

Die Beweislastverteilung bei der Geschäftsleiterhaftung

Georg Schima

1. Vorbemerkung

2. Stellungnahmen in der Lehre

- 2.1. Verhältnis zu § 1298 ABGB
- 2.2. Ansicht von Runggaldier/G. Schima
- 2.3. Ansicht von Reich-Rohrwig
- 2.4. Ansicht von Koppensteiner/Rüffler
- 2.5. Ansicht von Böhler
- 2.6. Ansicht von U. Torggler
- 2.7. Ansicht von Lehner

3. Rechtsprechung des OGH

- 3.1. OGH 9.1.1985, 3 Ob 521/84
- 3.2. OGH 24.6.1998, 3 Ob 34/97i
- 3.3. OGH 26.2.2002, 1 Ob 144/01k
- 3.4. OGH 16.3.2007, 6 Ob 34/07d
- 3.5. OGH 21.12.2010, 8 Ob 6/10f

4. Diskussion in Deutschland

5. Eigene Auffassung

- 5.1. Wille des historischen Gesetzgebers und Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen/Nähe zum Beweis
- 5.2. Keine generelle Trennbarkeit von Schaden bzw Verursachung und Rechtswidrigkeit
- 5.3. Keine Trennbarkeit von Rechtswidrigkeit und Verschulden bei Sorgfaltsverbindlichkeiten
- 5.4. Interessengerechte Lösung

1. Vorbemerkung

Das Problem der Beweislast – der Sache nach geht es sowohl um die Behauptungs- als auch um die Beweislast¹ – und die Behandlung der Frage, wie in einem Zivilverfahren die Beweislast auf die Parteien zu verteilen ist, entscheidet im Prozess sehr häufig über Erfolg oder Misserfolg.²

Daran gemessen, ist der Stellenwert, den Beweislastfragen im Schrifttum – aber auch in der Rsp – einnehmen, überraschend gering. Das Problem liegt wohl auch daran, dass für die Beweislast(verteilung) sich „niemand wirklich zuständig fühlt“. Einschlägige Monographien stammen interessanter Weise idR von Experten des Zivilverfahrensrechts,³ obwohl das Problem ja an der Schnittstelle zwischen materiellem Recht und Prozessrecht gelegen ist.

Kann man durchaus davon sprechen, dass das Problem der Beweislast(verteilung) im Schadenersatzrecht im Allgemeinen in der Lit breit aufgearbeitet ist, so gilt dies für den speziellen und hier interessierenden Bereich der Schadenersatzhaftung von Geschäftsleitern nicht oder nur sehr eingeschränkt. Dies ist mE auf die vergleichsweise geringe Anzahl von Schadenersatzprozessen gegen Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer zurückzuführen – Gerichtsverfahren über Kfz-Unfälle, Körperverletzungen, ärztliche Behandlungsfehler gibt es in ungleich größerer Zahl – und auf einen daraus resultierenden Mangel an Stellungnahmen, die wissenschaftliches Niveau mit echter rechtspraktischer Erfahrung vereinen. Daher wundert es nicht, dass manche der Äußerungen – und dies gilt auch und insbesondere für den OGH – ein beträchtliches Maß an Praxisfremdheit in sich tragen, was zB für die vielleicht historisch begründbare und auch früher einmal uU angemessene, nicht auszurottende These von der Beweislastverteilung nach der „Nähe zum Beweis“ gilt, die schon grundsätzlich mehr als problematisch ist⁴, deren Heranziehung aber bei Geschäftsleiter-Haftungsprozessen geradezu zur Farce wird, weil solche Verfahren so gut wie immer nach dem Ausscheiden des Geschäftsleiters aus dem Unternehmen geführt werden.⁵

Die Rsp operiert in jenen (wenigen) E, in denen sie sich mit der Beweislastverteilung bei der Geschäftsleiterhaftung beschäftigt, zudem mit Formeln und Floskeln, ohne deren Tauglichkeit auf den konkret entschiedenen Fall oder deren Verallgemeinerungsfähigkeit zu untersuchen. Dies wird noch näher darzulegen sein.

¹ Vgl zur Unterscheidung und deren Relevanz *Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht*⁷ (2009) 758ff.

² *Runggaldier/G. Schima, Führungskräfte* 230.

³ Vgl zB *Rosenberg, Die Beweislast*⁵ (1965); *Baumgärtel, Handbuch der Beweislast im Privatrecht*² I (1991); *Baumgärtel, Beweislastpraxis im Privatrecht* (1996); *Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast* (1983); *Klicka, Die Beweislastverteilung im Zivilverfahren* (1995).

⁴ Vgl *Reischauer in Rummel II/2a*³ § 1298 Rz 3a und 3b mwN; *Rebhahn, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr* (1997) 513 mwN in Fn 295; *Böhler, Zur Beweislast bei der Organhaftung*, FS Krejci (2001) 503ff, 515.

⁵ *G. Schima in Baudenbacher/Kokott/Speitler* 369, 402f, 407f; *G. Schima, GesRZ* 2007, 93ff, 97f mwN; *Böhler in FS Krejci* 520; *Heermann, Unternehmerisches Ermessen, Organhaftung und Beweislastverteilung*, ZIP 1998, 761f, 765f.

2. Stellungnahmen in der Lehre

2.1. Verhältnis zu § 1298 ABGB

Bevor auf spezifische Stellungnahmen zur Beweislastverteilung bei der Geschäftsleiterhaftung eingegangen wird, muss kurz die „Einbettung“ des Themas in die Vorschrift des § 1298 ABGB erklärt werden. Dieser ordnet bekanntlich an:

„Wer vorgibt, dass er an der Erfüllung seiner vertragsmäßigen oder gesetzlichen Verbindlichkeit ohne sein Verschulden verhindert worden sei, dem liegt der Beweis ob. Soweit er aufgrund vertraglicher Vereinbarung nur für grobe Fahrlässigkeit haftet, muss er auch beweisen, dass es an dieser Voraussetzung fehlt.“

Aus § 1298 ABGB und seiner Entstehungsgeschichte lassen sich keine unmittelbaren historisch-interpretativen Schlüsse auf ein korrektes Verständnis des § 84 Abs 2 AktG ziehen, weil diese Norm ihre eigene Entwicklungsgeschichte hat.⁶

Dennoch ist ein Blick auf § 1298 ABGB auch zum Verständnis der Beweislastverteilung bei der Geschäftsleiterhaftung sehr hilfreich, weil es um einander zumindest überschneidende Regelungsbereiche geht. § 84 Abs 2 AktG ist zweifellos die speziellere Norm; § 1298 ABGB würde aber bei Fehlen derselben auch die Beweislastverteilung bei der Haftung aus einem Geschäftsleiter-Anstellungsvertrag (Arbeitsvertrag oder freien Dienstvertrag) erfassen.

Zu § 1298 ABGB ist vieles strittig. Eine Kontroverse entzündet sich schon an der Frage, ob in Anbetracht des Umstandes, dass die Verfasser der ABGB nicht so deutlich zwischen Rechtswidrigkeit und Verschulden unterschieden,⁷ den Schuldner nur der Beweis für fehlendes Verschulden oder auch für die Rechtmäßigkeit seines Verhaltens trafe.⁸

Sodann ist die Frage maßgebend, ob mit *Reischauer*⁹ § 1298 ABGB nur für Erfolgs-, nicht aber für Sorgfaltsverbindlichkeiten gilt.

Zu diesen Kontroversen muss hier nicht umfassend Stellung bezogen werden. Dass die Unterscheidung zwischen Erfolgs- und Sorgfaltsverbindlichkeiten für das Verständnis des § 1298 ABGB und die danach stattfindende Verteilung der Beweislast wertvolle Erkenntnisse liefert, ist aber evident.¹⁰

Denn wie *Kodek*¹¹ ganz zutr. ausführt, statuiert § 1298 ABGB nicht eine Beweislastumkehr schlechthin, sondern nur für den Fall der Nichterfüllung der Verbindlichkeit durch den Schuldner (Schädiger).¹² Man könnte es ausdrücken wie *Kodek*¹³, dass damit

⁶ Vgl. dazu zB *Goette*, ZGR 1995, 648ff, 668ff.

⁷ Vgl. *Reischauer*, Der Entlastungsbeweis des Schuldners (1975) 132ff; ebenso *Kozioł*, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/28; *Kodek* in *Kletečka/Schauer* § 1298 Rz 11.

⁸ Für letzteres *Reischauer*, Entlastungsbeweis 116ff; *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 175; *Kozioł*, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/28; aM *Welser*, Schadenersatz statt Gewährleistung (1994) 63ff.

⁹ *Reischauer* in *Rummel* II/2a³ § 1298 Rz 1ff; *Lukas*, Anwaltschaftung Beweislast, JBl 1994, 62; ebenso OGH 15.2.1990, 8 Ob 700/89, JBl 1990, 723; OGH 28.4.1994, 8 Ob 27/93, JBl 1994, 829; vgl. auch *M. Binder*, Zur Beweislast bei Vertragsverletzung, JBl 1990, 814; *Wilhelm*, Verwirrung um die Beweislastumkehr des § 1298 ABGB, ecoloex 1990, 733.

¹⁰ IdS. auch *Kodek*, in *Kletečka/Schauer* § 1298 Rz 17 mwN.

¹¹ *Kodek* in *Kletečka/Schauer* § 1298 Rz 16ff.

¹² *Kodek* in *Kletečka/Schauer* § 1298 Rz 17.

¹³ Ebenda.

zumindest ein „Teilaspekt der Rechtswidrigkeit stets vom Geschädigten bewiesen werden“ müsse. Vor allem aber zeigt sich der Unterschied zwischen Erfolgs- und Sorgfaltsverbindlichkeit daran, dass auf der Grundlage der heute herrschenden Verhaltensunrechtslehre die Nichterbringung des geschuldeten Erfolges (der Anzug, den der Schneider anzufertigen hat, wird nicht rechtzeitig fertig) nicht zwangsläufig ein rechtswidriges Verhalten voraussetzt, sondern ein solches bestenfalls indiziert,¹⁴ wohingegen bei Sorgfaltsverbindlichkeiten – wie bei solchen, die typischer Weise Geschäftsleiter treffen – eine „Nichterfüllung“ gar nicht feststellbar ist, ohne mehr oder weniger tief in den Bereich der Pflichtwidrigkeit (Rechtswidrigkeit/objektiven Sorgfaltswidrigkeit) einzutau-chen.

Hinzu kommt, dass bei Sorgfaltsverbindlichkeiten insbesondere jener Art, wie sie für Geschäftsleiter-Vertragsverhältnisse kennzeichnend sind (für gewöhnliche Arbeitnehmer gilt dies mutatis mutandis freilich ebenso), die (völlige) Nichterfüllung von vornherein kaum denkbar ist. Wann erfüllt ein Geschäftsführer/Vorstandsmitglied seine gegenüber der Gesellschaft obliegenden vertraglichen Pflichten iSd § 1298 ABGB (zur Gänze) nicht? Der Fall ist kaum vorstellbar. Man müsste hier an ein Vorstandsmitglied denken, das vom Tage seines Amtsantrittes an die Räumlichkeiten des Unternehmens gar nicht betritt und sich ausschließlich auf dem Golfplatz aufhält. So etwas wird in der Praxis nicht vorkommen. Wenn es um die Haftung von Geschäftsleitern geht, dann geht es immer nur um die Verletzung *einzelner* (Schutz- und Sorgfalts-)Pflichten aus dem zwischen Gesellschaft und Geschäftsleiter bestehenden Rechtsverhältnis, aus denen ein Schaden der Gesellschaft resultiert, der von dem in der Nichterfüllung der vertraglichen Pflicht bestehenden (im Übrigen typischer Weise gar nicht berechenbaren)¹⁵ Nachteil verschieden ist. Es geht mit anderen Worten um *Schlechterfüllung* (*positive Vertragsverletzung*)¹⁶. Auch diese ist zumindest nach einem Teil der Lehre¹⁷ und nach der neueren Rsp¹⁸ von § 1298 ABGB erfasst. Mittlerweile scheint aber doch (zu Recht) mehr oder weniger akzeptiert zu sein, dass die Beweislastverteilung bei der Nichterfüllung einer in einem (zB werkvertraglichen) Erfolg bestehenden Verbindlichkeit nicht genauso behandelt werden kann wie die Verletzung von vertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten,

¹⁴ Überzeugend Kodek in Kletečka/Schauer § 1298 Rz 17.

¹⁵ Soll der Schaden der Gesellschaft, der nur darin besteht, dass ein Vorstandsmitglied zB bei der Prüfung eines Investitionsprojektes kaufmännisch nicht vertretbare Kalkulationen angestellt hat, etwa durch Abzug eines entsprechenden Teiles vom Gehalt für jene Zeit errechnet werden, die das Vorstandsmitglied für die Beschäftigung mit dem Projekt benötigte?

¹⁶ Vgl zum Begriff Koziol/Welser Bürgerliches Recht II¹³ 6, 87f;

¹⁷ Vgl Welser, Schadenersatz 65f; Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/30ff freilich mit erheblichen Differenzierungen unter Berufung auf F. Bydlinski, JBl 1992, 347ff; gegen eine Beweislastumkehr bei Schlechterfüllung dezidiert Reischauer, Entlastungsbeweis 190f; ebenso schon Gschnitzer in Klang ABGB IV/1² (1968), 545 Fn 151.

¹⁸ Anders noch OGH 26.9.1956, 7 Ob 356/56, EvBl 1957/259; OGH 10.10.1985, 8 Ob 519, 520/85, JBl 1986, 107. Für die Anwendung von § 1298 ABGB aber OGH 22.11.1973, 6 Ob 224/73, SZ 46/116 = JBl 1975, 205; OGH 12.10.1978, 7 Ob 641/78, JBl 1979, 654; OGH 24.10.1985, 8 Ob 30/85, JBl 1986, 113 = ZVR 1986/134; OGH 16.1.1991, 1 Ob 664/90, JBl 1991, 453 = RdW 1991, 174 = eolex 1991, 241 mit Anm Wilhelm; OGH 22.10.1992, 1 Ob 35/92, JBl 1993, 389 mit Anm Dullinger.

weil beim Ausbleiben einer vertraglich geschuldeten Leistung ein objektiv mit den Anforderungen des Rechts nicht bestehender Zustand vorliegt, wohingegen bei Schutz- und Sorgfaltspflichtverletzungen überhaupt noch nicht feststeht, ob den Anforderungen der Rechtsordnung nicht voll entsprochen worden sei.¹⁹ F. Bydlinski²⁰ verlangt deshalb für eine Beweislastumkehr außerhalb der Nichterfüllung das Vorliegen eines zumindest objektiv sorgfaltswidrigen Verhaltens, dh eines Verhaltens, das objektiv mit den Anforderungen des Rechts unvereinbar ist.

Kodek²¹ gelangt auf dem Boden seines Verständnisses zu einer „gespaltenen“ Rechtswidrigkeit und meint, Voraussetzung für die Anwendung des § 1298 ABGB sei stets, dass eine (kausale) Pflichtverletzung des Schädigers vorliege, wobei es sich nicht nur um die Verletzung einer Haupt-, sondern auch um die Verletzung einer Nebenleistungspflicht handeln könne. Die Nichterfüllung einer vertraglichen Leistungspflicht bedeute im schadenersatzrechtlichen Sinne noch nicht automatisch die (für die Heranziehung zum Schadenersatz unerlässliche) Rechtswidrigkeit, indiziere diese aber und rechtfertige dann auch die Verschiebung der Beweislast.²² Die folgende Formel von Kodek zu § 1298 ABGB sei in diesem Zusammenhang besonders hervorgehoben: „Gelingt dem Geschädigten der Nachweis eines Schadens und der Kausalität sowie zumindest eines ein rechtswidriges Verhalten indizierenden objektiv rechtswidrigen Zustandes, so steht dem in Anspruch Genommenen der Entlastungsbeweis offen.“²³

Man erkennt: Diese Formel entspricht im Wesentlichen der – von mir als „vermittelnde“ Auffassung bezeichneten – Sichtweise, wonach die Beweislast in puncto Rechtmäßigkeit bei der Geschäftsleiterhaftung nicht völlig zu Lasten des Geschäftsleiters verschoben ist, sondern die Gesellschaft zumindest Tatsachen behaupten und beweisen muss, die eine Rechtswidrigkeit indizieren, also ein zumindest möglicher Weise rechtswidriges Verhalten belegen (dazu näher unten).

Das Naheverhältnis zwischen § 1298 ABGB und § 84 Abs 2, 2. Satz AktG wurde denn auch in der Lit immer wieder betont und zur letzteren Norm vertreten, dass diese bloß die Beweislastverteilung des § 1298 ABGB wiedergebe und insofern keine spezifisch gesellschaftsrechtlichen Inhalt habe.²⁴

¹⁹ F. Bydlinski, JBl 1992, 347ff; zust. Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/33. Ähnlich auch der OGH 8.7.1993, 6 Ob 583/93, eolex 1993, 733 mit Anm. Wilhelm.

