

Juristische Schriftenreihe – Band 309
herausgegeben von Paul Oberhammer

Fabian Spendel

Disponibilität der Organhaftung

**Zulässigkeit und Grenzen privatautonomer
Beschränkungen der Geschäftsführer-
und Vorstandshaftung**

 **VERLAG
ÖSTERREICH**

■■■■ VERLAG
■■ ÖSTERREICH

Juristische Schriftenreihe – Band 309
herausgegeben von Paul Oberhammer, Wien

Wissenschaftlicher Beirat

Raimund Bollenberger †	Peter Lewisch, Wien
Tomislav Borić, Graz	Meinhard Lukas, Linz
Tanja Domej, Zürich	Franz Marhold, Wien
Nikolaus Forgó, Wien	Mary-Rose McGuire, Osnabrück
Georg Graf, Salzburg	Franz Stefan Meissel, Wien
Martin Häublein, Innsbruck	Helmut Ofner, Wien
Helmut Heiss, Zürich	Magdalena Pöschl, Wien
Elisabeth Holzeithner, Wien	Christian Rabl, Wien
Susanne Kalss, Wien	Robert Rebhahn †
Martin Karollus, Linz	Susanne Reindl-Krauskopf, Wien
Sabine Kirchmayr-Schliesselberger, Wien	August Reinisch, Wien
Andreas Kletečka, Salzburg	Friedrich Rüffler, Wien
Georg Kodek, Wien	Ulrich Torggler, Wien
Christian Koller, Wien	Ewald Wiederin, Wien
Andreas Konecny, Wien	Ingeborg Zerbes, Wien
Christian Kopetzki, Wien	Brigitta Zöchling-Jud, Wien
Gabriele Kucsko-Stadlmayer, Wien	

Fabian Spendel

Disponibilität der Organhaftung

Zulässigkeit und Grenzen privatautonomer
Beschränkungen der Geschäftsführer- und
Vorstandshaftung

2025

■■■■ VERLAG
■■■■ ÖSTERREICH

Dr. Fabian Spendel

ist Universitätsassistent (post doc) und Habilitand am Institut für Zivilrecht, Abteilung für Grundlagenforschung, an der Johannes Kepler Universität in Linz. Seine Forschungsschwerpunkte liegen im wirtschaftsnahen Zivilrecht (insb Schuldrecht), Unternehmensrecht und Gesellschaftsrecht (insb Kapitalgesellschaftsrecht und Organhaftungsrecht).

Veröffentlicht mit Unterstützung des

Austrian Science Fund (FWF): 10.55776/PUB932

FWF Österreichischer
Wissenschaftsfonds

Open Access: Wo nicht anders festgehalten, ist diese Publikation lizenziert unter der Creative-Commons-Lizenz Namensnennung 4.0 International (CC BY 4.0).

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw in diesem Buch berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürfen.

© 2025 Verlag Österreich GmbH
Bäckerstraße 1, 1010 Wien
office@verlagoesterreich.at
www.verlagoesterreich.at

Gedruckt in Ungarn

Produkthaftung: Sämtliche Angaben in diesem Fachbuch/wissenschaftlichen Werk erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung und Kontrolle ohne Gewähr. Eine Haftung des Autors oder des Verlages aus dem Inhalt dieses Werkes ist ausgeschlossen.

Satz: abavo GmbH, 86807 Buchloe, Deutschland
Druck: Prime Rate Zrt., 1044 Budapest, Ungarn

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <https://portal.dnb.de/opac.htm> abrufbar.

ISBN 978-3-7046-9638-0 (eBook)
<https://doi.org/10.33196/9783704696380>

ISSN 2307-8545
ISBN 978-3-7046-8577-3 Verlag Österreich

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung befasst sich mit einer speziellen Frage des Organhaftungsrechts, die vor allem in jüngerer Vergangenheit die Aufmerksamkeit der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis auf sich gezogen hat: Inwieweit kann eine GmbH oder AG über die (Innen-)Haftung ihrer Geschäftsführer bzw Vorstandsmitglieder privatautonom disponieren, insb die Haftung beschränken? Im Gesetz vorgezeichnet sind Haftungsdispositionen nur in Form eines (nachträglichen) Verzichts oder Vergleichs, durch Entlastung und (im Vorhinein) durch Weisungserteilung. Schon die Einzelheiten dieser gesetzlichen Ausgangslage sind umstritten. Darüber hinaus widmet sich das Schrifttum in jüngerer Zeit verstärkt der Frage nach der Zulässigkeit einer generellen, vertraglichen Haftungsbeschränkung im Vorhinein (zB auf grobe Fahrlässigkeit oder auf vordefinierte Haftungshöchstgrenzen). Diese Gestaltungsvariante ist gesetzlich nicht geregelt, der Meinungsstand denkbar breit gefächert. Ihre besondere Bedeutung liegt darin, dass die gesetzliche Organhaftung in den letzten Jahrzehnten durch geänderte Rahmenbedingungen sehr streng geworden ist. Da die Haftungsprivilegien des DHG nach hM unanwendbar sind und die sonstigen Möglichkeiten einer Haftungsmilderung keine ausreichende Erleichterung versprechen, besteht anerkanntermaßen weiterhin ein praktisches Bedürfnis, die Organhaftung privatautonom im Vorhinein zu beschränken. In der vorliegenden Arbeit werden die Zulässigkeit und Grenzen solcher Vereinbarungen vertiefend untersucht.¹

Die Untersuchung basiert auf meiner Dissertation, die im September 2018 an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien approbiert wurde. Für die Publikation habe ich die Dissertation wiederholt (zT auch tiefgreifender) überarbeitet und aktualisiert. Die verzögerte Publikation ist neben beruflichen Verpflichtungen und einem Förderungsverfahren vor allem dem Umfang der Arbeit geschuldet, und dieser wiederum vor allem der Untersuchung der GmbH *und* der AG. Gerade die gemeinsame, vergleichende Untersuchung beider Rechtsformen liefert jedoch wegen deren historischer Verschränkung und (weitgehender) teleologischer Parallelität interessante Perspektiven und neue Erkenntnisse. Heute würde ich zwar wahrscheinlich so manches anders angehen, aber irgendwann – so der gängige Ratschlag – muss eben mal Schluss sein. Die verzögerte Veröffentlichung hat es immerhin er-

1 Die Inspiration für das Dissertationsthema gab ein Tagungsbandbeitrag aus dem Jahr 2013: U. Torggler, Abdingbarkeit, Umwälzbarkeit, Versicherbarkeit, in Artmann/Rüffler/U. Torggler (Hrsg), Die Organhaftung (2013) 35.

möglicht, jüngere Literatur und Rechtsprechung (zuletzt vor allem eine rare Stellungnahme des OGH zu diesem Thema)² einzuarbeiten. Literatur und Rechtsprechung sind nun im Wesentlichen bis November 2023 berücksichtigt.

Mein aufrichtiger Dank gebührt meinem Doktorvater, Herrn em. Univ.-Prof. Dr. *Josef Aicher*, der mir nicht nur als Vorgesetzter am Institut und als Dissertationsbetreuer unterstützend zur Seite stand, sondern mich auch durch seinen Charakter und Humor persönlich geprägt hat. An die Zeit als Studienassistent und anschließend als Universitätsassistent an seinem Lehrstuhl werde ich noch oft mit Freude (und nicht ganz ohne Wehmut) zurückdenken. Danken möchte ich auch Herrn Univ.-Prof. Dr. *Ulrich Torggler* für die Begutachtung, für die gewinnbringenden Gespräche am Institut und für die Hilfe bei der Erschließung unveröffentlichter Gesetzesmaterialien. Ebenso großen Dank schulde ich Herrn Univ.-Prof. Dr. *Friedrich Rüffler* für die Begutachtung sowie wertvolle Anregungen für die Publikation. Besondere Erwähnung verdienen darüber hinaus meine ehemaligen Institutskollegen, deren Türen nicht nur für fachlichen Austausch offenstanden, sondern auch für Leidklagen, gegenseitige Aufmunterungen, lustiges Beisammensein und kulinarische Verkostungen. In besonderem Maß gilt das für meinen ehemaligen Zimmerkollegen, Herrn Univ.-Prof. Dr. *Sixtus-Ferdinand Kraus*. Von ihm durfte ich in beinahe täglichen Gesprächen, abwechselnd über sein Habilitations- und mein Dissertationsvorhaben, vieles lernen. Ich freue mich, dass uns seit den Institutstagen nicht nur die gemeinsame Publikationstätigkeit, sondern eine Freundschaft verbindet.

Schließlich danke ich meinen lieben Eltern, Dr. *Ingeburg Spendel* und Dr. *Martin Spendel*, die mich immer unterstützt und gefördert haben. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Für die großzügige finanzielle Förderung meines Dissertationsprojekts danke ich der Heinrich Graf Hardegg'schen Stiftung, den Hörern der Rechte und dem Rektorat der Universität Wien. Univ.-Prof. Dr. Dr.h.c. *Paul Oberhammer* danke ich für die Aufnahme meiner Arbeit in die „Juristische Schriftenreihe“ im Verlag Österreich. Auf Verlagsseite bin ich Frau Mag. *Tihana Jozic*, Frau Mag. *Eva-Maria Rauch* und Frau Mag. *Carina Deutsch*, BA überaus dankbar für die hervorragende, geduldige und immer freundliche Zusammenarbeit. Für die finanzielle Förderung der Publikation danke ich dem Verein der Freunde der Rechtswissenschaftlichen Fakultät und ganz besonders dem Österreichischen Wissenschaftsfonds (FWF).

Die (zugrundeliegende) Dissertation wurde mit dem Bankenverbandspreis 2019 (ehemals Walther-Kastner-Preis) des Verbands österreichischer Banken und Bankiers sowie mit dem Gustav Figdor-Preis 2019 der Österreichischen Akademie der Wissenschaften ausgezeichnet. Die überarbeitete Publikationsfassung der Dissertation wurde mit dem Walter Haslinger Preis 2022 prämiert.

Linz, im Dezember 2024

Fabian Spendel

2 OGH 26.08.2020, 9 ObA 136/19v (vgl dazu *Spendel*, wbl 2021, 121).

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XIX
§ 1. Einleitung	1
§ 2. Grundsatz der Haftungskonzentration	35
§ 3. GmbH	121
§ 4. AG	675
§ 5. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	1175
§ 6. Verzeichnisse	1207

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Inhaltsverzeichnis	XI
Abkürzungsverzeichnis	XIX
§ 1. Einleitung	1
I. Problemstellung	1
A. Existenzvernichtende Organhaftung	1
B. Vielfältige Ursachen der Haftungsstrenge	3
C. Lösungsansätze für eine Haftungsbeschränkung	10
D. Notwendigkeit und Möglichkeiten einer Haftungs- beschränkung	14
E. Forschungsfrage und bisherige Untersuchungen	21
F. Übergreifender Ansatz dieser Untersuchung	25
II. Abgrenzung des Forschungsgegenstands	28
III. Gang der Untersuchung	32
§ 2. Grundsatz der Haftungskonzentration	35
I. Einführung	35
II. Historische Entwicklung	39
A. Die Vorstandshaftung nach dem ADHGB 1861	40
B. Meinungsstand zum ADHGB 1861	42
1. Aktionärsschäden	42
2. Gläubigerschäden	44
C. Reformgutachten des ROHG aus 1877	48
1. Aktionärsschäden	49
2. Gläubigerschäden	50
D. ADHGB idF Aktienrechtsreform 1884	52
1. Positivierung der Haftungskonzentration	52
2. Aktionärsschäden	54
3. Gläubigerschäden	57
E. Fazit	59
III. Dogmatische Einordnung	60
A. Allgemein-schadenersatzrechtliche Überlegungen	60
1. Ersatz bloßer Vermögensschäden	60

2. Schutzgesetzverletzung als mögliche Anspruchsgrundlage	61
B. Spezialität der Haftungskonzentration	75
C. Schadenskongruenz als Scheitelpunkt zur Außenhaftung	77
D. Fazit	81
IV. Flankierende Schutzbestimmungen als Korrektive	82
A. Schutz künftiger Aktionäre (Art 213d ADHGB 1884) ..	83
B. Minderheitenschutz (Art 223 und 213d ADHGB 1884) ..	90
C. Gläubigerschutz (Art 241 Abs 4 ADHGB 1884)	93
D. Fazit	96
V. Relativierungstendenzen zugunsten einer Außenhaftung. ...	96
A. Durchsetzungshemmung der Gesellschaft	97
B. Durchsetzungsschwierigkeiten in der masselosen Gesellschaftsinsolvenz.	98
C. Schutzgesetzqualifikation insolvenzbezogener Tatbestände?	101
1. Meinungsstand	101
2. Eigene Stellungnahme	103
D. Fazit	117
VI. Implikationen für die Forschungsfrage	118
§ 3. GmbH	121
I. Grundzüge der Geschäftsführerhaftung	121
A. Verhaltenspflichten und Sorgfaltsmaßstab	121
B. Haftung	122
C. Geltendmachung von Ersatzansprüchen.	125
II. Bestehende Dispositionsschranken für Verzichte, Vergleiche und Weisungsbeschlüsse	126
A. Kein (besonderes) Schutzbedürfnis künftiger Gesellschafter in der GmbH.	127
B. Minderheitenschutz als Korrektiv für die Haftungs- konzentration	133
1. Entwicklung des Minderheitenschutzes in der GmbH.	133
2. Die Minderheitsklage gem § 48 GmbHG	139
3. Fehlen einer Dispositionsbeschränkung zur Absicherung der Minderheitsklage	144
4. Fazit	199
C. Gläubigerschutz als Korrektiv für die Haftungs- konzentration	201
1. Fehlen eines Verfolgungsrechts im GmbH-Recht ...	201
2. Die Dispositionsbeschränkung gem § 10 Abs 6 GmbHG	215

3. Die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG.....	228
4. Fazit	516
III. Dispositionsschranken für abstrakte Haftungs- milderungen im Voraus	518
A. Problemstellung	518
B. Meinungsstand	521
1. Haftung gem § 25 Abs 3 GmbHG (analog).....	521
2. Haftung gem § 25 Abs 2 GmbHG	524
3. Zusammenfassende Würdigung	545
C. Wortsinn und Textzusammenhang der § 25 Abs 1 bis 3 GmbHG	546
1. Meinungsstand	546
2. Stellungnahme und eigene Ansicht	548
3. Zwischenergebnis	551
D. Subjektiv-historische Überlegungen	551
1. Bericht der Reichstagskommission zu Art 226 und Art 241 ADHGB 1884	551
2. Amtliche Begründung zu § 43 dGmbHG	553
3. Ausdrückliche Regelung in den Vorentwürfen eines öGmbHG.	563
4. Erläuternde Bemerkungen zu § 25 GmbHG.....	565
5. Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Genossenschaft.	568
6. Zwischenergebnis	570
E. Systematisch-logische Überlegungen	570
1. Anwendung der bestehenden Dispositions- schranken	571
2. Fehlen weiterer Dispositionsbeschränkungen als Argument für die (grundsätzliche) Disponibilität der § 25 Abs 1 und 2 GmbHG?.....	584
3. Fehlen einer Dispositionsermächtigung als Argument für die Indisponibilität des § 25 Abs 1 und 2 GmbHG.....	596
4. Zum Rückschluss aus § 25 Abs 3 GmbHG auf den zwingenden Charakter des § 25 Abs 2 GmbHG	620
5. Zu § 84 Abs 4 Satz 3 AktG (Sperrfrist) als Argument für den zwingenden Charakter des § 25 GmbHG	620
6. § 24 Abs 1 Satz 2 VerG als Argument für die (eingeschränkte) Disponibilität des § 25 GmbHG?...	623
7. Zwischenergebnis	625

F. Teleologische Überlegungen.....	626
1. Eigene Ansicht	628
2. Einzelargumente und Stellungnahme	639
G. Zwischenergebnis.....	660
H. Regelungsmodus	661
I. Regelungsort.....	665
1. Zwingende Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag... ..	665
2. Beschlussquorum bei einer Gesellschafts- vertragsänderung	668
J. Fazit.....	669
K. Exkurs: Zulässigkeit einer Haftungsverschärfung?.....	671
§ 4. AG	675
I. Grundzüge der Vorstandshaftung	675
A. Verhaltenspflichten und Sorgfaltsmaßstab	675
B. Haftung.....	676
C. Geltendmachung von Ersatzansprüchen.....	679
II. Bestehende Dispositionsschranken für Verzicht, Vergleichs- und HV-Beschlüsse	680
A. Schutz künftiger Aktionäre als Korrektiv für die Haftungskonzentration	681
1. Regelungsinhalt und Entwicklung seit dem ADHGB 1884.....	681
2. Normzweck	684
3. Erfasste Ansprüche	708
4. Erfasste Dispositionen.....	712
5. Verstoßfolgen	713
6. Systemwidrigkeit der (fünfjährigen) Sperrfrist und Korrektur.....	722
7. Fazit	732
B. Minderheitenschutz als Korrektiv für die Haftungskonzentration	734
1. Regelungsinhalt und Entwicklung seit dem ADHGB 1884.....	734
2. Das Minderheitsverlangen gem §§ 134 f AktG.....	742
3. Die Dispositionsbeschränkungen gem § 43, § 84 Abs 4 Satz 3 und § 136 AktG.....	752
4. Fazit	794
C. Gläubigerschutz als Korrektiv für die Haftungskonzentration	796
1. Regelungsinhalt und Entwicklung seit dem ADHGB 1884.....	796
2. Das Verfolgungsrecht gem § 84 Abs 5 Sätze 1 und 2 AktG.....	797

3. Die Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 Sätze 3 und 4 AktG	833
4. Fehlen eines Verfolgungsrechts und von Dispositionsbeschränkungen für Ersatzansprüche aus dem Gründungsstadium (§ 41 AktG) ...	861
5. Fazit	872
D. Haftungsfreistellung durch Befolgung eines HV-Beschlusses (§ 84 Abs 4 Satz 1 und § 84 Abs 5 Satz 3 AktG)	874
1. Regelungen und Entwicklung seit dem ADHGB 1884	874
2. Meinungsstand	875
3. Bedeutung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG	886
4. Bedeutung des § 84 Abs 4 Satz 1 AktG	889
5. Dogmatische Einordnung der Haftungsfreistellungswirkung	898
6. Anfechtbare Beschlüsse	899
7. Nichtige Beschlüsse	912
8. Weitere Fragen: Ermächtigung, formlose Billigung und nachträgliche Genehmigung	927
9. Synthese	931
10. Fazit	946
E. Keine Haftungsfreistellung durch Billigung des Aufsichtsrats (§ 84 Abs 4 Satz 2 AktG)	948
F. Die Dispositionsbeschränkung gem § 84 Abs 4 Sätze 3 und 4 AktG („Sperrfrist“)	950
1. Regelungsinhalt und Entstehungsgeschichte	950
2. Normzweck	956
3. Erfasste Ansprüche	1012
4. Erfasste Dispositionen	1012
5. Verstoßfolge	1014
6. Systemwidrigkeit der Sperrfrist und Schlussfolgerungen	1022
7. Fazit	1077
III. Dispositionsschranken für abstrakte Haftungsmilderungen im Voraus	1079
A. Meinungsstand	1079
1. Ältere Lehre	1079
2. Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Genossenschaft	1081
3. Jüngere Lehre	1081
4. Zusammenfassende Würdigung	1087
B. Die Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG als (vermeintliche) Restriktion	1087

C. Satzungsstrenge im österreichischen Aktienrecht?	1091
1. Meinungsstand	1092
2. Historische Analyse	1099
3. Stellungnahme zu den (historischen) Argumenten für eine Satzungsstrenge	1121
4. Abschließende Würdigung der Genese	1145
5. Schlussfolgerungen	1147
D. Zwischenergebnis	1149
E. Grundsätzliche Wertungsparallele zum GmbH-Recht	1150
1. Entstehung der GmbH aus der AG (ohne Anlegerschutz)	1150
2. Keine Verschiedenbehandlung wegen der eigenverantwortlichen Stellung des Vorstands	1154
3. Keine Verschiedenbehandlung wegen der umfassenden Vermögensbindung im (deutschen) Aktienrecht	1157
F. (Aktienrechtliche) Dispositionsschranken und (rest-)disponibler Bereich	1161
1. Allgemeine Dispositionsschranke: § 879 ABGB (§ 276 Abs 3 BGB) – Selbstschutz des Disponierenden	1162
2. Besondere Dispositionsschranken	1162
G. Fazit	1170
H. Exkurs: Zulässigkeit einer Haftungsverschärfung?	1173
§ 5. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	1175
I. Grundsatz der Haftungskonzentration	1175
II. GmbH	1178
A. Bestehende Dispositionsschranken für Verzichte, Vergleiche und Weisungsbeschlüsse	1178
1. Kein (besonderes) Schutzbedürfnis künftiger Gesellschafter in der GmbH	1178
2. Minderheitenschutz als Korrektiv für die Haftungskonzentration	1179
3. Gläubigerschutz als Korrektiv für die Haftungskonzentration	1181
4. Im Besonderen: Haftungsfreistellung durch Befolgung eines Gesellschafterbeschlusses	1186
B. Dispositionsschranken für abstrakte Haftungsmilderungen im Voraus	1189
III. AG	1193
A. Bestehende Dispositionsschranken für Verzichte, Vergleiche und Weisungsbeschlüsse	1193
1. Schutz künftiger Aktionäre als Korrektiv für die Haftungskonzentration	1193

2. Minderheitenschutz als Korrektiv für die Haftungskonzentration.....	1196
3. Gläubigerschutz als Korrektiv für die Haftungskonzentration.....	1198
4. Im Besonderen: Haftungsfreistellung durch Befolgung eines HV-Beschlusses (§ 84 Abs 4 Satz 1 und Abs 5 Satz 3 AktG).....	1199
5. Die Dispositionsbeschränkung gem § 84 Abs 4 Sätze 3 und 4 AktG („Sperrfrist“).	1200
B. Dispositionsschranken für abstrakte Haftungsmilderungen im Voraus.	1204
§ 6. Verzeichnisse	1207
I. Verzeichnis der zitierten Literatur	1207
II. Verzeichnis der zitierten Judikatur.....	1234
A. Oberster Gerichtshof.....	1234
1. Entscheidungen.....	1234
2. RIS-Justiz Rechtssätze.....	1235
B. Deutscher Bundesgerichtshof (BGH)	1236
C. Reichsgericht (RG).....	1236
D. Sonstige Gerichte	1237
III. Verzeichnis der zitierten historischen Gesetzesmaterialien ...	1237
A. AG	1237
1. ADHGB 1861/AHGB 1863.....	1237
2. ADHGB idF deutsche Aktienrechtsreform 1884....	1237
3. dHGB 1897	1238
4. Aktienentwurf 1900 (Österreich).....	1238
5. Weimarer Republik	1238
6. dAktG 1937/AktG 1938.....	1238
7. AktG 1965.....	1239
8. dAktG 1965.....	1239
B. GmbH.....	1239
1. dGmbHG 1892.....	1239
2. öGmbHG 1906.....	1239
C. Sonstige	1240
Stichwortverzeichnis.....	1241

Abkürzungsverzeichnis

aA	am Anfang; andere(r) Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
Abg	Abgeordneter
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie (JGS 946)
abgedr	abgedruckt
abl	ablehnend
Abs	Absatz; Absätze
abw	abweichend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift)
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch 1861
AE	Österreichischer Aktienentwurf von 1900
aE	am Ende
aF	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft (Zeitschrift)
AHGB	Allgemeines Handelsgesetzbuch (für Österreich), RGBI 1863/1
AktG	Bundesgesetz über Aktiengesellschaften (Aktiengesetz) (BGBl I 1965/98)
AktG 1937/1938	Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz), dRGBI I 1937, 107, in Österreich in Kraft gesetzt durch dRGBI 1938 I 385 und 988
AktRÄG	Aktienrechts-Änderungsgesetz
allg	allgemein
allgM	allgemeine Meinung
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
AmtlBegr	Amtliche Begründung
Anh	Anhang
Anm	Anmerkung(en)
ao	außerordentlich, -e, -er, -es
arg	argumentum
Art	Artikel
Aufl	Auflage(n)

ausdr	ausdrücklich
ausf	ausführlich
AVA	Allgemeines Verwaltungsarchiv (des Österreichischen Staatsarchivs)
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
Bd	Band
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
Begr	Begründer; begründet; Begründung
BGB	Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch (RGGBl 1896/195)
BGGl	Bundesgesetzblatt
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des (deutschen) Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Blg	Beilage(n)
BlgHH	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses
BlgNR	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BRGÖ	Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs – Zeitschrift der Kommission für Rechtsgeschichte Österreichs der Österreichischen Akademie der Wissenschaften
Bsp	Beispiel
bspw	beispielsweise
BT	deutscher Bundestag
BT-Drs	Bundestags-Drucksache
Busch's Archiv	Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
D&O	<i>directors & officers</i>
dAktG	deutsches Aktiengesetz
dAktRNov 1884	deutsche Aktienrechtsnovelle 1884; Gesetz, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften (dRGGBl 1884, 123)
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
dBGGl	deutsches Bundesgesetzblatt
diesbzgl	diesbezüglich
dementspr	dementsprechend
dens	denselben
ders	derselbe
dGenG	Deutsches Genossenschaftsgesetz
dGmbHG	(deutsches) Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, dRGGBl 1892, 477

dh	das heißt
DHG	Dienstnehmerhaftpflichtgesetz (BGBl I 1965/80)
dHGB	deutsches Handelsgesetzbuch
dHGB 1897	deutsches Handelsgesetzbuch (dRGBI 1897, 219); Einführung in Österreich durch dRGBI I 1938, 1999
dies	dieselbe(n)
Diss	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DRdA	Das Recht der Arbeit (Zeitschrift)
dRGBI	deutsches Reichsgesetzblatt
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DZWIR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
E	Entscheidung; Entwurf
EBOR	European Business Organization Law Review
EBRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
ecolex	ecolex, Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EKEG	Eigenkapitalersatz-Gesetz (BGBl I 2003/92)
entspr	entsprechend
EO	Exekutionsordnung (RGI 1986/79)
Erl	Erläuterungen
<i>et al</i>	<i>et alii/et aliae</i>
etc	et cetera
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in der Österreichischen Juristenzeitung
f	folgende
F.A.Z.	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FAH	<i>Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer</i> (Hrsg), Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung
ff	die folgenden
FG	Freundesgabe
Fn	Fußnote(n)
Fol	Folie(n)
FS	Festschrift
gem	gemäß
GenG	Genossenschaftsgesetz (RGI 1873/70)
GES	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht und angrenzendes Steuerrecht
GesbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GesR	Gesellschaftsrecht
GesRÄG	Gesellschaftsrechts-Änderungsgesetz
GesRZ	Der Gesellschafter, Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

ggf	gegebenenfalls
GIRÄG 2003	Gesellschafts- und Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2003, GIRÄG 2003 (BGBl I 2003/92)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz vom 6. März 1906, über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz) (RGBl 1906/58)
GmbHR	Die GmbH-Rundschau (Zeitschrift)
GP	Gesetzgebungsperiode
GRAU	GRAUZONEN – Unternehmen im Recht (Zeitschrift)
Großkomm	Großkommentar
grundl	grundlegend, -e, -er, -es
GS	Gedächtnisschrift, Gedenkschrift
hA	herrschende Ansicht
Hdb	Handbuch
hdL	herrschende deutsche Lehre
hdM	herrschende deutsche Meinung
HGB	Handelsgesetzbuch
HHB	Bericht der Kommission des Herrenhauses zur Vorberatung der Gesetzesvorlage über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Herrenhausbericht)
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
höL	herrschende österreichische Lehre
hrsg	herausgegeben
Hrsg	Herausgeber
HS	Handelsrechtliche Entscheidungen
Hs	Halbsatz
HV	Hauptversammlung
idF	in der Fassung; in der Folge
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne
idZ	in diesem Zusammenhang
iE	im Ergebnis
ieS	im engeren Sinne
insb	insbesondere
insg	insgesamt, -e, -er, -es
InsO	(deutsche) Insolvenzordnung (dBGBl I S 2866)
IO	Insolvenzordnung (RGBl 1914/337)
IRÄG 1997	Insolvenzrechtsänderungsgesetz 1997 (BGBl I 1997/114)
iS	im Sinne
iSd	im Sinne des/der
iSe	im Sinne eines/-er
iSv	im Sinne von

iVm	in Verbindung mit
iW	im Wesentlichen
iwS	im weiteren Sinne
iZm	im Zusammenhang mit
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung (Zeitschrift)
JB1	Juristische Blätter (Zeitschrift)
jew	jeweils; jeweilig, -e, -er, -es
JGS	Gesetze und Verordnungen im Justiz-Fache für die deutschen Staaten der österreichischen Monarchie (Justizgesetzsammlung)
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JW	Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift)
Kap	Kapitel
KBB	<i>Bydlinski/Perner/Spitzer</i> (Hrsg) ABGB; ehemals <i>Koziol/Bydlinski/Bollenberger</i> (Hrsg), ABGB Kurzkommentar
KG	Kammergericht; Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KK	Kölner Kommentar
KO	Konkursordnung (RGI 1914/337)
krit	kritisch
<i>leg cit</i>	<i>legis citatae</i> (der zitierten Vorschrift[en])
Lfg	Lieferung
LG	Landesgericht, (deutsches) Landgericht
Lit	Literatur
lSp	linke Spalte
Mat	Materialien (Gesetzesmaterialien)
maW	mit anderen Worten
ME	Ministerialentwurf
mE	meines Erachtens
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (dBGBl I S 2026)
MüKo	Münchener Kommentar
mwN	mit weiteren Nachweisen
nF	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NR	Nationalrat
Nr	Nummer
Nw	Nachweis(e)
NZ	Österreichische Notariatszeitung (Zeitschrift)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv (Zeitschrift)

OG	Offene Gesellschaft
OGH	Oberster Gerichtshof
öGmbHG	österreichisches GmbHG (s GmbHG)
OHG	Offene Handelsgesellschaft
ÖJT	Österreichischer Juristentag
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
ÖStA	Österreichisches Staatsarchiv
Pkt	Punkt(e)
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft (Zeitschrift)
RegE	Regierungsentwurf
RegE-dGmbHG 1971	Regierungsentwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung und eines Einführungsgesetzes zum Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haf- tung vom 5.11.1971, BT-Drs VI/3088 = BT-Drs VII/253
RG	(deutsches) Reichsgericht
RGBI	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts in Zivilsachen
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
Rn	Randnummer
RNotZ	Rheinische Notar-Zeitschrift
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
Rsp	Rechtsprechung
rSp	rechte Spalte
RT	deutscher Reichstag
RT-Drs	Reichstags-Drucksache
RV	Regierungsvorlage
RWZ	Zeitschrift für Recht und Rechnungswesen
Rz	Randziffer
s	siehe
S	Seite; Siehe
SächsArchRpfl	Sächsisches Archiv für Rechtspflege
SanInsFoG	deutsches Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwick- lungsgesetz (dBGBl I 2020 S 3256)
sog	sogenannt, -e, -er, -es
StGB	Strafgesetzbuch (BGBl I 1974/60)
StGBI	Staatsgesetzblatt
str	strittig
stRsp	ständige Rechtsprechung
SWK	Steuer- und WirtschaftsKartei (Zeitschrift)
SZ	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichts- hofes in Zivilsachen
U.Chi.L.Rev.	The University of Chicago Law Review

U.Tor.L.J.	University of Toronto Law Journal
ua	unter anderem, und andere
UGB	Unternehmensgesetzbuch (vormals Handelsgesetzbuch) (BGBl I 2005/120)
unstr	unstrittig
unzutr	unzutreffend
uU	unter Umständen
v	von
va	vor allem
Verf	Verfasser
VerG	Vereinsgesetz 2002 (BGBl I 2002/66)
VerGNov 2011	Vereinsgesetz-Novelle 2011 (BGBl I 2011/137)
vgl	vergleiche
Vor	Vorbemerkung
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter (Zeitschrift)
WK	Wiener Kommentar
WM	Wertpapier-Mitteilungen, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
ZBfHR	Zentralblatt für Handelsrecht (Zeitschrift)
ZeitschrfdR	Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswis- senschaft
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschafts- recht
ZIK	Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
zit	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung (RGBl 1895/113)
ZR	Zivilsenat
ZSR	Zeitschrift für Schweizer Recht
zT	zum Teil
zust	zustimmend
zutr	zutreffend
zwf	zweifeln

§ 1. Einleitung

I. Problemstellung

A. Existenzvernichtende Organhaftung

Die Verantwortlichkeit der Geschäftsführer von Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) und Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften (AG) erfreut sich praktischer und akademischer Aufmerksamkeit wie kaum ein anderer gesellschaftsrechtlicher Themenkomplex. In den letzten Jahren haben einige medial präsente Haftungsfälle³ auch reichlich Stoff für einen lebhaften Diskurs geboten, der sich in zahlreichen wissenschaftlichen Abhandlungen niedergeschlagen hat. Die öffentlich wie fachlich diskutierten Haftungsfälle sind jedoch nur die Spitze des Eisbergs, denn die meisten Organhaftungsfälle werden außergerichtlich bereinigt, um mediale Berichterstattung gerade zu vermeiden.⁴ Die beispiellose Brisanz des Organhaftungsrechts brachte ihm in der Fachliteratur Bezeichnungen wie „*Dauerbrenner*“⁵ des Kapitalgesellschaftsrechts oder „*heißes Eisen*“⁶ ein.⁷ Im öf-

3 Zu nennen sind etwa die Fälle der Mannesmann AG, Volkswagen AG, Siemens AG, Deutsche Telekom AG, Constantin Medien AG und Infineon AG; vgl die Übersicht und weiteren Nw bei *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 3 f; vgl auch die Bsp und Kategorisierung bei *Kutscher*, Organhaftung 36 ff.

4 *Hopt* (ZIP 2013, 1793 [1794]) berichtet etwa aus der D&O-Praxis, dass 95% aller D&O-Fälle außergerichtlich erledigt werden. Zu den Vorteilen einer solchen Bereinigung für die Gesellschaft(er) s noch unten S 14 ff. Vgl zu der ähnlichen Situation in den USA mwN *Ihlas*, Organhaftung 323. Vgl auch *Fleischer* in BeckOGK AktG § 93 Rz 7, 383 (Stand 01.10.2023), wonach Organhaftungsklagen in jüngerer Zeit immer öfter vor Schiedsgerichten ausgetragen werden, woraus eine „hohe Dunkelziffer“ resultiere. Vgl auch *Scholl*, Vorstandshaftung und Vorstandsersessen 35 f.

5 *Fleischer*, NJW 2009, 2337 (2337): „*Dauerbrenner des deutschen Kapitalgesellschaftsrechts*“; *Spindler*, AG 2013, 889 (899); *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33 (33); *Kodek*, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2016, 207 (207), demzufolge sich die zivilrechtliche Organverantwortung in den letzten Jahren „zu einer Art ‚*Dauerbrenner*‘ entwickelt [hat]“.

6 *Bachmann*, BB 2015, 771 (771); iZm einer (pessimistisch beurteilten) Entschärfung der Organhaftung *de lege ferenda* *Brommer*, Beschränkung 187.

7 Vgl auch *Melot de Beauregard*/Lieder/Liersch, Managerhaftung § 1 Rz 25, wonach man fast von einem „Modethema“ sprechen könne. Vgl schon im Jahr 1997 *Ihlas*, Organhaftung 324: „*Ein bisher selten diskutiertes Thema wird bald in den Vordergrund treten: die Enthftung des Managements.*“

fentlichen Diskurs haben die erwähnten Haftungsfälle und die jüngste Finanzkrise die zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit der (umgangssprachlichen) Manager weiter in das kollektive Bewusstsein gerückt.⁸ Dabei dürfte in der gesellschaftlichen Wahrnehmung (gewiss auch wegen der hohen Vergütungen) noch immer der Eindruck vorherrschen, Geschäftsleiter würden nicht oder nur unzureichend zur Verantwortung gezogen.⁹ Wenig überraschend verlangt die Öffentlichkeit daher nach einer Haftungsverstärkung.¹⁰ Indessen ist man sich zumindest in rechtswissenschaftlichen Fachkreisen (weitestgehend) einig, dass zumindest die (hier zu behandelnde) zivilrechtliche Haftung der Mitglieder von Leitungsorganen schon *de lege lata* überaus streng und potenziell sogar existenzbedrohend ist.¹¹ Pointiert

- 8 Vgl etwa *M. Rieder/Holzmann*, AG 2011, 265 ff; *G. Wagner*, ZHR 178 (2014) 227 (228 f); *Krause*, BB 2009, 1370 (1370); *Spindler*, AG 2013, 889 (899); *Brommer*, Beschränkung 17 mwN; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 5a, nach dem sich im Zuge des Zusammenbruchs des Neuen Markts, der Finanzmarktkrise und zahlreicher Korruptionsfälle aus jüngerer Zeit ein Bewusstseinswandel in der öffentlichen Wahrnehmung vollzogen habe (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 7 [Stand 01.10.2023]). Vgl für eine organhaftungsrechtliche Bewertung der Finanzkrise *Scholl*, Vorstandshaftung und Vorstandsermessen 304 ff.
- 9 *Schall*, JZ 2001, 455 (455); *G. Wagner*, ZHR 178 (2014) 227 (228); *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 90; allg zB *Jahn*, Kap § 42: Die Managerhaftung und die öffentliche Meinung, in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³.
- 10 Vgl *Kalss*, GesRZ 2014, 159 (159) mit Hinweis auf eine Studie (*Gaul*, Die lange Liste der Hypo-Schuldigen, Kurier vom 23.02.2014, S 4). Demzufolge antworteten auf die Frage „Sind die bestehenden Haftungsregeln für Manager und Aufsichtsräte ausreichend?“ 85% der Befragten mit „Nein, sollen verschärft werden“ und 8% mit „Ja“ (die restlichen 7% hatten offenbar keine Meinung dazu). Vgl auch *Walbert*, Managerhaftung: Vorstände brauchen ihren Spielraum, Die Presse 2011/47/07; *Krause*, BB 2009, 1370 (1370) mwN; *Hemeling*, ZHR 175 (2011) 368 (383 f).
- 11 Vgl monographisch ausf für Deutschland *P. Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung von Vorstandsmitgliedern in der Aktiengesellschaft (2014); *Kilian*, Reform der existenzvernichtenden Vorstandshaftung (2017); *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung und ihre Begrenzung durch Satzungsbestimmung (de lege lata) (2018) 28 ff; vgl auch *Brommer*, Beschränkung 19 mwN; vgl auch *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 476 („äußerst streng ausgestaltete Haftung“; „uU existenzbedrohend“); *Ihlaß*, Organhaftung 325 und *passim*; *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 66 (Stand 01.09.2022); *Fleischer*, ZIP 2014, 1305 ff; *dens*, Der Aufsichtsrat 2014, 100 (100); *Krieger* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 3.45; *U. H. Schneider* in FS Werner 795 ff; *Schug*, Risikoeinschränkung 23; *A. Arnold*, Steuerung 170; *Janert*, BB 2013, 3016 (3016); *G. M. Hoffmann*, NJW 2012, 1393 ff; *Bachmann*, GesRZ 2014, 149 ff; *Bayer/P. Scholz*, NZG 2014, 926 (926 f) mwN („Existenzvernichtende Haftungsansprüche als rechtsformtypisches Phänomen“); zust *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 3; *Habersack*, NZG 2015, 1297 (1297): „könnte – jedenfalls dem Papiere nach – kaum strenger sein“; *Mand*, Geschäftsführerhaftung 13; *Koch*, Die strenge Haftung von Vorständen muss beschränkt werden, F.A.Z. vom 19.12.2012, 19; vgl *Hecht*, Die große Angst vor Entscheidungen, Die Presse 2020/10/07, wonach die Angst unter Öster-

ist gar von der „*wirtschaftlichen Todesstrafe*“¹² die Rede.¹³ Dieser Befund kann sich auf umfangreiche rechtswissenschaftliche Untersuchungen stützen.¹⁴ Nur vereinzelt wird diese ganz überwiegend akzeptierte Prämisse (so weit ersichtlich) unter Hinweis auf fehlende empirische Absicherung in Frage gestellt.¹⁵ Die vorliegende Arbeit setzt gleichwohl beim literarischen Tenor an, nach dem die Organhaftung existenzbedrohend und daher *zu* streng (geworden) ist – schon weil eine empirische Aufarbeitung hier nicht geleistet werden kann. Dazu werden die wesentlichen Eckpunkte dieses Ausgangsbefunds im Folgenden skizziert. Im Übrigen geht es dieser Untersuchung nicht ausschließlich oder überwiegend um die Zulässigkeit (und Grenzen) abstrakter Haftungsbeschränkungen *ex ante*, sondern auch – ganz allgemein – um die Herausarbeitung der Disponibilitätsgrenzen im Organhaftungsrecht.

B. Vielfältige Ursachen der Haftungsstrenge

Die Ursachen für die (rezente) Schlagkraft der Organhaftung sind mannigfaltig. Vorauszuschicken ist, dass sich die anwendbare *lex scripta* seit der deutschen Aktienrechtsreform des Jahres 1884 nicht maßgeblich geändert hat.¹⁶ Dennoch sind aus damaliger Zeit (soweit ersichtlich) keine literarischen Stellungnahmen verzeichnet, die für eine Milderung der Organhaftung eintreten.¹⁷ Ganz im Gegenteil: Noch die Verfasser des deutschen Aktiengesetzes von 1937 bemühten sich nach Kräften um eine *Verschärfung* der Vorstands-

reichs Aufsichtsräten und Vorständen, wegen einer falschen Entscheidung zur Kasse gebeten zu werden, größer sei denn je; vgl idZ auch die Eingangsfrage bei *Bachmann*, Gutachten E zum 70. DJT E 9: „*Haften Organmitglieder also in Deutschland zu viel oder zu wenig?*“.

12 *Bayer*, NJW 2014, 2546 (2548) mwN (ursprünglich *ders* in FS K. Schmidt [2009] 85 [97]; zit nach *P. Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung 33).

13 Vgl auch *Bachmann*, GesRZ 2014, 149 (149): „*Pulverfass Organhaftung*“.

14 S die Nw in Fn 11.

15 Relativierend etwa *Kutscher*, Organhaftung 88 ff; zwf auch *Binder*, Grenzen 37 f („*empirisch [...] weithin ungesichert*“); abl auch *Schöne/Petersen*, AG 2012, 700 ff; *Fehrenbach*, AG 2015, 761 ff, insb 772 f und *passim*; krit auch *Fäßbender*, NZG 2015, 501 ff; vgl auch die weiteren Nw iZm der letzten Finanzkrise bei *Scholl*, Vorstandschaft und Vorstandsermessens 39 f.

16 Vgl die Darstellung der Rechtsentwicklung und die Gegenüberstellung mit dem geltenden deutschen Recht (das iZm der Organverantwortlichkeit iW dem österreichischen entspricht) bei *Lutter* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 1.2 ff.

17 Über die Möglichkeit vertraglicher Haftungsmilderungen hat man sich indes schon damals Gedanken gemacht, wenngleich wohl nicht durch praktische Bedürfnisse veranlasst (was sich zB daraus ergibt, dass man stets auch zur Möglichkeit einer Verschärfung der Haftung Stellung zu nehmen pflegte). Vgl bereits Kommissionsbericht ADHGB 1884, in stenographische Berichte über die Verhandlungen des

haftung und diskutierten unter anderem sogar eine Haftung der Vorstandsmitglieder für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft.¹⁸ Das dAktG 1937¹⁹ trat im Jahr 1938 auch in Österreich in Kraft²⁰ und wurde nach Kriegsende durch das Rechtsüberleitungsgesetz (R-ÜG)²¹ in den (vorläufigen) österreichischen Rechtsbestand übernommen.²² Das heute geltende Organhaftungsrecht befindet sich im Wesentlichen noch immer auf dem Stand des AktG 1937/1938 (vgl aber insb die *Business Judgment Rule* in § 25 Abs 1a GmbHG; § 84 Abs 1a AktG). Jahrzehntelang pflegte man auf dieser gesetzlichen Grundlage zu beklagen, dass das Haftungsrisiko für Vorstandsmitglieder zu gering sei.²³ Der zur Anspruchsdurchsetzung berufene Aufsichtsrat werde kaum jemals tätig, habe er doch immerhin selbst den Vorstand ausgewählt und zu überwachern gehabt.²⁴ Auch das Recht einer Gesellschaftermindertheit, Ersatzansprüche der Gesellschaft zu verfolgen (§ 48 GmbHG, §§ 134 f AktG; § 148 dAktG), hat kaum praktische Bedeutung erlangt.²⁵

Reichstages, 5. Legislaturperiode, IV. Session, 1884, 4. Band, Anlage 128, 1009 (1020). S zum (auch älteren) Meinungsstand zu dieser Frage unten S 521 ff.

18 S dazu noch unten insb S 1010 f.

19 IdF daher der Einfachheit halber AktG 1937/1938 genannt.

20 Weiterführend *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 328 ff.

21 Verfassungsgesetz vom 1. Mai 1945 über die Wiederherstellung des Rechtslebens in Österreich (Rechts-Überleitungsgesetz [R-ÜG]; StGBI 1945/6).

22 Weiterführend *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 331 f.

23 Vgl referierend zB *Grunewald*, AG 2013, 813 (813); *Groß*, Innenhaftung 15 mwN; vgl auch die Nw in Fn 26; *Thümmel*, Persönliche Haftung⁵ Rz 1; *Dauner-Lieb* in *Heussler/Strohn*, GesR⁵ § 93 Rz 3a.

24 Vgl *Grunewald*, AG 2013, 813 (813) mwN; *Scholl*, Vorstandshaftung und Vorstandsermessen 135.

25 Vgl für das Minderheitsklagerecht gem § 48 GmbHG *Schröckenfuchs* in FAH, GmbHG § 48 Rz 1, wonach Klagen gem § 48 GmbHG in der Praxis nicht so häufig sind, wie man vielleicht vermuten würde (mit Angabe div Gründe). Vgl für das Minderheitsverlangen gem §§ 134 f AktG etwa *Csoklich* in MüKo AktG⁵ § 147 Rz 148, wonach das Minderheitsverlangen wegen der Kosten- und Schadenersatzpflicht sowie wegen der bei größeren AG kaum erreichbaren Quoren von 10% bzw 5% des Grundkapitals bislang keine größere praktische Bedeutung erlangt hat; vgl auch *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 135 Rz 2; ähnlich *Rüffler*, JBl 2011, 69 (70); *Karollus* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz 1145 (1153); *Kalss/Linder*, Minderheits- und Einzelrechte von Aktionären 69.

Zur deutschen Aktionärsklage (§ 148 dAktG), die jedoch anderen Voraussetzungen (Klagezulassungsverfahren) unterliegt, etwa *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 312 („Fremdkörper“); so auch ausf *Dose*, Aktionärsklage 215 ff und *passim*; *Vetter* in FS Hoffmann-Becking 1317 ff; *Habersack*, AG 2014, 553 (553); *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 148 Rz 3 mwN; *Schug*, Risikoeinschränkung 22; *Scholl*, Vorstandshaftung und Vorstandsermessen 136 ff; *A. Arnold*, Steuerung 192 ff.

In jüngerer Zeit hat sich der Wind jedoch gedreht.²⁶ Nicht nur die Gesamtzahl der Inanspruchnahmen von Vorstandsmitgliedern ist gestiegen, sondern auch die Haftungssummen.²⁷ Von einem Trend zur persönlichen Haftung von Vorstandsmitgliedern ist die Rede.²⁸ Dieser Paradigmenwechsel ist weniger dem (wie erwähnt unveränderten) gesetzlichen Haftungstatbestand zuzuschreiben als vielmehr den geänderten rechtlichen und tatsächlichen Rahmenbedingungen. Erst diese geänderten Umstände²⁹ haben der (bislang nur latenten) Schlagkraft des Organhaftungsrechts neues Leben eingehaucht.³⁰ So haben etwa öffentlich-rechtliche Verhaltenspflichten (Stichwort „Compliance“) in jüngerer Zeit geradezu flutartig zugenommen und determinieren das Verhalten der Organmitglieder immer engheriger.³¹ Auch die Globalisierung, Digitalisierung und der technologische Fortschritt sowie die allgemeine Beschleunigung des Geschäftsverkehrs haben nicht nur wirtschaftliche Chancen

-
- 26 Vgl. *Bayer*, NJW 2014, 2546 (2546); *Fuchs/Zimmermann*, JZ 2014, 838 (841); *Scholl*, Vorstandshaftung und Vorstandsermessens 33 ff; *Paefgen*, AG 2014, 554 (554) mwN, wonach vor nicht allzu langer Zeit noch die Einschätzung zugetroffen habe, dass die Organhaftung eine tote Rechtsmaterie sei, der es weitgehend an praktischer Relevanz mangle; *Dauner-Lieb* in *Henssler/Strohn*, GesR⁵ § 93 Rz 3a (bemerkenswerte Akzentverlagerung); schon im Jahr 1997 vorausblickend zB *Ihlas*, Organhaftung 310 ff mwN.
- 27 Aus deutscher Sicht jew. mwN etwa *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 97 f; *Grunewald*, AG 2013, 813 (813).
- 28 Vgl. nur *Spindler* in *MüKo AktG*⁶ § 93 Rz 3 f; *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 98 mwN.
- 29 Vgl. zu den einzelnen Faktoren auch *Nicolussi*, Satzungsstrenge 159 ff; *ausf. Kilian*, Reform 7 ff; *P. Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung 35 ff; *Bayer/P. Scholz* in *Melot de Beauregard/Lieder/Liersch*, Managerhaftung Kap. § 2 Rz 121; *Thümmel*, Persönliche Haftung⁵ Rz 2 ff.
- 30 Vgl. *Semler*, AG 2005, 321 (321), nach dem „der allgemeine aktienrechtliche Haftungstatbestand seit jeher so definiert [sei], dass eine strengere Haftungsnorm kaum vorstellbar ist.“; vgl. auch *Habersack*, ZHR 177 (2013) 782 (794).
- 31 Vgl. *U. H. Schneider* in *FS Werner* 795 (796); *dens* in *Scholz*, GmbHG¹¹ § 43 Rz 13 („Überlast an öffentlich-rechtlichen Pflichten“); *Ihlas*, Organhaftung 314 f; *Kilian*, Reform 8 ff; *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 61 f; *Kutscher*, Organhaftung 47, 70; *Lutter* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb. Managerhaftung³ Rz 1.10 ff; *dens*, GmbHR 2000, 301 (302): „potentiell kaum überschaubar“; *Kaffiné*, Begrenzung 1 mwN; *Fleischer*, NJW 2009, 2337 (2337), wonach der Gesetzgeber den Organmitgliedern „fast im Jahrestakt“ neue Organisations- und Überwachungspflichten aufbürde; *Habersack*, ZHR 177 (2013) 782 (794 f); *Dauner-Lieb* in *FS Röhricht* 83 (85 f); *Freund*, NZG 2021, 579 (579); instruktiv auch *Schall*, JZ 2001 455 (455 f); *Melot de Beauregard* in *Melot de Beauregard/Lieder/Liersch*, Managerhaftung § 1 Rz 46 ff; weiterführend zB *Hemeling*, ZHR 175 (2011) 368 ff, insb. 383 ff, wonach es immer unberechenbarer werde, in welchen Fällen bzw. in welchem Umfang das grundsätzlich weite Handlungsermessen des Vorstands auf eine konkrete Handlungspflicht eingeschränkt werde, an die der gesetzliche Sorgfaltsmaßstab anzulegen sei.

eröffnet, sondern neue Gefahren geschäftlicher Fehlentscheidungen.³² Aber nicht nur die Wahrscheinlichkeit eines Fehltritts, sondern auch das Ausmaß dessen wirtschaftlicher Folgen ist heute größer als früher. Da unternehmenstragende Kapitalgesellschaften oft enorme Vermögensmassen bewegen (idealtypisch va Aktiengesellschaften) und außerdem weitreichende Entscheidungen an der Verwaltungsspitze zusammenlaufen, entstehen im Fall eines Fehltritts leicht Schadensbeträge, die die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Organmitglieder (selbst bei Spitzengehältern)³³ um ein Vielfaches übersteigen.³⁴ Insofern kann von einer (zT rechtsformtypischen) „Schadensmultiplikation im Unternehmenskontext“ gesprochen werden.³⁵ Daneben können Organmitglieder gegenüber der Gesellschaft auch haften, wenn sie das Gesellschaftsvermögen mit Strafen (zB wegen Kartellrechtsverletzungen) belasten (Regresshaftung).³⁶ Auch in diesem Fall, von dem der wissenschaftliche Diskurs seinen Ausgang nahm,³⁷ können Schadensbeträge und Zahlungskraft des schädigenden Organmitglieds stark auseinanderdriften, insb wenn Strafen, Bußgelder, Gewinnabschöpfungen und ähnliche Sanktionen nach einer Umsatz- oder Gewinngröße der geschädigten Gesellschaft (oder gar des Konzerns) bemessen werden.³⁸ Schließlich sind Geschäftsleiter auch dann nicht vor einer Inan-

32 Vgl *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 4; *Heisse*, Beschränkung 122; *Janert*, BB 2013, 3016 (3016).

33 Vgl statt vieler *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 114 mwN.

34 *Schall*, JZ 2001 455 (456); *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 1; *Heisse*, Beschränkung 122; *Mand*, Geschäftsführerhaftung 13; *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 28 ff; *Fleischer*, ZIP 2014, 1305 (1305); *Bayer/P. Scholz*, NZG 2014, 926 (927), nach denen hohe Haftungsansprüche ein für die AG rechtsformspezifisches Phänomen sind. Denn auf Vorstandsebene seien regelmäßig nur noch Aufgaben von erheblicher Tragweite für das Unternehmen angesiedelt, was mit einem entspr Schadenspotenzial bei Pflichtverletzungen einhergeht. Außerdem korreliere das Schadenspotenzial mit der Größe des Unternehmens, und die AG sei als Rechtsform für größere Unternehmungen konzipiert (vgl auch *P. Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung 68 ff). Vgl auch *Janert*, BB 2013, 3016 (3016 f); *Reichert*, ZHR 177 (2013) 756 (756 ff); *Grunewald*, AG 2013, 813 (813); *G. Wagner*, ZHR 178 (2014) 227 (234); s die Bsp bei *Hopt*, ZIP 2013, 1793 (1794); *Habersack*, AG 2014, 553 (553); *Arnold/Rothenburg* in *Kubis/Semler/Peltzer*, Arbeitshandbuch für Vorstandsmitglieder § 11 Rz 11 mit zahlreichen Bsp; *Nicolussi*, Satzungsstrenge 165 f.

35 *P. Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung 69 f.

36 Vgl aus österreichischer Sicht etwa *M. Steiner*, Geschäftsleiterhaftung im Wettbewerbsrecht (2021) insb 86 ff; *Madari*, GesRZ 2021, 14 ff. Für Deutschland nur *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 87 mwN; *Spindler* in *MüKo AktG*⁶ § 93 Rz 211; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 213b ff; *dens*, DB 2014, 345 (347); ausf aus deutscher Sicht *Mack*, Die Regresshaftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft (2015); *Wacker*, Persönliche Schadensersatzhaftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Kartellverstöße (2017); *P. Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung 36 ff; *Eufinger*, WM 2015, 1265 ff.

37 Vgl etwa *Brommer*, Beschränkung 21.

38 Vgl etwa *Mack*, Regresshaftung 159 ff. Das größte Haftungsrisiko für (ausgeschiedene) Vorstandsmitglieder wird in Geldbußen gegen die Gesellschaft insb wegen

spruchnahme gefeit, wenn sie an der haftungsbegründenden Pflichtverletzung nicht beteiligt waren und von ihr nicht einmal Kenntnis hatten. In einem solchen Fall steht nämlich eine Aufsichts- und/oder Organisationspflichtverletzung im Raum.³⁹

Das gestiegene Haftungsrisiko der Organmitglieder wäre vielleicht noch verkraftbar, wenn die Gesellschaft bei der Geltendmachung von Ersatzansprüchen Milde walten ließe. Milde wurde die Organhaftung lange Zeit auch gehandhabt. In den vergangenen Jahrzehnten mussten Organmitglieder nur in der Gesellschaftsinsolvenz und in besonderen Konstellationen⁴⁰ ernsthaft mit einer Inanspruchnahme rechnen.⁴¹ Der Insolvenzverwalter ist nämlich kraft seines Amtes zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen angehalten, um die Insolvenzmasse zugunsten der Gesellschaftsgläubiger zu vermehren. Praktisch unbedeutend war hingegen (obwohl gesetzlich vorgesehen) die Anspruchsdurchsetzung durch den Aufsichtsrat, dem man bei der Geltendmachung von Ansprüchen gegen Vorstandsmitglieder eine „Beißhemmung“ zu attestieren pflegte.⁴² Die Organhaftung drohte daher nach verbreiteter Wahrnehmung nur „am Papier“. ⁴³ Mächtigen Auftrieb⁴⁴ hat sie jedoch durch

Kartellverstößen gesehen (vgl. nur *Kilian*, Reform 42 mwN); vgl. auch *Bachmann*, BB 2015, 771 (775): „besonders heikles Problem“; *Heyers*, WM 2016, 581 ff.

39 Vgl. etwa *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 30.

40 So etwa bei einem Wechsel der Organe, einem Wechsel des Allein- oder Mehrheitsgesellschafters, einem Streit zwischen Gesellschaftergruppen oder bei zunehmendem öffentlichem Druck (vgl. zB *Sieg in Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 18.64; *ders*, DB 2002, 1759 [1761 ff]); *Cahn* in KK-AktG⁴ § 93 Rz 6; *Fleischer in Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 5a; nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 7 [Stand 01.10.2023]).

41 Vgl. *Bachmann*, GesRZ 2014, 149 (149); *Scholl*, Vorstandshaftung und Vorstandsermessens 34.

42 Vgl. etwa *Bayer*, NJW 2014, 2546 (2546) mwN; *G. Wagner*, ZHR 178 (2014) 227 (239 f), wonach der zentrale Grund für die Passivität des Aufsichtsrats sei, dass ein Aufsichtsrat, der gegen den Vorstand vorgeht, damit rechnen muss, dass auch die Frage nach seiner eigenen Mitverantwortung gestellt wird; *Schug*, Risikoeinschränkung 22; *Kalss in Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 73 (75): „psychologisch-emotionale Hemmung“ von Aufsichtsratsmitgliedern, ihre „eigenen“ Leitungsorgane zu klagen; *dies* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/557 mwN.

43 Referierend *Bachmann*, GesRZ 2014, 149 (149); *Dietz-Vellmer*, NZG 2011, 248 (248); *Hirte/Stoll*, ZIP 2010, 253 (253); *Hopt*, ZIP 2013, 1793 (1794) mwN; pointiert *Goette*, ZHR 176 (2012) 588 (590 f): „Regress nimmt man nicht“; vgl. auch *Rust*, Der Aufsichtsrat 2014, 36 (36); *Fleischer in Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 5a mwN; nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 7 (Stand 01.10.2023); *Koch in Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 2 („dead letter law“); *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33 (33): „zahnlose[r] Papiertiger“; referierend mwN *Groß*, Innenhaftung 15; *Thümmel*, Persönliche Haftung⁵ Rz 1; vgl. auch *Dellinger* in FS Frotz 187 (188), nach dem die in der Theorie sehr strenge Haftung – solange die Kapitalgesellschaft nicht insolvent ist – meist nur sehr „schaumgebremst“ durchgesetzt wird.

44 Zu den verschiedenen Faktoren der gesteigerten Durchsetzungsneigung etwa *Fehrenbach*, AG 2015, 761 (763 f).

die bahnbrechende *ARAG/Garmenbeck*-Entscheidung⁴⁵ des deutschen BGH aus 1997 erhalten.⁴⁶ Darin stellte der BGH klar, dass der Aufsichtsrat bei sonstiger Haftung zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder verpflichtet sein kann. Damit hat sich für Leitungsorganmitglieder nicht nur das Haftungsrisiko, sondern auch das Durchsetzungsrisiko erheblich erhöht. Neue Anreize für eine Anspruchsdurchsetzung schaffen außerdem die (mittlerweile auch hierzulande verbreiteten) Vermögensschadenshaftpflichtversicherungen für Organmitglieder (*directors & officers*-Versicherungen, kurz D&O-Versicherungen).⁴⁷ Denn die Gesellschaft wird einen Prozess eher für aussichtsreich halten, wenn der Schaden durch eine (zahlungskräftige) Versicherung liquidiert wird (*insurance breeds claims*: Deckung schafft Haftung). Diese Anreizwirkung kann sich in der Beurteilung durch die Gerichte fortsetzen: Der Prozessrichter könnte eher geneigt sein, einen haftungsbegründenden Pflichtverstoß zu bejahen, wenn sich die Folgen nicht bei einer Einzelperson, sondern bei einer Versicherung auswirken.⁴⁸ Auch im Kielwasser strafgerichtlicher Aktivitäten kann die Durchsetzung der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit von Organträgern spürbar enthemmt sein.⁴⁹ Zu guter Letzt hat auch die jüngste Fi-

45 BGH 21.04.1997, II ZR 175/95 BGHZ 135/244 = AG 1997, 377 (*ARAG/Garmenbeck*); Ausnahmen erkannte der BGH nur im Falle eines allfälligen Gesellschaftsinteresses an der Nichtgeltendmachung und bei einer geringen Chance der Rechtsdurchsetzung an. Nach Einschätzung der dL wurde die *ARAG/Garmenbeck*-E jedoch vielfach missverstanden (vgl weiterführend mwN nur *Paefgen*, AG 2014, 554 [554 f, 571 ff]).

46 Vgl *Hopt*, ZIP 2013, 1793 (1794), nach dem diese BGH-E neben der Finanzkrise ein Wendepunkt der Organhaftungspraxis gewesen sei; ähnlich *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 5a; nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 7 (Stand 01.10.2023); *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 2; ausf und mit einer Aufzählung medienwirksamer Fälle der Vergangenheit *Kilian*, Reform 77 ff; *Scholl*, Vorstandshaftung und Vorstandsermessen 34 f; *Bayer/P. Scholz* in *Melot de Beauregard/Lieder/Liersch*, Managerhaftung § 2 Rz 116 ff.

47 Vgl *Bachmann*, GesRZ 2014, 149 (149); *Habersack*, ZHR 177 (2013) 782 (496) mwN; *Ihblas*, Organhaftung 327; allg *Ch. Nowotny* in FS Fenyves 661 ff; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 5a; nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 7 (Stand 01.10.2023); *Sieg* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 18.61 („deep-pocket-Phänomen“); *ders*, DB 2002, 1759 (1761); *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 2; *Walbert* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Hdb Vorstand Kap 48 Rz 11; *Groß*, Innenhaftung 17 mwN; *Peltzer* in FS Hoffmann-Becking 861 (861 f). Auch neue Formen der Prozessfinanzierung (*litigation funding*) können die Klagebereitschaft erhöhen (vgl nur *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 2 mwN).

48 Vgl idZ *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 2; *Sieg* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 18.61; *Thümmel*, Persönliche Haftung⁵ Rz 6; vgl idZ auch *Schmitt*, Organhaftung 147 ff.

49 Vgl dazu *Kalss*, GesRZ 2014, 149 (160 f); *Nicolussi*, Satzungsstrenge 168.

nanzkrise dazu beigetragen, dass entstandene Ersatzansprüche auch tatsächlich hereingebracht werden.⁵⁰

Um das Gesamtbild der Haftung zu komplettieren, muss das soeben skizzierte Risiko einer Haftung (und Inanspruchnahme) auch im Kontext der gesetzlichen Haftungsanordnungen und ihrer Einbettung in die Rechtsordnung gesehen werden. Die Haftpflicht von Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern ist nämlich kein Sonderhaftungsrecht, sondern basiert auf dem allgemeinen Schadenersatzrecht der §§ 1293 ff ABGB.⁵¹ Das Organhaftungsrecht modifiziert diese allgemeinen Regeln nur punktuell: Es konkretisiert vor allem den objektiven Sorgfaltsmaßstab gem § 1299 ABGB,⁵² normiert eine Beweislastumkehr hinsichtlich der Anwendung dieses Sorgfaltsmaßstabs, stellt in bestimmten Fällen eine (widerlegbare) Schadensvermutung auf und schränkt die grundsätzliche Verfügungsbefugnis der geschädigten Gesellschaft über ihre Ersatzansprüche gegen Organmitglieder zum Schutz von Minderheitsgesellschaftern und Gesellschaftsgläubigern ein. Soweit solche *leges speciales* nicht greifen, unterliegen aber auch Organmitglieder dem allgemeinen Schadenersatzrecht. Das gilt insb für die elementarsten Voraussetzungen einer Haftpflicht: Demgemäß haften Organmitglieder für jedes Verschulden (*omnis culpa*), dh schon bei leichtester Fahrlässigkeit (*culpa levissima*) für den *gesamten* (potenziell existenzbedrohenden) Schaden (Grundsatz der Totalreparation). Diese kategorische Haftpflicht („alles oder nichts“) ergibt in Kombination mit der oben erläuterten (gestiegenen) Risikogeneigntheit der Leitungstätigkeit und der gesetzlichen Beweislastumkehr eine Haftungsandrohung, die heute ganz überwiegend als unzumutbar empfunden wird.⁵³

Im Hinblick auf die Wahrscheinlichkeit und das Ausmaß einer Schädigung weist die Geschäftsleiterhaftung somit durchaus Parallelen zur Haftung von Dienstnehmern auf.⁵⁴ Für diese haben sich im Laufe der Zeit allerdings Grundsätze für eine Haftungsbefreiung herausgebildet. Denn die Haftung für leichtes Versehen für den gesamten Schaden nach allgemeinem Zivilrecht wurde

50 Vgl zB *Hopt*, ZIP 2013, 1793 (1794); neben der *ARAG-Garmenbeck-E* des BGH der zweite Wendepunkt der Organhaftungspraxis; ähnlich *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 5a; nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 7 (Stand 01.10.2023); *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33 (36); *Walbert* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Hdb Vorstand Kap 48 Rz 2 (iZm D&O-Versicherungsschutz); *Groß*, Innenhaftung 16 f mwN.

51 Vgl nur *Völkl/Lehner*, Organhaftung: (K)ein Sonderhaftungsrecht? *ecolex* 2013, 39 ff; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 3 mwN; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/531.

52 Vgl *Zehetner* in *Jabornegg/Strasser*, AktG I⁵ § 41 Rz 7 (Stand 01.09.2011); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 1; *Völkl/Lehner*, *ecolex* 2013, 39 (41); vgl auch RIS-Justiz RS0116167.

53 Vgl etwa *Hemeling*, ZHR 175 (2011) 368 (383); *dens*, ZHR 178 (2014) 221 (221) mwN; *Grunewald*, AG 2013, 813 (813); vgl auch *Nicolussi*, Satzungsstrenge 164 f; *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 28 ff; s auch die Nw in Fn 11.

54 Vgl *G. Wagner*, ZHR 178 (2014) 227 (234); *Ihlas*, Organhaftung 327 f.

aufgrund geänderter Rahmenbedingungen als unbillig empfunden. Durch die zunehmende Technisierung aller Arbeitsprozesse (insb die Motorisierung des Verkehrs) haben sich die Möglichkeiten einer durch ein leichtes Versehen herbeigeführten Schädigung vervielfacht und überdies auch die Schadensbeträge derart erhöht, dass sie oftmals in krassem Missverhältnis zum Einkommen der Dienstnehmer stehen.⁵⁵ Deshalb haften diese nach dem Dienstnehmerhaftpflichtgesetz⁵⁶ (DHG) für entschuldbare Fehlleistungen (*culpa levissima*) gar nicht (§ 2 Abs 3 DHG). Bei einem „*minderen Grad des Versehens*“ (leichte Fahrlässigkeit) kann das Gericht die Haftung aus Billigkeitsgründen ganz erlassen und bei grober Fahrlässigkeit immerhin mäßigen (gebundenes Ermessen)^{57, 58} Gerade die Multiplikationswirkung im Haftungsfall und die daraus resultierende Übersteigerung des Privatvermögens erinnern somit stark an die derzeitige Situation von Geschäftsleitern.⁵⁹ Gleichwohl sind sich der OGH⁶⁰ und die ganz überwiegende Lehre⁶¹ einig, dass die Haftungserleichterungen des DHG nicht (auch nicht im Wege der Analogie) auf GmbH-Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften anwendbar sind.

C. Lösungsansätze für eine Haftungsbeschränkung

Deshalb hält die Lit schon seit einiger Zeit anderweitig Ausschau nach Möglichkeiten einer Haftungsmilderung (*de lege lata*). So hat sich etwa als Korrektur

55 EBRV 631 BlgNR 10. GP 3; *Windisch-Graetz* in ZellKomm³ § 2 DHG Rz 1.

56 BGBl I 1965/80.

57 Vgl *Windisch-Graetz* in ZellKomm³ § 2 DHG Rz 16 mwN.

58 § 2 Abs 1 f DHG. Vgl nur *Windisch-Graetz* in ZellKomm³ § 2 DHG Rz 16 ff. Dadurch sollte vermieden werden, dass Dienstnehmer durch den Eindruck schadenersatzrechtlicher Immunität leichtfertig und gleichgültig vorgehen (EBRV 631 BlgNR 10. GP 3).

59 Dazu oben bei Fn 35.

60 StRsp; vgl RIS-Justiz RS0049472 (zur AG); RIS-Justiz RS0054466 (zur GmbH); erst jüngst OGH 26.08.2020, 9 ObA 136/19v, wbl 2021, 171 ff.

61 Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 15 mwN; *Ch. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 4/243; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 84 Rz 99; *Umfahrer*, GmbH⁷ Rz 4.118; *Hainz* in FS Reich-Rohrwig 365 ff; im gegebenen Zusammenhang *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 485 mit zahlreichen weiteren Nw; krit *Warto*, GES 2012, 280 ff; differenzierend auch *Told/Warto* in *Harrer/Neumayr/Told*, Organhaftung 3 (110).

So auch die hM in Deutschland (wo eine gesetzliche Regelung fehlt, vergleichbare Grundsätze der Haftungsmilderung aber rechtsfortbildend entwickelt wurden). Vgl statt vieler *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG²¹ § 43 Rz 39 („hM“) mwN; *Fleischer* in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 309; *Hopt/Roth* in Großkomm AktG⁵ § 93 Rz 395; *Mack*, Regresshaftung 198 ff; aA ausf *Frisch*, Haftungserleichterung für GmbH-Geschäftsführer nach dem Vorbild des Arbeitsrechts (1998) 204 ff, 224 ff mwN; vgl mwN auch *Bachmann*, ZIP 2017, 841 ff.

tiv für die Rückschauproblematisierung⁶² (*hindsight bias*) schon früh die Überzeugung gefestigt, dass nicht jeder unternehmerische Misserfolg gleichsam „automatisch“ pflichtwidrig ist, sondern den Organmitgliedern bei unternehmerischen Entscheidungen vielmehr ein Ermessensspielraum einzuräumen ist. Denn das unternehmerische Risiko sollen nicht die Gesellschaftsorgane tragen (was auf eine Erfolgshaftung hinausliefe), sondern die Gesellschaft (wirtschaftlich also die Gesellschafter), der auch der Nutzen aus der Unternehmung zufällt.⁶³ Der deutsche Gesetzgeber hat diesen Ermessensspielraum (angelehnt an die anglo-amerikanische *Business Judgment Rule*) schon im Jahr 2005 mit dem „Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts“⁶⁴ (UMAG) gesetzlich festgeschrieben. Zehn Jahre später ist der österreichische Gesetzgeber mit dem Strafrechtsänderungsgesetz 2015⁶⁵ nachgezogen.⁶⁶ Allerdings ist der Ermessensspielraum auf unternehmerische Entscheidungen beschränkt. Er greift daher nicht, wenn das Gesetz konkrete Verhaltenspflichten vorgibt (zB bei Compliance-Verstößen).⁶⁷

Auch im Bereich der Versicherbarkeit haben die deutsche und österreichische Rechtspraxis mit der anglo-amerikanischen Tradition mittlerweile gleichgezogen: Anfangs noch umstritten, ist die Zulässigkeit von D&O-Versicherungen heute ganz einhellig anerkannt.⁶⁸ Da D&O-Versicherungen jedoch insb nicht alle Pflichtverletzungen decken (etwa Strafen oder Geldbu-

62 Vgl weiterführend idZ *Karollus*, ÖBA 2016, 252 (253); *dens* in *Kodek*, Untreue NEU (2017) 43 (45 ff) mwN; *Freund*, NZG 2021, 579 (582); allg zum Rückschafehler im Schadenersatzprozess *Knötzl/Schacherreiter/Schopper*, JBl 2017, 2.

63 Vgl zB *Karollus* in *Kodek*, Untreue NEU (2017) 43 (44) mwN; vgl auch RIS-Justiz RS0059528 und die dort genannten E.

64 dBGBI I 2005 60/2802 ff.

65 BGBI I 2015/112.

66 Zum Verhältnis der neuen Regelungen zur bisherigen Rsp zu unternehmerischen Ermessensentscheidungen etwa *Karollus* in *Kodek*, Untreue NEU (2017) 43 (54 f).

67 Vgl *Schall*, JZ 2001, 455 (45 ff); *Koch*, AG 2012, 429 (430 f) mwN am Bsp von Kartellverstößen; *dens* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 35 ff; *Habersack*, AG 2014, 553; *Paefgen*, AG 2014, 554 (556 ff); *P. Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung 71 f; *Kilian*, Reform 21 ff; *Eßwein*, Privatautonome Gestaltung 42 ff; *Freund*, NZG 2021, 579 (580 f); *Bayer/P. Scholz* in *Melot de Beauregard/Lieder/Liersch*, Managerhaftung § 2 Rz 123; für die öLit zB *Karollus* in *Kodek*, Untreue NEU (2017) 43 (65 ff); *Nicolussi*, Satzungsstrenge 163 mwN.

68 Vgl etwa *M. Gruber*, GesRZ 2012, 93; *Wax*, CFOaktuell 2015, 134 ff; *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 504 mwN zum Meinungsstand; für Deutschland monographisch zB *Ihlas*, Organhaftung und Haftpflichtversicherung (1997); *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 226 mwN; nun *ders* in *BeckOGK AktG* § 93 Rz 283 (Stand 01.10.2023): „steht inzwischen außer Zweifel“; für die GmbH statt vieler *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 362 (Stand 01.09.2022); *Fleischer* in *MüKo GmbHG*⁴ § 43 Rz 468 mwN.

ßen)⁶⁹ und auch die Deckungsgrenzen gerade bei existenzbedrohenden Schäden regelmäßig überschritten werden, bleibt für Organmitglieder ein erhebliches Restrisiko bestehen.⁷⁰

Auch an (weiteren) Versuchen, die Organhaftung schon *de lege lata* auf ein zumutbares Maß zu reduzieren (etwa in Deutschland insb auf Grundlage der gesellschaftsrechtlichen Fürsorge- und Treuepflicht)⁷¹, mangelte es nicht.⁷² Auf sie muss im Einzelnen nicht eingegangen werden, denn zum einen sind sie, soweit ersichtlich, primär durch die Prämisse motiviert, dass eine statutarische Haftungsbeschränkung (anders als in der GmbH) wegen der (deutschen) Satzungsstrenge gem § 23 Abs 5 dAktG unzulässig ist.⁷³ Zum anderen ist diesen Ansätzen gemein, dass sie keine flächendeckende und/oder *ex ante* rechtssicher vorhersehbare Handhabe gegen existenzbedrohende Haftungsrisiken zu leisten vermögen. In jedem Fall ist davon aus-

69 Vgl für Deutschland zB *Koch*, AG 2012, 429 (432) und die dort in Fn 26 genannten weiterführenden NW; *dens*, AG 2014, 513 (519 f); *Kilian*, Reform 152; *Mack*, Regresshaftung 153; ausf zu den einzelnen Ausschlüssen für Deutschland *Ihlaß*, Organhaftung 223 ff; für Österreich und zu den üblichen Ausschlüssen zB *Walbert* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Hdb Vorstand Kap 48 Rz 43 ff.

70 Vgl *Ch. Nowotny* in FS Fenyves 661 (663), nach dem der Schutzmantel der D&O-Versicherung in der Praxis keineswegs so dicht ist, wie mancher Manager vermeint. Der Schutz, den eine Vermögensschadens-Haftpflichtversicherung in Form der D&O-Versicherung bietet, könne daher keineswegs einer vorweg getroffenen Vereinbarung mit Führungskräften gleichgestellt werden, in der auf deren Organhaftung weitgehend verzichtet wird. Ähnlich *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 504, nach denen D&O-Versicherungen bei weitem kein absolut sicheres „Fangnetz“ gegen Haftungsansprüche gegen Vorstandsmitglieder bieten. Vgl auch *Schall*, JZ 2001, 455 (456); *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 2; *P. Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung 160 ff; *Brommer*, Beschränkung 115 ff; *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 98 ff; ähnlich auch *Binder*, Grenzen 212 ff; *Lohr*, NZG 2000, 1204 (1211); *Janert*, BB 2013, 3016 (3016); *G. Wagner*, ZHR 178 (2014) 227 (235 f, 247 f) mwN; *Bayer/P. Scholz*, NZG 2014, 926 (926 f) mwN; dies in *Melot de Beauregard/Lieder/Liersch*, Managerhaftung § 2 Rz 122; *Habersack*, NZG 2015, 1297 (1298); *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 3; *dens*, AG 2014, 513 (520); *Grunewald*, AG 2013, 813 (815); *Hopt*, ZIP 2013, 1793 (1800 f); *Freund*, NZG 2021, 579 (581 f); *Nicolussi*, Satzungsstrenge 172 f.

71 Vgl für eine solche „Regressreduktion“, die ausgehend vom Kartellbußgeldregress auf die gesamte Regresshaftung erweitert wurde, statt aller *Koch*, AG 2012, 429 ff, *dens*, AG 2014, 513 ff; vgl auch *Brommer*, Beschränkung der Rechtsfolgen der Vorstandsinnenhaftung (2016); referierend und mwN etwa *Kilian*, Reform 159, 170 ff; befürwortend auch *Mack*, Regresshaftung 213 ff; *Wacker*, Persönliche Schadensersatzhaftung 152 ff; die Entwicklung dieser Ansicht referierend (selbst aber abl) *Binder*, Grenzen 269 ff, 331 ff; abl auch zB *Fehrenbach*, AG 2015, 761 (769 ff).

72 Referierend etwa *Koch*, AG 2012, 429 (430 ff); vgl auch die Übersicht etwa bei *Kilian*, Reform 159 ff; *P. Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung 265 ff; *Brommer*, Beschränkung 158 ff; *Binder*, Grenzen 97 ff; *Kutscher*, Organhaftung 190 ff; *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 126 ff, 218 ff und *passim*.

73 So einschätzend auch *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 124 mwN.

zugehen, dass die Praxis (weiterhin) ein dringendes Bedürfnis nach Möglichkeiten privatautonomer Haftungsbeschränkungen hat.^{74, 75}

Einige Wege hierfür gibt das Gesetz in Ansätzen bereits vor. So kann die Gesellschaft auf entstandene Ersatzansprüche verzichten oder sich vergleichen. Außerdem kann sie bereits die Entstehung von Ersatzansprüchen verhindern, indem sie ihre Organmitglieder zu konkreten Maßnahmen anweist oder ermächtigt. In jüngerer Zeit wird in der Lit darüber hinaus auch die (gesetzlich nicht geregelte) Möglichkeit genereller Haftungsmilderungen im Vorhinein diskutiert. Bei der Ausgestaltung solcher Haftungsmilderungen sind der kautelarjuristischen Kreativität kaum Grenzen gesetzt. Denkbar wären eine Herabsetzung des Sorgfalts- oder Verschuldensmaßstabs (zB auf grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz), eine Modifizierung einzelner Verhaltenspflichten, die Verkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist für Ersatzansprüche oder die Vereinbarung einer Ausschlussfrist, die Änderung der Beweislast oder eine Vereinbarung von Haftungshöchstgrenzen. Die vorliegende Untersuchung wird sich jedoch weniger mit der konkreten Ausgestaltung als mit der grundsätzlichen Zulässigkeit und den Grenzen abstrakter Haftungsmilderungen *ex ante* auseinandersetzen.

74 Vgl. *Fleischer* in *MüKo GmbHG*⁴ § 43 Rz 367; *dens*, BB 2011, 2435 (2435); *dens*, WM 2005, 909 (909); *Kilian*, Reform *passim*; *Rust*, Der Aufsichtsrat 2014, 36 (37), nach dem sich eine effektive Haftungsbegrenzung nur so erreichen lasse; *Lohr*, NZG 2000, 1204 (1204, 1208); *Runggaldier/Schima*, Manager-Dienstverträge⁴ 185; *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (35): „*Erhebliche praktische Bedeutung*“; rechtspolitisch zur AG *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 3. AA noch *Bastuck*, Enthaftung 93, wonach ein praktisches Bedürfnis für Haftungserleichterungen kaum und allenfalls in kleinen Gesellschaften mit Gesellschafter-Geschäftsführern bestehe. Denn wer sich anschickt, eine Leitungsaufgabe zu übernehmen, werde sich davor hüten, über seine möglichen Fehlentscheidungen und Pflichtwidrigkeiten zu diskutieren. Diese Einschätzung dürfte angesichts des deutlich gestiegenen Haftungsrisikos jedoch zumindest überprüfungswürdig sein. Vgl. auch *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung 441, demzufolge ein schutzwürdiges Bedürfnis eines zu Lasten der Gläubiger wirksamen Haftungsausschlusses nicht anzuerkennen sei, weil die Risikobereitschaft und Entscheidungsfreude des Geschäftsführers durch die Anerkennung des unternehmerischen Ermessensspielraums hinlänglich geschützt sei und das Haftungsrisiko zudem durch Versicherungsschutz ausgeglichen werden könne. Unklar *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 240, der einerseits ein Bedürfnis nach einer Reduktion des Pflichten- und Sorgfaltsmaßstabs im Vorfeld bejaht, an anderer Stelle (248 f) aber konstatiert, dass „*angesichts zahlreicher anderer Enthaftungsinstrumente in Form von Weisung, Billigung, Verzicht, Vergleich und Entlastung die Gestattung einer Haftungsmilderung im Vorfeld jeglicher Geschäftsführungstätigkeit verzichtbar erscheint*“.

75 Bezeichnenderweise besteht die „Praktikerlösung“ derzeit offenbar darin, dass Organmitglieder ihr Vermögen sukzessive „in Sicherheit bringen“, indem sie es unwiderruflich auf nahe Angehörige (zB Ehepartner) übertragen – von deren Gunst sie dann freilich ebenso unwiderruflich wie unbefristet abhängig bleiben (vgl. zu dieser Praxis etwa *G. M. Hoffmann*, NJW 2012, 1393 [1398]; *Wacker*, Persönliche Schadensersatzhaftung 305 f).

D. Notwendigkeit und Möglichkeiten einer Haftungsbeschränkung

Beim unbefangenen Leser regt sich beim Gedanken an Haftungserleichterungen für Organmitglieder von Kapitalgesellschaften nun vielleicht immer noch ein intuitives Unrechtsempfinden. Das ist durchaus nachvollziehbar, denn solche Erleichterungen kommen auf den ersten Blick nur den Organmitgliedern zugute, gehen aber zu Lasten der Gesellschaft, ihrer Teilhaber und Gläubiger. Kategorische Ablehnung wäre jedoch übereilt. Denn es gilt auch die positiven Folge- und Fernwirkungen einer (richtig dosierten) Haftungsmilderung mitzudenken. Eine Bereinigung durch einen Vergleich oder Verzicht kann nämlich aus diversen Gründen durchaus im Interesse der genannten Personen liegen. So liegt ein möglicher Pflichtverstoß oftmals nicht offen zu Tage, sondern ergibt sich erst aus einem komplexen Sachverhalt, dessen langwierige gerichtliche Klärung das Unternehmen über Jahre belasten würde.⁷⁶ Dadurch würden finanzielle und personelle Ressourcen für die Prozessführung gebunden, die andernfalls profitabel im operativen Geschäft eingesetzt werden könnten (insofern sind also auch die betriebswirtschaftlichen Opportunitätskosten zu beachten).⁷⁷ Die Gesellschaft ist bei der Aufarbeitung von Missständen zudem oft gerade auf die Mitwirkung der Organmitglieder angewiesen.⁷⁸ Darüber hinaus drohen der Gesellschaft (und zwar vor allem börsennotierten AG) durch die grundsätzliche Öffentlichkeit des Prozesses und allenfalls die (wiederholte) mediale Berichterstattung regelmäßig Reputationsverluste bei Investoren, Gläubigern und Geschäftspartnern.⁷⁹ Schließlich kann die Leistungsfähigkeit der Organmitglieder (vor allem bei sehr hohen Schadensbeträgen) unsicher und auch die Deckungspflicht einer D&O-Versicherung (sofern Versicherungsschutz besteht) zweifelhaft sein.⁸⁰ Die skizzierten Vorteile von Haftungserleichterungen für das Management werden auch dadurch implizit bestätigt, dass Gesellschaften in der Praxis häufig sog Generalbereinigungen abschließen, wenn Vorstandsmitglieder vorzeitig aus dem Amt ausscheiden. In solchen Vereinbarungen verzichtet idR das ausscheidende Vorstandsmitglied (uU teilweise) auf Ansprüche aus dem Anstellungsverhältnis (inklusive Pensions- und Abfertigungsansprüche), während die Gesellschaft dem Vor-

76 Vgl zB *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/557 mwN; *Ch. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 84 Rz 31; *Dietz-Vellmer*, NZG 2011, 248 (248); aus der Rsp va OGH 11.06.2008, 7 Ob 58/08t („Golden Handshake“ für Vorstandsmitglieder); BGH 21.04.1997, II ZR 175/95 BGHZ 135/244 = AG 1997, 377 (ARAG/Garmenbeck).

77 Vgl zB *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/557 mwN.

78 Vgl etwa *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 118 f; am Bsp des Bußgeldregresses *Brommer*, Beschränkung 74 ff.

79 Vgl *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/557 mwN; *Ch. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 84 Rz 31; *Hasselbach*, DB 2010, 2037 (2040 f); *A. Arnold*, *Steuerung* 189.

80 *Dietz-Vellmer*, NZG 2011, 248 (248); vgl auch *Jud/Grünwald*, NZ 1993, 185 (185).

standsmitglied im Gegenzug alle bekannten und erkennbaren Ersatzansprüche erlässt.⁸¹

Sogar eine schon *vorweg* vereinbarte Haftungsbeschränkung kann – aus ähnlichen Gründen – im Interesse aller Beteiligten liegen.⁸² Eine überstrenge Haftung kann sich nämlich negativ auf die Risikobereitschaft der geschäftsführenden Organmitglieder auswirken.⁸³ Dabei fiele die bloße Aussicht auf eine existenzbedrohende Haftung vielleicht nicht ins Gewicht, wenn die Organmitglieder verhindern könnten, dass die Haftung tatsächlich schlagend wird. Der Haftungseintritt ist jedoch geradezu vorprogrammiert, denn es ist schlichtweg unvermeidbar, dass bei menschlichem Handeln über einen längeren Zeitraum trotz hoher Sorgfaltsanstrengungen irgendwann ein (leicht) fahrlässiger Fehler unterläuft.⁸⁴ Antizipieren die Organmitglieder demgemäß eine existenzbedrohende Haftpflicht, werden sie zu einem risikoaversen Management tendieren.⁸⁵ Sie werden unter dem „Damoklesschwert“ der ruinösen Haftung eher die Vermeidung von Schäden als die (stets risikoträchtige) Maximierung des Unternehmenswerts anstreben und daher überhöhte Sorgfaltsaufwendungen (zB Compliance-Vorkehrungen) tätigen, wodurch Ressourcen unwirtschaftlich gebunden werden.⁸⁶ Da die Organmitglieder die Kosten der Schadensvermeidung nicht selbst tragen, sondern die Gesellschaft, und außerdem idR nicht (ausreichend) am Unternehmensgewinn partizipieren (der durch überhöhte Sorgfaltsaufwendungen vermindert würde), besteht ihre rationale Strategie darin, durch

81 Vgl statt vieler *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 84 Rz 31; *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/297 mwN; *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 351 (Stand 01.09.2022); für Deutschland zB *Liebscher* in *MüKo GmbHG*⁴ § 46 Rz 181 mwN; *Römermann* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ § 46 Rz 314 ff; *Illhardt* in *Melot de Beauregard/Lieder/Liersch*, Managerhaftung § 5 Rz 98 ff. Vgl aber zur „Sperrfrist“ gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG (§ 93 Abs 4 Satz 3 dAktG), die solchen Vereinbarungen (scheinbar) entgegensteht, noch sogleich im Fließtext und ausf insb unten S 950 ff.

82 Vgl die ausf Abwägung einzelner allg Gründe bei *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 108 ff.

83 Vgl allg *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 66 (Stand 01.09.2022); *Koch*, AG 2012, 429 (434) mwN; s zur Nachteiligkeit einer überstrenge Geschäftsleiterhaftung noch unten insb S 288 ff; zwf aber etwa *Fehrenbach*, AG 2015, 761 (772 f): nicht belegt.

84 Vgl *P. Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung 231; *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 111; *Scholl*, Vorstandshaftung und Vorstandsermessen 125.

85 Vgl *Lutter*, GmbHR 2000, 301 (311); *Bayer/P. Scholz*, NZG 2014, 926 (927); *Fleischer*, Der Aufsichtsrat 2014, 100 (101 f); *Kilian*, Reform 217 f; *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 110 ff; *Brommer*, Beschränkung 82 ff; *Scholl*, Vorstandshaftung und Vorstandsermessen 40 ff, 125; *Kalss*, GesRZ 2014, 159 (164 f) mwN; *Nicolussi*, Satzungsstrenge 169.

86 Vgl hierzu *Koch*, AG 2012, 429 (433 f); *dens*, AG 2014, 513 (522) jew mwN; *Bayer/P. Scholz*, NZG 2014, 926 (927); *P. Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung 238; *Wacker*, Persönliche Schadensersatzhaftung 295 f; *Haarmann/Weiß*, BB 2014, 2115 (2115); *Eckert/Grechenig/Stremitzer* in *Kalss*, Vorstandshaftung 115, 106.

erhöhte Sorgfaltsaufwendungen das Risiko eines Schadens und damit ihrer Haftung möglichst zu reduzieren.⁸⁷ Die unvermeidbare Ursache hierfür liegt in der menschlichen Risikoaversion: Menschen fürchten von Natur aus den Verlust des Vermögens, das zur Deckung ihrer Grundbedürfnisse nötig ist (Existenzgrundlage) ungleich *mehr* als den Verlust des darüber hinausgehenden Vermögens (abnehmender Grenznutzen) und bewerten deshalb insoweit drohende Verluste – bei gleicher Wahrscheinlichkeit – höher als erwartete Gewinne.⁸⁸ Bei der Aussicht auf eine existenzbedrohende Organhaftung unterbleiben daher auch Projekte, deren Erwartungswert bei unverzerrter (risikoneutraler) Beurteilung für die Gesellschaft eigentlich positiv wäre. Letztlich führt dies dazu, dass Geschäftsleiter selbst vernünftige Risiken nicht mehr eingehen, wodurch die Gesellschaft lukrative Geschäftschancen versäumt. Oder pointierter: Zu Tode gefürchtet ist auch gestorben.⁸⁹ Es ist evident, dass eine solche Entwicklung hin zu einer defensiv-vermeidenden Geschäftsführung für *alle* Beteiligten nachteilig wäre. Unternehmerischer Erfolg verlangt eben zwangsläufig das Eingehen von (kalkulierten) Risiken.⁹⁰ Die Geschäftsleiter sollen das Gesellschaftsvermögen nicht nur erhalten, sondern ein lebendes Unternehmen aktiv betreiben und entwickeln.⁹¹ Oder wieder pointiert: Wer nicht wagt, der nicht

87 Vgl hier nur *Eckert/Grechenig/Stremitzer in Kalss*, Vorstandshaftung 95 (106, 115); *Kilian*, Reform 217 mwN. Vgl auch die Aussage *Dauner-Liebs* am 10. Aufsichtsratstag in Wien vom 27.02.2020 (zitiert bei *Hecht*, Die große Angst vor Entscheidungen, Die Presse 2020/10/07): „Wir müssen die Haftung reduzieren, denn sie führt dazu, dass Vorstände und Aufsichtsräte – statt zu arbeiten – darüber nachdenken, was sie alles nicht tun sollen.“

88 Vgl im gegebenen Zusammenhang etwa *Bitter in Scholz*, GmbHG¹³ § 13 Rz 65; *Fleischer*, ZGR 2001, 1 (18); *Eckert/Grechenig/Stremitzer in Kalss*, Vorstandshaftung 95 (107) mit Bsp; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch⁶ 800 f; *Easterbrook/Fischel*, Structure 44; *Brommer*, Beschränkung 84 f mwN; grundl allg *Kahneman/Tversky*, Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk, *Econometrica* 47 (1979) 263 (277 ff).

89 Vgl im gegebenen Zusammenhang etwa *U. Torggler in Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (41).

90 Aus betriebswirtschaftlicher Sicht etwa *Bernhardt/Witt*, ZfB 1999, 825 (835); vgl auch *Dauner-Lieb* in FS Röhrich 83 (95 f, *passim*).

91 Vgl *Hecht*, Die große Angst vor Entscheidungen, Die Presse 2020/10/07, welche die Aussage von *Dauner-Lieb* am 10. Aufsichtsratstag in Wien vom 27.02.2020 zitiert: „Ein CEO, der nur im sicheren Hafen verharren will und unflexibel agiert, ist fehl am Platz. Denn er soll ja segeln und neue Gebiete erforschen. [...] Wer arbeitet, macht Fehler. Aber wer zu viel Angst vor Fehlern hat, bewegt sich nicht mehr. Und das ist für das Unternehmen gar nicht gut.“ Treffend bereits (referierend zur Frage der Vorstandshaftung für *omnis culpa*) Kommissionsbericht ADHGB 1884, in *Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages*, 5. Legislaturperiode, IV. Session 1884, 4. Band, Anlage 128 S 1009 (1022 lSp): „Der Vorstand solle nicht bloß konservieren wie der Vormund, sondern er solle in schöpferischer Thätigkeit erwerben. Er müsse spekulieren, die Konjunktur des Augenblicks benutzen [...]“. Vgl für derartige (jüngere) Bemühungen aus deutscher Sicht etwa iZm der BJR die AmlBegr zum Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des An-

gewinnt. Gesucht ist daher das richtige Verhältnis zwischen Verantwortlichkeit und Eigenverantwortung,⁹² zwischen Kontrolle und Kreativität.⁹³ Eine überstrenge Haftung beeinflusst außerdem nicht nur das Verhalten amtierender Organmitglieder, sondern kann sich auch – insoweit vorgelagert – auf die Besetzung von Organfunktionen auswirken. Mit zunehmender Sensibilisierung für das Problem der existenzbedrohenden Organhaftung werden nämlich gerade fähige und geeignete Personen noch gründlicher überlegen, ob sie eine Organfunktion ausüben wollen.⁹⁴ Eine allzu strenge Organhaftung würde daher zu einer „Negativauslese“ führen.

Diese negativen Anreize für das Verhalten der Organmitglieder sind wie erwähnt nicht nur für die Organmitglieder selbst nachteilig (diese werden sich durch Passivität „wehren“ oder die Organfunktion gar nicht antreten), sondern auch für die Gesellschaft, die Gesellschafter als wirtschaftliche „Eigentümer“ des Gesellschaftsvermögens und letztlich (mittelbar und langfristig) auch für die Gläubiger der Gesellschaft. Aus Sicht der Gläubiger mag zwar eine strenge Organhaftung kurzfristig zur Erhaltung des Gesellschaftsvermögens beitragen. Im Insolvenzfall erhielten sie durch eine Ausweitung der indisponiblen Haftung eine höhere Quote. Dem steht jedoch gegenüber, dass die Organmitglieder wegen ihres limitierten Privatvermögens gerade bei großen Haftungssummen ohnedies nur selten in der Lage sein werden, den ganzen Schaden zu ersetzen.⁹⁵ Noch wichtiger ist freilich ein zweiter Gesichtspunkt: Ein risikoavers geführtes Unternehmen ist langfristig nicht wettbewerbsfähig (und folglich auch stärker insolvenzgefährdet). Diese Überlegung zeigt, dass auch aus Gläubigersicht die langfristige Perspektive einer (präventiven) Verhaltenssteuerung der Haftung überwiegt, weshalb auch (rationale) Gesellschaftsgläubiger ein Interesse an einem Haftungsniveau haben müssen, das langfristig die richtigen Anreize für Organmitglieder setzt.⁹⁶

Das Problem der haftungsinduzierten Risikoaversion von Geschäftsleitern transzendiert jedoch die unmittelbar Beteiligten und hat eine viel grundlegen-

fechtungsrechts („UMAG“; dBGBI I 2005 60/2802 ff), wonach die Haftung „den Mut zum unternehmerischen Risiko nicht nehmen [möchte]“ (BT-Drs 15/5092 S 12).

92 Scholl, Vorstandshaftung und Vorstandsermessen 39 ff.

93 Dauner-Lieb in FS Röhrich 83 ff.

94 Vgl P. Scholz, Die existenzvernichtende Haftung 230 ff; N. Fischer, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 114; Mand, Geschäftsführerhaftung 134; relativierend Brommer, Beschränkung 106 ff; Scholl, Vorstandshaftung und Vorstandsermessen 41.

95 Vgl N. Fischer, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 117 F mwN; Grunewald, AG 2013, 813 (816); P. Scholz, Die existenzvernichtende Haftung 352 f, nach dem die persönliche Vorstandshaftung für die Wiederherstellung des Gesellschaftsvermögens schon heute praktisch kaum relevant sei (mwN); Brommer, Beschränkung 253 mwN.

96 G. Wagner, ZHR 178 (2014) 227 (227), wonach die normative Leitlinie von Reformvorschlägen für das Organhaftungsrecht darin bestehe, Anreize für ein Verhalten von Vorstandsmitgliedern zu setzen, welches den Wert des Unternehmens im Interesse der Aktionäre und der Volkswirtschaft maximiert.

dere, volkswirtschaftliche Dimension. Die ausgeschlossene Gesellschafterhaftung („Haftungsbeschränkung“) bei Kapitalgesellschaften hat nämlich gerade den Zweck, die natürliche (menschliche) Risikoaversion der Gesellschafter zu überwinden.⁹⁷ Die Gesellschafter sollen nicht fürchten müssen, durch eine Kapitalbeteiligung ihre wirtschaftliche Existenzgrundlage aufs Spiel zu setzen und womöglich zu verlieren. Nur dann werden sie – zumal mehrere – Beteiligungen eingehen, wodurch die Umsetzung risikoreicher, kapitalintensiver und gesamtwirtschaftlich nützlicher Unternehmungen erst ermöglicht wird.⁹⁸ Die Überwindung der Risikoaversion auf Gesellschafterebene *qua* Haftungsbeschränkung nützt im Ergebnis aber nichts, wenn dieser Effekt durch die Risikoaversion der Geschäftsleiter aufgrund der existenzbedrohenden Haftung wieder relativiert wird.⁹⁹ Der Befund einer überstrengen Organhaftung ist somit ein gesamtwirtschaftliches Problem, das – gemeinsam mit dem Funktionieren der institutionellen Haftungsbeschränkung¹⁰⁰ – sogar die volkswirtschaftliche Legitimationsgrundlage der haftungsbeschränkten Rechtsformen in Frage stellt.¹⁰¹

97 Zur ausgeschlossenen Gesellschafterhaftung aus rechtsökonomischer Perspektive noch auf unten S 382 ff.

98 Vgl etwa *M. Lehmann*, ZGR 1986, 345 (353); *Roth*, ZGR 1986, 371 (372 f); näher zur ausgeschlossenen Gesellschafterhaftung unten S 382 ff.

99 Vgl plastisch *Bayer/P. Scholz*, NZG 2014, 926 (927), nach denen die Haftungsbeschränkung im Kapitalgesellschaftsrecht gerade dazu dient, die auf Grund des Totalverlustrisikos bestehende irrationale Risikoaversion zu beseitigen, doch dieses „institutionelle Grundproblem“ über das latente Risiko der wirtschaftlichen Existenzvernichtung des Vorstands durch die Hintertür wieder in die Rechtsform hereingetragen würde; vgl auch *P. Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung 238 f, nach dem über die strenge Vorstandshaftung letztlich ein „institutionelles Grundproblem“ Einzug halte, das eigentlich bereits durch die Bereitstellung der Rechtsform überwunden geglaubt war. Darauf zutr hinweisend auch *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 112.

100 Vgl idZ hier nur etwa *Fischinger*, Haftungsbeschränkung 245, 253 f, *passim*; näher zur institutionellen Haftungsbeschränkung und ihrem Verhältnis zur Organhaftung unten S 382 ff.

101 Gegen die strenge Haftung und die Notwendigkeit ihrer Beschränkung kann mE daher auch nicht eingewendet werden, dass (Fremd-)Geschäftsleiter (im Gegensatz zu den Gesellschaftern) ohnedies nicht für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haften, sondern nach allg Grundsätzen „nur“ für eine schuldhafte Schädigung der Gesellschaft (Verschuldenshaftung) (vgl idS zB *Binder*, Grenzen 347 ff; *Schöne/Petersen*, AG 2012, 700 [702] am Bsp *Breuer*; *Fehrenbach*, AG 2015, 761 [770]). Richtig ist, dass die Organmitglieder nicht (in vergleichbarer Weise) am Unternehmensgewinn partizipieren, dafür aber auch nicht das unternehmerische Risiko tragen (auch nicht in Form einer Erfolgshaftung). Vielmehr haften sie (nur) für Schäden, die sie der Gesellschaft durch eine schuldhafte Verletzung der gebotenen Sorgfalt zufügen. Zu berücksichtigen ist aber, dass die Restriktionen der Verschuldenshaftung durch verschiedene Faktoren (Rückschafehler, Beweislastumkehr) relativiert werden und dadurch einer *De-facto*-Erfolgshaftung nahekommen können (s noch Fn 1644). Zwar sollen bestehende Instrumente wie insb die *Business*

Judgment Rule (darauf berufen sich etwa *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33 [76, *passim*]) und die kurze (richtigerweise objektive [s unten S 1024 ff]) Verjährung von Organhaftungsansprüchen den genannten (Umsetzungs-)Defiziten der Verschuldenshaftung entgegenwirken. Gleichwohl kann davon ausgegangen werden, dass die Organmitglieder – trotz Verschuldenshaftung – im Ergebnis zumindest einen Teil des unternehmerischen Risikos schultern müssen (obwohl sie als Ausgleich dafür nicht in vergleichbarer Weise am Gewinn partizipieren [allenfalls durch erfolgsabhängige Vergütungskomponenten]). Dasselbe gilt – nun tatsächlich „innerhalb“ der Verschuldenshaftung – auch, soweit gewisse Schäden aufgrund der rezenten Normenflut auch bei Einhaltung der gebotenen Sorgfalt nicht (dh von niemandem) (effizient) vermieden werden können (vgl dazu Fn 84 mwN; diese Prämisse kann hier freilich nicht empirisch überprüft werden). Soweit man in solchen Fällen nicht schon (konsequenterweise) die Pflichtwidrigkeit oder das Verschulden verneint, wäre zumindest eine (nachträgliche) Risikoverlagerung auf die Gesellschafter sachgerecht, weil es sich dem Wesen nach um unternehmerisches Risiko handelt. Die Gesellschaft kann das (zusätzliche) Risiko einpreisen, wodurch die Kosten der „Gesetzesflut“ letztlich die Abnehmer der Gesellschaft tragen würden. Der Vorwurf hierfür wäre – unter Annahme der Richtigkeit dieser Prämisse – primär dem Gesetzgeber zu machen. Aber auch soweit einzelne Pflichtverletzungen tatsächlich vermeidbar sind (und sofern man von einer „reinen“ Verschuldenshaftung ausgeht), liegt das Problem nicht nur in den rechtlichen Haftungsvoraussetzungen, sondern in der Schadenshöhe. Die immensen Schäden, die sich an der Unternehmensspitze akkumulieren können (Stichwort „Schadensmultiplikation“ [s Fn 35]) wirken selbst bei einer funktionierenden Verschuldenshaftung abschreckend (oder gar prohibitiv). Eine leicht fahrlässige Pflichtverletzung ist leicht geschehen, der resultierende Schaden uU existenzvernichtend. Insofern ist die Situation der Organmitglieder durchaus vergleichbar mit jener von Dienstnehmern. Für diese gibt es freilich (mit gutem Grund) Haftungsprivilegien, für jene aber nicht. Gegen diesen Vergleich lassen sich auch nicht die (absolut) hohen Managervergütungen einwenden, weil diese durch die möglichen Schäden (leicht) überschritten werden können (s oben S 3 ff). Es kommt daher nicht auf die absolute Höhe der Gehälter (oder gar den Vergleich mit den Arbeitnehmergehältern) an, sondern auf die Relation zur Schadenshöhe (zB auch mwN *Bachmann*, ZIP 2017, 841 [848 ff]). Unabhängig von der praktischen Relativierung der Verschuldenshaftung ist daher auch die konzeptionelle Unterscheidung zwischen Erfolgs- und Verschuldenshaftung insofern irrelevant, als die Organhaftung (auch) aus Gründen, die der Verschuldenshaftung immanent sind (s oben) im Hinblick auf den Risikoanreiz eine ähnliche (hemmende) Wirkung entfaltet wie eine Erfolgshaftung. Erkennt man diese Prämisse (mit der hM) an, kommt es nicht auf die rechtliche Ausgestaltung der Haftung an, sondern allein darauf, dass vernünftige Risiken wegen der Angst vor einem Verlust der wirtschaftlichen Existenz nicht mehr eingegangen werden (vgl idZ *P. Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung 238 f). Der Grund für diese unerwünschte Anreizwirkung (ob unternehmerisches Risiko oder Verschuldenshaftung) ist unerheblich.

Wegen der Notwendigkeit risikobehafteter Unternehmertätigkeit und der Sonderstellung von Geschäftsleitungsorganen führen auch Vergleiche mit den Haftungsverhältnissen anderer Rechtssubjekte nicht weiter (pointiert aber etwa *Schöne/Petersen*, AG 2012, 700 [701 ff]: „Die Kleinen hängt man, die Großen lässt man laufen“; *Binder*, Grenzen 347 ff). Gleiches gilt für den Vorwurf, eine Beschränkung der Verschuldenshaftung von Organmitgliedern begründe eine unbillige Privilegierung gegenüber anderen Personen (ebenda). Es kommt richtig besehen nicht darauf an, wie streng die Organhaftung im Vergleich zu anderen Haftungsverhältnissen

ist, sondern darauf, ob sie hinsichtlich ihrer Haftungsstrenge in Relation zu der (besonderen) Zielsetzung haftungsbeschränkter Rechtsformen (Überwindung der menschlichen Risikoaversion zur Ermöglichung risikobehafteter Investitionen) *zweckmäßig* ist. Die Haftung ist zu streng, wenn sie diese Zielsetzung zu beeinträchtigen oder ganz zu vereiteln droht (s Fn 99). Ein Vergleich mit anderen Haftungsbereichen wäre nur gerechtfertigt, wenn nicht bloß isoliert die Haftungsvoraussetzungen, sondern auch die Haftungssituation und die Haftungsfolgen in den Vergleich einbezogen würden. So ist sicher richtig, dass jede Schadenersatzhaftung die wirtschaftliche Existenz einer jeden natürlichen Person vernichten kann, und dass für diesen Fall das Institut der Privatsolvenz gesetzlich vorgesehen ist (vgl *Schöne/Petersen* aaO 701). Der Vergleich mit einer unbeschränkt haftenden natürlichen Person wäre aber nur gerecht, wenn die existenzvernichtende Haftung nicht nur möglich, sondern geradezu „situationsimmanent“, dh mit dem gewöhnlichen Leben einer natürlichen Person zwangsläufig verbunden wäre (wie das etwa bei – insoweit vergleichbaren – Dienstnehmern der Fall ist), wie sie auch eine rechtsformspezifische Begleiterscheinung der Organtätigkeit in (va großen) Kapitalgesellschaften ist (s auch Fn 34). Die (Verschuldens-)Haftung müsste ebenfalls dahingehend prohibitiv wirken, dass sie von der Ausübung jener Tätigkeit abhielte, die mit Haftungsrisiken verbunden ist (zB eben das allg Lebensrisiko). Richtigerweise müssen Organmitglieder mit den „beschränkt haftenden“ Gesellschaftern von Kapitalgesellschaften verglichen werden. Immerhin könnte auch kritisiert werden, dass die Gesellschafter anders als Einzelunternehmer oder andere natürliche Personen nur mit einem bestimmten Betrag (wirtschaftlich) „haften“. Der Grund für diese Privilegierung liegt aber darin, dass der Gesetzgeber durch die ausgeschlossene Gesellschafterhaftung die natürliche Risikoaversion überwinden und damit volkswirtschaftlich effiziente Investitionsanreize schaffen will (ausf unten S 382 ff). Und diese rechtspolitische Zielsetzung erfordert eben zwingend eine „Beschränkung“ der Gesellschafterhaftung und aus iW denselben Gründen auf „Agentenebene“ auch eine Beschränkung der Organhaftung. Es geht somit (anders als zB bei Dienstnehmern) nicht primär um den Schutz der Organmitglieder (zutr etwa *Brommer*, Beschränkung 211 f; *ders*, AG 2013, 121 [129]), und damit auch nicht um eine (vermeintlich) unfaire Privilegierung von Geschäftsleitern gegenüber anderen Personen; es geht vielmehr primär um die Zwecksetzung haftungsbeschränkter Rechtsformen, das ist wie erwähnt die Schaffung einer (möglichst) risikoneutralen Anreizsetzung. Die Haftungsprivilegierung von Organmitgliedern kann freilich eine reflexive Folge der Gewährleistung dieser Anreizsetzung sein.

Wer in der Beschränkung der Organhaftung einen Fremdkörper verortet, übersieht nach dem Gesagten die (rechtspolitische) Sonderstellung von Organmitgliedern haftungsbeschränkter Rechtsformen; er übersieht nämlich, dass bereits die ausgeschlossene Gesellschafterhaftung (zu dieser näher unten S 382 ff) so gesehen eine „Anomalie“ ist, und Gleiches daher zwangsläufig für jene Maßnahmen gelten muss, die die rechtspolitische Zielsetzung der ausgeschlossenen Gesellschafterhaftung (auf anderer Ebene) effektuieren. Im Übrigen wäre eine Privilegierung von Organmitgliedern aus genau *diesem* Grund kein Systembruch, ja nicht einmal eine Novität, sondern könnte an bestehende gesetzliche Wertungen anknüpfen: So hat der Gesetzgeber wegen der Gefahr eines – im Zeitablauf zunehmenden – Beweisnotstands auf Seiten des Organmitglieds, vor allem auch aufgrund der Beweislastumkehr (dazu etwa *P. Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung 237), die Verjährung für Organhaftungsansprüche (§ 25 Abs 6 GmbHG, § 84 Abs 6 AktG), die nach zutr Ansicht eine objektive Frist ist (näher S 1024 ff), auf fünf Jahre verkürzt. Dabei hat-

E. Forschungsfrage und bisherige Untersuchungen

Dass eine Bereinigung und präventive Milderung der Organhaftung auch den Gesellschaftern und Gesellschaftsgläubigern nützen, sagt freilich noch nichts darüber aus, wie weit dieser Nutzen reicht und in welchem Ausmaß das Gesetz solchen Vereinbarungen Wirksamkeit verleiht. Naturgemäß stellt sich daher die Frage nach der Zulässigkeit und – bejahendenfalls – nach den Grenzen vertraglicher Haftungsmilderungen. Ausgangspunkt der Überlegungen hierzu ist der Grundsatz der Privatautonomie. Nicht die Zu-

te der historische Gesetzgeber immerhin – *nota bene* – eine subsidiäre Regelverjährung von 30 Jahren [!] vor Augen (vgl heute § 1489 Satz 2; § 1478 ABGB und zum Ganzen noch näher unten S 1024 ff). Eine stattliche Privilegierung also. Eine Privilegierung aber, die (ebenfalls „nur“) die rechtspolitisch erwünschte Risikoneutralität der Organmitglieder (als Agenten der Gesellschaft[er]) gewährleisten sollte. Die nötige Planungssicherheit hinsichtlich der Haftungsverhältnisse zur Gewährleistung einer (ausreichenden) Risikobereitschaft wird zudem durch die jährliche Entlastung gesichert. Aus demselben Grund ist die im Gläubigerinteresse indisponible Vorstandshaftung, die eine Erhaltung von Ersatzansprüchen trotz Entlastung und bis zur Anspruchsverjährung bewirkt, außerhalb des Kapitalschutzes (§ 84 Abs 3 AktG) mit grober Fahrlässigkeit limitiert (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG [näher insb S 288 ff]), *obwohl* der Gesetzgeber (des AktG 1937/1938) eigentlich – mE insoweit freilich zu Unrecht (näher noch unten S 819 ff) unter Berufung auf die ausgeschlossene Gesellschafterhaftung sogar die Vorstandshaftung für *leichte* Fahrlässigkeit als im Gläubigerinteresse zwingend geboten erachtet hatte. Denn der Gesetzgeber erkannte, dass eine Aufrechterhaltung auch von Ersatzansprüchen wegen bloß leicht fahrlässiger Geschäftsführung aus Gründen des Gläubigerschutzes, obwohl die Gesellschaft eine Entlastung beschlossen hat (oder sonst disponiert hat), „*auf das Verantwortungsbewußtsein des Vorstands lähmend wirken und nicht dem Vorteil der Gesellschaft dienen [würde].*“ (AmtlBegr AktG 1937/1938 180, abgedr auch bei *Klausing*, AktG 71). Es könne nicht gefordert werden, „*daß die Mitglieder des Vorstandes sich ungeachtet der ihnen von der Gesellschaft erteilten Entlastung noch nach Jahren Gläubigern gegenüber wegen ihrer Geschäftsführung verantworten sollen.*“ (AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 509). Auch hier hat der Gesetzgeber die (im Gläubigerinteresse indisponible) Organhaftung eingeschränkt, um die gesamtwirtschaftliche Zielsetzung der ausgeschlossenen Gesellschafterhaftung (Risikoneutralität) nicht zu gefährden. Und er hat diese Zielsetzung sogar über die Interessen der Gesellschaftsgläubiger gestellt! Seitdem haben sich freilich die Rahmenbedingungen derart gewandelt, dass nicht nur die fünfjährige *Erhaltung* (und potenzielle Kumulierung) von Ersatzansprüchen (für den Zugriff der Gläubiger) die Risikobereitschaft der Organmitglieder beeinträchtigt, sondern schon die bloße Antizipation der *Entstehung* des Anspruchs. Demgemäß ist eine privatautonome Haftungsprivilegierung von Organmitgliedern – eben nicht als Selbstzweck, sondern immer nur zur Sicherung der rechtspolitisch (noch immer) gewünschten risikoneutralen Geschäftstätigkeit als „höherem Regelungsziel“ – entgegen vereinzelter Stimmen in der Lit mitnichten ein systematischer Fremdkörper, sondern vielmehr die konsequente (und wie gezeigt: nur jüngste) Anpassung bestehender gesetzlicher Wertungen an geänderte Umstände.

lässigkeit (Wirksamkeit), sondern die Unzulässigkeit (Unwirksamkeit) eines Rechtsgeschäfts erfordert daher eine besondere Rechtfertigung.¹⁰²

Nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen kann die Gesellschaft über ihr Vermögen, wozu auch die Innenhaftung ihrer Organmitglieder gehört, innerhalb der Sittenwidrigkeitsgrenze frei verfügen. Diese Grenze wird dort gezogen, wo die Gesellschaft im Voraus auf Ersatzansprüche wegen vorsätzlicher (zT grob fahrlässiger) Schädigung verzichtet (ausdr § 276 Abs 3 BGB).¹⁰³ Hieran erkennt man auch schon, dass die Frage nach der Disponibilität nicht absolut-kategorisch beantwortet werden kann, weil die Antwort vom jeweiligen Dispositionstyp abhängt. Voraussetzungen unterliegen im Allgemeinen engeren Schranken als etwa nachträgliche Dispositionen (wie insb Verzichte oder Vergleiche). Einschränkungen der grundsätzlichen Verfügungsbefugnis ergeben sich außerdem aus gesellschaftsrechtlichen Spezialwertungen, nämlich vor allem aus der (idealtypischen) Mehr- oder Vielzahl von Gesellschaftern, die inkongruente oder gegenläufige Interessen haben können. Diese Interessen sachgerecht gegeneinander abzuwägen, ist die Zielsetzung des gesetzlichen Individual- und Minderheitenschutzes. Eine besonders prominente Stellung hat bei Kapitalgesellschaften darüber hinaus naturgemäß der Schutz der Gesellschaftsgläubiger. Diesen steht nämlich nur das Gesellschaftsvermögen als Haftungsfonds zur Verfügung, weil eine Haftung der Gesellschafter grundsätzlich ausgeschlossen ist („Haftungsbeschränkung“). Da das Gesellschaftsvermögen durch Dispositionen über die Organhaftung aber gemindert wird, kann der Gläubigerschutz es gebieten, dass die grundsätzliche Dispositionsfreiheit der Gesellschaft über „ihr“ Vermögen eingeschränkt wird.¹⁰⁴ Neben diesen „klassischen“ Schutzbestimmungen gibt es aber auch Dispositionsbeschränkungen, deren Schutzzweck nicht so leicht auszumachen ist. Zu nennen ist hier insb die Anordnung des § 84 Abs 4 Satz 3 AktG (§ 93 Abs 4 Satz 3 dAktG), nach der die Gesellschaft erst fünf Jahre (in Deutschland drei Jahre) nach der Entstehung des Ersatzanspruchs auf diesen verzichten oder sich darüber vergleichen kann. Diese „Sperrfrist“, deren Normzweck umstritten ist – in Österreich dürfte wohl noch die Annahme des Minderheitenschutzes überwiegen –, steht scheinbar¹⁰⁵ nicht nur einer nachträglichen Bereinigung (sowie einer Verzichtswirkung der Entlastung) kategorisch ent-

102 Vgl etwa *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 13, 243 ff und *passim*; *dens* in *Bergmann/Kalss*, Rechtsformwahl Rz 3/27; allg für das Rechtsgeschäft auch *F. Bydlinki*, System und Prinzipien 147 f; monographisch *Möslein*, Dispositives Recht 164 ff, *passim*; RIS-Justiz RS0016837; RS0016417.

103 Hier einstweilen nur *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 490; *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 165 (196); allg *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 879 Rz 304 ff; für Deutschland zB *Fleischer* in *MüKo GmbHG* § 43 Rz 381 mwN.

104 Vgl *Mand*, Geschäftsführerhaftung 117.

105 Vgl zur „Sperrfrist“, ihrer fragwürdigen (irrtümlichen) Genese, der (daraus folgenden) Systemwidrigkeit und der Behandlung *de lege lata* ausf insb unten S 950 ff.

gegen, sondern bildet auch (in Deutschland neben der Satzungsstrenge gem § 23 Abs 5 dAktG) den Haupteinwand gegen die Zulässigkeit abstrakter Vorausmilderungen der Vorstandshaftung. Anders verhält es sich im GmbH-Recht, das eine vergleichbar weitgehende Verfügungssperre nicht kennt. Die Geschäftsleiter stehen als Verwalter des Gesellschaftsvermögens gleichsam im „Fadenkreuz“ dieser pluralistischen Interessen.¹⁰⁶

Bei der gewählten Forschungsfrage geht es also darum, mehrere Interessen gegeneinander abzuwägen (präziser: die getroffene Abwägung des Gesetzgebers herauszuarbeiten). Das ist schon deshalb kein leichtes Unterfangen, weil die Möglichkeiten und Grenzen privatautonomer Haftungsmilderungen im Gesetz nur in Ansätzen vorgezeichnet sind. Gesetzlich geregelt sind nämlich nur Verzichte, Vergleiche und Weisungsbeschlüsse. Und schon die Haftungsfreistellungswirkung dieser geregelten Dispositionsbeschränkungen ist im Einzelnen höchst umstritten. Zur (Folge-)Frage nach der Zulässigkeit vertraglicher Haftungsbeschränkungen *ex ante* schweigt das Gesetz überhaupt. Es überrascht daher nicht, dass die Zulässigkeit und Grenzen von Dispositionen über die Organhaftung im Schrifttum sehr umstritten sind und vieles – trotz oder gerade wegen der schier Fülle literarischer Stellungnahmen während der letzten Jahre – im Detail noch ungeklärt ist. Das wissenschaftliche Interesse an der gewählten Forschungsfrage und vielleicht auch ihr „Schwierigkeitsgrad“ lässt sich daran erkennen, dass im Schrifttum gerade zur Frage der Zulässigkeit vertraglicher Vorausmilderungen der Geschäftsleiterhaftung so gut wie jede denkbare Position im Meinungsspektrum vertreten wird.¹⁰⁷

Diese und ähnliche Fragen waren zwar schon Gegenstand zahlreicher kürzerer literarischer Stellungnahmen, in denen Einzelaspekte auch tiefergehend untersucht wurden, allerdings gibt es in Österreich noch wenige umfassende Stellungnahmen.¹⁰⁸ Aus jüngerer Zeit ist die Habilitationsschrift von *Haberer*¹⁰⁹ zu nennen, die vertraglichen Haftungsbefreiungen für das Management ein eigenes Kapitel widmet. Wenig später hat sich *U. Torggler*¹¹⁰ in einem Tagungsbandbeitrag intensiver mit dem Problem auseinan-

106 Haas, Geschäftsführerhaftung 17.

107 So auch die Feststellung bei *Jula*, GmbHR 2001, 806 (808); vgl auch *Fleischer*, BB 2011, 2435 (2436): „breit gefächert“; *Janert*, BB 2013, 3016 (3017): „im Detail sehr verschieden“; *Mand*, Geschäftsführerhaftung 92: „Frage von beträchtlicher Komplexität“; *Kaffiné*, Begrenzung 130: „gehört fraglos zu den umstrittensten Problemen im Rahmen der Geschäftsführerhaftung aus § 43 GmbHG“.

108 So auch die Beobachtung von *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/277; ebenso *F. Hörlsberger* in *FAH*, GmbHG § 25 Rz 19.

109 *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht (2009) 476 ff.

110 *U. Torggler*, Abdingbarkeit, Umwälzbarkeit, Versicherbarkeit, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 ff; vgl davor auch schon *dens*, GesRZ 2010, 185 (188 f).

dergesetzt. Zuletzt hat sich (soweit ersichtlich) *Nicolussi*¹¹¹ in ihrer Dissertation zur aktienrechtlichen Satzungsstrenge mit der Zulässigkeit einer statutarischen Modifikation der Vorstandshaftung näher beschäftigt.

Umfangreicher ist (naturgemäß) die deutsche Literatur, die (mit unterschiedlicher Schwerpunktsetzung und überwiegend zur Vorstandshaftung) neben einer regelrechten Flut von Fachaufsätzen auch zahlreiche monographische Abhandlungen verzeichnen kann. Gegenstand dieser Untersuchungen sind insb die existenzvernichtende Strenge der Vorstandshaftung¹¹² als Rechtsstatsache, die Notwendigkeit einer Haftungsbeschränkung,¹¹³ eine mögliche Reform¹¹⁴ der Organhaftung zu diesem Zweck und schließlich – für die vorliegende Arbeit von Interesse – die Möglichkeiten einer privat-autonomen Gestaltung¹¹⁵ der Organhaftung *de lege lata*. Hierbei wiederum

- 111 *Nicolussi*, Die Satzungsstrenge im Aktienrecht (2018); vgl auch die zugrundeliegende, gleichnamige Dissertationsschrift (2017) 199 ff; vgl auch schon *dies* in *Nueber/Przeszowska/Zwirschmayr*, Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel 21 (29 ff).
- 112 Vgl insb *P. Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung von Vorstandsmitgliedern in der Aktiengesellschaft (2014); *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung und ihre Begrenzung durch Satzungsbestimmung (*de lege lata*) (2018); vgl auch *Kilian*, Reform der existenzvernichtenden Vorstandshaftung (2017).
- 113 S die Nw in der vorigen Fn.
- 114 Vgl *Kilian*, Reform der existenzvernichtenden Vorstandshaftung (2017); *P. Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung von Vorstandsmitgliedern in der Aktiengesellschaft (2014) 351 ff; *Kutscher*, Organhaftung als Instrument der aktienrechtlichen Corporate Governance (2017); *Binder*, Grenzen der Vorstandshaftung (2016).
- 115 Hier ist hinzuweisen auf die grundlegenden monographischen Untersuchungen von *Bastuck* (Enthaftung des Managements: Corporate Indemnification im amerikanischen und deutschen Recht [1986]) und *Heisse* (Die Beschränkung der Geschäftsführerhaftung gegenüber der GmbH [1988]). Aus jüngerer Zeit sind folgende Monographien zu nennen: *Kaffiné*, Begrenzung der Haftungsrisiken des Geschäftsführers einer GmbH gegenüber der Gesellschaft bei Ausführung wirtschaftlich nachteiliger Weisungen der Gesellschaft (2000); *Mand*, Die Geschäftsführerhaftung nach § 43 II GmbHG und die Möglichkeit privatautonomer Begrenzungen (2002); *Schug*, Risikoeinschränkung und -transfer in der Vorstandshaftung (2010); *Wigand*, Verzicht, Vergleich und sonstige Haftungsbeschränkungen im Gesellschaftsrecht (2012); *P. Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung von Vorstandsmitgliedern in der Aktiengesellschaft (2014); *Eßwein*, Privatautonome Gestaltung der Vorstandshaftung (2015); *Mack*, Die Regresshaftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft (2015); *Brommer*, Die Beschränkung der Rechtsfolgen der Vorstandsinnenhaftung (2016); *Kutscher*, Organhaftung als Instrument der aktienrechtlichen Corporate Governance (2017); *Unmuth*, Vergleich und Verzicht im aktienrechtlichen Organhaftungsrecht aus der Perspektive des Aufsichtsrats (2018); *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung und ihre Begrenzung durch Satzungsbestimmung (*de lege lata*) (2018); zum Kartellbußgeldregress *Wacker*, Persönliche Schadensersatzhaftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Kartellverstöße (2017); *Binder*, Grenzen der Vorstandshaftung (2016). Vgl monographisch außerdem *Dendl*, Die Disposition über Organhaftungsansprüche in der Aktiengesellschaft und im Aktienkonzern (2018); *Groß*, Innenhaftung von Vorstandsmitgliedern im Aktienrecht (2021).

befassen sich einige Untersuchungen¹¹⁶ vorrangig mit der sog „Regressreduktion“ auf Basis der gesellschaftlichen Fürsorge- und Treuepflicht, die ausgehend vom besonders problematischen Bußgeldregress entwickelt wurde. Diese Lehre geht von der Prämisse aus, dass eine statutarische Beschränkung der Vorstandshaftung nach beinahe¹¹⁷ einhelliger Auffassung an der Satzungsstrenge (§ 23 Abs 5 dAktG) scheitert.

Soweit ersichtlich, gibt es also (jedenfalls in Österreich und vielleicht auch in Deutschland) noch Raum für eine umfassende monographische Untersuchung vertraglicher Haftungsbeschränkungen *de lege lata* sowohl für die GmbH als auch die AG. Dafür spricht auch, dass der Meinungsstand wie erwähnt denkbar breit gefächert ist und auch im Kernbereich vieles noch lange nicht ausdiskutiert scheint. Die vorliegende Arbeit unternimmt daher den Versuch, einen Beitrag zur Rechtssicherheit in einem praktisch wichtigen Bereich zu leisten.

F. Übergreifender Ansatz dieser Untersuchung

Damit dieser Versuch gelingen kann, muss die Forschungsfrage in ihren verschiedenen Dimensionen gesamtheitlich erfasst werden. Das ist deshalb von besonderer Bedeutung, weil das GmbH- und Aktienrecht in verschiedener Hinsicht „pfadabhängig“¹¹⁸ sind.

Zunächst gehen das österreichische und deutsche Kapitalgesellschaftsrecht im Allgemeinen und das Organhaftungsrecht im Besonderen in seinen Grundzügen auf knapp 150 Jahre alte Regelungen und Wertungen zurück, die durch neuere Kodifikationen wiederholt (und oft unkommentiert) rezipiert wurden. Historischer Grundstein vieler einschlägiger Normen war die deutsche Aktienrechtsreform des Jahres 1884, die auch als „Geburtsstunde“ des modernen Aktienrechts¹¹⁹ gerühmt wird.¹²⁰ Viele der damals sorgfältig

116 Vgl insb Mack, Die Regresshaftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft (2015); Brommer, Die Beschränkung der Rechtsfolgen der Vorstandsinnenhaftung (2016).

117 Vereinzelt werden auch statutarische Haftungsbeschränkungen *de lege lata* für zulässig gehalten, wegen § 23 Abs 5 dAktG aber überwiegend (nur) in Form von Haftungshöchstgrenzen. Vgl grundl Grunewald, AG 2013, 813 (815 ff); Rust, Der Aufsichtsrat 2014, 36 (37); monographisch N. Fischer, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung und ihre Begrenzung durch Satzungsbestimmung (*de lege lata*) (2018) 126 ff. Vgl für eine vertragliche Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs G. M. Hoffmann, NJW 2012, 1393 (1395).

118 Vgl dazu etwa Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 34 f.

119 Vgl nur Schubert/Hommelhoff, Hundert Jahre modernes Aktienrecht, ZGR-Sonderheft 4 (1985).

120 Vgl zur Entwicklung des österreichischen Aktienrechts allg Kalss/Burger/Eckert, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts (2002).

herausgearbeiteten und abgewogenen Wertungsentscheidungen wurden in spätere Gesetzeswerke und -novellen übernommen, aber inhaltlich nicht mehr hinterfragt oder gesondert erläutert. Deshalb findet sich die Antwort auf so manche Auslegungsfrage des geltenden Rechts nicht in den jüngeren Gesetzesmaterialien, sondern in vergleichsweise alten (und oft erstaunlich instruktiven) Dokumenten.

Dieser historische Blickwinkel muss notwendigerweise um einen geographischen ergänzt werden, indem das deutsche Recht in die Betrachtung einbezogen wird. Die handelsrechtlichen Kodifikationen in Österreich und Deutschland standen seit jeher (und stehen noch immer) in einem Verhältnis des Austauschs und der Wechselwirkung. Das begann damit, dass bereits das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch¹²¹ (ADHGB) aus dem Jahr 1861, das bis 1866 in fast allen Staaten des Deutschen Bundes galt, am 1. Juli 1863 auch im Kaisertum Österreich als Allgemeines Handelsgesetzbuch (AHGB) in Kraft trat.¹²² Dabei blieb es hierzulande auch bis zum nächsten großen „Import“ aus Deutschland, dem dAktG 1937. In der Zwischenzeit war das deutsche Aktienrecht grundlegend novelliert worden, vor allem durch die großen Reformen der Jahre 1870 und 1884 sowie durch das dHGB 1897. Diese Entwicklungsschritte wurden in Österreich nicht umgesetzt oder nachgeholt, weil der deutsche Bund schon 1866 aufgelöst worden war. Drei eigene österreichische Reformentwürfe der Jahre 1869, 1874 und 1882 schlugen fehl,¹²³ beeinflussten aber wiederum die deutschen Reformen.¹²⁴ Besondere Beachtung verdient der vierte Anlauf: der Entwurf eines österreichischen Aktiengesetzes von 1900 („Aktienentwurf“ genannt).¹²⁵ Auch er scheiterte letztlich zwar, hatte aber nachhaltigen Einfluss auf das parallel erarbeitete österreichische GmbH-Gesetz (GmbHG). Die deutschen Reformen hielten wie gesagt über das dAktG 1937 Einzug in das österreichische Recht. Demgemäß wurden das österreichische und deutsche Aktienrecht in ihrer Entwicklungsgeschichte gleich zwei Mal „synchronisiert“.¹²⁶ Erst seit dem zweiten Mal (1937/1938) entwickeln sie sich eigenständig in zT verschiedene Richtungen (wobei man hierzulande sinnvollerweise freilich auch heute noch stets ein Auge auf die deutsche Rechtsentwicklung hat). Auch das GmbHG aus dem Jahr 1906 ist pfadabhängig zu verstehen. Es ist nicht nur mit dem deutschen Parallelgesetz (dGmbHG) von 1892 verschränkt, sondern (mittelbar) auch mit dem deutschen Aktienrecht. So orientierten sich die Verfasser des öGmbHG naheliegenderweise am dGmbHG.¹²⁷ Was die EBRV jedoch verhehlen: In der

121 Vgl. allg. zum ADHGB 1861 *Pahlow*, 8. Kap: Aktienrecht und Aktiengesellschaft zwischen Revolution und Reichsgründung. Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch von 1861, in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel I Rz. 14 ff.

122 Vgl. auch *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 23 mwN.

123 Weiterführend *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 162 ff.

124 Vgl. *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 186 ff.

125 Vgl. *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 191 ff.

126 Vgl. dazu etwa *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 35.

127 EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 66.

Entstehungszeit des dGmbHG war lange Zeit nicht das dGmbHG das unmittelbare Regelungsvorbild, sondern der österreichische Aktienentwurf von 1900 (was auch manche Abweichung vom dGmbHG erklärt)^{128, 129}. Da die GmbH-Gesetze aber gleichsam aus dem Aktienrecht entstanden (grob gesagt: vereinfachtes Aktienrecht insb ohne Anlegerschutz)¹³⁰ und auch der österreichische Aktienentwurf von 1900 keine völlige Neuschöpfung war, treffen sich die Abstammungslinien wieder beim oben erwähnten älteren (deutschen) Aktienrecht: Während das dGmbHG unmittelbar auf dem (damals geltenden) Aktienrecht des ADHGB idF 1884 basiert,¹³¹ orientierte sich der österreichische Aktienentwurf bereits am Aktienrecht des dHGB 1897,¹³² dessen Organhaftungsrecht jedoch wiederum im Wesentlichen dem ADHGB 1884 entsprach.¹³³

Und schließlich muss auch die Wechselwirkung zwischen GmbH- und Aktienrecht als Element der Pfadabhängigkeit berücksichtigt werden. Hier wird zu hinterfragen sein, wo genau die Wertungsparallelen verlaufen und inwieweit Regelungsunterschiede sachlich (dh rechtsformspezifisch) gerechtfertigt sind. Wie erwähnt ist das GmbH-Recht zwar ursprünglich aus dem Aktienrecht hervorgegangen, wobei der GmbH-Gesetzgeber im Wesentlichen eine haftungsbeschränkte Rechtsform *ohne* das (für bestimmte Zwecke als lästig empfundene) zwingende Recht zum Schutz der Anleger bereitstellen wollte (und zu diesem Zweck die Handelbarkeit der Anteile insb durch die Notariatsaktpflicht ausgeschlossen hat). Diese Konzeption lässt vermuten, dass die Gesetzesverfasser sich damals ausführlich Gedanken über wertungsmäßige Gemeinsamkeiten und Unterschiede gemacht hätten. Das mag auch zutreffen, jedoch hat sich die weitere Entwicklung beide Rechtsformen – seit nun immerhin über 100 Jahren – zumindest stellenweise unabhängig voneinander vollzogen. Auch in der Lit und Rsp werden Rechtsprobleme bisweilen mit Blick (nur) auf die jeweils betroffene Rechtsform diskutiert. Auch die Diskussion über die hier gewählte Forschungsfrage – die Zulässigkeit vertraglicher Haftungsbeschränkungen *de lege lata* – verläuft über weitere Strecken für beide Rechtsformen getrennt und auch inhaltlich verschieden. Auch wenn es für Letzteres gute (rechtsformspezifische) Gründe gibt, droht manchmal – so hat es zumindest den Anschein – der Blick für manch wertungsmäßigen gemein-

128 Vgl insb § 25 Abs 5 und 7 GmbHG im Vergleich zu § 43 Abs 3 Sätze 2 f dGmbHG (dazu noch ausf unten S 323 ff).

129 Vgl Entwurf Juni 1902 samt Erläuternden Bemerkungen (ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg II und P 111–125, Karton 885 [dazu noch näher unten S 334 ff]).

130 Vgl AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3725, 3740; EBRV 236 BlgHH 17. Session 49. S dazu noch näher iZm dem Schutz künftiger Gesellschafter in der GmbH unten S 127 ff.

131 Vgl AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3750 rSp.

132 Vgl S 4 der Denkschrift zum Aktienentwurf (ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420): „*Das deutsche Aktienrecht als Vorbild der Reform*“.

133 Vgl Denkschrift dHGB 1897, abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 307.

samen Nenner verloren zu gehen. Die Rückbesinnung auf gemeinsame historische Wurzeln und die Gründe für eine allfällige spätere Verschiedenbehandlung können hier Abhilfe schaffen. Deshalb müssen neben der historischen Entwicklung der jeweiligen Rechtsform (unter Berücksichtigung der Wechselwirkungen mit dem deutschen Recht) auch Wechselwirkungen zwischen der GmbH und AG berücksichtigt werden. Die gemeinsame Untersuchung beider Rechtsformen bedingt zwar den großen Umfang der vorliegenden Arbeit, sie erweist sich aber wegen der skizzierten historischen Verflechtungen und der daraus resultierenden identischen oder zumindest ähnlichen Interessenlagen als überaus lehrreich, indem sie bislang verborgene Perspektiven auf so manches Sachproblem erschließt.

Wie sich also zeigt, können Fragen des geltenden Rechts nicht isoliert betrachtet werden. Vielmehr müssen sie gesamtheitlich in ihrem rechtshistorischen, rechtsvergleichenden und rechtsformvergleichenden Kontext beurteilt werden. Dieser hier gewählte Forschungsansatz hat schließlich zur Folge, dass man auch mit einer Vielzahl methodologischer Spezialprobleme konfrontiert wird, denen man andernfalls vielleicht „entgangen“ wäre. Deshalb darf die hier gewählte Forschungsfrage mit *Holger Fleischer* getrost als ein „*vortreffliches Exerzierfeld für angewandte Methodenlehre im Gesellschaftsrecht*“¹³⁴ bezeichnet werden.

II. Abgrenzung des Forschungsgegenstands

Die wesentliche Frage dieser Untersuchung lautet, in welchen Teilen die Organinnenhaftung gem § 25 GmbHG und § 84 AktG dispositiv ist und inwieweit sie zwingend ist.¹³⁵ Diese „doppelte“ Problemstellung bildet insofern eine Einheit, als die Frage nach der Disponibilität wegen des Grundsatzes der Privatautonomie immer zugleich die Frage nach den Schranken der (grundsätzlichen) Disponibilität bedeutet.¹³⁶

In einem ersten Schritt werde ich untersuchen, ob und ggf in welchen Grenzen Weisungsbeschlüsse, Verzichte und Vergleiche eine Haftung ausschließen bzw beseitigen. Für die genannten Dispositionen sieht das Gesetz nämlich bestimmte Schranken zum Schutz von Minderheitsgesellschaftern und Gesellschaftsgläubigern vor, die jedoch auslegungs- und oftmals

134 *Fleischer*, BB 2011, 2435 (2436); vgl auch *dens* in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 371 („*vortreffliches Erprobungsfeld*“).

135 Die Rechtsnatur der Organhaftung, dh insb das Verhältnis zum Anstellungsvertrag, soll hier nicht weiter vertieft werden, zumal diese Differenzierung nicht ausschlaggebend für die Frage der Disponibilität ist (vgl nur *Heisse*, Beschränkung 112).

136 Vgl auch *Mand*, Geschäftsführerhaftung 14, wonach sich die Frage nach Umfang und Beschränkbarkeit der Geschäftsführerhaftung als Spezialfall des generellen Problems erweise, inwieweit zwingende Verkehrsinteressen eine Einschränkung der Privatautonomie im Gesellschaftsrecht rechtfertigen.

korrekturbedürftig sind. Das gilt vor allem für die Dispositionsbeschränkung zugunsten der Gesellschaftsgläubiger gem § 25 Abs 5 und 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG, deren Anwendungsbereich bereits seit dem Inkrafttreten des GmbHG umstritten ist. Dieser Frage wird wegen ihrer grundlegenden Bedeutung und praktischen Relevanz vergleichsweise viel Raum gewidmet.

Darauf aufbauend wird in einem zweiten Schritt untersucht, ob die Geschäftsführer- und Vorstandshaftung auch pauschal im Voraus ausgeschlossen oder eingeschränkt werden können. Solche Verfügungen regelt das Gesetz nicht. Ihre Zulässigkeit muss deshalb erst durch Auslegung aus den bestehenden Wertungen abgeleitet werden. Als Basis für Schlussfolgerungen dienen hier vor allem die im ersten Schritt untersuchten gesetzlichen Schranken für Weisungsbeschlüsse, Verzichte und Vergleiche (sowie wirkungsähnliche Geschäfte).

Der große Umfang des Organhaftungsrechts nötigt dazu, einige Vor-, Parallel- und Folgefragen der Problemstellung auszuklammern. Das gilt zunächst für die einzelnen Haftungsvoraussetzungen. Obwohl diese eine Vorfrage der Modifizierbarkeit des geltenden Organhaftungsregimes bilden, können sie aus Platzgründen nur jeweils am Beginn des GmbH- und aktienrechtlichen Kapitels in Grundzügen skizziert werden. Im Übrigen werden sie vorausgesetzt und nur dort weiter vertieft, wo es zweckdienlich scheint. Weiterführend kann insoweit pauschal auf die gängigen gesellschaftsrechtlichen Standardwerke¹³⁷ verwiesen werden.

Nicht eigens untersucht wird zudem – wie eingangs schon erwähnt – die Prämisse, dass die gesetzliche Organhaftung heute überaus streng ist und für Organwalter sogar existenzbedrohend sein kann. Einleitend wurden die wesentlichen Eckpunkte und Faktoren dieser jüngeren Entwicklung bereits angerissen. Diese Darstellung könnte noch erweitert und vertieft werden. Das scheint hier jedoch nicht notwendig, weil der Befund der existenzbedrohenden Organhaftung schon mehrmals monographisch aufgearbeitet und bestätigt wurde.¹³⁸ Auch in der sonstigen juristischen Fachwelt wird soweit ersichtlich (mit vereinzelt Ausnahmen) nicht mehr bestritten,¹³⁹ dass die Organhaftung zu streng ist und daher nicht nur Reformbedarf *de lege ferenda*, sondern – wie zahlreiche Abhandlungen zu diesem Thema bestätigen – schon *de lege lata* ein Bedürfnis nach Beschränkungsmöglichkeiten vorhanden ist. Demgemäß wird dieser Befund in der hier vorliegenden Untersuchung als gegeben vorausgesetzt.¹⁴⁰ Oben wurde er nur insoweit skizziert, als es für die Schaffung des nötigen Problembewusstseins erforderlich schien. Im Übrigen sind die hier erarbeiteten Ergebnisse ohnehin nicht nur im Kontext der existenzbedrohenden Haftungsdrohung relevant. Vielmehr

137 S dazu die in den jew Einführungskapiteln zur Organhaftung zitierte Lit.

138 S oben Fn 112.

139 S oben Fn 11.

140 Vgl auch die Überlegungen oben in Fn 101.

werden die Disponibilitätsgrenzen der Organhaftung umfassend und insofern von einem neutralen Standpunkt aus untersucht. Eine gewisse Akzessorietät zum Problem der existenzvernichtenden Haftung hat freilich vor allem das Gestaltungsinstrument der vertraglichen Haftungsbeschränkungen im Voraus. Daneben (eigentlich: als Vorfrage) werden aber auch die Möglichkeiten und Grenzen einer Haftungsfreistellung durch Weisung, (nachträglichen) Verzicht oder Vergleich untersucht – also Dispositionen, die auch schon bisher und in einem „nicht-pathologischen“ Haftungsregime eine bedeutende Rolle gespielt haben und spielen.

Angesichts der gefestigten Rsp des OGH¹⁴¹ und der hL¹⁴² wird auch vorausgesetzt,¹⁴³ dass das DHG nicht auf GmbH-Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder von AG anwendbar ist. Wenngleich die gewählte Fragestellung gerade durch die Annahme der Nichtanwendbarkeit des DHG deutlich an Brisanz gewinnt,¹⁴⁴ würde sie durch die Gegenannahme nicht obsolet. Denn die bloße Aussicht auf einen (nachträglichen) Erlass oder eine Mäßigung der Haftpflicht durch das Gericht schafft nicht dieselbe Rechts- und Planungssicherheit wie eine abstrakte Haftungsmilderung im Vorhinein. Nach einer differenzierenden Ansicht¹⁴⁵ soll das DHG insoweit anwendbar sein, als nicht zwingende Interessen (insb Gläubigerinteressen) entgegenstehen. Teilt man diese Ansicht, wird die Anwendbarkeit des DHG von einer Vor- zur Parallelfrage, für deren Beantwortung es ebenfalls auf die hier erarbeitete Grenzziehung zwischen zwingendem (insb gläubigerschützendem) und dispositivem Organhaftungsrecht ankäme.

Ebenso ausgeklammert werden alternative Versuche, die Organhaftung *de lege lata* zu beschränken, insb in Form einer „Regressreduktion“ auf Basis der gesellschaftlicher Treuepflicht.¹⁴⁶ Derartige Ansätze führen wie erwähnt nicht zu vorhersehbaren und planbaren Haftungserleichterungen, weshalb sich (weiterhin) die Frage nach der Zulässigkeit vertraglicher Gestaltungsmöglichkeiten stellt. Sie spielen soweit ersichtlich auch nur im Aktienrecht eine Rolle, wo sie gerade von der Prämisse ausgehen, dass eine statutarische Beschränkung der Vorstandshaftung wegen der Satzungsstrenge (§ 23 Abs 5 dAktG) ausscheidet.¹⁴⁷ Im GmbH-Recht wird dagegen auch

141 S oben Fn 60.

142 S oben Fn 61.

143 So auch die Prämisse bei *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 485 im Kapitel „7.4 Vertragliche Haftungsbefreiungen für das Management“ auf den S 476 ff.

144 Vgl auch *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 485 („wesentlichen Einfluss auf die hier interessierenden Fragen“).

145 *Wachter*, wbl 1990, 332 (223 ff); im Anschluss an diesen *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 15; *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 97 mwN (Stand 01.09.2022); *Ratka/Stöger/Straube/Völkl* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 15 Rz 105 (Stand 1.8.2020).

146 S Fn 72 mwN.

147 Vgl *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 124 mwN.

eine (gesellschafts-)vertragliche Haftungsbeschränkung überwiegend für zulässig gehalten. Im Übrigen ist nach der hier vertretenen Auffassung ohnedies auch im Aktienrecht eine statutarische Haftungsmilderung zulässig.¹⁴⁸ Der Fokus dieser Untersuchung liegt demgemäß auf den Grenzen für eine privatautonome Gestaltung der Organhaftung.

Desgleichen ausgeklammert wird die Versicherbarkeit durch Abschluss einer D&O-Versicherung. Ausgangspunkt dieser Untersuchung ist der soweit ersichtlich unstrittige Befund, dass solche Versicherungen nicht alle (potenziell existenzbedrohenden) Haftungsrisiken verlässlich decken, weshalb für Organmitglieder eine erhebliche Restunsicherheit bestehen bleibt.¹⁴⁹ Wegen dieser Unsicherheit, die die nötige Planungssicherheit und Risikobereitschaft des Geschäftsleiters nicht zu vermitteln vermag, kann aus der (eben nur teilweisen) Versicherbarkeit des Organhaftungsrisikos nicht geschlossen werden, dass deswegen kein Bedarf mehr nach einer privatautonomen Haftungsmilderung bestehen würde.

