungen unschwer entnehmen. Denn während 25 Abs 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG die Gültigkeit eines „Verzichts oder Vergleichs“ lediglich davon abhängig macht, dass der Ersatzanspruch der Gesellschaft nicht zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich sein muss, stellt das AktG gleich drei Erfordernisse auf, welche kumulativ vorliegen müssen: zunächst muss die fünfjährige Verbotsfrist abgelaufen sein, die Hauptversammlung muss der Haftungsbefreiung zustimmen und eine qualifizierte Minderheit darf keinen Widerspruch erklärt haben. Im folgenden Abschnitt werden sohin die Voraussetzungen einer gültigen Haftungsbefreiung untersucht, wobei angesichts der komplexeren Regelung im AktG der Schwerpunkt der Untersuchung auf § 84 Abs 4 Satz 3 AktG liegt.

### **2.) Zuständigkeit zur Abgabe einer Haftungsbefreiung**

Sowohl § 84 Abs 4 Satz 3 AktG als auch 25 Abs 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG sagen nicht ausdrücklich, wer zur Abgabe einer Verzichts- oder Vergleichserklärung zuständig ist<sup>784</sup>.

Da aber zumindest § 84 Abs 4 Satz 3 AktG eindeutig normiert, dass die Hauptversammlung einem Verzicht oder Vergleich zustimmen muss, kann daraus abgeleitet werden, dass jedenfalls die Hauptversammlung nicht zur Abgabe einer entsprechenden Willenserklärung

---

<sup>784</sup> In Deutschland ist die Zuständigkeit zumindest für das Aktienrecht ausdrücklich geregelt. Gem § 112 dAktG ist für die Verzichts- oder Vergleichserklärung gegenüber Vorstandsmitglieder ausschließlich der Aufsichtsrat berufen.

legitimiert ist<sup>785</sup>, sondern erst nachträglich den Akt der Haftungsbefreiung genehmigen muss. Zweifellos handelt es sich bei der Abgabe einer derartigen Willenserklärung um eine Handlung der Geschäftsführung bzw Vertretung, sodass angesichts des Geschäftsführungs- und Vertretungsmonopols des Vorstands jedenfalls eine Kompetenz des Vorstands angenommen werden muss<sup>786</sup>. Da allerdings die Gesellschaft mit dem Vorstand ein Rechtsgeschäft abschließt, besteht alternativ zur Zuständigkeit des Vorstands gem § 97 AktG auch jene des Aufsichtsrats<sup>787</sup>.

Gleiches hat aufgrund der vergleichbaren Rechtslage auch für Haftungsfreistellungen zwischen GmbH und Geschäftsführer zu gelten. Zwar geht 25 Abs 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG nicht von einer nachträglichen Genehmigung des Vergleichs durch die Generalversammlung aus, gleichwohl findet sich die Zuständigkeit des Aufsichtsrats zur Vertretung der GmbH bei Rechtsgeschäften mit Geschäftsführern auch im GmbH-Recht. Da nach überwiegender Lehre auch § 30l GmbHG nicht die ausschließliche Vertretungskompetenz des Aufsichtsrats begründet, sondern jene des Geschäftsführers bestehen bleibt<sup>788</sup>, wird mE auch im GmbH-Recht eine alternative Zuständigkeit des Geschäftsführers und des Aufsichtsrats vorliegen. Ob darüber hinaus eine Genehmigungskompetenz der Gesellschafter angenommen werden kann, wird etwas später untersucht.

### 3.) Sperrfrist

§ 84 Abs 4 Satz 3 AktG sieht, anders als § 25 Abs 7 GmbHG, eine fünfjährige Sperrfrist vor, innerhalb derer die AG keine wirksame Haftungsbefreiung vornehmen kann<sup>789</sup>. Sinn dieser Frist ist es vor allem, hintanzuhalten, dass die AG noch vor Hervorkommen des ganzen Schadens überschnell und überhastet auf Ersatzansprüche verzichtet<sup>790</sup>. Die Sperrfrist

---

<sup>785</sup> Schlosser, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 121.

<sup>786</sup> Schlosser, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 121.

<sup>787</sup> Schlosser, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 121; Strasser in Jabornegg-Strasser, §§ 85-97, Rz 71 mwN; aA Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, § 84, Rz 33, welche von einer ausschließlichen Vertretungsmacht des Aufsichtsrats ausgehen und daher ausschließlich diesem die Kompetenz zum Abschluss geben.

<sup>788</sup> Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I, Rz 4/397; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG, § 30l, Rz 1 mwN.

<sup>789</sup> In Deutschland beträgt die Sperrfrist gem § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG lediglich drei Jahre.

<sup>790</sup> Schlosser, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 122; Hefermehl/Spindler, Münchener Kommentar, AktG, § 93, Rz 125; Hüffer, AktG, § 93, Rz 28 mwN.

beginnt nach ganz hL mit der Entstehung und nicht erst ab Erkennbarkeit des Anspruchs<sup>791</sup>. Demnach handelt es sich hier um eine objektive Frist<sup>792</sup>.

Sofern das betroffene Vorstandsmitglied zahlungsunfähig ist oder zur Abwendung seines Konkurses mit den Gläubigern einen außergerichtlichen Vergleich schließt, ist gem § 84 Abs 4 letzter Satz AktG die fünfjährige Sperrfrist außer Acht zu lassen. Alle anderen Haftungsbeschränkungen sind allerdings auch hier einzuhalten<sup>793</sup>, sodass auch hier die Zustimmung der Hauptversammlung einzuholen ist und ein Widerspruch zu unterbleiben hat. Zu beachten ist allerdings, dass § 84 Abs 4 Satz 3 AktG insgesamt nicht auf Forderungsverminderungen anwendbar ist, welche aufgrund eines gerichtlichen Ausgleichs oder Zwangsausgleichs nach § 53 AO und § 156 KO zustande kommen<sup>794</sup>. Eine allfällige Beschränkung ergäbe auch keinen Sinn, da sie die Verwertung der Konkursmasse durch den Masseverwalter erschweren würde<sup>795</sup>. Daher wird auch zum GmbH-Recht vertreten, dass die Beschränkung des § 10 Abs 6 GmbHG nicht beim gerichtlichen Ausgleich im Insolvenzverfahren anwendbar ist<sup>796</sup>.

#### 4.) Zustimmung der Hauptversammlung und Vetorecht der Minderheit

Wie eingangs erwähnt, kann auch nach Ablauf der Sperrfrist nur dann auf Ersatzansprüche verzichtet werden, wenn die Hauptversammlung mit einfacher Mehrheit gem § 113 Abs 1 AktG zustimmt und der Widerspruch einer qualifizierten Minderheit unterbleibt. Bis zu diesem Zeitpunkt ist die Verzichtserklärung schwebend unwirksam<sup>797</sup>. Grundsätzlich hat die Zustimmung der Hauptversammlung im Nachhinein, also in Bezugnahme auf bereits vorgenommene und daher der Hauptversammlung schon vorliegende Rechtsakte zu

---

<sup>791</sup> *Schiemer*, AktG, Rz 17.1; *Jud/Grünwald*, Überlegungen zum Fristenlauf im Zusammenhang mit Vergleichen und Verzichten der Aktiengesellschaft, NZ 1993, 185 f; *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 77-84, Rz 112; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 84, Rz 33; *Hüffer*, AktG, § 93, Rz 28.

<sup>792</sup> *Jud/Grünwald*, Überlegungen zum Fristenlauf im Zusammenhang mit Vergleichen und Verzichten der Aktiengesellschaft, NZ 1993, 185 f; *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 122.

<sup>793</sup> *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 122; *Hefermehl/Spindler*, Münchener Kommentar, AktG, § 93, Rz 130; *Hüffer*, AktG, § 93, Rz 30.

<sup>794</sup> *Schiemer*, AktG, § 84, Rz 17.3; *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 122; *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 77-84, Rz 114.

<sup>795</sup> *Hefermehl/Spindler*, Münchener Kommentar, AktG, § 93, Rz 131.

<sup>796</sup> *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I, Rz 1/778; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 10, Rz 13; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 10a, Rz 32.

<sup>797</sup> *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 122; *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 77-84, Rz 113.

erfolgen<sup>798</sup>. Im Hinblick auf die weitreichenden Konsequenzen der Haftungsfreistellung ist aus Gründen der Rechtssicherheit mE auch in diesem Fall ein formeller Beschluss zu fordern. Sehr wohl aber wird die Zustimmung der Hauptversammlung auch schon vor dem Abschluss des Rechtsgeschäftes für ausreichend erachtet, wenn aufgrund des Verhandlungsverlaufes der Inhalt der Haftungsfreistellung eindeutig feststeht und die Hauptversammlung ausreichend informiert wurde<sup>799</sup>. Gleichfalls genügen muss es, wenn ein förmlicher Hauptversammlungsbeschluss die Frage der Haftungsfreistellung nicht explizit regelt, aber dennoch eindeutig und zweifelsfrei zum Ausdruck gebracht wird, dass einer Haftungsbefreiung zugestimmt werde<sup>800</sup>.

Hinsichtlich des erforderlichen Widerspruchs<sup>801</sup> genügt nach ganz hL<sup>802</sup> eine negative Stimmabgabe nicht aus, vielmehr muss er im Rahmen eines besonderen Verfahrens eigens erhoben werden. Dem ist mE zu folgen, differenziert das Gesetz ja selbst innerhalb des § 84 Abs 4 AktG zwischen einem Hauptversammlungsbeschluss und dem Widerspruchserfordernis der Minderheit. Schon daraus muss gefolgert werden, dass eine negative Stimmabgabe nicht mit einem Widerspruch gleichgesetzt werden kann. Der Widerspruch hat nach dem Zustimmungsbeschluss zu erfolgen und muss ausdrücklich erhoben werden, wobei sich der Widerspruch auch nur auf einen Teil des vorgelegten Rechtsgeschäftes beziehen kann<sup>803</sup>. Inhaber stimmrechtsloser Vorzugsaktien sind mangels Stimmrecht in der Hauptversammlung beim Zustimmungsbeschluss nicht stimmberechtigt, können aber, da es sich dabei nicht um eine Stimmrechtsausübung handelt, sehr wohl Widerspruch gegen einen bereits gefassten Beschluss erheben<sup>804</sup>.

Eingangs wurde bereits dargelegt, dass § 25 Abs 7 GmbHG keine Zustimmungskompetenz der Generalversammlung zu der vom Aufsichtsrat/Geschäftsführer geschlossenen Haftungsfreistellung vorsieht. Allerdings muss bedacht werden, dass ohne Zustimmungserfordernis der Gesellschafter die Gefahr besteht, dass sich Geschäftsführer und

---

<sup>798</sup> *Strasser in Jabornegg- Strasser, AktG, §§ 77-84, Rz 113.*

<sup>799</sup> *Schiemer, AktG, § 84, Rz 17.3; Strasser in Jabornegg- Strasser, AktG, §§ 77-84, Rz 113.*

<sup>800</sup> *Strasser in Jabornegg- Strasser, AktG, §§ 77-84, Rz 113.*

<sup>801</sup> Wenn eine Minderheit von 20% des Grundkapitals widerspricht, muss ein Verzicht unterbleiben. In Deutschland liegt die Grenze bereits bei 10% des Grundkapitals.

<sup>802</sup> *Schiemer, AktG, § 84, Rz 17.3; Schlosser, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 124; Strasser in Jabornegg- Strasser, AktG, §§ 77-84, Rz 113; Hefermehl/Spindler, Münchener Kommentar, AktG, § 93, Rz 127.*

<sup>803</sup> *Schlosser, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 124; Hefermehl/Spindler, Münchener Kommentar, AktG, § 93, Rz 127.*

<sup>804</sup> *Schiemer, AktG, § 84, Rz 17.3; Schlosser, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 124; Strasser in Jabornegg- Strasser, AktG, § 116, Rz 1.*

Aufsichtsrat durch gemeinsames Vorgehen wechselseitig von Ersatzansprüchen befreien können<sup>805</sup>. Es wäre daher zu erwägen, auch im GmbH-Recht eine dem § 84 Abs 4 AktG vergleichbare Genehmigung durch die Gesellschafter zu verlangen. Als Anhaltspunkt könnte man etwa die in § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG normierte Entlastung der Geschäftsführung und die vorgesehene Zuständigkeit der Generalversammlung erblicken, zumal die Wirkungen der Entlastung den Grenzen des § 25 Abs 7 GmbHG unterliegen<sup>806</sup>. Es bleibt abzuwarten, ob der OGH die Beschlusskompetenz der Gesellschafter über die Entlastung auch auf andere Arten der Haftungsbefreiung erstreckt und derart § 25 Abs 7 GmbHG dem AktG angleicht. Rechtspolitisch wäre es jedenfalls erwünschenswert.

## 5.) Auswirkungen auf die Gläubiger

Dass beide Normen trotz der unterschiedlichen Konstruktion eine gläubigerschützende Funktion innewohnt, lässt sich bereits dem Wortlaut beider Bestimmungen unschwer entnehmen. Gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG entfaltet ein Vergleich oder Verzicht den Gläubigern gegenüber keine Wirkung, wenn sie von der AG keine Befriedigung erlangen können<sup>807</sup>, während nach 25 Abs 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG ein Vergleich oder Verzicht „keine rechtliche Wirkung hat, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist“. Große praktische Bedeutung dürfte dieser Unterschied aber nicht haben, denn auch die Gläubiger der AG werden sich nur dann auf die Unwirksamkeit der Haftungsbefreiung berufen wollen, wenn das sonst vorhandene Gesellschaftsvermögen unzureichend ist<sup>808</sup>. Andererseits ist auch für Gläubiger der GmbH die relative Unwirksamkeit des Vergleichs oder Verzichts praktisch nur dann von Interesse, wenn das sonstige Gesellschaftsvermögen zur Befriedigung ihrer Forderungen nicht hinreicht.

---

<sup>805</sup> Schlosser, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 122; Hefermehl/Spindler, Münchener Kommentar, AktG, § 93, Rz 126; Hüffer, AktG, § 93, Rz 29.

<sup>806</sup> Vgl statt vieler Koppensteiner/Rüffler, GmbHG, § 25, Rz 24.

<sup>807</sup> Große praktische Bedeutung kommt dem Einwendungsausschluss in der Variante des Vergleichs/Verzichts nicht zu. Da nach Ablauf der fünfjährigen Sperrfrist der Anspruch der AG ohnehin meist verjährt ist, bedarf es gar keines Vergleichs oder Verzichts mehr. Ist der Anspruch der AG verjährt, können ihn trotz des Einwendungsausschlusses auch Gläubiger nicht geltend machen- vgl dazu Dellinger in FS-Frotz, S. 201 f.