²⁰ F. Bydlinski, JBl 1992, 347ff, 349; offenbar zust., wenngleich etwas differenzierend Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/33 und Fn 138, dessen anschließende Aussage, da der Nachweis der Nichteinhaltung der objektiv geforderten Sorgfalt kaum vom Verschuldensbeweis getrennt werden könne, sei wie in den Fällen der Nichterfüllung auch bezüglich der Rechtswidrigkeit die Beweislast umzukehren (Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/34), aber nicht nur zum Obigen nicht passt, sondern auch sonst keineswegs überzeugt (dagegen zB Raape, Die Beweislast bei positiver Vertragsverletzung in AcP 147 (1947), 217; treffend Reischauer in Rummel, ABGB II/2a³ § 1298 Rz 3e; G. Schima in Baudenbacher/Kokott/Speitler (2010) 369ff, 408; siehe dazu unten 6.5.).

²¹ Kodek in Kletečka/Schauer § 1298 Rz 18ff.

²² Kodek in Kletečka/Schauer § 1298 Rz 19.

²³ Kodek in Kletečka/Schauer § 1298 Rz 21.

²⁴ Vgl. Schiemer, AktG² Anm 5.1 zu § 84; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I² 137; Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht⁵ 395; vgl. auch Runggaldier/G. Schima, Führungskräfte 230.

Nach ganz überwiegender Ansicht in Lehre und Rsp gilt die aktienrechtliche Beweislastverteilung bei der Haftung von Vorstandsmitgliedern auch für den GmbH-Geschäftsführer²⁵.

2.2. Ansicht von Runggaldier/G. Schima

1991 beschäftigte sich der Verfasser²⁶ eingehend mit der Frage der Beweislastverteilung bei der Geschäftsleiterhaftung. Es war dies – soweit überblickbar – die zeitlich erste eingehende Auseinandersetzung in Österreich mit dem Problem, die aber (wohl aufgrund der Einbettung in ein Buch mit dem Titel „Die Rechtsstellung von Führungskräften“) im Schrifttum und in der Rsp weitgehend unbemerkt blieb.²⁷

Meine damaligen Ausführungen knüpften an jene E des OGH²⁸ an, in der dieser die berühmte „Mertens'sche Formel“²⁹ übernommen hatte, die folgendermaßen lautet:

„Zur Begründung ihres Schadenersatzanspruches hat die Gesellschaft darzutun, dass ihr Vermögen zweckwidrig beeinträchtigt worden ist und die Möglichkeit eines Zurechnungszusammenhangs zwischen der Vermögensminderung und einer Handlung oder Unterlassung des Geschäftsführers besteht. Dem Geschäftsführer obliegt die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass er die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters erfüllt hat oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden wäre oder dass ihm die Einhaltung des Sorgfaltsgebots unverschuldet unmöglich war.“

Diese Beweislastformel weise, so Runggaldier/G. Schima³⁰, den richtigen Weg. Sie könne und dürfe aber nicht so verstanden werden, dass die Beweislast auch hinsichtlich der Rechtswidrigkeit (zur Gänze) umgekehrt sei. Denn die objektive Sorgfaltsverletzung habe sehr wohl die Gesellschaft zu beweisen, wobei diese Sorgfaltspflichtverletzung auch in einer Untätigkeit bestehen könne. Sachgerecht sei es jedoch – und genau das sei auch Inhalt der „Mertens'schen Formel“ – die Gesellschaft nicht mit einem strengen Kausalitätsbeweis zu belasten, sondern die *Möglichkeit eines Zurechnungszusammenhangs* zwischen der Vermögensminderung und einer Handlung oder Unterlassung des Vorstandsmitgliedes/Geschäftsführers genügen zu lassen. Damit gelange man zu einem *Anscheinsbeweis* (prima facie-Beweis), und *darin*, nicht in der Befreiung vom Nachweis rechtswidrigen Verhaltens, liege die Beweiserleichterung für die Gesellschaft.³¹ Habe etwa die Gesellschaft nachgewiesen, dass das EDV-Programm für das Rechnungswesen der Gesellschaft in keiner Weise sicherstelle, dass Außenstände auch eingemahnt würden, erschiene es

²⁵ Vgl. Torggler, GesRZ 1974, 47; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 1² Rz 2/420; G. Frotz, GesRZ 1982, 98ff, 105; G. Frotz, Grundsätzliches zu den Rechten und Pflichten des Aufsichtsrates und seiner bestellten und entsendeten Mitglieder, ÖZW 1978, 44ff, 46; Runggaldier/G. Schima, Führungskräfte 231; OGH 9.1.1985, 3 Ob 521/84, EvBl 1986, 86 = GesRZ 1986, 97ff; OGH.

²⁶ Runggaldier/G. Schima, Führungskräfte 230ff.

²⁷ Böhler (in FS Krejci, 502ff) erwähnt meine Ausführungen zehn Jahre später nicht einmal, und auch der OGH geht darauf in seinen (wenigen) E nicht ein.

²⁸ OGH 9.1.1985, 3 Ob 521/84, EvBl 1986/86 = GesRZ 1986, 97ff.

²⁹ Vgl. Mertens in Hachenburg, GmbHG⁷ § 43 Rz 66.

³⁰ Runggaldier/G. Schima, Führungskräfte 232.

³¹ Runggaldier/G. Schima, Führungskräfte 232.

ohne weiteres sachgerecht, den Geschäftsführer/ das Vorstandsmitglied³² a priori für *sämtliche Forderungsausfälle* aufgrund von Verjährung und Uneinbringlichkeit haften zu lassen und die Gesellschaft von einer genauen Bezifferung des Schadens unter Kausalitätsgesichtspunkten zu befreien. Der Geschäftsführer/ das Vorstandsmitglied hätte dann zB nachzuweisen, dass die Forderungen auch bei rechtzeitiger Einmahnung und Einklagung in Folge einer schon früher schlechten Vermögenslage des Schuldners uneinbringlich gewesen wären.³³

Die Gesellschaft müsse somit beweisen, dass der Geschäftsleiter in einer bestimmten Weise *objektiv sorgfaltswidrig* gehandelt habe und dass der Gesellschaft ein Schaden (zB in Form eines Verlustes) entstanden sei, der mit der Sorgfaltswidrigkeit des Geschäftsleiters *bei vernünftiger kaufmännischer Betrachtung in Zusammenhang stehen könnte*. Der Geschäftsleiter müsse dann den Beweis erbringen, dass entweder der Schaden nicht durch die (von der Gesellschaft bereits bewiesene) Sorgfaltswidrigkeit verursacht worden sei, dh der Schaden auch bei Einhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt eingetreten wäre (erwähnt wurde dabei das Beispiel, dass der Schuldner, gegen den die Forderung verjährt sei, bereits im Zeitpunkt der Fälligkeit insolvent gewesen sei), oder dass die Einhaltung des Sorgfaltsgebotes subjektiv nicht möglich bzw nicht zumutbar gewesen wäre. Für den von der Rsp³⁴ als drittes genannten Fall des Entlastungsbeweises, nämlich den Nachweis, dass der Geschäftsleiter „*die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes angewendet hat*“, bliebe nach dem Gesagten hingegen mit wenigen Ausnahmen praktisch kein Raum, weil die objektive Sorgfaltsverletzung ohnehin von der Gesellschaft zu beweisen sei.³⁵

Zusammenfassend gesagt – so *meine* und *Runggaldiers* Ausführungen 1991³⁶ – müsse die Gesellschaft, um in einem Schadenersatzprozess zu obsiegen, somit nachweisen, dass das Organmitglied eine Verletzung der objektiv, dh für einen gewissenhaften Unternehmensleiter gebotenen Sorgfalt begangen habe (zB eine Kreditgewährung ohne ausreichende Sicherheit, unrichtige oder fehlende Information des Aufsichtsrates oder der Gesellschaftler vor einem risikoreichen und wichtigen Geschäft; Fehlen eines EDV-unterstützten Mahnwesens; Annahme völlig unrealistischer Zinssätze oder Wechselkurse bei

³² Man müsste hierzu mE wohl ergänzen: zumindest das *ressortzuständige* Organmitglied (zur Bedeutung einer Geschäftsverteilung für die Beweislastverteilung siehe unten).

³³ *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 232f.

³⁴ Vgl OGH 9.1.1985, 3 Ob 521/84, EvBl 1986/86 = GesRZ 1986, 97ff.

³⁵ *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 233. Zu meinen (und *Runggaldiers*) weiteren Ausführungen, mit dieser Sichtweise werde auch die Bedeutung des in Lehre und Rsp regelmäßig „*und zutreffend*“ betonten Hauptargumentes für die Beweislastumkehr, nämlich die „*Beweisnähe*“ des Geschäftsleiters (unter Verweis auf *Mertens in Hachenburg, GmbHG* § 43 Rz 66; *G. Frotz*, GesRZ 1982, 98ff, 105; OGH 9.1.1985, 3 Ob 521/84 EvBl 1986/86 = GesRZ 1986, 97ff) in seiner Bedeutung viel eher plausibel, weil mit der Beweisnähe des Geschäftsleiters eine Umkehr der Beweislast bezüglich der Rechtswidrigkeit, also der Verletzung der objektiv gebotenen Sorgfalt nicht gerechtfertigt werden könne, wohl aber eine Abschwächung des strengen Kausalitätsnachweises im Sinne eines *prima facie*-Beweises, ist zu sagen, dass zwischen diesen Ausführungen und meiner nunmehr ablehnenden Haltung gegenüber einer Beweislastverteilung nach der Nähe zum Beweis gerade bei der Geschäftsleiterhaftung (dagegen schon *G. Schima in Baudenbacher/Kokott/Speitler* 369ff, 402f, 404f, 407f mwN) mehr als 20 Jahre anwaltlicher Erfahrung liegen.

³⁶ *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 233f.

einer Investitionsrechnung etc), dass der Gesellschaft daraus ein Schaden entstanden sei, wofür der Verlust aus einem bestimmten Geschäft ausreiche und dass ein Zurechnungszusammenhang zwischen der objektiven Sorgfaltswidrigkeit des Geschäftsführers/Vorstandsmitgliedes und dem Schadenseintritt nach vernünftigem, kaufmännischen Ermessen möglich sei. Habe die Gesellschaft diesen nachgewiesen, dann gelte zu ihren Gunsten die Vermutung, dass der (innerhalb des Rechtswidrigkeitszusammenhanges liegende) Schaden in voller Höhe durch die objektive Sorgfaltswidrigkeit des Organmitgliedes verursacht worden sei. Dem Geschäftsleiter müsse daher – entgegen der ganz hA – sehr wohl nachgewiesen werden, dass es rechtswidrig im Sinne von objektiv sorgfaltswidrig gehandelt habe, doch hätte die Gesellschaft nicht den nach allgemeinen Grundsätzen nötigen strengen Kausalitätsnachweis zu führen.³⁷

Obwohl die Rsp³⁸ stets von einer Umkehrung der Beweislast auch hinsichtlich der Rechtswidrigkeit und nicht bloß hinsichtlich des Verschuldens spräche, dürfte sie im Ergebnis von der hier vertretenen Position nicht weit entfernt sein, weil noch kein Fall bekannt geworden sei, in dem die Haftung eines Vorstandsmitgliedes oder Geschäftsführers bloß deshalb angenommen worden wäre, weil der Gesellschaft Verluste entstanden seien.³⁹

2.3. Ansicht von Reich-Rohrwig

Reich-Rohrwig⁴⁰ meint mit Verweis auf die von ihm als herrschend bezeichnete Ansicht, wonach den Geschäftsführer die Beweislast dafür träge, dass er seine Sorgfaltspflicht erfüllt habe und dass der Schaden ohne sein Verschulden eingetreten sei, man solle stärker als bisher beachten, dass das Risiko der Unaufklärbarkeit, das bei dieser Art von Beweislastverteilung den Geschäftsführer träge, praktisch zu einer Erfolgshaftung führe und dem Geschäftsführer das unternehmerische Risiko der GmbH aufbürden würde. Gerade dieses solle aber die GmbH tragen.⁴¹ Hinzu kämen noch die Beweisschwierigkeiten für die Umstände und die Rahmenbedingungen für Handlungen, die uU schon längere Zeit zurücklägen und vielfach auch nicht ausführlichst dokumentiert worden seien. Deshalb – so Reich-Rohrwig – sei zwar vom Geschäftsführer eine Darlegungs- und Mitwirkungspflicht bei der Beweisführung zu verlangen, doch seien – je nach Art der behaupteten Pflichtverletzung und den Regeln des Anscheinsbeweises – schon Umstände, die die Verantwortung des Geschäftsführers erheblich in Frage stellten, als ausreichender Gegenbeweis zu werten.

2.4. Ansicht von Koppensteiner/Rüffler

Koppensteiner/Rüffler⁴² meinen, die Gesellschaft müsse beweisen, dass ihr in Folge eines Verhaltens des beklagten Geschäftsführers ein Schaden entstanden sei, wobei bei Fest-

³⁷ Runggaldier/G. Schima, Führungskräfte 234.

³⁸ Unter Verweis auf OGH 9.1.1985, 3 Ob 521/84, EvBl 1986/86 = GesRZ 1986, 97ff.

³⁹ Runggaldier/G. Schima, Führungskräfte 234.

⁴⁰ GmbH-Recht² I Rz 2/420.

⁴¹ Unter Verweis auf OGH 28.6.1990, 8 Ob 624/88, WBl 1990, 348ff, 350 = ecolex 1990, 675.

⁴² GmbHG³ § 25 Rz 29.

stehen des Schadens dem Grunde nach unter Anwendung des § 273 ZPO vorgegangen werden könne, sodass es hinsichtlich der Schadenshöhe nicht mehr auf die Beweislastregeln ankomme.⁴³ Aus der Natur des Schadens könne sich eine Vermutung dafür ergeben, dass er von den Geschäftsführern verursacht worden sei. Die Gesellschaft träge ferner die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass die Anspruchsvoraussetzungen nach § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG erfüllt seien. Sache des beklagten Geschäftsführers sei dagegen der Nachweis von Tatsachen, deren rechtliche Qualifizierung sorgfaltsgemäßes Verhalten ergäbe. Die Umkehr der Beweislast erkläre sich daraus, dass der Beklagte den besseren Zugang zu den maßgeblichen Tatsachen habe, ferner daraus, dass ein Vertragspartner der zu bestimmten Tätigkeiten verpflichtet sei, die ordnungsgemäße Erfüllung dieser Leistung beweisen müsse.⁴⁴ Mit Recht habe deshalb der OGH gefolgert, dass den Geschäftsführer Beweisobliegenheiten nicht nur hinsichtlich seines Verschuldens, sondern auch hinsichtlich der Rechtmäßigkeit seines Verhaltens träfen. Er müsse daher Tatsachen behaupten, ggf beweisen, aus denen sich ableiten ließe, dass er sich innerhalb des mit dem Amt verbundenen Verhaltensspielraums gehalten oder doch nicht schuldhaft gehandelt habe. Abgesehen davon komme nur noch der Nachweis in Betracht, der Schaden sei auch bei sorgfaltsgemäßem Verhalten eingetreten (rechtmäßiges Alternativverhalten) oder die Schädigung sei durch eine Weisung/ Zustimmung der Gesellschafter gedeckt.

*Koppensteiner/Rüffler*⁴⁵ schließen sich im Ergebnis aber der Ansicht (von der sie schreiben, sie würde sich zunehmend durchsetzen) an, dass es zumindest Sache der Gesellschaft sei, Tatsachen vorzutragen⁴⁶, aus denen ein Schluss auf pflichtwidriges Verhalten des Beklagten gezogen werden könne.⁴⁷ Wäre dies anders – so *Koppensteiner/Rüffler*⁴⁸ – müsse sich der Geschäftsführer für jede wirtschaftliche Fehlentwicklung frei beweisen, was ihm bei Fehlen von Anhaltspunkten für eine Pflichtwidrigkeit „normzweckwidrig das unternehmerische Risiko zuweisen würde.“ Es sei jedoch, so die Autoren abschließend, fraglich, ob diese Modifikation nicht ohnedies Bestandteil des Kausalitätsbeweises sei, wo zumindest substantiiert vorgebracht werden müsste, durch welche Handlung oder Unterlassung ein Schaden der Gesellschaft entstanden wäre.

2.5. Ansicht von Böhler

*Böhler*⁴⁹ setzte sich vor etwas mehr als zehn Jahren eingehend mit der Beweislastverteilung bei der Haftung von Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern⁵⁰ auseinander

⁴³ Hier Verweis auf OGH 1.9.1999, 9 Ob A 101/99i, JBl 2000, 324.