Nicht näher behandeln werde ich auch die Haftung von Organmitgliedern gegenüber Dritten (Außenhaftung).¹⁵⁰ Dass die Gesellschaft nicht wirksam über Ersatzansprüche Dritter disponieren kann, ergibt sich nämlich schon aus allgemeinen Grundsätzen.¹⁵¹ Gegenstand dieser Untersuchung ist nur die Organmitgliedshaftung gegenüber der Gesellschaft (Innenhaftung). Deshalb wird auch die (Folge-)Frage ausgeklammert, ob und ggf in welchen Grenzen die Gesellschaft oder ein Dritter die Ersatzpflicht gegenüber Dritten (Außenhaftung) oder zB Geldstrafen im Wege sog Freistellungsvereinbarungen übernehmen darf.¹⁵² Auch dabei handelt es sich genau besehen um eine Parallelfrage, weil die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen anhand derselben Kriterien beurteilt wird wie eine Beschränkung der Organinnenhaftung.¹⁵³

Die vorliegende Arbeit behandelt ausschließlich die Haftung von Geschäftsleitern, also von GmbH-Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern

148 Zur Sperrfrist als (vermeintliche) Schranke für Haftungsbeschränkungen bei der AG unten S 1087 ff.

149 S oben bei Fn 70.

150 S aber exkursorisch zur Außenhaftung unten S 77 ff iZm dem Prinzip der Haftungskonzentration.

151 Vgl im vorliegenden Zusammenhang auch *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 476 Fn 2728; für Deutschland *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 7; *Janert*, BB 2013, 3016 (3016); ähnlich *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 187 (versteht sich von selbst; wäre eine Regelung zu Lasten Dritter); allg statt vieler *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 879 Rz 186 mwN.

152 Ausklammernd etwa auch *Janert*, BB 2013, 3016 (3016); vgl weiterführend etwa *Kalss*, GesRZ 2015, 78 ff; für Deutschland *Marsch-Barner/Wilk in Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ § 21; allg für Österreich monographisch *Scholz-Berger*, Schad- und Klagloshaltung (2019).

153 *Rauter/Ratka in Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/281.

einer AG. Die Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern (und sonstigen Organmitgliedern) wird nicht eigens untersucht. Auf die Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern sind indes die Bestimmungen über die Geschäftsführer- und Vorstandshaftung sinngemäß anzuwenden (§ 33 GmbHG bzw § 99 AktG). Deshalb lassen sich die hier gewonnen Untersuchungsergebnisse *mutatis mutandis* übertragen.

Schließlich setzt sich diese Untersuchung auch nicht mit einer möglichen Reform des Organhaftungsrechts (*de lege ferenda*) auseinander. Solche Reformüberlegungen werden vor allem zum (deutschen) Aktienrechtgestellt, wo Haftungsmilderungen *de lege lata* beinahe einhellig abgelehnt werden.¹⁵⁴ Zum einen wäre ein solches Unterfangen wegen der Komplexität der Ausgangslage aber für sich allein schon dissertationsfüllend.¹⁵⁵ Zum anderen können rechtspolitische Überlegungen hier schon deshalb ausgeklammert werden, weil nach der hier vertretenen Ansicht – um es schon vorwegzunehmen – vertragliche Haftungsmilderungen im Voraus sowohl im GmbH-Recht als auch im Aktienrecht grundsätzlich (in bestimmten Grenzen) zulässig sind. Demgemäß geht es dieser Untersuchung vor allem darum, die Grenzen der Disponibilität *de lege lata* im Einzelnen herauszuarbeiten. Damit kann diese Untersuchung aber allenfalls als Ausgangs- und Referenzpunkt für weitergehende rechtspolitische Erwägungen dienen.

III. Gang der Untersuchung

Nachdem nun die Problemstellung identifiziert und abgegrenzt ist, bleibt noch der Gang ihrer Bearbeitung zu skizzieren. Wie sich unten noch zeigen wird, sind die bestehenden gesetzlichen Dispositionsbeschränkungen durch den sogenannten Grundsatz der Haftungskonzentration (Innenhaftung) bedingt. Deshalb werden dieser Grundsatz und die (historischen) flankierenden Schutzbestimmungen als Vorfrage in einem eigenen Kapitel (§ 2.) behandelt. Dieses Kapitel stelle ich der eigentlichen Forschungsfrage voran, weil die anwendbaren Gesetzesbestimmungen historisch miteinander verflochten sind und sich deshalb weitgehend ähneln. Die Auseinandersetzung mit der historisch gewachsenen Konzentration sämtlicher (kongruenter) Ersatzansprüche auf die Gesellschaft wird dabei helfen, die gesetzlichen Dispositionsbeschränkungen besser zu verstehen. Denn nur sofern und soweit die Haftungskonzentration gilt, sind Beschränkungen der (grundsätzlichen) Dispositionsbefugnis der Gesellschaft über „ihre“ Ersatzansprüche aus Drittschutzgründen geboten. Nur insoweit stellt sich die Forschungsfrage überhaupt. Auf diese rechtshistorische Grundlegung kann bei der anschlie-

154 S dazu unten S 1079 ff und die dortigen Nw.

155 Vgl beispielhaft Kilian, Reform der existenzvernichtenden Vorstandshaftung (2017).

ßenden Erarbeitung einzelner Sachprobleme des geltenden Rechts wiederholt zurückgegriffen werden.

Der anschließende Hauptteil der Untersuchung gliedert sich in zwei große rechtsformspezifische Teile. Der erste Teil behandelt die GmbH (§ 3.), der zweite die AG (§ 4.). Innerhalb jedes dieser Teile werden jeweils im ersten Kapitel (I.) einleitend die Grundsätze der Organhaftung skizziert. Im Anschluss (II.) werden die bestehenden gesetzlichen Dispositionsschranken für Verzichte, Vergleiche und Weisungsbeschlüsse untersucht. Dabei gliedert sich die Arbeit entlang der jeweils berührten Interessen (Schutz künftiger Gesellschafter, Minderheitenschutz und Gläubigerschutz). Nur soweit Unterschiede es gebieten, wird dabei auch nach Dispositionsarten differenziert (Verzichte und Vergleiche einerseits, Weisungsbeschlüsse andererseits). Aus diesen bestehenden Wertungen werden im Folgekapitel (III.) jeweils die Schranken für (gesetzlich nicht geregelte) abstrakte Haftungsmilderungen im Vorhinein abgeleitet. Dieses Kapitel ist für die GmbH nach dem Kanon der traditionellen Auslegungsmethoden gegliedert. Im aktienrechtlichen Teil kann sich die Untersuchung abstrakter Haftungsmilderungen wegen der weitgehenden wertungsmäßigen Ähnlichkeit mit der GmbH im Wesentlichen auf aktienrechtliche Besonderheiten beschränken und im Übrigen auf die Ausführungen zur GmbH verweisen. In den jeweiligen Kapiteln zu abstrakten Haftungsmilderungen werden auch Folgefragen wie die konkrete Ausgestaltung solcher Vereinbarungen und ihr Regelungsort behandelt. Das jeweils letzte Unterkapitel ist als kurzer Exkurs angelegt. Es behandelt (trotz geringer praktischer Bedeutung und eher der Vollständigkeit und „Erprobung“ der entwickelten Thesen wegen) die Zulässigkeit einer Verschärfung der Haftung von Organmitgliedern. Am Ende der Arbeit werden schließlich die wichtigsten Ergebnisse zusammengefasst (§ 5.). Schließlich enthält der Anhang zur vorliegenden Arbeit Verzeichnisse (§ 6.) der zitierten Literatur, Rechtsprechung und der verwendeten (historischen) Gesetzesmaterialien.

Die Gliederung strebt nach Einheitlichkeit, folgt aber im Übrigen keiner besonderen Gesetzmäßigkeit, sondern orientiert sich primär an den Erfordernissen und ggf. Eigenheiten des jeweils untersuchten Materials. Wegen des großen Umfangs habe ich besonders auf Übersichtlichkeit und Lesbarkeit geachtet. Allerdings machen es die zahlreichen Wechselwirkungen zwischen dem GmbH- und Aktienrecht (zB bei analoger Anwendung von Normen der jeweils anderen Rechtsform oder bei Wertungsparallelen) mE unumgänglich, an manchen Stellen einerseits auf Ergebnisse und Argumente zur jeweils anderen Rechtsform vorzugreifen und andererseits zur Vermeidung allzu vieler Wiederholungen auf vorherige Ausführungen zurückzuverweisen.¹⁵⁶ Eine gewisse Verschränkung

156 Vorgriffe waren zB nötig bei der analogen Anwendung des Verfolgungsrechts der Gesellschaftsgläubiger gem § 84 Abs 5 Satz 1 AktG auf die GmbH, beim Schutz einer Aktionärsminorität vor nachteiligen Gesellschaftsdispositionen (§ 43, § 84 Abs 4 Satz 3 AktG), der mE analog auf die GmbH anzuwenden ist, bei den aktienrechtlichen Dispositionsbeschränkungen zugunsten der Gesellschaftsgläubiger (§ 84 Abs 5 AktG),

möge man mir daher nachsehen. Insgesamt schien es effizienter, beide Rechtsformen getrennt und die GmbH vor der AG zu behandeln; vor allem, weil literarische Debatten über zentrale Themen (wegen rechtsformspezifischer Besonderheiten) vorwiegend und zT ausschließlich im GmbH-Recht ausgetragen werden, so zB zur haftungsfreistellenden Wirkung von Gesellschafterbeschlüssen (Weisungen) und zur Zulässigkeit abstrakter Haftungsbeschränkungen im Vorhinein. Zwar ist die AG die (bei Weitem) ältere Rechtsform, aus der die GmbH später gleichsam hervorgegangen ist, allerdings werden die zentralen (aktienrechtlichen) Normen in ihrer „Urform“ schon im allgemeinen Kapitel über den Grundsatz der Haftungskonzentration (§ 2.) vorgestellt. Dieses Kapitel dient daher auch als Fundament für die Ausführungen sowohl zur GmbH als auch zur AG im geltenden Recht. Auch insofern scheint die gewählte Gliederung zweckmäßig, weil das GmbH-Recht dem älteren Aktienrecht zT nähersteht als das geltende Aktienrecht, was vor allem tiefgreifenden Änderungen durch das AktG 1937/1938 geschuldet ist. Die GmbH kann in mancherlei Hinsicht sozusagen als „Momentaufnahme“ in der aktienrechtlichen Entwicklung gesehen werden (freilich unter Verzicht auf die zwingenden Normen zum Schutz künftiger Gesellschafter). Auf diese Weise folgt die gewählte Gliederung („Zeitlose Grundlagen des Aktienrechts auf Basis des ADHGB 1884 – GmbH – AG“) gewissermaßen auch der Chronologie der Rechtsentwicklung.

aus denen sich Rückschlüsse für den Anwendungsbereich der Parallelnorm im GmbHG (§ 25 Abs 5 und 7 GmbHG) ziehen lassen. Zurückverweisungen waren unumgänglich bei der Haftungsfreistellungswirkung von Weisungs- und Ermächtigungsbeschlüssen im Aktienrecht (§ 84 Abs 4 Satz 1 AktG), weil diese Frage vorwiegend im GmbH-Recht diskutiert wird, im Aktienrecht mE aber dieselben Parameter maßgeblich sind. Weiters bei der Frage der Zulässigkeit abstrakter Haftungsmodifikationen im Aktienrecht, die aus aktienrechtsspezifischen Gründen vorwiegend im GmbH-Recht diskutiert werden.

§ 2. Grundsatz der Haftungskonzentration

I. Einführung

Sucht man nach den Grenzen, die der Gesellschaft bei Dispositionen über Ersatzansprüche gegen ihre Organmitglieder gesetzt sind, zeigt sich bald, dass die gesetzlichen Beschränkungen¹⁵⁷ gesellschaftlicher Dispositionen in einem engen funktionalen Zusammenhang mit dem kapitalgesellschaftsrechtlichen Grundsatz der sog Haftungskonzentration¹⁵⁸ stehen (andere Be-

157 Vgl § 25 Abs 5 GmbHG und § 25 Abs 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG; § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG; § 84 Abs 5 Satz 3 AktG; § 136 AktG.

158 Vgl allg OGH 03.04.2008, 1 Ob 128/07s (zur Haftung des Gründungsprüfers) HS 39.047 = GesRZ 2008, 227 (Ettel); 26.09.2017, 6 Ob 164/16k Pkt 2.1 (zur Geschäftsführerhaftung wegen Insolvenzverschleppung); U. Torggler, wbl 2001, 545 (546, 548); dens, JBl 2003, 747 (754); Karollus/Lukas, JBl 2004, 686 (690 ff, insb 692: „dem Kapitalgesellschaftsrecht immanente[s] Konzept“; 693: „Strukturprinzip des Rechts der Kapitalgesellschaften“); Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, ÖGesR² Rz 3/530, 3/272 (iZm der Gründungshaftung); dies in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Organhaftung 73 (73) mwN: „allgemeine[r] Grundsatz des Kapitalgesellschaftsrechts“, (aaO 93): „Grundpfeiler“; Koppensteiner, GES 2015, 379 (379): „für das Kapitalgesellschaftsrecht fundamentale[s] Innenhaftungskonzept“; Heidinger/Schneider in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 29 Rz 18: „Strukturprinzip“; Eckert, GesRZ 2011, 218 (220): „fundamentale Wertenscheidung des Gesetzgebers“; S.-F. Kraus/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 25 Rz 12; Duursma-Kepplinger in Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Hdb GesR Rz 2961; Artmann/Rüffler, GesR² Rz 623, 957; Völkl, ÖJZ 2011, 703 (703); Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 2, 33 („Grundprinzip“); J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 84 Rz 541; Baumgartner, (Dritt-)Haftung 191 f, *passim*. Für Deutschland instruktiv Grigoleit, Gesellschafterhaftung 197 f mwN; Grigoleit/Tomasic in Grigoleit, AktG² § 93 Rz 159 ff mwN; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG²¹ § 43 Rz 48; Ziemons in Michalski et al, GmbHG⁴ § 43 Rz 567; Fleischer in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 428 mwN; ders in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 93 Rz 307; nun ders in BeckOGK AktG § 93 Rz 384 (Stand 01.10.2023); ders, NJW 2009, 2337 (2340); rechtsvergleichend und rechtsökonomisch ders, ZGR 2004, 437 (440 ff), wonach die Haftungskanalisation beim Unternehmensträger zu den „Strukturprinzipien des europäischen Gesellschaftsrechts“ gehört; Grunst, Der Geschäftsleiter 54 ff; Schnorbus in Rowedder/Pentz, GmbHG⁷ § 43 Rz 107; Mertens in FS Fischer 461 (466): „ein bestimmendes Strukturmerkmal des deutschen Kapitalgesellschaftsrechts“; Eckhold, Materielle Unterkapitalisierung 621 ff mwN: „im Kapitalgesellschaftsrecht vorherrschende[s] Prinzip“; Werner, GmbHR 2014, 792 (795); Haas, Geschäftsführerhaftung 13 f, 127: „gesetzliche[s] Leitbild“; ders, WM 2006, 1417 (1419, 1424): „Grundsatz der Binnenverantwortung“; Thomas, Haftungsfreistellung 145 („charakteristisch“);

zeichnungen¹⁵⁹ sind Haftungskanalisation¹⁶⁰, Binnen-¹⁶¹ oder Innenhaftung¹⁶²). Gemeint ist damit, dass Geschäftsführer¹⁶³ und Vorstandsmitglieder¹⁶⁴ grundsätzlich *nur* der Gesellschaft haften, und nicht einzelnen Gesellschaftern oder Gesellschaftsgläubigern.¹⁶⁵ Eine Haftung gegenüber Dritten (Außenhaf-

Hommelhoff in Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 53 (71): „*der bis heute das Recht der Kapitalgesellschaften beherrschende Gedanke der Haftungskanalisation [...]*“; *Ehrlicke*, ZGR 2000, 351 (380 f); rechtsökonomisch auch *Steffek*, JuS 2010, 295 (296).

- 159 Krit zur Terminologie *Medicus*, ZGR 1998, 570 (578), wonach der Begriff der „Kanalisation“ unpassend sei, weil das Bestehen eines Kanals nicht ausschließe, dass es „*andere Wasserwege mit anderem Verlauf*“ gebe. Deshalb sei der Begriff der Haftungskonzentration vorzugswürdig. Diesen abl. *Biletzki*, NZG 1999, 286 (287), der den (angeblich) prägnanten Begriff der „*gesellschaftspolaren Haftungsorientierung*“ vorzieht (und weiters vorschlägt: gesellschaftsorientierte Organhaftung, Gesellschaftspolarität der Geschäftsführerhaftung oder Prinzip der exklusiven Innenhaftung). Der Begriff „Haftungskonzentration“ sei abzulehnen, weil er suggeriere, dass sich die Haftung auf den Geschäftsführer konzentriere.

Hierzu ist nur Folgendes kurz anzumerken: Abgesehen davon, dass sich das von *Biletzki* angesprochene Verständnis mE nicht aufdrängt, weil die Haftung eben auf etwas (die Gesellschaft) konzentriert wird (und nicht auf den Geschäftsführer), ist der inhaltliche Beitrag der genannten Alternativvorschläge recht bescheiden. Im Übrigen bedeutet die (bloße) „Orientierung“ an etwas üblicherweise nicht, dass dasjenige, woran man sich orientiert, auch das eigentliche Ziel ist (ursprünglich ging es dabei um die Ausrichtung nach der Sonne), weshalb die „Haftungsorientierung“ das zu Beschreibende insoweit noch schwächer beschreibt als die „Konzentration“. Ich werde hier vorwiegend von der Haftungskonzentration und der (ausschließlichen, exklusiven, reinen) Innenhaftung sprechen.

- 160 OGH 03.04.2008, 1 Ob 128/07s HS 39.047 = GesRZ 2008, 227 (*Ettel*); 26.09.2017, 6 Ob 164/16k Pkt 2.1 (s schon Fn 158); *Hommelhoff in Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 53 (73); *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 149 („*Anspruchskanalisation*“); *J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 3, 406, *passim* (Stand 01.09.2022); *S.-F. Kraus/U. Torggler in U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 12; *Feltl/Told in Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 5; *Grigoleit/Tomasie in Grigoleit*, AktG² § 93 Rz 159 ff.

- 161 Vgl zB *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/530; *Feltl/Told in Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 5; *Adensamer/Eckert in Kalss*, Vorstandshaftung 165 (220); *Feltl in Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 9/111.

- 162 Vgl *J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 3, 275, 406, *passim* (Stand 01.09.2022); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 2, 5; *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/530; *dies in MüKo AktG*⁶ § 93 Rz 447; *Altmeppen in Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 7.3; *Verse*, ZHR 170 (2006) 398 (407).

- 163 § 25 Abs 2 GmbHG bzw § 43 Abs 2 dGmbHG.

- 164 § 84 Abs 2 AktG bzw § 93 Abs 2 dAktG.

- 165 Vgl OGH 30.08.2016, 8 Ob 62/16z EvBl 2017, 326; 27.11.2018, 4 Ob 222/18b ecolex 2019, 337 (*J. Reich-Rohrwig*); vgl auch RIS-Justiz RS0060031; aus der Lit nur *J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 3, 275, 406 ff, *passim* (Stand 01.09.2022); *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/530; *dies in Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 73 (73); vgl auch die Nw in Fn 158.

tung) wird dadurch zwar nicht ausgeschlossen,¹⁶⁶ sie erfordert aber eine besondere Rechtsgrundlage.¹⁶⁷ Begründet wird der prinzipielle Vorrang der Innenhaftung damit,¹⁶⁸ dass die Gesellschaft nicht selbst handlungsfähig ist, sondern Organe benötigt,¹⁶⁹ die sie berechtigen und verpflichten. Soweit die Organwalter im Rahmen ihres organschaftlichen Tätigkeitsbereichs agieren, wird ihr Verhalten der Gesellschaft zugerechnet. Daraus folge, dass die Organwalter nicht gegenüber Dritten haften, wenn sie (nur) im Rahmen ihres gesellschaftsrechtlich zugewiesenen Verantwortlichkeitsbereiches (für die Gesellschaft) handeln (weil es sich insoweit rechtlich um Handlungen der Gesellschaft handelt).¹⁷⁰ Aber auch für „eigene“ Pflichtverletzungen kann eine Direkthaftung gegenüber Dritten unter bestimmten Voraussetzungen ausgeschlossen sein. Demgemäß lässt sich der große Komplex „Organhaftung“ grundsätzlich einteilen in die beiden großen Bereiche (Haftungsmodelle) der Innen- und Außenhaftung.¹⁷¹

Durch das Prinzip der Haftungskonzentration ergeben sich keine Besonderheiten, soweit Organmitglieder Verhaltenspflichten verletzen, die zum Schutz der Gesellschaft angeordnet sind. In diesem Fall haften Organmitglieder ohnedies nur der Gesellschaft. Die Haftungskonzentration gilt allerdings auch, wenn die Verminderung des Gesellschaftsvermögens (also der Schaden der Gesellschaft) aus der Verletzung von Organpflichten resultiert,

166 Vgl statt vieler *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 133 („keine Sperrwirkung“); *Verse*, ZHR 170 (2006) 398 (407) zu den Kriterien für eine „Durchbrechung“ der Haftungskonzentration; vgl auch *G. Frotz*, GesRZ 1982, 98 (98 f); *Duursma-Kepplinger* in *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Hdb GesR Rz 2961 aE. IdZ wird mE in der Lit die gesetzliche Innenhaftungsanordnung (§ 25 GmbHG, § 84 AktG) überbetont. Sie bezieht sich nämlich von vornherein nur auf kongruente Schäden und steht einer Haftung für inkongruente Schäden nach allg (schadenersatzrechtlichen) Grundsätzen nicht (auch nicht tendenziell) entgegen. S dazu noch insb Fn 400.

167 Vgl *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG²¹ § 43 Rz 48; *Fleischer* in *MüKo GmbHG*⁴ § 43 Rz 429; *dens* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 307 f; nun *dens* in *BeckOGK AktG* § 93 Rz 384 f (Stand 01.10.2023); *Kalss* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 73 (73, 80 und *passim*); *Rüffler*, JBl 2011, 69 (72); *Felzl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 5; *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/29; *Koppensteiner*, GesRZ 2023, 84 (84); s zur Außenhaftung noch näher unten S 77 ff.

168 Vgl *Koppensteiner*, GES 2015, 379 (379); zust OGH 30.08.2016, 8 Ob 62/16z Pkt 1; *Kletečka/Kronthaler* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Hdb Vorstand Kap 44 Rz 33 (arg: § 1017 ABGB); *Kalss* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 73 (74).

169 Statt vieler nur *Aicher/S.-F. Kraus/Spendel* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 61 Rz 12 mwN (Stand 01.12.2022).

170 Vgl *Koppensteiner*, GES 2015, 379 (380) mwN; zust OGH 30.08.2016, 8 Ob 62/16z Pkt 1; 27.11.2018, 4 Ob 222/18b Pkt 2.2; ähnlich schon OGH 30.04.1980, 6 Ob 585/80 SZ 53/73.

171 Vgl statt vieler *Karollus* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz 1145 (1147 ff).

die den Schutz Dritter (insb der Gesellschaftsgläubiger) bezwecken.¹⁷² Mit einem selbstständigen (Eigen-)Interesse der Gesellschaft hat das aber nichts zu tun.¹⁷³ Durch die Haftungskonzentration wird vielmehr (nur) der Vermögensschutz der Gesellschafter und Gläubiger (mittelbar) über das Gesellschaftsvermögen realisiert, weil jenen die Auffüllung des Gesellschaftsvermögens durch Innenhaftungsansprüche (mittelbar) zugutekommt.¹⁷⁴ Dieses Haftungskonzept hat materiell-rechtliche Folgewirkungen: Da die Gesellschaft alleine anspruchsberechtigt ist, ihr also die Rechtszuständigkeit („Vollrecht“)¹⁷⁵ an den Ersatzansprüchen gesetzlich zugeordnet wird, könnte sie (letztlich die kontrollierende Gesellschaftsmehrheit) nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen frei über „ihre“ Ersatzansprüche disponieren. Damit aufgrund dieser Haftungstechnik nicht jene Interessengruppen schlechter stehen, die durch die verletzten Organpflichten eigentlich geschützt werden, müssen die betroffenen Ersatzansprüche von der Verfügungsbefugnis der Gesellschaft wieder „ausgenommen“ werden. Deshalb beschränkt der Gesetzgeber die Wirksamkeit von Dispositionen der Gesellschaft (konkret: Verzichte, Vergleiche und

172 Vgl va § 25 Abs 3 GmbHG und § 84 Abs 3 AktG; vgl auch *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung 197; iZm § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 112 mwN; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 12; *Binder* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung² Rz 3/52; *Harrer*, Haftungsprobleme 14; s auch schon *Pisko*, Lehrbuch (1923) 432.

173 Vgl aber zB *Nichtner*, GES 2022, 10 (15). Insbesondere muss wegen des Grundsatzes der Haftungskonzentration auch nicht angenommen werden, die Gläubigerinteressen (oder sonstige Drittinteressen) würden gleichsam auf die Gesellschaft projiziert, um zu einer Innenhaftung für drittschutzwidriges Verhalten zu gelangen. Das Gesetz ordnet in diesem Fall ohnehin eine Innenhaftung an, was aber an dem (Dritt-)Schutzzweck der betreffenden Verhaltenspflichten nichts ändert (s weiter im Fließtext und insb noch unten S 82 ff).

174 Vgl *Grigoleit/Tomasic* in *Grigoleit*, AktG² § 93 Rz 159 f mwN; *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung 197; *Kalss* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 73 (74); *Fleischer* in *MüKo GmbHG*⁴ § 43 Rz 428; *Karollus*, eolex 1990, 669 (669): „Modell eines über einen Gesellschaftsschutz ‚mediatisierten‘ Gläubigerschutzes“; ähnlich *dens*, ÖBA 1990, 337 (340); *dens* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz 1145 (1148); *Karollus/Lukas*, JBl 2004, 686 (693); *Schummer* in *FS Koppensteiner* (2001) 211 (219); vgl *Haas*, Geschäftsführerhaftung 18 f und *passim*: „Binnensteuerung“; *Baumgartner*, (Dritt-)Haftung 191 f.

175 Vgl zur Rechtszuständigkeit als Vollrecht an Forderungen („Eigentum“ iwS) und den daraus folgenden umfassenden Rechten des Anspruchsinhabers nur je mwN *Leupold* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 353 Rz 3 f; *Schickmair* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB³ § 353 Rz 3.

Weisungsbeschlüsse)¹⁷⁶ zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger¹⁷⁷, der Minderheitsgesellschafter¹⁷⁸ und (nur bei der AG) auch künftiger Gesellschafter¹⁷⁹. Außerdem sind die geschützten Personen(gruppen) zur Geltendmachung der betroffenen Ersatzansprüche berechtigt.¹⁸⁰ Da diese speziellen Schutzkautele erst durch die Haftungskonzentration nötig geworden sind, kann man sie als Korrektive für dieses Haftungskonzept begreifen.¹⁸¹ Demgemäß stellt sich auch die Frage nach der Zulässigkeit und den Grenzen privatautonomer Haftungsbeschränkungen, wie bereits in der Einleitung angesprochen,¹⁸² überhaupt nur im Bereich der Organinnenhaftung. Denn einseitige Verfügungen der Gesellschaft über Ansprüche Dritter (Außenhaftung) sind schon nach allgemeinen Grundsätzen unzulässig.¹⁸³

Vor diesem Hintergrund scheint es zweckmäßig, die nachfolgende Untersuchung an das Prinzip der Haftungskonzentration anzuknüpfen und die gesetzlichen Dispositionsbeschränkungen gleichsam aus ihrer konzeptionellen Notwendigkeit heraus zu entwickeln. Hierzu sollen die wesentlichen Entwicklungslinien der Haftungskonzentration nachverfolgt werden.

II. Historische Entwicklung

Verfolgt man die Idee der Haftungskonzentration zurück, stößt man auf die Aktienrechtsreform von 1884. Sie hat dieses Regelungskonzept erstmals gesetzlich verankert. Um die Motive dafür offenzulegen, muss aber schon bei der Rechtslage vor der Reform angesetzt werden, nämlich beim Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch (ADHGB) von 1861¹⁸⁴.

176 Soweit Besonderheiten nicht anderes gebieten, werden Verzichte, Vergleiche und Weisungsbeschlüsse gemeinsam abgehandelt. In allen Fällen geht es um die grundsätzliche Frage der Disponibilität von Verhaltens- und Sorgfaltspflichten und der aus ihrer Verletzung resultierenden Ersatzansprüche. Das Gesetz nennt diese Dispositionsarten zudem nur beispielhaft. Die Dispositionsbeschränkungen sind daher auf alle wirkungsgleichen Rechtsgeschäfte anzuwenden (s noch ausf zu den jew Normen).

177 § 25 Abs 5 GmbHG und § 25 Abs 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG; § 84 Abs 5 Satz 3 AktG.

178 § 43 AktG; § 84 Abs 4 Satz 3 AktG; § 136 AktG.

179 § 43 AktG.

180 § 48 GmbHG (Minderheitsklagerecht), §§ 134 f AktG (Minderheitsverlangen); § 84 Abs 5 Sätze 1 f AktG (Verfolgungsrecht der Gesellschaftsgläubiger).

181 Vgl idS auch *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 149, 153.

182 S S 32.

183 Vgl *G. Frotz*, GesRZ 1982, 98 (98); *Straube/Rauter*, JAP 2007/2008/15, 168 (169); *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 476 Fn 2728; allg statt vieler *Grafin Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 879 Rz 186 mwN. S auch noch unten Fn 578.

184 Weiterführend *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 86 ff.

A. Die Vorstandshaftung nach dem ADHGB 1861

In früherer Zeit sah man die rechtliche Grundlage des Organverhältnisses im schuldrechtlichen Auftrag.¹⁸⁵ Diese sog Mandatstheorie prägte im Wesentlichen alle Gesetzeswerke vom Code de Commerce, über das preußische Aktiengesetz 1843 bis hin zum Entwurf eines HGB für die preußischen Staaten¹⁸⁶ aus dem Jahr 1857. Letzterer wiederum war (neben zwei österreichischen Entwürfen) die Grundlage für das ADHGB 1861.¹⁸⁷ Im ADHGB 1861 war die Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder nur rudimentär und nach damaliger Überzeugung¹⁸⁸ unzureichend geregelt. Die zentrale Haftungsanordnung war Art 241. Ihr zweiter Absatz lautete:

*„Mitglieder des Vorstandes, welche außer den Gränzen ihres Auftrages oder den Vorschriften dieses Titels oder des Gesellschaftsvertrages entgegen handeln, haften persönlich und solidarisch für den dadurch entstandenen Schaden“*¹⁸⁹. Dies gilt insbesondere, wenn sie der Bestimmung des Art. 217 entgegen an die Aktionäre Dividenden oder Zinsen zahlen, oder wenn sie zu einer Zeit noch Zahlungen leisten, in welcher ihnen die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft hätte bekannt sein müssen.“

Die Bedeutung dieser Anordnung war umstritten. Einig war man sich darin, dass Vorstandsmitglieder bei der Geschäftsführung jedenfalls der Gesellschaft für die Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns haften (und zwar für *omnis culpa*).¹⁹⁰ Weitgehend unstreitig war auch, dass

185 Vgl Hommelhoff in Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 53 (95).

186 Vgl Entwurf eines Handelsgesetzbuchs für die preußischen Staaten, abgedr bei Lutz, Protokolle Beilagenband I 1 ff.

187 Ausf Baums, Geschäftsleitervertrag 9 f mwN; allg Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 86 ff.

188 Vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 508 lSp: „Das bisherige Recht trifft in dieser Beziehung keine durchgreifenden Vorschriften.“ Vgl auch Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 208: „Das Handelsgesetzbuch hat ein allgemeines Princip über den Umfang der Verantwortung nicht ausgesprochen. In Betreff des Vorstandes befinden sich civilrechtliche Verantwortlichkeitsbestimmungen nur in den Art. 241, 245, 248.“ Vgl Art 245 Abs 4 ADHGB 1861 (Verteilung von Vermögen): „Mitglieder des Vorstandes und Liquidatoren, welche diesen Vorschriften entgegen handeln, sind persönlich und solidarisch zur Erstattung der geleisteten Zahlungen verpflichtet.“ Vgl auch Art 248 Abs 3 ADHGB 1861 (Kapitalherabsetzung): „Die Mitglieder des Vorstandes, welche dieser Vorschrift entgegen handeln, sind den Gläubigern der Gesellschaft persönlich und solidarisch verpflichtet.“

189 Hervorhebung durch den Verf.

190 Vgl Renaud, Actiengesellschaften (1863) 537; referierend Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 208 mwN. Den Sorgfaltsmaßstab gesondert zu kodifizieren, hielt das ROHG nicht für nötig (S 208 f): „Diesen Grad der Aufmerksamkeit im Gesetze besonders festzustellen, liegt unseres Erachtens kein dringender Anlaß vor, wenn dem Richter bei Beurtheilung der Verantwortlichkeitsfälle freie Würdigung eingeräumt und nur allgemein die Haftbarkeit für Verschulden bei der Geschäftsführung ausgesprochen wird.“

sie neben der Gesellschaft *nicht* auch den einzelnen Aktionären für die Verminderung des Gesellschaftsvermögens hafteten, dass einzelne Aktionäre also kein unmittelbares Klagerecht hatten.¹⁹¹ Nicht abschließend geklärt war indes, ob Art 241 ADHGB 1861 auch die Haftung gegenüber Dritten regelte, insb gegenüber den Gesellschaftsgläubigern.¹⁹² Immerhin normierte auch Art 248 ADHGB 1861¹⁹³ eine unmittelbare Haftung der Vorstandsmitglieder gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, wenn sie die Vorschriften über die Kapitalherabsetzung verletzen.

Diese Unklarheiten über den Regelungsgehalt des Art 241 ADHGB 1861 gaben dem zeitgenössischen Schrifttum den Anstoß für die Entwicklung des Gedankens einer Schadensliquidation über die Gesellschaft im Wege einer ausschließlichen Binnenhaftung. In der Folge werden die einzelnen Entwicklungsetappen kurz skizziert. Dabei werde ich wegen der unterschiedlichen rechtlichen Implikationen zwischen Aktionärsschäden und Gläubigerschäden (bzw sonstigen Drittschäden) unterscheiden.

191 S dazu sogleich unten Fn 194 ff.

192 Referierend Gutachten ROHG, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 208 mwN. Für eine Haftung auch gegenüber Dritten zB *Renaud*, Actiengesellschaften 546 ff; für eine Haftung nur gegenüber der Gesellschaft zB *von Hahn*, ADHGB² (zu Art 241; anders dann aber *ders* in der dritten Auflage, Anm § 4 zu Art 241 [S 745]). S dazu sogleich im Text.

193 Art 248 Abs 2 f ADHGB 1861 (Kapitalherabsetzung; s schon Fn 188): „Die Zurückzahlung oder Herabsetzung kann nur unter Beobachtung derselben Bestimmungen erfolgen, welche für die Vertheilung des Gesellschaftsvermögens im Falle der Auflösung massgebend sind (Art. 243. 245.). Die Mitglieder des Vorstandes, welche dieser Vorschrift entgegen handeln, sind den Gläubigern der Gesellschaft persönlich und solidarisch verpflichtet.“ Vgl auch Art 245 Abs 2 ADHGB 1861 („Sperrjahr“ bei der Verteilung von Vermögen): „Die Vertheilung darf nicht eher vollzogen werden, als nach Ablauf eines Jahres, von dem Tage an gerechnet, an welchem die Bekanntmachung in den hierzu bestimmten öffentlichen Blättern (Art. 243) zum dritten Male erfolgt ist.“ Vgl auch Art 247 Abs 3 ADHGB 1861 (Verschmelzung): „Der Vorstand der letzteren Gesellschaft ist den Gläubigern für die Ausführung der getrennten Verwaltung persönlich und solidarisch verantwortlich.“

B. Meinungsstand zum ADHGB 1861

1. Aktionärsschäden

Sowohl das Reichsoberhandelsgericht^{194, 195} (ROHG) als auch die überwiegende¹⁹⁶ Lehre¹⁹⁷ lehnten einen unmittelbaren Ersatzanspruch einzelner Aktionäre gegen Vorstandsmitglieder ab.¹⁹⁸ Vielmehr verwies man Aktionäre für eine Geltendmachung des Gesellschaftsanspruchs auf die Möglichkeit

194 Vgl (zur Haftung des Aufsichtsrats) ROHG 23.11.1875, Bd XIX Nr 59 S 179 f = Busch's Archiv Bd 35 (1877) 225: „[...] haften die Mitglieder des Aufsichtsraths einer Aktiengesellschaft wegen Pflichtverletzung nur der Gesellschaft, nicht aber den einzelnen Aktionären.“

195 Das ROHG war das Höchstgericht des Norddeutschen Bundes (errichtet im Jahr 1869 als Bundes-Oberhandelsgericht) und ab 1871 des Deutschen Reichs. Im Jahr 1879 ging es schließlich im deutschen Reichsgericht (RG) auf. Das ROHG gewährleistete die einheitliche Auslegung der deutschen Handelsgesetze und später auch des Zivilrechts (ausf Schubert, Die deutsche Gerichtsverfassung (1869–1877) [1981] 140 ff [zit nach Pendl, Verjährung 32 f mwN]).

196 Vgl Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 214 („die in der deutschen Rechtstheorie herrschende [Annahme]“); vgl auch die Literaturnachweise aaO Fn 58.

197 Vgl jew mwN Renaud, Actiengesellschaften (1863) 546; ders, ZHR 7 (1868) 1 (12) mwN; ders, Actiengesellschaften² (1875) 610 ff; von Hahn, ADHGB³ (1877) Art 241 Anm § 4 (S 746); Keyßner, ADHGB (1878) Art 225b (S 216) zum Aufsichtsrat und Art 241 Anm 4 (S 231) zum Vorstand; Endemann, Handelsrecht² (1868) 315 (insb bei Fn 7) und 332; ähnlich ders, Actiengesellschaften (1873) 44; Puchelt, ADHGB I² (1876) Art 241 Anm 2 (S 491).

AA Jolly, Zeitschr f d R 9 (1847) 317 (422); im Anschluss daran Auerbach, Das Gesellschaftswesen in juristischer und volkswirtschaftlicher Hinsicht unter besonderer Berücksichtigung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs (1861) 390; Thöl, Handelsrecht I⁴ (1862) 289: „Von den Mitgliedern des Vorstandes sind diejenigen, welche rechtswidrig handeln, solidarisch den Actionären verpflichtet zum Schadenersatz.“; Bekker, ZHR 17 (1872) 379 (441, 445 ff), wonach jedes Recht, dessen Verfolgung nicht durch ein besonderes „Etwas“ aufgehoben oder gebunden ist, mit Klage verfolgt werden dürfe. Im Anschluss daran *de lege ferenda* auch Goldschmidt, Gutachten über das Actiengesellschaftswesen (1873) 39 (35 f); für ein Klagerecht unter bestimmten Voraussetzungen auch Wiener, Gutachten über das Actiengesellschaftswesen (1873) 24; so wohl auch A. Brix, AHGB (1864) Art 241 Anm 1 (S 239).

198 Demgegenüber normierte der österreichische revidierte Entwurf (vgl Lutz, Protokolle Beilagenband I 69 [90 f]), der (ua) dem ADHGB 1861 zugrunde lag, in § 120 für div Pflichtverletzungen eine solche unmittelbare Haftung („[...] so sind die Schuldtragenden den Mitgliedern der Gesellschaft sowohl, als den Gläubigern für den verursachten Schaden zu ungetheilter Hand verantwortlich.“).

der Nebenintervention¹⁹⁹.²⁰⁰ Vor allem *Renaud*²⁰¹ sprach sich mit beachtlichen Argumenten gegen ein Klagerecht aus:²⁰² Eine Ersatzpflicht gegenüber einzelnen Aktionären sei in Art 241 Abs 2 ADHGB 1861 nicht positiv angeordnet.²⁰³ Vielmehr sprächen Abs 1 und die besonders genannten Fälle²⁰⁴ dafür, dass der Gesetzgeber hier nur die Verantwortlichkeit des Vorstands gegenüber der Gesellschaft und Dritten, insb Gesellschaftsgläubigern, geregelt hat.²⁰⁵ Vor allem aber stünden die Vorstandsmitglieder in keinem Rechtsverhältnis zu den Aktionären,²⁰⁶ sondern seien nur der Gesellschaft zur Sorgfalt verpflichtet und für den Mangel dieser Sorgfalt verantwortlich. Eine unmittelbare Haftung werde auch durch Art 224 ADHGB indirekt ausgeschlossen,²⁰⁷ wonach die Rechte, die den Aktionären in Angelegenheiten der Gesellschaft zustehen, von der Aktionärsgesamtheit in der Generalversammlung²⁰⁸ ausgeübt werden. Zu diesen Rechten würde zweifellos auch ein Ersatzanspruch des einzelnen Aktionärs gehören. Da dieser nicht für die Gesellschaft vertretungsbefugt sei, könne er nicht auf Ersatzleistung in das Gesellschaftsvermögen klagen, sondern allenfalls auf Ersatz des ihm selbst entstandenen Schadens, nämlich einer ausgefallenen Dividende oder einer Entwertung der Aktie. Hieraus ergebe sich aber ein Dilemma: Entweder erhalte die Gesellschaft den ihr zustehenden Ersatz ungekürzt, wodurch Vorstandsmitglieder in die Situation kommen könnten, an die Gesellschaft *und* einzelne Aktionäre leisten zu müssen, oder der Ersatzanspruch der Gesellschaft müsste im Verhältnis jener Beträge gekürzt werden, die Vorstandsmitglieder an einzelne Aktionäre leisten und *vice versa*. Die erste Alternative müsse ausscheiden, weil die Ersatzleistung in das Gesellschaftsvermögen

199 Vgl Art 226 iVm Art 194 f ADHGB 1861.

200 Vgl zB *Keyßner*, ADHGB (1878) Art 225b (S 216) zum Aufsichtsrat und Art 241 Anm 4 (S 231) zum Vorstand; *Renaud*, ZHR 7 (1868) 1 (13); *Endemann*, Handelsrecht² (1868) 332; *Puchelt*, ADHGB I² (1876) Art 241 Anm 3 (S 491).

201 *Renaud*, Actiengesellschaften (1863) 546; *ders*, ZHR 7 (1868) 1 (12); *ders*, Actiengesellschaften² (1875) 610 ff.

202 Weitere eingehende Auseinandersetzungen mit dieser Frage finden sich trotz der praktischen Bedeutung – soweit ersichtlich – nicht (so auch die Beobachtung bei *Renaud*, ZHR 7 [1868] 1 [2]).

203 *Renaud*, ZHR 7 (1868) 1 (12); *ders*, Actiengesellschaften² (1875) 612 (allgemeine Grundsätze) und 615 (zum ADHGB 1861).

204 Vgl Art 241 Abs 2 Satz 2 ADHGB 1861: „Dies gilt insbesondere, wenn sie der Bestimmung des Art. 217 entgegen an die Aktionäre Dividenden oder Zinsen zahlen, oder wenn sie zu einer Zeit noch Zahlungen leisten, in welcher ihnen die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft hätte bekannt sein müssen.“ Vgl § 25 Abs 3 GmbHG idGF und § 84 Abs 3 AktG idGF.

205 *Renaud*, ZHR 7 (1868) 1 (13); *ders*, Actiengesellschaften² (1875) 615.

206 *Renaud*, ZHR 7 (1868) 1 (13); *ders*, Actiengesellschaften² (1875) 612, 615.

207 S die Nw in Fn 205; ähnlich *Endemann*, Handelsrecht² (1868) 332.

208 Die Gesellschafterversammlung der AG (heute Hauptversammlung [HV]) hieß bis zum AktG 1937/1938 Generalversammlung (so heute noch in der GmbH).

mittelbar auch den Aktionären zugute komme, diese aber nicht zweifachen Ersatz verlangen könnten. Ebenso unstatthaft sei die zweite Alternative, weil eine solche Abhängigkeit der beiderseitigen Ersatzansprüche wegen der völligen Verschiedenheit der Gesellschaft und ihrer Aktionäre mit dem „*Wesen der Actienverbindung*“ unverträglich scheine. Schließlich könne die AG auch nicht gedeihen, wenn die Vorstandsmitglieder „*jeden Augenblick einer Ausklagung durch diesen oder jenen Actionär wegen angeblich gesetz- oder statutenwidrigen Verhaltens ausgesetzt sein sollten.*“²⁰⁹

2. Gläubigerschäden

Die Haftung der Vorstandsmitglieder gegenüber Dritten, insb Gesellschaftsgläubigern, war schon im Gesetzgebungsprozess des ADHGB 1861 auf der Nürnberger Konferenz Verhandlungsgegenstand:²¹⁰ Es ging um die Formulierung von Art 199 des preußischen Entwurfs, der Vorgängerbestimmung des Art 241 ADHGB 1861.²¹¹ Art 199 Abs 2 lautete: „*Handeln sie [die Vorstandsmitglieder]²¹² den Vorschriften dieses Titels oder des Gesellschaftsvertrages entgegen, oder außer den Grenzen ihres Auftrags, so haften sie persönlich für den dadurch entstandenen Schaden.*“

Ein Abgeordneter schlug stattdessen folgende Formulierung vor: „*Handelt ein Vorsteher im Namen der Gesellschaft, ohne daß die Gesellschaft durch seine Handlung verpflichtet wird, so haftet er dem Dritten mit seinem Vermögen.*“²¹³ Seinen Vorschlag begründete er damit, dass die ersten beiden Sätze des Art 199 den zivilrechtlichen Bestimmungen über das Mandat entsprächen.²¹⁴ Wenn der Vorstand innerhalb seines Auftrags²¹⁵ handelt, werde wie bei jedem Mandat nur die Gesellschaft verpflichtet. Überschreitet er aber die Vertretungsmacht, so hafte er allein dem Dritten.²¹⁶ Dies sei der Gedanke, den Art 199 Abs 2 ausdrücken wolle und den man auch im Gesetz kenntlich machen müsse.²¹⁷

209 *Renaud*, Actiengesellschaften² (1875) 613. Vgl ähnlich dann auch die Motive zum ADHGB 1884 (s unten Fn 448).

210 XL. Sitzung vom 20. März 1857 (*Lutz*, Protokolle I 357 ff).

211 *Lutz*, Protokolle Beilagenband I 37.

212 Damals Vorsteher genannt.

213 *Lutz*, Protokolle I 357.

214 *Lutz*, Protokolle I 358.

215 Gemeint war – nach heutiger Diktion – die Vertretungsmacht (im Außenverhältnis). Über die Frage der Beschränkbarkeit der Vertretungsmacht des Vorstands war man sich in den Verhandlungen noch nicht einig.

216 Heute spricht man vom Scheinvertreter (*falsus procurator*).

217 Die Haftungsanordnung für *falsa procuratio* wurde später wegen ihrer Selbstverständlichkeit gestrichen: Vgl Gutachten ROHG, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 216 f: „*Hier ergibt sich die Haftung derjenigen, die als Mandatare*

Gegen die vorgeschlagene Fassung wurde eingewendet, dass mit ihr „nicht Alles getroffen werde, was gleichwohl mit der Bestimmung des Artikels getroffen werden müsse, namentlich werde der Fall nicht mit der vorgeschlagenen Bestimmung erfaßt, wenn die Vorschrift des Art. 198²¹⁸ [sc die Veröffentlichungspflicht bei Verlust des halben Grundkapitals] unvollzogen bleibe. In diesem Fall trete auch die Haftung der Vorsteher für allen Schaden ein, obschon hier nicht von einem Handeln des Mandatars im Namen der Gesellschaft als der Mandantin die Rede sein könne.“²¹⁹

Letztlich wurde der Antrag mit 14 gegen zwei Stimmen abgelehnt. Daraus lässt sich ableiten, dass sich Art 241 Abs 2 ADHGB 1861 nach der Absicht des Gesetzgebers nicht nur auf die Geschäftsführung gegenüber der Gesellschaft beschränkt, sondern auch die Haftung gegenüber Dritten anordnet.²²⁰

eines Geschäftsherrn aufgetreten sind, ohne daß dieser in Wahrheit verpflichtet wurde, dem Drittcontrahenten gegenüber aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen.“

- 218 Art 198 des preußischen Entwurfs (abgedr bei Lutz, Protokolle Beilagenband I 37; Abs sind durch Gedankenstriche gekennzeichnet): „Ergiebt sich aus der letzten Bilanz, daß sich das Grundkapital um die Hälfte vermindert hat, so muß der Vorstand dies unverzüglich öffentlich bekannt machen. – Die Regierung muß in diesem Falle von den Büchern der Gesellschaft Einsicht nehmen und kann nach Befinden der Umstände die Auflösung der Gesellschaft verfügen.“ Vgl § 36 Abs 2 GmbHG idgF.
- 219 Lutz, Protokolle I 358. Außerdem – so die Einwände gegen den Antrag weiter – gebe die vorgeschlagene Fassung zur Ansicht Veranlassung, die Vollmacht des Vorstands sei gegenüber Dritten beschränkbar, was in keiner Weise für zulässig erachtet werden könne. Daraufhin entbrannte eine Debatte über die Ausgestaltung der Vollmacht des Vorstands (vgl Lutz, Protokolle I 358 ff).
- 220 IdS auch Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 217. Die Uneinigkeit über die Aussage des Art 241 Abs 2 ADHGB 1861 war somit auch dadurch bedingt, dass der preußische Entwurf noch keine Bestimmung über den Umfang der Vertretungsmacht enthielt (Gutachten ROHG aaO 216 Fn 60).

Dieses Normverständnis überwog auch im zeitgenössischen Schrifttum^{221, 222}. *Renaud*²²³ leitete aus Art 241 Abs 1 ADHGB 1861 und den in Art 241 besonders hervorgehobenen Fällen ab, dass der Gesetzgeber auch die Verantwortlichkeit gegenüber dritten Personen, insb Gesellschaftsgläubigern, im Sinn hatte.

Uneinig war man sich aber darüber, ob Gläubiger *auch dann* (unmittelbar) ersatzberechtigt waren, wenn sie infolge einer rechtswidrig schuldhaften Verminderung des Gesellschaftsvermögens nur *mittelbar* geschädigt wurden, zB durch die Verletzung von Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungspflichten.²²⁴ *Renaud*²²⁵ und *Thöl*²²⁶ bejahten auch in diesem Fall eine unmittelbare Haftung,²²⁷ *von Hahn*²²⁸ und – diesem folgend – *Endemann*²²⁹ verneinten sie. Denn nicht jeder Schaden der Gesellschaftsgläubiger rechtfertigt schon einen

221 *Renaud*, Actiengesellschaften (1863) 546 f; *ders*, ZHR 7 (1868) 1 (13); *ders*, Actiengesellschaften² (1875) 615; *Puchelt*, ADHGB I² (1876) Art 241 Anm 2 (S 490 f); *von Hahn*, ADHGB I³ (1877) Art 241 Anm § 4 (S 745 f; anders aber noch die Voraufll) mit dem Argument, dass der Gesellschaft nicht aus allen den „*Vorschriften dieses Titels*“ zuwiderlaufenden Handlungen ein Schaden erwachsen könne. Das gelte gerade für das in Art 241 Abs 2 ADHGB 1861 genannte Verbot, Zahlungen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zu leisten, das offenbar die Gläubiger im Auge habe. Zudem benenne Art 241 ADHGB die Gesellschaft nicht als anspruchsberechtigte Person. Vgl auch *Endemann*, Handelsrecht² (1868) 317 (Fn 18) *dens*, Aktiengesellschaften (1873) 44 (Fn 19); *Thöl*, Handelsrecht I⁴ (1862) 292; *Anschütz/v Völckerndorff*, ADHGB II (1870) 533. AA offenbar *Keyßner*, ADHGB (1878) Art 241 Anm 5 (S 231): „*Die Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder dem Dritten gegenüber liegt außerhalb dieses Art. [...]*“.

222 Referierend AmtlBegr dAktRNov 1884 (zu Art 241), abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 508: „*Allseitig ist man darüber einverstanden, daß durch die Bestimmungen die Verantwortlichkeit der Mitglieder des Vorstandes der Gesellschaft nicht bat vollständig erledigt werden sollen, daß sich vielmehr dieselbe in allen übrigen Fällen nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen regelt und daß die Mitglieder des Vorstandes danach der Gesellschaft für allen Schaden einzustehen haben, welcher derselben aus der Unterlassung oder nicht gehörigen Erfüllung der ihnen nach dem Gesetze, dem Gesellschaftsvertrage oder den Beschlüssen der Generalversammlung obliegenden Pflichten erwächst.*“ Vgl auch den Überblick bei *Hefermehl* in FS Schilling 159 (160 ff).

223 *Renaud*, ZHR 7 (1868) 1 (13).

224 Dagegen entstand aus Verletzungen der Art 245 und 248 ADHGB 1861 nur den Gläubigern ein Schaden.

225 *Renaud*, Actiengesellschaften (1863) 547 f; *ders*, Actiengesellschaften² (1875) 618 f.

226 *Thöl*, Handelsrecht I⁴ (1862) 292: „*Diejenigen Mitglieder des Vorstandes, welche durch rechtswidrige Handlungen die Gläubiger benachtheiligen, sind solidarisch ihnen zum Schadenersatz verpflichtet.*“

227 Referierend *Endemann*, Handelsrecht² (1868) 315 Fn 6.

228 *Von Hahn*, ADHGB I³ (1877) Art 241 Anm § 4 (S 745 f).

229 *Endemann*, Handelsrecht² (1868) 315, 317 Fn 18.

unmittelbaren Ersatzanspruch.²³⁰ Wie Einzelaktionäre seien auch die Gesellschaftsgläubiger nur mittelbar geschädigt, wenn ihr Schaden aus einer Verminderung des Gesellschaftsvermögens resultiert.²³¹ Deshalb sei auch in diesem Fall nur die Gesellschaft anspruchsberechtigt. Den Gläubigern komme die Ersatzpflicht der Vorstandsmitglieder gegenüber der Gesellschaft indirekt zugute.²³² Dagegen sollten die Gläubiger den Ersatz jenes Schadens verlangen können, der ihnen durch ein rechtswidriges Vorstandshandeln erwächst, ohne dass zugleich die Gesellschaft geschädigt wird.²³³ Mit diesen Überlegungen war eine Haftungskonzentration auf die Gesellschaft soweit ersichtlich erstmals vorgedacht worden. Mit den Folgefragen der Geltendmachung mittelbarer Schäden durch die Gläubiger und dem Schutz vor nachteiligen Verfügungen durch die Gesellschaft setzte sich die Lehre damals aber noch nicht auseinander.²³⁴

230 So wohl auch *Keyßner*, ADHGB (1878) Art 241 Anm 4 (S 231): „[D]em einzelnen Gläubiger steht ein Klagerecht nicht zu“; unklar *Puchelt*, ADHGB I² (1876) Art 241 Anm 3 (S 491): „[.] und nicht jede Pflichtwidrigkeit der Vorstandsmitglieder gibt den Gesellschaftsgläubigern ein Klagerecht, selbst wenn sie mittelbar darunter um deswillen leiden, weil das Gesellschaftsvermögen vermindert oder ein vor auszusehender Gewinn nicht gemacht worden ist [Renaud, Aktienges. 2. Aufl. 618]“, der sich wohl nur auf Verminderungen durch sorgfaltswidrige Geschäftsführung bezog (arg: Verweis auf *Renaud* und Bezugnahme auf entgangene Gewinne).

231 Instruktiv von *Hahn*, ADHGB I³ (1877) Art 241 Anm § 4 (S 746): „Diese Haftung der Vorstandsmitglieder den Gläubigern und Aktionären gegenüber kann jedoch nicht so aufgefasst werden, dass, weil jeder der Gesellschaft zugefügte Schaden indirect auch die Aktionäre und möglicher Weise auch die Gläubiger benachtheiligt, Aktionäre oder Gläubiger diesen indirecten Schaden aus eigenem Recht geltend machen können.“

232 Vgl. *Endemann*, Handelsrecht² (1868) 315 insb bei Fn 6: Die „Überschreitung der Grenzen ihrer [sc der Organe] Befugniß, Verletzung der ihnen obliegenden Pflichten, insbesondere wegen Auszahlung der Dividenden und Zinsen und wegen Anzeige der Verminderung des Grundkapitals oder der Insolvenz [...] machen sie nur der Gesellschaft haftbar.“ Gleichzeitig komme die Haftung der Organmitglieder gegenüber der Gesellschaft auch den Gläubigern indirekt zugute. Eine unmittelbare Haftung ergebe sich in diesen Fällen nicht aus Art 241 Abs 2 ADHGB. Sie widerspreche auch der „scharfen Trennung der äußeren und inneren Beziehungen“ und der „illimitirten Vertreterqualität“ (gemeint wohl: unbeschränkbare Formalvollmacht) des Vorstands. Dieser könne deshalb niemals von Dritten für Pflichtverletzungen innerhalb seines „Amtes“ persönlich belangt werden. Gesellschaftsgläubiger könnten sich nur an die Gesellschaft halten. Ähnlich *ders* aaO 317; tendenziell anders dann aber *ders*, Aktiengesellschaften (1873) 39 f, 44.

233 Von *Hahn*, ADHGB I³ (1877) Art 241 Anm § 4 (S 746) mit Verweis auf Art 217 ADHGB (Verbot der Zinsgewährung) und Art 240 ADHGB (Einberufung einer Generalversammlung und Anzeige an die zuständigen Verwaltungsbehörden bei Verlust des halben Grundkapitals) als Hauptfälle.

234 Von *Hahn* (ADHGB I³ [1877] Art 241 Anm § 4 [S 746 Fn 8]) merkt immerhin an, dass den Gläubigern eine Klage auf „Cession“ gegen die Gesellschaft zustehen könne. Diese Überlegung erinnert im Grundsatz schon an das Verfolgungsrecht der Gesellschaftsgläubiger (§ 84 Abs 5 Sätze 1 f AktG).

War auch die Rechtstechnik der Schadensliquidation umstritten, war sich die zeitgenössische Lehre darüber einig, in welchem Umfang Gläubiger überhaupt vor Verminderungen des Gesellschaftsvermögens geschützt werden sollten.²³⁵ Sie sollten nur gesetzlichen Schutz genießen vor einer gesetzwidrigen, aber nicht jedweden Vermögensminderung, zB durch fehlerhafte („kulpöse“) Geschäftsführung.²³⁶ Darüber hinaus nahm die zeitgenössische Lehre wohl (obwohl darauf kaum explizit hingewiesen wurde) nur einen Schaden der Gesellschaftsgläubiger an, soweit diese von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen konnten.²³⁷

C. Reformgutachten des ROHG aus 1877

Im Jahr 1876 ersuchte das Reichskanzleramt das ROHG²³⁸ um die Erstattung eines Reformgutachtens.²³⁹ Dieses Gutachten enthielt umfassende Vor-

235 Diese Frage stellt sich unabhängig davon, ob man einen unmittelbaren oder „abgeleiteten“ Ersatzanspruch für mittelbare Schäden annimmt.

236 Nach *Renaud* (Actiengesellschaften [1863] 546 f; *ders*, Actiengesellschaften² [1875] 816) hafteten die Vorstandsmitglieder den Gesellschaftsgläubigern insb nicht „für die Unterlassung solcher Handlungen, welche eine gehörige Verwaltung der Gesellschaftsangelegenheiten ihnen zur Pflicht machte, und ebensowenig wegen eines Mangels an Sorgfalt bei Geschäften, die sie innerhalb ihrer Competenz vorgenommen, sollte hierdurch das Vermögen der Gesellschaft vermindert worden oder dieser ein voraussichtlicher Gewinn entgangen sein, da sich die Vorstandsmitglieder in jener zweifachen Beziehung lediglich gegenüber der Actienverbindung, der sie auch allein hierfür verantwortlich, ein Verschulden zur Last fallen lassen.“ Sie hafteten aber für Schäden, die den Gesellschaftsgläubigern aus Handlungen erwachsen, die sie den Vorschriften der Statuten oder des Gesetzes zuwider vorgenommen haben (*Renaud*, Actiengesellschaften [1863] 547; *ders*, Actiengesellschaften² [1875] 816). Im Anschluss daran *Puchelt*, ADHGB I² (1876) Art 241 Anm 3 (S 491; s oben Fn 230). Nach *Thöl* (Handelsrecht I⁴ [1862] 291) haben die Gläubiger nur „darauf ein Recht, daß der Werth des ursprünglichen Gesellschaftsvermögens, des Grundcapitals, nicht absichtlich, durch Willen der Actionäre, vermindert werde.“ *Endemann* (Handelsrecht² [1868] 316) zufolge haben die Gläubiger „ein Recht einmal darauf, daß die Einzahlungen der einzelnen Theilnehmer wirklich realisiert werden, und sodann darauf, daß nicht das Vereinsvermögen der von den Einzelnen übernommenen Haftbarkeit zuwider vermindert wird.“ Vgl instruktiv später zu § 241 dHGB 1897 *Lehmann* (Das Recht der Aktiengesellschaften II [1904, Neudruck 1964] 269): „Im Falle bloß kulpöser mangelhafter Geschäftsführung endlich wird zweifellos nur die Aktiengesellschaft verletzt. Kein Gläubiger hat das Recht darauf, daß um seinerwillen das Vorstandsmitglied die Geschäftsführung gehörig wahrnimmt. Hier ließe sich höchstens die Frage aufwerfen, wieweit der einzelne Aktionär berechtigt ist, in eigenem Namen oder für die Aktiengesellschaft gegen das Vorstandsmitglied aufzutreten.“

237 Vgl zB *Puchelt*, ADHGB I² (1876) Art 241 Anm 3 (S 491): „[...] hinsichtlich der Gläubiger kommt das Klagrecht erst bei einer Insolvenz der Gesellschaft zur Geltung [...]“.

238 S zum ROHG in Fn 195.

239 Allg weiterführend *Schubert* in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 15 ff.

schläge zu allen zentralen Fragen der Reform, auch zur Organverantwortlichkeit²⁴⁰.

1. Aktionärsschäden

In der Behandlung einzelner Aktionäre schloss sich das ROHG seiner bisherigen Rsp²⁴¹ und der hL²⁴² an, wobei es inhaltlich einige der oben schon genannten Argumente wiederholte.²⁴³ Dabei verkannte das ROHG nicht, dass aufgrund der exklusiven Anspruchszuständigkeit der Gesellschaft (wegen des Majoritätsprinzips)²⁴⁴ die Gesellschaftermehrheit über das Schicksal von Ersatzansprüchen entscheiden konnte. Da diese die Minderheit aber nur innerhalb der Gesetze und Statuten binden könne, und weil jedem Aktionär ein unverkürzbares Recht darauf zustehe, dass das Grundkapital nach Gesetz und Statuten verwaltet wird, bleibe nur die Frage offen, ob und ggf wie Einzelaktionäre die Ersatzansprüche der Gesellschaft geltend machen könnten.²⁴⁵ Hier war das ROHG großzügiger als die Lehre.²⁴⁶ Denn es schlug vor, jedem einzelnen Aktionär ein mittelbares, vom Recht der Gesellschaft abgeleitetes, Verfolgungsrecht zu gewähren.²⁴⁷ Jeder Aktionär sollte unter

240 Die Haftungsgrundlage für Vorstandsmitglieder (Art 241 ADHGB 1861) war auch zwischenzeitlich durch die Aktienrechtsnovelle 1870, die ua die Konzessionspflicht abgeschafft und ein System der „Normativbestimmungen“ eingeführt hatte, inhaltlich zunächst nicht verändert worden.

241 ROHG 23.11.1875, Bd XIX Nr 59 S 179 f = Busch's Archiv Bd 35 (1877) 225 (s Fn 194).

242 S oben Fn 197.

243 Gutachten ROHG, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 213 f insb bei Fn 58 (mit Verweisen auf die damalige hL): „Diese Annahme beruht auf richtiger Würdigung der Stellung des Einzelaktionärs zur Gesellschaft bez. Zu deren Organen und sie ist die in der deutschen Rechtstheorie herrschende, sowohl was die Verantwortung des Vorstandes wie die des Aufsichtsrathes anlangt.“ Zu beachten sei, dass der Vorstand nur mit der Gesellschaft und nicht mit dem Einzelaktionär in einem Vertragsverhältnis steht. Auch seine Geschäftsführung erfolge nur für die Gesellschaft und nicht für den einzelnen Aktionär.

244 Vgl ROHG-Gutachten abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 230 f, 240 f. Schon zuvor ging das ADHGB 1861 vom Grundsatz der einfachen Stimmenmehrheit aus: Vgl Art 209 Z 10 und Art 215 (dazu *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 99, 710); so dann auch das ADHGB 1884 (vgl Art 209a Z 5). Gesetzlich ausformuliert hat diesen Grundsatz erst § 251 dHGB 1897 (*Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 710). Auf diesem basiert der heutige § 121 Abs 2 Satz 1 AktG.

245 Gutachten ROHG, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 214. Die Bedingungen und der Umfang dieses Rechts auf Geltendmachung von Gesellschaftsansprüchen behielt das Gutachten dem Abschnitt über die Individualrechte vor.

246 Diese verwies einzelne Aktionäre auf die Nebenintervention (s schon oben bei Fn 200).

247 Gutachten ROHG, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 213 f. Dies allerdings nicht aus dem theoretischen Bedenken, dass es an einer Rechtfertigung für ein unmittelbares Klagerechts fehlt, sondern weil die Gesellschaftsorgane nicht zu-

bestimmten Voraussetzungen die Ersatzansprüche der Gesellschaft wegen Verletzungen ausdrücklicher Vorschriften des Gesetzes oder der Statuten durchsetzen können, und zwar auch einer bereits erfolgten Entlastung oder sonstigen Bereinigung zum Trotz.²⁴⁸ Im Interesse der Gesellschaftsgläubiger sollten Aktionäre aber, soweit durch die schädigende Handlung das Grundkapital geschmälert wurde, nur Leistung an die Gesellschaft verlangen können.²⁴⁹ Nur soweit der Ersatzanspruch die Dividende erhöhen würde und infolgedessen dem Einzelaktionär bei Schadensliquidation zur freien Verfügung stünde, sollte dieser Leistung an sich selbst fordern können.²⁵⁰

2. Gläubigerschäden

Das ROHG vertrat (ebenfalls) die Ansicht, dass Art 241 Abs 2 ADHGB 1861 auch die Gesellschaftsgläubiger erfasste.²⁵¹ Denn eine Reihe gesetzlicher Ge-

gleich der Gesellschaft und den Einzelaktionären nebeneinander haften sollten, und weil nur der Gesellschaft die Verfügung über die Ansprüche gegen die Gesellschaftsorgane zustehe (aaO 214). Das ROHG nannte einige Rechtsordnungen, die dem Einzelaktionär ein unmittelbares Klagerecht gegen Vorstandsmitglieder einräumen, folgte aber, dass *„dieses Princip auf das Mannigfachste in Folge seiner Collisionen mit dem präponderirenden Recht der Gesellschaft Abschwächungen erleidet.“* (aaO 216). Weiter heißt es: *„In der That entspricht es der Stellung des Einzelactionärs zur Gesellschaft, daß das Recht auf Schadloshaltung auch wegen Gesetzes- und Statutenwidrigkeiten als das Recht der Gesellschaft zu erachten. Nur durch die Wiedererlangung des vermöge jener Verletzungen abhanden gekommenen Grundkapitals Seitens der Gesellschaft soll mittelbar der Actionär die Ausgleichung seines Schadens erlangen. Am allerwenigsten darf er jenem Recht der Gesellschaft dadurch entgegenwirken, daß er gleichzeitig seinen besonderen Schaden – etwa die Coursminderung seiner Actie – geltend macht. Sein Individualrecht kann nur das delegirte Recht der Gesellschaft, wenn diese selbst es nicht geltend machen will, andererseits aber auch dem Einzelactionär gegenüber nicht befugt erscheint, es aufzugeben, sein.“*

248 Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 261. Vgl auch S 258: *„Nur in Anknüpfung an diesen Beschluß über die Entlastung lassen sich die Verfolgungsrechte der Einzelactionäre in geeigneter Weise ordnen.“*

249 In diesem Fall könne von einer *„Teilbarkeit des Interesses“* nicht gesprochen werden. Das individuelle Interesse des Aktionärs bestehe nur darin, dass der Betrag dem Grundkapital zugeführt und sein Schaden dadurch *mittelbar* ausgeglichen wird. Dabei sei zu berücksichtigen, dass auch die Gläubiger ein Interesse an der Zuführung des Schadensbetrags in das Grundkapital hätten.

250 Vgl Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 216, 259 f. In eine ähnliche Richtung erst jüngst wieder J. Reich-Rohrwig/Ph. Kinsky/S.-F. Kraus, Austrian Limited 103.

251 Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 217: *„Unter den im Art. 241 Abs. 2 H.G.B. für schadenersatzberechtigt erachteten Personen sind die Gesellschaftsgläubiger als mitbegriffen zu erachten, vergl. Protokolle [sc der Nürnberger Verhandlungen] S 358, wie denn auch die Art. 245, 248 die Haftung den Gläubigern gegenüber, letzterer ganz ausdrücklich.“* S schon oben in Fn 193. Vgl idZ

bote bezwecke gerade die Sicherung der Gläubiger und dieser Zweck könne auch dem Gesellschaftsvertrag zugrunde liegen. Es gebe daher keine Bedenken, die Haftung der Vorstandsmitglieder „gegenüber den Gesellschaftsgläubigern für die ihnen aus Gesetzes- und Statutenverletzung erwachsenen Schaden [...] im Gesetz ausdrücklich auszusprechen“.²⁵² Der Regelungsvorschlag des ROHG lautete dementsprechend:

„Die Mitglieder des Vorstandes haften solidarisch für jeden der Gesellschaft durch die **Geschäftsführung** des Vorstandes verursachten Schaden **der Gesellschaft** sowie für den in Folge eines Zuwiderhandelns gegen die **Vorschriften dieses Titels** (von der Actiengesellschaft), oder die Bestimmungen des **Gesellschaftsvertrages** entstandenen Schaden **der Gesellschaft und den zur Zeit des Zuwiderhandelns vorhandenen beschädigten Gesellschaftsgläubigern**, sofern sich aus ihrer Darlegung ihres Verhaltens nicht ergibt, daß ihnen ein Verschulden nicht beizumessen ist.“²⁵³

Anders als von Hahn²⁵⁴ und Endemann²⁵⁵ propagierte das ROHG also – wohl im Anschluss an Renaud²⁵⁶ – eine Außenhaftung auch für bloß mittelbare Gläubigerschäden. In puncto Haftungsumfang schloss sich das ROHG iE dem literarischen Tenor an, indem es die (unmittelbare) Haftung nicht auch auf „kulpöse“ Geschäftsführung erstreckte.²⁵⁷ Auch mit dem Verhältnis des Ersatzanspruchs der Gläubiger zu ihrer Forderung gegen die Gesellschaft setzte sich das ROHG auseinander: Von einem Schaden der Gesellschaftsgläubiger könne zwar naturgemäß erst die Rede sein, sobald sie ihre Forderung nicht aus dem Vermögen der Gesellschaft erhalten können.²⁵⁸ Soweit die pflichtwidrigen Vorstandshandlungen aber in unstatthaften Verwendungen und Verausgabungen von Grundkapital bestehen, müssten die Gesellschaftsgläubiger und die Gesellschaft aber „sofort“ die Ersetzung des betreffenden Teils des Grundkapitals verlangen können.

auch § 120 des revidierten österreichischen Entwurfs (Lutz, Protokolle Beilagenband I 90 f), der die Vorstandsmitglieder im Falle einer statutenwidrigen Gewinnverteilung oder der Insolvenzverschleppung sowohl gegenüber einzelnen Aktionären („Mitgliedern der Gesellschaft“) als auch den Gläubigern unmittelbar zum Ersatz verpflichtete.

252 Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 217.

253 Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 219 (Hervorhebungen durch den Verf). Vgl zur Haftung der Aufsichtsratsmitglieder Gutachten aaO 228 f.

254 Von Hahn, ADHGB I³ (1877) Art 241 Anm § 4 (S 746). S Fn 228.

255 Endemann, Handelsrecht² (1868) 315, 317 Fn 18. S Fn 229.

256 Renaud, Actiengesellschaften (1863) 547 f; ders, Actiengesellschaften² (1875) 618 f. S Fn 225.

257 Vgl den im Fließtext zitierten Reformvorschlag (Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 217 f), der zwischen der Geschäftsführung einerseits und Verstößen gegen das Gesetz und Statut andererseits differenziert.

258 Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 218.

D. ADHGB idF Aktienrechtsreform 1884

1. Positivierung der Haftungskonzentration

Abweichend vom Reformvorschlag des ROHG normierte bereits der Ministerialentwurf aus dem Jahr 1882²⁵⁹ eine Konzentration der Vorstandshaftung²⁶⁰ auf die Gesellschaft. Art 241 Abs 3 des Entwurfs lautete: „*Mitglieder, welche ihre Obliegenheiten verletzen,*²⁶¹ *haften der Gesellschaft solidarisch für den dadurch entstandenen Schaden.*“²⁶² Auch der Gesetzesentwurf²⁶³ aus dem

259 Entwurf eines Gesetzes, betreffend die KGaA und AG (1882), abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 263 ff.

260 Für die Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern sah der erste Entwurf hingegen noch keine Haftungskonzentration vor (Art 226 Abs 2: „*Dieselben sind persönlich und solidarisch zum Ersatze verpflichtet, [...]*“) (Entwurf eines Gesetzes, betreffend die KGaA und AG [1882], abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 280). Erst die Aktienrechtskommission (vgl allg Verhandlungen der Aktienrechtskommission, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 288 ff) beschloss auf Antrag Goldschmidts, die Gesellschaft als Anspruchsberechtigte zu nennen, was Goldschmidt als „*einen präzisieren Ausdruck des Entwurfs*“ empfohlen hatte. Vgl Verhandlungen der Aktienrechtskommission, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 356 (der Antrag Goldschmidts lautete, Art 226 Abs 2 zu fassen: „*dieselben sind persönlich und solidarisch der Gesellschaft zum Ersatze verpflichtet pp*“). Sowohl im zweiten Entwurf aus dem Jahr 1884 und sodann im Gesetz lautete (auch) Art 226 Abs 2: „*Dieselben sind der Gesellschaft neben den Mitgliedern des Vorstandes persönlich und solidarisch zum Ersatze verpflichtet, [...]*“ (Entwurf eines Gesetzes, betreffend die KGaA und AG [1884], abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 399; Gesetz, betreffend die KGaA und AG vom 18.07.1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 595 f).

261 Hinsichtlich der Haftung für die bloße Geschäftsführung hatte auch das ROHG schon eine Haftung gegenüber der Gesellschaft vorgeschlagen. Im Entwurf von 1882 ergab sich dies wegen der unmittelbaren Ausformulierung des Sorgfaltsmaßstabs (ordentlicher Geschäftsmann) nunmehr aus der Anknüpfung des Art 241 Abs 2 ADHGB an die Verletzung der „*Obliegenheiten*“. Aus den Motiven (abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 462) geht hervor, dass dieser Sorgfaltsmaßstab mit jenem eines „ordentlichen Hausvaters“ zusammenfiel und daher nur als „*gesetzliche Deklaration, nicht als eine sachliche Neuerung*“ zu verstehen ist. Abweichend vom ROHG-Vorschlag nannte der Entwurf aus 1882 nunmehr für alle Obliegenheitsverletzungen, darunter auch Verletzungen von Gesetz und Statut, ausschließlich die Gesellschaft als Anspruchsberechtigte (arg: „*haften der Gesellschaft*“). Unter den Begriff der „*Obliegenheiten*“ werden heute alle Pflichten subsumiert, die sich aus Gesetz, Satzung oder Generalversammlungs- bzw HV-Beschluss ergeben (vgl hier nur Rauter/Ratka in Ratka/Rauter, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/26; Feltl in Ratka/Rauter, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 9/112).

262 Entwurf eines Gesetzes, betreffend die KGaA und AG (1882), abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 282 f (Hervorhebung durch den Verf).

263 Entwurf eines Gesetzes, betreffend die KGaA und AG (1884), abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 387 (401).

Jahr 1884, der dem Reichstag vorgelegt wurde, und das letztlich beschlossene Gesetz (ADHGB 1884)²⁶⁴ übernahmen diese Formulierung.²⁶⁵

Dagegen enthielt der Entwurf aus 1882 noch keine spezielle Haftungsgrundlage der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder für die neugeschaffenen Prüfungs- und Berichterstattungspflichten im Gründungsstadium (Art 209f des Entwurfs)²⁶⁶. Erst in den Beratungen der Aktienrechtskommission²⁶⁷ über diesen Entwurf im Frühjahr 1882 forderte der Münchener Universitätsprofessor Dr. *Hermann von Sicherer* bei der Beratung des Art 241, „daß die Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrath bei der Gründung näher spezialisiert werde.“²⁶⁸ Das Resultat war Art 213c des zweiten Entwurfs aus 1884 (sowie später des Gesetzes). Dieser sah konsequenterweise ebenfalls eine Haftungskonzentration vor:²⁶⁹ „Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths [...], welche bei der ihnen durch Artikel 209f auferlegten Prüfung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes verletzt haben, haften der Gesellschaft solidarisch für den ihr daraus entstandenen Schaden [...]“.²⁷⁰

264 Gesetz, betreffend die KGaA und AG vom 18.07.1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 561 (599 f).

265 Die Haftungskonzentration wurde – soweit ersichtlich – nicht mehr gesondert erörtert. Im Protokoll zu den Verhandlungen der Aktienrechtskommission (abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 370) zu Art 241 heißt es nur: „Bei Art. 241 wird konstatiert, daß sich derselbe in Gemäßheit der früheren Beschlüsse zu ändern habe.“

266 Art 209f enthielt nur Verhaltenspflichten, aber keine Haftungsanordnung. Eine Haftungskonzentration hätte man vielleicht aus der Sperrfrist gem Art 213c des Entwurfs von 1882 ableiten können, die auch Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder erfasste („Vergleiche und Verzichtleistungen, welche die der Gesellschaft aus der Gründung zustehenden Ansprüche gegen [...] Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths [...] betreffen, sind erst nach Ablauf von zwei Jahren [...] zulässig;“; vgl Entwurf eines Gesetzes, betreffend die KGaA und AG [1882], abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 276).

267 Die Sachverständigenkonferenz wurde am 24.03.1882 einberufen und schloss ihre Beratungen am 08.04.1882 ab. Sie beriet auf Grundlage des (abgeänderten) Entwurfs von 1882 über bestimmte Fragen, die an sie gerichtet worden waren. Vgl dazu weiterführend *Schubert* in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 28 ff.

268 Verhandlungen der Aktienrechtskommission, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 370.

269 Eine Haftungskonzentration hatte der Reformentwurf aus 1882 im Gründungsrecht bereits für die Haftung der Gründer und der übrigen an der Gründung beteiligten Personen vorgesehen (vgl Art 213a). Diese Haftungskonzentration erörterte die Aktienrechtskommission in der Verhandlung der Art 213a–d allerdings nicht (abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 321). Vielmehr gab sich *Goldschmidt* nur damit einverstanden, „daß der Gesellschaft selbst die Entschädigung zustehe und daß gewisse Minoritäten die Befugniß hätten, die Rechte der Gesellschaft zu vertreten.“ S aber die auf Begründung in den Motiven zum ADHGB 1884 sogleich im Fließtext.

270 Entwurf eines Gesetzes, betreffend die KGaA und AG (1884), abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 397 (Hervorhebung durch den Verf); vgl auch (mit ge-

Das Prinzip der Haftungskonzentration war somit bereits nach den Beratungen der Sachverständigenkommission, nämlich im Ministerialentwurf aus 1884 umfassend verwirklicht.

2. Aktionärsschäden

Soweit der Reformgesetzgeber damit einem unmittelbaren Ersatzanspruch einzelner Aktionäre eine Absage erteilte, schloss er sich iE der hL²⁷¹ und dem ROHG²⁷² an. Wohlbekannt klingt die Begründung der Motive, wonach „die Geschäftsführung des Vorstandes²⁷³ nicht für die einzelnen Aktionäre, sondern für die Gesellschaft erfolgt.“²⁷⁴ Wie schon das ROHG traf auch der Reformgesetzgeber Vorsorge für die Geltendmachung von Gesellschaftsansprüchen durch Aktionäre. Abweichend vom weitherzigen ROHG-Vorschlag gewährte er ein solches Recht aber nicht jedem einzelnen Aktionär, sondern – als Kompromisslösung – nur einer Aktionärsminderheit im Ausmaß von 10% des Grundkapitals (Art 223 ADHGB 1884).²⁷⁵

Inhaltlich plausibilisierte der Reformgesetzgeber die Haftungskonzentration vor allem anhand der neugeschaffenen Verantwortlichkeit für Pflichtverletzungen im Gründungsstadium (auch der Gründer und Gründergenossen), wodurch unmittelbare Ersatzansprüche von Zeichnern aufgrund der Entwertung ihrer Anteile ausgeschlossen wurden. Eines der Hauptanliegen der Reform war es, den bis dahin praktizierten „Gründungsschwindeln“²⁷⁶ durch ein

ringfügigen Änderungen gegenüber dem Entwurf) Gesetz, betreffend die KGaA und AG vom 18.07.1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 589.

271 S oben Fn 197.

272 S oben Fn 194 und 243.

273 Für die Haftung der Aufsichtsratsmitglieder wurde die Haftungskonzentration nicht gesondert erläutert (vgl auch Hommelhoff in Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 53 [95]).

274 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 508 (zum Vorstand): „Den einzelnen Aktionären steht auch nach dem Entwurf ein Klagerrecht gegen die Mitglieder des Vorstandes an sich nicht zu. Dieses kann nur die Gesellschaft geltend machen, weil die Geschäftsführung des Vorstandes nicht für die einzelnen Aktionäre, sondern für die Gesellschaft erfolgt.“ In einer Fn verweisen die Motive auf die schon zitierte E des ROHG (s Fn 194). Vgl auch AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 469 iZm dem Verfolgungsrecht einer Aktionärsminderheit: „Was das Recht der Gesellschaft zur Verfolgung der Ansprüche aus der Gründung und Geschäftsführung (Art. 223) betrifft, so besteht die vom Entwurf besonders geregelte Verantwortlichkeit der Gründer und der anderen bei der Gründung beteiligten Personen (Art 213a bis 213c) nur der Gesellschaft, nicht den einzelnen Aktionären gegenüber [...]“. Vgl dazu auch Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 148.

275 S dazu noch den Überblick unten S 90 ff.

276 Dazu instruktiv Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 160 ff; Hommelhoff in Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 53 (64 f); vgl zu den ver-

strenges Gründungsrecht einen Riegel vorzuschieben.²⁷⁷ Typische Erscheinungsformen waren die Auszehrung der Gesellschaft durch (überhöhten) Gründungsaufwand und überbewertete Sacheinlagen sowie Täuschungen über die Geschäftschancen der Gesellschaft.²⁷⁸ Da das ADHGB 1861 (auch nach der Novelle 1870) keine Vorschriften über die Haftung und insb über die ersatzpflichtigen und -berechtigten Personen bei der Gründung enthielt,²⁷⁹ mussten diese Sachverhalte mit dem allgemeinen (zivilrechtlichen) Instrumentarium bewältigt werden (vor allem mit dem Gewährleistungsrecht und deliktischen Schadenersatzrecht). Diese Regeln hatten sich jedoch für die „*besonders geartete[n] Verhältnisse*“ der Gesellschaftsgründung „*als völlig unzureichend erwiesen*“.²⁸⁰ Die Schwachpunkte der alten Rechtslage waren die unzureichende Überprüfung des Gründungsvorgangs, die fehlende Eigenständigkeit der AG vor ihrer Entstehung und die Tatsache, dass sich die eigentlichen Gründer oft im Hintergrund hielten und Zwischenpersonen als erste Zeichner vorschoben, sodass sie für Täuschungen nicht mehr zur Verantwortung gezogen werden konnten²⁸¹.²⁸² Ein allfälliger Schadenersatzanspruch ging auch nicht schon mit

schiedenen Methoden der Schwindelgründungen *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 134 ff und die Nw in Fn 729; *Schäfer/Jahntz* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel II 217 (242 f); vgl auch *Nicolussi*, Satzungsstrenge 41 ff.

277 Vgl *Hommelhoff* in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 53 (64 ff); *Schäfer/Jahntz* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel II 217 (242 ff).

278 Davon hat der Reformgesetzgeber jedoch nur die ersten zwei Erscheinungsformen aufgegriffen. Die dritte wurde erst später durch das deutsche Börsengesetz von 1896 in Form der Prospektpflicht reguliert (vgl auch *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 149 Fn 833 mwN).

279 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 447.

280 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 447; vgl auch das Referat von *Wolffson* in den Verhandlungen des 11. DJT 1873 II (Zweite Sitzung der ersten und zweiten Abtheilung am 29. August 1873) 80 f; referierend auch *Schäfer/Jahntz* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel II 217 (252 f); zu den Gründen auch *Hommelhoff* in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 53 (65). Vgl dazu auch die Denkschrift zum (nie in Kraft getretenen) österr AktG-Entwurf idF Dezember 1900 (ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420 [S 37]).

281 Auf dieses (drittgenannte) Problem geht die AmtlBegr besonders ein: AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 447. S instruktiv bereits *Wiener*, Gutachten über das Actiengesellschaftswesen (1873) 7: „*Das Publikum kann gegenüber den Gründern keine Rechte mehr geltend machen, welche ihnen die ersten Zeichner, deren Rechtsnachfolger sie sind, bereits vergeben haben, und die formellen ersten Zeichner, soweit sie nicht mit den Errichtern des Gesellschaftsvertrages selbst identisch sind, beeilen sich selbstverständlich, diese Errichter selbst in jeder Beziehung zu entlasten, da sie in Folge der Gründungsgemeinschaft, in welcher sie mit denselben stehen, an den Vorteilen, welche auf Kosten der Gesellschaft dem Gründungs-Consortium zufließen, beteiligt sind.*“

282 Referierend *Hommelhoff* in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 53 (65); *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 137. Diesen Missständen begegnete der Reformgesetzgeber mit (i) der Publizität der Gründung (insb namentliche Erfassung der Gründer, Mindestinhalt und Feststellung der Satzung), (ii) der Autonomie der Vorgesellschaft

der Veräußerung der Aktie auf die weiteren Erwerber über. Zudem konnten die ersten Veräußerer, die haftbar gemacht werden sollten, nach mehrmaliger Aktienübertragung oft nicht mehr ermittelt werden. Und selbst wenn das möglich gewesen wäre, war idR nicht mehr nachweisbar, dass gerade die Falschinformationen der Gründer (und nicht andere Ereignisse) zum Kursverlust geführt haben.²⁸³ Selbst im (unwahrscheinlichen) Fall einer Schadensliquidation würden allenfalls die anspruchsführenden Aktionäre befriedigt – die Gesellschaft selbst und mit ihr die überwiegende Mehrheit der Aktionäre und die Gläubiger blieben aber weiterhin geschädigt.²⁸⁴

Aus diesem Grund führte der Reformgesetzgeber Schadenersatzansprüche gegen alle aus dem Gründungshergang ersatzpflichtigen Personen (darunter auch Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder) „*in der Hauptsache auf die Gesellschaft zurück, als die rechtlich individualisierte Gesamtheit der einzelnen Aktionäre.*“²⁸⁵ Denn die Gesellschaft sei die durch die fehlerhafte Gründung unmittelbar Geschädigte.²⁸⁶ Ein Ersatzanspruch einzelner Aktionäre könne dagegen nur mittelbar aus der Verminderung des Gesellschaftsvermögens und der daraus resultierenden Entwertung der Aktien hergeleitet werden. Mit deren Beseitigung falle auch der mittelbare Schaden der Aktionäre weg.²⁸⁷ Dadurch werde auch besser und gleichmäßig für die Aktionäre gesorgt und zugleich die Unabhängigkeit der Gesellschaft von den einzelnen Aktionären gesichert.²⁸⁸ Außerdem sollte die Haftungskonzentration nach der AmtlBegr eine mehrfache Schadensliquidation vermeiden: „*In den Grenzen aber, innerhalb deren der Entwurf eine gesetzliche*

(Prüfung durch Gründungsvorstand und -aufsichtsrat) sowie mit (iii) dem Ausbau der Gründungsverfahren für Simultan-, Sukzessiv- und Sachgründung (Feststellung der Satzung durch die Gründer, Übernahme aller Aktien und Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister). Vgl dazu allg Hommelhoff in Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 53 (65 ff); Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 145 ff.

283 Vgl Goldschmidt, ZHR 30 (1884) 69 (83).

284 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 447.

285 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 447 (Hervorhebung durch den Verf).

286 Instrukтив bereits Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften I (1964, Neudruck der Ausgabe Berlin 1898) 457 ff. IdS dann auch (allg) der (nie in Kraft getretene) österr AktG-Entwurf aus 1900; s dazu die Denkschrift zum Entwurf idF Dezember 1900 (ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420 [S 19]): „[...] so ist es die Gesellschaft als die unmittelbar Geschädigte, der der Ersatz rechtlich gebührt.“

287 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 448; referierend Hommelhoff in Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 53 (71 f). Explizit bezugnehmend auf die Motive zur Aktienrechtsreform 1884 auch OGH 03.04.2008, 1 Ob 128/07s HS 39.047 = GesRZ 2008, 227 (Ettel).

288 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 448; vgl auch Hommelhoff in Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 53 (72), nach dem die Entwurfsverfasser den Zusammenhang zwischen dem Prinzip der Haftungskanalisation und dem aktienrechtlichen Gleichbehandlungsgebot schon damals deutlich gesehen und ausformuliert haben.

*Pflicht zur Verantwortung gegenüber der Gesellschaft begründet, kann fortan nicht außerdem den einzelnen Zeichnern oder Aktienerwerbern gegen die verantwortlichen Personen ein Schadensersatzanspruch zustehen, der auf einen doppelten Ersatz durch die letzteren hinauslaufen würde“.*²⁸⁹ Die Liquidation aller übrigen (inkongruenten) Schäden, denen kein Gesellschaftsschaden entspricht (insb bei Verletzung von Informationspflichten und Täuschung über unternehmerische Chancen der Gesellschaft), behielt der Reformgesetzgeber dagegen dem bürgerlichen Recht und dem Börserecht²⁹⁰ (Prospektpflicht)²⁹¹ vor.²⁹²

3. Gläubigerschäden

Bei der Behandlung von (mittelbaren) Gläubigerschäden ging der Reformgesetzgeber jedoch eigene Wege. Abweichend von den Vorschlägen des ROHG unterwarf er mittelbare Gläubigerschäden aufgrund der Verletzung von Kapitalerhaltungsvorschriften und der Insolvenzantragspflicht²⁹³ ebenfalls einer Haftungskonzentration. Die Begründung der Motive ist schon aus

289 AmltBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 448 (Hervorhebungen durch den Verf.). Vgl schon Gutachten ROHG, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 214 (s schon oben Fn 247); *Renaud*, Actiengesellschaften² (1875) 612 ff.

290 Dieses wurde ein gutes Jahrzehnt später aus der Taufe gehoben.

291 Vgl dazu iZm der Reform 1884 *Hommelhoff* in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 53 (67 f).

292 Vgl AmltBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 448: „Soweit es sich dagegen um andere Umstände handelt, als um das Vorhandensein der vom Gesetz verlangten Existenzbedingungen, um Angaben z.B., daß der Betrieb eines besonderen Geschäftszweiges oder der Bau einer gewissen Linie durch Ertheilung der Konzession oder sonst gesichert sei, um Angaben über eine bestimmte Beschaffenheit der erworbenen Vermögensgegenstände oder um einen gewissen Reinertrag, welchen das Unternehmen in der Hand des Vorbesitzers abgeworfen habe, Angaben, welche überwiegend auf das Vortheilhafte einer Beteiligung an dem Unternehmen abzielen, liegt für den Entwurf kein zwingendes Bedürfnis und kaum die Möglichkeit vor, durch eine Anzahl von Vorschriften in die ebenso in sich geschlossenen, wie von einander abweichenden Systeme des bürgerlichen Rechts einzugreifen. Auf diesem Gebiete muß er, sowohl betreffs der Entschädigungspflicht als der berechtigten Personen, es bei den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts belassen, und hier bleibt daher das nach Maßgabe desselben bestehende Einzelrecht des Aktionärs nach allen Richtungen unberührt.“ Referierend *Hommelhoff* in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 53 (72). Vgl auch *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 149 mwN; *Denkschrift dHGB 1897* (zur Gründungsverantwortlichkeit), abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 297: „Dagegen bestimmt sich die unmittelbare Haftung für den Inhalt der Ankündigung nach dem bürgerlichen Rechte; künftig werden in dieser Beziehung die Vorschriften des Börsengesetzes eingreifen.“

293 Das Gesetz sanktioniert seit jeher ausdr nur Zahlungen nach Insolvenzreife. S dazu aber noch unten bei Fn 527.

dem vorangehenden Schrifttum²⁹⁴ und dem ROHG-Gutachten²⁹⁵ zur Haftung gegenüber Einzelaktionären bekannt: „*Den Gläubigern der Gesellschaft haftet dagegen als eigentliche Schuldnerin nur die letztere, weil sie allein mit ihr durch deren Organe kontrahiert haben, während sie zu den Mitgliedern des Aufsichtsraths [Anm des Verf: und des Vorstands]²⁹⁶ an sich nicht in ein Rechtsverhältniß getreten sind [...]*“.²⁹⁷

Dessen ungeachtet erscheine „*auch eine Haftung der Mitglieder des Aufsichtsraths [Anm des Verf: und des Vorstands]²⁹⁸ ihnen [sc den Gläubigern] gegenüber in den in Frage stehenden Fällen [sc die Fälle des Absatzes 3] nicht nur billig, sondern auch gerechtfertigt, weil die Mitglieder des Aufsichtsraths wenigstens mittelbar zugleich die Interessen der Gesellschaftsgläubiger wahrzunehmen haben und vom Vorwurf der Arglist nicht frei sind, wenn sie als Wahrer des Gesetzes und des Gesellschaftsvertrages wissentlich dulden oder gestatten, daß das den Gesellschaftsgläubigern verhaftete Grundkapital unzulässig verwendet wird.*“²⁹⁹

Deshalb gewährte der Reformgesetzgeber den Gesellschaftsgläubigern mit Art 241 Abs 4 Satz 1 ADHGB 1884 ein eigenständiges Verfolgungsrecht:³⁰⁰ „*In den vorgezeichneten Fällen kann der Ersatzanspruch auch von den Gläubigern der Gesellschaft, soweit sie von dieser ihre Befriedigung nicht erlangen können, selbstständig geltend gemacht werden.*“³⁰¹

Umfänglich beschränkte der Reformgesetzgeber dieses Verfolgungsrecht (und damit die im Gläubigerinteresse angeordnete indisponible Haftung) im

294 S schon oben Fn 206 und zu Gläubigerschäden auch Fn 232.

295 S schon oben Fn 243.

296 Die AmtlBegr bezieht sich – dem Gesetzesaufbau folgend – unmittelbar nur auf den Aufsichtsrat, gilt kraft Verweises aber auch für den Vorstand: Vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 508: „*Die Grundzüge über die Stellung des Vorstandes sind in Verbindung mit der des Aufsichtsraths in §. 12 der allgemeinen Begründung dargelegt. [...] Die gesetzliche Regelung der Verantwortlichkeit des Vorstandes erscheint daher im Anschluss an die rücksichtlich des Aufsichtsraths getroffenen Bestimmungen geboten.*“

297 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 463. Vgl ähnlich zur (abgelehnten) Organmitgliedshaftung gegenüber Einzelaktionären auch Fn 274.

298 S Fn 296.

299 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 463.

300 Das gleiche Recht sah Art 226 Abs 3 ADHGB 1884 (Gesetz, betreffend die KGaA und AG vom 18.07.1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 596) für die Verantwortlichkeit der Aufsichtsratsmitglieder vor: „*Der Ersatzanspruch kann in den Fällen des zweiten Absatzes auch von den Gläubigern der Gesellschaft, soweit sie von dieser ihre Befriedigung nicht erlangen können, selbstständig geltend gemacht werden.*“

301 Gesetz, betreffend die KGaA und AG vom 18.07.1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 600.

Anschluss an das ROHG³⁰² und die frühere hL³⁰³ auf die Kapitalerhaltung und das Verbot von Zahlungen nach Insolvenzreife gem Art 241 Abs 3 ADHGB 1884 (arg: „In den vorgezeichneten Fällen“).³⁰⁴

Schließlich stellte der Gesetzgeber auch das Verhältnis des Verfolgungsrechts der Gesellschaftsgläubiger zu ihrer Forderung gegen die Gesellschaft klar. Entgegen dem Vorschlag des ROHG³⁰⁵ sollten Gläubiger die Ansprüche der Gesellschaft nicht „sofort“, sondern nur subsidiär zu ihrer Forderung gegen die Gesellschaft geltend machen können (arg: „soweit sie von dieser ihre Befriedigung nicht erlangen können“).³⁰⁶

E. Fazit

Der Reformgesetzgeber von 1884 klärte durch die konsequente Implementierung einer Haftungskonzentration und korrespondierender Verfolgungsrechte und Dispositionsbeschränkungen offene Fragen zum alten Art 241 ADHGB 1861. In einigen Punkten schloss er sich dem Gutachten des ROHG an (und damit wiederum indirekt der früheren Lehre). So etwa bei der Ablehnung eines unmittelbaren Ersatzanspruchs einzelner Aktionäre und bei der Einschränkung der im Gläubigerinteresse angeordneten (indisponiblen) Haftpflicht auf die Kapitalerhaltung und das Verbot von Zahlungen nach Insolvenzreife (keine Erstreckung auch auf „kulpöse“ Geschäftsführung). In ande-

302 S oben Fn 236.

303 S oben Fn 257.

304 Die AmtlBegr (abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 509) knüpfte diesbezgl an Erwägungen des ROHG an (s oben in Fn 257): „Offenbar würde es zu weit geben, würde man die Mitglieder des Vorstandes auch für eine bloße kulpöse Geschäftsführung und für jedes statutenwidrige Handeln den Gesellschaftsgläubigern verantwortlich erklären, da nicht gefordert werden kann, daß die Mitglieder des Vorstandes sich ungeachtet der ihnen von der Gesellschaft erteilten Entlastung noch nach Jahren Gläubigern gegenüber wegen ihrer Geschäftsführung verantworten sollen. Der Entwurf läßt deshalb aus den beim Aufsichtsrath entwickelten Gründen in den Fällen der Ziffern 1 bis 5 Absatz 2 des Artikels 226 und in dem Falle, daß sie entgegen der Vorschrift des Artikels 240 Absatz 2 Zahlungen an die Aktionäre leisten, für die Mitglieder des Vorstandes nur dieselbe subsidiarische Verhaftung wie für die Mitglieder des Aufsichtsraths den Gesellschaftsgläubigern gegenüber eintreten [...]“. Der erwähnte Art 240 Abs 2 ADHGB 1884 enthielt die Insolvenzantragspflicht des Vorstands (heute § 69 Abs 2 f IO).

305 S oben bei Fn 258.

306 Vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 463: „Nur würde es den Rechtsgrundsätzen nicht entsprechen, den Gläubigern auch dann einen Anspruch gegen die Mitglieder des Aufsichtsraths einzuräumen, wenn derselbe aus dem Gesellschaftsvermögen vollständige Deckung fände. Der Entwurf gibt ihnen daher ein Rückgriffsrecht, wenn und soweit dieselben in den gedachten Fällen ihre Befriedigung nicht aus dem Gesellschaftsvermögen erlangen können (Art. 226 Abs 3)“. Vgl aus der Lit zum ADHGB 1861 schon oben bei Fn 237.

ren Punkten ging der Reformgesetzgeber dagegen eigene Wege, so etwa beim Verfolgungsrecht (bloß) einer Aktionärsminorität (anstelle eines Individualrechts), bei der Gewährung eines Verfolgungsrechts der Gesellschaftsgläubiger zur Geltendmachung des Gesellschaftsanspruchs (anstelle einer Direkthaftung für mittelbare Schäden) und bei der Subsidiarität dieses Verfolgungsrechts im Verhältnis zur Forderung der Gläubiger gegen die Gesellschaft. Begründungsseitig konnte der Reformgesetzgeber auf Vorüberlegungen aus dem Schrifttum und des ROHG-Gutachtens zurückgreifen. Neben dem Trennungsprinzip und der (damit verbundenen) Tatsache, dass die Organmitglieder nur mit der Gesellschaft in einer Rechtsbeziehung stehen, nennen die Motive als Grund für die Haftungskonzentration die drohende Gefahr einer doppelten (oder mehrfachen) Schadensliquidation. Deutlicher als bisher betonte der Gesetzgeber (iZm der neugeschaffenen Gründungsverantwortlichkeit) auch die gleichmäßige Fürsorge für alle Aktionäre und Gläubiger.

III. Dogmatische Einordnung

Um das Wesen der Haftungskonzentration greifbarer zu machen, scheint es zweckmäßig, den dadurch geschaffenen Rechtszustand mit jenem zu vergleichen, der ohne diese Regelungstechnik bestünde.

A. Allgemein-schadenersatzrechtliche Überlegungen

1. Ersatz bloßer Vermögensschäden

Durch schuldhaft pflichtwidriges Organhandeln erleiden Gesellschafter und Gesellschaftsgläubiger idR (nur) einen bloßen Vermögensschaden. Das gilt auch für den hier relevanten Fall, dass Organmitglieder schuldhaft pflichtwidrig das Gesellschaftsvermögen vermindern. Dadurch entsteht primär der Gesellschaft als Rechtsträgerin dieses Vermögens ein Schaden (dessen Ersatz ist gesetzlich nur gegenüber der Gesellschaft angeordnet). Gleichzeitig verringert sich aber *ceteris paribus* auch der aliquote (Residual-)Anspruch der Gesellschafter (und damit der Wert ihrer Beteiligung).³⁰⁷ Man spricht vom Reflexschaden^{308, 309}. Auch Gesellschaftsgläubiger erleiden durch

307 Vgl idZ OGH 22.12.1994, 2 Ob 591/94 SZ 67/238; statt vieler *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 382 ff.

308 Auch „Doppelschaden“ oder „mittelbarer Schaden“ genannt (vgl nur *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 382 mwN; *Cahn* in KK-AktG⁴ § 93 Rz 237; *Kalss*, ÖBA 2000, 641 [643]; *Grunst*, Der Geschäftsleiter 58 mwN).

309 Vgl zum Reflexschadenproblem RIS-Justiz RS0023933; RS0029390; aus der Lit zB *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 387 ff (Stand

jede Verringerung des Gesellschaftsvermögens (Insolvenzmasse) einen (bloßen) Vermögensschaden, soweit ihre Forderung nicht mehr von der Insolvenzmasse gedeckt ist, weil sich dadurch die Befriedigungsquote ihres (Nominal-)Anspruchs entsprechend verringert (Quotenschaden).³¹⁰ Bei diesen Gesellschafter- und Gläubigerschäden handelt es sich wie gesagt um bloße Vermögensschäden.³¹¹ Da die Organmitglieder nur mit der Gesellschaft in einer schuldrechtlichen Sonderbeziehung³¹² stehen,³¹³ richtet sich der Schadenersatz nach allgemeinem Deliktsrecht.

2. Schutzgesetzverletzung als mögliche Anspruchsgrundlage

Von den möglichen Anspruchsgrundlagen³¹⁴ für den deliktischen Ersatz bloßer Vermögensschäden ist hier vor allem die Verletzung von Schutzgesetz-

01.09.2022); *U. Torggler*, JBl 2003, 747 (750 f); *ders.*, GesR Rz 480 ff; *Trenker*, GesRZ 2014, 10 (12 f) mwN; *Feltl* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 9/122; *Koppensteiner*, RdW 2022, 822 (823); für Deutschland zB *Kowalski*, Der Ersatz von Gesellschafts- und Gesellschafterschaden 3 und *passim*; *Wiedemann*, GesR I 238 (charakteristische Folge der vermögensrechtlichen Selbstständigkeit der juristischen Person); *Baums*, Geschäftsleitervertrag 215 ff; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 323; nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 404 (Stand 01.10.2023). S dazu noch unten Fn 332.

- 310 Vgl *Trenker*, JBl 2018, 354 (355 f). Der Gesellschaftsschaden (Betriebsverlust) und der (reflexive) Gläubigerschaden (Quotenschaden) müssen sich aber (trotz Reflexzusammenhangs) nicht decken (und tun es idR auch nicht). Denn wegen der Überschuldung wirken sich Vermögensbewegungen unterschiedlich stark auf die Rechtsstellung der Gesellschaft einerseits und der Gläubiger andererseits aus (ausf dazu *Trenker*, JBl 2018, 354 ff, 434 ff). Hier werden zunächst jene Schäden der Gläubigersamtheit *in statu cridae* ausgeblendet, denen kein Schaden der Gesellschaft gegenübersteht (zB durch Zahlung einer Verbindlichkeit gegenüber einem Gläubiger). Auch für solche Schäden ordnet das Gesetz den Ersatz (nur) gegenüber der Gesellschaft an (vgl für Zahlungen nach Insolvenzreife § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und § 84 Abs 3 Z 6 AktG) und fingiert insoweit zum Zweck einer gleichmäßigen Schadensliquidation einen Schaden der Gesellschaft (s noch insb bei Fn 371). Da es sich dabei aber um einen gesetzgeberischen Eingriff handelt, bleibt er hier außer Betracht, weil hier zunächst die allg schadenersatzrechtliche Beurteilung beleuchtet werden soll. S dazu noch bei Fn 370.

- 311 Vgl zB *Rüffler*, JBl 2011, 69 (72); *Trenker*, GesRZ 2014, 10 (13).

- 312 Vgl nur *U. H. Schneider* in *Scholz*, GmbHG¹¹ § 43 Rz 14 mwN.

- 313 Sog Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse. Vgl im vorliegenden Zusammenhang *G. Frotz*, GesRZ 1982, 98 (98): „Konzept der relativen Organpflichten“; *Kalss* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 73 (74); *Grigoleit/Tomasic* in *Grigoleit*, AktG² § 93 Rz 159 ff; *Eckhold*, Materielle Unterkapitalisierung 621.

- 314 Die vorsätzliche sittenwidrige Schädigung gem § 1295 Abs 2 ABGB kann hier vernachlässigt werden (allg dazu RIS-Justiz RS0016754; *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 417 ff [Stand 01.09.2022]; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 34). Denn Fälle, in denen der Geschäftsführer Dritte ab-

zen³¹⁵ iSd § 1311 ABGB bedeutsam. Schutzgesetze sind (in der gesamten Rechtsordnung verstreute) konkrete Verhaltensanordnungen, die ein Verhalten schon wegen seiner abstrakten Gefährlichkeit verbieten.³¹⁶ Eine Organaußenhaftung wegen Schutzgesetzverletzung setzt zunächst einmal voraus, dass das einzelne Organmitglied (persönlich), und nicht etwa die Gesellschaft Adressat(in) der Verhaltenspflicht ist.³¹⁷ Richtet sich eine Verhaltenspflicht nämlich an die Gesellschaft und ist das Organmitglied nur in seiner Funktion als organschaftlicher Vertreter angesprochen, dann wird eine in Ausübung der ihm übertragenen Tätigkeit begangene Pflichtverletzung der Gesellschaft zugerechnet und (schon) dadurch eine Außenhaftung ausgeschlossen.³¹⁸ Diese Fälle³¹⁹ haben mit dem Prinzip der Haftungskon-

sichtlich sittenwidrig schädigt, haben praktisch eher Seltenheitswert (vgl. *G. Frotz*, GesRZ 1982, 98 [102]). Zu den übrigen Anspruchsgrundlagen für eine Außenhaftung allg unten Fn 400 ff.

- 315 Grundl *Karollus*, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung (1992) 90 ff; allg auch *Karner* in KBB⁷ § 1311 Rz 3; *Koziol*, Haftpflichtrecht II³ A/3/1 ff; *Welser/Zöchling-Jud*, Grundriss II¹⁴ Rz 1398; allg zur Ersatzfähigkeit bloßer Vermögensschäden RIS-Justiz RS0022813; *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/8, 2/328 und *passim*; im vorliegenden Zusammenhang *Kalss* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 73 (83); *Rüffler*, GES 2010, 113 (114); *ders*, JBl 2011, 69 (72); für Deutschland zB *Verse*, ZHR 170 (2006) 398 ff. S auch noch allg unten bei Fn 404.
- 316 Vgl nur *Karollus*, Haftung aus Schutzgesetzverletzung 92 f; *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1311 Rz 4a; im vorliegenden Zusammenhang *Kalss* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 73 (83).
- 317 Vgl *Kalss* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 73 (83); *Koppensteiner*, GES 2015, 379 (380); *Duursma-Kepplinger* in *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Hdb GesR Rz 2961; *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 220; *Bisson*, GmbHR 2005, 1453 (1454).
- 318 Vgl *Duursma-Kepplinger* in *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Hdb GesR Rz 2961; *Kalss* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 73 (81 f); *G. Frotz*, GesRZ 1982, 98 (105) mwN; *Völkl*, ÖJZ 2011, 703 (705 f); ähnlich OGH 30.08.2016, 8 Ob 62/16z.
- 319 Durch die Verletzung solcher Verhaltenspflichten erleidet zunächst der Dritte einen Schaden, nicht aber die Gesellschaft (*Medicus*, ZGR 1998, 570 [578]). Die Gesellschaft erleidet (erst) durch die Zurechnung des schädigenden Organverhaltens einen Schaden, weil sich dadurch das Gesellschaftsvermögen verringert (durch Belastung mit einer Verpflichtung [sog Haftungs-schaden; vgl zB *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/8]). Der Dritte wird also nicht geschädigt durch eine Verminderung des Gesellschaftsvermögens, die gleichsam zu einer reflexiven „Verdoppelung“ des Schadens führt (vgl *Kowalski*, Ersatz von Gesellschafts- und Gesellschafterschaden 2; OGH 22.12.1994, 2 Ob 591/94 SZ 67/238). Vielmehr ist (umgekehrt) erst die Schädigung des Dritten die Ursache für die Verminderung des Gesellschaftsvermögens (infolge der Verhaltenszurechnung); diese Verminderung des Gesellschaftsvermögens belastet den Dritten aber nicht (außer er war schon vorher Gläubiger oder Gesellschafter), sondern kommt ihm als Schadensliquidation gerade zugute (s auch *Rottkemper*, Deliktische Außenhaftung 24). MaW wird also der (einzige) Schaden des Dritten durch die Zurechnung des Organ-

zentration nicht unmittelbar etwas tun (werden zT aber ebenfalls dem Begriff der Innenhaftung zugeordnet)^{320, 321}. Sie sind vielmehr Ausdruck der Tatsache, dass die Gesellschaft als juristisches Gebilde nicht selbst handlungsfähig ist, sondern Organe benötigt, deren Verhalten im Rahmen ihres organschaftlichen Tätigkeitsbereichs der Gesellschaft zugerechnet wird.³²² Ist die Verhaltenspflicht dagegen an das Organmitglied persönlich gerichtet,³²³ kommt es (als weiteren Prüfschritt) auf den (insb personalen)³²⁴ Schutzzweck der Pflicht an.³²⁵ Genauer gesagt stellt sich die Frage, ob die Verhaltenspflicht³²⁶ nur die Gesellschaft oder auch die Gesellschafter und/oder die Gesellschaftsgläubiger zu schützen bezweckt.³²⁷ Für die Beantwortung dieser Frage ist es zweckmäßig, nach dem (möglichen) Schutzadressaten zu unterscheiden:

verhaltens zu einem Schaden der Gesellschaft (dem Haftungsschaden). Im Unterschied zu den bei der Haftungskonzentration behandelten Fällen (mittelbarer Drittschaden infolge Verminderung des Gesellschaftsvermögens) existiert hier immer nur *ein* Schaden, der durch die Verhaltenszurechnung bloß verlagert wird. Davon wieder zu unterscheiden sind jene Schäden, die die *bestehenden* Gesellschaftsgläubiger (und Gesellschafter) mittelbar durch die Verminderung des Gesellschaftsvermögens infolge der gerade besprochenen Verhaltenszurechnung erleiden. Ihr Schaden ist tatsächlich das Resultat einer Verminderung des Gesellschaftsvermögens. Der Schaden der Gesellschaft besteht wie gesagt in der Belastung des Gesellschaftsvermögens mit einer Schadenersatzpflicht (Haftungsschaden) oder einem sonstigen Vermögensabfluss (*Duursma-Kepplinger* in *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Hdb GesR Rz 2961; *Medicus*, ZGR 1998, 570 [578]). Ob die Organmitglieder für *diesen* Schaden direkt gegenüber den (bestehenden) Gläubigern haften, ist wieder anhand der im Fließtext genannten Kriterien (Pflichtadressat und Schutzzweck) zu prüfen. Pflichtadressat ist hier das Organmitglied: Wenn es nicht dafür sorgt, dass die Gesellschaft ihre Pflichten einhält (sog externe Pflichtenbindung; vgl hier nur *Fleischer* in *MüKo GmbHG*⁴ § 43 Rz 21; *Felzl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 38 mwN; s auch *Grunst*, Der Geschäftsleiter 58 ff), verletzt es im Innenverhältnis (gegenüber der Gesellschaft) seine Pflicht zur sorgfältigen Unternehmensleitung mitsamt der Legalitätspflicht. Insoweit käme eine Außenhaftung (im Gegensatz zur oben erläuterten Konstellation) also grundsätzlich in Betracht. Zu klären bliebe aber noch die (zweite) Frage, ob diese Organpflichten (vorrangig) den Schutz der Gesellschafter und/oder der Gesellschaftsgläubiger bezwecken. Dazu sogleich im Fließtext.

320 Vgl zB *Freitag/Korch*, GmbHR 2013, 1184 (1185).

321 Vgl auch *Duursma-Kepplinger* in *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Hdb GesR Rz 2961; *G. Frotz*, GesRZ 1982, 98 (99).

322 S schon oben Fn 168.

323 *Verse* (ZHR 170 [2006] 398 [401 ff]) unterscheidet grob zwischen Allgemeindelikten (von jedermann zu beachtende Pflichten) und Sonderdelikten (Pflichten, die Organwalter gerade in dieser Eigenschaft treffen). Vgl auch *Freitag/Korch*, GmbHR 2013, 1184 (1185).

324 Vgl im vorliegenden Zusammenhang näher *Rüffler*, GES 2010, 113 (114) mwN.

325 Vgl *Kalss* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 73 (83); *Rüffler*, GES 2010, 113 (114); vgl bereits *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 84 Anm 30 (S 317).

326 Hier also die „Obliegenheiten“ iSd § 25 Abs 2 f GmbHG und § 84 Abs 2 f AktG.

327 Vgl *Koppensteiner*, GES 2015, 379 (389).

a) Aktionärsschäden

Wie oben ausführlich dargestellt, war bereits im (weit überwiegenden) Schrifttum³²⁸ und in der ROHG-Rsp³²⁹ zum ADHGB 1861 anerkannt, dass einzelne Aktionäre nicht unmittelbar ersatzberechtigt sind. Auch heute verneinen Lehre³³⁰ und Rsp³³¹ einhellig die Ersatzfähigkeit bloßer Reflexschäden³³² der Gesellschafter in Form einer Verringerung des Werts (ggf Kurses) ihrer Beteiligung, die ihre Grundlage in einer Verminderung des Gesellschaftsvermögens hat.³³³ Für eine direkte Ersatzpflicht fehle der Rechtswidrigkeitszusammenhang,³³⁴ denn die verletzten Organpflichten schützten nur die Gesellschaft, nicht die dahinterstehenden Gesellschafter. Vor allem aber spricht der Grundsatz der Vermögensbindung gegen eine direkte Liquidation von Reflexschäden.³³⁵ Könnten nämlich neben der Gesellschaft auch Aktionäre den Ersatz

328 S oben Fn 197.

329 S oben Fn 194.

330 Statt vieler nur *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 387 ff mwN (Stand 01.09.2022); *Felzl* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 9/122; rechtsvergleichend *Kalss/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 25 (77 f); s auch die Nw in Fn 309 und 384.

331 OGH 22.12.1994, 2 Ob 591/94 SZ 67/238; vgl auch RIS-Justiz RS0023933; RS0029390; RS0059432 und die dort zitierte E; für Deutschland BGH 10.11.1986, II ZR 140/85 WM 1987, 13 ff; *Baums*, ZGR 1987, 554 ff.

332 S schon Fn 309.

333 Ausdr § 117 Abs 1 Satz 2 dAktG für die gesetzlich angeordnete Außenhaftung der Organmitglieder gegenüber den Aktionären bei Schädigung durch vorsätzliche informelle Einflussnahme auf Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder zur Erlangung gesellschaftsfremder Sondervorteile (arg: „[...] *abgesehen von einem Schaden, der ihnen [sc den Aktionären] durch Schädigung der Gesellschaft zugefügt worden ist*“; vgl dazu auch AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 146 rSp). Gleiches wird ohne ausdr Anordnung auch für die österreichische Parallelnorm (§ 100 AktG) angenommen (s Fn 407 und die dort zitierten Nw).

334 Vgl *Reischauer* in *Rummel*, ABGB³ § 1295 Rz 7; *U. Torggler*, GesR II Rz 480 ff; zust *Trenker*, GesRZ 2014, 10 (13).

335 Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 33; *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/310; *Felzl* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 9/122; *Spindler* in *MüKo AktG*⁶ § 93 Rz 383; *Cahn* in *KK-AktG*⁴ § 93 Rz 237; *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 3 (Stand 01.09.2022); vgl auch die Nw in Fn 336. Schon das ROHG wendete in seinem Reformgutachten (abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 260) gegen ein unmittelbares Klagerecht ein, „*daß auch die Gläubiger an der Zuführung des betreffenden Schadensbetrages in das Grundkapital interessiert sind*“. Auch die Amtl-Begr dAktRNov 1884 (abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 447) begründet die alleinige Anspruchsberechtigung der Gesellschaft (iZm der Gründungshaftung) va damit, dass im Fall einer Entschädigung einzelner Zeichner die Gesellschaft selbst „*und mit ihr die überwiegende Mehrheit der Aktieninhaber und die Gläubiger*“ geschädigt blieben. Als weiteren Grund für die Haftungskonzentration nennen die Motive zum ADHGB 1884 die Verhinderung einer doppelten Schadensliquidation (AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 448: „[...] *der auf einen doppelten Ersatz [...] hinauslaufen würde*“). Vgl schon

von Schäden verlangen, die aus einer Verminderung des Gesellschaftsvermögens resultieren (und sollen die Organmitglieder nicht doppelt haften), dann würde der für die Gläubiger reservierte Haftungsfonds ausgehöhlt.³³⁶

Demgemäß ist eine exklusive Innenhaftung für (Reflex-)Schäden der Gesellschafter jedenfalls im Gläubigerinteresse geboten und hätte wohl keiner besonderen gesetzlichen Anordnung bedurft. Die Anordnung hat aber immerhin eine nicht zu unterschätzende Klarstellungs- und Rechtssicherheitsfunktion, wie auch der Meinungsstreit³³⁷ im älteren aktienrechtlichen Schrifttum bestätigt.

Gutachten ROHG, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 214, wonach „die Gesellschaftsorgane nicht zugleich der Gesellschaft und den Einzelaktionären neben einander haftbar sein können [...]“. Vgl bereits *Renaud*, Actiengesellschaften² (1875) 613; aus der jüngeren Lit etwa *Kalss*, ÖBA 2000, 641 (643); *Grigolet/Tomasich* in *Grigolet*, AktG² § 93 Rz 161. Außerdem wurde als Begründung genannt die gleichmäßige Befriedigung und Behandlung der Aktionäre (vgl *Hommelhoff* in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 53 [72]; aus der jüngeren Lit zB *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 115; *Fleischer* in *MüKo GmbHG*⁴ § 43 Rz 428; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG²¹ § 43 Rz 48; *Felzl* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 9/111; krit *Kowalski*, Der Ersatz von Gesellschafts- und Gesellschafterschaden 131 f. S dazu schon bei Fn 288). Diese Beweggründe haben angesichts der im Gläubigerinteresse zwingenden Vermögensbindung jedoch wohl untergeordnete Bedeutung (vgl *Kowalski*, Der Ersatz von Gesellschafts- und Gesellschafterschaden 132 ff, wonach sich der Grundsatz der Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens [wovon der Gläubigerschutz ein Unterfall sei; aaO 137] demgegenüber als „Zentralpunkt und roter Faden der Problematik von Reflexschäden an Gesellschaftsanteilen [erweist]“).

336 Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 33; *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 3 (Stand 01.09.2022); *Kalss*, ÖBA 2000, 641 (643); *Trenker*, GesRZ 2014, 10 (14); *Wiedemann*, GesR I 238; BGH 10.11.1986, II ZR 140/85 WM 1987, 13 ff; *Kowalski*, Der Ersatz von Gesellschafts- und Gesellschafterschaden 136; referierend *Baums*, ZGR 1987, 554 (558); *ders*, Geschäftsleitervertrag 217 f; so bereits *Lehmann*, Das Recht der Aktiengesellschaften II (1904, Neudruck 1964) 277. Eine unmittelbare Liquidation des Reflexschadens müsste wegen der zwingenden Vermögensbindung selbst im gedachten Fall unterbleiben, dass Organmitglieder gegenüber der Gesellschaft und den Gesellschaftern rechtswidrig handeln (was einen entspr Schutzzweck voraussetzt). Vgl dazu nur *U. Torggler*, GesR II Rz 482 mwN. Anklingend auch schon in der Denkschrift zum (nie in Kraft getretenen) österreichischen AktG-Entwurf idF Dezember 1900 (ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420 [S 19]), wonach „die von den Actionären für die Gesellschaft erhobenen Ersatzansprüche gleichzeitig zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger wirken, insofern als durch die Realisierung bestehender Ersatzansprüche auch der Befriedigungsfond für die Gläubiger der Gesellschaft vermehrt wird.“

337 S die Nw zu dieser Mindermeinung (Direkthaftung gegenüber den Aktionären) oben in Fn 197.

b) Gläubigerschäden

Dagegen lehrt die oben skizzierte Rechtsentwicklung, dass eine Direkthaftung der Organmitglieder gegenüber Gesellschaftsgläubigern früher durchaus umstritten war.³³⁸ Einig war man sich nur darin, dass sich diese Frage nur für die Verletzung von Gläubigerschutzpflichten (Kapitalerhaltung und Verbot von Zahlungen nach Insolvenzreife) stellte, aber nicht auch für bloß fehlerhafte („kulpöse“) Geschäftsführung.³³⁹ Einer direkten Haftung hielt man früher vor allem entgegen, dass die Organmitglieder mit den Gesellschaftsgläubigern in keinem Rechtsverhältnis stehen.³⁴⁰ Diese Begründung scheint aber – zumindest nach moderner schadenersatzrechtlicher Dogmatik – nicht zwingend, weil sie eine (deliktische) Haftung aufgrund Schutzgesetzverletzung nicht ausschließt.

Einen Schaden erleiden die Gesellschaftsgläubiger wie erwähnt nach allgemeinen Grundsätzen erst, wenn und soweit sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können (dh in der Gesellschaftsinsolvenz). Die heutige Lehre³⁴¹ streicht als zentrale Begründung für eine exklusive Binnenhaftung hervor, dass sie die Gleichbehandlung der Gläubiger in der Gesellschaftsinsolvenz (*par conditio creditorum*) gewährleiste: Wenn nur die Gesellschaft anspruchsberechtigt ist, könne der Insolvenzverwalter ihre Ersatzansprüche gegen Organmitglieder massevermehrend geltend machen, wodurch die Ansprüche mittelbar allen (reflexartig geschädigten) Insolvenzgläubigern gleichmäßig zugutekämen.³⁴² Dieses Argument verengt jedoch den Blick mE zu sehr auf das Insolvenzverfahren. Denn einer Außenhaftung in der masselosen Gesellschaftsinsolvenz steht das Gebot der Gläubigergleichbehandlung nicht entgegen.³⁴³ Im Übrigen ist die (materiell-rechtliche)

338 S dazu oben bei Fn 224.

339 S oben Fn 236.

340 Vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 463 (s Fn 297); so vielleicht schon Endemann, Handelsrecht² (1868) 315 (s Fn 232).

341 Vgl zB Karollus/Lukas, JBl 2004, 686 (693); Kalss in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Organhaftung 73 (74); Felzl/Told in Gruber/Harrer, GmbHG² § 25 Rz 5; Fleischer in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 428; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG²¹ § 43 Rz 48; Grigoleit/Tomasic in Grigoleit, AktG² § 93 Rz 160; Grigoleit, Gesellschaftshaftung 197; Eckhold, Materielle Unterkapitalisierung 622; Haas, WM 2006, 1417 (1424 f); Ehrlicke, ZGR 2000, 351 (381); Grunst, Der Geschäftsleiter 56; Duursma-Kepplinger in Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Hdb GesR Rz 2961.

342 Der Reformgesetzgeber von 1884 (s oben bei Fn 297) stützte sich soweit ersichtlich nicht auf den Aspekt der Gläubigergleichbehandlung.

343 In der masselosen Gesellschaftsinsolvenz könnte eine Direkthaftung der Gläubigergleichbehandlung sogar förderlicher sein. Immerhin begründete der Reformgesetzgeber von 1884 das Verfolgungsrecht der Gesellschaftsgläubiger (neben derersparris eines Exekutionstitels gegen die Gesellschaft) damit, dass „eine gleichmäßige Berücksichtigung der verschiedenen Gläubiger der Gesellschaft“ ermöglicht würde. Denn „derjenige Gläubiger hat den Erfolg vor den anderen Gläubigern für sich, der zuerst befriedigt wird“. Dagegen hätte bei der Forderungsexekution der-

Haftungskonzentration auch während eines laufenden Insolvenzverfahrens keine zwingende Voraussetzung für die Gewährleistung der Gläubigergleichbehandlung. Die Gleichbehandlung wäre nämlich auch (auf verfahrensrechtlichem Weg) dann gewahrt, wenn die Gesellschaftsgläubiger zwar neben der Gesellschaft unmittelbar ersatzberechtigt wären,³⁴⁴ ihre Ansprüche aber während des Insolvenzverfahrens nicht geltend machen könnten. Dies müsste der Gesetzgeber freilich besonders anordnen. In einem Teilbereich, der Insolvenzverschleppungshaftung, hat er das mit § 69 Abs 5 IO³⁴⁵ auch getan:³⁴⁶ Demnach können Insolvenzgläubiger ihre Schadenersatzansprüche gegen Organmitglieder aufgrund einer Verschlechterung der Insolvenzquote infolge der Verletzung der Insolvenzantragspflicht gem § 69 Abs 2 IO (Quotenschäden) erst nach rechtskräftiger Aufhebung des Insolvenzverfahrens geltend machen. Damit reagierte der Gesetzgeber auf einen Meinungsstreit in der Lehre: Die hL³⁴⁷ qualifiziert die Insolvenzantragspflicht als Schutzgesetz, das eine Außenhaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern begründe. Gegenstimmen³⁴⁸ wendeten ein, dass das Nebeneinander von Gesellschafts- und Gläubigeransprüchen zu einer ungleichen Befriedigung führen könne. Dieses Problem hat § 69 Abs 5 IO zwar gelöst, für alle anderen (kongruenten) Schäden fehlt jedoch eine vergleichbare Anordnung. Im Aktienrecht normiert zwar § 84 Abs 5 Satz 4 AktG³⁴⁹ ganz allgemein, dass das Recht der Gläubiger während eines Insolvenzverfahrens vom

jenige Gläubiger den Vorrang vor den anderen Gläubigern, „*welcher im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes zuerst die Pfändung bewirkt*“ (AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 463). Man kann diese Motivenstelle wohl so verstehen, dass das Vorstandsmitglied – mangels exekutionsrechtlichen Zahlungsverbots – zumindest theoretisch die Möglichkeit hat, die Gesellschaftsgläubiger (freiwillig) gleichmäßig zu befriedigen (arg: „*eine gleichmäßige Berücksichtigung [...] zu ermöglichen*“). Gleiches müsste dann für unmittelbare Ersatzansprüche der Gesellschaftsgläubiger gelten.

344 Man könnte in diesen Fällen wegen der Parallelität von Innen- und Außenhaftung trotz Schadenskongruenz von einer Doppelhaftung sprechen (vgl zB Schummer in FS Koppensteiner [2001] 211 [212]). Dieser Begriff wurde im Schrifttum auch in anderem Zusammenhang benutzt: Schlegelberger et al (AktG³ [1939] § 84 Anm 30 [S 317 f]) und Schilling (in Großkomm AktG² [1961] § 84 Anm 74 [S 571]) verstanden darunter (nur) die Haftung gegenüber der Gesellschaft und Dritten, auch für einen den Gesellschaftsschaden übersteigenden (dh inkongruenten) Schaden. So offenbar auch G. Frotz, GesRZ 1982, 98 (99).

345 S dazu iZm der (überwiegend bejahten) Außenhaftung wegen Insolvenzverschleppung ausf unten S 101 ff.

346 Vgl auch § 92 InsO (insoweit in seiner Sperrfunktion [dazu statt vieler K. Schmidt in K. Schmidt, InsO²⁰ § 92 Rz 7 mwN; Gehrlein in MüKo InsO⁴ § 92 Rz 14]).

347 S die Nw in Fn 502.

348 S die Nw in Fn 507.

349 Vgl auch § 56 Abs 2 AktG und § 101 Abs 1 Satz 3 AktG (s dazu noch im AG-Teil unten bei Fn 3206).

Insolvenzverwalter ausgeübt wird.³⁵⁰ Mit dem „Recht der Gläubiger“ meinte der historische Aktiengesetzgeber aber keine allgemein begründete Außenhaftung, sondern das Verfolgungsrecht gem § 84 Abs 5 Satz 1 AktG, das der Gesetzgeber des AktG 1937/1938 wohl (mE zu Unrecht)³⁵¹ als Grundlage einer Außenhaftung verstand.³⁵² Für die Frage einer *allgemeinen* Außenhaftung kraft Schutzgesetzverletzung muss § 84 Abs 5 Satz 4 AktG deshalb außer Betracht bleiben. Das GmbHG kennt keine vergleichbare Vorschrift, weil die Gesetzesverfasser das aktienrechtliche Verfolgungsrecht (das sie ebenfalls als Direkthaftung verstanden) ablehnten.³⁵³ Im Übrigen wäre es außerdem mit der Suspendierung der Durchsetzung von (angenommenen) Gläubigeransprüchen während des Insolvenzverfahrens noch nicht getan. Eine konzentrierte und gleichmäßige Liquidation aller mittelbaren Gläubigerschäden über die Gesellschaft (die Insolvenzmasse) durch den Insolvenzverwalter setzt nämlich auch voraus, dass (auch) die Gesellschaft (Masse) überhaupt selbst einen Anspruch (in voller Höhe) gegen Organmitglieder hat, den der Insolvenzverwalter geltend machen kann.³⁵⁴ Dafür bieten sich zwei Wege an: Entweder könnten die Individualansprüche der Gläubiger dem Insolvenzverwalter zur Geltendmachung übertragen werden.³⁵⁵ § 69

350 Diese Anordnung geht zurück auf § 171 Abs 2 dHGB 1897 (vgl auch § 171 Abs 2 UGB) zur Kommanditistenhaftung: „*Ist über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet, so wird während der Dauer des Verfahrens das den Gesellschaftsgläubigern nach Abs. 1 [sc Haftung der Kommanditisten gegenüber den Gläubigern der KG] zustehende Recht durch den Konkursverwalter ausgeübt.*“ Das RG wendete § 171 Abs 2 dHGB 1897 auch auf die Haftung von Vorstandsmitgliedern an, weil die ältere (deutsche) Lehre und Rsp das Verfolgungsrecht der Gesellschaftsgläubiger (§ 241 Abs 4 Satz 1 dHGB 1897) als Direkthaftung verstand. Der Gesetzgeber des AktG 1937/1938 schrieb diese Rsp sodann mit § 84 Abs 5 Satz 4 AktG nieder. S dazu noch ausf im AG-Teil unten bei Fn 3206 und S 851 ff.

351 S dazu und allg zur Rechtsnatur des Verfolgungsrechts noch im AG-Teil unten S 798 ff.

352 Qualifiziert man § 84 Abs 5 Satz 1 AktG mit der mE zutr hÖL als bloße Einziehungsermächtigung (statt aller hier nur *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 428 ff; *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/559; *Ch. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 84 Rz 35; anders die hdL, vgl statt aller nur *Koch in Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 170 f), dann ordnet § 84 Abs 5 Satz 4 AktG eine Sperre für *diese* Einziehung durch die Gläubiger an.

353 Vgl EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 62; AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92) Nr 660 3750. Dazu und zur (mE gebotenen) analogen Anwendung des Verfolgungsrechts auf die GmbH unten bei Fn 497.

354 Bei manchen Quotenschäden geht der Gesetzgeber über die Erhaltung oder Übertragung von Ansprüchen auf den Insolvenzverwalter (s sogleich im Fließtext) noch hinaus und fingiert sogar einen Gesellschaftsschaden in Höhe der Quotenschmälerung, um sämtliche Schäden der Gesamtgläubigerschaft (Quotenschäden) zentralisiert über die Insolvenzmasse liquidieren zu können. S dazu noch unten bei Fn 372 und Fn 526.

355 Vgl § 92 InsO (insoweit in seiner *Ermächtigungsfunktion* [dazu statt vieler *K. Schmidt in K. Schmidt*, InsO²⁰ § 92 Rz 7 mwN; *Gehrlein in MüKo InsO*⁴ § 92 Rz 15]). Vgl auch

Abs 5 IO ordnet solches mE nicht unmittelbar an (so aber nun die hL³⁵⁶), sondern setzt anscheinend nur voraus, dass die Gesellschaft (noch) einen ungeschmälernten Anspruch hat, den der Insolvenzverwalter einziehen kann.³⁵⁷ § 84 Abs 5 Satz 4 AktG muss aus den oben genannten Gründen wieder außer Betracht bleiben.³⁵⁸ Das GmbH-Recht kennt keine vergleichbare Regel, weil es weder ein Verfolgungsrecht noch eine Direkthaftung vorsieht,³⁵⁹ welche(s) auf den Insolvenzverwalter übertragen werden könnte. Als alternative Variante könnte das Gesetz anordnen, dass Dispositionen (Verzicht, Vergleich etc) über den Anspruch der Gesellschaft gegenüber dem Insolvenzverwalter unwirksam sind, sodass dieser den Gesellschaftsanspruch ungeschmälert (in derselben Höhe wie ein angenommener Gläubigeranspruch) einziehen könnte. Derartiges ordnen für die GmbH zwar § 10 Abs 6 GmbHG und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG an, diese Dispositionsbeschränkungen sind aber erklärtermaßen Korrektive für die Haftungskonzentration, weil die GmbHG-Verfasser eine Direkthaftung wie erwähnt abgelehnt haben.³⁶⁰ Auch sie müssen hier daher streng genommen außer Betracht bleiben. Zu guter Letzt müsste der Gesetzgeber unabhängig vom Gleichbehandlungsproblem (für den Fall der masselosen Insolvenz) wohl

Grigoleit, Gesellschafterhaftung 197 (s Fn 376); vgl idZ auch Eckhold, Materielle Unterkapitalisierung 623.

356 Eine solche Aussage leitet die hL aus § 69 Abs 5 IO ab (vgl statt vieler referierend mwN [und selbst abl] *Trenker*, JBl 2018, 354 [366 ff]). S noch Fn 373 und Fn 554.

357 Vgl EBRV 124 BlgNR 22. GP 17: „Neben den durch die Konkursverschleppung nur mittelbar geschädigten Gläubigern hat nämlich auch die juristische Person [...] eigene Ansprüche (insbesondere nach § 25 GmbHG, § 84 AktG) wegen der durch die verspätete Konkursantragstellung verursachten Verluste und der Masseschmälerung. Diese Ansprüche haben zumindest die gleiche Höhe wie die Summe der potentiellen Quotenschäden der Gläubiger.“

358 Ähnlich schon *Harrer*, Haftungsprobleme 62. Meines Erachtens reduziert sich der Gehalt von § 84 Abs 5 Satz 4 AktG übrigens ohnehin auf eine bloße „Sperrfunktion“ (Ausschluss einer parallelen Anspruchsverfolgung während des Insolvenzverfahrens [vgl dazu nur *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 174]), wenn man das Verfolgungsrecht mE zutr als bloße Ermächtigung zur Einziehung des (einzigen) Gesellschaftsanspruchs versteht (s Fn 352). Der Gläubigerschutz während eines Insolvenzverfahrens wird dann mE systemkonform (nämlich als Korrektiv für die Haftungskonzentration [wie im GmbH-Recht]) dadurch gewahrt, dass anspruchsmindernde Dispositionen der Gesellschaft auch gegenüber dem Insolvenzverwalter unwirksam sind (§ 84 Abs 5 Satz 3 AktG analog [arg: „Den Gläubigern gegenüber“]; dazu noch ausf im AG-Teil unten S 851 ff). Hierfür gilt dann das zu den GmbH-rechtlichen Dispositionsbeschränkungen Ausgeführte (sogleich im Fließtext). Demgegenüber versteht die hÖL § 84 Abs 5 Satz 4 AktG (unter der Prämisse einer Einziehungsermächtigung) dahingehend, dass die günstigere Einwendungslage der Gläubiger auf den Insolvenzverwalter übertragen wird (vgl hier nur *Dellinger* in FS Frotz 187 [200]; *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 438).

359 S Fn 353.

360 S zu diesen Dispositionsbeschränkungen als Korrektive für die Haftungskonzentration noch ausf unten S 82 ff.

Vorsorge treffen für einen Ausgleich zwischen dem Anspruch der Gesellschaft und jenem ihrer Gläubiger.³⁶¹ Zwar fällt mit der Liquidation des Gesellschaftsschadens auch der mittelbare Gläubigerschaden weg,³⁶² das gilt aber nicht umgekehrt und im Verhältnis der Gläubiger untereinander, weil die Befriedigung eines oder mehrerer Gläubiger den Gesellschaftsschaden und den Schaden der übrigen Gläubiger unberührt ließe,³⁶³ weshalb eine doppelte (oder mehrfache) Liquidation des Schadens (und Inanspruchnahme der Organmitglieder) drohte.³⁶⁴ Insoweit greift auch § 69 Abs 5 IO zu kurz.³⁶⁵

Verneint man eine Direkthaftung gegenüber den Gläubigern nicht schon aus den bisherigen Gründen, müsste man sich weiter die Frage nach dem (vor allem personalen) Schutzzweck der jeweils verletzten Verhaltenspflichten stellen. Zweifellos bezwecken die Regeln über die Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung sowie das Verbot von Zahlungen nach Insolvenzreife und die Insolvenzantragspflicht den Schutz der Gesellschaftsgläubiger. Allerdings sind bloß mittelbare Schäden (Reflexschäden) im Allgemeinen nicht vom Rechtswidrigkeitszusammenhang erfasst.³⁶⁶ Fraglich könnte aber sein, ob diese Pflichten (insb § 69 Abs 2 IO) wirklich *einzelne* Gläubiger schützen, oder aber (nur) die

361 Vgl idS wohl auch *Karollus*, ÖBA 2004, 628 (630), wonach § 69 Abs 5 IO eigentlich zu kurz greife, weil das Konkurrenzproblem mit den Gesellschaftsansprüchen genauso auch außerhalb eines Konkursverfahrens bestehe. Vgl auch *dens*, RdW 2006, 389 (396 Fn 65).

362 Vgl zB *Rüffler*, JBl 2011, 69 (70) mwN; s auch noch Fn 373 und *passim*.

363 Auf diese Schwierigkeiten könnten sich die Gesetzesverfasser des öGmbHG bezogen haben, als sie eine Direkthaftung der Geschäftsführer gegenüber den Gesellschaftsgläubigern (als eine solche verstanden sie nämlich das Verfolgungsrecht gem § 241 Abs 4 Satz 1 dHGB 1897 [s schon Fn 353]) ua mit der Begründung ablehnten, dass dies zu „*unlösbaren rechtlichen Komplikationen*“ führen könnte (EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 62). Vgl idZ auch die krit Lit zum ADHGB 1861 (*Renaud*) iZm Aktionärsschäden oben S 42 ff.

364 Das Ausgleichsproblem stellt sich naturgemäß nicht, wenn die Gesellschaftsgläubiger nur den Anspruch der Gesellschaft geltend machen (sei es nun exekutiv oder mittels Verfolgungsrechts gem § 84 Abs 5 AktG). Es stellt sich auch dann nicht, wenn man das Verfolgungsrecht der Gesellschaftsgläubiger (mE unzut) als eigenen Ersatzanspruch der Gläubiger (materiell-rechtliche Anspruchsvervielfältigung) einordnet, dessen Bestand (Höhe) allerdings mit dem Gesellschaftsanspruch korrespondiert (so die hL; vgl hier nur *Koch in Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 170 f, Rz 173 [„*Akzessorietät*“ mit dem Gesellschaftsanspruch]). Diese dogmatische Einordnung ist mE zwar unrichtig, sie zeigt aber, dass eine Direkthaftung für mittelbare Gläubigerschäden nicht ausgeschlossen ist, sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind.

365 S Fn 361.

366 S zu Gesellschafterschäden oben bei Fn 334. Zu Reflexschäden der Gläubiger (Quotenschäden) auch *Trenker*, JBl 2018, 354 (356) mwN, der aber für die Insolvenzantragspflicht mit der hM trotzdem (auch wegen der Implikation des § 69 Abs 5 IO) annimmt, dass es sich um ein Schutzgesetz handelt, das auch den Schutz der reflexartig geschädigten Gesellschaftsgläubiger bezweckt (s noch unten S 103 ff).

Gesamtgläubigerschaft (oder die Masse).³⁶⁷ Ob gemäß diesen Überlegungen eine Direkthaftung auf Schutzgesetzbasis begründbar ist, kann an dieser Stelle nicht abschließend beurteilt werden. Eine Direkthaftung könnte wohl noch für jene Gläubigerschäden (Quotenschäden) angenommen werden, denen von vornherein kein Gesellschaftsschaden (sog Betriebsverlust)³⁶⁸ entspricht (insb bei Zahlung von Gesellschaftsverbindlichkeiten)^{369, 370}. Obwohl eine Außenhaftung in diesen Fällen denkbar wäre, normiert der Gesetzgeber auch für solche Schäden eine Innenhaftung, nämlich konkret für Zahlungen nach Insolvenzreife gem § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und § 84 Abs 3 Z 6 AktG (was die hM auf jedwede Masseschmälerung ausdehnt).³⁷¹ Insoweit schließt der Gesetzgeber nicht nur eine Außenhaftung aus, sondern fingiert im Interesse der (eigentlich allein geschädigten) Gesellschaftsgläubiger sogar einen Gesellschaftsschaden,³⁷² um (alle) Quotenschäden (den Gesamtschaden) konzentriert und

367 Für einen Schutz der Gesamtgläubigerschaft *Harrer*, Haftungsprobleme 57; *Schummer* in FS Koppensteiner (2001) 211 (219 ff); vgl auch *Duursma-Kepplinger* in *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Hdb GesR Rz 2961 aE, 3006 und *passim*; vgl idZ auch EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 62 (s auch Fn 517). Mit gegenteiliger Schlussfolgerung (Direkthaftung gegenüber Gläubigern) als Argument gegen die Ersatzfähigkeit von Vertrauensschäden der Neugläubiger (s noch bei Fn 547) *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 36.

368 Der Gesellschaftsschaden wird auch „Betriebsverlust“ genannt, der Gläubigerschaden „Quotenschaden“ (vgl zB *Trenker*, JBl 2018, 354 [357]; *Dellinger*, Geschäftsführerhaftung 234 mwN).

369 Leistet die Gesellschaft (durch ihren Geschäftsführer) nach Insolvenzreife noch Zahlungen (dazu sogleich im Fließtext), befriedigt sie also Gesellschaftsgläubiger, dann verringert sich für alle unbefriedigten Gläubiger der Haftungsfonds und damit ihre Quote (Quotenschaden). Für die Gesellschaft bewirkt die Zahlung hingegen nur eine (ergebnisneutrale) Bilanzverkürzung (Tilgung von Passiva durch Verwendung von Aktiva). Vgl dazu OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k Pkt 2.1; aus der Lit zB *Dellinger*, Geschäftsführerhaftung 234 f; *Karollus* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz 1145 (1171); *Schummer* in FS Koppensteiner (2001) 211 (215); *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 613 (614); *Csoklich*, ZIK 2018, 8 (9).

370 Vgl dazu bereits *von Hahn*, ADHGB I³ (1877) 745 f (iZm der Haftung von Vorstandsmitgliedern auch gegenüber Gesellschaftsgläubigern gem Art 241 ADHGB 1861 [s oben Fn 221]) mit dem Argument, dass der Gesellschaft nicht aus allen „*Vorschriften dieses Titels*“ zuwiderlaufenden Handlungen ein Schaden erwachsen könne. Das gelte gerade für das in Art 241 Abs 2 ADHGB 1861 genannte Verbot, Zahlungen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zu leisten, das offenbar die Gläubiger im Auge habe. Vgl auch *Schummer* in FS Koppensteiner (2001) 211 (215) mwN; allg *Verse*, ZHR 170 (2006) 398 (414); unter Hinweis auf diesen *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 220, wonach eine Außenhaftung sehr wahrscheinlich vom Schutzzweck umfasst ist, wenn das Binnenhaftungskonzept (uU mangels Schadens) versagt (zB § 69 IO); ähnlich bei Schadensinkongruenz *Kalss* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 73 (75).

371 S dazu noch unten Fn 529 mwN.

372 OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k; aus der Lit *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 5 und 14 mwN; *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 613 (614 ff); *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (43 Fn 59); *Trenker*,

gleichmäßig über das Gesellschaftsvermögen (die Insolvenzmasse) liquidieren zu können (zumindest während eines laufenden Insolvenzverfahrens).³⁷³

Diese Überlegungen sollen aufzeigen, dass eine allgemein begründete Außenhaftung bei Verletzung von Gläubigerschutzvorschriften (anders als bei Reflexschäden der Gesellschafter) nicht schon kategorisch ausgeschlossen ist. Das Gebot der Gläubigergleichbehandlung steht dem nicht entgegen, würde aber gesetzliche Begleitregelungen erfordern.³⁷⁴ Solche Regelungen vorausgesetzt, wäre die Situation während eines Insolvenzverfahrens praktisch nicht anders als bei Haftungskonzentration.³⁷⁵ Was die Haftungskonzentration durch die materiell-rechtliche Anspruchszuordnung erreicht, müsste ohne Haftungskonzentration eben auf (insolvenz-)verfahrensrechtlichem Wege gleichsam nachgebildet werden.³⁷⁶ Auch in der masselosen In-

JBl 2018, 354 (358) mwN; *Karollus in Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz 1145 (1148 [Fn 1], 1168, 1171); *ders*, ÖBA 2004, 628 (630); v *Gerkan*, ZHR 154 (1990) 39 (44); vgl bereits *Wiener*, Entwurf 100; aA (aber iE gleich) *Binder in Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung² Rz 3/50, 3/67, wonach der Schaden der Gesellschaft darin bestehe, dass durch die verspätete Insolvenzanmeldung und die in der Zwischenzeit geleisteten Zahlungen tatsächlich die Insolvenzmasse geschmälert wurde und es einer Interpretation als gesetzlich normierte Schadensfiktion nicht bedürfe. Auf den Streit über die Rechtsnatur des Anspruchs (Erstattungsanspruch oder Schadenersatzanspruch) muss hier nicht eingegangen werden. Abw auch *Dellinger*, Geschäftsführerhaftung 235 f, der den Schaden der Gesellschaft darin sieht, dass die mit der Zahlung beglichene Forderung eines Gläubigers in Wahrheit einen weit geringeren Wert als den Nominalwert hat, weshalb die Gesellschaft mehr zahle, als die Forderung wert sei (dagegen *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 613 [614 f]).