<sup>808</sup> Vgl dazu Krejci/S.Bydlinski/Rauscher/Weber-Schallauer, VerG 2002, § 26, Rz 11.

## 6.) Rechtsfolgen eines Verstoßes

Ein entgegen § 25 Abs 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG abgeschlossener Vergleich oder Verzicht hat die relative Unwirksamkeit zur Folge<sup>809</sup>. Dies hat zur Konsequenz, dass der Geschäftsführer jedenfalls an den Akt der Haftungsbefreiung gebunden ist und nur die Gesellschaft die Unwirksamkeit des Vertrages geltend machen kann<sup>810</sup>.

Wird hingegen ein Verzicht oder Vergleich unter Missachtung des § 84 Abs 4 Satz 3 AktG abgeschlossen, dann ist dieser nach ganz hA nichtig<sup>811</sup>. Dies gilt auch für den Fall, dass vor Ablauf der fünfjährigen Sperrfrist die Hauptversammlung zustimmt und der Widerspruch unterbleibt<sup>812</sup>.

## 7.) Die Entlastung

§ 84 Abs 4 Satz 3 AktG und § 25 Abs 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG zeitigen auch Auswirkungen auf die von den Gesellschaftern beschlossene Entlastung. Wie bereits dargelegt, muss der Begriff „Vergleich“ oder „Verzicht“ weit ausgelegt werden, sodass sich die Rechtswirkungen der Entlastung innerhalb des gesetzlich vorgegebenen Rahmens der §§ 84 Abs 4 Satz 3 AktG und 25 Abs 7 iVm 10 Abs 6 GmbHG halten müssen. Wenngleich § 35 Abs 1 Z 1 GmbHG und § 104 Abs 1 AktG wortgleich davon sprechen, dass die Gesellschafterversammlung in den ersten acht Monaten des Geschäftsjahres über die Entlastung der Leitungsorgane zu entscheiden hat, entfaltet die Entlastung in Ansehung auf die § 84 Abs 4 Satz 3 AktG und § 25 Abs 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG dennoch gänzlich unterschiedliche Rechtswirkungen im GmbH- und Aktienrecht.

So werden die Rechtswirkungen des § 104 AktG einhellig dahingehend beurteilt, dass durch die Entlastung die Geschäftsführung für die abgelaufene Periode pauschal gebilligt wird und

---

<sup>809</sup> Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I, Rz 2/422; Gellis/Feil, GmbHG, § 10, Rz 13; Koppensteiner/Rüffler, § 10a, Rz 32.

<sup>810</sup> Peschek, Neue Möglichkeiten für Schiedsverfahren im Arbeitsrecht?, RdW 2003, 153; Gellis/Feil, GmbHG, § 10, Rz 13; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG, § 10a, Rz 32.

<sup>811</sup> Schlosser, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 124; Strasser in Jabornegg-Strasser, AktG, §§ 77-84, Rz 112; Hefermehl/Spindler, Münchener Kommentar, AktG, § 93, Rz 128; Hüffer, AktG, § 93, Rz 28.

<sup>812</sup> Strasser in Jabornegg-Strasser, AktG, §§ 77-84, Rz 112.

der Geschäftsführung das Vertrauen der Hauptversammlung zum Ausdruck gebracht wird<sup>813</sup>. Im Hinblick auf § 84 Abs 4 Satz 3 AktG wird der Entlastung allerdings, anders als bei der GmbH, nicht die Wirkung eines Verzichts zuerkannt<sup>814</sup>. Dies scheint insofern konsequent, als doch die Hauptversammlung binnen fünf Jahren gar nicht und danach nur unter erschwerten Voraussetzungen auf bereits entstandene Ansprüche verzichten kann. Sofern allerdings die Entlastung von allen Aktionären erteilt wird, soll nach der Rechtsprechung<sup>815</sup> und einem Teil der Lehre<sup>816</sup> die erteilte Entlastung als Anspruchsverzicht auf Ersatzleistungen aus pflichtwidriger Geschäftsführung aufzufassen sein. Begründet wird dies mit dem telos des § 84 Abs 4 Satz 3 AktG, deren erklärter Zweck im Schutz der Minderheitsaktionäre liegen soll und dann keine Berechtigung haben soll, wenn alle Gesellschafter die Entlastung des Vorstands beschlossen haben. Diese Rechtsauffassung ist allerdings, vor allem in Ansehung an den vom OGH festgestellten Gesetzeszweck, nicht unproblematisch und hat in der Lehre nicht überall Widerhall gefunden<sup>817</sup>.

Zum einen wird bei Beibehaltung dieser Ansicht verkannt, dass den Inhabern stimmrechtsloser Vorzugsaktien das ihnen eingeräumte Widerspruchsrecht entzogen wird. Da diesen bei der Abstimmung über die Entlastung kein Stimmrecht zukommt, bleibt als einzige Möglichkeit die Erhebung eines Widerspruchs im Rahmen des § 84 Abs 4 Satz 3 AktG. Sofern man aber mit dem OGH davon ausgeht, dass schon binnen der fünfjährigen Sperrfrist ein einstimmiger Entlastungsbeschluss als Anspruchsverzicht zu deuten ist, können Inhaber stimmrechtsloser Vorzugsaktien mangels Stimmrecht weder gegen den Entlastungsbeschluss stimmen, noch ist ihnen die Erhebung eines Widerspruchs möglich, da ein solcher eben erst nach Ablauf der Sperrfrist erhoben werden kann. Hinzukommt, wie *Schima*<sup>818</sup> überzeugend aufzeigt, die Problematik, ob innerhalb der Sperrfrist neu hinzukommende Aktionäre die bereits von allen (Alt)-Aktionären beschlossene Entlastung gegen sich wirken lassen müssen. Nach *Schima*

---

<sup>813</sup> *Schiemer*, AktG, § 104, Rz 1.2; *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, § 104, Rz 2; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 104, Rz 5 mwN.

<sup>814</sup> *Schiemer*, AktG, § 104, Rz 1.2; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 235, *Neumayr*, Die Entlastung des Geschäftsführers, JBl 1990, 273; *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, § 104, Rz 2; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 104, Rz 5; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 3944. In Deutschland normiert § 120 Abs 2 Satz 2 dAktG ausdrücklich, dass die Entlastung keinen Verzicht auf Ersatzansprüche enthält.

<sup>815</sup> OGH SZ 48/79 = HS 9602 = GesRZ 1976, 26 = ÖJZ 1976/66.

<sup>816</sup> *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 239; *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 126; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 3944; für weitere Nachweise vgl *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 104, Rz 5, FN 10.

<sup>817</sup> Vgl *Schima*, Enthaltung des Vorstands (Aufsichtsrats) durch Entlastungsbeschluss sämtlicher Aktionäre?, GesRZ 1991, 185; *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, § 104, Rz 2; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 104, Rz 6.

<sup>818</sup> *Schima*, Enthaltung des Vorstands (Aufsichtsrats) durch Entlastungsbeschluss sämtlicher Aktionäre?, GesRZ 1991, 185.

erklärt sich die Normierung einer fünfjährigen Sperrfrist im AktG daraus, dass anders als etwa bei der GmbH die Beendigung oder Änderung der Gesellschafterstellung rasch und unkompliziert möglich ist. Daher sollen durch die Sperrfrist auch künftige Aktionäre geschützt werden<sup>819</sup>. Dem muss mE beigespflichtet werden. Die Sperrfrist soll nicht nur gewährleisten, dass vor Hervorkommen des gesamten Schadens überhastet auf Ansprüche verzichtet wird, sondern auch, dass im Interesse der Neuaktionäre die Haftungsmasse binnen der Sperrfrist nicht durch einen Verzicht geschmälert werden kann. Daher gebührt mE jener Auffassung der Vorzug, welche auch einer einstimmig erteilten Entlastung nicht die Wirkung eines Verzichts zubilligt<sup>820</sup>. Denn nur diese Rechtsansicht berücksichtigt alle von § 84 Abs 4 Satz 3 AktG betroffenen Interessen.

Im GmbH-Recht begegnet man derartigen Problemen angesichts der einfacheren Regelung des § 25 Abs 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG nicht. Da das GmbHG keine Sperrfrist vorsieht, besteht die Wirkung der Entlastung darin, dass die GmbH mit der Geltendmachung jener Tatsachen präkludiert, welche ihr aus den von den Geschäftsführern vorgelegten Unterlagen erkennbar sind oder die den Gesellschaftern auf andere Weise bekannt geworden sind<sup>821</sup>. Daher schließt die Entlastung Ersatzansprüche der GmbH gegen den Geschäftsführer aus, freilich mit der bereits erörterten Ausnahme, dass die Entlastung an den Verzichtswirkungen des § 25 Abs 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG zu messen ist, sodass der Entlastung dann nicht die Bedeutung eines Verzichts zukommt, wenn der Ersatzanspruch zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist.

---

<sup>819</sup> *Schima*, Enthftung des Vorstands (Aufsichtsrats) durch Entlastungsbeschluss sämtlicher Aktionäre?, GesRZ 1991, 185; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 104, Rz 6.

<sup>820</sup> Vgl *Schima*, Enthftung des Vorstands (Aufsichtsrats) durch Entlastungsbeschluss sämtlicher Aktionäre?, GesRZ 1991, 185; *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, § 104, Rz 2; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 104, Rz 6.

<sup>821</sup> *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 396; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 35, Rz 8; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 35, Rz 19; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2978; *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/291; *Umfahrer*, GmbHG, Rz 288; OGH eclex 1997, 27 = JBl 1997, 114.

## **XII. Die Verjährung von Schadenersatzansprüchen**

### **A.) Allgemeines**

Ansprüche aus § 25 GmbHG und § 84 AktG verjähren gem § 25 Abs 6 GmbHG bzw § 84 Abs 6 AktG in fünf Jahren. Da beide Normen über den Beginn des Laufes der Verjährungsfrist schweigen, stellt sich die in der Lehre viel diskutierte Frage, ob der Lauf der Frist erst ab Kenntnis des Schadens und der Person des Schädigers (subjektive Frist) oder unabhängig von subjektiven Momenten auf der Seite des Geschädigten schon mit Entstehung des Anspruchs (objektive Frist) beginnt.

### **B.) Die Verjährung nach § 84 Abs 6 AktG**

#### **1.) Überblick**

Für das Aktienrecht verschärft sich die Frage des Beginns des Fristenlaufs noch durch die in § 84 Abs 4 Satz 3 AktG normierte fünfjährige Sperrfrist. Denn würde man zusätzlich zur objektiv auszulegenden Sperrfrist auch den Fristenlauf nach § 84 Abs 6 AktG objektiv auslegen, dann wäre einem Vergleich oder Verzicht jeder sinnvolle Anwendungsbereich genommen. In diesem Fall wäre nach Ablauf der fünfjährigen Sperrfrist des § 84 Abs 4 Satz 3 AktG auch schon der Schadenersatzanspruch der Gesellschaft verjährt, sodass ein Vergleich oder Verzicht der Gesellschaft von vornherein nicht in Betracht kommen würde<sup>822</sup>. Der OGH<sup>823</sup> hat sich (daher) in seinen zu dieser Frage ergehenden Entscheidungen schon relativ früh übereinstimmend und klar für einen subjektiven Fristenlauf hinsichtlich des § 84 Abs 6 AktG entschieden. Als Begründung führte er an, dass das österreichische Aktienrecht auf die allgemeine Verjährungsregel des § 1489 ABGB abstellen müsse; nach dieser Vorschrift komme es auf den Zeitpunkt an, zu welchem der Schaden und die Person des Schädigers bekannt seien. Auch könne nicht argumentiert werden, dass das Aktiengesetz 1937 mit dem zur Zeit der Einführung geltenden deutschen Recht eingeführt worden sei, weil jedenfalls seit dem

---

<sup>822</sup> *Jud/Grünwald*, Überlegungen zum Fristenlauf im Zusammenhang mit Vergleichen und Verzichten der Aktiengesellschaft NZ 1993, 185f.

<sup>823</sup> Vgl OGH SZ 48/79; OGH ÖJZ 1978/4 (EvBl); OGH GesRZ 1978, 36.

Inkrafttreten des AktG 1965 jede Analogie zum deutschen Recht ausgeschlossen sei. Daher könne § 198 BGB, welcher ganz allgemein auf die Entstehung des Anspruchs abstelle, in Österreich auch keine Beachtung finden<sup>824</sup>. Diese Ansicht hat auch in der Lehre<sup>825</sup> ganz überwiegend Zustimmung gefunden und es muss ihr mE beigespflichtet werden.

## 2.) Wissenszurechnung an die Gesellschaft

Hinsichtlich des Kenntnisstandes wird gefordert, dass die AG den Schaden, als auch den Ersatzpflichtigen soweit kennen muss, dass eine Klage mit Aussicht auf Erfolg erhoben werden kann<sup>826</sup>. Erst dann beginnt die Verjährungsfrist zu laufen. Bei juristischen Personen ist jedenfalls die Kenntnis ihrer Vertretungsorgane, sohin des Vorstands und soweit es sich um Ansprüche der Gesellschaft gegen Vorstandsmitglieder handelt, des Aufsichtsrats ausreichend<sup>827</sup>. Unerheblich ist hingegen, ob der wissende organschaftliche Vertreter einzel- oder gesamtvertretungsbefugt ist, oder mit der Sache im Einzelfall auch befasst war<sup>828</sup>.

Umstritten ist hingegen die Beachtlichkeit des Kenntnisstandes anderer vertretungsbefugter Organe. Nach der Rechtsprechung<sup>829</sup> gilt das Wissen eines bevollmächtigten Vertreters der geschädigten Gesellschaft (Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter) nur in Beziehung auf rechtserhebliche Tatsachen, welche mit dem spezifischen Vertretungsbereich verbunden sind, sofern der Bevollmächtigte in diesen berufen wurde und auch tatsächlich tätig wurde. Das Vorliegen einer Prozessvertretung hat der OGH für die Wissenszurechnung allerdings ausdrücklich für nicht erforderlich erachtet. Diese Ansicht fand in der Literatur nicht nur Zustimmung. So ist etwa nach *Strasser*<sup>830</sup> auf den Kenntnisstand des Vorstands oder eines gem § 71 Abs 3 Satz 1 AktG mitvertretungsbefugten Prokuristen abzustellen. Nach *Schlosser*<sup>831</sup> muss es vor allem darauf ankommen, dass die betreffende Person ihre Stellung in der Hierarchie der Gesellschaft entsprechend auch realistischerweise zur Durchsetzung des Anspruchs beitragen kann. Daher sei der von der Rechtsprechung gezogene Personenkreis zu

---

<sup>824</sup> Im Gegensatz zum früheren Recht hat die Schuldrechtsreform nun auch in Deutschland ein subjektives Moment bei der Verjährung eingeführt- vgl *Hefermehl/Spindler*, Münchener Kommentar, AktG, § 93, Rz 158.