⁴⁴ Hier Verweis auf OGH 26.2.2002, 1 Ob 144/01k, GesRZ 2002, 86ff = RdW 2002/350 = ecoloex 2003/22 = wbl 2002, 325; OGH 9.1.1985, 3 Ob 521/84 EvBl 1986/86 = GesRZ 1986, 97ff.

⁴⁵ GmbHG³ § 25 Rz 29.

⁴⁶ Die Autoren sprechen nur von „vortragen“, doch kann dies richtiger Weise nur bedeuten: „auch beweisen“.

⁴⁷ Hier Verweis auf OGH 24.6.1998, 3 Ob 34/97i, SZ 71/108 = ARD 5017/30/99 = ecoloex 1998, 774ff mit Anm *Reich-Rohrwig* = GesRZ 1998, 208ff = RdW 1998, 671 = RWZ 1999, 37 mit Anm *Wenger* = wbl 1999/22.

⁴⁸ Ebenda.

⁴⁹ *Böhler* in FS Krejci 503ff.

⁵⁰ Der Begriff „Organhaftung“ ist etwas missverständlich.

und geht zunächst von § 1298 ABGB aus, wo sie *Koziols*⁵¹ abzulehnende (siehe dazu im Text) Auffassung referiert, dass bei Sorgfaltsverbindlichkeiten der Rechtswidrigkeitsbeweis vom Verschuldensbeweis kaum getrennt werden könne und daher auch bezüglich der Rechtswidrigkeit die Beweislast umzukehren sei. Der daran von *Reischauer*⁵² geäußerte Kritik sei zumindest bei der „Organhaftung“ jedoch nicht zu folgen. Während nämlich bei § 1298 ABGB auch bei bloßer Existenz einer Verschuldensvermutung selbst bei den vertraglichen Sorgfaltspflichten eine „gewisse Restbedeutung“ bliebe, weil sich der objektive Pflichtmaßstab nach dem Verhalten eines durchschnittlichen, ordentlichen Verkehrsteilnehmer bestimme, es bei der Verschuldensprüfung hingegen auf die individuellen Fähigkeiten und Kenntnisse gerade des Handelnden ankomme, stelle sich bei der Organhaftung die Situation anders dar, weil weder von der Konstellation der äußeren Verhaltenspflichten her, noch vom hier geltenden objektiven Verschuldensmaßstab aus betrachtet, sich eine vergleichbare „Restbedeutung“ feststellen ließe.⁵³

Wolle man der Beweislastumkehr bei der Geschäftsleiterhaftung die ihr zgedachte Bedeutung erhalten, scheine ein voller Beweis der Gesellschaft für die Rechtswidrigkeit bzw. die diese begründenden Umstände daher tatsächlich fragwürdig. Dies bedeute aber keineswegs, dass der Gesellschaft jeglicher Nachweis auf der Unrechtsebene erspart bleibe und tatsächlich der schlichte Nachweis einer vom Beklagten verursachten Vermögensminderung genüge.⁵⁴

Denn gerade die „vermittelnden“ Lösungen (dazu auch unten 3. und 5.4.), die zB auf der Unrechtsebene einen Anscheinsbeweis oder den Nachweis *möglicher Weise* pflichtwidrigen Verhaltens genügen ließen, beließen der Beweislastumkehr durchaus noch Bedeutung. Der vom historisierten Gesetzgeber als ratio für den heutigen § 84 Abs 2, 2. Satz AktG ins Treffen geführte Grundsatz der Beweislastverteilung nach der „Beweisnähe“ bzw. nach „Gefahrenbereichen“ sei – so *Böhler*⁵⁵ – gegen die daran geäußerte Kritik⁵⁶ zwar zu verteidigen (weil auch in den Gesetzesmaterialien darauf verwiesen sei und nach wohl überwiegender Ansicht § 1298 ABGB auch von diesem Grundsatz bestimmt wäre),⁵⁷ doch könne diese ratio es nur rechtfertigen, der Gesellschaft den *vollen* Beweis für die rechtswidrigkeitsbegründenden Umstände zu ersparen. Es erscheine daher konsequent, die Gesellschaft „*von Nachweis konkreten Tuns oder Unterlassens des Beklagten zu befreien*“,⁵⁸ nicht aber davon, darzulegen, „*dass die Schadensursache aus dem Gefahren- und Ver-*

⁵¹ *Koziol*, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/34.

⁵² *Reischauer* in *Rummel* II/2a³ § 1298 Rz 3e.

⁵³ *Böhler* in FS Krejci 503ff, 513f.

⁵⁴ *Böhler* in FS Krejci 503ff, 514. Der Umstand, dass schon bei der Schadensermittlung in vielen praktischen Konstellationen der Geschäftsleiterhaftung die Gesellschaft eine Pflichtwidrigkeit behaupten (und auch beweisen) muss, wird von *Böhler* nicht problematisiert.

⁵⁵ FS Krejci 514f.

⁵⁶ Vgl zB *Reischauer*, Entlastungsbeweis 87ff; *Reischauer* in *Rummel* II/2a³ § 1298 Rz 3a; *Welser*, Schadenersatz 68; aus neuerer Zeit vgl *G. Schima*, GesRZ 2007, 93ff, 98 mwN; *G. Schima* in *Baudenbacher/Kokott/Speitler* 369ff, 402f, 407f.

⁵⁷ *Böhler* in FS Krejci 515.

⁵⁸ *Böhler* in FS Krejci 515.

*antwortungsbereich des Beklagten stammt und den Umständen nach die Annahme begründet erscheint, dieser habe pflichtwidrig gehandelt“.*⁵⁹

Diese Sichtweise sei – so Böhler⁶⁰ – auch mit § 1298 ABGB in Einklang zu bringen, denn trotz aller Kontroversen um diese Vorschrift stehe zumindest ein gemeinsamer Nenner der unterschiedlichen Meinungen darin, dass dem Schädiger ein Entlastungsbeweis nur deshalb zumutbar sei, weil dieser durch Vorliegen eines zumindest „objektiv mit den Anforderungen des Rechts unvereinbaren Verhaltens“⁶¹ belastet sei.⁶²

Während bei der Nichterfüllung der mit den Anforderungen der Rechtsordnung nicht übereinstimmende Zustand im Ausbleiben der Leistung bestehe, verhalte es sich bei den Schutz- und Sorgfaltspflichten komplizierter. Hier müsse im Einklang mit der hM zu § 1298 ABGB⁶³ dem Geschädigten zumindest ein prima facie-Rechtswidrigkeitsbeweis auferlegt werden. Die Gesellschaft müsse daher solche Umstände nachweisen, die prima facie auf ein objektiv fehlerhaftes Verhalten schließen ließen.⁶⁴

Auch ohne Anerkennung einer Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen müsste § 84 Abs 2, 2. Satz AktG in das Vertragsrecht des § 1298 ABGB eingebettet werden, was wohl zur Folge habe, dass die Gesellschaft im Ergebnis in puncto Rechtswidrigkeit nur in den Genuss einer *Beweiserleichterung*, nicht dagegen (wie nach dem Gefahrenbereichsprinzip) einer Beweislastumkehr bzw Rechtswidrigkeitsvermutung gelange.⁶⁵

Würde man an die bloße Vermögensminderung den Entlastungsbeweis knüpfen, geriete man in gefährliche Nähe zu der einhellig und auch vom historischen Gesetzgeber abgelehnten Erfolgshaftung und würde man außerdem die Geschäftsleitung tendenziell davon abhalten, unternehmerisches Risiko einzugehen.

Abschließend meint Böhler, Entstehungsgeschichte und Teleologie legten nahe, die im AktG normierte Vermutung einer Verletzung sorgfaltswidrigen Verhaltens nicht als reine Verschuldensvermutung zu verstehen, sondern auch auf die Rechtswidrigkeit zu beziehen.⁶⁶ Voraussetzung für das Eingreifen der Vermutung sei aber, „dass die Gesellschaft zumindest solche 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. Sache des Beklagten ist es dann, nachzuweisen, dass er die gebotene Sorgfalt eingehalten hat, er also seine Pflichten erfüllt hat oder aber doch nicht schuldhaft gehandelt hat.“⁶⁷

⁵⁹ Böhler in FS Krejci 516.

⁶⁰ FS Krejci (2001) 517.

⁶¹ Vgl F. Bydlinski, JBl 1992, 347ff, 348.

⁶² Böhler in FS Krejci 517.

⁶³ Vgl Welser, Schadenersatz 66f; F. Bydlinski, JBl 1992, 347ff, 349; vgl auch Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/33.

⁶⁴ Böhler in FS Krejci 518 unter Verweis auf F. Bydlinski, JBl 1992, 347ff, 349; Welser, Schadenersatz 66f; Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/33.

⁶⁵ Böhler in FS Krejci 519 unter Verweis auf Welser, Schadenersatz 66f; Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/93 Fn 138.

⁶⁶ Diese Ausführungen stehen in gewissem Widerspruch zu den gerade zitierten, wo Böhler der Ansicht zustimmt, es handle sich in Wahrheit um eine Beweiserleichterung hinsichtlich der Rechtswidrigkeit und nicht um eine Rechtswidrigkeitsvermutung. Vielleicht ist dies bei ihr nur ein terminologisches Problem.

⁶⁷ Böhler in FS Krejci 521.

2.6. Ansicht von U. Torggler

U. Torggler⁶⁸ meint, die in den Materialien zu § 84 Abs 2, 2. Satz AktG angeführten „in der Rechtsprechung schon entwickelten Gedanken“ – womit die Judikatur des Reichsgerichtes gemeint sei – sowie der Gesetzeszweck sprächen dafür, dem Beklagten die Beweislast für jene Tatsachen aufzuerlegen, aus denen sich die Pflichtgemäßheit seines Verhaltens ergäbe.⁶⁹ Denn dieser Zweck bestehe zumindest auch darin, dem typischen Informationsdefizit der klagenden Gesellschaft Rechnung zu tragen. Diese ratio gehe zwar aus den Materialien nicht hervor, werde aber durch die Entstehungsgeschichte des § 84 Abs 2, 2. Satz AktG bestätigt. Sie erfordere es, die Beweislastumkehr auf die Tatsachen anzuwenden, die für die Einhaltung der Sorgfalt relevant seien. Anderenfalls würde der Kläger auf der Ebene der Rechtswidrigkeitsprüfung gerade in den Beweisnotstand geraten, den das Gesetz habe vermeiden wollen. U. Torggler⁷⁰ lehnt dabei auch die „vermittelnde“ Ansicht, die der OGH zB in seiner E vom 26.2.2002, I Ob 144/01k vertreten hätte, und wonach die Gesellschaft zumindest eine gewisse Behauptungslast in Bezug auf die Rechtswidrigkeit indizierende Umstände träge, weil sonst dem Geschäftsführer im Wege der Beweislastverteilung gleichsam das Unternehmerrisiko aufgebürdet werde, mit der (sowohl historisch betrachtet als auch bei Anstellung teleologischer Überlegungen klar unrichtigen) Begründung ab, dass das Gesetz genau dies bezwecke.⁷¹

Diese Behauptungs- und Beweislast für die die Pflichtgemäßheit begründenden Umstände träge den Beklagten uneingeschränkt, soweit die für die Rechtswidrigkeit relevanten Tatsachen gleichzeitig verschuldensrelevant seien, wenn also dem Beklagten allein ein schädigendes Verhalten zu Last gelegt werde. In diesem Fall obliege es dem Vorstandsmitglied bzw Geschäftsführer, zu behaupten und zu beweisen, dass sein Verhalten nicht objektiv unsorgfältig gewesen und insbesondere das eingeräumte Ermessen nicht überschritten worden sei. Im Ergebnis bedeute dies, dass Organwalter „jederzeit in der Lage sein müssen, eine ökonomisch einigermaßen plausible und nachvollziehbare Erklärung für ihre Handlungen abzugeben“.⁷²

In jenen Fällen, in denen sich die vorgeworfene Pflichtwidrigkeit nicht allein aus der Nichteinhaltung des Sorgfaltsmaßstabes bei der Erfüllung der Geschäftsführungsaufgabe ergäbe, sondern das Verhalten des Geschäftsleiters aus anderen Gründen – so zB aus der Missachtung von Satzungsbestimmungen oder Zustimmungsvorbehalten des Aufsichtsrates – als pflichtwidrig gelten müsse, liege insofern die Behauptungs- und Beweislast beim Kläger. Dieser müsse daher beweisen, dass zB ein genehmigungspflichtiges Geschäft ohne Genehmigung geschlossen worden sei. Der Beklagte müsse dann behaupten und nachweisen, dass trotz dieser „zusätzlichen Momente“ keine objektive und/oder sub-

⁶⁸ U. Torggler, ZfRV 2002, 133ff, 136ff.

⁶⁹ U. Torggler, ZfRV 2002, 133ff, 137.

⁷⁰ U. Torggler, ZfRV 2002, 133ff, 138 und explizit Fn 64.

⁷¹ Wie schon oben ausgeführt und unten noch näher erläutert, ist (gerade bei Betrachtung der Entstehungsgeschichte des Gesetzes und umso mehr bei Anlegung teleologischer Maßstäbe) das Gegenteil richtig, und zumindest das hat der OGH noch in allen seinen einschlägigen E ausdrücklich anerkannt.

⁷² U. Torggler, ZfRV 2002, 133ff, 138.

jektive Sorgfaltswidrigkeit vorläge, zB die Genehmigung wegen Gefahr im Verzug nicht eingeholt werden konnte.⁷³

2.7. Ansicht von Lehner

*Lehner*⁷⁴ liegt im Ergebnis auf der Linie der die Beweislastumkehr maximal interpretierenden Ansicht von *U. Torggler*⁷⁵. Zunächst meint *Lehner*, dass der Wortlaut von § 84 Abs 2, 2. Satz AktG für eine Beweislast des Geschäftsführers hinsichtlich der subjektiven und der objektiven Sorgfaltswidrigkeit spräche.⁷⁶

§ 84 Abs 2, 2. Satz AktG sei – und damit knüpft *Lehner* an die schon von *U. Torggler* vertretene Sichtweise an – ein Kompromiss zwischen einem Erfolgs- und einem Verschuldenshaftungsmodell.⁷⁷

Interessanter Weise verwirft *Lehner* unter Hinweis auf die (unbestreitbare) Tatsache, dass Haftungsprozesse gegen Geschäftsführer typischer Weise erst nach deren Ausscheiden aus dem Unternehmen geführt würden, das Argument der Beweisnähe, gelangt aber dennoch – ganz im Einklang mit *U. Torggler* (siehe oben) – dazu, dass den Geschäftsführer die Behauptungs- und Beweislast für jene Tatsachen träfe, aus denen sich die Pflichtgemäßheit des Verhaltens ableiten lasse. Denn es sei überzeugend, dass eine Einschränkung der Beweislastumkehr auf das Verschulden der Regelung die Bedeutung nehmen würde, weil mit dem Nachweis der die Rechtswidrigkeit begründenden Umstände das Verschulden in der Regeln bereits mitbewiesen sei und für die Beweislastumkehr kein Raum mehr verbliebe. Somit sei es Sache des Geschäftsführers, zu behaupten und zu beweisen, dass sein Verhalten weder subjektiv noch objektiv sorgfaltswidrig gewesen sei. Er habe sich sowohl hinsichtlich des Verschuldens als auch der Rechtswidrigkeit seines Verhaltens zu entlasten.⁷⁸

3. Rechtsprechung des OGH

In einer vor zwei Jahren erschienenen Arbeit⁷⁹ habe ich der Rsp zum Problem der Beweislastverteilung bei der Geschäftsleiterhaftung einen „Zick-Zack-Kurs“ attestiert. Die-

⁷³ *U. Torggler*, ZfRV 2002, 133ff, 138.

⁷⁴ *Lehner*, Die Beweislastverteilung bei der GmbH-Geschäftsführerhaftung, GesRZ 2005, 128ff, 133f.

⁷⁵ Bei dem die Verfasserin anscheinend als Studentin tätig war. Zum Zeitpunkt des Erscheinens des Manuskripts hatte sie ihr Studium noch nicht abgeschlossen (siehe den Hinweis bei *Lehner*, GesRZ 2005, 128 vor der 1. Fn).

⁷⁶ Damit steht *Lehner* freilich ziemlich allein da, denn dies wird selbst vom OGH in seiner „vorstandsfeindlichsten“ E anders gesehen (vgl OGH 16. März 2007, GesRZ 2007, 271ff mit Anm *U. Torggler* = GeS 2007, 243 = ccolex 2007, 262 = RdW 2007, 684 = wbl 2007, 247). Dass der gesetzliche Wortlaut eher für eine Beweislast des Geschäftsleiters nur betreffend das Verschulden spricht, ist auch in Deutschland weitgehend unbestritten: vgl *Goette*, ZGR 1995, 648ff, 672 mwN in FN 116; aM offenbar *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts § 11 Rz 71, der sich freilich zu Unrecht auf *Goette* beruft, weil dieser das Gegenteil vertritt.