373 Vgl OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k Pkt 2.1; *Dellinger*, Geschäftsführerhaftung 234 ff; *dens in Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 68 (Stand 01.12.2005); zust *Binder in Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung² Rz 3/50; *Karollus in Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz 1145 (1148 [Fn 1], 1171); prägnant *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 613 (614 f und *passim*; 615: „um die ‚haftungskanalisierende‘ Liquidation dieser ‚Schädigung‘ über das Gesellschaftsvermögen zu ermöglichen“); *Trenker*, JBl 2018, 354 (358, 368 und *passim*). Zum selben Ergebnis führt eine Regelung, die den Insolvenzverwalter zur Geltendmachung der Quotenschäden ermächtigt (vgl § 92 InsO). Einen solchen Normgehalt misst die hL nun auch § 69 Abs 5 IO bei (referierend mwN [und selbst abl] *Trenker*, JBl 2018, 354 [366 ff]; s noch Fn 554).

374 Vgl in ähnlichem Zusammenhang auch *Mertens in FS Fischer* 461 (467), nach dem die Abschaffung des Prinzips der Haftungskonzentration nur unter flankierenden Maßnahmen vertretbar wäre, die wiederum allein vom Gesetzgeber selbst ausgehen könnten (iZm Gesellschafterschäden).

375 Mit dem (konzeptionellen) Unterschied allerdings, dass ohne Haftungskonzentration tatsächlich Gläubigeransprüche bestehen, und *nur* deren Durchsetzung suspendiert wäre, während die Gläubiger im System der Haftungskonzentration schon gar keine Ansprüche haben. S auch sogleich Fn 376.

376 Vgl idZ zu §§ 92 ff InsO (s Fn 355) *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung 197, demzufolge der Gedanke der Haftungskanalisation im Hinblick auf das Insolvenzverfahren auch durch §§ 92 ff InsO verwirklicht wird. Im Kapitalgesellschaftsrecht sei die

solvenz wäre der Unterschied einer Direkthaftung zur Haftungskonzentration primär ein konzeptioneller, wenn man das Verfolgungsrecht der Gesellschaftsgläubiger (§ 84 Abs 5 Satz 1 AktG) in den Blick nimmt.³⁷⁷ Dass die oben skizzierten Begleitbestimmungen allerdings (jedenfalls flächendeckend) fehlen, spricht tendenziell dagegen, dass sich eine Direkthaftung von Organmitgliedern gegenüber Gesellschaftsgläubigern für mittelbare Schäden infolge einer Verminderung des Gesellschaftsvermögens (der Insolvenzmasse) auch schon aus dem allgemeinen Schadenersatzrecht begründen ließe.³⁷⁸ Dagegen sprechen nach dem Gesagten die Gefahr einer mehrfachen Schadensliquidation und das Gebot der Gläubigergleichbehandlung.

Allerdings ist zu bedenken, dass auch eine exklusive *Innenhaftung* nicht ohne korrigierende Begleitbestimmungen auskommt und sich wohl (ebenfalls) nicht allgemein begründen lässt. Die Haftungskonzentration vermeidet zwar eine mehrfache Schadensliquidation und eine Ungleichbehandlung der Gläubiger, indem sie eine Direkthaftung diesen gegenüber ausschließt, sie setzt dafür aber voraus (da es nur *einen* Anspruch gibt), dass die Gesellschaft uU nur eingeschränkt über ihre Ersatzansprüche verfügen kann, nämlich soweit diese aus der Verletzung von Gläubigerschutzvorschriften resultieren und die Gläubiger sowie der Insolvenzverwalter daher auf die Gesellschaftsansprüche angewiesen sind (zu diesen Dispositionsbeschränkungen noch sogleich unten). So hat jedes der beiden Haftungssysteme seine Vor- und Nachteile, wobei Letztere jeweils passende gesetzliche Korrektive erforderlich machen (würden). Hier soll wie erwähnt nicht abschließend beurteilt werden, wie die Haftungsverhältnisse ohne spezialgesetzliche Modifikationen (dh auf Basis des allgemeinen Schadenersatzrechts) wären, denn der Gesetzgeber hat im GmbH- und Aktienrecht eine exklusive Innenhaftung (mitsamt den nötigen Begleitbestimmungen) gesetzlich festgeschrieben. Es sollte aber gezeigt werden, dass die Haftungskonzentration nicht alternativlos ist, wie die Alternative (Außenhaftung) dogmatisch begründbar wäre und wie sie beschaffen sein müsste (Begleitbestimmungen). Davon ausgehend wird sich unten noch zeigen, dass einer (angenommenen) Außenhaftung nicht nur entgegensteht, dass dadurch die (geltenden) Begleitbestimmungen für eine exklusive Innenhaftung überflüssig würden, sondern auch die nötigen Begleitbestimmungen für eine Außenhaftung (flächendeckend) fehlen.³⁷⁹ Wie man die Frage einer (allgemein begründeten) Direkthaftung

Haftungskanalisation aber (dem Insolvenzverfahren vorgelagert) durch die materiellrechtliche Anspruchszuweisung gewährleistet, sodass die §§ 92 ff InsO von vornherein außer Anwendung bleiben.

377 S dazu noch unten bei Fn 500.

378 Das hält allerdings die hM nicht davon ab, insb die Insolvenzantragspflicht gem § 69 Abs 2 IO trotz Schadenskongruenz als Schutzgesetz einzuordnen und eine Direkthaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern anzunehmen. Dazu noch unten S 101 ff.

379 S dazu noch insb zur Insolvenzverschleppungshaftung unten S 101 ff.

auch beantwortet, im Schrifttum zum ADHGB 1861 wurde sie immerhin zT bejaht und auch heute werden einige insolvenzkonforme Organpflichten (wie erwähnt vor allem die Insolvenzantragspflicht) ganz überwiegend als Schutzgesetze zugunsten der Gesellschaftsgläubiger qualifiziert, die eine Direkthaftung begründen (trotz angeordneter Haftungskonzentration).³⁸⁰ Das zeigt schon, dass bei der Verletzung von Gläubigerschutzpflichten immerhin trefflich über den Anspruchsberechtigten gestritten werden kann.³⁸¹ Die gesetzliche Anordnung einer exklusiven Innenhaftung schließt solche Streitigkeiten aus, erübrigt Überlegungen wie die obigen und schafft dadurch Rechtssicherheit in einem sensiblen Rechtsbereich.³⁸²

380 Dazu noch unten S 101 ff.

381 Vgl die instruktiven Überlegungen von *Lehmann* (Das Recht der Aktiengesellschaften II [1904, Neudruck 1964] 267 f [zu § 241 dHGB 1897]) zur Anspruchsberechtigung der Gesellschaftsgläubiger (einer AG): „Wie bereits berührt ist, kann nicht bloß die Körperschaft, sondern jedweder Aktionär und jeder Dritte gegen das Vorstandsmitglied dann vorgehen, wenn dieses ein besonderes, nach allgemeinen Grundsätzen schadenersatzpflichtig machendes Delikt gegen den Betreffenden begangen hat. Einen derartigen Satz braucht das Gesetz nicht weiter aufzustellen. Jedoch liegt der Fall nicht stets so klar, daß Betrug, Unterschlagung oder ähnliche Delikte unmittelbar gegen einen Dritten vorliegen. Insbesondere ist da, wo das Vorstandsmitglied gegen Verbotsgesetze handelt, die vom Aktienrecht erlassen sind, die Frage zu erheben, ob solchenfalls nur die Aktiengesellschaft oder auch der einzelne Aktionär oder gar der Gläubiger der Aktiengesellschaft einen Anspruch auf Schadenersatz erwirbt. Sicher ist die Aktiengesellschaft primär Verletzte. Aber die Gläubiger der Gesellschaft haben ein dringendes Interesse daran, daß die zum Schutze der Integrität des Gesellschaftsvermögens erlassenen Vorschriften, die gerade von dem Gesichtspunkt geleitet sind, sie zu sichern, auch gewahrt bleiben; und der einzelne Aktionär kann geltend machen, daß ihm nicht zugemutet werden könne, zu warten, bis die Generalversammlung mit Majorität den Beschluß auf Verfolgung des Vorstandsmitglieds fasse, da er als ökonomisch an der Gesellschaft beteiligt sofort in seinen Interessen verletzt wird. [...] Auf der anderen Seite ist zu erwägen, daß das Vorstandsmitglied nicht gut doppelt schadenersatzpflichtig werden kann, weil eine Mehrheit von Interessen in Frage steht. [...] Freilich läßt sich entgegenhalten, daß die aktienrechtlichen Verbotsgesetze ja nicht bloß zum Schutze der Aktiengesellschaft, sondern auch zum Schutze der Gläubiger gegeben sind, und daß das Vorstandsmitglied insofern auch den Gläubigern gegenüber zu Rechtspflichten gehalten ist.“

382 Eine (rückblickende) Würdigung sollte auch nicht vernachlässigen, dass das bürgerliche Recht zur Zeit der Aktienrechtsreform von 1884 (noch) nicht einheitlich kodifiziert war, sondern noch Partikularrecht galt (vgl iZm der Gründungshaftung [Fn 292] AmlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 448), und zudem manche ausländischen Rechtsordnungen eine Außenhaftung von Organmitgliedern anordneten (vgl die Übersicht bei *Lehmann*, Das Recht der Aktiengesellschaften I [1964, Neudruck 1898] 462 ff).

B. Spezialität der Haftungskonzentration

Durch die gesetzlich angeordnete Haftungskonzentration werden Ersatzansprüche aufgrund einer Verminderung des Gesellschaftsvermögens auch dann exklusiv der Gesellschaft zugewiesen, wenn die verletzte Pflicht dem Schutz Dritter dient und nach allgemeinen Grundsätzen (allenfalls) eine Außenhaftung wegen Schutzgesetzverletzung begründet hätte.³⁸³ Insoweit liegt die dogmatische Besonderheit im gesetzlichen Ausschluss einer Außenhaftung. Der Gesetzgeber stellt insoweit klar, dass die „Obliegenheiten“ iSd § 25 Abs 2 f GmbHG und § 84 Abs 2 f AktG – ggf trotz Drittschutzorientierung – keine Schutzgesetze zugunsten der Gesellschafter oder Gesellschaftsgläubiger sind (zumindest *in puncto* Ersatzberechtigung nicht so behandelt werden).³⁸⁴ Insoweit sind die Organhaftungstatbestände *leges speciales* zu §§ 1293 ff iVm § 1311 ABGB.³⁸⁵ Eine materielle Besonderheit ist wie

383 Ähnlich Grigoleit, Gesellschafterhaftung 197.

384 AllgM; vgl Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 5; Feltl/Told in Gruber/Harrer, GmbHG² § 25 Rz 215; S.-F. Kraus/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 25 Rz 12, 23; J. Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I² Rz 2/392; dens in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 394 mwN (Stand 01.09.2022); Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriß⁵ 241 und 395 Fn 196; Dellinger in FS Frotz 187 (191 Fn 21); Schummer in FS Koppensteiner (2001) 211 (215 f); Karollus/Lukas, JBl 2004, 686 (694); Rüffler, JBl 2011, 69 (72); G. Frotz, GesRZ 1982, 98; Trenker, GesRZ 2014, 10 (12 ff) mwN; Duursma-Kepplinger in Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Hdb GesR Rz 2968; H. Foglar-Deinhardstein in H. Foglar-Deinhardstein, Verdeckte Gewinnausschüttung Rz 1/16; („paradoxe Konsequenz“); für die AG zB Feltl in Ratka/Rauter, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 9/450. AA offenbar noch Auer, Rechtsgrundlagen für GmbH-Geschäftsführer (1988) Rz 237, wonach sich aus § 25 Abs 5 GmbHG ergebe, dass die „Bestimmungen des § 25“ Schutzgesetze iSd § 1311 ABGB sind; für den Schutzgesetzcharakter des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG noch Honsell, GesRZ 1984, 134 (136 [Fn 16], 141 [Fn 48]) mwN.

Für Deutschland Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG²¹ § 43 Rz 48 mwN; Mertens in FS Fischer 461 ff; ders in Hachenburg, GmbHG⁷ § 43 Rz 104; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG²¹ § 43 Rz 64; Schnorbus in Rowedder/Pentz, GmbHG⁷ § 43 Rz 107; Raiser/Veil, Kapitalgesellschaften⁶ § 42 Rz 97 f, § 43 Rz 48; Spindler in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 1, 373, 395; Grigoleit/Tomasic in Grigoleit, AktG² § 93 Rz 174; Cahn in KK-AktG⁴ § 93 Rz 5. Aus der älteren deutschen Lit zB Schlegelberger et al, AktG³ (1939) § 84 Anm 29 (S 316); Ritter, AktG² (1939) § 84 Anm 11 (S 284 f); v Godin/Wilhelmi, AktG² (1950) § 84 Anm 5 (S 361); Weipert in Gadow et al, AktG (1939) § 84 Anm 65 (S 341); so schon Brodmann, GmbHG² (1930) § 43 Anm 1. A) (S 173); Fischer in Ehrenberg, Handbuch III (1916) 234. So auch schon das RG in stRsp: RG 04.02.1910, Rep II 255/09, RGZ 73, 30 (35); 01.03.1927, II 175/26 RGZ 115, 296; 21.09.1938, II 183/37 RGZ 158, 255; 30.11.1938, II 39/38 RGZ 159, 211 (233).

385 Vgl Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften II (1904, Neudruck 1964) 273; iZm der Schutzgesetzzeigenschaft des § 158 Abs 1 StGB Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 42. Vgl auch die Ausführungen der AmtlBegr dAktRNov 1884 in Fn 292.

erwähnt wohl die Innenhaftung auch für jene Quotenschäden, denen kein Gesellschaftsschaden entspricht, um auch in diesen Fällen³⁸⁶ die Gläubigergleichbehandlung zu gewährleisten. Insoweit schließt der Gesetzgeber nicht nur eine Außenhaftung zugunsten einer (nach allgemeinen Grundsätzen bestehenden) Innenhaftung aus, sondern schafft – gleichsam eine Stufe davor – durch spezialgesetzliche Anordnung erst die Innenhaftung (und damit Schadenskongruenz).³⁸⁷ Soweit eine Außenhaftung schon nach allgemeinen Grundsätzen ausgeschlossen wäre, sorgt die gesetzlich angeordnete Innenhaftung wie erwähnt zumindest für Rechtssicherheit.

Die Haftungskonzentration als Rechtstechnik ändert jedoch nichts am Schutzzweck der zugrunde liegenden Organpflichten. Dass die Gesellschafter (schon nach allgemeinen Grundsätzen) keinen eigenen Ersatzanspruch haben, darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Gesellschaft nur ein juristisches Gebilde ist, und die Gesellschafter wirtschaftlich gesehen die Treugeber des Gesellschaftsvermögens sind.³⁸⁸ Deshalb hat jeder Gesellschafter ein Interesse an der sorgfältigen Verwaltung dieses Vermögens durch die Organmitglieder. Der Gesetzgeber trägt diesem Umstand aber nicht durch die Gewährung eines unmittelbaren Ersatzanspruchs Rechnung, sondern (nur) dadurch, dass er einer Gesellschafterminderheit Einflussmöglichkeiten bei Dispositionen über Ersatzansprüche gegen Organmitglieder verleiht: nämlich ein Verfolgungsrecht und ein (korrespondierendes) Widerspruchsrecht.³⁸⁹ Ebenso wenig ändert der gesetzliche Ausschluss einer Außenhaftung etwas daran, dass die Kapitalschutzvorschriften und die Insolvenzantragspflicht dem Gläubigerschutz dienen. Nicht der Schutzzweck, sondern (nur) dessen schadenersatzrechtliche Implikation wird durch die Haftungskonzentration modifiziert. Dementsprechend gewährt der Gesetzgeber den Gesellschaftsgläubigern insoweit (soweit sie andernfalls uU unmittelbar ersatzberechtigt wären, jedenfalls aber schützenswert sind), als Korrektiv für die Haftungskonzentration ein Verfolgungsrecht zur Geltendmachung von Gesellschaftsansprüchen (in der AG)³⁹⁰ und beschränkt insoweit zugleich (als Absicherung des Verfolgungsrechts) die Wirksamkeit

386 S unten Fn 528 f.

387 Vgl *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 613 (615): Besonderer/modifizierter Schadenersatzanspruch im Gläubigerinteresse, bei dem zur Haftungskanalisation und Sicherstellung der *par conditio creditorum* der Schaden der Gesellschaft fingiert wird.

388 Instrukativ *Lehmann*, Das Recht der Aktiengesellschaften II (1904, Neudruck 1964) 267 f (s Fn 381).

389 Der Schutz der Gesellschafterinteressen ist – anders als der Gläubigerschutz – also nicht ergebnis-, sondern verfahrensorientiert (vgl jew mwN *Fleischer* in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 417; *Ziemons* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 567). Zu diesen Minderheitenrechten noch unten S 90 ff.

390 § 84 Abs 5 AktG. Dieses Verfolgungsrecht ist nach mE zutr Ansicht aber analog auf die GmbH anzuwenden (s dazu noch unten bei Fn 498).

von Gesellschaftsdispositionen.³⁹¹ Insoweit stehen Ersatzansprüche zwar materiell-rechtlich der Gesellschaft zu, werden aber behandelt wie Ersatzansprüche der Gläubiger.³⁹² Auf die angesprochenen Korrekturen werde ich unten noch näher eingehen.³⁹³

C. Schadenskongruenz als Scheitelpunkt zur Außenhaftung

Eine Liquidation mittelbarer Drittschäden über das Gesellschaftsvermögen ist naturgemäß nur durchführbar, soweit sich der Drittschaden mit dem Schaden der Gesellschaft deckt (*Schadenskongruenz*)³⁹⁴. Der Dritte (konkret: Gesellschaftsgläubiger) muss daher gerade durch die Verminderung des Gesellschaftsvermögens (also durch die Schädigung der Gesellschaft) beeinträchtigt werden. Demgemäß findet das Konzept der Haftungskonzentration seine „natürliche Grenze“ dort, wo der Gesellschaft durch eine Pflichtverletzung der Organmitglieder entweder gar kein Schaden entsteht oder der Drittschaden den Gesellschaftsschaden übersteigt.³⁹⁵ Soweit sich die Schäden jedoch decken, also Schadenskongruenz besteht, sollen Organmitglie-

391 Dazu noch unten S 93 ff. Vgl bereits *Fischer in Ehrenberg*, Handbuch III (1916) 234: „Der § 241 enthält zwar in Abs. 4 eine Gläubigerschutzbestimmung, aber bloß in dem Sinne, daß dem Gläubiger der Zugriff in das Vermögen seiner Schuldnerin, soweit es in bestimmten Schadenersatzansprüchen gegen die Geschäftsführer besteht, sowohl erleichtert als auch gesichert wird.“

392 Gesellschaft und Gläubiger „teilen“ sich gleichsam einen Ersatzanspruch. Plakativ idZ *Karollus*, *ecolex* 1990, 669 (669 f), wonach der Bestandsschutz der Gesellschaft zum Zweck des Gläubigerschutzes von den Interessen der Gesellschafter abgeköpelt wird.

393 S 82 ff.

394 Vgl auch *Spindler in MüKo AktG*⁶ § 93 Rz 382 ff; *Duursma-Kepplinger in Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Hdb GesR Rz 2961 („Schadensdeckung“) und *passim*; *Rüffler*, JBl 2011, 69 (70 bei Fn 5); vgl auch *Wiedemann*, GesR I 241 („soweit sich die Werteinbußen decken“); *Karollus*, *ecolex* 1990, 669 (670); vgl bereits *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 84 Anm 30 (S 318); *Schilling in Großkomm AktG*² (1961) § 84 Anm 74 (S 571).

395 Vgl auch *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 149; *Duursma-Kepplinger in Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Hdb GesR Rz 2961 („macht freilich nur bei Schadensdeckung Sinn“); *Kalss in Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 73 (74); vgl bereits *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 84 Anm 30 (S 317 f) mit einigen Fallbeispielen; instruktiv schon *Lehmann*, Das Recht der Aktiengesellschaften II (1904, Neudruck 1964) 271 (wenngleich er das Verfolgungsrecht der Gläubiger als Außenhaftung verstand): „Das Unterscheidungsmerkmal wird bilden, ob der Schade, der dem anderen entsteht, durch oder ohne Schädigung der Gesellschaft diesem entstanden ist. Ersterenfalls geht die handelsrechtliche Regelung der des bürgerlichen Rechts vor, es haftet das Vorstandsmitglied nur in den oben aufgezählten Fällen dem Gläubiger, letzterenfalls greift das bürgerliche Recht selbstständig durch, z.B. in dem Falle, wenn der Dritte durch eine falsche Mitteilung über die Geschäftslage zum Erwerbe von Aktien bestimmt worden ist.“

der ausschließlich der Gesellschaft haften.³⁹⁶ Demgemäß bildet das Kriterium der Schadenskongruenz den Scheitelpunkt zur Außenhaftung. Diese Aussage muss allerdings für einen Teilbereich der Organhaftung noch leicht modifiziert werden: Für Gesamtschäden der Gläubiger infolge einer Insolvenzverschleppung, denen kein Gesellschaftsschaden entspricht, schafft der Gesetzgeber die Schadenskongruenz nämlich wie erwähnt erst selbst, indem er zum Zweck der gleichmäßigen Schadensliquidation über die Insolvenzmasse einen Schaden der Gesellschaft fingiert (§ 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und § 84 Abs 3 Z 6 AktG).³⁹⁷ Maßgeblich für die Haftungskonzentration ist insoweit nicht ein Schaden der Gesellschaft, sondern die *Möglichkeit* einer Liquidation von Gläubigerschäden über die Insolvenzmasse. Möglich ist das eben (durch Schadensfiktion) auch dann, wenn zwar *nur* die Gesellschaftsgläubiger einen Schaden erleiden (eigentlich inkongruent), aber eben die *Gesamtheit* der Gläubiger und nicht nur einzelne Gläubiger (Gesamtschäden)³⁹⁸. Schäden einzelner Gläubiger können dagegen nicht (auch nicht durch Schadensfiktion) über das Gesellschaftsvermögen (die Insolvenzmasse) abgewickelt werden. Das Kriterium für die Haftungskonzentration ist somit letztlich die Liquidierbarkeit von Gläubigerschäden (Gesamtschäden) über die Gesellschaft (Masse).³⁹⁹ Vereinfachend (und weil auch in den genannten Fäl-

396 Vgl bereits (zur Gründerhaftung) AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 448 (s schon Fn 289). Vgl auch AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3750; EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 62 (zur Geschäftsführerhaftung gem § 10 Abs 4 GmbHG): „Die Ersatzpflicht ist ferner in jedem Falle nur gegenüber der Gesellschaft begründet. Soll sie doch vor allem dazu dienen, den Ausfall zu decken, den die Gesellschaft dadurch an ihrem Stammkapitale erleidet.“ Zu den Ausnahmen hiervon, wenn keine Schadenskongruenz besteht, s sogleich bei Fn 409.

397 S dazu schon oben bei Fn 370 und noch unten Fn 526. Die genannten Bestimmungen erfassen zwar unmittelbar nur Zahlungen nach Insolvenzreife, die hL und Rsp wenden sie aber extensiv (ggf analog) auf weitere masseschmälernde Handlungen an (dazu noch unten bei Fn 528 f).

398 Vgl statt vieler *Karollus in Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz 1145 (1171 bei Fn 111); vgl auch § 92 InsO (dazu Fn 346 und 355). S auch noch Fn 519.

399 Vgl auch EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 62 (sogleich noch im Fließtext bei Fn 409), wonach die Geschäftsführer nur in zwei Fällen direkt den Gläubigern haften, „weil nicht gegen die Gesamtheit der Gläubiger, sondern gegen eine bestimmte Person gerichtete, gerade diese benachteiligende Handlungen oder Unterlassungen der Geschäftsführer in Frage kommen.“ Ähnlich schon *Peter Doralt*, GesRZ 1982, 88 (97), wonach alle über die Gesellschaft gleichmäßig liquidierbaren Ansprüche gegen den Geschäftsführer vom Masseverwalter geltend zu machen und nur darüberhinausgehende Ansprüche einzeln zu verfolgen sind. *P. Doralt* (aaO) ordnet inkongruente Gläubigeransprüche (zB wegen Zahlungen nach Insolvenzreife) allerdings dogmatisch als deliktische Ansprüche der Gläubiger ein, die nur zur Vereinfachung über die Gesellschaft abgewickelt werden (Anm: ähnlich ist das Konzept des § 92 InsO [s Fn 355]). S auch noch unten Fn 554.

len ein Gesellschaftsschaden fingiert wird) werde ich weiterhin von Schadenskongruenz als Abgrenzungskriterium sprechen.

Die Liquidation *inkongruenter* (Einzel-)Schäden behielt der Gesetzgeber dagegen (weiterhin) dem bürgerlichen Recht vor.⁴⁰⁰ Demnach ist eine Haftung der Organmitglieder gegenüber Dritten (auch Gesellschaftern und Gesellschaftsgläubigern) vor allem möglich, wenn es das Gesetz ausdrücklich anordnet,⁴⁰¹ bei vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung,⁴⁰² bei gerichtlich strafbaren Handlungen⁴⁰³ und bei Verletzung eines sonstigen Schutzgesetzes⁴⁰⁴.⁴⁰⁵ Typisch für die praktisch wichtige Schutzgesetzverletzung ist die Verletzung von Informationspflichten.⁴⁰⁶ Der Schaden wurzelt dann nicht in einer Verminderung des Gesellschaftsvermögens, sondern in einer frustrierten Vermögensdisposition im Vertrauen auf eine unrichtige Information. Von den gesetzlichen Anordnungen⁴⁰⁷ einer Außenhaftung sind zwei her-

400 Ausdr bereits AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 448 (Fn 292); s aus der Lit zum ADHGB 1861 schon oben Fn 233; vgl zur Dritthaftung des Abschlussprüfers *U. Torggler*, wbl 2001, 546 (548).

401 Neben den Anordnungen im GmbHG (s sogleich im Fließtext) und im AktG (§§ 100 f; s sogleich Fn 407) sind zB zu nennen: § 96 Abs 2 GmbHG iVm § 227 AktG (Verschmelzung), § 3 Abs 5 und § 17 Z 5 SpaltG iVm § 227 AktG (Spaltung), § 2 Abs 3 UmwG iVm § 227 AktG (verschmelzende Umwandlung). Vgl dazu *Felzl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 216 ff; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 4; *Felzl* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 9/452.

402 S dazu schon oben Fn 314.

403 Vgl RIS-Justiz RS0023677.

404 Vgl schon Fn 315 f. Die hL und Rsp qualifizieren insb folgende Normen als Schutzgesetze: § 69 IO (Insolvenzverschleppung; vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 42), § 158 Abs 1 StGB (Begünstigung eines Gläubigers; ebenda), § 159 Abs 2 StGB (grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen; vgl *Koppensteiner/Rüffler* aaO Rz 39 ff). Anspruchsgrundlagen sind die jew anwendbaren bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen (§§ 1293 ff, § 1311 ABGB iVm dem jew Schutzgesetz; vgl schon *Schlegelberger et al*, AktG³ [1939] § 84 Anm 29 f [S 315 ff]).

405 Vgl allg OGH 27.11.2018, 4 Ob 222/18b mwN; RIS-Justiz RS0023887 und die dort zitierte E; referierend *Koppensteiner*, GES 2015, 379 (380 f); vgl auch *dens*, GesRZ 2023, 84 (85).

406 Vgl *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 149; *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 84 Anm 30 (S 317 f); am Bsp von Anlegerschäden *Rüffler*, JBl 2011, 69 (70); vgl schon die Bsp in der AmtlBegr zur dAktRNov 1884 (abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 448; s Fn 292); vgl auch die Verhandlungen der Aktienkommission, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 321; *Lehmann*, Das Recht der Aktiengesellschaften II (1904, Neudruck 1964) 271 (Fn 395).

407 Vgl neben den in Fn 401 genannten Normen insb §§ 100 f AktG: Ein Sonderhaftungstatbestand zugunsten der AG, ihrer Aktionäre (§ 100 Abs 1 AktG) und subsidiär der Gesellschaftsgläubiger (§ 101 Abs 1 AktG) für den Fall der Schädigung durch vorsätzliche informelle Einflussnahme auf Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder zur Erlangung gesellschaftsfremder Sondervorteile (allg *Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 100 Rz 1). Das öGmbHG enthält keine Parallelnorm. Manche befürworten eine Analogie (vgl nur *Schopper* aaO Rz 5 mwN). Hier inter-

vorzuheben, nämlich § 56 Abs 3 GmbHG (§ 50 Abs 3 in der Stammfassung) zur Kapitalherabsetzung und § 64 Abs 2 Satz 1 GmbHG (§ 58 Abs 2 Satz 1 in der Stammfassung) betreffend die Einforderung weiterer Einzahlungen nicht voll eingezahlter Stammeinlagen.⁴⁰⁸ Die EBRV enthalten hierzu nämlich eine instruktive Aussage: „*Nur in zwei Fällen (§ 50 und 58) verläßt der Entwurf diesen Grundsatz [sc Ersatzpflicht nur gegenüber der Gesellschaft], weil nicht gegen die Gesamtheit der Gläubiger, sondern gegen eine bestimmte Person gerichtete, gerade diese benachteiligende Handlungen oder Unterlassungen der Geschäftsführer in Frage kommen.*“⁴⁰⁹ In allen anderen Fällen, wenn also die „*Gesamtheit der Gläubiger*“ geschädigt wird, ist dagegen nach den EBRV im Umkehrschluss „*[d]ie Ersatzpflicht [...] nur gegenüber der Gesellschaft begründet.*“⁴¹⁰ Darüber hinaus kommt eine Außenhaftung auch in Frage, wenn sich das Organmitglied neben der Gesellschaft selbst rechtsgeschäftlich verpflichtet hat, wenn es besonderes persönliches Vertrauen des Gläubigers in Anspruch genommen und die Vertragsverhandlungen dadurch

essiert die zusätzlich angeordnete direkte Organmitgliedshaftung gegenüber den Aktionären (*Schopper* aaO Rz 8; *Kalss* in MüKo AktG⁶ § 117 Rz 97 f; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 101 Rz 11, 15; vgl auch AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 146 rSp). Davon erfasst sind nach allgM nämlich nur *inkongruente* Schäden, dh keine Reflexschäden (so ausdr § 117 Abs 1 Satz 2 dAktG; dazu AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 146 rSp): Vgl OGH 22.12.1994, 2 Ob 591/94 SZ 67/238; RIS-Justiz RS0029390; *Schopper* aaO Rz 20, 29; *Kalss* aaO Rz 98; *Strasser* aaO Rz 11; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 101 Rz 11, 16. Demgegenüber normiert übrigens § 101 Abs 1 AktG nach hÖL *keine* direkte Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, sondern (nur) eine mit § 84 Abs 5 AktG vergleichbare (trotz sprachlicher Abweichung) Einziehungsermächtigung (vgl *Strasser* aaO Rz 20; *Saurer* aaO Rz 17 mwN; *Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 101 Rz 2; *Kalss* aaO Rz 99). Ebenso die hÖL zum abw formulierten § 117 Abs 5 Satz 1 dAktG, den der deutsche Gesetzgeber im Einklang mit der damaligen hL an § 93 Abs 5 Satz 1 dAktG angeglichen hat, weil eine Verschiedenbehandlung (Einziehungsermächtigung und Außenhaftung) nicht begründbar sei (dazu AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 147; vgl dazu hier nur *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 117 Rz 12; *Grigoleit/Tomasic* in *Grigoleit*, AktG² § 117 Rz 24). Allerdings qualifiziert die hÖL den (gleichlautenden) § 93 Abs 5 AktG (nach früher gegenteiliger hL) als materiell-rechtliche Anspruchsvervielfältigung (hier nur *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 170 f; s schon Fn 352).

408 Vgl auch J. *Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 412 ff (Stand 01.09.2022). Vgl außerdem die (Außen-)Haftung gem § 26 Abs 2 GmbHG für eine schuldhaft falsche oder verzögerte Anmeldung von Änderungstatsachen (dazu zB *Verweijen* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 26 Rz 25 [Stand 01.10.2019]).

409 EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 62. Vgl dazu *Pisko*, Lehrbuch (1923) 432, wonach es sich in den beiden Fällen nicht um einen Schaden handle, den alle Gläubiger durch eine Minderung des Gesellschaftsvermögens erleiden und der durch einen entspr Schadenersatzanspruch der Gesellschaft ausgeglichen werden kann, sondern um einen Schaden, der einzelnen Gläubigern zugefügt worden ist.

410 EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 62. Allg auch *Karollus/Lukas*, JBl 2004, 686 (694).

beeinflusst hat,⁴¹¹ oder wenn das Organmitglied ein wirtschaftliches Eigeninteresse hat.⁴¹² Auf diese Anspruchsgrundlagen wird hier nicht weiter eingegangen,⁴¹³ weil sie für die Forschungsfrage keine große Rolle spielen.

Insgesamt gilt es bei der haftungsrechtlichen Beurteilung von Pflichtverletzungen zu beachten, dass die Außenhaftung nach der gesetzlichen Konzeption Ausnahmecharakter⁴¹⁴ hat, und nur soweit bestehen soll, als eine Haftungskonzentration nicht durchführbar ist.

D. Fazit

Reflexschäden der Gesellschafter wären schon nach allgemeinen Grundsätzen nicht unmittelbar ersatzfähig, weil dadurch zulasten der Gesellschaftsgläubiger der zwingende Vermögensschutz ausgehöhlt würde. Dagegen war eine Direkthaftung gegenüber Gesellschaftsgläubigern früher umstritten. Für eine (allgemeine) Direkthaftung fehlen jedoch vor allem (zumindest flächendeckend) notwendige Begleitbestimmungen zur Gewährleistung der Gläubigergleichbehandlung während eines Insolvenzverfahrens und zur Verhinderung einer doppelten Schadensliquidation. Soweit mittelbar geschädigte Gesellschaftsgläubiger nach allgemeinen Grundsätzen (vor allem wegen Schutzgesetzverletzung) neben der Gesellschaft ersatzberechtigt wären, liegt die dogmatische Besonderheit der Haftungskonzentration im gesetzlichen Ausschluss einer solchen Direkthaftung. In jedem Fall räumt die gesetzliche Anordnung der exklusiven Innenhaftung mögliche Zweifel über den Anspruchsberechtigten aus und schafft dadurch Rechtssicherheit. Darüber hinaus fin-

411 Vgl RIS-Justiz RS0019726; J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 406 ff (Stand 01.09.2022).

412 Vgl (va zur GmbH) OGH 30.08.2016, 8 Ob 62/16z Pkt 1; J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 455 ff (Stand 01.09.2022).

413 Weiterführend zB Koppensteiner, GES 2015, 379 ff; J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 406 ff (Stand 01.09.2022); ders, GmbH-Recht I² Rz 2/428 ff; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 32 ff; S.- F. Kraus/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 25 Rz 39 mwN; ausf Rauter/Ratka in Ratka/Rauter, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/308 ff; vgl mit Aufzählung der praktisch wichtigsten Anspruchsgrundlagen F. Hörlsberger in FAH, GmbHG § 25 Rz 31; J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 84 Rz 541 ff; Kalss in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Organhaftung 73 (81 ff) mit Aufzählung; Felzl in Ratka/Rauter, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 9/450 ff. Für Deutschland statt vieler Fleischer in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 428ff; Koch in Koch, AktG¹⁷ § 93 Rz 134 ff mwN. S auch die vorigen Fn.

414 Vgl ähnlich Ziemons in Michalski et al, GmbHG⁴ § 43 Rz 594: „besonders zu begründende Ausnahme“; Fleischer, ZGR 2004, 437 (443); dens in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 429 („sorgfältig austarierte[s] Regel-Ausnahme-Verhältnis“); ebenso ders in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 93 Rz 308; nun ders in BeckOGK AktG § 93 Rz 385 (Stand 01.10.2023).

giert das Gesetz für (inkongruente) Schäden des Gläubigerkollektivs infolge Insolvenzverschleppung (Quotenschäden, insb wegen Erfüllung von Gesellschaftsverbindlichkeiten) einen Gesellschaftsschaden, um auch solche Schäden gleichmäßig und konzentriert über das Gesellschaftsvermögen (die Insolvenzmasse) abwickeln zu können (§ 25 Abs 3 Z 2 GmbHG; § 84 Abs 3 Z 6 AktG).

Die Haftungskonzentration funktioniert als rechtstechnische Liquidation von Drittschäden über das Gesellschaftsvermögen naturgemäß nur, soweit sich der Drittschaden mit einem Gesellschaftsschaden deckt (Schadenskongruenz). Soweit dem Drittschaden kein Gesellschaftsschaden entspricht (und ein Schaden auch nicht fingiert werden kann, weil nicht die Gläubiger Gesamtheit gleichmäßig geschädigt wird, sondern nur einzelne Gläubiger), kommt eine Schadensabwicklung über die Gesellschaft nicht in Frage. Die Liquidation solcher inkongruenten (Einzel-)Schäden behält der Gesetzgeber (weiterhin) dem bürgerlichen Recht vor. Insoweit ist eine Außenhaftung nach allgemeinen Grundsätzen möglich. Die Schadensliquidation über die Gesellschaft ändert freilich nichts am Schutzzweck der verletzten Organpflichten, sondern nur deren haftungsrechtliche Implikation *in puncto* Anspruchszuständigkeit (Ausschluss einer Außenhaftung). Deshalb normiert das Gesetz als Korrektiv für die Haftungskonzentration entsprechende Schutzbestimmungen zugunsten der Minderheitsgesellschafter und Gesellschaftsgläubiger:

IV. Flankierende Schutzbestimmungen als Korrektive

Was nun folgt, musste zT schon für die Erklärung der Haftungskonzentration vorweggenommen werden, und soll hier vertieft werden: Mit der Liquidation kongruenter Drittschäden über das Gesellschaftsvermögen allein wäre die Haftungskonzentration noch nicht komplett. Diese bedeutet nämlich zugleich den Ausschluss einer möglichen Außenhaftung (vor allem gegenüber Gesellschaftsgläubigern). Nun führt die materiell-rechtliche Bündelung von Ersatzansprüchen auf die Gesellschaft nach allgemeinen Grundsätzen dazu, dass diese grundsätzlich frei über ihre Ansprüche verfügen kann. Dadurch wären vor allem Gesellschaftsgläubiger benachteiligt.⁴¹⁵ Als

415 Vgl die instruktiven Ausführungen von *Lehmann*, Das Recht der Aktiengesellschaften II (1904, Neudruck 1964) 271 f: „Soll das Vorstandsmitglied nur der Aktiengesellschaft gegenüber haften, so wäre die Generalversammlung in der Lage, durch einen Entlastungsbeschluß, den eine gefügige Mehrheit faßt, das Vorstandsmitglied auch von der Verantwortlichkeit für Verfehlungen gegen zwingende Gesetzesvorschriften zu befreien. Und in gewissen Fällen, wie bei Zurückzahlung von Einlagen, Auszahlung ungerechtfertigter Dividenden, würden die Aktionäre nicht bloß nachträglich solchen Entlastungsbeschluß fassen, sondern das Vorstandsmitglied geradezu zu solcher, sie auf Kosten der Gläubiger bereichernden Handlung möglicherweise anstiften. Darum machen auch solche Gesetze, welche grundsätzlich den Standpunkt der dritten Gruppe [sc Haftungskonzentration] vertreten, für gewisse Fälle eine Ausnahme. [...] Den meisten

Ausgleich gibt der Gesetzgeber ihnen wie erwähnt daher das Recht, Ersatzansprüche der Gesellschaft selbstständig zu verfolgen, soweit sie ohne Haftungskonzentration (allenfalls) unmittelbar ersatzberechtigt wären (jedenfalls aber schutzwürdig sind).⁴¹⁶ Die Gesellschafter wären zwar nach allgemeinen Grundsätzen nicht unmittelbar ersatzberechtigt, bedürfen aber dennoch gesetzlichen Schutzes vor der kontrollierenden Gesellschaftermehrheit. Deshalb verleiht der Gesetzgeber einer Minderheit das Recht, die Geltendmachung von Gesellschaftsansprüchen zu verlangen (in der GmbH sogar klagsweise im eigenen Namen [§ 48 GmbHG]). Damit die Gesellschaft (Gesellschaftermehrheit) diese Verfolgungsrechte der Minderheitsgesellschafter und Gläubiger nicht durch Dispositionen über die geltendzumachenden Ansprüche aushebeln kann, beschränkt das Gesetz insoweit die Wirksamkeit solcher Dispositionen.⁴¹⁷ In der AG bedarf es außerdem eines Schutzes künftiger Aktionäre (Anleger), weil die Gründer, die die Gesellschaft in der ersten Zeit nach deren Entstehung noch kontrollieren, sich andernfalls selbst von der Gründungshaftung freisprechen könnten. Deshalb schließt der Gesetzgeber Gesellschaftsdispositionen zum Schutz künftiger Aktionäre in der ersten Zeit nach der Eintragung der Gesellschaft aus (Sperrfrist; dazu sogleich unten).

Mit diesen Korrekturen hat der Reformgesetzgeber von 1884 den Grundstein für ein Schutzkonzept gelegt, das noch heute das GmbH- und Aktienrecht prägt. Denn die Verfolgungsrechte und Dispositionsschranken zugunsten der Gesellschaftsgläubiger und Minderheitsgesellschafter (sowie in der AG der gründungsrechtliche Schutz künftiger Aktionäre) wurden im Wesentlichen in das heutige Recht übernommen. Diese Vorschriften sollen nun gemeinsam mit den Erwägungen des Reformgesetzgebers kurz vorgestellt werden. Auf diese Grundlegung wird bei der Untersuchung der Nachfolgerbestimmungen im geltenden Recht wiederholt rekuriert werden können, weil der (jüngere) Gesetzgeber die Nachfolgervorschriften nicht mehr in derselben Tiefe und Breite erläutert hat.

A. Schutz künftiger Aktionäre (Art 213d ADHGB 1884)

Der Reformgesetzgeber erkannte, dass eine Einschränkung der Gründungsverantwortlichkeit auf die formale, juristische Gründung (die Entstehung der

dieser Fälle gemeinsam ist die Verringerung des Gesellschaftsvermögens auf Kosten der Gläubiger. Das Gesetz sucht gerade den Punkt zu treffen, wo das Interesse der Gläubiger am unmittelbarsten berührt ist.“

416 Dieses Verfolgungsrecht der Gesellschaftsgläubiger (Art 241 Abs 4 Satz 1 ADHGB 1884; § 84 Abs 5 Satz 1 AktG idgF) gilt unmittelbar nur für die AG. Es ist nach mE zutr Ansicht aber analog auf die GmbH anzuwenden (dazu noch unten bei Fn 498).

417 Fischer (in Ehrenberg, Handbuch III [1916] 132) nannte diesen Regelungskomplex prägnant „Kautelen für die Erhaltung und Durchführung“ der Gesellschaftsansprüche.

Gesellschaft durch Registereintragung) Umgehungen der strengen Gründungsvorschriften ermöglicht hätte.⁴¹⁸ Denn typischerweise wird die Gesellschaft in der ersten Zeit nach der Gründung noch von den Gründern beherrscht.⁴¹⁹ Während dieser Zeit könnten die Gründer Einfluss auf die Gesellschaft nehmen, um sich zu Lasten der (erst später) eintretenden Publikumsaktionäre von ihrer Haftung für die Verletzung ihrer Gründungspflichten befreien zu lassen (oder um Nachgründungen zu bewirken). Um derartige Umgehungen zu verhindern, unterschied der Reformgesetzgeber von der juristischen die *wirtschaftliche* Existenz der Gesellschaft, womit ihre Unabhängigkeit von den Gründern gemeint war.⁴²⁰ Dabei ging der Reformgesetzgeber (abstrahierend) davon aus, dass nach Eintragung der Gesellschaft typischerweise ein bis zwei Jahre vergehen, „*ehe der größte Theil des Aktienkapitals aus dem Besitze der Gründer und der mit ihnen verbundenen Personen in andere Hände übergegangen ist und dadurch die Gesellschaft von der Herrschaft der Gründer befreit ist.*“⁴²¹ Demgemäß behandelte das ADHGB 1884 die ersten

418 Vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 450 (§ noch Fn 420).

419 Vgl iZm der konstituierenden Generalversammlung AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 445: „*Es ist nicht außer Acht zu lassen, daß in der ersten Zeit die Gründer sich noch im Besitz eines größeren Theils der Aktien befinden und auch eine größere Anzahl von Zeichnern mehr oder weniger von ihnen abhängen. Die Organe sind erst kurz zuvor von ihnen bestellt, und die einzelnen Gesellschafter, welche, einander unbekannt, erst zusammentreten sollen, entbehren der tatsächlichen Organisation, die in der späteren Zeit nach der Errichtung der Gesellschaft sich von selbst bildet.*“

420 Vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 448: „*Von den dargelegten Gesichtspunkten ausgehend, darf aber der Entwurf nicht bei der Thatsache stehen bleiben, daß juristisch die Entstehung der Gesellschaft sich mit der Eintragung des Gesellschaftsvertrages in das Handelsregister vollendet. Diejenige Gesellschaft, welche die Gesamtheit der wirklichen Aktionäre vertritt, bildet sich wirtschaftlich erst, nachdem die Aktien in Umlauf gesetzt und unter das Publikum gebracht sind; erst hierdurch erlangen die Aktien Bedeutung für den Verkehr.*“ Vgl auch aaO 450: „*Wollte indeß der Entwurf bei den bisher gesteckten Grenzen der Verantwortlichkeit, welche sich innerhalb der formalen Gründung der Gesellschaft gehalten haben, stehen bleiben, so würde einer Umgehung der getroffenen Vorschriften Thür und Thor geöffnet sein. Um eine Umgehung zu verhüten, müssen [...] Kautelarvorschriften gegeben werden, indem von der juristischen Existenz die wirtschaftliche Selbständigkeit der Gesellschaft auseinander gehalten wird.*“ Besonders prägnant aaO 451 iZm der Haftung der Emissionshäuser (Art 213b): „*Vor der Begebung der Aktien besteht die Aktiengesellschaft zwar juristisch als individualisierte Persönlichkeit, thatsächlich aber nur als Vereinigung der Gründer und Gründergenossen, als eine Sozietät unter der Form einer Aktiengesellschaft. Die Überleitung der Aktien unter das Publikum gründet erst die Aktiengesellschaft im wirtschaftlichen Sinne; erst von nun an tritt die juristische Form mit ihrem wirtschaftlichen Zweck in Einklang.*“

421 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 450 (Hervorhebung durch den Verf).

zwei Jahre nach Eintragung der Gesellschaft „in gewissen Beziehungen als ein *tempus clausum*, innerhalb dessen Kautelarvorschriften zu gelten haben.“⁴²² Derlei Kautelarvorschriften gab es drei: *Erstens* die Haftung von Emissionshäusern für öffentliche Ankündigungen der Aktien vor Eintragung oder während zwei Jahren danach (*tempus clausum*) gem Art 213b⁴²³, *zweitens* besondere Wirksamkeitsvoraussetzungen für Verzichte und Vergleiche betreffend Ersatzansprüche aus dem Gründungshergang gem Art 213d⁴²⁴ und *drittens* die Regulierung bestimmter Geschäfte während des *tempus clausum* (Nachgründungen) gem Art 213f⁴²⁵.

Für die Forschungsfrage sind vor allem die Beschränkungen von Verzichten und Vergleichen von Interesse (Art 213d ADHGB 1884). Sie erklären sich durch die Missstände des vorherigen Rechts: Früher war es üblich, dass sich die Gründer alsbald, vielleicht noch in der konstituierenden Generalversammlung, für ihre gesamte Geschäftstätigkeit *selbst* Entlastung erteilten oder er-

422 Vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 451.

423 Vgl § 40 Z 3 öAktG idgF. Hintergrund der Bestimmung ist die Erwägung, dass das Publikum Emissionshäusern regelmäßig mehr vertraut als den (häufig unbekannten) Gründern; außerdem können die Gründer leicht Agiotage mit Aktien treiben und seien oft die eigentlichen Urheber und Interessenten der Gründung (AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 451). Da sich das Publikum darauf verlasse, dass eine öffentliche Aufforderung zur Beteiligung nicht ohne Prüfung des Unternehmens auf Behaftung mit „*vitalen Mängeln*“ erfolgt, statuiert das Gesetz (implizit) eine Prüfpflicht des Emittenten (ebenda). Vgl zu § 40 Z 3 AktG etwa S.-F. Kraus/Spendel in Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 40 Rz 10.

424 Vgl § 43 öAktG idgF. Zum Hintergrund dieser Bestimmung gleich im Fließtext.

425 Vgl §§ 45 bis 47 öAktG idgF. Hintergrund dieser Nachgründungsregeln ist die Gefahr, dass die Gründer bereits vor der Gesellschaftserrichtung den Erwerb von Vermögensgegenständen planen, aber trotzdem eine Bargründung durchführen, um die Vermögensgegenstände erst zu einem späteren Zeitpunkt zu übertragen. Solange die Gründer Einfluss auf die Gesellschaftsorgane haben (präsumtiv wie erwähnt während des *tempus clausum*), können sie den Erwerb durch die Organe bewirken. So könnten sie die strengen Sachgründungsvorschriften umgehen (vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 453). Dieser Gefahr begegnet der Gesetzgeber, indem er bestimmte Rechtsgeschäfte, die innerhalb von zwei Jahren nach Eintragung der Gesellschaft abgeschlossen werden (und bestimmte Kriterien erfüllen), ähnlichen Anforderungen wie eine Sachgründung unterwirft. Der Reformgesetzgeber hat „auch hier das *tempus clausum* von zwei Jahren als entscheidende Zeitgrenze angenommen [...]“ (ebenda). Vgl zu § 45 AktG etwa S.-F. Kraus/Spendel in Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 45 Rz 3.

teilen ließen.^{426, 427} Die neugeschaffene Gründungsverantwortlichkeit wäre zahllos gewesen, wenn sich die Gründer als Richter in eigener Sache zulasten

426 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 452 rSp: „Ein Hauptbedenken gegen die konstituierende Generalversammlung des bisherigen Rechts hat man mit Recht aus der Decharge abgeleitet, welche in dieser Versammlung die Gründer sich ertheilen ließen.“ Die Gefahr von „Selbstentlastungen“ verortete der Reformgesetzgeber insb bei der sog Simultangründung (Einheitsgründung), bei der die (ersatzpflichtigen) Gründer alle Aktien übernehmen. Aber auch bei der (mittlerweile abgeschafften) Sukzessivgründung (Stufengründung), bei der die Gründer nur einen Teil der Aktien übernahmen und die übrigen Aktien von Dritten gezeichnet wurden, ging der Gesetzgeber davon aus, dass die Gründer noch einen gewissen Einfluss auf die Zeichner haben (vgl AmtlBegr dAktRNov 1884 aaO 452). Die Stufengründung wurde in Österreich mit dem AktRAG 2009 (BGBl I 2009/71) beseitigt (in Deutschland bereits mit dem dAktG 1965). Vgl dazu *Zehetner* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 30 Rz 1. Vgl zu Selbstentlastungen auch schon *Staub*, HGB⁸ (1906) Einleitung zu § 205 (S 701 f). Vgl auch das Referat von *Wolffson* in den Verhandlungen des 11. DJT II 1873 (Zweite Sitzung der ersten und zweiten Abtheilung am 29. August 1873) 79: „Denken Sie sich diese Generalversammlung mit den Gründern identisch, so dechargiren sie sich ohne Weiteres.“ Vgl auch grundl *Wiener*, Gutachten über das Actiengesellschaftswesen (1873) 7: „Das Publikum kann gegenüber den Gründern keine Rechte mehr geltend machen, welche ihnen die ersten Zeichner, deren Rechtsnachfolger sie sind, bereits vergeben haben, und die formellen ersten Zeichner, soweit sie nicht mit den Errichtern des Gesellschaftsvertrages selbst identisch sind, beeilen sich selbstverständlich, diese Errichter selbst in jeder Beziehung zu entlasten, da sie in Folge der Gründungsgemeinschaft, in welcher sie mit denselben stehen, an den Vorteilen, welche auf Kosten der Gesellschaft dem Gründungs-Consortium zufließen, theilhaftig sind.“ Vgl aaO 8: „Wie sich die Sache bei uns in der Praxis macht, kann als bekannt vorausgesetzt werden: Statuten-Errichtung, Zeichnung und sogenannte konstituierende Generalversammlung folgen sich unmittelbar aufeinander und immer figuriren dieselben Personen, die sich in die Rollen von Gründern und von Generalversammlung teilen.“ Vgl auch aaO 10 (zu Art 209a ADHGB idF 1870 [Bestätigung über die Zeichnung und teilweise Einzahlung durch die konstituierende Generalversammlung]): „[S]ie [sc die konstituierende Generalversammlung] ist eine reine Farce, bei der sich die Gründer selbst attestiren, daß das wahr ist, was sie erklärt haben [...]. Die ganze konstituierende Generalversammlung ist ein Unding“. Instruktiv auch die Erste Berathung im Plenum des Reichstags, abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 494 (Abg von *Strombeck* in seinem Plädoyer für eine Aktionärsklage): „Wenn bei der Gründung einer Aktiengesellschaft irgend welche Unreellitäten vorgekommen sind, dann macht unser Entwurf ebenso wie das bestehende H.G.B. die Gründer verantwortlich; aber nicht die einzelnen geschädigten Aktionäre, sondern nur die Gesellschaft, nur die Generalversammlung kann die Schadenersatzklage in diesen ähnlichen Fällen erheben. Das ist insofern ein großer Uebelstand, als es sehr häufig den Gründern und ihren Freunden gelingt, in solchen Generalversammlungen die Majorität zu erhalten. Die Folge ist also: die Gesellschaft beschließt, solche Schadenersatzansprüche, die vielleicht an sich durch und durch berechtigt sind, nicht zu erheben.“

427 Demgemäß waren die Verzichts- und Vergleichsbeschränkungen streng genommen kein Korrektiv für die (kodifizierte) Haftungskonzentration, weil die missbräuchlichen „Selbstentlastungen“ ja bereits vor der Reform von 1884 üblich waren. Allerdings war eine Haftungskonzentration bereits auf Grundlage des ADHGB 1861 vertreten worden. Außerdem hatten sich die zivilrechtlichen Instrumente (insb Schadenersatz- und Gewährleistungsrecht), wie oben erwähnt (s schon Fn 280), als

des Publikums selbst wieder freisprechen hätten (lassen) können. Zur Vermeidung solcher missbräuchlichen „Selbstentlastungen“ normierte der Reformgesetzgeber mit Art 213d ADHGB 1884 (in Anlehnung an das Reformgutachten *Heinrich Wieners*⁴²⁸)⁴²⁹ folgende Einschränkungen für Verzichte und Vergleiche betreffend Ersatzansprüche aus dem Gründungshergang.⁴³⁰

*„Vergleiche oder Verzichtsleistungen, welche die der Gesellschaft aus der Gründung zustehenden Ansprüche gegen die in Gemäßheit der Artikel 213a bis 213c verpflichteten Personen betreffen, sind erst nach Ablauf von drei Jahren seit Eintragung des Gesellschaftsvertrages in das Handelsregister und nur mit Zustimmung der Generalversammlung zulässig; sie sind unzulässig, soweit in der Versammlung eine Minderheit, deren Antheile den fünften Theil des Grundkapitals darstellen, Widerspruch erhebt. Die Zeitbeschränkung findet nicht Anwendung, sofern der Verpflichtete im Falle der Zahlungsunfähigkeit zur Abwendung oder Beseitigung des Konkursverfahrens mit seinen Gläubigern sich vergleicht.“*⁴³¹

Verzichte und Vergleiche über Gründungsansprüche sollten zwar nicht unmöglich gemacht werden,⁴³² sie sollten wegen der erwähnten Missbräuche aber „erst zugelassen werden, nachdem die Beherrschung der Generalversammlung durch die Gründer präsumtiv aufgehört hat, damit nicht der Gesellschaft durch die im höchsten Grade beteiligten Gründer oder die von ihnen beherrschten

unzulänglich erwiesen, sodass die Anleger wohl vorrangig auf eine Geltendmachung von Ansprüchen der Gesellschaft angewiesen waren.

428 Wiener (1834–1897) war im preußischen Staatsdienst tätig, Rechtsanwalt und Notar, sowie Rat am ROHG/RG, zum Schluss Senatspräsident (vgl. Schubert in Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 4). Vgl. auch Simon, ZHR 29 (1884) 445 (462 bei Fn 39).

429 Vgl. Wiener, Gutachten über das Actiengesellschaftswesen (1873) 12: „Man wird Sorge tragen müssen, daß eine wirkliche Entlastung der Gründer von dieser Verantwortlichkeit nicht vor Ablauf eines längeren Zeitraums, etwa 5 Jahre von Errichtung der Gesellschaft ab, stattfinden darf, weil es sonst in den Händen der Gründer liegen würde, noch ehe die Actien in das Publikum gelangt sind, durch Convocation einer Schein-General-Versammlung, welche sie selbst bilden, sich diese Entlastung zu beschaffen. Bei wirklich loyalen Unternehmungen kann die Furcht vor dieser mehrere Jahre dauernden Verantwortlichkeit keine Wirkung ausüben.“ Der entspr. Regelungsvorschlag Wieners lautete (aaO 15): „Von der gedachten Verantwortlichkeit können die verantwortlichen Personen Seitens der Gesellschaft erst mit dem Ablauf von fünf Jahren von der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister ab entlastet werden.“ Vgl. auch aaO 22 aA.

430 Vgl. allg. AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr. bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 450 ff., 480.

431 Gesetz, betreffend die KGaA und AG vom 18.07.1884, abgedr. bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 589 (Hervorhebungen durch den Verf.).

432 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr. bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 452: „Es kann nun zwar keineswegs in der Absicht des Entwurfs liegen, eine Erklärung seitens der Gesellschaft über diese Ansprüche und eine Verständigung mit den belasteten Personen durch Vergleich oder Verzicht auszuschließen, oder durch Verschärfung der zur Beschlußfassung erforderlichen Mehrheit so zu erschweren, daß dies einem Ausschlusse gleichkäme.“

*Stimmberechtigten oder Gesellschaftsorgane wohlbegründete Ansprüche entzogen werden.*⁴⁴³³ Demgemäß fasste der Gesetzgeber „*ein gewisses Stadium ins Auge, mit dessen Ablauf erst angenommen werden kann, daß die Gesellschaft ihre wirtschaftliche Selbstständigkeit erlangt habe.*“⁴⁴³⁴ Dieses *tempus clausum* setzte er wie erwähnt mit zwei⁴⁴³⁵ Jahren fest: Nach zwei Jahren wird die Gesellschaft (präsumtiv) von „neuen“ Aktionären kontrolliert, die bei Dispositionen über Ersatzansprüche aus dem Gründungsstadium annahmegemäß unbefangen sind und im Gesellschaftsinteresse entscheiden. Dass die Sperrfrist gleichwohl nicht zwei,⁴⁴³⁶ sondern drei Jahre betrug und damit ein Jahr länger war als das *tempus clausum*, erklärt sich durch die Haftung der Emissionshäuser (Art 213b ADHGB 1884): Diese hafteten für öffentliche Ankündigungen von Aktien, die sie vor Eintragung der Gesellschaft oder in den ersten zwei Jahren danach (*tempus clausum*) erließen. Die AmtlBegr⁴⁴³⁷ hebt hervor, dass die Sperrfrist (gemäß den Beschlüssen der Aktienrechtskommission⁴⁴³⁸) länger sein müsse als die Haftungsfrist des Art 213b ADHGB 1884, weil andernfalls schon wenige Tage nach Erlass des schädigenden Angebots auf die daraus resultierenden Ersatzansprüche verzichtet werden könnte.⁴⁴³⁹

433 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 452 f. Der Reformgesetzgeber behandelte Ersatzansprüche gegen Gründergenossen und Organmitglieder gleich wie Ansprüche gegen die Gründer (AmtlBegr dAktRNov 1884 aaO 452): „*Einer gleichen Behandlung sind die Gründungsansprüche der Gesellschaft gegen die sonstigen nach Artikel 213a, 213b verantwortlichen Personen, sowie gegen die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsraths und deren etwaige Stellvertreter ausgesetzt.*“

434 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 450 f (Hervorhebung durch den Verf).

435 Die Aktienrechtskommission (abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 320) diskutierte über die Angemessenheit der Frist, wobei sich Befürworter einer Zweijahresfrist durchsetzen konnten.

436 So noch der erste Reformentwurf aus 1882 (Entwurf eines Gesetzes, betreffend die KGaA und AG [1882], abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 276).

437 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 453 lSp: „*Hier ist die längere Frist im Hinblick auf die Haftung der Emissionshäuser geboten, weil die letzteren sonst vielleicht schon wenige Tage nach Erlass des schädigenden Angebots von ihrer Verantwortlichkeit entbunden werden könnten.*“

438 Vgl die Verhandlungen der Aktienrechtskommission, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 320: „*Professor Dr. von Sicherer macht darauf aufmerksam, daß hier [sc in Art 213c des ersten Entwurfs; später Art 213d ADHGB 1884] die Frist länger als in Art. 213b normiert werden müsse, da sonst den Emittenten gegenüber schon wenige Tage nach Abschluß des schädigenden Rechtsgeschäfts eine Verzichtleistung erfolgen könne – was allgemein von der Versammlung als Uebelstand bezeichnet wurde.*“

439 Vgl auch Kommissionsbericht ADHGB 1884, in stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 5. Legislaturperiode, IV. Session, 1884, 4. Band, Anlage 128, 1009 (1015): „*Ein Antrag, die Zeitbeschränkung von 3 Jahren auf 2 Jahre herabzusetzen und damit zugleich eine äußere Uebereinstimmung herzustellen mit Artikel 213e, wurde abgelehnt, nachdem hervorgehoben war, daß alsdann die Verantwortlichkeit eines Emissionshauses, welches kurz vor Ablauf der zwei Jahre emittiert habe, schon nach wenigen Tagen durch Verzicht wieder beseitigt werden könne; wie-*

Als weitere Wirksamkeitsvoraussetzung für Verzichte und Vergleiche zum Schutz künftiger Aktionäre verlangte Art 213d ADHGB 1884, dass die Generalversammlung (heute HV) zustimmt. Auch diese Voraussetzung erklärt sich durch das frühere Recht: Vor der Reform hatte man vielfach wichtige Rechte an Organe oder sonstige Personen übertragen.⁴⁴⁰ Dadurch waren die Gründer „in den Stand gesetzt, sich ihren Einfluß auf die Schicksale der Gesellschaft für lange Zeit zu sichern, während die Aktionäre ruhig zusehen mußten, wie gegen das Interesse der Gesellschaft lediglich zum Nutze einzelner Koterien gewirthschaftet wurde.“ Deshalb wies der Gesetzgeber (ua) „Vergleiche und Verzichtseleistungen hinsichtlich der Ansprüche aus der Gründung gegen die aus derselben der Gesellschaft verhafteten Personen (Art. 213d)“ zwingend der Generalversammlung zu. Diese Kompetenzzuweisung ist eine notwendige Funktionsvoraussetzung für die Sperrfrist, die auf die (präsumtiv geänderten) Kontrollverhältnisse in der Generalversammlung abstellt. Der Kontrollwechsel infolge einer (nach Ablauf des *tempus clausum* gesetzlich vermuteten) Aktienemission könnte sich gar nicht auf Gesellschaftsdispositionen auswirken, wenn nicht die Generalversammlung, sondern andere Organe oder gar die Gründer selbst für die Entscheidung darüber zuständig wären.⁴⁴¹

Die Sperrfrist und das Zustimmungserfordernis bezweckten gemeinsam (wie die dadurch abgesicherten gründungsrechtlichen Haftungsnormen) die Sicherung der Kapitalaufbringung. Die strenge Kapitalaufbringung sollte ursprünglich vorrangig das Anlegerpublikum vor „Gründungsschwindeln“ bewahren. Mittelbar schützte sie aber auch die Gesellschaftsgläubiger.⁴⁴² Auch wenn der Gläubigerschutz heute besonders akzentuiert wird,⁴⁴³ stand historisch der Schutz des Publikums im Vordergrund.⁴⁴⁴ Das dürfte auch

wohl hiergegen bemerkt wurde, daß es, wenn ein Emissionshaus nach Ablauf von 2 Jahren ohne die Verantwortlichkeit des Artikels 213b emittieren könne, auch unbedenklich erscheine, nach Ablauf der 2 Jahre die kurz vorher begründete Verantwortlichkeit wieder aufzuheben, und daß immer noch das zweite Erforderniß des Artikels 213d, Zustimmung der Generalversammlung, bei Bestand bleibe.“

440 Vgl. AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr. bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 464. Eine zwingende Generalversammlungszuständigkeit normierte der Reformgesetzgeber für jene wichtigen Fälle, „bei denen es sich theils um das Grundkapital, theils um wesentliche Theile der Organisation handelt.“

441 Deshalb war den missbräuchlichen „Selbstentlastungen“ wohl nicht alleine durch das gesetzliche Stimmverbot beizukommen (ein solches kannte das ADHGB 1884 mit Art 190 Abs 3 iVm Art 222 ADHGB 1884 bereits; vgl. aus der Lit. Behrend, Lehrbuch I [1886] 775 Fn 18).

442 S. sogleich in Fn 444.

443 Vgl. allg. statt vieler Koppstein, GesRZ 2014, 3 ff mwN; iZm der Gründungshaftung etwa Pentz in MüKo AktG⁵ § 46 Rz 5; Gerber in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 46 Rz 1 mwN (nun ders. in BeckOGK AktG § 46 Rz 1 [Stand 01.02.2022]); referierend mwN Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 144 f. (s. sogleich Fn 444).

444 Referierend AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr. 660 3730: „Bei der Aktiengesellschaft wird die Sicherung des Grundkapitals sehr wesentlich durch die Vorschriften über den Gründungshergang sowie durch die konkurrierende Verantwort-

der Grund dafür sein, dass das ältere (wie das geltende) Aktienrecht für Ersatzansprüche aus der Gründung zwar die soeben erläuterten Vorschriften zum Schutz künftiger Aktionäre (Anleger) vorsah, aber keine Verfügungsbeschränkungen zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger (dazu noch sogleich iZm dem Gläubigerschutz unten).

B. Minderheitenschutz (Art 223 und 213d ADHGB 1884)

Wie oben schon dargelegt, lehnte der Reformgesetzgeber einen unmittelbaren Ersatzanspruch einzelner Aktionäre gegen die Organmitglieder ab.⁴⁴⁵ Auch ein Recht zur Verfolgung des Gesellschaftsanspruchs wollte er nicht jedem einzelnen Aktionär gewähren.⁴⁴⁶ Denn ein solches Individualrecht, wie etwa für die

lichkeit einer Reihe verschiedener Gesellschaftsorgane und durch die umfassende Öffentlichkeit sowohl der Einzelheiten der Gründung, als der späteren Ergebnisse des Geschäftsbetriebes unterstützt. Sind die betreffenden Bestimmungen auch in erster Linie zum Schutz der Aktienwerber bestimmt, so dienen sie doch zugleich als Garantien für die Interessen der Gesellschaftsgläubiger.“ Vgl auch AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3734 (zu § 5 dGmbHG): „Denn wenn es ihnen mit Hülfe der Börse gelingt, die Aktien zu günstigeren Kursen rechtzeitig unterzubringen, so wälzen sie hierdurch die nachtheiligen Folgen einer etwaigen Verkürzung oder falschen Bewerthung des Grundkapitals auf die späteren Mitglieder ab. Die Gründungskautelen des Aktiengesetzes haben denn auch vornehmlich den Schutz dieser letzteren Personen im Auge.“ Vgl aus der Lit Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 144 f mwN: Der Schwerpunkt der Reform von 1884 lag eher im Anleger- als im Gläubigerschutz, der nur mittelbar (reflexiv) durch die Verbesserung der Eigenkapitalausstattung und sonstige direkt auf den Anlegerschutz zielenden Regelungen mitverwirklicht wurde. Da ab der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts die Unternehmensfinanzierung über den Kapitalmarkt an Bedeutung verlor, trat die ursprüngliche Zielrichtung der aktienrechtlichen Vermögensverfassung in den Hintergrund und die Kapitalschutzvorschriften wurden verstärkt als Gläubigerschutzinstrumente zum Ausgleich für die Haftungsbeschränkung juristischer Personen angesehen (Kalss/Burger/Eckert aaO 145; s auch S 148). Vgl dazu auch Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 38, 77; Kalss in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung 12; Hommelhoff in Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 53 (83 f); informativ, aber die (intendierte) Gläubigerschutzkomponente des Kapitalschutzes wohl letztlich unterbetonend Thomale, JbI 2021, 83 ff, insb 88 f mwN.

445 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 469, 508 (Fn 274).

446 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 469 „Aber es können dadurch, daß die Gesellschaft selbst die Verfolgung der ihr zustehenden Ansprüche gegen die bezeichneten Personen ablehnt, mittelbar die Interessen des einzelnen Aktionärs geschädigt werden [...]. Man hat deshalb vielfach geglaubt, daß dem einzelnen Aktionär eine selbständige Klage zustehen müsse, soweit sein Interesse reicht oder sofern der Anspruch ein untheilbarer ist, im letzteren Falle freilich so, daß die Ersatzleistung zur Gesellschaftskasse zu erfolgen habe. [...] Auch in Deutschland wird die direkte Klage des Aktionärs meist von den Verfechtern der Individualrechte befürwortet, theilweise selbst als geltendes Recht angesprochen. Das letztere allerdings wird in der Rechtsprechung verneint; [...] Nach dem be-

Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen, sei bei der Verfolgung von Ersatzansprüchen „unlogisch“. Es gehe hier nicht um die Frage, ob eine Willenserklärung der Gesellschaft gültig oder ungültig ist, sondern darum, ob trotz einer gültigen Willenserklärung der Gesellschaft jeder einzelne Aktionär berechtigt sein soll, einen entgegengesetzten Willen als den der Gesellschaft geltend zu machen.⁴⁴⁷ Es gebe aber nur einen Willen der Gesellschaft.⁴⁴⁸ Andererseits sei „nicht zu verkennen, daß wenn die **Entscheidung über die Verfolgung eines Anspruchs der Gesellschaft** gegen die Gründer, die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsraths oder die Liquidatoren ausschließlich und endgültig in die **Macht der Generalversammlung** gelegt wird, leicht eine **Kollusion zu Gunsten Einzelner und eine Schädigung der Gesellschaftsinteressen stattfinden kann**“.⁴⁴⁹ Dieser Gefahr begegnete der Reformgesetzgeber mit Art 223 ADHGB 1884, dessen erster Absatz lautete:

stehenden Recht ist diese Auffassung zweifellos zutreffend. Aber auch für die Zukunft vermag der Entwurf sich zur Gewährung eines Individualrechts für jeden einzelnen Aktionär nicht zu entschließen.“ Für ein Einzelrecht aber Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 213 ff, 257 ff (s bei Fn 247).

447 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 469.

448 Vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 469: „Es giebt aber nur einen Willen derselben Gesellschaft. Wollte man sich darüber hinwegsetzen, so stände dem Individualrecht des einen Aktionärs das gleiche Recht aller anderen Aktionäre gegenüber, und hier würde nicht alternativ die einfache Bejahung oder Verneinung einer und derselben Frage zur Entscheidung stehen, sondern jeder Aktionär würde sowohl nach der Art wie nach dem Umfange den Anspruch der verschiedensten Weise als dem Interesse und Willen der Gesellschaft entsprechend geltend machen können. Das wäre weder sachlich, noch prozessual durchführbar; es eröffnete eine völlige Anarchie, gefährdete den Halt der Organisation, die Thätigkeit der Gesellschaftsorgane und leistete Erpressungen aller Art Vorschub. Sicher kann nicht erwartet werden, daß tüchtige Geschäftsleute die Stellung von Mitgliedern des Vorstandes und Aufsichtsraths übernehmen, wenn sie gewärtigen müßten, wegen ihrer Verwaltungsakte von jedem der zahlreichen Aktionäre, dessen Auffassung über das, was der Gesellschaft zum Schaden gereicht, von der der Generalversammlung abweicht, mit Klage bedroht oder belangt zu werden.“ Ganz idS auch die Denkschrift zum (nie in Kraft getretenen) österreichischen AktG-Entwurf idF Dezember 1900 (ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420 [S 18]).

449 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 469 (Hervorhebungen durch den Verf); vgl auch Fn 446. Vgl zum dHGB 1897 auch Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften II (1904, Neudruck 1964) 275 ff: „das Gesellschaftswohl wird hier in Wahrheit durch das Hauptorgan aus egoistischen Motiven einzelner vernachlässigt. [...] Vorstand und einige Hauptaktionäre bereichern sich auf Kosten der Minderheit.“ Vgl auch Fischer in Ehrenberg, Handbuch III (1916) 233. Ähnlich auch die Denkschrift zum (nie in Kraft getretenen) österreichischen AktG-Entwurf idF Dezember 1900 (ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420 [S 18 aE]): „Es soll hiedurch der Gefahr einer Collusion zwischen einer die Gesellschaft beherrschenden Actionärsgruppe und den der Gesellschaft ersatzpflichtigen Personen und damit der Schädigung vorgebeugt werden, die auf dem Umwege der Preisgebung vermögensrechtlicher Ansprüche der Gesellschaft jeder einzelne Actionär in seinem eigenen Vermögen erleiden würde.“

„Die Ansprüche der Gesellschaft aus der Gründung gegen die in Gemäßheit der Artikel 213a bis 213c verpflichteten Personen oder aus der Geschäftsführung gegen die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths [...] sind zu erheben, wenn in der Generalversammlung dies mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen oder von einer Minderheit, deren Antheile den fünften Theil⁴⁵⁰ des Grundkapitals darstellen, verlangt wird.“⁴⁵¹

Dieses Minderheitsverlangen war also letztlich eine Kompromisslösung⁴⁵² zwischen einem (echten) Individualrecht und der schrankenlosen „Mehrheits-herrschaft“. Mit dem Verlangen allein war der Minderheitenschutz aber noch nicht komplett, denn die Geltendmachung von Ersatzansprüchen setzt aber natürlich voraus, dass solche überhaupt (noch) existieren. Um zu verhindern, dass die Aktionärsmehrheit das Minderheitsverlangen durch (vorherige oder zwischenzeitige) Verfügungen über die geltendzumachenden Ansprüche unterläuft, bedurfte es einer gesetzlichen Regelung. So ordnete Art 213d ADHGB 1884 neben der oben erläuterten Sperrfrist und dem Zustimmungserfordernis (die beide dem Anlegerschutz dienen) zum Schutz der verfolgungsberechtigten Minderheit auch an, dass Verzichte und Vergleiche über Ersatzansprüche aus der Gründung⁴⁵³ „unzulässig [sind], soweit in der Versammlung eine Minderheit, deren Antheile den fünften Theil des Grundkapitals darstellen, Widerspruch erhebt.“⁴⁵⁴

Die AmtlBegr⁴⁵⁵ erläutert instruktiv das Zusammenspiel von Verfolgungsrecht und Widerspruchsrecht: „Die Vorschrift [sc das Verfolgungsrecht] steht im **nothwendigen Zusammenhange** mit dem im Artikel 213d der gleichen Minderheit gewährten Widerspruchsrecht gegen den Abschluß von Vergleichen oder die Erklärung von Verzichten.“⁴⁵⁶ Wie ohne jenes Wider-

450 Schon die Aktienrechtskommission (abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 347 f) diskutierte eine Senkung diese Schwelle auf 10%. Ein entspr Antrag wurde allerdings mit sechs gegen drei Stimmen abgelehnt. Eine Herabsetzung brachte erst das dHGB 1897.

451 Gesetz, betreffend die KGaA und AG vom 18.07.1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 594 (Hervorhebungen durch den Verf). Vgl dazu auch Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 149, 153.

452 Vgl auch Bondi, Rechte der Aktionäre 138.

453 Anders als das Verfolgungsrecht (Art 223 ADHGB 1884) erfasste das korrespondierende Widerspruchsrecht (planwidrig) nur Ansprüche aus dem Gründungshergang. Damit war Art 223 hinsichtlich aller übrigen Ansprüche (insb aus der laufenden Geschäftsführung) entgegen der gesetzgeberischen Absicht nicht gegen Mehrheitsdispositionen abgesichert. Diese Lücke wurde erst mit dem dHGB 1897 (teilweise) geschlossen. Auf sie wird neben anderen Unklarheiten noch im AG-Teil näher einzugehen sein (unten S 755 ff).

454 Gesetz, betreffend die KGaA und AG vom 18.07.1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 589.

455 AmtlBegr dAktRNov 1884 (zu Art 223 ADHGB 1884), abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 470 (Hervorhebungen durch den Verf).

456 Krit Renaud, Busch's Archiv 45 (1884) 169 (299).

spruchsrecht dem der Minorität hier zugesicherten Verfolgungsrecht der **Boden entzogen wäre**, so kann umgekehrt erwartet werden, daß die Minderheit den Widerspruch nur erhebt, um die Verfolgung der Ansprüche der Gesellschaft herbeizuführen. **Das letztere Recht hat also in dem ersteren seine Voraussetzung.**⁴⁵⁷ An anderer Stelle betont die AmtlBegr, dass ohne das Widerspruchsrecht „das nach Artikel 223 der Minorität zugesicherte Recht auf Verfolgung der Ansprüche jede Bedeutung verlieren [würde].“⁴⁵⁸ In diesem Sinne betonte auch die Reichstagskommission, dass Art 213d ADHGB 1884 „in Übereinstimmung mit der bezüglichlichen Voraussetzung des in Artikel 223 aufgestellten Minoritätsrechts [steht].“⁴⁵⁹

C. Gläubigerschutz (Art 241 Abs 4 ADHGB 1884)

Der Reformgesetzgeber lehnte (entgegen dem ROHG-Gutachten⁴⁶⁰ und einem Teil der Lit⁴⁶¹) eine direkte Organmitgliedshaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern für mittelbare Schäden ab.⁴⁶² Er konzidierte aber zugleich, dass eine Haftung gegenüber den Gläubigern in den qualifizierten Fällen des Art 241 Abs 3 ADHGB (Kapitalerhaltung und Verbot von Zahlungen nach Insolvenzreife) gerechtfertigt sei, weil die Organmitglieder in-

457 Weiter heißt es (Fn 455): „Ist bereits der Vergleich oder Verzicht rechtsgültig ohne Widerspruch erklärt, so ist natürlich insoweit die Frage einer Verfolgung der Ansprüche erledigt, und es kann nachträglich so wenig, wie von der Mehrheit, etwa auf Grund des Artikels 223 von der Minderheit eine Verfolgung verlangt werden. Die Verfolgung findet statt, sofern ein Vergleich etc überhaupt noch nicht zur Verhandlung gelangt oder soweit er in einer früheren oder in derselben Generalversammlung durch die Mehrheit oder den Widerspruch der Minderheit verworfen ist. Ebenso selbstverständlich ist es, daß einer danach statthafter Verfolgung durch eine spätere wirksame Beschlußfassung der Generalversammlung über einen Vergleich oder Verzicht ein Ende gemacht werden kann; in der späteren Versammlung kann und mag gegen denselben die gleiche Minderheit Widerspruch erheben und dadurch das Verfolgungsrecht für die Gesellschaft erhalten.“

458 AmtlBegr dAktRNov 1884 (zu Art 213d ADHGB 1884), abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 452 (Hervorhebung durch den Verf): „Dagegen erscheint es mit Rücksicht auf die Bestimmung in Artikel 223 geboten, Vergleiche oder Verzichte dann auszuschließen, sobald eine Minderheit, welche den fünften Theil des Grundkapitals darstellt, Widerspruch erhebt. Ohne eine solche Bestimmung würde das nach Artikel 223 der Minorität zugesicherte Recht auf Verfolgung der Ansprüche jede Bedeutung verlieren.“

459 Kommissionsbericht ADHGB 1884, in stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 5. Legislaturperiode, IV. Session, 1884, 4. Band, Anlage 128, 1009 (1015); ähnlich aus der Lit etwa Ring, ADHGB (1886) Art 223 Anm 3 (S 483): „in augenscheinlichem Zusammenhange“.

460 S oben bei Fn 252.

461 S oben bei Fn 224.

462 S oben bei Fn 297.

soweit „wenigstens mittelbar zugleich die Interessen der Gesellschaftsgläubiger wahrzunehmen haben“.⁴⁶³ Mit dieser Haftung gegenüber den Gläubigern⁴⁶⁴ meinte der Reformgesetzgeber aber keine Direkthaftung, sondern die mit Art 241 Abs 4 Satz 1 ADHGB 1884 neugeschaffene spezielle Einziehungsermächtigung der Gläubiger:

*„In den vorgezeichneten Fällen [sc Art 241 Abs 3] kann der Ersatzanspruch auch von den Gläubigern der Gesellschaft, soweit sie von dieser ihre Befriedigung nicht erlangen können, selbstständig geltend gemacht werden.“*⁴⁶⁵

Mit dieser Einziehungsermächtigung wollte der Gesetzgeber den Gläubigern „ersparen“, zuerst einen Exekutionstitel gegen die Gesellschaft erwirken zu müssen, um deren Ersatzansprüche gegen Organmitglieder dann exekutiv durchzusetzen.⁴⁶⁶ Dies sei nämlich „eine unnütze, die Rechtsverfolgung nur erschwerende Formalität“ und „[würde] auch nicht eine gleichmäßige Berücksichtigung der verschiedenen Gläubiger ermöglichen“.⁴⁶⁷ Wie auch das Minderheitsverlangen (Art 223 ADHGB 1884) wäre das Verfolgungsrecht der Gläubiger jedoch zahnlos gewesen, wenn die Gesellschaft uneingeschränkt über die geltendzumachenden Ansprüche verfügen hätte können. Daher schloss der Gesetzgeber die (haftungsfreistellende) Wirkung von Dispositionen der Gesellschaft im Verhältnis zu den Gläubigern aus, wobei Art 241 Abs 4 Satz 2 ADHGB 1884 zunächst nur Generalversammlungsbeschlüsse erfasste:

*„Die Ersatzpflicht wird ihnen gegenüber dadurch nicht aufgehoben, daß die Handlung auf einem Beschlusse der Generalversammlung beruht.“*⁴⁶⁸

463 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 463 (s schon Fn 299).

464 Vgl etwa den Titel der AmtlBegr (abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 463 rSp): „Verantwortlichkeit gegen die Gesellschaftsgläubiger“.

465 Gesetz, betreffend die KGaA und AG vom 18.07.1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 600 (Hervorhebungen durch den Verf).

466 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 463: „Sie sollen es nicht nöthig haben, erst die Gesellschaft zu verklagen und sich den Anspruch der Gesellschaft gegen die Mitglieder des Aufsichtsraths im Wege der Zwangsvollstreckung überweisen zu lassen.“ Vgl auch RIS-Justiz RS0049466.

467 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 463.

468 Gesetz, betreffend die KGaA und AG vom 18.07.1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 600 (Hervorhebungen durch den Verf). Vgl dazu AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 463: „Noch in einer weiteren Beziehung hat der Entwurf geglaubt, die Gläubiger selbstständig und anders als die Gesellschaft, wenn sie klagen würde, stellen zu müssen. Es soll nämlich den Gläubigern gegenüber die Verbotswidrigkeit der Handlungsweise der Mitglieder des Aufsichtsraths [Anm des Verf: das gilt kraft Verweises auch für Vorstandsmitglieder] und die Ersatzpflicht nicht dadurch beseitigt werden, daß die Generalversammlung das Verfahren beschlossen hat; ihnen gegenüber handeln die Gesellschaftsorgane auf eigene Verantwortlichkeit, wenn sie einen an sich ungültigen Beschluß der Generalversammlung ausführen. Diesen strengen Standpunkt wird man der klagenden Gesellschaft gegenüber nicht festhalten dürfen; die letztere kann sich nicht beschweren,

Verzichte wurden mit dem dHGB 1897, Vergleiche erst mit dem AktG 1937/1938 ausdrücklich mitgeregelt. Dass auch diese Dispositionen die Haftung gegenüber den Gläubigern nicht beseitigen, hatten aber zuvor schon die Motive zum ADHGB 1884 klargestellt: „Aus dem den Gläubigern gegebenen selbstständigen Verfolgungsrechte folgt ferner von selbst, daß der Anspruch, wenngleich er seinem Wesen nach ein Anspruch der Gesellschaft ist, nicht durch Verzicht, Erlaß oder Vergleich seitens der Gesellschaft den Gläubigern wirksam entzogen werden kann. Andernfalls würde ihr Verfolgungsrecht zu einem werthlosen Scheine herabsinken, da die Organe der Gesellschaft es in der Gewalt hätten, den Anspruch zu beseitigen. Nur soweit von den Aufsichtsrathsmitgliedern⁴⁶⁹ Ersatz der Gesellschaft wirklich geleistet wird, erlischt natürlich der Anspruch auch den Gläubigern gegenüber.“⁴⁷⁰

Das Verfolgungsrecht der Gläubiger (und mit ihm die korrespondierenden Dispositionsbeschränkungen) bezog sich im Einklang mit der älteren Lehre⁴⁷¹ und dem ROHG⁴⁷² nur auf Ersatzansprüche aus der Verletzung von Kapitalerhaltungsvorschriften und dem Verbot von Zahlungen nach Insolvenzreife (Art 241 Abs 3 ADHGB 1884) – nicht auch auf (bloß) „kulpose“ Geschäftsführung.⁴⁷³ Es bezog sich auch nicht auf Ersatzansprüche aus dem Gründungsstadium wegen der Verletzung von Kapitalaufbringungs-vorschriften (Art 213c ADHGB 1884). Ursächlich dafür war wie schon erwähnt⁴⁷⁴ vermutlich, dass man die Kapitalaufbringung damals primär in den Dienst des Anlegerschutzes stellte. Erst später setzte sich die Überzeugung durch, dass sie (auch) eine wichtige Säule des kapitalgesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes ist. Auf diese Lücke werde ich bei der Untersuchung der Nachfolgerbestimmungen im geltenden Recht noch näher eingehen.⁴⁷⁵

wenn der Aufsichtsrath als ihr Mandatar einen von der Generalversammlung selbst gefaßten Beschluß ausgeführt hat, obgleich derselbe gegen das Gesetz verstieß.“; vgl auch ebenda S 469: „Allein schon oben, §. 12 Nr. 4 S. 290 ff., wurde darauf hingewiesen, daß die Gesellschaft gegen ihre Organe einen Schadensanspruch wegen Ausführung des Beschlusses auf dessen Ungültigkeit nicht stützen dürfe.“

469 Gleiches galt kraft Verweises für Vorstandsmitglieder.

470 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 463 (Hervorhebungen durch den Verf.).

471 S oben bei Fn 236.

472 S oben bei Fn 257.

473 Im geltenden GmbH- und Aktienrecht wird diese (ursprünglich eindeutige) Einschränkung indes (wieder) hinterfragt, was zum Teil (im GmbH-Recht) auf legistische Irrungen und zum Teil (im Aktienrecht) auf ein Missverständnis der Dispositionsbeschränkungen zurückgeht. S zur GmbH und S 231 ff und zur AG unten insb S 834 ff.

474 S schon bei Fn 444.

475 S unten S 861 ff.

D. Fazit

Die ausschließliche Anspruchszuweisung an die Gesellschaft (Haftungskonzentration) hätte nach allgemeinen Grundsätzen zur Folge, dass die Gesellschaft (kontrolliert durch die Gesellschaftermehrheit) grundsätzlich frei über „ihre“ Ersatzansprüche disponieren könnte. Da die Haftungskonzentration nur Schadenskongruenz voraussetzt, dabei aber den Schutzzweck der betreffenden Organpflichten nicht verändert, würden jene Personen(gruppen) benachteiligt, die durch die verletzten (haftungsbegründenden) Organpflichten geschützt werden. Daher hat bereits der Reformgesetzgeber von 1884 korrigierende Begleitbestimmungen geschaffen, die im Kern noch heute in Kraft sind. Sie schützen künftige Aktionäre (nur in der AG nach der Gründung), Minderheitsgesellschafter und Gesellschaftsgläubiger, indem sie Dispositionen der Gesellschaft(ermehrheit) zugunsten der geschützten Personen(gruppen) ausschließen und den Minderheitsgesellschaftern und Gläubigern außerdem das Recht gewähren, die Ansprüche der Gesellschaft gegen ihre Organmitglieder selbstständig geltend zu machen.

V. Relativierungstendenzen zugunsten einer Außenhaftung

Oben wurde festgehalten,⁴⁷⁶ dass das Prinzip der Haftungskonzentration für mittelbare Gesamtschäden auf einer bewussten konzeptionellen Entscheidung des Gesetzgebers beruht, die zwar nicht alternativlos ist, von der *de lege lata* aber nicht einfach abgegangen werden kann. Gleichwohl lässt sich in Lehre und Rsp eine zunehmende Ausweitung der Außenhaftung beobachten, vor allem durch die Einordnung einzelner Verhaltenspflichten als Schutzgesetze.⁴⁷⁷ Diese Tendenzen haben für die Forschungsfrage nicht nur exkursorischen Charakter, sondern bestimmen vielmehr ihren Radius.⁴⁷⁸ Denn die Frage nach der Zulässigkeit von Beschränkungen der grundsätzlichen Verfügungsbefugnis der Gesellschaft über die Haftung ihrer Organmitglieder stellt sich nur, soweit (mittelbare) Gläubigerschäden (ausschließlich) über das Gesellschaftsvermögen liquidiert werden (Haftungskonzentration).⁴⁷⁹ Soweit Gesellschaftsgläubiger (daneben) ohnehin einen eigenen, unmittelbaren Ersatzanspruch haben, sind sie schon aus eigenem Recht geschützt. Auch inso-

476 S 60 ff.

477 Vgl zB Kalss in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Organhaftung 73 (74). Betroffen sind vor allem das Kapitalmarktrecht (Stichwort Anlegerprozesse), das Lauterkeitsrecht (UWG) und das Kartellrecht (Kalss aaO 74).

478 S aber noch ab S 118.

479 S dazu schon S 32.

weit besteht kein Anlass, die Dispositionsbefugnis der Gesellschaft aus Drittschutzgründen einzuschränken.

A. Durchsetzungshemmung der Gesellschaft

Zur Annahme einer Außenhaftung hält zunächst die unzureichende Durchsetzung von Binnenhaftungsansprüchen durch die Gesellschaft an.⁴⁸⁰ Der Aufsichtsrat, der zur Geltendmachung der Ansprüche berufen ist, und zT auch der Hauptgesellschafter seien psychologisch-emotional gehemmt, wenn es um die Durchsetzung von Ansprüchen gegen die „eigenen“ Leitungsorganmitglieder geht („Beißhemmung“).^{481 482}

Während die Prämisse einer Durchsetzungshemmung sicherlich zutrifft, rechtfertigt sie mE keine Relativierung des Innenhaftungsprinzips. Zunächst dürfte das Problem wohl vorrangig außerhalb der Gesellschaftsinsolvenz bei (Reflex-)Schäden der Gesellschafter bestehen.⁴⁸³ Denn während eines Insolvenzverfahrens ist ohnedies der Insolvenzverwalter zur Einziehung der Gesellschaftsansprüche berufen. Und in der masselosen Gesellschaftsinsolvenz geht es nur noch um die Interessen der Gläubiger, die auf die Anspruchsverfolgung durch die Gesellschaft nicht angewiesen sind, weil sie Gesellschaftsansprüche selbstständig mittels Verfolgungsrechts durchsetzen können (dazu sogleich unten). Was Gesellschafterschäden angeht, wurde oben schon dargelegt,⁴⁸⁴ dass eine Direkthaftung gegenüber einzelnen Gesellschaftern schon der im Gläubigerinteresse zwingenden Vermögensbindung ausscheidet. Im Übrigen hat der Gesetzgeber die beschriebene Durchsetzungshemmung durchaus gesehen und aus diesem Grund einer Minderheit ein Verfolgungs- und Widerspruchsrecht verliehen. Diesen Rechten⁴⁸⁵ liegt gerade die Einsicht zugrunde, dass die Gesellschaftermehrheit präsumtiv zögern wird, „ihre“ Organmitglieder zu belangen, auch wenn dies im Gesellschaftsinteresse läge.⁴⁸⁶ Durch die Annahme einer

480 Vgl. Rüffler, JBl 2011, 69 (70); Kalss in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Organhaftung 73 (75) mwN.

481 S. schon oben Fn 42 mwN.

482 Vgl. Kalss in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Organhaftung 73 (75); ähnlich Rüffler, JBl 2011, 69 (70); Döring, Durchsetzung 30 f. mwN; abl. zB Koppensteiner, GesRZ 2023, 84 (84 Fn 8).

483 Soweit es gar nicht um Reflexschäden geht, sondern um eine Außenhaftung für inkongruente Schäden (so offenbar die Nw in Fn 480), sind die genannten Mangelerscheinungen bei der Durchsetzung der Binnenhaftung aber auch keine (zusätzlichen) Argumente. Denn einer direkten Liquidation inkongruenter Drittschäden nach allg. Regeln (vor allem auf Basis einer Schutzgesetzverletzung) steht die Haftungskonzentration ohnehin nicht entgegen (s. schon bei Fn 400).

484 S. bei Fn 335.

485 Zu diesen Rechten auf Grundlage des ADHGB 1884 schon oben S. 90 ff.

486 Schon der Reformgesetzgeber von 1884 (AmtlBegr. dAktRNov 1884, abgedr. bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 469) erkannte, „daß wenn die Entscheidung

Außenhaftung würden diese Minderheitsrechte, die gerade als Korrektive für die Haftungskonzentration konzipiert sind,⁴⁸⁷ ihre Funktion verlieren.⁴⁸⁸

B. Durchsetzungsschwierigkeiten in der masselosen Gesellschaftsinsolvenz

Eine weitere Schwäche der Haftungskonzentration und eine Rechtfertigung für eine Außenhaftung sehen manche Autoren⁴⁸⁹ in (angeblichen) Schwierigkeiten der Rechtsverfolgung in der masselosen Gesellschaftsinsolvenz.⁴⁹⁰ Während Gesellschaftsgläubiger im System der Haftungskonzentration auf die exekutive Geltendmachung des Gesellschaftsanspruchs (Pfändung und Überweisung) beschränkt seien, könnten sie andernfalls (unter der Annahme einer Außenhaftung) ihre eigenen Ersatzansprüche gegen die Organmit-

über die Verfolgung eines Anspruchs der Gesellschaft gegen die Gründer, die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsraths oder die Liquidatoren ausschließlich und endgültig in die Macht der Generalversammlung gelegt wird, leicht eine Kollusion zu Gunsten Einzelner und eine Schädigung der Gesellschaftsinteressen stattfinden kann“. S schon bei Fn 449.

487 Vgl auch Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 149, 153.

488 Vgl bereits Schlegelberger et al, AktG³ (1939) § 84 Anm 29 (S 316), wonach §§ 84 und 99 AktG 1937/1938 keine Schutzgesetze zugunsten der Aktionäre sind, weil andernfalls das Verfolgungsrecht der Minderheit (§§ 122 ff AktG 1937/1938 [§§ 134 ff AktG idgF]) überflüssig wäre.

489 Vgl Koppensteiner, JBl 2006, 681 (693 f) iZm der Gesellschafterhaftung für existenzvernichtende Eingriffe: „[...] gewaltigen Schwierigkeiten der Anspruchsverfolgung bei Ablehnung der Konkurseröffnung mangels Masse“; vgl auch dens, GES 2015, 379 (391); tendenziell auch Karollus, ÖBA 2004, 628 (630); zur Buchführungspflicht Biletzki, NJW 1999, 286 (287, 290); ders, BB 2000, 521 (522).

AA aber Schummer in FS Koppensteiner (2001) 211 (226 ff); Eckhold, Materielle Unterkapitalisierung 624 f mwN, wonach es sich bei den Schwierigkeiten der Anspruchsdurchsetzung nicht um ein gesellschaftsrechtliches, sondern ein insolvenzrechtliches Gesamtproblem handle, dessen Beseitigung sicher wünschenswert sei; es gebe aber keine durchgreifenden Sachgründe für ein Abweichen von der Innenhaftung. Ebenfalls abl und stattdessen für die Einräumung eines Verfolgungsrechts Grigoleit, Gesellschafterhaftung 198 (dazu sogleich im Fließtext). Vgl auch Medicus, ZGR 1998, 570 (579). Vgl auch Kalss in Kalss/Schauer, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, 16. ÖJT II/1 123, wonach es in der masselosen Insolvenz wegen Zustellungsproblemen schwierig sein kann, einen rechtskräftigen Titel zu erlangen und damit im Wege der Forderungsexekution gegen Organmitglieder vorzugehen. Kalss schlägt *de lege ferenda* aber nicht etwa eine Außenhaftung vor, sondern die (auf die masselose Insolvenz eingeschränkte) Beibehaltung der Einziehungsermächtigung der Gläubiger (§ 84 Abs 5 AktG) sowie deren Übertragung auf die GmbH (s sogleich im Fließtext).

490 Im Gegensatz zu mittelbaren (Reflex-)Schäden der Gesellschafter ist die direkte Liquidation von Gläubigerschäden zumindest nicht kategorisch ausgeschlossen (s schon oben bei Fn 374).

glieder durchsetzen, ohne zuvor einen Exekutionstitel gegen die Gesellschaft erwirken zu müssen.

Dieses Argument rechtfertigt mE aber keine Durchbrechung des Innenhaftungsgrundsatzes.⁴⁹¹ Denn soweit es nur darum geht, den Gesellschaftsgläubigern die Erwirkung eines Exekutionstitels gegen die Gesellschaft zu „ersparen“, hat der Aktiengesetzgeber dafür *innerhalb* des Systems der Haftungskonzentration bereits Vorsorge getroffen: Schon das ADHGB 1884 verlieh den Gesellschaftsgläubigern wie erwähnt das Recht, Ersatzansprüche der Gesellschaft selbstständig im eigenen Namen und auf eigene Rechnung geltend zu machen.⁴⁹² Damit sollte ihnen erklärtermaßen eine Forderungsexekution erspart werden.⁴⁹³ Jedenfalls im Aktienrecht ist eine Durchbrechung der Innenhaftung daher nicht gerechtfertigt.

Das GmbH-Recht kennt hingegen kein vergleichbares Verfolgungsrecht der Gläubiger, sodass hier das eingangs geschilderte Durchsetzungsproblem in der masselosen Gesellschaftsinsolvenz beachtlich wäre. Tatsächlich scheint der GmbH-Gesetzgeber das Szenario der masselosen Insolvenzen nicht bedacht zu haben, sondern ausweislich der EBRV⁴⁹⁴ davon ausgegangen zu sein, dass in jedem Fall ein Insolvenzverwalter die Ansprüche einzieht (vielleicht, weil masse-

491 Vgl auch *Medicus*, ZGR 1998, 570 (579); *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung 198 (s Fn 489); *Schummer* in FS Koppensteiner (2001) 211 (226 f).

492 Art 241 Abs 4 Satz 1 ADHGB 1884 (s oben Fn 465). Vgl § 84 Abs 5 Sätze 1 f AktG idGF. Nur am Rande sei hier erwähnt, dass auch das aktienrechtliche Verfolgungsrecht gem § 84 Abs 5 Satz 1 AktG (§ 93 Abs 5 Satz 1 dAktG) nur in der masselosen Insolvenzen praktische Bedeutung hat (dazu näher unten S 815 ff).

493 Vgl AmlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 463 (s auch schon Fn 466 und Fn 467).

494 Vgl AmlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3750: „Eine direkte Haftpflicht der Geschäftsführer gegenüber den Gesellschaftsgläubigern kann allerdings als entbehrlich betrachtet werden; es genügt vielmehr auch hier, daß die Gläubiger in der Lage sind, die Ersatzansprüche der Gesellschaft nach Ueberweisung derselben im Wege der Zwangsvollstreckung geltend zu machen oder im Falle des Konkurses der Gesellschaft die Forderungen durch den Konkursverwalter verfolgen zu lassen.“ Ähnlich EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 62: „Denn im Falle des Konkurses steht der Gläubigerschaft ohnedies die Geltendmachung eines Ersatzanspruches der Gesellschaft, im Falle der Sonderexekution aber dem einzelnen Gläubiger der Zugriff auf den Ersatzanspruch durch Überweisung zu.“ Deutlich auch die Denkschrift zum österreichischen Aktienentwurf idF Dezember 1900 (ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420 [S 19]): „Hiezu kommt, dass die von den Actionären für die Gesellschaft erhobenen Ersatzansprüche gleichzeitig zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger wirken, insofern als durch die Realisirung bestehender Ersatzansprüche auch der Befriedigungsfonds für die Gläubiger der Gesellschaft vermehrt wird. Es ist deshalb umsoweniger nothwendig, das Recht der Geltendmachung von Ersatzansprüchen auch den einzelnen Gläubigern der Gesellschaft einzuräumen, als in dem einzig praktischen Falle ihrer Nichtbefriedigung, dem Concursfalle, ohnedies der Concursmasseverwalter berufen ist, alle Vorkehrungen behufs thunlichster Wahrung ihrer Interessen in Vertretung der Gesellschaft zu treffen.“

lose Insolvenzen damals kaum vorkamen)⁴⁹⁵.⁴⁹⁶ Vergegenwärtigt man sich noch einmal die *ratio* des aktienrechtlichen Verfolgungsrechts, liegt dessen analoge Anwendung auf die GmbH mE aber immer noch näher als eine Direkthaftung. Demgemäß schlagen einige Autoren⁴⁹⁷ eine solche Analogie als systemkonforme Lösung vor. Dem ist mE zu folgen,⁴⁹⁸ denn das Verfolgungsrecht erspart den Gläubigern gerade die Forderungsexekution, deren Notwendigkeit als Schwäche der Innenhaftung kritisiert wird.⁴⁹⁹ Aus Gläubigersicht führt das Verfolgungsrecht zum selben Ergebnis wie eine Außenhaftung, ohne am Prinzip der Haftungskonzentration zu rütteln.⁵⁰⁰ Es ist daher (auch im GmbH-Recht) die konzeptionell passende(re) Lösung für das Problem.⁵⁰¹

495 So *Biletzki*, NZG 1999, 286 (287).

496 Vgl auch *Biletzki*, NZG 1999, 286 (287 lSp).

497 Vgl *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung 198, nach dem die Verlegung des Anspruchs in das Außenverhältnis zum Zweck der Ersparnis der exekutiven Geltendmachung in der masselosen Gesellschaftsinsolvenz nicht erforderlich ist. Dieses Ergebnis könne auch durch die entspr Anwendung der Einziehungsermächtigung erzielt werden, die dem Spannungsverhältnis zwischen dem materiell-rechtlichen Grundsatz der Haftungskanalisation und dem Bedürfnis nach einem vereinfachten Zugriff der Gläubiger „feingesteuert Rechnung tragen“ könne. *De lege ferenda* auch *Kalss* in *Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, 16. ÖJT II/1 123 f. S schon oben in Fn 489.

498 Ausf zur analogen Anwendung des Verfolgungsrechts auf die GmbH noch unten S 201 ff.

499 Nur am Rande sollte (schon) hier angemerkt werden, dass das Verfolgungsrecht (und Gleiches gilt wohl für eine Außenhaftung) gegenüber der Forderungsexekution nicht absolut vorteilhaft ist. Während dem ersatzpflichtigen Organmitglied (Drittschuldner) im Exekutionsbewilligungsbeschluss gem § 294 Abs 1 f EO nämlich ein Zahlungsverbot und der Gesellschaft (Verpflichtete) ein Verfügungsverbot auferlegt wird („Doppelverbot“; vgl *Oberhammer* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 294 Rz 21 ff), kann bei der Geltendmachung mittels Verfolgungsrechts (oder eines unmittelbaren Anspruchs) sowohl das Organmitglied jederzeit schuldbefreiend an die Gesellschaft oder andere Gesellschaftsgläubiger leisten und die Gesellschaft kann den Ersatzanspruch weiterhin geltend machen (oder zB abtreten). Wegen dieser relativ schwächeren Position des Verfolgungsrechts wird Gesellschaftsgläubigern einer AG sogar angeraten, parallel exekutiv gegen Organmitglieder vorzugehen (vgl zB *G. Frotz*, GesRZ 1982, 98 [100]; *Dellinger* in FS Frotz 187 [190]; *Harrer*, Haftungsprobleme 72).

500 IdS auch *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung 198 (s Fn 497). S dazu auch noch Fn 561.

501 Dass gerade dieses Verfolgungsrecht heute bisweilen (vor allem in der dL) als Anordnung einer unmittelbaren Haftung der Vorstandsmitglieder gegenüber den Gesellschaftsgläubigern gelesen wird (s schon bei Fn 352), ist eine andere Frage, auf die ich an gegebener Stelle noch gesondert eingehen werde (s im AG-Teil unten S 798 ff). Vgl idZ auch *Biletzki*, NZG 1999, 286 (290), der eine Außenhaftung des GmbH-Geschäftsführers in der masselosen Gesellschaftsinsolvenz dogmatisch auf den Rechtsgedanken des § 93 Abs 5 Satz 1 dAktG (Verfolgungsrecht) stützt, weil der GmbH-Gesetzgeber den Fall der masselosen Insolvenz übersehen habe. Das zweite ist zwar wie gesagt richtig, bedingt aber nicht das erste. Nämlich dann nicht, wenn man das aktienrechtliche Verfolgungsrecht nach mE zutr Ansicht als bloße

C. Schutzgesetzqualifikation insolvenzbezogener Tatbestände?

1. Meinungsstand

Das Innenhaftungssystem wird schließlich dadurch stark relativiert, dass die hL⁵⁰² und Rsp⁵⁰³ Verhaltensanordnungen mit Insolvenzbefehl als Schutzge-

Einziehungsermächtigung qualifiziert (wie offenbar auch *Biletzki* selbst [aaO]). Dann ist die analoge Anwendung des Verfolgungsrechts auf die GmbH mE die näherliegende und konsequente Schlussfolgerung.

- 502 Vgl. die Übersicht über den Meinungsstand mwN bei *Koppensteiner*, GmbHG² § 25 Rz 32 ff und *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 32 ff; ebenso *Schummer* in FS *Koppensteiner* (2001) 211 ff; *Harrer*, Haftungsprobleme 54 ff. Für die Einordnung als Schutzgesetz zB: *Dellinger*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung 52 und *passim*; *ders* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 70 mwN (Stand 01.12.2005); *Schumacher* in *Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴ § 69 KO Rz 107; *J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht¹² Rz 2/451; *Karollus* in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager*, Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz 1145 (1161 ff [zu § 69 IO], 1172 [zu §§ 158 f StGB]); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 35 (zu § 69 IO); Rz 40 (zu § 195 Abs 2 StGB); Rz 43 (zu § 159 Abs 1 StGB); *Felzl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 226 f (zu § 69 IO), Rz 249 (allg zu §§ 158 f StGB); *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 40; pointiert *K. Schmidt*, JBl 2000, 477 (479): „Aus heutiger Sicht mag man wohl eher staunen, dass dies einmal streitig war.“; *ders* in FS *Koziol* 1301 (1306); *Koppensteiner*, JBl 2006, 681 (684, 693 und *passim*); für § 69 IO und § 159 StGB *ders*, GES 2015, 379 (390); *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/330; *Binder* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung² Rz 3/56 ff; *Ch. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 4/509; zu § 159 StGB *Ostheim* in *Korinek/Krejci*, Der Verein 117 (194) mwN; *Jaufer*, Das Unternehmen in der Krise⁴ 209, *passim*; *R. Wagner*, Geschäftsführerhaftung und URG Rz 17. So auch die hL, vgl statt vieler *Wolfer* in *BeckOK Insolvenzrecht*³² § 15a InsO Rz 30 ff mwN (allgemeine Meinung); *H.-F. Müller* in *MüKo GmbHG*⁴ § 64 Rz 258 ff mwN; *Medicus*, ZGR 1998, 570 (580) mwN; *Haas*, Geschäftsführerhaftung 22; *dens* in *Noack et al*, GmbHG²³ § 64 Rz 211 mwN.

- AA noch insb *Harrer*, Haftungsprobleme 57 ff; *Schummer* in FS *Koppensteiner* (2001) 211 ff (zu § 69 IO und § 159 StGB); so schon *ders*, Eigenkapitalersatzrecht 472 ff; abl auch *Duursma-Kepplinger* in *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Hdb GesR Rz 2961, 2999 ff (zu § 69 IO), 2997 f (zu §§ 158 und 159 StGB) mwN; verneinend nur für § 158 StGB *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 42 (s noch Fn 535). S zur Gegenansicht auch noch Fn 507. Gegen die Schutzgesetzqualifikation für Deutschland vereinzelt noch *Altmeppen* in *Altmeppen*, GmbHG¹¹ Anh § 60 Rz 148 ff mwN (vgl bereits *Altmeppen/Wilhelm*, NJW 1999, 673 ff). *Altmeppen* (aaO) versteht die Innenhaftung gem § 15b InsO (vor dem SanInsFoG gem § 64 Satz 1 dGmbHG) für Zahlungen nach Insolvenzureife als abschließenden Haftungstatbestand (Verlustrücklagehaftung) für die Insolvenzverschleppung und will hierzu den Zahlungsbegriff teleologisch-rechtsfortbildend dahingehend korrigieren, dass er den gesamten Vermögensnachteil der Gläubigergemeinschaft erfasst.
- 503 StRsp; vgl zu § 69 IO va RIS-Justiz RS0027441; RS0065125 und die dort genannten E; zu Strafdelikten RS0023677 (grundl OGH 02.07.1968, 6 Ob 159/69 SZ 42/104). Vgl die umfangreiche Rsp-Übersicht bei *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 491 (Stand 01.09.2022). Für Deutschland vgl die Übersicht

setze zugunsten der (einzelnen) Gesellschaftsgläubiger qualifizieren und diesen einen unmittelbaren Ersatzanspruch gegen Organmitglieder gewähren. Es geht konkret um die Insolvenzantragspflicht (§ 69 Abs 2 IO), das Verbot der Gläubigerbegünstigung (§ 158 Abs 1 StGB) und das Verbot der grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen (§ 159 Abs 1 f StGB). Diese „Schutzgesetzlösung“ ist nach den bisherigen Überlegungen allerdings insoweit problematisch, als neben den genannten Tatbeständen idR zugleich jener des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG oder § 84 Abs 3 Z 6 AktG (Leistung von Zahlungen⁵⁰⁴ nach Insolvenzureife) verwirklicht ist.⁵⁰⁵ Denn diese Normen statuieren eine exklusive Innenhaftung (arg: „*haften der Gesellschaft*“).⁵⁰⁶ Die Schutzgesetzlösung war daher von Anfang an nicht unumstritten. Kritische Stimmen⁵⁰⁷ beriefen sich auf das abschließende Innenhaftungskonzept und die Gläubigergleichbehandlung, die durch das Nebeneinander von Gesellschafts- und Gläubigeransprüchen gestört würde.

Das Problem der parallelen Anspruchsverfolgung hat der Gesetzgeber für die Insolvenzantragspflicht mit § 69 Abs 5 IO gelöst:⁵⁰⁸ *„Die Insolvenzgläubiger können Schadenersatzansprüche wegen einer Verschlechterung der Insolvenzquote infolge einer Verletzung der Verpflichtung nach Abs. 2 erst nach Rechtskraft der Aufhebung des Insolvenzverfahrens geltend machen.“* Durch die Suspendierung der Rechtsverfolgung durch die Gläubiger während des Insolvenzverfahrens soll *„ein Nebeneinander von Schadenersatz-*

über die BGH-Rsp bei *H.-F. Müller* in *MüKo GmbHG*⁴ § 64 Rz 258; anders noch RG 04.02.1910, Rep II 255/09, RGZ 73, 30 (35) – referierend zB *Altmeyen*, ZIP 2001, 2201 (2202).

504 Die genannten Tatbestände sprechen nur von „Zahlungen“ und erfassen damit nicht alle möglichen Quotenschäden der Gesellschaftsgläubiger. Sie sind aber extensiv (ggf analog) auf andere masseschmälernde Handlungen anzuwenden (s noch bei Fn 529).

505 Vgl *Harrer*, Haftungsprobleme 58; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 35 (zu § 69 IO), Rz 41 (zu § 159 Abs 2 StGB), Rz 42 (zu § 158 Abs 1 StGB) und Rz 44 (zu § 159 Abs 1 StGB); *R. Wagner*, Geschäftsführerhaftung und URG Rz 43.

506 Das gilt auch für die genannten Tatbestände, weil diese an § 25 Abs 2 GmbHG bzw § 84 Abs 2 AktG anknüpfen. Vgl § 25 Abs 3 GmbHG: *„Insbesondere sind sie zum Ersatze verpflichtet [...]“*; vgl § 84 Abs 3 AktG: *„Die Vorstandsmitglieder sind namentlich zum Ersatz verpflichtet [...]“*.

507 Vgl insb *Harrer*, Haftungsprobleme 57 ff; *Schummer* in FS *Koppensteiner* (2001) 211 ff (zu § 69 IO und § 159 StGB); krit schon *Koppensteiner*, wbl 1988, 1 (9 bei Fn 50); krit und für die exklusive Aktivlegitimation des Insolvenzverwalters (schon vor § 69 Abs 5 IO) *Honsell*, GesRZ 1984, 207 (212); so wohl auch *Duursma-Kepplinger* in *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Hdb GesR Rz 2961; nur noch retrospektiv für die Rechtslage vor § 69 Abs 5 IO auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 35 mwN; nur für § 158 StGB wegen der von § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG für dieselbe Tat handlung angeordneten Innenhaftung Rz 42 (s noch bei Fn 535). Referierend mwN etwa *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 70 (Stand 01.12.2005); *Koppensteiner*, GmbHG² § 25 Rz 35. Für Deutschland s Fn 502 aE.

508 Eingeführt durch das Gesellschafts- und Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2003 (GIRÄG 2003 BGBl I 2003/92).

ansprüchen gegen die zur Konkursanmeldung verpflichteten Organe im Bezug auf die gleichen Schäden vermieden werden.“⁵⁰⁹ Die EBRV⁵¹⁰ knüpfen ausdrücklich an die überwiegend vertretene Schutzgesetzlösung an. Seit der Schaffung des § 69 Abs 5 IO gilt der Streit um die Schutzgesetzqualifikation (jedenfalls für die Insolvenzantragspflicht) offenbar als durch den Gesetzgeber zugunsten der überwiegenden Schutzgesetzlösung entschieden.⁵¹¹ Manche Autoren⁵¹² wollen darüber hinaus die (vermeintliche) Implikation des § 69 Abs 5 IO (Anerkennung der Schutzgesetzlösung) auf § 158 Abs 1 und § 159 Abs 1 f StGB verallgemeinern.

2. Eigene Stellungnahme

Vorauszuschicken ist, dass die Insolvenzverschleppungshaftung und insb die Frage der Liquidation von Gläubigerschäden (Innenhaftung oder Außenhaftung) ein kaum überschaubares, weites Feld ist. Deshalb muss die folgende Stellungnahme ebenso vergrößert bleiben, wie die obige Skizze des Meinungsstands. Hier soll die Frage fokussiert werden, ob eine Außenhaftung in Betracht kommt, soweit das Gesetz bereits eine Haftpflicht (für densel-

509 EBRV 124 BlgNR 22. GP 17. Dass es sich um „die gleichen Schäden“ handelt, maW also Schadenskongruenz besteht, spricht mE jedoch von vornherein gegen eine Direkthaftung.

510 EBRV 124 BlgNR 22. GP 16 aE: „§ 69 IO ist nach hA ein Schutzgesetz zu Gunsten der Gläubiger von juristischen Personen. Wird der Konkursantrag durch die dazu verpflichteten Vertreter schuldhaft nicht rechtzeitig gestellt, so haften diese den Gläubigern innerhalb des in seinen Grenzen allerdings umstrittenen Schutzzwecks der Konkursantragspflicht für den dadurch entstandenen Schaden.“

511 Vgl zB Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 70 (Stand 01.12.2005), demzufolge der Mindermeinung (kein Schutzgesetz) durch § 69 Abs 5 IO die Grundlage entzogen sei und heute jedenfalls der hM zu folgen sei. Vgl auch Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 35 f, nach denen sich der Gesetzgeber für die Schutzgesetzlösung entschieden habe und Insolvenzgläubiger daher gem § 69 Abs 2 IO iVm § 1311 ABGB unmittelbar ersatzberechtigt seien; vgl auch Koppensteiner, JBl 2006, 681 (684, 693 f). Ähnlich Trenker, JBl 2018, 354 (356 bei Fn 11), wonach die Schutzgesetzeigenschaft der Insolvenzantragspflicht durch § 69 Abs 5 IO „indirekt bestätigt worden [ist]“.

512 Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 40 f (zu § 159 Abs 2 StGB), Rz 42 (eventualiter zu § 158 Abs 1 StGB, dessen Schutzgesetzcharakter aber wegen § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG abzulehnen sei [Fn 535]) und Rz 44 (zu § 159 Abs 1 StGB); Koppensteiner, JBl 2006, 681 (684), wonach wegen § 69 Abs 5 IO ganz eindeutig zu erkennen sei, dass es sich um ein Schutzgesetz zugunsten der Gläubiger handeln muss. Vgl auch aaO 693 f („aus Gründen der Folgerichtigkeit jetzt auch für § 159 StGB iVm § 1311 ABGB unbezweifelbar“). Zu § 158 Abs 1 StGB Karollus, ÖBA 2004, 628 (630), wonach es um ein völlig gleich gelagertes Konkurrenzproblem zwischen individuellen Ersatzansprüchen und einem Anspruch des Masseverwalters auf Liquidation des Gesamtschadens gehe.

ben, kongruenten Schaden) gegenüber der Gesellschaft anordnet, maW, ob die gesetzliche Anordnung einer Innenhaftung abschließend ist. Hierzu wird § 69 Abs 5 IO und die Implikation dieser Norm vorerst ausgeblendet und mit allgemeiner Problemannäherung begonnen. Betrachtet man dazu den Wortlaut der § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und § 84 Abs 3 Z 6 AktG, lässt sich daraus zwar nicht zwingend ableiten, dass Organmitglieder *nur* der Gesellschaft haften.⁵¹³ Gleichwohl ergibt sich die abschließende Anordnung einer Innenhaftung für (kongruente) Gläubigerschäden infolge Insolvenzverschleppung aus einer breiteren Betrachtung: Zunächst folgt das aus der Genese der Organmitgliedshaftung. Schon der Reformgesetzgeber von 1884 hat, um eine mehrfache Schadensliquidation zu vermeiden, eine Außenhaftung explizit ausgeschlossen, soweit das Gesetz „eine gesetzliche Pflicht zur Verantwortung gegenüber der Gesellschaft begründet [...]“.⁵¹⁴ Das galt auch damals schon für die Leistung von Zahlungen *in statu cridae*.⁵¹⁵ Wenngleich dieses Haftungskonzept wie erwähnt nicht alternativlos ist, hat der Gesetzgeber es bis in das geltende Recht übernommen. Im Übrigen fehlen (auch für die Insolvenzverschleppungshaftung) die nötigen Begleitbestimmungen (dazu noch sogleich). In jüngerer Vergangenheit hat der GmbH-Gesetzgeber das Prinzip der Haftungskonzentration durch eigene Überlegungen (erneut) plausibilisiert: Nach den EBRV ist die Ersatzpflicht der Geschäftsführer „in jedem Falle nur gegenüber der Gesellschaft begründet.“⁵¹⁶ Weiter heißt es: „Nur in zwei Fällen (§ 50 und 58) verläßt der Entwurf diesen Grundsatz, weil nicht gegen die Gesamtheit der Gläubiger, sondern gegen eine bestimmte Person gerichtete, gerade diese benachteiligende Handlungen oder Unter-

513 Arg iVm § 25 Abs 2 GmbHG („haften der Gesellschaft“) bzw § 84 Abs 2 AktG („sind der Gesellschaft zum Ersatz [...] verpflichtet“). Vgl Karollus/Lukas, JBl 2004, 686 (690) zum ähnlich formulierten § 29 Abs 1 Satz 3 AktG („der Gesellschaft verantwortlich“), wonach eine Dritthaftung wegen dieses Wortlauts „jedenfalls kontraindiziert“ sei. Im Weiteren rekurren (auch) Karollus/Lukas (aaO 690 f) auf die Entstehungsgeschichte des (ähnlich lautenden) § 10 Abs 4 GmbHG (Geschäftsführerhaftung), der die Bankhaftung nachgebildet worden sei, und bei welcher der Gesetzgeber eine reine Innenhaftung im Sinn hatte.

514 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 448 (zur Gründungshaftung).

515 Art 241 Abs 3 Satz 2 ADHGB 1884: „Insbesondere sind sie in den Fällen des Artikels 226 Ziffer 1 bis 5, sowie in dem Falle einer nach der Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung der Gesellschaft (Art. 240 Abs. 2) geleisteten Zahlung zum Ersatze verpflichtet.“

516 Vgl EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 62. Zwar beziehen sich die EBRV hier nur auf die Haftung gem § 10 Abs 4 GmbHG, doch ergibt sich der universelle Charakter dieser Aussage – wie schon Schummer (in FS Koppensteiner [2001] 211 [217 ff]) zutr betont – aus ihrer nochmaligen Wiedergabe im Herrenhausbericht zu § 25 GmbHG (272 BlgHH 17. Session 9). Außerdem folgt ihr allg Anspruch auch *e contrario* aus der nachfolgenden Aussage der EBRV – s weiter im Fließtext.

lassungen der Geschäftsführer in Frage kommen.“⁵¹⁷ Daraus folgt im Umkehrschluss, dass die Geschäftsführer in allen anderen Fällen (also auch § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG) ausschließlich der Gesellschaft haften.⁵¹⁸ Auch in den hier behandelten Fällen (§ 69 Abs 2 IO, § 158 StGB und § 159 Abs 1 f StGB) erleidet gerade die „Gesamtheit der Gläubiger“ einen Schaden (Gesamtschaden als Summe der Quotenschäden)⁵¹⁹. Daher muss nach der eindeutigen gesetzlichen Wertung insoweit eine Außenhaftung ausscheiden und der Schaden stattdessen über das Gesellschaftsvermögen liquidiert werden.

In systematisch-logischer Hinsicht manifestiert sich die Haftungskonzentration in ausgleichenden Schutzbestimmungen zugunsten der Gesellschaftsgläubiger und Minderheitsgesellschafter, nämlich in Verfolgungsrechten⁵²⁰ und (korrespondierenden) Dispositionsbeschränkungen⁵²¹. Da diese Rechte als Korrektive für die Haftungskonzentration konzipiert sind, setzen sie notwendig voraus, dass die Gesellschaftsgläubiger nicht selbst ersatzberechtigt sind. Andernfalls wären die Gläubiger nach der gesetzgeberischen Vorstellung nicht auf die Ersatzansprüche der Gesellschaft angewiesen. Es gäbe keinen Anlass, ihnen ein Recht zur Geltendmachung⁵²² dieser Ansprüche zu gewähren und die Ansprüche zugleich durch gesetzliche Dispositionsbeschränkungen für den Gläubigerzugriff zwingend im Gesellschaftsvermögen zu erhalten.⁵²³ Da sich diese Schutzbestimmungen (auch) auf § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und § 84 Abs 3 Z 6 AktG beziehen,

517 EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 62.

518 S auch bei Fn 410 und Fn 543.

519 Vgl auch EBRV 124 BlgNR 22. GP 17; *Gehrlein* in MüKo InsO⁴ § 92 Rz 5, 11 ff und *passim*.

520 Vgl § 84 Abs 5 Sätze 1 f AktG (Gesellschaftsgläubiger); §§ 134 f AktG (Aktionärs-minderheit). Vgl idZ auch *G. Frotz*, GesRZ 1982, 98 (98).

521 Vgl § 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG; § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (Gesellschaftsgläubiger); § 43, § 84 Abs 4 Satz 3 und § 136 AktG (Aktionärs-minderheit). Vgl auch *G. Frotz*, GesRZ 1982, 98 ff.

522 Wie schon erwähnt (zB Fn 352), interpretiert va die hdL das Verfolgungsrecht (mE unzutrf) als Anordnung einer unmittelbaren Haftung gegenüber den Gläubigern. Die rechtsdogmatische Einordnung ist aber unerheblich für das Argument, dass das Verfolgungsrecht bei Annahme einer Außenhaftung (Doppelhaftung) aus Schutzesetz-basis überflüssig wäre: Interpretiert man es als bloße Einziehungsermächtigung, wäre es überflüssig, weil die Gesellschaftsgläubiger ohnedies einen eigenen Ersatzanspruch hätten (s auch Fn 523). Versteht man es als Rechtsgrundlage einer Direkthaftung, hätte es dessen ebenso wenig bedurft, weil den Gläubigern ohnedies bereits nach allg Grundsätzen ein Ersatzanspruch zustünde und eine gesonderte Anordnung entbehrlich gewesen wäre. Das Verfolgungsrecht wäre also in jedem Fall obsolet.

523 Die Gesellschaftsgläubiger wären dann schon aus eigenem Recht geschützt, weil Verfügungen über fremde Rechte allg unzulässig sind (vgl hier nur *G. Frotz*, GesRZ 1982, 98 [98]; *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 476 Fn 2728). S aber noch Fn 524.

wären sie obsolet, soweit man den Gesellschaftsgläubigern einen eigenen Ersatzanspruch auf Schutzgesetzbasis gewährte.⁵²⁴

Gegen eine exklusive Innenhaftung spricht nicht, dass die Gesellschaft vielfach gar keinen Schaden erleidet (zB bei Erfüllung von Gesellschaftsverbindlichkeiten),⁵²⁵ denn insoweit fingiert das Gesetz einen Gesellschaftsschaden, um Gesamtschäden der Gläubiger über die Insolvenzmasse liquidieren zu können, was allen Gläubigern gleichmäßig zugutekommt.⁵²⁶ Die § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und § 84 Abs 3 Z 6 AktG sprechen zwar *nur* von „Zahlungen“ und erfassen damit nicht alle möglichen Ursachen inkongruenter Quotenschäden,⁵²⁷ der

524 Vgl G. Frotz, GesRZ 1982, 98 (98 f); allg auch *Trenker*, GesRZ 2014, 10 (13); ähnlich *Koppensteiner*, GES 2015, 379 (381); iZm § 73 Abs 3 dGmbHG BGH 13.03.2018, II ZR 158/16 Rz 27; H.-F. Müller in MüKo GmbHG⁴ § 73 Rz 44 mwN.

Bei angenommener Schutzgesetzlösung hätten die Dispositionsbeschränkungen (nicht aber das Verfolgungsrecht [s Fn 522]) allenfalls insoweit einen Restanwendungsbereich, als sie auf den Insolvenzverwalter anzuwenden wären (das gilt ohnedies für § 10 Abs 6 GmbHG und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG, mE aber auch für § 84 Abs 5 Satz 3 AktG [s Fn 358]; s aber allg dazu noch Fn 557). Darüber hinaus könnten die Gesellschaftsgläubiger *trotz* (angenommener) Außenhaftung ein Interesse an der (ungeschmälernten) Erhaltung des Gesellschaftsanspruchs haben, weil eine Forderungsexekution aufgrund des Zahlungs- und Verfügungsverbots durchaus Vorteile gegenüber einer Direkthaftung haben und eine parallele Durchsetzung sinnvoll sein kann (s schon Fn 499). Dieselbe Frage stellt sich beim Verfolgungsrecht gem § 84 Abs 5 AktG, weshalb § 84 Abs 5 Satz 3 AktG nach mE zutr Ansicht (extensiv) auch auf die Drittschuldnerklage anzuwenden ist (was der Reformgesetzgeber von 1884 wohl nicht bedachte, weil er das Verfolgungsrecht als gegenüber der Forderungsexekution absolut vorteilhaft erachtete). Dieser mögliche (vom Gesetzgeber aber nicht bedachte) Restanwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen ändert aber nichts daran, dass der Gesetzgeber das Verfolgungsrecht und die Dispositionsbeschränkungen *nur deshalb* angeordnet hat, weil er von einer exklusiven Innenhaftung ausging (s im Fließtext). Unter Berücksichtigung dieser Prämisse sind beide Anordnungen deshalb ein systematischer Beleg dafür, dass der Gesetzgeber (auch im geltenden Recht) von einer Haftungskonzentration ausgeht.

525 S schon oben bei Fn 369 f.

526 S schon oben Fn 372.

527 Treffend K. Schmidt, JZ 1978, 661 (662), wonach das Gesetz mit dem Zahlungsbegriff die Möglichkeit einer Liquidation aller wegen Verstoßes gegen § 64 GmbHG zu ersetzenden Gläubigerschäden durch Leistung an die Gesellschaft nicht ausschöpft. Die Einschränkung auf „Zahlungen“ geht auf die Nürnberger Verhandlungen des ADHGB 1861 zurück und kann wohl als misslungen bezeichnet werden (vgl zu § 64 dGmbHG aF noch *Altmeppen* in *Altmeppen*, GmbHG¹⁰ § 64 Rz 42). Der Tatbestand des für Art 241 ADHGB 1861 vorbildhaften Art 120 des revidierten österreichischen Entwurfs (abgedr bei *Lutz*, Protokolle Beilagenband I 90 f; Art 111 des ministeriellen österreichischen Entwurfs [*Lutz* aaO 125 f]) war (bei Haftung sowohl gegenüber der Gesellschaft als auch den Gläubigern [!]) noch weiter gefasst („[...]haben sie nachdem ihnen die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft hätte bekannt sein sollen, noch Zahlungen geleistet, und die Eröffnung des Konkurses anzusuchen versäumt [...]“ [Hervorhebung durch den Verf]). Dagegen enthielt der preußische Entwurf zunächst nur eine Haftungsanordnung für die Rückgewähr von Einlagen (Art 199 Abs 4): „Für den Fall,

OGH⁵²⁸ und die hL⁵²⁹ wenden diese Haftungstatbestände aber entsprechend ihrem Normzweck extensiv (ggf analog) auf sonstige masseschmälernde Handlungen⁵³⁰ an.⁵³¹ Tatsächlich wäre wertungsmäßig schwer erklärlich, weshalb der Gläubigerschutz von der Modalität der Schädigungshandlung abhängen soll.⁵³² Es scheint somit einiges dafür zu sprechen, § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und § 84

daß sie das Grundkapital durch Zahlungen von Dividenden und Zinsen rechtswidrig verkleinern (Art. 179), kommt gegen sie die für diesen Fall bei der stillen Gesellschaft auf Aktien gegebene Bestimmung (Art. 177) zur Anwendung.“ (Lutz, Protokolle Beilagenband I 37). Allerdings erachteten die Redaktoren den Verweis auf Art 177 als redundant, weshalb „die Streichung des vierten Absatzes beschlossen, dabei aber entschieden [wurde], die Fassung der hieher einschlagenden Artikel 119, 120 und 121 des österr. Revid. Entwurfes zum Anhaltspunkte zu nehmen.“ (Lutz, Protokolle I 362). Demgemäß wurde Art 120 des österreichischen Entwurfs mit Art 199 Abs 4 des preußischen Entwurfs zum heute bekannten „dualen“ Aufbau (Kapitalerhaltung und Zahlungen nach Insolvenzreife) verschmolzen (vgl § 25 Abs 3 Z 1 und Z 2 GmbHG). Dabei wurde aber neben der Tathandlung „noch Zahlungen geleistet“ die weitere Formulierung „und die Eröffnung des Konkurses anzuschauen versäumt“ nicht mitübernommen. Stattdessen wurde in die Haftungsanordnung des Art 241 Abs 3 Satz 2 2. Fall ADHGB 1861 ein entspr Verweis auf die Insolvenzantragspflicht (Art 240 Abs 2) eingefügt: Die Vorstandsmitglieder waren demnach (ua) zum Ersatz verpflichtet „in dem Falle einer nach der Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung der Gesellschaft [Art. 240 Abs. 2] geleisteten Zahlung [...]“. Bemerkenswerterweise wurde der Zahlungsbegriff soweit ersichtlich nie diskutiert oder erklärt (vgl zur Historie auch Bitter, WM 2001, 666 [668 f]).

528 OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k Pkt 3.1.

529 Vgl zB Dellinger, Geschäftsführerhaftung 236 ff (Haftung für alle Masseschmälerungen); Karollus in Feldbauer-Durstmüller/Schlager, Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz 1145 (1168 f); Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ § 69 KO Rz 1164; Binder in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung² Rz 3/48; Trenker, JBl 2018, 354 (358, *passim*); Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 9 mwN und Bsp; J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 235 mwN (Stand 01.09.2022); Felil/Told in Gruber/Harrer, GmbHG² § 25 Rz 113 (sämtliche zahlungsähnliche Handlungen, welche die Insolvenzmasse schmälern); S.-F. Kraus/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 25 Rz 14 (weite Auslegung und analoge Ausdehnung auf alle vergleichbaren Ungleichbehandlungen); Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 165 (256): allg Anwendung auf Handlungen, die die Konkursmasse schmälern; so offenbar auch EBRV (GIRÄG 2003) 124 BlgNR 22. GP 17 (unter Zugrundelegung der hA): „Diese Ansprüche [sc der Gesellschaft wegen verspäteter Insolvenzantragsstellung] haben zumindest die gleiche Höhe wie die Summe der potentiellen Quotenschäden der Gläubiger.“

530 So zB die Reduzierung des Kreditsaldos bei einer Bank oder die Schaffung einer Aufrechnungslage für den Gläubiger, Zahlungen, die inkongruente Deckung gewähren oder denen keine entspr Gegenleistung gegenübersteht. Vgl zB Dellinger, Geschäftsführerhaftung 236 f; Karollus in Feldbauer-Durstmüller/Schlager, Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz 1145 (1168 f).

531 Allerdings trotz der Qualifikation des § 69 Abs 2 IO als Schutzgesetz und der Annahme einer Außenhaftung für (kongruente) Quotenschäden.

532 Die Gläubigergleichbehandlung könnte während eines Insolvenzverfahrens auch bei angenommener Außenhaftung (statt Innenhaftung kraft Schadensfiktion) dadurch gewahrt werden, dass der Insolvenzverwalter ermächtigt wird, die Individualansprüche

Abs 3 Z 6 AktG als *umfassende* Haftungsanordnungen für Quotenschäden⁵³³ zu erachten, mit denen der Gesetzgeber seine Möglichkeiten der Liquidierbarkeit über die Gesellschaft ausschöpfen wollte.⁵³⁴ Für § 159 StGB könnte dann haftungsrechtlich nichts anderes gelten, weil es sich nur um die strafrechtliche „Einkleidung“ der Insolvenzantragspflicht handelt.⁵³⁵ Gleiches gilt für § 158 Abs 1 StGB, der dieselbe Tathandlung wie § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und § 84 Abs 3 Z 6 AktG sanktioniert.⁵³⁶

Eine abschließende Stellungnahme zur Reichweite der Innenhaftung (jenseits des Zahlungsbegriffs) bedürfte einer intensiveren Untersuchung. Eine solche kann hier unterbleiben, weil sich ihr Ergebnis (im Hinblick auf die Haftungsabwicklung) auf die Forschungsfrage kaum auswirken würde: Soweit nur die Gesellschaftsgläubiger ersatzberechtigt sind, stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit haftungsbeschränkender Gesellschaftsdispositionen naturgemäß nicht; soweit man dagegen eine exklusive Innenhaftung (kraft verallgemeinerter Schadensfiktion) annimmt, stellt sich die Frage theoretisch zwar, sie wäre wegen der unstreitigen Indisponibilität des Zahlungsverbots und der Insolvenzantragspflicht aber fast genauso schnell beantwortet wie sie gestellt ist.⁵³⁷ Kurzum: Diese Organpflichten sind in jedem Fall – unabhängig von der Abwicklung der Haftung – für die Gesellschaft indisponibel. Hier geht es auch weniger darum, *wie weit* der Gesetzgeber das Innenhaftungskonzept realisiert (durch Fiktion eines Gesellschaftsschadens bei inkongruenten Gläubigergesamtschäden), dh wie weit er die Liquidierbarkeit von Gläubigerschäden über die Gesellschaft ausschöpft, sondern primär um die *Implikation* dieses Konzepts im Hinblick auf eine mögliche Außenhaftung: Sofern und soweit

der Gläubiger geltend zu machen (vgl § 92 InsO). Die wohl hL schreibt § 69 Abs 5 IO neben der Sperrfunktion auch eine solche Ermächtigungsfunktion zu (§ Fn 554).

533 Dagegen wären Vertrauensschäden von Neugläubigern (deren Ersatzfähigkeit vorausgesetzt) nicht über die Insolvenzmasse liquidierbar. S dazu noch sogleich bei Fn 544.

534 Vgl insb *Schummer* in FS Koppensteiner (2001) 211 (219); aA die hM (Fn 502 f), ausdr zB *H.-F. Müller* in MüKo GmbHG⁴ § 64 Rz 259 f. Für eine abschließende exklusive Innenhaftung spricht mE wohl auch § 22 Abs 1 URG, der für Schäden infolge der Nichtbeantragung eines Reorganisationsverfahrens, also für Gesamtschäden der Gläubiger (in Höhe ihres Forderungsausfalles), eine *Innenhaftung* anordnet (vgl idZ auch den Hinweis bei *Schummer* in FS Koppensteiner [2001] 211 [219 Fn 58]). S auch noch die Ausführungen in Fn 559.

535 Vgl *Karollus*, ÖBA 1995, 7 (11); *Schummer* in FS Koppensteiner (2001) 211 (224 f). Wenn es bei § 159 StGB nur um die strafrechtliche Absicherung der Insolvenzantragspflicht geht, könne diese flankierende strafrechtliche Norm nicht als eigenständiges Schutzgesetz ausgelegt werden (*Schummer* aaO 225). Gegenteilig unter der Prämisse, dass § 69 IO ein Schutzgesetz sei, *Koppensteiner*, JBl 2006, 681 (684); *ders*, GmbHG² § 25 Rz 40.

536 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 42, wonach deshalb die Schutzgesetzzeigenschaft zweifelhaft sei und § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG im zivilrechtlichen Kontext als *lex specialis* anzusehen sei; die Schutzgesetzzeigenschaft verneinend auch *Koppensteiner*, GES 2015, 379 (390).

537 S auch noch unten Fn 580.

der Gesetzgeber die Haftung gegenüber der Gesellschaft anordnet (wie weit diese auch reichen mag, und sei es auch für im Gläubigerinteresse bloß fingierte Schäden), ist eine Außenhaftung für mittelbare Gläubigerschäden nach der gesetzlichen Wertung ausgeschlossen.⁵³⁸

Vielleicht fällt die Schutzgesetzqualifikation der eingangs genannten Normen⁵³⁹ auch (nur) deshalb leichter, weil sie nicht im Stammgesetz (GmbHG bzw AktG) geregelt sind.⁵⁴⁰ Für die Haftungsfrage und die zugrundeliegenden Wertungen kann es aber schwerlich auf den Regelungsort ankommen. Immerhin wird soweit ersichtlich auch nirgends vertreten, dass die Kapitalerhaltungsvorschriften⁵⁴¹ Schutzgesetze wären.⁵⁴² Für § 69 Abs 2 IO ist außerdem zu bedenken, dass (auch) die Insolvenzantragspflicht historisch noch im Stammgesetz niedergelegt war.⁵⁴³ Die Annahme einer Außenhaftung für die Insolvenz-

538 S schon bei Fn 514.

539 § 69 Abs 2 IO, § 158 Abs 1 StGB und § 159 Abs 1 f StGB.

540 Ein (weiteres) Indiz für den universellen Anspruch der Haftungskonzentration könnte man jedoch in der offenen Diktion der Haftungsanordnungen sehen. Demnach haftet der Geschäftsführer bzw Vorstand der Gesellschaft für die Verletzung seiner „Obliegenheiten“. § 25 Abs 2 GmbHG und § 84 Abs 2 AktG sind nach hL Auffangtatbestände (RIS-Justiz RS0059449; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 4). Die gesetzliche Formulierung gewinnt vor allem an Erklärungswert, wenn man sie Art 241 ADHGB 1861 (vor Kodifizierung der Haftungskonzentration) gegenüberstellt, denn dieser sprach noch von „den Vorschriften dieses Titels“.

541 Diese korrespondieren mit § 25 Abs 3 Z 1 GmbHG und § 84 Abs 3 AktG (außer Z 6).

542 Auch der außerhalb der Stammgesetze gelegene § 14 EKEG, der die Rückzahlung eigenkapitalersetzender Gesellschafterdarlehen verbietet, wird nicht als Schutzgesetz eingeordnet. Vielmehr wendet die Lehre systemkonform die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG analog auf § 14 EKEG an (vgl hier nur *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 31).

543 Die Insolvenzantragspflicht hat sich historisch zuerst im (Kapital-)Gesellschaftsrecht entwickelt (vgl *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 1 [Stand 01.12.2005]; *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 355 Fn 2433; *K. Schmidt/Herchen* in *K. Schmidt*, InsO²⁰ § 15a Rz 5). Vgl Art 240 Abs 2 ADHGB 1884: „Sobald Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eintritt, muß der Vorstand die Eröffnung des Konkurses beantragen; dasselbe gilt, wenn aus der Jahresbilanz oder einer im Laufe des Geschäftsjahres aufgestellten Bilanz sich ergibt, daß das Vermögen nicht mehr die Schulden deckt.“ Vgl schon Art 240 Abs 3 ADHGB 1861: „Ergiebt sich, daß das Vermögen der Gesellschaft nicht mehr die Schulden deckt, so muß der Vorstand hiervon dem Gericht Behufs der Eröffnung des Konkurses Anzeige machen.“. Die Haftung für eine Verletzung der Insolvenzantragspflicht richtete sich (kraft Verweises) nach Art 241 Abs 3 Satz 2 2. Fall ADHGB 1884 (entspricht § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und § 84 Abs 3 Z 6 AktG): „sowie in dem Falle einer nach der Zahlungsunfähigkeit oder Ueberschuldung der Gesellschaft [Art. 240 Abs. 2] geleisteten Zahlung [...]“. Vgl auch § 240 Abs 2 dHGB 1897; § 83 Abs 2 AktG 1937/1938. Auch im deutschen GmbH-Recht war die Insolvenzantragspflicht bis zur Schaffung eines einheitlichen (rechtsformübergreifenden [vgl *K. Schmidt/Herchen* in *K. Schmidt*, InsO²⁰ § 15a Rz 9]) Tatbestands (§ 15a InsO) durch das MoMiG (Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23.10.2008, dBGBl I, S 2026) noch mit § 64 Abs 1 dGmbHG (vgl auch § 92 Abs 2, § 268 Abs 2 dAktG aF) im Stammgesetz niedergelegt. Daran schloss die Haftungsanordnung des § 64 Abs 2

verschleppung scheint auch dadurch motiviert, dass ein Teil der Lehre⁵⁴⁴ und der OGH⁵⁴⁵ den Schutzzweck des § 69 Abs 2 IO für weitaus breiter halten:

Satz 1 dGmbHG („Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft zum Ersatz aller nach diesem Zeitpunkte geleisteten Zahlungen verpflichtet.“), die mit dem SanInsFoG analog zur Antragspflicht in § 15b InsO verallgemeinert wurde. Ein gesonderter Verweis (wie auf Art 240 Abs 2 ADHGB 1884) war wegen des systematischen Konnexes wohl nicht nötig. Damit schloss das dGmbHG eine Außenhaftung ausweislich der AmtlBegr (RT-Drs VIII [1890–92], Nr 660 3756 rSp aE) wie bei § 43 Abs 3 dGmbHG aus, weil es genüge, „daß der Ersatz zum gemeinsamen Nutzen aller Gläubiger an die Gesellschaft oder deren Konkursmasse geleistet wird.“ Mit der „Auslagerung“ der Antragspflicht in § 15a InsO fiel der systematische Konnex weg, weshalb § 64 Satz 1 dGmbHG seitdem nur noch die Haftung für Zahlungen nach Insolvenzzreife regelte (vgl § 25 Abs 3 Z 2 öGmbHG). Seit dem SanInsFoG ist wie erwähnt auch das Zahlungsverbot einheitlich in § 15b InsO geregelt. In Österreich war die Insolvenzantragspflicht von Anfang an in der Konkursordnung geregelt. Dementsprechend normiert das öGmbHG die Haftung gemeinsam mit jener für Einlagenrückgewähr in § 25 GmbHG. Allerdings war die Antragspflicht organschaftlicher Vertreter ursprünglich in § 85 GmbHG aF (§ 85 Abs 1 GmbHG idF RGBI 1906/605 [§ 78 der RV; die EBRV besprechen diese Regelung nicht]) und § 83 AktG aF geregelt. Vgl nur § 85 GmbHG aF: „Für die genaue Erfüllung der Vorschriften der § 194 bis 196 der Konkursordnung [...] sind die Geschäftsführer und nach der Auflösung die Liquidatoren verantwortlich.“ (vgl Schummer in FS Koppensteiner [2001] 211 [217 ff]; Trenker, JBl 2018, 354 [362]; EBRV 3 BlgNR 15. GP 50). Zutr konstatierte Schummer (aaO 215; zust OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k Pkt 1.1), dass die Insolvenzantragspflicht daher nicht erst seit der Geltung des § 69 IO gilt, sondern auch im (aufgehobenen) § 85 Abs 1 GmbHG aF und eben auch in § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG zum Ausdruck kommt (vgl auch OGH 11.04.1972, 5 Ob 38/72 SZ 45/46: „Obwohl dem österreichischen Gesetz eine ausdrückliche Vorschrift fehlt, wonach der Schuldner verpflichtet ist, im Falle seiner Zahlungsunfähigkeit die Eröffnung des Konkurses zu beantragen, kann doch zumindest aus § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG eine solche Verpflichtung des Geschäftsführers der GmbH für den Fall der Zahlungsunfähigkeit seiner Gesellschaft abgeleitet werden [...]“). So gesehen spricht diese Genese iVm den EBRV (236 BlgHH 17. Session 1904 62) tendenziell gegen eine Außenhaftung, denn wie erwähnt (Fn 517) ließ der Gesetzgeber eine Außenhaftung (trotz § 85 GmbHG aF) „[n]ur in zwei Fällen“ zu, weil nicht die Gläubigergesamtheit, sondern nur einzelne Gläubiger geschädigt werden (idS auch Schummer in FS Koppensteiner [2001] 211 [217]). Durch die geänderte Regelungstechnik hat sich am Haftungssystem nichts geändert (Schummer, Eigenkapitalersatzrecht 474). So deutet (auch) die Gesetzesgenese darauf hin, dass § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG (wie § 64 Satz 1 dGmbHG [aF] und bereits Art 241 Abs 3 Satz 2 iVm Art 240 Abs 2 ADHGB 1884) die zivilrechtliche (Innen-)Haftung für die Verletzung der Insolvenzantragspflicht abschließend regelt (s Fn 534).

544 Für den Ersatz auch des Vertrauensschadens zB J. Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 1² Rz 2/453 f; ders in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 501 ff (Stand 01.09.2022); S.-F. Kraus/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 25 Rz 40 mwN (bei Überschuldung); aA (gegen die Ersatzfähigkeit) Felil/Told in Gruber/Harrer, GmbHG² § 25 Rz 227 mwN. Referierend mwN etwa Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 86 (Stand 01.12.2005); Binder in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung² Rz 3/63.

545 RIS-Justiz RS0122035; gegenteilig die frühere Rsp (RIS-Justiz RS0023910). Referierend Dellinger in Konecny/Schubert, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 84 (Stand 01.12.2005); Binder in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung² Rz 3/62.