<sup>825</sup> *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft; S. 126 f ; *Strasser* in *Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 77-84, Rz 110; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 84, Rz 38; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 3948.

<sup>826</sup> Vgl statt vieler *Schubert* in *Rummel*, ABGB, § 1489, Rz 3.

<sup>827</sup> Vgl § 71 Abs 1 AktG und § 97 AktG.

<sup>828</sup> *Schubert* in *Rummel*, ABGB, § 1489, Rz 3; OGH SZ 52/167 = GesRZ 1980, 216.

<sup>829</sup> OGH SZ 52/167 = GesRZ 1980, 216.

<sup>830</sup> *Strasser* in *Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 77-84, Rz 110.

<sup>831</sup> *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft, S. 129.

weit, da etwa bei Handlungsbevollmächtigten die Nähe zum tatsächlich vertretungsbefugten Organ nicht mehr vorhanden sei. *Eckert/Linder*<sup>832</sup> hingegen wollen nicht einmal die Kenntnis des Prokuristen für die Wissenszurechnung genügen lassen, sondern plädieren in diesem Fall wegen des bevorstehenden Interessenkonfliktes für eine teleologische Reduktion.

### 3.) Stellungnahme

Zu beachten ist, dass sich die Frage der Wissenszurechnung an die juristische Person bei einer Vielzahl von Rechtsproblemen stellt, sodass diese Problematik nicht auf den Beginn des Laufes der Verjährungsfrist beschränkt werden darf. Ähnlich gelagerte Probleme finden sich beim gutgläubigen Erwerb von Sachen, bei der Irrtumsanfechtung oder bei der schuldbeitragenden Zahlung an den Altgläubiger. Hier wie dort stellt sich die Frage, innerhalb welchen Personenkreises und in welchem Umfang sich die juristische Person die Kenntnis oder das Kennenmüssen ihrer natürlicher Personen zurechnen lassen muss. Nun muss man mE zunächst einmal davon ausgehen, dass der Personenkreis der Wissenszurechnung keinesfalls enger sein kann, als jener für rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten. Es wäre ein Wertungswiderspruch, würde man etwa die Wissenszurechnung auf organschaftliche Vertreter beschränken und die deliktische Zurechnung auch für „Repräsentanten“ der Gesellschaft zulassen. Insoweit ist der Erweiterung des Personenkreises über die organschaftlichen Vertreter durch den OGH noch zuzustimmen. Daher muss sich mE die Gesellschaft jedenfalls die Kenntnisse jener Personen zurechnen lassen, welche innerhalb ihrer Organisation eine leitende Stellung einnehmen. Dabei kann es bei „Machhabern“ auch keinen Unterschied machen, ob diese das Wissen dienstlich oder außerdienstlich erwerben<sup>833</sup>. Die juristische Person muss sich jedes Wissen der zuständigen Machthaber so zurechnen lassen, wie die natürliche Person die eigenen Kenntnisse<sup>834</sup>. Wenngleich „Machthaber“ der Gesellschaft in der Regel vertretungsbefugt sein werden, so kann mE entgegen der Rechtsprechung und Lehre das Erfordernis der Vertretungsbefugnis nicht als ausschlaggebendes Element für die Wissenszurechnung an die Gesellschaft angesehen werden. Nur die Befugnis Willenserklärungen für die Gesellschaft abzugeben oder zu empfangen ist auf organschaftliche oder rechtsgeschäftlich bestellte Vertreter beschränkt. Daher kann sich mE die Zurechnung des Wissens auch auf Personen ohne Vertretungsbefugnis beziehen, solange diesen eine führende Stellung innerhalb der Gesellschaft zukommt.

---

<sup>832</sup> *Eckert/Linder*, Verjährung von Ersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder, *ecolex* 2005/449.

<sup>833</sup> *Iro*, Banken und Wissenszurechnung, *GBU* 2001/02/07.

<sup>834</sup> *Koziol-Welser*, Bürgerliches Recht, I, S. 75.

Jedenfalls muss bedacht werden, dass unter Bezugnahme auf die „Repräsentantenhaftung“ keine pauschalen Aussagen über den Personenkreis der Wissenszurechnung gemacht werden können. Auch Handlungsbevollmächtigte, Prokuristen und andere Personen können eine leitende Stellung innehaben und daher als Machthaber zu qualifizieren sein. Die Frage der Wissenszurechnung stellt daher immer eine Frage des Einzelfalls dar. Entgegen *Schlosser*<sup>835</sup> und *Eckert/Linder*<sup>836</sup> sollte man daher mE Handlungsbevollmächtigte und Prokuristen nicht per se von der Wissenszurechnung an die Gesellschaft ausschließen.

#### 4.) Verhältnis des § 84 Abs 6 AktG zum ABGB

Wenngleich der Fristenlauf des § 84 Abs 6 AktG heute ganz überwiegend als subjektive Frist angesehen wird, ist heute in Lehre und Rechtsprechung nach wie vor umstritten, ob die Regelung des § 84 Abs 6 AktG lediglich die kurze Frist des § 1489 ABGB ersetzt und somit die lange objektive Frist des § 1489 ABGB<sup>837</sup> aufrecht bleibt, oder der Gesetzgeber mit § 84 Abs 6 AktG eine abschließende Behandlung der Verjährungsfrist beabsichtigt hat. Diesfalls würde § 84 Abs 6 AktG die lange Frist des § 1489 ABGB verdrängen. Auch der OGH hat sich, soweit ersichtlich, noch nicht eindeutig festgelegt. Denn einmal hat dieser ausgesprochen, dass selbst ein „Verbrechen“ im Sinn des StGB nicht zur Anwendung der langen Verjährungsfrist des § 1489 Satz 2 Fall 2 ABGB führen könne, da das Aktiengesetz in diesem Bereich als *lex specialis* das Verjährungsrecht des ABGB verdrängen würde<sup>838</sup>, dann wieder wurde judiziert, dass das Vorliegen der Voraussetzungen der dreißigjährigen Verjährungsfrist nach § 1489 ABGB eine Verjährung nach § 84 Abs 6 AktG nicht eintreten lassen könne<sup>839</sup>. Naturgemäß fanden beide Ansichten in der Lehre teils Zustimmung<sup>840</sup>, teils Ablehnung<sup>841</sup>, wobei beim jetzigen Meinungsstand lediglich gesichert sein dürfte, dass die fünfjährige Verjährungsfrist des § 84 Abs 6 AktG die kurze dreijährige Verjährungsfrist des § 1489 Satz 1 ABGB verdrängt<sup>842</sup>. Fraglich bleibt aber, ob daneben auch die lange Verjährungsfrist des § 1489 Satz

---

<sup>835</sup> *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft, S. 129.

<sup>836</sup> *Eckert/Linder*, Verjährung von Ersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder, *ecolex* 2005/449.

<sup>837</sup> Gem 1489 Satz 2 ABGB verjährt ein Schadenersatzanspruch dann in 30 Jahren, wenn dem Geschädigten der Schaden oder die Person des Schädigers nicht bekannt wurde, oder der Schädiger ein „Verbrechen“ begangen hat.

<sup>838</sup> OGH SZ 48/79.

<sup>839</sup> OGH HS 5534.

<sup>840</sup> Für den Ausschluss der dreißigjährigen Frist des § 1489 ABGB: *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, § 84, Rz 38.

<sup>841</sup> Gegen ein einheitliches Verjährungsrecht: *Schiemer*, AktG, § 84, Rz 23.2; *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 129; *Strasser in Jabornegg-Strasser*, §§ 77-84, Rz 110.

<sup>842</sup> *Schiemer*, AktG, § 84, Rz 23.2; *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 129; *Strasser in Jabornegg-Strasser*, §§ 77-84, Rz 110 mwN.

2 ABGB nur Anwendung gelangt, oder § 84 Abs 6 AktG eine abschließende Regelung enthält, welche als *lex specialis* auch die lange Verjährungsfrist verdrängt.

Jedenfalls muss bei der Suche nach einer Lösung beachtet werden, dass die Verjährungsfrist der juristischen Person gegenüber ihren Organwaltern nicht kürzer sein darf, als die Verjährungsfrist des Geschädigten gegenüber der juristischen Person. Andernfalls würde die Gefahr bestehen, dass die Gesellschaft ihren Anspruch gegen den Organwalter nicht geltend machen kann, obwohl sie selbst noch in Anspruch genommen werden könnte. Begeht der Organwalter daher beispielsweise ein „Verbrechen“ iSd § 1489 Satz 2 ABGB, wird dieses Verhalten einerseits der juristischen Person zugerechnet, andererseits könnte auch der Organwalter Dritten gegenüber unmittelbar haftbar werden (Schutzgesetzverletzungen). Geht man mit einem Teil der Lehre davon aus, dass der Schadenersatzanspruch des Geschädigten gegen Organwalter und Gesellschaft bei einem „Verbrechen“ des Organwalters in 30 Jahren verjährt<sup>843</sup>, müsste konsequenterweise auch im Innenverhältnis die lange objektive Verjährungsfrist zur Anwendung gelangen. Andernfalls könnte es sein, dass nach Ablauf der kurzen Verjährungsfrist des § 84 Abs 6 AktG die Gesellschaft zwar ihren Anspruch nicht mehr geltend machen kann, aber dennoch dem geschädigten Dritten dreißig Jahre zur Anspruchsverfolgung bleiben. Nimmt man wirklich an, dass der juristischen Person zwar das Verhalten ihrer Repräsentanten zugerechnet wird, aber gleichfalls ihre Regressmöglichkeit früher untergeht als der Anspruch des geschädigten Dritten, würde dies einen Wertungswiderspruch zu § 26 ABGB bedeuten. Insofern müsste man mE davon ausgehen, dass § 84 Abs 6 AktG die lange objektive Frist des § 1489 Satz 2 ABGB nicht verdrängt.

### **C.) Die Verjährung nach § 25 Abs 6 GmbHG**

Anders als die hL zum AktG geht das Schrifttum zum GmbHG überwiegend von einer objektiven Verjährungsfrist aus<sup>844</sup>. Begründet wird dies im Wesentlichen mit einer systematischen Zusammenschau von § 25 Abs 6 GmbH mit anderen Verjährungsregeln des

---

<sup>843</sup> *M.Bydlinski*, Deliktshaftung der juristischen Person und lange Verjährung, ÖRZ 1982, 218; *Koziol*, Haftpflichtrecht I, Rz 15/20; *M.Bydlinski in Rummel*, § 1489, Rz 5. Die Rechtsprechung geht dagegen davon aus, dass der Anspruch des Dritten gegenüber der juristischen Person bereits in 3 Jahren verjährt und lediglich der Anspruch gegen den strafbar handelnden Organwalter 30 Jahre währt- vgl OGH Zak 2006/720 mwN. Diesfalls würde auch die Annahme eines einheitlichen Verjährungstatbestandes des § 84 Abs 6 AktG (§ 84 Abs 6 AktG als *lex specialis*) dazu führen, dass die Gesellschaft ihren Ersatzanspruch länger als der geschädigte Dritte geltend machen kann.

<sup>844</sup> *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I, Rz 2/423; *Gellis/Feil*, GmbHG, § 25, Rz 30; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 23; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2972, FN 1949.

GmbHG (§§ 10 Abs 5, 24 Abs 4, 26 Abs 2 GmbHG)<sup>845</sup>. Darüber hinaus brächte nach dieser Ansicht die Annahme einer subjektiven Verjährungsfrist eine beträchtliche Verlängerung der Verjährung gegenüber dem ABGB, ohne das dafür ein sachlicher Grund ersichtlich sei<sup>846</sup>.

Die Rechtsprechung hat die Frage des Beginns des Fristenlaufes lange Zeit ungelöst gelassen und sich erst jüngst ausdrücklich für eine subjektive Berechnungsmethode entschieden<sup>847</sup>. Nach Ansicht des OGH könne allein aus dem Umstand, dass sich das GmbHG eng an das deutsche Vorbild halte, nicht auf eine Analogie zu § 43 Abs 4 dGmbHG<sup>848</sup> geschlossen werden, wenngleich § 43 Abs 4 dGmbHG weiterhin an einer objektiven Verjährung festhalte<sup>849</sup>. Vielmehr habe ebenso wie im Bereich des Aktienrechts auch hier zu gelten, dass mangels Aussage des GmbHG über den Beginn des Laufes der Verjährung für das österreichische Recht auf die grundsätzliche Verjährungsregel des § 1489 ABGB zurückgegriffen werden müsse.

Im Ergebnis muss mE dem OGH beigespflichtet werden. Es wäre auch schwer verständlich gewesen, wenn der OGH zwei gleichlautende Normen, zwei einander sehr ähnliche Rechtsgebilde gänzlich anders ausgelegt hätte. Wenngleich sicherlich der Pragmatismus und das Interesse an einer Rechtseinheit bei dieser Entscheidung im Vordergrund standen, lassen sich ungeachtet dessen dennoch noch weitere Argumente für eine subjektive Verjährungsfrist gewinnen; zum einen entspricht es einem allgemeinen Grundsatz, dass bei einer Unzulänglichkeit einer sonderprivatrechtlichen Norm auf das allgemeine Zivilrecht zurückgegriffen werden muss. Dementsprechend kann auch einem rechtsvergleichenden Argument mit dem deutschen Recht hier keine besondere Beachtung zukommen. Denn obwohl sich das GmbHG 1906 ausweislich der Materialien an das deutsche Recht hält und damit auf § 43 dGmbHG Bezug nimmt<sup>850</sup>, enthält auch § 43 Abs 4 dGmbHG keine Aussage über den Beginn der Verjährungsfrist. Vielmehr lassen sich entsprechende Aussagen auch erst nach einer Zusammenschau mit den allgemeinen Verjährungsregeln des BGB machen. Konsequenterweise wird daher auch im öGmbHG auf die Verjährungsnormen des ABGB zurückgegriffen. Zum anderen mag zwar, wie von *Reich-Rohrwig*<sup>851</sup> und *Koppensteiner*<sup>852</sup>,

---

<sup>845</sup> *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I, Rz 2/423; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 23.