⁷⁷ *Lehner*, GesRZ 2005, 128ff, 131. Das ist indes nicht zutreffend, wie die Entstehungsgeschichte der Norm klar belegt.

⁷⁸ *Lehner*, GesRZ 2005, 128ff, 133.

⁷⁹ *G. Schima* in *Baudenbacher/Kokott/Speitler* 369ff, 404.

ser Befund hat sich seither leider verstärkt, weil das Höchstgericht vor kurzem seiner Rsp eine „neue Zacke“ hinzugefügt hat, die geradezu das Gegenteil von dem besagt, was der bis dahin jüngsten einschlägigen E zu entnehmen war.

3.1. OGH 9.1.1985, 3 Ob 521/84

In der schon erwähnten E des OGH aus 1985⁸⁰ ging es um die einzige Geschäftsführerin und Gesellschafterin einer GmbH, die Gesellschaftsvermögen für eigene Zwecke verwendet und sich selbst (ohne Bestellung eines Kollisionskurators) ein unverzinsliches Darlehen in beträchtlicher Höhe gewährt hatte. Der OGH verwendete in dieser E die berühmte „Mertens'sche Formel“⁸¹ und führte aus, dass die Gesellschaft zur Begründung ihres Schadenersatzanspruches darzutun habe, dass ihr Vermögen zweckwidrig beeinträchtigt worden sei und die Möglichkeit eines Zurechnungszusammenhangs zwischen der Vermögensminderung und einer Handlung oder Unterlassung eines Geschäftsführers bestünde. Dem Geschäftsführer obliege dann die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass er die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes erfüllt habe oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden wäre oder dass ihm das Einhalten des Sorgfaltsgebotes unverschuldet unmöglich gewesen sei. Diese Umkehr der Beweislast im Hinblick auf die Rechtswidrigkeit – so der OGH – und subjektive Vorwerfbarkeit einer Schädigung einer Gesellschaft erkläre sich aus der Beweisnähe des Geschäftsführers und werde durch die allgemeine Regel gestützt, dass ein Vertragspartner, der zu bestimmten Tätigkeiten verpflichtet sei, die ordnungsgemäße Erfüllung dieser Leistung beweisen müsse.

Ohne dass dies der OGH ausdrücklich aussprach, liegt in dieser Formel eindeutig eine Erleichterung beim Kausalitätsnachweis, weil zwischen dem Schaden (den der OGH in Anlehnung an *Mertens* damals noch als „*zweckwidrige Vermögensbeeinträchtigung*“ definierte) und dem (man muss wohl ergänzen: zumindest potenziell objektiv-sorgfaltswidrigen) Verhalten des Geschäftsführers musste ja nur die „*Möglichkeit eines Zurechnungszusammenhangs*“ dargelegt werden.⁸² Außerdem konnte diese Formel, richtig verstanden, auch nicht als volle Beweislastumkehr in puncto Rechtswidrigkeit interpretiert werden, auch wenn der OGH das Gegenteil behauptete. Denn wenn davon die Rede ist, dass die Gesellschaft eine „*Handlung oder Unterlassung des Geschäftsführers*“ beweisen müsse und die Möglichkeit eines Zurechnungszusammenhangs mit dem (behaupteten und bewiesenen) Schaden, dann kann es sich dabei nur um ein Tun oder Unterlassen handeln, das zumindest *potenziell* sorgfaltswidrig ist.

3.2. OGH 24.6.1998, 3 Ob 34/97i

Auch in dem der E des OGH vom 24.6.1998⁸³ zugrunde liegenden Sachverhalt ging es um die Geltendmachung einer Forderung gegen einen Geschäftsführer durch Gläubiger

⁸⁰ OGH 9.1.1985, 3 Ob 521/84, EvBl 1986/86 = GesRZ 1986, 97ff.

⁸¹ Unter Verweis auf *Mertens* in *Hachenburg*, GmbHG⁷ § 43 Rz 66.

⁸² So schon ausführlich *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 231ff; *G. Schima* in *Baudenbacher/Kokott/Speitler* 369ff, 404.

⁸³ OGH, 24.6.1998, 3 Ob 34/97i, eolex 1998, 774ff mit Anm *Reich-Rohrwig*.

der GmbH, die sich den Schadenersatzanspruch der Gesellschaft pfänden und zur Einziehung überweisen ließen. Der beklagte Geschäftsführer hatte die GmbH bei der Gründung einer Gesellschaft vertreten, an der die GmbH und die beiden Kläger beteiligt sein sollten. Die Eintragung der Gesellschaft ins Firmenbuch war jedoch an der Nichteinzahlung der von der GmbH, die der Beklagte leitete, übernommenen Stammeinlage in Höhe von ATS 37,6 Mio gescheitert. Der beklagte Geschäftsführer hatte auch die GmbH bei der Fassung der Gesellschafterbeschlüsse vertreten, mit denen die Anstellungsverträge der beiden Kläger (die offenbar als Geschäftsführer der zu gründenden GmbH vorgesehen waren) abgeschlossen wurden. Die GmbH, die der Beklagte leitete, wurde wegen ihres vertragswidrigen Verhaltens gegenüber den Klägern zum Schadenersatz verurteilt, die Kläger pfändeten die Schadenersatzforderung der GmbH gegen den Beklagten und begeherten von diesem die gegen die GmbH zugesprochenen Beträge letztlich erfolgreich.

In dieser E führte der OGH aus, dass die Gesellschaft im Prozess auch „*Tatsachen vortragen*“ – dies kann nur bedeuten: auch *beweisen*⁸⁴ – müsse, aus denen ein „*Schluss auf die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens*“ des Geschäftsführers gezogen werden könne. Interessant ist, dass der OGH diese Position, die den „vermittelnden Lösungen“ entspricht, die zwischen der vollen Beweislastumkehr auch in puncto Rechtswidrigkeit und der Zuweisung der Beweislast für die Rechtswidrigkeit an die Gesellschaft angesiedelt sind⁸⁵, aufgrund eines Hinweises in der Revision des beklagten Geschäftsführers einnahm, der darauf aufmerksam gemacht hatte, dass die Rsp des BGH bei völlig vergleichbarer Rechtslage mit der des OGH nicht übereinstimme, weil der BGH der Gesellschaft auch die Behauptungs- und Beweislast für jene Tatsachen zuweise, aus denen sich ergebe, dass der Geschäftsführer einer ihm obliegenden Pflicht objektiv nicht ausreichend nachgekommen sei.

Der die Gesellschaft nach dieser Sichtweise treffenden Behauptungs- und Beweislast seien die Kläger hier nachgekommen. Sie hätten dargetan, dass der Beklagte sich als Geschäftsführer der GmbH von vornherein nicht auf ein Projekt und den Abschluss des Gesellschaftsvertrages sowie der Anstellungsverträge hätte einlassen dürfen, wenn die GmbH zur Finanzierung des Projektes in vorhersehbarer Weise nicht in der Lage gewesen sei.⁸⁶

Die Mertens'sche Formel findet sich in der E aus 1998 nicht mehr und auch kein Hinweis auf einen *prima facie*-Beweis bei der Kausalität. Vielmehr spricht der OGH vom „*Nachweis der Kausalität*“.⁸⁷

⁸⁴ G. Schima in Baudenbacher/Kokott/Speitler 369ff, 404.

⁸⁵ G. Schima in Baudenbacher/Kokott/Speitler 369ff, 404.

⁸⁶ Der Beklagte hatte im Verfahren vorgetragen, die Unterlassung der Einzahlung der (halben) Stammeinlage habe dem Schutz des Vermögens der von ihm geleiteten GmbH gedient (weil sich diese die Einlage eben nicht habe leisten könne). Dass *darin* kein tauglicher Einwand gegen die Verletzung einer klaren vertraglichen Einzahlungsverpflichtung der GmbH liegen kann, bedarf keiner weiteren Erörterung.

⁸⁷ Darauf hinweisend Runggaldier/G. Schima, Manager-Dienstverträge³ 160; G. Schima, GesRZ 2007, 93ff, 97; G. Schima in Baudenbacher/Kokott/Speitler 369ff, 404 Fn 162.

3.3. OGH 26.2.2002, 1 Ob 144/01k

In einer weiteren E vom 26.2.2002⁸⁸ ging es nicht um die Haftung von Geschäftsleitern, sondern von Aufsichtsratsmitgliedern. Diese E beendete eine rund 25 Jahre lange Phase, in der es in Österreich keinerlei Rsp zur Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern gegeben hatte.⁸⁹ Die Reichweite der Beweislastverteilung musste der OGH in diesem E nicht klären. Er verwies auf die E aus 1998⁹⁰, ließ aber gewisse Skepsis gegenüber dieser nur vier Jahre alten E durchklingen und meinte, es solle „nicht verhehlt werden ... dass diese Beweislastumkehr ohne praktische Bedeutung bliebe, würde man sie bloß auf das Verschulden beschränken, weil jene Fälle, in denen dem Organmitglied trotz pflichtwidrigen Handelns kein Verschulden zur Last fällt, äußerst selten sein werden.“⁹¹ Außerdem lasse sich „die Beweislastumkehr zwanglos mit der Beweishäufigkeit der Organmitglieder rechtfertigen“.⁹²

Das Höchstgericht betonte auch hier, dass Aufsichtsratsmitglieder ebenso wenig wie Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer mit einer Erfolgshaftung belastet seien und sie nicht das Unternehmerrisiko, dh vor allem nicht das Risiko zu tragen hätten, dass sich Maßnahmen in Folge unvorhersehbarer Änderung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen als nachteilig erwiesen oder dass sorgfältig erstellte Prognosen nicht zuträfen.

Die weiteren Ausführungen des OGH zur Problematik des rechtmäßigen Alternativverhaltens liegen ganz auf der insoweit unbestrittenen schadenersatzrechtlichen Linie von Lehre und Rsp. Dem Organmitglied stehe, so der OGH, auch der Nachweis offen, dass der Schaden selbst bei pflicht- und sorgfaltsgemäßem Handeln (rechtmäßigem Alternativverhalten) entstanden wäre. Da der Kläger den Beklagten aber bloß Unterlassungen zur Last lege, wäre deren Haftung schon wegen fehlender Kausalität zu verneinen, wenn derselbe Nachteil auch bei pflichtgemäßem positivem Tun erwachsen wäre.⁹³ Diesen Kausalzusammenhang habe aber der Kläger zu beweisen.⁹⁴

⁸⁸ OGH 26.2.2002, 1 Ob 144/01k, GesRZ 2002, 86ff = RdW 2002/350 = ecolex 2003/22.

⁸⁹ Die letzte derartige E war die berühmte „Krauland-E“ des OGH vom 31.5.1977, 5 Ob 306/76, EvBl 1978/4 = JBl 1978, 158ff = AG 1983, 81.

⁹⁰ OGH 27.6.1998, 3 Ob 34/97i, SZ 71/108 = ecolex 1998, 774ff mit Anm Reich-Rohrwig.

⁹¹ OGH 26.2.2002, 1 Ob 144/01k, GesRZ 2002, 86ff, 90 = RdW 2002/350 = ecolex 2003/22 = wbl 2002, 325.

⁹² Dies unter Verweis auf G. Frotz, GesRZ 1982, 98ff, 105.

⁹³ Dass das grundsätzlich so ist, dürfte weitgehend unbestritten sein: vgl Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 8/63; Kodek in Kletečka/Schauer § 1295 Rz 9; Karollus, Schutzgesetzverletzung 392f; Burgstaller, Fahrlässigkeitsdelikt 131f.

⁹⁴ Ob das im Anlassfall richtig war, kann man indes bezweifeln. Denn hier stellte sich mE schon die Frage, ob nicht die mangelnde Erfüllung ganz konkreter Handlungspflichten der Aufsichtsratsmitglieder angesprochen war, bei der sich der Vergleich mit jener Fallkonstellation anbietet, dass ein Schädiger eine Unterlassung durch Verletzung einer ihm obliegenden Aufklärungspflicht begeht und dann nach wohl weitgehend einhelliger Ansicht mit der vollen Behauptungs- und Beweislast für den hypothetischen Kausalverlauf belastet ist, also bei der Berufung auf rechtmäßiges Alternativverhalten – obwohl es hier um eine Frage der (sonst vom Geschädigten zu beweisenden!) Kausalität geht – den vollen Nachweis erbringen muss, dass sich die Risikoerhöhung im konkreten Fall nicht ausgewirkt hat (vgl Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/12 mwN in FN 46); siehe auch die „Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens“ zB in der Rsp des BGH zur Verschweigung bestimmter, dem Anleger offen zu legenden Provisionen beim Wertpapiervertrieb).

Bei der „zwangslosen“ Rechtfertigung des Grundsatzes der Beweisnähe schien dem OGH – wie ich schon früher kritisierte⁹⁵ – gar nicht in den Sinn zu kommen, dass Schadenersatzansprüche gegen Organmitglieder so gut wie immer (!) nach Ausscheiden aus dem Unternehmen geführt werden und damit zumindest der Aspekt der leichteren Zugänglichkeit zur Beweisführung sich geradezu ins Gegenteil verkehrt.

3.4. OGH 16.3.2007, 6 Ob 34/07d

2007 kam dann die „kalte Dusche“ für Geschäftsleiter. In einem Fall, in dem die Pflichtwidrigkeit des beklagten Geschäftsführers ganz eindeutig feststand⁹⁶, äußerte sich der OGH⁹⁷ ziemlich eingehend zur Beweislastverteilung und schwenkte auf einen ganz „harten Kurs“ ein.⁹⁸ Obwohl klar war, dass der beklagte Geschäftsführer zustimmungslos In-sich-Geschäfte abgeschlossen und damit rechtsgrundlose Vermögensverschiebungen zum Nachteil der klagenden GmbH bewirkt hatte, fühlte sich das Höchstgericht bemüht, in wenig tiefschürfender Weise auszuführen, dass „nach neuerer Auffassung“ die Beweislastumkehr des § 84 Abs 2, 2. Satz AktG (die der OGH auch auf § 25 GmbHG bezog) auch für die objektive Pflichtwidrigkeit, also die Rechtswidrigkeit gelte. Dies entspräche, so der OGH, „auch der neueren Lehre“.⁹⁹ Die E aus 1985¹⁰⁰ bezeichnete der OGH als „vereinzelte“¹⁰¹, wobei nicht ganz klar ist, ob sich diese Einschätzung (immerhin hatte der OGH 1985 die berühmte und in der deutschen Höchstgerichts-Judikatur damals dominierende „Mertens'sche Formel“ übernommen) nur auf die Ablehnung der – insoweit in der Tat nicht überzeugenden¹⁰² – These von Mertens bezog, dass als Schaden bloß eine „zweckwidrige“ Vermögensbeeinträchtigung in Betracht komme, oder der OGH sich auch sonst von dieser E umfassend verabschieden wollte. Dass Studium der E aus 2007 spricht klar für letzteres.

Es sei Sache des Geschäftsführers, zu behaupten und zu beweisen, dass sein Verhalten weder subjektiv noch objektiv sorgfaltswidrig gewesen sei; er habe sich somit sowohl

⁹⁵ G. Schima in Baudenbacher/Kokott/Speitler 369ff, 404f.

⁹⁶ Vgl den Sachverhalt in GesRZ 2007, 271.

⁹⁷ OGH 16.3.2007, 6 Ob 34/07d, GesRZ 2007, 271ff mit Anm U. Torggler = GcS 2007, 243 = ecolex 2007, 262 = RdW 2007, 684 = wbl 2007, 247.

⁹⁸ Vgl G. Schima in Baudenbacher/Kokott/Speitler 369ff, 405: „Radikal vorstandsfeindliche Lösung in puncto Beweislastverteilung“.

⁹⁹ Es entbehrt nicht einer gewissen Pikanterie, dass der OGH sich für diese Aussage auf eine einzige Literaturstelle bezog, die von einer Autorin stammt, welche – bei allem Respekt gegenüber vielversprechendem Nachwuchs – bei Veröffentlichung des Manuskriptes noch nicht einmal das rechtswissenschaftliche Studium abgeschlossen hatte (Lehner, GesRZ 2005, 128ff, 133).

¹⁰⁰ OGH 9.1.1985, 3 Ob 521/84 EvBl 1986/86 = GesRZ 1986, 97ff.

¹⁰¹ Kritik daran von G. Schima in Baudenbacher/Kokott/Speitler 369ff, 405.