Erfasst seien nicht nur Quotenschäden⁵⁴⁶, sondern auch negative Vertrauensschäden von Neugläubigern.⁵⁴⁷ Ob das zutrifft,⁵⁴⁸ kann hier dahinstehen. Richtig ist jedenfalls, dass Vertrauensschäden mangels Schadenskongruenz nicht über die Masse liquidiert werden könnten.⁵⁴⁹ Das heißt aber nicht, dass Gleiches für *kongruente* Schäden (sei es auch wegen einer Verletzung *derselben* Pflicht) gelten muss. Denn die Haftungskonzentration greift von vornherein nur, sofern und soweit Schadenskongruenz besteht; die Liquidation *inkongruenter* Schäden lässt sie dagegen unberührt. Diese richtet sich (weiterhin) nach allgemeinen (schadenersatzrechtlichen) Regeln.⁵⁵⁰ Das zwingt auch nicht dazu, einen widersprüchlichen Schutzzweck anzunehmen, denn die Haftungskonzentration ändert wie erwähnt nichts am Schutzzweck, sondern schließt nur dessen haftungsrechtliche Implikation (Außenhaftung) aus.

Nach dem Gesagten werden durch eine angenommene Außenhaftung aber nicht nur jene Begleitbestimmungen zugunsten der Gläubiger und Minderheitsgesellschafter obsolet, die eine exklusive Innenhaftung notwendig voraussetzen, sondern es fehlen auch die für eine Außenhaftung erforderlichen (oben schon allgemein besprochenen)⁵⁵¹ Begleitbestimmungen zur Gewährleistung der Gläubigergleichbehandlung und zur Verhinderung einer mehrfachen Schadensliquidation. § 69 Abs 5 IO verhindert nur eine (parallele) Anspruchsdurchsetzung durch die Gesellschaftsgläubiger und den Insolvenzverwalter während eines Insolvenzverfahrens (*Sperrfunktion*)⁵⁵². Diese Norm bewirkt aber nicht

546 Das ist die Differenz zwischen der fiktiven Quote, die die Gläubiger bei rechtzeitiger Insolvenzeröffnung bekommen hätten, und der tatsächlich bei verspäteter Eröffnung erzielten Quote.

547 Vgl idZ *Duursma/Kepplinger* in *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Hdb GesR Rz 2961 Fn 1914, wonach die Einordnung der Insolvenzantragspflicht als Schutzgesetz zugunsten der Gesellschaftsgläubiger auch dadurch bedingt sei, dass sich nur auf diese Weise auch Vertrauensschäden von Neugläubigern erfassen lassen. Wie oben schon erwähnt, führt die Haftungskonzentration aber nicht dazu, dass betroffene Organpflichten ihren Schutzzweck (zB Gläubigerschutz) verlieren. Sie schließt vielmehr nur eine haftungsrechtliche Behandlung als Schutzgesetz aus (nämlich eine Außenhaftung). S weiter im Fließtext.

548 Das GIRÄG 2003 ließ diese Frage offen (EBRV 124 BlgNR 22. GP 17).

549 Ausdr EBRV 124 BlgNR 22. GP 17: „*Dieses negative Interesse ist nicht über die Konkursmasse der juristischen Person ausgleichbar. Deshalb sind die Neugläubiger nach herrschender Lehre gegebenenfalls auch schon während des Konkurses über das Vermögen der juristischen Person berechtigt, den Ersatz des Vertrauensschadens von den Verantwortlichen zu fordern.*“ Solche Ansprüche werden durch § 69 Abs 5 IO nicht berührt (ebenda). Aus der Lit statt vieler *Verse*, ZHR 170 (2006) 398 (415); *Binder* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung² Rz 3/67; vgl idS bereits *Honsell*, GesRZ 1984, 134 (212).

550 S schon oben bei Fn 400.

551 S oben S 66 ff.

552 S auch bei Fn 346.

(sondern setzt offenbar schon voraus)⁵⁵³, dass der Insolvenzverwalter den (ungeschmälernten) Gesellschaftsanspruch oder den Anspruch der Gesellschaftsgläubiger im Gläubigerinteresse durchsetzen kann (*Ermächtigungsfunktion*; so aber die wohl hL)⁵⁵⁴. Derartiges ordnen zwar (wie oben schon erwähnt)⁵⁵⁵ § 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG sowie § 84 Abs 5 Satz 4 AktG an. Die erste Bestimmung ist aber als Korrektiv für die Haftungskonzentration konzipiert und die zweite beruht auf dem (mE unzut)⁵⁵⁶ Verständnis⁵⁵⁷ des Verfolgersrechts als Grundlage einer Direkthaftung – beide Anordnungen schließen demgemäß implizit eine (allgemeine) Direkthaftung auf Schutzgesetzbasis aus und würden daher als Begleitnormen einer solchen Haftung zumindest zweckentfremdet. In jedem Fall fehlt (für den Fall der masselosen Insolvenz) eine Norm, die den

553 Schon bei Fn 357. Vgl EBRV 124 BlgNR 22. GP 17: „Neben den durch die Konkursverschleppung nur mittelbar geschädigten Gläubigern hat nämlich auch die juristische Person [...] eigene Ansprüche (insbesondere nach § 25 GmbHG, § 84 AktG) wegen der durch die verspätete Konkursantragstellung verursachten Verluste und der Masseschmälerung. Diese Ansprüche haben zumindest die gleiche Höhe wie die Summe der potentiellen Quotenschäden der Gläubiger.“

554 Vgl zB Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ § 69 KO Rz 149; referierend mwN (und selbst abl) Trenker, JBl 2018, 354 (366 ff). Die dort genannten Gründe (Fehlen einer Schutzlücke, weil die Schadensfiktion der § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und § 84 Abs 3 Z 6 AktG bereits eine kanalisierte Liquidation inkongruenter Gläubigerschäden ermöglicht) spricht mE freilich nicht (erst) gegen die Legitimation des Insolvenzverwalters zur Liquidation inkongruenter Quotenschäden, sondern (schon) gegen die Existenz von Individualansprüchen der Gesellschaftsgläubiger auf Schutzgesetzbasis. S auch schon bei Fn 356. Im Übrigen bezieht sich § 69 Abs 5 IO nach den insoweit eindeutigen EBRV (124 BlgNR 22. GP 17) nur auf die Geltendmachung des Gesellschaftsanspruchs („Während des Konkursverfahrens soll allein der Masseverwalter berechtigt und verpflichtet sein, Schadenersatzansprüche der Gesellschaft [...] geltend zu machen“). Von diesen Gesellschaftsansprüchen nimmt der Gesetzgeber bereits an, dass sie „zumindest die gleiche Höhe wie die Summe der potentiellen Quotenschäden der Gläubiger [haben].“ Demgemäß geht von § 69 Abs 5 IO mE wohl nur eine Sperr-, aber keine Ermächtigungswirkung aus. Zum Teil wurde schon vor der Schaffung des § 69 Abs 5 IO angenommen, dass allein der Insolvenzverwalter für die Geltendmachung von Quotenschäden der Gläubiger aktivlegitimiert ist (vgl erstmals wohl Peter Doralt, GesRZ 1982, 88 [97]; Honsell, GesRZ 1984, 134 [212] mwN; referierend Trenker, JBl 2018, 354 [356 bei Fn 13] mwN; K. Schmidt, JBl 2000, 477 [480 f]), überwiegend aber abgelehnt (referierend etwa Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht⁴ § 69 KO Rz 147).

555 S oben Fn 358 ff.

556 S schon bei Fn 352.

557 Wenn § 84 Abs 5 Satz 4 AktG vom „Recht der Gläubiger“ spricht, meint er deren Verfolgersrecht (das der Aktiengesetzgeber von 1937/1938 als Grundlage einer Direkthaftung verstand), aber nicht einen unmittelbaren Ersatzanspruch der Gesellschaftsgläubiger auf allg Grundlage (s auch schon Fn 352). Aus demselben Grund wurde auch zT schon vor der Schaffung des § 69 Abs 5 IO eine Analogie zu § 84 Abs 5 AktG abgelehnt (vgl J. Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 143 f; zust [retrospektiv] Trenker, JBl 2018, 354 [366]; referierend Honsell, GesRZ 1984, 134 [212 bei Fn 130]). S zum Problem schon bei Fn 554.

(beidseitigen) Ausgleich zwischen dem Gesellschaftsanspruch und den Gläubigeransprüchen (auch untereinander) regelt – insoweit greift wie erwähnt auch § 69 Abs 5 IO zu kurz.⁵⁵⁸

Sieht man von all dem ab, würde eine (durch die erwähnten Begleitregeln modifizierte) Außenhaftung während eines Insolvenzverfahrens wohl zum selben Ergebnis führen wie eine Haftungskonzentration: Gläubiger können (kongruente) Ansprüche nicht neben dem Insolvenzverwalter durchsetzen (bei angenommener Außenhaftung ergäbe sich dies aus § 69 Abs 5 IO).⁵⁵⁹

558 S schon oben Fn 365; vgl auch *Karollus*, ÖBA 2004, 628 (630).

559 Wie schon erwähnt (s Fn 537), kann hier dahinstehen, ob die (lexikalische) Lückenhaftigkeit der qualifizierten Innenhaftungstatbestände (§ 25 Abs 3 Z 2 GmbHG, § 84 Abs 3 Z 6 AktG: „Zahlungen“) durch eine Erweiterung dieser (auf Schadensfiktion beruhenden) *Innenhaftung* oder durch eine *Außenhaftung* auf Schutzgesetzbasis (§ 69 IO iVm § 1311 ABGB) gefüllt wird. Auch insoweit wäre es iE wohl einerlei, ob der Insolvenzverwalter einen (fingierten) Gesellschaftsanspruch einzieht, oder (nach dem Modell des § 92 InsO) Individualansprüche der Gläubiger als Prozessstandschafter geltend macht (wobei hier die Rechtsgrundlage fraglich wäre; die hL leitet eine solche Befugnis aus § 69 Abs 5 IO ab [s va Fn 554]). Für die (erstgenannte) Lösung einer extensiven Anwendung des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG mit beachtlichen Argumenten *Trenker*, JBl 2018, 354 (366 ff), der allerdings insoweit nur eine Einziehungsermächtigung des Insolvenzverwalters ablehnt, Individualansprüche der Gläubiger wegen Insolvenzverschleppung aber offenbar trotzdem bejaht (s Fn 554). *Trenker* versteht § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG nur als Grundlage für Quotenschäden aufgrund einer Verminderung der Aktiva (nicht aufgrund einer Erhöhung der Passiva). Er weist aber darauf hin, dass eine Prozessstandschaft des Insolvenzverwalters auch im verbleibenden Bereich entbehrlich sei, weil der Quotenschaden insoweit schon vom Betriebsverlust gedeckt ist, den der Insolvenzverwalter nach allg Grundsätzen geltend macht. Unter dieser Prämisse ist mE noch zu ergänzen: die Innenhaftung des Geschäftsführers für den Betriebsverlust ist für die Gesellschaft nicht ohne Weiteres indisponibel, weil sich die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG (nach mE zutr Ansicht [dazu noch ausf unten S 231 ff]) nur auf § 25 Abs 3 GmbHG (analog) beziehen (nicht auf alle Ansprüche gem § 25 Abs 2 GmbHG). Es wäre daher nicht gesichert, dass die Gesellschaft überhaupt (noch) Ersatzansprüche gegen die Geschäftsführer wegen des Betriebsverlusts hat, die der Insolvenzverwalter geltend machen könnte, weil jene die Haftung etwa durch Weisungserteilung oder Verzicht ausgeschlossen bzw beseitigt hat. Die systemkonforme Lösung für dieses Problem ist nicht die Annahme einer Prozessstandschaft des Insolvenzverwalters zur Geltendmachung aller (übrigen) Quotenschäden (außerhalb des Zahlungsbegriffs), wofür wie erwähnt ohnedies eine Rechtsgrundlage fehlt, sondern eine analoge Anwendung der Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf § 25 Abs 2 GmbHG (wobei § 25 Abs 5 GmbHG mE ohnedies nur klarstellenden Charakter hat [dazu noch unten S 464 ff]). Die Indisponibilität der Innenhaftung rechtfertigt dann wie erwähnt auch einen Ausschluss der Außenhaftung für (kongruente) Quotenschäden (Haftungskonzentration). Beide Wege (Innenhaftung und [modifizierte] Außenhaftung) führen während eines Insolvenzverfahrens zu einer konzentrierten Liquidation des Gesamtschadens über die Masse, was allen Insolvenzgläubigern gleichmäßig zugutekommt. Unterschiede ergeben sich zum einen konzeptionell und zum anderen in der masselosen Insolvenz (s weiter im Fließtext).

Anlass für die Annahme einer Außenhaftung und einer daraus folgenden individuellen Anspruchsdurchsetzung dürfte vor allem das Szenario der masselosen Gesellschaftsinsolvenz sein. Nur hier ist die Schutzgesetzlösung (scheinbar) im Vorteil (von der Neugläubigerproblematik abgesehen)⁵⁶⁰. Die Vorteile sind aber nur scheinbare, weil die Schwächen einer exekutiven Anspruchsdurchsetzung im System der Haftungskonzentration wie erwähnt durch das Verfolgungsrecht gem § 84 Abs 5 AktG (analog) systemkonform ausgeglichen werden, sodass die Situation iE einer Außenhaftung entspricht.⁵⁶¹ Bei allen (hypothetischen) Gemeinsamkeiten im Ergebnis bliebe

560 S dazu bei Fn 547 ff.

561 S schon bei Fn 500. AA *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 72 (Stand 01.12.2005): Die Anerkennung des § 69 IO als Schutzgesetz habe für die Gläubiger den Vorteil, dass sie Schadenersatzansprüche gegen Organmitglieder aufgrund Quotenschäden (wegen § 69 Abs 5 IO nur außerhalb eines Insolvenzverfahrens) aus eigenem Recht geltend machen können. Damit würden sie sich die Klagsführung gegen die Gesellschaft samt Pfändung deren Schadenersatzansprüche ersparen. *Dellinger* lehnt eine analoge Anwendung des aktienrechtlichen Verfolgungsrechts der Gläubiger (§ 84 Abs 5 AktG) auf die GmbH ab (vgl *dens* in FS Frotz 187 [212]; *dens*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung 225; zur [mE zu bejahenden] Analogie noch aus unten S 201 ff). Wie oben schon erwähnt, substituiert nach der Vorstellung des Gesetzgebers gerade dieses Verfolgungsrecht im System der Haftungskonzentration einen unmittelbaren Ersatzanspruch der Gläubiger (s bei Fn 497). Entgegen *Dellinger* ist die Stellung des verfolgungsberechtigten Gläubigers insoweit daher nicht nachteilig gegenüber einem unmittelbar ersatzberechtigten Gläubiger (vgl auch schon *Dellinger*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung: „*gewiß kein vollwertiger Ersatz für einen eigenen Anspruch*“). Nach *Dellinger* sind die Gläubiger zudem hinsichtlich ihrer eigenen Schadenersatzansprüche nicht der bei der aktienrechtlichen Einziehungsermächtigung bestehenden Gefahr ausgesetzt, dass die Einziehung vereitelt wird, indem das Vorstandsmitglied den Schadenersatz an die Gesellschaft leistet oder die AG den Anspruch zediert. Dagegen ist mE aber einzuwenden, dass diese Gefahren (die durch das Fehlen eines exekutionsrechtlichen Doppelverbots bedingt sind, was wiederum der „Preis“ für die Ersparnis eines Exekutionstitels ist) auch bei unmittelbarer Anspruchsberechtigung bestehen: Wenn das Organmitglied Ersatz an die Gesellschaft leistet, müsste nämlich wegen des Reflexzusammenhangs auch der (angenommene) Ersatzanspruch der Gesellschaftsgläubiger erlöschen, denn zum einen entfällt mit der Liquidation des unmittelbaren (Gesellschafts-)Schadens nach allg Regeln auch der mittelbare (Gläubiger-)Schaden und zum anderen müsste das Organmitglied sonst zwei Mal leisten. Aus dem zweitgenannten Grund müsste der angenommene Eigenanspruch (wie bei der Einziehungsermächtigung) auch dann wegfallen, wenn das Organmitglied an *andere* Gesellschaftsgläubiger leistet. Dadurch entfällt zwar nicht schon nach allg Grundsätzen der Gesellschaftsschaden und der Schaden der übrigen Gläubiger, die Dispositionssicherheit der Gläubiger kann nicht zulasten des Organmitglieds gehen, das ggf mehrfach Ersatz leisten müsste. Ein Zahlungs- und Verfügungsverbot wie bei der Pfändung und Überweisung besteht (auch) unter der Annahme einer Direkthaftung nicht. Gerade das Fehlen einer Vorschrift zum Ausgleich von Gesellschafts- und Gläubigeransprüchen und die damit verbundene Gefahr einer mehrfachen Schadensliquidation spricht mE wie erwähnt gerade gegen

außerdem immer noch ein konzeptioneller Unterschied zwischen beiden Haftungssystemen.⁵⁶² Deshalb kommt es eben nicht allein auf die Gläubigergleichbehandlung und die Vermeidung einer mehrfachen Schadensliquidation an.⁵⁶³ Mit dem Prinzip der Haftungskonzentration hat der Gesetzgeber nämlich auch eine bewusste konzeptionelle Weichenstellung vorgenommen, die *de lege lata* zu respektieren ist. Wie oben ausgeführt wurde, ist eine Rechtfertigung für einen Systembruch nicht ersichtlich.

In diesem Zusammenhang bleibt noch die (methodologische) Frage, ob der (jüngere) Gesetzgeber mit § 69 Abs 5 IO die Weichen umgestellt hat. Die Frage ist mE entgegen dem ersten Anschein wohl zu verneinen.⁵⁶⁴ Zwar setzt § 69 Abs 5 IO die Existenz von Gläubigeransprüchen notwendig voraus,⁵⁶⁵ der Gesetzgeber legte aber schlicht die herrschende Schutzgesetzlösung zugrunde,⁵⁶⁶ ohne zu dieser Frage selbst Stellung zu beziehen.⁵⁶⁷ Vielmehr re-

Annahme einer unmittelbaren Ersatzberechtigung der Gläubiger (s bei Fn 558). Beim Verfolgungsrecht (im System der Haftungskonzentration) besteht dieses Problem nicht, weil immer nur der (einzige) Anspruch der Gesellschaft liquidiert wird. Was die angesprochene Zession des Anspruchs durch die Gesellschaft betrifft, ist es richtig, dass dadurch grundsätzlich ein (gedachter) Eigenanspruch der Gläubiger nicht berührt wird. Anderes muss nach dem soeben Ausgeführten aber wohl gelten, wenn (und soweit) die Gesellschaft für die Zession eine Gegenleistung erhält. Sofern und soweit das nicht der Fall ist, beseitigt die Zession übrigens auch nicht das Verfolgungsrecht der Gesellschaftsgläubiger. Zwar erklären die gesetzlichen Dispositionsbeschränkungen nur Verzichte und Vergleiche für im Verhältnis zu den Gläubigern unwirksam, sie erfassen gem ihrer *ratio* aber nach allgM auch alle wirkungsgleichen Geschäfte (vgl hier nur *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 346, 321 ff). Darunter fällt mE eben auch eine Zession, soweit der Gesellschaft keine vollwertige Gegenleistung zufließt (str; wie hier zB [bei abw Verständnis des Verfolgungsrechts als „akzessorische“ Anspruchsvervielfältigung] etwa *Cahn* in KK-AktG⁴ § 93 Rz 208). Demgemäß besteht (auch) insoweit kein Unterschied zu einer angenommenen Außenhaftung.

562 Systematisch manifestiert sich dieser Unterschied wie gesagt (Fn 524) in den gesetzlichen Verfolgungsrechten und Dispositionsbeschränkungen zugunsten der Gesellschaftsgläubiger und Minderheitsgesellschafter, die (nach der Vorstellung des Gesetzgebers) im Fall einer (zusätzlichen) Außenhaftung nicht nötig wären.

563 Anders insoweit etwa *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 70 (Stand 01.12.2005): Der Mindermeinung, die sich unter Hinweis auf den Gleichbehandlungsgrundsatz gegen die Individualklagebefugnis der Gläubiger während des Insolvenzverfahrens gewandt hatte, sei seit § 69 Abs 5 IO die Grundlage entzogen, weshalb heute jedenfalls der hM zu folgen und § 69 IO als Schutzgesetz zugunsten der Gläubiger anzuerkennen sei.

564 Zur Gegenmeinung s die Nw in Fn 511.

565 So zB auch *Koppensteiner*, JBl 2006, 681 (684) mwN, der daraus aber den Schluss zieht, dass § 69 IO ein Schutzgesetz zugunsten der Gesellschaftsgläubiger sein müsse.

566 Vgl die einleitenden Worte der EBRV zu § 69 IO (124 BlgNR 22. GP 16 aE): „§ 69 IO ist nach hA ein Schutzgesetz zu Gunsten der Gläubiger von juristischen Personen.“

567 Insoweit mE zutr *Duursma-Kepplinger* in *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Hdb GesR Rz 3005, wonach das Verständnis des § 69 Abs 5 IO als authentische

agierte er mit § 69 Abs 5 IO offenbar (nur) auf den literarischen Haupteinwand gegen die Schutzgesetzlösung, nämlich die Ungleichbehandlung der Gläubiger infolge einer parallelen Anspruchsverfolgung während des Insolvenzverfahrens (was jedoch wie gesagt zu kurz greift)^{568, 569} und wollte dieses Problem durch einen (punktuellen) gesetzlichen Eingriff beheben. Dabei nahm der Gesetzgeber mE in Kauf, dass § 69 Abs 5 IO möglicherweise keinen Anwendungsbereich (mehr) haben könnte,⁵⁷⁰ sollte sich die Schutzgesetzlösung (doch) als unrichtig erweisen.⁵⁷¹ Demgemäß spricht § 69 Abs 5 IO mE nicht dagegen, (weiterhin) entgegen der vorherrschenden Schutzgesetzlösung eine exklusive Innenhaftung für die Verletzung der Insolvenzantragspflicht anzunehmen (§ 25 Abs 3 Z 2 GmbHG; § 84 Abs 3 Z 6 AktG).⁵⁷²

Interpretation des § 69 IO als Schutzgesetz zugunsten einzelner Gesellschaftsgläubiger wohl eine Überinterpretation wäre. Vielmehr dürfte es sich lediglich um eine Reaktion auf die stRsp und die damit verbundenen (in der Lit aufgezeigten) Probleme einer parallelen Rechtsverfolgung handeln (ebenda).

- 568 Vgl aber insb *Schummer* in FS Koppenssteiner (2001) 211 ff, der mE sehr deutlich und nachdrücklich darauf hinwies, dass der Gesetzgeber eine *konzeptionelle* Entscheidung zugunsten einer abschließenden Innenhaftung getroffen hat.
- 569 Vgl *Binder* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung² Rz 3/53 (Gesetzgeber kam Forderung der Lit nach); *Duursma-Kepplinger* in *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Hdb GesR Rz 3005 (Fn 567).
- 570 Das nimmt der Gesetzgeber wohl schon deshalb in Kauf, weil er den Zeitpunkt der Entstehung von Gläubigeransprüchen offenlässt (nur referierend EBRV 124 BlgNR 22. GP 17). Nimmt man mit einem Teil des Schrifttums an, dass der Quotenschaden erst dann entsteht, wenn sich zeigt, dass die Schadenersatzansprüche der Insolvenzmasse gegen Organmitglieder nicht werthaltig sind, dann hat § 69 Abs 5 IO im Kernbereich ohnedies nur klarstellenden Charakter (vgl nur *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze § 69 KO Rz 75, 77 mwN [Stand 01.12.2005]).
- 571 Abzulehnen ist mE idZ das Argument von *Duursma-Kepplinger* (in *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Hdb GesR Rz 3005 aE), wonach § 69 Abs 5 IO auch dann ein Anwendungsbereich verbliebe, wenn man die Schutzgesetzeigenschaft des § 69 IO verneint, weil jene Bestimmung auch die Pfändung und Überweisung des Gesellschaftsanspruchs erfasse – § 69 Abs 5 IO sei diesbzgl sehr vage (aaO Fn 2065). Die Forderungsexekution mag zwar vom Wortlaut gedeckt sein, hat mE aber ausweislich der EBRV mit dem Normzweck des § 69 Abs 5 IO nichts zu tun.
- 572 Jedenfalls sprechen die genannten Einwände gegen die in der Lit (s bei Fn 512) vertretene analoge Verbreiterung des § 69 Abs 5 IO auf § 158 Abs 1 StGB und § 159 Abs 1 f StGB (vgl idZ *Kramer*, Methodenlehre⁶ 244 [*Quod vero contra rationem iuris receptum est non est producendum ad consequentias*: Aus unsachgerechten Normen dürfen nicht noch weitere Folgerungen abgeleitet werden]). Vgl auch *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 440; *P. Bydlinski* in KBB⁷ § 6 Rz 3, § 7 Rz 3 (für Ausnahmebestimmungen).

D. Fazit

Die Haftungskonzentration ist kein rechtspolitisch alternativloses Regelungskonzept. Ein ähnliches Ergebnis ließe sich auch durch eine (modifizierte) Außenhaftung erzielen.⁵⁷³ Allerdings existieren die hierfür nötigen Begleitbestimmungen nicht (flächendeckend). Davon abgesehen ist eine Durchbrechung der Innenhaftung (für kongruente Schäden) *de lege lata* unzulässig, weil dieses Regelungskonzept auf einer bewussten konzeptionellen Zweckentscheidung⁵⁷⁴ des Gesetzgebers beruht. Die Verfolgungsrechte und Dispositionsbeschränkungen zugunsten einer Gesellschafterminderheit und der Gesellschaftsgläubiger sind Korrekture für die Haftungskonzentration und setzen deren Geltung zwingend voraus. Die gesetzlichen Korrekturen würden ihren Anwendungsbereich (weitgehend)⁵⁷⁵ einbüßen, soweit man eine Außenhaftung annähme. Eine Einschränkung der Haftungskonzentration würde in den Worten *Mertens*⁵⁷⁶ „einen Umbruch unseres Gesellschaftsrechts bedeuten, der jenseits aller vertretbaren Möglichkeiten richterlicher Rechtsfortbildung läge“. Weder Durchsetzungshemmungen auf Seiten der Gesellschaft noch (vermeintliche) Durchsetzungsschwierigkeiten in der masselosen Gesellschaftsinsolvenz können eine Durchbrechung zugunsten einer Außenhaftung rechtfertigen. Denn als Ausgleich gewährt der Gesetzgeber einer Gesellschafterminderheit und den Gesellschaftsgläubigern die Möglichkeit zur Verfolgung (und Erhaltung) des Gesellschaftsanspruchs. Aus den genannten Gründen scheidet mE (entgegen der hM) wohl auch eine Direkthaftung der Organmitglieder wegen Verletzung der Insolvenzantragspflicht (und vergleichbarer insolvenzkonnexer Verhaltenspflichten) auf Schutzgesetzbasis aus, soweit das Gesetz die Haftung gegenüber der Gesellschaft anordnet (Schadenskongruenz).

573 Vgl. *Mertens* in FS Fischer 461 (467), wonach die Abschaffung der Haftungskonzentration nur unter flankierenden Maßnahmen vertretbar wäre, die allein vom Gesetzgeber selbst ausgehen könnten.

574 So *Mertens* in FS Fischer 461 (466 f); *Fleischer* in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 428; *ders* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 307 (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 384 [Stand 01.10.2023]); *Pöschke* in BeckOK GmbHG⁵⁷ § 43 Rz 247; *Ziemons* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 567; *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 5; *Feltl* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 9/111; abl. *Freitag/Korch*, GmbHR 2013, 1184 (1185), nach denen der Vorrang der Binnenhaftung auf zwingenden rechtsökonomischen Erwägungen beruhe (die Autoren beziehen sich aber offenbar nur auf die Zurechnung des Organhandelns an den Verband mit resultierender Regresshaftung im Innenverhältnis; nicht auf den Ausschluss einer Außenhaftung für Reflexschäden infolge eigener Pflichtverletzung des Organwalters; s. zur Unterscheidung schon Fn 320).

575 S. Fn 524.

576 *Mertens* in FS Fischer 461 (467) iZm Gesellschafterschäden; vgl. auch *Schummer* in FS Koppensteiner (2001) 211 (226).

VI. Implikationen für die Forschungsfrage

Das Prinzip der Haftungskonzentration ist für die vorliegende Untersuchung insofern von Bedeutung, als sich die Forschungsfrage nach der Zulässigkeit haftungsbeschränkender Dispositionen der Gesellschaft nur in diesem Bereich (Innenhaftung) stellt.⁵⁷⁷ Denn über unmittelbare Ersatzansprüche der Gesellschaftsgläubiger kann die Gesellschaft schon nach allgemeinen Grundsätzen nicht verfügen.⁵⁷⁸ Das gilt zunächst für jene Konstellationen, in denen *nur* die Gesellschaftsgläubiger einen Ersatzanspruch haben (also nicht einmal Schadenskongruenz besteht). Die Forschungsfrage stellt sich aber auch nicht, soweit die Gesellschaftsgläubiger *neben* der Gesellschaft (trotz Schadenskongruenz) selbst ersatzberechtigt sind (insb wegen Schutzgesetzverletzung), was mE aber ohnedies abzulehnen ist. Denn dann wäre es nicht nötig, die Wirksamkeit von Dispositionen der Gesellschaft über die Haftung ihrer Organmitglieder im Interesse der Gläubiger zu beschränken, um diesen den Zugriff auf den Gesellschaftsanspruch zu ermöglichen.⁵⁷⁹ Je nach abschließender Beurteilung dieser Fälle vergrößert oder verringert sich der Radius der Forschungsfrage. Die Auswirkungen auf den Gang der Untersuchung sind gleichwohl gering, weil die möglichen Verschiebungen den Bereich der Insolvenzverschleppungshaftung betreffen, der ohnehin unstreitig indisponibel ist. Die Einbeziehung dieses Bereichs in die Untersuchung hieße bloß, die Frage nach

577 Der Bereich der (reinen) Außenhaftung kann daher ausgeklammert werden (s schon S 32 ff).

578 Ähnlich G. Frotz, GesRZ 1982, 98 (98); Janert, BB 2013, 3016 (3016), wonach es einer Analogie zu den Dispositionsbeschränkungen gem § 43 Abs 3 dGmbHG in den meisten Fällen nicht bedürfe, weil in Fällen, in denen das Gerechtigkeitsgefühl nach einer Haftung verlangt, oft eine Außenhaftung des Geschäftsführers anzunehmen sein werde. Vgl auch Straube/Rauter, JAP 2007/2008/15, 168 (169), denen zufolge Weisungsbeschlüsse den GmbH-Geschäftsführer im Falle einer Außenhaftung nicht von der Haftung befreien können, weil die Gesellschaft nicht in fremde Ansprüche eingreifen kann. Vgl auch Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 476 Fn 2728. Prägnant Karollus in Feldbauer-Durstmüller/Schlager, Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz 1145 (1153 f), wonach die Außenhaftung „auch dann eintritt, wenn alle Organmitglieder und alle Gesellschafter eine derartige Haftung nicht wünschen“.

579 S zum möglichen Restanwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen schon bei Fn 524. Dieser könnte darin bestehen, dass Gesellschaftsgläubiger trotz Direkthaftung ein berechtigtes Interesse an der exekutiven Rechtsverfolgung haben könnten, was insoweit eine Beschränkung von Gesellschaftsdispositionen gebieten würde. Die Forschungsfrage würde sich dann (mit anderer Intensität) auch bei angenommener Außenhaftung stellen. Die Einschränkung von Gesellschaftsdispositionen, dh die zwingende Erhaltung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft wäre dann zwar keine notwendige Voraussetzung für die Rechtsverfolgung der Gläubiger, würde diese aber unterstützen.

einer schon bekannten Antwort anders zu stellen.⁵⁸⁰ Die Überlegungen zur Insolvenzverschleppungshaftung waren daher zwar nicht unmittelbar bedeutsam für die Forschungsfrage, sie sollten aber zu einem besseren Verständnis des Prinzips der Haftungskonzentration beitragen. Die dabei gewonnenen Erkenntnisse über die Implikationen der Verfolgungsrechte und Dispositionsbeschränkungen werden sich bei der Beantwortung praxisrelevanter Fragen als nützlich erweisen, so etwa bei der Frage nach dem Anwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen oder der haftungsfreistellenden Wirkung von Gesellschafterbeschlüssen.

Im Bereich der (reinen) Innenhaftung stellt sich somit die Frage nach der Zulässigkeit und den Grenzen haftungsbeschränkender Gesellschaftsdispositionen, maW nach dem Grenzverlauf von zwingendem und dispositivem Organhaftungsrecht. Die Beantwortung dieser Frage wird dadurch erschwert, dass die Haftungskonzentration nicht nach dem Schutzzweck der verletzten Organpflicht differenziert, sondern nur vom Kriterium der Schadenskongruenz abhängt. Dadurch schert sie alle (kongruenten) Ersatzansprüche über einen Kamm, wodurch verschiedene Interessen in einem einzigen Ersatzanspruch „gebündelt“ werden.⁵⁸¹ Das Ziel dieser Untersuchung ist es daher, jene Organpflichten zu identifizieren, die genuin dem Schutz der Gläubiger dienen und hinsichtlich derer die Verfügungsbefugnis der Gesellschaft daher entsprechend eingeschränkt sein muss. Das mag für manche Pflichten wie erwähnt leicht fallen (zB Kapitalschutzvorschriften und Insolvenzantragspflicht), schwierig wird es aber, wenn es um die Pflicht zur sorgfältigen (bloßen) Geschäftsführung geht. Außerdem gilt es herauszuarbeiten, inwieweit der gesetzliche Schutz einer Gesellschafterminderheit es gebietet, Dispositionen der Gesellschaft (letztlich der Gesellschaftermehrheit) zu beschränken. Der Schutzzweck der Organpflichten wirkt sich unter dem Regime der Haftungskonzentration zwar nicht haftungsrechtlich aus, er setzt sich aber in veränderter Form fort und manifestiert sich im Anwendungsbereich jener Rechte, die das Gesetz einer Gesellschafterminderheit und den Gesellschaftsgläubigern als Korrektiv für

580 S schon bei Fn 537. Im System der Haftungskonzentration kann die Gesellschaft nicht über ihre Ersatzansprüche verfügen, soweit die Gläubiger ohne Haftungskonzentration unmittelbar ersatzberechtigt wären. Insoweit „teilen“ sich Gesellschaft und Gläubiger gleichsam einen einzigen Anspruch. Dieser ist zwar rechtlich ein Anspruch der Gesellschaft, er wird aber wie ein Anspruch der Gläubiger behandelt (Dispositionsbeschränkung), soweit diese unmittelbar ersatzberechtigt wären. Ohne Haftungskonzentration hätten die Gesellschaftsgläubiger im selben Ausmaß einen eigenen Ersatzanspruch (über den die Gesellschaft nach allg Regeln nicht verfügen könnte), weshalb die Gesellschaft über *ihren* Anspruch frei verfügen könnte (weil die Gläubiger auf diesen nicht angewiesen wären). Die Haftungskonzentration projiziert gleichsam den Gläubigeranspruch auf das Innenverhältnis, ändert aber nichts an den – durch den jew Schutzzweck determinierten – Disponibilitätsgrenzen.

581 Ähnlich *Grigoleit*, *Gesellschafterhaftung* 197.

die Haftungskonzentration gewährt. Der Anwendungsbereich dieser Verfolgungsrechte und Dispositionsbeschränkungen markiert daher gleichsam formal die Zäsur zwischen zwingendem und dispositivem Organhaftungsrecht. Allerdings sind gerade der Anwendungsbereich, die Tatbestandselemente und die Bedeutung dieser Rechte heute vielfach umstritten.⁵⁸² Mit ihnen befassen sich die nachfolgenden Kapitel. Dabei soll der oben aufbereitete entwicklungsgeschichtliche Hintergrund dieser Normen stets im Blick behalten werden. Denn die Ausführungen zum geltenden Recht können großflächig auf die Rechtslage nach dem ADHGB 1884 rekurrieren.⁵⁸³ Diese laufende historische „Kontextualisierung“ des geltenden Rechts soll dazu beitragen, historisch gewachsene Zusammenhänge, Implikationen und Wechselwirkungen freizulegen, die im Laufe der Zeit durch legistische Eingriffe, Fehler und Ungenauigkeiten, vor allem bei der wiederholten Rezeption älterer Bestimmungen, verwischt wurden.

582 Bspw ist noch nicht geklärt, auf welche Ersatzansprüche sich die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG beziehen (dazu S 231 ff). Unklar ist zB auch, welche Modi der Rechtsverfolgung von § 84 Abs 5 Satz 3 AktG erfasst sind (dazu S 834 ff) und in welchem Verhältnis diese Norm zu § 84 Abs 4 Satz 1 AktG steht (dazu S 936 ff). Einer tiefergehenden Auseinandersetzung harrt auch das Verhältnis der Widerspruchs- und Zustimmungsrechte einer Aktionärsminorität (§ 43, § 84 Abs 4 Satz 3 und § 136 AktG), einerseits untereinander und andererseits zum Minoritätsverlangen gem §§ 134 f AktG (dazu S 753 ff). Für die GmbH fehlt eine Dispositionsbeschränkung als Absicherung des Minoritätsklagerechts (§ 48 GmbHG) sogar zur Gänze (dazu S 144 ff).

583 Das gilt auch für die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, die der Vorstandshaftung iW nachgebildet wurde (s noch bei Fn 613 ff mwN). Im GmbH-Teil werde ich auf die weitere (aktienrechtliche) Entwicklung (va durch das dHGB 1897 und den österreichischen Aktienentwurf 1900) problembezogen eingehen, wenn es für die Lösung einzelner Rechtsfragen zweckdienlich scheint. Im AG-Teil werde ich die wesentlichen Entwicklungslinien nach dem ADHGB 1884 (va durch das dHGB 1897 und das AktG 1937/1938) auch gesammelt in jedem der nach Schutzinteressen gegliederten Unterkapitel als kurzen Abriss voranstellen.

§ 3. GmbH

I. Grundzüge der Geschäftsführerhaftung

Die vorliegende Untersuchung befasst sich zwar mit der (Folge-)Frage nach der Zulässigkeit privatautonomer Beschränkungen der Geschäftsführerhaftung, dennoch scheint zumindest eine vorangestellte Skizze des Pflichtenprogramms und der wesentlichen Voraussetzungen der (Innen-)Haftung⁵⁸⁴ zweckmäßig.

A. Verhaltenspflichten und Sorgfaltsmaßstab

Zu den Aufgaben des Geschäftsführers zählt vor allem die laufende Geschäftsführung. Dazu gehören die Unternehmensplanung und -leitung, die aus tatsächlichen Maßnahmen und Vertretungshandlungen (§ 18 GmbHG) bestehen.⁵⁸⁵ Der Geschäftsführer muss das Unternehmen ordnungsgemäß nach gesicherten und praktisch bewährten betriebswirtschaftlichen Grundsätzen leiten.⁵⁸⁶ Das Gesetz enthält an verschiedenen Stellen einzelne Pflichten des Geschäftsführers.⁵⁸⁷ Darüber hinaus ergeben sich situationsbezogene Einzel-

584 Zur Außenhaftung schon iZm dem Prinzip der Haftungskonzentration oben S 77 ff.

585 Vgl die Aufzählung bei J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 18 (Stand 01.09.2022) mit vielen Bsp; weiterführend mwN auch Freund, NZG 2021, 579 (580).

586 Vgl Rauter/Ratka in Ratka/Rauter, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/43 mwN; J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 41 ff, 46 mwN (Stand 01.09.2022); Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 10; S.-F. Kraus/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 20 Rz 5 ff.

587 Dazu zählen etwa die Pflicht, ein Rechnungswesen und internes Kontrollsystem zu führen (§ 22 GmbHG), die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen (§ 69 Abs 2 IO), eine Generalversammlung einzuberufen, wenn die Hälfte des Stammkapitals durch Verluste aufgezehrt worden ist oder die Eigenmittelquote (§ 23 URG) weniger als 8% und die fiktive Schuldentilgungsdauer (§ 24 URG) mehr als 15 Jahre beträgt (§ 36 Abs 2 GmbHG) sowie (ggf) die Berichtspflicht an den Aufsichtsrat (§ 28a GmbHG). Weitere Pflichten ergeben sich aus § 24 GmbHG (Konkurrenzverbot), der (dort niedergelegten) Treuepflicht. Außerdem ist der Geschäftsführer zur Durchführung von Weisungen der Generalversammlung (§ 20 Abs 1 GmbHG) und zur Einholung von Zustimmungen verpflichtet (ausf Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 11 f), weiters (nur beispielhaft) zur Verschwie-

pflichten aus dem gesetzlichen Sorgfaltsmaßstab (§ 25 Abs 1 GmbHG), der insoweit eine Doppelfunktion als Sorgfaltsmaßstab und Pflichtenquelle hat.⁵⁸⁸ Im Gründungsstadium müssen die Geschäftsführer vor allem den Nachweis erbringen, dass die Einzahlungen auf die Stammeinlage geleistet wurden und frei verfügbar sind (§ 10 Abs 3 GmbHG).

Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, bei ihrer Geschäftsführung die „*Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes*“ anzuwenden (§ 25 Abs 1 GmbHG).⁵⁸⁹ Das Strafrechtsänderungsgesetz 2015⁵⁹⁰ hat den schon zuvor anerkannten Ermessensspielraum bei unternehmerischen Entscheidungen (*Business Judgment Rule*) in § 25 Abs 1a GmbHG festgeschrieben. Demnach handelt ein Vorstandsmitglied jedenfalls im Einklang mit dem Sorgfaltsmaßstab des § 25 Abs 1 GmbHG, wenn es „*sich bei einer unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten lässt und auf Grundlage angemessener Information annehmen darf, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.*“⁵⁹¹

B. Haftung

Die gesetzliche Organhaftung ist kein Sonderhaftungsrecht, sondern baut auf das (subsidiär geltende) allgemeine Schadenersatzrecht auf (§§ 1293 ff ABGB).⁵⁹² Voraussetzungen der Haftpflicht sind demnach Schaden, Kausalität, Rechtswidrigkeit und Verschulden.⁵⁹³

genheit, Durchführung von Firmenbuchanmeldungen, Gewährleistung der Einhaltung gesetzlicher und vertraglicher Pflichten und ggf zur Konzernleitung. Weiterführend und ausf zB *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/42 ff; *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 20 Rz 11 ff (Stand 01.11.2018); *Felzl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 41 ff; *J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 2/308 ff. Für Deutschland ausf statt vieler *Fleischer* in *MüKo GmbHG*⁴ § 43 Rz 10 ff.

588 Vgl *Felzl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 2 mwN (auch zur Gegenansicht); *Fleischer* in *MüKo GmbHG*⁴ § 43 Rz 10; *Beurskens* in *Noack et al*, GmbHG²³ § 43 Rz 7; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG²¹ § 43 Rz 11 mwN; *Verse* in *Scholz*, GmbHG¹² § 43 Rz 1; *Schnorbus* in *Rowedder/Pentz*, GmbHG⁷ § 43 Rz 14 mwN.

589 Dieser Sorgfaltsmaßstab entspricht jenem, der bis zum AktG 1937/1938 (vgl § 84 Abs 1 AktG: „*Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters*“) auch für Vorstandsmitglieder galt (vgl § 241 Abs 1 dHGB 1897).

590 BGBl I 2015/112.

591 Vgl hierzu statt vieler jew mwN *Karollus* in *Kodek*, Untreue NEU (2017) 43 ff; *Felzl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 30 ff.

592 Vgl *Völkl/Lehner*, *ecolex* 2013, 39 ff; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 3 mwN; *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/1 f, 2/28 und *passim*; *Felzl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 5; *G. Frotz*, *GesRZ* 1982, 98 (98).

593 Vgl nur *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 275 ff (Stand 01.09.2022); *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/2; *G. Schima/Toscani*, *Handbuch GmbH-Geschäftsführer*² 301.

Das Kernstück der Geschäftsführerhaftung ist § 25 GmbHG. Diese zentrale Haftungsanordnung ist ein Auffangtatbestand, der andere Haftungsnormen ergänzt.⁵⁹⁴ Die Geschäftsführer haften gem § 25 Abs 2 GmbHG solidarisch gegenüber der Gesellschaft (Haftungskonzentration, Grundsatz der Innenhaftung) für den aus der (schuldhaften) Verletzung ihrer Obliegenheiten entstandenen Schaden. Mit „Obliegenheiten“ sind alle Pflichten gemeint, die sich aus Gesetz, Satzung oder Generalversammlungsbeschluss⁵⁹⁵ ergeben.⁵⁹⁶ Für Pflichtverletzungen im Gründungsstadium enthält § 10 Abs 4 GmbHG eine gesonderte Haftungsgrundlage,⁵⁹⁷ der zufolge die Geschäftsführer für einen bei der Gründung durch falsche Angaben verursachten Schaden haften.

Im Gegensatz zum Aktienrecht (§ 84 Abs 2 Satz 2 AktG)⁵⁹⁸ enthält § 25 GmbHG keine Beweislastumkehr. Nach hL⁵⁹⁹ und stRsp⁶⁰⁰ ist die aktienrechtliche Regelung jedoch analog auf GmbH-Geschäftsführer anzuwenden. Das gilt auch für die Haftung wegen Pflichtverletzungen im Gründungsstadium.⁶⁰¹

§ 25 Abs 3 GmbHG normiert die Haftung für demonstrativ aufgezählte qualifizierte Sorgfaltsverstöße. Diese Spezialtatbestände lassen sich gliedern in die unrechtmäßige Verteilung von Gesellschaftsvermögen an Gesellschafter (Z 1) und Zahlungen nach Eintritt der materiellen Gesellschaftsinsolvenz (Z 2). Ihre dogmatische Besonderheit ist eine zweifach verschärfte Haftung: *Erstens* wird ein Schaden in Höhe des Vermögensabflusses bzw der Masseminderung gesetzlich (widerlegbar) vermutet (arg: „Ersatz“).⁶⁰² *Zweitens*

594 Vgl OGH 09.01.1986, 3 Ob 521/84 GesRZ 1986, 97; RIS-Justiz RS0059449; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 4; *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 613 (613); *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 5; *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/26.

595 Vgl § 20 GmbHG.

596 Vgl *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 17; *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/26; *Verse* in *Scholz*, GmbHG¹² § 43 Rz 1 (alle organschaftlichen Pflichten).

597 Vgl dazu etwa *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/200 ff mwN.

598 Der Regelungsinhalt dieser Beweislastumkehr ist str; weiterführend für die GmbH zB *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 29; *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 211 ff; *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/227 ff; *Hörlsberger* in *FAH*, GmbHG § 25 Rz 15 f.

599 Vgl jew mwN *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 327 mwN (Stand 01.09.2022); *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 20; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 29 mwN; *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 211.

600 RIS-Justiz RS0121916; RIS-Justiz RS0059608; OGH 31.07.2015, 6 Ob 139/15g GES 2015, 340.

601 Vgl RIS-Justiz RS0059624; *U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 10 Rz 37.

602 ZT wird ein Schaden der Gesellschaft nach hM sogar fingiert (s schon oben Fn 372). Vgl zu Masseschmälerungen OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k im Anschluss an *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 613 (614, 617); vgl *S.-F. Kraus/U. Torggler* in

sind Dispositionen der Gesellschaft über diese Ersatzansprüche⁶⁰³ unwirksam, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist (§ 25 Abs 5 und 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG). Letzteres gilt auch für Ersatzansprüche gem § 10 Abs 4 GmbHG (§ 10 Abs 6 GmbHG).

§ 25 Abs 4 GmbHG regelt die Haftung der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft für nicht genehmigte In-sich-Geschäfte.⁶⁰⁴ Diese Norm soll verhindern, dass durch den Interessenkonflikt eines Geschäftsführers die Gesellschaft benachteiligt wird.⁶⁰⁵

Nach § 25 Abs 6 GmbHG verjähren diese Ersatzansprüche „in fünf Jahren“. Wann die Verjährungsfrist zu laufen beginnt, bleibt offen und ist strittig.⁶⁰⁶ Dagegen verjähren Ersatzansprüche gem § 10 Abs 4 GmbHG „in fünf Jahren von der Eintragung der Gesellschaft an“ (§ 10 Abs 5 GmbHG).

U. Torggler, GmbHG § 25 Rz 5, 12 ff; U. Torggler in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Organhaftung 35 (43) mwN. Für Deutschland Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG²¹ § 43 Rz 58; Fleischer in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 362. Grundl schon AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 463: Demnach sei dem Konzept der KGaA der Vorzug zu geben, das „die Verpflichtung der Mitglieder des Aufsichtsraths zur Erstattung der gesetzwidrig geleisteten Zahlungen aus[spreche], ohne daß es auf den Nachweis eines Schadens ankommen soll (Art. 204. H.G.B.).“ Vgl auch Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 211: „Aber die Verletzung von Gesetz und Statut bedürfen der besonderen Berücksichtigung in zwei Punkten. – Einmal muß der Gesellschaft das Recht zustehen, auch ohne Vorhandensein eines besonderen Schadens die Wiederherstellung des gebrochenen Zustandes zu fordern.“ Vgl bereits Wiener, Entwurf 99 aE: „Die Haftung der Gesellschaftsorgane gegenüber der Gesellschaft wird vom Entwurf besonders in ihrem Umfange in denjenigen besonders zusammengestellten Fällen qualifiziert, in welchen dem Gesetze zuwider Grundkapital verausgabt oder, obwohl Handlungen vorgenommen worden, die seine Vereinnahmung voraussetzen, nicht vereinnahmt worden. Hier soll auf Ersatz – d.i. Ergänzung des fehlenden Grundkapitals schlechthin, ohne besonderen Nachweis eines in solcher Höhe bestehenden Schadens – gehaftet werden, [...]“

603 Nach (mE unzutrf) hM beziehen sich diese haftungsverschärfenden Dispositionsbeschränkungen jedoch nicht nur auf Ersatzansprüche gem § 25 Abs 3 GmbHG, sondern auf sämtliche Ersatzansprüche gem § 25 Abs 2 GmbHG. Dazu noch ausf unten S 231 ff.

604 Vgl Koppenssteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 11; J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 9, 272 ff (Stand 01.09.2022).

605 J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 272 (Stand 01.09.2022); S.-F. Kraus/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 25 Rz 15 mwN.

606 Dazu ausf iZm § 84 Abs 6 AktG unten S 1024 ff.

C. Geltendmachung von Ersatzansprüchen

Die Geltendmachung von Ersatzansprüchen ist zwingend⁶⁰⁷ der Beschlussfassung durch die Gesellschafter vorbehalten (§ 35 Abs 1 Z 6 GmbHG).⁶⁰⁸ Die hL⁶⁰⁹ versteht den Begriff der Geltendmachung weit und subsumiert darunter auch gerichtliche und außergerichtliche Schritte sowie Verzichte und Vergleiche. Regelungszweck ist eine funktionsgerechte Ordnung der Entscheidungskompetenz.⁶¹⁰ Da grundsätzlich der (uU selbst ersatzpflichtige) Geschäftsführer die (ersatzberechtigte) Gesellschaft gegenüber sich selbst vertreten müsste (§ 18 Abs 1 GmbHG), weist der Gesetzgeber die Entscheidungskompetenz zwingend den Gesellschaftern zu.⁶¹¹ Vertreten wird die Gesellschaft durch ihre Geschäftsführer, (ggf) durch den Aufsichtsrat oder (bei Vertretungsnotstand) durch einen Prozessvertreter.⁶¹²

Neben der Gesellschaft kann auch eine Gesellschafterminderheit, deren Stammeinlagen gemeinsam 10% des Stammkapitals oder einen Nennbetrag von EUR 700.000 (oder einen gesellschaftsvertraglich vereinbarten geringeren Betrag) erreichen, (ua) Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen ihre Geschäftsführer selbstständig einklagen (§ 48 GmbHG). Dagegen kann eine Aktionärsminorität (nur) die Geltendmachung von Ansprüchen durch die Gesellschaft verlangen (§§ 134 f AktG). Anders als das Aktienrecht enthält das GmbHG kein Verfolgungsrecht der Gesellschaftsgläubiger. Eine analoge Anwendung ist strittig.

607 § 35 Abs 2 GmbHG.

608 RIS-Justiz RS0059438; vgl auch *Enzinger in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 35 Rz 85 (Stand 01.09.2021); *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 35 Rz 23*; *J. Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I*² Rz 2/394; *Rauter/Ratka in Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/212 ff. Die deutsche Parallelnorm ist § 46 Nr 8 dGmbHG.

609 Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 35 Rz 36; *Enzinger in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 35 Rz 91 (Stand 01.09.2021); *Harrer in Gruber/Harrer*, GmbHG² § 35 Rz 58; für Deutschland *Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 46 Rz 60; *Hasselbach*, DB 2010, 2037 (2037 f).

610 Vgl nur *K. Schmidt in Scholz*, GmbHG¹² § 46 Rz 141 mwN; zust *Enzinger in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 35 Rz 83 mwN (Stand 01.09.2021).

611 Vgl dazu EBRV 236 BlgHH 17. Session 70 („in diesem Fall ihnen die Unbefangenheit bei der Willensäußerung für die Gesellschaft abgeht“); vgl auch *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler in U. Torggler*, GmbHG § 35 Rz 23; *Liebscher in MüKo GmbHG*⁴ § 46 Rz 242.

612 Vgl weiterführend hierzu *Rauter/Ratka in Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/217 mwN.

II. Bestehende Dispositionsschranken für Verzichte, Vergleiche und Weisungsbeschlüsse

Im einleitenden Kapitel über die Haftungskonzentration (§ 2.) habe ich dargelegt, dass dieses Regelungskonzept als Korrektiv die Berechtigung einer Gesellschafterminderheit und der Gesellschaftsgläubiger zur Durchsetzung von Gesellschaftsansprüchen erfordert. Außerdem müssen die geltendzumachenden Ansprüche im Gesellschaftsvermögen erhalten werden. Diese Rechte gehen (wie die Haftungskonzentration selbst) auf die Aktienrechtsreform von 1884 zurück; sie wurden bereits oben vorgestellt. Nicht nur die Nachfolgerbestimmungen im Aktienrecht beruhen im Wesentlichen auf diesen alten Bestimmungen, auch die GmbH-Gesetze haben diese Schutzvorschriften übernommen. Daher sind die geltenden GmbH-rechtlichen Normen nicht isoliert, sondern im Kontext ihrer Entwicklungsgeschichte zu betrachten. Der Konnex zum ADHGB 1884 ist schnell skizziert: Das dGmbHG aus dem Jahr 1892 beruht unmittelbar auf dem Aktienrecht des ADHGB 1884.⁶¹³ Das öGmbHG hat zwei Regelungsvorbilder, nämlich das dGmbHG⁶¹⁴ und den (nie in Kraft getretenen) Entwurf eines österreichischen Aktiengesetzes (genannt „Aktienentwurf“) von 1900⁶¹⁵. Letzterer bekannte sich zum Aktienrecht des zwischenzeitlich in Kraft getretenen dHGB 1897 als Regelungsvorbild,⁶¹⁶ dessen Organhaftungsrecht wiederum (ebenfalls) im Wesentlichen jenem des ADHGB 1884 entsprach.⁶¹⁷ Die GmbH-Gesetze verzichteten bei der Orientierung am älteren Aktienrecht freilich vor allem auf jene zwingenden aktienrechtlichen Vorschriften, die durch

613 Vgl. AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3750 rSp.

614 Vgl. EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 54: „Wenn der Entwurf im übrigen sich auch an die Prinzipien des Deutschen Reichsgesetzes eng anlehnt, enthält er doch naturgemäß eine Reihe von Abweichungen in den Einzelbestimmungen, deren Begründung dem besonderen Teile der erläuternden Bemerkungen vorbehalten wird.“ Was die Haftungsvorschriften betrifft, schloss sich das öGmbHG an die „durchaus sachgemäßen Normen“ des dGmbHG an (EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 66).

615 Entwurf eines österreichischen Aktiengesetzes (1900), ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420. Die Konkordanz mit dem Aktienentwurf kommt in den jüngeren Gesetzesmaterialien (insb den EBRV) nicht (mehr) zum Ausdruck, weil das GmbHG schon zuvor vom Aktienentwurf „entkoppelt“ worden war. Beide Gesetzeswerke wurden aber gemeinsam entwickelt und sollten ursprünglich auch zugleich in Kraft treten. Gleichwohl hat der Aktienentwurf nicht nur in den älteren Materialien, sondern auch in den Gesetzesvorschriften markante Spuren hinterlassen. Vgl. dazu noch die jew problembezogenen Ausführungen zum Minderheitenschutz (§ 48 GmbHG) und zum Gläubigerschutz (§ 25 Abs 5 und 7 GmbHG).

616 Vgl. die Marginalie auf S 4 der Denkschrift zum Aktienentwurf (ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420): „Das deutsche Aktienrecht als Vorbild der Reform“.

617 Vgl. Denkschrift dHGB 1897, abgedr bei Hahn/Mugdan, Materialien 307: „Die Vorschriften des § 236 über die Haftung der Vorstandsmitglieder für eine Verletzung ihrer Obliegenheiten stimmen im Wesentlichen mit dem Inhalt des bisherigen Art. 241 überein.“

die Handelbarkeit der Mitgliedschaft bedingt waren.⁶¹⁸ Diese (zumindest konzeptionelle) Kontinuität bringt es mit sich, dass die nachfolgende Untersuchung der gesetzlichen Verfolgingsrechte und Dispositionsbeschränkungen im geltenden Recht wiederholt auf die schutzinteressenbezogenen Erwägungen der Aktienrechtsreform von 1884 rekurrieren kann. Auf die einzelnen Änderungen im Zuge der Aktienrechtsentwicklung seit der Reform von 1884 (welche die GmbH-Gesetze beeinflusst haben) und auf GmbH-spezifische Wertungen werde ich jeweils problembezogen im Einzelfall näher eingehen. Formal gliedert sich die nachfolgende Untersuchung entlang der einzelnen Schutzinteressen (künftige Gesellschafter, Minderheitsgesellschafter und Gesellschaftsgläubiger).⁶¹⁹

A. Kein (besonderes) Schutzbedürfnis künftiger Gesellschafter in der GmbH

Wie schon oben zum Prinzip der Haftungskonzentration skizziert,⁶²⁰ reagierte der deutsche Reformgesetzgeber von 1884 auf die damaligen Gründungsschwindel, indem er (erstmal) strenge Gründungskautelen zum Schutz der Anleger und Gläubiger normierte. Dazu legte er den Gründern und Organmitgliedern besondere Publizitäts- und Prüfpflichten auf, für deren Verletzung sie der Gesellschaft solidarisch hafteten. Bei der Haftungsanordnung allein konnte es aber nicht bleiben. Denn die Haftungskonzentration hätte dazu geführt, dass sich die Gründer, die die Gesellschaft (und deren Organe) zu Beginn typischerweise noch kontrollierten, von ihrer eigenen Ersatzpflicht freisprechen (lassen) konnten. Um die Aushebelung der strengen Gründungsvorschriften durch derartige Selbstentlastungen zu vermeiden, unterschied der Reformgesetzgeber von der rechtlichen Existenz der Gesellschaft (Entstehung durch Eintragung) ihre wirtschaftliche Selbstständigkeit (Unabhängigkeit von den Gründern).⁶²¹ Hierzu sah er während eines bestimmten Zeitraums nach Eintragung der Gesellschaft (*tempus clausum*) bestimmte Kautelen vor: Neben der Haftung von Emissionshäusern und der Regulierung von Nachgründungen normierte der Reformgesetzgeber besondere Wirksamkeitsvoraussetzungen für Verzichte und Vergleiche über Ersatzansprüche aus dem Gründungshergang – nur *diese* Vorschriften sollen hier untersucht werden. Gem Art 213d ADHGB 1884 waren Verzichte und Vergleiche erst nach Ablauf von drei Jahren ab Firmenbucheintragung

618 S dazu sogleich im nachfolgenden Kap über den Schutz künftiger Gesellschafter in der GmbH.

619 So auch schon die Gliederung in der Grundlegung dieser Schutzbestimmungen auf Grundlage des ADHGB 1884 (s oben S 82 ff).

620 S oben S 54 ff.

621 S dazu schon aus iZm der Haftungskonzentration oben S 83 ff.

zulässig (Sperrfrist), und darüber hinaus nur dann, wenn die HV zustimmte und nicht eine Aktionärsminorität widersprach (vgl auch § 43 AktG idgF)⁶²². Diese Kautelen beruhen auf der gesetzlichen Vermutung, dass während des *tempus clausum* typischerweise die Mehrheit der Aktien an das Publikum gelangt ist und die Gesellschaft dadurch vom Einfluss der Gründer befreit ist. Der österreichische Aktienentwurf von 1900 ging noch weiter und schloss Verzicht und Vergleiche ganz aus.⁶²³

In der GmbH liegen die Dinge anders. Die empfindliche Beschränkung der aktienrechtlichen Gestaltungsfreiheit durch die Reform von 1884 ließ nämlich auch Rufe nach einer neuen, einfacheren Rechtsform laut werden.⁶²⁴ Diesen Ruf schenkte der Gesetzgeber (zunächst für Kolonialgesellschaften)⁶²⁵ in Deutschland und etwas später auch in Österreich durch die Schaffung einer neuen Rechtsform Gehör. Damit erkannte der Gesetzgeber an, dass es Organisationsformen gibt (zB Familien- und Erbengesellschaften)⁶²⁶, für die auf der einen Seite das strenge Regularium des Aktienrechts belastend wirkt, die aber auf der anderen Seite trotzdem ein berechtigtes Bedürfnis nach einer haftungsbeschränkten Rechtsform haben.⁶²⁷ Dementsprechend war es das wesentliche

622 Im geltenden Recht beträgt die Sperrfrist allerdings nicht (mehr) drei, sondern (seit dem dHGB 1897) fünf Jahre (anders aber § 50 dAktG).

623 Vgl § 30 Abs 2 des Entwurfs idF Dezember 1900 (ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420 [zur Gründungsverantwortlichkeit]): „*Hinsichtlich dieser Ansprüche haben Vergleiche oder Verzichtleistungen der Gesellschaft keine rechtliche Wirkung.*“ Vgl auch § 41 Abs 5 Satz 2 (zur laufenden Geschäftsführung): „*Vergleiche oder Verzichtleistungen hinsichtlich solcher Ansprüche haben keine rechtliche Wirkung.*“

624 Vgl Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 52 mwN; Straube/Ratka in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG Einführung Rz 22 ff (Stand 01.08.2020). Vgl auch EBRV 236 BlgHH 17. Session 49.

625 AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3724; Ofner/Thorsch, GmbHG (1907) Einl S 4; vgl auch Schubert in FS 100 Jahre GmbH-Gesetz 1 (4 ff); Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 49; Fleischer in MüKo GmbHG⁴ Einl Rz 53; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ Einl Rz 1; Kleinszig, BRGÖ 2021, 35 (36).

626 Weiters für Zuckerrübenfabriken, Patentverwertungsgesellschaften als Versuchsbetriebe der Industrie, Gläubigergesellschaften in Sanierungsfällen und Grundstücksgesellschaften zwecks Erwerbs, Parzellierung und Bebauung von Grundstücken mit Miets- und Geschäftshäusern (vgl dazu Fleischer in MüKo GmbHG⁴ Einl Rz 54 mwN; s auch AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII [1890–92], Nr 660 3727 ff; EBRV 236 BlgHH 17. Session 50, 53).

627 Vgl die Bsp in der AmtlBegr zum dGmbHG (RT-Drs VIII [1890–92], Nr 660 3725 rSp) und in den EBRV eines öGmbHG (236 BlgHH 17. Session 50, 53, 64). Vgl auch EBRV (aaO 49) zur AG: „*Daß diese Beiträge nur in der Form von Aktien aufgebracht werden können, hat im Laufe der auf die Erlassung des Handelsgesetzbuches gefolgten wirtschaftlichen Entwicklung eine Lücke geschaffen.*“ Vgl auch Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 48 f, 65.

Ein weiteres Motiv bestand darin, der deutschen Wirtschaft eine Alternative zur konkurrierenden britischen „Limited“ (die „beschränkte Haftung“ war auch sprachlich eine Anlehnung an die „*limited liability*“ [vgl Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 50; Flei-

Anliegen der GmbH-Gesetze, auf die strengen Normen des Aktienrechts so weit wie nur möglich zu verzichten.⁶²⁸ Der Großteil der zwingenden

scher in MüKo GmbHG⁴ Einl Rz 55]) anzubieten und dadurch einen Kapitalabfluss ins Ausland zu verhindern. In Österreich kam als weiterer Grund hinzu, erstmals konzessionsfreie Gründungen zu ermöglichen (in Deutschland war das Konzessionssystem dagegen schon 1870 abgeschafft worden); vgl *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 54 f; s auch *Randa*, Handelsrecht I (1905) 272; *K. Lehmann* in Verhandlungen des 31. DJT I (1912) 502 (516).

- 628 Vgl AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3725 rSp: „In Fällen der bezeichneten Art [sc Unternehmungen, die eine beschränkte Haftung erfordern] bietet die Form der Aktiengesellschaft keine geeignete Grundlage. Diejenigen Einrichtungen derselben, welche die thunlichste Ausdehnung und Veränderlichkeit des Mitgliederkreises ermöglichen, stehen mit dem Charakter solcher Unternehmungen im Widerspruch, und die als Gegengewicht jener Einrichtungen dienenden Kautelen und Schutzmaßregeln sind deshalb in vielen Beziehungen überflüssig; sie bilden hier nur ein durch innere Gründe nicht gerechtfertigtes Hemmnis für das Zustandekommen und den Geschäftsbetrieb der Gesellschaften.“ (Hervorhebungen durch den Verf). Die AmtlBegr nennt als Bsp „größere Theile der Bestimmungen über die Gründung und die Organisation“ der AG, Publizitätspflichten und die eingeschränkte Vertragsfreiheit. Vgl auch AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3730 lSp: „Bei der Aktiengesellschaft wird die Sicherung des Grundkapitals sehr wesentlich durch die Vorschriften über den Gründungsbergang sowie durch die konkurrierende Verantwortlichkeit einer Reihe verschiedener Gesellschaftsorgane und durch die umfassende Öffentlichkeit sowohl der Einzelheiten der Gründung, als der späteren Ergebnisse des Geschäftsbetriebes unterstützt. Sind die betreffenden Bestimmungen auch in erster Linie zum Schutz der Aktienwerber bestimmt, so dienen sie doch zugleich als Garantien für die Interessen der Gesellschaftsgläubiger. Bei der neuen Gesellschaft werden derartige Garantien in gleichem Umfange nicht bestehen können, da weder der ausgedehnte Verwaltungsapparat der Aktiengesellschaft, noch die weitgehende Publizität, welche für diese vorgeschrieben ist, hier zur Anwendung kommen können. Dafür bedarf es im Interesse der Gläubiger eines Ersatzes“ Damit angesprochen war die Ausfallhaftung der Gesellschafter für die Einlageleistungen der übrigen Gesellschafter und bei Rückgewähr von Einlagen gem §§ 24 und 31 dGmbHG (§ 70 Abs 1 f und § 83 öGmbHG). Vgl auch EBRV 236 BlgHH 17. Session 49 (sogleich in Fn 629). Neben dem angesprochenen Hemmnis der Vielzahl zwingender aktienrechtlicher (Anleger-) Schutznormen motivierte die Gesetzesverfasser der Umstand, dass die Bedürfnisse nach einer neuen Rechtsform schon bisher (unzweckmäßigerweise) mit der KG als verdeckte Kapitalgesellschaft befriedigt wurden (aaO 50 aA): „Daneben läuft aber noch eine andere Entwicklung. In der Kommanditgesellschaft spielt die Person des persönlich haftenden Gesellschafters nicht immer jene ausschlaggebende Rolle, die das Gesetz ihm einräumen wollte. Es ist daher begreiflich, wenn die Frage aufgeworfen wird, ob den Kommanditisten nicht auch die Möglichkeit eines Geschäftsbetriebes eingeräumt werden könne ohne Hinzutritt des zuweilen tatsächlich nur als Strohhalm auftretenden persönlich haftenden Gesellschafters.“ Dementspr verorteten die Gesetzesverfasser den Platz der GmbH zwischen diesen beiden Ausprägungen (aaO): „Beide Gesichtspunkte bilden entgegengesetzte Pole eines Kreises, innerhalb dessen in dem deutschen Reichsgesetze das vorhandene Bedürfnis Befriedigung gefunden hat, das sich kurz dahin charakterisieren läßt: Aktiengesellschaft ohne Aktien, Kommanditgesellschaft ohne persönlich haftenden Gesellschafter.“

aktienrechtlichen Vorschriften war (vor allem seit der Abschaffung des Konzessionssystems) durch die Handelbarkeit der Anteile und die damit verbundenen Gefahren für künftige Aktionäre bedingt.⁶²⁹ Daher konnte sich der GmbH-Gesetzgeber „der übergroßen Strenge des zwingenden Rechtes“ dadurch entledigen, dass er die Handelbarkeit der GmbH-Geschäftsanteile ausschloss.⁶³⁰ Zu

629 Vgl. AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr. 660 3725 ISp: „Insbesondere ist durch die weitestgehende Erleichterung hinsichtlich der Uebertragung der Anteilsrechte und durch die hieraus sich ergebende Möglichkeit eines steten Wechsels der Mitglieder die Grundlage geschaffen, auf welcher unter Mitwirkung von Börse und Banken dem großen Publikum die Beteiligung bei Aktienunternehmungen zugänglich gemacht wird. Allein, wenn hierdurch auf der einen Seite das Mittel gegeben ist, durch welches die Aktienvereine zur Lösung von Aufgaben befähigt werden, denen Assoziationen in beschränkterem Kreise nicht gewachsen sind, so **beruhen darin auf der anderen Seite die besonderen Gefahren, welche dem Aktienwesen anhaften. Die Ausschreitungen bei der Gründung und Geschäftsführung der Aktiengesellschaften haben nur durch die weite Verbreitung der Aktien im Publikum ihren gemeingefährlichen Charakter erhalten**, wie andererseits gerade die Aussicht auf den leichten Absatz der Aktien den wesentlichen Beweggrund und Anreiz für jene Mißbräuche bildete. Die präventiven und repressiven Vorschriften des Aktiengesetzes vom 18. Juli 1884 gehen denn auch überall von dem Gesichtspunkte aus, daß die große Zahl und der häufige Wechsel der Mitglieder und die hierdurch gelockerte Verbindung derselben mit der Gesellschaft besondere Einrichtungen zum Schutze des sich beteiligenden Publikums erforderlich mache, deren es bei anderen Assoziationsformen schon mit Rücksicht auf die engeren Beziehungen der Gesellschafter zur Gesellschaft nicht bedarf.“ (Hervorhebungen durch den Verf.). Vgl. auch EBRV 236 BlgHH 17. Session 49: „Die Aktie, in welcher die gesellschaftliche Beteiligung an eine Urkunde als Träger des Rechtes geknüpft ist, hat gänzlich den Charakter eines Handelsobjektes, einer Ware angenommen. Dies führte schon unter der Herrschaft das [sic] Konzessionssystems zu einer Reihe von für die Gesellschaft **mitunter recht lästigen Rechtssätzen zwingenden Charakters**. Noch weit strenger aber mußte sich infolge dessen das Recht der Aktiengesellschaft gestalten, als von dem Konzessionssysteme abgegangen wurde, wie dies nicht nur die reichsdeutschen Novellen aus den Jahren 1870, 1884 und 1897, sondern auch andere moderne Gesetzgebungen zeigen. Sowohl von dem Konzessionszwange, als **von der übergroßen Strenge des zwingenden Rechtes dort frei zu werden**, wo das Bedürfnis der Kapitalbeschaffung nicht zu dem Mittel der Emission von Aktien drängt, der Geschäftsanteil daher nicht Handelsartikel wird und damit der Grund für die strengen Bestimmungen des Aktienrechts wenigstens zum Teil hinfällig wird, ist daher ein wirtschaftliches Bedürfnis, dessen Berechtigung nicht in Abrede gestellt werden kann.“ (Hervorhebungen durch den Verf.).

630 Instrukтив AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr. 660 3729 ISp: „Der Herstellung eines marktgängigen Werthpapiers wird jedenfalls am wirksamsten entgegengetreten, wenn die bezeichneten Urkunden überhaupt nicht die rechtliche Funktion erhalten, die Uebertragung der Anteilsrechte zu vermitteln. Andererseits muß, wenn die Uebertragung ohne die Grundlage eines zur Legitimation des Erwerbers dienenden Anteilscheins zugelassen wird, die Form des Uebertragungsaktes selbst eine derart authentische sein, daß Zweifel und Unklarheiten über die Thatsache der Uebertragung nicht entstehen können. Aus diesen Gründen rechtfertigt es sich, die Veräußerung der Geschäftsanteile durch die Gesellschafter nicht

diesem Zweck verlangt der GmbH-Gesetzgeber für die Übertragung von Geschäftsanteilen zwingend die Notariatsaktsform (§ 76 Abs 2 GmbHG). Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sind künftige Gesellschafter bereits durch diese Immobilisierung der Geschäftsanteile ausreichend geschützt,⁶³¹ weil dadurch die „die Heranziehung geschäftlich unerfahrener Teilnehmer, wenn nicht unmöglich gemacht, so doch tunlichst erschwert werde“⁶³². Besondere Vorschriften zum Schutz künftiger Gesellschafter erübrigen sich damit (solche Vorschriften wollte der Gesetzgeber der GmbH gerade ersparen)⁶³³. Der gesetzliche Schutz kann sich vielmehr auf die (verbleibenden) Interessen der Gesellschaftsgläubiger und der Minderheitsgesellschafter beschränken.⁶³⁴

Nicht nur die aufwendigen gründungsrechtlichen Publizitäts-, Kontroll- und Haftungsvorschriften im Anlegerinteresse fallen im GmbH-Recht weg. Auch jene Kautelen erübrigen sich, die – als Korrektiv für die Haftungskonzentration – zwischen der rechtlichen und wirtschaftlichen Existenz der Gesellschaft unterschieden, um eine Umgehung jener Publizitäts-, Kontroll- und Haftungsvorschriften hintanzuhalten. Von diesen „Kautelarvorschriften“⁶³⁵ interessieren wieder besonders die gesetzlichen Beschränkungen für Verzichte und Vergleiche (vgl § 43 AktG): Auch diese Dispositionsbeschränkungen konnten die GmbH-Gesetzgeber auf jenes Maß beschränken, das zum Schutz

anders als durch notariellen oder gerichtlichen Vertrag zu gestatten [...]“ (Hervorhebungen durch den Verf). Ähnlich EBRV 236 BlgHH 17. Session 52: „*Unter dieser Voraussetzung [sc Ausschluss der Handelbarkeit der Anteile] kann das Maß der Normen zwingender Natur, mit denen das Gesetz ausgestattet werden muß, sich innerhalb jener Grenzen halten, die nach Ausschluß der Kapitals- und Teilnehmergewinnung im Wege des freien Wettbewerbs auf dem Effektenmarkte, erforderlich sind, um eine Benachteiligung der Gläubiger durch illegitime Umtriebe oder selbst nur durch eine allzu leichtfertige Geschäftsgebarung und eine zu weit gehende Majorisierung der schwächeren Elemente unter den Teilhabern zu verhüten.*“ (Hervorhebungen durch den Verf). Vgl auch EBRV aaO 57 (iZm dem Ausschluss einer Sukzessivgründung): „*Denn auf die strengen Vorschriften des Aktiengesetzes über den Gründungsbergang und über die Gebarung der Gesellschaft konnte für die neue Gesellschaft nur unter der Voraussetzung verzichtet werden, daß die Heranziehung geschäftlich unerfahrener Teilnehmer, wenn nicht unmöglich gemacht, so doch tunlichst erschwert werde.*“ Vgl auch EBRV aaO 59 (iZm Sacheinlagen): „*Bei einer Gesellschaft, deren Anteile nicht Gegenstand des Handels sind, zu der ferner ganz unerfahrene Personen in größerer Zahl als Theilhaber nicht leicht herangezogen werden können, bei der endlich die rechtsverbindliche Übernahme der Einlagen nur in einem Akte durch gleichzeitige Vereinbarung sämtlicher Teilnehmer stattfinden kann, ist nun jedenfalls ein so strenger Komplex von Vorsichtsmaßregeln zum Schutze der Gesellschafter nicht erforderlich, wie bei der Aktiengesellschaft.*“

631 Vgl Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 77 mwN; Ch. Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, ÖGesR² Rz 4/34.

632 EBRV 236 BlgHH 17. Session 57. Vgl schon in Fn 630.

633 Vgl auch Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 38.

634 Vgl EBRV 236 BlgHH 17. Session 52 (s schon in Fn 630).

635 Dazu allg schon iZm der Haftungskonzentration oben S 83 ff.

der Gesellschaftsgläubiger und Minderheitsgesellschafter nötig ist.⁶³⁶ Demgemäß enthält das GmbH-Recht keine Sperrfrist.⁶³⁷ Eine Zustimmung der

636 Instrukтив AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3734 rSp: *„Doch sind in dieser Beziehung wesentlich andere Gesichtspunkte maßgebend, als bei der Aktiengesellschaft. Bei dieser ist damit zu rechnen, daß erfahrungsgemäß die Gründer der Versuchung ausgesetzt sind, das Interesse der Gesellschaft in Bezug auf die ungeschmälerete Verschaffung des Grundkapitals zu Gunsten ihres Privatvorteils hintanzusetzen. Denn wenn es ihnen mit Hülfe der Börse gelingt, die Aktien zu günstigeren Kursen rechtzeitig unterzubringen, so wälzen sie hierdurch die nachtheiligen Folgen einer etwaigen Verkürzung oder falschen Werthung des Grundkapitals auf die späteren Mitglieder ab. Die Gründungskautelen des Aktiengesetzes haben denn auch vornehmlich den Schutz dieser letzteren Personen im Auge. Bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung braucht dagegen auf Eventualitäten der bezeichneten Art keine entscheidende Rücksicht genommen zu werden, denn die Konstruktion der Gesellschaft erscheint schon an sich genügend, denselben vorzubeugen. Die Wahrung des Interesses der Gesellschaft als solcher und ihrer Mitglieder kann hier in der Hauptsache den Beteiligten selbst überlassen bleiben, und der Schutz, welchen das Gesetz zu gewähren hat, bezieht sich deshalb im Wesentlichen nur auf diejenigen, welche der Gesellschaft Kredit gewähren.“* (Hervorhebungen durch den Verf). Ähnlich heißt es zu § 9 Abs 3 dGmbHG (Dispositionsbeschränkungen zugunsten der Gesellschaftsgläubiger): *Sie [sc die Dispositionsbeschränkungen] lehnen sich im Wesentlichen an den Artikel 213d des Aktiengesetzes an, jedoch mit der aus ihrem allgemeinen Zweck sich ergebenden Abweichung, daß die betreffenden Beschränkungen hier nur im Interesse und zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger bestehen sollen.“* (AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII [1890–92], Nr 660 3736; Hervorhebung durch den Verf). Einen gesetzlichen Schutz der Minderheit vor nachteiligen Dispositionen sah und sieht das dGmbHG nicht vor. Diesen legte der Gesetzgeber stattdessen in die Hände der Gesellschafter (*„Die Wahrung des Interesses der Gesellschaft als solcher und ihrer Mitglieder kann hier in der Hauptsache den Beteiligten selbst überlassen bleiben, [...]“*; AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII [1890–92], Nr 660 3734 rSp). S dazu noch sogleich unten im Kap zum Minderheitenschutz in der GmbH. Auf derselben Linie liegen die EBRV des öGmbHG (236 BlgHH 17. Session 1904 52): *„Gestattet diese Bewegungsfreiheit in der inneren Einrichtung der neuen Gesellschaft demnach auch eine weitgehende Annäherung an die Aktiengesellschaft, so bleibt doch immer der einschneidende Unterschied bestehen, daß hier durch eine Reihe von Vorschriften die Ausbildung eines Handels mit Geschäftsanteilen und eines Marktes hierfür ausgeschlossen ist. Unter dieser Voraussetzung kann das Maß der Normen zwingender Natur, mit denen das Gesetz ausgestattet werden muß, sich innerhalb jener Grenzen halten, die, nach Ausschluß der Kapitals- und Teilnehmergeinnung im Wege des freien Wettbewerbs auf dem Effektenmarkte, erforderlich sind, eine Benachteiligung der Gläubiger durch illegitime Umtriebe oder selbst nur durch eine allzu leichtfertige Geschäftsgebarung und eine zu weit gehende Majorisierung der schwächeren Elemente unter den Teilhabern zu verhüten“.* (Hervorhebungen durch den Verf; s schon Fn 630).

637 Das ist mE auch bei der sinngemäßen Anwendung von (ua) § 43 AktG gem § 6a Abs 4 GmbHG bei Sachgründungen ohne Einhaltung der Hältteregel zu berücksichtigen. Denn die Sperrfrist soll die Umgehung von Verletzungen der Kapitalaufbringungsvorschriften zum Schutz künftiger Aktionäre absichern. Sie impliziert eine mehrheitliche Übertragung der Anteile an das Publikum während der ersten

Generalversammlung für Verzichte auf und Vergleiche über Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen ihre Geschäftsführer ist jedoch erforderlich (§ 35 Abs 1 Z 6 GmbHG). Dadurch soll aber nicht wie bei § 43 AktG eine Entscheidungsdelegation ausgeschlossen und (in Kombination mit einer Sperrfrist) der Einfluss der Gründer beschränkt werden. Vielmehr will § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG (nur) verhindern, dass Geschäftsführer über Ansprüche gegen sich selbst (also als Richter in eigener Sache) verfügen.⁶³⁸

Zusammenfassend bedarf es im GmbH-Recht keines Schutzes künftiger Gesellschafter durch die Beschränkung von Dispositionen der Gesellschaft über Ersatzansprüche gegen ihre Geschäftsführer. Notwendig ist nur der Schutz der Gesellschaftsgläubiger und Minderheitsgesellschafter (sowie die Fernhaltung der GmbH-Geschäftsanteile vom Kapitalmarkt, um einen Anlegerschutz zu erübrigen)⁶³⁹. Diese Schutzinteressen sind daher Gegenstand der folgenden Kapitel.

B. Minderheitenschutz als Korrektiv für die Haftungskonzentration

1. Entwicklung des Minderheitenschutzes in der GmbH

Die GmbH-Gesetze orientierten sich am älteren Aktienrecht:⁶⁴⁰ das dGmbHG von 1892 am Aktienrecht des ADHGB 1884 und das öGmbHG aus dem Jahr 1906 vor allem am dGmbHG und am Entwurf eines österreichischen AktG („Aktienentwurf“) von 1900. Dieser Aktienentwurf wiederum hatte das Aktienrecht des dHGB 1897 zum Vorbild, das *in puncto* Organhaftung seinerseits im Wesentlichen das ADHGB 1884 fortführte. All diese älteren aktienrechtlichen Kodifikationen haben gemein, dass sie einer Aktionärsminorität das Recht zur Durchsetzung und Erhaltung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft gewährten: Eine Minorität konnte die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder verlangen⁶⁴¹ und darüber hinaus (zur Absicherung der Geltendmachung) Dispositionen der Gesellschaft über den geltendzumachenden Anspruch (zB durch Verzicht oder Vergleich) durch

Zeit nach der Entstehung der Gesellschaft (*tempus clausum*). Allerdings kennt das GmbHG wie gesagt weder einen besonderen Anlegerschutz (weshalb die Kapitalaufbringung nur [noch] dem Gläubigerschutz dient) noch ist bei der GmbH wegen der Immobilisierung der Geschäftsanteile eine mehrheitliche Emission der Anteile möglich. S dazu noch unten iZm den von § 10 Abs 6 GmbHG erfassten Ersatzansprüchen.

638 Vgl dazu EBRV 236 BlgHH 17. Session 70 („in diesem Fall ihnen die Unbefangenheit bei der Willensäußerung für die Gesellschaft abgeht“). Vgl aus der Lit zB Liebscher in MüKo GmbHG⁴ § 46 Rz 242.

639 Vgl zB Ostheim, GesRZ 1974, 70 (70); J. Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 11.

640 S oben S 126 f und die dort zitierten Nw.

641 Vgl Art 223 ADHGB 1884; § 268 dHGB 1897 (§ 134 AktG idGF).

Widerspruch⁶⁴² verhindern. Diese Rechtsbehelfe wurden eingangs im Kapitel zur Haftungskonzentration (§ 2.) schon kurz vorgestellt.

Demgegenüber verzichtete das dGmbHG bewusst auf einen umfassenden Minderheiten- und Individualschutz. Nach der AmtlBegr kann vielmehr wegen des idealtypisch kleinen Gesellschafterkreises „[d]ie Wahrung des Interesses der Gesellschaft als solcher und ihrer Mitglieder [...] den Beteiligten selbst überlassen bleiben“.⁶⁴³ Dementsprechend regelte das dGmbHG nur das Recht auf Einberufung einer Generalversammlung, die Klage auf Auflösung der Gesellschaft und den Antrag auf die gerichtliche Bestellung oder Abberufung von Liquidatoren.⁶⁴⁴ Das Recht auf Beschlussanfechtung gesetzlich zu regeln, hielten die Gesetzesverfasser indessen für entbehrlich, weil sich dieses Recht schon aus allgemeinen Grundsätzen ergebe.⁶⁴⁵

Lehre und Rsp kompensierten das Fehlen (weiterer) gesetzlicher Individual- und Minderheitenschutzvorschriften mit der sukzessiven (rechtsfortbildenden) Schöpfung und Anerkennung ungeschriebener Rechtsinstitute.⁶⁴⁶ Eines dieser Institute ist die aus dem Personengesellschaftsrecht stammende Treuepflicht, die nicht nur gegenüber der Gesellschaft besteht, sondern auch zwischen den Gesellschaftern untereinander.⁶⁴⁷ Von ihren vielen

642 Vgl Art 213d ADHGB 1884; § 205 dHGB 1897 und § 270 dHGB 1897 (§ 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG idgF [ähnlich auch § 136 AktG]).

643 Instruktiv AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3734, auch 3732 (allg), insb auch 3751 Isp: „Es besteht daher auch **kein Bedürfnis**, im Gesetz selbst bestimmte **Individual- oder Minderheitsrechte in größerem Umfang aufzustellen**. Die betreffenden Vorschriften des Aktiengesetzes (vergl. besonders Artikel 222a, 223, 239a) beruhen auf den besonderen Verhältnissen der Aktiengesellschaften, welche eine gesetzliche Fürsorge in der Richtung nöthig machen, daß die Wahrnehmung gewisser Gesellschaftsinteressen unter Umständen auch gegen den Willen einer gelegentlichen Mehrheit durchgeführt werden kann. Derartige Verhältnisse liegen hier nicht vor. Der Entwurf beschränkt sich daher in der fraglichen Beziehung auf die Vorschriften der §§. 51, 61 und 66 Absatz 2 über das Recht zur Einberufung von Versammlungen der Gesellschafter, zur Erhebung der Klage auf Auflösung der Gesellschaft und zum Antrag auf gerichtliche Bestellung oder Abberufung von Liquidatoren.“ (Hervorhebungen durch den Verf.).

644 Vgl AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3751 (s schon Fn 643).

645 Vgl AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3751: „**Rücksichtlich der Befugniß jedes einzelnen Mitglieds, Gesellschafterbeschlüsse wegen Verletzung des Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrages durch Klage anzufechten, bedarf es keiner besonderen Bestimmung, da diese Befugniß sich aus allgemeinen Grundsätzen ergibt. Einschränkende Bestimmungen über die formellen Voraussetzungen des Anfechtungsrechts, wie sie im Artikel 190a des Aktiengesetzes und im §. 49 des Genossenschaftsgesetzes mit Rücksicht auf die große Zahl der Mitglieder getroffen sind, können hier als entbehrlich betrachtet werden.**“

646 Vgl Michalski in Michalski, GmbHG² Systematische Darstellung 1 Überblick über das GmbH-Recht Rz 152; vgl auch Lieder in Michalski et al, GmbHG³ § 13 Rz 107.

647 Vgl Michalski in Michalski, GmbHG² Systematische Darstellung 1 Überblick über das GmbH-Recht Rz 153; zur Entwicklung der Treuepflicht zB jew mwN Merkt in MüKo GmbHG⁴ § 13 Rz 99; Fastrich in Noack et al, GmbHG²³ § 13 Rz 20; Kalss/

Einsatzgebieten interessiert hier besonders die Stimmrechtsausübung: Die Gesellschafter sind nämlich verpflichtet, ihr Stimmrecht grundsätzlich im Gesellschaftsinteresse auszuüben.⁶⁴⁸ Treuwidrige Beschlüsse sind anfechtbar.⁶⁴⁹

Was bedeutet das nun für den hier untersuchten Schutz einer Gesellschafterminderheit als Korrektiv für die Haftungskonzentration? Die eingangs skizzierten Minderheitenrechte des (älteren) Aktienrechts, nämlich das Verfolgersrecht⁶⁵⁰ und Widerspruchsrecht⁶⁵¹, werden im deutschen GmbH-Recht gleichsam auf Ebene der Beschlussfassung durch die Treuepflicht substituiert. Verfolgungswillige Gesellschafter können demnach einen (Mehrheits-)Beschluss, mit dem ihr Antrag auf Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen Geschäftsführer (treuwidrig) abgelehnt wurde, anfechten und zugleich durch positive Beschlussfeststellungsklage die Anspruchsdurchsetzung erzwingen.⁶⁵² Nach einer (strittigen) Lehrmeinung⁶⁵³ steht ihnen hierfür (subsidiär) auch eine

Eckert, Zentrale Fragen 278 ff; zum Ganzen auch *Immenga* in FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, 189 ff. Aus österreichischer Perspektive auch *Aicher/S.-F. Kraus/Spendel* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 61 Rz 26 (Stand 01.12.2022).

648 Vgl dazu *Merkt* in MüKo GmbHG⁴ § 13 Rz 118 ff; *Fastrich* in *Noack et al*, GmbHG²³ § 13 Rz 29 ff; *Lieder* in *Michalski et al*, GmbHG³ § 13 Rz 162 ff; *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 281 mwN.

649 Vgl nur *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/166; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 41 Rz 31; *Seibt* in *Scholz*, GmbHG¹³ § 14 Rz 121; *Wertenbruch* in MüKo GmbHG⁴ Anh § 47 Rz 215; *Michalski* in *Michalski*, GmbHG² Systematische Darstellung 1 Überblick über das GmbH-Recht Rz 153. Die treuwidrige Stimmabgabe *per se* ist nach hL nichtig (§ die Nw sogleich; insoweit str im österreichischen GmbH-Recht; abl und im Anschluss an die hL mwN *J. A. Mayer/U. Torggler*, JBl 2021, 700 ff). Stellt der Versammlungsleiter trotzdem das Zustandekommen des Beschlusses fest, ist der Beschluss anfechtbar (vgl zB *Römermann* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ Anh § 47 Rz 335; *Noack* in *Noack et al*, GmbHG²³ Anh § 47 Rz 105; *Fastrich* in *Noack et al*, GmbHG²³ § 13 Rz 30; *Wertenbruch* in MüKo GmbHG⁴ Anh § 47 Rz 215).

650 Vgl die in Fn 641 genannten Vorschriften (Minderheitsverlangen). Vgl auch die Minderheitsklage gem § 48 öGmbHG (zu dieser sogleich im Fließtext).

651 Vgl die in Fn 642 genannten Vorschriften.

652 Vgl *Beurskens* in *Noack et al*, GmbHG²³ § 43 Rz 74; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 32; *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG¹² § 46 Rz 158; *Altmeppen* in *Altmeppen*, GmbHG¹¹ § 13 Rz 27; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG²¹ § 43 Rz 50.

653 Vgl zB *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG²¹ § 13 Rz 53 mwN; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG²¹ § 43 Rz 50; *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG¹² § 46 Rz 161; *Verse* in *Scholz*, GmbHG¹² § 43 Rz 363; so offenbar auch *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 32; weitergehend (vorherige Bekämpfung des ablehnenden Beschlusses nicht nötig) offenbar *Klöhn* in *Bork/Schäfer*, GmbHG⁴ § 43 Rz 81; einschränkend *Altmeppen* in *Altmeppen*, GmbHG¹¹ § 13 Rz 27; offensichtlich *Fleischer* in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 393 mwN.

Nach der Gegenmeinung (bisher offenbar hL) bezieht sich die *actio pro socio* nur auf Ansprüche gegen Geschäftsführer, die zugleich Gesellschafter sind, jedoch nicht auf Ansprüche gegen Fremdgeschäftsführer; vgl *Fastrich* in *Noack et al*, GmbHG²³

actio pro socio offen. Gegen treuwidrige Dispositionen über (geltendzumachende) Ansprüche (zB durch Verzicht, Vergleich oder Entlastung) können Gesellschafter sich zur Wehr setzen, indem sie den zugrunde liegenden Beschluss anfechten. Dispositionen über Ersatzansprüche können vor allem treuwidrig sein, wenn sie missbräuchlich sind oder die Pflichtverletzung so schwer wiegt, dass eine Haftungsfreistellung unvertretbar ist.⁶⁵⁴ Dieser durch Rechtsfortbildung entstandene Minderheitenschutz⁶⁵⁵ (eigentlich: Individualschutz) des deutschen GmbH-Rechts ist im Vergleich zu den funktional ähnlichen Behelfen des aktienrechtlichen (formellen)⁶⁵⁶ Minderheitenschutzes (Verfolgungs- und Widerspruchsrecht einer Aktionärsminorität) einerseits enger (wegen der Bindung an das Gesellschaftsinteresse)⁶⁵⁷, andererseits weiter (wegen der Individualbefugnis zur Beschlussanfechtung).

Das öGmbHG hat einen anderen Weg eingeschlagen: Zwar enthielt die RV – nach dem Vorbild des dGmbHG – ebenfalls (noch) keine Minderheiten- oder Individualrechte (mit Ausnahme eines Anfechtungsrechts). Vielmehr begnügten sich die Gesetzesverfasser auch hierzulande zunächst damit, den Gesellschaftern ihren (eigenen) Schutz zur Selbstregulierung zuzuweisen.⁶⁵⁸ Erst nachträglich verlieh die Herrenhauskommission allerdings einer Gesellschafterminderheit von 10% des Stammkapitals weitere Rechte (§§ 45

§ 13 Rz 38 mit ausf Darstellung des Meinungsstands und Nw zur Rsp; *Merk* in MüKo GmbHG⁴ § 13 Rz 335 mwN. Abl ggü dem Fremdgeschäftsführer wegen Ansprüchen gem § 43 Abs 2 dGmbHG jüngst auch BGH 25.01.2022, II ZR 50/20 NZG 2022, 516.

654 Vgl (jewe zur Entlastung) *K. Schmidt* in *Scholz*, GmbHG¹² § 46 Rz 99; *Liebscher* in MüKo GmbHG⁴ § 46 Rz 169; *Rörmann* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ § 46 Rz 296; *Wertenbruch* in MüKo GmbHG⁴ Anh § 47 Rz 212 mwN; s näher zum österreichischen Recht noch unten bei Fn 744 ff.

655 Die Treupflicht ist funktional kein reines Minderheitenschutzinstrument, auch wenn sie praktisch häufig als solches fungiert. Sie wirkt nicht nur zu Lasten des Mehrheitsgesellschafters und jedes vetoberechtigten Minderheitsgesellschafters, sondern konzeptionell zu Lasten (und zu Gunsten) *jedes einzelnen* Gesellschafters (vgl statt vieler *Seibt* in *Scholz*, GmbHG¹³ § 14 Rz 69).

656 S zur Abgrenzung von formellem und materiellem Minderheitenschutz noch unten bei Fn 753.

657 Auch die formellen Minderheitenschutzrechte sollen nach der Vorstellung des Gesetzgebers jedoch nur im Gesellschaftsinteresse ausgeübt werden. Dieses Ziel versucht das Gesetz aber nicht durch die Einschränkung des Anwendungsbereichs der Minderheitenrechte zu erreichen, sondern (nur mittelbar) durch disziplinierende Begleitvorschriften (insb Schadenersatz bei unbegründeter Klagsführung). S dazu noch näher unten bei Fn 757.

658 Vgl EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 68: „*Daneben [sc neben den gesetzlichen Beschlusskompetenzen der Gesellschafter] soll der Gesellschaft die volle Freiheit gewahrt bleiben, im Verträge sich je nach Bedarf mehr individualistisch oder mehr kollektivistisch zu organisieren und dementsprechend das Majoritätsprinzip bald mehr bald weniger zu betonen, je nach Umständen es ganz zu eliminieren, endlich für einzelne Gesellschafter besondere Berechtigungen vorzubehalten.*“

bis 48 GmbHG).⁶⁵⁹ Konkret war die Minderheit berechtigt zur (i) Bestellung von Revisoren (§§ 45 bis 47 GmbHG) und – hier bedeutsam – (ii) zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft gegen Organmitglieder (§ 48 GmbHG). Mangels Regelungsvorbilder im dGmbHG waren diese Minderheitenrechte an das österreichische und deutsche Aktienrecht angelehnt.⁶⁶⁰ Aus dem Bericht der Herrenhauskommission erfährt man darüber Folgendes:

*„Die Gesellschafter, die bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Folge der eigenartigen Natur dieser Haftung in ihrer ganzen Persönlichkeit beinahe wie offene Gesellschafter erfaßt werden, dürfen nicht dazu verurteilt sein, ohnmächtig und wehrlos zuzusehen, wenn das Gesellschaftsvermögen durch Mißbräuche gefährdet wird, zu denen die unbeschränkte und unbeschränkbare Vollmacht, die den Machthabern an der Spitze gesetzlich zusteht, nur zu leicht verleiten vermag. Der Gesetzgeber muss daher die Bahn frei machen für die Initiative auch einer bloßen Minderheit der Gesellschafter, der gewisse sozusagen konstitutionelle Rechte eingeräumt werden müssen, Rechte, vermöge deren sie in gewissen Fällen als außerordentliches Organ im Interesse der Gesellschaft einzutreten die Macht hat, wenn die ordentlichen Organe versagen, Rechte, deren Existenz schon für sich allein in vielen Fällen als ein genügender Zwang erscheinen dürfte, um die Organe der Gesellschaft auf dem Weg der Pflicht festzuhalten.“*⁶⁶¹

Der Grund für die Schaffung von Minderheitenrechten entgegen dem liberalen Regelungsansatz der RV war nicht etwa eine geänderte Vorstellung vom Idealtypus der GmbH als geschlossene Gesellschaft mit kleinem Gesellschafterkreis. Maßgebend war für die Kommission vielmehr die (theoretische) Möglichkeit einer andersartigen *realtypischen* Ausgestaltung: Zwar sei die GmbH eigentlich nicht als Publikumsgesellschaft gedacht und dafür auch nicht geeignet, andererseits normiere das Gesetz aber auch keine Maximalzahl der Gesellschafter und keinen Maximalbetrag des Stammkapitals.⁶⁶²

659 HHB I 272 BlgHH 17. Session 1905 12 ff. Der Antrag hierzu stammte vom Wiener Universitätsprofessor und Vorsitzenden der Kommission *Carl Grünhut* (vgl. Protokoll über die Sitzung der Spezial-Kommission des Herrenhauses vom 9. März 1905, 17. Session, Parlamentsarchiv H14b-1-2; allg. dazu *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 63). Nach dem ursprünglichen Antrag sollte das Recht zur klagsweisen Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft nach Ablehnung durch die Gesellschaft übrigens schon „*einem einzelnen Gesellschafter*“ zustehen (als damals § 42b). Der Antrag *Grünhuts* wurde zunächst abgelehnt. Erst infolge einer „Reasumierung“, die wiederum das Ausschussmitglied *Sochor* in der 7. Sitzung vom 14. März 1905 beantragt hatte, nahm die Kommission den Antrag in der 11. Sitzung vom 28. März 1905 mit geänderter Formulierung (doch noch) an (s. noch unten Fn 797).

660 Vgl. *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 109; *Enzinger in Straube*, WK GmbHG § 48 Rz 1 (Stand 01.08.2013); *Gellis*, GmbHG (1960) § 45 Anm 1 (S 155).

661 HHB I 272 BlgHH 17. Session 1905 12 (Hervorhebungen durch den Verf.).

662 HHB I 272 BlgHH 17. Session 1905 12.

Es sei daher nicht ausgeschlossen,⁶⁶³ „daß sehr große Gesellschaften mit beschränkter Haftung errichtet werden, und daß auch die wirtschaftlich weniger aufgeklärten Schichten der Bevölkerung in das Getriebe und Räderwerk dieser Gesellschaften hineingezogen werden“.⁶⁶⁴ Wenn sich eine GmbH demgemäß „in ihrer Struktur der Aktiengesellschaft nähere“, scheine ein gesetzlicher (Minderheiten-)Schutz „wegen der Gleichheit der Verhältnisse auch bei einer solchen Gesellschaft mit beschränkter Haftung als notwendig.“⁶⁶⁵

663 Krit Gellis, GmbHG (1960) § 45 Anm 1 (S 155), nach dem die in den EBRV angesprochenen kapitalistischen GmbH praktisch kaum vorkommen; krit auch Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 116 („eigentlich verfehlt“); Kalss in Kalss/Schauer, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, 16. ÖJT II/1 254 („an der Realität vorbei“), mit dem rechtspolitischen Vorschlag, die Schwellenwerte gem § 48 GmbHG entfallen zu lassen. Krit iZm § 48 GmbHG zuletzt auch Koppensteiner, wbl 2018, 428 (428), wonach aus einer hypothetischen Ausnahmesituation eine Regelung mit generellem Geltungsanspruch abgeleitet worden sei. Nach Koppensteiner wäre angesichts der (auch in den Mat hervorgehobenen) Ähnlichkeit zur OG (arg: HHB I 272 BlgHH 17. Session 1905 12: „Die Gesellschafter, die bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Folge der eigenartigen Natur dieser Haftung in ihrer ganzen Persönlichkeit beinahe wie offene Gesellschafter erfaßt werden [...]“) vielmehr die Einräumung eines Individualrechts angezeigt gewesen. Die Ausgestaltung als Minderheitenrecht bezeichnet Koppensteiner (aaO 431) als „rechtspolitischen ‚Ausrutscher‘“; so auch Koppensteiner, wbl 2023, 545 (553): „rechtspolitisch verfehlt“. Ähnlich Walch, Die subsidiäre Anwendbarkeit 185, demzufolge die Interessenlage in der GmbH nach dem gesetzlichen Leitbild weniger jener in AG, sondern jener in OG entspreche, bei der die *actio pro socio* zulässig ist und jeder Gesellschafter klagen kann.

Tatsächlich hatte schon die Einschätzung des deutschen Gesetzgebers, dass die GmbH nur von einer „nicht ganz geringen Zahl“ von Gesellschaftern genutzt werden würde, die nicht selbst an der Geschäftsführung teilnehmen wollen (im Gegensatz zur OG mit einer „ganz geringen Zahl von Theilnehmern, welche die Geschäfte selbstthätig betreiben“; vgl AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII [1890–92], Nr 660 3727 f), die Rechtswirklichkeit verfehlt. Denn der Realtypus der GmbH war von Anfang an (und ist auch heute) stark personalistisch (vgl hier nur Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 37 f, *passim*; vgl auch Ofner/Thorsch, GmbHG [1907] Einl S 6). Dem österreichischen Gesetzgeber war diese Rechtstatsache aus den Erfahrungen mit dem dGmbHG auch bekannt (ebenda). Gleichwohl hielt er nicht nur an dem überkommenen kapitalistischen GmbH-Modell fest, sondern verstärkte die kapitalistische Ausgestaltung – insb durch die Einführung aktienrechtlich geprägter Minderheitenrechte – sogar noch weiter (allg nur Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 38, 65 ff mwN). Vgl demgü *v Pitreich* in Verhandlungen des 31. DJT II (1912) 314 (323): „bedeutsame Verbesserung gegenüber dem deutschen Gesetze“; idS aus deutscher Perspektive auch Neukamp in Verhandlungen des 31. DJT II (1912) 221 (231), nach dem die §§ 45–48 des öGmbHG „unbedenklich auch in das deutsche Recht übernommen werden [können].“

664 HHB I 272 BlgHH 17. Session 1905 12.

665 HHB I 272 BlgHH 17. Session 1905 12. Diese Aussage bezieht sich zwar unmittelbar nur auf das Recht zur Revisorenbestellung, sie hat mE aber erkennbar programmatischen Charakter für alle neugeschaffenen Minderheitenrechte. Außerdem sind die Rechte auf Revisorenbestellung und auf klagsweise Durchsetzung von Gesellschaftsansprüchen konzeptionell insofern eine Einheit, als die Revisorenbestellung als „Vor-

2. Die Minderheitsklage gem § 48 GmbHG

Nach § 48 GmbHG kann eine Gesellschafterminderheit die Ansprüche der Gesellschaft (ua) gegen ihre Geschäftsführer klagsweise geltend machen. Klageberechtigt ist eine Minderheit, deren Stammeinlagen insgesamt mindestens 10% des Stammkapitals oder den Nennbetrag von EUR 700.000 erreichen (oder einen gesellschaftsvertraglich vereinbarten geringeren Betrag).⁶⁶⁶ Die Klage muss binnen eines Jahres⁶⁶⁷ ab der ablehnenden oder unterlassenen Beschlussfassung erhoben werden (§ 48 Abs 2 GmbHG).⁶⁶⁸ Wie gesagt orientierte sich die Herrenhauskommission dabei (mangels entsprechender Regelungen im dGmbHG) am zeitgenössischen Aktienrecht: Schon Art 223 ADHGB 1884 gab einer Aktionärsminorität von 20% des Grundkapitals das Recht, die Geltendmachung von Ersatzansprüchen von der Gesellschaft zu verlangen.⁶⁶⁹ Das dHGB 1897 übernahm dieses Recht als § 268, senkte die notwendige Minderheitsbeteiligung jedoch auf 10% des

stufe“ die Voraussetzungen (insb Informationsgrundlage) für die Anspruchsverfolgung schaffen soll (vgl idZ schon AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 470 rSp: „*Daß unter Umständen eine besondere Untersuchung nützlich und notwendig sein kann, namentlich auch, um eine Grundlage für die Durchführung des [...] Verfolgungsrechts zu gewinnen, läßt sich nicht in Abrede stellen.*“). IdS auch die Denkschrift zum (nie in Kraft getretenen) österr AktG-Entwurf idF Dezember 1900 (ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420 [S 20]): „*Denn der hauptsächlichste Zweck der Revision wird doch immer nur die sachgemäße Vorbereitung und Fundirung von Ersatzklagen gegen die schuldtragenden Personen sein.*“

666 Vgl noch § 48 GmbHG in der Stammfassung: „*Die der Gesellschaft auf Grund der § 10, 25, 27, 33 gegen die Geschäftsführer und gegen die Mitglieder des Aufsichtsrates zustehenden Ersatzansprüche können auch von Gesellschaftern, deren Stammeinlagen den zehnten Teil des Stammkapitals erreichen, geltend gemacht werden, wenn die Verfolgung dieser Ansprüche für die Gesellschaft durch Beschluß der Gesellschafter abgelehnt oder wenn ein darauf abzielender Antrag, obwohl er rechtzeitig (§ 38, Absatz 3) bei den Geschäftsführern angemeldet war, nicht zur Beschlussfassung gebracht worden ist.*“

667 In der Stammfassung betrug die Frist noch drei Monate. Erst mit dem IRÄG 1997 (BGBl I 1997/114) wurde sie auf ein Jahr verlängert. Im Aktienrecht beträgt die Frist für das funktional vergleichbare Minderheitsverlangen gem § 134 AktG sechs Monate (§ 135 Abs 1 AktG).

668 Vgl schon Bondi, Die Rechte der Aktionäre 258, wonach die Befristung die Gesellschaft und die Gesellschaftsorgane schützen soll. Vgl auch § 135 Abs 1 AktG unten die Ausführungen dazu im AG-Teil unten.

669 S dazu schon iZm der Haftungskonzentration oben S 90 ff.

Grundkapitals.⁶⁷⁰ Auch § 31 Abs 2 Satz 1⁶⁷¹ des österreichischen Aktienentwurfs von 1900 gewährte einer 10%-Minderheit ein solches Verfolgungsrecht.

Das aktienrechtliche Minderheitsverlangen beruht auf der Annahme, dass die Aktionärsmehrheit ein Naheverhältnis zu „ihren“ Organmitgliedern hat und deshalb von ihr nicht erwartet werden kann, dass sie mit Ersatzansprüchen gegen Organmitglieder im Gesellschaftsinteresse verfährt.⁶⁷² Auf derselben Linie liegt der Kommissionsbericht mit seiner Begründung für § 48 GmbHG: *„Die Mehrheit darf nicht Recht behalten, wenn sie sich über die berechnigte Reklamation der Minderheit einfach hinweggesetzt hat, um so weniger als in der Generalversammlung der Vorstand⁶⁷³ nur zu oft eine gefügige Mehrheit beherrscht, welche Verletzungen des Gesetzes und des Gesellschaftsvertrages zu decken geneigt ist. Die Minderheit muß daher in die Lage gesetzt werden als außerordentliches Organ an Stelle der Generalversammlung und gegen den Willen derselben das gute Recht der Gesellschaft zur Geltung zu bringen.“*⁶⁷⁴

670 Denkschrift dHGB 1897, abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 315. Eine Herabsetzung auf 10% war bereits in den Verhandlungen der Aktienrechtskommission zur Reform von 1884 (abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 348) diskutiert (aber abgelehnt) worden.

671 § 31 Abs 2 Satz 1 des österreichischen Aktienentwurfs idF Dezember 1900 (ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420): *„Außerdem kann eine Actionärsgruppe, deren Antheile den zehnten Theil des Grundcapitals erreichen, die Geltendmachung solcher Ansprüche verlangen.“* Im Unterschied zu § 268 dHGB 1897 bezog sich dieses Verfolgungsrecht unmittelbar nur auf Ansprüche der Gesellschaft aus der Gründung. Allerdings verwies der Entwurf zahlreich auf § 31 (vgl insb § 41 Abs 6 [Vorstandshaftung]): *„Auf die Geltendmachung von Ansprüchen der Gesellschaft gegen die Vorstandsmitglieder aus der Geschäftsführung finden die Bestimmungen des § 31 sinngemäß Anwendung.“* Vgl auch die Aufzählung in der Denkschrift (ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420 [S 19]): *„Es sind dies die Ansprüche, die der Gesellschaft gegen die Vorstandsmitglieder aus ihrer Geschäftsführung (§. 41) und gegen die Mitglieder des Aufsichtsrathes hinsichtlich der Erfüllung der ihnen obliegenden Aufgaben zustehen (§. 51 in Verbindung mit §. 41), [...] und gegen die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrathes wegen Gesetzwidrigkeiten anlässlich von Einzahlungen auf das Grundcapital (§. 103), die Ansprüche gegen ebendiese Personen und, wenn neue Actien gegen Sacheinlagen ausgeben werden, gegen die Einleger wegen gesetzwidriger Vorgänge bei der Erhöhung des Grundcapitals (§. 109), [...]“*

672 Vgl bereits AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 469; s dazu iZm dem Prinzip der Haftungskonzentration und Art 223 ADHGB 1884 schon oben S 90 ff.

673 So wurde der Geschäftsführer damals genannt. Vgl heute noch § 3 Abs 1 Z 2 GmbHG idGF und die Überschrift des ersten Titels des zweiten Abschnitts des GmbHG: *„Die Geschäftsführer. (Der Vorstand.)“*.

674 HHB I 272 BlgHH 17. Session 1905 13 (Hervorhebungen durch den Verf). Diese Wertung passt auch für Ersatzansprüche aus der Gründung (§ 10 GmbHG). Denn die ersten Geschäftsführer können nicht nur im Gesellschaftsvertrag, sondern auch

Mit den aktienrechtlichen Minderheitenschutzregeln gemein hat § 48 GmbHG auch seine Konzeption als „beschränktes Individualrecht“. Darunter zu verstehen ist ein Recht, das rein äußerlich als Minderheitenrecht ausgestaltet ist, seinem Wesen nach aber ein Individualrecht ist.⁶⁷⁵ Daraus folgt vor allem, dass ein Stimmrecht keine Voraussetzung für die Klage gem § 48 GmbHG ist. Vielmehr tritt die klagende Minderheit nach der gesetzlichen Vorstellung als „*außerordentliches Organ*“ an die Stelle der Generalversammlung und bildet statt ihr den Gesellschaftswillen.⁶⁷⁶ Auch die missbrauchsverhütenden Einschränkungen des Klagerechts in § 48 Abs 3 bis 5 GmbHG sind aus dem Aktienrecht bekannt (vgl § 135 Abs 2 ff AktG).⁶⁷⁷

Bei allen Gemeinsamkeiten gibt es aber einen bedeutenden Unterschied zwischen § 48 GmbHG und seinem aktienrechtlichen Vorbild:⁶⁷⁸ Während § 134 AktG die Anspruchsverfolgung in den Händen der Gesellschaft belässt, in deren Namen der Vorstand (oder ggf ein besonderer Prozessvertreter) tätig werden muss, verleiht § 48 GmbHG einer Gesellschafterminderheit ein (subsidiäres) Klagerecht *im eigenen Namen* und auf Rechnung der Gesellschaft

durch Mehrheitsbeschluss bestellt werden. § 15 GmbHG (iVm § 39 Abs 1 GmbHG) gilt schon im Gründungsstadium (vgl nur *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 3 Rz 19, § 2 Rz 12; *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 2 Rz 38 [Stand 01.08.2020]). Auch wenn Geschäftsführer im (ursprünglichen) Gesellschaftsvertrag bestellt werden (dem naturgemäß alle Gesellschafter zustimmen) scheint die Wertung des § 48 GmbHG passend, weil wohl idR der (die) kontrollierende(n) Gesellschafter gewünschte Vertrauenspersonen nominieren wird (werden).

675 S zu dieser Kompromisslösung schon im Kap zur Haftungskonzentration oben S 90 ff und ausf zum geltenden Recht im AG-Teil unten S 734 ff.

676 Vgl HHB I 272 BlgHH 17. Session 1905 13 (schon Fn 674): „[...] als *außerordentliches Organ* an Stelle der Generalversammlung und gegen den Willen derselben das gute Recht der Gesellschaft zur Geltung zu bringen.“ S auch HHB aaO 12 (schon Fn 661): „[...] Rechte, vermöge deren sie in gewissen Fällen als *außerordentliches Organ* im Interesse der Gesellschaft einzutreten die Macht hat, wenn die *ordentlichen Organe versagen* [...]“. Krit ggü dieser Konzeption wegen der Klagebefugnis im eigenen Namen aber *Bondi*, Rechte der Aktionäre 143 f (s noch unten Fn 680).

677 Diese Einschränkungen sind eine Veräußerungssperre während der Dauer des Rechtsstreits (§ 48 Abs 3 GmbHG), die Pflicht zur Sicherheitsleistung (§ 48 Abs 4 GmbHG) und die Schadenersatzpflicht wegen unbegründeter Klagsführung (§ 48 Abs 5 GmbHG).

678 Vgl dazu auch *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 134 Rz 5.

(vgl aber auch § 148 dAktG)⁶⁷⁹.⁶⁸⁰ Es handelt sich um einen Fall der gesetzlichen Prozessstandschaft⁶⁸¹.⁶⁸² Dieser Unterschied zum Aktienrecht beruht nach einer Überlieferung von *Bondi*⁶⁸³ auf der damaligen Überzeugung, dass nach einer Ablehnung eines Antrags auf Geltendmachung von Ersatzansprüchen durch die Generalversammlung eine (nochmalige) Geltendmachung durch die Gesellschaft nicht möglich ist. Anders als § 134 AktG setzt § 48 GmbHG außerdem voraus, dass die Geltendmachung der Ansprüche zuvor abgelehnt oder über einen darauf abzielenden (und rechtzeitig angemeldeten) Antrag nicht Beschluss gefasst wurde.⁶⁸⁴ Diese Subsidiarität des Minderheitenrechts ist ein Korrelat seiner Ausgestaltung als Klagerecht im eigenen Namen. Nach der gesetzlichen Wertung soll gerichtliche Hilfe nämlich erst in

679 Vgl § 148 Abs 1 Satz 1 dAktG: „Aktionäre, deren Anteile im Zeitpunkt der Antragstellung zusammen den einhundertsten Teil des Grundkapitals oder einen anteiligen Betrag von 100 000 Euro erreichen, können die Zulassung beantragen, im eigenen Namen die in § 147 Abs. 1 Satz 1 bezeichneten Ersatzansprüche der Gesellschaft geltend zu machen“. Die Minderheit klagt im eigenen Namen, aber auf Leistung an die Gesellschaft. Der Klage ist ein gerichtliches Zulassungsverfahren vorgeschaltet. Auch dabei handelt es sich um einen Fall der gesetzlichen Prozessstandschaft (vgl nur *Koch in Koch*, AktG¹⁷ § 148 Rz 15 mwN; ausdr AmtlBegr RegE UMAG BT-Drs 15/5092 S 22 f).

680 Vgl OGH 13.01.1982 1 Ob 775/81 SZ 55/1; *Haberer in U. Torggler*, GmbHG § 48 Rz 5; *Enzinger in Straube*, WK GmbHG § 48 Rz 4 (Stand 01.08.2013). Vgl idZ bereits *Bondi*, Rechte der Aktionäre 143 f, wonach die Minderheit daher nicht (außerordentliches) Verbandsorgan sein kann (s bei Fn 676), weil ihre Handlungen der Gesellschaft gar nicht zugerechnet werden. Wegen der Vorteile einer Klagsführung im eigenen Namen (insb Einsicht und Prozesskosten) seien die §§ 268 f dHGB 1897 entspr abzuändern (*Bondi* aaO 256 ff). Indessen entschied sich der Gesetzgeber des (nie in Kraft getretenen) österr AktG-Entwurfs aus 1900 noch bewusst für eine Geltendmachung namens der Gesellschaft; vgl dazu die Denkschrift zum AktG-Entwurf idF Dezember 1900 (ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420 [S 19]).

681 Im Fall einer Prozessstandschaft prozessiert jemand im eigenen Namen (hier: die Gesellschafterminderheit) über ein fremdes Recht (hier: der Ersatzanspruch der Gesellschaft). Wesensmerkmal ist somit die Abspaltung der Prozessführungsbefugnis von der Sachlegitimation (vgl nur *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ Rz 354).

682 Vgl *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ Rz 354 mwN; ausf *R. Rastegar*, Gesellschaftsklage 183 ff mwN; *Adensamer/Eckert in Kalss*, Vorstandshaftung 165 (205 f); *Kunz*, Die Prozessstandschaft 129, 147 mwN; so schon OGH 31.03.1977, 6 Ob 575/77 SZ 50/51; 12.11.1992, 7 Ob 621/92 EvBl 1993, 345; 22.07.2009, 3 Ob 72/09y GesRZ 2010, 49 (*Enzinger*); vgl auch RIS-Justiz RS0060395; RS0060387 (T1).

683 *Bondi*, Rechte der Aktionäre 256 mwN.

684 Auch die deutsche Aktionärsklage gem § 148 AktG ist subsidiär. Die (gerichtliche) Zulassung der Klage setzt (ua) den Nachweis der klagswilligen Aktionäre voraus, „dass sie die Gesellschaft unter Setzung einer angemessenen Frist vergeblich aufgefordert haben, selbst Klage zu erheben“ (§ 148 Abs 1 Satz 2 Z 2 dAktG). Anders als bei § 48 GmbHG kann die Aufforderung iSd § 148 dAktG aber formlos erfolgen (vgl nur *M. Arnold in MüKo AktG*⁵ § 148 Rz 31).

Anspruch genommen werden können, wenn vorher der reguläre Weg eines Beschlusses in der Generalversammlung erfolglos beschritten worden ist.⁶⁸⁵

685 Vgl die insoweit aufschlussreichen Erläuterungen zur Revisorenbestellung gem Art 222a ADHGB 1884 (vgl auch §§ 45 ff GmbHG idgF) in der AmltBegr dAkt-RNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 471 lSp: „Dieses Recht, die Hilfe des Gerichts in Anspruch zu nehmen, hat naturgemäß zur Voraussetzung, daß ein in der Generalversammlung gestellter Antrag auf Prüfung dort abgelehnt worden ist; denn die Generalversammlung erscheint zunächst berufen, die geeigneten Maßnahmen zur Feststellung und Beseitigung eingetretener Mißstände zu treffen.“ Ähnlich schon der Vorschlag des ROHG (Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 261): „Auf die Verfolgung der in diesem Titel normierten Rechte der Gesellschaft gegen die Gründer steht dem einzelnen Actionär zu [sic], sobald die Generalversammlung die Verfolgung abgelehnt oder die Gesellschaft die beschlossene Verfolgung nicht innerhalb sechs Monaten nach dem Beschluß zur Ausführung gebracht hat.“ Allerdings hatte das ältere Schrifttum zT auch für das Minderheitsverlangen gem § 268 dHGB 1897 eine vorherige Beschlussablehnung gefordert (Subsidiarität). Vgl zB Behrend, Lehrbuch I (1886) 772 Fn 9; nach Ring, ADHGB (1886) Art 223 Anm 4 (S 483) werde dies zumindest stets der Fall sein; so auch Fischer in Ehrenberg, Handbuch III (1916) 195; Koenige, HGB² § 268 Anm 2 (S 488). Abw offenbar Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG² § 48 Rz 6, nach dem sich die Notwendigkeit der Beschlussfassung aus § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG sowie aus dem Grundsatz ergebe, dass die Generalversammlung über außergewöhnliche Maßnahmen zu entscheiden habe. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG die Beschlussfassung durch die Generalversammlung nur für den Fall normiert, dass der Geschäftsführer Ersatzansprüche geltend macht, weil „in diesem Fall ihnen [sc: den Geschäftsführern] die Unbefangenheit bei der Willensäußerung für die Gesellschaft abgeht“ (EBRV 236 BlgHH 17. Session 70). Die Beschlusskompetenz der Generalversammlung soll somit verhindern, dass die Geschäftsführer als Richter in eigener Sache entscheiden, weil die Ersatzansprüche gegen sie (oder ihre Kollegen) gerichtet sind und daher nicht zu erwarten ist, dass die Geschäftsführer gegen sich selbst (oder ihre Kollegen) vorgehen. Diese Gefahr einer Befangenheit besteht aber bei der Geltendmachung von Ersatzansprüchen durch die Minderheit gerade nicht – genau deshalb setzt der Gesetzgeber ja auch die Minderheit als „außerordentliches Organ“ ein, das den Verbandswillen gegen den Mehrheitswillen zu bilden berechtigt ist. Die vorherige Befassung der Mehrheit gem § 48 GmbHG erklärt sich somit (nur) dadurch, dass gerichtliche Vorgehen durch das außerordentliche Organ *ultima ratio* sein soll. Dementsprechend verlangt § 48 Abs 1 GmbHG – im Gegensatz zu § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG – auch nicht zwingend einen Gesellschafterbeschluss, sondern lässt (alternativ) auch genügen, dass ein (rechtzeitig angemeldeter) Beschlussantrag „nicht zur Beschlussfassung gebracht worden ist“. Entscheidend ist nämlich – gemäß dem genannten Normzweck – nur, dass die Mehrheit die Möglichkeit erhält, selbst über die Geltendmachung von Ersatzansprüchen zu entscheiden, bevor (ausnahmsweise) die Minderheit als „außerordentliches Organ“ einschreiten darf.

3. Fehlen einer Dispositionsbeschränkung zur Absicherung der Minderheitsklage

Wie erwähnt, basiert das Klagerecht gem § 48 GmbHG auf dem Minderheitsverlangen des (älteren) Aktienrechts. Schon der Reformgesetzgeber von 1884 erkannte allerdings, dass ein Minderheitenrecht auf Geltendmachung von Ersatzansprüchen wertlos wäre, wenn die Aktionärsmehrheit nach Belieben über (geltendzumachende) Gesellschaftsansprüche disponieren könnte. Deshalb stellte der Gesetzgeber dem Verfolgungsrecht (Art 223 ADHGB 1884) mit Art 213d⁶⁸⁶ ein Widerspruchsrecht zur Seite. Nach Art 213d ADHGB 1884 waren Verzichte oder Vergleiche nur zulässig, wenn nicht eine Minderheit von (ebenfalls) 20% des Grundkapitals gegen den Beschluss Widerspruch erhob. Die Motive betonen, dass „[o]hne eine solche Bestimmung [...] das nach Artikel 223 der Minorität zugesicherte Recht auf Verfolgung der Ansprüche jede Bedeutung verlieren [würde]“.⁶⁸⁷ Das dHGB 1897 übernahm dieses Widerspruchsrecht als § 205.⁶⁸⁸ Da sich Art 213d ADHGB 1884 aber anders als Art 223 (planwidrig) nur auf Ansprüche aus der Gründung bezogen hatte, schuf der Gesetzgeber zusätzlich § 270 dHGB 1897, um das Minderheitsverlangen auch im Bereich der laufenden Geschäftsführung gegen Mehrheitsdispositionen abzusichern. Nach § 270 dHGB 1897 konnte die Gesellschaft auf Ansprüche, deren Geltendmachung die Minderheit gem § 268 dHGB 1897 verlangt hat, nur verzichten oder sich darüber vergleichen, wenn von den verlangenden Aktionären so viele zustimmen, dass die übrigen nicht mehr die 10%-Schwelle erreichen (vgl § 136 AktG idgF). Der österreichische Aktienentwurf von 1900 enthielt sogar ein Verzichts- und Vergleichsverbot,⁶⁸⁹ das inzident auch die Minderheit vor Mehrheitseinflüssen schützte.

Dies war die aktienrechtliche Ausgangslage, die die Herrenhauskommission bei der Schaffung des § 48 GmbHG vor Augen gehabt haben muss. Vor diesem Hintergrund überrascht es aber, dass das GmbHG trotz eines funk-

686 Dieses Widerspruchsrecht bezog sich allerdings (im Gegensatz zum Verfolgungsrecht gem Art 223 ADHGB 1884, das es abzusichern bezweckte) nur auf Ersatzansprüche aus dem Gründungsstadium. Zu dieser Schutzlücke noch ausf im Kap zum Minderheitenschutz im AG-Teil der Untersuchung.

687 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 452. S dazu schon iZm der Haftungskonzentration oben S 90 ff.

688 Anders als beim Minderheitsverlangen (§ 268 dHGB 1897) verabsäumte der Gesetzgeber von 1897 aber, die Beteiligungsschwelle (ebenfalls) auf 10% des Grundkapitals zu reduzieren. Dazu ebenfalls noch ausf im Kap zum Minderheitenschutz im AG-Teil unten.

689 S schon oben bei Fn 623. Vgl § 30 Abs 2 des Entwurfs idF Dezember 1900 (ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420 [zur Gründungsverantwortlichkeit]): „Hinsichtlich dieser Ansprüche haben Vergleiche oder Verzichtleistungen der Gesellschaft keine rechtliche Wirkung.“ Vgl auch § 41 Abs 5 Satz 2 (zur laufenden Geschäftsführung): „Vergleiche oder Verzichtleistungen hinsichtlich solcher Ansprüche haben keine rechtliche Wirkung.“

tional vergleichbaren Verfolgungsrechts einer Minderheit kein korrespondierendes Widerspruchsrecht zur Absicherung enthält.⁶⁹⁰ Wenig überraschend hingegen gilt als bislang ungeklärte Frage, welche Rechtswirkungen mehrheitlich beschlossene Verzichte oder Vergleiche (speziell eine Entlastung) angesichts des Minderheitsklagerechts gem § 48 GmbHG haben.⁶⁹¹ Sind solche Dispositionen über den Anspruch wegen des Klagerechts nur eingeschränkt wirksam? Wenn ja, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen? Die Meinungen hierzu gehen weit auseinander, wobei sich vier (lange Zeit nur drei)⁶⁹² Grundpositionen ausmachen lassen.⁶⁹³ Diese Positionen können einmal danach untergliedert werden, *ob* sie aus § 48 GmbHG überhaupt besondere Dispositionsschranken ableiten. Die bejahenden Stimmen können weiter danach untergliedert werden, *wie* diese Dispositionsschranken aussehen sollen.

690 Vgl aus der Lit zB *Enzinger in Straube*, WK GmbHG § 48 Rz 9 (Stand 01.08.2013) mit nicht mehr aktueller Paragraphenbezeichnung als § 124 AktG (gemeint ist wohl § 136 AktG); *Adensamer/Eckert in Kalss*, Vorstandshaftung 165 (191); vgl bereits *Bondi*, Rechte der Aktionäre 259. Im GmbH-Recht dürfte das aktienrechtliche Widerspruchsrecht gem § 43 AktG nur punktuell anwendbar sein. Denn seit der GmbH-Novelle 1980 (BGBl I 1980/320) normiert § 6a Abs 4 GmbHG bei Sachgründungen die sinngemäße Anwendung der aktienrechtlichen Gründungsvorschriften („§§ 20, 24 bis 27, 29 Abs. 2 und 4, §§ 39 bis 44 sowie § 25 Abs. 4 und 5 Aktiengesetz 1965“). Allerdings verlangt § 43 AktG (planwidrig) eine Beteiligungsquote von 20% statt 10% des Grundkapitals (zur planwidrigen Inkohärenz der Schwellen in § 43 AktG und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG, deren Ursachen und zur rechtsfortbildenden Korrektur noch im AG-Teil unten). Durch diesen Verweis sind außerdem nur Ersatzansprüche aus dem Gründungshergang (nicht auch aus der laufenden Geschäftsführung) und nur bei Sachgründungen abgesichert (arg: „soweit“; vgl *Ettel in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 43 Rz 5). Der Gesetzgeber war sich der Absicherungsfunktion des § 43 AktG bei der Schaffung § 6a GmbHG aber wohl gar nicht bewusst, hätte er sonst doch ein allg Widerspruchsrecht vorsehen müssen (vgl die insofern pauschalierenden EBRV [5 BlgNR 15. GP 6], die nur von den „Vorschriften des AktG über die Sachgründung“ sprechen). In seinem übrigen Anwendungsbereich ist das Klagerecht gem § 48 GmbHG, das sich auf *alle* Ersatzansprüche bezieht (arg: „gegen [...] Geschäftsführer und Mitglieder des Aufsichtsrats zustehenden Ansprüche“; deutlicher in der Stamfassung [s Fn 666]), jedoch nicht abgesichert.

691 Vgl *Enzinger in Straube*, WK GmbHG § 48 Rz 9 (Stand 01.08.2013): „nicht restlos geklärt“; *Harrer in Gruber/Harrer*, GmbHG² § 48 Rz 2: „Klärungsbedürftig“; *Schröckenfuchs in FAH*, GmbHG § 48 Rz 14: „nicht endgültig geklärt“; *Ch. Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 4/225: „umstritten“; vgl auch *Nicolussi*, Satzungsstrenge 176 Fn 1065: „nicht restlos geklärt“ (Verweis auf *Enzinger aaO*); *R. Rastegar*, Gesellschafterklage 309: „Die wohl drängendste Frage, deren Klärung noch aussteht [...]“; thematisierend auch *J. Reich-Rohrwig/Ph. Kinsky/S.-F. Kraus*, Austrian Limited 101 Fn 264 und *passim*.

692 Vgl die vergleichsweise junge Alternativlösung von *R. Rastegar* (Die Gesellschaftterklage in der GmbH [2020] 309 ff; *ders*, § 48 GmbHG und Dispositionen über den Anspruch, RdW 2019, 517) unten bei Fn 718.

693 S auch die Übersicht über den Meinungsstand bei *R. Rastegar*, RdW 2019, 517 (518).

a) Meinungsstand

i. Keine besonderen Dispositionsbeschränkungen – allgemeine Anfechtbarkeit

An dem einen Ende des Meinungsspektrums liegt die Ansicht, dass der beklagte Geschäftsführer der klagenden Minderheit *dieselben* Einwendungen entgegenhalten kann, die er auch gegenüber der Gesellschaft hätte.⁶⁹⁴ Demnach sind mehrheitlich beschlossene Dispositionen der Gesellschaft über Erstattungsansprüche gegen ihre Geschäftsführer ungeachtet des Minderheitsklagerechts gem grundsätzlich uneingeschränkt wirksam. Aus dem Klagerecht der Minderheit ergeben sich maW keine (besonderen) Einschränkungen für Verzicht, Vergleiche und Entlastungen. Die klagswillige (oder schon klagende) Minderheit wäre auf allgemeine Verteidigungsmittel verwiesen, vor allem auf die Anfechtung des zugrunde liegenden Mehrheitsbeschlusses. Ein beachtlicher Teil der Lehre⁶⁹⁵ formuliert diese Position deutlicher aus: Das Gesetz sehe

694 Vgl insb *Gellis/Feil*, GmbHG⁷ § 48 Rz 4 (die abw hM aber referierend); vgl schon die Erstaufl: *Gellis*, GmbHG (1960) § 48 Anm 5 (S 155); ausdr abl OGH 13.01.1982 I Ob 775/81 SZ 55/1 (dazu noch unten bei Fn 708); wie *Gellis* iE wohl auch *Vavrovsky*, Der erfolgreiche Geschäftsführer² 85 f, wonach mit § 43 und § 136 AktG vergleichbare Beschränkungen im GmbH-Recht fehlen, weshalb Verzicht und Vergleiche grundsätzlich möglich seien. IdS vielleicht schon *Bondi*, Rechte der Aktionäre 253: „Eine Entlastung hindert die Geltendmachung, wenn sie nicht auf Grund unrichtiger Angaben des Organs erfolgte.“

695 Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 48 Rz 5, 7, ähnlich § 35 Rz 19; *Harrer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 35 Rz 33, 37 f; § 48 Rz 12; *Adensamer/Eckert* in *Kals*, Vorstandshaftung 165 (191); *Simonishvili*, Entlastungsbeschlüsse 66; differenzierend *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG § 48 Rz 9 (Stand 01.08.2013): Wenn eine Disposition über den Anspruch der Gesellschaft bereits vor der „Klagsführung“ nach § 48 GmbHG gefasst wurde, sei die Anfechtung nötig. Wenn aber der Anspruch nach § 48 GmbHG bereits iSd § 38 Abs 3 GmbHG geltend gemacht wurde, könne ein nachträglicher Beschluss (Entlastung, Verzicht, Vergleich) „die aktive Klagslegitimation nicht mehr beseitigen“ (das entspricht der hL und der Rsp des OGH, dazu noch unten Fn 702 bzw 706). Freilich ist die Minderheit nicht schon mit dem Verlangen gem § 38 Abs 3 GmbHG, sondern erst mit der Ablehnung oder der Nichtbehandlung ihres Beschlussantrags klagslegitimiert. Zudem ist die Aussage *Enzingers* mE etwas irreführend, weil das Verlangen gem § 38 Abs 3 GmbHG (die Ablehnung oder Übergehung des Beschlussantrags) eine Voraussetzung für die Klagslegitimation nach § 48 GmbHG ist (und damit auch für die „Klagsführung“). Hier einzuordnen ist wahrscheinlich auch die Stellungnahme von *Schröckenfuchs* (in FAH, GmbHG § 48 Rz 15 ff). *Schröckenfuchs* unterscheidet im Übrigen zwischen dem Beschluss als Akt der Willensbildung und dem (notwendigen) ausführenden Rechtsgeschäft selbst (Verzicht oder Vergleich). Die Beseitigung des Beschlusses, einen Verzicht oder Vergleich abzuschließen, sei nicht ausreichend, um das Rechtsgeschäft mit dem Anspruchsgegner zu beseitigen. Denn das Rechtsgeschäft bleibe auch dann bestehen, wenn der Beschluss erfolgreich angefochten wird. Dagegen fallen nicht ausführungsbedürftige Beschlüsse (Weisung, Entlastung) mit der erfolgreichen Bekämpfung des Beschlusses weg. Zur Beseitigung des ausfüh-

die Möglichkeit von Verzichten, Vergleichen und Entlastungen ausdrücklich vor, Einschränkungen der Disponibilität seien nicht gesetzlich normiert und auch für Weisungen genüge die einfache Mehrheit.⁶⁹⁶ Ein Gesellschafterbeschluss lege den Willen der Gesellschaft auch mit Wirkung für die Gesellschafter verbindlich fest.⁶⁹⁷ Deshalb müsse die klagende Minderheit den Ver-

renden Rechtsgeschäfts (und darauf komme es für den Minderheitenschutz an), habe die Minderheit die Möglichkeit, sich etwa auf Kollusion, Sittenwidrigkeit, Verletzung eines Stimmverbots, Einlagenrückgewähr, Anfechtung gem AnFO/IO zu stützen (auch Gestaltungsrechte könne die Minderheit mit § 48 GmbHG geltend machen; abl *R. Rastegar*, RdW 2019, 517 [518]). Gleichzeitig solle die Beurteilung von Kollusion und Sittenwidrigkeit „*nicht allzu streng erfolgen*“ (aaO Rz 16 Fn 51). Richtig ist mE, dass (bei ausführungsbedürftigen Beschlüssen) zwischen dem Beschluss als Willensbildungsakt einerseits und dem ausführenden Rechtsgeschäft andererseits unterschieden werden muss. Deshalb ist weiters richtig, dass einer Minderheitsklage ein bloßer Beschluss, der noch nicht umgesetzt wurde, nicht entgegensteht, ohne dass sich weitere Probleme ergeben würden (s aaO Rz 17). Zweifelhaft ist aber die Prämisse, dass ein bereits abgeschlossenes Ausführungsgeschäft auch bei Beseitigung des Beschlusses bestehen bleibt. Denn nach hM (vgl nur *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 35 Rz 34) hat das Erfordernis eines Gesellschafterbeschlusses gem § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG (das auch für Verzichte und Vergleiche gilt) Außenwirkung (deshalb krit im vorliegenden Zusammenhang auch *R. Rastegar*, RdW 2019, 517 [517 f]). Demgemäß genügt die Bekämpfung des Gesellschafterbeschlusses zum Schutz der nach § 48 GmbHG klagenden Gesellschafterminderheit. Was die Voraussetzungen der Bekämpfbarkeit betrifft, ist gegen die Lösung von *Schröckenfuchs* übrigens einzuwenden, dass die genannten Angriffsmittel (Kollusion, Sittenwidrigkeit, Stimmverbot, Einlagenrückgewähr, Anfechtung gem AnFO/IO) aus Sicht der klagenden Minderheit ebenso zufälligen Charakter haben wie die für eine Anfechtung erforderlichen Beschlussmängel (zB Verletzung eines Stimmverbots, Treuwidrigkeit [s noch bei Fn 732]). Da auch das Klagerecht gem § 48 GmbHG nicht unter diesen Voraussetzungen steht, wäre es ineffektiv abgesichert. Vielmehr müssten Dispositionen der Gesellschaft gerade deshalb unwirksam sein, weil die Minderheit gem § 48 GmbHG klagsberechtigt ist. Dann muss man der Minderheit auch nicht durch eine „großzügige“ Beurteilung der Kollusion und Sittenwidrigkeit „entgegenkommen“. S dazu noch iZm der „Anfechtungslösung“ unten S 157 ff.

- 696 Vgl *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 165 (191); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 48 Rz 5 (das Gesetz sieht die Möglichkeit der genannten Dispositionen ausdr vor); vgl auch *Simonishvili*, Entlastungsbeschlüsse 66: „*Da das Gesetz die Möglichkeit von Entlastung/Verzicht/Vergleich ausdrücklich vorsieht, wäre es an sich widersprüchlich, die Grenzen dieser Instrumente in § 48 GmbHG zu sehen.*“ Hierzu ist vorerst nur anzumerken, dass es noch keinen Widerspruch bedeutet, wenn das Gesetz einerseits Dispositionen gestattet, diese Dispositionen andererseits einschränkt (solange es diese nicht ganz unmöglich und daher funktionslos macht, was aber auf Grundlage des § 48 GmbHG nicht der Fall ist). Vgl auch *Vavrovsky*, Der erfolgreiche Geschäftsführer² 85 f, wonach mit § 43 und § 136 AktG vergleichbare Beschränkungen im GmbH-Recht fehlen, weshalb Verzichte und Vergleiche grundsätzlich möglich seien.
- 697 Vgl zB *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 48 Rz 5; *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG § 48 Rz 9 (Stand 01.08.2013); *Simonishvili*, Entlastungsbeschlüsse 65; *Harrer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 35 Rz 37.

zichts-, Vergleichs-, oder Entlastungsbeschluss⁶⁹⁸ zunächst nach allgemeinen Grundsätzen mit Anfechtungsklage beseitigen, um mit der Klage gem § 48 GmbHG durchdringen zu können. Der Einwand des rechtsmissbräuchlichen Einsatzes von Verzicht, Vergleich oder Entlastung entfalle, weil sich die Minderheit eben durch die Anfechtungsklage wehren könnte.⁶⁹⁹

Gegen eine solche Anfechtungsobliegenheit der Minderheit ist eingewendet worden,⁷⁰⁰ dass die einjährige (früher sogar nur dreimonatige) Klagsfrist des § 48 Abs 2 GmbHG regelmäßig schon verstrichen sein werde, bis der Anfechtungsstreit rechtskräftig entschieden ist. Da im Schadenersatzprozess gem § 48 GmbHG daher (noch) von der Wirksamkeit des Verzichts, Vergleichs oder der Entlastung ausgegangen werden müsste, wäre die Anfechtungsmöglichkeit keine taugliche Absicherung für die Minderheit. Dem wird wiederum entgegengehalten, dass das Gericht den Schadenersatzprozess gem § 48 GmbHG nach § 190 ZPO unterbrechen könne und müsse, bis über die Anfechtungsklage rechtskräftig entschieden ist.⁷⁰¹

698 Dagegen muss der Beschluss, mit dem der Antrag auf Anspruchsdurchsetzung abgelehnt wurde, nach hL nicht angefochten werden (vgl nur *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 48 Rz 7; *Harrer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 48 Rz 8 mwN; so auch OGH 22.07.2009, 3 Ob 72/09y Pkt 6). S dazu noch unten Fn 761.

699 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 48 Rz 5; *Simonishvili*, Entlastungsbeschlüsse 66 f.

700 Ausdr abl zB OGH 13.01.1982 1 Ob 775/81 SZ 55/1 (s dazu noch unten bei Fn 706 ff).

701 Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 48 Rz 5 (außerdem sei der Einwand des OGH [Fn 700] auch deshalb nicht zwingend, weil die Klagsfrist zwischenzeitig von drei Monaten auf ein Jahr verlängert worden ist [s dazu Fn 667]). Vgl auch *Harrer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 48 Rz 12; *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG § 48 Rz 13 (Stand 01.08.2013). Sofern die Klage gem § 48 GmbHG eine vorherige Anfechtung des Beschlusses voraussetzt, sei nach *Koppensteiner/Rüffler* (GmbHG³ § 48 Rz 8) zudem die „Verschiebung des Fristbeginns“ auf den Eintritt der Rechtskraft des (stattgebenden) Anfechtungsurteils zu erwägen. Das sei gegenüber der Aussetzung des Verfahrens gem § 190 ZPO das sachgerechtere Ergebnis. Es erscheine unangemessen, jemanden iE schon dann zu einer Klage zu zwingen, wenn noch nicht alle Voraussetzungen vorliegen. Am Fehlen einer Gesetzeslücke scheitere dieser „Interpretationsvorschlag“ jedenfalls nicht. Auf die Feststellung einer Gesetzeslücke gehen *Koppensteiner/Rüffler* indes nicht näher ein. Im Übrigen handelt es sich mE nicht mehr um Interpretation, sondern bereits um Rechtsfortbildung, weil der Zeitpunkt der Rechtskraft des Anfechtungsurteils nicht mehr vom Begriffshof des § 48 Abs 2 GmbHG („von dem Tag der erfolgten oder vereitelten Beschlussfassung“) erfasst ist (iE zu Recht abl, in der Begründung aber auf Wortlauterwägungen beschränkend *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG § 48 Rz 13 [Stand 01.08.2013]).

ii. Unwirksamkeit mehrheitlicher Dispositionen nach der Anmeldung gem § 38 Abs 3 GmbHG

Ein anderer Teil des Schrifttums⁷⁰² leitet aus § 48 GmbHG Restriktionen für Verzichte, Vergleiche und Entlastungen der Gesellschaft ab. Der Geschäftsführer könne sich im Verfahren gem § 48 GmbHG nicht auf einen mehrheitlichen Entlastungsbeschluss (oder auf einen Verzicht oder Vergleich) berufen, wenn dieser *nach* der Anmeldung des Ersatzanspruchs gem § 38 Abs 3 GmbHG⁷⁰³ (dh wohl: nachdem eine Minderheit den Beschlussantrag auf Geltendmachung des Ersatzanspruchs zur Tagesordnung angemeldet hat)⁷⁰⁴ gefasst wurde. Einig ist man sich darin, dass jedenfalls einstimmige Beschlüsse wirksam sind.⁷⁰⁵

702 Vgl *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 284 Fn 1864, die indes verlangen, dass die Entlastung nach dem Zeitpunkt der *Beschlussfassung* über die Geltendmachung ausgesprochen wurde; etwas unklar *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG § 48 Rz 9 (Stand 01.08.2013; s schon Fn 695); ähnlich *Haberer* in *U. Torggler*, GmbHG § 48 Rz 7 (mit Verweis auf § 136 AktG) wonach ein Entlastungsbeschluss, der nach „Klageeinbringung“ gem § 48 GmbHG gefasst wird, keine haftungsbefreiende Wirkung habe (mit Hinweis auf OGH-E 1 Ob 775/81 [s sogleich Fn 706]). Gleiches gelte für ein Entlastung, die in derselben Generalversammlung nach Ablehnung des Antrags einer Minderheit beschlossen wird. Anscheinend geht *Haberer* davon aus, dass sich der OGH auf einen nach *Klageeinbringung* gefassten Entlastungsbeschluss bezog. Tatsächlich sah der OGH die maßgebende Zäsur in der „Anmeldung des Anspruches (§ 38 Abs 3 GmbHG)“ und (insoweit etwas unklar [s Fn 703 aE]) in der „Antragstellung der Minderheit nach § 48 Abs. 1 GmbHG“ (s sogleich Fn 706). Demgegenüber stellt *Haberer* offenbar (alternativ) nicht auf diesen Zeitpunkt ab, sondern (erst) auf die Ablehnung des Antrags der Minderheit (vielleicht, weil damit der Tatbestand des § 48 Abs 1 GmbHG erfüllt ist). Tendenziell weitergehend wohl *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 150, wonach Minderheitengesellschafter, die gegen die Entlastung gestimmt haben, bei der Klagsführung gem § 48 GmbHG unabhängig von einer erfolglosen Beschlussfassung oder Aufnahme in die Tagesordnung im Vorfeld nicht an den Beschluss gebunden sind, wenn bei der Abstimmung die betreffenden Ersatzansprüche thematisiert worden sind und sie „die Geltendmachung verlangt haben“ (wobei unklar ist, was „Verlangen“ hier bedeutet). S auch aaO Rz 204. Ähnlich *Hartlieb/Simonisbvoli*, GesRZ 2014, 343 (343), die darauf abstellen, dass die Minderheitengesellschafter vor dem Entlastungsbeschluss in der Generalversammlung „die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen verlangt haben“.

703 Nach dieser Bestimmung kann eine Minderheit von 10% des Stammkapitals verlangen, dass die Tagesordnung (§ 38 Abs 2 GmbHG) um (weitere) Beschlussgegenstände ergänzt wird. Die Tagesordnung kann (muss aber nicht) konkrete Beschlussanträge (§ 38 Abs 5 GmbHG) enthalten (vgl nur *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 38 Rz 10). Die referierte Lehrmeinung und der OGH (s Fn 706) dürften indessen wohl voraussetzen, dass die klagswillige Minderheit mit der Ergänzung der Tagesordnung auch schon einen Verfolgungsantrag anmeldet.

704 Vgl auch *R. Rastegar*, RdW 2019, 517 (518).

705 *Ch. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 4/225 Fn 742 („jedemfalls“); tendenziell auch *Haberer* in *U. Torggler*, GmbHG § 48 Rz 7.