<sup>846</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 23.

<sup>847</sup> OGH wbl 2007, 141 = *ecolex* 2007, 17.

<sup>848</sup> § 43 Abs 4 dGmbHG normiert ebenso wie § 25 Abs 6 GmbHG eine fünfjährige Verjährungsfrist.

<sup>849</sup> Zur objektiven Verjährungsfrist nach § 43 Abs 4 dGmbHG vgl ausführlich *Ulmer/Paefgen*, GmbHG, § 43, Rz 158 f.

<sup>850</sup> Vgl EB I 66.

<sup>851</sup> *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I, Rz 2/423.

angeführt, eine systematische Interpretation zu einer objektiven Berechnung der Verjährung führen, eine Wortinterpretation gelangt allerdings genau zu einem gegenteiligen Ergebnis. Denn die §§ 10 Abs 5, 24 Abs 4 und 26 Abs 2 GmbHG knüpfen ex lege an objektive Kriterien an, während § 25 Abs 6 GmbHG über den Beginn des Fristenlaufes schweigt. Daher muss man aus dem Schweigen des Gesetzgebers schließen, dass eine wörtliche Auslegung der Bestimmung zu einer subjektiven Berechnung führt. Da alle Auslegungsmethoden prinzipiell gleichrangig sind, kann eine systematische Interpretation auch nicht als hinreichendes Argument für eine objektive Berechnung angesehen werden.

Hinsichtlich des erforderlichen Kenntnisstandes der juristischen Person beim Beginn des Laufes der Verjährungsfrist ist auf die Ausführungen zum Aktienrecht zu verweisen. Gleiches hat auch hier zu gelten. Ebenso muss auch für das GmbH-Recht gefordert werden, dass die objektive lange Verjährungsfrist des § 1489 ABGB durch § 25 Abs 6 GmbHG nicht ersetzt wird. Lediglich die dreijährige Verjährungsfrist des § 1489 Satz 1 ABGB wird durch § 25 Abs 6 GmbHG verdrängt<sup>853</sup>. Die Begründung dieser Rechtsansicht findet sich bei meinen Darstellungen zum Aktienrecht.

### **XIII. Die Einziehungsermächtigung der Gesellschaftsgläubiger nach § 84 Abs 5 AktG**

#### **A.) Überblick**

§ 84 Abs 5 AktG gibt den Gläubigern der Gesellschaft das besondere Recht, den Schadenersatzanspruch der Gesellschaft im eigenen Namen geltend zu machen, sofern von der AG keine Befriedigung zu erlangen ist. Dabei schadet es den Gesellschaftsgläubigern nach § 84 Abs 5 Satz 3 AktG auch nicht, dass die Gesellschaft auf bereits entstandene Ersatzansprüche verzichtet hat, die verbotswidrige Handlung des Vorstandsmitglieds auf einem Beschluss der Hauptversammlung beruht oder die Handlung durch den Aufsichtsrat gebilligt wurde.

---

<sup>852</sup> *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 23.

<sup>853</sup> *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I, Rz 2/423; *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung, Rz 2/181 mwN.

Auf der anderen Seite macht das Gesetz die Einziehungsermächtigung der Gläubiger von besonderen, qualifizierten, subjektiven Momenten auf der Seite des verbotswidrig handelnden Vorstandsmitglieds abhängig. Nur sofern das Vorstandsmitglied gegen eine Kapitalerhaltungsnorm des § 84 Abs 3 AktG verstößt, genügt für die Einziehungsermächtigung schon leicht fahrlässiges Verhalten<sup>854</sup>. In allen anderen Fällen muss das Vorstandsmitglied die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters „gröblich“ verletzt haben. Aus der Systematik des Aktiengesetzes ergibt sich, dass darunter nicht vorsätzliches, sondern nur grob fahrlässiges Verhalten gemeint sein kann. Denn an anderen Stellen wird nur vorsätzliches Verhalten ausdrücklich mit Strafe bedroht<sup>855</sup>, sodass im Umkehrschluss daraus zu schließen ist, dass der Gesetzgeber mit einer „gröblichen“ Verletzung nur grob fahrlässiges Handeln gemeint haben kann<sup>856</sup>.

## B.) Die „Akzessorietät“ der Einziehungsermächtigung

§ 84 Abs 5 AktG räumt den Gesellschaftsgläubigern nach hL<sup>857</sup> eine spezielle aktienrechtliche Ermächtigung zur Geltendmachung einer fremden Forderung ein<sup>858</sup>. Dementsprechend muss sich die Gesellschaftsforderung noch im Vermögen der AG befinden<sup>859</sup>. Sofern daher die Forderung der AG gegenüber dem Vorstandsmitglied aus dem Gesellschaftsvermögen ausgeschieden ist, wird dadurch auch die Einziehungsermächtigung vernichtet<sup>860</sup>. Insofern könnte man von einer „Akzessorietät“ der Einziehungsermächtigung sprechen<sup>861</sup>. Sofern allerdings der Wegfall der Gesellschaftsforderung durch einen Vergleich oder Verzicht iSd § 84 Abs 4 Satz 3 AktG bewirkt wird oder trotz Schädigung der AG das Verhalten des Vorstandsmitglieds auf einem Beschluss der Hauptversammlung beruht, soll nach dem Wortlaut des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG die Einziehungsermächtigung nicht

---

<sup>854</sup> Vgl statt vieler *Schiemer*, AktG, § 84, Rz 20.1

<sup>855</sup> Vgl § 100 Abs 1 und 2 AktG.

<sup>856</sup> *Strasser in Jabornegg- Strasser*, §§ 77-84, Rz 122; *Hefermehl/Spindler*, Münchener Kommentar, AktG, § 93, Rz 140; *Hüffer*, AktG, § 93, Rz 33.

<sup>857</sup> Vgl *Strasser in Jabornegg- Strasser*, §§ 77-84, Rz 117.

<sup>858</sup> Die dogmatische Einordnung des Verfolgungsrechts wird kontrovers beurteilt. Teilweise findet sich im Schrifttum auch die Deutung als gesetzliche Prozessstandschaft (Befugnis zur Prozessführung über ein fremdes Recht) oder als eigener Anspruch der Gesellschaftsgläubiger, welcher allerdings mit dem Gesellschaftsanspruch verknüpft ist. *Hüffer* hat nachgewiesen, dass diese Fragen von geringer praktischer Bedeutung sind, sofern Einigkeit darüber herrscht, dass die Gläubiger einen Anspruch auf Leistung an sich selbst und nicht in das Gesellschaftsvermögen haben- vgl *Hüffer*, AktG, § 93, Rz 32.

<sup>859</sup> *Schiemer*, AktG, § 84, Rz 19.1; *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 133; *Strasser in Jabornegg- Strasser*, §§ 77-84, Rz 117; *Hüffer*, AktG, § 93, Rz 32.

<sup>860</sup> *Strasser in Jabornegg- Strasser*, §§ 77-84, Rz 120; *Hefermehl/Spindler*, Münchener Kommentar, AktG, § 93, Rz 153 mwN.

<sup>861</sup> So ausdrücklich *Hüffer*, AktG, § 93, Rz 34.

beeinträchtigt werden<sup>862</sup>. Da die Billigung des Aufsichtsrats nach § 84 Abs 4 Satz 2 AktG nicht einmal gegenüber der AG Entlastungswirkung entfalten kann, bleibt selbstverständlich auch in diesem Fall die Einziehungsermächtigung der Gläubiger davon unberührt<sup>863</sup>.

Selbst wenn sich die Forderung der AG noch im Vermögen der Gesellschaft befindet, können die Gesellschaftsgläubiger nicht uneingeschränkt von ihrer Einziehungsermächtigung Gebrauch machen. Denn diese ist durch die Höhe seiner Gesellschaftsforderung einerseits und andererseits durch die Höhe des der Gesellschaft gegen den Verwaltungsträger zustehenden Ersatzanspruchs begrenzt<sup>864</sup>. Unerheblich ist allerdings, wann und aus welchem Rechtsgrund die Forderung entstanden ist<sup>865</sup>.

### **C.) Die Selbständigkeit und Unmittelbarkeit der Einziehungsermächtigung**

Wenngleich, von gesetzlichen Ausnahmen abgesehen, die Einziehungsermächtigung vom Bestand im Vermögen der Gesellschaft abhängig ist, kann sie dennoch selbständig neben der Gesellschaft und/oder anderen einziehungsberechtigten Gesellschaftsgläubigern geltend gemacht werden<sup>866</sup>. Daher wird die Rechtsverfolgung der Gesellschaft gegenüber dem Verwaltungsorgan von der Einziehungsermächtigung der Gläubiger nicht berührt, vielmehr den Gläubigern ein zusätzliches Verfolgungsrecht an die Hand gegeben<sup>867</sup>. Sofern sich der verpflichtete Verwaltungsträger nicht in Konkurs befindet, gilt unabhängig vom Stand des Gerichtsverfahrens und der Art der Geltendmachung hinsichtlich der Forderungsbegleichung das Prinzip der Priorität<sup>868</sup>. Daher steht es dem haftpflichtigen Vorstandsmitglied frei, welchen

---

<sup>862</sup> Die Bedeutung des Einwendungsausschlusses darf nicht überschätzt werden. Wegen der fünfjährigen Sperrfrist beim Vergleich oder Verzicht wird in der Regel der Anspruch der Gesellschaft bereits verjährt sein, sodass die Gläubiger trotz Einwendungsausschluss nicht auf die bereits verjährte Forderung greifen können. Bei der zweiten Variante des Hauptversammlungsbeschlusses muss bedacht werden, dass die Vollziehung ausführungspflichtiger Beschlüsse den Ersatzanspruch zur Gänze vernichtet. Mangels Ersatzanspruch der Gesellschaft geht auch die Einziehungsermächtigung der Gläubiger ins Leere. Wird hingegen ein mangelhafter Beschluss ohne Ausführungsverpflichtung vollzogen und tritt eine Haftung des Vorstands gegenüber der Gesellschaft ein, können die Gläubiger auch ohne Einwendungsausschluss auf den Ersatzanspruch greifen- vgl zum Ganzen *Dellinger* in FS-Frotz. S. 201 ff.

<sup>863</sup> Vgl statt vieler *Strasser in Jabornegg- Strasser*, AktG, §§ 77-84, Rz 120.

<sup>864</sup> *Schlösser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 134; *Hefermehl/Spindler*, Münchener Kommentar, AktG, § 93, Rz 143.

<sup>865</sup> *Schiemer*, AktG, § 84, Rz 20.2; *Strasser in Jabornegg- Strasser*, AktG, §§ 77-84, Rz 120; *Hefermehl/Spindler*, Münchener Kommentar, AktG, § 93, Rz 139.

<sup>866</sup> *Strasser in Jabornegg- Strasser*, AktG, §§ 77-84, Rz 117; *Hefermehl/Spindler*, Münchener Kommentar, AktG, § 93, Rz 145 f mwN.

<sup>867</sup> Vgl statt vieler *Schiemer*, AktG, § 84, Rz 19.1.

<sup>868</sup> *Strasser in Jabornegg- Strasser*, AktG, §§ 77-84, Rz 117; *Hefermehl/Spindler*, Münchener Kommentar, AktG, § 93, Rz 145 f.

von mehreren Gläubigern er zuerst befriedigt. Befriedigung eines Gläubigers stellt diesen auch gegenüber den anderen Anspruchsberechtigten haftungsfrei<sup>869</sup>.

Obwohl die Einziehungsermächtigung der Gesellschaftsgläubiger mit der Geltendmachung durch die Gesellschaft in Konkurrenz treten kann, muss man die Einziehungsermächtigung nach § 84 Abs 5 AktG strikt von eigenen Ansprüchen der Gläubiger gegen den Vorstand trennen. Schon aus der gesetzlichen Einordnung in Abs 5 muss man ableiten, dass die Einziehungsermächtigung nur jene Ansprüche der Gesellschaft umfassen kann, welche aufgrund einer Obliegenheitsverletzung nach § 84 Abs 2 AktG herrühren<sup>870</sup>. Daher können eigene, originäre Ansprüche der Gläubiger nicht nach § 84 Abs 5 AktG geltend gemacht werden.

Die Selbständigkeit des Verfolgungsrechts bringt es auch mit sich, dass jeder einziehungsberechtigte Gläubiger befugt ist, ohne weitere Voraussetzungen auf die Inanspruchnahme zu verzichten oder sich darüber zu vergleichen<sup>871</sup>. Derartige Rechtsgeschäfte wirken allerdings lediglich inter partes, haben also für die Gesellschaft oder für andere einziehungsermächtigte Gläubiger keine rechtliche Wirkung<sup>872</sup>.

#### **D.) Die Einziehungsermächtigung und der Konkurs der AG**

Voraussetzung der Einziehungsermächtigung nach § 84 Abs 5 AktG ist, wie bereits erwähnt, dass der Gläubiger von der Gesellschaft keine oder nur eine unzureichende Befriedigung erlangen kann. Sofern die AG bereits zahlungsunfähig oder überschuldet ist, muss der Vorstand gem § 69 Abs 2 KO die Eröffnung des Konkurses beantragen. Wurde dann in weiterer Folge über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet, wird auch die Einziehungsermächtigung der Gesellschaftsgläubiger für die Dauer des Konkurses ex lege abgeschnitten, da nach § 84 Abs 5 letzter Satz AktG der Masseverwalter während des Konkursverfahrens die Einziehungsermächtigung der Gläubiger gegen die Gesellschaft ausübt<sup>873</sup>. Diesen Eingriff in das Recht der Gläubiger rechtfertigt der auf gemeinschaftliche

---

<sup>869</sup> *Strasser in Jabornegg- Strasser*, AktG, §§ 77-84, Rz 117; *Hefermehl/Spindler*, Münchener Kommentar, AktG, § 93, Rz 144; *Hüffer*, AktG, § 93, Rz 34.

<sup>870</sup> *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 134; OGH ÖJZ 1988/34 (EvBl)= GesRz 1988, 45= RdW 1987, 409= WBl 1987, 344= SZ 60/151.

<sup>871</sup> *Schiemer*, AktG, § 84, Rz 21.1; *Hefermehl/Spindler*, Münchener Kommentar, AktG, § 93, Rz 152.