¹⁰² Vgl jüngst Schauer, zum Schadensbegriff bei der Haftung der Organe im Gesellschaftsrecht, FS G. Roth (2011) 687ff, 692f, dessen Begründung für die Ablehnung des Mertens'schen Schadensbegriffes freilich nicht überzeugt. Denn dass mit dem Begriff der „zweckwidrigen Vermögensbeeinträchtigung“ die Pflichtwidrigkeit auf die Ebene des Schadensbegriffes getragen würde (so ua Schauer, FS G. Roth [2011] 687ff, 692 mwN), kann man dem Mertens'schen Konzept nicht zum Vorwurf machen, weil sich bei der Geschäftsleiterhaftung der Schaden ohne (uU intensive) Auseinandersetzung mit dem Vorliegen einer Pflichtwidrigkeit gar nicht festmachen, geschweige denn der Höhe nach ermitteln lässt.

hinsichtlich des Verschuldens als auch der Rechtswidrigkeit seines Verhaltens zu entlasten.¹⁰³

Dabei handle es sich, so der OGH abschließend, um eine echte Beweislastumkehr, nicht um einen bloßen prima facie-Beweis. Deshalb reiche es auch für die Entlastung des Geschäftsführers – entgegen *Reich-Rohrwig*¹⁰⁴ – nicht aus, dass der Geschäftsführer zu seiner Entlastung Umstände dartue, die seine Verantwortung ernstlich in Zweifel zögen. Vielmehr gingen nach Ausschöpfung aller verfügbaren Beweismittel allenfalls verbleibende Unklarheiten zu Lasten des Beklagten, der diese durch entsprechend sorgfältige Vorgangsweise bei der Ausübung seines Amtes und der Dokumentation von vornherein hätte vermeiden können.

Für die von ihm zur Untermauerung seiner Ansicht ins Treffen geführte Behauptung, die Beweislast sei „sonst ohne praktische Bedeutung“, blieb der OGH – abgesehen vom Verweis auf seine diesbezüglich noch oberflächlichere E aus 2002 – jeden schlüssigen Beleg schuldig.¹⁰⁵ Es findet sich in dem E auch nichts mehr über die in den einschlägigen Erörterungen meist angestellte „Gegenprobe“, ob die als sachgerecht empfundene Beweislastverteilung nicht etwa zur (vom Gesetzgeber und auch – insoweit richtig – vom OGH stets abgelehnten) Erfolgshaftung der Geschäftsleiter führen könne.

3.5. OGH 21.12.2010, 8 Ob 6/10f

Konnte man nach dieser E zwar hoffen, dass die Rsp sich einmal vielleicht doch die Mühe machen würde, ein wirklich sorgfältig durchargumentiertes und anhand praktischer Beispiele erprobtes Beweislastverteilungskonzept zu präsentieren, so musste man zumindest damit rechnen, dass sich damit das Höchstgericht positioniert hatte. Niemand hätte daher wohl erwartet, in einer E des OGH vom 21.12.2010¹⁰⁶ folgenden Passage (auf Seite 19 unten der Urteilsausfertigung) zu lesen:

„Die Gesellschaft hat den Schaden dem Grunde und der Höhe nach, die Kausalität, die adäquate Verursachung und die inhaltliche Pflichtwidrigkeit oder die objektive Sorgfaltspflichtsverletzung, nicht aber ein Verschulden zu behaupten und zu beweisen. Dem Vorstandsmitglied obliegt dagegen der Beweis, dass sein Verhalten subjektiv nicht sorgfaltswidrig war (RIS-Justiz RS0121916- Strasser aaO §§ 77-84 AktG, Rz 108 mwN; Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1298 Rz 4-4c, 28).“

Liest man dies, dann gibt es nicht nur keine Beweislastumkehr zu Lasten der Geschäftsleiter, sondern auch keinerlei Beweiserleichterung für die Gesellschaft, und auch § 1298 ABGB und die darüber geführte Diskussion scheint wie weggeblasen.

Insoweit mutet es fast ein wenig satirisch an, wenn *Schauer*¹⁰⁷ jüngst meinte, Lehre und Rsp in Österreich hätten auf die Frage der Beweislastverteilung bei der Geschäftsleiterhaftung „schon vor längerer Zeit eine Antwort gefunden“. Diesem Satz kann man

¹⁰³ Auch hier der Verweis bloß auf *Lehner*, GesRZ 2005, 128ff, 133.

¹⁰⁴ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 2/420.

¹⁰⁵ *G. Schima* in *Baudenbacher/Kokott/Speitler* 369ff, 405.

¹⁰⁶ OGH 21.12.2010, 8 Ob 6/10f, GesRZ 2011, 230 mit Glosse von *Ratka* = wbl 2011/144 = ÖBA 2011/1712 = RdW 2011, 139 = ZFR 2011, 175 = ecolex 2011, 505.

¹⁰⁷ *Schauer* in FS G.Roth 687ff, 697.

nur dann nicht widersprechen, wenn man das Wort „eine“ nicht als Zahlwort, sondern als unbestimmten Artikel begreift. „Gefunden“ wurden nämlich – wie die Darlegung der Rsp noch deutlicher als die der Lehrmeinungen zeigt – ein ganzen Bündel von einander zum Teil stark widersprechender Aussagen, die mE vor allem eines gemein haben: hochgradige Praxisferne.

4. Diskussion in Deutschland

In Deutschland verläuft die Diskussion ganz ähnlich wie in Österreich und auch das Meinungsspektrum ist ähnlich abgesteckt.¹⁰⁸

Auch in Deutschland kreist die Diskussion seit jeher um die Frage, ob die aktienrechtliche Anordnung in § 93 Abs 2 dAktG als Beweislastumkehr auch in puncto Rechtswidrigkeit zu verstehen ist und ob – bejahendenfalls – es sich um eine volle Beweislastumkehr handelt oder nur um eine Beweiserleichterung insofern, als die Gesellschaft zumindest jene Tatsachen vorzutragen und zu beweisen hat, aus denen sich nach vernünftigem kaufmännischem Ermessen der Schluss auf eine Pflichtwidrigkeit des Vorstandsmitgliedes ziehen lässt.¹⁰⁹ Die deutsche Beweislastregel lautet freilich etwas anders als die österreichische: „Ist streitig, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, so trifft sie die Beweislast.“

Dies bedeutet aber – das zeigt die deutsche Diskussion im Vergleich zur österreichischen – keine materiell-rechtliche Abweichung gegenüber der österreichischen Regelung.¹¹⁰ Die wohl hM¹¹¹ in Deutschland spricht zwar von einer Beweislastumkehr in puncto Rechtswidrigkeit, meint aber mE der Sache nach überwiegend nur eine eingeschränkte Beweislastumkehr im Sinne einer Beweiserleichterung, wenn gesagt wird, dass die Gesellschaft – neben Schaden und adäquater Kausalität – ein positives Tun oder eine Unterlassung behaupten und nachweisen muss, das dem Vorstandsmitglied als möglicher Weise pflichtwidrig vorgeworfen wird.¹¹² Die entscheidende Frage ist, was man unter diesem „möglicher Weise pflichtwidrigen Verhalten“ verstehen will. Es muss sich eindeutig um mehr handeln als bloß um „irgendein“ Verhalten, das nach der *conditio sine qua non*-Formel kausal sein könnte.¹¹³

¹⁰⁸ Vgl dazu komprimiert G. Schima in Baudenbacher/Kokott/Speitler 369ff, 402f mwN.

¹⁰⁹ Instruktiv die Darlegung der historischen Entwicklung, insb der Rsp bei Goette, ZGR 1995, 648ff und zur Gesetzgebungsgeschichte 668ff.

¹¹⁰ Vgl eine komprimierte Darstellung des Meinungsstandes bei Hüffer, AktG⁹ § 93 Rz 16 mwN.

¹¹¹ Vgl für alle Hopt in GroßKomm AktG⁴ § 93 Rz 285f; vgl auch Hopt/M. Roth in GroßKomm AktG⁴ Nachtrag § 93 Rz 67, wo die Autoren „ökonomische Zweifel“ an der herrschenden Auffassung von der Beweislastverteilung artikulieren.

¹¹² Vgl für alle Hüffer, AktG⁹ (2010) § 93 Rz 16 mwN.

¹¹³ Auch in Deutschland dürfte kaum jemand vertreten, dass es bei der Veruntreuung eines nachgeordneten Mitarbeiters zum Schaden der Gesellschaft für die Darlegung der Haftung des Vorstandsmitgliedes ausreicht, wenn die Gesellschaft den Schaden (dies wäre im gewählten Beispiel einfach) und den Umstand nachweist, dass vor 15 Jahren das betreffende Vorstandsmitglied diesen Mitarbeiter persönlich eingestellt habe. Im gewählten Beispiel müsste vielmehr wohl ein Umstand nachgewiesen werden, der zB auf eine von verkehrsüblichen Grundsätzen abweichende, mangelhafte Kontrolle dieses Mitarbeiters oder das Fehlen interner Kontrollsysteme hindeutet.

Mit Österreich hat Deutschland in diesem Zusammenhang gemeinsam, dass die Diskussion um die Beweislastverteilung weder in der Lehre noch in der Rsp zur Ruhe kommt.¹¹⁴

Der BGH vollzog ebenfalls eine ziemlich weite Wanderung zwischen verschiedenen Positionen. Während in früheren Entscheidungen ausgesprochen wurde, dass die objektive Pflichtwidrigkeit von der Gesellschaft zu beweisen sei, aber Beweiserleichterungen zu ihren Gunsten in Betracht kämen¹¹⁵, hat nach einer Grundsatzentscheidung des deutschen Höchstgerichtes aus dem Jahr 2002¹¹⁶ zu gelten, dass die Beweislast auch bezüglich der Pflichtverletzung (Rechtswidrigkeit) beim Vorstandsmitglied liegt. Eine reine Beweislastumkehr vertritt der BGH auch betreffend die Rechtswidrigkeit indes nicht, denn seiner Ansicht nach muss die Gesellschaft einen Schaden beweisen und dessen Verursachung durch ein Verhalten (Tun oder Unterlassen) des Organmitgliedes darlegen und beweisen, wobei es sich um ein Verhalten handeln muss, das „als pflichtwidrig in Betracht kommt, sich also insofern als möglicher Weise pflichtwidrig darstellt“.¹¹⁷

Wie ich schon in einer früheren Publikation feststellte¹¹⁸, entspricht diese Sichtweise weitgehend der „vermittelnden Lösung“ des OGH in seiner E aus 1998¹¹⁹, von der sich der OGH 2007¹²⁰ aber wieder entfernte und (anscheinend) eine vollständige Beweislastumkehr bezüglich der Rechtswidrigkeit vertrat, um Ende 2010 völlig unvermittelt in einem obiter dictum die Auffassung zu vertreten, die Gesellschaft träge neben der Beweislast für Schaden und adäquate Kausalität auch der volle (!) Beweis für die Rechtswidrigkeit.¹²¹

Auch der deutschen Diskussion ist ein gewisses Maß an Praxisferne nicht abzusprechen; immerhin gibt es aber Stimmen, die der herrschenden Ansicht betreffend die Beweislastverteilung bei der Geschäftsleiterhaftung vorhalten, dass an ihr „ökonomische Zweifel“ angebracht seien.¹²²

Mit der Kodifizierung der Business Judgment Rule in Deutschland durch das UMAG 2005 wurde eine unwiderlegliche Vermutung¹²³ pflichtkonformen Verhaltens gesetzlich verankert, die greift, wenn die in § 93 Abs 1 dAktG statuierten Voraussetzungen für die Anwendung der Business Judgment Rule erfüllt sind. Diese Voraussetzungen muss freilich – und darin liegt, wie schon mehrfach betont, die ganz grundlegende Abweichung vom US-amerikanischen Vorbild – der Geschäftsleiter beweisen.¹²⁴

¹¹⁴ G. Schima in Baudenbacher/Kokott/Speitler 369ff, 402.

¹¹⁵ Vgl zB BGH WM 1980, 1190; BGH WM 1992, 223f; BGH ZIP 1994, 872f.

¹¹⁶ BGHZ 152, 280ff, 283 zur GmbH und BGH NZG 2002, 195ff, 197 zur Genossenschaft.

¹¹⁷ BGHZ 152, 280ff, 284.

¹¹⁸ G. Schima in Baudenbacher/Kokott/Speitler 369ff, 403.

¹¹⁹ OGH 24.6.1998, 3 Ob 34/97i, SZ 71/108 = ARD 5017/30/99 = ecolex 1998, 774ff mit zust Anm Reich-Rohrwig = GesRZ 1998, 208ff = RdW 1998, 671 = RWZ 1999, 37 mit Anm Wenger = wbl 1999/22.

¹²⁰ OGH 16.3.2007, 6 Ob 34/07d, GesRZ 2007, 271ff = ecolex 2007/262 = RdW 2007/684 = wbl 2007/247 = GeS 2007, 243.

¹²¹ OGH 21.12.2010, 8 Ob 6/10f, GesRZ 2011, 230 mit Glosse von Ratka = wbl 2011/144 = ÖBA 2011/1712 = RdW 2011, 139 = ZFR 2011, 175 = ecolex 2011, 505.

¹²² Hopt/M. Roth in GroBKomm AktG⁴ Nachtrag § 93 Rz 67.

¹²³ Vgl für alle Hüffer, AktG⁹ § 93 Rz 4c, der darauf hinweist, dass es sich – anders als bei § 93 Abs 2, 2. Satz dAktG – nicht nur um eine bloße Beweislastregel handle.

¹²⁴ Vgl G. Schima in Baudenbacher/Kokott/Speitler 369ff, 393f, 402.

5. Eigene Auffassung

5.1. Wille des historischen Gesetzgebers und Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen/Nähe zum Beweis

Es ist nicht zu leugnen, dass der historische Gesetzgeber – der in den Beratungen während der Weimarer Republik sogar eine Erfolgshaftung erwog¹²⁵ – eine solche zwar letztlich klar ablehnte, aber ungeachtet der klaren Statuierung einer Verschuldenshaftung (die entgegen *U. Torggler*¹²⁶ auch nicht von einem „Garantiegedanken“ getragen ist) der Gesellschaft Beweiserleichterungen verschaffen wollte, weil befürchtet wurde, dass sonst Geschäftsleiter nie belangt werden könnten.

Dennoch ist es bemerkenswert, dass uralte Sätze wie jener, dass die Gesellschaft ohne Beweiserleichterung/ Beweislastumkehr den Geschäftsleitern „schutzlos ausgeliefert“ wäre¹²⁷, in der aktuellen Diskussion der letzten Jahre kritiklos verwendet werden¹²⁸, obwohl doch die Rechtsrealität ein ganz anderes Bild zeigt. Denn es ist ja nicht nur so, dass – was zumindest gelegentlich in der Diskussion anklingt, wenn auch zu wenig gewürdigt wird – so gut wie ausnahmslos jeder Geschäftsleiter, gegen den ein Schadenersatzprozess geführt wird, aus dem Unternehmen ausgeschieden ist und keinerlei Zugang zu Unterlagen mehr hat; vielmehr kommt hinzu, dass heutzutage vor der Einleitung von Schadenersatzprozessen gegen (ehemalige) Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer – je nach Unternehmensgröße, finanzieller Leistungskraft der Gesellschaft und Schwere der Vorwürfe – ganze Teams von Wirtschaftsprüfern, Rechtsanwälten und Forensikern in das Unternehmen geschickt werden, die wochen- und monatelang jedes Blatt Papier und jedes E-Mail umdrehen und am Schluss mehrere hundert Seiten starke Berichte liefern, denen eigentlich nichts entgehen sollte.

Es ist daher fast bizarr, wenn noch immer das Prinzip der Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen bzw der Nähe zum Beweis bemüht wird, um eine (gar volle) Beweislastumkehr in puncto Rechtswidrigkeit zu Gunsten der Gesellschaft zu rechtfertigen.

Was diesen Grundsatz anbelangt, so wurde bereits darauf hingewiesen, dass er selbst im allgemeinen Zivilrecht umstritten ist. Wie *Welser*¹²⁹ zutreffend ausführte, ist dieses Beweislastprinzip schon deshalb abzulehnen, weil es gleichermaßen im Vertrags- wie im Deliktsrecht gelten müsste, was aber eindeutig der österreichischen Rechtsordnung widerspricht. Meist wird das Konzept der Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen und jenes nach der Beweishöhe als *ein* Prinzip betrachtet, was grundsätzlich auch logisch erscheint, weil derjenige, aus dessen Gefahrenbereich die Schadensursache stammt, üblicher Weise näher am Beweis ist. Dies gilt aber gerade bei der Geschäftsleiterhaftung in Anbetracht der dargestellten Umstände nicht. Die Nähe zum Beweis verliert der Geschäftsleiter – sofern er nicht (widerrechtlich) alle relevanten Daten der Gesellschaft bei Aus-

¹²⁵ Vgl. *Goette*, ZGR 1995, 648ff, 668f.