Diese Lehrmeinung geht auf ein Judikat⁷⁰⁶ des OGH aus dem Jahr 1982 zurück (soweit ersichtlich das einzige zu dieser Frage).⁷⁰⁷ Der OGH setzte sich in seiner Begründung zunächst mit der Ansicht von *Gellis*⁷⁰⁸ auseinander (s oben)⁷⁰⁹. Ihr könne zumindest für den Fall nicht zugestimmt werden, dass die Entlastung *nach* der Anmeldung von Ansprüchen durch die Gesellschafter (§ 38 Abs 3 iVm § 48 Abs 1 GmbHG) erfolgt. Vielmehr seien die gesetzlichen Vorschriften zum Schutz der Minderheit so auszulegen, dass sie „entsprechend den Absichten des Gesetzgebers ihre Funktion auch tatsächlich erfüllen können und ein Abwürgen der ohnehin auf schwachen Füßen stehenden Minderheitsrechte auf kaltem Wege verhindert wird.“⁷¹⁰ Aus der Intention des Gesetzgebers, die Minderheit auch in die Lage zu setzen, gegen den Willen der Mehrheit das gute Recht der Gesell-

706 OGH 13.01.1982 1 Ob 775/81 SZ 55/1 = EvBl 1982/115 397 = GesRZ 1983, 30; RIS-Justiz RS0059633: „Im Verfahren über eine Klage der Gesellschafterminderheit gegen einen Geschäftsführer nach § 48 Abs 1 GmbHG kann sich dieser nicht auf eine erst nach der Anmeldung des Anspruches (§ 38 Abs 3 GmbHG) erfolgte Entlastung durch die Mehrheit berufen.“ Der OGH verweist in dieser E auf SZ 48/79 (2 Ob 356/74). In SZ 48/79 ging es indessen um § 84 Abs 4 Satz 3 AktG, wonach Verzichte und Vergleiche binnen fünf Jahren nach Anspruchsentstehung ausgeschlossen sind („Sperrfrist“). Das gilt nach dem OGH jedoch ausnahmsweise nicht, wenn eine Entlastung von allen Aktionären beschlossen wurde, weil die Sperrfrist den Minderheitenschutz bezwecke (s die Nw in Fn 3721 und dagegen noch aus unten S 963 ff).

707 Der E lag folgender Sachverhalt zugrunde: Die Klägerin und Alfred S sind mit jew 10%, der beklagte Gesellschafter-Geschäftsführer (Anton S) mit 80% an der Anton S & Co. GesmbH beteiligt. In der Generalversammlung vom 03.07.1978 stellte die Klägerin den Antrag, sie zu bevollmächtigen, namens der Gesellschaft eine Klage gegen Anton S auf Schadenersatz wegen sorgfaltswidriger Geschäftsführung zu erheben. Dieser Antrag wurde vom Beklagten und von Alfred S abgelehnt. In der ao Generalversammlung vom 27.07.1978 stellte der Beklagte den Antrag, ihn als Geschäftsführer zu entlasten. Für diesen Antrag stimmte ungeachtet des Einwands der Minderheitsgesellschafter, dass der Beklagte selbst nicht stimmberechtigt sei, nur der Beklagte selbst und stellte anschließend fest, dass ihm die Entlastung erteilt worden sei. Dagegen erhob die Klägerin Widerspruch und Nichtigkeitsklage gem § 41 GmbHG, in der sie ua das Begehren erhob, dass der vom Beklagten gefasste Entlastungsbeschluss nichtig sei. Weiters begehrte die Klägerin unter ausdr Hinweis auf § 48 GmbHG, den Beklagten zur Leistung von Schadenersatz schuldig zu erkennen. Dagegen wendete der Beklagte ua ein, dass ihm in der Generalversammlung vom 28.07.1978 die Entlastung erteilt worden sei. Das Verfahren gem § 41 GmbHG war im Zeitpunkt des entscheidungsgegenständlichen Schadenersatzprozesses gem § 48 GmbHG noch nicht beendet. Das ErstG wies die Klage ab: Da erst die Rechtskraft des stattgebenden Rechtsgestaltungsurteils die Unwirksamkeit des angefochtenen Beschlusses *ex tunc* bewirke und über die Klage im Zeitpunkt der Entscheidung noch nicht rechtskräftig entschieden sei, müsse im Entscheidungszeitpunkt von der Gültigkeit der Entlastung ausgegangen werden. Das Berufungsgericht billigte die Rechtsansicht des Erstgerichts und gab der Berufung der Klägerin keine Folge.

708 *Gellis/Feil*, GmbHG⁷ § 48 Rz 4.

709 Fn 694.

710 OGH 13.01.1982 1 Ob 775/81 SZ 55/1 mit Verweis auf *Staufer*, NZ 1950, 184 (188 [zu § 45 und § 48 GmbHG]): „Ebenfalls sind alle Schutzzvorschriften im Rahmen der logischen Interpretation sinngemäß so auszulegen, daß sie entsprechend den Absichten des Gesetzgebers ihre Funktion auch tatsächlich erfüllen können, um ein Ab-

schaft gegen ersatzpflichtige Geschäftsführer zur Geltung zu bringen,⁷¹¹ müsse daher der Schluss gezogen werden, „daß ein nach Antragstellung der Minderheit nach § 48 Abs. 1 GmbHG erfolgter Mehrheitsbeschluß auf Entlastung des Geschäftsführers (§ 35 Abs. 1 Z 1 GmbHG) vom Geschäftsführer der sodann klagenden Minderheit nicht eingewendet werden kann.“⁷¹² Die Minderheit könne nicht zunächst allein auf die Nichtigkeitsklage gem § 41 GmbHG verwiesen werden. Denn § 48 Abs 2 GmbHG ordne ausdrücklich an, dass die Klage binnen drei Monaten⁷¹³ vom Tag der erfolgten oder vereitelten Beschlussfassung erhoben werden muss. Das Klagerecht wäre sinnlos, wenn der geklagte Geschäftsführer das Recht hätte, sich auf eine (noch) nicht nichtig erklärte Entlastung durch ebenjene Mehrheit zu berufen, deren Beschluss bekämpft wird. Die Klage wäre verfristet, wenn sie erst nach rechtskräftiger Nichtigerklärung des Entlastungsbeschlusses erhoben werden könnte. Dem Gesetz könne aber nicht die Absicht unterstellt werden, eine befristete Klagsführung der Minderheit zuzulassen, der Mehrheit aber zugleich die Möglichkeit zu geben, ihr die Erfolgschancen allein durch eine – wenn auch dann in einem langwierigen Prozess nichtig zu erklärende – Entlastung des Geschäftsführers wieder zu nehmen.

Offen bleibt demnach, ob und wie sich eine klagswillige Minderheit gegen einen Verzicht, Vergleich oder Entlastungsbeschluss wehren kann, wenn sie noch keine Ersatzansprüche gem § 38 Abs 3 iVm § 48 Abs 1 GmbHG angemeldet hat. In diesem Fall bleibt den klagswilligen Gesellschaftern wohl nur die Möglichkeit, den Dispositionsbeschluss anzufechten.⁷¹⁴

würgen der ohnehin auf schwachen Füßen stehenden Minderheiten auf kaltem Wege unter mißbräuchlicher Anwendung demokratischer Methoden zu verhindern.“

711 Vgl HHB I 272 BlgHH 17. Session 1905 13 (s schon oben Fn 674).

712 OGH 13.01.1982 1 Ob 775/81 SZ 55/1. Das müsse umso mehr gelten, wenn der Mehrheitsgesellschafter, wie im entscheidungsgegenständlichen Sachverhalt (s Fn 707), gleichzeitig Geschäftsführer ist und sich entgegen § 39 Abs 4 GmbHG (Stimmverbot) selbst die Entlastung erteilt.

713 Die Frist wurde zwischenzeitlich auf ein Jahr verlängert (s bei Fn 667).

714 Explizit etwa Enzinger in Straube, WK GmbHG § 48 Rz 9 (Stand 01.08.2013). S schon Fn 695.

iii. Unwirksamkeit mehrheitlicher Dispositionen auch vor der Anmeldung gem § 38 Abs 3 GmbHG

Ein Teil des Schrifttums⁷¹⁵ geht darüber noch hinaus: Nicht nur nachträgliche Dispositionen der Gesellschaft (dh: nach der Anmeldung gem § 38 Abs 3 GmbHG) seien unwirksam, sondern auch solche, die schon *vor* diesem

715 Vgl J. Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 416 Fn 8 unter Hinweis auf Bondi in Staub/Pisko, AHGB³ Art 239 Anm 50, Art 241 Anm 28; zust M. Neumayr, JBl 1990, 273 (280 Fn 88); so wohl auch Ch. Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, ÖGesR² Rz 4/225, Rz 4/240; so wohl auch A. Heidinger, GesRZ 1997, 237 (239); s bereits Kastner, Grundriß² 300 (Fn 8).

716 *De lege ferenda* weitergehend J. Reich-Rohrwig/Ph. Kinsky/S.-F. Kraus, Austrian Limited 101, nach denen zur Absicherung des Klagerechts der Minderheit eine Regelung geschaffen werden solle, die der Entlastung entweder keine Verzichtwirkung beimisst (wie es im Aktienrecht der Fall ist) oder zumindest regelt, dass die Entlastung insoweit unwirksam bleibt, als Minderheitsgesellschafter in der Folge innerhalb der Frist für die Erhebung der Minderheitsklage Ersatzansprüche erheben. Allerdings wird es mE nicht genügen, nur die Entlastung zum Schutz der klagswilligen Minderheit in ihrer Wirkung zu beschränken, weil die Mehrheit dann immer noch „regulär“ auf Ersatzansprüche verzichten oder sich über diese vergleichen könnte. Aus gutem Grund regeln die (übrigen) Dispositionsbeschränkungen (vgl § 10 Abs 6, § 25 Abs 5 GmbHG, § 84 Abs 4 Satz 3 und Abs 5 Satz 3 AktG) Verzichte und Vergleiche, wovon nach zutr allgM auch wirkungsgleiche Geschäfte erfasst sind. Historisch hat der Gesetzgeber mit diesen beiden Dispositionen übrigens vor allem die Entlastung (die bis zur Schaffung der [allg] Sperrfrist im Aktienrecht durch das dAktG 1937 nach allgM ebenfalls Verzichtswirkung hatte) im Auge (s zur Verhinderung sog „Selbstentlastungen“ durch die gründungsrechtliche Sperrfrist gem § 43 AktG, die durch das dAktG 1937 [freilich irrig] in § 84 AktG verallgemeinert wurde, insb oben S 684 ff; s zu § 84 Abs 5 Satz 3 AktG [von dessen Vorgängerbestimmungen auch die genannten GmbH-rechtlichen Dispositionsbeschränkungen zugunsten der Gläubiger abstammen] unten insb bei Fn 4108). Im Übrigen wäre ein gänzlicher Ausschluss der Verzichtswirkung für die nötige Absicherung der Minderheitenklage überschießend. Dadurch würden nämlich Ersatzansprüche *auch dann* im Gesellschaftsvermögen erhalten, wenn eine – gesetzlich geschützte – Minderheit gar nicht existiert oder ebenfalls auf Ersatzansprüche verzichten (sich darüber vergleichen) möchte, etwa weil eine Bereinigung im Gesellschaftsinteresse liegt (aus dem zweitgenannten Grund ließe sich ein gänzlicher Ausschluss der Verzichtswirkung auch nicht mit der ebenfalls vorgeschlagenen Reduktion oder Abschaffung des Minderheitsquorums in § 48 GmbHG rechtfertigen). Dasselbe Problem sehen wir übrigens im Aktienrecht, wo die Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG (wegen der gleichlaufenden Verjährung) ebenfalls Verzichte und Vergleiche praktisch ausschließt (und insb dazu geführt hat, dass die Entlastung seit 1937 nach allgM keine Verzichtswirkung [mehr] hat). Aus diesem Grund ist mE (entgegen der hM) auch ein Minderheitenschutz zweck der Sperrfrist zu verneinen (dazu auf unten S 963 ff). Die Minderheit wird vielmehr passgenau durch das ihr verliehene Widerspruchsrecht geschützt: damit hat sie es in der Hand, einen Verzicht oder Vergleich (oder sonstige Disposition) durch Widerspruch zu verhindern, wenn sie im Anschluss Ersatzansprüche geltend machen (lassen) will. Sinnvollerweise laufen daher das Minderheitsverlangen gem §§ 134 f AktG (dem § 48 GmbHG funktional entspricht und dem § 48 GmbHG auch nachempfunden worden ist [s zB oben S 139 ff und Fn 886]) und das korrespondierende Widerspruchsrecht (§§ 43, 84 Abs 4 Satz 3 AktG) tatbestandsmäßig gleich (was freilich hinsichtlich des Quorums wegen historischer Fehler nicht der Fall ist und durch Gesetzeskorrektur erst herzustellen ist). Konsequenterweise ist die Schutzlücke im GmbH-Recht mE denn auch durch analoge Anwendung des aktienrechtlichen Widerspruchs-

Zeitpunkt beschlossen wurden.⁷¹⁶ Unbestritten ist, dass einstimmige Beschlüsse haftungsbefreiend wirken.⁷¹⁷

iv. Analoge Anwendung des § 136 AktG

Erst kürzlich hat *R. Rastegar*⁷¹⁸ einen neuartigen Lösungsansatz vorgeschlagen, der der soeben referierten Ansicht des OGH und einem Teil der Lehre ähnelt, von ihr aber in der Begründung abweicht. *R. Rastegar* weist zunächst darauf hin, dass sich ein Teil der Probleme schon durch die gläubigerschützenden Dispositionsbeschränkungen (hier: § 10 Abs 6 GmbHG und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG) erledigt,⁷¹⁹ räumt aber zugleich ein, dass diese Schranken gegenüber Fremdgeschäftsführern nicht weiterhelfen, wenn der Ersatz *nicht* zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist.⁷²⁰ Was besondere Verfü-

rechts zu schließen (dazu noch sogleich unten S 190 ff). Nicht unproblematisch ist auch der (Alternativ-)Vorschlag, gesetzlich anzuordnen, dass die Entlastung insoweit unwirksam bleibt, als die Minderheit in der Folge innerhalb der Frist für die Erhebung der Minderheitsklage Ersatzansprüche erhebt. Soweit davon auch Dispositionen *vor* einer Anmeldung gem § 38 Abs 3 GmbHG erfasst sind, entspricht das iW der oben referierten (weitergehenden) Literaturmeinung (*de lege lata*). Ihr steht aber – wie hier vorwegzunehmen ist – entgegen, dass sie zu einem unerwünschten Schwebezustand führt, weil im Zeitpunkt der Beschlussfassung über einen Verzicht (Entlastung, Vergleich) noch ungewiss ist (und zwar bis zur Verjährung), ob die Minderheit in Zukunft vielleicht Ersatzansprüche klagsweise durchsetzen wird (s noch unten bei Fn 814). Zu beachten ist idZ auch, dass die Frist für die Erhebung der Klage (§ 48 Abs 2 GmbHG) nicht vom Beschluss über den Verzicht (Entlastung, Vergleich) läuft (sodass eine Entscheidung absehbar und die Dispositionsbeschränkung insoweit limitiert wäre), sondern vom Tag der (erfolgten oder vereitelten) Beschlussfassung über den Antrag auf Anspruchsverfolgung der Minderheit gem § 38 Abs 3 GmbHG.

717 *J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 416.

718 *R. Rastegar*, § 48 GmbHG und Dispositionen über den Anspruch, RdW 2019, 517 ff. Dieser Aufsatz beruht auf *R. Rastegars* Dissertationsschrift (Die Gesellschafterklage in der GmbH, Graz Diss [2019]). Die Dissertation *R. Rastegars* wurde erst nach Einreichung meiner Dissertation (Februar 2018), nämlich im Jänner 2019 approbiert. Ich konnte sie daher in meiner Dissertation nicht berücksichtigen, habe sie aber in die vorliegende (überarbeitete) Fassung eingearbeitet. *R. Rastegar* gelangt im Grundsatz zu einem ähnlichen Ergebnis wie ich, indem er nämlich eine analoge Anwendung der aktienrechtlichen Minderheitenrechte propagiert. Im Gegensatz zu der hier vertretenen Ansicht stützt sich *R. Rastegar* zur Absicherung des Minderheitsklagerechts (§ 48 GmbHG) aber nicht auf die Widerspruchsrechte einer Aktionärsminorität (§ 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG), sondern auf § 136 AktG.

719 Vgl. *R. Rastegar*, RdW 2019, 517 (518) zu § 10 Abs 6 GmbHG und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG: „Da der Anspruch der Gesellschaft für diese Zwecke nicht erlischt, muss ihn in den entsprechenden Situationen auch die Minderheit im Wege des § 48 GmbHG geltend machen können.“

720 Vgl. *R. Rastegar*, RdW 2019, 517 (519). Im Übrigen dürfte der reflexive Minderheitenschutz dieser gläubigerschutzorientierten Dispositionsbeschränkungen bescheiden sein, denn bei Erforderlichkeit des Ersatzes zur Gläubigerbefriedigung sind zugleich die Voraussetzungen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens erfüllt (so auch *R. Rastegar*, RdW 2019, 517 [518 Fn 17]). Im Insolvenzverfahren macht aber ausschließlich der Insolvenzverwalter die Ansprüche der Gesellschaft für die Masse

gungsschranken zugunsten der Minderheit betrifft, sei das Erfordernis der Beschlussanfechtung unbefriedigend. § 48 GmbHG solle dem Gesellschafter vielmehr einen Weg bahnen, der gerade nicht über die Instrumente des Beschlussmängelrechts führt. Außerdem könne die einjährige Präklusivfrist des § 48 Abs 2 GmbHG kaum gewahrt werden, wenn zuvor ein Anfechtungsprozess durchgestritten werden müsste. Dem lasse sich entgegen mancher Literaturstimmen⁷²¹ auch nicht dadurch beikommen, dass das Verfahren gem § 48 GmbHG bis zum Ende des Anfechtungsprozesses gem § 190 ZPO unterbrochen wird. Denn da sich im Leistungsprozess keine präjudizielle Vorfrage stelle, deren Bestand strittig ist, sei der anhängige Anfechtungsprozess kein Unterbrechungsgrund – an die eventuelle Schaffung einer neuen Rechtslage könne der Richter nicht über § 190 ZPO gebunden werden.⁷²² Eine Anfechtungsobliegenheit sei daher abzulehnen.

Zur Begründung bedürfe es aber, weil dieses Ergebnis im Gesetz keinen Ausdruck gefunden habe, eines rechtsfortbildenden Eingriffs.⁷²³ Zum einen könnte man in § 48 GmbHG eine allgemeine Verfügungsschranke sehen (ähnlich § 10 Abs 6 GmbHG und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG), was die dogmatische Untermauerung jener Lehrauffassung wäre, die der Entlastung im Minderheitenprozess generell die Wirkung aberkennen möchte. Sie lasse sich aber methodologisch nicht begründen und wäre zudem sachwidrig, weil das beklagte Organmitglied untragbar lange eine Inanspruchnahme befürchten müsste. Die zweite Option sei ein Analogieschluss zu § 136 AktG, der für das mit § 48 GmbHG verwandte Minderheitsverlangen gem § 134 AktG eine Verfügungsschranke vorsehe. Danach komme es für die Wirksamkeit von Dispositionen darauf an, ob die Minderheit bereits die Geltendmachung „verlangt hat“,⁷²⁴ also in der Tat auf ein zeitliches Element. Das bedeute aber nicht, dass der Verfolgungsantrag der Minderheit dem Dispositionsantrag der Mehrheit zeitlich vorangehen muss. Erforderlich sei nur, dass die Minderheit ihrer Absicht, die Ansprüche zu verfolgen, vor der Beschlussfassung förmlich Ausdruck verleiht. Dafür reiche auch ein in der Generalversammlung gestellter Gegenantrag aus,⁷²⁵ der gem § 38 Abs 5 GmbHG keiner vorherigen Ankündigung bedürfe.⁷²⁶

geltend. Anhängige Prozesse werden unterbrochen (§ 7 IO). Außerdem werden die (Minderheits-)Gesellschafter nach Insolvenzzreife idR keinen Anreiz (noch weniger als sonst schon) mehr haben, Ersatzansprüche geltend zu machen, weil sie nichts mehr davon hätten; ihr Residualanspruch ist bereits wertlos. Die Vermehrung des Gesellschaftsvermögens (der Masse) infolge der Anspruchsliquidation wirkt sich in der Unterdeckung vielmehr allein bei den Gesellschaftsgläubigern aus.

721 S oben Fn 701.

722 R. Rastegar, RdW 2019, 517 (519) mwN.

723 R. Rastegar, RdW 2019, 517 (520).

724 R. Rastegar, RdW 2019, 517 (521): Auch wenn diese Wortfolge iZm § 134 AktG zu sehen sei, gelte für die analoge Anwendung im GmbH-Recht nichts anderes.

725 Dagegen genüge ein (bloßer) Widerspruch im anfechtungsrechtlichen Sinn (§ 41 Abs 2 GmbHG) nicht (R. Rastegar, RdW 2019, 517 [521]).

726 R. Rastegar, RdW 2019, 517 (521 bei Fn 38); ders, Gesellschafterklage 323 (Fn 1787).

Im Ergebnis könne die Minderheit auch im GmbH-Recht eine Sperrminorität bilden.⁷²⁷ Die Interessenwahrung bei der Geltendmachung interner Ansprüche erfolge nicht über das Beschlussmängelrecht, sondern über die Sondernormen § 48 GmbHG und § 136 AktG analog.

v. Zusammenfassende Würdigung

Das Schrifttum lässt sich somit in vier Positionen unterteilen. Ein Teil der Lehre setzt die Minderheit gewissermaßen mit der Mehrheit gleich, indem sie den Geschäftsführer auch gegenüber der klagenden Minderheit einwenden lässt, dass die Gesellschaftermehrheit den Anspruch durch Verzicht, Vergleich oder Entlastung beseitigt hat. Aus dem Klagerecht gem § 48 GmbHG ergeben sich nach dieser Ansicht keine (besonderen) Restriktionen für Dispositionen über Ersatzansprüche. Die klagende Minderheit wird vielmehr auf den „regulären“ Pfad der Beschlussanfechtung verwiesen. Ein anderer Teil des Schrifttums, der sich einem älteren Judikat des OGH angeschlossen hat, erkennt die Unzulänglichkeit der Anfechtungsobliegenheit und versagt dem Geschäftsführer im Prozess gem § 48 GmbHG die Berufung auf eine haftungsbefreiende Mehrheitsdisposition, wenn diese erst *nach* der Anmeldung von Ersatzansprüchen (§ 48 Abs 1 iVm § 38 Abs 3 GmbHG) beschlossen wurde. Eine Anfechtung wäre demnach nur bei Beschlüssen vor diesem Zeitpunkt erforderlich. Manche Autoren gehen noch weiter und halten auch Verzichte, Vergleiche und Entlastungen *vor* der Anmeldung gem § 38 Abs 3 GmbHG für unwirksam – das zeitliche Zuvorkommen sei nicht entscheidend. Wirksam seien jedenfalls einstimmige Beschlüsse. Ein jüngerer Lösungsansatz von R. Rastegar führt zu einem ähnlichen Ergebnis (Unwirksamkeit ab Anmeldung gem § 38 Abs 3 GmbHG), stützt sich dafür aber auf eine Analogie zu § 136 AktG. Demnach ist ein Dispositionsbeschluss unwirksam, wenn die Minderheitsgesellschafter noch vor der Beschlussfassung über die Anspruchsdisposition einen Gegenantrag (§ 38 Abs 5 GmbHG) auf Geltendmachung der Ersatzansprüche stellen, außer es stimmen dann so viele Gesellschafter für die geplante Disposition, dass die verbleibenden nicht mehr die Schwelle(n) des § 48 Abs 1 GmbHG erreichen.

b) Feststellung einer Lücke

Der Ausgangs- und Bezugspunkt weiterer Überlegungen ist naheliegenderweise das Minderheitsklagerecht gem § 48 GmbHG. Davon ausgehend stellt sich dann die Frage, ob § 48 GmbHG es gebietet, dass Beschlüsse über Ver-

727 R. Rastegar, RdW 2019, 517 (521). Der Schutz sei aber durch die Koppelung an die Gesellschafterklage erheblich abgeschwächt: Zum einen müsse das Resultat nicht unnötig lange geduldet werden, weil die Jahresfrist gem § 48 Abs 1 GmbHG mit dem Tag der Generalversammlung beginne, zum anderen sei die Gesellschafterklage mit zahlreichen Korrektivmaßnahmen versehen (Kostenrisiko, Sicherheitsleistung und Schadenersatz gem § 48 Abs 4 f GmbHG), die reflexartig auch vor der missbräuchlichen Inanspruchnahme des § 136 AktG analog schützen.

zichte, Vergleiche und Entlastungen (besonderen) Restriktionen unterworfen werden. Diese Frage verneint (freilich ohne nähere Begründung), wer dem Geschäftsführer gegenüber der Minderheit dieselben Einwendungen gestattet wie gegenüber der Gesellschaft. Eine Begründung liefern jene Autoren, denen zufolge die Minderheit den Mehrheitsbeschluss anfechten muss. Ihre Begründung geht dahin, dass das Gesetz die Möglichkeit solcher Dispositionen ausdrücklich vorsieht, dass außerdem auch für Weisungen ein Mehrheitsbeschluss genügt,⁷²⁸ und dass das Gesetz keine Einschränkung der Verzichtbarkeit normiere.⁷²⁹ Ein Gesellschafterbeschluss lege den Willen der Gesellschaft auch mit Wirkung für die Gesellschafter verbindlich fest.⁷³⁰ Das soll *gegen* besondere Restriktionen für Gesellschaftsdispositionen und *dafür* sprechen, die klagswillige (oder schon klagende) Minderheit auf den „regulären“ Weg des Anfechtungsverfahrens zu verweisen. Richtig ist mE die Prämisse, dass das Gesetz keine besonderen Beschränkungen für Verzicht, Vergleiche oder Entlastungen zum Schutz der Minderheit vorsieht. Daraus folgt aber nicht zwingend, dass es solche Beschränkungen nicht gibt, dh: plangemäß geben sollte. Diese Schlussfolgerung ignoriert nämlich die Möglichkeit einer (planwidrigen) Gesetzeslücke, obwohl sich eine solche beim Blick in das Aktienrecht aufdrängt, weil es dort für das funktional vergleichbare Minderheitsverlangen sehr wohl besondere Beschränkungen gibt (§ 43, § 84 Abs 4 Satz 3, § 136 AktG). Eine Lücke wäre wohl dann zu verneinen, wenn feststünde, dass die Minderheit durch ihr (allgemeines) Anfechtungsrecht ausreichend vor einer Majorisierung und Aushebelung ihres Klagerechts geschützt wäre. Dass es im Aktienrecht trotzdem besondere Verfügungsschranken gibt, ließe sich dann allenfalls dadurch erklären, dass gesellschaftlicher Treuepflichten (und auf diesen beruht iW der Minderheitenschutz durch materielle Beschlusskontrolle) in der AG nicht so stark ausgeprägt sind wie in der GmbH. Diese Frage erübrigt sich aber, weil die Anfechtungsmöglichkeit richtig besehen (auch in der GmbH) keinen hinreichenden Schutz für die klagende Minderheit liefert. Das Schrifttum thematisiert idZ vor allem das problematische Verhältnis der kurzen Klagsfrist zu der (idR längeren) Dauer eines Anfechtungsstreits. Dieser Einwand ist zwar berechtigt, behandelt aber nur ein Symptom des Problems und verstellt den Blick darauf, dass eine materielle Beschlusskontrolle schon konzeptionell nicht für die Absicherung des Klagerechts gem § 48 GmbHG geeignet ist. Die nachfolgenden Ausführungen gehen zunächst auf die Defizite einer Anfechtungsobliegenheit ein und begründen im Anschluss (vor allem aus dem Rechtsformvergleich mit der AG) die Erforderlichkeit besonderer Verfügungsschranken für Gesellschaftsdispositionen zum Schutz der Minderheit.

728 Zur Frage, ob sich aus dem Minderheitsverlangen iSd § 134 AktG (auch) besondere Beschränkungen für Weisungs- und Ermächtigungsbeschlüsse ergeben, s im AG-Teil unten S 788 ff.

729 S Fn 696.

730 S Fn 697.

i. Unzulänglichkeit einer (allgemeinen) Beschlussanfechtung

Das vorrangige Problem der Beschlussanfechtung als Instrument zur Absicherung der Minderheitsklage ist mE ein konzeptionelles. Denn die Anfechtung setzt nach allgemeinen Grundsätzen einen Anfechtungsgrund voraus.⁷³¹ Befürworter einer Anfechtungsobliegenheit lassen jedoch nicht immer klar erkennen, auf welchen Anfechtungsgrund sich die (klagswillige oder schon klagende) Minderheit stützen können soll.⁷³² Die in der Lit genannten Beschlussmängel haben nicht unmittelbar etwas mit dem Beschlussgegenstand (Verzicht, Vergleich, Entlastung) zu tun (zB im referierten OGH-Fall:⁷³³ der Verstoß gegen ein Stimmverbot), sondern haben aus Sicht der Minderheit eher zufälligen Charakter.⁷³⁴ Zur Absicherung der Minderheitsklage eignen sie sich daher nicht, denn sie haben nichts mit der Frage zu tun, ob die Anspruchsgeltendmachung im Gesellschaftsinteresse liegt. Gerade das ist aber der Sinn des Klagerechts gem § 48 GmbHG: Die Minderheit soll die Gesellschaft (und dadurch präsumtiv sich selbst) als „außerordentliches Organ“ vor nachteiligen Dispositionen durch die Gesellschaftermehrheit bewahren, weil diese annahmegemäß in einem Naheverhältnis zu den ersatzpflichtigen Organmitgliedern steht. Die effektive Absicherung des Klagerechts erfordert daher, dass ein Verzichts-, Vergleichs- oder Entlastungsbeschluss *gerade deshalb* anfechtbar ist, weil die Minderheit zur klagsweisen Geltendmachung berechtigt ist.

731 Vgl im vorliegenden Zusammenhang *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 165 (191); *Harrer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 35 Rz 37; *Simonishvili*, Entlastungsbeschlüsse 65 f.

732 Nach *Enzinger* (in *Straube*, WK GmbHG § 48 Rz 9 [Stand 01.08.2013]) sind Dispositionen der Gesellschaft über den Anspruch „[w]egen der minderheitenschützenden Funktion der Bestimmung [gemeint wohl: § 48 GmbHG, Anm des Verf] nur eingeschränkt möglich“, weshalb Beschlüsse „unter den sonstigen Voraussetzungen gegebenenfalls angefochten werden [können]“. Nach *Harrer* (in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 48 Rz 12) entzieht ein – wirksamer – Verzicht durch die Gesellschaft zwar der Rechtsverfolgung durch die Minderheit die Grundlage, jedoch erfolge uU die Willensbildung (betreffend den Verzicht) fehlerhaft. Die Minderheit müsse diesen Beschluss bekämpfen. Auch *Adensamer/Eckert* (in *Kalss*, Vorstandshaftung 165 [191]) betonen, dass die Stattgebung der Anfechtungsklage eine rechtswidrige Beschlussfassung voraussetzt. Eine solche sei zB gegeben, wenn (wie in der referierten OGH-E SZ 55/1 [s Fn 706]) gegen ein Stimmverbot verstoßen wird oder der Verzicht treuwidrig ist. Treuwidrigkeit sei aber nicht schon dann anzunehmen, wenn der Haftungsanspruch tatsächlich bestanden hat, sondern nur wenn der Verzicht „sorgfaltswidrig“ war.

733 S Fn 707.

734 Dasselbe gilt für die von *Schröckenfuchs* (in *FAH*, GmbHG § 48 Rz 16; s oben Fn 695) angeführten Möglichkeiten zur Beseitigung des ausführenden Dispositionsgeschäfts (Kollusion, Sittenwidrigkeit, Verletzung eines Stimmverbots, Einlagenrückgewähr, Anfechtung gem AnFO/IO).

Diese Überlegung lenkt den Blick auf den Anfechtungsgrund der Treuwidrigkeit.⁷³⁵ Dabei geht es nämlich gerade darum, ob eine zu beschließende Disposition (Verzicht, Vergleich, Entlastung) im berechtigten Interesse der Gesellschaft und der Mitgesellschafter liegt. Ursprünglich stammt der Gedanke der Treuepflichten aus dem Personengesellschaftsrecht,⁷³⁶ heute ist aber unbestritten, dass auch GmbH-Gesellschafter zur Treue verpflichtet sind, und zwar sowohl gegenüber der GmbH als auch untereinander.⁷³⁷ Treuepflichten haben vor allem bei der Ausübung des Stimmrechts große Bedeutung (materielle Beschlusskontrolle).⁷³⁸ Die Gesellschafter müssen sich bei der Stimmrechtsausübung ausschließlich am Gesellschafts- und Unternehmensinteresse orientieren und Eigeninteressen hintanstellen.⁷³⁹ Das gilt auch für die Beschlussfassung über einen Verzicht, Vergleich oder die Entlastung. Da die Ge-

735 Vgl dazu im vorliegenden Zusammenhang *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandschaft 165 (191); *Harrer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 35 Rz 37; *Simonishvili*, Entlastungsbeschlüsse 65 f.

736 Vgl statt vieler *Aicher/S.-F. Kraus/Spendel* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 61 Rz 26 mwN (Stand 01.12.2022); *Fleischer* in *Kalss/U. Torggler*, Treuepflichten 43 (45 ff).

737 Grundl OGH 18.12.1987, 6 Ob 695/87 SZ 60/285 = wbl 1988, 125 (zust *J. Reich-Rohrwig*), wonach die zu §§ 117 und 127 HGB entwickelten Grundsätze über die Mitwirkungspflicht zur Entziehung der Geschäftsführungs- bzw Vertretungsbefugnis im Anschluss an die hL auf § 16 Abs 2 GmbHG zu übertragen seien. Vgl auch RIS-Justiz RS0059651; allg RS0061585; instruktiv RS0026106: „*Auch der Gesellschafter einer GmbH unterliegt der Treuepflicht, und zwar nicht nur der Gesellschaft, sondern auch den Mitgesellschaftern gegenüber. Sie orientiert sich an den Grundsätzen von Treu und Glauben sowie des redlichen Verkehrs und am Gebot der guten Sitten.*“ Vgl zur (hier relevanten) Ausübung des Stimmrechts in der Generalversammlung auch RS0060175: „*Die Treuepflicht des Gesellschafters einer GmbH gebietet eine angemessene Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Mitgesellschafter auch bei Ausübung des Stimmrechts in der Generalversammlung.*“ Vgl auch den Überblick bei *Aicher/S.-F. Kraus/Spendel* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 61 Rz 26, 39 ff (Stand 01.12.2022) mwN; weiters aus der Lit zB *J. Reich-Rohrwig*, wbl 1988, 141 ff; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 61 Rz 33 ff; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 61 Rz 8 ff; *Ch. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 4/353 ff; *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 278 ff; *Thöni*, Rechtsfolgen 178 ff mwN; vgl zur Entwicklung in Deutschland etwa *Immenga* in FS 100 Jahre GmbH-Gesetz 189 ff; allg *Lutter*, ZHR 162 (1998) 164 ff mwN.

738 Vgl RIS-Justiz RS0060175 (Fn 737); *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 41 Rz 23 ff mwN; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 61 Rz 43; *Aicher/S.-F. Kraus/Spendel* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 61 Rz 40 (Stand 01.12.2022); *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 39 Rz 29 (Stand 01.05.2023); *Winkler/Gruber* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 61 Rz 40; *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 278; *Immenga* in FS 100 Jahre GmbH-Gesetz, 189 (195).

739 Vgl zB *Aicher/S.-F. Kraus/Spendel* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 61 Rz 30 (Stand 01.12.2022); *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 41 Rz 23; *Harrer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 41 Rz 58.

sellschafter hierbei nach hM⁷⁴⁰ einen weiten (durch die Treuepflicht aber gebundenen)⁷⁴¹ Ermessensspielraum haben, ist eine Entlastung⁷⁴² nicht schon deswegen treuwidrig, weil sie wegen Pflichtverletzungen auch hätte verweigert werden können.⁷⁴³ In bestimmten Fällen kann eine Entlastung aber treuwidrig sein,⁷⁴⁴ nämlich bei Kollusion⁷⁴⁵ zwischen der Mehrheit und dem Geschäftsführer oder wenn die Entlastung wegen der Schwere und Eindeutigkeit der Pflichtverletzung⁷⁴⁶ oder wegen der Höhe des Schadens⁷⁴⁷ unvertretbar ist.

Auf den ersten Blick scheinen Anfechtungsrecht und Minderheitsklage also zu harmonisieren. Denn ein Beschluss (Verzicht, Vergleich, Entlastung) kann mit Anfechtungsklage wegen Treuwidrigkeit (vereinfacht gesagt) beseitigt werden, wenn die (teilweise) Beseitigung des Anspruchs dem Gesellschaftsinteresse zuwiderläuft.⁷⁴⁸ In diesem Fall wird regelmäßig zugleich die Durchsetzung des Anspruchs im Gesellschaftsinteresse liegen (andernfalls wäre seine Erhaltung sinnlos, weil er nach fünf Jahren verjähren würde).⁷⁴⁹ Liegt also die Anspruchsdurchsetzung im Gesellschaftsinteresse, können Minderheitsgesellschaftler einen entgegenstehenden Dispositionsbeschluss wegen Treuwidrigkeit anfechten. Damit scheint das Klagerecht gem § 48 GmbHG hin-

740 OGH 28.08.2013, 6 Ob 22/13y Pkt 2; *Enzinger in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 35 Rz 44 (Stand 01.09.2021); *Hartlieb/Simonishvili*, GesRZ 2014, 343 (344); ausf *Simonishvili*, Entlastungsbeschlüsse 34, 121 ff, *passim*; für Deutschland *Noack in Noack et al*, GmbHG²³ § 46 Rz 43; *Liebscher in MüKo GmbHG*⁴ § 46 Rz 157. Str (und hier unerheblich) ist, welchem Sorgfaltsmaßstab die Gesellschafter bei ihrer Entscheidung unterliegen (vgl nur *Thöni*, Rechtsfolgen 178 mwN).

741 Vgl nur jew mwN *Bayer in Lutter/Hommelhoff*, GmbHG²¹ § 46 Rz 27; *Hartlieb/Simonishvili*, GesRZ 2014, 343 (344).

742 Die Lit konzentriert sich auf Entlastungsbeschlüsse. Gleiches gilt aber für (sonstige) Verzichte und für Vergleiche (vgl zB *Harrer in Gruber/Harrer*, GmbHG² § 41, 42 Rz 60).

743 Vgl OGH 28.08.2013, 6 Ob 22/13y Pkt 2; *Enzinger in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 35 Rz 44 (Stand 01.09.2021); ähnlich *Adensamer/Eckert in Kalss*, Vorstandshaftung 165 (191); *Liebscher in MüKo GmbHG*⁴ § 46 Rz 169.

744 Vgl zum Ganzen *Hartlieb/Simonishvili*, GesRZ 2014, 343 (344 f) mwN; *Simonishvili*, Entlastungsbeschlüsse 147 ff.

745 OGH 28.08.2013, 6 Ob 22/13y Pkt 2; BGH 10.02.1977, II ZR 79/75 WM 1977, 361; *Enzinger in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 35 Rz 44 (Stand 01.09.2021); *Simonishvili*, Entlastungsbeschlüsse 154 f mwN; für Deutschland nur *Liebscher in MüKo GmbHG*⁴ § 46 Rz 169 mwN.

746 OGH 28.08.2013, 6 Ob 22/13y Pkt 2; BGH 25.11.2002, II ZR 133/01 NJW 2003, 1032; *Enzinger in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 35 Rz 44 (Stand 01.09.2021); ausf und mit Bsp *Simonishvili*, Entlastungsbeschlüsse 147 ff mwN; *Noack in Noack et al*, GmbHG²³ § 46 Rz 44; *Liebscher in MüKo GmbHG*⁴ § 46 Rz 169.

747 OGH 28.08.2013, 6 Ob 22/13y Pkt 2; *Hartlieb/Simonishvili*, GesRZ 2014, 343 (345) mwN; ausf *Simonishvili*, Entlastungsbeschlüsse 153 f.

748 Vgl statt vieler allg *Liebscher in MüKo GmbHG*⁴ § 46 Rz 157 mwN.

749 Unter Umständen kann aber wohl weder die Beseitigung noch die Durchsetzung des Anspruchs im Gesellschaftsinteresse liegen, etwa wenn ein Schadensfall noch aufgearbeitet werden muss.

reichend abgesichert, soll es doch gerade die Anspruchsdurchsetzung im Gesellschaftsinteresse (gegen den Willen der präsumtiv befangenen Mehrheit) ermöglichen.⁷⁵⁰ Der Schein trägt jedoch. Die Zielsetzung der Minderheitsklage darf nämlich nicht verwechselt werden mit ihrem Anwendungsbereich. Das Klagerecht gem § 48 GmbHG steht nämlich (anders als die Beschlussanfechtung wegen Treuwidrigkeit) gerade *nicht* unter der Voraussetzung, dass die Anspruchsverfolgung im Gesellschaftsinteresse liegt.⁷⁵¹ Vielmehr kann die Minderheit auch dann klagen, wenn die Anspruchsverfolgung dem Gesellschaftsinteresse zuwiderläuft oder unbegründet⁷⁵² ist. In diesem Fall wären entgegenstehende Anspruchsdispositionen aber regelmäßig treuepflichtkonform und daher (*ceteris paribus*) unanfechtbar. Die Klage wäre insoweit ungesichert.

Diese Diskrepanz rührt daher, dass wir es mit zwei verschiedenen Schutzkonzepten zu tun haben. Die Treuepflicht als Stimmausübungsschranke bewirkt *materiellen* (Individual-)Schutz, während das Klagerecht des § 48 GmbHG ein Instrument des *formellen* Minderheitenschutzes ist.⁷⁵³ Beide Konzepte haben dasselbe Ziel: die Verwirklichung des Gesellschaftsinteresses. Ersatzansprüche der Gesellschaft sollen (nur) dann geltend gemacht werden, wenn die Geltendmachung im Gesellschaftsinteresse liegt, weshalb dann auch eine Haftungsbefreiung treuwidrig wäre. Der Unterschied liegt aber darin, wie dieses Ziel erreicht wird. Während der materielle Minderheitenschutz das Gesellschaftsinteresse zum inhaltlichen Beschlusskriterium erhebt und damit unmittelbar (auf Beschlussebene) verwirklicht, lässt der formelle Minderheitenschutz grundsätzlich auch (Mehrheits-)Beschlüsse zu, die dem Gesellschaftsinteresse zuwiderlau-

750 Vgl HHB I 272 BlgHH 17. Session 1905 13 (s schon bei Fn 674).

751 Gleiches gilt grundsätzlich für das Minderheitsverlangen gem § 134 AktG. Bis zum AktG 1965 galt das uneingeschränkt (§ 122 AktG 1937/1938, § 268 dHGB 1897, Art 223 ADHGB 1884). Das AktG 1965 stellte das Minderheitsverlangen unter die Voraussetzung, dass die behaupteten Ansprüche „*nicht offenkundig unbegründet sind*“. Dadurch sollten „*bisher leicht mögliche querulatorische, kostspielige Schikanen möglichst verhindert und damit auch die gegen an sich begründete Minderheitsrechte geltend gemachten Bedenken, zumindest zum Teil, verringert werden.*“ (EBRV [AktG 1965] 301 BlgNR 10. GP 72).

752 Das bestätigt § 48 Abs 5 GmbHG, der die klagende Minderheit zum Schadenersatz gegenüber dem Beklagten (Geschäftsführer) verpflichtet, wenn „*sich die Klage als unbegründet [erweist] und [...] dem Kläger bei Anstellung der Klage eine böse Absicht oder grobe Fahrlässigkeit zur Last [fällt]*“.

753 Vgl zu dieser Unterscheidung auch näher *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 99 ff mwN; *dens* in *U. Torggler*, GmbHG § 45 Rz 1. Beim formellen Minderheitenschutz handelt es sich um Rechte, die an einen bestimmten Anteil der Stimmrechte oder des Nennkapitals gebunden sind. Daneben gebe es noch den materiellen Minderheitenschutz, wie namentlich durch Treuepflichten, Gleichbehandlungsgebot und Erfordernis sachlicher Rechtfertigung von Mehrheitsbeschlüssen (s dazu auch *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 41 Rz 24 f).

fen,⁷⁵⁴ überträgt aber als Korrektiv der Minderheit als „außerordentlichem Gesellschaftsorgan“ die Bildung des Gesellschaftswillens.⁷⁵⁵ Die Minderheit soll bestimmen, was im Gesellschaftsinteresse liegt, weil sie präsumtiv nicht in einem Naheverhältnis zu den Organmitgliedern steht. Allerdings: Wie die Mehrheit ihr Stimmrecht wider das Gesellschaftsinteresse ausüben kann, könnte auch die Minderheit ihre Rechte für Eigeninteressen missbrauchen.⁷⁵⁶ Um solche Missbräuche zu verhüten, beschränkt der Gesetzgeber aber nicht etwa die Ausübung der Minderheitenrechte selbst, sondern versucht stattdessen, die Minderheitsgesellschaften durch flankierende Vorschriften bei der Ausübung ihrer (an sich unbeschränkten) Rechte zu „disziplinieren“ (vgl. § 48 Abs 3–5 GmbHG; § 135

754 Denn grundsätzlich geht der Gesetzgeber davon aus, dass die Gesellschaftsorgane rechtmäßig handeln und die Generalversammlung (wegen des Mehrheitsprinzips also die Gesellschaftermehrheit) im Interesse der Gesellschaft handelt. Vgl dazu AmltBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 466: *„Der Regel nach muß man von dem Grundsatz ausgehen, daß die Gesellschaftsorgane die ihnen durch Gesetz oder Statut verliehenen Befugnisse legal ausüben, daß daher die Gesellschaft sachgemäß durch die berufenen Organe des Vorstandes und des Aufsichtsraths vertreten wird, und daß auch die Generalversammlung in ihren Mehrheitsbeschlüssen nicht die Sonderinteressen einzelner Aktionäre, sondern das Interesse des Ganzen verfolgt.“* Andernfalls täte man den Motiven zufolge besser an der Abschaffung der gesamten Rechtsform. Ähnlich schon Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 253 f: *„Als Regel muß der Gesetzgeber annehmen dürfen, daß die den Gesellschaftsorganen verliehenen Machtbefugnisse legal gehandhabt werden und die in den Generalversammlungen sich bethätigenden Mehrheiten legal und im Interesse der Gesellschaft verfahren. Bei entgegengesetzter Voraussetzung wäre es zweckmäßiger, die Gesellschaftsform, statt ihr durch lediglich aus Mißtrauen aufgestellte Hindernisse die gestattete Existenz zu verkümmern, zu beseitigen.“*

755 Denn es könne nicht verkannt werden, dass die Mehrheit aufgrund ihres Naheverhältnisses zu den (von ihr bestellten) Organmitgliedern einem Interessenkonflikt bei der Disposition über Ersatzansprüche unterliegt. Vgl AmltBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 469 f: *„Dagegen ist nicht zu verkennen, daß wenn die Entscheidung über die Verfolgung eines Anspruchs der Gesellschaft gegen die Gründer, die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsraths oder die Liquidatoren ausschließlich und endgültig in die Macht der Generalversammlung gelegt wird, leicht eine Kollusion zu Gunsten Einzelner und eine Schädigung der Gesellschaftsinteressen stattfinden kann; [...]“* Da die Minderheit gem § 48 GmbHG im eigenen Namen klagt, bildet sie freilich nicht den Willen der Gesellschaft. Allerdings beruht die Klagebefugnis im eigenen Namen Konzeption lediglich auf einer unbegründeten Regelungsprämisse des Gesetzgebers (dazu schon oben Fn 680).

756 AmltBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 469 f; vgl auch schon Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 254: *„Soll auch den Einzelaktionären die Möglichkeit der Geltendmachung berechtigter Interessen nicht versagt werden, so darf doch nicht vergessen werden, daß die gewährten Mittel auch zur Schikane und absichtlichen Schädigung der Gesellschaftsinteressen benutzt werden kann.“*

Abs 2–5 AktG).⁷⁵⁷ Mit der gesetzlichen Vinkulierung des § 38 Abs 3 GmbHG (ähnlich die Haltepflicht gem § 135 Abs 2 AktG; ursprünglich eine Hinterlegungspflicht⁷⁵⁸) soll die Minderheit während des Prozesses an die Geschicke der Gesellschaft gebunden werden.⁷⁵⁹ Dadurch soll sie intrinsisch motiviert werden, Ansprüche nur zu verfolgen, wenn es im Gesellschaftsinteresse liegt.⁷⁶⁰ Diese Korrektive wären funktionslos, wenn die Minderheit ohnehin nicht „gegen“ das Gesellschaftsinteresse klagen könnte.⁷⁶¹ Sie wären auch funktionslos, wenn eine solche Klage durch (dann treuepflichtkonforme) Mehrheitsdispositionen ausgehebelt werden könnte.

Der formelle Minderheitenschutz ist das ältere Regelungskonzept. Während der Gedanke der Treuepflichten im GmbH-Recht vergleichsweise jung ist, geht der formelle Minderheitenschutz (also auch die Minderheitsklage) bereits auf Art 223 ADHGB 1884 zurück.⁷⁶² Das formelle Schutzkonzept wahrt das Ge-

757 Vgl auch Fischer in Ehrenberg, Handbuch III (1916) 200; Kommissionsbericht ADHGB 1884, in Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 5. Legislaturperiode, IV. Session 1884, 4. Band, Anlage 128, 1009 (1018): „Nach Hinzufügung dieser Kautelen schien die Kommission einen Mißbrauch der in den vorbereiteten Artikeln geschaffenen Minoritätsrechten nicht mehr zu befürchten.“ Ähnlich die Denkschrift zum (nie in Kraft getretenen) österreichischen AktG-Entwurf idF Dezember 1900 (ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420 [S 19]): „[...] sind wohl ausreichende Cautelen gegen eine missbräuchliche Anwendung dieses Minderheitsrechtes.“

758 Vgl Art 223 Abs 2 ADHGB 1884.

759 Auch die Mehrheit „spürt“ zwar aufgrund ihrer Beteiligung eine Verletzung des Gesellschaftsinteresses; diese natürliche Anreizwirkung qua „Selbstbetroffenheit“ (dazu nur Fastrich, Funktionales Rechtsdenken 20 f) ist aber durch den gesetzlich unterstellten Interessenkonflikt gegenüber den Organmitgliedern annahmegemäß getrübt (zu den Funktionsgrenzen allg Fastrich aaO 21 f).

760 Paradigmatisch zur ursprünglichen Hinterlegungspflicht gem Art 223 Abs 2 ADHGB 1884 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 470: „Wird die Minderheit für die Dauer des Prozesses an die Geschicke der Gesellschaft gebunden, so ist zu erwarten, daß sie nur dann von ihrem Minderheitsrechte Gebrauch machen wird, wenn die Verfolgung der Ansprüche in der That dem Interesse der Gesellschaft entspricht und Aussicht auf Erfolg bietet.“

761 Aus § 48 Abs 5 GmbHG schließt die hL (s schon Fn 698) auch, dass klagswillige Gesellschafter den Beschluss, mit dem der Antrag auf Rechtsverfolgung abgelehnt wird (vgl § 48 Abs 1 iVm § 38 Abs 3 GmbHG), nicht erfolgreich anfechten müssen, um die Klage gem § 48 GmbHG erheben zu können. Das ist richtig, aber nicht (erst) deshalb, weil andernfalls eine unbegründete Klagsführung nicht mehr möglich wäre und § 48 Abs 5 GmbHG seine Bedeutung verlöre. S idZ auch noch Fn 769.

762 Hier sei nur am Rande darauf hingewiesen, dass die dem formellen Minderheitenschutz zugrundeliegende, stark abstrahierende und formale Differenzierung zwischen „Mehrheit“ und „Minderheit“ sowie die Annahme stereotyper Interessenausrichtungen schon zu Beginn des 20. Jahrhunderts beachtliche Kritik erfuhr. Vgl insb Klein, Entwicklungen in Verfassung und Recht der Aktiengesellschaft (1904) 42 ff (referierend vgl auch Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 109). Klein kritisierte va die Blindheit der abstrakten Unterscheidung zwischen Mehrheit und Minderheit für

sellschaftsinteresse nur mittelbar, indem es die Rahmenbedingungen für eine Selbstregulierung durch die stereotypen Interessengruppen „Mehrheit“ und „Minderheit“ schafft. Dabei setzt es implizit voraus, dass ein Mehrheitsbeschluss, mit dem die Geltendmachung von Ansprüchen unbegründet (entgegen dem Gesellschaftsinteresse) abgelehnt oder Organmitglieder entlastet werden, *nicht* anfechtbar ist.⁷⁶³ Das Verfolgungsrecht (Art 223 ADHGB 1884) und das

die pluralistischen Interessen individueller Einzelpersonen und die damit verbundene Unterlegenheit gegenüber inhaltlichen Beschlusskriterien (S 42 f): *„Tatsächlich werden die Beziehungen des Aktionärs zur Gesellschaft durch die geistige und wirtschaftliche Persönlichkeit des Einzelnen, seine Zwecke inbegriffen, gefärbt; gesellschaftsrechtlich zählt dagegen der Aktionär fast nur als Glied der Generalversammlung, als Mehrheit oder Minderheit. [...] Je nach den Personen, die sich zusammenfinden, kann die Generalversammlung einmal wirklich das Gesellschaftsinteresse allein im Auge haben, ein andermal nur eigennützigen Plänen einer Gruppe von Aktionären Vorschub leisten.“* Vgl aaO 44: *„Die Gesetzgebung kann eben immer nur die Formen, nicht aber Geist und Kräfte regeln, die abwechselnd in sie eintreten und die Formen in juristische und wirtschaftliche Macht verwandeln: daraus erklärt sich die sozusagen organische Unzulänglichkeit der Gesetzgebung in diesem Punkte. Es gibt keine Bürgschaft dafür, daß das Schicksal der Gesellschaft besser in den Händen einer Minderheit geborgen ist, als bei der Mehrheit. [...] Deshalb ist jeder Versuch vergeblich, den Schutz irgendwelcher besonderer Art materieller Interessen oder der Interessen gerade der einen oder anderen Gattung von Aktionären durch Erweiterung der Minderheitsrechte oder durch Änderungen an den Formen erreichen zu wollen. Was dadurch erreicht werden kann, ist einzig der Schutz der abstrakten, daß heißt jeder jeweiligen Minderheit gegen Mißbrauch der Mehrheit, wobei es grundsätzlich offen bleibt, welchen Interessen und ob gerade immer den würdigsten dies zu statten kommt.“* Der formelle Minderheitenschutz sei eine *„fehlerhafte Verbindung der Form mit einer einzelnen besonderen Interessenausrichtung“*. *De lege ferenda* sympathisiert Klein (Entwicklungen 45 f) mit einer Mehrheitsverantwortlichkeit gegenüber der Minderheit, konzediert ihre Inkompatibilität mit der dem geltenden Recht und prognostiziert den Wandel, der sich mit dem Siegeszug der Treuepflichten später auch vollziehen sollte: *„Es ist aber eine Frage, ob nicht der dogmatische Grundgedanke des heutigen Minderheitsschutzes überhaupt zu enge ist. [...] Der Gedanke einer Mehrheitsverantwortlichkeit in solchen und ähnlichen Verhältnissen ist noch ziemlich jung und paßt nicht ganz zum herrschenden Gesellschaft- oder Korporationsbegriff: wie er aber politisch immer mehr Bahn bricht, wird man auch im Aktienrecht seiner nicht dauernd entraten können.“*

763 Vgl (implizit) HHB I 272 BlgHH 17. Session 1905 13: *„Die Mehrheit darf nicht Recht behalten, wenn sie sich über die berechtigte Reklamation der Minderheit einfach hinweggesetzt hat [...]“*. Deutlicher zum älteren Aktienrecht zB Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 259: *„Der Beschluß, von einem Ersatzanspruch wegen einer gesetz- oder statutenwidrigen Handlung abzustehen, ist nicht mit einem gesetz- oder statutenwidrigen Beschluß zu identifizieren.“* Vgl auch Fischer in Ehrenberg, Handbuch III (1916) 198: *„Sie [sc die Minderheitsrechte] stellen einen Behelf neben der den Anforderungen der Wahrheit nicht genügenden Anfechtungsklage dar. Der Gesetzgeber hat den Weg, der vereinzelt bei der Gewerkschaft gewählt worden ist, bei der Aktiengesellschaft nicht eingeschlagen, nämlich die Einführung der Anfechtungsklage gegen alle Beschlüsse der Mitgliederversammlung, die der Korporation nachteilig sind.“* Vgl in größerem Zusam-

korrespondierende Widerspruchsrecht (Art 213d ADHGB 1884) basieren auf der Prämisse, dass andernfalls die Minderheitsaktionäre der uneingeschränkten Mehrheitsherrschaft ausgeliefert wären. Jene Rechte waren (und sind) demnach konzipiert als Korrektive für die angenommene Unanfechtbarkeit nachteiliger (aber nicht schon gesetzwidriger) Verzichts- und Vergleichsbeschlüsse. Das ist übrigens auch der Grund dafür, dass das Klagerecht gem § 48 GmbHG nach Einschätzung der heutigen Lehre (die auf die zwischenzeitlich geänderte Prämissenlage jedoch nicht eingeht) kaum noch Bedeutung hat,⁷⁶⁴ weil ohnehin schon jeder einzelne Gesellschafter Mehrheitsbeschlüsse, mit denen die Anspruchsverfolgung abgelehnt wird, wegen Treuwidrigkeit anfechten und die Durchsetzung der Ansprüche mittels positiver Beschlussfeststellungsklage erzwingen kann.⁷⁶⁵ Abschließende Aussagen über den Anwendungsbereich und die Bedeutung des Klagerechts gem § 48 GmbHG im Kontext der Möglichkeiten einer materiellen Beschlusskontrolle bedürften weiterer Überlegungen. Solche Überlegungen können hier dahinstehen, denn solange die Klage gem § 48 GmbHG (noch) *irgendeinen* Anwendungsbereich hat (was soweit ersichtlich nicht angezweifelt wird)⁷⁶⁶, bedarf es (insoweit) einer effektiven Absicherung gegen anspruchsmindernde (Mehrheits-)Dispositionen. Daher wird § 48 GmbHG hier als Bezugspunkt vorausgesetzt und die Frage nach einer tauglichen Absicherung dieses Rechts fokussiert.

Nach der Prämisse des historischen Gesetzgebers (Unanfechtbarkeit bloß nachteiliger Mehrheitsbeschlüsse) wäre das Klagerecht der Minderheit ohne gesetzliches Korrektiv zur Gänze ungesichert gewesen. Seit der Anerkennung von Treuepflichten und der materiellen Beschlusskontrolle gibt es zumindest Anhaltspunkte für einen Minderheitenschutz. Allerdings zeigen die

menhang auch Klein, Entwicklungen (1903) 46: „*Der Gedanke einer Mehrheitsverantwortlichkeit in solchen und ähnlichen Verhältnissen ist noch ziemlich jung und paßt nicht ganz zum herrschenden Gesellschafts- oder Korporationsbegriff [...]*.“ Vgl auch Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 109 (dieser enge dogmatische Zugang lasse für die Entwicklung von Treuepflichten keinen Raum).

764 Vgl zB Schröckenfuchs in FAH, GmbHG § 48 Rz 1; anders aber wohl Fantur in FS Koppensteiner (2016) 83 (98: „*wirksame Waffe*“) und *passim*.

765 Zu diesem alternativen Weg Fantur in FS Koppensteiner (2016) 83 ff; *ders*, GES 2018, 113 ff; ausf dazu auch R. Rastegar, Gesellschafterklage 33 ff. Allg RS0109584; Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 41 Rz 37.

766 Der Weg über die Beschlussanfechtung erspart der Minderheit zwar das Kostenrisiko im späteren Leistungsprozess gem § 48 GmbHG (vgl Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 165 [208]; Rauter/Ratka in Ratka/Rauter, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/223 aE), allerdings kann der Weg dorthin langwierig sein. Demgegenüber kann die Minderheit mit der Klage gem § 48 GmbHG sofort die ersatzpflichtigen Personen mit dem Prozesskostenrisiko belasten, ohne vorher einen Anfechtungsprozess gegen die Gesellschaft führen zu müssen, was prozesstaktische Vorteile haben kann (Fantur in FS Koppensteiner [2016] 83 [85 ff]). Zu den Defiziten des „Alternativwegs“ und dem (daraus resultierenden) Bedürfnis nach einer Gesellschafterklage ausf R. Rastegar, Gesellschafterklage 33 ff.

bisherigen Überlegungen, dass die materielle Beschlusskontrolle schon aus konzeptionellen Gründen nicht geeignet ist, das Minderheitsklagerecht umfassend abzusichern. Das kann sie (von Fristenproblemen einmal abgesehen)⁷⁶⁷ nämlich nur, soweit die Anspruchsdurchsetzung im Gesellschaftsinteresse liegt; dann wäre eine Haftungsfreistellung treuwidrig. Liegt die Durchsetzung dagegen nicht im Gesellschaftsinteresse, könnte die Mehrheit Ersatzansprüche jederzeit zum Erlöschen bringen, obwohl die Minderheit diese Ansprüche klagsweise geltend machen könnte.⁷⁶⁸ Insoweit würde ihr Klagerecht leerlaufen. Nun könnte man einwenden, dass eine dem Gesellschaftsinteresse zuwiderlaufende Klagsführung ohnedies nicht schutzwürdig sei. Das rechtfertigt mE allerdings keinen (partiellen) Leerlauf des Klagerechts, denn der Gesetzgeber hat sich bewusst für diese Regelungsstechnik eines (bloß) nachsorglichen Schutzes (unbeschränktes Klagerecht und erst nachgelagerte Korrektive) entschieden.⁷⁶⁹ Andernfalls liefen wie gesagt die gesetzlichen Korrektive zur „Disziplinierung“ der klagenden Minderheit leer.⁷⁷⁰

Die konzeptionelle Inkompatibilität des materiellen und formellen Schutzes zeigt sich noch in anderer Form. Während der sachliche Anwendungsbereich des Anfechtungsrechts wie oben erwähnt für eine effektive Absicherung des Klagerechts zu eng ist, ist er in personaler Hinsicht zu weit, jedenfalls soweit es um eine gezielte Absicherung des § 48 GmbHG geht. Denn während nach § 48 GmbHG nur eine Minderheit von 10% des Stammkapitals (oder eines Nennbetrags von EUR 700.000) klagslegitimiert ist, kann schon jeder einzelne Gesellschafter einen Verzicht, Vergleich oder eine Entlastung durch Anfechtung beseitigen. Die Diskrepanz erklärt sich histo-

767 Dazu sogleich im Fließtext.

768 Geschieht das noch vor Klagserhebung, erübrigt sich eine solche, weil Ersatzansprüche dann nicht mehr existieren. Wenn die Minderheit bereits Klage erhoben hat, könnte die Mehrheit die eingeklagten Ersatzansprüche zum Erlöschen bringen und dadurch der Klage ihre Grundlage entziehen.

769 Deshalb ist mE auch eine teleologische Reduktion des Klagerechts auf im Gesellschaftsinteresse gelegene Anspruchsdurchsetzungen abzulehnen (so aber *R. Rastegar*, RdW 2019, 517 [519]), wonach § 48 GmbHG um all jene Fälle zu reduzieren sei, in denen die Mehrheit rechtskonform, ohne Überschreitung ihres Ermessensspielraums und im Einklang mit dem Gemeinschaftswohl von der Anspruchsverfolgung absieht (iE wohl ähnl *Schröckenfuchs* in FAH, GmbHG § 48 Rz 15 aE).

770 Im Zweifel ist dem Gesetzgeber die Erlassung funktionsloser Normen nicht zu unterstellen (allg nur *F. Bydłinski*, Methodenlehre² 444 f, 457 ff; *Larenz*, Methodenlehre⁶ 334 mwN; *Kerschner/Kehrer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ §§ 6, 7 Rz 26). Das spräche freilich wohl nicht dagegen, dass die Etablierung von Treuepflichten bisherige (dann veraltete) Regelungsprämissen (hier: die Unanfechtbarkeit unsachgerechter Beschlüsse) und die auf ihnen beruhenden Normen „überholt“. Allerdings hat der Gesetzgeber das formelle Minderheitenschutzkonzept des § 48 GmbHG erst mit dem IRÄG 1997 – also zu einem Zeitpunkt, in dem die Geltung von Treuepflichten schon länger anerkannt war (grundl OGH 6 Ob 695/87 [s Fn 737]) – implizit bestätigt (und durch die Erweiterung auf Gesellschafter und die Verlängerung der Klagsfrist sogar gestärkt; s oben Fn 667).

risch: Als der Reformgesetzgeber vor die Frage gestellt war, (echte) Individualrechte vorzusehen, war das Anfechtungsrecht eines jeden Aktionärs schon längst in Lehre und Rechtsprechung anerkannt.⁷⁷¹ Dieses Recht schrieb er also nur fest. In anderen Angelegenheiten hingegen konnte er sich nur zu einem Kompromiss in Form „beschränkter Individualrechte“, also der formellen Minderheitenrechte, durchringen.⁷⁷² Auch diese Diskrepanz zeigt, dass das Anfechtungsrecht nach der gesetzlichen Vorstellung nicht zur Absicherung des Minderheitenklagerechts konzipiert ist.

Schließlich zeigt auch der eingangs schon angesprochene Fristenkonflikt eindrücklich, dass das Anfechtungsrecht kein tauglicher Absicherungsmechanismus für die Minderheitsklage ist. Selbst wenn die Geltendmachung von Ansprüchen im Gesellschaftsinteresse liegt und die klagende oder klagswillige Minderheit zumindest grundsätzlich geschützt wäre, kann die Mehrheit die Minderheitsklage leicht ausbremsen. Denn wie schon der OGH⁷⁷³ bemerkte, ist eine Beschlussanfechtung mit der Präklusivfrist des § 48 Abs 2 GmbHG unvereinbar, weil diese im Zeitpunkt eines rechtskräftigen Anfechtungsurteils regelmäßig bereits abgelaufen sein wird. Gegeneinwände überzeugen mE nicht. Dass die Klagsfrist zwischenzeitlich (mit dem IRÄG 1997) von drei Monaten auf ein Jahr verlängert wurde,⁷⁷⁴ wäre mE nur dann ein Argument, wenn die Frist gerade wegen des Konflikts mit einem allfälligen Anfechtungsverfahren verlängert worden wäre. Für eine solche Regelungsabsicht gibt es aber keine Anhaltspunkte.⁷⁷⁵ Auch der Hinweis⁷⁷⁶ auf eine mögliche (Pflicht zur) Unterbrechung des Schadenersatzprozesses gem § 190 ZPO bis zur rechtskräftigen Entscheidung im Anfechtungsstreit verfängt nicht. Denn nach hA⁷⁷⁷ ist § 190 ZPO nicht auf Rechts-

771 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 467 mwN; referierend Hommelhoff in Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 53 (97).

772 S zur Entwicklung und dogmatischen Konzeption dieser Rechte noch ausf im AG-Teil unten S 734 ff.

773 OGH 13.01.1982 1 Ob 775/81 SZ 55/1.

774 So das Argument bei Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 48 Rz 5 (s schon Fn 701).

775 Vgl EBRV 734 BlgNR 20. GP 69: „Gleichzeitig soll die sehr kurz bemessene Frist von drei Monaten zur Geltendmachung der Ersatzansprüche auf ein Jahr verlängert werden.“

776 Vgl Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 48 Rz 5; Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG² § 48 Rz 12; Enzinger in Straube, WK GmbHG § 48 Rz 13 (Stand 01.08.2013). S schon Fn 701. *De lege ferenda* J. Reich-Rohrwig/Pb. Kinsky/S.-F. Kraus, Austrian Limited 104.

777 Vgl im vorliegenden Zusammenhang auch R. Rastegar, RdW 2019, 517 (519), demzufolge sich im Leistungsprozess gem § 48 GmbHG keine präjudizielle Vorfrage stellt, deren Bestand strittig ist. An die eventuelle Schaffung einer neuen Rechtslage könne der Richter über § 190 ZPO nicht gebunden werden. Der anhängige Anfechtungsprozess verkörpere somit keinen (schon gar nicht zwingenden [arg § 190 ZPO: „kann“]) Unterbrechungsgrund für den durch die Gesellschafterklage eingeleiteten Leistungsprozess. Vgl allg Höllwerth in Fasching/Konecny II/3³ § 190 ZPO Rz 72; Schragel in Fasching/Konecny II/2² § 190 ZPO Rz 1, wonach das Gesetz ausdr nur

gestaltungsurteile anwendbar (und ein solches ist das Anfechtungsurteil unstrittig)⁷⁷⁸. Im Übrigen ist der Richter nach § 190 ZPO auch nicht zur Unterbrechung verpflichtet, sondern nur berechtigt (nach pflichtgemäßem Ermessen).⁷⁷⁹ Daher würde eine Absicherung der Minderheitsklage durch das Anfechtungsrecht auch dann nicht funktionieren, wenn beide Normen tatbestandsmäßig gleichliefen. Das Klagerecht setzt mit seiner kurzen Frist eben voraus, dass die klagende Minderheit einen entgegenstehenden Mehrheitsbeschluss sofort beseitigen kann, ohne sich vorher auf einen Anfechtungsstreit einlassen zu müssen.⁷⁸⁰

Aber selbst wenn man von diesen Diskrepanzen absieht, bleibt jedenfalls eine konzeptionelle Unschärfe. Die Minderheit kann bei der Geltendmachung von Ersatzansprüchen gem § 48 GmbHG – nach der Vorstellung des Gesetzgebers – als „außerordentliches Organ“ auftreten (freilich klagt sie richtigerweise im eigenen Namen)⁷⁸¹ und sich als solches über den Mehrheitswillen hinwegsetzen; sie muss nach zutr hA⁷⁸² nicht erst den mehrheitlichen Ablehnungsbeschluss anfechten, sondern kann unmittelbar und dem Mehrheitswillen zum Trotz Klage erheben. Wieso sollte sie dann aber bei der (notwendigen) Absicherung ihres Klagerechts einen entgegenstehenden mehrheitlichen Dispositionsbeschluss anfechten müssen, statt ebenfalls als „außerordentliches Organ“ den Mehrheitswillen gleichsam annullieren zu können? Es geht doch um dasselbe Ziel: die Geltendmachung von Ersatzansprüchen (im Gesellschaftsinteresse), wozu notwendigerweise auch die Absicherung des Klagerechts gegen die Mehrheitseinflüsse gehört, vor denen die Minderheit gerade geschützt werden soll. Eine Verschiedenbehandlung beim Rechtsschutz wäre ein Systembruch, gerade mit Blick auf das Aktienrecht, wo das vergleichbare Minderheitsverlangen (§ 134 AktG) konzeptionell kohärent durch ein Widerspruchsrecht abgesichert ist, das es der Min-

vom „Bestehen oder Nichtbestehen“ eines Rechtsverhältnisses spricht. Das Bestehen sei demnach zwar strittig, das Rechtsverhältnis solle aber keineswegs erst gestaltet werden. Die Unterbrechung eines Verfahrens, um eine rechtsgestaltende Entscheidung abzuwarten, scheide damit grundsätzlich aus, falls das Gesetz nichts anderes anordnet.

778 Vgl nur *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 41 Rz 23; vgl im vorliegenden Zusammenhang schon OGH 13.01.1982 1 Ob 775/81.

779 Vgl im vorliegenden Zusammenhang auch *R. Rastegar*, RdW 2019, 517 (519). Vgl allg statt vieler *Höllwerth in Fasching/Konecny* II/3³ § 190 ZPO Rz 77.

780 IdS schon OGH 13.01.1982 1 Ob 775/81 SZ 55/1 („Das Gesetz geht dabei offensichtlich davon aus, daß der Minderheitsanspruch [sic] ab diesem Tage klagbar ist.“). Ähnlich *R. Rastegar*, RdW 2019, 517 (519), nach dem § 48 GmbHG dem Gesellschafter einen Rechtsweg bahnen soll, der gerade nicht über die Instrumente des Beschlussmängelrechts führt.

781 S Fn 680.

782 S Fn 761.

derheit erlaubt, entgegenstehende Mehrheitsdispositionen unmittelbar und ohne Anfechtung zu verhindern (dazu noch sogleich).⁷⁸³

Insgesamt ist die (allgemeine) Beschlussanfechtung als Instrument zur Absicherung des Klagerechts gem § 48 GmbHG in personaler Hinsicht (Individualrecht) zu weit, hinsichtlich der erfassten Ersatzansprüche (Bindung an das Gesellschaftsinteresse) sowie in zeitlicher Hinsicht (Fristenkonflikt) zu eng. Dieser Befund leitet über zur Frage, ob das Fehlen einer gesetzlichen Absicherung des Minderheitsklagerechts gem § 48 GmbHG eine planwidrige Lücke begründet. Diese Frage wird im Folgenden näher untersucht und – so viel kann vorausgeschickt werden – bejaht werden.

ii. Erforderlichkeit einer (besonderen) Absicherung der Minderheitenklage

Aus systematisch-logischer und rechtsformvergleichender Perspektive sowie unter dem Aspekt der Gleichbehandlung⁷⁸⁴ sprechen vor allem die gesetzlichen Absicherungsmechanismen (§ 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 sowie § 136 AktG) des funktional vergleichbaren aktienrechtlichen Minderheitsverlangens (§ 134 AktG) für die planwidrige Unvollständigkeit⁷⁸⁵ des GmbH-Rechts.⁷⁸⁶ Denn es ist nicht ersichtlich, weshalb zwar das aktienrechtliche Minderheitsverlangen gegen Mehrheitsdispositionen abgesichert sein soll, aber trotz gleicher Interessenlage nicht das Minderheitsklagerecht gem § 48 GmbHG. Immerhin begründete die Herrenhauskommission die (nachträgliche) Einführung eines gesetzlichen (formellen) Minderheitenschutzes gerade mit „*der Gleichheit der Verhältnisse*“ in einer realtypisch kapitalistisch ausgestalteten GmbH einerseits und in der AG andererseits.⁷⁸⁷ Die Überbewertung kapitalistischer GmbH durch den Gesetzgeber kann man rechtspolitisch kritisieren,⁷⁸⁸ sie ändert aber nichts an der Notwendigkeit einer gesetzlichen Absicherung des Minderheitsklagerechts.⁷⁸⁹

Der Vergleich mit dem Aktienrecht wird zum subjektiv-historischen Argument, wenn man sich das ältere Aktienrecht vergegenwärtigt: Schon die Motive zum ADHGB 1884 betonten, dass dem Verfolgungsrecht ohne Widerspruchsrecht „*der Boden entzogen wäre*“, dass jenes in diesem also „*seine*

783 Allerdings stimmen die Quoren des Verlangens und des Widerspruchsrechts nicht (mehr) überein; dazu noch näher unten.

784 Vgl nur *Canaris*, Die Feststellung von Lücken 71 ff.

785 Vgl dazu allg nur *Canaris*, Die Feststellung von Lücken 16 und *passim*; *Larenz*, Methodenlehre⁶ 373; *Kramer*, Methodenlehre⁶ 214; *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 7 Rz 4 mwN.

786 Zu diesen aktienrechtlichen Bestimmungen als mögliche Analogiebasis für das GmbH-Recht noch unten insb S 190 ff.

787 HHB I 272 BlgHH 17. Session 1905 12.

788 S dazu schon oben Fn 663.

789 Auch die (abweichende) Ausgestaltung als Klagerecht im eigenen Namen macht eine solche Absicherung nicht entbehrlich.

Voraussetzung [hat]⁷⁹⁰ und andernfalls „jede Bedeutung verlieren [würde]“. Nach dem Herrenhausbericht soll die Minderheit durch das Klagerecht „in die Lage gesetzt werden als außerordentliches Organ an Stelle der Generalversammlung und gegen den Willen derselben das gute Recht der Gesellschaft zur Geltung zu bringen.“⁷⁹¹ In diese Lage wäre die Minderheit aber nicht gesetzt, wenn die Mehrheit über das „gute Recht der Gesellschaft“ ungeachtet § 48 GmbHG jederzeit wirksam disponieren könnte.⁷⁹² Die Minderheit könnte dann gerade nicht gegen den Mehrheitswillen vorgehen, sondern wäre letztlich (mittelbar) doch von diesem abhängig.

Schließlich ergibt sich die Planwidrigkeit auch schon unmittelbar aus dem *telos* des Minderheitsklagerechts.⁷⁹³ Wie der OGH in seiner Entscheidung⁷⁹⁴ aus 1982 betonte, versteht sich nämlich von selbst, dass ein gesetzlich gewährtes Recht seine Funktion hinreichend erfüllen können muss. Dem Gesetzgeber sollte im Zweifel nicht unterstellt werden, Normen ohne (sinnvollen) Anwendungsbereich zu erlassen.⁷⁹⁵ Ohne besondere Schutzvorkehrungen hätte es die Mehrheit aber wie erwähnt in der Hand, der Minderheitsklage jederzeit durch eine (vor- oder nachherige) Disposition über den Anspruch die Grundlage zu entziehen.⁷⁹⁶ Dem Gesetzgeber müsste andern-

790 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 452 (zu Art 213d) und 470 (zu Art 223).

791 HHB I 272 BlgHH 17. Session 1905 13. S schon oben Fn 674.

792 Zutr OGH 13.01.1982 1 Ob 775/81.

793 Vgl allg Canaris, Die Feststellung von Lücken 71 und *passim*; Larenz, Methodenlehre⁶ 374.

794 Vgl OGH 13.01.1982 1 Ob 775/81 (s schon Fn 706).

795 Vgl allg F. Bydlinki, Methodenlehre² 444 f, 457 ff; Kramer, Methodenlehre⁶ 123 ff; Kodek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 6 ABGB Rz 85 ff; Kerschner/Kehrer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ §§ 6, 7 Rz 26; Potacs, Rechtstheorie² 167, 189 ff, 193 ff.

796 Instruktiv OGH 13.01.1982 1 Ob 775/81; vgl auch M. Neumayr, JBl 1990, 273 (280). Gegen eine Lücke lässt sich mE auch nicht einwenden, dass sich die Unwirksamkeit von Mehrheitsdispositionen schon unmittelbar aus dem *telos* des Klagerechts ergebe, weshalb eine gesonderte Regelung nicht erforderlich sei. Darauf läuft etwa die vom OGH und der hL angenommene *ex-lege*-Unwirksamkeit gegenüber der klagenden Minderheit hinaus (vgl idS wohl auch Enzinger in Straube, WK GmbHG § 48 Rz 9 [Stand 01.08.2013]: „Wegen der minderheitenschützenden Funktion der Bestimmung sind Dispositionen der Gesellschaft über den Anspruch nur eingeschränkt möglich.“). Der Gesetzgeber sah seit jeher besondere Normen vor zur Absicherung von Verfolgungsrechten iSe Dualismus „Erhaltung und Durchsetzung“. Dementspr wird auch im heutigen Aktienrecht das Minderheitsverlangen gem § 134 AktG durch ausdr Schutzbestimmungen (§ 43, § 84 Abs 4 Satz 3 und § 136 AktG) abgesichert. Auch der (nicht in Kraft getretene) deutsche Regierungsentwurf eines GmbHG aus dem Jahr 1971 enthielt in Anlehnung an das Aktienrecht ein Minderheitsverlangen und – zu dessen Absicherung – eine Art „Minderheiten-veto“ (vgl § 90 RegE-dGmbHG 1971 [BT-Drs VI/3088 S 26] bzw § 75 Abs 5 Satz 2 RegE-dGmbHG 1971 [BT-Drs VI/3088 S 21]: „Die Gesellschaft kann auf Ersatzansprüche nur verzichten oder sich darüber vergleichen, wenn die Gesellschafter dies beschließen. In den Fällen des Absatzes 3 ist der Verzicht oder Vergleich nur zuläs-

falls unterstellt werden, die Effektivität eines der Gesellschafterminderheiten gewährten Klagerechts vom Mehrheitswillen (vor dem die Minderheit gerade geschützt werden sollte) abhängig zu machen und dadurch den sprichwörtlichen Bock zum Gärtner gemacht zu haben.

Als mögliche Erklärung für diese Lücke kommt mE wohl am ehesten in Betracht, dass sich der GmbH-Gesetzgeber bei der Schaffung der Minderheitenschutzvorschriften nicht vorrangig am älteren deutschen Aktienrecht des dHGB 1897 orientierte (das mit § 270 eine Absicherung in unübersehbarem Zusammenhang mit dem Minderheitsverlangen gem § 268 enthielt), sondern am österreichischen Aktienentwurf von 1900 (der stattdessen ein absolutes Verfügungsverbot vorsah). Die Gesetzesverfasser könnten die Notwendigkeit einer Absicherung des Minderheitsklagerechts bei der Anpassung der aktienrechtlichen Normen an die Verhältnisse der GmbH schlicht übersehen haben.⁷⁹⁷

sig, wenn nicht eine Minderheit, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des Stammkapitals erreichen, gegen den Verzicht oder Vergleich stimmt.“). Freilich bezog sich das Verlangen (mE nicht erklärlich) nur auf die qualifizierten Sorgfaltsverstöße des Abs 3 und war wegen der einfacheren Verhältnisse in einer GmbH auch durch bloßes Dagegenstimmen möglich. Im Übrigen lässt das *telos* allein keinen Schluss auf die Voraussetzungen und die Reichweite der Unwirksamkeitsfolge zu (dazu sogleich im Fließtext). Aus dem *telos* ergibt sich mE nur die Lückenhaftigkeit des Gesetzes, aber nicht schon die Unwirksamkeit von Mehrheitsdispositionen.

⁷⁹⁷ Begibt man sich auf eine historische „Fehlersuche“, sollte man sich zunächst wohl vergegenwärtigen, dass die von der Herrenhauskommission neugeschaffenen Minderheitenrechte ausweislich der Mat (Protokoll über die 5. Sitzung der Spezialkommission vom 9. März 1905, 17. Session, Parlamentsarchiv H14b-1-2) nicht das Ergebnis intensiver dogmatischer Überlegungen waren, sondern ihre Existenz wohl eher der Überzeugungsarbeit des Wiener Universitätsprofessors und Vorsitzenden der Kommission *Carl Grünhut* verdanken (s schon Fn 659). *Grünhuts* Antrag wurde in der Kommission nämlich zunächst abgelehnt. Nach dem ursprünglichen Antrag sollte das klagsweise Recht zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft nach Ablehnung durch die Gesellschaft (als damals § 42b) übrigens schon „*einem einzelnen Gesellschafter*“ zustehen. Allerdings beschloss die Kommission in der 7. Sitzung vom 14. März 1905 auf Antrag des Ausschussmitglieds *Sochor* die „Reasumierung“ des Antrags *Grünhuts* (unter dem Vorbehalt einer noch zu erarbeitenden geänderten Formulierung). In der 11. Sitzung vom 28. März 1905 nahm die Kommission den Antrag schließlich in geänderter Fassung an. Eine mögliche Erklärung für das Fehlen einer gesetzlichen Absicherung des Klagerechts könnte wie erwähnt darin liegen, dass den Legisten des öGmbHG als Regelungsvorbild nicht das dHGB 1897, sondern der österreichische Aktienentwurf von 1900 diene. Bei der Orientierung am dHGB 1897 wäre die systematisch zusammenhängende Absicherung des § 270 (entspricht § 136 AktG idgF) wohl kaum zu übersehen gewesen. Weniger sinnfällig wäre vielleicht noch das Widerspruchsrecht gem § 205 dHGB 1897 gewesen (das allerdings ebenfalls der Sicherung des Minderheitsverlangens diene). Der Aktienentwurf hingegen enthielt (im Gegensatz zum dHGB 1897) keine solchen (minderheitenspezifischen) Absicherungsnormen, sondern ein absolutes Verzichts- und Vergleichsverbot (vgl [zum Gründungsrecht] § 30 Abs 2 Aktienentwurf idF Dezember 1900 [ÖStA, AVA Justiz, I-P2,

1900–1917, P 92, Karton 1420]: *„Hinsichtlich dieser Ansprüche haben Vergleiche oder Verzichtleistungen der Gesellschaft keine rechtliche Wirkung.“*; vgl [im allg Haftungstatbestand] § 41 Abs 5 Satz 2 Aktienentwurf idF Dezember 1900 [ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420]: *„Vergleiche oder Verzichtleistungen hinsichtlich solcher Ansprüche haben keine rechtliche Wirkung.“*). Durch dieses Verfügungsverbot wurden Ersatzansprüche der Gesellschaft jedenfalls zwingend im Gesellschaftsvermögen erhalten und dadurch inzident auch das Minderheitsverlangen (§ 31 Abs 2 und § 41 Abs 6 idF Dezember 1900; näher Fn 671) abgesichert, sodass eine gesonderte Schutzvorschrift entbehrlich war. Dementspr enthielten auch die früheren Entwürfe eines GmbHG, die parallel zum Aktienentwurf ausgearbeitet wurden und diesem inhaltlich weitgehend angeglichen werden sollten, noch ein absolutes Verzichts- und Vergleichsverbot, und zwar sowohl im Gründungsrecht (vgl § 10 Abs 6 GmbHG idGF) und – kraft Verweises – im allg Haftungstatbestand (vgl § 25 Abs 7 GmbHG idGF): *„Verzichte und Vergleiche der Gesellschaft hinsichtlich dieser Ersatzansprüche sind wirkungslos.“* (vgl Ur-Entwürfe [ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 24 ff]; Referentenentwürfe [ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 202 ff]). In den interministeriellen Beratungen im Jahr 1900 wurde dieses Verfügungsverbot dann jedoch zunächst auf das Verhältnis *„gegenüber den Gläubigern“* eingeschränkt (vgl auch § 84 Abs 5 AktG) und schließlich – zur Vermeidung von Irrtümern über eine (unerwünschte) Direkthaftung der Geschäftsführer – eingeschränkt auf die (heute noch geltende) Voraussetzung der Erforderlichkeit des Ersatzes zur Gläubigerbefriedigung (*„soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist“*) gestellt. Vgl dazu die Berathungs-Protokolle (ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 873): *„Der Vorsitzende regt die Aufnahme einer gleichen Bestimmung in § 39 A. E. [Anm des Verf: dort aber nur hinsichtlich Generalversammlungsbeschlüssen; entspr § 25 Abs 5 GmbHG] an und wünscht zur Vermeidung von Irrtümern auch in § 6 Abs. 3 statt ‚gegenüber den Gläubigern‘ zu sagen: ‚Soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist;‘ überdies solle auch an dieser Stelle in den Motiven betont werden, daß es sich nicht um eine direkte Haftung gegenüber den Gläubigern handle.“* Begründet wurde diese Einschränkung der Dispositionsbeschränkung ausweislich der (nicht finalen) EB zum GmbHG-Entwurf aus 1902 mit den im Vergleich zur AG einfacheren Verhältnissen der GmbH: *„Die einfacheren Verhältnisse der Gesellschaft mit beschränkter Haftung machen dagegen eine derartige Verschiebung der Beweisrollen nicht unumgänglich notwendig. Aus demselben Grunde wird die Wirkung von Verzichten auf bereits vorhandene Ersatzansprüche und von Vergleichen über solche nur soweit beschränkt, als dies das Interesse der Gläubiger erfordert.“* (Entwurf Juni 1902 samt Erläuternden Bemerkungen [ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg II und P 111–125, Karton 885] S 67). Auf Interessen der Minderheitsgesellschafter mussten die Gesetzesverfasser damals (noch) keine Rücksicht nehmen. Denn wie eingangs dargestellt (insb bei Fn 658), verzichteten die Gesetzesverfasser ursprünglich (bis zu den Beratungen Herrenhauskommission) auf gesetzlichen Minderheitenschutz und begnügten sich stattdessen mit der Möglichkeit der Selbstregulierung durch die Gesellschafter. Als später die Herrenhauskommission diesen Regelungsansatz revidierte und *doch* Minderheitenschutznormen einfügte, richtete sie den Blick vermutlich vorrangig auf das Minderheitsverlangen des Aktienentwurfs (§ 31 Abs 2 und § 41 Abs 6 idF Dezember 1900). Dabei könnte sie übersehen haben, dass das Fehlen eines korrespondierenden Widerspruchsrechts im Aktienentwurf lediglich durch die Geltung eines umfassenden Verzichts- und Vergleichs-

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden: Das Fehlen einer gesetzlichen Beschränkung für Dispositionen über Ersatzansprüche der Gesellschaft spricht nicht für die uneingeschränkte Wirksamkeit solcher Dispositionen.⁷⁹⁸ Vielmehr besteht insoweit eine Gesetzeslücke. Als Nächstes ist daher zu untersuchen, wie diese Lücke zu schließen ist. Zunächst wird zu den bestehenden Lösungsvorschlägen und Einzelargumenten Stellung bezogen; im Anschluss wird die eigene Ansicht dargestellt.

iii. Zur Unwirksamkeit mehrheitlicher Dispositionen

Nach einem Teil der Lehre⁷⁹⁹, die sich einem Judikat des OGH⁸⁰⁰ aus dem Jahr 1982 angeschlossen hat, kann sich der Geschäftsführer gegenüber der klagenden Minderheit nicht auf Verfügungen der Gesellschaft berufen, wenn diese nach der Anmeldung von Ersatzansprüchen iSd § 48 Abs 1 iVm § 38 Abs 3 GmbHG beschlossen wurde. Nach einer weitergehenden Ansicht⁸⁰¹ sind Mehrheitsbeschlüsse gegenüber der Minderheit *unabhängig* vom Zeitpunkt der Beschlussfassung unwirksam. Jedenfalls einstimmige Beschlüsse seien wirksam und könnten den Geschäftsführer auch gegenüber der Minderheit von der Haftung befreien.

Dieser Ansicht ist zugutezuhalten, dass sie die Notwendigkeit der (sofortigen) Unwirksamkeit von Mehrheitsdispositionen erkennt und damit die Hauptschwächen einer Anfechtungsobliegenheit vermeidet. Denn die angenommene Unwirksamkeit mehrheitlicher Dispositionsbeschlüsse ist zum einen unabhängig von einem Anfechtungsgrund und wurzelt vielmehr in der Klagemöglichkeit der Minderheit selbst. Zum anderen sind Beschlüsse sofort

verbots bedingt war. Dieses Verbot war wie erwähnt zwar prinzipiell in den GmbH-Entwurf übernommen worden, aber zwischenzeitlich auf Gläubigerinteressen „reduziert“ worden. Diese Rechtslage hat vielleicht den Blick auf die konzeptionelle Notwendigkeit einer Absicherung des Minderheitsverlangens verstellt. Das allg Verfügungsverbot des Aktienentwurfs stand zudem in keinem systematischen Zusammenhang mit dem Minderheitsverlangen. Auch die Denkschrift zum Aktienentwurf (ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420) begründete das Verfügungsverbot nur im Gründungsrecht und ohne Nennung eines speziellen Schutzinteresses lapidar damit, dass *„sonst die von dem Gesetze gewollte Haftung nur zu leicht durch Generalversammlungsbeschlüsse – deren Erzielung namentlich in der ersten Zeit des Bestandes einer Gesellschaft kaum auf Schwierigkeiten stoßen dürfte – illusorisch gemacht werden könnte.“* Richtigerweise hätte die Herrenhauskommission mit der Einführung aktienrechtlich geprägter Minderheitenschutzrechte auch das aus dem Aktienentwurf in den GmbH-Entwurf übernommene Verzichts- und Vergleichsverbot, das zunächst nur auf Gläubigerinteressen eingeschränkt wurde (vgl heute § 10 Abs 6 GmbHG idgF), wieder auf den Minderheitenschutz „ausdehnen“ müssen. Dabei hätte sich die Kommission an den entspr Normen des dHGB 1897 (§ 205, § 270) orientieren können (das wie erwähnt von vornherein kein absolutes Verfügungsverbot enthielt).

798 S schon Fn 696 f und Fn 729 und die dort zitierten Nw.

799 S Fn 702.

800 OGH 13.01.1982 1 Ob 775/81 (s Fn 706).

801 S Fn 715.

unwirksam, ohne dass die Minderheit den Mehrheitsbeschluss in einem besonderen Verfahren bekämpfen müsste und dadurch in Fristenprobleme geraten würde. Dem stehen allerdings Nachteile gegenüber. Die Hauptschwäche der angenommenen Unwirksamkeit von Mehrheitsbeschlüssen liegt wohl darin, dass sie eine dogmatische Erklärung schuldig bleibt.⁸⁰² Aus der (zweifelloso gebotenen) Effektivität der Minderheitsklage lässt sich mE zwar auf die Notwendigkeit einer Absicherung und damit auf das Bestehen einer Gesetzeslücke schließen, konkrete Rechtsfolgen (hier: die Unwirksamkeit des Beschlusses) lassen sich daraus aber nicht ableiten.⁸⁰³ Da die Gesellschaft kraft materiell-rechtlicher Anspruchszuständigkeit grundsätzlich frei über ihre Ansprüche disponieren kann, bedürfte es einer besonderen gesetzlichen Anordnung, um die prinzipielle Dispositionsfreiheit einzuschränken.⁸⁰⁴ Aus allgemeinen

802 Krit auch (zur OGH-E 1 Ob 775/81) *Schröckenfuchs* in FAH, GmbHG § 48 Rz 14 Fn 34 (dogmatische Grundlage nicht klar benannt); vgl idZ auch *R. Rastegar*, RdW 2019, 517 (520), der die dogmatische Untermauerung dieser Lehrauffassung darin sieht, dass in § 48 GmbHG eine allg Verfügungsschranke zum Ausdruck komme, die ähnlich wie § 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG eine relative Nichtigkeits-sanktion zugunsten der Minderheit enthalte. Diese pauschale Schlussfolgerung sei jedoch methodologisch nicht begründbar.

803 Auch der Verweis des OGH in 1 Ob 775/81 SZ 55/1 auf die E SZ 48/79 (2 Ob 356/74) stützt die angenommene Unwirksamkeit nicht, weil die dort entscheidungsgegenständliche Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG die Unwirksamkeit von Anspruchsdispositionen gerade gesetzlich anordnet (nach zutr Ansicht freilich nicht zum Schutz der Minderheit; s noch unten S 963 ff); eine gesetzliche Anordnung fehlt dagegen im GmbHG.

804 Schon das ROHG hatte in seinem Reformentwurf für das ADHGB 1884 (abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 258 ff) vorgeschlagen, dass jeder Aktionär (!) das Recht haben soll, Schadenersatzansprüche der Gesellschaft (allerdings nur wegen Verletzungen „*ausdrücklicher Vorschriften der Gesetze oder des Gesellschaftsvertrages*“, nicht wegen bloß sorgfaltswidriger Geschäftsführung) „*trotz des Entlastungsbeschlusses*“ binnen zwei Jahren geltend zu machen, und zwar auch ohne „*Anfechtungsrecht wegen Betruges oder Irrthums*“. Auch in diesem Fall wäre die Unwirksamkeit des Entlastungsbeschlusses aber gesetzlich angeordnet gewesen. Der Reformgesetzgeber ist dem ROHG-Gutachten in diesem Punkt ohnehin nicht gefolgt, sondern hat der verfolgungsberechtigten Minderheit zur Sicherung ihres Verfolgungsrechts ein korrespondierendes Widerspruchsrecht gegeben (Art 213d ADHGB 1884). Notwendig und daher gesetzlich konstitutiv angeordnet sind mE auch die gläubigerschützenden Dispositionsbeschränkungen (§ 10 Abs 6, § 25 Abs 7 GmbHG; vgl auch § 84 Abs 5 Satz 3 AktG). Für den Gesetzgeber von 1884 war freilich die Unwirksamkeit gegenüber den Gläubigern offenbar eine Selbstverständlichkeit: Aus dem Verfolgungsrecht (vgl heute § 84 Abs 5 Satz 1 AktG) „*folgt ferner von selbst*“, dass den Gläubigern der Anspruch nicht durch Gesellschaftsdispositionen entzogen werden kann, weil andernfalls das Verfolgungsrecht (ähnlich wie bei § 48 GmbHG) „*zu einem werthlosen Scheine herabsinken [würde]*“ (AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 463). Vgl aber die Kritik *Wieners* (Entwurf 100 f), die den Gesetzgeber immerhin zur Klarstellung in der AmtlBegr bewogen haben dürfte (gesetzlich normiert hat die [relative] Unwirksamkeit von Verzichten

Regeln folgt nur die Unwirksamkeit von Verfügungen zulasten Dritter; die Minderheit klagt gem § 48 GmbHG aber nicht einen materiell-rechtlich eigenen, sondern den (fremden) Gesellschaftsanspruch ein (arg § 48 Abs 1 GmbHG: „*Die der Gesellschaft [...] zustehenden Ansprüche*“). Wie sich außerdem zeigen wird, hält das Aktienrecht für das vorliegende Problem bereits passende Vorschriften bereit.

Eine weitere Schwäche der referierten Ansicht liegt mE darin, dass sie offen lässt, um welche Mehrheit es geht.⁸⁰⁵ Ungeklärt bleibt spiegelbildlich, welche Minderheit vor Dispositionen geschützt werden soll. Beschlüsse über einen Verzicht, Vergleich oder eine Entlastung bedürfen zwar grundsätzlich (nur) der einfachen Stimmenmehrheit. Was aber, wenn der Beschluss mit mehr als 90% des Stammkapitals gefasst wird, sodass die Opposition die 10%-Schwelle des § 48 GmbHG nicht erreicht? Soll dann der Beschluss aus Minderheitenschutzgründen unwirksam sein, obwohl es keine Minderheit (mehr) gibt, die in der Folge Ersatzansprüche einklagen könnte? Einstimmigkeit⁸⁰⁶ aller Gesellschafter ist zweifellos eine hinreichende, kann aber keine notwendige Voraussetzung für die Wirksamkeit des Beschlusses sein.⁸⁰⁷ Andernfalls könnte zwar jeder einzelne Gesellschafter die Disposition über den Anspruch durch negative Stimmabgabe verhindern, aber nur eine 10%-Minderheit könnte den

und Vergleichen erst das dHGB 1897 bzw das dAktG 1937; dazu noch näher unten S 796 ff).

805 Näher Stellung nehmend aber etwa *Simonishvili*, Entlastungsbeschlüsse 66 Fn 412: „*Gemeint ist von der einfachen Mehrheit bis zur 90%igen Mehrheit*“ (s aber noch Fn 811).

806 Für die Wirksamkeit eines Verzichts oder Vergleichs verlangt etwa *J. Reich-Rohrwig* (GmbH-Recht 416 mit Verweis auf OGH 03.07.1975, 2 Ob 356/74 SZ 48/79) dass dieser von sämtlichen Gesellschaftern einstimmig gefasst wird. Andere Autoren formulieren zurückhaltender, dass einstimmige Beschlüsse *jedenfalls* Entlastungswirkung entfalten (vgl *Haberer* in *U. Torggler*, GmbHG § 48 Rz 7; *Ch. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 4/225 Fn 742 [jew offenbar ohne die Voraussetzung, dass der Beschluss von allen Gesellschaftern gefasst wird]).

807 Vgl idS bereits die Denkschrift (abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 316) zu § 270 dHGB 1897 (entspricht iW § 136 öAktG idgF): „*Die Zustimmung sämtlicher die Minderheit bildenden Aktionäre kann nicht gefordert werden, da sonst jeder einzelne die Befugnis hätte, einen dem Interesse der Gesellschaft entsprechenden Ausgleich durch seinen Widerspruch zu verhindern.*“ Der Gesetzgeber von 1897 war mit einem ähnlichen Problem konfrontiert wie der Rechtsanwender angesichts der fehlenden Absicherung des § 48 GmbHG im geltenden GmbH-Recht. Denn das Widerspruchsrecht gem Art 213d ADHGB 1884, das der Absicherung des Minderheitsverlangens gem Art 223 ADHGB 1884 (entspricht iW § 134 öAktG idgF) dienen sollte, war insofern lückenhaft, als es sich – anders als Art 223 – nur auf Ersatzansprüche aus der Gesellschaftsgründung bezog (vgl § 43 öAktG idgF). Im verbleibenden Bericht (insb der laufenden Geschäftsführung) war das Minderheitsverlangen unter der Geltung des ADHGB 1884 daher ebenso wenig gegen Mehrheitsdispositionen gesichert, wie § 48 GmbHG im geltenden GmbH-Recht. Diese Lücke sollte durch § 270 dHGB 1897 geschlossen werden. S zum aktienrechtlichen Minderheitenschutz noch ausf im AG-Teil.

Anspruch auch durchsetzen. Dem Einzelgesellschafter wäre nicht geholfen, weil die Mehrheit den Anspruch schlicht verjähren lassen könnte. Die Erhaltung von Ersatzansprüchen im Gesellschaftsvermögen ist eben kein Selbstzweck,⁸⁰⁸ sondern rechtfertigt sich durch die anschließende Durchsetzung dieser Ansprüche. Ein Einstimmigkeitserfordernis wäre deswegen zur Absicherung des § 48 GmbHG weit überschießend. Aus gutem Grund gewährte bereits der Reformgesetzgeber von 1884 das Widerspruchsrecht gem Art 213d ADHGB 1884 „*der gleichen Minderheit*“⁸⁰⁹ wie für das Minderheitsverlangen gem Art 223.⁸¹⁰ Nicht jeder Mehrheitsbeschluss muss daher aus Gründen des Minderheitenschutzes unwirksam sein. Ein Mehrheitserfordernis von 90% des Stammkapitals (nicht der Stimmen)⁸¹¹ würde den Erfordernissen des § 48 GmbHG bereits Rechnung tragen. Ein Abstellen auf die Stimmrechte würde indessen keinen ausreichenden Schutz gewähren, weil das Klagerecht gem § 48 GmbHG nicht von einem Stimmrecht abhängt. Soweit die Stimmrechte sich nicht mit der Kapitalbeteiligung decken – was nicht zwingend der Fall sein muss –, könnte eine Minderheit uU zwar gem § 48 GmbHG Ersatzansprüche einklagen, ihre Klage aber nicht gegenüber der Mehrheit absichern.⁸¹² Und auch wenn Stimmrechte und Kapitalbeteiligung (im Regelfall) gleichlaufen, bliebe immer noch eine konzeptionelle Unschärfe, weil die Min-

808 Vgl (zu Art 213d ADHGB 1884) AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 470 ISp: „[...] so kann umgekehrt erwartet werden, da die Minderheit den Widerspruch nur erhebt, um die Verfolgung der Ansprüche der Gesellschaft herbeizuführen.“

809 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 470.

810 Vgl auch Kommissionsbericht ADHGB 1884, in stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 5. Legislaturperiode, IV. Session, 1884, 4. Band, Anlage 128, 1009 (1015): „*Daß gerade einer Minderheit, deren Antheile den fünften Theil des Grundkapitals ausmachen, das Recht des Widerspruchs eingeräumt ist, steht in Uebereinstimmung mit der bezüglichlichen Voraussetzung des in Artikel 223 aufgestellten Minoritätsrechts.*“

811 Insoweit unklar *Simonishvili*, Entlastungsbeschlüsse 66 Fn 412: „*Gemeint ist von der einfachen Mehrheit bis zur 90%igen Mehrheit*“ (s schon Fn 805). Vgl auch das „Minderheitenveto“ gem § 75 Abs 5 Satz 2 RegE-dGmbHG 1971 (BT-Drs VI/3088 S 21) (s Fn 796): „*Die Gesellschaft kann auf Ersatzansprüche nur verzichten oder sich darüber vergleichen, wenn die Gesellschafter dies beschließen. In den Fällen des Absatzes 3 ist der Verzicht oder Vergleich nur zulässig, wenn nicht eine Minderheit, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des Stammkapitals erreichen, gegen den Verzicht oder Vergleich stimmt.*“

812 Stimmrechte und Kapitalbeteiligung müssen nicht gleichlaufen. Stimmrechtslose Geschäftsanteile sind im GmbH-Recht zwar unzulässig (vgl nur *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 39 Rz 23 [Stand 01.05.2023]), denn gem § 39 Abs 2 Satz 2 Hs 2 GmbHG muss jedem Gesellschafter mindestens eine Stimme zustehen. Im Übrigen kann das Stimmgewicht aber beliebig verschoben werden (vgl § 39 Abs 2 Satz 2 Hs 1 GmbHG).

derheit als Klägerin (§ 48 GmbHG) gerade nicht bloß als Teil der Generalversammlung (als ordentliches Gesellschaftsorgan) tätig wird.⁸¹³

Die Ableitung der Beschlussunwirksamkeit direkt aus dem Minderheitsklagerecht hat einen weiteren Nachteil: Im Zeitpunkt der Beschlussfassung über einen Verzicht, Vergleich oder die Entlastung wird oftmals ungewiss sein, ob die Minderheit die Ersatzansprüche später auch tatsächlich einklagen wird. Die Unwirksamkeit würde daher einen Schwebezustand bewirken, weil die Geschäftsführer uU bis zur Anspruchsverjährung damit rechnen müssten, noch in Anspruch genommen zu werden.⁸¹⁴ Dieses (kumulierte) Haftungsrisiko würde sie zu einer risikoarmen Geschäftsführung anhalten, was längerfristig aber nicht nur für die Gesellschaft, sondern (mittelbar) auch für ihre Gesellschafter und Gläubiger nachteilig wäre. Der Gesetzgeber erkannte das Problem der negativen Auswirkungen einer überstrengen (indisponiblen) Organmitgliedshaftung auf den Risikoanreiz der Organmitglieder schon früh iZm dem Gläubigerschutz.⁸¹⁵ Aus den genannten Gründen hat er die Dispositionsbeschränkungen zugunsten der Gesellschaftsgläubiger (§ 25 Abs 5 und 7 GmbHG) auf den Kapitalschutz und das Verbot von Zahlungen nach Insolvenzreife beschränkt (§ 25 Abs 3 GmbHG), und sie bewusst nicht auf die bloße „kulpöse“ Geschäftsführung erstreckt (auch wenn das aus Wortlaut und Systematik nicht ersichtlich ist)⁸¹⁶. Auf derselben Erwägung beruht auch die Einschränkung der Dispositionsbeschränkungen

813 Plastisch iZm dem Widerspruchsrecht *Brodmann*, Aktienrecht (1928) § 205 Anm 3.b) (S 122): „Es genügt nicht, daß bei der Abstimmung über den Verzicht die überstimmte Minderheit diese Stärke erreicht. Sie muß auf Grund ihres Minderheitsrechts Widerspruch erheben. [...] Es handelt sich um verschiedene Entschlüssen. Wer gegen den Verzicht stimmt, vermeint damit in der Mehrheit zu bleiben und mit ihr zu gehen. Daß er auch gegen die Mehrheit vorgehen will, ist damit noch nicht gesagt“; s auch § 250 Anm 2a (S 303 f), wonach jenes Verständnis die Struktur des rechtlichen Zusammenhangs verkennen würde („[...] dort negative Auswirkung, Hemmung, hier positiver Eingriff durch eine Aktie oder durch die zusammengekommene Kraft mehrerer, weniger Aktien“). Im Übrigen kann der Widerspruch gem § 43, § 84 Abs 4 Satz 3 AktG auch noch nach der Beschlussfassung (aber noch innerhalb der Generalversammlung) erhoben werden (s bei Fn 835), während das Stimmrecht naturgemäß bei der Beschlussfassung auszuüben ist.

814 Krit auch *R. Rastegar*, RdW 2019, 517 (520); *Simonishvili*, Entlastungsbeschlüsse 66: Die Rechtswirkungen jeder mehrheitlich beschlossenen Entlastung stünden unter der Bedingung, dass die Ersatzansprüche nicht durch eine Klage gem § 48 GmbHG geltend gemacht werden.

815 S dazu noch ausf unten S 288 ff. Da Gesellschaftsgläubiger (im Gegensatz zu den Gesellschaftern) typischerweise nicht die Möglichkeit haben, ihre Absicht zur Geltendmachung von Gesellschaftsansprüchen formal kundzutun und dadurch den Organmitgliedern Planungssicherheit zu geben, bleibt dem Gesetzgeber nichts anderes übrig, als bestimmte Organpflichten und Ersatzansprüche von den Dispositionsbeschränkungen auszunehmen.

816 Zu den von § 25 Abs 5 und 7 GmbHG erfassten Ersatzansprüchen ausf unten S 231 ff.

gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (mit dem Verfolgungsrecht) auf grob fahrlässige Pflichtverletzungen außerhalb der qualifizierten Sorgfaltsverstöße (§ 84 Abs 3 AktG) gem § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG.⁸¹⁷

Vielleicht hat diese Erwägung den OGH und einen Teil der Lehre dazu veranlasst, die Unwirksamkeit von Mehrheitsbeschlüssen von der vorherigen Anmeldung von Ansprüchen iSd § 38 Abs 3 GmbHG abhängig zu machen. Hat nämlich eine Gesellschafterminderheit schon vor der Beschlussfassung über einen Verzicht, Vergleich oder die Entlastung die Geltendmachung der betroffenen Ersatzansprüche angemeldet (§ 38 Abs 3 GmbHG) und damit ihre Absicht zur Anspruchsdurchsetzung bekundet, können die Geschäftsführer nicht mehr auf die Haftungsbefreiungswirkung vertrauen.⁸¹⁸ Die Voraussetzung einer Willensbekundung durch die Minderheit vermeidet den erwähnten Schwebezustand, die damit einhergehende Ungewissheit über die Haftungsfolgen und die daraus resultierenden unerwünschten Folgen für die Risikobereitschaft der Geschäftsführer. Dieser Gedanke erinnert durchaus an die Anordnung des § 136 AktG, wonach die Gesellschaft auf einen Anspruch, dessen Geltendmachung die Minderheit schon gem § 134 AktG verlangt hat, nur verzichten oder sich darüber vergleichen kann, wenn von den die Minderheit bildenden Aktionären so viele zustimmen, dass die übrigen Aktionäre die Schwelle des § 134 Sätze 2 f AktG nicht mehr erreichen. Diese Bestimmung soll verhindern, dass die Mehrheit die von einer Minderheit bereits eingeleitete Anspruchsverfolgung durch Dispositionen über den Anspruch aushebelt. Im Unterschied zu der hier referierten OGH-Rsp und Lehrauffassung knüpft allerdings § 136 AktG an das Verlangen iSd § 134 AktG an, und nicht an das „Verlangen“ der Ergänzung der Tagesordnung gem § 38 Abs 3 GmbHG samt dem Antrag auf Geltendma-

817 Vgl schon zu Art 241 ADHGB 1884 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 509: Es könne „nicht gefordert werden [...], daß die Mitglieder des Vorstandes sich ungeachtet der ihnen von der Gesellschaft erteilten Entlastung noch nach Jahren Gläubigern gegenüber wegen ihrer Geschäftsführung verantworten sollen.“ Eine indisponible Haftung auch im Bereich der bloßen Geschäftsführung „würde auf das Verantwortungsbewußtsein des Vorstands lähmend wirken und nicht dem Vorteil der Gesellschaft dienen.“ (AmtlBegr AktG 1937/1938 180; abgedr auch bei *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 656 f; *Klausing*, AktG 71). Die Gewährleistung der Risikobereitschaft auf Leitungsebene war dem Gesetzgeber so wichtig, dass er sogar für *indisponible* (dh kraft gesetzlicher Dispositionsbeschränkungen für die Gesellschaftsgläubiger aufrechterhaltene) Ersatzansprüche die Geltendmachung mit einer nur fünfjährigen (nach zutr Ansicht objektiven [dazu noch unten S 1024 ff], und daher gegenüber der Regelverjährung stark verkürzten) Verjährungsfrist begrenzte (vgl § 25 Abs 6 GmbHG; § 84 Abs 6 AktG). Vgl dazu hier nur *Wiener*, Entwurf 102 f, auf den der Vorschlag der Fünfjahresverjährung zurückgeht. Demnach sollten „*Beunruhigungen mit Ansprüchen [...] nach einer kürzeren Zeit unmöglich sein.*“

818 Vgl idS *Ch. Nowotny*, RdW 1986, 263 (263); iZm der analogen Anwendung des § 136 AktG (die zu einem ähnlichen Ergebnis auf anderer dogmatischer Grundlage führt) auch *R. Rastegar*, RdW 2019, 517 (520).

chung von Ersatzansprüchen (ein vorheriger Beschlussantrag ist keine Voraussetzung für das Verlangen gem § 134 AktG)⁸¹⁹. Umgelegt auf das GmbH-Recht würde dem wohl am ehesten die Erhebung der Klage entsprechen, für die ein vorheriger Antrag auf Geltendmachung nur eine Voraussetzung ist (§ 48 Abs 1 GmbHG).

All diese Maßnahmen der Minderheitsgesellschafter bzw -aktionäre haben indessen gemeinsam, dass sie nicht als Verteidigungsmittel gegen Mehrheitsdispositionen konzipiert sind, sondern vielmehr *selbst* jenes Angriffsmittel sind, das gerade vor Mehrheitsdispositionen geschützt werden soll. Die verfolgungswillige Minderheit wäre daher gezwungen, den „Angriff“ der Mehrheit (Vernichtung des Anspruchs durch Verzicht, Vergleich oder Entlastung) mit einem präventiven „Gegenangriff“ zu kontern. Sie müsste der dispositionswilligen Mehrheit mit der Geltendmachung der Ansprüche zuvorkommen. Diese Notwendigkeit scheint aber besonders fragwürdig im Fall eines Beschlussantrags auf Geltendmachung (§ 48 Abs 1 GmbHG), von dem der OGH und ein Teil der Lehre wie erwähnt die Unwirksamkeit des mehrheitlichen Dispositionsbeschlusses abhängig machen. Denn der bloße Beschlussantrag bewirkt (anders als § 48 GmbHG und § 134 AktG) noch nicht selbst die Anspruchsdurchsetzung bzw verpflichtet nicht dazu, sondern bereitet sie lediglich vor. Die Mehrheit ist nicht unbedingt verpflichtet, für die Anspruchsgeltendmachung zu stimmen, sondern *qua* Treuepflicht nur dann, wenn es im Gesellschaftsinteresse liegt. Trotzdem soll der Mehrheitsbeschluss nach der referierten Ansicht infolge der Anmeldung gem § 38 Abs 3 GmbHG aber jedenfalls unwirksam sein. Außerdem scheint ein Beschlussantrag der Minderheit als Klagsvoraussetzung gerade dann entbehrlich, wenn die Mehrheit den Anspruch erklärtermaßen beseitigen möchte. Denn nach der gesetzlichen Wertung setzt die Klagserhebung voraus, dass die Minderheit zunächst auf „regulärem“ Weg (Beschlussfassung) scheitert.⁸²⁰ Mit dem beabsichtigten Beschluss über einen Verzicht, Vergleich oder die Entlastung gibt die Mehrheit aber implizit bereits zu erkennen, dass sie auch (umso eher) eine Anspruchsdurchsetzung ablehnt. Der vergleichende Blick auf § 136 AktG zeigt übrigens auch, dass die Unwirksamkeit des Mehrheitsbeschlusses eine gesetzliche Regelung erfordert und sich nicht schon aus dem Verfolgungsrecht selbst ergibt.⁸²¹ Das muss umso mehr gelten, wenn man die Unwirksamkeit nicht an

819 S zu dieser Tatbestandsvoraussetzung schon Fn 685.

820 S schon bei Fn 685.

821 Anderes könnte gelten, wenn die Anordnung des § 136 AktG nur klarstellenden Charakter hätte. Das ist aber nicht der Fall. § 270 dHGB 1897, auf den § 136 AktG idGF (über § 124 AktG 1937/1938) zurückgeht, sollte nämlich eine Minderheitenschutzlücke schließen, die dadurch entstanden war, dass sich das Widerspruchsrecht gem Art 213d ADHGB 1884 nur auf Gründungsansprüche bezog. Deshalb lief das Minderheitsverlangen (Art 223 ADHGB 1884) im Bereich der bloßen Geschäftsführung potenziell leer. Auch die damalige Lit leitete den Schutz vor Mehrheitsdispositionen nicht etwa aus dem Minderheitsverlangen selbst ab, sondern plädierte für eine analoge Erweiterung des Art 213d ADHGB 1884. S dazu ausf und mwN unten S 755 f.

das Verfolgungsrecht selbst (hier vergleichbar: an die Klage gem § 48 GmbHG) knüpft, sondern (schon) an das Verlangen iSd § 38 Abs 3 GmbHG als bloßer Klagsvoraussetzung (zum Vorschlag einer analogen Anwendung des § 136 AktG noch näher unten). Darüber hinaus wird es den Minderheitsgesellschaftern auch nicht immer möglich sein, der Mehrheit mit der Anspruchsdurchsetzung zuvorzukommen. Nun wird eine klagswillige Minderheit dem Mehrheitsbeschluss mit einem Antrag auf Geltendmachung von Ansprüchen gewiss leichter zuvorkommen können als mit der Klage gem § 48 GmbHG (die wie gesagt wohl das eigentliche Äquivalent des Verlangens gem § 134 AktG wäre). Allerdings ist auch dieser Weg für eine effektive Absicherung des Klagerichts unzureichend. Denn nach hM⁸²² kann der Antrag auf Geltendmachung von Ersatzansprüchen nicht einfach zum Tagesordnungspunkt „Entlastung“ gestellt werden (dasselbe wird man für andere Dispositionsarten annehmen müssen).⁸²³ Vielmehr ist ein eigener Tagesordnungspunkt erforderlich. Daher könnte die klagswillige Minderheit einem haftungsentlastenden Mehrheitsbeschluss nur zuvorkommen, wenn sie rechtzeitig (bis spätestens drei Tage ab dem Einberufungstag) die Ergänzung der Tagesordnung verlangt (§ 38 Abs 3 GmbHG), was ihr jedoch wegen ihres typischen Informationsdefizits nicht immer möglich sein wird.⁸²⁴ Dafür bleibt der Minderheit nicht viel Zeit, wenn sie von möglichen Ersatzansprüchen erst durch die Zustellung der (ursprünglichen) Tagesordnung erfährt (was nicht unüblich sein dürfte); gar keine Zeit bleibt ihr, wenn sie davon erst durch die Debatte in der Generalversammlung erfährt.⁸²⁵ Aber selbst, wenn der Minderheit die rechtzeitige Anmeldung des Ergänzungsverlangens gem § 38 Abs 3 GmbHG gelingen sollte, wäre dieser Weg für sie nicht immer gangbar. Sie müsste sich nämlich definitiv und fristauslösend (§ 48 Abs 2 iVm § 38 Abs 3 GmbHG) auf die Anspruchsdurchsetzung festlegen, obwohl sie uU gerade erst von möglichen Ersatzan-

822 Vgl (jewe zur AG) OGH 12.03.1991, 4 Ob 1588/90 ecolex 1991, 465 = RdW 1991, 78; RIS-Justiz RS0049412: „Nach herrschender Auffassung kann unter dem Tagesordnungspunkt „Entlastung“ kein Antrag auf Geltendmachung von Ersatzansprüchen gestellt werden.“ Ausf mit beachtlichen Argumenten J. Reich-Rohrwig, ecolex 1991, 460 (462); zur GmbH etwa Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 38 Rz 5; Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 38 Rz 14 (Stand 01.05.2023). Dagegen soll es zulässig sein, zum Tagesordnungspunkt „Entlastung“ oder „Genehmigung des Jahresabschlusses“ über eine Sonderprüfung abzustimmen (ebd). Ist der Bericht von Sonderprüfern angekündigt, soll ein Antrag auf Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen auch ohne gesonderte Ankündigung möglich sein (vgl nur J. Reich-Rohrwig aaO 462 mwN).

823 So aber offenbar iZm der analogen Anwendung des § 136 AktG R. Rastegar, RdW 2019, 517 (521). S dazu noch unten.

824 Vgl M. Neumayr, JBl 1990, 273 (280 f).

825 Vgl auch R. Rastegar, RdW 2019, 517 (521), der allerdings davon ausgeht, dass der Antrag auf Geltendmachung von Ersatzansprüchen als Gegenantrag gem § 38 Abs 5 GmbHG keiner vorherigen Ankündigung bedarf. Vgl zur AG schon W. Horowitz in Horowitz/Ullmann, Kommentar zum neuen Aktienrecht (1932) § 268 Anm 4 (S 224 f).

sprüchen erfahren und daher noch keine ausreichende Informations- und Entscheidungsgrundlage hat, aber gleichzeitig als Klägerin das Kostenrisiko des Schadenersatzprozesses trägt (§§ 40 ff ZPO).⁸²⁶

Aus demselben Grund ist übrigens auch der schon angesprochene § 136 AktG als Absicherung des Minderheitsverlangens gem § 134 AktG unzulänglich. Denn im Gegensatz zu den Widerspruchsrechten gem § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG bietet § 136 AktG keinen ausreichenden Schutz gegen Gesellschaftsdispositionen, die schon *vor* der Ausübung des Verlangens gem § 134 AktG beschlossen werden. Die verfolgungswillige Minderheit wäre ohne einen speziellen präventiven Schutz gezwungen, einer geplanten Mehrheitsdisposition mit ihrem Verlangen gem § 134 AktG zuvorzukommen. Allerdings kann auch das Verlangen iSd § 134 AktG nach hL⁸²⁷ nicht zum Tagesordnungspunkt „Entlastung“ erhoben werden, sondern erfordert einen eigenen Tagesordnungspunkt (und daher ggf eine Ergänzung der Tagesordnung).⁸²⁸ Die nötige Ergänzung der Tagesordnung (§ 109 AktG) wird der Minderheit jedoch wie gesagt wegen ihres typischen Informationsnachteils nicht immer (fristgerecht) möglich sein. Aus diesem Grund hat der deutsche Aktiengesetzgeber von 1965 den § 124 dAktG 1937 (entspricht § 136 öAktG idGF) gestrichen und zugleich die Schwellen der Widerspruchsrech-

826 Vgl nur mwN R. Rastegar, Gesellschafterklage 301; Kunz, Die Prozessstandschaft 129.

827 Vgl nur Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 134 Rz 10, 16 mwN; Csoklich in MüKo AktG⁵ § 147 Rz 153; S. Bydlinski/Potyka in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 134 Rz 8. S dazu auch Fn 828 und noch im AG-Teil zum Minderheitsverlangen gem § 134 AktG.

828 Schon nach der älteren Lit setzte das Minderheitsverlangen eine entspr Ankündigung in der Tagesordnung voraus (vgl hier nur hier nur Pinner in Staub, HGB II¹⁴ [1933] § 268 Anm 3 [S 668]; Goldschmit, Das neue Aktienrecht [1932] § 268 Anm 6 [S 184]). Deshalb wandte W. Horowitz (in Horowitz/Ullmann, Kommentar zum neuen Aktienrecht [1932] § 268 Anm 4 [S 224 f]; zit auch bei Pinner in Staub, HGB II¹⁴ [1933] § 268 Anm 3 [S 668]; s unten bei Fn 3030) schon unter der Geltung des dHGB 1897 gegen die hL (Verlangen kann nicht zum Tagesordnungspunkt „Entlastung“ ausgeübt werden) ein, dass das Minderheitsrecht dadurch in vielen Fällen vereitelt würde. So etwa, wenn sich das Bestehen von Ersatzansprüchen erst in der Versammlung oder kurz vorher herausstellt. Richtigerweise spricht die Schwierigkeit, einem Mehrheitsbeschluss mit dem Verlangen zuvorzukommen, um die Rechtswirkungen des § 270 dHGB 1897 (§ 136 AktG idGF) auszulösen, nicht gegen das Erfordernis einer Ankündigung, sondern für das Erfordernis einer (präventiven) Absicherung der Minderheit gegen Mehrheitsdispositionen. Insoweit war § 270 dHGB 1897 lückenhaft, weil sich das Widerspruchsrecht gem Art 213d ADHGB 1884 (planwidrig) nur auf Gründungsansprüche bezogen hatte; das allg Widerspruchsrecht des heutigen § 84 Abs 4 Satz 3 AktG wurde erst durch das AktG 1937/1938 geschaffen. Vgl idZ auch Amtl-Begr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 132: „Eine Minderheit, deren Anteile zusammen nicht 20 v.H. des Grundkapitals erreichen, ist somit gezwungen, sich schon vor der Hauptversammlung, in der über den Vergleich oder Verzicht beschlossen werden soll, zu sammeln und die Geltendmachung der Ersatzansprüche nach § 122 Abs. 1 AktG zu verlangen, bevor der Verzicht oder Vergleich beschlossen wird. Das wird ihr oft nicht möglich sein.“ S dazu auch Fn 829. Hierzu kann auf die Ausführungen im AG-Teil verwiesen werden.

te (§ 50 und § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG) an das Minderheitsverlangen (das nur 10% des Grundkapitals verlangte) angeglichen.⁸²⁹ Auf § 136 AktG als mögliche Analogiebasis werde ich gleich noch zurückkommen. Aber selbst dann, wenn es der Minderheit gelingen sollte, die Tagesordnung rechtzeitig zu ergänzen und das Verlangen gem § 134 AktG präventiv auszuüben, um eine mehrheitliche Anspruchsdisposition zu verhindern (§ 136 AktG), müsste sie ihr Verlangen notgedrungen zu einem Zeitpunkt ausüben, in dem sie uU erst kürzlich von möglichen Ansprüchen erfahren hat, folglich kaum Informationen hat, aber kraft gesetzlicher Anordnung das Kostenrisiko der Anspruchsverfolgung trägt (§ 135 Abs 4 AktG).

Die genannten Unzulänglichkeiten überraschen nicht weiter, wenn man sich noch einmal vergegenwärtigt, dass weder der Antrag auf Geltendmachung von Ersatzansprüchen noch die Klage gem § 48 GmbHG (oder das Verlangen gem § 134 AktG) als Verteidigungsmittel gegen Mehrheitsbeschlüsse gedacht sind. Sie sind vielmehr selbst jeweils das Angriffsmittel der Gesellschafterminderheit. Daher konnte (und musste) der Gesetzgeber diese Rechtsbehelfe auch nicht so ausgestalten, dass sie „sich selbst“ schützen können, dass also die Minderheit mit ihnen der dispositionswilligen Mehrheit zuvorkommen kann. Angriff ist daher nicht nur nicht die beste, sondern im vorliegenden Fall keine ausreichende Verteidigung gegen eine dispositionswillige Gesellschaftermehrheit. Zur Verteidigung gibt der (aktienrechtliche) Gesetzgeber der Minderheit vielmehr einen eigenen Rechtsbehelf an die Hand, nämlich das Recht, einen Verzicht oder Vergleich durch Widerspruch zu verhindern (§ 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG). Der Widerspruch ist primär eine *Reaktion* auf Mehrheitsdispositionen, keine eigenständige und darüber hinausgehende *Aktion* der Minderheit. Das Widerspruchsrecht soll die Minderheit zum einen (insoweit wie § 136 AktG) davor schützen, dass die Mehrheit ein Verlangen nachträglich durch Dispositionen über den Anspruch untergräbt, zum anderen sollte es der Minderheit aber auch präventiv ermöglichen, einen Verzicht oder Vergleich zu verhindern, um erst im Anschluss die betreffenden Ersatzansprüche verfolgen zu können.⁸³⁰ Dem-

829 S schon Fn 828 aE und AmltBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 165: „Auch § 124 AktG wird nicht in den Entwurf aufgenommen, weil die zur Minderheit gehörenden Aktionäre bereits durch andere Vorschriften (vgl. § 47 Satz 1, § 90 Abs. 4 Satz 3) hinreichend gegen einen Verzicht oder Vergleich der Gesellschaft auf den Ersatzanspruch geschützt sind.“ Vgl zur Angleichung der Beteiligungsschwellen der Widerspruchsrechte an jene des Minderheitsverlangens AmltBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 112 (zu § 50 dAktG) und 132 (zu § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG). S zum Ganzen auch noch ausf im AG-Teil unten S 773.

830 Die AmltBegr zu Art 223 ADHGB 1884 (abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 470) beschreibt diese umfassende Absicherungsfunktion des Widerspruchsrechts treffend: „Wie ohne jenes Widerspruchsrecht dem der Minorität hier zugesicherten Verfolgungsrecht der Boden entzogen wäre, so kann umgekehrt erwartet werden, daß die Minderheit den Widerspruch nur erhebt, um die Verfolgung

entsprechend ist der Widerspruch an keine weiteren Voraussetzungen (zB Gesellschaftsinteresse) geknüpft, sondern läuft insoweit mit dem Minderheitsverlangen gleich. Er bewirkt die Ablehnung des Beschlussantrags (Verzicht, Vergleich oder Entlastung) ohne ein besonderes Unwirksamkeitserklärungsverfahren.⁸³¹ Ein dennoch abgeschlossenes Rechtsgeschäft (zB Verzicht oder Vergleich) ist – mangels gesetzlich zwingenden Gesellschafterbeschlusses (vgl § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG)⁸³² – schwebend unwirksam.⁸³³ Außerdem erfordert der Widerspruch kein Stimmrecht⁸³⁴ und keine Ankündigung in der Tagesordnung; er kann auch noch nach der Beschlussfassung (aber noch in der HV)⁸³⁵ erklärt werden.⁸³⁶ Mit dem Widerspruch kann die Minderheit zielsicher die Anspruchsdisposition verhindern, um sich eine Durchsetzung offenzuhalten. Sie muss weder die Mitgesellschafter mit einem (insoweit überschießenden) Verfolgungsantrag überrumpeln (weshalb der Widerspruch auch keiner besonderen Ankündigung bedarf) noch sich selbst vorschnell auf eine Verfolgung festlegen. Das Widerspruchsrecht vermeidet daher die Schwächen der bisher besprochenen Lösungsansätze (insb einen Schwebezustand für die Organmitglieder), trägt aber zugleich den Minderheiteninteressen Rechnung, indem es dieselben Ausübungsvoraus-

der Ansprüche der Gesellschaft herbeizuführen. Das letztere Recht hat also in dem ersteren seine Voraussetzung. [...] Die Verfolgung findet statt, sofern ein Vergleich etc überhaupt noch nicht zur Verhandlung gelangt oder soweit er in einer früheren oder in derselben Generalversammlung durch die Mehrheit oder den Widerspruch der Minderheit verworfen ist.“

831 Vgl hier nur *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 84 Rz 113.

832 § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG spricht unmittelbar nur von der „Geltendmachung der Ersatzansprüche [...]“, erfasst nach allgM aber auch (ua) Verzichte und Vergleiche (statt aller *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 35 Rz 36 aE; *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler in U. Torggler*, GmbHG § 35 Rz 24).

833 AllgM; vgl (iZm § 84 Abs 4 Satz 3 AktG) nur *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 84 Rz 113; iZm § 136 AktG *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 136 Rz 7; *Csoklich in MüKo AktG⁵ § 147 Rz 163*. Vgl zum fehlenden Zustimmungsbeschluss nach § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG *Aburumieb/Gruber in FAH*, GmbHG § 35 Rz 68.

834 Vgl hier nur *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 84 Rz 113; *M. Arnold in KK-AktG⁴ § 50 Rz 18*.

835 Vgl hier nur *Zehetner in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 43 Rz 9; *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/274.

836 Dagegen müsste ein Verfolgungsantrag nach der Lit und dem OGH schon *vor* der Beschlussfassung über die Anspruchsdisposition vorliegen. Diese zeitliche Diskrepanz kann wohl durchaus relevant sein, wenn (was zumindest denkbar scheint) sich erst in der Abstimmung über den Dispositionsantrag herauskristallisiert, dass eine ausreichende opponierende Minderheit besteht. Denkbar ist das wohl nur bei (größeren) GmbH mit mehreren einander unbekannten Gesellschaftern. Solche GmbH sind zwar praktisch sehr selten, der Gesetzgeber hat jedoch die Einführung von Minderheitenrechten im GmbHG (§§ 45–48) – wenngleich rechtspolitisch fragwürdig (s Fn 663) – konzeptionell gerade mit der Eventualität kapitalistischer, AG-ähnlicher GmbH begründet (s oben zur Minderheitenklage gem § 48 GmbHG).

setzungen aufstellt, wie das Minderheitsverlangen.⁸³⁷ Allerdings verlangt das Widerspruchsrecht im Gegensatz zu den §§ 134 und 136 AktG nicht eine Beteiligung von 10% (uU 5%), sondern (noch) von 20% des Grundkapitals. Wie § 136 AktG kann daher auch das Widerspruchsrecht das Verlangen gem § 134 AktG nicht ausreichend absichern (dazu noch unten)⁸³⁸. Gleichwohl legt das Widerspruchsrecht nahe, den Minderheitenschutz (auch) im GmbH-Recht nicht von der vertrauenshemmenden Wirkung bestehender Mechanismen (konkret: dem Antrag auf Geltendmachung von Ansprüchen) abhängig zu machen, sondern stattdessen eine Übertragung der eigens dafür vorgesehenen aktienrechtlichen Instrumente zu erwägen. Auch auf das Widerspruchsrecht als mögliche Analogiebasis wird unten⁸³⁹ noch näher eingegangen.

Als Zwischenergebnis kann hier zunächst festgehalten werden, dass die von einem Teil der Lehre und dem OGH vertretene Unwirksamkeit von Mehrheitsbeschlüssen zwar die Schwächen einer Anfechtungsobliegenheit vermeidet, dafür aber eigene Schwächen aufweist. Vor allem entbehrt die Unwirksamkeit einer dogmatischen Begründung. Darüber hinaus ist sie in ihrer persönlichen Schutzwirkung einerseits zu weit, weil § 48 GmbHG nicht jeden einzelnen Gesellschafter, sondern eine 10%-Minderheit schützt, andererseits zu eng, weil sie (anders als § 48 GmbHG) auf das Stimmrecht abstellt. In zeitlicher Hinsicht ist der Schutz – sieht man die maßgebende Zäsur in der Anmeldung von Ansprüchen gem § 38 Abs 3 GmbHG – ebenfalls zu eng, weil die Minderheit auch gegen Mehrheitsdispositionen geschützt werden muss, die *vor* der Anmeldung gem § 38 Abs 3 GmbHG beschlossen werden. Andernfalls wäre sie genötigt, der Mehrheit mit der Anmeldung zuvorzukommen, was ihr jedoch nicht immer möglich sein wird. Der daher erforderliche (auch) präventive Schutz vor Mehrheitsdispositionen würde – ohne besondere Schutzvorschriften – jedoch einen unerwünschten Schwebezustand bewirken, der sich negativ auf den Risikoanreiz der Geschäftsführer auswirken würde. Auch dieser Lösungsansatz führt daher nicht zu befriedigenden Ergebnissen, macht aber das Fehlen einer besonderen gesetzlichen Anordnung zur Absicherung des Klagerechts gem § 48 GmbHG deutlich und lenkt den Blick zugleich auf das Aktienrecht als mögliche Analogiebasis.⁸⁴⁰

837 Damit entspricht das Widerspruchsrecht genau jenen Voraussetzungen, die sich aus den Unzulänglichkeiten der bisherigen Lösungsansätze gleichsam als „Negativ“ formulieren lassen.

838 S 190 ff.

839 S 190 ff.

840 Allg zum Zusammenfallen der Feststellung und Schließung einer Gesetzeslücke *Larenz, Methodenlehre*⁶ 401; ausf *Canaris, Die Feststellung von Lücken* 144 ff und *passim*.

c) Zur vorgeschlagenen Schließung der Lücke durch analoge Anwendung des § 136 AktG

Zuletzt hat R. Rastegar⁸⁴¹ vorgeschlagen, § 136 AktG zur Absicherung des Klagerechts gem § 48 GmbHG analog auf die GmbH anzuwenden. Unter das „Verlangen“ iSd § 136 AktG subsumiert er im GmbH-Recht den Antrag einer Minderheit auf Geltendmachung von Ersatzansprüchen. Damit gleicht seine Lösung im Wesentlichen der des OGH und eines Teils der Lehre, wonach Mehrheitsbeschlüsse ab der Anmeldung (der Geltendmachung) von Ansprüchen gem § 38 Abs 3 GmbHG unwirksam sind,⁸⁴² versteht diese Auffassung aber mit einer methodologischen Begründung. Zugutezuhalten ist dieser Lösung, dass sie die Schwächen einer (allgemeinen) Anfechtungsbliegenheit im Hinblick auf den Fristenkonflikt ebenso berücksichtigt wie die fehlende dogmatische Untermauerung und das unerwünschte Resultat eines Schwebezustands der vom OGH und einem Teil der Lehre postulierten Unwirksamkeit. Gleichwohl trifft die als Analogiebasis gewählte Bestimmung (§ 136 AktG)⁸⁴³ mE nicht das Richtige, und zwar aus mehreren Gründen, die oben zT schon vorweggenommen wurden.

841 R. Rastegar, RdW 2019, 517 ff; ders, Gesellschafterklage 309 ff.

842 S dazu schon oben S 149 ff, insb bei Fn 704.

843 R. Rastegar (RdW 2019, 517 [520]; Gesellschafterklage 322) spricht die Widerspruchsrechte gem § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG zwar an, zieht sie aber nicht als Analogiebasis in Betracht, sondern versteht sie offenbar als eigenständige Verfügungsbeschränkungen (indessen erwägt er sogar § 84 Abs 5 Satz 3 AktG als Analogiebasis [aaO 520 Fn 29]), verwirft dies aber, weil die GmbH-Gesellschafterminderheit größere Ähnlichkeit mit der Aktionärsminorität habe als mit den AG-Gläubigern). So konstatiert R. Rastegar (RdW 2019, 517 [520]; Gesellschafterklage 321 f), dass Verfügungsverbote im Aktienrecht wesentlich rigider geregelt seien, ua sei einer 20%-Minorität ein Widerspruchsrecht eingeräumt. Die strengeren Dispositionsschranken des Aktienrechts stünden der analogen Anwendung des § 136 AktG aber nicht entgegen. Denn unabhängig von den ansonsten bestehenden Vorschriften habe es der Gesetzgeber als notwendig erachtet, die Aushebelung des Minderheitenrechts durch die Einführung einer niedrigeren, sich mit dem Antragsquorum deckenden Sperrminorität zu verhindern. Daher könne man sogar umgekehrt argumentieren: Wenn ein solcher Mechanismus bereits im Aktienrecht erforderlich ist, dann müsse das umso mehr für das GmbHG gelten, in dem die Minderheit ohne die Vorschrift gänzlich schutzlos wäre. Hierzu ist mE jedoch zu bemerken, dass die Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG keinen komplementären Schutz im Verhältnis zu § 136 AktG bewirkt, sondern diese Bestimmung, die die grundsätzliche Verzicht- und Vergleichbarkeit noch voraussetzt, vielmehr weitestgehend funktionslos macht. Da die Sperrfrist auf einem gesetzgeberischen Irrtum beruht und (daher) systemwidrig ist, lassen sich aus ihr keine Rückschlüsse ziehen (dazu noch näher unten S 950 ff). Was das Widerspruchsrecht in § 84 Abs 4 Satz 3 AktG betrifft, wird dieses teilweise durch § 136 AktG (der ein niedrigeres Quorum verlangt) verdrängt und ist insoweit anwendungslos. Im verbleibenden Bereich, also soweit noch nicht eine Minderheit gem § 134 AktG die Anspruchsverfolgung verlangt hat, bewirkt das Widerspruchsrecht einen zusätzlichen (wenngleich wegen des überhöhten Quorums unzureichenden) Minderheiten-

Zum einen knüpft § 136 AktG an das aktienrechtliche Minderheitsverlangen gem § 134 AktG an (arg: „*dessen Geltendmachung die Minderheit gemäß § 134 Abs. 1 verlangt hat*“). Ein solches Verlangen gibt es im GmbH-Recht jedoch nicht.⁸⁴⁴ Dem Verlangen entspricht wie erwähnt funktional am ehesten

schutz. Insoweit stellt sich aber die Frage, weshalb ein solcher Schutz im GmbH-Recht ausbleiben soll. Wie unten noch näher begründet wird, ist das Widerspruchsrecht gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG ohnedies dahingehend zu korrigieren, dass es auf die gem § 134 AktG verfolgungsberechtigte Minderheit anzuwenden ist.

An anderer Stelle untermauert R. Rastegar (RdW 2019, 517 [522 bei Fn 36]) die Analogie zu § 136 AktG mit den Motiven zum Widerspruchsrecht gem Art 213d ADHGB 1884: Der Gesetzgeber des ADHGB 1884 habe mit Art 213d ADHGB 1884, der als funktionaler Vorgänger des § 48 GmbHG bezeichnet werden kann (Anm: Funktionaler Vorgänger des § 48 GmbHG ist allerdings nicht Art 213d, sondern das Minderheitsverlangen gem Art 223), ein gegen Vergleiche und Verzichte gerichtetes Widerspruchsrecht der Minderheit eingeführt und dabei den notwendigen Zusammenhang zwischen Verfügungsverbot und Minderheitenrecht betont (vgl auch den Hinweis auf die Motive zu Art 213d ADHGB 1884 RdW 2019, 517 [521 Fn 41]). Insoweit berücksichtigt diese Argumentation aber nicht, dass die Anordnung des § 136 AktG einerseits und die Widerspruchsrechte andererseits zwei ganz verschiedene Rechtsbehelfe sind, deren Verhältnis sich erst durch die historische Normgenese erschließt (s dazu bei Fn 863). Zwar betont R. Rastegar an anderer Stelle (Gesellschaftterklage 322 Fn 1784) zutr, dass die Widerspruchsrechte gem § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG historisch zur Absicherung des Verfolgungsrechts gedacht waren, was heute der Funktion des § 136 AktG entspricht. Dann hält er aber fest (ebd), dass der historische Gesetzgeber sich anstelle der nötigen Anpassung der Quoren für die Widerspruchsrechte für eine Verdoppelung der Widerspruchsrechte unter Beibehaltung der höheren Quoren (20%) und für die Schaffung eines zweiten Rechts mit verringerten Quoren (§ 270 dHGB 1897) entschieden habe, das auch begrifflich an das Verfolgungsrecht gekoppelt war. Allerdings ist mE zu beachten, dass § 136 AktG das (ältere) Widerspruchsrecht nicht etwa „abgelöst“ hat, sondern vielmehr seit jeher unzureichenden Schutz gewährt (weil es ein Verlangen voraussetzt), weshalb auch die Widerspruchsrechte für die Absicherung des Verfolgungsrechts noch relevant sind. S ausf zur historischen Genese der Minderheitenschutznormen im AG-Teil dieser Untersuchung.

Nach R. Rastegar lässt sich ein stimmigeres Ergebnis als die Analogie zu § 136 AktG *de lege lata* nicht begründen, weshalb Unstimmigkeiten (vgl Fn 847) zu dulden seien. *De lege ferenda* solle aber „über die Einführung einer spezifischen Verfügungsschranke zur Absicherung der Gesellschafterklage nachgedacht werden“, wie dies zB auch im Schweizer Recht (wo eine Widerspruchsmöglichkeit vorgesehen sei) oder im dänischen Recht der Fall sei (RdW 2019, 517 [522]). Dabei wird mE wie gesagt übersehen, dass auch das österreichische Aktienrecht mit den Widerspruchsrechten bereits eine solche spezifische Verfügungsschranke enthält; wenngleich wegen der überhöhten Quoren eine korrekturbedürftige (was aber mit der hier vorliegenden konzeptionellen Frage nichts zu tun hat). Das ist zugegebenermaßen nicht schon auf den ersten Blick ersichtlich, weil die Widerspruchsrechte zum einen wie gesagt überhöhte Minderheitsquoten verlangen und zum anderen (anders als § 136 AktG) nicht in einem systematischen Zusammenhang mit § 134 AktG stehen (dazu noch iZm der eigenen Lösung sogleich unten S 190 ff).

844 S zum Grund dafür s Fn 683.

die Klage gem § 48 GmbHG. Wie oben schon ausgeführt,⁸⁴⁵ ist das Verfolgungsrecht der Minderheit im GmbH-Recht offenbar nur deshalb als Klagerecht im eigenen Namen ausgestaltet, weil der GmbH-Gesetzgeber (mE zu Unrecht) davon ausging, dass die Gesellschaft Ersatzansprüche nicht mehr geltend machen kann, wenn die Generalversammlung dies einmal abgelehnt hat. Die analoge Anwendung des § 136 AktG auf den (bloßen) Antrag der Minderheit zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen lässt sich vielleicht noch mit dem Wortlaut („*verlangt hat*“) in Einklang bringen, weil die Minderheit damit (untechnisch) auch die Anspruchsverfolgung „verlangt“,⁸⁴⁶ in der Sache geht es aber um Verschiedenes: § 136 AktG zielt nicht primär darauf ab, das Vertrauen der Vorstandsmitglieder auf eine Haftungsbefreiung auszuschließen, wenn und weil die Minderheit ihr Interesse an der Anspruchsdurchsetzung bekundet hat; vielmehr geht es darum, dass ein Minderheitsverlangen, das die Gesellschaft zur Durchsetzung verpflichtet, nicht nachträglich durch die Mehrheit ausgehebelt werden kann. Diesem Regelungsziel würde in der GmbH wohl am ehesten entsprechen, dass die Gesellschaft nach Klageeinbringung durch die Minderheit nicht mehr über die eingeklagten Ansprüche disponieren kann. Die Gleichstellung des (bloßen) Beschlussantrags mit dem Verlangen iSd § 134 AktG führt wegen der unterschiedlichen Rechtswirkungen auch zu konzeptionellen Unschärfen. Dass Verzichte und Vergleiche unwirksam sind, wenn die Gesellschaft zur Geltendmachung der Ansprüche verpflichtet ist, lässt sich einsehen. Dagegen ist die Gesellschaftermehrheit nicht unbedingt verpflichtet, für einen Verfolgungsantrag zu stimmen, sondern auf Grundlage ihrer Treuepflicht nur dann, wenn es im Gesellschaftsinteresse liegt (materieller Minderheitenschutz). Dann wäre aber kaum zu rechtfertigen, dass der mehrheitliche Dispositionsbeschluss trotzdem in *jedem* Fall, also auch bei einer Klagsführung entgegen dem Gesellschaftsinteresse, unwirksam sein soll.⁸⁴⁷ Das könnte man allenfalls (wie der OGH und ein Teil der

845 S schon bei Fn 683.

846 Nach *R. Rastegar* (RdW 2019, 517 [521 Fn 37]; Gesellschafterklage 323 Fn 1785) ist diese Wortfolge („*verlangt hat*“) zwar iZm § 134 AktG zu sehen, für die analoge Anwendung im GmbH-Recht gelte aber nichts anderes.

847 Diese Rechtswirkung passt mE auch nicht ganz in das Konzept von *R. Rastegar*, der das Klagerecht gem § 48 GmbHG auf den Fall teleologisch reduzieren möchte, dass die Geltendmachung von Ansprüchen im Gesellschaftsinteresse liegt (RdW 2019, 517 [521]; dazu schon krit Fn 769). *R. Rastegar* konzidiert zunächst, dass die analoge Anwendung des § 136 AktG bedinge, dass eine Disposition zwecks Absicherung der Gesellschafterklage auch bei einem sachlich gerechtfertigtem Dispositionsbeschluss keine Wirkung entfaltet. Wie bei der rechtmäßigen Verfolgungsablehnung seien die legitimen Mehrheitsinteressen aber in anderer Form zu berücksichtigen: Wird der Ermessensspielraum nicht überschritten, könne die Gesellschafterklage (in teleologischer Reduktion des § 48 GmbHG) nicht erfolgreich sein. Die Korrektive der Gesellschafterklage (Kostenrisiko, Sicherheitsleistung und Schadenersatz gem § 48 Abs 4 und 5 GmbHG) würden reflexartig auch vor der missbräuchlichen Inanspruchnahme des § 136 AktG schützen. Hierin liegt mE allerdings eine Unschärfe. Denn infolge der

Lehre) aus der künftigen Möglichkeit einer Klage gem § 48 GmbHG ableiten, was aber einer tragfähigen dogmatischen Begründung entbehrt.