<sup>872</sup> *Schiemer*, AktG, § 84, Rz 21.1; *Strasser in Jabornegg- Strasser*, AktG, §§ 77-84, Rz 120.

<sup>873</sup> Vgl OGH ÖJZ 1988/34 (EvBl)= GesRz 1988, 45= RdW 1987, 409= WBl 1987, 344= SZ 60/151.

Befriedigung der Konkursgläubiger gerichtete Konkurszweck nach § 1 Abs 2 KO<sup>874</sup>. Der Masseverwalter nimmt im Konkursverfahren die Stellung der einziehungsberechtigten Gläubiger ein, wird allerdings nicht als deren gesetzlicher Vertreter tätig<sup>875</sup>.

### **E.) Praktische Bedeutung der Einziehungsermächtigung**

Die praktische Bedeutung des § 84 Abs 5 AktG dürfte für die Gläubiger eher gering sein. Denn wenn das AktG auf der einen Seite die mangelnde Befriedigungsmöglichkeit als Voraussetzung der Einziehungsermächtigung normiert und auf der anderen Seite den Gläubigern dieses Recht ab dem Zeitpunkt der Konkursöffnung wieder entzieht, bleibt für die Anwendbarkeit des § 84 Abs 5 AktG wenig übrig. Die Gläubiger können nur dann „keine Befriedigung von der AG erlangen“, wenn diese objektiv unfähig ist, fällige Forderungen der Gläubiger zu begleichen<sup>876</sup>. Dies liegt dann vor, wenn die Gesellschaft zahlungsunfähig oder überschuldet ist, mangelnder Zahlungswille genügt hingegen nicht<sup>877</sup>. Ebenso ist es nicht nötig, dass die Gläubiger bereits eine Zwangsvollstreckung versucht haben. Die mangelnde Befriedigungsmöglichkeit kann von den Gläubigern auch auf andere Weise bewiesen werden<sup>878</sup>. Relevant kann § 84 Abs 5 AktG daher nur zwischen dem Zeitpunkt der materiellen Insolvenz und der formellen Konkursöffnung werden<sup>879</sup>, wenn ein Ausgleichsverfahren eröffnet wird oder die Eröffnung des Konkurses mangels kostendeckenden Vermögens abgewiesen wird<sup>880</sup>. Darüber hinaus könnte die Einziehungsermächtigung eine Rolle spielen, wenn der Masseverwalter den Verfahrenseintritt und somit die Weiterverfolgung der Ansprüche der Gläubiger ablehnt und der konkursverfangene Anspruch somit gem § 8 KO aus der Konkursmasse ausscheidet<sup>881</sup>.

---

<sup>874</sup> *Schiemer*, AktG, § 56, Rz 4.2.

<sup>875</sup> *Schiemer*, AktG, § 84, Rz 22.3; *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 77-84, Rz 126.

<sup>876</sup> *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 134; *Wiesner* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, AG, § 26, Rz 24; *Hefermehl/Spindler*, Münchener Kommentar, AktG, § 93, Rz 142; *Hüffer*, AktG, § 93, Rz 33.

<sup>877</sup> *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 134; *Hefermehl/Spindler*, Münchener Kommentar, AktG, § 93, Rz 142; *Hüffer*, AktG, § 93, Rz 33.

<sup>878</sup> *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 134; *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 77-84, Rz 117; *Hefermehl/Spindler*, Münchener Kommentar, AktG, § 93, Rz 142; *Hüffer*, AktG, § 93, Rz 33.

<sup>879</sup> Hier wird freilich zu prüfen sei, ob nicht ein Anfechtungsgrund der KO vorliegt.

<sup>880</sup> Vgl *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 134; *Wiesner* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, AG, § 26, Rz 24; *Hefermehl/Spindler*, Münchener Kommentar, AktG, § 93, Rz 142.

<sup>881</sup> *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 134.

## F.) Verfahrensrechtliche Besonderheiten

Auch prozessrechtlich konkurriert der Klagsanspruch der AG mit jenem der einziehungsberechtigten Gläubiger<sup>882</sup>. Selbst wenn von einem der Klageberechtigten die Klage bereits eingebracht wurde, steht das Prozesshindernis der Streitanhängigkeit nach § 232 f ZPO mangels Parteiidentität einer weiteren Klage nicht entgegen<sup>883</sup>. Selbst die rechtskräftige Klagsstattgebung eines anspruchsberechtigten Gläubigers bildet kein Prozesshindernis für die neuerliche Klageerhebung eines anderen Anspruchsberechtigten<sup>884</sup>. Daher kann das Vorstandsmitglied trotz Vorliegen einer rechtskräftigen Entscheidung noch immer mit schuldbefreiender Wirkung an einen anderen Anspruchsberechtigten leisten<sup>885</sup>. Dies ist die Konsequenz daraus, dass die Einziehungsermächtigung der Gesellschaftsgläubiger nicht mit einem Leistungsverbot des Ersatzpflichtigen einhergeht.

Sofern der Gläubiger nicht von der Einziehungsermächtigung nach § 84 Abs 5 AktG Gebrauch machen kann (etwa bei lediglich leichter Fahrlässigkeit des Vorstands außerhalb von Pflichtverletzungen nach § 84 Abs 3 AktG), bleibt dem Gläubiger nur die Pfändung und Überweisung des Ersatzanspruchs nach § 294 f EO<sup>886</sup>. In diesem Fall ergeben sich im Vergleich zur Einziehungsermächtigung weitere verfahrensrechtliche Unterschiede. Insbesondere wird die Forderungsexekution nach § 294 f EO von einem Doppelverbot, bestehend aus einem Zahlungsverbot an den Drittschuldner und dem Verfügungsverbot an den Verpflichteten, begleitet<sup>887</sup>. Das Vorstandsmitglied kann, anders als nach § 84 Abs 5 AktG, die Eintreibung der Gläubiger nicht durch eine Leistung an die Gesellschaft vereiteln, da Zahlungen des Vorstandsmitglieds unter Verletzung des Zahlungsverbotes nur zwischen dem Vorstandsmitglied und der Gesellschaft rechtswirksam, im Verhältnis zum Gesellschaftsgläubiger allerdings unwirksam sind. Daher kann die erfolgte Zahlung im Verhältnis zum Gesellschaftsgläubiger auch keine schuldbefreiende Wirkung entfalten<sup>888</sup>.

---

<sup>882</sup> *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 77-84, Rz 119.

<sup>883</sup> *Schiemer*, AktG, § 84, Rz 19.1; *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 77-84, Rz 119; *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 136; *Hefermehl/Spindler*, Münchener Kommentar, AktG, § 93, Rz 148; *Hüffer*, AktG, § 93, Rz 34.

<sup>884</sup> *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 137; *Hefermehl/Spindler*, Münchener Kommentar, AktG, § 93, Rz 148; *Hüffer*, AktG, § 93, Rz 34.

<sup>885</sup> Vgl statt vieler *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 137.

<sup>886</sup> *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 77-84, Rz 120; *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 135.

<sup>887</sup> *Resch/Schernthanner/Laschober in Burgstaller/Deixler-Hübner*; EO, § 294; Rz 18f; *Oberhammer in Angst*, EO, § 294, Rz 27 f.

<sup>888</sup> *Resch/Schernthanner/Laschober in Burgstaller/Deixler-Hübner*; EO, § 294; Rz 18f.

Auf der anderen Seite kann sich der Gesellschaftsgläubiger, welcher nicht nach § 84 Abs 5 AktG vorgehen kann, sondern im Wege der Forderungsexekution nach § 294 f EO auf die Forderung der Gesellschaft greifen will, nicht auf den Einwendungsausschluss nach § 84 Abs 5 Satz 3 AktG berufen<sup>889</sup>. Die Forderungsüberweisung nach § 294 f EO kann dementsprechend ins Leere gehen, wenn die Gesellschaft zulässigerweise im Rahmen des § 84 Abs 4 Satz 3 AktG eine Haftungsfreistellung verfügt hat, oder die Vorstandshandlung in einem gesetzmäßigen Beschluss der Hauptversammlung seine Deckung findet<sup>890</sup>.

Mit *Frotz*<sup>891</sup> soll aber in jenen Fällen, in denen den Gläubigern beide Möglichkeiten (§ 84 Abs 5 AktG und § 294 f EO) der Eintreibung offen stehen, der Einwendungsausschluss nicht von der Art der Geltendmachung abhängen. Da in beiden Fällen der materiellrechtlich selbe Anspruch geltend gemacht wird, sollte nach *Frotz* der Einwendungsausschluss auch gelten, wenn die Gläubiger im Wege der Pfändung und Überweisung auf den Anspruch greifen. Dem kann mE nicht gefolgt werden, verfolgt doch die Einziehungsermächtigung des § 84 Abs 5 AktG ganz offensichtlich den Zweck, den Gesellschaftsgläubigern den komplizierten Umweg über die Erlangung eines Exekutionstitels und die Pfändung und Überweisung der Ersatzansprüche zu ersparen<sup>892</sup>. Es entspricht daher der gesetzlichen Konzeption, dass die Einziehungsermächtigung mit dem Vorteil des Einwendungsausschlusses nach § 84 Abs 5 Satz 3 AktG, aber auch mit dem Nachteil eines fehlenden Leistungs- und Verfügungsverbot verbunden ist und die Forderungsexekution nach § 294 f EO zwar Zahlungen an den Drittschuldner und Verfügungen des Verpflichteten verbietet, aber der Einwendungsausschluss des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG nicht zum Tragen kommt. Eine Vermengung dieser unterschiedlichen Eintreibungsmöglichkeiten erscheint weder sachgerecht, noch rechtlich begründbar. Folgt man der vorhin vertretenen Auffassung und würde der Gläubiger von der Einziehungsermächtigung Gebrauch machen, dann müsste man konsequenterweise auch annehmen, dass im Zuge dieses Verfahrens auch das Zahlungs- und Verfügungsverbot des § 294 f EO zur Anwendung gelangen muss. Auch in diesem Fall handelt es sich um den gleichen materiellrechtlichen Anspruch. Dass dies nicht angehen kann, erscheint offensichtlich. Die Rechtsordnung sieht eben unterschiedliche Arten der Eintreibung vor, sodass eine Vermengung, wenngleich rechtspolitisch wünschenswert, ein rechtlich nicht gangbarer Weg ist.

---

<sup>889</sup> *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, S. 136; *Hefermehl/Spindler*, Münchener Kommentar, AktG, § 93, Rz 156.

<sup>890</sup> *Strasser* in *Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 77-84, Rz 121.

<sup>891</sup> *Frotz*, Grundsätzliches zur Haftung von Gesellschaftsorganen und für Gesellschaftsorgane, GesRZ, 1982, 100.

<sup>892</sup> OGH ARD 3029/7/78 = HS 10.700= ÖJZ 1978/4.

Hinsichtlich der Beweislastverteilung zwischen Vorstandsmitglied und einziehungsberechtigten Gläubigern sei noch angemerkt, dass der Gläubiger an die Stelle der Gesellschaft tritt und somit die gleiche Beweislastverteilung wie im Verhältnis Vorstandsmitglied zu Gesellschaft zu gelten hat<sup>893</sup>. Allerdings kann das Vorstandsmitglied zusätzlich zu den Einwendungen gegen die Gesellschaft auch noch jene geltend machen, welche es gegen den einziehungsberechtigten Gläubiger zur Verfügung hat<sup>894</sup>.

### **G.) Zur analogen Anwendung des § 84 Abs 5 AktG im GmbH-Recht**

Gläubiger der GmbH müssen mangels ausdrücklicher gesetzlicher Ermächtigung den Umweg der Forderungsexekution nach § 294 f EO, also die Pfändung und Überweisung des Anspruchs der GmbH, in Anspruch nehmen. Anderes würde nur dann gelten, wenn man zu dem Ergebnis einer planwidrigen Lücke innerhalb des GmbHG käme, welche die analoge Anwendung des § 84 Abs 5 AktG rechtfertigen würde. Lehre<sup>895</sup> und Rechtsprechung<sup>896</sup> haben sich bislang überwiegend gegen das Vorliegen einer planwidrigen Lücke und somit konsequenterweise auch gegen eine analoge Anwendung des § 84 Abs 5 AktG ausgesprochen. Dem muss mE beigeplichtet werden. Wie *Dellinger*<sup>897</sup> überzeugend aufzeigt, hat der Gesetzgeber auch im GmbHG den Einwendungsausschluss zugunsten der Gläubiger einer eigenständigen Regelung zugeführt. So ist nach § 25 Abs 5 und 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG der Einwendungsausschluss, im Gegensatz zu § 84 Abs 5 AktG, nicht von einer „gröblichen“ Verletzung der Kapitalerhaltungsnormen des § 25 Abs 3 GmbHG (§ 84 Abs 3 AktG) abhängig. Vielmehr spricht bereits der Wortlaut der vorhin genannten Bestimmungen im GmbHG, insbesondere die ausdrückliche Bezugnahme auf die Interessen der Gläubiger, jedenfalls klar gegen die analoge Anwendung des gesamten § 84 Abs 5 AktG.

Denkbar wäre lediglich, die Bestimmung des § 84 Abs 5 AktG aufzuspalten und sie mit Ausnahme des Einwendungsausschlusses des Satz 3 analog im GmbH-Recht anzuwenden. Mit *Dellinger*<sup>898</sup> ist allerdings auch hier kritisch anzumerken, dass die Einziehungsermächtigung

---

<sup>893</sup> Vgl statt vieler *Hefermehl/Spindler*, Münchener Kommentar, AktG, § 93, Rz 150.

<sup>894</sup> *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 77-84, Rz 123.

<sup>895</sup> *Frotz*, Grundsätzliches zur Haftung von Gesellschaftsorganen und für Gesellschaftsorgane, GesRZ, 1982, 101; *Dellinger* in FS Frotz, S. 212 f; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25, Rz 5; aA *Roth/Altmeppen*, GmbHG, § 43, Rz 62 f; *Ulmer/Paefgen*, GmbHG, § 43, Rz 174.

<sup>896</sup> OGH 2 Ob 566/88.

<sup>897</sup> *Dellinger* in FS Frotz, S. 212 f.

<sup>898</sup> *Dellinger* in FS Frotz, S. 212 f.

und der Einwendungsausschluss ein einheitliches Regelungskonzept darstellen und somit nicht einfach aufgespalten werden können. Wollte man lediglich § 84 Abs 5 Satz 1 AktG im GmbH-Recht anwenden, wäre man mit dem Problem konfrontiert, dass eigentlich gar keine Analogie mehr vorliege, da weder die gleichen Rechtsfolgen (Einwendungsausschluss) noch die gleichen Tatbestandsvoraussetzungen (grobe Fahrlässigkeit bei Verletzung von Pflichten des Abs 3) wie im AktG vorliegen würden<sup>899</sup>.