¹²⁶ Vgl. *U. Torggler*, ZfRV 2002, 133ff, 137 in FN 61.

¹²⁷ Vgl. die Nachweise bei *Goette*, ZGR 1995, 648ff, 669f mwN (diese Befürchtungen wurde schon in den Beratungen über den Entwurf eines deutschen Gesetzes über die AG und die KGaA aus 1884 geäußert).

¹²⁸ Vgl. *U. Torggler*, ZfRV 2002, 133ff, 138; *Lehner*, GesRZ 2005, 128ff, 133.

¹²⁹ *Welser*, Schadenersatz 69, 73, 96.

scheiden mitgenommen hat – mit diesem Ausscheiden, und der Umstand, dass die mögliche Schadensursache „aus seinem Bereich“ bzw seiner Sphäre stammt, hilft ihm bei der Beweisführung dann nicht mehr. Im Gegensatz dazu prüfen die Vertreter und Beauftragten der Gesellschaft in solchen Fällen mit den modernsten Mitteln die Schadensursache.

In der heute herrschenden Unternehmensverfassungsrealität des beginnenden 21. Jahrhunderts kann nicht mehr davon gesprochen werden, dass Gesellschaften den Geschäftsleitern „schutzlos ausgeliefert“ sind. Dies mag auf die „Gutsherrenart“¹³⁰ zugetragen haben, auf die im ausgehenden 19. Jahrhundert und noch in der Weimarer Republik, als die Diskussion über Verschuldens- oder Erfolgshaftung entbrannte, viele Unternehmen (auch in Österreich) geführt wurden, trifft aber heute nicht mehr zu. Die Existenz von Kapitalgesellschaften ist mittlerweile zunehmend geprägt von gesetzlichen und auf „soft law“ (Verhaltenskodizes, CG-Kodex) basierenden Normen, die einerseits auf die Sicherstellung einer möglichst interessenkonfliktfreien Führung abzielen und andererseits bezwecken, dass die Geschäftsleitung die mit dem Geschäft verbundenen Risiken erkennt, evaluiert und angemessene Vorkehrungen trifft. Ein verpflichtendes Internes Kontrollsystem¹³¹ gab es vor 80 oder 120 Jahren ebenso wenig wie eine Innenrevision.

Zusammenfassend gesagt, sollte das Prinzip der Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen/Sphären oder nach der „Nähe zum Beweis“ im Zusammenhang mit der Diskussion über die Geschäftsleiterhaftung daher endgültig eingemottet werden.

5.2. Keine generelle Trennbarkeit von Schaden bzw Verursachung und Rechtswidrigkeit

Bei der Geschäftsleiterhaftung (und dies ist nicht kennzeichnend allein für diese, grenzt sie aber sehr wohl von den die Schadenersatzrechts-Dogmatik dominierenden Verkehrsunfall- und Körperverletzungsschäden deutlich ab) müssen schon bei der Ermittlung des Schadens (für den die Gesellschaft voll behauptungs- und beweispflichtig ist, soweit nicht ausnahmsweise Erleichterungen in Betracht kommen) Aussagen zur Pflichtwidrigkeit getroffen werden. Diese Erkenntnis erfordert zwar keinen eigenen Schadensbegriff im Sinne einer „zweckwidrigen“ Vermögensbeeinträchtigung nach *Mertens*¹³²; bei der Ermittlung dessen, was eine „Vermögensminderung“ und damit ein „Schaden“ im Rechtssinne ist, ist aber sehr häufig eine Klärung von Pflichtwidrigkeiten erforderlich. Dies trifft insbesondere auf jene Fälle zu, in denen Schadenersatzansprüche gegen Geschäftsleiter auf den Abschluss unternehmerisch unvertretbar nachteiliger Rechtsgeschäfte gestützt werden sollen. Wer einem Steuerberater € 6 Mio Honorar zahlt hat allein dadurch noch keinen „Schaden“ im Rechtssinne verursacht, weil die Gegenleistung diesen Betrag ja wert sein *könnte*. Erst wenn dargetan wurde, dass für den Betrag nur mündliche Auskünfte gegeben und ein paar Seiten geschrieben wurden (ein von der StA beauftragter Gutachter bezifferte

¹³⁰ Dass der BGH in der „Mannesmann-E“ (BGH 21.12.2005, 3 StR 470/07 = ZIP 2006, 72ff) eine solche noch 2005 den damaligen Mannesmann-Aufsichtsratsmitgliedern attestierte, die nach Meinung des BGH unvertretbare „kompensationslose Anerkennungsprämien“ im Zuge des Übernahmekampfes mit Vodafone gewährt hatten, steht auf einem anderen Blatt.

¹³¹ In Österreich eingeführt durch das IRÄG 1997 (BGBl I 1997/114) in § 82 AktG.

¹³² Insoweit zutr. *Schauer*, FS G. Roth (2011) 687ff, 692f.

das angemessene Honorar mit maximal € 200.000,-) steht fest, dass ein Schaden entstanden ist. Dann steht aber auch die objektive Sorgfaltswidrigkeit weitgehend fest. Ähnliches gilt in Fällen, wo die Geschäftsleiterverantwortlichkeit aus Investitionsprojekten abgeleitet werden soll, bei denen die tatsächlichen Kosten die budgetierten weit übersteigen. Eine solche, beträchtliche Diskrepanz (zB bei Bauprojekten)¹³³ indiziert zwar (grobe) Planungsfehler, dennoch kann die Kostenüberschreitung nicht einfach als „Schaden“ geltend gemacht werden, weil darin meist in mehr oder weniger hohem Ausmaß „Sowieso-Kosten“¹³⁴ enthalten sein werden. Die fehlende Trennbarkeit von Schaden und Rechtswidrigkeit gilt freilich nicht in jedem Fall. Verjährt eine Forderung oder wird sie uneinbringlich (zB der von einer Bank gewährte Kredit kann nicht zurückgezahlt werden), dann kann die Ermittlung des Schadens von der objektiven Sorgfaltswidrigkeit (Rechtswidrigkeit) gut getrennt werden.¹³⁵ Ähnliches gilt für Schäden aufgrund von Veranlagungsverlusten.

Besteht der behauptete Schaden aber darin – und dies ist eine für die Geschäftsleiterhaftung geradezu typische Konstellation –, dass der Vorstand/die Geschäftsführung ein schlechtes Geschäft abgeschlossen hat, also zB bei Abschluss eines Vertrages in kaufmännisch unvertretbarer Weise inäquivalente Leistungen zu Lasten der Gesellschaft vereinbart hat, dann bedarf es häufig näherer Behauptungen zur Pflichtwidrigkeit.¹³⁶ Natürlich gibt es auch Fälle, wo bei Inäquivalenz von Vertragsleistungen der Schaden einigermaßen verlässlich ermittelt werden kann, ohne dass die Gesellschaft konkrete Pflichtwidrigkeiten behaupten und beweisen muss. Hat der Vorstand zB ein Gemälde für die Unternehmensräumlichkeiten zu einem Preis erworben, der doppelt so hoch ist wie die besten Auktionsergebnisse für vergleichbare Werke dieses Künstlers, dann liegt in der Differenz ein Schaden, wobei dieser in einem solchen Fall die Pflichtwidrigkeit zumindest indiziert, weil ein derart überteuerter Ankauf ja nur entweder aus Marktkenntnis (die dann durch Einholung einer entsprechenden Expertise oder eines Schätzgutachtens zu beheben gewesen wäre) oder deshalb möglich ist, weil der Vorstand aus Kunstleidenschaft handelte und einen „Liebhaberpreis“ zahlte. Um dieser Leidenschaft zu frönen, dürfen freilich in aller Regel nicht die Mittel der Gesellschaft eingesetzt werden.

Die mangelnde Trennbarkeit von Schadensermittlung und (zumindest sehr konkret indizierter) Pflichtwidrigkeit betrifft vor allem den Einkauf von Dienstleistungen, die über keinen festen Markt- oder Börsepreis verfügen.

¹³³ Das „Skylink-Projekt“ der Flughafen Wien AG wäre ein besonders prägnantes Beispiel.

¹³⁴ Vgl dazu *Kozio/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 261 mwN; *Wilhelm*, *ecolex* 1990, 402; OGH 17.S.2001, bbl 2001/139.

¹³⁵ Dass die Ermittlung des Schadens und die Frage, wann ein Schaden zB bei behaupteter Uneinbringlichkeit einer Forderung vorliegt, Probleme bereiten kann, darf aber auch nicht verkannt werden. Die bloße Vornahme einer Wertberichtigung durch den aktuellen Vorstand enthebt die Gesellschaft nicht ihrer Behauptungs- und auch Beweislast, darzutun, aus welchen Gründen sie die Forderung für (ganz oder teilweise) uneinbringlich hält.

¹³⁶ Siehe das obige (und einem aktuellen österreichischen Fall entstammende) Beispiel der Zahlung eines Honorars von € 6 Mio an einen kleinen Land-Steuerberater für seine in einem wenige Seiten umfassenden Gutachten bestehende Hilfe beim Verkauf einer Bank. Mittlerweile hat die Staatsanwaltschaft Anklage sowohl gegen die die Zahlungen bewilligenden Organmitglieder als auch gegen den Zahlungsempfänger wegen Untreue (§ 153 StGB) erhoben und letzterer die krasse Überhöhung des Honorars zugestanden.

Sogar der der Gesellschaft obliegende Kausalitätsnachweis ist nicht immer zu führen, ohne gleichzeitig sehr konkrete (und zu beweisende) Behauptungen über Pflichtwidrigkeiten eines Geschäftsleiters aufstellen zu müssen.

Ausgangspunkt dieser Überlegung ist, dass adäquate Verursachung bei der Geschäftsleiterhaftung sich nicht mit der Feststellung begnügen darf, den Geschäftsleitern sei das Gesellschaftsvermögen anvertraut, und sie seien daher ursächlich für jegliche Minderung dieses Vermögens.¹³⁷

Eine so verstandene Kausalität wäre ja nicht einmal mit der *conditio sine qua non*-Formel zu rechtfertigen, selbst wenn man diese gar nicht durch den Grundsatz der Adäquatität (Adäquanz) beschränken würde. Denn jeder von irgendeinem Mitarbeiter verursachte oder in irgendeinem Unternehmensbereich entstehende Vermögensnachteil lässt sich nicht einmal unter Zugrundelegung eines rein natürlichen Kausalitätsbegriffes stets einem Geschäftsleiter zuordnen.¹³⁸

Außerhalb jener Fallkonstellationen, in denen Geschäftsleiter selbst handeln (Verträge unterschreiben, nachgeordnete Mitarbeiter konkret anweisen etc), stellt sich die Frage adäquater Kausalität ganz manifest. Um diese zu bejahen, müssen häufig Verhaltensweisen (die durchaus – und sogar typischer Weise – in Unterlassungen bestehen können) von Geschäftsleitern dargetan (behauptet und bewiesen) werden, aus denen sich ergibt, warum das schädigende Handeln eines Mitarbeiters einem Geschäftsleiter als adäquat kausal zuzurechnen ist. Der Sache nach wird es hier oft um mangelhafte Überwachung gehen.

Was folgt aus diesem Befund, dass in vielen Fällen sowohl die Schadensberechnung als auch die Darlegung des Kausalverlaufes von der Pflichtwidrigkeit (also Rechtswidrigkeit) nicht getrennt werden kann?

Zum einen folgt daraus, dass eine Beweislastverteilung, die der Gesellschaft „nur“ die Behauptung und den Nachweis für Schaden und adäquate Verursachung zuordnet, zumindest in vielen Fällen der Gesellschaft auch abverlangt wird, konkrete (zu beweisende!) Behauptungen zu rechtswidrigem Verhalten des betroffenen Geschäftsleiters aufzustellen. Mit anderen Worten: der Sache nach liegt – nicht immer, aber oft – auch bei Zugrundelegung der (hier abgelehnten) strengen Auffassung, die Beweislast für fehlende Rechtswidrigkeit treffe voll den Geschäftsleiter, eben keine volle Beweislastumkehr zu

¹³⁷ So ähnlich (wenn auch in einem etwas anderen Zusammenhang) aber anscheinend U. Torggler (GesRZ 2007, 247; dagegen G. Schima in Baudenbacher/Kokott/Speitler 369ff, 409 Fn 179), der meint, ein Schaden wie ein Forderungsausfall lasse einen Schluss auf eine Pflichtwidrigkeit des Organmitgliedes zu, weil diesem die „*Obsorge für das Gesellschaftsvermögen obliegt*“.

¹³⁸ Dies lässt sich an einem Beispiel erklären: Begeht ein untergeordneter Mitarbeiter eine Kassamanipulation, durch die der Gesellschaft ein Schaden entsteht, dann könnte man nach der *conditio sine qua non*-Formel das Verhalten des Geschäftsführers als dafür ursächlich qualifizieren, wenn der Geschäftsführer seinerzeit den Personalchef einstellte und dieser den besagten Mitarbeiter. Wenn hingegen in einem Unternehmen ein langjähriger Mitarbeiter, der deutlich vor den aktuellen Geschäftsleitern in das Unternehmen eingetreten war, Geld veruntreut oder verbotene Provisionen an Geschäftspartner zahlt, funktioniert diese Formel nicht mehr. Handelt es sich dabei gar noch um einen besonders kündigungsgeschützten Mitarbeiter (zB einen begünstigten Behindereten), dann versagt auch die Kausalität der Unterlassung (nämlich der – prophylaktischen (!) – Kündigung dieses Arbeitnehmers).

Gunsten der Gesellschaft vor. Es lässt sich nicht verlässlich beurteilen, ob das der Grund dafür ist, dass die These von der völligen Beweislastumkehr in puncto Rechtswidrigkeit von manchen überhaupt vertreten und nicht einmal verlangt wird, dass die Gesellschaft Behauptungen über ein möglicher Weise pflichtwidriges Verhalten oder ein solches aufstellt (und beweist), das nach vernünftiger kaufmännischer Erfahrung im Zusammenhang mit dem vorliegenden Schaden stehen könnte. Denn der Aspekt der oft fehlenden Trennbarkeit von Schadensermittlung bzw Verursachung einerseits und objektiver Sorgfaltswidrigkeit (Rechtswidrigkeit) andererseits wurde in der Diskussion bislang – soweit überblickbar – einfach nicht behandelt.

Aus der in vielen Fällen fehlenden Trennbarkeit von Schaden sowie adäquater Verursachung einerseits und Rechtswidrigkeit andererseits ist mE aber noch ein anderer Schluss zu ziehen: In manchen Fällen kann sich die vermeintlich „gesellschaftsfreundliche“ Ansicht, die Gesellschaft müsse nur Schaden und adäquate Kausalität beweisen¹³⁹, als für die Gesellschaft in Wahrheit beschwerlich erweisen. Schon 1991¹⁴⁰ wies ich darauf hin, dass ein Vorzug der vom OGH in seiner E aus 1985¹⁴¹ übernommenen „Mertens’schen Formel“ darin läge, dass diese eine Beweiserleichterung hinsichtlich der Kausalität in Form eines prima facie-Beweises beinhalte. Aus heutiger Sicht müsste man vielleicht präzisieren, dass die Kombination aus Erleichterung beim Kausalitätsbeweis und eingeschränkter Behauptungs- und Beweislast der Gesellschaft in puncto Pflichtwidrigkeit der besondere Vorzug dieser Formel ist.¹⁴²

Würde man in jedem Fall die Gesellschaft Schaden und volle Kausalität¹⁴³ nachweisen lassen, könnte dies im Ergebnis eine beschwerlichere Beweislast bedeuten, als selbst die Vertreter der „geschäftsfreundlichsten“ Sichtweise argumentieren würden.¹⁴⁴

Hier sei nochmals mein Beispiel aus 1991 gebracht: Hat die Gesellschaft nachgewiesen, dass das im Unternehmen verwendete EDV-Programm für das Rechnungswesen der Gesellschaft in keiner Weise sicherstellt, dass Außenstände auch eingemahnt werden, und sind diverse Forderungen gegenüber Kunden verjährt oder sonst uneinbringlich, dann verhielte sich nach der vermeintlich „gesellschaftsfreundlichsten“ Sichtweise die

¹³⁹ So zB OGH 16.3.2007, 6 Ob 34/07d, GesRZ 2007, 271ff = ecolex 2007/262 = RdW 2007/684 = wbl 2007/247 = GeS 2007, 243; U. Torggler, ZfRV 2002, 133ff, 136f; Lehner, GesRZ 2005, 128ff, 134.

¹⁴⁰ Runggaldier/G. Schima, Führungskräfte 230ff, 232.

¹⁴¹ OGH 9.1.1985, 3 Ob 521/84, EvBl 1986/86 = GesRZ 1986, 97ff.