Unabhängig davon vermag eine Analogie zu § 136 AktG das Klagerecht gem § 48 GmbHG aus den oben schon angesprochenen Gründen nicht hinreichend abzusichern. Nach *R. Rastegar* soll es genügen, dass die Minderheit ihrer Absicht, Ersatzansprüche zu verfolgen, vor der Beschlussfassung über die geplante Disposition förmlich Ausdruck verleiht.⁸⁴⁸ Dafür reiche auch ein in der Generalversammlung gestellter Gegenantrag aus, der gem § 38 Abs 5 GmbHG keiner vorherigen Ankündigung bedürfe.⁸⁴⁹ Allerdings kann der Beschlussantrag auf Geltendmachung von Ansprüchen wie erwähnt nach hM⁸⁵⁰ *nicht* zum Beschlussgegenstand „Entlastung“ gestellt werden (dasselbe wird für wirkungsgleiche Dispositionen gelten müssen). Die hM hat einiges für sich, wenn man die Ratio des Ankündigungserfordernisses berücksichtigt. Die rechtzeitige und möglichst bestimmte Ankündigung der Tagesordnung (§ 38 Abs 1 f GmbHG) soll den Gesellschaftern eine ausreichende Vorbereitung auf die Generalversammlung ermöglichen.⁸⁵¹ Die Ge-

teleologischen Reduktion des § 48 GmbHG auf die Fälle einer Anspruchsdurchsetzung im Gesellschaftsinteresse laufen die Korrektive des § 48 Abs 4 und 5 GmbHG (die gerade Ausdruck des formellen Minderheitenschutzes sind) weitgehend leer (was mE von vornherein gegen eine teleologische Reduktion spricht [s Fn 769]). Die Minderheit muss maW nicht durch flankierende Korrektive von einer Klage abgehalten werden, die sie gar nicht erheben kann. Es sind daher nicht die Korrektive, sondern der Ausschluss der Klagemöglichkeit infolge der angenommenen Reduktion, der die Minderheit auch tendenziell von der Verhinderung mehrheitlicher Anspruchsdispositionen mittels § 136 AktG abhalten wird; denn von der bloßen Erhaltung der Ersatzansprüche hat die Minderheit wenig, wenn und weil die Mehrheit die Ansprüche – ohne eine Verfolgungsmöglichkeit der Minderheit – schlicht verjähren lassen kann. Es scheint indessen inkonsequent, im Hinblick auf die „Disziplinierung“ der Minderheit auf das Gesellschaftsinteresse einerseits zwar die Klagemöglichkeit gem § 48 GmbHG qua teleologischer Reduktion partiell auszuschließen (wodurch die *eigentlich* für die Disziplinierung vorgesehenen Korrektive funktionslos werden), andererseits aber bei der gebotenen Absicherung der Minderheitenklage sehr wohl auf die Disziplinierungswirkung der (nun funktionslosen) Korrektive zu rekurrieren. Konsequenterweise müsste man – der Ansicht *R. Rastegars* folgend – daher *arguendo* wohl auch die Unwirksamkeitsfolge des § 136 AktG (analog) korrigierend und im Einklang mit § 48 GmbHG auf jene Fälle beschränken, in denen die Anspruchsdurchsetzung im Gesellschaftsinteresse liegt. Das ist mE jedoch aus den genannten Gründen abzulehnen.

848 *R. Rastegar*, RdW 2019, 517 (521).

849 Vgl *R. Rastegar*, RdW 2019, 517 (521 bei Fn 37); *dens*, Gesellschafterklage 323 (Fn 1787).

850 S Fn 822 und die dort zitierten Nw.

851 Vgl nur RIS-Justiz RS0059753; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 38 Rz 5; EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 70; AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3752 f.

sellschafter sollen in der Versammlung nicht überrumpelt werden.⁸⁵² Mit diesem Regelungsgedanken lässt sich wohl auch erklären, weshalb die Stellung von Anträgen (zu einem angekündigten Tagesordnungspunkt) keiner gesonderten Ankündigung mehr bedarf (§ 38 Abs 5 GmbHG), denn mit der Stellung von Anträgen muss gerechnet werden. Anhand der Ratio zu beurteilen ist dann wohl auch die Frage, ob ein konkreter Antrag (zB auf Geltendmachung von Ersatzansprüchen) noch zu einem bestehenden, bereits angekündigten Tagesordnungspunkt gehört, oder in der Sache schon einen anderen – noch ankündigungsbedürftigen – Tagesordnungspunkt betrifft. Es wird darauf ankommen müssen, ob die Gesellschafter mit dem fraglichen Antrag rechnen müssen, sodass ihnen zumutbar ist, sich bei der Vorbereitung auf den angekündigten Tagesordnungspunkt auch auf den fraglichen Antrag vorzubereiten. Unter diesem Gesichtspunkt spricht tendenziell für die hM, dass die Vorbereitung auf und die Entscheidung über die Entlastung (oder wirkungsgleiche Dispositionen) nicht notwendigerweise voraussetzt, dass man sich auch schon über die Geltendmachung der Ansprüche Gedanken gemacht hat.⁸⁵³ Die Verweigerung einer Anspruchsdisposition bedeutet nämlich nicht zwangsläufig die Geltendmachung der betreffenden Ansprüche. Vielmehr können sich Gesellschafter mit der Entlastungsverweigerung (oder sonstiger Dispositionen) auch bloß eine (spätere) Geltendmachung offenhalten, etwa weil sie zur Schadensaufarbeitung noch weitere Informationen einholen wollen (ggf mittels Sonderprüfung). Folglich wären die übrigen (Minderheits-)Gesellschafter überrumpelt, wenn die gem § 48 GmbHG klagsberechtigte Minderheit zu einem mehrheitlich geplanten Dispositionsvorhaben ohne weiteres einen „Gegenantrag“ auf Anspruchsverfolgung stellen könnte. Die Erweiterung des Schutzes der klagsberechtigten Minderheit durch die Ersparnis einer Ankündigung infolge analoger Anwendung des § 136 AktG ginge damit auf Kosten der Mitgesellschafter. Sie ginge aber – was nicht übersehen werden darf – auch teilweise auf Kosten der klagsberechtigten Minderheit selbst. Die Minderheitenklage wäre zwar formal abgesichert, würde aber regelmäßig unattraktiv. Denn die Minderheit müsste sich zur Absicherung ihrer Klage definitiv und fristauslösend (§ 48 Abs 2 GmbHG) für die Anspruchsverfolgung entscheiden, obwohl sie (wegen ihres typischen Informationsnachteils) uU erst von möglichen Ersatzansprüchen erfahren und daher keine genügende Informations- und Entscheidungsgrundlage hat, zugleich aber das Kostenrisiko des Schadenersatzprozesses trägt (§§ 40 ff ZPO). Die Kombination aus unzureichender Informationsgrundlage, Klagsfrist und Prozesskostenrisiko dürfte für die Minderheit

852 Vgl nur *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 38 Rz 1 mwN.*

853 Bei der Abstimmung über die Sonderprüfung (s Fn 822) scheint indessen nicht derselbe Schutz geboten, weil (zur Vorbereitung einer Anspruchsverfolgung) nur Tatfragen geklärt werden sollen (vgl dazu *J. Reich-Rohrwig, eolox 1991, 460 [462]*).

wohl oft „prohibitiv“ wirken und sie letztlich davon abhalten, innerhalb der Frist des § 48 Abs 2 GmbHG die Klage einzubringen.⁸⁵⁴ Zugespitzt heißt das: Die Minderheit müsste die Absicherung ihrer Klage regelmäßig mit der Klage selbst bezahlen. Eine solche Absicherung wäre freilich kaum sinnvoll und kann vom Gesetzgeber nicht gewollt sein. Auf dieses Problem wurde oben schon iZm der Unwirksamkeitslösung des OGH und eines Teils der Lit hingewiesen – *dieses* Problem löst die Analogievariante *R. Rastegars* nicht; und zwar auch dann nicht, wenn man (entgegen der hM) die Stellung eines Verfolgungsantrags als „Gegenantrag“ zum Dispositionsvorhaben zulässt. Folgt man indessen der hM zu § 38 Abs 5 GmbHG und lässt einen Verfolgungsantrag ohne Ankündigung nicht zum Dispositionsvorhaben zu, wofür gute Gründe sprechen, bietet § 136 AktG analog ohnehin keine ausreichende Absicherung des Klagerechts. Die Minderheit müsste nämlich die Ergänzung der Tagesordnung verlangen, was ihr oft nicht gelingen wird. Demgemäß kommt die Analogielösung *R. Rastegars* nicht über das Schutzniveau der vom OGH und einem Teil der Lit angenommenen Unwirksamkeit mehrheitlicher Anspruchsdispositionen hinaus. Das gilt bei genauerem Hinsehen auch für den Absicherungsmechanismus. Denn § 136 AktG lässt Anspruchsdispositionen zu, sofern genügend Minderheitsaktionäre „zustimmen“.⁸⁵⁵ Darunter verstand der historische Gesetzgeber (vgl § 270 dHGB 1897) offenbar die positive Stimmabgabe für die geplante Disposition; die heutige Lit lässt zT auch eine formlose Zustimmung genügen.⁸⁵⁶ Beide Mechanismen können den nötigen umfassenden (auch präventiven) Schutz der Minderheit jedoch nicht gewährleisten, weshalb § 136 AktG auch in dieser Hinsicht defizient ist (dazu noch näher unten iZm der eigenen Lösung)⁸⁵⁷. Diese Über-

854 Die von *R. Rastegar* verlangte „Förmlichkeit“ der Kundgabe der Verfolgungsabsicht durch die Minderheit schließt zwar das Vertrauen der Ersatzpflichtigen auf eine Haftungsfreistellung aus (und verhindert dadurch einen unerwünschten Schwebezustand), sie stößt allerdings zu Lasten der geschützten Minderheit die Ingangsetzung der Klagsfrist an. Vgl idZ *R. Rastegar*, RdW 2019, 517 (521), wonach das Resultat nicht unnötig lange geduldet werden müsse, weil der Lauf der Jahresfrist mit dem Tag der Generalversammlung beginne (§ 48 Abs 2 GmbHG). Dagegen ist das Widerspruchsrecht gem § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG – als prototypisches Absicherungsinstrument – ähnlich förmlich, weil der Widerspruch in der Versammlung erhoben werden muss; der Widerspruch löst aber nicht die Klagsfrist aus, weil er (insoweit zweckmäßig) nur die Disposition verhindert, ohne schon die Anspruchsverfolgung einzuleiten (für die wie gesagt eigenständige Überlegungen und uU weitere Vorbereitungszeit nötig sein können). Außerdem kann der Widerspruch, wie oben ebenfalls schon erwähnt (s Fn 836), auch noch *nach* dem Dispositionsbeschluss ausgeübt werden.

855 Soweit ersichtlich geht *R. Rastegar* nicht näher darauf ein, was unter „zustimmen“ iSd § 136 AktG zu verstehen ist.

856 Vgl dazu Fn 869 bzw Fn 862.

857 S 190 ff.

legungen zeigen somit: Die vorgeschlagene Analogie zu § 136 AktG kann das Klagerecht gem § 48 GmbHG in keinem Fall ausreichend absichern.

Die Unzulänglichkeit der Analogie zu § 136 AktG resultiert nicht primär daraus, dass diese Bestimmung wie erwähnt *selbst* ungeeignet ist, das Minderheitsverlangen gem § 134 AktG hinlänglich abzusichern (weil sie nur Dispositionen nach einem Verlangen gem § 134 AktG erfasst). Denn dieser Umstand würde es rechtfertigen, § 136 AktG schon in seinem unmittelbaren Anwendungsbereich entsprechend zu korrigieren und die Erfordernisse des § 48 GmbHG im Rahmen des Analogieschlusses zu berücksichtigen (dazu noch unten)⁸⁵⁸. Diese Möglichkeit wird aber aus den genannten Gründen nicht dadurch umgesetzt, dass die Rechtswirkungen des § 136 AktG im GmbH-Recht zeitlich (nur) auf den Beschlussantrag einer Minderheit „vorverlegt“ werden (was mE genau betrachtet ebenfalls eine korrigierende Erweiterung bedeutet). Insoweit berücksichtigt die vorgeschlagene Analogie zu § 136 AktG nicht die (eigene) Korrekturbedürftigkeit des § 136 AktG als Analogiegrundlage – und geht daher iE nicht weit genug. Wie sich im Folgenden herausstellen wird (und auch schon angedeutet wurde), verspricht anstelle des § 136 AktG vielmehr das aktienrechtliche Widerspruchsrecht eine systemkonforme Lösung.

d) Eigene Lösung

i. Lückenschließung durch analoge Anwendung der Widerspruchsrechte gem § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG

Nach den bisherigen Überlegungen kann das Klagerecht gem § 48 GmbHG weder durch das Recht auf Beschlussanfechtung noch durch eine angenommene Unwirksamkeit mehrheitlicher Anspruchsdispositionen ausreichend abgesichert werden. Dazu bedarf es einer eigenen gesetzlichen Anordnung. Während eine solche Anordnung im GmbH-Recht fehlt, enthält das Aktienrecht gleich mehrere Normen, die eine Absicherung des Minderheitsverlangens gem § 134 AktG bezwecken: Nach § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG kann die Gesellschaft über Ansprüche aus dem Gründungshergang bzw aus der laufenden Geschäftsführung nur verzichten oder sich darüber vergleichen, wenn (neben anderen Voraussetzungen) nicht eine Aktionärsminderheit von 20% des Grundkapitals Widerspruch erhebt. Das gilt unabhängig davon, ob das Minderheitsverlangen schon ausgeübt wurde. Hat eine Minderheit bereits die Geltendmachung von Ansprüchen gem § 134 AktG verlangt, können Verzichte und Vergleiche gem § 136 AktG nur wirksam beschlossen werden, wenn von den die Geltendmachung verlangenden Aktionären so viele zustimmen, dass die übrigen nicht mehr die Schwelle des § 134 AktG erreichen (das gilt für alle

858 S 190 ff.

Ersatzansprüche)⁸⁵⁹. Wie schon angesprochen, bewirkt jedoch *keine* dieser Bestimmungen eine hinreichende Absicherung des Minderheitsverlangens, denn die Quoren der Widerspruchsrechte sind im Vergleich zu § 134 AktG zu hoch und § 136 AktG schützt nur eine Minderheit, die bereits die Anspruchsdurchsetzung verlangt hat. Ein umfassender Schutz erfordert allerdings, dass *die-selbe* Minderheit, die auch die Anspruchsdurchsetzung verlangen kann, vor Mehrheitsdispositionen geschützt wird, und zwar auch präventiv, bevor sie die Durchsetzung verlangt hat.⁸⁶⁰ Die im AktG bestehende Normsituation ist durchaus bemerkenswert, denn das ADHGB 1884, das erstmals der Minderheit ein Verfolgungsrecht gewährte, enthielt mit Art 213d ADHGB 1884 *nur ein* Widerspruchsrecht derselben 20%-Minderheit, die auch die Anspruchsgeltendmachung verlangen konnte (Art 223); das Widerspruchsrecht bezog sich jedoch (insoweit planwidrig zu eng) nur auf Ersatzansprüche aus dem Gründungsstadium (ihm entspricht heute § 43 AktG). Eine Reihe gesetzgeberischer Fehler im Laufe der Rechtsentwicklung hat dazu geführt,⁸⁶¹ dass das geltende Recht nun ein (zT redundantes und zT unzureichendes) Bündel verschiedener Korrektive für das Verlangen gem § 134 AktG bereitstellt.

Festzuhalten ist zwischenzeitlich somit, dass keine der aktienrechtlichen Absicherungsnormen – weder das Widerspruchsrecht (§ 43, § 84 Abs 4 Satz 3 AktG) noch das Zustimmungserfordernis gem § 136 AktG – ausreichenden Schutz gewährleistet, weil beide Mechanismen selbst korrekturbedürftig sind. Insofern lässt sich zwar noch kein relativ besser geeigneter Kandidat für eine Analogie ausmachen, allerdings kommt es auf die Korrekturbedürftigkeit nicht vorrangig an, weil beide Normen zweifellos den Zweck verfolgen, das Verfolgungsrecht der Minderheit (§ 134 AktG) umfassend gegen Mehrheitsdispositionen abzusichern. Entscheidend für die Auswahl einer Analogiebasis ist wohl primär, *wie* die Normen diesen Zweck verfolgen, weil sie dafür verschiedene Mechanismen vorsehen (und einander insofern widersprechen): Das Widerspruchsrecht verlangt, dass die Minderheit durch die ausdrückliche Ausübung des Widerspruchs (noch in der HV) aktiv tätig wird, während das Zustimmungserfordernis scheinbar, was so auch vertreten wird,⁸⁶² eine formlose Zustimmung (auch außerhalb der HV) genügen lässt (sodass für die Verhinderung einer Mehrheitsdisposition wenigstens begrifflich auch schon Passivität genügen würde). Welcher dieser Mechanismen eine systemkonforme Absicherung des Verfolgungsrechts ge-

859 Arg § 134 Abs 1 AktG: „Die Ansprüche der Gesellschaft gegen Aktionäre, gegen die nach den §§ 39 bis 41 und § 47 verpflichteten Personen aus der Gründung oder gegen die Mitglieder des Vorstands oder des Aufsichtsrats aus der Geschäftsführung [...]“.

860 Vgl dazu etwa Fn 828 und Fn 830. Ausf mwN noch zum Minderheitenschutz im AG-Teil.

861 S dazu ausf im AG-Teil unten S 755 ff.

862 Vgl hier nur Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 136 Rz 6 aE; Eckert/Schopper/Stritzke in Eckert/Schopper, AktG-ON^{1.00} § 136 Rz 4.

währleistet, ist zumindest nicht sofort (insb im Hinblick auf § 48 GmbHG) ersichtlich. Die Auswahl der geeigneten Analogiebasis erfordert daher zunächst eine Klärung des Verhältnisses der unterschiedlichen Absicherungsnormen. Dieses Verhältnis lässt sich bei bloßer Betrachtung des Normtextes kaum verstehen, sondern erschließt sich erst durch eine rechtshistorische Betrachtung, die besser dem aktienrechtlichen Teil dieser Untersuchung vorbehalten bleibt.⁸⁶³ Für die Lösung des hier behandelten Rechtsproblems muss das Ergebnis dieser Untersuchung freilich vorweggenommen werden, wobei hier ein kurzes Resümee der wesentlichen Entwicklungslinien genügen soll.

Das Widerspruchsrecht gem Art 213d ADHGB 1884 war, wie schon erwähnt, insoweit lückenhaft, als es sich nur auf Ersatzansprüche aus dem Gründungshergang bezog, während das Verlangen gem Art 223, das durch das Widerspruchsrecht abgesichert werden sollte, alle Ansprüche der Gesellschaft (insb auch aus der laufenden Geschäftsführung) erfasste. Im damaligen Schrifttum wurde diese Lücke erkannt und durch analoge Anwendung des Art 213d auf Ansprüche aus der Geschäftsführung geschlossen.⁸⁶⁴ In der Folge wollte der (deutsche) Gesetzgeber die Lücke mit § 270 dHGB 1897 schließen (entspricht § 136 AktG idgF).⁸⁶⁵ Allerdings schützte § 270 nur Minderheitsaktionäre, die die Geltendmachung von Ansprüchen bereits (gem § 268) verlangt hatten, vor (mehrheitlichen) Verzichten und Vergleichen. Ursächlich dafür war wohl ein verkürztes Verständnis des Art 213d ADHGB 1884 im damaligen Schrifttum, weswegen man das Problem offenbar nur darin gesehen hatte, dass die Mehrheit ein *schon erhobenes* Minderheitsverlangen *nachträglich* zu Fall bringen konnte.⁸⁶⁶ Damit lief das Minderheitsverlangen im Bereich der laufenden Geschäftsführung aber (immer noch) teilweise leer (sofern nämlich die Anspruchsgeltendmachung noch nicht verlangt wurde).⁸⁶⁷ Im Übrigen verstand ein Teil der zeitgenössischen Lit⁸⁶⁸ das Widerspruchsrecht gem Art 213d ADHGB 1884 offenbar (unzutr)

863 S unten S 755 ff.

864 Vgl dazu hier nur Staub, ADHGB^{3,4} (1896) Art 223 Anm § 3. b) (S 506 f).

865 Vgl Denkschrift dHGB 1897, abgedr bei Hahn/Mugdan, Materialien 316.

866 Offenbar vorbildhaft, aber wohl ungenau referiert (und selbst abl) Staub, ADHGB^{3,4} (1896) Art 223 Anm § 3. b) (S 506 f): „Die Annahme der meisten anderen Ausleger, Rings (Anm. 5) und Förtsch's (Anm. 3), Behrends (§ 126, Anm. 23) daß nach dem Ausspruch des Verlangens ein Vergleich oder Verzicht nur mit Zustimmung jener Minderheit erfolgen kann, hat im Gesetze keinen Ausdruck gefunden [...]“.

867 Krit damals schon Lehmann/Ring, HGB² (1913) § 270 Anm 1 (S 185 f): „Ihre [sc § 270] Anwendung setzt voraus, daß bereits ein dem § 269 Abs. 1 entsprechendes Minderheitsverlangen vorliegt. Die für Gründungsansprüche in § 205 gegebene Vorschrift ist hier offenbar nicht genügend berücksichtigt [...]“.

868 Vgl hier nur (s noch unten zur AG ausf Fn 3041) Staub, ADHGB^{3,4} (1896) Art 213d Anm 2 (S 427), nach dem die einfache Stimmenmehrheit und ein unterbliebener Widerspruch der Minderheit „[z]ur Zustimmung der [GV] gehört“, Art 223 Anm § 3 b) (S 506 f): „nur mit Zustimmung jener Minderheit“, „dieselbe Mehrheit“. Dagegen

bloß als qualifiziertes Mehrheitsquorum, weshalb § 270 dHGB 1897 wohl auch von einer Zustimmung spricht, mit der die (positive) Stimmabgabe gemeint ist (so noch § 136 AktG).⁸⁶⁹ Dem Gesetzgeber des dHGB 1897 unterlief noch ein weiterer Fehler: Er senkte zwar die Beteiligungsschwelle des Minderheitsverlangens (§ 268) auf 10% des Grundkapitals, um die Anspruchsverfolgung zu erleichtern, passte daran aber nur die Schwelle des § 270 an, nicht auch jene des Widerspruchsrechts in § 205 (ehemals Art 213d ADHGB 1884).⁸⁷⁰ Daher verlangte § 205 dHGB 1897 weiterhin eine Minderheitsbeteiligung von 20% des Grundkapitals (wie § 43 öAktG idgF), während das (abzusichernde) Verlangen nur noch 10% erforderte.⁸⁷¹ Damit lief das Minderheitsverlangen nun auch im Gründungsrecht teilweise leer, nämlich sofern die Minderheit zwar 10%, aber nicht 20% des Grundkapitals erreichte (wenn die Minderheit die Anspruchsdurchsetzung schon verlangt hatte, griff immerhin § 270)⁸⁷². In dieser (planwidrigen) Form übernahm das AktG 1937/1938 die Wirksamkeitsvoraussetzungen des § 205 dHGB 1897 (Sperrfrist, HV-Zustimmung und Widerspruchsrecht) dann nicht nur in das Gründungsrecht (§ 43 AktG 1937/1938), sondern „verallgemeinerte“ sie auch in den allgemeinen Haftungstatbestand als § 84 Abs 4 Satz 3 AktG 1937/1938. Dabei unterlag der Gesetzgeber jedoch insofern einem Irrtum, als er annahm, diese Verfügungsbeschränkungen hätten schon dem geltenden Recht entsprochen; tatsächlich hatten sie zuvor nur

mE zutr. *Brodmann*, Aktienrecht (1928) § 205 Anm 3.b) (S 122): „Es genügt nicht, daß bei der Abstimmung über den Verzicht die überstimmte Minderheit diese Stärke erreicht. Sie muß auf Grund ihres Minderheitsrechts Widerspruch erheben. [...] Es handelt sich um verschiedene Entschließungen. Wer gegen den Verzicht stimmt, vermeint damit in der Mehrheit zu bleiben und mit ihr zu gehen. Daß er auch gegen die Mehrheit vorgehen will, ist damit noch nicht gesagt“; s auch § 250 Anm 2a (S 303 f), wonach jenes Verständnis die Struktur des rechtlichen Zusammenhangs verkennen würde („[...] dort negative Auswirkung, Hemmung, hier positiver Eingriff durch eine Aktie oder durch die zusammengenommene Kraft mehrerer, weniger Aktien“).

869 Vgl. Denkschrift dHGB 1897, abgedr. bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 316.

870 In der Reichstagskommission war sogar vergeblich auf den drohenden Widerspruch mit § 270 dHGB 1897 hingewiesen worden. Vgl. referierend *Brodmann*, Aktienrecht (1928) § 205 Anm 3c (S 122). S. dazu noch im AG-Teil unten bei Fn 3058.

871 Ursächlich dafür war vielleicht, dass sich § 270 dHGB 1897 aufgrund seiner Anknüpfung an § 268 (wohl ebenfalls planwidrig) nicht nur auf Ansprüche aus der laufenden Geschäftsführung (nur diese Lücke hätte eigentlich geschlossen werden sollen), sondern auch auf Gründungsansprüche bezogen hat (für die aber schon § 205 galt). Dadurch könnte der Anschein entstanden sein, dass das Verlangen ohnedies bereits umfassend durch § 270 abgesichert war (wie erwähnt hielt man nur einen Schutz vor *nachträglichen* Dispositionen für geboten).

872 Insofern hätte man wohl das Widerspruchsrecht gem § 205 dHGB 1897 nur auf jene Fälle anwenden (wohl teleologisch reduzieren) müssen, in denen die Minderheit noch kein Verlangen ausgeübt hat. Insofern differenzierte § 205 (wie schon Art 213d ADHGB 1884) nämlich nicht und überschneit sich daher mit § 270; jedoch verlangte § 205 eine höhere Beteiligung.

im Gründungsrecht gegolten (§ 205 dHGB 1897).⁸⁷³ Ungeachtet dessen wurde mit § 84 Abs 4 Satz 3 (wenn auch „versehentlich“) die bisherige Minderheitenschutzlücke geschlossen, die § 270 dHGB 1897 offengelassen hatte. Da mit § 205 dHGB 1897 aber auch das überhöhte Beteiligungsquorum übernommen wurde, konnte die Lücke nur zum Teil geschlossen werden; das Minderheitsverlangen lief nun (wie schon zuvor im Gründungsrecht) auch im Bereich der laufenden Geschäftsführung zwar nicht mehr zur Gänze, aber immerhin noch teilweise leer, nämlich sofern die Minderheit zwar 10%, aber nicht 20% des Grundkapitals hielt. Nun gab es also zwei Widerspruchsrechte, wovon das eine (§ 43 AktG) Gründungsansprüche und das andere (§ 84 Abs 4 Satz 3 AktG) alle anderen Ansprüche erfasste; beide Widerspruchsrechte verlangten aber eine überhöhte Beteiligung. Gegen nachträgliche Dispositionen (nach Ausübung des Verlangens) war die Minderheit durch § 136 AktG gesichert, der sich insoweit mit den Widerspruchsrechten überschneidet.⁸⁷⁴ Der deutsche Gesetzgeber von 1965 hat diese verworrene Rechtslage wie erwähnt⁸⁷⁵ saniert, indem er § 124 dAktG 1937 (entspricht § 136 öAktG idgF) ersatzlos gestrichen und stattdessen die Schwellen der beiden Widerspruchsrechte im Einklang mit dem Minderheitsverlangen auf 10% des Grundkapitals gesenkt hat. Da der österreichische Gesetzgeber insoweit untätig geblieben ist, befindet sich das geltende Aktienrecht nach wie vor auf dem Stand des AktG 1937/1938 (und damit im Wesentlichen auf dem Stand des dHGB 1897).

Dieser historische Abriss zeigt: Das Widerspruchsrecht ist das gesetzliche Mittel der Wahl zur Absicherung des Verfolgungsrechts der(selben) Minderheit. Dabei ist der Widerspruch konzeptionell das Pendant zum Verfolgungsrecht, weil die Minderheit damit ebenfalls als „außerordentliches Organ“ trotz eines entgegenstehenden Mehrheitsbeschlusses unmittelbar (ohne Anfechtungsverfahren) das Gesellschaftsinteresse durchsetzen kann. Oben wurde schon darauf hingewiesen, dass das Widerspruchsrecht die Defizite der bisherigen Lösungsvorschläge vermeidet. Es ist nur historischen Fehlern und Irrtümern geschuldet, dass das Widerspruchsrecht der ihm zugedachten Rolle nie ganz gerecht werden konnte, weil es zunächst nicht alle verfolgbaren Ansprüche erfasste (Art 213d ADHGB 1884) und seit dem dHGB 1897 überhöhte Quoren voraussetzt (dazu noch sogleich). Demgegenüber entpuppt sich das Zustimmungserfordernis des § 136 AktG historisch gesehen als ein durch literarische Fehldeutungen misslungener Versuch des dHGB 1897, das lückenhafte Widerspruchsrecht des Art 213d ADHGB 1884 im gebotenen Einklang mit dem Minderheitsverlangen (Art 223) auf alle verfolgbaren Ansprüche zu ver-

873 Vgl AmtlBegr AktG 1937/1938 181 (abgedr auch bei *Klausing*, AktG 72): „*Verzichte und Vergleiche der Gesellschaft auf entstandene Ersatzansprüche sind, wie nach geltendem Recht, nur unter erschwerten Bedingungen zulässig.*“

874 S Fn 872.

875 S bei Fn 829.

allgemeinern. Diese (eigentliche) Regelungsabsicht spräche dafür, für die Zustimmung iSd § 270 dHGB 1897 (§ 136 AktG idgF) schon das Unterbleiben eines Widerspruchs genügen zu lassen (dh umgekehrt: für die Verhinderung einer Anspruchsdisposition die ausdrückliche Erklärung eines Widerspruchs zu verlangen). Ein solches korrigierendes Verständnis wäre sogar notwendig, weil die Deutung der „Zustimmung“ als (positive) Stimmabgabe (umgekehrt: die Verhinderung einer Anspruchsdisposition durch Dagegenstimmen) gar nicht die nötige Absicherung des Verfolgungsrechts gewährleisten könnte (sowohl vor als auch nach der Klage). Das Klagerecht gem § 48 GmbHG knüpft nämlich (wie das Verlangen gem § 134 AktG und wie das Ergänzungsverlangen gem § 38 Abs 3 GmbHG) nicht an Stimmrechte, sondern an die Kapitalbeteiligung an (dazu schon allg krit oben)^{876, 877} Das Zustimmungserfordernis gem § 136 AktG ist somit nicht nur korrekturbedürftig, es ist am Maßstab des Widerspruchsrechts korrekturbedürftig. Diese Erkenntnis könnte nun dazu anhalten, zwar das Zustimmungserfordernis als Analogiebasis für das GmbHG zu wählen, es aber korrigierend als (umfassendes) Widerspruchsrecht anzuwenden. Viel näher liegt dann freilich, direkt die bestehenden Widerspruchsrechte (§ 43, § 84 Abs 4 Satz 3 AktG) als Analogiebasis herauszugreifen. Sie

876 S 172 ff.

877 Soweit die Zustimmung iSd § 136 AktG in der Lit (abweichend vom gesetzgeberischen Verständnis) auch formlos zugelassen wird (s Fn 862), werden dadurch zwar die Defizite der Stimmrechtsabhängigkeit vermieden, allerdings ist eine systemkonforme Absicherung des Verfolgungsrechts nicht ganz ohne Rekurs auf das Widerspruchsrecht möglich. Das gilt zunächst jedenfalls für die Verweigerung der Zustimmung durch bloße Untätigkeit (was vom Wortlaut gedeckt wäre). Das wäre zwar nach Ausübung des Verlangens denkbar, nicht aber für die (notwendige) präventive Absicherung des Verfolgungsrechts. Dadurch entstünde nämlich für die Ersatzpflichtigen (noch mehr als beim Abstellen auf die Stimmabgabe) ein systemwidriger Schwebezustand (dazu schon allg oben S 172 ff). Im Übrigen mutet der Gesetzgeber der Minderheit auch dann die (aktive) Erhebung eines Widerspruchs zu, wenn sie die Verfolgung von Ersatzansprüchen bereits verlangt hat, sodass es (nur) um die nachträgliche Absicherung gegen Mehrheitsdispositionen geht. Vgl idZ AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 470, wonach zwar einer „statthaften Verfolgung durch eine spätere wirksame Beschlussfassung der Generalversammlung über einen Vergleich oder Verzicht ein Ende gemacht werden kann“, aber „in der späteren Versammlung [...] gegen denselben die gleiche Minderheit Widerspruch erheben und dadurch das Verfolgungsrecht für die Gesellschaft erhalten [kann und mag].“ In Betracht käme dagegen grundsätzlich eine aktive (formlose) Verweigerung der Zustimmung. Allerdings müsste die Verweigerung, um nicht ebenfalls einen Schwebezustand herbeizuführen, ausdrücklich und noch innerhalb der Generalversammlung erklärt werden. Damit wäre sie freilich nicht mehr weit vom „Widerspruch“ iSd § 43, § 84 Abs 4 Satz 3 AktG entfernt. Tatsächlich ließe sich eine systemkonforme Verweigerung ohne Rekurs auf das Widerspruchsrecht wohl kaum näher konturieren. Dann liegt es aber näher, bei der Lückenschließung im GmbH-Recht von vornherein an das Widerspruchsrecht anzuknüpfen (s weiter im Fließtext).

sind – wie die historische Rückblende gezeigt hat – wesentlich näher am ursprünglichen gesetzlichen „Idealmodell“ als § 136 AktG.

Gegen eine analoge Anwendung der Widerspruchsrechte scheint indessen zu sprechen, dass ihre Beteiligungsquoten im Verhältnis zu § 134 AktG – und auch zu § 48 GmbHG – seit dem dHGB 1897 überhöht sind (das mag auch der Grund dafür sein, dass die Widerspruchsrechte bislang soweit ersichtlich nicht in Betracht gezogen worden sind).⁸⁷⁸ Allerdings ist die Korrekturbedürftigkeit der Widerspruchsrechte mE unerheblich für ihre analoge Anwendung. Durch den Analogieschluss wird nämlich die Rechtsfolgenanordnung einer Norm (hier: die Unwirksamkeit von Anspruchsdispositionen) auf Sachverhalte angewendet, die vom äußersten Wortsinn des Tatbestands zwar nicht erfasst sind, aber nach der Wertung der Norm erfasst sein müssten.⁸⁷⁹ Den Widerspruchsrechten gem § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG liegt ohne jeden Zweifel die Wertung zugrunde, dass das Verfolgungsrecht der(selben) Minderheit effektiv gegen mehrheitliche Anspruchsdispositionen abgesichert sein soll.⁸⁸⁰ An dieser Wertung und ihrer Maßgeblichkeit für die analoge Anwendung ändert auch nichts, dass ihr die Tatbestände der § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG wegen der planwidrig überhöhten Beteiligungsquoten (begrifflich) selbst nicht ganz entsprechen. Das legt vielmehr nahe, die Quoten der Widerspruchsrechte auch in ihrem unmittelbaren (aktienrechtlichen) Anwendungsbereich im Einklang mit § 134 AktG berichtigend anzuwenden. Tatsächlich können die Widerspruchsrechte mE *de lege lata* korrigiert werden. Denn es entspricht zweifellos der Absicht des Gesetzgebers, das Minderheitsverlangen gem § 134 AktG effektiv gegen Mehrheitsdispositionen abzusichern. Eine Korrektur der dafür vorgesehenen (aber unzureichenden) Korrektivbestimmungen verwirklicht daher lediglich die nachweisliche Absicht des Gesetzgebers. Zur methodologischen Begründung und Legitimität einer solchen Gesetzesberichtigung⁸⁸¹ wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf den AG-Teil verwiesen.⁸⁸² Jedenfalls sollte im GmbHG *de lege ferenda* ein passen-

878 S oben Fn 843.

879 Statt vieler *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 475, 477; *Kramer*, Methodenlehre⁶ 231 (der auch darauf hinweist [Fn 660], dass eine Analogie nicht zwingend eine wörtliche identische Anwendung bedeuten muss); *Kerschner/Kehrer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ §§ 6, 7 Rz 64. S auch RIS-Justiz RS0008826.

880 Denkbar wäre wohl auch eine Gesamtanalogie aus § 43, § 84 Abs 4 Satz 3 und § 136 AktG, denen sich (wenngleich im Einzelnen widersprüchlich) dieselbe gemeinsame Grundwertung entnehmen lässt. Diese Wertung ließe sich in etwa wie folgt abstrahieren: „Die Mehrheit darf nur mit Zustimmung der verfolgungsberechtigten Minderheit über verfolgbare Ersatzansprüche disponieren“. Allerdings kommt es für die Absicherung des Verfolgungsrechts, wie im Fließtext gezeigt werden sollte, gerade auf den konkreten Mechanismus der „Zustimmung“ an, nämlich auf den Widerspruch. Deshalb ist mE die Einzelanalogie vorzuziehen.

881 Allg zur Berichtigung gesetzgeberischer Fehler insb *Engisch*, Einführung¹² 247.

882 S unten S 774 ff.

des Widerspruchsrecht der gem § 48 GmbHG klagsberechtigten Minderheit vorgesehen werden.⁸⁸³

De lege lata lässt sich für die GmbH nach dem bisher Gesagten festhalten: Verzichte und Vergleiche (sowie wirkungsgleiche Geschäfte) sind gem § 43, § 84 Abs 4 Satz 3 AktG *per analogiam* unwirksam, wenn Gesellschafter, die nach § 48 GmbHG klagslegitimiert sind (insb mit einer Beteiligung von zumindest 10% des Stammkapitals), gegen den Beschluss Widerspruch erheben.⁸⁸⁴ Zu den Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Widerspruchs wurde oben schon Einiges gesagt; im Übrigen wird auf die Ausführungen im aktienrechtlichen Teil dieser Untersuchung verwiesen. Aus praktischer Sicht ist das Widerspruchsrecht kein Ersatz für den „Anfechtungsweg“, sondern vielmehr ein *zusätzliches* – oft wohl effektiveres – Schutzinstrument der Minderheit.

ii. Absolute oder relative Unwirksamkeit?

Fraglich könnte speziell im GmbH-Recht noch sein, ob die Klagsbefugnis im eigenen Namen gem § 48 GmbHG der analogen Anwendung der aktienrechtlichen Bestimmungen entgegensteht. Denn nach § 134 AktG kann eine Aktionärsminorität (nur) verlangen, dass die Gesellschaft Ersatzansprüche geltend macht. Während Gesellschaftsdispositionen bei dieser Konstruktion wohl *absolut* unwirksam sein müssen, wäre im GmbH-Recht auch eine bloß *relative* Unwirksamkeit gegenüber der (im eigenen Namen) klagenden Minorität denkbar. Die Disposition wäre dann zwar gegenüber der Gesellschaft wirksam, die klagende Minorität wäre daran aber nicht gebunden.⁸⁸⁵

Der richtige Ansatzpunkt dürfte die Vorfrage sein, weshalb der GmbH-Gesetzgeber der Minorität überhaupt – abweichend vom dHGB 1897 und dem österreichischen Aktienentwurf von 1900 – ein eigenes Klagerecht

883 Vgl *de lege ferenda* für die Etablierung eines Widerspruchsrechts in der GmbH wie in der AG auch *Kalss in Jahn*, Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat 52 (68), die jedoch *jedem* Gesellschafter ein Widerspruchsrecht einräumen und die Festlegung einer höheren Schwelle von bis zu 10% im Gesellschaftsvertrag zulassen will.

884 Wendet man die hier vertretene Auffassung auf den vom OGH in der eingangs referierten E vom 13.01.1982 (1 Ob 775/81 SZ 55/1 [Fn 706]) entschiedenen Sachverhalt an, hätte das bedeutet: Da die Klägerin mit 10% des Stammkapitals an der Gesellschaft beteiligt war, hätte sie den Entlastungsbeschluss (unbeschadet einer Anfechtung wegen der Verletzung des Stimmverbots) durch Widerspruch gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG analog verhindern können. Die Unwirksamkeit des Entlastungsbeschlusses hätte die Klägerin dann im Schadenersatzprozess einwenden können.

885 So könnte man auch die OGH-E aus 1982 (1 Ob 775/81 [Fn 706]) verstehen, der zufolge „*ein nach Antragstellung der Minorität nach § 48 Abs. 1 GmbHG erfolgter Mehrheitsbeschluss auf Entlastung des Geschäftsführers (§ 35 Abs. 1 Z 1 GmbHG) vom Geschäftsführer der sodann klagenden Minorität nicht eingewendet werden kann [...]*“. Für relative Unwirksamkeit möglicherweise auch *Felzl/Told in Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 150.

verliehen hat. Nach *Bondi*⁸⁸⁶ beruht diese Konstruktion auf der damaligen Überzeugung, dass nach Ablehnung eines Antrags auf Geltendmachung von Gesellschaftsansprüchen durch die Generalversammlung eine Geltendmachung durch die Gesellschaft nicht mehr möglich sei. Die überstimmte Minderheit könne daher nur im eigenen Namen, und nicht namens der Gesellschaft klagen. Diese Prämisse ist insofern verwunderlich, als das zeitgenössische deutsche Aktienrecht einer Minderheit mit § 268 dHGB 1897 sehr wohl das Recht gewährte (auch nach einem ablehnenden Mehrheitsbeschluss), die Geltendmachung im Namen der Gesellschaft zu verlangen (so auch § 134 AktG idGF).⁸⁸⁷ Außerdem könnte auch die Mehrheit, die die Verfolgung von Ansprüchen zunächst abgelehnt hat, ihre Meinung später ändern und die Geltendmachung der Ansprüche beschließen, denn die bloße Ablehnung der Anspruchsdurchsetzung bedeutet grundsätzlich noch keinen Verzicht.⁸⁸⁸ Warum das nicht auch der Minderheit (die der Mehrheit insoweit gerade gleichgestellt werden soll) möglich sein sollte, ist mE nicht erklärlich (und wird wie gesagt auch im geltenden Recht durch § 134 AktG widerlegt). Offenbar wollten auch die GmbH-Gesetzesverfasser eigentlich die aktienrechtliche Konstruktion als Minderheitsverlangen beibehalten und scheinen nur durch die oben genannte Prämisse daran gehindert gewesen zu sein. Dementsprechend verstand die Herrenhauskommission auch die *im eigenen Namen* klagende Minderheit (insoweit freilich unscharf) als „außerordentliches Organ“ der Gesellschaft.⁸⁸⁹ Sie sollte im Gesellschaftsinteresse „*an Stelle der Generalversammlung und gegen den Willen derselben das gute Recht der Gesellschaft zur Geltung bringen*“.⁸⁹⁰ Dass die Minderheit nach der gesetzlichen Vorstellung das Gesellschaftsinteresse verwirklicht, spricht mE dafür, dass sie das auch mit Wirkung für die (präsumtiv befangene) Gesellschaftermehrheit tut, so dass der mehrheitlich beschlossene Dispositionsbeschluss infolge eines wirksamen Widerspruchs durch die Minderheit auch im Verhältnis zur

886 Vgl *Bondi*, Rechte der Aktionäre 256 mwN, der eine Klage im eigenen Namen *de lege ferenda* auch für das Aktienrecht befürwortete. So auch *Kunz*, Die Prozessstandschaft 134: In Anbetracht des Kostenrisikos der Aktionärsminorität (§ 134 Abs 4 AktG) sei die Prozessstandschaftslösung des GmbHG vorzuziehen, um der Minoritäten auch einen adäquaten Einfluss auf die Prozessführung zu ermöglichen.

887 Darüber hinaus nahmen, wie *Bondi* (Rechte der Aktionäre 256 Fn 395) erläutert, auch die Verfasser des Bankhaftungsgesetzes die §§ 268 f dHGB 1897 als Vorbild.

888 Vgl idS schon *Behrend*, Lehrbuch I (1886) 773 Fn 12 aE: „*Daß die Mehrheit ihren früheren Beschluß ändert und neuerdings sich für die Verfolgung entscheidet, ist zulässig, da in dem ablehnenden Beschluß kein dem Haftpflichtigen gegenüber erklärter Verzicht zu finden ist.*“

889 HHB I 272 BlgHH 17. Session 1905 13 (s schon Fn 680). Krit *Bondi*, Rechte der Aktionäre 143 f, wonach die Minorität nicht (außerordentliches) Verbandsorgan sein könne, weil ihre Handlungen dem Verband nicht zugerechnet würden.

890 HHB I 272 BlgHH 17. Session 1905 13.

Mehrheit auf Ablehnung der beantragten Disposition lauten und folglich das Ausführungsgeschäft *absolut* unwirksam sein muss.⁸⁹¹

4. Fazit

Nach § 48 GmbHG ist eine Gesellschafterminderheit von 10% des Stammkapitals (oder einem Nennbetrag von EUR 700.000 oder einem gesellschaftsvertraglich vereinbarten geringeren Betrag) berechtigt, Ansprüche der Gesellschaft (ua) gegen Geschäftsführer klagsweise im eigenen Namen geltend

891 Tendenziell abw (*de lege ferenda*) R. Rastegar, RdW 2019, 517 (522) (s auch *dens*, Gesellschafterklage 325), wonach § 136 AktG Unwirksamkeit gegenüber jedermann entfaltet, dem Minderheitenschutz aber wohl auch ausreichend Rechnung getragen würde, wenn die Verfügung nur relativ gegenüber der Minderheit unwirksam werden würde. Relative Unwirksamkeit hätte demnach auch den Vorteil, dass die Verfügung bei Nichterhebung der Klage binnen der Jahresfrist (oder Klagszurückweisung) direkt uneingeschränkte Wirkung entfalten könnte. Die Übertragung des § 136 AktG habe hingegen zur Folge, dass der Dispositionsbeschluss nach erfolgloser Aufzehung des Minderheitenrechts wiederholt werden müsste. Außerdem bewirke der Analogieschluss, dass sämtliche (nicht nur die in den §§ 10 Abs 6, 25 Abs 7, 63 Abs 3, 83 Abs 4 GmbHG genannten) Ansprüche trotz Verfügung auch dem Gläubigerzugriff unterliegen würden, sofern die Minderheit ihre Verfolgung angemeldet hat. Ob dieser Nebeneffekt sachgerecht ist, lasse sich hinterfragen.

Diese Argumentation übersieht mE, dass das Klagerecht gem § 48 GmbHG (ebenso wie das Verlangen gem § 134 AktG) nach der gesetzlichen (wenngleich *de lege ferenda* vielleicht hinterfragenswerten) Konzeption nicht *nur* den Schutz der Minderheit bezweckt, sondern vielmehr den Schutz der Gesellschaft, dh die Verwirklichung des Gesellschaftsinteresses *durch* die Minderheit als „außerordentlichem Gesellschaftsorgan“ (vgl zur gesetzlichen Konzeption pointiert Klein, Entwicklungen 45: „*Sie schützen ihrer dogmatischen Idee nach die Mehrheit gegen Selbstbeschädigung, nicht die Minderheit gegen Schädigungen durch die Mehrheit.*“). Mit diesem Regelungszugang steht durchaus in Einklang, wenn die Gesellschaft nach erfolglosem Verstreichenlassen der Klagsfrist durch die Minderheit den unwirksamen Dispositionsbeschluss ggf wiederholen muss (vgl idS wohl schon AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 470 [zu Art 213d ADHGB 1884], wonach die Minderheit durch ihren Widerspruch „*das Verfolgungsrecht für die Gesellschaft erhalten [kann]*“ [Hervorhebung durch den Verf]). Dass die Ersatzansprüche infolge der absoluten Unwirksamkeit von Dispositionen auch dem Zugriff durch die Gesellschaftsgläubiger unterliegen, ist eine Reflexwirkung des Minderheitenschutzes (nach der gesetzlichen Konzeption: des Gesellschaftsschutzes) und nicht zu beanstanden. Dieselbe Reflexwirkung hat übrigens zB die Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG, diese Wirkung ist aber problematisch, weil die Sperrfrist keinen Schutzzweck hat (dazu näher im AG-Teil). Es entspricht allg Grundsätzen, dass die Gesellschaftsgläubiger exekutiv auf alle Forderungen greifen können, die der Gesellschaft zustehen (aus welchem Grund auch immer). Soweit dagegen *gezielt* (nur) die Gesellschaftsgläubiger vor nachteiligen Gesellschaftsdispositionen geschützt sind, ordnet das Gesetz die Unwirksamkeit nur insoweit an, als der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist (weil die Gläubiger nur insoweit beeinträchtigt werden).

zu machen. Dieses Minderheitenklagerecht geht im Wesentlichen zurück auf das Verfolgungsrecht einer Minderheit gem Art 223 ADHGB 1884 (entspricht iW § 134 AktG idgF), mit dem Unterschied, dass die Minderheit nach § 48 GmbHG im eigenen Namen einen Gesellschaftsanspruch einklagt (gesetzliche Prozessstandschaft). Das Klagerecht beruht (wie das § 134 AktG) auf der typisierenden Annahme, dass die Bündelung aller Ersatzansprüche bei der Gesellschaft eine Benachteiligung von Minderheitsgesellschaftern bewirken könnte, weil die kontrollierende Gesellschaftermehrheit präsumtiv in einem Naheverhältnis zu den (von ihr bestellten) Geschäftsführern steht und daher gehemmt sein könnte, entstandene Ersatzansprüche durchzusetzen. Der Gesetzgeber überträgt daher einer (präsumtiv „unbefangenen“) Minderheit die Entscheidung über die Anspruchsdurchsetzung, um dadurch das Gesellschaftsinteresse – und mit diesem annahmegemäß zugleich das Minderheitsinteresse – zu wahren. Nach der gesetzlichen Konzeption fungiert die Minderheit dabei als „außerordentliches Organ“ der Gesellschaft. Dogmatisch handelt es sich eigentlich um ein Individualrecht kraft Gesellschafterstellung, das aus Sorge vor Missbräuchen nur einer Minderheit von Gesellschaftern gewährt wurde.

Anders als im (älteren und geltenden) Aktienrecht fehlt im GmbHG jedoch eine spezielle Absicherung des Klagerechts gem § 48 GmbHG gegen mehrheitlich beschlossene Dispositionen der Gesellschaft über die geltendzumachenden Ersatzansprüche. Die Beschlussanfechtung nach allgemeinen Grundsätzen kann das Klagerecht nicht hinreichend absichern. Ebenso wenig folgt aus § 48 GmbHG selbst die Unwirksamkeit von Mehrheitsbeschlüssen, was ohne besondere Dispositionsschranken auch einen unerwünschten Schwebzustand bewirken würde oder – soll ein solcher Zustand durch Anknüpfung an § 38 Abs 3 GmbHG verhindert werden – nur unzureichenden Schutz leisten könnte. Das Fehlen einer gesetzlichen Absicherung begründet eine planwidrige Lücke, weil das Klagerecht andernfalls – wie auch die entsprechenden Normen im AktG (§§ 43, 84 Abs 4 Satz 3 und § 136 AktG) zeigen – durch Mehrheitsdispositionen ausgehebelt werden könnte und funktionslos wäre. Zur Schließung dieser Lücke eignet sich jedoch nicht die in der Lit vorgeschlagene Analogie zu § 136 AktG. Die Gesetzeslücke ist nach der hier vertretenen Auffassung vielmehr systemkonform durch analoge Anwendung der Widerspruchsrechte gem § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG zu schließen. Die Widerspruchsrechte ermöglichen der Minderheit eine effektive und umfassende Verteidigung gegen (mehrheitliche) Dispositionsbeschlüsse, und zwar insb auch vor Ausübung des Verlangens und ohne Notwendigkeit einer vorherigen Ankündigung. Gemäß der zugrundeliegenden Wertung der Widerspruchsrechte, das Verfolgungsrecht effektiv abzusichern, ist bei der analogen Anwendung auf die GmbH freilich zu berücksichtigen, dass der Widerspruch derselben Gesellschafterminderheit zustehen muss, die gem § 48 GmbHG klagsberechtigt ist. Demgemäß sind Dispositionen der Gesellschaft (Verzichte, Vergleiche,

Entlastung und wirkungsgleiche Geschäfte) nur wirksam, wenn nicht eine gem § 48 GmbHG klagsberechtigte Minderheit Widerspruch gegen den Beschluss erhebt. Ein wirksamer Widerspruch bewirkt die Ablehnung des Beschlussantrags und die (absolute) schwebende Unwirksamkeit eines dennoch abgeschlossenen Geschäfts. Für die Einzelheiten des Widerspruchsrechts wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf die entsprechenden Ausführungen im aktienrechtlichen Teil der Untersuchung verwiesen.⁸⁹²

C. Gläubigerschutz als Korrektiv für die Haftungskonzentration

1. Fehlen eines Verfolgungsrechts im GmbH-Recht

Während der Gesetzgeber der Gesellschafterminderheit einer GmbH mit § 48 GmbHG ein Klagerecht zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft verleiht, aber verabsäumt hat, eine korrespondierende Dispositionsbeschränkung anzuordnen, gibt es mit § 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG zwar Dispositionsbeschränkungen zum Schutz Gesellschaftsgläubiger, das Gesetz gewährt ihnen aber im Gegensatz zum Aktienrecht (§ 84 Abs 5 AktG) kein spezielles Verfolgungsrecht zur Durchsetzung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft gegenüber ihren Geschäftsführern. Auf den ersten Blick überrascht das Fehlen eines solchen Verfolgungsrechts, denn die Verfasser des öGmbHG schlossen sich bei den *„Normen für die Haftpflicht der Geschäftsführer [...] an die durchaus sachgemäßen Normen des deutschen Gesetzes an“*⁸⁹³; und das Organhaftungsrecht des dGmbHG sollte nach dem Vorbild der aktienrechtlichen Vorstandshaftung gestaltet sein⁸⁹⁴. Im Aktienrecht wiederum geht das Verfolgungsrecht der Gesellschaftsgläubiger bereits auf Art 241 Abs 4 ADHGB 1884 zurück⁸⁹⁵ und war daher geltendes Recht, als das dGmbHG ausgearbeitet wurde. Dieser unterschiedliche Befund wirft die Frage auf, ob das „Fehlen“ eines Verfolgungsrechts im GmbH-Recht auf einer bewussten gesetzgeberischen Differenzierung beruht, oder aber auf einer planwidrigen Unvollständigkeit. Das Ergebnis dieser Stellungnahme – die analoge Anwendung des aktienrechtlichen Verfolgungsrechts – habe ich im Kapitel über die Haftungskonzentration (§ 2.) schon vorweggenommen. Im Folgenden wird dieses Ergebnis begründet.

892 S unten insb S 752 ff.

893 EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 66.

894 Vgl AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3750.

895 S dazu schon auf oben S 93 ff.

a) Meinungsstand

Der OGH⁸⁹⁶ und ein beachtlicher (vielleicht überwiegender)⁸⁹⁷ Teil der Lehre⁸⁹⁸ verneinen eine Gesetzeslücke und lehnen deshalb einen Analogieschluss ab. Der andere Teil der Lehre⁸⁹⁹ – und die wohl hM⁹⁰⁰ – tritt hingegen dafür ein, das aktienrechtliche Verfolgungsrecht (§ 84 Abs 5 Satz 1 AktG) analog auf die GmbH anzuwenden. Während der OGH für seine Ablehnung einer Gesetzeslücke keine Begründung angibt,⁹⁰¹ stützen sich Gegner eines Analogie-

896 OGH 12.04.1989, 2 Ob 566/88; RIS-Justiz RS0034493.

897 So zB *Felzl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 197.

898 Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 5 (eher für eine Analogie jetzt aber *Koppensteiner*, GesRZ 2023, 84 [86]); *G. Frotz*, GesRZ 1982, 98 (101); *Honsell*, GesRZ 1984, 134 (136); *Dellinger* in FS Frotz 187 (212) mwN; so schon tendenziell *ders*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung 225; *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/226; *Felzl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 197 (ohne Begründung); *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 165 (210); *Wabl*, Geschäftsleiterpflichten 40.

899 Vgl *Harrer*, Haftungsprobleme 69 ff; *Ostheim* in *Korinek/Krejci*, Der Verein 117 (197 Fn 360); *M. Heidinger*, Aufgaben und Verantwortlichkeit von Aufsichtsrat und Beirat der GmbH (1988) 331; *de lege ferenda*, *Schummer*, Eigenkapitalersatzrecht 474 f; *de lege ferenda* für die masselose Gesellschaftsinsolvenz *Kalss* in *Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, 16. ÖJT II/1 123 f; ebenso *de lege lata* tendenziell auch *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 268 (Stand 01.09.2022); so wohl auch *J. Reich-Rohrwig/Ph. Kinsky/S.-F. Kraus*, Austrian Limited 71; tendenziell wohl auch *Koppensteiner*, GesRZ 2023, 84 (86).

900 Vgl *Altmeyen* in *Altmeyen*, GmbHG¹¹ § 43 Rz 92 ff („inzwischen wohl hM“); *Fleischer* in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 396 mwN (auch zur bislang gegenteiligen hM) und mit Hinweis auf § 75 Abs 6 Satz 1 RegE 1971 (dazu noch Fn 914); *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG²¹ § 43 Rz 51; nur für § 43 Abs 3 dGmbHG *Verse* in *Scholz*, GmbHG¹² § 43 Rz 397 ff (nicht aber für Abs 2; aaO Rz 365); *Grigoleit*, Gesellschaftterhaftung 198; *Bayer*, GmbHR 2014, 897 (902); einschränkend für eine Analogie nur unter der Voraussetzung, dass andernfalls die Anspruchsdurchsetzung gegen die Geschäftsführer letztlich zu scheitern drohte (was jedenfalls bei Löschung der GmbH der Fall sei) *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 31; *Oetker* in *Henssler/Strohn*, GesR⁵ § 43 Rz 54; *de lege ferenda* auch *Bachmann*, Gutachten E für den 70. DJT E 113; vgl für ein Verfolgungsrecht der Gläubiger analog § 93 Abs 5 dAktG (iVm § 268 Abs 2 dAktG) bei Verletzung der gläubigerschützenden Bestimmungen des § 73 Abs 1–2 dGmbHG wegen der besonderen Gläubigergefährdung im Liquidationsstadium auch BGH 13.03.2018, II ZR 158/16 Rz 30 ff.

AA und gegen eine Analogie (mangels Regelungslücke) zB noch *U. H. Schneider* in *Scholz*, GmbHG¹¹ § 43 Rz 291; *Beurskens* in *Noack et al*, GmbHG²³ § 43 Rz 73 mwN.

901 OGH 12.04.1989, 2 Ob 566/88: „Eine dem § 84 Abs 5 AktG entsprechende Vorschrift, wonach ein Ersatzanspruch der Gesellschaft gegen die Vorstandsmitglieder (§ 84 Abs 2) auch von den Gläubigern der Gesellschaft geltend gemacht werden kann, und dieser Ersatzanspruch gemäß § 84 Abs 6 AktG in fünf Jahren verjährt, fehlt im GmbHG. Nach Auffassung des erkennenden Senates kann hier vom Vorliegen einer planwidrigen, vom Gesetzgeber nicht gewollten Gesetzeslücke (vgl.

schlusses in der Lehre darauf, dass der Gesetzgeber (insb bei der GmbH-Novelle 1980) kein Verfolgungsrecht normiert hat.⁹⁰² Gegen diesen Rückschluss werden aber methodologische Einwände angemeldet.⁹⁰³ Befürworter eines Analogieschlusses berufen sich außerdem auf die wertungsmäßige Gleichartigkeit des GmbH- und Aktienrechts in diesem Punkt.⁹⁰⁴

b) Feststellung einer Gesetzeslücke

i. Subjektiv-historische Überlegungen

Sinnt man dem Willen des (historischen) Gesetzgebers nach, liegt der Blick in die Gesetzesmaterialien nahe. Und tatsächlich enthalten die Erläuterungen zum dGmbHG und öGmbHG zur vorliegenden Frage scheinbar eindeutige Aussagen, die im Schrifttum – soweit ersichtlich – noch nicht thematisiert wurden. So scheint gegen eine planwidrige Lücke zu sprechen,⁹⁰⁵ dass sich die Verfasser der GmbH-Gesetze zwar an der Vorstandshaftung orientierten,⁹⁰⁶ aber ein Verfolgungsrecht der Gläubiger trotzdem ausdrücklich ablehnten.⁹⁰⁷ Diese Ablehnung ist allerdings im Kontext ihrer Prämissen zu sehen. Denn die Legisten des dGmbHG und öGmbHG verstanden das aktienrechtliche Verfolgungsrecht offenbar als Direkthaftung der Vorstandsmitglieder gegen-

SZ 49/45 ua.) nicht gesprochen werden, sodaß die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung (§ 7 ABGB) des § 84 Abs 5 AktG nicht gegeben sind.“

902 Vgl G. Frotz, GesRZ 1982, 98 (101 rSp). S noch bei Fn 914.

903 S noch Fn 957 ff.

904 Vgl Harrer, Haftungsprobleme 70 mit Verweis auf Larenz, Methodenlehre⁶ 365; ähnlich (aber nur *de lege ferenda*) Schummer, Eigenkapitalersatzrecht 474 f; Ostheim in Korinek/Krejci, Der Verein 117 (197 Fn 360): „bei grundsätzlich gleicher Interessenlage“; ähnlich Koppensteiner, GesRZ 2023, 84 (86); so auch Grigoleit, Gesellschafterhaftung 197 (iZm der Gesellschafterhaftung): „keinen aktienrechtsspezifischen Gehalt“; zwar „Rechtsähnlichkeit“ bejahend, eine Analogie aber insb wegen der GmbHG-Novelle 1980 iE verneinend G. Frotz, GesRZ 1982, 98 (101 rSp); so wohl auch Dellinger in FS Frotz 187 (212), wonach nicht die Rechtsähnlichkeit, sondern die Existenz einer planwidrigen Lücke zweifelhaft sei. S zu einzelnen Argumenten noch bei Fn 931. Vgl *de lege ferenda* für Deutschland auch Bachmann, Gutachten E für den 70. DJT E 113, demzufolge es keinen Grund gebe, die Gläubiger je nach Rechtsform unterschiedlich zu behandeln, weshalb das Fehlen eines Verfolgungsrechts im GmbH-Recht unstimmtig sei.

905 Dieses Argument abl Biletzki, NZG 1999, 286 (290).

906 Vgl für das dGmbHG AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92) Nr 660 3750. Das öGmbHG wiederum übernahm *in puncto* Geschäftsführerhaftung iW die Regeln des dGmbHG und orientierte sich außerdem am österreichischen Aktienentwurf von 1900, der sich wiederum das Aktienrecht des dHGB 1897 zum Vorbild nahm. S dazu schon allg oben S 126 f.

907 S die zitierte Materialienstellen in den nachfolgenden Fn.

über den Gläubigern (arg: „direkte Haftpflicht“⁹⁰⁸; „direkten Anspruch“⁹⁰⁹)⁹¹⁰ – vielleicht beeinflusst durch die damalige aktienrechtliche Lit⁹¹¹. Dagegen qua-

908 Vgl AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92) Nr 660 3750 (zu § 43 dGmbHG idgF): „Eine direkte Haftpflicht der Geschäftsführer gegenüber den Gesellschaftsgläubigern kann allerdings als entbehrlich betrachtet werden; es genügt vielmehr auch hier, daß die Gläubiger in der Lage sind, die Ersatzansprüche der Gesellschaft nach Ueberweisung derselben im Wege der Zwangsvollstreckung geltend zu machen oder im Falle des Konkurses der Gesellschaft die Forderungen durch den Konkursverwalter verfolgen zu lassen.“ Ähnlich zu § 9 dGmbHG: „Die Schadensersatzverbindlichkeit, welche den Anmeldenden aus unrichtigen Angaben erwächst, geht auf Deckung des Ausfalls, welchen die Gesellschaft an ihrem Stammkapital erleidet. Die Ersatzpflicht ist deshalb der Gesellschaft gegenüber anzuerkennen. Hierdurch wird zugleich dem Interesse der Gesellschaftsgläubiger genügt, und es braucht denselben nicht noch ein direkter Anspruch gegen die Schuldigen gegeben zu werden.“

909 Vgl EBRV 236 BlgHH 17. Session (1904) 62: „Die Ersatzpflicht ist ferner in jedem Falle nur gegenüber der Gesellschaft begründet. Soll sie doch vor allem dazu dienen, den Ausfall zu decken, den die Gesellschaft dadurch an ihrem Stammkapitale erleidet. Der Entwurf hat sich damit die Konstruktion des deutschen Gesetzes zu eigen gemacht, daß die Gläubiger in allen Fällen gehalten sein sollen, Ansprüche nur gegenüber der Gesellschaft und dem Gesellschaftsvermögen geltend zu machen. Einen direkten Anspruch der Gläubiger gegen die Geschäftsführer zu statuieren, könnte zu unlöslichen rechtlichen Komplikationen führen, ist aber auch entbehrlich. Denn im Falle des Konkurses steht der Gläubigerschaft ohnedies die Geltendmachung eines Ersatzanspruchs der Gesellschaft, im Falle der Sonderexekution aber dem einzelnen Gläubiger der Zugriff auf den Ersatzanspruch durch Überweisung zu.“ Eine Direkthaftung billigte der Gesetzgeber „[n]ur in zwei Fällen (§ 50 und 58) [...], weil nicht gegen die Gesamtheit der Gläubiger, sondern gegen eine bestimmte Person gerichtete, gerade diese benachteiligende Handlungen oder Unterlassungen der Geschäftsführer in Frage kommen.“ Die explizite Ablehnung einer Direkthaftung des Geschäftsführers geht auf einen Antrag Franz Kleins in den Beratungen der beteiligten Ministerien eines GmbHG im Jahr 1900 zurück: „[Ü]berdies solle auch an dieser Stelle in den Motiven betont werden, daß es sich nicht um eine direkte Haftung gegenüber den Gläubigern handle.“ (Berathungs-Protokolle der Vertreter der beteiligten Ministerien zum Entwurfe eines Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 873 aA). Vgl auch die Beratungen zur gründungsrechtlichen Dispositionsbeschränkung (Berathungs-Protokolle aaO Fol 865): „Den Motiven wird die Betonung des Umstandes vorbehalten, dass durch die getroffene Bestimmung nicht etwa eine direkte Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beabsichtigt sei.“ Ähnlich lautete bereits die Denkschrift zum vorbildhaften österreichischen Aktienentwurf idF Dezember 1900 (ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420 [S 189]): „Hiezu kommt, dass die von den Actionären für die Gesellschaft erhobenen Ersatzansprüche gleichzeitig zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger wirken, insofern als durch die Realisierung bestehender Ersatzansprüche auch der Befriedigungsfonds für die Gläubiger der Gesellschaft vermehrt wird. Es ist deshalb umsoweniger notwendig, das Recht der Geltendmachung von Ersatzansprüchen auch den einzelnen Gläubigern der Gesellschaft einzuräumen, als in dem einzig praktischen Falle ihrer Nichtbefriedigung, dem Concursfalle, ohnedies der Concursmasseverwalter berufen ist, alle Vorkehrungen behufs thunlichster Wahrung ihrer Interessen in Vertretung der Gesellschaft zu treffen.“

910 Vgl dazu auch Pisko, Lehrbuch (1923) 432.

911 S zum Meinungsstand zur Rechtsnatur des Verfolgungsrechts noch ausf im AG-Teil unten S 798 ff.

liziert die heute öhM § 84 Abs 5 Satz 1 AktG nicht als Rechtsgrundlage einer Außenhaftung, sondern (mE zutr)⁹¹² als spezielle Ermächtigung zur Einziehung eines *fremden* Anspruchs (nämlich jenen der Gesellschaft) im eigenen Namen und auf eigene Rechnung (Einziehungsermächtigung). Berücksichtigt man das davon abweichende (und mE unzut) Vorverständnis der GmbH-Gesetzesverfasser (Direkthaftung), lässt sich aus den Materialien nur nachweisen, dass die Gesetzesverfasser eine Direkthaftung ablehnten, weil diese ihrer Ansicht nach zu „*unlösbaeren rechtlichen Komplikationen führen [könnte]*“.⁹¹³ Daraus folgt aber nicht zwingend, dass der GmbH-Gesetzgeber auch einer Einziehungsermächtigung ablehnend gegenüberstanden hat.⁹¹⁴ Und selbst wenn sich die Materialien (auch) zu einer Einziehungsermächtigung abschlägig äußern würden, wäre eine solche Aussage kritisch zu hinterfragen. Wieder wäre es das Vorverständnis des Gesetzgebers, das es zu berücksichtigen gäbe: Denn offenbar hatte der Gesetzgeber (in Deutschland wie in Österreich) das Szenario der masselosen Gesellschaftsinsolvenz nicht vor Augen.⁹¹⁵ Deshalb konnte er möglicherweise auch jene Unzulänglichkeiten der Forderungsexekution nicht berücksichtigen, die der Reformgesetzgeber von 1884 durch die Gewährung eines selbstständigen Verfolgungsrechts auszugleichen versuchte (nämlich insb die Ersparung eines Exekutionstitels gegen die Gesellschaft). Insgesamt lässt sich aus den Gesetzesmaterialien zu den GmbHG-Stammfassungen kein abschließendes Urteil ableiten.

Der literarische Streit dreht sich vor allem um die legislative Tätigkeit (oder Untätigkeit) des jüngeren Gesetzgebers: Gegen einen Analogieschluss wendete allen voran G. Frotz⁹¹⁶ ein, dass der Gesetzgeber der GmbHG-Novelle von 1980⁹¹⁷ ein Verfolgungsrecht der Gläubiger nicht implementierte, obwohl er mit dieser Novelle das GmbHG immerhin nicht unwesentlich

912 S zur Rechtsnatur des Verfolgungsrechts noch ausf unten S 798 ff.

913 EBRV 236 BlgHH 17. Session (1904) 62.

914 Für eine Lücke spricht mE tendenziell auch der Umstand, dass der (nicht in Kraft getretene) deutsche GmbHG-Regierungsentwurf von 1971 (§ 75 Abs 6 RegE) das Verfolgungsrecht gem § 93 Abs 5 Satz 1 dAktG für die GmbH übernahm (freilich entspr der hL verstanden als Außenhaftung, die der historische Gesetzgeber wie erwähnt noch abgelehnt hatte). Vgl RegE-dGmbHG 1971, BT-Drs VI/3088 21 und die diesbezgl Begründung (aaO S 126): „*Da diese Vorschriften in besonderem Maße dem Gläubigerschutz dienen, sollen die Gläubiger auch in die Lage versetzt werden, ihre Interessen unmittelbar selbst wahrzunehmen.*“

915 S dazu schon oben bei Fn 494. Vgl EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 62. „*Denn im Falle des Konkurses steht der Gläubigerschaft ohnedies die Geltendmachung eines Ersatzanspruches der Gesellschaft, im Falle der Sonderexekution aber dem einzelnen Gläubiger der Zugriff auf den Ersatzanspruch durch Überweisung zu.*“

916 G. Frotz, GesRZ 1982, 98 (101 rSp).

917 BGBl I 1980/320.

nach dem Vorbild des AktG fortbildete.⁹¹⁸ *Ostheim*⁹¹⁹ wandte dagegen ein, dass dieses Argument nur tragfähig sei, wenn der Gesetzgeber mit der GmbHG-Novelle 1980 tatsächlich eine durchgreifende Modernisierung des GmbHG beabsichtigt hätte, was jedoch nicht der Fall gewesen sei. Nach *Harrer*⁹²⁰ hat der Gesetzgeber bei der Novellierung des GmbHG gar nicht entschieden, dass die unmittelbare Geltendmachung von Ersatzansprüchen durch Gläubiger unzulässig sein soll, weshalb die bloße Passivität des Gesetzgebers einer Analogie nicht entgegenstehe. *Dellinger*⁹²¹ betonte, dass gesetzgeberisches Schweigen verschiedene Ursachen haben kann, es bleibe aber immer „ein gewisses Indiz“ gegen die analoge Anwendung einer Vorschrift aus einem anderen Rechtsgebiet, wenn der Gesetzgeber diese Vorschrift bei der (teilweisen) Neuregelung des Rechtsgebiets, für das eine Analogie fraglich ist, nicht übernimmt.

Richtig ist, dass bloßes Schweigen (spätere Untätigkeit) des Gesetzgebers verschiedene Gründe haben kann und daher im Allgemeinen nicht zwingend für eine Billigungsabsicht spricht.⁹²² Ein Indiz für eine solche Absicht könnte man vielleicht noch annehmen, wenn der Gesetzgeber (auch) jene (oder gar alle) Regelungsabschnitte novelliert hat, in dem sich die fragliche Bestimmung (oder Fehlen einer Bestimmung) befindet.⁹²³ Auch in diesem Fall wäre aber nicht ausgeschlossen, dass der Gesetzgeber die betreffende Bestimmung (oder Fehlen einer Bestimmung) schlicht übersehen hat, was (bei entsprechendem Nachweis) einen Analogieschluss gebieten würde. Ein Argument für eine planwidrige Lücke könnte mit Blick auf das vorliegende Problem vor allem darin gesehen werden, dass der geregelte und der ungeregelte Fall wertungsmäßig ähnlich sind. Aber auch wenn der Gesetzgeber die geltende Rechtslage im fraglichen Punkt bewusst gebilligt hat, könnte man wohl noch immer eine Gesetzesberichtigung erwägen, wenn sich nämlich der Gesetzgeber damit (nachweislich) in Widerspruch zu seinen eigenen Regelungszielen gesetzt hätte.⁹²⁴ Letztlich kommt man also auch bei subjektiv-historischer Betrachtung an einer wertenden Betrachtung nicht vorbei. Die bloße Berufung auf die Nichtregelung eines Verfolgungsrechts durch die GmbHG-Novelle 1980 greift jedenfalls zu kurz. Im vorliegenden Fall erübrigen sich derartige weitergehende Überlegungen aber ohnedies. Denn tat-

918 Abl aber *Ostheim* in *Korinek/Krejci*, Der Verein 117 (197 Fn 360); *Harrer*, Haftungsprobleme 70. S weiter im Fließtext.

919 *Ostheim* in *Korinek/Krejci*, Der Verein 117 (197 Fn 360).

920 *Harrer*, Haftungsprobleme 70.

921 *Dellinger* in FS Frotz 187 (213).

922 Vgl allg auch *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 6 ABGB Rz 109; *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 6 Rz 17 (Stand 01.03.2017) jew mwN.

923 Vgl in diese Richtung *Ostheim* in *Korinek/Krejci*, Der Verein 117 (197 Fn 360). S Fn 919.

924 Vgl allg zur Berichtigung gesetzgeberischer Fehler hier nur *Engisch*, Einführung¹² 247.

sächlich beabsichtigte der Gesetzgeber mit der Novelle 1980 nur eine *teilweise* Neuregelung des GmbHG (Teilreform):⁹²⁵ Damit novellierte er insb die Kapitalaufbringung, die Abberufung des Geschäftsführers, die Rechnungslegung und den Aufsichtsrat. Da die (Teil-)Novelle die Geschäftsführerhaftung hingegen gar nicht umfasste, kann das Schweigen des Gesetzgebers (hinsichtlich des Verfolgungsrechts) mE nicht einmal als Indiz gegen eine Gesetzeslücke gewertet werden.⁹²⁶ Auch wenn der Gesetzgeber ein Verfolgungsrecht der Gläubiger hätte vorsehen wollen, hätte er es nämlich nicht mit der Novelle von 1980 getan. Dass aus dem Schweigen des Gesetzgebers einer Teilreform in Bezug auf die davon nicht umfassten Vorschriften keine Rückschlüsse zu ziehen sind, stellen übrigens die EBRV zur GmbHG-Novelle 1980 selbst klar: *„Der als zweckmäßig erkannte Weg der einzelnen Reformschritte bedeutet auch, daß weitere Änderungen des Gesetzes, die noch zur Erörterung stehen, einer späteren Neufassung vorbehalten bleiben und daß in der Deutung der unberührt bleibenden Bestimmungen keine Änderung eintritt.“*⁹²⁷

Insgesamt lässt das subjektiv-historische Auslegungsmaterial somit keinen zwingenden Schluss zu. Weder aus den Motiven zu den Stammfassungen noch aus der legislativen Tätigkeit des jüngeren Gesetzgebers ergibt sich abschließend, ob das Fehlen eines Verfolgungsrechts plangemäß ist.

ii. Systematische und teleologische Überlegungen

Damit rücken wertende Gesichtspunkte in den Fokus. Für eine Lücke spricht unter diesem Aspekt vor allem, dass der Gesetzgeber AG-Gläubigern ein Verfolgungsrecht gewährt, Gläubigern einer GmbH hingegen nicht, obwohl wertungsmäßige Gründe für eine Differenzierung nicht ersichtlich sind.⁹²⁸ Mit dem Verfolgungsrecht wollte der Gesetzgeber den Gesellschaftsgläubigern ersparen, einen Exekutionstitel gegen die Gesellschaft erwirken zu müssen.⁹²⁹ Diese Wer-

925 Vgl EBRV 5 BlgNR 15. GP 5: *„Der vorliegende Gesetzesentwurf setzt den eingeschlagenen Weg der Teilreform fort. Er beschränkt sich im wesentlichen auf die Erhöhung des nicht mehr zeitgemäßen Mindeststammkapitals, auf die sinnngemäße Anwendung der aktienrechtlichen Rechnungslegungsvorschriften für alle Gesellschaften und darüber hinaus für Gesellschaften, für die nach Gesetz oder Gesellschaftsvertrag ein Aufsichtsrat bestellt werden muß, auf die sinnngemäße Übernahme der aktienrechtlichen Pflichtprüfung und Veröffentlichung des Jahresabschlusses und der aktienrechtlichen Bestimmungen für den Aufsichtsrat sowie die Regelungen der Fälle, in denen ein Geschäftsführer zugleich Gesellschafter ist.“* (Hervorhebungen durch den Verf).

926 Vgl aber wie erwähnt Dellinger in FS Frotz 187 (213); ähnlich Biletzki, NZG 1999, 286 (290).

927 EBRV 5 BlgNR 15. GP 5 (Hervorhebung durch den Verf). Darauf hinweisend bereits Paschinger, GesRZ 1983 182 (182 f).

928 Vgl schon die Nw in Fn 904.

929 Vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 463. Einen weiteren Grund für das selbstständige Verfolgungsrecht und einen Vor-

tung trifft aber genauso auf Gläubiger einer GmbH zu.⁹³⁰ Es gibt keine sachliche Rechtfertigung, gerade ihnen die Vorteile eines Verfolgungsrechts zu verwehren. Eine Differenzierung wäre wertungswidersprüchlich. Grundsätzlich kann aber davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber Gleiches gleich behandelt und Wertungswidersprüche vermeidet.⁹³¹ Das hätte der GmbH-Ge-

teil gegenüber der Forderungsexekution sah der Reformgesetzgeber außerdem darin, dass jenes eine „gleichmäßige Berücksichtigung der verschiedenen Gläubiger“ ermögliche (AmtlBegr dAktRNov 1884 aaO). Das ist wohl so zu verstehen, dass das ersatzpflichtige Organmitglied (mangels exekutionsrechtlichen Zahlungsverbots) zumindest die *Möglichkeit* hat, schuldbefreiend (auch) an die Gesellschaft oder gar gleichmäßig an die einzelnen Gesellschaftsgläubiger zu leisten (s noch unten Fn 3234). Demgemäß könnte für eine analoge Anwendung des Verfolgungsrechts auch die *par conditio creditorum* ins Treffen geführt werden.

- 930 Vgl *Harrer*, Haftungsprobleme 70; insoweit zust auch *Dellinger* in FS Frotz 187 (212). Nicht zutr ist mE aber die weitere Bemerkung *Dellingers* (aaO 212), dass die aktienrechtliche Einziehungsermächtigung dieses Bedürfnis (Anspruchsdurchsetzung ohne Exekutionstitel gegen die Gesellschaft) mangels Verfügungs- und Zahlungsverbots ohnehin nur unzureichend befriedige. In der Tat kommt das Verfolgungsrecht ohne exekutionsrechtliches Doppelverbot aus, weshalb das beklagte Vorstandsmitglied weiterhin schuldbefreiend an die Gesellschaft oder andere Gläubiger leisten kann und die Gesellschafter weiterhin zB den Anspruch abtreten kann. Aber gerade das Fehlen eines Doppelverbots ist gewissermaßen der Preis dafür, dass sich der Gesellschaftsgläubiger die Erwirkung eines Exekutionstitels gegen die Gesellschaft erspart. Naturgemäß haben beide Rechtsinstrumente aufgrund dieses Unterschieds ihre Vor- und Nachteile, weshalb in der Praxis empfohlen wird, beide Wege parallel zu beschreiten (so auch *Dellinger* aaO). Unabhängig vom Verhältnis beider Rechtsbehelfe und ihren jew Vor- und Nachteilen kommt es für eine Gesetzeslücke (und Analogie) vor allem darauf an, dass ein GmbH-Gläubiger eben *die-selben* Vor- und Nachteile haben sollte wie ein AG-Gläubiger. Auch *Dellinger* bemerkt zutr, dass ein (vermeintlich) geringes praktisches Bedürfnis nach einer Einziehungsermächtigung im GmbH-Recht nicht den Ausschlag gegen eine Analogie gibt. Soweit *Dellinger* (aaO) bemerkt, dass GmbH-Gläubiger bei zusätzlicher (paralleler) Berufung auf die Einziehungsermächtigung nur den Vorteil des Einwendungsausschlusses hätten, diesen aber im GmbH-Recht auch schon bei der Drittschuldnerklage hätten, beruht das auf der (mE unzutrf [s unten S 837 ff]) Prämisse, dass sich die Dispositionsbeschränkungen (Einwendungsausschluss) gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG nur auf das Verfolgungsrecht gem § 84 Abs 5 Satz 1 AktG bezieht, aber nicht auf die Forderungsexekution.

- 931 Vgl allg zB *F. Bydlinski*, Grundzüge² 46; *dens*, Methodenlehre² 455; *Larenz*, Methodenlehre⁶ 334 mwN; *Zippelius*, Methodenlehre¹² 44 ff; *Kramer*, Methodenlehre⁶ 99 ff, 110 ff, 179 ff, *passim*; *Möllers*, Methodenlehre⁵ 153. Vgl im vorliegenden Zusammenhang insb *Harrer*, Haftungsprobleme 70, wonach der Gläubiger einer zahlungsunfähigen AG in einer ähnlichen Lage sei wie der Gläubiger einer zahlungsunfähigen GmbH. Wenn der Gläubiger der AG den Ersatzanspruch der Gesellschaft geltend machen kann, obwohl er noch keinen rechtskräftigen Titel gegen die Gesellschaft hat, so müsste diese Möglichkeit auch dem Gläubiger einer GmbH offenstehen. Das Prinzip, wertungsmäßig gleich gelagerte Fälle gleich zu lösen, spreche für die Analogie. Abl *Dellinger* in FS Frotz 187 (213), wonach das von *Harrer* (Haftungsprobleme 70) vorgebrachte Argument der wertungsmäßigen

setzgeber wohl auch getan, wenn er das aktienrechtliche Verfolgungsrecht nicht als Grundlage einer Direkthaftung gedeutet hätte und außerdem das Szenario einer masselosen Gesellschaftsinsolvenz als Hauptanwendungsbereich des Verfolgungsrechts berücksichtigt hätte.

iii. Zwischenergebnis

Die besseren Gründe sprechen mE dafür, das Fehlen eines § 84 Abs 5 Satz 1 AktG entsprechenden Verfolgungsrechts im GmbH-Recht als planwidrige Unvollständigkeit zu qualifizieren. Denn die (scheinbar) ablehnende Haltung der (historischen) GmbH-Gesetzgeber wird durch deren (mE unzutrf) Verständnis von der Rechtsnatur des Verfolgungsrechts relativiert. Ihre Ablehnung galt genau besehen (nur) einer Direkthaftung der Geschäftsführer (Außenhaftung). Vor allem aber wäre eine Ungleichbehandlung von GmbH-Gläubigern gegenüber

Ähnlichkeit der Lage von Gläubigern einer zahlungsfähigen GmbH einerseits und einer AG andererseits sowie das Prinzip, wertungsmäßig gleichgelagerte Fälle gleich zu lösen, der Argumentationslast bei der Behauptung einer Gesetzeslücke nicht gerecht werde. Zweifelhaft sei nicht die Rechtsähnlichkeit, sondern eben die Existenz einer planwidrigen Lücke im GmbHG. Ähnlich argumentierte schon *G. Frotz* (GesRZ 1982, 98 [101 rSp]), dass nicht die Rechtsähnlichkeit, wohl aber die Existenz einer Lücke als Analogievoraussetzung zweifelhaft sein kann. *G. Frotz* stützte sich als Argument gegen eine Lücke dann va auf die GmbHG-Novelle 1980 (s Fn 916). Die Einwände *Dellingers* sind mE unberechtigt. Die Anforderungen, die *Dellinger* an den Nachweis einer Gesetzeslücke stellt, sind nämlich meistens nicht erfüllbar. Denn eine Lücke wird sich in aller Regel nicht „direkt“ nachweisen lassen, sondern nur indirekt, insb durch die unterschiedliche Regelung gleicher Sachverhalte, also durch einen Wertungswiderspruch. Vgl hierzu nur *Canaris*, Die Feststellung von Lücken 71: „*Allerdings ist es verhältnismäßig selten, daß die ratio legis unmittelbar die Ergänzung des Gesetzes fordert; von größter Bedeutung für die Feststellung einer Lücke werden Sinn und Zweck der Normen jedoch in Verbindung mit dem Gleichheitssatz: dieser gebietet, daß gleichartige Tatbestände gleich und ungleiche verschieden zu behandeln sind.*“ Vgl auch *Larenz*, Methodenlehre⁶ 374 f. Es liegt gerade in der Natur einer Lücke, dass der Gesetzgeber eben keine Norm erlässt und auch in den Materialien nicht Stellung zur (fehlenden) Norm bezieht (und nicht beziehen kann). Die Planwidrigkeit des Fehlens einer Anordnung lässt sich dann regelmäßig gar nicht anders nachweisen als durch das Verhältnis zu den übrigen Normen und den dahinterstehenden Wertungen. Rechtsähnlichkeit und Lückenhaftigkeit sind also entgegen *Dellinger* nicht voneinander getrennte Urteile. Vielmehr kann die Rechtsähnlichkeit die Lückenhaftigkeit begründen. Natürlich dürfen die zu beurteilenden Sachverhalte nicht *irgendwie* ähnlich zueinander sein, sondern gerade am Maßstab der gesetzlichen Wertung, dh sie müssen beide von der Wertung erfasst sein (vgl nur *Larenz*, Methodenlehre⁶ 381; vgl auch *F. Bydliński*, Methodenlehre² 475 ff; s auch RS0008864 [insb T1]; RS0008826). Das ist aber beim Verfolgungsrecht der Gesellschaftsgläubiger gerade der Fall (und etwas anderes war auch nicht gemeint). Soweit *Dellinger* die Lückenhaftigkeit des GmbH-Rechts verneint, weil das GmbHG die Dispositionsbeschränkungen gem § 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG eigenständig regelt, kann auf die Stellungnahme in Fn 939 verwiesen werden.

Gläubigern einer AG mangels (wertungsmäßig relevanter) rechtsformbedingter Unterschiede sachlich nicht gerechtfertigt.

c) Lückenschließung durch analoge Anwendung des aktienrechtlichen Verfolgungsrechts (§ 84 Abs 5 Satz 1 AktG)

Qualifiziert man das Fehlen eines Verfolgungsrechts aktienrechtlicher Prägung als Gesetzeslücke, hat man zugleich auch schon die richtige Analogiebasis identifiziert.⁹³² Gegenstand der Analogie ist aber nur das Verfolgungsrecht als rechtstechnischer Modus der Anspruchsdurchsetzung, dh nur der erste Satz des § 84 Abs 5 AktG: „*Der Ersatzanspruch der Gesellschaft kann auch von den Gläubigern der Gesellschaft geltend gemacht werden, soweit sie von dieser keine Befriedigung erlangen können.*“ Das bedarf besonderer Hervorhebung, weil eine Analogie im Schrifttum bisweilen aus Gründen abgelehnt wurde,⁹³³ die durch ein unzureichendes Verständnis der Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 AktG (insb des Verhältnisses der einzelnen Sätze zueinander) und gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG bedingt waren. Eine Stellungnahme hierzu erfordert einige (kursorische) Vorgriffe auf die spätere Untersuchung (auf diese wird jeweils verwiesen).

Im GmbH-Recht fehlt nur die Möglichkeit, Ersatzansprüche der Gesellschaft im eigenen Namen einklagen zu können. Gläubiger können Ersatzansprüche der Gesellschaft nur exekutiv mit Drittschuldnerklage geltend machen. Dabei sind sie vor Dispositionsbeschlüssen der Gesellschaft durch § 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG geschützt. Durch diese Dispositionsbeschränkungen werden Ersatzansprüche, die aus der Verletzung von Gläubigerschutzvorschriften resultieren, als Korrektiv für die Haftungskonzentration zwingend im Gesellschaftsvermögen erhalten, sodass die Gläubiger darauf (exekutiv) zugreifen können. Obwohl Wortlaut und Systematik des Gesetzes anderes vermuten lassen, beziehen sich die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG nach richtiger Ansicht nur auf die (qualifizierten) Ersatzansprüche gem § 25 Abs 3 GmbHG.⁹³⁴ Nur diese qualifizierten Tatbestände dienen dem *unmittelbaren* Gläubigerschutz und erfordern daher Dispositionsbeschränkungen als Korrektive für die Haftungskonzentration. Und *nur insoweit* ist auch das Verfolgungsrecht der Gläubiger analog auf die GmbH anzuwenden,⁹³⁵ weil es als spezieller Durchsetzungsmodus (anders als die Forde-

932 Allg zum Zusammenfallen der Feststellung und Schließung einer Gesetzeslücke *Larenz, Methodenlehre*⁶ 401.

933 Vgl insb *Dellinger* in FS Frotz 187 (212 ff); vgl auch *Harrer*, Haftungsprobleme 70 ff. Dazu noch ausf in Fn 937, 939 und 942.

934 Dazu noch ausf unten S 231 ff.

935 Insoweit zutr daher etwa *Altmeyden* in *Altmeyden*, GmbHG¹¹ § 43 Rz 93, wonach das Gläubigerverfolgungsrecht aber (wie bei § 93 Abs 5 Sätze 2 f dAktG) auf die unverzichtbaren Ansprüche beschränkt sein müsse, die nämlich nur im Gläubigerinteresse unverzichtbar seien (freilich wendet *Altmeyden* dabei den weitergehenden

rungsexekution) ohne kongruente Absicherung überflüssig wäre. Insofern ist die Frage nach dem Anwendungsbereich des (analog anzuwendenden) Verfolgersrechts dieselbe wie jene nach dem Anwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG. Aus diesem Grund ist § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG bei der Analogie nicht zu berücksichtigen, denn diese Bestimmung steckt die Reichweite des Verfolgersrechts und (mittelbar über dieses) der Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG und damit letztlich den indisponiblen Gläubigerschutz im Aktienrecht – aus (wenn gleich fragwürdigen)⁹³⁶ aktienrechtsspezifischen Gründen – *weiter* ab (nämlich bis grobe Fahrlässigkeit jenseits der qualifizierten Sorgfaltsverstöße).⁹³⁷ Darüber hinaus ist das Verfolgersrecht (wie auch im Aktienrecht)⁹³⁸ nicht nur auf Ersatzansprüche aus der laufenden Geschäftsführung gem § 25 GmbHG analog anzuwenden, sondern auch auf Ersatzansprüche aus dem Gründungsstadium (§ 10 Abs 4 GmbHG). Denn wie aus der Dispositionsbeschränkung gem § 10 Abs 6 GmbHG folgt, dienen auch diese Geschäftsführerpflichten dem (unmittelbaren) Schutz der Gesellschaftsgläubiger. Auch die Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG müssen nicht mitübertragen werden, weil es im GmbH-Recht wie gesagt schon eigene (weniger weitreichende) Dispositionsbeschränkungen gibt (§ 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG), die dann auch auf das Verfolgersrecht anzuwenden sind. Das Verfolgers-

indisponiblen Haftungsumfang gem § 93 Abs 5 Satz 2 Hs 1 dAktG – dh bis grobe Fahrlässigkeit außerhalb § 93 Abs 3 dAktG – analog auf die GmbH an).

936 Dazu unten S 819 ff.

937 Deshalb bedeutet eine analoge Anwendung des Verfolgersrechts auf die GmbH entgegen *Harrer* (Haftungsprobleme 72) auch nicht, dass die Rechtsverfolgung durch die GmbH-Gläubiger wegen fehlerhafter Geschäftsführung (außerhalb des § 25 Abs 3 GmbHG) grobe Fahrlässigkeit voraussetzt – zumindest nicht wegen der analogen Anwendung des aktienrechtlichen Verfolgersrechts. Analog angewendet wird nämlich wie erwähnt nur der rechtstechnische Modus der Rechtsverfolgung, und nicht der (aktienrechtliche) Umfang indisponiblen Gläubigerschutzes. Die rechtstechnische Art der Durchsetzung ist *unabhängig* von der Einschränkung auf grobe Fahrlässigkeit im Aktienrecht (so auch *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung 455 f. [„*rein verfahrensrechtliche Zwecke des Gläubigerverfolgersrechts*“]). Allerdings ergibt sich für *Harrer* iE kein Unterschied, weil er überhaupt den zwingenden Gläubigerschutz im GmbH-Recht (dh auch die Beschränkung für Verzichte und Vergleiche gem § 25 Abs 7 GmbHG) auf grobe Fahrlässigkeit beschränken möchte (außerhalb § 25 Abs 3 GmbHG) und sich dafür auf die Wertung des § 84 Abs 5 Satz 2 AktG stützt (s zu dieser mE unzut. Ansicht noch ausf unten S 241 [Meinungsstand] und S 285 [Stellungnahme]).

938 Auch im Aktienrecht beziehen sich das Verfolgersrecht (§ 84 Abs 5 Satz 1 AktG) und die korrespondierenden Dispositionsbeschränkungen (§ 84 Abs 5 Satz 3 AktG) nicht auf Ersatzansprüche aus dem Gründungshergang. Da es sich dabei aber (wie systematisch auch § 10 Abs 6 GmbHG belegt) ebenfalls um unmittelbaren Gläubigerschutz handelt, sind jene Vorschriften analog auf Ersatzansprüche gem § 41 AktG (Kapitalaufbringung) anzuwenden, und zwar (wie bei § 84 Abs 3 AktG: Kapitalerhaltung) unabhängig vom Verschuldensgrad. S dazu noch im AG-Teil unten S 861 ff.

recht als rechtstechnischer Modus der Anspruchsdurchsetzung ist von den Dispositionsbeschränkungen *unabhängig* (was auch die Dispositionsbeschränkungen im GmbH-Recht zugunsten exekutiv vorgehender Gläubiger zeigen).⁹³⁹ Ebenfalls zu übertragen ist dagegen § 84 Abs 5 Satz 4 AktG, wonach

939 Dies berücksichtigt *Dellinger* (in FS Frotz 187 [213 ff]) nicht, wenn er die Lückenhaftigkeit des GmbH-Rechts verneint, weil das GmbH-Recht den Einwendungsausschluss zugunsten der Gläubiger in § 25 Abs 5 und 7 GmbHG durchaus eigenständig regle: So sei der Einwendungsausschluss gem § 25 GmbHG – im Gegensatz zu § 84 Abs 5 AktG – nicht davon abhängig, dass die Geschäftsführer bestimmte gläubigerschützende Pflichten verletzt oder grob fahrlässig gehandelt haben. Um § 84 Abs 5 AktG analog anwenden zu können, müsste man *Dellinger* zufolge also erst einmal den Einwendungsausschluss in § 25 GmbHG beseitigen, um eine Lücke für die analoge Anwendung des mit der Einziehungsermächtigung verbundenen schwächeren aktienrechtlichen Einwendungsausschlusses zu schaffen. Für eine solche Beseitigung – etwa durch teleologische Reduktion – bestehe aber kein erkennbarer Grund.

An diesem Argument ist mE sowohl die Prämisse als auch die Konklusion unzutreffend. Denn die § 25 Abs 5 und 7 GmbHG beziehen sich nicht auf alle Ersatzansprüche, sondern nur auf § 25 Abs 3 GmbHG. Deshalb ist der Schutz durch § 84 Abs 5 Satz 3 AktG auch nicht schwächer, sondern stärker, was historisch (hinterfragenswert) mit der durch das AktG 1937/1938 eingeführten Weisungungebundenheit (Leitungsautonomie) des Vorstands begründet wurde (dazu unten S 286 ff). *Dellingers* Prämisse ist also insofern richtig, als das GmbH-Recht und das Aktienrecht Gläubiger in verschiedenem Ausmaß vor Gesellschaftsdispositionen schützen, dass also die Dispositionsbeschränkungen unterschiedliche Anwendungsbeurteilungen haben. Das liegt wie gesagt am aktienrechtlichen Spezifikum der Leitungsautonomie des Vorstands. Aus diesem unterschiedlichen Schutzniveau folgt aber entgegen *Dellinger* nicht, dass das Verfolgungsrecht nicht in jenem Ausmaß anwendbar sein kann. „Verbunden“ sind Verfolgungsrecht und Dispositionsbeschränkung (historisch) nur insofern, als der Reformgesetzgeber bei der Ausgestaltung der Dispositionsbeschränkungen (heute § 84 Abs 5 Satz 3 AktG) nur das Verfolgungsrecht vor Augen hatte, weil er durch dessen Schaffung die Forderungsexekution als obsolet erachtete. Das kommt heute noch darin zum Ausdruck, dass § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (nur) auf das Verfolgungsrecht der Gläubiger Bezug nimmt (arg: „*Den Gläubigern gegenüber*“). Da das Verfolgungsrecht auch Nachteile hat, ist allerdings § 84 Abs 5 Satz 3 AktG analog auf die Drittschuldnerklage anzuwenden (dazu noch unten S 837 ff). Es ist aber nicht ersichtlich, weshalb Verfolgungsrecht (Einziehungsermächtigung) und Dispositionsbeschränkungen (Einwendungsausschluss) nur gemeinsam anwendbar und übertragbar sein sollen.

Von hier ausgehend stellt *Dellinger* konsequenterweise die Frage, „*ob man § 84 Abs 5 AktG aufspalten und nur die Sätze 1, 2 und 4, nicht aber den Einwendungsausschluss des Satzes 3 analog anwenden könnte*“. Eine solche Vorgehensweise hält *Dellinger* für unzulässig, weil Einziehungsermächtigung und Einwendungsausschluss zu einem „*einheitlichen Regelungskonzept [gehören], das nicht auseinandergerissen werden kann, ohne seine Eigenart zu verlieren*“ (*Dellinger* aaO 214). Eine Teilanalogie wäre nach *Dellinger* in Wahrheit gar keine Analogie, weil man Ähnliches (beim Einwendungsausschluss) doch ungleich behandeln würde. Meines Erachtens ist aber nicht nachvollziehbar (und bleibt auch offen), welche Eigenart es sein soll, die einer Analogie entgegensteht. Dass Verfolgungsrecht und Dispositions-

während der Dauer eines Insolvenzverfahrens der Insolvenzverwalter das Recht der Gläubiger ausübt. Diese Bestimmung wird nicht nur so verstanden, dass die Gläubiger ihr Verfolgungsrecht nicht ausüben können (Sperrfunktion), sondern (mE zu Unrecht) auch dahingehend, dass der Insolvenzverwalter die (wegen § 84 Abs 5 Satz 3 AktG bessere) Einwendungslage der Gläubiger übertragen erhält (Ermächtigungsfunktion).⁹⁴⁰ Im GmbH-Recht spielt nur der erste Aspekt eine Rolle, weil sich die Dispositionsbeschränkungen gem § 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG ohnehin schon (auch) auf den Insolvenzverwalter beziehen.⁹⁴¹ Im Ergebnis sind daher (nur) § 84 Abs 5 Satz 1 AktG

beschränkung sehr wohl „auseinandergerissen“ werden können, bestätigt ja wie erwähnt der GmbH-Gesetzgeber selbst, indem er *nur* Dispositionsbeschränkungen anordnet (weil er die aktienrechtlichen Dispositionsbeschränkungen unzutr als Direkthaftung deutete). Dass das GmbH- und Aktienrecht wie erwähnt unterschiedlich weitgehende Dispositionsbeschränkungen vorsehen (und zwar gleich ob man § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf *alle* Ersatzansprüche oder nur auf solche gem § 25 Abs 3 GmbHG bezieht), hat nichts mit dem Verfolgungsrecht als bloßer Rechtstechnik zur Anspruchsverfolgung zu tun.

Dellinger erkennt sodann, dass bei der überlegten (differenzierten) Analogie das (analog angewendete) Verfolgungsrecht und die im GmbHG bestehenden Dispositionsbeschränkungen unterschiedliche Voraussetzungen hätten. Das ist richtig – wie oben erwähnt, müssen beide Anordnungen gleichlaufen. Denn das Verfolgungsrecht ist (anders als die Drittschuldnerklage) ein spezieller („künstlicher“) Modus der Anspruchsdurchsetzung und wäre ohne kongruente Absicherung durch eine Dispositionsbeschränkung sinnlos. *Dellinger* erkennt weiters, dass die analoge Anwendung des § 84 Abs 5 Satz 4 AktG (Anm: in dessen Ermächtigungsfunktion) überflüssig wäre, weil der Insolvenzverwalter sich in der GmbH-Insolvenz ohnedies auf den Einwendungsausschluss (§ 25 Abs 5 und 7 GmbHG) berufen kann. Es hätte – so *Dellinger* weiter – in diesem Fall genügt, den Gläubigern in der Insolvenz der GmbH die Ausübung der Einziehungsermächtigung zu untersagen. Auch das ist richtig. Im Übrigen beschränkt sich § 84 Abs 5 Satz 4 AktG mE aber schon im Aktienrecht nur auf die Sperrfunktion, weil diese Bestimmung auf der (unzutr) Prämisse beruht, § 84 Abs 5 AktG gewähre den Gläubigern einen eigenen Anspruch (dazu noch im AG-Teil unten S 798 ff). Um diese Unstimmigkeiten zu beseitigen, müsste man nach *Dellinger* allein § 84 Abs 5 Satz 1 AktG analog (und Satz 4 sinngemäß) auf die GmbH anwenden. Das wäre nach *Dellinger* aber umso offensichtlicher keine Analogie mehr, sondern die Schaffung neuen Rechts, weil dann die Einziehungsermächtigung weder die gleichen Rechtsfolgen (Einwendungsausschluss) noch die gleichen Voraussetzungen (Fälle des § 84 Abs 3 AktG und grobe Fahrlässigkeit) hätte wie im AktG. Wie gesagt müssen das Verfolgungsrecht und die Dispositionsbeschränkungen sinnvollerweise zwar kongruent sein, der von *Dellinger* propagierte Zusammenhang beider Regelungen ist mE aber nicht nachvollziehbar. Hierzu kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden. Übrigens übertrug ganz idS auch der (nicht in Kraft getretene) deutsche Regierungsentwurf eines GmbHG von 1971 *nur* das aktienrechtliche Verfolgungsrecht (allerdings entspr der hL als Außenhaftung verstanden) auf die GmbH (§ 75 Abs 6 RegE-dGmbHG 1971, BT-Drs VI/3088 21) und beschränkte es dort konsequenterweise auf die „*Fälle des Absatzes 3*“.

940 Dazu noch näher unten S 851 ff.

941 S auch Fn 939.

(Verfolgungsrecht) und § 84 Abs 5 Satz 4 AktG (Sperrung des Verfolgungsrechts während eines Insolvenzverfahrens) analog auf die GmbH anzuwenden.⁹⁴²

d) Fazit

Das GmbH-Recht kennt kein § 84 Abs 5 Satz 1 AktG vergleichbares Verfolgungsrecht der Gesellschaftsgläubiger. Nach dieser Bestimmung können Gläubiger einer AG deren Ansprüche gegen Vorstandsmitglieder gem § 84 Abs 3 AktG und sonstige Ersatzansprüche wegen zumindest grob fahrlässiger Schädigung (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG) im eigenen Namen und auf eigene Rechnung selbstständig geltend machen, soweit sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können. Damit soll den Gläubigern die Erwirkung eines Exekutionstitels gegen die Gesellschaft erspart und die Rechtsdurchsetzung erleichtert werden. Ein solches Bedürfnis besteht allerdings mangels rechtsformbedingter Unterschiede auch in der GmbH. Die Verfasser der GmbH-Gesetze haben das Verfolgungsrecht – trotz grundsätzlicher Orientierung an der Vorstandshaftung – offenbar nur deshalb nicht übernommen, weil sie es (fälschlicherweise) als Anordnung einer Direkthaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern verstanden. Da es keinen sachlichen Grund für eine Differenzierung gibt, besteht eine planwidrige Gesetzeslücke, die durch analoge Anwendung des Verfolgungsrechts zu schließen ist. Das Verfolgungsrecht ist dabei aber nur auf jene Ersatzansprüche anzuwenden, die von den Dispositionsbeschränkungen gem § 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG erfasst sind, dh Ansprüche aufgrund einer Verletzung unmittelbar gläubigerschützender Pflichten (dazu noch sogleich unten). Die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG beziehen sich nach zutr Ansicht (anders als § 84 Abs 5 Satz 3 AktG und wie noch im älteren Aktienrecht) nur auf die Ersatzansprüche gem § 25 Abs 3 GmbHG (und nur punktuell auf weitere Gläubigerschutznormen *per analogiam*). Die Erweiterung des indisponiblen Gläubigerschutzes im Aktienrecht durch das AktG 1937/1938 auf grobe Fahrlässigkeit außerhalb der qualifizierten Tatbestände des (heutigen) § 84 Abs 3 AktG hatte dagegen aktienrechtsspezifische Gründe (konkret: die Abschaffung der Weisungsgebundenheit des Vorstands durch das AktG 1937/1938; dazu noch unten). Deshalb hat § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG bei der Analogie ebenso außer Betracht zu bleiben wie § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (vgl nämlich schon § 25 Abs 5 und 7 GmbHG). Analog anzuwenden (falls nicht ohnehin nur klarstellend) ist darüber hinaus aber § 84 Abs 5 Satz 4 AktG, wonach die Gesellschaftsgläubiger ihr Verfolgungsrecht während der Dauer eines Insolvenzverfahrens nicht ausüben können.

⁹⁴² Das entspricht also genau jener Lösung, die *Dellinger* (in FS Frotz 187 [214]) aus methodologischen Gründen (mE zu Unrecht) ablehnt (s dazu die Ausführungen in Fn 939).

2. Die Dispositionsbeschränkung gem § 10 Abs 6 GmbHG

Das Minderheitenschutz-Kapitel widmete sich unter anderem dem Missstand, dass das GmbHG einer Gesellschafterminderheit zwar ein Klagerecht gewährt (§ 48 GmbHG), aber nicht für eine gesetzliche Absicherung dieses Klagerechts gegen (mehrheitliche) Dispositionen Sorge trägt. Demgegenüber gewährt der Gesetzgeber den Gläubigern zwar wie erwähnt keine (besondere) Möglichkeit zur Rechtsdurchsetzung (weshalb mE § 84 Abs 5 AktG analog anzuwenden ist)⁹⁴³, er beschränkt aber – im Gläubigerinteresse – Dispositionen der Gesellschaft über (bestimmte) Ersatzansprüche, die aus der Verletzung von Gläubigerschutzvorschriften resultieren. Derartige Dispositionsbeschränkungen normiert das Gesetz zum einen für Ersatzansprüche aufgrund einer Verletzung von Gründungsvorschriften (§ 10 Abs 6 GmbHG) und zum anderen für Ersatzansprüche wegen einer Verletzung allgemeiner Geschäftsführerpflichten (§ 25 Abs 5 und 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG). Im Folgenden wird zuerst die gründungsrechtliche und im Anschluss die allgemeine Dispositionsbeschränkung genauer untersucht.

a) Regelungsinhalt und -zweck

Oben wurde schon festgestellt, dass der GmbH-Gesetzgeber bewusst auf die strengen aktienrechtlichen Publizitäts-, Kontroll- und Haftungsvorschriften zum Schutz künftiger Gesellschafter verzichtete, weil die neue Rechtsform „GmbH“ einfacher strukturiert sein sollte. Hierzu kann auf die Ausführungen zu einem (entbehrlichen) Schutz künftiger Gesellschafter verwiesen werden.⁹⁴⁴ Jene strengen aktienrechtlichen Gründungskautele galten zwar in erster Linie dem Schutz künftiger Aktionäre (Anlegerschutz), sie dienten aber mittelbar auch dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger.⁹⁴⁵

943 S dazu oben S 210 ff.

944 S oben S 127 ff.

945 Vgl AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3730 (allg zum Stammkapital): „Bei der Aktiengesellschaft wird die Sicherung des Grundkapitals sehr wesentlich durch die Vorschriften über den Gründungsbergang sowie durch die konkurrierende Verantwortlichkeit einer Reihe verschiedener Gesellschaftsorgane und durch die umfassende Oeffentlichkeit sowohl der Einzelheiten der Gründung, als der späteren Ergebnisse des Geschäftsbetriebes unterstützt. Sind die betreffenden Bestimmungen auch in erster Linie zum Schutz der Aktienwerber bestimmt, so dienen sie doch zugleich als Garantien für die Interessen der Gesellschaftsgläubiger.“ Vgl auch AmtlBegr dGmbHG aaO 3734 (zu § 5 dGmbHG): „Denn wenn es ihnen mit Hülfe der Börse gelingt, die Aktien zu günstigeren Kursen rechtzeitig unterzubringen, so wälzen sie hierdurch die nachtheiligen Folgen einer etwaigen Verkürzung oder falschen Bewerthung des Grundkapitals auf die späteren Mitglieder ab. Die Gründungskautele des Aktiengesetzes haben denn auch vornehmlich den Schutz dieser letzteren Personen im Auge.“ Vgl aus der Lit zB Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 144 f, 148 mwN; Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 38, 77; Hommelhoff in

Die einfachere Grundausrüstung der GmbH ließ den ursprünglich anleger-schützenden Charakter der Kapitalaufbringungsregeln in den Hintergrund rücken. Stattdessen setzte sich nun die Überzeugung durch, dass die Kapitalaufbringung vor allem dem Gläubigerschutz dient.⁹⁴⁶

Da der Gründungsvorgang bei der GmbH wesentlich vereinfacht ist,⁹⁴⁷ sind auch die Kapitalaufbringungs Vorschriften weniger streng als im Aktienrecht.⁹⁴⁸ So schreibt das GmbHG weder einen Gründungsbericht vor noch (obwohl es Sacheinlagen zulässt) eine Gründungsprüfung (in der Stammfassung noch gar nicht).⁹⁴⁹ Dem Vorteil einer Prüfung (Vermeidung von Mißbräuchen) steht nach den EBRV der erhebliche Nachteil gegenüber, „daß ohne Nothwendigkeit in der weitaus größten Mehrzahl von Fällen die Entstehung der Gesellschaft eine einschneidende Erschwerung erfährt und das Geschäftsgeheimnis gefährdet wird.“⁹⁵⁰

Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 53 (83 f). S zum historischen Schutz künftiger Aktionäre nach dem ADHGB 1884 als Korrektiv für die Haftungskonzentration schon bei Fn 442.

946 Vgl *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 77.

947 Vgl auch *Ch. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 4/43; *Artmann/Rüffler*, GesR² Rz 854 und *passim*.

948 *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 77. Vgl hierzu AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3734 rSp: „Um diesen Interessenten [sc den Gesellschaftsgläubigern] ein Urtheil über Höhe und Bestandtheile des zur Fundirung der Gesellschaft aufgebrachtten Kapitals zu ermöglichen, bedarf es aber nicht der umfassenden Veranstellungen, durch welche das Aktiengesetz Mißbräuchen bei der Gründung entgegenzutreten sucht. Vielmehr kann das Gesetz sich darauf beschränken, einerseits die Verantwortlichkeit für die Richtigkeit der Angaben zu regeln, welche bei der Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister hinsichtlich der Deckung des Stammkapitals und der Einzahlungen auf dasselbe gemacht werden (§. 9), und andererseits dafür zu sorgen, daß es dritten Interessenten nicht verborgen bleiben kann, wenn das in Geld festgesetzte Stammkapital ganz oder theilweise nicht in Geld, sondern durch Sacheinlagen aufgebracht wird.“

949 Zu den Hintergründen und Motiven instruktiv *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 78 ff, 81 mwN.

950 EBRV 236 BlgHH 17. Session 59: „Vom Standpunkte der Gläubiger aus aber kann nur gefordert werden, daß ihnen zur Kenntnis gebracht werde, von welchen Gesellschaftern, in welchem Umfange und für welchen Kapitalsanteil Apports [sc Sacheinlagen] gemacht werden [...]. Ein weiter gehendes Verlangen, sei es nach einer Bewertung der Apports durch besonders bestellte Revisoren oder im Wege gerichtlicher Schätzung in allen Fällen, sei es nach einer solchen Bewertung, wenn die Apports eine gewisse Quote des Stammkapitals erreichen, muß abgelehnt werden, weil dem Gewinne, der daraus vielleicht für die Vermeidung einzelner Mißbräuche erwachsen kann, der schwere Nachteil gegenübersteht, daß ohne Nothwendigkeit in der weitaus größten Mehrzahl von Fällen die Entstehung der Gesellschaft eine einschneidende Erschwerung erfährt und das Geschäftsgeheimnis gefährdet wird.“ Vgl auch AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3730: „Bei der neuen Gesellschaft werden derartige Garantien in gleichem Umfange nicht bestehen können, da weder der ausgedehnte Verwaltungsapparat der Aktiengesellschaft, noch die weitgehende Publizität, welche für diese vorgeschrieben ist, hier zur Anwendung kommen können. Dafür bedarf es im Interesse der Gläubiger eines Ersatzes“ Damit

Seit der GmbHG-Novelle 1924⁹⁵¹ muss immerhin (als Reaktion auf Missbräuche)⁹⁵² grundsätzlich die Hälfte des Stammkapitals bar aufgebracht werden (Hälfteregel, § 6a GmbHG).⁹⁵³ Seit der GmbHG-Novelle 1980⁹⁵⁴ kann davon abgegangen werden, wenn die aktienrechtlichen Gründungsvorschriften eingehalten werden (§ 6a Abs 4 GmbHG).⁹⁵⁵ Ansonsten müssen im GmbH-Recht die Geschäftsführer (nur) erklären, dass die Bareinlagen eingezahlt sind und die eingezahlten Beträge sowie die als Sacheinlage eingebrachten Vermögensgegenstände sich in ihrer freien Verfügung (oder der des Treuhänders) befinden (§ 10 Abs 3 GmbHG)⁹⁵⁶. Diese Erklärung ist die zentrale Norm zur Sicherung der Kapitalaufbringung im GmbH-Recht.⁹⁵⁷ Sie ist haftungsbewährt durch § 10 Abs 4 GmbHG, wonach die Geschäftsführer für einen durch falsche Angaben verursachten Schaden der Gesellschaft haften.

Demgemäß gilt auch in der GmbH, wo auf Interessen künftiger Gesellschafter keine (besondere) Rücksicht genommen werden muss, (weiterhin) der Grundsatz der Kapitalaufbringung (wenngleich weniger streng ausgestaltet). Im GmbH-Recht dient die Kapitalerhaltung somit (nur) dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger. Da die Haftungskonzentration aller (kongruenten) Ersatzansprüche (weiterhin) zur Folge hat, dass die Gesellschafter in der Generalversammlung (vgl § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG) über Ersatzansprüche gegen Geschäftsführer (§ 10 Abs 4 GmbHG) verfügen können, obwohl diese Ersatzansprüche aus der Verletzung von Gläubigerschutzvorschriften resultieren, muss insoweit als Korrektiv die Dispositionsfreiheit der Gesellschaft eingeschränkt werden. Dazu mussten die (vorbildhaften) gründungsrechtlichen Dispositionsbeschränkungen des Aktienrechts (§ 205 dHGB 1897), die wie erwähnt primär Anlegerschutz und nur inzident auch Gläubigerschutz bezweckten, auf die Erfordernisse des Gläubigerschutzes reduziert wer-

angesprochen war die Ausfallhaftung der Gesellschafter für die Einlageleistungen der übrigen Gesellschafter und bei Rückgewähr von Einlagen gem den §§ 24 und 31 dGmbHG (§ 70 Abs 1 f und § 83 öGmbHG).

951 BGBl 1924/246; EBRV 93 BlgNR 2. GP 4.

952 Vgl nur *van Husen* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 6a Rz 9 f (Stand 01.05.2023).

953 Vgl *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 42.

954 BGBl 1980/320.

955 Vgl zB *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 201. Soll mehr als die Hälfte des Stammkapitals durch Sacheinlagen aufgebracht werden (und ist keine der Ausnahmen in § 6a Abs 1 bis 3 GmbHG erfüllt), so erklärt § 6a Abs 4 GmbHG die Gründungsvorschriften des AktG, namentlich die „§§ 20, 24 bis 27, 29 Abs. 2 und 4, §§ 39 bis 44 sowie § 25 Abs. 4 und 5 Aktiengesetz 1965“ für „sinngemäß anzuwenden“.

956 Vgl für die AG § 28 Abs 2 AktG sowie § 39 Abs 1 und § 41 Hs 2 AktG.

957 Vgl zB A. *Winkler/M. Winkler* in *FAH*, GmbHG § 10 Rz 1.

den.⁹⁵⁸ In diesem Sinne betont die AmtlBegr zu § 9b Abs 1 dGmbHG⁹⁵⁹ (§ 9 Abs 3 in der Stammfassung)⁹⁶⁰ ausdrücklich, dass sich diese gründungsrechtliche Dispositionsbeschränkung an Art 213d ADHGB 1884 anlehnt, jedoch mit der (rechtsformbedingten) Abweichung, dass *nur* die Gläubiger der Gesellschaft geschützt werden:

*„Nur ist zu verhindern, daß die Gesellschaft selbst durch Verzichtsleistungen oder Vergleiche hinsichtlich ihrer Schadenersatzansprüche den Gläubigern dieses Befriedigungsobjekt entzieht. Auf diesem Grunde beruhen die beschränkenden Vorschriften des dritten Absatzes. Sie lehnen sich im Wesentlichen an den Artikel 213d des Aktiengesetzes an, jedoch mit der aus ihrem allgemeinen Zweck sich ergebenden Abweichung, daß die betreffenden Beschränkungen hier nur im Interesse und zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger bestehen sollen.“*⁹⁶¹

Im Unterschied dazu enthielten die Vorentwürfe des öGmbHG ursprünglich noch ein *absolutes* Verbot für Verzichte und Vergleiche. Diese Lösung entsprach nicht nur dem österreichischen Entwurf eines AktG („Aktienentwurf“) von 1900⁹⁶², der dem öGmbHG als Vorbild diente, sondern vom Ansatz her auch der (damals) deutsch-aktienrechtlichen Sperrfrist

958 Das ist freilich vereinfachend und nicht ganz präzise, weil die gründungsrechtliche Sperrfrist für Verzichte und Vergleiche (vgl Art 213d ADHGB 1884; § 205 dHGB 1897; § 43 AktG idGF) das Gläubigerschutzbedürfnis (planwidrig) nicht vollständig abdeckt(e). Denn Gläubiger sind durch ein gänzlich Verzichts- und Vergleichsverbot (wie es die Sperrfrist bewirkt) nur während des Laufs ebendieser Frist geschützt. Nach Fristablauf fehlt ein Schutz der Gesellschaftsgläubiger vor Dispositionen der Gesellschaft über Ersatzansprüche gem § 41 AktG. § 84 Abs 5 AktG schützt die Gläubiger nur vor Dispositionen über Ansprüche gem § 84 AktG. Dazu noch unten iZm § 6a Abs 4 GmbHG S 223 ff und ausf im AG-Teil unten S 861 ff.

959 § 9b Abs 1 dGmbHG: *„Ein Verzicht der Gesellschaft auf Ersatzansprüche nach § 9a oder ein Vergleich der Gesellschaft über diese Ansprüche ist unwirksam, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist.“* Mit der ausdr Nennung von Verzichten und Vergleichen ging das dGmbHG über die *verba legalia* des damaligen Aktienrechts (ADHGB 1884) hinaus. Freilich wurde deren beschränkte Wirkung laut den Motiven zum ADHGB 1884 schon damals als selbstverständlich angesehen (AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 463).

960 § 9 Abs 3 dGmbHG in der Stammfassung: *„Verzichtsleistungen oder Vergleiche der Gesellschaft in Betreff der ihr nach Absatz 1 zustehenden Ersatzansprüche sind unwirksam, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist.“*

961 AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3736 (Hervorhebungen durch den Verf.). Ein gesetzlicher Minderheitenschutz war im dGmbHG wie erwähnt nicht vorgesehen (dazu oben S 133 ff).

962 Vgl § 30 Abs 2 Aktienentwurf idF Dezember 1900 (ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420): *„Hinsichtlich dieser Ansprüche haben Vergleiche oder Verzichtsleistungen der Gesellschaft keine rechtliche Wirkung.“*; § 41 Abs 5 Satz 2 Aktienentwurf idF Dezember 1900 (aaO): *„Vergleiche oder Verzichtsleistungen hinsichtlich solcher Ansprüche haben keine rechtliche Wirkung.“*

(Art 213d ADHGB 1884; § 205 dHGB 1897; § 43 öAktG idgF). In der weiteren redaktionellen Entwicklung des GmbH-Entwurfs wurde das Dispositionsverbot letztlich aber ebenfalls auf eine Dispositionsbeschränkung zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger⁹⁶³ „heruntergebaut“.⁹⁶⁴ Begründet hat man die Einschränkung auf den Gläubigerschutz mit den „einfacheren Verhältnisse[n]“ der GmbH im Vergleich zur AG.⁹⁶⁵ Dementsprechend schließt § 10 Abs 6 öGmbHG idgF⁹⁶⁶ (wie § 9b Abs 1 dGmbHG) die Wirkung von Verzichten und Vergleichen (nur) aus, „soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist“. Die EBRV hierzu lauten (ähnlich wie die AmlBegr zum dGmbHG):

*„In ihrem Rechte dürfen jedoch die Gläubiger durch willkürliche Abmachungen der Gesellschaft nicht verkürzt werden. Der Entwurf beschränkt daher die Rechtswirkung von Verzichten und Vergleichen der Gesellschaft hinsichtlich dieser Ersatzansprüche auf das Verhältnis der Gesellschaft und ihrer Teilnehmer zu den Geschäftsführern, räumt ihnen dagegen keine Wirkung ein, insoweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist.“*⁹⁶⁷

Für die gebotene Beschränkung von Gesellschaftsdispositionen zum Schutz der Gläubiger kommt es übrigens nicht darauf an, ob die Gläubiger ein beson-

963 Gesetzlichen Minderheitenschutz schuf wie erwähnt erst die Herrenhauskommission (s dazu im Kap zum Minderheitenschutz oben).

964 Die Ur-Entwürfe des GmbHG (ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 24 ff) normierten noch die (gänzliche) Unwirksamkeit von Verzichten und Vergleichen (wie auch im Aktienentwurf 1900). Im Zuge der interministeriellen Beratungen (Berathungs-Protokolle der Vertreter der beteiligten Ministerien zum Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 862 ff) und weiteren Überarbeitungen wurde die Unwirksamkeit im nächsten Schritt zunächst auf das Verhältnis „gegenüber den Gläubigern“ eingeschränkt. Schließlich wurde sie unter die Voraussetzung gestellt, dass „der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist“ (wie auch heute § 10 Abs 6 GmbHG). Mit dieser Diktion sollte zur Vermeidung von Irrtümern klargestellt werden, „daß es sich nicht um eine direkte Haftung gegenüber den Gläubigern handle.“ (aaO Fol 873). S zu dieser redaktionellen Entwicklung schon oben Fn 797 (Minderheitenschutz), unten Fn 1365 (Abstammung des GmbHG vom österreichischen Aktienentwurf) und ausf noch unten S 444 bei Fn 1780 (zur Unwirksamkeitsfolge der § 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG).

965 Entwurf Juni 1902 samt Erläuternden Bemerkungen (ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg II und P 111–125, Karton 885) S 67. Die im Fließtext zitierte Passage betreffend den Vergleich mit den Verhältnissen der AG wurde nach der Entkoppelung des GmbH-Entwurfs vom österreichischen Aktienentwurf konsequenterweise wieder gestrichen. In den EBRV ist sie nicht mehr enthalten.

966 § 10 Abs 6 GmbHG: „Vergleiche und Verzichtleistungen hinsichtlich solcher Ansprüche haben keine rechtliche Wirkung, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist.“

967 EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 62 (Hervorhebungen durch den Verf.).

deres Verfolgungsrecht haben.⁹⁶⁸ Ein solches Recht ist zwar eine hinreichende, aber keine notwendige Voraussetzung für die zwingende Erhaltung von Ersatzansprüchen im Gesellschaftsvermögen *qua* Dispositionsbeschränkungen. Das Verfolgungsrecht ist nämlich bloß *ein* Modus der Anspruchsdurchsetzung, der die (allgemeine) Rechtsverfolgung mittels Forderungsexekution erleichtern soll (aber nicht ausschließt).⁹⁶⁹ Die Technik der Anspruchsdurchsetzung ändert aber nichts daran, dass durch die Haftungskonzentration (allfällige) unmittelbare Ersatzansprüche der Gesellschaftsgläubiger ausgeschlossen werden und ihnen deshalb ein geschützter (wie auch immer gearteter) Zugriff auf die entsprechenden (kongruenten) Ersatzansprüche der Gesellschaft ermöglicht werden muss. Dem Gesetzgeber ging es bei der GmbH demnach nicht um die Absicherung eines besonderen Verfolgungsrechts, das andernfalls leerliefe (dann wäre die Notwendigkeit von Dispositionsbeschränkungen als Absicherung evident). Es ging ihm vielmehr darum, Ersatzansprüche, die kraft Haftungskonzentration der Gesellschaft zugewiesen sind, als „Befriedigungsobjekt“⁹⁷⁰ für den (exekutiven) Zugriff durch die Gesellschaftsgläubiger zwingend im Gesellschaftsvermögen zu erhalten.⁹⁷¹ Im Übrigen ist das aktienrechtliche Verfolgungsrecht (§ 84 Abs 5 Satz 1 AktG) nach der hier vertretenen

968 Das zeigt auch der (nie in Kraft getretene) österreichische Aktienentwurf von 1900 (ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420) instruktiv. Denn dieser Entwurf enthielt idF Juli 1900 (§ 39 Abs 3 Satz 1) noch (wie sein Vorbild, § 241 Abs 4 Satz 1 dHGB 1897) ein Verfolgungsrecht der Gesellschaftsgläubiger, an welches die Beschränkung der Haftungsfreistellungswirkung von Weisungsbeschlüssen anknüpfte (§ 39 Abs 3 Satz 2: *„Die Ersatzpflicht gegenüber den Gläubigern wird dadurch nicht berührt, dass die Handlung auf einem Beschlusse der Generalversammlung beruht“*; vgl auch § 241 Abs 4 Satz 2 dHGB 1897; § 84 Abs 5 Satz 3 AktG idgF). In den interministeriellen Beratungen wurde dann jedoch die Streichung des Verfolgungsrechts beschlossen, weil (wie im GmbH-Entwurf) der Eindruck einer Direkthaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern vermieden werden sollte (vgl ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 873). S dazu noch ausf unten insb Fn 1780. Und trotzdem beschränkte der Aktienentwurf (idF Dezember 1900) weiterhin die Haftungsfreistellungswirkung von Weisungsbeschlüssen zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger (§ 41 Abs 4: *„Soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist, wird die Verpflichtung der Vorstandsmitglieder dadurch nicht aufgehoben, dass sie in Befolgung eines Generalversammlungsbeschlusses gehandelt haben.“*).

969 S dazu oben bei Fn 929.

970 Vgl AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3736 (s schon Fn 961): *„Nur ist zu verhindern, daß die Gesellschaft selbst durch Verzichtleistungen oder Vergleiche hinsichtlich ihrer Schadenersatzansprüche den Gläubigern dieses Befriedigungsobjekt entzieht.“*

971 Vgl idS wohl auch Pisko, Lehrbuch (1923) 432: *„Die Schädigung der Gesellschaft – deren Vermögen ja allein für ihre Schulden haftet – kann mittelbar zu einer Schädigung der Gesellschaftsgläubiger führen. Deren Interessen sind jedoch genügend geschützt, wenn sie bei ihrem Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen in diesem die Schadenersatzforderung der Gesellschaft gegen ihre Organe finden.“*

Auffassung aber ohnedies analog auf die GmbH anzuwenden (dazu schon oben)^{972 973}.

Die einzelnen Tatbestandselemente und die Rechtsfolge des § 10 Abs 6 GmbHG (§ 9b Abs 1 dGmbHG) werden unten gemeinsam mit § 25 Abs 5 und 7 GmbHG untersucht.⁹⁷⁴ Diese allgemeinen Dispositionsbeschränkungen entsprechen § 10 Abs 6 GmbHG (§ 25 Abs 7 GmbHG verweist auch auf § 10 Abs 6 GmbHG), sie haben aber größere (praktische) Bedeutung. Die dortigen Ausführungen gelten dann sinngemäß auch für § 10 Abs 6 GmbHG. Es gibt aber einige Besonderheiten, die schon hier herauszugreifen sind, nämlich die von § 10 Abs 6 GmbHG erfassten Ersatzansprüche und Dispositionsarten.

b) Erfasste Ersatzansprüche

i. Ersatzansprüche gem § 10 Abs 4 GmbHG

Außer Zweifel steht, dass sich § 10 Abs 6 GmbHG auf Ersatzansprüche gegen den Geschäftsführer gem § 10 Abs 4 GmbHG bezieht.⁹⁷⁵ Die Erklä-

⁹⁷² Zum Ganzen oben S 201 ff.

⁹⁷³ Aus den genannten Gründen (Unabhängigkeit der Rechtsdurchsetzungstechnik vom Erfordernis indisponiblen Gläubigerschutzes) sind mE übrigens auch die aktienrechtlichen Dispositionsbeschränkungen (§ 84 Abs 5 Satz 3 AktG) entgegen der hA auf alle Modi der Rechtsverfolgung (insb die Drittschuldnerklage) anzuwenden (ggf analog). S dazu noch im AG-Teil unten S 837 ff.

⁹⁷⁴ S unten S 434 ff.

⁹⁷⁵ Nur der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass § 10 Abs 6 GmbHG nach hL auch Ansprüche gegen das Kreditinstitut erfasst, dessen Haftung in § 10 Abs 3 GmbHG angeordnet ist (seit dem Deregulierungsgesetz 2017 [BGBl I 2017/40] haftet gem § 10 Abs 3 GmbHG auch der Notar als Treuhänder [vgl nur Zollner in Gruber/Harrer, GmbHG² § 10 Rz 55]). Vgl M. Gruber, ÖBA 2003, 734 (744) mwN; zust van Husen in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 10 Rz 511 (Stand 01.09.2021); Zollner in Gruber/Harrer, GmbHG² § 10 Rz 55; A. Winkler/M. Winkler in FAH, GmbHG § 10 Rz 26; iE sympathisierend Dellinger, ÖBA 2002, 633 (638); aA und offenbar für die Anwendbarkeit nur auf § 10 Abs 4 GmbHG Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 10 Rz 32. Nach Kutschera, GesRZ 1982, 243 (245) bleibt offen, was mit „diesen Fällen“ gemeint ist (er meint offenbar die Wendung „dieser Ersatzansprüche“). Das dGmbHG kennt keine mit § 10 Abs 3 GmbHG vergleichbare Pflicht, die Leistung zur freien Verfügung durch die Vorlage einer Bankbestätigung nachzuweisen (vgl Zollner in Gruber/Harrer, GmbHG² § 10 Rz 4). Dementspr bezieht sich § 9b Abs 1 GmbHG (nur) „auf Ersatzansprüche nach § 9a“. Da die vorliegende Untersuchung die Organmitgliedshaftung behandelt, soll darauf aber nicht näher eingegangen werden. Eine Notiz soll hier genügen:
Im Ergebnis verdient die hL mE Zustimmung. Allerdings sollte der offene Wortlaut des § 10 Abs 6 GmbHG (arg: „hinsichtlich solcher Ansprüche“), auf den sich die Lit bisweilen stützt, als Argument nicht überbewertet werden. Vgl auf den Wortlaut bezugnehmend etwa M. Gruber, ÖBA 2003, 734 (744 insb Fn 175) mit Verweis auf OGH 14.07.1994, 8 Ob 629/93 SZ 67/132. In dieser E hat der OGH die fünfjährige Verjährungsfrist gem § 10 Abs 5 GmbHG auch auf Ersatzansprüche gem § 10

Abs 3 GmbHG angewendet und begründend ausgeführt, dass sich dies „*ohnehin zwanglos aus dem Aufbau der einschlägigen Bestimmungen (§ 10 Abs 3 bis 5: „Diese Ersatzansprüche verjähren ...“) [ergibt]“*. Nach Gruber (aaO) greift das Wortlautargument des OGH auch bei § 10 Abs 6 GmbHG. Zust *van Husen in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 10 Rz 511 (Stand 01.09.2021). Allerdings ist mE zu bedenken, dass der Gesetzeswortlaut seit der Stammfassung des GmbHG unverändert ist („*hinsichtlich solcher Ansprüche*“). Mit „*solche[n] Ansprüche[n]*“ meint § 10 Abs 6 GmbHG zunächst jene gem § 10 Abs 5 GmbHG („*Diese Ersatzansprüche*“); also jener Ansprüche, die in fünf Jahren ab Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch verjähren. Diese Anknüpfung der Dispositionsbeschränkung an die Verjährungsregelung wurde im Jahr 1901 aus dem österreichischen Aktienentwurf von 1900 übernommen (s dazu noch ausf unten insb bei Fn 1455). Ursprünglich stammt sie dort (soweit ersichtlich ohne Vorbild im deutschen Aktienrecht) aus dem Gründungsrecht (§ 26) des Aktienentwurfs idF Juli 1900 (ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420). Dort bezog sich die Verjährungsregel (§ 26 Abs 1) zunächst auf alle Ansprüche aus der Gründung („*Die der Gesellschaft aus der Errichtung zustehenden Schadenersatzansprüche*“) und das Verzichts- und Vergleichsverbot knüpfte an die Verjährungsregel an und bezog sich – wohl zur Vermeidung von Wiederholungen – auf *dieselben* Ansprüche („*Hinsichtlich dieser Ansprüche*“). Bis zu dieser Angleichung an den Aktienentwurf folgte der heutige § 10 Abs 6 GmbHG noch unmittelbar auf den heutigen § 10 Abs 4 GmbHG (vgl zB Fn 1466) und knüpfte auch begrifflich an diesen an: „*Verzichte und Vergleiche der Gesellschaft hinsichtlich dieser Ersatzansprüche [...]*“ (die nachfolgende Verjährungsregel bezog sich noch auf „*[d]iese Ersatzansprüche*“) (vgl beispielhaft Entwurf I Dezember 1900, ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 341 ff und Entwurf II Dezember 1900, Karton 884, Fol 369 ff). Angesichts der geänderten Normstruktur ist somit zu fragen, auf welche Ansprüche sich § 10 Abs 5 GmbHG bezieht („*Diese Ersatzansprüche*“). Auch der Wortlaut des § 10 Abs 5 GmbHG ist seit der Stammfassung des GmbHG unverändert. Da die Haftung der Bank gem § 10 Abs 3 Satz 3 GmbHG aber erst mit dem IRÄG 1993 (BGBl I 1994/153) eingefügt wurde, konnten sich die Abs 5 und 6 in § 10 GmbHG bis dahin mit den Formulierungen „*Diese Ersatzansprüche*“ und „*solcher Ansprüche*“ nur auf Ansprüche der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer gem § 10 Abs 4 GmbHG beziehen. Der Wortlaut der § 10 Abs 5 und 6 GmbHG ist also nicht (erst) *deshalb* offengehalten, um auch Ansprüche gem § 10 Abs 3 GmbHG einzuschließen. Das war er vielmehr schon bevor diese Bestimmung überhaupt erlassen wurde. Der Wortlaut spricht daher *nur dann* für die Einbeziehung von § 10 Abs 3 Satz 3 GmbHG, wenn der Gesetzgeber ihn im Zeitpunkt dessen Schaffung bewusst unverändert ließ, um gerade auch die Haftung des Kreditinstituts zu erfassen (damit verlässt man freilich bereits den Bereich der reinen Wortlautauslegung). Die EBRV des IRÄG 1993 setzen sich mit der Verzicht- und Vergleichbarkeit der neugeschaffenen Bankhaftung allerdings nicht auseinander; vielleicht auch deshalb, weil die Redaktoren den Zusammenhang mit der Dispositionsbeschränkung gem § 10 Abs 6 GmbHG (und der Verjährungsregel des Abs 5) gar nicht vor Augen hatten. Deshalb ist der undifferenzierte Gesetzeswortlaut mE kein besonders starkes Argument dafür, dass nach der Absicht des Gesetzgebers auch die Bankhaftung von den § 10 Abs 5 und 6 GmbHG erfasst sein soll.

Aus den schon genannten Gründen lässt sich übrigens auch nichts aus den EBRV zu § 10 Abs 6 GmbHG ableiten (EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 66). Ihnen zufolge ist die Wirksamkeit von Verzichten und Vergleichen auf das Verhältnis der Gesell-

rung des Geschäftsführers gem § 10 Abs 3 GmbHG und die korrespondierende Haftung gem § 10 Abs 4 GmbHG dienen wie erwähnt der Kapitalaufbringung.⁹⁷⁶ Diese wiederum steht wegen des Wegfalls von Anlegerinteressen ganz im Zeichen des Gläubigerschutzes. Deshalb müssen Ersatzansprüche der Gesellschaft gem § 10 Abs 4 GmbHG als Korrektiv für die Haftungskonzentration durch gesetzliche Anordnung zwingend im Gesellschaftsvermögen erhalten werden. Dies ist der Zweck des § 10 Abs 6 GmbHG.

ii. Ersatzansprüche gem § 6a Abs 4 GmbHG iVm § 41 AktG?

§ 10 Abs 6 GmbHG hat mE außerdem Bedeutung für Ersatzansprüche gegen den Geschäftsführer aufgrund einer Verletzung der aktienrechtlichen Sachgründungsvorschriften. Auf den ersten Blick ist das aber nicht ersichtlich. Denn für den Fall, dass von der Hälfteregel (§ 6a Abs 1 GmbHG) abgewichen werden soll und keine Ausnahme greift (§ 6a Abs 2 f GmbHG), normiert § 6a Abs 4 GmbHG die „*sinngemäß[e]*“ Anwendung der „§§ 20, 24 bis 27, 29 Abs. 2 und 4, § 39 bis 44 sowie § 25 Abs. 4 und 5 Aktiengesetz 1965“. Die Haftpflicht der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder für die Verletzung ihrer gründungsrechtlichen Pflichten regelt § 41 AktG. Die Disponibilität dieser Ansprüche ist in § 43 AktG geregelt. Demnach sind Verzichte und Vergleiche auf bzw über Ansprüche (ua) gem § 41 AktG nur wirksam, wenn (i) seit der Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch fünf Jahre vergangen sind, (ii) die HV zustimmt und (iii) nicht eine Minderheit von 20% des Grundkapitals widerspricht. Es stellt sich also die Frage, inwieweit § 43 AktG „*sinngemäß*“ auf die GmbH anzuwenden ist.⁹⁷⁷

schaft und der Gesellschafter „*zu den Geschäftsführern*“ eingeschränkt. Die Bank wird nicht erwähnt, denn § 10 Abs 3 Satz 3 GmbHG gab es zu diesem Zeitpunkt wie erwähnt eben noch nicht. Das Schweigen des (jüngeren) Gesetzgebers lässt vor allem objektiv-teleologische Erwägungen in den Fokus rücken. Wie eingangs erwähnt, bezweckt § 10 Abs 6 GmbHG als Korrektiv für die Haftungskonzentration den Schutz der Gesellschaftsgläubiger vor nachteiligen Dispositionen über Ersatzansprüche, die ohne Haftungskonzentration allenfalls (nach allg Schadenersatzrecht, insb Schutzgesetzverletzung) den Gläubigern selbst zustünden. Maßgeblich für die Anwendung von § 10 Abs 6 GmbHG ist also, ob die Haftung gem § 10 Abs 3 Satz 3 GmbHG (zumindest überwiegend) die Gesellschaftsgläubiger schützt. Nach den EB zur RV des IRÄG 1993 soll durch die Haftung des Kreditinstituts „*sicher gestellt werden, daß den gesetzlichen Erfordernissen der Kapitalaufbringung zum Zeitpunkt der Eintragung der Gesellschaft Genüge getan ist.*“ (1384 BlgNR 18. GP 14 rSp; vgl auch RIS-Justiz RS0059497). Damit sprechen in der Tat sehr gute Gründe dafür, § 10 Abs 6 GmbHG (auch) auf § 10 Abs 3 Satz 3 GmbHG anzuwenden. Methodologisch geschieht das wegen des weit gefassten Wortlauts („*Diese Ersatzansprüche*“ bzw „*solcher Ansprüche*“) durch extensive Auslegung.

976 S oben bei Fn 957.

977 Zu solchen Verweisungen als Fälle einer gesetzlich angeordneten Analogie etwa Kramer, Methodenlehre⁶ 108.

Um diese Frage zu beantworten, muss nach dem Regelungsinhalt des § 43 AktG differenziert werden. Die Voraussetzung der HV-Zustimmung dient dem Schutz künftiger Aktionäre (der in der GmbH in dieser Form nicht nötig ist).⁹⁷⁸ Im Übrigen ist die Zustimmung der Generalversammlung zu einem Verzicht oder Vergleich ohnehin schon nach § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG gesetzlich erforderlich.⁹⁷⁹ Die weitere Wirksamkeitsvoraussetzung des fehlenden Widerspruchs einer Aktionärsminorität dient dem Minderheitenschutz. Eine sinnngemäße Anwendung erübrigt sich aber insofern, als nach der hier vertretenen Auffassung ohnedies die aktienrechtlichen Widerspruchsrechte (§ 43, § 84 Abs 4 Satz 3 AktG) analog auf die GmbH anzuwenden sind, um das Minderheitsklagerecht gem § 48 GmbHG gegen Mehrheitsdispositionen abzusichern (dazu schon oben)⁹⁸⁰. Damit bleibt für eine sinnngemäße Anwendung nur noch die fünfjährige Sperrfrist übrig. Sie schützt allerdings (wie oben⁹⁸¹ ausgeführt) künftige Aktionäre vor Umgehungen der strengen Gründungsverantwortlichkeit (durch sog Selbstentlastungen) und dient damit dem Anlegerschutz. Die Fünfjahresfrist basiert auf der gesetzlichen Annahme, dass nach fünf Jahren typischerweise die Mehrheit der Aktien an das Publikum gelangt ist und die Gesellschaft dadurch vom Einfluss der Gründer befreit wurde. Demgemäß kann die Sperrfrist nicht unmittelbar auf die GmbH übertragen werden. Denn das GmbH-Recht erfordert wegen des Ausschlusses der Handelbarkeit der Geschäftsanteile wie erwähnt keinen besonderen Schutz künftiger Gesellschafter. Vielmehr dienen im GmbH-Recht die (gem § 6a Abs 4 GmbHG sinnngemäß anzuwendenden) aktienrechtlichen Gründungskautele zur Kapitalaufbringung mitsamt der sie absichernden Geschäftsführerhaftung (§ 41 AktG sinnngemäß) ausschließlich dem Gläubigerschutz.⁹⁸² Dementsprechend müssten sich insoweit auch allfällige Einschränkungen der Disponibilität der Geschäftsführerhaftung (nur) nach den Erfordernissen des Gläubigerschutzes richten.

Manche Autoren⁹⁸³ tragen diesem Umstand Rechnung und wenden § 43 AktG mit Blick auf § 10 Abs 6 GmbHG dahingehend sinnngemäß an, dass Vergleiche

978 Zum (entbehrlichen) Schutz künftiger Gesellschafter durch Dispositionsbeschränkungen in der GmbH oben S 127 ff. Zum Normzweck des HV-Zustimmungserfordernisses gem § 43 AktG ausf unten S 707 f.

979 Vgl statt vieler nur *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 35 Rz 36; *Enzinger in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 35 Rz 91 (Stand 01.09.2021); *Harrer in Gruber/Harrer*, GmbHG² § 35 Rz 58.

980 S oben S 133 ff.

981 S oben S 127 ff.

982 Vgl EBRV 5 BlgNR 25. GP 6: „[...] da durch eine qualifizierte Gründung eine richtige Bewertung der Sacheinlagen im Interesse des Gläubigerschutzes gewährleistet ist“. Vgl auch *U. Torggler in U. Torggler*, GmbHG § 6a Rz 1.

983 *U. Torggler in U. Torggler*, GmbHG § 6a Rz 34: „§ 43. Vergleiche und Verzichtsleistungen hinsichtlich der Ersatzansprüche gegen die Gründungsgesellschafter, die neben diesen haftenden Personen und gegen die Geschäftsführer und die Mitglieder

und Verzichtseleistungen keine rechtliche Wirkung haben, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist. Nach dieser Ansicht bedeutet die sinngemäße Anwendung also, dass § 43 AktG im GmbH-Recht gleichsam in § 10 Abs 6 GmbHG „umgewandelt“ wird. Vom Ansatz her und im Ergebnis ist dieser Ansicht mE beizupflichten. Bei der methodologischen Begründung wäre aber zu überlegen, anstelle einer Modifizierung des § 43 AktG direkt § 10 Abs 6 GmbHG (analog) auch auf Ersatzansprüche gem § 6a Abs 4 GmbHG iVm § 41 AktG anzuwenden. Es gilt nämlich zu bedenken, dass das Aktienrecht für Ersatzansprüche aus dem Gründungsstadium (§ 41 AktG) *selbst* (wie gesagt planwidrig) keine Dispositionsbeschränkungen zum Schutz der Gläubiger vorsieht. Die Sperrfrist des § 43 AktG trägt ihrem Mechanismus nach *ausschließlich* Anlegerinteressen Rechnung. Sie schützt Gläubiger zwar wegen ihres absoluten Verfügungsverbots inzident – allerdings nur während des Fristlaufs und damit unzureichend. Anders als das Anlegerschutzbedürfnis fällt das Gläubigerschutzbedürfnis nämlich nicht nach fünf Jahren weg (wenn die Gesellschaft präsumtiv vom Gründereinfluss frei wird). Und die aktienrechtlichen gläubigerschutzorientierten Dispositionsbeschränkungen (§ 84 Abs 5 Satz 3 AktG) erfassen nur Ersatzansprüche wegen Verstößen gegen Vorschriften der *Kapitalerhaltung* (§ 84 Abs 3 AktG), nicht aber der *Kapitalaufbringung*. Demgegenüber normiert das GmbHG mit § 10 Abs 6 sehr wohl eine Dispositionsbeschränkung zugunsten der Gläubiger für Ersatzansprüche aus der Verletzung von (wenngleich weniger strengen) Kapitalaufbringungsregeln im Gründungsrecht (und zwar richtigerweise unabhängig vom Verschuldensgrad). Die Ursache für die Schutzlücke im Aktienrecht dürfte darin liegen, dass die Kapitalaufbringung (wie eingangs erwähnt)⁹⁸⁴ historisch vor allem als ein Instrument des Anlegerschutzes und weniger (nur mittelbar) des Gläubigerschutzes galt. Erst im Laufe der Zeit entwickelte sich das Verständnis der Kapitalaufbringungsregeln als Gläubigerschutzvorschriften. Im GmbH-Recht trat der Gläubigerschutzzweck dadurch offen zu Tage, dass der Gesetzgeber hier ganz auf einen Schutz künftiger Gesellschafter verzichtete.⁹⁸⁵ Im Aktienrecht sind mE deshalb – um insoweit schon vorzugreifen – die Vorschriften des § 84 Abs 5 AktG (Verfolgungsrecht und Dispositionsbeschränkungen) analog auf § 41 AktG anzuwenden (näher dazu im aktienrechtlichen Teil). Auch im GmbH-Recht dürfte dem (GmbH-)Gesetzgeber nicht aufgefallen

des Aufsichtsrats (§§ 39 bis 41) haben keine rechtliche Wirkung, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist [s 10 Abs 6, arg: ‚sinngemäß‘ in § 6a Abs 4; vgl auch § 25 Abs 7 mit § 84 Abs 4 AktG; anders § 43 AktG [...]].“ Undifferenziert aber van Husen in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 6a Rz 310 f (Stand 01.05.2023). Die meisten (übrigen) Kommentatoren beschränken sich (soweit ersichtlich) bloß auf den Hinweis, dass § 43 AktG sinngemäß anzuwenden sei.