Insofern wird den Gläubigern der GmbH auch in Zukunft lediglich die Forderungsexekution zur Verfügung stehen; angesichts des schmalen Anwendungsbereiches und dem fehlenden Leistungsverbot der Einziehungsermächtigung haben die Gläubiger der GmbH freilich nicht viel verloren.

## **XIV. Anstiftung zu gesellschaftsschädigenden Handlungen**

### **A.) Überblick**

Die §§ 100 f AktG enthalten Sonderhaftungstatbestände, welche in ihrem Aufbau und ihrer Formulierung an Straftatbestände erinnern<sup>900</sup>: wer „zu dem Zweck, für sich oder einen anderen gesellschaftsfremde Sondervorteile zu erlangen, vorsätzlich unter Ausnutzung seines Einflusses auf die Gesellschaft ein Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats dazu bestimmt, zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu handeln, ist zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet“.

Die §§ 100, 101 AktG sollen demnach die Gesellschaft gegen eine nachteilige Einflussnahme auf ihre Verwaltungsträger durch Aktionäre oder Dritte zum Nachteil der Gesellschaft schützen<sup>901</sup>. Die gegenständlichen Normen sollen dem Geschäftsführungs- und Vertretungsmonopol des Vorstands Grenzen setzen, aber auch die Autonomie der Willensbildung innerhalb der Gesellschaft schützen<sup>902</sup>. Wird gegen diese Bestimmungen

---

<sup>899</sup> Dellinger in FS Frotz, S. 212 f.

<sup>900</sup> Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 240; Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, §§ 100, 101, Rz 1; Hüffer, AktG, § 117, Rz 2.

<sup>901</sup> Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, §§ 100, 101, Rz 3; Hüffer, AktG, § 117, Rz 1 mwN.

<sup>902</sup> Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, §§ 100, 101, Rz 3; Kropff in Münchener Kommentar, AktG, § 117, Rz 2.

verstoßen, dann haften bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen nicht nur die pflichtwidrig handelnden Vorstandsmitglieder (Aufsichtsratsmitglieder), sondern auch der Anstifter und jene Personen, welche den gesellschaftsfremden Sondervorteil erhalten haben. Darüber hinaus wird der Kreis der Anspruchsberechtigten im Vergleich zu § 84 AktG erheblich erweitert. Denn die Geltendmachung dieser Ersatzansprüche obliegt nicht nur der Gesellschaft und den Gläubigern, sondern unter bestimmten Voraussetzungen auch den Aktionären der Gesellschaft<sup>903</sup>. Zu beachten ist außerdem, dass § 100 AktG einen selbständigen Haftungsgrund normiert, welcher nicht voraussetzt, dass die handelnden Verwaltungsträger der Gesellschaft gegenüber haften. Entfällt ihre Haftung, kann sich dennoch die Ersatzpflicht des Anstifters und des Begünstigten ergeben<sup>904</sup>.

## **B.) Anspruchsvoraussetzungen nach § 100 Abs 1 AktG**

Nach dem klaren Wortlaut des § 100 Abs 1 AktG muss der Täter seinen Einfluss auf die Gesellschaft ausgenutzt haben. Täter (Anstifter) iS dieser Bestimmung ist jede natürliche oder juristische Person, welche eine besondere Einflussnahme auf die Gesellschaft besitzt<sup>905</sup>; jedermann zur Verfügung stehende Einflussnahmemöglichkeiten sind nicht ausreichend<sup>906</sup>. Die potenzielle Möglichkeit zur Einflussnahme muss nicht notwendigerweise gesellschaftsrechtlich begründet sein, vielmehr genügt auch, wenn sie persönlicher, politischer oder geschäftlicher Natur ist<sup>907</sup>. Anstifter kann aber auch ein Verwaltungsmitglied der schädigenden Gesellschaft oder ein Aktionär selbst sein<sup>908</sup>. Während § 117 Abs 1 dAktG<sup>909</sup> lediglich die „Benützung“ der Einflussnahme pönalisiert, muss der Täter nach § 100 AktG seine Stellung „ausgenutzt“ haben. Ein wesentlicher Unterschied zum deutschen Recht dürfte sich daraus allerdings nicht ergeben, da die Benützung des Einflusses zur Erlangung eines gesellschaftsfremden Sondervorteils gleichzeitig auch als „Ausnutzung“ anzusehen sein wird<sup>910</sup>. Der deutsche Gesetzgeber hat den früheren terminus „ausnutzen“ durch „benutzen“ ersetzt, um klarzustellen, dass es kein über

---

<sup>903</sup> *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 240; *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 100, 101, Rz 11 u. 20; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, §§ 100, 101, Rz 15 f.

<sup>904</sup> Vgl statt vieler *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 100, 101, Rz 2.

<sup>905</sup> *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 100, 101, Rz 3; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, §§ 100, 101, Rz 7; *Kropff* in Münchener Kommentar, AktG, § 117, Rz 9.

<sup>906</sup> *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 100, 101, Rz 3.

<sup>907</sup> *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 240; *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 100, 101, Rz 3; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, §§ 100, 101, Rz 7; *Kropff* in Münchener Kommentar, AktG, § 117, Rz 9; *Hüffer*, AktG, § 117, Rz 3 mwN.

<sup>908</sup> *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, §§ 100, 101, Rz 7; *Kropff* in Münchener Kommentar, AktG, § 117, Rz 12; *Hüffer*, AktG, § 117, Rz 3.

<sup>909</sup> § 117 Abs 1 dAktG ist die Parallelbestimmung zu § 100 AktG.

<sup>910</sup> *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, §§ 100, 101, Rz 8.

das Verleiten zu gesellschaftsschädigenden Handlungen hinausgehendes, anstößiges, unehrenhaftes oder missbräuchliches Verhalten benötigt<sup>911</sup>.

Gleiches muss auch für das österreichische Recht gelten, zumal die bloße Ausnutzung für sich nicht rechtswidrig sein kann, sondern erst, sofern durch die Bestimmung zum Verwaltungshandeln ein gesellschaftsfremder Sondervorteil erlangt wird<sup>912</sup>. Sittenwidrigkeit ist jedenfalls nicht erforderlich<sup>913</sup>.

Eine Haftung kommt ferner nur in Betracht, wenn die Beeinflussung dazu dient, für sich oder einen anderen einen gesellschaftsfremden Sondervorteil zu erlangen<sup>914</sup>. Darunter sind jene Vorteile zu verstehen, auf die Personen in ähnlicher Rechtsstellung keinen Anspruch hätten, sofern dieser Vorteil den Interessen der Gesellschaft zuwiderläuft (= gesellschaftsfremd)<sup>915</sup>. Als derart gesellschaftsfremde Sondervorteile werden beispielsweise unvorteilhafte Geschäfte für die Gesellschaft, Anstellung ungeeigneter Dienstnehmer zu überhöhten Bezügen oder der Erwerb eines Gegenstandes unter seinem Wert verstanden<sup>916</sup>. Darüber hinaus ist die Ausnutzung des Einflusses nur dann tatbildmäßig, wenn das Verwaltungsmitglied „bestimmt“ wurde, zum Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre zu handeln. Daher muss entsprechend den allgemeinen Regeln des Deliktsrechts die Einflussnahme des Anstifters für das Handeln des Verwaltungsmitglieds kausal und adäquat sein<sup>917</sup>. War ein Verwaltungsmitglied zum Handeln bereits entschlossen, scheidet die Haftung nach § 100 f AktG aus. Adressaten der Anstiftung sind im Gegensatz zu § 117 Abs 1 Satz dAktG, welcher auch Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte mitumfasst, nur Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats. Entscheidend ist nach hL<sup>918</sup> ausschließlich deren formale Rechtsstellung, sodass

---

<sup>911</sup> Kropff in Münchener Kommentar, AktG, § 117, Rz 15; Hüffer, AktG, § 117, Rz 4.

<sup>912</sup> Strasser in Jabornegg- Strasser, AktG, § 100, 101, Rz 5; vgl aber auch Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, §§ 100, 101, Rz 8, welcher zwar davon ausgeht, dass der unterschiedliche Wortlaut keine inhaltlichen Konsequenzen nach sich ziehen wird, aber dennoch entgegen der hL in Deutschland vertritt, dass unter „Ausnutzen“ des Einflusses ein nicht einwandfreies, missbräuchliches, anstößiges oder unehrenhaftes Verhalten zu verstehen sei.

<sup>913</sup> Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 240; Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, §§ 100, 101, Rz 8 mwN.

<sup>914</sup> Im dAktG muss die Beeinflussung nicht dem Zweck dienen, einen gesellschaftsfremden Sondervorteil zu erlangen, es genügt bereits der Eintritt eines Schadens der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre.

<sup>915</sup> Strasser in Jabornegg- Strasser, AktG, §§ 100, 101, Rz 5; Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, §§ 100, 101, Rz 9 mwN.

<sup>916</sup> Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 240; Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, §§ 100, 101, Rz 9.

<sup>917</sup> Wiesner in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, AG, § 27, Rz 3; Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, §§ 100, 101, Rz 10; Kropff in Münchener Kommentar, AktG, § 117, Rz 23; Hüffer, AktG, § 117, Rz 4.

<sup>918</sup> Wiesner in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, AG, § 27, Rz 3; Strasser in Jabornegg- Strasser, AktG, § 100, 101, Rz 3; Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, §§ 100, 101, Rz 10; Kropff in Münchener Kommentar, AktG, § 117, Rz 22.

aus Gründen der Rechtssicherheit die Bestimmung anderer faktisch einflussreicher Personen nicht tatbildmäßig ist.

Das Handeln des verleiteten Verwaltungsmitglieds muss weiters für den Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre ursächlich gewesen sein<sup>919</sup>. Dieser ist, wie jener nach § 25 GmbHG und § 84 AktG nach zivilrechtlichen Grundsätzen zu ermitteln. Als Schaden des Aktionärs wird daher nur der ihm unmittelbar entstandene Schaden anerkannt<sup>920</sup>. Wird die Gesellschaft geschädigt und vermindert sich dadurch auch der Wert der Aktie, erleidet der Aktionär lediglich einen mittelbaren Schaden. Für diesen nicht über die Schädigung der Gesellschaft hinausgehenden „Reflexschaden“ gibt § 100 AktG den Aktionären keinen Ersatzanspruch<sup>921</sup>. Gleiches gilt auch für die bloße Kursverschlechterung der Aktie<sup>922</sup>. Aktionäre sind daher nur dann ersatzberechtigt, wenn ihnen ein Schaden entsteht, welcher ihnen nicht durch die Schädigung der AG zugefügt wurde.

Auf subjektiver Tatseite fordert § 100 AktG vorsätzliches Handeln des Anstifters, wobei nach hL<sup>923</sup> bedingter Vorsatz ausreicht. Dieser muss die besondere Zwecksetzung, die Ausnutzung des Einflusses auf die Gesellschaft und die Schädigung der Gesellschaft oder der Aktionäre, nicht aber auch die Schadenshöhe umfassen<sup>924</sup>.

### C.) Anspruchsberechtigte

§ 100 AktG sagt nicht ausdrücklich, wem gegenüber die Ersatzpflicht besteht. Aus dem Wortlaut („Schaden der Gesellschaft oder ihrer Aktionäre“) ist jedenfalls zu schließen, dass die Geltendmachung der Ersatzansprüche der Gesellschaft obliegt. Sofern, wie bereits erwähnt, kein Reflexschaden des Aktionärs vorliegt, sind auch diese aktiv legitimiert<sup>925</sup>.

---

<sup>919</sup> Wiesner in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, AG, § 27, Rz 4; Kropff in Münchener Kommentar, AktG, § 117, Rz 24; Hüffer, AktG, § 117, Rz 5.

<sup>920</sup> Wiesner in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, AG, § 27, Rz 4 Strasser in Jabornegg- Strasser, AktG, § 100, 101, Rz 11; Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, §§ 100, 101, Rz 11; Kropff in Münchener Kommentar, AktG, § 117, Rz 46; Hüffer, AktG, § 117, Rz 9.

<sup>921</sup> OGH ecolx 1995, 901 = AnwBl 1995, 863 = GesRZ 1995, 121.

<sup>922</sup> OGH ecolx 1995, 901 = AnwBl 1995, 863 = GesRZ 1995, 121.

<sup>923</sup> Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 240; Strasser in Jabornegg- Strasser, AktG, § 100, 101, Rz 8; Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, §§ 100, 101, Rz 13 mwN.

<sup>924</sup> Wiesner in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, AG, § 27, Rz 4; Strasser in Jabornegg- Strasser, AktG, § 100, 101, Rz 8; Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, §§ 100, 101, Rz 13 mwN.

<sup>925</sup> Vgl statt vieler Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, §§ 100, 101, Rz 15 f.

Gem § 101 AktG besteht die Ersatzpflicht auch gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft, soweit sie von dieser keine Befriedigung erlangen können. Die Gesellschaftsgläubiger können den der Gesellschaft zustehenden Ersatzanspruch im eigenen Namen und für eigene Rechnung geltend machen<sup>926</sup>. Die Gläubiger können den Anspruch gegen die gleichen Ersatzberechtigten geltend machen wie die Gesellschaft selbst. In Frage kommen sohin der Anstifter, die Verwaltungsorgane und der Begünstigte. Da sich der Verfolgungsanspruch auf Ersatzansprüche der Gesellschaft beziehen muss, scheidet die Geltendmachung des Ersatzanspruchs der Aktionäre aus<sup>927</sup>.

Nach dem klaren Wortlaut des § 101 AktG wirkt ein Vergleich oder Verzicht der Gesellschaft auf Ersatzansprüche den Gläubigern gegenüber nicht. Während der Dauer des Konkurses übt der Masseverwalter die Rechte der Gesellschaftsgläubiger aus. Insgesamt erinnert § 101 AktG daher sehr stark an § 84 Abs 5 AktG. Zu beachten ist allerdings, dass, soweit es um einen Anspruch der Gesellschaft gegen ein Verwaltungsmitglied geht, im Gegensatz zu § 84 Abs 5 Satz 2 AktG keine gröbliche Pflichtverletzung des Leitungsorgans vorliegen muss. Da auch der Ersatzanspruch der Gesellschaft gegen die Mitglieder der Geschäftsführung bereits bei leichter Fahrlässigkeit besteht und eine § 84 Abs 5 Satz 2 AktG entsprechende Einschränkung der Einziehungsermächtigung in den §§ 100 f AktG gerade nicht zu finden ist, muss wohl davon ausgegangen werden, dass die Einziehungsermächtigung nach § 101 Abs 1 AktG unabhängig vom Grad des Verschuldens auf Seiten des Leitungsorgans besteht<sup>928</sup>.