¹⁴² Vgl auch Goette, ZGR 1995, 648ff, 673f, der eine Rückkehr zur alten Rsp des Reichsgerichtes einmahnt, die der Mertens’schen Formel zwar nicht ganz gleicht, ihr aber ähnlich ist und der Gesellschaft jedenfalls eine beschränkte Darlegungs- und Beweislast betreffend die objektive Sorgfaltswidrigkeit auferlegt.

¹⁴³ In der E vom 16.3.2007 (6 Ob 34/07d, GesRz 2007, 271ff mit Anm U. Torggler = ecolex 2007/262 = RdW 2007/684 = wbl 2007/247 = GeS 2007, 243) spricht der OGH vom „Nachweis der Kausalität“ (vgl dazu Runggaldier/G. Schima, Manager-Dienstverträge³ 160; G. Schima, GesRZ 2007, 93ff, 97; G. Schima in Baudenbacher/Kokott/Speitler 369ff, 404).

¹⁴⁴ Die E des OGH vom 21.12.2010, 8 Ob 6/10f, soll hier außer Betracht bleiben; sie läuft gleichsam „außer Konkurrenz“, weil das Höchstgericht dort eine Sichtweise vertreten hat, die sowohl § 84 Abs 2 AktG also auch § 1298 ABGB und die darum geführte Diskussion einfach ausblendet.

Sache so, dass die Gesellschaft den Schaden in Form der kumulierten Forderungsausfälle nachzuweisen hätte (dies ist verhältnismäßig einfach) und dessen Verursachung durch einen oder mehrere Geschäftsleiter. Die Verursachung „dem Grunde nach“ wird bei einer mehrgliedrigen Geschäftsführung zumindest bezüglich jenes Geschäftsleiters gelingen, der für Rechnungswesen, IT, etc zuständig ist. Die Gesellschaft müsste aber nach allgemeinen Grundsätzen auch beweisen, dass der gesamte kumulierte Forderungsausfall durch das vom ressortzuständigen Geschäftsführer mangelhaft überwachte EDV-System verursacht ist. Erfahrungsgemäß können insbesondere in einem größeren Unternehmen Forderungen aus den unterschiedlichsten Gründen uneinbringlich werden; dass einfach über lange Zeit (die Verjährungsfrist beträgt ja im Regelfall drei Jahre) „vergessen“ wird, zu mahnen, ist nur eine der möglichen Ursachen und nicht unbedingt die allerwahrscheinlichste.

Würde man die Gesellschaft die Ursächlichkeit des Geschäftsleiterverhaltens für den gesamten, ziffernmäßig bestimmten Schaden nachweisen lassen, könnte das auf eine probatio diabolica hinauslaufen. Deshalb meinte ich schon 1991, es sei „ohne weiteres sachgerecht, den Geschäftsführer/das Vorstandsmitglied a priori für sämtliche Forderungsausfälle aufgrund von Verjährung und Uneinbringlichkeit haften zu lassen und die Gesellschaft von einer genauen Bezifferung des Schadens unter Kausalitätsgesichtspunkten zu befreien. Der Geschäftsführer/das Vorstandsmitglied hätte dann zB nachzuweisen, dass die Forderungen auch bei rechtzeitiger Einmahnung und Einklagung in Folge einer schon früher schlechten Vermögenslage des Schuldners uneinbringlich gewesen wären.“¹⁴⁵

Davon ist auch heute nichts zurückzunehmen. Das Fallbeispiel ist insofern im gegebenen Zusammenhang typisch, als die Gesellschaft hier ja zweifellos beim Schadennachweis (dem Grunde nach) und beim Kausalitätsnachweis schon ein Verhalten dargelegt hat, das zumindest deutliche Schlüsse auf die Pflichtwidrigkeit wenigstens des für IT bzw Rechnungswesen zuständigen Geschäftsführers zulässt. Denn der zuständige Geschäftsleiter hat sowohl für die ordnungsgemäße Installation solcher Systeme zu sorgen als auch deren regelmäßige Überprüfung auf Funktionsfähigkeit zu veranlassen und sich von den Ergebnissen ein Bild zu machen.

5.3. Keine Trennbarkeit von Rechtswidrigkeit und Verschulden bei Sorgfaltsverbindlichkeiten

Die Verzahnung zwischen der objektiven Sorgfaltswidrigkeit (Rechtswidrigkeit) und den anderen Elementen der Schadenersatzanspruchsprüfung reicht aber noch viel weiter. Während die uU enge Verknüpfung von Schadensbegriff und manchmal auch Kausalität einerseits sowie Rechtswidrigkeit andererseits in der einschlägigen Diskussion bislang so gut wie nicht beachtet wurde, besteht über die mangelnde Trennbarkeit von Rechtswidrigkeit und Verschulden bei „Sorgfaltsverbindlichkeiten“ – um solche handelt es sich bei den den Geschäftsleitern obliegenden Pflichten ohne Zweifel – seit langem Klarheit.

¹⁴⁵ Runggaldier/G. Schima, Führungskräfte 232f.

Dies gilt ganz unabhängig von der Frage, ob man § 1298 ABGB auf „Sorgfaltsverbindlichkeiten“ überhaupt anwendet.¹⁴⁶

Wenngleich mE die besseren Gründe gegen die Anwendbarkeit von § 1298 ABGB sprechen, dürfte die Bedeutung der Unterscheidung verkannt werden, sofern sie sich im Ergebnis überhaupt auswirkt. Letzteres kann man nämlich sehr wohl bezweifeln.

Weitgehender Konsens dürfte – wie auch schon behandelt – darüber bestehen, dass die Anwendung von § 1298 ABGB das Feststehen eines den (vermeintlichen) Schädiger objektiv belastenden „Mangelzustandes“ voraussetzt. F. Bydlinski¹⁴⁷ und ihm folgend Koziol¹⁴⁸ sprechen von einem „objektiv mit den Anforderungen des Rechts nicht übereinstimmenden Zustand“.

Kodek¹⁴⁹ meint, dass für die Anwendung des § 1298 ABGB stets erforderlich sei, dass „eine entsprechend klar konturierte (Haupt- oder Neben-) Pflicht verletzt wurde“, also vor Anwendung des § 1298 ABGB zu untersuchen sei, „ob eine (kausale) Pflichtverletzung des Schädigers vorliegt.“

Von einer (gar vollen) Beweislastumkehr in puncto Rechtswidrigkeit kann bei solchen Formeln nicht die Rede sein. Es besteht keinerlei vernünftiger oder gar überzeugender Grund, bei § 84 AktG bzw § 25 GmbHG strenger zu sein und die Beweislast stärker zu Gunsten der Gesellschaft zu verschieben.¹⁵⁰ Dass – wie in der historischen Diskussion Ende des 19. Jahrhunderts und während der Weimarer Republik betont wurde – die Gesellschaft ohne Beweislastumkehr den Geschäftsleitern „schutzlos ausgeliefert“ wäre, trifft im Lichte der oben vorgetragenen Argumente jedenfalls heute keineswegs zu und gilt auch in Anbetracht des Umstandes nicht, dass so gut wie sämtliche Schadenersatzprozesse gegen Geschäftsleiter nach deren Ausscheiden eingeleitet werden, die Beauftragten der Gesellschaft zur Prozessvorbereitung daher unumschränkt und nicht durch den Haftungsadressaten gestört schalten und walten und die modernsten forensischen Mittel einsetzen können.

Dass bei „Sorgfaltsverbindlichkeiten“ Rechtswidrigkeit und Verschulden kaum getrennt werden können,¹⁵¹ ist ein Faktum, rechtfertigt aber – wie schon bei § 1298 ABGB – nicht eine Beweislastumkehr auch betreffend die Rechtswidrigkeit des Verhaltens, weil aus der Tatsache, dass mit dem Nachweis der Nichteinhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt häufig auch der gar nicht erforderliche Verschuldensbeweis erbracht wird, doch nicht gefolgert werden darf, dass sich auch betreffend den Nachweis der objektiv gebotenen Sorgfalt die Beweislast umkehrt.¹⁵²

¹⁴⁶ Dagegen Reischauer, Entlastungsbeweis 147ff; dafür Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/22.

¹⁴⁷ F. Bydlinski, JBl 1992, 347ff.

¹⁴⁸ Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/24 und 16/33.

¹⁴⁹ Kodek in Kletečka/Schauer § 1298 Rz 18.

¹⁵⁰ Gegenteilig und eine Abweichung des § 84 Abs 2 AktG von § 1298 ABGB betreffend die Beweislastumkehr – freilich ohne überzeugende Gründe – bejahend U. Torggler, ZfRV 2002, 133ff, 137f.

¹⁵¹ Welser, Schadenersatz 65; Koziol, Haftpflichtrecht³ I Rz 16/34; vgl auch Böhler in FS Krejci 503ff, 506.

¹⁵² So ganz zutr Reischauer in Rummel II/2a³ § 1298 Rz 3e; ihm folgend G. Schima in Baudenbacher/Kokott/Speitler 369ff, 408; aM Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 16/34.

Wie die obige Diskussion um den Anknüpfungspunkt für die „Beweislastverschiebung“ bei § 1298 ABGB zeigt, dürften sich die praktischen Auswirkungen auch dieser Kontroverse in ganz engen Grenzen halten. Denn die Meinung *Koziols*¹⁵³, wegen der mangelnden Trennbarkeit von Rechtswidrigkeit und Verschulden folge die Beweislastverteilung bei der Rechtswidrigkeit automatisch dem Verschulden, passt mit der (zutreffenden) These desselben Autors einfach nicht zusammen, dass § 1298 ABGB das Bestehen eines (vermeintlichen) Schädiger belastenden, objektiv mit der Rechtsordnung nicht übereinstimmenden Zustandes verlangt. Wie man leicht anhand zahlreicher Beispiele durchdeklinieren kann, ist bei nicht auf einen Erfolg gerichteten (Sorgfalts-)Verbindlichkeiten ein solcher „Zustand“ ohne Nachweis einer (schadenskausalen) Pflichtverletzung einfach nicht zu belegen.¹⁵⁴

Würde man mit der These des „gemeinsamen Schicksals“ von Rechtswidrigkeit und Verschulden in puncto Beweislastverteilung bei „Sorgfaltsverbindlichkeiten“ Ernst machen, dann müsste man konsequent darauf verzichten, einen solchen „regelwidrigen Zustand“ zu verlangen. Dann freilich gäbe es bei der behaupteten Verletzung von Geschäftsleiterpflichten überhaupt kein Kriterium, an das man die Haftung sinnvoll anknüpfen könnte.

5.4. Interessengerechte Lösung

Damit lässt sich folgendes konstatieren: Schon um einen Schaden – und nicht selten auch, um adäquate Verursachung – nachweisen zu können, wird die Gesellschaft häufig gezwungen sein, konkrete Behauptungen zu erheben und unter Beweis zu stellen, aus denen sich Pflichtwidrigkeiten des Geschäftsleiters ergeben oder solche zumindest deutlich indiziert sind. Das bedeutet zunächst, dass die vermeintlich gegenüber Geschäftsleitern besonders strenge Ansicht, der Gesellschaft obliege „nur“ der Nachweis von Schaden und adäquater Verursachung, häufig – wenn auch nicht immer – mit dem Erfordernis eines (zumindest eingeschränkten) Pflichtwidrigkeits- und damit Rechtswidrigkeitsnachweises der Gesellschaft einhergehen muss und die strenge und von manchen als Erfolgshaftung apostrophierte (volle) Beweislastumkehr bei der Rechtswidrigkeit wohl in der überwiegenden Zahl der Fälle eine solche gar nicht bedeutet. Andererseits folgt aus dem Umstand, dass schon die Schadensermittlung und die Kausalitätsfrage in den behandelten Fallgruppen oft sehr detaillierte Behauptungen und Beweisführung zur Pflichtwidrigkeit erfordern und die Zurechnungsfrage in Bezug auf die exakte Schadenshöhe gerade bei der Geschäftsleiterhaftung eine schwierige sein kann, dass die von der besonders „gesellschaftsfreundlichen“ Meinung vertretene Zuweisung der Beweislast bloß für Schaden und adäquate Kausalität zur Gesellschaft sich für diese uU sogar als unangemessen beschwerlich erweist.

Damit verbleibt für jene Fallkonstellationen nur mehr ein eingeschränkter Anwendungsbereich, in denen die streng-gesellschaftsfreundliche These von der vollen Beweislastumkehr betreffend die Rechtswidrigkeit die Geschäftsleiter tatsächlich in die Gefahr

¹⁵³ Haftpflichtrecht I³ Rz 16/34.

¹⁵⁴ So ja auch deutlich *Kodek* in *Kletečka/Schauer* § 1298 Rz 18.

einer – vom historischen Gesetzgeber¹⁵⁵, von der österreichischen¹⁵⁶ und deutschen¹⁵⁷ Rsp und der ganz hM¹⁵⁸ abgelehnten – Erfolgshaftung bringt.

Der Sache nach geht es um Konstellationen, in denen Schadens- und Kausalitätsnachweis erbracht werden können, ohne dass die Gesellschaft damit Pflichtwidrigkeiten des Geschäftsleiters beweisen oder auch nur konkrete Indizien auf Pflichtwidrigkeiten behaupten und unter Beweis stellen muss. Solche Fälle gibt es ja auch, wie schon oben ausgeführt wurde (insb Forderungsausfälle und Veranlagungsverluste).

Diese Fallkonstellationen sind gleichsam der „Lackmus-Test“ dafür, ob und inwieweit sich die unterschiedlichen Beweislastverteilungstheseen praktisch unterschiedlich auswirken. Eine solche Untersuchung vermisst man bislang in der Diskussion. Ein Beispiel, das in Anbetracht der Vorfälle in diversen Banken in den letzten Jahren an Aktualität stark gewonnen hat, wäre die (teilweise) Uneinbringlichkeit von Kreditforderungen aus vom Vorstand abgeschlossenen bzw von ihm veranlassten Kreditverträgen. Steht der (teilweise) Forderungsausfall fest,¹⁵⁹ dann hat die Gesellschaft einen Schaden dargetan, für dessen Vorliegen sie keinerlei – selbst potenzielle – Pflichtwidrigkeit darlegen muss. Denn entgegen *U. Torggler*¹⁶⁰ indiziert ein Forderungsausfall nicht einmal die Pflichtwidrigkeit der Geschäftsleitung, weil es dafür dutzende Ursachen geben kann.

Wurde der Kreditvertrag vom Vorstand unterschrieben oder unterschrieb ihn zwar ein Bereichsleiter, aber auf Vorstandsanweisung bzw mit dessen im Akt dokumentierter Billigung, ist auch an der (adäquaten) Verursachung nicht zu zweifeln.

Die Gretchenfrage ist nun, ob die Gesellschaft sich in einer solchen Situation – dies entspräche der „streng-gesellschaftsfreundlichen“ Auffassung – einfach zurücklehnen und abwarten kann, ob der Geschäftsleiter nachweist, bei Begründung und laufender Kontrolle¹⁶¹ der Kreditverbindlichkeit „alles richtig“ gemacht, also mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gehandelt zu haben? Oder muss die Ge-

¹⁵⁵ Vgl dazu insb *Goette*, ZGR 1995, 648ff, 668ff mwN.

¹⁵⁶ Vgl OGH 24.6.1998, 3 Ob 34/97i, SZ 71/108 = ARD 5017/30/99 = *ecolex* 1998, 774ff mit Anm *Reich-Rohrwig* = GesRZ 1998, 208ff = RdW 1998, 671 = RWZ 1999, 37 mit Anm *Wenger* = wbl 1999/22; OGH 16.3.2007, 6 Ob 34/07d, GesRZ 2007, 271ff = *ecolex* 2007/262 = RdW 2007/684 = wbl 2007/247 = GeS 2007, 243; *U. Torggler*, ZfRV 2002, 133ff, 136f; *Lehner*, GesRZ 2005, 128ff, 134; OGH 26.2.2002, 1 Ob 144/01k, GesRZ 2002, 86ff = RdW 2002/350 = *ecolex* 2003/22 = wbl 2002, 325.

¹⁵⁷ Vgl dazu die Darstellung bei *Goette*, ZGR 1995, 648ff.

¹⁵⁸ Vgl für alle *Goette*, ZGR 1995, 648ff, 671; *Mertens/Cahn* in KölnKomm AktG³ § 93 Rz 136.

¹⁵⁹ Was noch nicht schlechthin dann der Fall ist, wenn der (neue) Vorstand die Kreditforderung wertberichtigt oder ganz abschreibt. Vielmehr muss die Gesellschaft zwecks Schadensnachweises die Umstände darlegen und beweisen, auf die sie die Wertberichtigung stützt (zB Einstellung der Zahlungen durch den Kunden, Insolvenz).

¹⁶⁰ *U. Torggler*, ZfRV 2002, 137f; *U. Torggler*, GesRZ 2007, 274.