984 S schon oben bei Fn 945.

985 S dazu schon oben bei Fn 946. Auch die strengen aktienrechtlichen Gründungsvorschriften (§ 6a Abs 4 GmbHG) dienen im GmbH-Recht (mangels schützenswerten Anlegerinteresses) wie erwähnt nur dem Gläubigerschutz (s schon bei Fn 982).

sein, dass gläubigerschutzbezogene Dispositionsbeschränkungen für die Ansprüche gem § 41 AktG fehlen, als er mit § 6a Abs 4 GmbHG die sinngemäße Anwendung (auch) des § 43 AktG anordnete. Statt einer modifizierten (sinngemäßen) Anwendung des § 43 AktG⁹⁸⁶ würde es der Gläubigerschutz in der GmbH nach dem Gesagten genau betrachtet wohl erfordern, den § 84 Abs 5 AktG analog auf § 41 AktG anzuwenden (und demgemäß auch in die Verweiskette des § 6a Abs 4 GmbHG einzubeziehen). Näher als diese Lösung (und mE auch als die oben referierte „modifizierte“ Anwendung der Sperrfrist gem § 43 AktG, die mit Gläubigerschutz wie erwähnt nichts zu tun hat) ist es dann aber wohl, § 10 Abs 6 GmbHG (der funktional dem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG – nur speziell für das Gründungsrecht – entspricht) auf die Ersatzansprüche gem § 6a Abs 4 GmbHG iVm § 41 AktG analog anzuwenden (das Ergebnis bleibt natürlich dasselbe).

c) Erfasste Dispositionen

Gemäß § 10 Abs 6 GmbHG haben Vergleiche und Verzichtleistungen keine rechtliche Wirkung, soweit der Ersatz zur Befriedigung erforderlich ist. Auf die Tatbestandselemente „*Vergleiche und Verzichtleistungen*“ und „*soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist*“ wird bei § 25 Abs 5 und 7 GmbHG noch eingegangen. Als Besonderheit des § 10 Abs 6 GmbHG fällt aber auf und ist daher hier herauszugreifen, dass er im Gegensatz zu § 25 Abs 5 GmbHG nicht auch die (haftungsfreistellende) Wirkung von Gesellschafterbeschlüssen (Weisungen und Ermächtigungen) im Gläubigerinteresse einschränkt.

Mit § 10 Abs 6 GmbHG hatte der Gesetzgeber wohl nur den Fall vor Augen, dass die Gesellschafter nach Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch erstmals zusammentreten und über Ersatzansprüche gegen die Geschäftsführer aus dem Gründungsstadium disponieren. Allerdings können die Gesellschafter auch schon im Gründungsstadium (vor Eintragung der Gesellschaft) Beschlüsse fassen.⁹⁸⁷ Auf solche Beschlüsse sind nach hL⁹⁸⁸ die Regeln über die Generalversammlung und Willensbildung anwendbar. Demgemäß schließen

986 Die (so verstandene) sinngemäße Anwendung des § 43 AktG würde auch nicht (wie der GmbH-Gesetzgeber im Laufe der legistischen Redaktion [s Fn 964]) eine Verfügungsbeschränkung, die mehreren Schutzinteressen und *darunter* auch Gläubigern dient, auf den Gläubigerschutz einschränken. Denn ein Gläubigerschutz ist in § 43 AktG gar nicht „enthalten“. So gesehen ist die im Schrifttum vertretene sinngemäße Anwendung des § 43 AktG als Gläubigerschutzvorschrift keine Reduktion, sondern eine Erweiterung.

987 Vgl nur Schmidberger/Duursma in Gruber/Harrer, GmbHG² § 2 Rz 15 mwN, wonach die Geschäftsführer intern den Weisungen der Gesellschafter unterliegen.

988 Vgl Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 2 Rz 13; Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 2 Rz 42 f (Stand 01.08.2020), § 34 Rz 6 (Stand 01.09.2021) jew mwN; Schmidberger/Duursma in Gruber/Harrer, GmbHG² § 2 Rz 18; so auch die hL in

Beschlüsse, die von den gläubigerschutzorientierten Geschäftsführerpflichten im Gründungsstadium dispensieren (dazu ermächtigen) oder (durch Weisung) ein dagegen verstoßendes Verhalten anordnen, die Haftung der Geschäftsführer nicht aus, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist (vgl § 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG).⁹⁸⁹ Insoweit leben Ersatzansprüche der Gesellschaft in der Gesellschaftsinsolvenz trotz grundsätzlich haftungsausschließenden Gesellschafterbeschlusses wieder auf. Andernfalls wären die gläubigerschützenden Kapitalaufbringungsvorschriften zahnlos, weil es die Gesellschafter in der Hand hätten, durch Beschluss schon die Entstehung von Ersatzansprüchen zu verhindern.

Fraglich ist in methodologischer Hinsicht (und das kann hier offen bleiben), ob man besser § 10 Abs 6 GmbHG analog auf Weisungsbeschlüsse anwendet, oder aber § 25 Abs 5 GmbHG⁹⁹⁰ analog auf Ersatzansprüche gem § 10 Abs 4 GmbHG (und § 6a Abs 4 iVm § 41 AktG).⁹⁹¹ Im Ergebnis gibt es keinen Unterschied. Wie sich unten aber noch zeigen wird, hat § 25 Abs 5 GmbHG heute ohnedies nur noch klarstellenden Charakter (nämlich über die Reichweite zwingenden Gläubigerschutzes), weil sich die (Teil-)Nichtigkeit gläubigerschutzwidriger Gesellschafterbeschlüsse schon aus allgemeinem Beschlussmängelrecht ergibt (was zugleich wohl schon gegen eine Lückenhaftigkeit des § 10 Abs 6 GmbHG sprechen dürfte). Darauf werde ich bei § 25 Abs 5 GmbHG noch näher eingehen.⁹⁹²

d) Fazit

Die Dispositionsbeschränkung gem § 10 Abs 6 GmbHG schützt Gesellschaftsgläubiger vor Dispositionen (insb Verzichte oder Vergleiche) der Gesellschaft über Ersatzansprüche, die aus unmittelbar gläubigerschützenden Geschäftsführerpflichten im Gründungsstadium resultieren. Auch diese Bestimmung fungiert damit als Korrektiv für die Haftungskonzentration. § 10 Abs 6 GmbHG bezieht sich auf Ansprüche gem § 10 Abs 4 GmbHG und § 6a Abs 4 GmbHG (iVm § 41 AktG). Soweit die Gesellschafter im Gründungsstadium durch Weisungs- oder Ermächtigungsbeschluss von den je-

Deutschland; vgl nur *Blath in Michalski et al*, GmbHG⁴ § 11 Rz 52; *Merkt in MüKo GmbHG*⁴ § 11 Rz 33 jew mwN.

989 Vgl allg *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 2 Rz 12, wonach sich die Haftung der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft auch im Gründungsstadium nach § 25 GmbHG richtet. So für Deutschland *Blath in Michalski et al*, GmbHG⁴ § 11 Rz 56; *Merkt in MüKo GmbHG*⁴ § 11 Rz 28.

990 IdS möglicherweise *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 2 Rz 12 (s Fn 989).

991 Eine subsidiäre Anwendung des § 25 Abs 5 GmbHG kommt nicht in Frage, weil sich diese Bestimmung – wie unten noch zu zeigen sein wird – nur auf § 25 Abs 3 GmbHG bezieht, und damit ihrerseits auf einen Spezialtatbestand, und nicht auf den Grundtatbestand des § 25 Abs 2 GmbHG.

992 S unten S 450 ff.

weiligen Verhaltenspflichten dispensieren, schließt die Befolgung des Beschlusses die Haftung nicht aus, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist (vgl § 25 Abs 5 GmbHG).

3. Die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG

Nun sollen die (praktisch wichtigeren) Dispositionsbeschränkungen des allgemeinen Haftungstatbestands (§ 25 GmbHG) näher beleuchtet werden. Während § 10 Abs 6 GmbHG vergleichsweise wenig Probleme bereitet, werfen die § 25 Abs 5 und 7 GmbHG zT grundlegende Fragen auf, vor allem was ihren Anwendungsbereich betrifft (dazu noch sogleich unten).

a) Regelungsinhalt und -zweck

Auch diese (allgemeinen) Dispositionsbeschränkungen bezwecken als Korrektive für die Haftungskonzentration den Schutz der Gesellschaftsgläubiger vor nachteiligen Dispositionen der Gesellschaft über Ersatzansprüche, die aus der Verletzung unmittelbar gläubigerschützender Verhaltenspflichten resultieren. § 25 Abs 5 GmbHG schränkt die Haftungsfreistellung des Geschäftsführers bei Befolgung von Gesellschafterbeschlüssen (Weisungen) zum Schutz der Gläubiger ein: *„Soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist, wird die Verpflichtung der Geschäftsführer dadurch nicht aufgehoben, daß sie in Befolgung eines Beschlusses der Gesellschafter gehandelt haben.“*⁹⁹³ Für Verzichte und Vergleiche normiert § 25 Abs 7 GmbHG: *„Auf diese Ersatzansprüche finden die Bestimmungen des § 10, Absatz 6, Anwendung.“*⁹⁹⁴

Die EBRV hierzu beschränken sich auf den Hinweis, dass *„[d]ie durch den Entwurf vorgeschlagenen Normen für die Haftpflicht der Geschäftsführer [...] sich an die durchaus sachgemäßen Normen des deutschen Gesetzes an[schließen]“*.⁹⁹⁵ Wohl bekannt aus der Erläuterung zu § 9b Abs 1 dGmbHG heißt es in der AmtlBegr zu § 43 Abs 3 Satz 2 dGmbHG:⁹⁹⁶ *„Nur dagegen ist Vorsorge zu treffen, daß nicht durch Verfügungen der Gesellschaft selbst die zur Befriedigung der Gläubiger notwendige Geltendmachung der Ansprüche unmöglich gemacht wird. Der Entwurf schränkt deshalb die Wirksamkeit von Verzichten und Vergleichen der Gesellschaft hinsichtlich der fraglichen Ansprüche*

⁹⁹³ Vgl § 43 Abs 3 Satz 3 dGmbHG (§ 44 in der Stamfassung): *„Soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist, wird die Verpflichtung der Geschäftsführer dadurch nicht aufgehoben, daß dieselben in Befolgung eines Beschlusses der Gesellschafter gehandelt haben.“*

⁹⁹⁴ Vgl § 43 Abs 3 Satz 2 dGmbHG: *„Auf den Ersatzanspruch finden die Bestimmungen in § 9b Abs. 1 entsprechende Anwendung.“*

⁹⁹⁵ EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 66.

⁹⁹⁶ AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3750.

in derselben Weise ein, wie bezüglich der im §. 9 bezeichneten Ersatzforderungen wegen unrichtiger Angaben bei Anmeldung des Gesellschaftsvertrages zur Eintragung ins Handelsregister.“ Bei der Beschränkung der Haftungsfreistellung durch Befolgung von Gesellschafterbeschlüssen hielt sich der deutsche Gesetzgeber an das Aktienrecht: „*Auch ist in Anlehnung an Artikel 226 Absatz 3, Artikel 241 Absatz 4 des Aktiengesetzes bestimmt, daß, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubige erforderlich ist, die Verpflichtung der Geschäftsführer dadurch nicht aufgehoben wird, daß die Zahlung, beziehungsweise der Erwerb von Geschäftsanteilen auf einem Beschlusse der Gesellschafter beruht.*“⁹⁹⁷

Im Vergleich zu den Parallel- und Vorbildbestimmungen des älteren Aktienrechts waren Anpassungen nötig. Da die GmbH-Gesetzgeber das Verfolgungsrecht der Gläubiger nämlich nicht übernommen haben,⁹⁹⁸ mussten sie die Formulierung der aktienrechtlichen Dispositionsbeschränkungen (§ 241 Abs 4 Satz 2 dHGB 1897)⁹⁹⁹ anpassen. Unter welchen Voraussetzungen und in welchem Umfang der Gesetzgeber ein Bedürfnis der Gesellschaftsgläubiger nach Schutz durch indisponible Organhaftung anerkennt, war nämlich nur im Verfolgungsrecht selbst geregelt (vgl § 241 Abs 4 Satz 1 dHGB 1897: „*In den Fällen des Abs. 3 [...], soweit sie von dieser ihre Befriedigung nicht erlangen können [...]*“)¹⁰⁰⁰. Diese Voraussetzungen waren somit (i) die Befriedigungsunmöglichkeit und (ii) die Beschränkung auf qualifizierte Ersatzansprüche gem § 241 Abs 3 dHGB 1897 wegen Verletzungen der Kapitalerhaltung und Zahlungen nach Insolvenzreife. Dies waren ganz allgemein die Kriterien einer im Gläubigerinteresse indisponiblen Organhaftung,¹⁰⁰¹ die nur deshalb iZm dem Verfolgungsrecht geregelt waren, weil der Reformgesetzgeber von 1884 das Verfolgungsrecht als primäre Rechtsdurchsetzungstechnik erachtete. Für die Dispositionsbeschränkungen gem

997 AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3750.

998 S zu den Gründen und zur mE gebotenen analogen Anwendung auf die GmbH oben S 201 ff.

999 § 241 Abs 4 dHGB 1897: „*In den Fällen des Abs. 3 kann der Ersatzanspruch auch von den Gläubigern der Gesellschaft, soweit sie von dieser ihre Befriedigung nicht erlangen können, geltend gemacht werden. Die Ersatzpflicht wird ihnen gegenüber weder durch einen Verzicht der Gesellschaft noch dadurch aufgehoben, daß die Handlung auf einem Beschlusse der Generalversammlung beruht.*“ Vgl zuvor bereits Art 241 Abs 4 ADHGB 1884 (Gesetz, betreffend die KGaA und AG vom 18.7.1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 600): „*In den vorbezeichneten Fällen kann der Ersatzanspruch auch von den Gläubigern der Gesellschaft, soweit sie von dieser ihre Befriedigung nicht erlangen können, selbstständig geltend gemacht werden. Die Ersatzpflicht wird ihnen gegenüber dadurch nicht aufgehoben, daß die Handlung auf einem Beschlusse der Generalversammlung beruht.*“

1000 Die Fälle des § 241 Abs 3 dHGB 1897 waren Verstöße gegen Vorschriften der Kapitalerhaltung und Zahlungen nach Insolvenzreife. Diese Fälle entsprechen iW jenen des § 25 Abs 3 GmbHG.

1001 S schon zum ADHGB 1861 oben S 44 ff.

§ 241 Abs 4 Satz 2 dHGB 1897 (und damit letztlich für den Umfang der indisponiblen Organhaftung) galten jene Einschränkungen nur *mittelbar* aufgrund ihrer Anknüpfung an das Verfolgungsrecht (arg: „*ihnen gegenüber*“) ¹⁰⁰². Da die GmbH-Gesetzgeber das Verfolgungsrecht aber wie gesagt nicht übernommen haben, mussten sie den Rahmen der im Gläubigerinteresse indisponiblen Organhaftung unmittelbar in den Dispositionsbeschränkungen ausformulieren. ¹⁰⁰³

Das ist ihnen jedenfalls mit dem Subsidiaritätserfordernis (oben (i)) gelungen: Alle gläubigerschützenden Dispositionsbeschränkungen schließen die Haftungsfreistellungswirkung von Gesellschaftsdispositionen (nur) aus „*soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist*“. ¹⁰⁰⁴ Weniger gelungen ist die Anpassung bei der Einschränkung auf bestimmte Ersatzansprüche (oben (ii)). Welche Ansprüche erfasst sind, sagen nur (deutlich) § 9b Abs 1 dGmbHG („*auf Ersatzansprüche nach § 9a*“) und (weniger deutlich) § 10 Abs 6 GmbHG („*hinsichtlich solcher Ansprüche*“). Dagegen schweigen § 43 Abs 3 Sätze 2 f dGmbHG zu dieser Frage. Immerhin lässt sich aus ihrer systematischen Position in § 43 Abs 3 dGmbHG noch erkennen, dass sie sich nur auf die dort genannten qualifizierten Pflichtverstöße ¹⁰⁰⁵ beziehen (und außerdem kraft Verweises auf § 73 Abs 3 dGmbHG ¹⁰⁰⁶). Eine identische Dispositionsbeschränkung enthält seit dem SanInsFoG § 15b Abs 4 InsO für Verstöße gegen das (nun einheitlich geregelte) Zahlungsverbot (vgl § 25 Abs 3 Z 2 öGmbHG); davor verwies § 64 Satz 4 dGmbHG aF auf die Dispositionsbeschränkungen in § 43 Abs 3 dGmbHG. Außerdem ergibt sich der (eingeschränkte) Anwendungsbereich aus der AmtlBegr, worin die Dispositionsbeschränkungen nur auf die Ersatzansprüche gem § 43 Abs 3 dGmbHG bezogen werden. ¹⁰⁰⁷ Dementsprechend ist der Anwen-

¹⁰⁰² Vgl auch § 84 Abs 5 Satz 3 AktG idGF: „*Den Gläubigern gegenüber*“.

¹⁰⁰³ S dazu auch schon iZm § 10 Abs 6 GmbHG oben bei Fn 968.

¹⁰⁰⁴ Vgl § 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG; ähnlich § 9b Abs 1 und § 43 Abs 3 Sätze 2 f dGmbHG („*Soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist*“).

¹⁰⁰⁵ Das sind die Leistung von Zahlungen aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen entgegen § 30 dGmbHG und der Erwerb eigener Geschäftsanteile entgegen § 33 dGmbHG (vgl § 25 Abs 3 Z 1 öGmbHG).

¹⁰⁰⁶ Vgl § 73 Abs 3 Satz 2 dGmbHG. § 73 Abs 3 Satz 1 dGmbHG normiert die Haftung der Liquidatoren für eine rechtswidrige Verteilung des Gesellschaftsvermögens.

¹⁰⁰⁷ Vgl AmtlBegr dGmbHG RT-Drs 1890/1892, Aktenstück Nr 660 3750. Demnach liegt „*[i]n besonderem Grade [...] ein Interesse der Gesellschaftsgläubiger an der Haftung der Geschäftsführer vor, wenn diese den Vorschriften des §. 30 zuwider das Stammkapital durch Zahlungen an die Gesellschafter schmälern, und wesentlich gleiche Gesichtspunkte kommen in Betracht, wenn die Bestimmungen des §. 33 über den Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die Gesellschaft verletzt werden.*“ Deshalb sei „*in diesen Fällen*“ (Kapitalerhaltung) – so die AmtlBegr weiter – eine besondere Haftpflicht nach dem Vorbild des Aktienrechts (aber keine Direkthaftung) geboten. Im Anschluss heißt es iZm Dispositionen der Gesellschaft über den An-

dungsbereich dieser Dispositionsbeschränkungen (heute beinahe) unstrittig. Für § 25 Abs 5 und 7 GmbHG gilt das indes nicht: Diese Dispositionsbeschränkungen benennen weder die von ihnen erfassten Ersatzansprüche (wie das ältere Aktienrecht) noch haben sie einen systematischen Konnex mit § 25 Abs 3 GmbHG (wie im dGmbHG). In § 43 Abs 3 Sätze 2 f dGmbHG ist die Beschränkung von Verzichten und Vergleichen einerseits und von Weisungsbeschlüssen andererseits unmittelbar in § 43 Abs 3 GmbHG in zwei aufeinanderfolgenden Sätzen zusammengefasst. Dagegen sind die Parallelnormen im öGmbHG *erstens* außerhalb von § 25 Abs 3 GmbHG geregelt, schließen *zweitens* nicht einmal an Abs 3 an, sondern sind von diesem durch einen Abs 4 (Haftung für Insichgeschäfte) getrennt, und *drittens* auf zwei Absätze (Abs 5 und 7) verteilt, die darüber hinaus *viertens* durch einen Abs 6 (Verjährung) auch voneinander getrennt sind. Die nachfolgende Untersuchung der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG behandelt demgemäß schwerpunktmäßig den (sachlichen) Anwendungsbereich, dh die erfassten Ersatzansprüche. Im Anschluss werden noch die übrigen Tatbestandselemente (gerafft) untersucht (was dann wie erwähnt auch für § 10 Abs 6 GmbHG gilt)¹⁰⁰⁸.

b) Erfasste Ersatzansprüche

Die folgende Tabelle veranschaulicht noch einmal die Unterschiede zwischen § 25 GmbHG und § 43 dGmbHG. Die Dispositionsbeschränkungen sind jeweils durch Fettdruck hervorgehoben.

§ 25 GmbHG	§ 43 dGmbHG
(1) Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden.	(1) Die Geschäftsführer haben in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden.
(1a) Ein Geschäftsführer handelt jedenfalls im Einklang mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes, wenn er sich bei einer unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten lässt und auf der Grundlage angemessener Information annehmen darf, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.	-

spruch, dass der Entwurf die Wirksamkeit von Verzichten und Vergleichen „*hin-sichtlich der fraglichen Ansprüche*“ ebenso einschränkt wie im Gründungsrecht.
1008 S oben bei Fn 974.

§ 25 GmbHG	§ 43 dGmbHG
<i>(2) Geschäftsführer, die ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft zur ungeteilten Hand für den daraus entstandenen Schaden.</i>	<i>(2) Geschäftsführer, welche ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft solidarisch für den entstandenen Schaden.</i>
<i>(3) Insbesondere sind sie zum Ersatze verpflichtet, wenn</i> <i>1. gegen die Vorschriften dieses Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrages Gesellschaftsvermögen verteilt wird, namentlich Stammeinlagen oder Nachschüsse an Gesellschafter gänzlich oder teilweise zurückgegeben, Zinsen oder Gewinnanteile ausbezahlt, für die Gesellschaft eigene Geschäftsanteile erworben, zum Pfande genommen oder eingezogen werden;</i> <i>2. nach dem Zeitpunkte, in dem sie die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu begehren verpflichtet waren, Zahlungen geleistet werden.</i>	<i>(3) Insbesondere sind sie zum Ersatz verpflichtet, wenn den Bestimmungen des § 30 zuwider Zahlungen aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen der Gesellschaft gemacht oder den Bestimmungen des § 33 zuwider eigene Geschäftsanteile der Gesellschaft erworben worden sind. Auf den Ersatzanspruch finden die Bestimmungen in § 9b Abs. 1 entsprechende Anwendung. Soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist, wird die Verpflichtung der Geschäftsführer dadurch nicht aufgehoben, daß dieselben in Befolgung eines Beschlusses der Gesellschafter gehandelt haben.</i>
<i>(4) Ein Geschäftsführer haftet der Gesellschaft auch für den ihr aus einem Rechtsgeschäfte erwachsenen Schaden, das er mit ihr im eigenen oder fremden Namen abgeschlossen hat, ohne vorher die Zustimmung des Aufsichtsrates oder, wenn kein Aufsichtsrat besteht, sämtlicher übriger Geschäftsführer erwirkt zu haben.</i>	<i>(4) Die Ansprüche auf Grund der vorstehenden Bestimmungen verjähren in fünf Jahren.</i>
<i>(5) Soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist, wird die Verpflichtung der Geschäftsführer dadurch nicht aufgehoben, daß sie in Befolgung eines Beschlusses der Gesellschafter gehandelt haben.</i>	-
<i>(6) Die Ersatzansprüche verjähren in fünf Jahren.</i>	-
<i>(7) Auf diese Ersatzansprüche finden die Bestimmungen des § 10, Absatz 6, Anwendung.</i>	

Diese erstaunlichen Unterschiede veranlassten schon die Kommentarliteratur zur Stamfassung des öGmbHG zu einem ausgedehnten Streit über den Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG. Ein Streit, der auch heute noch nicht ganz beigelegt ist und in seiner Bedeutung kaum überschätzt werden kann. Denn die vordergründig einfache Frage, auf welche Ersatzansprüche sich die Dispositionsbeschränkungen beziehen, ist nicht weniger als die Grundsatzfrage nach dem Umfang gesetzlichen Gläubigerschutzes im GmbH-Recht. Es gilt als unbestritten, dass die Geschäftsführerpflichten, die mit den qualifizierten Sorgfaltsverstößen gem § 25 Abs 3 GmbHG korrespondieren (Kapitalerhaltung und Verbot von Zahlungen nach Insolvenzreife), dem Gläubigerschutz dienen. Größere Schwierigkeiten bereitet aber die Frage, ob auch der Sorgfaltsmaßstab (§ 25 Abs 1 GmbHG), die daraus resultierende Pflicht zur sorgfältigen „bloßen“ Unternehmensleitung¹⁰⁰⁹ und die Haftungsanordnung (§ 25 Abs 2 GmbHG) Gläubigerschutz bezwecken. In den nächsten Kapiteln werden zunächst der Meinungsstand und die wichtigsten Argumente dargestellt. Anschließend wird der Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG ausführlich untersucht. Dieser Frage wird wegen ihrer großen Bedeutung¹⁰¹⁰ – so viel sei vorweggenommen – vergleichsweise viel Raum gewidmet.

i. Meinungsstand

1) Ältere Lehre

Die ganz überwiegende ältere Lehre¹⁰¹¹ bezog § 25 Abs 5 und 7 GmbHG nicht nur auf die qualifizierten Ersatzansprüche gem § 25 Abs 3 GmbHG, sondern auf § 25 Abs 2 GmbHG, dh auf *sämtliche* Ersatzansprüche der Ge-

1009 Die Unternehmensleitungspflicht erfasst zahlreiche Einzelpflichten, zB betreffend die Organisation des Unternehmens, die Entwicklung einer sachgerechten Geschäftspolitik, die Sicherung des Informationsflusses im Unternehmen, die Einrichtung eines internen Kontrollsystems, eine betriebswirtschaftlichen Grundsätzen entspr Kapitalausstattung, die Sicherstellung der Finanzierbarkeit geplanter Projekte, die Beurteilung der Erfolgsaussicht von Prozessen und die Führung von Tochtergesellschaften (vgl zB *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 489; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 10; *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 18 ff [Stand 01.09.2022]).

1010 Vgl etwa *G. Schima* in FS *Koppensteiner* (2016) 259 (268), wonach der Streit um die praktische Handhabung von § 25 Abs 5 GmbHG „die Praxis belastet, weil er keine Rechtssicherheit entstehen lässt“.

1011 *Skerlj*, GmbHG² (1909) § 25 Anm 13 (S 35); *Ofner/Thorsch*, GmbHG (1907) § 25 Anm 2 (S 36); *dies*, GmbHG² (1911) § 25 Anm 2 (S 36) unter Berufung auf *Liebmann*, GmbHG⁵ (1906) 124; *Grünhut*, GmbH² (1913) 26; so aus deutscher Sicht für § 25 Abs 5 öGmbHG auch etwa *Liebmann/Saenger*, GmbHG⁷ (1927) § 43 Anm 10 (S 238); aA aber *Kornfeld/Scheu*, GmbHG (1906) § 25 Anm III (S 41 f) – s sogleich im Fließtext.

sellschaft (insb also auch wegen fehlerhafter „bloßer“ Geschäftsführung). Dazu berief man sich vor allem auf die Gesetzessystematik.

Gegen diese Interpretation wendeten sich soweit ersichtlich nur *Kornfeld/Scheu*¹⁰¹²: Sie bezogen § 25 Abs 5 bis¹⁰¹³ 7 GmbHG nur auf die Ersatzansprüche gem § 25 Abs 3 und 4¹⁰¹⁴ GmbHG. Die allgemeine Fassung der Abs 5 bis 7 scheine diese Auffassung auf den ersten Blick zwar nicht zu rechtfertigen. Ihre Richtigkeit ergebe sich jedoch zunächst aus der Erwägung, dass es eine allzu große Härte wäre, die Haftung der Geschäftsführer auch für bloß fehlerhafte Geschäftsführung sowie für Pflichtwidrigkeiten, die auf einem Beschluss der Generalversammlung oder des Aufsichtsrats beruhen oder für welche sie entlastet wurden, zugunsten der Gläubiger fortbestehen zu lassen.¹⁰¹⁵ Dies umso mehr, als das Gesetz den Gläubigern den Anspruch auf Ersatzleistung nicht bloß für den ihnen selbst durch die fragliche Handlung zugefügten Schaden, sondern für jeden der Gesellschaft erwachsenen Schaden zuerkennt, somit auch für den Fall, dass die Insolvenz der Gesellschaft durch ganz andere Umstände herbeigeführt wurde. Zudem erklärten die Motive ausdrücklich, dass in diesem Punkt die Bestimmungen des deutschen Gesetzes angenommen wurden und diese ließen keinen Zweifel übrig, dass sich die verschärfte und verlängerte¹⁰¹⁶ Haftung nur auf die Fälle des § 25 Abs 3 GmbHG bezieht. Nach *Kornfeld/Scheu* wären im Übrigen die Anordnungen der § 10 und § 26 GmbHG¹⁰¹⁷ grundlos, wenn die behauptete Rechtsfolge schon für alle Handlungen der Geschäftsführer gälte.¹⁰¹⁸

1012 *Kornfeld/Scheu*, GmbHG (1906) § 25 Anm III (41 f).

1013 *Kornfeld/Scheu* (GmbHG [1906] § 25 Anm III [S 42]) wollten offenbar auch die Verjährungsbestimmung des § 25 Abs 6 GmbHG nur auf Abs 3 angewendet wissen (s noch Fn 1015). Das dürfte zwar (wie sich unten zeigen wird [s noch bei Fn 1417, Fn 1421 und in Fn 1464]) tatsächlich der Vorstellung der Gesetzesverfasser entsprechen haben, ist mE aber unrichtig (s noch Fn 1421).

1014 Dass sich die Dispositionsbeschränkungen auch auf § 25 Abs 4 GmbHG beziehen, ist mE unrichtig (s noch die historische Analyse unten S 366 ff).

1015 *Kornfeld/Scheu* (GmbHG [1906] § 25 Anm III [S 42]) nannten als weiteres Argument, dass es auch eine allzu große Härte wäre, die Verjährungsfrist für alle Ersatzansprüche von drei Jahren auf fünf Jahre zu verlängern. Die Autoren gingen offenbar davon aus, dass § 25 Abs 6 GmbHG (bei Befriedigungsunmöglichkeit) die allg Verjährung zum Schutz der Gläubiger *verlängert*, denn die allg Verjährung beträgt gem § 1489 Satz 1 ABGB drei Jahre ab Bekanntwerden von Schaden und Schädiger. Tatsächlich bewirkt die Fünfjahresfrist (vgl auch § 84 Abs 6 AktG) aber eine *Verkürzung* der allg (objektiven, dh kenntnisunabhängigen) dreißigjährigen Verjährungsfrist (vgl § 1489 Satz 2 ABGB), va wegen Beweisschwierigkeiten und damit eine Milderung der Haftung (dazu noch iZm § 84 Abs 6 AktG unten S 1024 ff).

1016 S Fn 1015.

1017 Zu § 10 Abs 6 GmbHG s schon oben. § 26 Abs 4 GmbHG (Stammfassung) erklärte hinsichtlich der Haftung für die Führung eines Verzeichnisses der Gesellschafter (Anteilsbuch) die § 10 Abs 4 bis 6 GmbHG für anwendbar. Mit dem Firmenbuchänderungsgesetz 1991 (BGBl I 1991/10) wurde dieser Verweis gestrichen.

1018 Zu diesem Argument noch unten S 253 ff.

Dieser Argumentation trat kurz darauf *Skerlj*¹⁰¹⁹ entgegen: Der Umstand, dass sich die EBRV auf das dGmbHG berufen, dieses jedoch die entsprechenden Dispositionsbeschränkungen nur auf die Fälle des § 25 Abs 1 Z 3 GmbHG angewendet wissen will, genüge nicht, um für das öGmbHG das Gleiche anzunehmen. Dieses weiche vom dGmbHG zum Teil ab und habe vor allem die Haftpflicht für Inschlaggeschäfte in § 25 Abs 4 GmbHG neu aufgenommen. Dieser Abs 4 bedürfe aber nicht etwa deshalb einer besonderen Hervorhebung, weil die Interessen der Gläubiger so unmittelbar gefährdet wären wie in den Fällen des Abs 3. Vielmehr komme die Bestimmung den anderen „Dilignzverletzungen“ der Geschäftsführer gleich.¹⁰²⁰ Jede Schädigung der Gesellschaft könne auch die Gläubiger treffen. Geschieht dies, so seien nach dem öGmbHG die Bestimmungen der Abs 5 und 7 anwendbar. Dass unter dieser Annahme die besonderen Bestimmungen der § 10 und § 26 GmbHG entbehrlich wären, sei unrichtig, weil diese Bestimmungen im Gegensatz zu § 25 GmbHG kein Verschulden voraussetzen würden.

2) Rechtsprechung des OGH

Der OGH beschäftigte sich in einer Entscheidung¹⁰²¹ aus dem Jahr 1959 mit der Frage, ob sich ein GmbH-Geschäftsführer auf die Befolgung eines Gesellschafterbeschlusses berufen kann, wenn ihm der Beschluss auftrag, die Beantragung der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens trotz Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zu unterlassen. Obwohl der OGH den Ersatzanspruch auf § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG stützte (auf den sich § 25 Abs 5 GmbHG unstrittig bezieht), äußerte er sich *obiter* mit der allgemeineren Frage nach dem Anwendungsbereich von § 25 Abs 5 GmbHG.¹⁰²² Dabei referierte der OGH zunächst den Meinungsstreit im Schrifttum: Die von *Kornfeld/Scheu*¹⁰²³ vertretene Einzelmeinung, wonach sich § 25 Abs 5 GmbHG nur auf § 25 Abs 3 f GmbHG

1019 *Skerlj*, GmbHG² (1909) § 25 Anm 13 (S 35).

1020 *Skerlj* (GmbHG² [1909] § 25 Anm 13 [S 35]) bezog sich damit auf die von *Kornfeld/Scheu* (GmbHG [1906] § 25 Anm III [S 42]) vertretene Ansicht, die Dispositionsbeschränkungen würde sich neben § 25 Abs 3 GmbHG auch auf § 25 Abs 4 GmbHG beziehen. Das Argument *Skerlj*s kann wohl wie folgt formuliert werden: Wenn sich § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auch auf § 25 Abs 4 GmbHG beziehen (Prämisse von *Kornfeld/Scheu*) und § 25 Abs 4 GmbHG aber den anderen Dilignzverletzungen (gemeint ist wohl § 25 Abs 1 und 2 GmbHG) gleichsteht (Prämisse von *Skerlj*), dann müssen sich § 25 Abs 5 und 7 GmbHG wertungsmäßig konsequent auch auf § 25 Abs 2 GmbHG, dh auf alle Ersatzansprüche beziehen.

1021 OGH 17.06.1959, 5 Ob 202/59 HS 365/33.

1022 OGH 17.06.1959, 5 Ob 202/59 HS 365/33 (S 220); vgl auch RIS-Justiz RS0059679: „Die nach § 25 Abs 4 GmbHG verschärfte und nach § 25 Abs 5 GmbHG auf fünf Jahre verlängerte Haftung gilt nicht nur für die Fälle des dritten und vierten Absatzes.“ Der OGH irrte offenbar in den Absätzen; gemeint sind wohl Abs 5 bzw Abs 6. S zur Annahme einer Verlängerung der Verjährung schon Fn 1015.

1023 *Kornfeld/Scheu*, GmbHG (1906) § 25 Anm III (S 41 f). S schon bei Fn 1012.

bezieht, werde von der gesamten übrigen Lehre, namentlich von *Skerlj*¹⁰²⁴, *Ofner/Thorsch*¹⁰²⁵ und *Grünhut*¹⁰²⁶ abgelehnt. Auch der OGH schloss sich dieser (überwiegenden) Auffassung an.¹⁰²⁷

Erst jüngst, in einer Entscheidung¹⁰²⁸ aus dem Jahr 2020, hat der OGH diese Ansicht (zumindest implizit) bestätigt. Der OGH hatte in dieser Entscheidung über die Wirksamkeit einer anstellungsvertraglichen Vereinbarung zu entscheiden, nach der die Gesellschaft Ansprüche gegen ihren Geschäftsführer bei sonstigem Verfall binnen vier Monaten ab Fälligkeit schriftlich geltend zu machen hat. Der OGH hielt diese Verfallsklausel als Verkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist für unwirksam, weil „§ 25 GmbHG zwingendes Recht normiert“ – es handle sich „bei dieser Regelung um eine im Interesse der Allgemeinheit und zum Schutz der Gläubiger getroffene zwingende Bestimmung“.¹⁰²⁹ In seiner Begründung bemerkt der OGH, dass Verzichte und Vergleiche gem § 25 Abs 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG zulässig sind, soweit nicht der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist. Daraus könne aber – so der OGH weiter – nicht geschlossen werden, dass auch Vorausdispositionen in denselben Grenzen zulässig wären. Da der OGH gegen abstrakte Vorausdispositionen „weit größere Bedenken“ hegt, ging er von der gänzlichen Unwirksamkeit der statutarischen Verfallsklausel aus. Implizit nahm der OGH bei diesem Argument an, dass sich die Dispositionsbeschränkung des § 25 Abs 7 GmbHG (auf § 25 Abs 5 GmbHG ging der OGH nicht ein) auf *alle* Ersatzansprüche gem § 25 GmbHG bezieht (streitgegenständlich waren Ersatzansprüche wegen versäumter Einrichtung eines IKS gem § 22 GmbHG). Der OGH berücksichtigte dabei nicht, dass der Anwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG in der Lehre umstritten ist (dazu sogleich unten).¹⁰³⁰

1024 *Skerlj*, GmbHG² (1909) § 25 Anm 13 (S 35).

1025 *Ofner/Thorsch*, GmbHG² (1911) § 25 Anm 2 (S 36).

1026 *Grünhut*, GmbH² (1913) 26.

1027 Vgl auch OGH 09.01.1985, 3 Ob 521/84 GesRZ 1986, 97 (mit wohl irriger Bezeichnung des § 25 Abs 7 GmbHG als Abs 6); *Koppensteiner/Rüffler* (GmbHG³ § 25 Rz 19) nennen auch OGH 14.01.1998, 3 Ob 323/97i RdW 1998, 276. Diese E handelt aber von der Haftung des Geschäftsführers für die Richtigkeit der Erklärung nach § 10 Abs 3 GmbHG und betrifft nicht unmittelbar die Frage nach dem Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG (denn für die Haftung des § 10 Abs 4 GmbHG gilt ohnedies unmittelbar die Verzichts- und Vergleichsbeschränkung des § 10 Abs 6 GmbHG). Vgl auch 23.02.2016, 6 Ob 171/15p GES 2016, 112.

1028 OGH 26.08.2020, 9 ObA 136/19 wbl 2021, 171 ff (vgl dazu krit *Spindel*, wbl 2021, 121 ff).

1029 OGH 9 ObA 136/19 wbl 2021, 171 (174).

1030 Der OGH bemerkte dazu lediglich, dass „[d]iesbezüglich [...] auch keine Vergleichbarkeit zur deutschen Regelung [besteht]“ (unter Hinweis auf *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 495). Vgl auch bereits OLG Wien 9 Ra 72/19b.

3) Jüngere Lehre

a. Anwendung auf alle Ersatzansprüche gem § 25 Abs 2 GmbHG

Auch im jüngeren Schrifttum dürfte noch die Auffassung¹⁰³¹ überwiegen, dass sich § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf sämtliche Ersatzansprüche gem § 25

1031 Vgl J. Reich-Rohrwig in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 9, 316, 353 f (Stand 01.09.2022); *ders*, GmbH-Recht I² Rz 2/408, 2/422; *ders*, Kapitalerhaltung 23; *ders*, Anm zu OGH 3 Ob 34/97i, ecolex 1998, 774; so vielleicht auch J. Reich-Rohrwig/Ph. Kinsky/S.-F. Kraus, Austrian Limited 71; *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 20 Rz 37 (zu § 25 Abs 5 GmbHG) (Stand 01.11.2018); *F. Hörlsberger* in FAH, GmbHG § 25 Rz 18; *Aburumieh/Gruber* in FAH, GmbHG § 35 Rz 68; *Gellis/Feil*, GmbHG⁷ § 25 Rz 28; vgl schon *Gellis*, GmbHG (1960) § 25 Anm 7 (S 96); so wohl auch *Wiünsch*, GmbHG (3. Lfg, 1993) § 25 Rz 118 ff; *Auer*, Rechtsgrundlagen für GmbH-Geschäftsführer (1988) Rz 237; *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 495 ff; *R. Rastegar*, Gesellschafterklage 27 f, 112; *Umfahrer*, GmbH⁷ Rz 4.118 f; *Ch. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 4/190, 4/238, 4/241; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß⁵ 396; *B. Rieder/Huemer*, GesR⁵ 269, 272; zust *Steinacker*, Haftung der Organwalter 148 f, 151; *Kalss* in *Kalss/Schauer*, Die Reform des österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, 16. ÖJT II/1 123, 245; so wohl auch *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/298, aber offenbar tendenziell abw und für eine Einschränkung auf § 25 Abs 3 GmbHG bei § 25 Abs 5 GmbHG (Rz 2/269); *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 165 (185 f, 191); *Runggaldier/Schima*, Rechtsstellung 225 ff; *dies*, Manager-Dienstverträge 156; tendenziell abl dann aber *dies*, Manager-Dienstverträge⁴ 207; *Duursma-Kepplinger* in *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Hdb GesR Rz 2976 f, die zwar § 25 Abs 5 GmbHG (im Anschluss an *Harrer*, Haftungsprobleme 90 ff) nur auf „verbotene Weisungen“ (dh strafrechtswidrige oder iSd § 199 AktG nichtige Weisungen) anwendet, aber § 25 Abs 7 GmbHG trotzdem auf alle Ersatzansprüche bezieht (Rz 2977, 2980); *H. Torggler*, GesRZ 1974, 44 (47); *G. Frotz*, GesRZ 1982, 98 (100); *Kutschera*, GesRZ 1982, 243 (246 f); *Thöni*, GesRZ 1987, 82 (91); *ders*, ecolex 1993, 747 (748); *Ostheim* in *Korinek/Krejci*, Der Verein 117 (196); *Dellinger* in FS Frotz 187 (192 Fn 25); *A. Heidinger*, GesRZ 1997, 237 (238 f); *W.-D. Arnold*, JBl 2001, 265 (265); *Reis*, RdW 2007, 652 (653); *Leitner*, GES 2009, 208 (211 f); *Krejci/Bydlinski/Weber-Schallauer*, VerG 2002² § 26 Rz 3; *Niederberger*, ecolex 1997, 838 (839 f); *Höhne/Jöchl/Lummerstorfer*, Das Recht der Vereine⁶ 460; tendenziell auch *Mandl*, Die Haftung des Vereinsvorstands 127; *Walch* in *Nueber/Przeszlowska/Zwirchmayr*, Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel 93 (109 f); *Vavrovsky*, Der erfolgreiche Geschäftsführer² 85 f; so wohl auch *Fritz* in SWK-Spezial Der GmbH-Geschäftsführer² Rz 740; *ders*, Wie führe ich eine GmbH richtig?² Rz 4/591; *Napokoj/Pelinka* in *Napokoj*, Risikominimierung durch Corporate Compliance Rz 222, 229; *Jaufer*, Das Unternehmen in der Krise⁴ 175, 179, 182; so wohl auch (da ohne Differenzierung nach der Anspruchsgrundlage) *Straube/Rauter*, JAP 2007/2008/15, 168 (170 f); ohne Differenzierung auch *Rizzi/Zimmermann*, ecolex 2014, 492 (493); *Told* in FS Koppensteiner (2016) 339 (343 f); ohne Differenzierung auch *Eckert/Madari* in *Ruhmannseder/Wess*, Hdb Corporate Compliance Rz 3.48 f; wohl uneinheitlich *Told/Warto* in *Harrer/Neumayr/Told*, Organhaftung 3 (52), anders und für eine Einschränkung auf die Ersatzansprüche gem § 25 Abs 3 GmbHG aber für die Haftungsfreistellung durch Beschluss gem § 25 Abs 5 GmbHG (aaO 116 f, 125); ausdr auch für § 25 Abs 7 GmbHG (aaO 125); wohl widersprüchlich dann aber die kategorische Ableh-

Abs 2 GmbHG beziehen (wobei das Problem zT nicht erwähnt und auf die Dispositionsbeschränkungen ohne Differenzierung nach dem Anwendungsbereich hingewiesen wird). Soweit auf die Frage näher eingegangen wird, wird dem schon von *Kornfeld/Scheu*¹⁰³² erhobenen Einwand einer allzu großen Härte entgegengehalten,¹⁰³³ dass zum Schutz jedes einzelnen Geschäftsführers und als Ergänzung zu § 25 GmbHG das Anfechtungsrecht gem § 41 Abs 3 GmbHG¹⁰³⁴ existiere.¹⁰³⁵ Jeder Geschäftsführer könne damit Gesellschafterbeschlüsse, die ihm ein sorgfaltswidriges Verhalten auftragen und durch deren Ausführung er ersatzpflichtig würde, anfechten und sich so von seiner Haftung befreien.¹⁰³⁶ Weitere Argumente sind die vereinsrechtliche

nung einer Verkürzung der Verjährungsfrist (aaO 151) mit dem Argument, dass die Gesellschaftsgläubiger im Wege der Anspruchsexekution auf den Anspruch greifen können. Warum soll die Gesellschaft außerhalb des § 25 Abs 3 GmbHG auf Ersatzansprüche verzichten können (auch wenn diese zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich sind; aaO 125), aber nicht – vergleichsweise weniger invasiv – die Verjährungsfrist für die Geltendmachung des (bis dahin sogar weiterbestehenden) Ersatzanspruchs verkürzen können? Der von *Told/Warto* bei der Verjährungsverkürzung herangezogene Schutz der Gesellschaftsgläubiger, die den Ersatzanspruch der Gesellschaft exekutiv verfolgen können, spräche konsequenterweise auch gegen die Zulässigkeit von Verzichten und Vergleichen (sowie gegen die Haftungsfreistellung durch Weisungs- oder Ermächtigungsbeschluss). Vgl auch *Arlt* in *Bergmann/Kalss*, Rechtsformwahl Rz 14/65; *Brand* in *Walbert*, Haftung Rz 4.11; *Muhri* in *Ertl/Gerlach/Griesmayr/Muhri*, Persönliche Haftung der Geschäftsführer, Vorstände und Aufsichtsräte² 57; *Wabl*, Geschäftsleiterpflichten 39 f; nur auf den (offenen) Gesetzestext stützend *Warto*, GES 2012, 280 (282), nach dem es näherliegend erscheint, das sorgfältige Verwalten des Kapitals an sich – ungeachtet des konkreten Verstoßes – als Grundlage für einen wirksamen Gläubigerschutz zu betrachten; *Gassner/Zwick*, GmbH 30, 53; *M. Weber*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht⁴ 130; *Völkl*, Geschäftsführerhaftung (GmbH) Rz 16 f, in RDB Keywords¹ (Stand 11.10.2021). Vgl aus deutscher Sicht zB *Bachmann*, Gutachten E zum 70. DJT E 111 Fn 437.

1032 *Kornfeld/Scheu*, GmbHG (1906) § 25 Anm III (41 f).

1033 Vgl *Kutschera*, GesRZ 1982, 243 (247 f); *J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 2/409; *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 496; tendenziell auch *W.-D. Arnold*, JBl 2001, 265 (265); zur AG *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß⁵ 396 Fn 203; vgl idZ bereits explizit *Pisko*, Lehrbuch (1923) 432 Fn 1: „Die Geschäftsführer und Aufsichtsratsmitglieder, die sich weder den Folgen eines Ungehorsames gegen einen Gesellschafterbeschluss, noch der aus seiner Verfolgung erwachsenen Haftung aussetzen wollen, haben ja die Möglichkeit gemäß § 41, Abs. 3 [...] diesen Gesellschafterbeschluss durch eine Klage auf Nichtigerklärung zu beseitigen.“

1034 § 41 Abs 3 GmbHG: „Außerdem sind die Geschäftsführer, der Aufsichtsrat und, wenn der Beschluss eine Maßregel zum Gegenstande hat, durch deren Ausführung die Geschäftsführer oder die Mitglieder des Aufsichtsrates ersatzpflichtig oder strafbar würden, auch jeder einzelne Geschäftsführer und jedes Mitglied des Aufsichtsrates klageberechtigt.“

1035 Zu diesem Argument noch unten S 256 ff.

1036 Vgl *Koppensteiner*, wbl 1988, 1 (6), der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG unter Hinweis auf § 84 Abs 5 AktG tendenziell auf § 25 Abs 3 GmbHG und darüber hinaus (nur) auf

Parallelnorm § 26 VerG¹⁰³⁷ und die gegenüber dem dGmbHG umfassendere Vermögensbindung¹⁰³⁸ des österreichischen GmbH-Rechts.

b. Einschränkung auf Ersatzansprüche gem § 25 Abs 3 GmbHG

Seit der Stammfassung des GmbHG hat sich der Widerspruch gegen ein extensives Verständnis der Dispositionsbeschränkungen verstärkt. Nach der Gegenauffassung¹⁰³⁹, die sich immer mehr Bahn bricht (und in der jüngsten

sonstige Ersatzansprüche wegen grob fahrlässiger Schädigung anwenden will (s dazu noch unten Fn 1051).

1037 Vgl J. Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung 25 (zu diesem Argument noch unten S 310 ff). J. Reich-Rohrwig (aaO 24) stützt sich für eine extensive Anwendung der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG außerdem auf den in den EBRV zu § 10 Abs 6 GmbHG erläuterten Grundsatz der Haftungskonzentration: Um die Anspruchsverfolgung durch den Insolvenzverwalter effektiv zu gestalten, würden § 25 Abs 5 und 7 GmbHG sowie § 10 Abs 6 GmbHG über das dGmbHG als Vorbild hinausgehen und die Ersatzansprüche der Gesellschaft, soweit sie zur Gläubigerbefriedigung erforderlich sind, für zwingend erklären.

Richtig ist, dass die Haftungskonzentration auf die Gesellschaft als Korrektiv erfordert, dass Dispositionen über Ersatzansprüche zum Schutz der Gläubiger beschränkt werden. Aus der Haftungskonzentration folgt aber nicht auch, *inwieweit* (dh über welche Ersatzansprüche) Dispositionen beschränkt sein müssen. Insb folgt daraus nicht, dass der indisponible Gläubigerschutz zwangsläufig „maximal“ sein muss. Denn es handelt sich bei dieser Frage um eine Interessenabwägung, bei der nicht nur Gläubigerinteressen, sondern auch das Interesse der Organmitglieder an der Verhinderung eines ungewissen Schwebezustands nach Gesellschaftsdispositionen zu berücksichtigen ist. Diese Interessenabwägung ist dem Gesetzgeber vorbehalten. Allein von der gesetzlichen Wertung hängt es daher auch ab, wann die Verfolgung von Ersatzansprüchen durch den Insolvenzverwalter „effektiv“ ist.

1038 Vgl Dellinger in FS Frotz 187 (192 Fn 25); Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 495. Zu diesem Argument noch unten S 280 ff.

1039 Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³, § 25 Rz 19, 24 mwN; E. Artmann, DRdA 2002, 370 (371); ausf U. Torggler, JBl 2006, 85 (92 f); ders in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Organhaftung 35 (42 ff); S.-F. Kraus/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 25 Rz 30; im Anschluss an U. Torggler (aaO) Felzl/Told in Gruber/Harrer, GmbHG² § 25 Rz 140, 147, 164; Told/Warto in Harrer/Neumayr/Told, Organhaftung 3 (116 f; 125); ausdr auch für § 25 Abs 7 GmbHG (aaO 125); zust auch Rüffler in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Organhaftung 13 (26); Artmann/Rüffler, GesR² Rz 967 (für Weisungen gem § 25 Abs 5 GmbHG; undifferenziert aber offenbar für Verzichte und Vergleiche gem § 25 Abs 7 GmbHG [Rz 970]); im Anschluss an U. Torggler (aaO) auch Simonishvili, Entlastungsbeschlüsse 54; I. Welser/Zivny, RdW 2021, 542 (546); so tendenziell für § 25 Abs 5 GmbHG auch Rauter/Ratka in Ratka/Rauter, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/269 (anders offenbar für § 25 Abs 7 GmbHG [Rz 2/298]); so auch Rauter, GRAU 2020, 5 (9); ders, Anm zu OGH 6 Ob 112/22x, GesRZ 2023, 195, wonach diese Ansicht bis dato leider zu wenig Resonanz gefunden hat vgl auch Ratka/Rauter/Völkl, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht II⁴ 255 f („historisch fundierte Ansicht (Mindermeinung)“); tendenziell mit Verweis auf Rauter (aaO) auch Milchrahm, GRAU 2022, 151 (156 Fn 69); tendenziell auch (anders aber noch in der Vorauf) Runggaldier/Schima, Manager-Dienstverträge⁴ 207, die den Anwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen aber auf zwingende

Lehre vielleicht schon überwiegt), beziehen sich § 25 Abs 5 und 7 GmbHG nur auf Ersatzansprüche gem § 25 Abs 3 GmbHG und darüber hinaus (mit verschiedenen Nuancierungen) auf ausgewählte weitere Gläubigerschutzpflichten¹⁰⁴⁰. Vertreter dieser Ansicht berufen sich vor allem auf die Entstehungsgeschichte des § 25 GmbHG. So habe sich der österreichische Gesetzgeber (wie schon *Kornfeld/Scheu*¹⁰⁴¹ betonten) ausweislich der EBRV an die Bestimmungen des deutschen Gesetzes (§ 43 dGmbHG) halten wollen.¹⁰⁴² Die Dispositionsbeschränkungen gem § 43 Abs 3 Sätze 2 und 3 dGmbHG beziehen sich aber nach *hdM*¹⁰⁴³ nur auf § 43 Abs 3 dGmbHG. Historisch noch tiefergehend wies *U. Torggler*¹⁰⁴⁴ darauf hin, dass der undifferenzierte Wortlaut der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf einem gesetzgeberischen Versehen infolge der (nachträglichen) Einfügung des § 25 Abs 4 GmbHG beruht. Außerdem wird auf den Wertungswiderspruch der hM mit dem Aktienrecht hingewiesen,¹⁰⁴⁵ weil GmbH-Geschäftsführer demnach strenger haften würden als Vorstandsmitglieder (vgl § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG). Neben diesen historischen und systematischen Argumenten werden für ein einschränkendes Verständnis der Dispositionsbeschränkungen auch teleologische Erwägungen genannt: So sei die Bindung des Geschäftsführers an die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes das Resultat seiner Stellung als Verwalter fremden Vermögens. Der innere Grund dieser Bindung falle weg, wenn die Gesellschafter als wirtschaftliche Eigentümer des Vermögens ihren Willen hinsichtlich der Gestion des Unternehmens durch Weisung

gesetzliche Vorschriften einschränken wollen; so auch *G. Schima* in FS Koppensteiner (2016) 259 (268 f); vgl auch *dens*, GesRZ 2021, 310 (324); ähnlich *G. Schima/Liemberger/Toscani* in SWK-Spezial Der GmbH-Geschäftsführer 238; *G. Schima/Toscani*, Handbuch GmbH-Geschäftsführer² 327 f; *Haglmüller*, Gesellschafterpflichten in der Krise der GmbH (2018) 222 f; im Anschluss an *U. Torggler* (aaO) auch *M. Steiner*, Geschäftsleiterhaftung 113. Ausdr abl (aber ohne Begründung) *F. Hörlsberger* in FAH, GmbHG § 25 Rz 18.

1040 Zu diesen weiteren Pflichten noch unten S 420 ff.

1041 *Kornfeld/Scheu*, GmbHG (1906) § 25 Anm III 42.

1042 Ausf *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (92 Fn 93); *ders* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (42 f); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 2, 19; insoweit auch *Ostheim* in *Korinek/Krejci*, Der Verein 117 (196 Fn 357); *Simonishvili*, Entlastungsbeschlüsse 54; *Told/Warto* in *Harrer/Neumayr/Told*, Organhaftung 3 (125); aA *Kutschera*, GesRZ 1982, 243 (246), der die Genese des § 25 GmbHG zwar sieht, ihre Implikation aber unter Hinweis auf die „*klare Formulierung der Norm*“ verwirft.

1043 Zum deutschen Meinungsstand sogleich Fn 1055 ff mwN.

1044 Vgl *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (92 Fn 93): weniger bewusste Entscheidung des Gesetzgebers, sondern Redaktionsversehen; vgl *dens* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (42 ff); vgl auch *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 30. Dem haben sich einige andere Autoren angeschlossen (s die Nw in Fn 1039). Zur historischen Entwicklung ausf unten S 323 ff.

1045 Vgl *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (44): „*krasser Wertungswiderspruch*“.

zum Ausdruck gebracht haben.¹⁰⁴⁶ Denn jenseits der Grenzen des zwingenden Rechts (§ 25 Abs 3 GmbHG) habe § 25 Abs 1 GmbHG nicht den Zweck, Gläubiger oder sonstige Dritte zu schützen.¹⁰⁴⁷ Vielmehr würden Gesellschaftsgläubiger außerhalb von § 25 Abs 3 GmbHG bloß *reflexartig* geschützt.¹⁰⁴⁸ Das Argument der hM, jeder Geschäftsführer könne sich ohnehin gem § 41 Abs 3 GmbHG durch Anfechtung von der Haftung befreien, sei abzulehnen.¹⁰⁴⁹ Gegen eine solche Anfechtungsobliegenheit spreche nämlich neben dem Prozessrisiko die drohende Überforderung der Geschäftsführung, würde man sie zur Vermeidung der eigenen Ersatzpflicht zu gerichtlichen Konflikten mit den Gesellschaftern zwingen.¹⁰⁵⁰

c. Einschränkung auf Ersatzansprüche gem § 25 Abs 3 GmbHG und wegen sonst grob fahrlässiger Schädigung

Nach einer weiteren Ansicht¹⁰⁵¹, die inhaltlich eine Mittelstellung einnimmt, beziehen sich § 25 Abs 5 und 7 GmbHG nicht auf alle Ersatzansprüche und auch nicht nur auf solche gem § 25 Abs 3 GmbHG, sondern in Anlehnung an § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG¹⁰⁵², dessen Wertung verallgemeinerbar sei,¹⁰⁵³

1046 Koppensteiner, wbl 1988, 1 (5 f); Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 19.

1047 Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 19 mwN; Koppensteiner, wbl 1988, 1 (6); Ostheim in Korinek/Krejci, Der Verein 117 (196); Harrer, Haftungsprobleme 86 ff; zust Simonishvili, Entlastungsbeschlüsse 54 f.

1048 Vgl Koppensteiner, wbl 1988, 1 (6) mwN; im Anschluss daran auch Ostheim in Korinek/Krejci, Der Verein 117 (196).

1049 Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 19; E. Artmann, GES 2007, 3 (12 ff); Rüffler in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Organhaftung 13 (24).

1050 Vgl zB E. Artmann, GES 2007, 3 (12 ff); zust Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 19.

1051 Sympathisierend Koppensteiner, wbl 1988, 1 (6) mit Verweis auf Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG¹⁴ (1985) Schlussanhang I Rz 34 und mit Verweis auf einen Hinweis von Harrer (Fn 32a) (anders dann aber Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 19); so auch Harrer, Haftungsprobleme 76; Ostheim in Korinek/Krejci, Der Verein 117 (195 f).

1052 § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG: „Dies [sc das Verfolgungsrecht der Gesellschaftsgläubiger] gilt jedoch in anderen Fällen als denen des Abs. 3 nur dann, wenn die Vorstandsmitglieder die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gröblich verletzt haben;“.

1053 Vertreter dieser Ansicht argumentieren etwa, dass der Geschäftsführer jedenfalls für grobe Fahrlässigkeit als „*zwingenden Mindestpflichtenstandard*“ haften müsse (Koppensteiner, wbl 1988, 1 [6]; iZm § 26 VerG auch Niederberger, ecolx 1997, 838 [840]). Nach Harrer (Haftungsprobleme 76) sollten die Gesichtspunkte des § 84 Abs 5 Satz 2 AktG, dass nämlich ein „*gläubigerrelevantes Fehlverhalten*“ grobe Fahrlässigkeit voraussetze, auch im GmbH-Recht beachtet werden. Das ergebe sich insb aus der vergleichsweise leichteren Nachprüfbarkeit grober Sorgfaltsverstöße und aus der „*wertungsmäßigen Grundlage*“ im AktG (aaO 75 f). Eine Verallgemeinerung dieser Wertung wurde mit verschiedenen Akzentuierungen auch für den Verein (insb idF vor dem VerG 2002) befürwortet: Vgl zB Ostheim in Korinek/Krejci, Der Verein 117 (196 f [bei Fn 360] und 199): „[E]ine für das gesamte Haftungsrecht der Organwalter von juristischen Personen grundlegende Wertung“.

auf § 25 Abs 3 GmbHG und darüber hinaus auf (sonstige) Ersatzansprüche wegen zumindest grob fahrlässiger Schädigung.¹⁰⁵⁴

Nach *Ostheim* (aaO 196 mit Verweis auf *Koppensteiner*, wbl 1988, 1 [6]) ist diese Bestimmung gegenüber § 25 Abs 5 und 7 GmbHG nicht nur „die zweifellos durchdachtere, modernere und differenziertere“, sondern entspricht auch den nicht Gesetzeswortlaut gewordenen Intentionen des historischen GmbH-Gesetzgebers. Die Anwendung der Dispositionsbeschränkungen auf grobe Fahrlässigkeit außerhalb des Vermögensschutzes sei zudem sachgerecht, weil einerseits das Gesellschaftsvermögen den Gläubigern als einziger Haftungsfonds diene (dazu noch Fn 1257) und andererseits der Unrechtsgehalt grob fahrlässiger Schädigung ein deutlich größerer sei als bei leichter Fahrlässigkeit. Vgl auch *Niederberger*, *ecolex* 1997, 838 (840), der zufolge es sich bei der indisponiblen Haftung für grobe Fahrlässigkeit um den wertungsmäßigen „kleinsten gemeinsamen Nenner“ von § 84 Abs 5 AktG und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG handle. Vgl auch *Mandl*, Die Haftung des Vereinsvorstands 127 ff. Auch für die Genossenschaft wird eine analoge Anwendung des § 84 Abs 5 AktG vertreten (vgl. *Dellinger* in FS Frotz 187 [212]; zust. *Ch. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 5/81). Dazu noch krit bei Fn 1261.

1054 Zu einem (weiteren) Argument, das von *Koppensteiner* (wbl 1988, 1 [6 f]) und *Harrer* (Haftungsprobleme 75 ff) genannt wurde, soll hier schon vorweg Stellung bezogen werden. Für die These, dass sich § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf grobe Fahrlässigkeit außerhalb § 25 Abs 3 GmbHG beziehen, wies *Koppensteiner* (ua) auf die in Deutschland vertretene Auffassung hin, dass der gesetzliche Sorgfaltsmaßstab gem § 43 Abs 1 dGmbHG *ex ante* bis zur Grenze grober Fahrlässigkeit abdingbar sei. Dies mit der Begründung, dass das Gesellschaftsvermögen ein gebundenes Sondervermögen sei und als Haftungsgrundlage für Dritte zu dienen habe, weshalb der Umgang damit nicht von vornherein beliebig freigestellt werden könne (*Koppensteiner* aaO 6 mit Verweis auf *Zöllner* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG¹⁴ [1985] Schlussanhang I Rz 34; vgl auch *Harrer* aaO 75). Dieses Argument vermengt indes Verschiedenes. Wenn nämlich Teile des deutschen Schrifttums abstrakte Haftungsmilderungen im Voraus unter Berufung auf den Gläubigerschutz bis zur Grenze grober Fahrlässigkeit zulassen, dann geschieht das ausgehend von der Prämisse, dass Verzichte, Vergleiche und Weisungen gem § 43 Abs 3 Sätze 2 f dGmbHG *nur* im Bereich des § 43 Abs 3 dGmbHG in ihrer Wirkung beschränkt sind, im *verbleibenden* Bereich (§ 43 Abs 2 dGmbHG) jedoch (außen)wirksam sind. Erst von dieser grundsätzlichen Disponibilität ausgehend wird dann die Folgefrage nach der Zulässigkeit abstrakter Haftungsbeschränkungen *ex ante* gestellt. Diese Frage wird im Schrifttum insb unter Berufung auf die „andere „Qualität“ von Vorausdispositionen mehr oder weniger stark eingeschränkt, wobei die von *Koppensteiner* referenzierte Strömung die maßgebende Zäsur eben bei grober Fahrlässigkeit verortet. Ausgangspunkt all dieser Überlegungen zur Zulässigkeit und den Grenzen abstrakter Haftungsmilderungen ist aber immer, dass sich die *bestehenden* Dispositionsbeschränkungen (§ 43 Abs 3 Sätze 2 f dGmbHG) nur auf § 43 Abs 3 dGmbHG beziehen. Vor diesem Hintergrund ist der Schluss auf den Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG ein *non sequitur*. Vielmehr impliziert die Heranziehung der deutschen Auffassung zu Haftungsmilderungen im Voraus (wegen ihrer Prämisse betreffend den Anwendungsbereich der § 43 Abs 3 Sätze 2 und 3 dGmbHG) richtigbesehen, dass sich die österreichische Parallelnorm (§ 25 Abs 5 und 7 GmbHG) *ebenfalls* nur auf § 25 Abs 3 GmbHG bezieht. Näherliegend als der „argumentative Umweg“ über die Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen wäre es, § 25 Abs 5

4) Deutsche Lehre und BGH-Rechtsprechung

Nach beinahe einhelliger Auffassung¹⁰⁵⁵ im deutschen Schrifttum beziehen sich die Dispositionsbeschränkungen gem § 43 Abs 3 Sätze 2 und 3 dGmbHG gemäß der (vergleichsweise eindeutigen) Gesetzessystematik nur auf die qualifizierten Ersatzansprüche gem § 43 Abs 3 dGmbHG (und kraft Verweises auf § 73 Abs 3 dGmbHG). Auch in Deutschland werden die Dispositionsbeschränkungen darüber hinaus punktuell auf weitere Gläubigerschutzpflichten angewendet.

Einer Mindermeinung¹⁰⁵⁶ zufolge sind die Dispositionsbeschränkungen dagegen (wie nach öHM) auf sämtliche Ersatzansprüche (§ 43 Abs 2 dGmbHG) anzuwenden. Diese Auffassung geht insb auf eine Entscheidung¹⁰⁵⁷ des BGH aus 1999 zurück. Darin vertrat der Gerichtshof in Abkehr von seiner bisherigen stRsp¹⁰⁵⁸ und entgegen der damals hM¹⁰⁵⁹ die Ansicht, dass sich § 43 Abs 3 Sätze 2 und 3 dGmbHG undifferenziert auf alle Ersatzansprüche der Gesellschaft beziehen.¹⁰⁶⁰ Diese Entscheidung sollte sich jedoch als Aus-

und 7 GmbHG direkt mit der Parallelnorm § 43 Abs 3 Sätze 2 und 3 dGmbHG zu vergleichen. Dieser Vergleich spricht indes für die Einschränkung der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf Ersatzansprüche gem § 25 Abs 3 GmbHG (worauf Vertreter dieser Ansicht auch hinweisen; s dazu die Nw oben Fn 1042).

1055 Vgl statt vieler jew mwN *Fleischer* in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 364 ff; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG²¹ § 43 Rz 58, 61 ff; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 51 ff. S auch die Nw in Fn 1065.

1056 Vgl insb *Lutter*, GmbHR 2000, 301 (311); so wohl auch die folgenden Autoren: *Cahn*, Vergleichsverbote 105 f; *Jula*, GmbHR 2001, 806 (808); *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung 438 ff; so auch noch *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG¹⁵ § 43 Rz 28 (anders dann aber in den Folgeaufl).

1057 BGH 15.11.1999, II ZR 122/98 ZIP 2000, 135 = NJW 2000 576. Der Leitsatz lautet: „Eine Verkürzung der Verjährungsfrist des § 43 Abs. 4 GmbHG durch Vereinbarung ist nur insoweit zulässig, als der Schadenersatzbetrag zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft nicht erforderlich ist (arg. § 43 Abs. 3 GmbHG).“ Der BGH hatte in dieser E die Zulässigkeit einer vertraglichen Verkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist zu beurteilen. Der Geschäftsführervertrag enthielt eine Regelung, wonach Ansprüche der Gesellschaft gegen den Geschäftsführer nur binnen einer Ausschlussfrist von zwei Monaten geltend gemacht werden können. Einschränkung *Altmeyen*, DB 2000, 261 ff; *ders*, DB 2000, 657 ff; zust offenbar *Reis*, RdW 2007, 652 (653), der aber offenbar nicht berücksichtigt, dass der BGH diese Judikatur gleich darauf korrigiert hat und sich auch das deutsche Schrifttum (zu Recht) gegen jene (oben zitierte) E ausspricht (s weiter im Fließtext).

1058 Vgl etwa BGH 14.12.1959, II ZR 187/57 BGHZ 31, 258 (278); 28.09.1992, II ZR 299/91 BGHZ 119, 257 (261 f); 10.05.1993, II ZR 74/92 BGHZ 122, 333 (336); 21.06.1999, II ZR 47/98 NJW 1999, 2817.

1059 Referierend *Altmeyen*, DB 2000, 261 ff.

1060 *Altmeyen* (DB 2000, 657 [658]) bezeichnete die E als „bahnbrechend“, weil der entscheidungsgegenständliche Sachverhalt gar nicht von Einlagerückgewähr handelte. In der Tat ging es in der E (nur) um „reguläre“ Schadenersatzansprüche gem § 43 Abs 2 dGmbHG.

reißer erweisen.¹⁰⁶¹ Schon kurz darauf revidierte der BGH seine Position in einer weiteren Entscheidung¹⁰⁶², ohne dabei zur Entscheidung aus 1999 Stellung zu beziehen. Das tat er erst in einer weiteren Entscheidung¹⁰⁶³ aus dem Jahr 2002. Darin distanzierte sich der BGH unter Bezugnahme auf die Entscheidung aus 1999 von der darin vertretenen Position, „*weil sie eine Erweiterung der Haftung des Geschäftsführers im Interesse der Gesellschaftsgläubiger zur Folge hätte, die zwar rechtspolitisch erwünscht sein mag, aber weder im Wortlaut noch in der Systematik des Gesetzes eine hinreichende Grundlage findet.*“¹⁰⁶⁴ Auch das ganz überwiegende deutsche Schrifttum¹⁰⁶⁵ lehnt eine Ausdehnung der Dispositionsbeschränkungen auf alle Ersatzansprüche mit dem Argument ab, dass andernfalls der systematische Zusammenhang der Sätze 2 und 3 des § 43 Abs 3 dGmbHG verkannt und die Vorschrift gleichsam „wie ein Absatz 5“¹⁰⁶⁶ gelesen würde. Außerdem habe eine derart weitherzige Lesart die missliche Folge, dass GmbH-Geschäftsführer strenger haften würden, als Vorstandsmitglieder einer AG.¹⁰⁶⁷

Auch in Deutschland wird vereinzelt (insb von *Altmeppen*) ein Mittelweg eingeschlagen, wonach sich § 43 Abs 3 Sätze 2 und 3 dGmbHG in Anlehnung an § 93 Abs 5 Satz 2 Hs 1 dAktG über § 43 Abs 3 dGmbHG hinaus auch auf

1061 Dabei könnte es sich um ein Versehen gehandelt haben (vgl auch *Mand*, Geschäftsführerhaftung 129 [„zu weit geraten“]). Das zeigt sich mE vor allem daran, dass der BGH (wohl irrig) großzügig Autoren der (jedoch gegenteiligen) hM aufführt, mit denen er sich offenbar im Einklang wähnt. Vgl idZ auch *Bayer*, GmbHR 2014, 897 (903 Fn 118), der einige Fehlzitate des BGH ausweist. Vgl auch *Altmeppen*, DB 2000, 261 (261), der darauf hinweist, dass der BGH seine Abkehr von der bisherigen hM nicht kenntlich machte.

1062 BGH 31.01.2000, II ZR 189/99 NJW 2000, 1571; vgl dazu *Altmeppen*, DB 2000, 657 ff.

1063 BGH 16.09.2002, II ZR 107/01 ZIP 2002, 2128 = NJW 2002, 3777. Darin ging es ebenfalls um eine Verkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist. Bestätigend zB BGH 07.04.2003, II ZR 193/02 GmbHR 2003, 712 (insoweit zust *Blöse*) = ZIP 2003, 945; 18.02.2008, II ZR 62/07 GmbHR 2008, 488 (*Werner*).

1064 BGH 16.09.2002, II ZR 107/01 NJW 2002, 3777 (3778) = GmbHR 2002, 1197 (1199).

1065 *Fleischer* in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 366, 376, *passim* mwN; *ders.*, AG 2011, 2435 (2437); *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 53; *Verse* in *Scholz*, GmbHG¹² § 43 Rz 350; *Haas/Wigand* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 20.30; *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 115 f (zu Verzichten und Vergleichen) und 225 ff (zu Weisungen und Billigungen); *Pelz*, RNotZ 2003, 415 (423); *Sturm*, GmbHR 2003, 573 (577); *Hasselbach*, DB 2010, 2037 (2039); insoweit auch *Altmeppen* in *Altmeppen*, GmbHG¹¹ § 43 Rz 129 (s aber noch Fn 1068); *de lege ferenda* befürwortend aber *Haas*, WM 2006, 1417 (1419); so wohl auch *Steffek*, Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft (2011) 310.

1066 Vgl § 25 Abs 5 öGmbHG.

1067 So *Fleischer*, BB 2011, 2435 (2437); *ders.*, MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 366, 376; vgl auch *Altmeppen*, DB 2000, 261 (262); *dens* in *Altmeppen*, GmbHG¹¹ § 43 Rz 129; *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 116; *Beurskens* in *Noack et al*, GmbHG²³ § 43 Rz 100. Zu diesem Argument noch unten S 303 ff.

sonstige Ersatzansprüche wegen grob fahrlässiger Schädigung erstrecken.¹⁰⁶⁸ Die übrige Lehre¹⁰⁶⁹ lehnt diese Auffassung mangels Regelungslücke ab.

5) Zusammenfassende Würdigung

Das breite Spektrum der vertretenen Positionen zeugt bereits von einer gewissen Schwierigkeit der Auslegungsfrage, ist aber wohl auch darin begründet, dass das methodologische Instrumentarium nicht immer zur Gänze ausgeschöpft wird. Vor allem die subjektiv-historische und objektiv-teleologische Interpretation des § 25 GmbHG (insb der Abs 5 und 7) werden häufig vernachlässigt. Es sind aber, wie sich auch zeigen wird, gerade *diese* Methoden, die die wahren Absichten des Gesetzgebers freizulegen und nachzuweisen imstande sind. In der Lit wird jedoch (insb von Vertretern der hM) oft nur auf den (angeblich) eindeutigen und klaren Wortlaut sowie auf die Gesetzessystematik verwiesen.¹⁰⁷⁰ Hinter der (vielleicht unscheinbaren) Frage nach dem Anwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen verbergen sich aber wie erwähnt Grundsatzfragen des kapitalgesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes, die eine erschöpfende methodologische Auseinandersetzung (umso mehr) verdient haben. Eingehendere Auseinandersetzungen sind selten und stammen in jüngerer Zeit (bezeichnenderweise) vorwiegend von Vertretern der (einschränkenden) Gegenauffassung.¹⁰⁷¹ In den folgenden Kapiteln wird dieses Auslegungsproblem tiefergehend und umfassend aufgearbeitet.

ii. Wortlaut und innere Systematik des § 25 GmbHG

Der Wortlaut des § 25 Abs 5 und 7 GmbHG spricht in der Tat auf den ersten Blick nicht unbedingt für eine eingeschränkte Anwendung der Norm auf die (qualifizierten) Ersatzansprüche gem § 25 Abs 3 GmbHG. In Abs 3 und 5 ist vom „Ersatz“ die Rede; Abs 7 spricht (wie Abs 6) von „Ersatzansprüchen“. Zumindest nach dem allgemeinen (und wohl auch juristischen) Sprachgebrauch erfassen beide Begriffe („Ersatz“ und „Ersatzansprüche“) sämtliche

1068 Vgl *Altmeppen* in *Altmeppen*, GmbHG¹¹ § 43 Rz 128, wonach die vom Gesetzeswortlaut vorgesehene unverzichtbare Haftung der Geschäftsführer nur für die Fälle des § 43 Abs 3 dGmbHG „*wertungsmäßig unbefriedigend*“ sei (vgl für die Gesellschaftsherhaftung *dens* in *Altmeppen*, GmbHG¹¹ § 13 Rz 123 ff); vgl auch *dens*, DB 2000, 261 ff, wonach die hM „*dem Gerechtigkeitsgefühl in hohem Maße [widerspricht]*“; *dens*, DB 2000, 657 ff; *dens*, ZIP 2001, 1837 (1845); *dens*, DStR 2002, 2048 ff; *dens*, NJW 2002, 321 (323 ff); zust *Burgard*, ZIP 2002, 827 (839).

1069 Vgl jew mWn etwa *Fleischer* in *MüKo GmbHG*⁴ § 43 Rz 376 (mit zutr methodologischer Kritik); *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 53; *Verse* in *Scholz*, GmbHG¹² § 43 Rz 350; *Haas/Wigand* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerrhaftung³ Rz 20.33.

1070 Vgl zB *Dellinger* in *FS Frotz* 187 (192 Fn 25); *Kutschera*, GesRZ 1982, 243 (246); in jüngerer Zeit auch *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 495.

1071 Vgl insb *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (92 f), der dieser Ansicht mit historischen Argumenten den Weg geebnet hat. Vgl auch *dens* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Orgahaftung 35 (42 ff).

Ansprüche der Gesellschaft gegen ihre Geschäftsführer aus § 25 GmbHG. Der reine (isolierte) Wortsinn führt also nicht weiter. Indessen liefert der Textzusammenhang mit den übrigen Absätzen des § 25 GmbHG weitere Indizien. Dafür soll zunächst Abs 5 und danach Abs 7 etwas näher betrachtet werden.

Für ein einschränkendes Verständnis des § 25 Abs 5 GmbHG könnte sprechen, dass jedenfalls mit dem in der *leg cit* verwendeten Begriff „Ersatz“ offenbar auf Abs 3 Bezug genommen wird, ist der Geschäftsführer doch nach Abs 3 „zum Ersatze verpflichtet“.¹⁰⁷² Dagegen heißt es in Abs 2 und 4 (nur), dass die Geschäftsführer für den „Schaden“ der Gesellschaft „haften“ (was freilich ebenfalls einen Anspruch auf „Ersatz“ iW.S. bedeutet). Die Besonderheit des „Ersatzes“ iSd Abs 3 liegt jedoch (wie schon eingangs erwähnt)¹⁰⁷³ darin, dass ein Schaden in Höhe des abgeflossenen Gesellschaftsvermögens gesetzlich (widerleglich) vermutet wird.¹⁰⁷⁴ Die Geschäftsführer müssen die geleisteten Zahlungen *ersetzen*, ohne dass die Gesellschaft einen Schaden nachweisen muss.¹⁰⁷⁵ Die ähnliche Diktion in Abs 3 und 5 spricht zumindest *prima vista* für ein einschränkendes Verständnis, weil grundsätzlich (im Zweifel) davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber mit gleichen Begriffen auch gleiche Inhalte verbindet.¹⁰⁷⁶ Diese Vermutung ist umso gewichtiger, je stärker der örtliche und sachliche Zusammenhang der Vorschriften ist. Gegen ein einschränkendes Verständnis spricht auch nicht unbedingt, dass die Beschränkung der Haftungsfreistellungswirkung von Gesellschafterbeschlüssen in Abs 5 und nicht direkt in Abs 3 geregelt ist (wie in § 43 dGmbHG). Ebenso wenig spricht zwingend gegen ein einschränkendes Verständnis, dass Abs 5 nicht ausdrücklich (selbst) eine Einschränkung seines Anwendungsbereichs normiert. Beides würde einen (möglichen) Zusammenhang zwar besser sichtbar machen, dafür würde aber wohl auch die Anordnung in dem unmittelbar nachfolgenden Absatz genügen. Demgemäß spricht aber gegen einen solchen Konnex, dass Abs 5 gerade nicht direkt an Abs 3 anschließt, sondern (erst) an Abs 4, der die Haftung der Geschäftsführer für ungenehmigte Insihgeschäfte anordnet. Diese unmittelbare Absatzfolge legt – trotz der unterschiedlichen Terminologie – eher die Annah-

1072 Vgl. *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (92 Fn 93); *dens* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (43); *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 30.

1073 S. schon oben Fn 602.

1074 Vgl. hier nur *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 12 ff; s. schon Fn 602 mwN.

1075 Vgl. bereits *AmtlBegr dAktRN* 1884, abgedr. bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 463 („*Verpflichtung [...] zur Erstattung der gesetzwidrig geleisteten Zahlungen [...], ohne daß es auf den Nachweis eines Schadens ankommen soll [...]*“). S. schon Fn 602.

1076 Vgl. etwa *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 448; *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 6 ABGB Rz 61 mwN; *Potacs*, Rechtstheorie² 178 mwN (Grundsatz der „Einheit der Rechtssprache“); *Zippelius*, Methodenlehre¹² 44; vgl. auch RIS-Justiz RS0008797.

me nahe, dass Abs 5 mit „Ersatz“ den Ersatz des Schadens iSd Abs 4 meint. Grundsätzlich kann nämlich davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber Normen logisch stringent aufbaut, sodass einzelne Absätze in einem sinnvollen Verhältnis zueinander stehen.¹⁰⁷⁷ So wird denn anzunehmen sein, dass der Gesetzgeber inhaltlich Zusammengehöriges auch formal zusammen anordnet (oder nicht unmittelbar ersichtliche Zusammenhänge zumindest durch ausdrückliche Normverweise kenntlich macht). Nach dieser allgemeinen Auslegungsmaxime kann also grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass sich ein Absatz (zumindest) auf den vorangehenden Absatz bezieht, wenn er keine ausdrückliche Einschränkung auf bestimmte andere (zB vorherige) Absätze enthält. Wenn Abs 5 sich demgemäß zumindest *auch* auf Abs 4 bezieht, folgt daraus implizit unter Berücksichtigung dessen Normgehalts weiter, dass Abs 5 sich auch auf Abs 2 bezieht. Denn wie schon *Skerlj*¹⁰⁷⁸ im Jahre 1909 bemerkte, ist die Haftung für Insichgeschäfte gem § 25 Abs 4 GmbHG – anders als die Haftung gem Abs 3 – keine Spezialhaftung, sondern wurzelt in der allgemeinen Haftung gem § 25 Abs 2 GmbHG;¹⁰⁷⁹ sie schützt nicht die Gläubiger, sondern (nur) die Gesellschaft-

1077 Vgl auch *Potacs*, Rechtstheorie² 177. Demnach beruht das „System“ der Textgestaltung als Auslegungskriterium (systematische Interpretation) auf der Auslegungsregel der allg Kommunikationspraxis, wonach eine bestimmte Systematik von Äußerungen auch deren Sinngehalt prägt.

1078 *Skerlj*, GmbHG² (1909) § 25 Anm 13 (S 35). Vgl schon Fn 1020.

1079 Das wird auch durch die (frühere) Gesetzesentwicklung bestätigt: Die eigenständige Haftungsanordnung für Insichgeschäfte sollte auf Antrag des damaligen Sektionschefs des österreichischen Justizministeriums und Vorsitzenden der interministeriellen Beratungen, *Franz Klein*, aus dem österreichischen Aktienentwurf in den GmbH-Entwurf übernommen werden (vgl Berathungs-Protokolle der Vertreter der beteiligten Ministerien zum Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 865). Zunächst wurde die Anordnung nicht in die Haftungsnorm des heutigen § 25 GmbHG (damals § 24 des Entwurfs i d F Juni 1902) eingefügt, sondern in § 19 Abs 2 geregelt. Im Zuge der anschließenden (erneuten) Beratungen auf Ministerialebene im Jahr 1903 beantragte der Vertreter des Innenministeriums, *Guido von Haerdtl*, zunächst die Streichung des Abs 2 zur Haftung der Geschäftsführer für Insichgeschäfte, weil diese Bestimmung „durch § 24 Abs. 1 genügend gedeckt sei“ (Beratungsprotokolle der 2. Sitzung [1903], Sitzung vom 5. November 1903, ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 821). *Franz Klein* erwiderte mit dem Gegenvorschlag, „den § 19 Abs. 2 in § 24 zu verlegen und ihn dadurch zu einer lediglich internen Vorschrift für das Verhältnis der Gesellschafter untereinander zu gestalten.“ (Beratungsprotokolle aaO). Zur Entstehungsgeschichte des § 25 Abs 4 GmbHG iZm dem Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG noch ausf unten S 323 ff. Vgl auch EBRV 236 BlgHH 17. Session 66, wonach, wenn mehrere Geschäftsführer oder ein Aufsichtsrat bestehen, „füg-lich in der unterlassenen Einholung ihrer Zustimmung unter allen Umständen man-gelnde Sorgfalt erblickt werden kann [kann]“.

ter (nämlich vor Interessenkonflikten der Geschäftsführer).¹⁰⁸⁰ Würde man Abs 5 also (auch) auf Abs 4 beziehen (wozu der Normaufbau wie gesagt zumindest *prima vista* nötigt), so müsste man Abs 5 – sollen Wertungswidersprüche vermieden werden – konsequenterweise auch auf Abs 2 anwenden. Gegen dieses Zwischenergebnis ist allerdings wiederum einzuwenden, dass gerade die systematische Position des Abs 4 als (vermeintlicher) Bezugspunkt der Dispositionsbeschränkungen starke Zweifel an der Richtigkeit der erwähnten Auslegungsmaxime einer logisch stringenten Regelungsstruktur aufkommen lässt, die dem Gesetzgeber grundsätzlich zu unterstellen ist. Wenn nämlich die Haftung gem Abs 4 wie gesagt wertungsmäßig zu Abs 2 gehört, sollte sie nach den Regeln der Logik entweder in Abs 2 geregelt sein, oder zumindest unmittelbar an Abs 2 anschließen, aber nicht (erst) an den dritten Absatz, der gerade von einer insofern *spezielleren*, im Gläubigerinteresse verschärften Sonderhaftung handelt. Es ist auch nicht ohne weiteres davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Haftung für Insihgeschäfte *bewusst* an die „falsche“ Stelle gesetzt hat, weil er davon ausging, dass sich die Dispositionsbeschränkung gem § 25 Abs 5 GmbHG auf alle Ansprüche bezieht.¹⁰⁸¹ Wahrscheinlicher dürfte sein, dass er die Haftungsanordnung des Abs 4 nur versehentlich an diese Stelle gesetzt hat und sie – hätte er den Fehler erkannt – richtigerweise in Abs 2 oder im Anschluss daran geregelt. Dafür spricht auch (was Ausgangspunkt der Überlegungen war), dass Abs 5 offenbar an die Terminologie des Abs 3 anknüpft (arg: „Ersatz“). Lässt man demgemäß Abs 4 bei der Auslegung außer Acht, würde die Dispositionsbeschränkung des Abs 5 als vierter Absatz direkt an Abs 3 anschließen, was wie gesagt systematisch-logisch und terminologisch stark für eine Einschränkung auf § 25 Abs 3 GmbHG spräche. Zusammenfassend ist daher festzuhalten: Berücksichtigt man neben dem isolierten Wortlaut und der systematischen Stellung der einzelnen Absätze auch die *ratio* des Abs 4, so verbietet sich – wegen der Widerlegung der allgemeinen Auslegungsprämisse logisch stringenter Normsetzung im konkreten Fall – die Schlussfolgerung auf eine extensive Anwendung des Abs 5, weil vielmehr naheliegt, dass die Position der Haftungsanordnung gem Abs 4 auf einem gesetzgeberischen Versehen beruht und die Dispositionsbeschränkung gem Abs 5 sich eigentlich nur auf die Haftung gem Abs 3 beziehen sollte.

Bei Abs 7 ist dagegen schon der (terminologische) Bezugspunkt nicht sofort ersichtlich. Da Abs 7 für „*diese Ersatzansprüche*“ die Geltung des § 10 Abs 6 GmbHG anordnet, hängt die Unwirksamkeit von Verzichten und Ver-

1080 Vgl auch RIS-Justiz RS0028129 mwN; J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 25 Rz 272 (Stand 01.09.2022).

1081 Es ist unwahrscheinlich, dass der Gesetzgeber mit der (falschen) Position des Abs 4 den Anwendungsbereich des Abs 5 markieren wollte, denn hierfür hätte es einfachere Möglichkeiten gegeben. Das schließt zwar eine andere Motivation nicht aus, jedoch ist mE kein Grund ersichtlich, weshalb der Gesetzgeber die Haftung für Insihgeschäfte im vierten Absatz hätte regeln wollen.

gleichen (insoweit wie bei Abs 5) *mittelbar* ebenfalls davon ab, dass der „Ersatz“ zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist (vgl § 10 Abs 6 GmbHG). Das legt nach dem oben Gesagten (ebenfalls) eine Bezugnahme auf den „Ersatz“ gem § 25 Abs 3 GmbHG nahe (wenngleich es im unmittelbaren Anwendungsbereich des § 10 Abs 6 GmbHG, nämlich § 10 Abs 4 GmbHG, nicht um den Ersatz von Zahlungen ohne nachzuweisenden Schaden geht, sondern um insoweit regulären Schadenersatz). Einer Bezugnahme auf § 25 Abs 3 GmbHG scheint auch zu entsprechen, dass § 25 Abs 7 GmbHG die Ansprüche, auf die er Bezug nimmt, „Ersatzansprüche“ nennt, und nicht etwa „Schadenersatzansprüche“ oder nur „Ansprüche“. Allerdings spricht *gegen* eine einschränkende Auslegung des Abs 7 auf Abs 3 vor allem, dass auch die Verjährungsregel des Abs 6 von Ersatzansprüchen spricht (vgl auch zB § 10 Abs 5 GmbHG) und sich mit diesem Begriff nach *zutr allgM*¹⁰⁸² auf *alle* Ansprüche aus § 25 GmbHG bezieht.¹⁰⁸³ Da wie erwähnt grundsätzlich davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber mit gleichen Begriffen auch gleiche Inhalte regelt,¹⁰⁸⁴ wäre demnach anzunehmen, dass auch Abs 7 alle Ansprüche gegen den Geschäftsführer

1082 Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 23; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 35; *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 135; explizit schon *Gellis*, GmbHG (1960) § 25 Anm 8 (S 96): „Der Abs 6 erfasst wieder alle Fälle des § 25.“ Vgl aus der älteren Lit ausdr *Skerlj*, GmbHG² (1909) § 25 Anm 13 (S 35): „Die Bestimmung über die Verjährungsfrist gilt wie nach dem deutschen Gesetze ganz allgemein in allen Fällen des § 25.“; so wohl auch schon *Grünhut*, GmbH² (1913) 26; aA (s schon Fn 1013) *Kornfeld/Scheu*, GmbHG (1906) § 25 Anm III (S 42); aus der älteren dLit *Hachenburg*, GmbHG⁵ (1927) § 43 Anm 20 (S 99); *Brodmann*, GmbHG² (1930) § 43 Anm 5.a) (S 175); *Liebmann/Saenger*, GmbHG⁷ (1927) § 43 Anm 9 (S 237). Gleiches gilt auch für § 84 Abs 6 AktG (vgl nur *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 84 Rz 39).

1083 Dagegen stünde einer exklusiven Bezugnahme auf Abs 3 mE nicht unbedingt entgegen, dass Abs 5 und Abs 7 unterschiedliche Begriffe verwenden („Ersatz“ bzw „Ersatzansprüche“). Es kann zwar wie erwähnt grundsätzlich angenommen werden, dass der Gesetzgeber mit gleichen Begriffen (präsumtiv) auch gleiche Inhalte verbindet; und umgekehrt kann angenommen werden, dass er mit verschiedenen Begriffen auch Verschiedenes meint (*Potacs*, Rechtstheorie² 178). Die unterschiedliche Ausdrucksweise in Abs 5 und Abs 7 dürfte allerdings nur durch die Verschiedenheit des jew Begriffenen bedingt sein: Abs 7 bezieht sich auf den Anspruch der Gesellschaft auf Ersatz (den Ersatzanspruch), während Abs 5 mit dem „Ersatz“ offenbar die Erfüllung dieses Anspruchs, dh die Liquidation des (vermuteten) Schadens (den Ersatz des abgeflommen Vermögens) durch den Geschäftsführer anspricht. § 25 Abs 5 GmbHG differenziert insoweit übrigens selbst: „Soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist, wird die Verpflichtung der Geschäftsführer dadurch nicht aufgehoben, daß sie in Befolgung eines Beschlusses der Gesellschafter gehandelt haben.“ Die „Verpflichtung der Geschäftsführer“ ist spiegelbildlich der Ersatzanspruch der Gesellschaft (von dem in § 25 Abs 7 GmbHG die Rede ist). Gegen eine Einschränkung des Abs 7 auf Abs 3 spricht somit weniger der (scheinbare) begriffliche Unterschied zu Abs 5 als die Gemeinsamkeit mit der Verjährungsbestimmung in Abs 6 (s sogleich im Fließtext).

1084 Vgl die Nw oben in Fn 1076.

erfasst. Unter systematisch-logischen Gesichtspunkten spricht gegen ein einschränkendes Normverständnis wie erwähnt zwar nicht zwingend, dass die Verzichts- und Vergleichsbeschränkung des Abs 7 nicht (wie bei § 43 dGmbHG) unmittelbar in Abs 3 (und darüber hinaus von Abs 5 getrennt in einem eigenen Absatz) geregelt ist und seinen eigenen Anwendungsbereich zudem nicht ausdrücklich einschränkt, denn ein möglicher Konnex könnte legistisch vertretbar auch (bloß) durch die systematische Nähe der Absätze zum Ausdruck gebracht werden. Vielmehr spricht unter diesem Gesichtspunkt vor allem die systematische (Zwischen-)Stellung des Abs 6 für eine extensive Anwendung (auch) des Abs 7. Denn wie schon erwähnt, ist grundsätzlich anzunehmen, dass der Gesetzgeber einzelne Absätze einer Norm nach den Regeln der Logik so aneinanderreicht, wie es ihrem Inhalt (Anwendungsbereich) entspricht. Konkret ist angesichts der Absatzfolge des § 25 GmbHG anzunehmen, dass Abs 7 (mangels einer ausdrücklichen Einschränkung) jedenfalls keinen engeren Anwendungsbereich haben kann als der unmittelbar vorangehende Abs 6. Es wäre kaum zu erklären, wieso Abs 5 sich nur auf Abs 3, Abs 6 aber auf alle Ersatzansprüche und Abs 7 dann wieder nur auf Abs 3 beziehen sollte. Zudem liegt gerade bei abschließenden Anordnungen am Ende eines Paragraphen eher die Vermutung nahe, dass sie sich – sofern sie nicht ohnehin ergänzend eine ausdrückliche Einschränkung ihres Anwendungsbereichs normieren – auf den gesamten Paragraphen beziehen, in diesem Fall also auf das gesamte Haftungsspektrum des § 25 GmbHG. Für eine (dennoch) eingeschränkte Anwendung auf Abs 3 ließe sich allenfalls argumentieren, dass Abs 7 mit dem Demonstrativpronomen „diese“ (arg: „diese Ersatzansprüche“) offenbar nur *bestimmte* Ansprüche meint (etwa jene des Abs 3), während Abs 6 (insoweit undifferenziert) auf „[d]ie Ersatzansprüche“ Bezug nimmt. Dieses Argument wird jedoch dadurch relativiert, dass Abs 3 als vermeintlicher Bezugspunkt vergleichsweise weit entfernt liegt. Deshalb liegt es mE rein systematisch-logisch näher, dass Abs 7 mit seiner spezifizierenden Formulierung („diese“) auf die in Abs 6 genannten Ansprüche Bezug nimmt (vgl auch § 10 Abs 6 GmbHG)¹⁰⁸⁵, was mit-

1085 § 10 Abs 6 GmbHG lautet: „Vergleiche und Verzichtsleistungen hinsichtlich solcher Ansprüche haben keine rechtliche Wirkung, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist.“ Mit „solche[n] Ansprüche[n]“ meint § 10 Abs 6 GmbHG zunächst jene Ansprüche gem § 10 Abs 5 GmbHG, die in fünf Jahren ab Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch verjähren und sich mit der Wendung „Diese Ersatzansprüche“ wiederum auf § 10 Abs 4 GmbHG beziehen. Diese Anknüpfung an die Verjährungsregelung wurde im Jahr 1901 aus dem österreichischen Aktienentwurf von 1900 übernommen (s auch schon Fn 975). Ursprünglich stammt sie dort (soweit ersichtlich ohne Vorbild im deutschen Aktienrecht) aus dem Gründungsrecht (§ 26) des Aktienentwurfs idF Juli 1900 (ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420). Dort bezog sich die Verjährungsregel (§ 26 Abs 1) zunächst auf alle Ansprüche aus der Gründung („Die der Gesellschaft aus der Errichtung zustehenden Schadenersatzansprüche“) und das Verzichts- und Vergleichsverbot knüpfte an die Verjährungsregel an und bezog sich auf dieselben Ansprüche

telbar wie gesagt (ebenfalls) eine Bezugnahme auf alle Ansprüche aus § 25 GmbHG hieße.¹⁰⁸⁶

Alles in allem sprechen die undifferenzierte Diktion und die offene Systematik vielleicht bei oberflächlicher, unterschiedsloser (isolierter) Betrachtung für eine extensive Anwendung der Dispositionsbeschränkungen auf alle Ansprüche aus § 25 GmbHG; bei näherer Betrachtung und unter Einbeziehung des Textzusammenhangs der einzelnen Absätze sowie weiterer Prämissen über deren Regelungsgehalt (insb der Abs 4 und 6) ergeben der Gesetzeswortlaut und die innere Systematik des § 25 GmbHG jedoch ein ambivalentes Bild: Bei § 25 Abs 5 GmbHG suggerieren die Terminologie („Ersatz“) und die – bei gebotener Außerachtlassung des Abs 4 – unmittelbare Anknüpfung an den dritten Absatz, dass die Bestimmung nur Abs 3 erfassen soll. Bei Abs 7 hingegen indiziert die Terminologie („Ersatzansprüche“) iVm der Anknüpfung an den sechsten Absatz (Verjährung), dass sich die Verzichts- und Vergleichsbeschränkung (ebenfalls) nur auf diesen sechsten Absatz – und damit auf alle Ansprüche aus § 25 GmbHG – beziehen soll. Bei *beiden* Dispositionsbeschränkungen macht es außerdem den Anschein, als hätte der Gesetzgeber den jeweiligen Zusammenhang (zu Abs 3 bzw 6) bewusst und gezielt hergestellt. Hierfür gibt es zwei mögliche Erklärungen: Erstens könnte der Gesetzgeber tatsächlich für Abs 5 und 7 unterschiedliche Anwendungsbereiche im Sinn gehabt haben. Das wäre allerdings verfehlt (gewesen), denn diese Dispositionsbeschränkungen markieren unabhängig vom Modus der Haftungsfreistellung den Umfang des gesetzlichen Gläubigerschutzes und laufen daher tatbestandsmäßig gleich (vgl auch § 43 Abs 3 dGmbHG; § 84 Abs 5 Satz 3 iVm Satz 2 Hs 1 AktG).¹⁰⁸⁷ Es ist me

(„*Hinsichtlich dieser Ansprüche*“). Bis zu dieser Angleichung an den Aktienentwurf folgte der heutige § 10 Abs 6 GmbHG noch unmittelbar auf den (heutigen) § 10 Abs 4 GmbHG und knüpfte auch begrifflich an diesen an: „*Verzichte und Vergleiche der Gesellschaft hinsichtlich dieser Ersatzansprüche [...]*“ (die nachfolgende Verjährungsregel bezog sich noch auf „*[d]iese Ersatzansprüche*“) (vgl beispielhaft Entwurf I Dezember 1900, ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 341 ff und Entwurf II Dezember 1900, Karton 884, Fol 369 ff). Da es im Gründungsrecht nur *eine* (wenngleich spezielle) Haftungsgrundlage des Geschäftsführers gibt (§ 10 Abs 4 GmbHG), kommt es auf die Reihenfolge der Absätze freilich nicht an. Demgegenüber regelt § 25 GmbHG sowohl in einem Anfangstatbestand die allg Haftung (Abs 2) als auch die im Gläubigerinteresse qualifizierte Haftung (Abs 3; insoweit gleichgestellt mit § 10 Abs 4 GmbHG).

1086 Zum Erklärungsgehalt des Demonstrativpronomens „diese“ noch näher aus subjektiv-historischer Perspektive unten Fn 1466.

1087 Vgl insoweit auch *Altmeyden*, DB 2000, 657 ff; *Beurskens* in *Noack et al*, GmbHG²³ § 43 Rz 67; ähnlich *W.-D. Arnold*, JBl 2001, 265 (265), wonach Vergleiche über bzw Verzichte auf Schadenersatzansprüche einerseits und die Beseitigung der Schadenersatzansprüche durch „entlastende Weisung“ oder nachträgliche Genehmigung andererseits nicht differenziert gesehen werden können. Vgl zur Gläubigerschutzimplikation der Dispositionsbeschränkungen auch noch insb unten S 257 ff. Hier-

auch unwahrscheinlich, dass der GmbH-Gesetzgeber diesen normativen Zusammenhang verkannt hat, denn immerhin sind die entsprechenden Dispositionsbeschränkungen auch im dGmbHG gemeinsam (nämlich konsequativ in § 43 Abs 3 dGmbHG) geregelt und waren es auch im älteren (und mittelbar vorbildhaften) Aktienrecht (vgl § 241 Abs 4 dHGB 1897). Als zweite (wohl wahrscheinlichere) Erklärung bleibt dann noch, dass der Gesetzgeber den Dispositionsbeschränkungen sehr wohl denselben Anwendungsbereich geben wollte und durch die gewählte Regelungstechnik (Voranstellung des Abs 5 oder Hintanstellung des Abs 7) nur ungewollt einen anderen äußerlichen Anschein erweckt hat. Auch wenn man die Gesetzessystematik als Nachweis für die hM erachten sollte, verdient erhöhte kritische Aufmerksamkeit jedenfalls der Umstand, dass die Verjährungsbestimmung des § 25 Abs 6 GmbHG sich offenbar zwischen die beiden Dispositionsbeschränkungen „geschoben“ hat. Selbst wenn man der hM zuneigt und alle drei Absätze (Abs 5 bis 7) auf sämtliche Ersatzansprüche aus § 25 GmbHG anwendet, hätte zu dieser sonderbaren Verschachtelung der Absätze kein erkennbarer Anlass bestanden. In *jedem* Fall wäre es sachgerecht(er) gewesen, die Dispositionsbeschränkungen unmittelbar aufeinander folgen zu lassen und die Verjährungsregel an das Ende des Paragraphen zu stellen (wie auch bei § 84 AktG oder § 43 dGmbHG). Diese „Anomalie“ deutet darauf hin, dass die Absatzfolge im Haftungstatbestand wenigstens in diesem Punkt durcheinander geraten sein könnte. Diese Ungereimtheiten lassen sich freilich auf Ebene des Wortlauts und der Gesetzessystematik allein nicht abschließend aufklären; die offenen Fragen könnten ohne Rekurs auf Willen des historischen Gesetzgebers nur subjektiv durch eine Eigenwertung beantwortet werden. Daher ist eine weitergehende Untersuchung unter Heranziehung der übrigen Auslegungsmethoden unentbehrlich.¹⁰⁸⁸ Als Nächstes soll deshalb der Betrachtungsradius erweitert und auch andere Normen außerhalb

zu ist noch anzumerken, dass tatbestandsmäßige Kongruenz angesichts der Wertung, die einer Limitierung der im Gläubigerinteresse indisponiblen Organmitgliedshaftung zugrunde liegt, genau genommen nicht zwingend ist. Denn diese Limitierung – gem § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG auf grob fahrlässige Pflichtverstöße außerhalb des Kapitalschutzes (§ 84 Abs 3 AktG) – ist damit begründet worden, dass die Organmitglieder ein berechtigtes Interesse an Rechtssicherheit infolge der jährlichen Entlastung haben, weshalb die Entlastung zumindest im Bereich leicht fahrlässiger Pflichtverstöße außerhalb des Kapitalschutzes *jedenfalls* verlässlich (auch in der Gesellschaftsinsolvenz) wirksam sein (und bleiben) muss (s noch ausf insb unten S 288 ff). Nach dieser Wertung müsste eigentlich nur die Verzichts- und Vergleichsbeschränkung sich innerhalb dieser Schranken halten; tatsächlich unterwirft der Gesetzgeber aber auch die Beschränkung der Haftungsfreistellungswirkung von Weisungsbeschlüssen derselben Schranke (vgl § 84 Abs 5 Satz 3 AktG), obwohl er implizit von einer weitergehenden (umfassenden) Gläubigerschutzfunktion der Organpflichten ausgeht.

¹⁰⁸⁸ Gleichwohl begnügen sich literarische Stellungnahmen vielfach (zT sogar entgegen den EBRV) mit dem Hinweis, dass die Anwendung der Dispositionsbeschränkun-

des § 25 GmbHG daraufhin untersucht werden, ob sie belastbare Anhaltspunkte für den Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG liefern; im Zuge dessen soll auch zu den (systematisch-logischen) Argumenten aus dem Schrifttum Stellung bezogen wird.

iii. Systematik außerhalb von § 25 GmbHG

1) Verhältnis von § 25 Abs 7 GmbHG zu § 10 Abs 6 GmbHG

Auf gesetzessystematischer Ebene wendeten wie erwähnt schon *Kornfeld/Scheu*¹⁰⁸⁹ gegen die hM ein, dass die besonderen Bestimmungen der § 10 und § 26 GmbHG¹⁰⁹⁰ sinnlos wären, wenn § 25 Abs 5 und 7 GmbHG ohnehin schon für alle Handlungen des Geschäftsführers (und damit auch für jene im Gründungsstadium) gelten würden.¹⁰⁹¹ Dem entgegnete *Skerlj*¹⁰⁹² wiederum, dass die Haftung gem § 10 Abs 4 GmbHG allerdings verschuldensunabhängig sei und verwies hierzu auf den Wortlaut (arg: „durch falsche Angaben“) ¹⁰⁹³ und die EBRV¹⁰⁹⁴.

Meines Erachtens ist das Argument von *Kornfeld/Scheu* (formal eine *reductio ad absurdum*)¹⁰⁹⁵ jedoch nicht besonders stark und das Gegenargument¹⁰⁹⁶

gen auf alle Ansprüche iSd hM dem klaren und eindeutigen Wortlaut entspreche. S dazu noch krit iZm den EBRV unten S 325 ff.

1089 *Kornfeld/Scheu*, GmbHG (1906) § 25 Anm III (S 42).

1090 S dazu schon Fn 1017. Da der Verweis in § 26 Abs 4 GmbHG (Stammfassung) gestrichen wurde, kann das Argument von *Kornfeld/Scheu* heute nur mehr (unmittelbar) auf § 10 Abs 6 GmbHG bezogen werden.

1091 Vgl zu § 10 Abs 6 GmbHG im Anschluss an *Kornfeld/Scheu* auch *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (43).

1092 *Skerlj* (GmbHG² [1909] § 25 Anm 13 [S 35]).

1093 Anders als § 25 Abs 2 GmbHG normiert § 10 Abs 4 GmbHG die Haftung nicht bei Verletzung von Obliegenheiten, sondern für den Fall, dass falsche Angaben gemacht werden.

1094 EBRV 236 BlgHH 17. Session 62 (s ausf in Fn 1103).

1095 Damit soll nicht die Einschränkung auf § 25 Abs 3 GmbHG unmittelbar bewiesen, sondern das Gegenteil (also die hM) widerlegt werden, indem aufgezeigt wird, dass sie (als Prämisse fortgedacht) widersprüchliche Konsequenzen hat. Das Argument lautet dann wie folgt: Würden sich § 25 Abs 5 und 7 GmbHG wirklich auf alle Ersatzansprüche beziehen (also auch § 10 Abs 4 GmbHG), hätte der Gesetzgeber § 10 Abs 6 GmbHG nicht anordnen müssen. Allerdings hat der genau dieses getan. Deshalb können sich § 25 Abs 5 und 7 GmbHG nicht auf alle Ersatzansprüche beziehen.

1096 Formal besteht dieses Gegenargument darin, dass es eine der Prämissen von *Kornfeld/Scheu* angreift. Diese Prämisse lautet: Würden sich § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf alle Ersatzansprüche beziehen, hätte der Gesetzgeber § 10 Abs 6 GmbHG nicht anordnen müssen. Gegen diese Prämisse wandte *Skerlj* ein, dass § 10 Abs 4 GmbHG im Gegensatz zu § 25 GmbHG verschuldensunabhängig sei. Daraus folgt: Wenn sich § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf alle Ersatzansprüche beziehen, hätte der Gesetzgeber § 10 Abs 6 GmbHG *trotzdem* angeordnet. Demnach wäre die Existenz des § 10 Abs 6 GmbHG auch kein (mittelbares) Argument mehr gegen die hM.

von *Skerlj* daher nicht unbedingt nötig. Die von *Kornfeld/Scheu* implizierte Prämisse, dass der Gesetzgeber von einer (wiederholenden) Regelung der Dispositionsbeschränkung in § 10 Abs 6 GmbHG abgesehen hätte, wenn dieselbe Regelung schon gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG für *alle* Ersatzansprüche gelten würde, ist mE nicht zwingend. Denn ohne § 10 Abs 6 GmbHG könnte zweifelhaft sein, ob alle Anordnungen der *lex generalis* (§ 25 GmbHG) auch für die gründungsrechtliche *lex specialis* (§ 10 GmbHG) gelten. Immerhin normiert § 10 Abs 5 GmbHG auch eine abweichende Verjährungsregelung für Ersatzansprüche gem § 10 Abs 4 GmbHG. Es ist auch nicht ungewöhnlich, dass der Gesetzgeber (bloß) klarstellende Regelungen trifft, um Auslegungstreitigkeiten vorzubeugen. Ein (Negativ-)Beispiel ist die aktienrechtliche Parallelbestimmung zu § 10 Abs 4 GmbHG, nämlich § 41 AktG. Denn in der aktienrechtlichen Lit ist das Verhältnis zwischen § 41 AktG und § 84 AktG strittig.¹⁰⁹⁷ Das gilt auch für die Dispositionsbeschränkungen in § 84 Abs 5 Satz 3 AktG, die sich (eingeschränkt auf grobe Fahrlässigkeit) nicht nur auf § 84 Abs 3 AktG, sondern auf alle Ersatzansprüche beziehen. Nach hL ist (auch) § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (subsidiär) auf § 41 AktG anzuwenden.¹⁰⁹⁸ Eine klarstellende (wenngleich redundante) Anordnung in § 41 AktG hätte diese Frage erübrigt. Aus gutem Grund also hat der deutsche Gesetzgeber des dAktG 1965 in § 48 Satz 2 dAktG (§ 41 öAktG) ausdrücklich *klargestellt*, dass (ua) § 93 dAktG im Gründungsrecht subsidiär gilt (mit Ausnahme der Sperrfrist und Verjährung, die jeweils eigenständig geregelt sind).¹⁰⁹⁹ Demgemäß ist die Existenz des § 10 Abs 6 GmbHG von vornherein kein zwingendes Argument gegen die hM vom umfassenden Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG.¹¹⁰⁰ Für seine Widerlegung muss man sich daher gar nicht erst auf die Verschuldensunabhängigkeit der Haftung gem § 10 Abs 4 GmbHG berufen.¹¹⁰¹

1097 S dazu noch ausf unten S 861 ff.

1098 Vgl hier nur *Zehetner* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 41 Rz 7; *Ettel* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 41 Rz 14; *Arlt* in *MüKo AktG*⁵ § 48 Rz 35; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/267; s noch im AG-Teil unten S 866 ff.

1099 Vgl dazu *AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171* 111: „Aus der entsprechenden Vorschrift des geltenden Rechts (§ 41 AktG) hat sich die Streitfrage ergeben, ob die Haftung der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats durch diese Vorschrift abschließend geregelt ist oder daneben §§ 84, 99 AktG anzuwenden sind. Bedeutsam ist diese Frage vor allem für die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern. Der Entwurf stellt sie klar und bestimmt, daß die [...] §§ 90, 112, neben § 45 gelten, soweit nicht in den Gründungsvorschriften Besonderheiten vorgesehen sind.“

1100 Mit anderen Worten ist der (allenfalls) eingeschränkte Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG nicht der *einzige* mögliche Grund (sondern einer von mehreren, zB Klarstellung), weshalb der Gesetzgeber den § 10 Abs 6 GmbHG geschaffen haben könnte.

1101 Übrigens würde mE aus einer angenommenen Verschuldensunabhängigkeit auch nicht folgen, dass der Gesetzgeber *jedenfalls* die Dispositionsbeschränkung gem § 10 Abs 6 GmbHG geschaffen hätte. Denn auch eine solche Besonderheit (Verschuldensunabhängigkeit) der gründungsrechtlichen Haftung stünde einer subsidiären Anwend-

Deshalb kann hier auch dahinstehen, dass sich zwischenzeitlich in der Rsp¹¹⁰² und Lehre¹¹⁰³ das Verständnis als Verschuldenshaftung durchgesetzt hat.¹¹⁰⁴ Davon

barkeit der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG nach allg Grundsätzen nicht entgegen, sodass § 10 Abs 6 GmbHG auch bei angenommener Verschuldensunabhängigkeit wohl bloß deklarativ wäre. Zur Widerlegung der *reductio ad absurdum* von Kornfeld/Scheu muss aber auch kein (konstitutiver) Grund für die Existenz des § 10 Abs 6 GmbHG nachgewiesen werden. Dafür genügt es vielmehr, die Prämisse zu entkräften, dass der *einzig*e Grund für § 10 Abs 6 GmbHG der eingeschränkte Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG sein könne. Das habe ich oben schon dargetan. Wenn § 10 Abs 4 GmbHG (*arguendo*) tatsächlich verschuldensunabhängig wäre, würde das die obigen Überlegungen aber immerhin noch verstärken, weil eine gesetzliche Klarstellung wohl *umso eher* angezeigt ist, je mehr Besonderheiten eine *lex specialis* aufweist (zB verschuldensunabhängige Haftung). S weiter im Fließtext.

1102 RIS-Justiz RS0059376; RS0059448; OGH 08.03.1977, 5 Ob 510/77 SZ 50/38, 14.11.1984, 1 Ob 676/84 SZ 57/174; 22.10.1991, 4 Ob 546/91 SZ 64/143.

1103 Vgl Wünsch, GmbHG (2. Lfg, 1988) § 10 Rz 52; Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriß⁵ 361 f; J. Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I² Rz 1/750 mwN; Kastner, JBl 1978, 404 (410); U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 10 Rz 37; dens in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Organhaftung 35 (44 Fn 60); Gellis/Feil, GmbHG⁷ § 10 Rz 10; vgl schon Kornfeld/Scheu, GmbHG (1906) § 10 Anm II. a) (S 19 f), wonach das österreichische bürgerliche Recht eine Schadenersatzpflicht ohne Verschulden nicht kennt. Wenn die EBRV anderes andeuten, widerspreche das der Ausdrucksweise des Gesetzes. AA Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 10 Rz 28, die neben den Mat das entscheidende Argument darin sehen, dass die Haftung der Bank eine verschuldensunabhängige Garantiehaf tung sei und kein sachlicher Grund für eine Verschiedenbehandlung der Geschäftsführer ersichtlich sei; zust und ausf van Husen in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 10 Rz 454 ff mwN (Stand 01.09.2021).

1104 Hier genügen daher ein paar Hinweise. Tatsächlich hat die Ansicht der Verschuldensunabhängigkeit die klare Aussage der EBRV auf ihrer Seite: „So wenig es am Platze wäre, für die Richtigkeit der Angaben auch den an der Geschäftsführung und an deren Überwachung nicht beteiligten Gesellschaftern eine Verantwortung aufzubürden, ebenso sehr ist die größte Strenge gegenüber den Geschäftsführern geboten. Die Geschäftsführer haften daher nach dem Entwurfe für die Richtigkeit ihrer Angaben persönlich und solidarisch, ohne sich von ihrer Haftpflicht durch den Einwand befreien zu können, daß sie die Unrichtigkeit ihrer Angaben weder kannten noch kennen mußten. [...] denn von den Geschäftsführern muß vorausgesetzt werden, daß bei Anwendung der nötigen Sorgfalt unrichtige Angaben über die auf die Stammeinlagen vollzogenen Leistungen unbedingt vermieden werden können. Müssen doch diese Einlagen nach der Vorschrift des ersten Absatzes jedenfalls durch die Hand der geschäftsführenden Organe geben.“ Zum Vergleich: Nach damaligem (deutschen) Aktienrecht (§ 202 Abs 1 dHGB 1897 [vgl § 39 Abs 1 AktG idgF]) hafteten die Gründer für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben bei der Gründung. Ihr Verschulden wurde vermutet, weil der Gesetzgeber davon ausging, dass jeder Gründer den wahren Sachverhalt zu allen Vorgängen bei der Gründung gekannt hat oder kennen musste (AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 449). Allerdings konnten sich die Gründer durch den Nachweis exkulpierten, dass sie die haftungsbegründenden Tatsachen weder kannten noch bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes (konkreter: der sich an Gründungen zu beteiligen pflegt) kennen mussten (§ 202 Abs 2

abgesehen, dass die praktischen Unterschiede als gering erachtet werden,¹¹⁰⁵ hat der Streit für unsere Frage nämlich keine Bedeutung.¹¹⁰⁶

Insgesamt lassen sich aus § 10 Abs 6 GmbHG keine zwingenden Schlüsse für die Frage des Anwendungsbereichs der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG ziehen.

2) Verhältnis von § 25 Abs 5 GmbHG zu § 41 Abs 3 GmbHG

Dem eingangs referierten Einwand, die Geschäftsführerhaftung sei bei extensiver Anwendung der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG zu hart,¹¹⁰⁷ halten einige Vertreter¹¹⁰⁸ der hM wie erwähnt entgegen, dass jeder einzelne Geschäfts-

dHGB 1897 [§ 39 Abs 3 AktG idgF]). Denn eine *unwiderlegbare* Vermutung wäre angesichts der „*Mannichfaltigkeit der bei einer Gründung vorkommenden Akte*“ zu hart (AmtlBegr dAktRNov 1884 aaO 449). Die demgegenüber verschärfte Haftung der Geschäftsführer (unwiderlegbare Verschuldensvermutung: „*ohne sich von ihrer Haftpflicht durch den Einwand befreien zu können, daß sie die Unrichtigkeit ihrer Angaben weder kannten noch kennen mußten. [...]*“) war nach den EBRV offenbar dadurch bedingt, dass *nur* die Geschäftsführer hafteten (und nicht auch die Gesellschafter). Deshalb ist mE auch der Schluss nicht zwingend, dass die Verschuldensunabhängigkeit durch § 41 AktG überholt sei (vgl *U. Torggler in U. Torggler, GmbHG* § 10 Rz 32), denn im Aktienrecht haften neben den Organmitgliedern (ua) auch die Gründer (§ 39 Abs 1 AktG). Wenig überzeugend ist mE das Argument, dass das österreichische Schadenersatzrecht von einer Verschuldenshaftung ausgehe. Das schließt nämlich nicht aus, dass der Gesetzgeber von diesem Grundsatz punktuell abweicht (was er gelegentlich auch tut). Allerdings könnte mE die Begründung für die Verschuldensunabhängigkeit (s EBRV oben) vielleicht dadurch relativiert worden sein, dass seit dem IRAG 1993 (BGBl I 1994/153) neben dem Geschäftsführer auch die Bank und seit dem Deregulierungsgesetz 2017 (BGBl I 2017/40) auch der Notar gegenüber der Gesellschaft haften. Weitere Überlegungen können wie gesagt unterbleiben.

1105 *Koppensteiner/Rüffler, GmbHG*³ § 25 Rz 28; zust *van Husen in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG* § 10 Rz 464 (Stand 01.09.2021); *Zollner in Gruber/Harrer, GmbHG*² § 10 Rz 53.

1106 Im Übrigen scheinen sich auch Befürworter einer Verschuldenshaftung darin einig zu sein, dass die Gesetzesverfasser noch eine verschuldensunabhängige Haftung im Sinn hatten (wofür auch die insoweit eindeutigen EBRV sprechen) und diese ursprüngliche Auffassung (nur) später überholt wurde (so etwa *U. Torggler in U. Torggler, GmbHG* § 10 Rz 37; *Zollner in Gruber/Harrer, GmbHG*² § 10 Rz 53). Wenn man aber Überlegungen zu den Beweggründen des Gesetzgebers für eine bestimmte Regelung (hier § 10 Abs 6 GmbHG) anstellt, dann kann es wohl nur auf die (beabsichtigte) Rechtslage im Zeitpunkt der Schaffung jener Regelung ankommen. Einen späteren Paradigmenwechsel (der hier wie gesagt ohnehin irrelevant ist) konnte der Gesetzgeber nicht vorhersehen und deshalb auch bei der Normsetzung nicht berücksichtigen.

1107 Vgl bereits *Kornfeld/Scheu, GmbHG* (1906) § 25 Anm III (S 42). S oben bei Fn 1015.

1108 Vgl *Kutschera, GesRZ* 1982, 243 (247 f); *Koppensteiner, wbl* 1988, 1 (6); *J. Reich-Rohrwig, GmbH-Recht* I² Rz 2/409; tendenziell auch *W.-D. Arnold, JBl* 2001, 265 (265); vgl bereits *Skerlj, GmbHG*² (1909) § 25 Anm 11 (S 35); vgl auch die Übersicht bei *Koppensteiner/Rüffler, GmbHG*³ § 25 Rz 19; zur AG *Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriß*³ 396 Fn 203; vgl auch bereits *Pisko, Lehrbuch* (1923) 432.

fürer gem § 41 Abs 3 GmbHG¹¹⁰⁹ Gesellschafterbeschlüsse anfechten kann, „wenn der Beschluß eine Maßregel zum Gegenstande hat, durch deren Ausführung die Geschäftsführer [...] ersatzpflichtig oder strafbar würden“. Mit dem Anfechtungsrecht habe der Geschäftsführer die Möglichkeit, sich von der Haftung zu befreien, sodass die strenge Regelung vertretbar werde.¹¹¹⁰

Wie gleich zu begründen sein wird, ist die Annahme der Anfechtbarkeit von Gesellschafterbeschlüssen im Anwendungsbereich des § 25 Abs 5 GmbHG jedoch unrichtig. Vorauszuschicken ist auch, dass mit dem Anfechtungsrecht einzelner Geschäftsführer (bei angenommener Anfechtbarkeit) der Einwand einer überstrengen Haftung gar nicht (vollständig) entkräftet werden kann. Denn die Anfechtbarkeit gem § 41 Abs 3 GmbHG könnte allenfalls die durch § 25 Abs 5 GmbHG eingeschränkte Haftungsfreistellungswirkung der Befolgung von Weisungsbeschlüssen abfedern, aber nicht die Beschränkung von Verzichten und Vergleichen gem § 25 Abs 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG.¹¹¹¹ Für die Härte der Organhaftung kommt es aber gerade auf die (Außen-)Wirksamkeit von Verzichten und Vergleichen (vor allem der jährlichen Entlastung) an. Deshalb hat etwa der Aktiengesetzgeber das Verfolgungsrecht mitsamt der korrespondierenden Dispositionsbeschränkungen (§ 84 Abs 5 Satz 3 AktG), insgesamt also die im Gläubigerinteresse indisponible Vorstandshaftung, außerhalb des § 84 Abs 3 AktG auf grobe Fahrlässigkeit beschränkt.¹¹¹² Darauf werde ich an anderer Stelle¹¹¹³ noch zurückkommen.

a. Gläubigerschutzimplikation der Dispositionsbeschränkungen

Der rechtliche Status von Gesellschafterbeschlüssen hängt ganz allgemein davon ab, ob der Beschlussgegenstand (hier: Geschäftsführerpflichten) für die Gesellschaft disponibel ist. Maßgeblich für die Disponibilität ist der Schutzzweck der betroffenen Verhaltenspflicht. Bei der (oft nicht einfachen) Grenzziehung zwischen dispositivem und zwingendem Recht liefern die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG als Korrektive für die Haftungskonzentration eine (formale) Orientierungshilfe. Die richtige Beurteilung des rechtlichen Beschlussstatus erfordert daher ein Grundverständnis der gesetzlichen Dispositionsbeschränkungen und ihrer Implikationen: Durch die Haftungskonzentration werden der Gesellschaft auch solche (kongruenten) Ersatzansprüche materiell-rechtlich zugewiesen, die aus der Verletzung von Gläubigerschutzvorschriften resultieren und wer-

1109 Das dGmbHG enthält keine Parallelbestimmung.

1110 Vgl *Koppensteiner*, wbl 1988, 1 (5); *Kutschera*, GesRZ 1982, 243 (247).

1111 Auch *Kornfeld/Scheu* (GmbHG [1906] Anm III 42), die den Einwand der überstrengen Haftung erhoben, bezogen sich damit auf die „§ 25, Abs. 5–7“.

1112 Der Gesetzgeber hat also nicht etwa die angedachte Ausdehnung der (kraft Dispositionsbeschränkung) indisponiblen Haftung auf *sämtliche* Ersatzansprüche damit gerechtfertigt, dass ohnehin jedes Vorstandsmitglied zur Anfechtung von HV-Beschlüssen berechtigt ist (vgl § 196 Abs 1 Z 5 AktG).

1113 S unten S 285 ff.

tungsmäßig eigentlich den Gläubigern „zustehen“ (weil die Gläubiger ohne Haftungskonzentration allenfalls unmittelbar ersatzberechtigt wären).¹¹¹⁴ Wären die Gesellschaftsgläubiger unmittelbar ersatzberechtigt, könnte die Gesellschaft über diese Ansprüche naturgemäß nicht wirksam verfügen, weil Verfügungen über fremde Rechte im Allgemeinen unzulässig sind. Deshalb werden Ersatzansprüche der Gesellschaft im System der Haftungskonzentration *insoweit* behandelt wie fremde Ersatzansprüche (der Gesellschaftsgläubiger). Hierzu wird die (grundsätzliche) Verfügungsbefugnis der Gesellschaft über ihr Vermögen (darunter auch Ersatzansprüche gegen Geschäftsführer) gesetzlich eingeschränkt (Dispositionsbeschränkungen). Dadurch werden die betroffenen Ersatzansprüche zwingend im Gesellschaftsvermögen erhalten, um den Gläubigern den Zugriff darauf zu sichern. Die Dispositionsbeschränkungen substituieren somit gleichsam (allenfalls in Kombination mit einem Verfolgungsrecht) eine (verhinderte) Außenhaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern.

Aus dieser Funktion der Dispositionsbeschränkungen folgt weiter, dass alle Geschäftsführerplichten im Anwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen ihrem Wesen nach Schutzgesetze zugunsten der Gesellschaftsgläubiger sein müssen¹¹¹⁵ (wenngleich sie wegen der Haftungskonzentration nicht so behandelt werden, dh insb keine Außenhaftung begründen)¹¹¹⁶. Andernfalls wären die Gesellschaftsgläubiger nämlich ohne Haftungskonzentration nicht unmittelbar ersatzberechtigt (wenigstens aber nach der gesetzlichen Wertung nicht schutzwürdig). Und nur *insoweit* muss das Gesetz als Korrektiv für die Haftungskonzentration die Verfügungsbefugnis der Gesellschaft ausschließen. So machen die Dispositionsbeschränkungen die durch die Haftungskonzentration (für die allein Schadenskongruenz maßgeblich ist) verwischte Zäsur zwischen gläubigerschützenden und nicht-gläubigerschützenden Geschäftsführerplichten formal (wieder) sichtbar. Der Gläubigerschutzcharakter einer Geschäftsführerpflicht ergibt sich im System der Haftungskonzentration also nicht nur aus dem durch (insb teleologische) Auslegung zu ermittelnden Schutzzweck der Pflicht selbst, sondern manifestiert sich auch formal im Anwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen. Mit anderen Worten impliziert die Anwendbarkeit der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG, dass die davon erfassten Geschäftsführerplichten notwendigerweise dem Gläubigerschutz dienen.

1114 S schon oben insb S 82 ff.

1115 Vgl auch *Koppensteiner*, wbl 1988 1 (6). Vgl idZ bereits *Fischer in Ehrenberg*, Handbuch III (1916) 234: „Der § 241 enthält zwar in Abs. 4 eine Gläubigerschutzbestimmung, aber bloß in dem Sinne, daß dem Gläubiger der Zugriff in das Vermögen seiner Schuldnerin, soweit es in bestimmten Schadenersatzansprüchen gegen die Geschäftsführer besteht, sowohl erleichtert als auch gesichert wird. Keineswegs ist § 241 Abs. 4 als eine den Schutz eines anderen im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB. bezweckende Vorschrift anzusehen.“

1116 Zur dogmatischen Einordnung der Haftungskonzentration oben S 60 ff.

b. Absolute Beschlussnichtigkeit als Konsequenz

Da die § 25 Abs 5 und 7 GmbHG unterliegenden Pflichten dem Gläubigerschutz dienen, sind sie für die Gesellschaft zwingendes Recht.¹¹¹⁷ Gesellschaftsbeschlüsse, die gegen zwingendes Recht verstoßen, sind sowohl nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen¹¹¹⁸ als auch gem § 199 Abs 1 Z 3 AktG (analog)¹¹¹⁹ absolut nichtig. Diese Beschlussmängelkategorie ist heute (auch) im GmbH-Recht einhellig anerkannt.¹¹²⁰ Nichtige Beschlüsse zeichnen sich vor allem dadurch aus, dass sie *ipso iure* unwirksam sind und eine Anfechtung nicht erforderlich ist.¹¹²¹ Einen gläubigerschutzwidrigen (und damit absolut nichtigen) Beschluss muss (und darf) der Geschäftsführer nicht ausführen.¹¹²² Führt er ihn dennoch aus, ordnet § 25 Abs 5 GmbHG an, dass die Haftung

1117 Das folgt neben dem impliziten Schutzzweck auch gerade aus der Anordnung der Dispositionsbeschränkungen selbst. Umgekehrt bedeutet die Nichtanwendbarkeit der Dispositionsbeschränkung *ceteris paribus* (vorbehaltlich weiterer Schranken), dass die Gesellschaft wirksam über die betreffenden Organpflichten und Ersatzansprüche verfügen kann (dh auch dann, wenn der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist).

1118 Vgl dazu und zum Verhältnis zu § 199 Abs 1 Z 1 bis 4 AktG etwa Thöni, Rechtsfolgen 62 ff.

1119 Nach hA sind die aktienrechtlichen Bestimmungen (insb die Abgrenzung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit) analog auf die GmbH anwendbar. Vgl nur Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 41 Rz 9 mwN; Enzinger in Straube, WK GmbHG § 41 Rz 12 ff (Stand 01.08.2013); Baumgartner/Mollhuber/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 41 Rz 5 mwN; Harrer, Haftungsprobleme 85; Plöchl, JBl 1957, 305 (309 f); Thöni, ecolex 1993, 747 (749); Eckert, GES 2004, 228 ff; U. Torggler, JBl 2006, 85 (93); jüngst ausf Baumgartner, JBl 2022, 156 ff, 226 ff. S auch die folgenden Nw.

1120 Vgl bereits Kornfeld/Scheu, GmbHG (1906) § 41 Anm I (S 63 f); Pisko, Lehrbuch (1923) 429; offenlassend noch Kastner, JBl 1953, 313; bejahend aber Plöchl, JBl 1957, 305 ff; Schönherr, JBl 1960, 1, 39 ff; Reischauer, JBl 1976, 7 ff; J. Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 392 f; so wohl auch Paschinger, GesRZ 1983, 182 ff mit Darstellung des Meinungsstands; Koppensteiner, wbl 1988, 1 (5); ders in FS Frotz 341 ff; Harrer, Haftungsprobleme 81 ff; Thöni, wbl 1993, 133 ff; ders, Rechtsfolgen 54 ff mit ausf Darstellung des Meinungsstands. Der OGH hat diese Frage im GmbH-Recht lange Zeit verneint und später offengelassen (vgl die Nw bei Deimbacher, GesRZ 1992, 176 [178]), wobei er gegen zwingendes Recht verstoßende Beschlüsse (anders als im Aktienrecht) als „Scheinbeschlüsse“ qualifizierte (abl etwa E. Artmann, GES 2007, 3 ff). Erst vor einiger Zeit hat der OGH (ohne Auseinandersetzung mit dem Meinungsstreit) die absolute Nichtigkeit im GmbH-Recht anerkannt. Entscheidungsgegenstand war ein Weisungsbeschluss, der auf den Abschluss eines gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr (§ 82 GmbHG) verstoßenden Rechtsgeschäfts gerichtet war (OGH 22.10.2003, 3 Ob 287/02f wbl 2004, 192). Vgl auch die Judikaturübersicht bei Eckert, GES 2004, 228 ff.

1121 Vgl hierzu nur Enzinger in Straube, WK GmbHG § 41 Rz 12 (Stand 01.08.2013).

1122 Vgl nur Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 20 Rz 9 und § 25 Rz 17 („nicht verbindlich“); U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 20 Rz 17.

gegenüber der Gesellschaft nicht aufgehoben ist, soweit der Ersatz zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist.¹¹²³

Es ist daher festzuhalten, dass Gesellschafterbeschlüsse, die von den Organpflichten im Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG dispensieren, für welche also § 25 Abs 5 GmbHG trotz Beschlussausführung eine Haftung anordnet, per Implikation absolut nichtig sind. In diesem Sinne schrieb bereits Hueck¹¹²⁴ im Jahr 1924 zum funktional identischen § 241 Abs 4 dHGB 1897: *„Beschlüsse, durch deren Ausführung die Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder strafbar oder den Gläubigern haftbar werden,“*¹¹²⁵ *sind übrigens nicht nur anfechtbar, sondern absolut nichtig,“*¹¹²⁶ *da sie durch ihren Inhalt zwingende Bestimmungen verletzen, auf deren Innehaltung die Aktionäre nicht wirksam verzichten können. Denn in der Regel wird es sich um die Verletzung einer Vorschrift handeln, die nicht ausschließlich im Interesse der Aktionäre besteht, so insbesondere in den Fällen, in denen die Gesetzesverletzung eine Haftpflicht gegenüber Dritten zur Folge hat“.*

c. Stellungnahme zur angenommenen „Anfechtbarkeit“

Demgegenüber gehen Vertreter der hM wie erwähnt von Anfechtbarkeit aus. Das soll aber offenbar nicht für Beschlüsse gelten, die gegen die mit § 25 Abs 3 GmbHG korrespondierenden Vorschriften verstoßen, denn solche Beschlüsse seien absolut nichtig. Dagegen seien sonstige Beschlüsse (also insb im Bereich sorgfaltswidriger Unternehmensleitung) bloß anfechtbar. Diese These verkennt den oben dargelegten implikatorischen Zusammenhang zwischen dem Anwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen einerseits und dem Gläubigerschutzcharakter erfasster Geschäftsführerpflichten andererseits. Das Schrifttum beurteilt die Variablen dieser Gleichung (Anwendung der Dispositionsbeschränkungen = Gläubigerschutzzweck = Beschlussnichtigkeit) offenbar unabhängig voneinander. Dabei wird der Anwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen anscheinend vorrangig aus dem Wortlaut und der Systematik gewonnen (was zu einer umfassenden Anwendung führt) oder es wird versucht, den Anwendungsbereich der Dispositionsbe-

1123 Zur str Haftungsfreistellungswirkung nichtiger Beschlüsse noch auf unten S 495 ff.

1124 Hueck, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit 158 ff. Vgl ähnlich auf S 187: *„In den Fällen, in denen die Ausführung des Beschlusses eine Haftpflicht den Gläubigern gegenüber zur Folge hat, ist aber der Beschluß auch nicht nur anfechtbar, sondern unheilbar nichtig.“* Referierend auch Harrer, Haftungsprobleme 92 Fn 377.

1125 Der (direkten) Haftung *„den Gläubigern gegenüber“* entspricht im System der Haftungskonzentration wie erwähnt die Indisponibilität der Innenhaftung kraft gesetzlicher Anordnung (Dispositionsbeschränkung).

1126 Vgl auch Koenige, HGB² (1929) § 271 Anm 6. d) (S 497) iZm dem Anfechtungsrecht einzelner Vorstandsmitglieder: *„Uebrigens wird es sich in der Regel in diesen Fällen um nichtige Beschlüsse handeln.“* Vgl heute nur Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG² § 41 Rz 99, wonach Weisungsbeschlüsse, die Verbotenes auftragen, im Allgemeinen nicht anfechtbar, sondern nichtig sind.

schränkungen aus dem rechtlichen Status der Gesellschafterbeschlüsse abzuleiten. Der Schutzzweck der einzelnen Verhaltenspflichten wird dann offenbar isoliert davon auf Grundlage eigenständiger teleologischer Überlegungen beurteilt. Davon ausgehend wird dann versucht, die (so abgeleiteten) Beschlusswirkungen mit § 25 Abs 5 GmbHG in Einklang zu bringen. Die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG werden somit (zu Unrecht) nicht als formale Markierung des (Gläubiger-)Schutzzwecks der jeweiligen Verhaltenspflichten verstanden, sondern als davon unabhängige, selbstständige Schranken für Gesellschaftsdispositionen.¹¹²⁷

1127 Vgl zB bereits Gellis, GmbHG (1960) § 25 Anm 7 (S 96): „*Den Abs 5 liest man somit: wenn kein zwingendes Gesetz verletzt wurde, wirkt ein Beschluß befreiend, es sei denn, daß der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger nötig ist.*“ Allerdings implizieren die Dispositionsbeschränkungen mE gerade, dass eine Gläubigerschutzvorschrift und damit ein „zwingendes Gesetz“ verletzt wurde. Vgl auch Gellis/Feil, GmbHG⁷ § 25 Rz 16, wonach Weisungen, die weder gegen die guten Sitten noch gegen zwingendes Recht oder gesellschaftsrechtliche Treuebindungen verstoßen, aber mit dem Sorgfaltsmaßstab des § 25 Abs 1 GmbHG nicht übereinstimmen (unzweckmäßige Weisungen) „verbindlich“ sind und der Geschäftsführer diese Beschlüsse gem § 25 Abs 5 iVm § 41 Abs 3 GmbHG anfechten müsse, um der Gefahr einer persönlichen Haftung zu entgehen. Ist ein Beschluss nicht absolut nichtig, wird keine Gläubigerschutzvorschrift verletzt und sind die Gläubiger nicht gefährdet, so treffe die Geschäftsführer aus der Befolgung eines gesetzmäßig zustande gekommenen Beschlusses keine Ersatzpflicht, außer der Ersatz sei zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich. Nach Haberer (Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 495, 497) handelt es sich um „eine generelle, eigenständige Voraussetzung (auch) der Wirksamkeit eines Haftungsausschlusses, dass der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist.“ Gelegentlich wird auch festgestellt, dass § 25 Abs 5 GmbHG auch dann anzuwenden sei, wenn kein nichtiger, sondern ein „grundsätzlich verbindlicher“ bzw. „wirksamer“ Beschluss vorliege. Vgl (jew referierend) Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 19; Feltl/Told in Gruber/Harrer, GmbHG² § 25 Rz 159 und ähnlich Rz 164; Told/Warto in Harrer/Neumayr/Told, Organhaftung 3 (116); ähnlich E. Artmann, DRdA 2002, 370 (371); vgl auch G. Schima/Liemberger/Toscani in SWK-Spezial Der GmbH-Geschäftsführer 21, 239; vgl auch G. Schima/Toscani, Handbuch GmbH-Geschäftsführer² 18, 327 f; vgl auch Harrer, Haftungsprobleme 90, wonach unzweckmäßige Weisungen zweifellos „verbindlich“ sind, weil kein Nichtigkeitsgrund bestehe. Fraglich sei aber, ob der Geschäftsführer die Weisung anfechten kann oder muss, um die Gefahr einer persönlichen Haftung abzuwenden. Nach dem oben Gesagten ist jedoch die Aussage, § 25 Abs 5 GmbHG beziehe sich (auch) auf verbindliche/wirksame (dh nicht nichtige Beschlüsse), widersprüchlich, weil sich (schon) aus dem Urteil über die Anwendung des § 25 Abs 5 GmbHG implizit die Indisponibilität der erfassten Organpflichten und damit die Nichtigkeit dispensierender Gesellschafterbeschlüsse ergibt. Vertreter der Gegenansicht fordern, die Dispositionsbeschränkungen auf die Verletzung nichtiger Beschlüsse gem § 25 Abs 3 GmbHG einzuschränken (vgl Feltl/Told in Gruber/Harrer, GmbHG² § 25 Rz 164; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 19; vgl G. Schima/Liemberger/Toscani in SWK-Spezial Der GmbH-Geschäftsführer 238). Diese Aussage ist mE zwar nicht falsch, aber genau genommen zirkulär, weil sich schon aus dem (Vor-)Urteil über die Abgrenzung des zwingenden Rechts (implizit)

Diese „getrennte“ Vorgehensweise ist im Bereich des § 25 Abs 3 GmbHG nicht weiter problematisch. Dass die Kapitalerhaltung und das Verbot von Zahlungen nach Insolvenzreife die Gesellschaftsgläubiger schützen sollen, ist nämlich geradezu mit freiem Auge erkennbar und wird im Schrifttum auch nicht in Abrede gestellt. Die separate Beurteilung der Anwendbarkeit der Dispositionsbeschränkungen einerseits und des Schutzzwecks der einzelnen Organpflichten andererseits führt hier zum richtigen Ergebnis. Anders verhält es sich aber bei der Sorgfaltspflicht gem § 25 Abs 1 GmbHG und der Haftungsgeneralklausel gem § 25 Abs 2 GmbHG. Ob auch *diese* Vorschriften dem Gläubigerschutz dienen, kann (ohne Rückgriff auf die Dispositionsbeschränkungen als formal-gesetzlichen Anhaltspunkt) trefflich diskutiert werden. Man müsste die Frage nach dem Gläubigerschutzzweck aber wie gesagt wegen der Gläubigerschutzimplikation der Dispositionsbeschränkungen konsequenterweise bejahen, wenn man § 25 Abs 5 GmbHG mit der hM auf alle Ersatzansprüche anwendet.¹¹²⁸ Dann müsste man folgerichtig auch Gesellschafterbeschlüsse, die vom gesetzlichen Sorgfaltsmaßstab (auch geringfügig) abweichen, dh (bloß) wirtschaftlich unzweckmäßige Weisungsbeschlüsse, für absolut nichtig halten.¹¹²⁹ Deshalb ist mE die Auffassung in sich widersprüchlich,

ergibt, dass § 25 Abs 5 GmbHG auf den restlichen Bereich ohnehin nicht anwendbar sein kann. Vgl idZ auch Warts, GES 2012, 280 (282): *„Nicht der Schutzzweck der jeweiligen Verhaltens- bzw Sorgfaltspflicht, sondern die Existenz von Gläubigern, deren Forderungen unbefriedigt bleiben würden, macht einen Verzicht auf den Ersatzanspruch unzulässig.“* Dabei handelt es sich aber wie gesagt um zwei Seiten derselben Medaille: In § 25 Abs 5 und 7 GmbHG kommt (formal) zum Ausdruck, inwieweit die jew erfassten Verhaltenspflichten (material) dem Gläubigerschutz dienen. Insg sind die (beispielhaft) referierten Aussagen in der Lit, die den implikatorischen Zusammenhang zwischen dem (formalen) Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG und dem Gläubigerschutzzweck erfasster Pflichten (inklusive beschlussmängelrechtlicher Nichtigkeitsfolge) nicht berücksichtigen, und daher beide Aspekte (zusammenhanglos) miteinander in Verbindung setzen, entweder widersprüchlich oder zirkulär.

1128 Denn andernfalls bestünde wie erwähnt kein Anlass, Ersatzansprüche für den Zugriff der Gesellschaftsgläubiger zwingend im Gesellschaftsvermögen zu erhalten. Insoweit folgerichtig offenbar Auer, Rechtsgrundlagen für GmbH-Geschäftsführer (1988) Rz 237: *„Aus diesem Abs. 5 ergibt sich auch, daß die Bestimmungen des § 25 Schutzgesetzes im Sinne des § 1311 ABGB sind.“* Ähnlich iE auch Kutschera, GesRZ 1982, 243 (248).

1129 So iE auch Kutschera, GesRZ 1982, 243 (248), jedoch mit mE unzutr Schlussfolgerung (dazu sogleich im Fließtext). Gegen das Verdikt absoluter Nichtigkeit spricht mE entgegen Dellinger (in FS Frotz 187 [207 Fn 72] unter Berufung auf Koppensteiner, wbl 1988, 1 [6 Fn 29]) auch nicht, dass die Nichtigkeit „sorgfaltswidriger“ Beschlüsse wegen der auf Rechtssicherheit bedachten Anfechtungs- und Nichtigkeitsbestimmungen des AktG ausgeschlossen sei. Richtig ist, dass dem Gesetzgeber daran gelegen war, die absolute Nichtigkeit so weit wie möglich einzuschränken. Eine natürliche Grenze muss dieses Ansinnen aber dort finden, wo Rechte Dritter berührt werden (was § 25 Abs 5 GmbHG wie gesagt impliziert). Das geht schon aus § 199 Abs 1 Z 3 AktG selbst hervor, wonach ein HV-Beschluss nichtig ist, wenn *„er mit dem*

wonach sich § 25 Abs 5 GmbHG auch auf § 25 Abs 1 und 2 GmbHG bezieht (wodurch deren Gläubigerschutzzweck implizit *bejaht* wird), dass davon dispensierende Gesellschafterbeschlüsse aber bloß anfechtbar sein sollen (wodurch der Gläubigerschutzzweck implizit *verneint* wird).