#### **D.) Die haftenden Personen**

Mit dem Anstifter haften die angestifteten Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats gem § 100 Abs 2 AktG als Gesamtschuldner, sofern sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters verletzt haben.

Die Mithaftung des verleiteten Vorstands gegenüber der Gesellschaft richtet sich nach § 84 AktG, jene der Aufsichtsratsmitglieder nach § 99 iVm § 84 AktG, allerdings kommt bei beiden

---

<sup>926</sup> *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, § 100, 101, Rz 20; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, §§ 100, 101, Rz 17; *Kropff in Münchener Kommentar*, AktG, § 117, Rz 38; *Hüffer*, AktG, § 117, Rz 12.

<sup>927</sup> *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, § 100, 101, Rz 20; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, §§ 100, 101, Rz 17 mwN.

<sup>928</sup> *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, §§ 100, 101, Rz 17; *Kropff in Münchener Kommentar*, AktG, § 117, Rz 38.

wegen § 100 Abs 2 iVm § 100 Abs 1 AktG die Haftung gegenüber den Aktionären hinzu<sup>929</sup>. Wegen des Verweises auf § 84 AktG, kann die Haftung der Verwaltungsmitglieder gegenüber der Gesellschaft entfallen, sofern die Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschluss der Hauptversammlung beruht<sup>930</sup>. In der Praxis werden allerdings Beschlüsse der Hauptversammlung, welche gesellschaftsschädigendes Verhalten des Vorstands billigen oder diesen sogar dazu anweisen, regelmäßig nichtig sein, sodass die Haftung insofern aufrecht bleibt. Da die Ersatzpflicht des Anstifters unabhängig von jener der Verwaltungsmitglieder zu beurteilen ist, kann ein anstiftendes Verwaltungsmitglied auch nach § 100 Abs 1 AktG haftbar werden.

§ 100 Abs 2 Satz 2 AktG stellt unmissverständlich fest, dass auch der „Begünstigte“ neben dem Anstifter und den Mitgliedern der Verwaltungsorgane als Gesamtschuldner haftet, sofern dieser die Beeinflussung der Verwaltungsorgane vorsätzlich veranlasst hat und der gesellschaftsfremde Sondervorteil für ihn erreicht werden sollte. Erfasst wird sohin die vorsätzliche „Anstiftung zur Anstiftung“; bloße Kenntnisnahme der Begünstigung oder tatsächliches Zukommen des Vorteils begründet noch keine Ersatzpflicht<sup>931</sup>.

## **E.) Entfall der Haftung**

Die §§ 100 f AktG sehen vier unterschiedliche Fallkonstellationen eines möglichen Haftungsentfalls vor.

Zunächst kann gem § 100 Abs 3 AktG die Ersatzpflicht entfallen, wenn der Einfluss auf die Gesellschaft benutzt wird um einen Sondervorteil zu erlangen, welcher schutzwürdigen Interessen dient. Der Gesetzgeber dachte dabei insbesondere an die Verfolgung von Konzerninteressen<sup>932</sup>. Der Standpunkt, wonach das Konzernwohl dem Wohl einzelner Gesellschaften vorgehen soll, war das Ergebnis einer umfassenden Konzerndiskussion in den Dreißigerjahren<sup>933</sup>. Mangels eines kodifizierten Konzernrechts in Österreich wurde diese

---

<sup>929</sup> *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, § 100, 101, Rz 16; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, §§ 100, 101, Rz 18; *Hüffer*, AktG, § 117, Rz 10.

<sup>930</sup> *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, § 100, 101, Rz 16; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, §§ 100, 101, Rz 18.

<sup>931</sup> *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, § 100, 101, Rz 16.

<sup>932</sup> *Thöni*, Verantwortlichkeit der Aktionäre für die Stimmrechtsausübung ?, *ecolex* 1994, 230 f; *Strasser in Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 100, 101, Rz 17; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, §§ 100, 101, Rz 20.

<sup>933</sup> *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts, S. 306 f.

Bestimmung im Gegensatz zum deutschen AktG beibehalten<sup>934</sup>. Die jüngere Lehre lehnt jedoch ein generelles Konzernprivileg ab und will § 100 Abs 3 AktG eng auslegen<sup>935</sup>. Dementsprechend kann die Ersatzpflicht nur entfallen, wenn nach Durchführung einer Interessenabwägung dem Wohl des Konzerns deutlich größeres Gewicht zukommt als jenem der Konzerngesellschaft, ohne dass der Bestand der Konzerngesellschaft in Frage gestellt wird<sup>936</sup>. Insbesondere wird eine unmittelbare Schädigung der Aktionäre im Rahmen des § 100 Abs 3 AktG nicht für gerechtfertigt erachtet<sup>937</sup>, sodass diesen jedenfalls ein Ausgleich zu leisten ist.

§ 100 Abs 4 AktG verweist für die Aufhebung der Ersatzansprüche der Gesellschaft auf § 84 Abs 4 Satz 3 u 4. Demnach kann die AG auf Ersatzansprüche nur dann verzichten oder einen Vergleich schließen, wenn seit der Entstehung fünf Jahre vergangen sind, die Hauptversammlung zustimmt und nicht eine Minderheit, deren Anteile 20 % des Grundkapitals erreicht, widerspricht. Schon aus dem Wortlaut dieser Bestimmung ist zu schließen, dass Ansprüche der Aktionäre von einem Verzicht oder Vergleich nicht betroffen sind<sup>938</sup>.

Darüber hinaus tritt gem § 101 Abs 3 AktG die Ersatzpflicht nicht ein, wenn der gesellschaftsfremde Sondervorteil durch eine Stimmrechtsausübung verfolgt wurde. Damit wird klargestellt, dass wegen der freien Stimmrechtsausübung ein Aktionär, welcher mit einer Stimmabgabe in der Hauptversammlung den Haftungstatbestand erfüllt, nicht ersatzpflichtig wird<sup>939</sup>. Allerdings hat der Gesetzgeber für diesen Fall einen besonderen Anfechtungsgrund geschaffen<sup>940</sup>, den jeder Aktionär ohne sachliche Voraussetzungen, insbesondere ohne Erhebung eines Widerspruchs, geltend machen kann<sup>941</sup>. Zu beachten ist auch, dass die Haftungsbefreiung nur für die Stimmabgabe selbst gilt, nicht aber für jedes sonstige Verhalten

---

<sup>934</sup> In Deutschland wurde diese Bestimmung durch das AktG 1965 aufgehoben- vgl *Kalss* in Münchener Kommentar, AktG, § 117, Rz 89.

<sup>935</sup> *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 241; *Thöni*, Verantwortlichkeit der Aktionäre für die Stimmrechtsausübung?, *ecolx* 1994, 230 f; *Strasser* in *Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 100, 101, Rz 17; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, §§ 100, 101, Rz 20 mwN.

<sup>936</sup> *Strasser* in *Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 100, 101, Rz 17; *Kalss* in Münchener Kommentar, AktG, § 117, Rz 89.

<sup>937</sup> *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriss des Gesellschaftsrechts, S. 241; *Strasser* in *Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 100, 101, Rz 17; *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, §§ 100, 101, Rz 20; *Kalss* in Münchener Kommentar, AktG, § 117, Rz 89.

<sup>938</sup> Vgl statt vieler *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG, §§ 100, 101, Rz 21.

<sup>939</sup> Vgl statt vieler *Strasser* in *Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 100, 101, Rz 25.

<sup>940</sup> Siehe § 195 Abs 2 AktG.

<sup>941</sup> Siehe § 196 Abs 1 Z 3 AktG.

in der Hauptversammlung. Nicht erfasst wird insbesondere die Drohung mit einer Stimmabgabe, sodass in derartigen Fällen durchaus eine Ersatzpflicht eingreifen kann<sup>942</sup>.

Schließlich verjähren Ersatzansprüche aus den §§ 100 f gem § 101 Abs 2 AktG in fünf Jahren. Die Verjährungsfrist entspricht jener des § 84 Abs 6 AktG, mit dem Unterschied, dass nach § 101 Abs 2 AktG auch Ansprüche der Aktionäre in fünf Jahren verjähren, während § 84 Abs 6 AktG lediglich Ansprüche der Gesellschaft umfasst.

#### **F.) Anstiftung zu gesellschaftsschädigenden Handlungen in der GmbH**

Das GmbH-Recht kennt keine den §§ 100 f AktG entsprechenden Bestimmungen. Fraglich ist daher, welche Konsequenzen ein § 100 AktG zugrundeliegender Sachverhalt im GmbH-Recht auslösen kann. Zum AktG wird teilweise vertreten, dass ein Anspruch aus Anstiftung zu gesellschaftsschädigenden Handlungen nach heutigem Verständnis aus der Verletzung mitgliedschaftlicher Treuebindungen konzipiert werden könnte<sup>943</sup>. Würde dies zutreffen, könnte man denselben Haftungstatbestand auch im GmbH-Recht konstruieren. Allerdings ist zu beachten, dass sich aus dem Gesichtspunkt der Treuepflicht insbesondere nicht begründen lässt, dass auch Nichtgesellschafter als Anstifter oder als Begünstigte haften<sup>944</sup>. Darüber hinaus bereitet die Konstruktion einer direkten Haftung des Fremdgeschäftsführers gegenüber den geschädigten Gesellschaftern große Probleme. Wenngleich Treuebindungen des Geschäftsführers schon aus der Organstellung folgen<sup>945</sup>, kann es keineswegs als geklärt gelten, ob der Geschäftsführer bei Verletzung dieser Pflichten unmittelbar den Gesellschaftern oder wegen § 25 GmbHG nur der Gesellschaft gegenüber haftet. Ebenso umstritten ist, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Gesellschafter wegen Verletzung seines Mitgliedschaftsrechts vom Geschäftsführer Ersatz verlangen kann.

Daher kann insofern kein Zweifel bestehen, dass die Treuepflicht jedenfalls keine taugliche Grundlage zur Begründung einer derartigen Haftungskonstruktion sein kann, sondern sich der Gesetzgeber bewusst für § 100 AktG entschieden hat<sup>946</sup>. Wenngleich nun zwar die Unzulänglichkeit der Treuepflicht feststeht, bleibt die Frage offen, weshalb das GmbH-Recht eine dem AktG vergleichbare Haftung nicht vorsieht, zumal mit bestehenden Normen eine

---

<sup>942</sup> Strasser in *Jabornegg-Strasser*, AktG, §§ 100, 101, Rz 26; Doralt/Nowotny/Kalss, AktG, §§ 100, 101, Rz 22.

<sup>943</sup> BGHZ 129, 136, 160 = DB 1995, 1064, 1069; vgl auch Hüfner, AktG, § 117, Rz 2.

<sup>944</sup> Kropff in Münchener Kommentar, AktG, § 117, Rz 5.

<sup>945</sup> OGH EvBl 1986/86 S 308 = GesRZ 1986, 97; vgl auch OGH SZ 53/53.

<sup>946</sup> Kropff in Münchener Kommentar, AktG, § 117, Rz 5 mwN.

derartige Rechtslage nur schwer erreicht werden könnte. Insofern bleibt zu prüfen, ob im GmbHG eine Lücke vorliegt und eine analoge Anwendung der §§ 100 f AktG in Betracht kommt. Im Schrifttum wurde, soweit ersichtlich, zu diesem Fragenkomplex noch keine Stellung bezogen und der OGH<sup>947</sup> hat, obwohl das Thema der analogen Anwendung aufgeworfen wurde, die Frage bislang nicht beantwortet.

Eine historische Interpretation der §§ 100 f AktG zeigt, dass vor Einführung dieser Bestimmung durch die Stammfassung 1937/1938 mit dem geltenden Recht nicht das Auslangen gefunden werden konnte<sup>948</sup>. Vielmehr zeigte sich die Gefahr, dass Beeinflussungsversuche naturgemäß besonders solchen Personen gegenüber übernommen werden, die mit fremdem Kapital wirtschaften. Daher sollte durch die Schaffung der §§ 100 f AktG dieser erhöhten Gefahr Rechnung getragen werden. Die Miteinbeziehung auch der Nichtgesellschafter als Anstifter oder Begünstigter war notwendig, um sie im Vergleich zu den Aktionären nicht besser zu stellen<sup>949</sup>.

Es kann wohl nicht bestritten werden, dass das gleiche Gefahrenpotenzial auch bei der GmbH vorliegt. Als Kapitalgesellschaft unterliegt sie ebenso wie die AG der Gefahr einer gesellschaftsschädigenden Beeinflussung der Leitungsorgane und bedarf daher ebenso wie die AG eines erhöhten Schutzes. Allerdings muss bedacht werden, dass entgegen den Materialien, bereits das allgemeine Zivilrecht (teilweise) Normen zur Hintanhaltung derartiger Verhaltensweisen bereithält. So haften gem der §§ 1301, 1302 ABGB der Anstifter (uU auch der Begünstigte) und das Leitungsorgan als Gesamtschuldner, sofern sie gemeinschaftlich und vorsätzlich einen Schaden herbeiführen. Gleiches gilt, wenn sie zwar nur fahrlässig handeln, aber sich die Anteile der Schadensverursachung nicht bestimmen lassen<sup>950</sup>.

Die Haftung des Anstifters könnte sich uU auch aus der Bestimmungstäterschaft zur Untreue ergeben. Der Rückzahlungsanspruch des begünstigten Gesellschafters gegenüber der GmbH könnte auf § 83 GmbHG gestützt werden, jener der Nichtgesellschafter auf einen Bereicherungs- oder Schadenersatzanspruch. Nach bereicherungsrechtlichen oder

---

<sup>947</sup> OGH GesRZ 1979, 120.

<sup>948</sup> Die Materialien gehen davon aus, dass § 826 BGB (sittenwidrige Schädigung) als einzige zur Verfügung stehende Handhabe keine taugliche und ausreichende Grundlage zur Verhinderung derartiger Beeinflussungsversuche sein kann- vgl *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts, § 100 AktG.

<sup>949</sup> Die Haftung der Aktionäre könnte auch durch die Treuepflicht begründet werden- vgl *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts, § 100 AktG.