¹⁶¹ Zum Schadenersatz herangezogen werden kann ein Vorstandsmitglied ja nicht nur dann, wenn es einen Kredit in kaufmännisch unvertretbarer Weise vergeben, also zB nicht für die Zurverfügungstellung der banküblichen Sicherheiten gesorgt hat, sondern auch, wenn während der Laufzeit des Kreditvertrages trotz Bonitätsverschlechterung von den der Bank in diesem Fall zustehenden Möglichkeiten (zB der Kündigung oder des Verlangens nach zusätzlichen Sicherheiten) nicht Gebrauch gemacht wurde.

sellschaft – dies entspräche der „vermittelnden“¹⁶² Auffassung – zumindest jene Behauptungen aufstellen und beweisen, aus denen sich zumindest das Vorliegen von Pflichtwidrigkeiten (nach der Lebenserfahrung)¹⁶³ folgern lässt?

Gerade an diesem Beispiel erkennt man gut, dass eine sachgerechte Antwort auf diese Frage damit zusammenhängen sollte, ob und welchen Zugriff die Verfahrensparteien auf jene Beweismittel haben, mit denen sich der Nachweis begangener Pflichtwidrigkeiten oder des Fehlens einer Pflichtwidrigkeit führen lässt. Fände ein solches Schadenersatzverfahren gegen ein Bank-Vorstandsmitglied bei aufrechtem Mandat und voller Tätigkeit des Organmitgliedes statt, wäre diesem wohl der Nachweis ohne weiteres zumutbar, dass beim besagten Kreditgeschäft alle relevanten Vorgaben eingehalten wurden. Die Gefahr einer „Erfolgshaftung“ bestünde mE insoweit nicht, als bei derartigen Geschäften das Organmitglied in der Lage sein müsste, zumindest nach Prüfung der relevanten Dokumentation die Ordnungsgemäßheit der Abläufe zu belegen.¹⁶⁴

Bekanntlich werden Geschäftsleiter-Haftungsprozesse aber so gut wie immer nach dem Ausscheiden der Geschäftsleiter geführt, dh erst nach diesem Zeitpunkt überhaupt eingeleitet. Dem gehen häufig wochen- oder monatelange forensische Prüfungen durch Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer etc voran. Vor diesem Hintergrund ist eine – gar volle – Beweislastumkehr in puncto Rechtswidrigkeit in den angeführten Fallkonstellationen, in denen Schaden und Kausalität ohne Pflichtwidrigkeit belegt werden können, nicht vertretbar.¹⁶⁵

Die Gesellschaft muss mE vielmehr – wie dies ja auch der hA zu § 1298 ABGB entspricht – eine kausale Pflichtwidrigkeit¹⁶⁶ nachweisen.¹⁶⁷

¹⁶² Für Österreich insb OGH 27.6.1998, 3 Ob 34/97i, SZ 71/108 = eclex 1998, 774ff mit Anm Reich-Rohrwig.

¹⁶³ Darauf abstellend Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer Rz 3/410.

¹⁶⁴ Insoweit zutr U. Torggler, ZfRV 2002, 133ff, 138, der meint, die Geschäftsleitung müsse in der Lage sein, jederzeit eine vernünftige Begründung für ihre Vorgangsweise liefern zu können.

¹⁶⁵ Wenn Fleischer (Handbuch des Vorstandsrechts § 11 Rz 73) gegen eine Differenzierung danach, ob das Vorstandsmitglied noch im Amt ist, dh gegen die auch von manchen in D befürwortete teleologische Reduktion des § 93 Abs 2, zweiter Satz dAktG, ins Treffen führt, einer solchen bedürfe es nicht, weil mit zivilprozessualen Mitteln und der Treuepflicht der Gesellschaft gegenüber ihrem ehemaligen Organwalter das Auslangen gefunden werden könne, so werden damit mE die praktischen Gegebenheiten verkannt: dem Vorstandsmitglied, das (zumindest nach in Österreich geltendem Prozessrecht) binnen der unerstreckbaren Frist von maximal vier Wochen eine Klagebeantwortung auf eine vielleicht 100seitige Klage erstatten muss, hilft die Berufung auf die Treuepflicht der Gesellschaft nichts. Die erzielten Ergebnisse beider Sichtweisen mögen indes letztlich dieselben sein.

¹⁶⁶ Kodek in Kletečka/Schauer § 1298 Rz 18.

¹⁶⁷ Nur der Klarstellung halber sei folgendes angemerkt: Dass die Kreditverbindlichkeit im gewählten Fallbeispiel uneinbringlich oder teilweise uneinbringlich ist, macht die Verbindlichkeit des Geschäftsleiters gegenüber der Gesellschaft natürlich noch nicht zu einer „Erfolgsverbindlichkeit“ und bedeutet insbesondere nicht jenen „regelwidrigen Zustand“, an den eine Anwendung des § 1298 ABGB nach weitestgehend übereinstimmender Auffassung überhaupt erst anzuknüpfen vermag. Denn der Geschäftsleiter schuldet der Gesellschaft ja nicht den Erfolg der Einbringlichkeit der Kreditverbindlichkeit des Kunden, sondern eben bloß die sorgfältige Abwicklung von Kreditgeschäften namens der Gesellschaft.

Freilich reicht es nicht aus, dass die Gesellschaft „irgendeine“ Pflichtwidrigkeit – bezogen auf den Kreditfall: irgendeinen Verstoß gegen interne Richtlinien – nachweist. Vielmehr muss es sich um eine solche Pflichtwidrigkeit handeln, die in einer gewissen Kausalitätsbeziehung zum eingetretenen Schaden steht. Wenn es im Unternehmen die Vorschrift gibt, dass Kreditakten eine bestimmte Farbe aufzuweisen haben und alle Willenskundgebungen (Aktenvermerke etc) des Risikomanagements in solchen Akten ebenfalls eine spezifische Farbe zwecks leichter Erkennbarkeit tragen müssen, dann wird der Nachweis eines solchen Verstoßes gegen eine reine Ordnungsvorschrift nicht ausreichen, um einen adäquaten Zusammenhang zwischen dem Regelverstoß und dem eingetretenen Schaden herzustellen.

Von der Gesellschaft zu verlangen, dass die von ihr behauptete und bewiesene Pflichtverletzung im strengen Sinne kausal für den eingetretenen Schaden ist, bedeutet mE aber zu strenge Anforderungen zu stellen.¹⁶⁸ Es muss vielmehr genügen, wenn die Gesellschaft Tatsachen behauptet und beweist, die ein entweder wegen eines Normenverstoßes rechtswidriges oder bei Orientierung am Verhalten eines ordnungsgemäßen Geschäftsleiters sonst objektiv-sorgfaltswidriges Verhalten belegen, das typischer Weise – da mag man die „Lebenserfahrung“ oder „vernünftiges unternehmerisches Ermessen“ bemühen – geeignet ist, Schäden wie den eingetretenen auszulösen. Es muss mE also zB genügen, wenn die Gesellschaft nachweist, dass die von der Bank als Sicherheit akzeptierte Liegenschaft im angeblichen Millionenwert niemals von einem Sachverständigen geschätzt wurde. Dass die Uneinbringlichkeit in Wahrheit nicht auf diese Sorglosigkeit, sondern darauf zurückzuführen ist, dass die anfangs durchaus werthaltige Liegenschaft später aufgrund eines in unmittelbarer Nähe abgewickelten Großbauprojektes drastisch an Wert verloren hat, müsste der Geschäftsleiter nachweisen.

Damit ist man wiederum bei – oder ganz in der Nähe – der berühmten „Merten’schen Formel“¹⁶⁹, die von manchen zu Unrecht ad acta gelegt worden ist. Denkt man sich bei dieser nämlich das Wort „zweckwidrige“ im Zusammenhang mit „Vermögensbeeinträchtigung“ weg,¹⁷⁰ dann wird damit im Grunde genommen ein durchaus stimmiges und interessengerechtes, den Anforderungen der Praxis in den allermeisten Fällen genügendes Beweislastverteilungskonzept verwirklicht.

Den Beweis für ein objektiv-sorgfaltswidriges Verhalten kann und darf man der Gesellschaft nicht zur Gänze ersparen, und sie wird – wie gezeigt – ihn oft schon bei der Darlegung des Schadens und/oder der Verursachung zu erbringen haben; umso mehr sachliche Berechtigung hat die in der „Merten’schen Formel“ unverkennbar anklingende Erleichterung beim Kausalitätsbeweis in Form eines *prima facie*-Nachweises: Die Gesellschaft muss neben dem Schaden in Gestalt einer Vermögensbeeinträchtigung (die richtig verstanden in vielen Fällen ohnehin die Prüfung der Pflichtwidrigkeit bereits voraussetzen

¹⁶⁸ Erleichterungen beim Kausalitätsbeweis sind auch in Deutschland überwiegend anerkannt: vgl nur BGHZ 152, 280ff, 287; *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts § 11 Rz 71.

¹⁶⁹ Vgl *Mertens in Hachenburg*, GmbHG⁷ § 43 Rz 66; übernommen vom OGH 9.1.1985, 3 Ob 521/84, EvBl 1986/86 = GesRZ 1986, 97ff.

¹⁷⁰ Wie oben dargelegt wurde, besteht für einen derart modifizierten Schadensbegriff bei der Geschäftsleiterhaftung kein überzeugender Grund, aber – richtig betrachtet – auch kein praktisches Bedürfnis.

wird) ein Verhalten (Tun oder Unterlassen) des Geschäftsleiters behaupten und beweisen, das so beschaffen ist, dass zwischen diesem Verhalten und dem eingetretenen Schaden die Möglichkeit eines Zurechnungszusammenhangs besteht. Das bedeutet nichts anderes, als dass das nachgewiesene Verhalten (zumindest potenziell) objektiv-sorgfaltswidrig sein muss. Handlungen, die per se unverdächtig sind und ohne zusätzliche Sachverhaltselemente keinerlei Indiz auf Pflichtwidrigkeiten zulassen – wie zB die Einstellung eines (wenn auch sich später als unvorhersehbar defraudant erweisenden) Mitarbeiters – reichen dafür keinesfalls aus.

Dieser Ansatz ist von der Sichtweise *Böhlers*¹⁷¹ nicht weit entfernt. Denn der von ihr hervorgehobene Gesichtspunkt, dass die Gesellschaft Umstände aus dem „Wirkungskreis“ bzw. „Gefahrenbereich“ des betroffenen Geschäftsleiters behaupten und beweisen müsse, verdient durchaus Zustimmung. Bedeutung gewinnt dieser Aspekt insbesondere bei der mehrgliedrigen Geschäftsführung mit entsprechender Ressortverteilung. Nicht jede objektive Sorgfaltswidrigkeit (Beispiele: die Nichtexistenz eines EDV-gestützten Mahnwesens, das Fehlen entscheidender und vom Gesetz vorgeschriebener Sicherheitsvorrichtungen an einer gefährlichen Maschine etc) ist jedem Geschäftsleiter im obigen Sinne zurechenbar und erfüllt daher nicht automatisch gegenüber jedem Geschäftsleiter einer mehrgliedrigen Geschäftsführung das Kriterium des möglichen Zurechnungszusammenhangs zwischen objektiv-sorgfaltswidrigem Verhalten und eingetretenem Schaden.

Hier ist eine wertende Betrachtung geboten. Man kann nicht sagen, dass das Fehlen von vorgeschriebenen Schutzvorrichtungen an einer gefährlichen Produktionsmaschine ein Umstand ist, der stets nur die Haftung des ressortzuständigen Geschäftsleiters indiziert. Beruht das Erfordernis dieser Schutzvorrichtung auf einer von der Behörde erst kürzlich erteilten Auflage, die das Unternehmen noch nicht umgesetzt hat, wird das so sein. Fehlt die Schutzvorrichtung dagegen schon seit langem und handelt es sich um ein im Unternehmen gleichsam allgemein bekanntes Thema, liegen die Dinge ganz anders. Nur muss die Gesellschaft eben auch *diese* Umstände, die die Verletzung einer Überwachungs- und Abhilfepflicht der nicht ressortzuständigen Vorstandsmitglieder belegen oder zumindest indizieren, behaupten und nachweisen.

Zusammenfassend gesagt, hat sich eine interessengerechte Beweislastverteilung mE also nach wie vor im Wesentlichen an der „Mertens'schen Formel“ zu orientieren¹⁷² – bloß mit der Maßgabe, dass es keiner „zweckwidrigen“ Vermögensbeeinträchtigung bedarf, weil schon eine Vermögensbeeinträchtigung an sich (dh der „Schaden“ im Sinne des Schadenersatzrechtes) – richtig verstanden – die Gesellschaft oft dazu zwingen wird, ein pflichtwidriges Verhalten der Geschäftsleitung darzutun.

Die Gesellschaft muss neben dem Schaden ein Verhalten beweisen, das entweder objektiv-sorgfaltswidrig ist oder nach der Lebenserfahrung¹⁷³ und vernünftigem kaufmänn-

¹⁷¹ *Böhler* in FS Krejci 503ff, 508.

¹⁷² *G. Schima* in *Baudenbacher/Kokott/Speitler* 369ff, 411.

¹⁷³ Ich habe bereits darauf hingewiesen, dass dies – entgegen *Böhler* (in FS Krejci 503ff, 517, 519 Fn 67) – zumindest im Regelfall schon voraussetzt, dass die Gesellschaft auch bestimmte Tatsachen betreffend das persönliche Verhalten des beklagten Organwalters vorträgt und beweist (*G. Schima* in *Baudenbacher/Kokott/Speitler* 369ff, 411 Fn 186).

nischem Ermessen unter Einbeziehung betriebswirtschaftlicher und volkswirtschaftlicher Erfahrungssätze zumindest den Schluss auf ein objektiv-sorgfaltswidriges, also rechtswidriges Verhalten zulässt. Und die Gesellschaft muss darüber hinaus (nur) nachweisen, dass die *Möglichkeit eines Zurechnungszusammenhangs* zwischen dem Schaden und dem objektiv-sorgfaltswidrigen oder die objektive Sorgfaltswidrigkeit zumindest indizierenden Verhalten besteht.

Damit wird man in den allermeisten praktischen Fällen das Auslangen finden und eine sachgerechte Verteilung der Beweislast sicherstellen können. Die Formel ist flexibel anpassungsfähig. Hat die Gesellschaft schon bei der Darlegung des Schadens ein rechtswidriges Verhalten der Geschäftsleiter belegt¹⁷⁴ und/oder erforderte der Kausalitätsnachweis bereits die Darlegung von Pflichtwidrigkeiten, wird die Gesellschaft im Regelfall dazu nichts Weiteres vortragen/beweisen müssen.

Ist die Gesellschaft bereit, dem Geschäftsleiter im Prozess sämtliche relevante Unterlagen und Informationen zur Verfügung zu stellen, zu denen der Geschäftsleiter nach seinem Ausscheiden keinen Zugang mehr hat, kann es sachgerecht sein, die Behauptungs- und Beweislast des Geschäftsleiters fallbezogen zu intensivieren. Aufgrund des Umstandes, dass derartige Prozesse so gut wie ausnahmslos erst nach Ausscheiden des Geschäftsleiters aus dem Unternehmen begonnen werden, kann aber mE getrost modellhaft von der Konstellation ausgegangen werden, dass der Geschäftsleiter keinen umfassenden Zugang zu den Unterlagen hat und bestenfalls über ein paar Vorstands- oder Aufsichtsratsprotokolle der letzten Zeit verfügt.

Eine schadenersatzrechtliche Haftung von Geschäftsleitern ohne jeglichen Pflichtwidrigkeitsnachweis der Gesellschaft gibt es also nicht bzw darf es mE nicht geben.

Wie schon an anderer Stelle geschrieben¹⁷⁵ ist eine Beweislastverteilung, die bei einem zur sorgfältigen Wahrung fremder Vermögensinteressen verpflichteten (also mit einem besonderen Maß an typisierten Vertrauen der Gesellschaft ausgestatteten) Geschäftsleiter die Pflichtwidrigkeit vermutet, im Grunde eine „Perversion“. Einer solchen wäre das US-amerikanische Konzept der Business Judgment Rule, das pflichtgemäßes Verhalten in besten Interesse der Gesellschaft vermutet und dem Kläger die Beweislast für das Fehlen der Voraussetzung der Vermutung auferlegt, noch immer vorzuziehen.

¹⁷⁴ Beispiel: Vergabe eines PR-Auftrages an eine Agentur mit persönlichem Naheverhältnis zu einem Geschäftsleiter, die für jede kleine Pressekonferenz mit ein paar belegten Brötchen einen Betrag von € 100.000,- verrechnet.

¹⁷⁵ G. Schima in Baudenbacher/Kokott/Speitler 369ff, 411.