<sup>950</sup> Vgl statt vieler *Harrer in Schwimann*, ABGB, § 1301, 1302, Rz 1 f.

schadenersatzrechtlichen Grundsätzen wird wohl auch der bereicherte Begünstigte gegenüber dem entreicherten Gesellschafter eintreten müssen. Die Haftung des Geschäftsführers und des Aufsichtsrats gegenüber der Gesellschaft ergibt sich aus § 25 GmbHG bzw § 25 iVm § 33 GmbHG. Zweifelhaft bleibt freilich ein Anspruch der Gesellschafter gegen die Leitungsorgane der GmbH. Einen derartigen Anspruch wird man sicher dann annehmen können, wenn Eingriffe in das Mitgliedschaftsrecht als Haftungsgrundlage anerkannt werden würden. Andernfalls bliebe den Aktionären uU ein Ersatzanspruch wegen Untreue der Verwaltungsorgane.

Insgesamt bleibt daher fraglich, ob mit den bestehenden Normen das Auslangen gefunden werden kann oder nicht doch eine analoge Anwendung der §§ 100, 101 AktG befürwortet werden sollte. Jedenfalls klar ist, dass für die analoge Anwendung der Einziehungsermächtigung des § 101 Abs 1 AktG und des § 100 Abs 4 AktG (Verweis auf § 84 Abs 4 Satz 3 u 4) kein Raum bleibt. Hierfür enthält das GmbH-Recht in § 25 Abs 5 und 7 selbst Spezialbestimmungen, sodass insofern nicht von einer Lücke ausgegangen werden kann. Es bleibt zu hoffen, dass der OGH in Zukunft deutlich Stellung beziehen wird, um die bestehenden Rechtsunsicherheiten zu beseitigen.

## **XV.) Schlusswort**

Die GmbH ist ebenso wie die AG kapitalistisch-körperschaftlich organisiert, wenngleich die GmbH im Gegensatz zur AG auch personalistische Züge aufweist. Als juristische Personen sind beide Gesellschaften vermögens- und parteifähig. Die Ähnlichkeit beider Rechtsgebilde schlägt sich auch in der Konstruktion der Haftung der Geschäftsleitung nieder. Beide Rechtsmaterien beruhen auf dem Prinzip der Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft; eine direkte Haftung gegenüber Dritten kommt (von gesetzlichen Ausnahmen abgesehen) nur bei deliktischen Schädigungen in Betracht. Insofern stellen sich in der Regel dieselben Haftungsprobleme und erarbeitete Lösungswege können für beide Gesellschaften fruchtbar gemacht werden. Dies hat sich etwa bei Fragen des Normadressaten, der Sorgfaltspflicht, der Verantwortung bei einer Geschäftsverteilung, der Vollziehung eines Gesellschafterbeschlusses, oder der Verjährung gezeigt. Auch nicht direkt mit § 25 GmbHG und § 84 AktG

zusammenhängende Probleme, wie die Frage des deliktischen Schutzes des Mitgliedschaftsrechts der Gesellschafter, können völlig ident behandelt werden. Die „Verwandschaft“ beider Gesellschaften zwingt den Rechtsanwender geradezu, im Zweifel beim selben Problem zur gleichen Lösung zu gelangen. Pragmatismus hat zuletzt auch der OGH<sup>951</sup> bewiesen, als er entgegen der hL<sup>952</sup> die Verjährungsfrist des § 25 Abs 6 GmbHG ebenso wie jene des § 84 Abs 6 AktG subjektiv ausgelegt hat.

Auf der anderen Seite sollte man nicht versuchen, unterschiedliche Haftungsregelungen im GmbH- und Aktienrecht künstlich (etwa durch Analogie) anzugleichen. Dies betrifft insbesondere die in § 84 Abs 5 AktG vorgesehene Einziehungsermächtigung der Gesellschaftsgläubiger und die Rechtswirkungen eines Vergleichs zwischen Gesellschaft und Verwaltungsträger. Sofern der Gesetzgeber offensichtlich ein Rechtsproblem einer unterschiedlichen Lösung zuführt, ist auch der Rechtsanwender gehalten, keine „abenteuerlichen“ Konstruktionen zu ihrer Vereinheitlichung zu schaffen. Gemeinsamkeiten und Überschneidungen beider Rechtsmaterien bedeuten nicht zugleich auch völlige Gleichheit. Daher wurden in der vorliegenden Arbeit Unterschiede ebenso hervorgehoben wie Gemeinsamkeiten.

Nichtsdestoweniger sollte, ungeachtet einzelner Unterschiede, nochmals unterstrichen werden, dass beide Bestimmungen vom Ausgleich zwischen Gesellschafts- und Gläubigerinteressen getragen sind. Das Konzept einer reinen Innenhaftung wird immer dann „aufgeweicht“, wenn dies im Interesse der Gläubiger erforderlich ist. So bleibt es etwa auch bei „gläubigerschädigenden“ Beschlüssen der Gesellschafter in der Regel bei der Haftung der Verwaltungsträger gegenüber der Gesellschaft, der verbleibende Ersatzanspruch der Gesellschaft vergrößert aber auch gleichzeitig den Haftungsfonds der Gläubiger. Derartige und vergleichbare Regelungen berücksichtigen die gegenläufigen Interessenlagen in einer Gesellschaft.

Ebenso darf nicht übersehen werden, dass auch außerhalb des Gesellschaftsrechts Normen zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger bestehen. Dies betrifft insbesondere die Zeit nach der materiellen Insolvenz der Gesellschaft. Sofern das Gesellschaftsrecht zu kurz greift, müssen außergesellschaftsrechtliche Normen das entstandene Rechtsschutzdefizit wettmachen.

---

<sup>951</sup> OGH wbl 2007, 141 = ecolx 2007, 17.

<sup>952</sup> Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I, Rz 2/423; Gellis/Feil, GmbHG, § 25, Rz 30; Koppstein/Rüffler, GmbHG, § 25, Rz 23; Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Handbuch zum Gesellschaftsrecht, Rz 2972, FN 1949.

Gläubigerschutz kann nur funktionieren, wenn verschiedene Rechtsmaterien ineinandergreifen. Gesellschaftsrechtliche, strafrechtliche, konkursrechtliche und andere Normen müssen ein sinnvolles Ganzes ergeben. Sich lediglich auf ein Rechtsgebiet zu konzentrieren, würde zu einer unseriösen Aussage über die Notwendigkeit und den Umfang des Gläubigerschutzes führen. Daher habe ich, wenn nötig, auch Parallelen zu anderen Rechtsmaterien aufgezeigt.

Insgesamt lässt sich, wie beinahe bei jedem Rechtsproblem, feststellen, dass die Komplexität des Problems mit zunehmender Beschäftigung steigt. Was bei oberflächlicher Betrachtung „eindeutig“ und „klar“ aussehen mag, verliert mitunter bei längerer Befassung an Konturen. Ein „jein“ als Antwort mag zwar oft nicht alle befriedigen, gebotene Differenzierungen berücksichtigen dennoch die sich stellenden Probleme oftmals besser, als ein „Schwarz“-„Weiß“-Denken. Daher wurden etwa bei der Frage der Beweislastverteilung, des deliktischen Schutzes des Mitgliedschaftsrechts oder der Beschlussvollziehung durch das Management Lösungen in der „Mitte“ angestrebt. Ob diese Ansätze in Hinkunft aufgegriffen werden, bleibt abzuwarten.

## **XVI.) Anhang**

Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse:

- Das HaRÄG hat zu einer bedeutenden Änderung der Rechtslage im Bereich der Organhaftung geführt. Durch die Einführung des UGB und der Streichung der EVHGB normiert nunmehr § 349 UGB, dass nur der unter Unternehmern zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn umfasst. Da Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder nicht als Unternehmer iS des UGB anzusehen sind, somit nur ein einseitig unternehmensbezogenes Geschäft vorliegt, kann die Gesellschaft nunmehr nur bei einem groben Verschulden auch den entgangenen Gewinn ersetzt verlangen.
- Wenngleich sich der vom Leitungsorgan einzuhaltende objektive Sorgfaltsmaßstab nach der Übung des redlichen Verkehrs unter Zugrundelegung der besonderen

Verhältnisse der Gesellschaft (Größe, Branche, wirtschaftliche Lage) bemisst, bestehen eine ganze Reihe von Pflichten, bei deren Verletzung der Verwaltungsträger ungeachtet der Bedachtnahme auf die Verhältnisse der Gesellschaft jedenfalls Ersatz zu leisten hat. Zu diesem „Kernbereich der Verschuldenshaftung“ ist die Kenntnis des jeweiligen Organisationsrechts (Gesellschaftsvertrag, GmbHG, AktG), Grundkenntnisse der Betriebswirtschaft, der Rechnungslegung und die der Gesellschaft treffenden Steuerpflichten zu zählen.

- Mittels Auslegung kann eine Subsumption des „faktischen Leitungsorgans“ unter die §§ 25 GmbHG und 84 AktG nicht erreicht werden. Hinsichtlich des anzuwendenden Sorgfaltsmaßstabes kommt § 1299 ABGB zur Anwendung. Darüber hinaus sind die §§ 25 Abs 2-7 GmbHG und 84 Abs 2-6 AktG analog anzuwenden.
- Ungeachtet des § 1299 Satz 2 ABGB kann sich der Geschäftsführer nicht auf ein Auswahlverschulden gegenüber der GmbH berufen. Handelt der Aufsichtsrat bei der Bestellung der Vorstandsmitglieder sorgfaltswidrig, haften beide solidarisch. Kein Fall des Mitverschuldens des § 1304 ABGB liegt vor, wenn die Gesellschaft dem Leitungsorgan eine „Weisung“ erteilt. § 25 Abs 5 und § 84 Abs 4 und 5 AktG verdrängen als Spezialnormen des Kapitalgesellschaftsrechts die Anwendbarkeit des § 1304 ABGB.
- Der Sorgfaltsmaßstab der §§ 25 Abs 1 GmbHG und 84 Abs 1 AktG ist zwingender Natur.
- Die Beweislastumkehr zwischen Gesellschaft und Verwaltungsträger bezieht sich jedenfalls auf das Verschulden. Hinsichtlich der Rechtswidrigkeit wird das Leitungsorgan erst dann beweispflichtig, wenn die Gesellschaft nachweist, dass das für den Schaden ursächliche Verhalten in den Pflichtenkreis des Vorstands fällt und eine gewisse Wahrscheinlichkeit für die Pflichtwidrigkeit besteht.
- Das Mitgliedschaftsrecht der Gesellschafter wird primär durch das Gesellschaftsrecht geschützt. Gesellschafter können daher dem Binnenhaftungsmodell folgend bei Verletzung ihrer Mitgliedschaftsrechte durch die Geschäftsführung nur Ansprüche gegen die Gesellschaft geltend machen. Anders verhält es sich nur bei sittenwidrigen

Schädigungen der Leitungsorgane. Der qualifizierte Handlungsunwert rechtfertigt hier trotz Verletzung reiner Organpflichten eine Außenhaftung der Leitungsorgane.

- Die Haftung des Leitungsorgans nach Vollziehung eines Gesellschafterbeschlusses hängt davon ab, ob die Geschäftsführung zur Beschlussausführung verpflichtet war. Die Verpflichtung zur Vollziehung hat auch dann den Entfall der Ersatzpflicht zur Folge, wenn der Gesellschaft ein Schaden entstanden ist oder die Gläubiger keine Befriedigung von der Gesellschaft erlangen können. Bei Ausführung eines unanfechtbar gewordenen oder geheilten Beschlusses wird das Leitungsorgan haftbar, wenn es pflichtwidrig nicht für die Beseitigung des Beschlusses gesorgt hat.
- Die Verjährungsfrist der §§ 84 Abs 6 AktG und 25 Abs 6 GmbHG beginnt mit Kenntnis des Schadens und der Person des Schädigers (subjektive Frist) und nicht schon mit Entstehung des Anspruchs (objektive Frist). Für die Wissenszurechnung an die juristische Person genügt, dass dem „Wissenden“ als Machthaber eine leitende Stellung innerhalb der Gesellschaft zukommt.
- Die aktienrechtliche Einziehungsermächtigung des § 84 Abs 5 AktG kann im GmbH-Recht nicht analog angewendet werden. Gläubiger der GmbH können lediglich mittels Forderungsexekution auf den Anspruch der Gesellschaft greifen.
- Es sollte in Erwägung gezogen werden, die §§ 100, 101 AktG im GmbHG analog anzuwenden. Die durch diese Bestimmungen pönalisierte Anstiftung zu gesellschaftsschädlichen Handlungen ist kein auf das AktG begrenztes Problem, sondern stellt sich im selben Ausmaß auch im GmbH-Recht.

# Lebenslauf

## ALLGEMEINE ANGABEN



Name	Mag. Michael Leitner
Adresse	Wienerstraße 85-87/1/28 2103 Langenzersdorf
Telefon	0699/12472273
E-Mail	michael_leitner@gmx.net
Geburtsdatum, -ort	02.09.1983, Wien
Familienstand	ledig, keine Kinder
Staatsangehörigkeit	Österreich

## AUSBILDUNG

Sept. 1990- Juni 1994	Volksschule Strebersdorf
Sept. 1994-Juni 2002 Matura Juni 2002	Realgymnasium Stockerau
Okt. 2002 - Mai 2003	Bundesheer Garde Wien
Okt.2003 - März 2007	Studium der Rechtswissenschaften
ab Mai 2007	Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften Thema: Die Haftung des Leitungsorgans im Kapitalgesellschaftsrecht GmbH- und Aktienrecht im Vergleich

## BERUFSERFAHRUNG

Juni 2004- Juli 2006	<i>Center Communication Systems GmbH</i>
	mechanische und elektromechanische Fertigung, Unterstützung

Juli 2006- April 2007	der Facility-Abteilung, betriebsinterne Wartungen
	<i>Mag. Werner Kilian, Öffentlicher Notar</i>
	Rechtspraktikant, selbständiges Lösen diverser Rechtsfragen, Verfassen von Grundbuchsgesuchen, etc.
Mai 2007- Jänner 2008	<i>Rechtspraktikant am Gericht Korneuburg</i>
	Absolvierung der Abteilungen BG Strafrecht und LG Zivilrecht
Februar 2008- März 2008	<i>Rechtspraktikant am Gericht Floridsdorf</i>
	Abteilung Unterhaltssachen
April 2008- August 2009	Assistent am Institut für Unternehmens- und Wirtschaftsrecht