Dass beide Annahmen nicht miteinander vereinbar sind, offenbart sich eindringlich, wenn man den Faden weiterspinnt und mit der hM *arguendo* davon ausgeht, dass der Geschäftsführer sorgfaltswidrige Beschlüsse im Bereich des § 25 Abs 1 und 2 GmbHG gem § 41 Abs 3 GmbHG anfechten kann, um sich von der Haftung gem § 25 Abs 5 GmbHG zu befreien. Denn was gilt nun, wenn der Geschäftsführer die Anfechtungsfrist ungenutzt verstreichen lässt?¹¹³⁰ Da der Geschäftsführer unanfechtbar gewordene Weisungsbeschlüsse nach zutr hM¹¹³¹ ausführen *muss*,¹¹³² wäre er zugleich für die Nichtausführung (gem § 25 Abs 2¹¹³³ iVm § 20 GmbHG) und für die Ausführung (gem § 25 Abs 5 GmbHG) des Beschlusses haftbar (soweit der Ersatz zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist).¹¹³⁴ Mit Recht wird im Schrifttum betont, dass der Gesetzgeber ein solches „Haftungs dilemma“¹¹³⁵ nicht ge-

Wesen der Aktiengesellschaft unvereinbar ist oder durch seinen Inhalt Vorschriften verletzt, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutz der Gläubiger der Gesellschaft oder sonst im öffentlichen Interesse gegeben sind.“

1130 So auch die Fragestellung bei *Kutschera*, GesRZ 1982 243 (248).

1131 Dass neben anfänglich wirksamen auch unanfechtbar gewordene Weisungsbeschlüsse zur Ausführung verpflichten, wurde im Schrifttum vereinzelt bestritten (vgl zB *J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 126; *Kutschera*, GesRZ 1982, 243 [248]; *Gellis/Feil*, GmbHG² § 20 Anm 1), ist heute aber wohl überwiegend anerkannt: zB *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 20 Rz 9; *J. Reich-Rohrwig*, GmbH I² Rz 2/259; *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 20 Rz 34 (Stand 01.11.2018); *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (92 Fn 91); *ders* in *U. Torggler*, GmbHG § 20 Rz 17; so wohl auch *Gellis/Feil*, GmbHG⁷ § 20 Rz 5.

1132 In der Ausführungspflicht kommt zum Ausdruck, dass die Gesellschafter über den Beschlussgegenstand – auch durch Unterlassung der Anfechtung – wirksam disponieren können. Anders liegt die Frage, ob der Geschäftsführer ausführungspflichtig ist, wenn die Anfechtungsfrist *noch nicht* abgelaufen ist (und der Beschluss schon angefochten wurde oder eine Anfechtung zu erwarten ist). Nach hM müssen Geschäftsführer in diesem Fall nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden, ob sie den Beschluss ausführen (vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 17; *U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 20 Rz 17; vgl schon *Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit 188). S dazu noch aus unten S 488 ff.

1133 Unter „Obliegenheiten“ iSd § 25 Abs 2 GmbHG sind nämlich alle Pflichten zu verstehen, die sich aus Gesetz, Satzung oder Generalversammlungsbeschluss (vgl § 20 GmbHG) ergeben (s Fn 596).

1134 Vgl idZ *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 20 Rz 37 (Stand 01.11.2018).

1135 Tatsächlich war ein solches „Haftungs dilemma“ der historische Ursprung des Anfechtungsrechts einzelner Organmitglieder, die sich mittels Anfechtung von der Haftung befreien können sollten. Dass überhaupt ein „Haftungs dilemma“ möglich war, war aber der älteren Auffassung geschuldet, dass gesetz- und statutenwidrige Beschlüsse ausschließlich mittels (damals schon anerkannter) „Anfechtungsklage“

wollt haben kann.¹¹³⁶ Dass der Geschäftsführer auch nach Verstreichen der Anfechtungsfrist *nicht* zur Beschlussausführung verpflichtet ist, ergibt sich aber richtig betrachtet nicht (erst) aus dem drohenden „Haftungs dilemma“ für den Geschäftsführer (aufgrund der zwingenden Erhaltung von Ersatzansprüchen gem § 25 Abs 5 GmbHG). Denn dem Geschäftsführer könnte man entgegenhalten, er hätte die Möglichkeit gehabt, den Beschluss anzufechten und sich so aus dem Dilemma zu befreien.¹¹³⁷ Vielmehr ergibt sich die gebotene Unverbindlichkeit des Beschlusses mE schon aus dem (impli-

beseitigt werden konnten und bis zur erfolgreichen Anfechtung wirksam und verbindlich waren. Das galt auch für gläubigerschutzwidrige Beschlüsse. Um zu verhindern, dass die Geschäftsführer haftungsfrei gehen, ordnete der Gesetzgeber ihre Haftung explizit an. Sowohl diese Haftungsanordnung (entspricht heute § 25 Abs 5 GmbHG) als auch das korrespondierende Anfechtungsrecht (entspricht heute § 41 Abs 3 GmbHG) ist seit der Anerkennung absolut nichtiger Beschlüsse obsolet. Dazu noch sogleich auf unten S 266 ff.

- 1136 IdS konstatiert *Kutschera* (GesRZ 1982 243 [248]), dass „*ein größerer Wertungswiderspruch als jener, eine Person für die Nichtbefolgung eines Beschlusses, durch dessen Befolgung sie sich schadenersatzpflichtig macht, zur Verantwortung ziehen zu können, kaum denkbar [ist].*“ Es sei vielmehr sinnvoll, „*dem Geschäftsführer dadurch den Rücken zu stärken*“, dass ihm die Nichtbefolgung von Weisungen zu sorgfaltswidrigem Verhalten auch nach Ablauf des Anfechtungsrechts geradezu zur Pflicht gemacht wird (*Kutschera* aaO 248; abl *Thöni*, GesRZ 1987, 82 [91]).

Diese von *Kutschera* vorgeschlagene Handhabe, nämlich die Unwirksamkeit eines Beschlusses trotz ungenutzten Verstreichens der Anfechtungsfrist, entspricht aber in der Sache der absoluten Nichtigkeit. Das Wesen der Nichtigkeit besteht gerade darin, dass Beschlüsse ohne Zutun (*ipso iure*) und trotz Verstreichens der Anfechtungsfrist unwirksam sind, weil die Gesellschafter über den Beschlussgegenstand nicht (insb durch Unterlassen der Anfechtung) disponieren können. Konsequenterweise konzidiert *Kutschera*, dass es triftige Gründe für die Qualifikation derartiger Weisungsbeschlüsse als absolut nichtig gibt, wenigstens soweit der Gesellschaft dadurch ein Schaden entstehen kann (*Kutschera* aaO 248). Auf § 41 Abs 3 GmbHG müsste sich *Kutschera* dann gar nicht mehr berufen, denn die Nichtigkeit kann von jedermann auf jede Weise geltend gemacht werden (auch einredeweise; vgl § 201 Abs 1 Satz 2 AktG; RIS-Justiz RS0114611; *Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit 234; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 41 Rz 18; zur AG nur *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 201 Rz 25 mwN). Im Übrigen ist ein Schaden der Gesellschaft mE kein taugliches Abgrenzungskriterium, weil die Gesellschafter ihre Gesellschaft (und damit mittelbar sich selbst) in gewissen Grenzen (Sittenwidrigkeit, Treuwidrigkeit) schädigen dürfen. Soweit nur der Gesellschaft ein Schaden entsteht, gibt es keinen Anlass zur Beschlussnichtigkeit, weil es insoweit nur um den (disponiblen) Selbstschutz der Gesellschaft geht. Die Zäsur für die Nichtigkeitsanktion verläuft vielmehr dort, wo den Gläubigern ein (gesetzlich anerkannter) Schaden entsteht (der freilich über die indisponible Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft liquidiert wird), dh soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist.

- 1137 So iSd die Nw in Fn 1033. Vgl etwa auch *Koppensteiner*, wbl 1988, 1 (5), wonach die Geschäftsführer zu Recht haften, wenn sie die Möglichkeit der Anfechtung nicht wahrnehmen.

zierten) Gläubigerschutzzweck der verletzten Geschäftsführerpflicht. Es stellt sich nämlich die Frage, weshalb ein Beschluss, der dem Geschäftsführer ein gläubigerschädigendes Verhalten aufträgt, für das er im Insolvenzfall den Gläubigern indisponibel haften soll, von vornherein verbindlich sein (oder werden) soll. Der Gläubigerschutz verlangt nicht nur die Erhaltung von Ersatzansprüchen, sondern (präventiv) auch, dass der Geschäftsführer gar nicht erst zur Ausführung eines gläubigergefährdenden Beschlusses verpflichtet wird.¹¹³⁸ In der Aufrechterhaltung der Haftung trotz gegenteiliger (beabsichtigter) Beschlusswirkung kommt doch gerade zum Ausdruck, dass der Beschlussgegenstand für die Gesellschafter offenbar nicht (zur Gänze) disponibel ist, sondern Gläubigerinteressen berührt, weshalb der Beschluss eben nicht anfechtbar, sondern nichtig sein muss.¹¹³⁹ Berücksichtigt man die Gläubigerschutzimplikation der Dispositionsbeschränkungen und qualifiziert Gesellschafterbeschlüsse in deren Anwendungsbereich folgerichtig als absolut nichtig, kann ein „Haftungsdilemma“ von vornherein nicht entstehen.¹¹⁴⁰

Der demgegenüber in der Lit gezogene Schluss von der angenommenen Anwendbarkeit des § 25 Abs 5 GmbHG auf die Verneinung einer Ausführungspflicht (wegen des sonst drohenden „Haftungsdilemmas“) ist angesichts der Gläubigerschutzimplikation des § 25 Abs 5 GmbHG genau besehen zirkulär.¹¹⁴¹ Denn die Annahme der Anwendbarkeit der Dispositionsbeschränkung auf eine Organpflicht (etwa aus Wortlautüberlegungen) impliziert wie erwähnt den Gläubigerschutzzweck dieser Organpflicht und schließt damit die Folgepflicht eines entgegenstehenden Beschlusses aus.¹¹⁴² Umgekehrt bedeutet die Bejahung einer Folgepflicht implizit, den Gläubigerschutzzweck der betroffenen Verhaltenspflicht und damit auch die Anwendbarkeit des § 25 Abs 5 GmbHG zu verneinen. Das eine schließt das jeweils andere aus: Folgepflicht und Anwendbarkeit des § 25 Abs 5 GmbHG ergeben sich maW gleichermaßen aus dem Schutzzweck der jeweiligen Organpflicht.¹¹⁴³ Nimmt man den Anwendungsbereich des § 25 Abs 5 GmbHG mit der hM *arguendo*

1138 Die Verneinung einer Folgepflicht ist mE also entgegen *Kutschera* (GesRZ 1982, 243 [248]) nicht dem Schutz des Geschäftsführers geschuldet, dem damit „*der Rücken gestärkt wird*“ (Fn 1136), sondern vielmehr dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger. Vgl idZ *Thöni*, GesRZ 1993, 747 (749), wonach eine wirkungsvolle Sicherung der nicht anfechtungsberechtigten Gläubiger nur durch Beschlussnichtigkeit gewährleistet ist.

1139 S auch Fn 1132.

1140 S Fn 1135. Zur Rolle des Anfechtungsrechts gem § 41 Abs 3 GmbHG in dieser Gemengelage sogleich auf unten S 266 ff.

1141 Vgl auch schon Fn 1127.

1142 Das Fehlen einer Folgepflicht bedeutet aber nicht, dass der Geschäftsführer auch haftet, soweit der Ersatz *nicht* zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist. Insoweit ist der Beschluss nach der hier vertretenen Ansicht genau genommen nicht zur Gänze absolut nichtig, sondern (nur) teilnichtig (dazu noch auf unten S 495 ff).

1143 Es handelt sich dabei maW um bloße „Symptome“ des Schutzzwecks. Nochmals anders gewendet stehen die Folgepflicht und die Nichtanwendbarkeit des § 25

(etwa auf Wortlaut und Systematik gestützt) als *gegeben* an, trifft man damit wie gesagt das implizite Verdikt des Gläubigerschutzcharakters der erfassten Organpflichten und muss konsequenterweise die absolute Nichtigkeit davon dispensierender Beschlüsse annehmen (dh insb keine Folgepflicht)¹¹⁴⁴. Nimmt man den Anwendungsbereich des § 25 Abs 5 GmbHG dagegen *nicht als gegeben* an, sondern versucht diese Frage gerade zu klären, so ist es zwar nicht falsch, aber zumindest zirkulär und redundant, wenn man den Anwendungsbereich aus dem Beschlussstatus ableiten will und dabei die Aussage zugrunde legt, dass der Geschäftsführer nicht zugleich ausführend- und ersatzpflichtig sein kann.¹¹⁴⁵ Damit wird nämlich nicht *mehr* gesagt, als dass gläubigerschutzwidrige Beschlüsse nicht zur Ausführung verpflichten. Aber *welche* Organpflichten dem Gläubigerschutz dienen, beantwortet diese Formel gerade nicht. Sie kann deshalb ein (Vor-)Urteil über den Schutzzweck der Organpflichten nicht ersetzen. Es genügt daher, den Schutzzweck der Geschäftsführerplichten zu untersuchen, weil sich daraus sowohl die Frage einer Folgepflicht als auch der Anwendbarkeit des § 25 Abs 5 GmbHG ableiten lässt. Dabei hat die Untersuchung des Anwendungsbereichs der Dispositionsbeschränkungen mE den Vorteil, dass eine teleologische Schutzzweckbestimmung wohl typischerweise einen größeren Interpretationsspielraum eröffnet. Dass gerade der Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG unklar ist, steht dem nur solange entgegen, bis man ihre Entstehungsgeschichte näher analysiert (dazu noch unten)¹¹⁴⁶.

d. Bedeutung des Anfechtungsrechts gem § 41 Abs 3 GmbHG

Soeben wurde dargelegt, dass Gesellschafterbeschlüsse, die von Organpflichten im Anwendungsbereich des § 25 Abs 5 GmbHG dispensieren, wegen der Gläubigerschutzimplikation dieser Dispositionsbeschränkung entgegen der hA nicht anfechtbar, sondern absolut nichtig sind. Diese beschlussmängelrechtliche Einordnung hat jedoch Konsequenzen, die sie auf den ersten Blick verfehlt erscheinen lassen. Zum einen wäre nämlich § 25 Abs 5 GmbHG, wonach Beschlüsse in der Gesellschaftsinsolvenz keine Haftungsfreistellungswirkung entfalten, weitgehend sinnentleert. Denn absolut nichtige Beschlüsse

Abs 5 GmbHG (und *vice versa*) zueinander nicht im Verhältnis der Kausalität, sondern der Korrelation (gemeinsame Determinante ist der Schutzzweck).

1144 S aber Fn 1142.

1145 Für diese Argumentation kann beispielhaft auf *Koppensteiner* (wbl 1988, 1 [5 ff]; anders aber *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 19, 24) verwiesen werden, der bei Klärung des Anwendungsbereichs des § 25 Abs 5 GmbHG von der Prämisse ausgeht, dass Weisungen, zu deren Befolgung der Geschäftsführer verpflichtet ist, nicht zugleich haftungsbegründend sein können und in weiterer Folge versucht, den Anwendungsbereich des § 25 Abs 5 GmbHG aus dem rechtlichen Status von Weisungsbeschlüssen abzuleiten (den er wiederum gem dem [teleologisch ermittelten] Schutzzweck der jew betroffenen Organpflicht beurteilt).

1146 S 323 ff.

schließen die Haftung nach hM von vornherein (auch außerhalb der Insolvenzen) nicht aus, sodass eine Einschränkung der Haftungsfreistellungswirkung zugunsten der Gesellschaftsgläubiger entbehrlich wirkt. Auf die Haftungsfreistellungswirkung gläubigerschutzwidriger Beschlüsse und die Bedeutung des § 25 Abs 5 GmbHG werde ich unten noch gesondert eingehen.¹¹⁴⁷ Hier interessiert zunächst vor allem ein zweiter Aspekt, der mit dem gerade erwähnten eng verbunden ist: Da absolut nichtige Beschlüsse nicht angefochten werden können (und müssen),¹¹⁴⁸ verlöre durch die hier angenommene absolute Beschlussnichtigkeit (auch) das Anfechtungsrecht gem § 41 Abs 3 GmbHG seinen Anwendungsbereich.¹¹⁴⁹ Denn dieses Recht impliziert offenbar die Anfechtbarkeit gläubigerschutzwidriger Beschlüsse und geht mithin davon aus, dass solche Beschlüsse bei unterlassener Anfechtung zur Ausführung verpflichtet.¹¹⁵⁰ Diese eigentümliche Prämisse lässt sich indes nicht mit den Grundsätzen des (modernen) Beschlussmängelrechts vereinbaren. Da § 41 Abs 3 GmbHG aber auf vergleichsweise alte (aktienrechtliche) Normen zurückgeht, erschließt sich seine (ursprüngliche) Bedeutung nur im historischen Kontext:

1147 S unten S 464 ff.

1148 S die Nw in Fn 1136.

1149 Vielleicht hält auch dieser Umstand davon ab, absolute Nichtigkeit anzunehmen. Schließlich darf eine Norm grundsätzlich nicht so ausgelegt werden, dass ihr kein Anwendungsbereich mehr verbleibt (allg zB *F. Bydliński*, Methodenlehre² 444, 457 ff; *P. Bydliński*, Grundzüge⁴ 34; *Kramer*, Methodenlehre⁶ 123 ff; *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 6 ABGB Rz 85 ff; *Kerschner/Kehrer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ §§ 6, 7 Rz 26; vgl auch *Potacs*, Rechtslehre² 167, 189 ff, 193 ff; vgl im gegebenen Zusammenhang *Harrer*, Haftungsprobleme 91, der aber zum zutr Ergebnis kommt, dass § 41 Abs 3 GmbHG keinen Anwendungsbereich mehr hat; dazu sogleich im Fließtext).

1150 Vgl *Harrer*, Haftungsprobleme 91, wonach der Gesetzgeber den Geschäftsführern das Anfechtungsrecht des § 41 Abs 3 GmbHG nicht eingeräumt hat, um unzumutbare Weisungen anzufechten, sondern weil man die unzut oder jedenfalls heute überholte Auffassung vertreten habe, dass die Geschäftsführer an Weisungen, die inhaltlich gegen zwingendes Recht verstoßen, gebunden sind. Vgl auch *Thöni*, *ecol* 1993, 747 (749), wonach dem § 41 Abs 3 GmbHG die heute überholte Auffassung zugrunde liege, dass der Geschäftsführer auch an Weisungsbeschlüsse, die gegen zwingendes Recht verstoßen, generell gebunden ist. Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 19 (so auch die Vorauf), denen zufolge § 25 Abs 5 GmbHG und auch § 41 Abs 3 GmbHG auf der Prämisse beruhen, es gäbe wirksame Weisungsbeschlüsse, deren Ausführung gleichwohl mit Schadenersatz bedroht ist. Die Verfasser des § 41 GmbHG hätten die Kategorie nichtiger Beschlüsse noch nicht im Auge gehabt. Zust *E. Artmann*, DRdA 2002, 370 (371 bei Fn 15); vgl auch *Kutschera*, GesRZ 1982, 243 (247), wonach Geschäftsführer gem § 41 Abs 3 GmbHG zur Anfechtung von Weisungsbeschlüssen, die gegen zwingendes Recht verstoßen, berechtigt sind. Für Deutschland zB *Ziemons* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 513.

a. Historische Analyse

Ausgangspunkt ist die Erkenntnis, dass auf Grundlage des ADHGB 1861 noch nicht zwischen bloßer Anfechtbarkeit und absoluter Nichtigkeit differenziert wurde. Nach damaliger Überzeugung konnte die Gesetz- oder Statutenwidrigkeit von Gesellschafterbeschlüssen (auch Verstöße gegen zwingendes Recht), ausschließlich mittels „Anfechtungsklage“¹¹⁵¹ geltend gemacht werden.¹¹⁵² Sofern und solange ein Beschluss nicht angefochten wurde, war er für den Vorstand verbindlich und schloss eine Haftung aus.¹¹⁵³ Problematisch war daran, dass das Anfechtungsrecht nicht befristet war (die Praxis ließ eine Anfechtung aber nicht mehr zu, wenn der anfechtungswillige Aktionär „protestiert“ hatte).¹¹⁵⁴ Allerdings hatte sich im Schrifttum be-

1151 Die Klage war zwar noch nicht gesetzlich geregelt, aber im Grundsatz schon anerkannt. Vgl Gutachten ROHG, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 255: „kann [...] schon nach heutigem Recht nicht bestritten werden“; vgl auch Verhandlungen der Aktienrechtskommission, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 347; AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 467 mwN: „muß schon jetzt als bestehendes Recht angesehen werden“; Kommissionsbericht ADHGB 1884, in Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 5. Legislaturperiode, IV. Session 1884, 4. Band, Anlage 128 S 1009 (1017); *Fischer in Ebrenberg*, Handbuch III (1916) 196; *Wiener*, Entwurf 110; *Behrend*, Lehrbuch I (1886) 831; für Österreich *Randa*, Handelsrecht I (1905) 155; referierend *Staub/Pisko*, ADHGB I² (1908) Art 224 Anm § 20 (S 739) mwN; *Hommelhoff in Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 53 (97); *Schäfer in MüKo AktG*⁵ § 241 Rz 3 mwN.

1152 Vgl *Ziemons in Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 513; *Schäfer in MüKo AktG*⁵ § 241 Rz 3; anders offenbar *Feltl*, Beschlussmängel 193 f, wonach die Beschlussnichtigkeit auch einredeweise geltend gemacht werden konnte.

1153 S die Nw in Fn 1150; vgl *Ziemons in Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 513. Das ROHG (abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 257) lehnte aus diesem Grund eine Befristung des Anfechtungsrechts ab: „Es würde sonst immer eine Anfechtung auch ganz offenbar ungültiger oder verbotswidriger Beschlüsse erforderlich sein, wenn diese nicht in Rechtskraft übergehen sollten.“

1154 Vgl AmtlBegr dAktRNov 1884 (abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 467) zur Rechtslage vor der Reform: „Das bestehende Recht hat indes die Anfechtungsbefugniß der einzelnen Aktionäre nicht ausdrücklich geregelt. [...] Eine Zeitgrenze für die Anfechtung oder sonstige Schranken für dieselbe sind nicht gesetzt. In solcher Unbeschränktheit erscheint das Anfechtungsrecht höchst bedenklich. Die fortdauernde Ungewißheit über die Gültigkeit eines Beschlusses der Generalversammlung muß nothwendig zu einer Abschwächung der Verwaltung, kann sogar zu einem Stillstande derselben und einer völligen Zersetzung der Organisation führen. [...] Die Praxis sucht sich zu helfen; sie versagt die Anfechtung wenigstens einem erschienenen Aktionär, welcher nicht sofort protestiert hatte, da es ihm nicht gestattet sein könne, die Verstöße ungerügt hingehen zu lassen, um gelegentlich in späterer Zeit alle damit im Zusammenhang stehenden, ihm mißliebigen Akte der Gesellschaftsbehörden als ungültig anzufechten“. Allein es ist oft und noch in neuester Zeit hervorgetreten, wie unzureichend und schwankend solche Aushilfe ist und zu welchem Wirrwarr ein in die Willkür des Einzelnen gestelltes Anfechtungsrecht führt.“ Vgl auch *Schäfer in MüKo AktG*⁵ § 241 Rz 3 mwN; *Ziemons in Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 513; referierend AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/*

reits die Einsicht durchgesetzt, dass sich die Aktionäre nicht durch Nichtanfechtung über zwingende Vorschriften hinwegsetzen können.¹¹⁵⁵ Diese Einsicht fand zwar (noch) keinen beschlussmängelrechtlichen Niederschlag (in Form absoluter Nichtigkeit), es war aber schon anerkannt, dass die Haftung der Vorstandsmitglieder (damals unmittelbar) gegenüber den Gläubigern für die Verletzung von Kapitalerhaltungsvorschriften nicht dadurch ausgeschlossen war, dass sie in Befolgung eines Generalversammlungsbeschlusses gehandelt haben, der zwar gläubigerschutzwidrig, mangels Anfechtung aber verbindlich war.¹¹⁵⁶

Auch das ROHG teilte diese Überzeugung: Jedenfalls könne „*der Zustimmungsbefehl des Aufsichtsraths oder der Generalversammlung zu einer gesetz- oder statutenwidrigen Maßregel das dissentirt habende Vorstandsmitglied nicht – wenigstens nicht gegenüber dem Individualrecht des Einzelaktionärs und Dritten – außer Verantwortung setzen, wenn es hierauf bei der Ausführung der als gesetz- oder statutenwidrig erkannten Maßregel mitwirkt.*“¹¹⁵⁷ Es werde „*nicht zu bezweifeln sein*“, dass diese Billigung, soweit sie außerhalb der gesetzlichen oder statutarischen Kompetenz der Organe liegt, die Vorstandsmitglieder von der Verantwortung für die Ausführung der Maßnahme nicht befreit.¹¹⁵⁸ Deshalb scheine es angemessen, „*den allgemeinen Satz [im Gesetze zum Ausdruck zu bringen], daß die Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder für ihr Zuwiderhandeln gegen Gesetz oder Statut nicht darum wegfällt, weil die Handlung auf einem Generalversammlungsbeschluss beruht [...]*.“¹¹⁵⁹ Dementsprechend lautete der Regelungsvorschlag des ROHG:

Hommelhoff, Aktienrecht 467; Staub/Pisko, ADHGB I² (1908) Art 224 Anm § 25 (S 743).

1155 Renaud, Actiengesellschaften (1863) 547; ders, Actiengesellschaften² (1875) 618 f; anders aber offenbar zum AHGB 1862 Staub/Pisko, ADHGB I² (1908) Art 241 Anm § 10 (S 845): „*Es liegt jedoch in den Fällen, in denen der Vorstand einem Beschlusse der Generalversammlung trotz Ungültigkeit desselben zu gehorchen verpflichtet ist, eine ein Delikt begründende Verletzung des objektiven Rechts nicht vor [...]*.“

1156 Vgl Renaud, Actiengesellschaften (1863) 547: „*Wohl aber stehen die Vorsteher für den Schaden ein, welcher aus einer Ueberschreitung ihrer Machtbefugnisse oder aus Handlungen, die sie den Vorschriften der Statuten oder des Gesetzes zuwider vorgenommen, den Gesellschaftsgläubigern erwachsen, [...], ohne dass sie sich zur Abwendung ihrer Ersatzpflicht auf einen Beschluss der Generalversammlung oder eines anderen ihnen vorgesetzten Organs, durch welches die betreffende Handlung angeordnet worden, zu berufen vermöchten.*“; dens, Actiengesellschaften² (1875) 618 f; im Anschluss daran Puchelt, ADHGB I² (1876) Art 241 Anm 4 (S 491).

1157 Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 212.

1158 Vgl Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 213.

1159 Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 213.

*„Die Haftung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die mit dem Gesetze oder mit dem Gesellschaftsvertrage im Widerspruch stehende Handlung auf einem Generalversammlungsbeschlusse beruht.“*¹¹⁶⁰

Die Vorstandsmitglieder sollten aber, wenn Aufsichtsrat und Generalversammlung eine gesetz- oder statutenwidrige Maßnahme beschlussmäßig gebilligt haben, nicht schon deshalb von ihrer Verantwortlichkeit für die Ausführung frei werden, weil sie sich der *„thatsächlichen Mitwirkung bei Ausführung“* der Maßnahme enthalten.¹¹⁶¹ Vielmehr sollten sie, wenn sie im Vorstand bleiben wollen, verpflichtet sein, *„den gefaßten Beschluss, eventuell vor Gericht, anzufechten“*.¹¹⁶² Andernfalls sollten sie wegen *culpa in omitendo* für den durch die Ausführung entstandenen Schaden haften.¹¹⁶³ Das ROHG hielt es zwar für *„nicht zweckmäßig, diese Details im Gesetze zu ordnen“*¹¹⁶⁴, es gewährte aber jedem Vorstandsmitglied das Recht zur Beschlussanfechtung.¹¹⁶⁵

Der ersten Reformentwurf aus 1882 übernahm die vom ROHG vorgeschlagene Haftungsanordnung im Wesentlichen als Art 241 Abs 3 Satz 2: *„Die Haftpflicht wird dadurch nicht aufgehoben“*¹¹⁶⁶, *daß die Handlung auf einem gesetz- oder statutenwidrigen Beschluß der Generalversammlung beruht.*¹¹⁶⁷ Nicht aus dem Gutachten übernommen wurde jedoch das Anfechtungsrecht der Vorstandsmitglieder. Wohl aus diesem Grund wurde Art 241 Abs 3 in den Verhandlungen der Aktienrechtskommission als zu streng kritisiert und die Streichung beantragt. Die Kritik lautete, dass *„den Mitgliedern des Aufsichtsraths bzw. in Art. 241 den Mitgliedern des Vorstandes eine zu schwere Verantwortlichkeit aufgebürdet würde, indem sie gleichviel, ob der Beschluß ausgeführt werde oder nicht, immer einen Regreß zu befürchten*

1160 Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 219 (Hervorhebungen durch den Verf).

1161 Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 213.

1162 Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 213.

1163 Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 213.

1164 Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 213.

1165 Vgl den diesbezgl Vorschlag des ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 255 f: *„Die Anfechtung eines Beschlusses der Generalversammlung wegen Verletzung wesentlicher Förmlichkeiten oder Ueberschreitung der der Generalversammlung durch Gesetz oder Gesellschaftsvertrag erteilten Befugnisse im Wege der Klage gegen die Gesellschaft steht jedem Actionär, sowie dem Vorstande und jedem Mitgliede des Vorstandes der Gesellschaft zu.“*

1166 Im Vorschlag des ROHG hieß es (präziser) noch *„ausgeschlossen“*. Ein Ersatzanspruch entsteht bei Befolgung eines wirksamen Generalversammlungsbeschlusses mangels Rechtswidrigkeit gar nicht.

1167 Entwurf eines Gesetzes, betreffend die KGaA und AG (1882), abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 283. Vgl auch Abs 3 Satz 1: *„Mitglieder, welche ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft solidarisch für den daraus entstandenen Schaden.“*

hätten“¹¹⁶⁸. Die Kommission beschloss jedoch letztlich auf Antrag des Hamburger Rechtsanwalts *George Heinrich Emden*¹¹⁶⁹, die Bestimmung „**lediglich den Gläubigern gegenüber, nicht aber der Gesellschaft gegenüber beizubehalten**.“¹¹⁷⁰

Das befürchtete „Haftungs dilemma“ war wohl dadurch bedingt, dass die Gesetz- oder Statutenwidrigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen wie erwähnt nach damaliger Auffassung nur mit „Anfechtungsklage“ geltend gemacht werden konnte, sodass der Beschluss bei unterbliebener Anfechtung verbindlich war. Da im Entwurf ein Anfechtungsrecht einzelner Vorstandsmitglieder aber fehlte, mussten diese befürchten, sowohl für die Ausführung (gem Art 241 Abs 3) als auch für die Nichtausführung des Beschlusses ersatzpflichtig zu werden. Die heutige Unterscheidung in anfechtbare und nichtige Beschlüsse gab es noch nicht.¹¹⁷¹ Die Streichung der Haftungs-

1168 Verhandlungen der Aktienrechtskommission, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 356.

1169 Zur Person *Schubert* in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 29.

1170 Verhandlungen der Aktienrechtskommission, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 356 (Hervorhebung durch den Verf).

1171 Mit dem ADHGB 1884 wurde zwar die schon davor anerkannte (s Fn 1151) „Anfechtungsklage“ positiviert, dabei hat man aber nicht bedacht, dass es auch Fälle gibt, in denen die Rechtsordnung nicht dulden kann, dass Beschlüsse durch den bloßen Ablauf der Anfechtungsfrist voll wirksam werden (vgl *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse 34 f mwN). Sonst hätten es die Gesellschafter in der Hand, sich (zB durch einstimmigen Beschluss) über zwingendes Recht hinwegzusetzen (vgl *Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit 12; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse 34 f; *Plöchl*, JBl 1957, 305 [308]. Vgl auch [retrospektiv] AmtlBegr AktG 1937/1938 [S 223]; abgedr auch bei *Klausing*, AktG 172: „Außerdem würde die Beseitigung der Nichtigkeit dazu führen, daß sich die Hauptversammlung über sämtliche Gesetzesbestimmungen hinwegsetzen kann, wenn die Aktionäre einig sind oder niemand Anfechtungsklage erhebt.“). Dementspr hieß es im Reformgutachten des ROHG (abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 257) noch: „So wünschenswerth es erscheine, die Anfechtbarkeit der Generalversammlungsbeschlüsse an eine kurze Frist zu binden, so erscheint uns eine allgemeine Vorschrift in dieser Richtung nicht möglich. Es würde sonst immer eine Anfechtung auch ganz offenbar ungültiger oder verbotswidriger Beschlüsse erforderlich sein, wenn diese nicht in Rechtskraft übergehen sollten.“ Bereits in der Denkschrift zum dHGB 1897 (abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 317) ist jedoch zu lesen: „Verstößt ein Beschluß der Generalversammlung gegen zwingende Gesetzesvorschriften, welche nicht blos die Interessen der vorhandenen Aktionäre berühren, sondern zur Sicherung der Gläubiger oder zum Schutze des Publikums dienen, so kann er selbstverständlich weder durch die Unterlassung rechtzeitiger Anfechtung seitens der Aktionäre oder des Vorstands noch durch die Eintragung in das Handelsregister Gültigkeit erlangen.“ Vgl auch *Behrend*, Lehrbuch I (1886) 835 f; *Cosack*, Lehrbuch³ (1895) 671 f; *Staub*, ADHGB³,⁴ (1896) Art 222 (Art 190a) Anm § 17 (S 498). Mangels eigens geregelter Nichtigkeitsklage konnte die (im Grunde anerkannte) Nichtigkeit zeitlich unbefristet (auch nach Ablauf der Anfechtungsfrist) geltend gemacht werden, was zu erheblicher Rechtsunsicherheit führte (vgl zB *Schäfer* in *MüKo AktG*³ § 241 Rz 4; *Koenige*,

anordnung hätte aber bedeutet, dass sich die Aktionäre durch Unterlassen einer Anfechtung über zwingendes Recht (insb Gläubigerschutz) hinwegsetzen hätten können. Dem trug der Kompromissvorschlag Rechnung, die (indisponible) Haftung nur gegenüber den Gläubigern anzuordnen (dh gegenüber der Gesellschaft nach damaliger Lage auszuschließen).¹¹⁷² Dadurch wurde das „Haftungsdilemma“ natürlich nicht beseitigt, sondern nur geschmälert.

Entsprechend der Einschränkung der Haftungsanordnung (und damit des „Haftungsdilemmas“) auf das Verhältnis zu den Gläubigern verliert der zweite Reformentwurf aus 1884 dem Vorstand ein Anfechtungsrecht¹¹⁷³ (nur mehr) für den Fall, dass er durch die Beschlussausführung „den Gläubigern der Gesellschaft sich selbst verantwortlich macht.“¹¹⁷⁴ Anfechtungsbe-rechtigt war aber nur das Gesamtorgan,¹¹⁷⁵ was Kritik aus der Lehre auf sich zog.¹¹⁷⁶ Erst das dHGB 1897 gewährte jedem einzelnen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglied ein Anfechtungsrecht¹¹⁷⁷, „sofern der Beschluß eine Maßregel zum Gegenstande hat, durch deren Ausführung sich die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths strafbar oder den Gläubigern der Gesell-

HGB² [1929] § 271 Anm 2 [S 492]). Vgl dazu AmtlBegr AktG 1937/1938 (S 222) (abgedr auch bei *Klausing*, AktG 172): „Die Möglichkeit, die Nichtigkeit zeitlich unbeschränkt geltend zu machen, führte in Verbindung mit der Tatsache, daß die Grenze zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit nur sehr schwer zu ziehen war und auch die Rechtsprechung bei ihrer Feststellung zunächst schwankte, zu einer Unsicherheit in den wirtschaftlichen Verhältnissen der Aktiengesellschaften, die auf die Dauer im Interesse einer sicheren Grundlage für das Wirtschaftsleben nicht gestattet werden konnte.“ Die deshalb mit dem AktG 1937/1938 geschaffene abschließende Regelung und Enumeration von Nichtigkeitsgründen sollte auch die jahrzehntelang geführte Diskussion in der Lit beenden (vgl *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse 35 mwN).

1172 Zur Bedeutung des § 25 Abs 5 GmbHG und insb zur Haftungssituation bei Befolgung von gläubigerschutzwidrigen Beschlüssen, wenn der Ersatz *nicht* zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist, noch ausf unten S 464 ff.

1173 Art 190a iVm 220 ADHGB 1884.

1174 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 467 (Hervorhebung durch den Verf).

1175 Vgl dazu zB *Behrend*, Lehrbuch I (1886) 831 Fn 15; *Staub*, ADHGB^{3,4} (1896) Art 222 Anm § 4. (S 493).

1176 Vgl etwa *Ring*, ADHGB (1886) Art 222 (S 471): „Konsequent hätte das Gesetz jedem Vorstandsmitglied das Anfechtungsrecht verleihen müssen. Dies ist nicht geschehen: ausschließlich der Vorstand als Ganzes hat die diesbezügliche Befugniß.“ Manche Autoren gestanden Vorstandsmitgliedern bereits *de lege lata* ein Anfechtungsrecht zu: Vgl die Nw bei *Behrend*, Lehrbuch I (1886) 831 Fn 15; aA *Staub*, ADHGB^{3,4} (1896) Art 222 Anm § 4. (S 493), wonach der Umstand, dass jedes Mitglied des Vorstands für seine Person verantwortlich ist, nicht zu Annahme eines Klagerechts jedes einzelnen Vorstandsmitglieds zwingt, weil immer noch die „Demission“ (Amtsniederlegung) übrig bleibe und auch einzelne Mitglieder des Aufsichtsrats (im Übrigen nicht einmal das Gesamtorgan) anfechtungslegitimiert seien, obwohl sie für die Ausführung gesetz- oder statutenwidriger Beschlüsse hafteten.

1177 § 271 Abs 4 dHGB 1897.

schaft haftbar machen würden [...]“.¹¹⁷⁸ Wollten Vorstandsmitglieder einen gesetzwidrigen Beschluss nicht ausführen, konnten sie ihn nun klagsweise beseitigen. Dadurch wurde das „Haftungsdilemma“ zwar beseitigt, die Bedeutung des Anfechtungsrechts war aber trotzdem gering.¹¹⁷⁹ Denn mittlerweile hatte sich schon die Überzeugung durchgesetzt, dass es auch Beschlüsse gibt, die nicht angefochten werden müssen, um unwirksam zu sein.¹¹⁸⁰ Da diese Nichtigkeit auf jede Weise (nicht nur durch „Anfechtungsklage“) geltend gemacht werden konnte und daher Vorstandsmitglieder die Beschlussausführung einfach verweigern konnten, drohte kein „Haftungsdilemma“ mehr.¹¹⁸¹

Trotzdem knüpfte das öGmbHG an die alte Rechtstradition an und gewährte jedem Geschäftsführer ein Anfechtungsrecht für den Fall, dass er durch die Beschlussausführung „*ersatzpflichtig oder strafbar würde*“ (§ 41

1178 Hervorhebung durch den Verf. Vgl auch Denkschrift dHGB 1897, abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 316: „*Ferner soll nach dem Abs. 4 [...] nicht bloß der Vorstand als solcher, sondern außerdem jedes Mitglied desselben und in der gleichen Weise jedes Mitglied des Aufsichtsraths zur Erhebung der Anfechtungsklage befugt sein.*“ Vgl dazu *Staub*, HGB I⁸ (1906) § 235 Anm 7 (S 795).

1179 Vgl *Brodmann*, Aktienrecht (1928) § 271 Anm 7 (S 411 f): „*Die Bestimmung ist ein Zusatz der Novelle von 1900 und hat praktisch bisher keine große Bedeutung erlangt. Es ist klar, daß in einem solchen Fall die Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrath auch ohne Anfechtung berechtigt sind, die Ausführung des Beschlusses zu verweigern. Ist es in der Tat an dem, daß die Ausführung des Beschlusses die Mitglieder des ausführenden Organs haftbar macht, dann ist der Beschluß unter allen Umständen rechtswidrig und wenn nicht nichtig, anfechtbar.*“ Nach *Brodmann* konnten solche Beschlüsse also (entgegen *Hueck* [Fn 1181]) auch bloß anfechtbar sein.

1180 Vgl schon Fn 1171. Vielleicht bezeichneten deshalb *Staub/Pisko* (ADHGB I² [1908] Art 224 Anm § 22 [S 741]) die Anfechtungsklage des Vorstands (§ 271 dHGB 1897) als Anomalie. Der Vorstand sei nicht an Beschlüsse gebunden, die „*unverzichtbare öffentlich-rechtliche Ungültigkeiten enthalten.*“

1181 Instrukтив *Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit 158 ff (s schon bei Fn 1124): „*Beschlüsse, durch deren Ausführung die Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder strafbar oder den Gläubigern haftbar werden, sind übrigens nicht nur anfechtbar, sondern absolut nichtig, da sie durch ihren Inhalt zwingende Bestimmungen verletzen, auf deren Innehaltung die Aktionäre nicht wirksam verzichten können. Denn in der Regel wird es sich um die Verletzung einer Vorschrift handeln, die nicht ausschließlich im Interesse der Aktionäre besteht, so insbesondere in den Fällen, in denen die Gesetzesverletzung eine Haftpflicht gegenüber Dritten zur Folge hat; selbst wenn aber nur Interessen der Aktionäre in Frage kommen, so ist doch, wie die öffentlich-rechtliche Strafvorschrift zeigt, der Schutz dieser Interessen absolut zwingend angeordnet. Die Mitglieder des Vorstandes oder Aufsichtsrats würden also auch ohne Anfechtung zur Befolgung des Beschlusses nicht verpflichtet oder auch nur berechtigt sein.*“ Vgl auch *Brodmann*, Aktienrecht (1928) § 271 Anm 7 (S 411 f) (s schon Fn 1179). Vgl auch *Thöni*, *ecolx* 1993, 747 (749), wonach die Anfechtungsbefugnis überflüssig sei, sofern man die Existenz absoluter Nichtigkeit anerkennt, weil Beschlüsse, durch deren Ausführung sich der Geschäftsführer strafbar oder ersatzpflichtig macht, nichtig seien.

Abs 3 GmbHG). Dieses Anfechtungsrecht benötigt der Geschäftsführer laut EBRV, „um sich von einer Haftung frei zu machen.“¹¹⁸² Damit hat auch (noch) das öGmbHG das „Haftungsdilemma“ des älteren Aktienrechts vor Augen.¹¹⁸³ § 41 Abs 3 GmbHG basiert somit auf der alten Prämisse, dass Beschlussmängel (auch Verstöße gegen Gläubigerschutzvorschriften) nur mit „Anfechtungsklage“ geltend gemacht werden können, widrigenfalls der Beschluss verbindlich ist und die Geschäftsführerhaftung zulasten der Gläubiger ausschließt, weshalb die Anordnung der Haftung zum Schutz der Gläubiger (§ 25 Abs 5 GmbHG) geboten ist.

β. Schlussfolgerungen

Nach heutiger Beschlussmängeldogmatik sind jedoch Gesellschafterbeschlüsse, die gegen zwingendes Recht verstoßen, absolut nichtig und verpflichten (und berechtigen) den Geschäftsführer nicht zur Ausführung. Eine Anfechtung solcher Beschlüsse ist weder möglich noch erforderlich. Die Organmitglieder haften nach allgemeinen Grundsätzen, wenn sie drittschutzwidrige (und daher insoweit nichtige) Beschlüsse ausführen. Deshalb muss der Gesetzgeber auch nicht (mehr) besonders anordnen, dass Geschäftsführer bei Befriedigungsunmöglichkeit (soweit also ein Gläubigerschutzbedürfnis besteht) ersatzpflichtig werden, wenn sie einen gläubigerschutzwidrigen Beschluss ausführen. Demgemäß ist die Anordnung des § 25 Abs 5 GmbHG heute obsolet, weil ihre Regelungsprämisse (beschlussmängelrechtlich) überholt ist. Was früher § 25 Abs 5 GmbHG besonders anordnen musste (Haftung trotz Beschlussausführung), ergibt sich heute schon aus allgemeinem Organhaftungsrecht, weil die fraglichen Beschlüsse *ex lege* unwirksam (nichtig) und das Organhandeln daher pflichtwidrig ist. Immerhin stellt § 25 Abs 5 GmbHG aber klar, inwieweit Beschlüsse nach der gesetzlichen Wertung aus Gläubigerschutzgründen nichtig sein müssen. Auf die (nur noch deklarative) Bedeutung des § 25 Abs 5 GmbHG werde ich unten noch zurückkommen.¹¹⁸⁴ Hier ist noch auf § 41 Abs 3 GmbHG einzugehen: Da gläubigerschutzwidrige Beschlüsse nicht verbindlich sind, kann auch ein „Haftungsdilemma“, wie es § 41 Abs 3 GmbHG und dessen Vorgängerbestimmungen vor Augen haben, nicht (mehr) entstehen.¹¹⁸⁵ Der „Anfechtbarkeit“ iSd § 41 Abs 3 GmbHG entspricht nach heutiger Beschlussmängeldogmatik die Beschlussnichtigkeit. Der Geschäftsführer kann sich schon dadurch von der Haftung „frei machen“, dass er

1182 EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 71.

1183 S schon Fn 1150 mwN. Vgl idZ Pisko, Lehrbuch (1923) 432 Fn 1: „Die Geschäftsführer und Aufsichtsratsmitglieder, die sich weder den Folgen eines Ungehorsames gegen einen Gesellschafterbeschluss, noch der aus seiner Verfolgung erwachsenen Haftung aussetzen wollen, haben ja die Möglichkeit gemäß § 41, Abs. 3 [...] diesen Gesellschafterbeschluss durch eine Klage auf Nichtigerklärung zu beseitigen.“

1184 S 464 ff.

1185 S schon oben bei Fn 1140.

die Ausführung des Beschlusses schlicht unterlässt und allenfalls die Nichtigkeit des Beschlusses im Schadenersatzprozess wegen (angeblich pflichtwidriger) Nichtausführung formlos einwendet. Demgemäß hat mit der Anerkennung absolut nichtiger Beschlüsse nicht nur § 25 Abs 5 GmbHG, sondern auch das „Anfechtungsrecht“ gem § 41 Abs 3 GmbHG¹¹⁸⁶, das als Korrektiv für die Haftungsanordnung des § 25 Abs 5 GmbHG konzipiert war,¹¹⁸⁷ seinen

1186 Das hier zu § 41 Abs 3 GmbHG Gesagte gilt übrigens auch für die aktienrechtliche Parallelbestimmung § 196 Abs 1 Z 5 AktG, wonach jedes Mitglied des Vorstands und des Aufsichtsrats zur Anfechtung befugt ist, wenn es sich durch die Ausführung des Beschlusses strafbar oder ersatzpflichtig machen würde (so auch *Harrer*, Haftungsprobleme 92 Fn 377).

1187 Damit erübrigen sich auch (besondere) Überlegungen zum Anwendungsbereich des § 41 Abs 3 GmbHG. Denn als Korrektiv muss § 41 Abs 3 GmbHG notwendigerweise denselben Anwendungsbereich haben wie § 25 Abs 5 GmbHG. Bezieht man also iSd hM § 25 Abs 5 GmbHG (etwa auf Basis des Wortlauts) auf *alle* Ersatzansprüche, dann hat man damit implizit schon geurteilt, dass sich auch § 41 Abs 3 GmbHG auf dieselben Ersatzansprüche bezieht. Vgl aber *Kutschera* (GesRZ 1982, 243 [246]), der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG dem Wortlaut entspr auf sämtliche Ersatzansprüche bezieht und davon ausgehend untersucht, ob sich § 41 Abs 3 GmbHG ebenfalls auf sämtliche Ersatzansprüche bezieht. Ein Argument dafür sieht *Kutschera* (aaO 247 f) im geänderten Wortlaut des § 41 Abs 3 GmbHG gegenüber seiner Vorbildbestimmung § 271 Abs 4 dHGB 1897 (das dGmbHG enthält keine Parallelnorm): Während § 41 Abs 3 GmbHG verlangt, dass ein Geschäftsführer durch die Beschlussausführung „ersatzpflichtig“ wird, forderte § 271 Abs 4 dHGB 1897 noch, dass sich das Vorstandsmitglied „den Gläubigern der Gesellschaft haftbar“ machen würde. Diese unterschiedliche Formulierung spreche dafür, dass mit § 41 Abs 3 GmbHG auch jener Schadenersatzanspruch gemeint sei, der der Gesellschaft entsteht, obwohl der Geschäftsführer einen Weisungsbeschluss befolgt hat, und zwar deshalb, weil seine Ausführung mit dem Sorgfaltsmaßstab eines Geschäftsführers unvereinbar ist und die Geltendmachung zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist. Für dieses Verständnis spreche auch die Nachfolgerbestimmung des § 271 dHGB 1897, nämlich § 198 AktG 1937/1938, mit dem ebenfalls die Formulierung „den Gläubigern der Gesellschaft haftbar“ auf „ersatzpflichtig“ geändert wurde (so noch § 196 AktG und § 245 dAktG jew idgF).

Allerdings erübrigt sich mE die Frage nach dem Anwendungsbereich des § 41 Abs 3 GmbHG wie gesagt wegen des funktionalen Zusammenhangs mit § 25 Abs 5 GmbHG. Im Übrigen ist eine extensive Anwendung des § 41 Abs 3 GmbHG (und damit letztlich des § 25 Abs 5 GmbHG) nicht mit dem geänderten Wortlaut der Anfechtungsvoraussetzungen begründbar. Denn auch im Bereich des § 25 Abs 3 GmbHG entsteht kraft Haftungskonzentration *nur der Gesellschaft* (nicht den Gläubigern) ein Ersatzanspruch. Dieser Anspruch wird durch die Dispositionsbeschränkungen zum Schutz der Gläubiger bloß zwingend im Gesellschaftsvermögen erhalten, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist. Deshalb ist die Aussage, § 41 Abs 3 GmbHG beziehe sich auch auf die Ersatzpflicht gegenüber der Gesellschaft (was ja wie gesagt auch auf § 25 Abs 3 GmbHG zutrifft), kein Argument für eine erweiterte Anwendung des § 25 Abs 5 GmbHG. Da die Anfechtungsvoraussetzungen des § 41 Abs 3 GmbHG nämlich auf die *Haftungsfolge* des § 25 Abs 5 GmbHG rekurrieren, kann der Anwendungsbereich dieser Bestimmung sich nicht auf die Formulierung jener Norm auswirken. Der (angeblich) geänderte Anwendungsbereich des § 25 Abs 5 GmbHG kann deshalb nicht der Grund für die geänderte Formulierung des § 41 Abs 3 GmbHG gewesen sein. Zu mög-

lichen anderen Ursachen genügen hier daher ein paar Notizen: Zu beachten ist zunächst, dass schon Art 222 (iVm Art 190a) ADHGB 1884, der erstmals ein Anfechtungsrecht des Vorstands normierte, ebenso wenig wie § 41 Abs 3 GmbHG von einer Ersatzpflicht gegenüber den Gläubigern sprach. Die Motive ließen aber keinen Zweifel daran, dass der Vorstand *nur deshalb* anfechtungsberechtigt sein sollte, weil er uU „den Gläubigern der Gesellschaft sich selbst verantwortlich macht [...]“ (AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 467). Dass dies nicht im Gesetz zum Ausdruck kam, könnte der Verweisteknik (auf die KGaA, wo eine vergleichbare Haftungsanordnung nicht existierte) geschuldet gewesen sein. Nach Art 190a Abs 1 Satz 3 ADHGB 1884 (abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 575 f) waren (ua) die persönlich haftenden Gesellschafter anfechtungsberechtigt. Art 222 ADHGB 1884 (abgedr aaO 593) beschränkte sich auf die Anordnung, dass „[d]ie Vorschriften im Artikel 190a, 190b über die Anfechtung eines Beschlusses der Generalversammlung [...] mit der Maßgabe Anwendung [finden], daß an die Stelle der persönlich haftenden Gesellschafter der Vorstand tritt.“ Die weitere Rechtsentwicklung lässt eine Änderung dieser Grundsätze nicht erkennen. In der Denkschrift (abgedr bei Hahn/Mugdan, Materialien 316) heißt es allg: „Die §§ 263 bis 265 des Entwurfs [Anm des Verf: das sind §§ 271 bis 273 des Gesetzes] geben die betr. Vorschriften mit einigen Aenderungen wieder.“ Außer dem Anfechtungsrecht eines jeden Organmitglieds waren also keine Änderungen beabsichtigt. Auffallend ist aber, dass § 271 Abs 4 dHGB 1897 die Verweisteknik beseitigte, was vielleicht die Bezugnahme auf die Gläubiger begünstigte. Auch die Materialien zu § 41 Abs 3 GmbHG und § 198 AktG 1937/1938, enthalten keine Indizien für eine Änderung der Rechtslage. Ganz im Gegenteil: Der Herrenhausbericht bemerkt zu § 41 GmbHG, dass diese Vorschrift „in Übereinstimmung mit den § 271 bis 273 des neuen deutschen Handelsgesetzbuches“ angeordnet wird (HHB I 272 BlgHH 17. Session 1905 11). Ähnlich die AmtlBegr zu § 198 AktG 1937/1938: „Die Anfechtungsbefugnis ist in § 198 im wesentlichen entsprechend dem geltenden Recht geregelt.“ (AmtlBegr AktG 1937/1938 225; abgedr auch bei Klausning, AktG 177). Eine mögliche Erklärung für die trotzdem geänderte Formulierung in § 41 Abs 3 GmbHG könnte das Verfolgungsrecht der Gläubiger (vgl § 84 Abs 5 AktG idGF) und seine Rechtsnatur sein. Das Verfolgungsrecht war nach mE zutr Auffassung ursprünglich als Einziehungsermächtigung konzipiert: Gläubiger sollten Ersatzansprüche der Gesellschaft geltend machen können. Unter Geltung des dHGB 1897 setzte sich indes die Auffassung durch, dass Gläubiger dadurch einen eigenen Ersatzanspruch gegen Vorstandsmitglieder erhalten. Die Verfasser der GmbH-Gesetze übernahmen das Verfolgungsrecht nicht, weil sie eine Direkthaftung (als solche verstanden sie das Verfolgungsrecht) ablehnten (s schon Fn 907). Bei § 41 Abs 3 GmbHG orientierte man sich wohl nicht am dHGB 1897, sondern am österreichischen Aktienentwurf von 1900. § 41 Abs 3 GmbHG ist fast wortgleich mit § 145 des Aktienentwurfs: § 145 Abs 3 des Aktienentwurfs (idF Dezember 1900) gewährte jedem Vorstandsmitglied ein Anfechtungsrecht, „wenn der Beschluss eine Maßregel zum Gegenstande hat, durch deren Ausführung die Mitglieder des Vorstandes oder des Aufsichtsrathes ersatzpflichtig oder strafbar würden [...]“ ([S 61 f]; s dazu auch die Denkschrift [S 70 f], jew ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420). Der Aktienentwurf idF Dezember 1900 enthielt ebenfalls kein Verfolgungsrecht der Gläubiger (mehr) – dieses (vgl noch im Entwurf aus Juli 1900) wurde gestrichen, weil eine Direkthaftung in den interministeriellen Beratungen abgelehnt wurde (vgl ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 873). In beiden Fällen wollte man wohl den Eindruck einer Direkthaftung vermeiden. Unklar sind mE dagegen die Motive für die (geänderte) Formulierung des § 198 AktG 1937/1938. In Betracht kommt vielleicht, dass das AktG 1937/1938 die indisponible Haftung (trotz Ausführung eines HV-Beschlusses) mit § 84 Abs 4 Satz 1 AktG nicht mehr

(eigentlichen) Anwendungsbereich (Vermeidung eines „Haftungsdilemmas“) eingebüßt.¹¹⁸⁸

Dieser Funktionsverlust ist beschlussmängelrechtlich bedingt und hängt nicht vom konkreten Anwendungsbereich des § 25 Abs 5 GmbHG ab. Deshalb kann (und sollte) nicht versucht werden, § 41 Abs 3 GmbHG dadurch eine (Rest-)Funktion zu verschaffen, dass sein ursprünglicher Anwendungsfall eines „Haftungsdilemmas“ (damals nur im Bereich des heutigen § 25 Abs 3 GmbHG) im Bereich des § 25 Abs 2 GmbHG „rekonstruiert“ wird, indem (kraft Implikation) gläubigerschutzwidrige Beschlüsse als „anfechtbar“ qualifiziert werden.¹¹⁸⁹ Das hieße nämlich beschlussmängelrechtlich, die Kategorie der absoluten Nichtigkeit im Bereich des § 25 Abs 3 GmbHG anzuerkennen, im (verbleibenden) Bereich des § 25 Abs 2 GmbHG hingegen nicht. Allerdings dürfte diese Einordnung (im Gegensatz zum älteren Aktienrecht) nicht an beschlussmängelrechtlichen Restriktionen liegen, sondern an unrichtigen Prämissen über den Schutzzweck. In der Lit werden gläubigerschutzwidrige Beschlüsse als absolut nichtig qualifiziert, allein der (implizierte) Gläubigerschutzcharakter im Anwendungsbereich des § 25 Abs 5 GmbHG wird nicht erkannt. Die Differenzierung ist wie erwähnt wohl dadurch bedingt, dass die Gläubigerschutzeigenschaft des Abs 3 sinnfällig ist, aber jene des Abs 2 nur implizit aus der (angenommenen) Anwendbarkeit des § 25 Abs 5 GmbHG folgt (dessen Gläubigerschutzimplikation nicht erkannt wird). Wie ebenfalls schon erwähnt, kann der Schutzzweck (und daraus folgend die Beschlusswirkung) aber nicht isoliert vom Anwendungsbereich des § 25 Abs 5 GmbHG beurteilt werden.

nur gegenüber den Gläubigern, sondern auch gegenüber der Gesellschaft anordnete. Diese Bestimmung stellte mE allerdings nur klar (s dazu noch im AG-Teil), dass nichtige und (noch) anfechtbare Beschlüsse die Haftung (auch) gegenüber der Gesellschaft nicht ausschließen (das Gegenteil wurde früher aus § 241 Abs 4 Satz 2 dHGB 1897 geschlossen). Eine Anfechtungsbefugnis wäre daher nicht nötig gewesen. Nur noch die zweite Tatbestandsalternative der *Strafbarkeit* zeugt heute von der ursprünglichen Funktion des Anfechtungsrechts, ein „Haftungs-dilemma“ aufgrund Befolgung *drittschutzwidriger* Beschlüsse zu vermeiden (vgl idZ auch Hueck, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit 158 ff [s in Fn 1181]).

1188 Darauf wiesen schon *Harrer* und *Thöni* hin. Nach *Harrer* (Haftungsprobleme 92) ist das Anfechtungsrecht aus heutiger Sicht „überflüssig“. Bei „verbotenen Weisungen“ habe es keine eigenständige Bedeutung mehr (aaO 85; im Anschluss daran tendenziell auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 19). *Thöni* (ecolex 1993, 747 [749]) (s schon Fn 1181) bemerkte, dass die Anfechtungsbefugnis „überflüssig“ ist, sofern man die Existenz absoluter Nichtigkeit anerkennt, weil Beschlüsse, durch deren Ausführung sich der Geschäftsführer strafbar oder ersatzpflichtig macht, nichtig sind. Der Klage gem § 41 Abs 3 GmbHG liege die aus heutiger Sicht überholte Auffassung zugrunde, dass der Geschäftsführer auch an Weisungsbeschlüsse, die gegen zwingendes Recht verstoßen, generell gebunden ist.

1189 Der Wortlaut des § 41 Abs 3 GmbHG ist insoweit irreführend, denn der „Anfechtbarkeit“ iSd § 41 Abs 3 GmbHG entspricht nach heutiger Ansicht wie erwähnt die absolute Nichtigkeit. Maßgeblich für die Auslegung ist jedoch der Wortsinn zum Entstehungszeitpunkt der Vorschrift (vgl zB *Potacs*, Rechtstheorie² 66, 171 f).

Denn wie gezeigt, ordnete diese Bestimmung unter der Prämisse, dass es (noch) keine Beschlussnichtigkeit gibt, *genau das* an, was sich heute unmittelbar aus der Beschlusswirkung ergibt. Sie dient damit gewissermaßen als „Blaupause“ für die Frage nach der Beschlusswirkung (dh konkret der Nichtigkeit und ihrer Reichweite) und kann daher bei der Beantwortung dieser Frage nicht beiseitegelassen werden. Anders gewendet ist § 25 Abs 5 GmbHG die Antwort des Gesetzgebers auf jene Frage. Dies ist nur deshalb nicht sofort ersichtlich, weil diese Antwort noch aus einer anderen Rechtsschicht stammt.

Dass mit dem „Haftungs dilemma“ zugleich die (ursprüngliche) Funktion des § 41 Abs 3 GmbHG weggefallen ist, bedeutet übrigens aber nicht, dass sich der Geschäftsführer nicht insofern in einer misslichen Lage wiederfinden kann, als er (zB bei unklarer Rechtslage) befürchten muss, für die verweigte Ausführung eines nichtigen (und damit unverbindlichen) Beschlusses von der Gesellschaft belangt zu werden. Für die Klärung solcher Unsicherheiten steht dem Geschäftsführer die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit gem § 228 ZPO offen.¹¹⁹⁰ Nach hL¹¹⁹¹ kann die Nichtigkeit auch (als Äquivalent zur Nichtigkeitsklage gem § 201 AktG) mit der Klage gem

1190 HM; vgl RIS-Justiz RS0111607; OGH 09.02.1999, 7 Ob 179/98v; 21.11.2018, 6 Ob 191/18h; aus der Lit zB *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG § 41 Rz 92 (Stand 01.08.2013); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 41 Rz 18; vgl schon *Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit 160: „*Da die in Betracht kommenden Beschlüsse nichtig sind, so würde, auch wenn das Gesetz die Anfechtung nicht gestattete, den Mitgliedern des Vorstandes und Aufsichtsrates doch die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit zustehen. Das rechtliche Interesse an alsbaldiger Feststellung, das § 256 ZPO für eine solche Klage verlangt, wird wegen der drohenden Haftpflicht oder Strafbarkeit wohl stets vorliegen.*“ (vgl auch aaO 234).

1191 Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 41 Rz 55 mwN, nach denen die Nichtigkeit zwar nicht mit Klage gem § 41 GmbHG geltend gemacht werden muss, aber kann. Das folge aus der Intention der Gesetzesverfasser, aus § 201 AktG und dem Bedürfnis, auch die Nichtigkeit eines Beschlusses mit den Rechtskraftwirkungen des § 42 Abs 6 GmbHG (*erga omnes*) feststellen lassen zu können. Vgl auch *Koppensteiner* in *FS Frotz* 341 (344 f); *Thöni*, Rechtsfolgen 107 mwN; iZm § 25 Abs 5 GmbHG *Rüffler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 13 (25), wonach der Geschäftsführer kapitalschutzwidrige und mithin nichtige Beschlüsse nicht anzufechten braucht, dagegen aber mit der Klage gem § 41 GmbHG vorgehen kann; vgl auch jüngst aus *Baumgartner*, JBl 2022, 226 (226 ff); aA *Harrer*, Haftungsprobleme 85; vgl bereits *Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit 159, 245 f; zur AG schon *Ring/Schachian*, Die Praxis der Aktiengesellschaft (1929) 417; *Weipert* in *Gadow et al*, AktG (1939) § 198 Anm 22 (S 866): „*Da aber doch Zweifel über die Rechtmäßigkeit eines Beschlusses bestehen können, zeigt Nr. 5 einen Weg, um diese Zweifel zu lösen.*“ Vgl auch *Pinner* in *Staub*, HGB II¹⁴ § 273 Anm 20 (S 708).

§ 41 GmbHG geltend gemacht werden.¹¹⁹² Insoweit behält § 41 Abs 3 GmbHG (doch) eine gewisse Bedeutung.¹¹⁹³

e. Fazit

Der rechtliche Status von Gesellschafterbeschlüssen (insb die Ausführungspflicht) hängt vom Schutzzweck der beschlussgegenständlichen Geschäftsführerpflicht ab. Der Schutzzweck manifestiert sich im System der Haftungskonzentration (auch) formal im Anwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen (§ 25 Abs 5 und 7 GmbHG). Wegen dieser Gläubigerschutzimplikation der Dispositionsbeschränkungen sind alle von § 25 Abs 5 und 7 GmbHG erfassten Organpflichten notwendigerweise zwingendes Recht und davon dispensierende Beschlüsse folglich absolut nichtig. Deshalb wären unter der Annahme der hM, dass sich § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf alle Ersatzansprüche (§ 25 GmbHG) bezögen, alle sorgfaltswidrigen Gesellschafterbeschlüsse (dh auch bloß wirtschaftlich „unzweckmäßige“ Weisungen) absolut nichtig. Das Anfechtungsrecht der Geschäftsführer gem § 41 Abs 3 GmbHG indiziert nur scheinbar das Gegenteil. Es beruht nämlich (wie auch § 25 Abs 5 GmbHG) auf der (überholten) historischen Prämisse, dass auch gläubigerschutzwidrige Beschlüsse mit „Anfechtungsklage“ bekämpft werden müssen, widrigenfalls sie verbindlich und haftungsfreistellend wirken. Das Anfechtungsrecht war als Korrektiv für die indisponible Haftung gem § 25 Abs 5 GmbHG konzipiert und sollte ein „Haftungsdiilemma“ des Geschäftsführers vermeiden. Mit der Anerkennung absolut nichtiger Beschlüsse haben § 25 Abs 5 GmbHG und § 41 Abs 3 GmbHG demgemäß ihre (ursprüngliche) Funktion verloren. Der „Anfechtbarkeit“ iSd § 41 Abs 3 GmbHG entspricht nach heutigem Verständnis die Beschlussnichtigkeit. Denn die fraglichen Beschlüsse verstoßen (kraft Implikation des

1192 Instruktiv schon Hueck, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit 159 f: „Die Anfechtungsklage ist also für sie [sc die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder] nicht ein Mittel, um einen im übrigen rechtsgültigen Beschluß zu beseitigen, sondern der Beschluß ist ohnehin unwirksam, und wenn den Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern trotzdem ein besonderes Anfechtungsrecht zugbilligt ist, so hat das nur insofern Bedeutung, als ihnen damit ein Mittel gegeben ist, sich bei Zweifeln über die Gültigkeit des Beschlusses aus einer unsicheren Lage zu befreien.“ Weiter heißt es ebenda: „Würden sie den Beschluß nicht ausführen, so würden sie, falls er doch gültig ist, sich der Gesellschaft gegenüber haftbar machen können, führen sie ihn aber aus, so können sie den Gläubigern haftpflichtig oder strafbar werden. Allerdings wird diese Gefahr durch die Anfechtungsklage nicht unbedingt beseitigt. Wird allerdings der Beschluß für nichtig erklärt, so ist eine klare Sachlage geschaffen, niemand kann mehr die Ausführung des Beschlusses verlangen.“ Wenn die „Anfechtungsklage“ gem § 271 Abs 4 dHGB 1897 (und das gilt auch heute für § 41 Abs 3 GmbHG) „überhaupt eine Bedeutung haben soll“, müssen Organmitglieder nach Hueck (aaO 246) auch nichtige Beschlüsse geltend machen können.

1193 Vgl auch Enzinger in Straube, WK GmbHG § 41 Rz 7 (Stand 01.08.2013), der den Zweck in der „Klärung der Situation“ sieht; zust Pucher, GesRZ 2015, 174 (179).

§ 25 Abs 5 GmbHG, für den § 41 Abs 3 GmbHG als Korrektiv fungiert) gegen Gläubigerschutzpflichten. Unter Berücksichtigung dieses historischen Kontexts spricht (auch) § 41 Abs 3 GmbHG (unter der Prämisse der hM) für Beschlussnichtigkeit.

Führt man sich nun noch einmal die Argumentation der hM vor Augen, wonach die strenge Geschäftsführerhaftung, die bei extensiver Anwendung des § 25 Abs 5 GmbHG entstünde, durch die Anfechtungsmöglichkeit der Geschäftsführer vertretbar würde, fällt eines natürlich auf: Die hier vertretene Beschlussnichtigkeit lässt eine extensive Anwendung des § 25 Abs 5 GmbHG *umso mehr* vertretbar wirken, als Geschäftsführer dann die Beschlussausführung schlicht verweigern können (und nicht einmal Anfechtungsklage erheben müssten). Insofern beruht das Argument der hM auf der unrichtigen Prämisse, dass der rechtliche Status von Weisungsbeschlüssen und (damit einhergehend) ihre Haftungsfreistellungswirkung isoliert von § 25 Abs 5 GmbHG beurteilt werden und sich daraus ein Haftungsdilemma für den Geschäftsführer ergeben kann. Das Anfechtungsrecht gem § 41 Abs 3 GmbHG ist somit die Lösung für ein Problem, das es richtig betrachtet gar nicht (mehr) gibt. Allerdings trifft der Vorwurf einer überstrengen (indisponiblen) Haftung (wie eingangs erwähnt) ohnehin primär die Beschränkung von Verzichten und Vergleichen (insb der jährlichen Entlastung), weshalb mit dem (im Übrigen unzut) Verweis auf § 41 Abs 3 GmbHG für das vorliegende Problem nicht viel gewonnen ist. Im Übrigen sollte die hier dargelegte Implikation der hM, dass das gesamte Spektrum des Organhandelns dem Gläubigerschutz dient und daher indisponibel ist, und dass demgemäß auch wirtschaftlich unzweckmäßige Weisungen absolut nichtig sind, zu denken geben. Angesichts dieser Implikation würde wohl auch so mancher Vertreter der hM seine Ansicht überdenken, denn die Annahme der Anfechtbarkeit außerhalb des § 25 Abs 3 GmbHG zeigt gerade, dass ein derart umfassender Gläubigerschutz nicht angenommen wird – daraus müsste dann aber richtigerweise auch ein eingeschränkter Anwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen gefolgert werden.

3) Verhältnis von § 25 Abs 5 und 7 GmbHG zu § 82 f GmbHG (Vermögensbindung)

Als weiteres Argument für die hM wird bisweilen angeführt, dass der im Vergleich zu § 43 Abs 3 Sätze 2 f dGmbHG (angeblich) weitere Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG (auch) dadurch bedingt sei, dass das öGmbHG eine umfassendere Vermögensbindung normiert.¹¹⁹⁴ Anders als sein deutsches Vorbild (§§ 30 f dGmbHG) beschränke das öGmbHG den

¹¹⁹⁴ So zB *Dellinger* in FS Frotz 187 (192 Fn 25); *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 495 aE (ohne Begründung), wonach der weitere Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG „nicht zuletzt auch mit der umfassenderen Vermögensbindung nach österreichischem GmbH-Recht zu tun [hat]“; anklingend auch bei *J. Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 24 f.

Schutz des Gesellschaftsvermögens nicht auf das Vermögen unterhalb der Stammkapitalziffer, sondern verbiete jede Vermögensauskehr, die nicht rechtmäßige Gewinnverteilung ist (§§ 82 f GmbHG). Deshalb sei es durchaus sachgerecht, wenn sich im öGmbHG auch die Dispositionsbeschränkungen der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG nicht nur auf die Sondertatbestände des § 25 Abs 3 GmbHG beschränken, sondern alle Ersatzansprüche gegen den Geschäftsführer umfassen.¹¹⁹⁵

Richtig daran ist die Prämisse, dass § 82 GmbHG anders als die §§ 30 f GmbHG nicht nur das Vermögen schützt, das zur Erhaltung des nominellen Stammkapitals nötig ist („Kapitalschutz“), sondern das gesamte Vermögen der Gesellschaft (Vermögensschutz)¹¹⁹⁶.¹¹⁹⁷ Verbotten ist demnach jede Auszahlung an Gesellschafter, die nicht gesetzlich erlaubt ist (Gewinn, Rückzahlung von Nachschüssen, Kapitalherabsetzung).¹¹⁹⁸ Die österreichischen Gesetzesverfasser waren der Meinung, dass der bloße Schutz des nominellen Stammkapitals für den Gesellschafter- und Gläubigerschutz unzureichend ist,¹¹⁹⁹ weil zwar ein Vermögenstransfer an Gesellschafter *„den Bestand des Stammkapitals augenblicklich nicht alteriert, [...] sich doch das Sinken unter das Stammkapital in Zukunft als Folge der Auszahlung einstellen, und nicht nur die Gläubiger, sondern auch die Gesell-*

1195 Vgl Dellinger in FS Frotz 187 (192 f Fn 25).

1196 In dieser Untersuchung werde ich gleichwohl überall dort, wo es auf die Unterscheidung nicht (mehr) ankommt, hauptsächlich von Kapitalschutz sprechen. Das dient zum einen der Vereinfachung und zum anderen soll dadurch der assoziative Bezug zu den (dennoch so bezeichneten) Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsregeln hergestellt werden.

1197 Vgl zB Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 86 f (auch zur Historie); Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 82 Rz 1; Ch. Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, ÖGesR² Rz 4/407 ff; Auer in Gruber/Harrer, GmbHG² § 82 Rz 1; J. Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung 98 f; zum Unterschied auch Ekkenga in MüKo GmbHG⁴ § 30 Rz 12. OGH 23.02.2016, 6 Ob 171/15p RWZ 2016, 125 (Wenger) = GesRZ 2016, 281 (Schörghofer) = ecolex 2016, 705; RIS-Justiz RS0105518: „Zweck der Bestimmung des § 82 Abs 1 GmbHG ist es, das Stam-, kapital als ‚dauernden Grundstock der Gesellschaft‘ und als einziges, ‚dem Zugriffe der Gläubiger freigegebenes Befriedigungsobjekt‘ gegen Schmälerung durch Leistung an die Gesellschafter abzusichern (236 BlgHH 17. Sess 88). Im Gegensatz zu § 30 dGmbHG verbietet § 82 GmbHG im Prinzip jede Zuwendung der Gesellschaft an die Gesellschafter, die nicht Gewinnverwendung ist, und schützt somit das gesamte Gesellschaftsvermögen und nicht nur den dem Stammkapital entsprechenden Teil; § 30 dGmbHG begnügt sich hingegen mit dem Schutz des dem Stammkapital entsprechenden Vermögens.“

1198 Vgl nur Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 87.

1199 Ganz allg setzte sich der österreichische Gesetzgeber zum Ziel, den Gläubigerschutz gegenüber dem deutschen Regelungsvorbild zu verbessern. Die umfassende Vermögensbindung ist ein Aspekt dieses Bestrebens (Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 66, 79). Vgl auch HHB I 272 BlgHH 17. Session 1905 2: „Der Angelpunkt, um den sich alles dreht, ist die Herstellung und Sicherung der Kreditbasis für die neue Gesellschaft“.

*schafter schädigen [kann].*¹²⁰⁰ Eine solche (umfassende) Vermögensbindung normiert übrigens seit jeher auch das Aktienrecht (vgl § 52 öAktG idgF; § 57 dAktG). Historisch gesehen ist daher das dGmbHG mit seinem relativ schwächeren Kapitalschutz die Ausnahme, das öGmbHG und das (österreichische wie deutsche) Aktienrecht dagegen die Regel. Die Verfasser des dGmbHG entschieden sich damals gegen den strengen Vermögensschutz des Aktienrechts des dHGB 1897, weil *„außer der Vertheilung des Gewinnes auch die eventuelle Rückzahlung von Nachschüssen in Betracht zu ziehen ist“*¹²⁰¹ (das Aktienrecht sieht keine Nachschüsse vor). Diese Erklärung scheint indes nicht zwingend, weil auch das öGmbHG die Rückzahlung von Nachschüssen gestattet (§ 74 GmbHG).

Insoweit, in der Prämisse, ist dem eingangs referierten Argument daher beizupflichten. Der strengere Vermögensschutz des öGmbHG gebietet es auch (da die Kapitalerhaltung unabhängig von ihrer Intensität dem Gläubigerschutz dient), dass Ersatzansprüche wegen einer Verletzung dieses strengeren Schutzes (ebenfalls) zwingend für den Zugriff der Gesellschaftsgläubiger erhalten werden. Es ist daher geboten, dass die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG (auch) den strengeren Vermögensschutz mitumfassen. Das tun sie aber schon, indem sie sich auf § 25 Abs 3 GmbHG beziehen. Denn gem § 25 Abs 3 GmbHG sind die Geschäftsführer insb zum Ersatz verpflichtet, wenn *„gegen die Vorschriften dieses Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrages Gesellschaftsvermögen verteilt wird, namentlich [...] Gewinnanteile ausgezahlt [...] werden.“*¹²⁰² Unter die „Vorschriften dieses Gesetzes“ fällt eben auch § 82 GmbHG. Durch die offene Formulierung des Gesetzes wird der Kapital- bzw Vermögensschutz daher unabhängig davon erfasst, wie ausgeprägt er im Einzelnen sein mag. Daher ist schon durch die Anwendung der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf § 25 Abs 3 GmbHG die (hierzulande strengere) Vermögensbindung haftungsrechtlich abgesichert.

Deshalb gebietet die strengere Vermögensbindung *nicht*, dass sich § 25 Abs 5 und 7 GmbHG über § 25 Abs 3 GmbHG hinaus auf alle Ersatzansprüche der Gesellschaft gem § 25 Abs 2 GmbHG beziehen. Wie oben gezeigt, än-

1200 EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 89. Diese Erklärung für das strengere Regime mag jedoch nicht so recht überzeugen. Dass eine Ausschüttung später zu einer (dann schädigenden) Vermögensminderung führen kann, trifft nämlich auch auf die Gewinnverteilung zu. Die Begründung der EBRV erklärt nicht, weshalb es gerade auf den Formalakt der „Umwidmung“ von Gesellschaftsvermögen in Bilanzgewinn ankommen soll (krit auch [ohne Bezugnahme auf den genannten Normzweck] J. Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung 99 f).

1201 AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3745. Weiter heißt es dort: *„Es empfiehlt sich vielmehr, den allgemeinen Grundsatz aufzustellen, daß das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft den Gesellschaftern nicht ausgezahlt werden darf. Das Stammkapital bedeutet hierbei, wie auch sonst im Entwurf, das im Gesellschaftsvertrage festgesetzte Solvermögen, welchem das Aktivvermögen der Gesellschaft als Deckung gegenübersteht.“*

1202 Hervorhebungen durch den Verf.

dert die strengere Vermögensbindung nur den (verwiesenen) *Inhalt* des § 25 Abs 3 GmbHG, aber nicht den Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG. Die (allgemeine) Haftung gem § 25 Abs 2 GmbHG hat mit der Vermögensbindung gem § 82 GmbHG insoweit auch nichts zu tun.¹²⁰³ § 82 GmbHG will (wie die §§ 30 f dGmbHG) verhindern, dass gebundenes Vermögen (unabhängig von der Intensität dieser Bindung) *an die Gesellschaft* ausgekehrt wird.¹²⁰⁴ Dagegen sanktioniert § 25 Abs 2 GmbHG als *Aufgangtatbestand*¹²⁰⁵ alle Pflichtverletzungen der Geschäftsführer (arg: „*ihre Obliegenheiten*“). Da Leistungen an die Gesellschafter vom Spezialtatbestand des § 25 Abs 3 GmbHG erfasst sind, bleiben für § 25 Abs 2 GmbHG nur Fälle, in denen das Gesellschaftsvermögen auf andere Weise vermindert wird. Das gilt vor allem für den wichtigen Bereich der sorgfaltswidrigen „bloßen“ Geschäftsführung, bei der allenfalls Gesellschaftsvermögen an Nicht-Gesellschafter abfließt, zB weil der Geschäftsführer ein wirtschaftlich nachteiliges Geschäft abschließt. Gleiches gilt für die Belastung des Gesellschaftsvermö-

1203 Wie sich unten noch zeigen wird (s iZm dem Anwendungsbereich von § 25 Abs 5 und 7 GmbHG unten S 390 ff und iZm abstrakten Haftungsbeschränkungen im Vorhinein unten S 642 ff), determiniert die Vermögensbindung allerdings *mittelbar* den Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG außerhalb von § 25 Abs 3 GmbHG. Die dauerhafte Bindung des Vermögens der Gesellschafter (Einlagen) in der Gesellschaft (Kapitalaufbringung und -erhaltung) bewirkt nämlich (als Ausgleich für die ausgeschlossene Gesellschafterhaftung), dass die Gesellschafter ein „Eigenopfer“ zu erbringen haben und „etwas zu verlieren haben“. Die zwingende Eigenkapitalisierung „diszipliniert“ die Gesellschafter gleichsam im Umgang mit dem Gesellschaftsvermögen, wozu auch die Entscheidung über Dispositionen über Ersatzansprüche gegen Organmitglieder zählt. Da sich Verminderungen des Gesellschaftsvermögens (zB infolge fehlerhafter Geschäftsführung) zuerst im Eigenkapital (Residualanspruch) der Gesellschafter auswirken und die Gesellschafter folglich unmittelbarer betroffen sind als die Gläubiger, nehmen sie (etwa bei Dispositionen über Organhaftungsansprüche) präsumtiv auch – indem sie ihr eigenes Interesse wahren – die Interessen der Gläubiger wahr. Da der Gesetzgeber mit der Vermögensbindung die Gleichschaltung von Gesellschafter- und Gläubigerinteressen bewirkt, kann er den Gesellschaftern die autonome Entscheidung über die Haftungsfreistellung von Geschäftsführern durch Weisung, Verzicht oder Vergleich freistellen; dh diese Dispositionen müssen außerhalb des Vermögensschutzes (§ 25 Abs 3 GmbHG) nicht im Gläubigerinteresse durch § 25 Abs 5 und 7 GmbHG eingeschränkt werden, weil die Gläubiger wie erwähnt bereits mittelbar geschützt werden. Dieser Effekt ist wohl sogar umso stärker, je strenger die Vermögensbindung ist; die relativ strengere Vermögensbindung spricht daher genau besehen nicht für, sondern *gegen* die erweiterte Anwendung der Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf alle Ansprüche aus § 25 GmbHG (vgl dazu auch noch iZm abstrakten Vorausbeschränkungen der Vorstandshaftung unten S 1157 ff).

1204 Vgl allg *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 1 ff; *Auer in Gruber/Harrer*, GmbHG² § 82 Rz 1, 3.

1205 OGH 09.01.1986, 3 Ob 521/84 GesRZ 1986, 97; RIS-Justiz RS0059449; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 4.

gens mit Schadenersatzpflichten oder Geldstrafen. Derartige Vermögensabflüsse sind von der Vermögensbindung konzeptionell von vornherein nicht erfasst.

Davon abgesehen erweist sich die These eines extensiven Anwendungsbereichs der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG als Resultat der strengen Vermögensbindung des öGmbHG auch als zweifelhaft, wenn man nicht nur das Parallelgesetz (dGmbHG) betrachtet, sondern auch das Aktienrecht in den Wertungsvergleich miteinbezieht. Denn wie erwähnt normiert (auch) das Aktienrecht seit jeher eine umfassende Vermögensbindung. Gleichwohl beziehen sich die aktienrechtlichen Dispositionsbeschränkungen zugunsten der Gesellschaftsgläubiger (§ 84 Abs 5 Satz 3 AktG) unstrittig nicht auf *alle* Ersatzansprüche gem § 84 AktG, sondern nur auf jene gem § 84 Abs 3 AktG (Vermögensschutz) und darüber hinaus auf Ansprüche wegen grob schuldhafter Schädigung (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG). Somit ist der Anwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen im Aktienrecht schmaler, als es die hM für § 25 Abs 5 und 7 GmbHG annimmt, obwohl das Aktienrecht *ebenfalls* eine strenge Vermögensbindung vorsieht.¹²⁰⁶ Dann kann diese strenge Vermögensbindung aber nicht der entscheidende Grund dafür sein, dass sich die § 25 Abs 5 und 7 GmbHG (vermeintlich) auf alle Ersatzansprüche beziehen. Aus dem (engeren) Anwendungsbereich des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG kann übrigens auch nicht abgeleitet werden, dass sich wegen der strengeren Vermögensbindung auch § 25 Abs 5 und 7 GmbHG über § 25 Abs 3 GmbHG hinaus auf Ersatzansprüche wegen zumindest grob fahrlässiger Schädigung beziehen müsse (vgl § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG). Denn das aktienrechtliche Verfolgungsrecht und die korrespondierenden Dispositionsbeschränkungen bezogen sich auch im älteren Aktienrecht (Art 241 Abs 4 Satz 2 ADHGB 1884 bzw § 241 Abs 4 Satz 2 dHGB 1897) – bis zum AktG 1937/1938 – nur auf Ersatzansprüche wegen der Verletzung der Kapitalerhaltungsvorschriften oder des Verbots von Zahlungen nach Insolvenzreife (vgl heute § 84 Abs 3 AktG idgF). Schon damals waren aber Leistungen an Aktionäre nur gestattet, wenn es sich um eine wirksame Gewinnverteilung handelte, dh schon damals war die Vermögensbindung so streng wie im geltenden Aktienrecht.¹²⁰⁷ Dass das AktG 1937/1938 die indisponible Vorstandshaftung (Verfolgungsrecht und Dispositionsbeschränkungen) über § 84 Abs 3 AktG hinaus ausweitete (eingeschränkt auf grobe Fahrlässigkeit), war nicht etwa einer verschärften Vermögensbindung geschuldet (die eben nicht verändert wurde), sondern eine Reaktion auf die Abschaffung der Weisungsgebundenheit des Vorstands, und sollte ein haf-

1206 Aus den hier genannten Gründen unzut. auch (für das deutsche Recht) Jousen, GmbHR 441 (447), nach dem (ua) die umfangreichere Vermögensbindung im Aktienrecht der Grund dafür sei, dass das GmbH-Recht einerseits und das Aktienrecht andererseits *in puncto* Disponibilität der Organhaftung *unterschiedlich* zu beurteilen.

1207 Vgl Art 216 Abs 2 ADHGB 1884; § 213 dHGB 1897.

tungsrechtliches Gegengewicht zu seiner (angeblich) gesteigerten Leitungsmacht bilden (dazu sogleich unten)¹²⁰⁸. Diese Entwicklung spricht (ebenfalls) dagegen, dass die strenge Vermögensbindung ein extensives Verständnis der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG iSd hM gebietet. Damit ist natürlich noch nicht gesagt, dass es nicht eine *andere* sachliche Rechtfertigung für die hM geben kann. Weitergehende Überlegungen werden jedoch zeigen, dass es eine solche Rechtfertigung tatsächlich nicht gibt, und dass vielmehr gewichtige (rechtsformindifferente) Wertungen der hM entgegenstehen.

4) Verhältnis von § 25 Abs 5 und 7 GmbHG zu § 84 Abs 5 Satz 3 AktG

Das Aktienrecht kennt mit § 84 Abs 5 Satz 3 AktG¹²⁰⁹ eine Parallelbestimmung zu § 25 Abs 5 und 7 GmbHG. Ihr zufolge wird die Ersatzpflicht von Vorstandsmitgliedern den Gläubigern gegenüber weder durch einen Verzicht oder Vergleich (vgl § 25 Abs 7 GmbHG) noch dadurch aufgehoben, dass die Handlung auf einem HV-Beschluss beruht (vgl § 25 Abs 5 GmbHG).¹²¹⁰ Wie § 25 Abs 5 und 7 GmbHG enthält auch § 84 Abs 5 Satz 3 AktG keine explizite Beschränkung auf bestimmte Ersatzansprüche. Bei näherer Betrachtung gilt § 84 Abs 5 Satz 3 AktG jedoch nicht schrankenlos. Vielmehr bezieht sich diese Norm (nur) auf die Geltendmachung von Ersatzansprüchen mittels Verfolgingsrechts (arg: „*Den Gläubigern gegenüber*“) und unterliegt daher mittelbar ebenfalls den Einschränkungen des Verfolgingsrechts.¹²¹¹ Demnach können Gesellschaftsgläubiger, wenn sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können (§ 84 Abs 5 Satz 1 AktG), die Ersatzansprüche der Gesellschaft gem § 84 Abs 3 AktG und darüber hinaus (insb also im Bereich „bloßer“ Geschäftsführung) auch sonstige Ersatzansprüche wegen zumindest grob fahrlässiger Schädigung (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG) selbstständig geltend machen. Damit ist ein wichtiger Unterschied zum GmbH-Recht identifiziert: Der Anwendungsbereich der aktienrechtlichen Dispositionsbeschränkungen ist (wenngleich nur mittelbar *qua* Anknüpfung an das Verfolgingsrecht) gesetzlich abgesteckt. § 84 Abs 5 Satz 3 AktG bezieht sich auf § 84 Abs 3 AktG und darüber hinaus auf sonstige Ersatzansprüche wegen grob fahrlässiger Schädigung (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG).

Dieser Befund lässt zunächst Zweifel an der hM aufkommen, die § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf alle Ersatzansprüche (also wegen *omnis culpa*) anwenden möchte. Es scheint zumindest zweifelhaft, ob GmbH-Geschäfts-

1208 S 285 ff.

1209 Auch „Einwendungsausschluss“ genannt (zB *Dellinger* in FS Frotz 187 ff).

1210 Zur außerdem in § 84 Abs 5 Satz 3 AktG genannten (aber praktisch nicht relevanten) Billigung einer Handlung durch den Aufsichtsrat noch im AG-Teil unten S 948.

1211 Die Beschränkung auf das Verfolgingsrecht ist allerdings korrekturbedürftig, weil Gläubiger auch schutzbedürftig sind, wenn sie ihre Forderung gegen die Gesellschaft durch die exekutive Pfändung und Überweisung deren Ersatzanspruchs gegen Organmitglieder hereinbringen. Dazu noch ausf im AG-Teil unten S 837 ff.

führer strenger haften sollen als Vorstandsmitglieder einer AG.¹²¹² Trotz dieses Minus gegenüber der hM scheint § 84 Abs 5 Satz 3 AktG tendenziell immerhin ein extensiveres Verständnis der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG zu fördern. Das spräche dann auch gegen jene Ansicht, die § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf Ersatzansprüche gem § 25 Abs 3 GmbHG beschränken möchte. Nahe-liegenderweise leiten einige Autoren¹²¹³ aus § 84 Abs 5 AktG wie erwähnt ab, dass (auch) § 25 Abs 5 und 7 GmbHG neben den Ansprüchen gem § 25 Abs 3 GmbHG *sonstige* Ersatzansprüche wegen zumindest grob fahrlässiger Schädigung umfassen. Bei aller Ähnlichkeit der GmbH zur AG *in puncto* Gläubigerschutz darf aber nicht in Vergessenheit geraten, dass die deutsche GmbH-rechtliche Parallelnorm die Dispositionsbeschränkungen auf den Kapitalschutz (§ 43 Abs 3 dGmbHG) beschränkt. Und Gleiches gilt auch für das ältere Aktienrecht bis zum AktG 1937/1938, dh noch auf Grundlage des dHGB 1897.

Hierzu müssen zunächst die Wertungen freigelegt werden, die den Aktiengesetzgeber zur Festlegung der groben Fahrlässigkeit als Zäsur bewogen haben.

a. Leitungsautonomie des Vorstands als Grund für eine (maximale) Ausdehnung der indisponiblen Vorstandshaftung

Das Kriterium der groben Fahrlässigkeit (außerhalb des Kapitalschutzes) für die Unwirksamkeit von Gesellschaftsdispositionen im Gläubigerinteresse ist nicht nur im Vergleich zum GmbH-Recht bemerkenswert, sondern auch in Relation zum älteren Aktienrecht. Denn zur Erinnerung:¹²¹⁴ Sowohl im ADHGB 1884 als auch im dHGB 1897 bezogen sich das Verfolgungsrecht und die korrespondierenden Dispositionsbeschränkungen noch ausschließlich auf Ersatzansprüche wegen der Verletzung der Kapitalerhaltungsregeln oder des Verbots von Zahlungen nach Insolvenzreife gem Art 241 Abs 3 ADHGB 1884 bzw § 241 Abs 3 dHGB 1897 (arg: „*In den vorbezeichneten Fällen*“ bzw „*in den Fällen des Abs. 3*“). Dass sich § 84 Abs 5 Satz 3 AktG

1212 Vgl idZ etwa *Dellinger* in FS Frotz 187 (192): rechtspolitisch nicht leicht erklärbarer Unterschied (dazu noch Fn 1249); *Ostheim* in *Korinek/Krejci*, Der Verein 117 (197 Fn 360 aE): „*rational nicht begründbar*“; vgl auch *Mandl*, Die Haftung des Vereinsvorstands 127: unterschiedliche Haftungsmaßstäbe nicht nachvollziehbar; *G. Frotz*, GesRZ 1982, 98 (100): „*wünschenswerte Rechtseinheit oder zumindest Rechtsangleichung*“ (dazu noch Fn 1252); *Kalss* in *Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, 16. ÖJT II/1 123, 245, wonach dieser „*Wertungswiderspruch*“ zugunsten der (isd hM extensiv verstandenen) GmbH-rechtlichen Regelung aufgelöst werden sollte (s noch Fn 1252); aus Sicht der Gegenansicht (Einschränkung auf § 25 Abs 3 GmbHG) *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (44): „*krasser Wertungswiderspruch*“.

1213 S die Nw in Fn 1051 und für Deutschland in Fn 1068. S auch die Stellungnahme dazu unten S 300 ff.

1214 S schon im Kap zur Haftungskonzentration oben S 93 ff.

darüber hinaus auf (sonstige) Ersatzansprüche wegen zumindest grob fahrlässiger Schädigung erstreckt, bedeutet somit eine *Ausdehnung* der indisponiblen Vorstandshaftung gegenüber den Vorbildbestimmungen des älteren Aktienrechts.

Anlass dafür waren tiefgreifende Änderungen der aktienrechtlichen Organisationsverfassung durch das AktG 1937/1938. So wurde die im Jahr 1884 noch forcierte Stärkung der Generalversammlung¹²¹⁵ wieder rückgängig gemacht, indem ihre Residualkompetenz und damit die Weisungsinitiative in Geschäftsführungsangelegenheiten abgeschafft wurde.¹²¹⁶ Der Vorstand sollte die AG nunmehr *unter eigener Verantwortung* leiten (§ 70 AktG).¹²¹⁷ An den Gedanken der Einheit von Herrschaft und Haftung¹²¹⁸ erinnernd, mahnt die AmtlBegr zum AktG 1937/1938, dass „[d]ieser gehobeneren Stellung [...] daher auch eine erhöhte Verantwortlichkeit entsprechen [muss].“¹²¹⁹ Deshalb sei es gerechtfertigt, die Vorstandshaftung „gegenüber den Gläubigern“¹²²⁰

1215 Vgl dazu ausf. Hommelhoff in Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 53 (87 ff.).

1216 Vgl. Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 317 ff; Deutsch/Leonhartsberger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 103 Rz 2. Diese Maßnahme wurde (in Anlehnung an das US-amerikanische Recht) damit gerechtfertigt, dass die Generalversammlung „zu wenig homogen, in ihrer Zusammensetzung zu sehr dem Zufall ausgeliefert und [...] auch den Dingen zu fern [sei]“, weshalb sie für die weitreichenden Befugnisse, die ihr nach dem älterem Aktienrecht zustanden, gar nicht geeignet sei (vgl. Bericht von Kifskalt vom April 1934, abgedr. bei Schubert/Schmid/Regge, Akademie für Deutsches Recht I 492 13 f.). Vgl. idZ auch Geßler, JW 1937, 497 (497), wonach die oberste Verwaltung schon nach dem dHGB 1897 in den Händen des Vorstands und Aufsichtsrats gelegen habe. Vgl. auch AmtlBegr AktG 1937/1938 155 (allg. Einleitung) (abgedr. auch bei Klausling, AktG 3): „Ferner mußte in Uebereinstimmung mit den Vorschlägen der Akademie für Deutsches Recht die Stellung der die Aktiengesellschaft leitenden Personen gestärkt werden. Es geht nicht an, daß diese bei ihrer Geschäftsführung in dem bisherigen Umfang von der Masse der unverantwortlichen Aktionäre abhängig sind, denen meist auch der notwendige Ueberblick über die Geschäftslage fehlt.“

1217 Vgl. Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 317 ff; Ch. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 70 Rz 2 ff.

1218 Vgl. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik⁶ (1990) 280; s. auch noch Fn 1537.

1219 AmtlBegr AktG 1937/1938 180 (abgedr. auch bei Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 656; Klausling, AktG 71). Die Rechtfertigung der Ausdehnung der (im Gläubigerinteresse) indisponiblen Vorstandshaftung mit der Verschiebung der Weisungsinitiative ist mE jedoch fragwürdig (dazu noch im AG-Teil unten S 819 ff.).

1220 Der Gesetzgeber des AktG 1937/1938 verstand das Verfolgungsrecht der Gesellschaftsgläubiger (§ 84 Abs 5 Sätze 1 f. AktG) wohl (der zeitgenössischen Lit. entspr.) als Anordnung einer Direkthaftung gegenüber den Gläubigern. Allerdings handelt es sich dabei nach mE zutr. Ansicht (nur) um eine Einziehungsermächtigung (zur Rechtsnatur des Verfolgungsrechts noch näher im AG-Teil). Für die hier behandelte Frage nach dem Anwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen ist die Rechtsnatur des Verfolgungsrechts aber ohnehin nicht von Bedeutung, weil die Vorstandshaftung insoweit für die Aktionäre *in jedem Fall* indisponibel ist. Ob sich die Indisponibilität aus eigenem Recht (bei angenommener Außenhaftung) oder

nicht, wie noch nach dem dHGB 1897 (vgl § 241 Abs 4 Satz 1 dHGB 1897: „*In den Fällen des Abs. 3*“), auf bestimmte Fälle zu beschränken.¹²²¹ Die Gesetzesverfasser erachteten die neue Leitungsautonomie des Vorstands sogar als hinreichende Rechtfertigung, die Dispositionsbeschränkungen (und damit die indisponible Vorstandshaftung) auf *sämtliche* Ersatzansprüche auszudehnen, dh auch auf leicht fahrlässige Sorgfaltsverstöße.¹²²²

b. Verhaltenssteuerung als Grund für die Einschränkung der indisponiblen Vorstandshaftung auf grobe Fahrlässigkeit (außerhalb § 84 Abs 3 AktG)

Davon nahm der Gesetzgeber letztlich aber Abstand. Denn er erkannte, dass eine allzu strenge Vorstandshaftung aus Sicht der Verhaltenssteuerung zu unerwünschten Ergebnissen führen kann. Die AmtlBegr führt dazu aus:

*„Diese Einschränkung des Verschuldensmaßstabs [sc auf grobe Fahrlässigkeit außerhalb § 84 Abs 3 AktG] ist notwendig, da es sich bei den anderen als den in § 84 Abs. 3 genannten Fällen meist um Obliegenheitsverletzungen handeln wird, die im Bereich der Geschäftsführung liegen. Eine unmittelbare Haftung gegenüber den Gläubigern auch in diesen Fällen für leichtere Verletzungen der Sorgfaltspflicht eintreten zu lassen, würde auf das Verantwortungsbewußtsein des Vorstands lähmend wirken und nicht dem Vorteil der Gesellschaft dienen.“*¹²²³

Die Überlegung, dass sich eine weitreichende indisponible Haftung von Organmitgliedern negativ auf deren Risikoanreiz auswirkt, ist nicht völlig unbekannt. Ähnliche Erwägungen leiteten bereits den Reformgesetzgeber von 1884, als er das Verfolgungsrecht und die Dispositionsbeschränkungen gem Art 241 Abs 4 ADHGB 1884 nicht auch auf „kulpöse“ Geschäftsführung erstreckte, sondern auf den Kapitalschutz („*In den vorgezeichneten Fällen*“) einschränkte:

„Offenbar würde es zu weit gehen, würde man die Mitglieder des Vorstandes auch für eine bloße kulpöse Geschäftsführung und für jedes statutenwidrige Handeln den Gesellschaftsgläubigern verantwortlich erklären, da nicht gefordert werden kann, daß die Mitglieder des Vorstandes sich ungeachtet der ihnen von der Gesellschaft erteilten Entlastung noch nach Jah-

aus einer gesetzlichen Anordnung (bei Haftungskonzentration) ergibt, ist für ihre Reichweite und deren wertungsmäßige Rechtfertigung ohne Belang.

1221 AmtlBegr AktG 1937/1938 180 (abgedr auch bei *Klausing*, AktG 71).

1222 Vgl AmtlBegr AktG 1937/1938 180 (abgedr auch bei *Klausing*, AktG 71): „*Eine unmittelbare Haftung der Vorstandsmitglieder gegenüber den Gläubigern kann nach dem Entwurf stets eintreten, wenn diese ihre Obliegenheiten schuldhaft verletzt haben.*“

1223 AmtlBegr AktG 1937/1938 180 (Hervorhebungen durch den Verf); abgedr auch bei *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 656 f; *Klausing*, AktG 71. Vgl auch *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 84 Anm 1 (S 305): „[...] damit nicht die Entschlußkraft und die Verantwortungsfreudigkeit der Vorstandsmitglieder Einbuße erleidet.“

*ren Gläubigern gegenüber wegen ihrer Geschäftsführung verantworten sollen.*¹²²⁴

Damit wird nun klarer, weshalb eine allzu strenge Organhaftung das Verantwortungsbewusstsein der Organmitglieder „lähmen“ könnte: Würden nämlich Ersatzansprüche trotz Verzichts (insb trotz Entlastung), Vergleichs oder Weisungsbefolgung zwingend zugunsten der Gesellschaftsgläubiger im Gesellschaftsvermögen erhalten, müssten die Organmitglieder bis zur Verjährung der Ansprüche mit einer Geltendmachung durch die Gläubiger rechnen. Das erschien im Bereich der „kulposen“ Geschäftsführung überschießend, wohl auch weil solche Sorgfaltsverstöße typischerweise nicht einfach zu erkennen sind.¹²²⁵ Auch die Entwurfsverfasser sind aber nicht die Urheber der vorstehenden Überlegungen, sondern konnten insoweit großzügig auf Vorüberlegungen des ROHG¹²²⁶ zurückgreifen.¹²²⁷ Das ROHG hatte sich bereits intensiv mit der Frage auseinandergesetzt, inwieweit die Gläubiger einer AG schutzbedürftig sind, wenn sie (mittelbar) dadurch geschädigt werden, dass die Organmitglieder schuldhaft pflichtwidrig das Gesellschaftsvermögen vermindern.¹²²⁸ Dabei identifizierte das ROHG zwei

1224 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 509 (Hervorhebungen durch den Verf). Weiter heißt es dort: „Der Entwurf läßt deshalb aus den beim Aufsichtsrath entwickelten Gründen in den Fällen der Ziffern 1 bis 5 Absatz 2 des Artikels 226 und in dem Falle, daß sie entgegen der Vorschrift des Artikels 226 und in dem Falle, daß sie entgegen der Vorschrift des Artikels 240 Absatz 2 Zahlungen an die Aktionäre leisten, für die Mitglieder des Vorstandes nur dieselbe subsidiarische Verhaftung wie für die Mitglieder des Aufsichtsraths den Gesellschaftsgläubigern gegenüber eintreten [...]“

1225 Näher dazu aus teleologisch-rechtsökonomischer Perspektive noch unten Fn 1644.

1226 Gutachten ROHG, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 217 f.

1227 S schon iZm der Haftungskonzentration oben S 48 ff. Dass die Vorstandsmitglieder den Gesellschaftsgläubigern gegenüber nicht für bloß fehlerhafte Geschäftsführung, sondern nur für gesetzwidrige Verminderungen des Grundkapitals haften, war übrigens schon im Schrifttum zu Art 241 ADHGB 1861 anerkannt. Vgl statt vieler *Renaud*, Actiengesellschaften (1863) 546 f: „Zwar haften die Vorsteher den Creditoren des Actienvereins nicht für die Unterlassung solcher Handlungen, welche eine gehörige Verwaltung der Gesellschaftsangelegenheiten ihnen zur Pflicht machte, und ebensowenig wegen eines Mangels an Sorgfalt bei Geschäften, die sie innerhalb ihrer Competenzen vorgenommen, sollte hierdurch das Vermögen der Gesellschaft vermindert worden oder dieser ein voraussichtlicher Gewinn entgangen sein [...]. Wohl aber stehen die Vorsteher für den Schaden ein, welcher aus einer Ueberschreitung ihrer Machtbefugnisse oder aus Handlungen, die sie den Vorschriften der Statuten oder des Gesetzes zuwider vorgenommen, den Gesellschaftsgläubigern erwachsen [...]“ Vgl auch *dens*, Actiengesellschaften² (1875) 816.

1228 Das ROHG ging noch von einer unmittelbaren Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern aus. Für die Frage des Umfangs eines gesetzlich anerkannten Gläubigerschutzbedürfnisses (dem im System der Haftungskonzentration die Reichweite der gesetzlichen Dispositionsbeschränkungen entspricht) ist der Haftungsmodus aber nicht von Bedeutung (s schon Fn 1220). Aus verhaltenssteuernder Sicht ist allein maßgeblich, inwieweit Organpflichten und Ersatzansprüche

widerstreitende Regelungsziele, nämlich einerseits den Schutz der Gesellschaftsgläubiger, der durch die grundsätzlich ausgeschlossene Gesellschafterhaftung bei Kapitalgesellschaften erforderlich ist, und andererseits die nötige Planungssicherheit der Vorstandsmitglieder, die durch die jährliche (außen) wirksame Entlastung erreicht wird. Widerstreitend sind diese Interessen deshalb, weil der Gläubigerschutz (scheinbar) die möglichst weitreichende Unwirksamkeit von Gesellschaftsdispositionen (insb Entlastung) verlangt, denn die Liquidation von Ersatzansprüchen füllt das Gesellschaftsvermögen (als einzigen Haftungsfonds) wieder auf. Dagegen erfordert das Planungsinteresse der Organmitglieder, dass Dispositionen (insb die Entlastung) möglich weitgehend wirksam sind, und zwar auch, soweit der Ersatz zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist. Die erstaunlich instruktive Abwägung des ROHG wird hier im Originalwortlaut wiedergegeben:

„Die Ersteren [sc Gesellschaftsgläubiger] haben allerdings, da ihnen bei dem Kreditiren an die Actiengesellschaft nur ein Grundkapital haftet, ein unmittelbares Interesse an der sorgfältigen Verwaltung dieses Kapitals und es würde gerechtfertigt erscheinen können, daß, was ihnen an diesem Kapital durch leichtfertige Geschäftsführung seiner Verwalter schwindet, ihnen durch persönliche Haftung dieser Verwalter wieder ersetzt wird.¹²²⁹ Auch ließe sich eine solche allgemeine Haftung der Vorstandsmitglieder für kulpöse Geschäftsführung den Gesellschaftsgläubigern gegenüber aus dem Gesichtspunkte des Rechts derselben, sich den Anspruch der Gesellschaft gegen die Vorstandsmitglieder überweisen zu lassen, rechtfertigen.¹²³⁰ Unter den im Art. 241 Abs 2 H.G.B. für schadenersatzberechtigt erachteten Personen sind die Gesellschaftsgläubiger

für die Gesellschaft indisponibel sind und eine Entlastung deshalb unwirksam sein muss. Ob sich die Indisponibilität im Fall einer Außenhaftung aus eigenem Recht oder im System der Haftungskonzentration kraft gesetzlicher Anordnung ergibt, ist unerheblich und beruht auf denselben Wertungsüberlegungen.

1229 Dass die ausgeschlossene Gesellschafterhaftung eine umfassende Indisponibilität der Organhaftung gebietet, war im Schrifttum zum ADHGB 1861 soweit ersichtlich nicht vertreten worden. Die Lehre stimmte vielmehr darin überein, dass Gläubiger nur bei gesetzwidriger, aber nicht bei jedweder Verminderung des Gesellschaftsvermögens (zB durch bloß „kulpöse“ Geschäftsführung) ersatzberechtigt sind (s schon Fn 1227).

1230 Diese Schlussfolgerung ist mE fragwürdig. Denn ob Gesellschaftsgläubigern ein (unmittelbarer) Schadenersatzanspruch zusteht, bestimmt sich (zumindest nach allg Grundsätzen) nach dem Schutzzweck der verletzten Organpflicht. Dagegen spielt der Schutzzweck keine Rolle für die Frage, ob der betreibende Gläubiger einen Ersatzanspruch des Hauptschuldners exekutiv durch Pfändung und Überweisung geltend machen kann. Mit der so verstandenen Argumentation des ROHG ließe sich für jede pfändbare Forderung eine unmittelbare Haftung des Drittschuldners gegenüber dem betreibenden Gläubiger (dh bei Haftungskonzentration die Indisponibilität von Ansprüchen für den Hauptschuldner) begründen. Es ist aber eine Sache, ob Vorstandsmitglieder unmittelbar haften (weil dann die Gesellschaft über die Haftung nicht disponieren kann) und eine andere, ob die Vorstandsmitglieder nur der Gesellschaft haften und Gesellschaftsgläubiger nach allg Grund-

als mitbegriffen zu erachten [...]. Die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern für den ihnen aus Gesetzes- und Statutenverletzungen erwachsenen Schaden [...] im Gesetz ausdrücklich auszusprechen, wird kein Bedenken haben. Eine Reihe der gesetzlichen Gebote bezweckt gerade die Sicherung der Gläubiger und dieser Zweck kann auch bestimmten Satzungen des Gesellschaftsvertrages zu Grunde liegen. **Dagegen möchten wir nicht befürworten, über diese Grenze hinaus die Vorstandsmitglieder auch für kulpose Geschäftsführung den Gesellschaftsgläubigern für verantwortlich zu erklären.** Der hin und wieder aufgetauchte Vorschlag, eine solche Verantwortlichkeit für grobes Versehen oder bössliche Handlungsweise auszusprechen, erscheint uns nicht annehmbar. Für eine sichere Abgrenzung des **groben Verschuldens** gegenüber anderen Verschuldensgraden fehlt es an sicherem Anhalt. Die Aufrechterhaltung derartiger Abstufungen steht nicht im Einklang mit dem Princip der freien richterlichen Würdigung, ob ein verantwortlich machendes Verhalten vorliegt. Der Begriff „bössliche Handlungsweise“ kann nach den Erfahrungen, welche auf dem Gebiete der Art. 396, 427, 610 H.G.B. gemacht sind, nicht als ein glücklich gewählter angesehen werden. **Eine Verantwortlichkeit für jedes vom Standpunkt freier richterlicher Würdigung befundenes Verschulden den Gläubigern gegenüber greift aber zu weit,** wenn man insbesondere erwägt, daß dergleichen Ansprüche in der Regel erst nach geraumer Zeit, wenn das verbliebene Gesellschaftsvermögen zur Deckung als unzureichend sich herausgestellt hat, erhoben werden und daß im Allgemeinen es als ein **gerechtfertigtes Verlangen der Gesellschaftsorgane** angesehen werden muß, nach ihrer jährlichen Rechnungslegung an die Gesellschaft entlastet zu werden oder bestimmte Monita gezogen zu sehen. Man darf hier den Gesichtspunkt wieder nicht aus den Augen verlieren, daß das Gesetz in eigenen Angelegenheiten **sorgsame Personen nicht abschrecken soll**, die Functionen der Mitglieder von Gesellschaftsorganen zu übernehmen. Dies geschieht aber, wenn sich dieselben **noch nach Jahren Gläubigern gegenüber auf den bloßen Vorwurf kulposer Geschäftsführung vertheidigen sollen.** Die Erhaltung des Grundkapitals ist durch ausdrückliche gesetzliche Gebote und Verbote umfassend geschützt. Erwägt man, daß die **Geneigtheit der Gesellschaft, die Organe bei groben Pflichtwidrigkeiten in der Geschäftsführung, auch wenn sie nicht Gesetzes- oder Statutenwidrigkeiten sind, zu dechargiren, nicht zur präsumiren ist,** so muß man die bloße Haftung des Vorstandes den Gesellschaftsgläubigern gegenüber **für Gesetzes- und Statutenverletzungen für ausreichend erachten.**¹²³¹

sätzen Haftungsansprüche exekutiv geltend machen können (weil damit nach allg Grundsätzen noch keine Dispositionsbeschränkung verbunden ist).

1231 Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 217 f (Hervorhebungen durch den Verf). Vgl iZm der Entlastung ähnlich aaO 246 f: „Allein andererseits darf man doch nicht vergessen, daß den Gesellschaftsorganen bei der Legung gehöriger Rechnung auch ein Recht auf Abnahme, bez. auf Erklärung, ob und was beanstandet wird, und auf Entlastung, falls keine Monita zu ziehen sind, zur Seite

Auf der einen Seite steht also das Interesse der Gesellschaftsgläubiger an der Erhaltung des Gesellschaftsvermögens als ihr Haftungsfonds, das nach Ansicht des ROHG prinzipiell sogar einen *umfassenden* Schutz vor *jeder* Verminderung des Gesellschaftsvermögens rechtfertigen könnte (vorsichtig formuliert: „würde gerechtfertigt erscheinen können“). Auf der anderen Seite stehen das Interesse der Organmitglieder an Planungssicherheit nach Ablauf jeder Rechnungslegungsperiode und (damit verbunden) die Gefahr der Abschreckung geeigneter Personen durch eine überstrenge Haftung (worin schon zum Ausdruck kommt, dass ein ausgewogenes Haftungsniveau und die nötige Risikobereitschaft mittelbar auch der Gesellschaft, ihren Anteilseignern und den Gläubigern nützt). Da die Kapitalerhaltung und die Insolvenzantragspflicht *jedenfalls* Gläubigerschutzvorschriften sind und als solche eine (indisponible) Haftung rechtfertigen (arg: „wird kein Bedenken haben“), stellte sich für das ROHG nur noch die Frage, ob und inwieweit auch im Bereich bloß „kulposer“ Geschäftsführung eine (indisponible) Haftpflicht angezeigt ist. Hierzu stellte das ROHG zwar unmissverständlich klar, dass es eine Haftung für kulpöse Geschäftsführung ablehnt; die Gründe dafür sind mE aber nicht eindeutig ersichtlich.¹²³² So erläuterte das ROHG ausführlich, dass einer Haftung für kulpöse Geschäftsführung das berechnete Verlangen der Organmitglieder nach Planungssicherheit und die (damit verbundene) Gefahr einer Abschreckung sorgsamer Personen entgegensteht (so auch dann die Motive). Daraus folgt, dass eine umfassende Haftung nicht durchführbar wäre, auch wenn sie grundsätzlich angezeigt wäre (etwa wegen der ausgeschlossenen Gesellschafterhaftung). Am Ende betont das ROHG dann auch, dass die Aktionäre ohnedies typischerweise nicht geneigt sein werden, Organmitglieder von der Haftung für grob pflichtwidrige kulpöse Geschäftsführung freizustellen. Daraus könnte folgen, dass eine Haftung im Bereich kulpöser Geschäftsführung (zumindest bei grober Pflichtwidrigkeit) gar nicht angezeigt ist, weil Gläubiger schon

steht und stehen muß. Es kann ihnen nicht zugemuthet werden, sich auf weite Zeiträume hinaus der Belege für ihre Geschäftsführung wie aller sonst erforderlichen Beweismittel zu versichern. Sie können zu diesem Zwecke gerichtliche Abnahme der Rechnung eventuell fordern. Dieses allgemeine Recht kann man für die Verwaltung des Vermögens von Actiengesellschaften nicht aufheben wollen, zumal wenn man erwägt, daß ausscheidende Mitglieder der Gesellschaftsorgane sich die Belege nicht mitnehmen können und daß jede Fortsetzung der Geschäftsführung die Scheidung zwischen den Wirkungen der bisherigen Thätigkeiten und den darauf folgenden erschwert. Hebt man aber dieses Recht nicht auf, so kommt man dazu, entweder die Gesellschaftsorgane zu Rechnungsabnahmeprozessen für jedes Geschäftsjahr zu zwingen oder, falls sie das im Interesse ihrer Geschäftsherrn unterlassen, ihnen dafür Nachweispflichten für längst verflossene Geschäftsperioden aufzubürden. Mit offenbar unbilligen Anordnungen wird man aber am wenigsten dem Bedürfniß der Gesellschaften gerecht werden, geeignete Mitglieder ihren Organe [sic] zu gewinnen.“

1232 Näher auch noch unten iZm teleologischen Überlegungen bei Fn 1502.

mittelbar dadurch geschützt werden, dass die Aktionärsinteressen typischerweise mit den Gläubigerinteressen gleichlaufen (auf das Zumutbarkeitsargument käme es dann insoweit gar nicht an).¹²³³ Andererseits lehnte das ROHG den Vorschlag einer Haftung für grobe Fahrlässigkeit offenbar nur deshalb ab, weil es die Differenzierung nach Verschuldensgraden für injustiziabel und dem Prinzip freier richterlicher Beweiswürdigung widersprechend hielt – und nicht (explizit) wegen der Unzumutbarkeit im Hinblick auf die Planungssicherheit der Organmitglieder oder wegen der (erst danach erwähnten) typischen Kongruenz von Aktionärs- und Gläubigerinteressen. Das letztere Argument könnte man wohl auch als bloße Rechtfertigung (iSe zweitbesten Lösung) für die nicht umgesetzte (aber eigentlich vielleicht favorisierte) Zäsur der groben Fahrlässigkeit deuten. Allerdings spricht die Schlussposition dieser Aussage und die direkt aus ihr abgeleitete Schlussfolgerung über das Ausmaß der Haftung dafür, dass sie für das ROHG schlussendlich maßgebend gewesen sein könnte: *„Erwägt man, daß die Geneigtheit der Gesellschaft, die Organe bei groben Pflichtwidrigkeiten in der Geschäftsführung, auch wenn sie nicht Gesetzes- oder Statutenwidrigkeiten sind, zu dechargiren, nicht zur präsumiren ist, so muß man die bloße Haftung des Vorstandes den Gesellschaftsgläubigern gegenüber für Gesetzes- und Statutenverletzungen für ausreichend erachten.“*¹²³⁴ Darauf werde ich unten noch zurückkommen.¹²³⁵ Als gesichert kann jedenfalls gelten, dass (i) das ROHG die ausgeschlossene Gesellschafterhaftung als Grund für eine indisponible Vorstandshaftung erachtete und (ii) eine solche Haftung im Bereich „kulploser“ Geschäftsführung (jedenfalls für *leichte* Fahrlässigkeit) wegen der unerwünschten Auswirkungen einer überstrengen Haftung ablehnte (so dann auch die Motive zum ADHGB 1884).

Richtet man das Augenmerk nach dieser rechtshistorischen Rückblende wieder auf das AktG 1937/1938, fallen zwei Parallelen auf: Zum einen hielten sowohl der Reformgesetzgeber von 1884 (gestützt auf die Überlegungen des ROHG) als auch der Gesetzgeber von 1937/1938 prinzipiell eine *umfassende* indisponible Haftung für gerechtfertigt. Sie hatten dafür aber verschiedene Gründe. Während sich das ROHG noch auf die ausgeschlossene Gesellschafterhaftung stützte, sah der Gesetzgeber des AktG 1937/1938 das entscheidende Moment in der neu eingeführten Eigenverantwortlichkeit des Vorstands. Eine zweite Gemeinsamkeit besteht darin, dass sowohl der Reformgesetzgeber als auch der Gesetzgeber von 1937/1938 eine derart umfassende indisponible Haftung für *omnis culpa* wegen der negativen Risikoanreizeffekte nicht umgesetzt hat. Während der Reformgesetzgeber die Haftung auf die qualifizierten Gläubigerschutztatbestände des Art 241 Abs 3 ADHGB 1884 begrenzte (vielleicht auch nur wegen angenommener Injusti-

1233 Zur Bedeutung dieses mittelbaren Gläubigerschutzes durch typische Interessenskongruenz noch ausf unten S 390 ff.

1234 Gutachten ROHG, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 218.

1235 S 390 ff.

ziabilität von Verschuldensgraden), ging der Gesetzgeber von 1937/1938 über die Sondertatbestände des § 84 Abs 3 AktG hinaus, zog die Grenze aber aus den genannten Verhaltenssteuerungsgründen bei grob fahrlässiger Schädigung (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG).

c. Schlussfolgerungen für den Anwendungsbereich des § 25 Abs 5 und 7 GmbHG

Aus diesen beiden Beobachtungen lassen sich nun Schlussfolgerungen für den Anwendungsbereich von § 25 Abs 5 und 7 GmbHG ziehen:

a. *Keine Anwendung auf alle Ersatzansprüche – grobe Fahrlässigkeit als rechtsformindifferente Grenze*

Sowohl das ROHG als auch der Aktiengesetzgeber von 1937/1938 erkannten, dass sich eine umfassende indisponible Haftung zugunsten der Gesellschaftsgläubiger, dh für *omnis culpa* im Bereich der bloßen Unternehmensleitung, negativ auf das Risikoprofil („*Verantwortungsbewusstsein*“) der Leitungsorganmitglieder auswirken würde. Antizipieren die Organmitglieder eine drohende Inanspruchnahme trotz beschlossener Entlastung (potenziell bis zur Anspruchsverjährung), neigen sie zu einem risikoaversen Management, dh insb zu überhöhten Sorgfaltsaufwendungen zur Schadensvermeidung.¹²³⁶ Allerdings ist das Eingehen kalkulierter Risiken unerlässlich für langfristigen unternehmerischen Erfolg.¹²³⁷ Deshalb würde eine allzu strenge Haftung auch „*nicht dem Vorteil der Gesellschaft dienen*“¹²³⁸. Gleiches gilt übrigens für die Interessen der Gesellschaftsgläubiger, die gewissermaßen am Gesellschaftsinteresse „hängen“. Genau betrachtet ist eine Einschränkung der indisponiblen Organhaftung deshalb nicht nur im Interesse der Organmitglieder selbst, sondern auch im Gesellschafts- und Gläubigerinteresse gelegen.¹²³⁹ Es scheint mE daher von vornherein fraglich, ob ein Schutzbedürfnis der Gesellschaftsgläubiger (wie auch immer es begründet wird) wirklich eine *umfassende* Indisponibilität der Organhaftung gebietet. Jedenfalls verortete der Aktiengesetzgeber den Wendepunkt, an dem

1236 S zur rechtsökonomischen Plausibilisierung der Begrenzung der indisponiblen Organhaftung aus Gründen der Verhaltenssteuerung noch unten bei Fn 1644.

1237 Vgl schon plastisch (referierend zur Frage der Vorstandshaftung für *omnis culpa*) Kommissionsbericht ADHGB 1884, in Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 5. Legislaturperiode, IV. Session 1884, 4. Band, Anlage 128 S 1009 (1022 lSp): „*Der Vorstand solle nicht bloß konservieren wie der Vormund, sondern er solle in schöpferischer Thätigkeit erwerben. Er müsse spekulieren, die Konjunktur des Augenblicks benutzen [...]*“.

1238 AmtlBegr AktG 1937/1938 180; abgedr auch bei Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 656 f; Klausling, AktG 71; vgl auch Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 217 f; allg auch J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 11, 66 (Stand 01.09.2022).

1239 S auch noch Fn 1251.

gleichsam der „Grenznutzen“ zusätzlicher Haftungsstrenge negativ wird, bei *grob fahrlässiger* Schädigung (außerhalb des Kapitalschutzes).

Diese Überlegungen beziehen sich zwar unmittelbar nur auf die Haftung der Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften, aber die psychologische Hemmwirkung einer antizipierten Inanspruchnahme wurzelt in der typischen Risikoaversion¹²⁴⁰ natürlicher Personen.¹²⁴¹ Deshalb ist diese Hemmwirkung unabhängig sowohl von der Rechtsform als auch von der Art der Organmitgliedshaftung (Außen- oder Innenhaftung).¹²⁴² Innerhalb der Innenhaftung kommt es außerdem nicht auf den Modus der Anspruchsdurchsetzung an (Verfolgungsrecht oder Drittschuldnerklage). Deshalb ist unter dem Aspekt der Verhaltenssteuerung auch nicht von Bedeutung, dass das GmbHG im Gegensatz zum AktG kein selbstständiges Verfolgungsrecht der Gesellschaftsgläubiger vorsieht (wobei das Verfolgungsrecht nach mE zutr Ansicht ohnedies analog anzuwenden ist)¹²⁴³.¹²⁴⁴ Denn aus Sicht des Organmitglieds ist nicht entscheidend, *wie* Ersatzansprüche geltend gemacht werden, dh ob ein direkter Anspruch geltend gemacht wird, oder ein Gesellschaftsanspruch mittels Verfolgungsrechts oder exekutiv durch Pfändung und Überweisung eingezogen wird, vielmehr kann es für Organmitglieder in Bezug auf die Antizipation einer künftigen Inanspruchnahme und die daraus resultierende Anreizwirkung nur bedeutsam sein, *ob* die Gesellschaft die Organmitgliedshaftung durch (vor- oder nachherige) Disposition (insb jährliche Entlastung) verlässlich und außenwirksam ausschließen bzw beseitigen kann. Dafür ist einerlei, ob sich die Indisponibilität der Haftung für die Gesellschaft aus dem eigenen Recht der Gläubiger ergibt (bei angenommener Außenhaftung), oder aus einer besonderen gesetzlichen Anordnung als Korrektiv für eine exklusive Innenhaftung (Dispositionsbeschränkungen), wodurch Ersatzansprüche der Gesellschaft zwingend im Gesellschaftsvermögen erhalten werden, um den Gesellschaftsgläubigern den Zugriff darauf (sei es exekutiv oder durch Verfolgungsrecht) zu sichern.¹²⁴⁵ Demgemäß käme es für

1240 Zu diesem Phänomen noch ausf unten bei Fn 1542 ff.

1241 Treffend schon Kornfeld/Scheu (GmbHG [1906] § 25 Anm III [S 42]), wonach es „eine allzu große Härte wäre, und in allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht begründet erscheint, die Haftung der Geschäftsführer auch für Versehen, deren sie sich bei der Geschäftsführung schuldig gemacht haben oder für welche sie durch Beschlüsse der Gesellschafter beziehungsweise des Aufsichtsrates gedeckt sind oder Absolutorium [sc Entlastung] erlangt haben, zu Gunsten der Gläubiger fortbestehen zu lassen [...]“.

1242 S dazu schon Fn 1220 und Fn 1228. Wohl allg abl aber Koppensteiner, GesRZ 2023, 84 (85).

1243 S dazu schon ausf oben S 210 ff.

1244 Unzutr daher mE Runggaldier/Schima, Rechtsstellung 226, die für ein extensives Verständnis des § 25 Abs 5 und 7 GmbHG vorbringen, dass die Schranke der groben Fahrlässigkeit gem § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG bloß den „unmittelbare[n] Zugriff“ von Gesellschaftsgläubigern beschränke. Zust Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 496 f (der von einem „direkten Anspruch“ der Gläubiger spricht).

1245 S dazu schon Fn 1220 und Fn 1228.

die „Haftungsstrenge“, dh das Ausmaß der indisponiblen Organhaftung ohne Haftungskonzentration auf die Reichweite der Direkthaftung an, weil die Gesellschaft dann über Ersatzansprüche der Gläubiger nicht verfügen könnte. Im System der Haftungskonzentration kommt es dafür allein auf den Anwendungsbereich der gesetzlichen Dispositionsbeschränkungen an. Der rechtstechnische Modus der Anspruchsdurchsetzung ist wie erwähnt nicht entscheidend für die Antizipation des Haftungsrisikos. Wenn also der Gesetzgeber des AktG 1937/1938 das Verfolgungsrecht außerhalb des § 84 Abs 3 AktG auf grobe Fahrlässigkeit eingeschränkt hat (vgl § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG), wollte er damit richtig besehen auch die (an das Verfolgungsrecht anknüpfenden [arg: „*Den Gläubigern gegenüber*“]) Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG und damit wie gesagt allgemein die im Gläubigerinteresse indisponible Organmitgliedshaftung (die „Haftungsstrenge“) als solche begrenzen.¹²⁴⁶ Dass sich § 84 Abs 5 Satz 3 AktG nur auf das Verfolgungsrecht bezieht (und nicht wie im GmbH-Recht offen formuliert ist), ist nämlich historisch dadurch bedingt, dass der Reformgesetzgeber von 1884 das Verfolgungsrecht (zu Unrecht) als einzig bedeutsamen Durchsetzungsmodus erachtete.¹²⁴⁷ Deshalb ist die Einschränkung auf grobe Fahrlässigkeit gem § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG (und die Voraussetzung der Befriedigungsunmöglichkeit gem § 84 Abs 5 Satz 1 AktG) auch zu berücksichtigen, wenn § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (gebotenerweise) auch auf die exekutive Anspruchsdurchsetzung angewendet wird (dazu noch unten)¹²⁴⁸.

Bei der Begrenzung der im Gläubigerinteresse indisponiblen Organmitgliedshaftung auf grobe Fahrlässigkeit (außerhalb des Kapitalschutzes) aus Gründen der Verhaltenssteuerung handelt es sich demgemäß um eine *rechtsformunabhängige* Schranke. Im System der Haftungskonzentration ist diese Schranke wie gesagt gleichbedeutend mit dem Anwendungsbereich der gesetzlichen Dispositionsbeschränkungen. Als Zwischenergebnis ist somit zu notieren, dass sich § 25 Abs 5 und 7 GmbHG *nicht* iSd hM auf alle Ersatzansprüche gem § 25 Abs 2 GmbHG beziehen kann (das hieße auch wegen leicht fahrlässig sorgfaltswidriger „bloßer“ Geschäftsführung). Diese Ansicht steht nämlich in unauflösbarem Widerspruch zur (rechtsformindifferenten) Wertung des § 84 Abs 5 Satz 3 iVm Satz 2 Hs 1 AktG. Desgleichen abzulehnen sind mE daher auch Versuche, den (vermeintlich) weiteren Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf strukturelle Unterschiede zwischen der GmbH und der AG zurückzuführen.¹²⁴⁹ Umso mehr abzulehnen ist mE die Ansicht,

1246 Insoweit zutr *Dellinger* in FS Frotz 198 (199 Fn 45).

1247 S zB schon Fn 939 (iZm der analogen Anwendung des Verfolgungsrechts auf die GmbH).

1248 S sogleich bei Fn 1253 und ausf noch im AG-Teil unten S 837 ff.

1249 Allfällige strukturelle Unterschiede (Besonderheiten der GmbH) können vielleicht eine Erstreckung der Dispositionsbeschränkungen über den Vermögensschutz (§ 25 Abs 3 GmbHG) hinaus rechtfertigen (s noch bei Fn 1258), aber wegen der uni-

versellen Grenze der groben Fahrlässigkeit außerhalb dieses Bereichs *keinesfalls* eine Erstreckung auf alle Ersatzansprüche gem § 25 Abs 2 GmbHG. Eine Erklärung für die (vermeintliche) Diskrepanz der Dispositionsbeschränkungen hat etwa *Dellinger* (in FS Frotz 187 [201 ff]) angeboten (wobei er eine extensive Lesart der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG iSd hM zugrunde legt). Die unterschiedliche Reichweite sei durch einen Strukturunterschied beider Rechtsformen bedingt: Während die AG nach ihrem gesetzlichen Leitbild als Publikumsgesellschaft mit weit gestreutem Aktienbesitz konzipiert sei, habe man die GmbH als „AG des kleinen Mannes“ vorgesehen, dh als Kapitalgesellschaft mit personalistischen Elementen für Zusammenschlüsse weniger Personen. Die Gesellschafter einer GmbH könnten Weisungen erteilen und würden häufig selbst als Geschäftsführer im Unternehmen mitarbeiten. Vor diesem Hintergrund sei es verständlich, dass der Gesetzgeber die Wirksamkeit einer die Haftung von vornherein ausschließenden oder im Nachhinein beseitigenden Disposition im Verhältnis zu den Gläubigern bei der AG eher akzeptiert als bei der GmbH. Denn die HV werde solche Dispositionen eher ohne Rücksichtnahme auf die persönlichen Interessen der Organmitglieder treffen und dabei ausschließlich nach dem Nutzen der Gesellschaft (und damit mittelbar ihrer Gläubiger) entscheiden als die mit der Geschäftsführung personell verflochtene Generalversammlung einer GmbH. Vgl demgegenüber das deutsche Recht, in dem – gerade umgekehrt – der weitergehende Gläubigerschutz in der AG durch strukturelle Rechtsformunterschiede zu erklären gesucht wird (vgl zB *Paefgen* in *Habersack/Casper/Löbke*, GmbHG³ § 43 Rz 232 [dazu Fn 3267]). Dieser (rechtsvergleichende) Befund sollte bereits eine gewisse Skepsis gegenüber dem Versuch entstehen lassen, vorgefundene rechtliche Unterschiede durch (vermeintliche) Strukturunterschiede zu erklären.

Im Übrigen stehen dem skizzierten Erklärungsversuch *Dellingers* mehrere Einwände entgegen (von der schon erläuterten universellen Wertung des § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG einmal abgesehen). Einen naheliegenden Einwand nimmt *Dellinger* (aaO 202) schon selbst vorweg, wenn er einräumt, dass in Österreich nur wenige AG tatsächlich dem gesetzlichen Leitbild der Publikumsgesellschaft entsprechen, sodass der angeführte „Strukturunterschied“ oft verwischt sei. Allerdings kommt es darauf mE gar nicht an, weil für eine mögliche Erklärung der unterschiedlichen Anwendungsbereiche die (idealtypischen) Annahmen des historischen Gesetzgebers maßgebend sind und nicht (vorbehaltlich einer dann gebotenen rechtsfortbildenden Korrektur) der sich im Zeitablauf veränderte Realtypus. Aber auch unter idealtypischen Prämissen vermag *Dellingers* Erklärung mE nicht zu überzeugen, und zwar aus mehreren Gründen. Gegen sie spricht zunächst, dass der Gesetzgeber selbst eine andere Begründung für die Reichweite des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG angibt. Er wollte die (auch indisponible) Vorstandshaftung wie erwähnt wegen der Leitungsautonomie des Vorstands verschärfen, dh das Verfolgungsrecht und die Dispositionsbeschränkungen ausweiten, und zwar prinzipiell sogar auf *jede* Schädigung (*omnis culpa*). Nach der Wertung des Gesetzgebers hätte die indisponible Vorstandshaftung somit prinzipiell genauso weit reichen sollen, wie *Dellinger* es für die GmbH annimmt, ohne dass dem eine (angeblich) gesteigerte Objektivität der Aktionäre entgegenstanden wäre. Dass die indisponible Haftung letztlich auf grobe Fahrlässigkeit (außerhalb des § 84 Abs 3 AktG) eingeschränkt wurde, beruht wie erwähnt auf der (rechtsformindifferenten) negativen Wirkung einer überstrenigen Haftung, und damit *nicht* auf strukturbedingten Unterschieden. Davon abgesehen mag die Erklärung *Dellingers* vielleicht noch bei einem „statischen“ Vergleich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG mit § 84 Abs 5 AktG plausibel scheinen. Denn ein

der zufolge *auch* die Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (im Falle der exekutiven Anspruchsdurchsetzung mittels Drittschuldnerklage)¹²⁵⁰ auf alle Ersatzansprüche anzuwenden seien (also entgegen § 84 Abs 5

solcher Vergleich erweckt leicht den Anschein, dass die umfassende Anwendung der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf alle Ersatzansprüche der „Normalfall“ sei, die Einschränkung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG dagegen die (privilegierende) Ausnahme. Dieser Anschein erweist sich aber als unrichtig, wenn man das Blickfeld auf die (aktienrechtlichen) Vorgängerbestimmungen und die (deutschen) Parallelbestimmungen erweitert: Vor dem AktG 1937/1938 unterlag der Vorstand nämlich noch, wie (davon abgeleitet) heute der GmbH-Geschäftsführer, der Weisungsmacht der Generalversammlung (HV). Gleichwohl war die Vorstandshaftung damals nur im Bereich des Kapitalschutzes zugunsten der Gläubiger indisponibel (Art 241 Abs 4 ADHGB 1884; § 241 Abs 4 dHGB 1897). Die bloße Betrachtung des geltenden Rechts erweckt wie gesagt den falschen Anschein, dass § 84 Abs 5 AktG gegenüber dem (vermeintlich) „regulären“ Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG *eingeschränkt* wurde. Doch das Gegenteil ist der Fall: Im älteren Aktienrecht war die Beschränkung der indisponiblen Organhaftung auf den Bereich des Kapitalschutzes der Normal- und Ausgangsfall. Erst das AktG 1937/1938 *erweiterte* das Verfolgungsrecht und die Dispositionsbeschränkungen auf grobe Fahrlässigkeit (außerhalb des Kapitalschutzes). Diese Ausweitung begründete der Gesetzgeber aber nicht mit einer verminderten Objektivität der Aktionäre, sondern wie erwähnt mit der Leitungsautonomie des Vorstands. Im Übrigen ist auch nicht anzunehmen, dass die Aktionäre ab dem AktG 1937/1938 weniger objektiv geworden sind. Wenn überhaupt, ist das Gegenteil richtig: Die „Entmachtung“ der HV durch das AktG 1937/1938 war gerade von der Überzeugung getragen, dass jene *„zu wenig homogen, in ihrer Zusammensetzung zu sehr dem Zufall ausgeliefert und [...] auch den Dingen zu fern“* und deshalb ungeeignet sei, weitreichende Befugnisse auszuüben (s Fn 1216). Des Weiteren kann der von *Dellinger* angesprochene Strukturunterschied auch nicht plausibel erklären, warum sich die Dispositionsbeschränkungen der § 43 Abs 3 Sätze 2 f d GmbHG unstr nur auf Abs 3 beziehen. Es ist nicht anzunehmen, dass die deutsche GmbH nach ihrem gesetzlichen Leitbild weniger personalistisch ausgestaltet ist oder ihre Gesellschafter aus anderen Gründen (signifikant) unbefangener (sogar objektiver als die Aktionäre einer AG [vgl § 93 Abs 5 dAktG]) wären. Wieder ist (zumindest idealtypisch) eher das Gegenteil der Fall: Die deutschen Gesetzesverfasser verzichteten zB auf Minderheitenschutzbestimmungen, während die österreichische Herrenhauskommission solche Bestimmungen (nachträglich) mit der Begründung einfügte, dass die GmbH wegen ihrer Zweckoffenheit realtypisch auch kapitalistisch ausgestaltet sein kann und ein gesetzlicher Minderheitenschutz *„wegen der Gleichheit der Verhältnisse“* geboten sei (s oben S 133 ff). Schließlich sprechen auch diese Minderheitenschutzvorschriften gegen die These, dass der Gesetzgeber Gesellschafter einer GmbH als weniger objektiv einschätzt als Aktionäre. Denn sowohl das GmbH- als auch das Aktienrecht schützen eine Minderheit von 10% des Stamm- bzw Grundkapitals vor nachteiligen Dispositionen der Gesellschaftermehrheit (vgl § 43, § 84 Abs 4 Satz 3 AktG [analog]). Und diesen Rechten liegt die Annahme zugrunde, dass die Gesellschafter- bzw Aktionärsmehrheit typischerweise in einem Naheverhältnis zu „ihren“ Organmitgliedern steht und deshalb bei der Geltendmachung von Ersatzansprüchen und bei Dispositionen über Ersatzansprüche präsumtiv einem Interessenkonflikt unterliegt (dazu schon oben allg S 133 ff).

1250 Bei der Geltendmachung von Gesellschaftsansprüchen mittels *Verfolgungsrechts* kann die Einschränkung des § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG jedenfalls nicht ignoriert

Satz 2 Hs 1 AktG auch wegen *leicht fahrlässiger* Schädigung), um einen „Gleichklang“¹²⁵¹ mit § 25 Abs 5 und 7 GmbHG herzustellen.¹²⁵²

werden (so iE auch *G. Frotz*, GesRZ 1982, 98 [100], der § 84 Abs 5 Satz 3 AktG aber bei der Drittschuldnerklage insoweit schrankenlos anwendete). S dazu auch sogleich Fn 1252.

1251 Eine solche „Angleichung“ mag vielleicht (rechtspolitisch) wünschenswert scheinen, weil § 25 Abs 5 und 7 GmbHG wörtlich verstanden (scheinbar) gläubigerschutzfreundlicher ist, als der auf grobe Fahrlässigkeit beschränkte § 84 Abs 5 Satz 3 AktG. Scheinbar aber nur deshalb, weil eine zu strenge Haftung die Risikobereitschaft der Entscheidungsträger mindert und damit die langfristige Wettbewerbsfähigkeit der Gesellschaft gefährdet. Eine überstrenge Haftung schadet deshalb (auch) den Gläubigern langfristig mehr, als sie ihnen nützt. Daher kann eine möglichst umfassende indisponible Haftung entgegen dem ersten Anschein von vornherein nicht im Interesse der Gesellschaftsgläubiger liegen.

1252 Diese „Rechtsangleichung“ geht aus von der als unrichtig erachteten hM, wonach sich § 84 Abs 5 Satz 3 AktG gem der systematischen Stellung nur auf die Anspruchsverfolgung mittels Verfolgungsrechts bezieht. Soweit Gläubiger die Ersatzansprüche der Gesellschaft dagegen exekutiv geltend machen, würden HV-Beschlüsse, Verzichte und Vergleiche die Vorstandshaftung auch gegenüber den Gläubigern ausschließen. Dagegen wendete insb *G. Frotz* (GesRZ 1982, 98 [101]) ein, dass die Frage, welche Einwendungen ein Organmitglied hat, eine materiell-rechtliche sei und als solche nicht vom Modus der Rechtsverfolgung abhängen könne. Im Ergebnis will *G. Frotz* § 84 Abs 5 Satz 3 AktG auf *jede* Art der Rechtsverfolgung (auch die Forderungsexekution) anwenden, und zwar dem offenen Wortlaut entspr auf *alle* Ersatzansprüche und Verschuldensgrade. Eine Einschränkung sei lediglich insofern anzuerkennen, als die Dispositionsbeschränkungen nur greifen, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist (vgl § 84 Abs 5 Satz 1 AktG). Damit wollte *G. Frotz* die „*wünschenswerte Rechtseinheit oder zumindest Rechtsangleichung*“ mit dem GmbH-Recht und eine „*rechtsanwendungsmäßige[] Vereinheitlichung*“ (aaO 100) herbeiführen.

Auf diese Argumente werde ich im AG-Teil noch auf eingehen (s unten S 837 ff). Hier genügt eine kurze Notiz: Meines Erachtens trifft weder die hM noch die Frotzsche Gegenauffassung das Richtige. Die Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG beziehen sich (planwidrig zu eng) ausschließlich auf das Verfolgungsrecht (arg: „*Den Gläubigern gegenüber*“). Da aber auch exekutiv vorgehende Gesellschaftsgläubiger schutzwürdig sind, müssen auch sie einen (durch § 84 Abs 5 Satz 3 AktG) abgesicherten Zugriff auf Gesellschaftsansprüche haben (insoweit der Kritik von *G. Frotz* an der hM zuzustimmen). Allerdings kann eine korrigierende Erstreckung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG auf weitere Modi der Rechtsverfolgung wertungskonform nur innerhalb der Grenzen eines gesetzlich anerkannten Gläubigerschutzbedürfnisses erfolgen. Und diese Grenzen formuliert der Gesetzgeber aus historischen Gründen (s Fn 1247) nur beim Verfolgungsrecht aus (§ 84 Abs 5 Sätze 1 und 2 AktG). Das gilt nicht nur für die Voraussetzung der Befriedigungsunmöglichkeit, sondern auch für die Einschränkung auf grobe Fahrlässigkeit (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG), die wie erwähnt aus Gründen der Verhaltenssteuerung eine rechtsformindifferente Grenze für die im Gläubigerinteresse indisponible Organmitgliedshaftung ist. Eine „Angleichung“ könnte daher allenfalls auf der anderen Seite der Gleichung erfolgen, also beim GmbHG. Interessanterweise wird in der Lit aber nicht der hinsichtlich seines Anwendungsbereichs

β. Keine Anwendung auf grobe Fahrlässigkeit (außerhalb § 25 Abs 3 GmbHG) mangels Leitungsautonomie des GmbH-Geschäftsführers

Wie schon dargestellt, begründete der Gesetzgeber des AktG 1937/1938 die Ausdehnung der indisponiblen Vorstandshaftung (also des Verfolgingsrechts und der Dispositionsbeschränkungen) über den Kapitalschutz hinaus mit der neu eingeführten Eigenverantwortlichkeit des Vorstands, die durch eine Verschärfung der Verantwortlichkeit kompensiert werden müsse. Eigenverantwortlich ist der Vorstand insofern, als die HV seit dem AktG 1937/1938 gem § 103 Abs 2 AktG nur über Fragen der Geschäftsführung entscheiden kann, wenn es der Vorstand oder Aufsichtsrat verlangt hat.¹²⁵³ Daraus folgt im Umkehrschluss, dass der Gesetzgeber eine Ausdehnung der indisponiblen Vorstandshaftung *ohne* Eigenverantwortlichkeit des Leitungsorgans (*ceteris paribus*) nicht für gerechtfertigt hält. Nun kann die Generalversammlung einer GmbH als oberstes Willensbildungsorgan im Unterschied zur HV einer AG (wie noch vor dem AktG 1937/1938) jederzeit und unbeschränkt durch Weisung in die Geschäftsführung eingreifen und diese an sich ziehen.¹²⁵⁴

Aus diesen Prämissen folgt dann zwingend, dass die im Gläubigerinteresse indisponible Haftung des GmbH-Geschäftsführers nicht nur nicht strenger (s oben), sondern nicht einmal *gleich* streng sein kann wie die Vorstands-

wertungsmäßig eindeutig dokumentierte § 84 Abs 5 AktG, sondern die nur auf den ersten Blick eindeutigen § 25 Abs 5 und 7 GmbHG als normatives „Bezugssystem“ gewählt. IdS ging zB G. Frotz (aaO 100) ohne nähere Begründung davon aus, dass man beim AktG ansetzen müsse: „*Erste Erkenntnisse auf dem Weg zur rechtsanwendungsmäßigen Vereinheitlichung der gesellschaftsrechtlichen Regelung müssen aber doch bei § 84 AktG ansetzen.*“ Vgl auch Kalss in Kalss/Schauer, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, 16. ÖJT II/1 123, wonach der Wertungswiderspruch „*zugunsten der GmbH-rechtlichen Regelung aufgelöst werden [sollte]*“. Im Übrigen könnte die von G. Frotz bezweckte „Angleichung“ allenfalls eine *partielle* sein, nämlich im Bereich der Forderungsexekution. Denn bei Ausübung des Verfolgingsrechts kann die Beschränkung auf grobe Fahrlässigkeit durch § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG jedenfalls nicht einfach ignoriert werden, wie auch G. Frotz (Fn 1250) konzidierte. Aber auch bei Geltendmachung mittels Forderungsexekution könnte der Wertungswiderspruch durch eine „Angleichung“ der Dispositionsbeschränkungen in Wahrheit nicht erreicht werden, weil nach der (wenngleich fragwürdigen) Wertung des Gesetzgebers eine solche Angleichung gar nicht angezeigt ist. Nach dieser Wertung dürfen Geschäftsführer- und Vorstandshaftung nämlich gar nicht *gleich* streng sein (dazu sogleich weiter im Fließtext insb bei Fn 1255).

1253 Vgl Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, ÖGesR² Rz 3/666; Deutsch/Leonhartsberger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 103 Rz 15 ff. Vgl auch AmtlBegr AktG 1937/1938 173 f (abgedr auch bei Klausling, AktG 56): „*Die Hauptversammlung kann nicht mehr von sich aus in einzelne Akte der Geschäftsführung eingreifen; sie darf nur dann über Fragen der Geschäftsführung entscheiden, wenn der Vorstand es verlangt (§ 103 Abs. 2).*“

1254 Vgl nur Ch. Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, ÖGesR² Rz 4/280; Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 20 Rz 30 ff (Stand 01.11.2018); Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 20 Rz 8 ff.

haftung in einer AG,¹²⁵⁵ weil der Geschäftsführer eben den Weisungen der Generalversammlung unterliegt (§ 20 Abs 1 GmbHG)¹²⁵⁶. Konkreter ausgedrückt: Die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG können nicht einmal genauso weit reichen, dh sie können sich nicht einmal auf dieselben Ersatzansprüche beziehen wie § 84 Abs 5 Satz 3 AktG. Diese Schlussfolgerung ist wie gesagt (nur) *ceteris paribus* zwingend, dh unter der Annahme, dass alle anderen Umstände gleichbleiben (hier also bei Zugrundelegung der sonstigen Strukturmerkmale einer AG). Deshalb wäre eine Angleichung des Anwendungsbereichs der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG an § 84 Abs 5 Satz 3 AktG allenfalls begründbar, wenn es im GmbH-Recht normative Besonderheiten gäbe, die es im Aktienrecht nicht gibt, und die (ebenfalls) eine erweiterte indisponible Organhaftung im Gläubigerinteresse gebieten (wie gesagt aber in jedem Fall nur bis grobe Fahrlässigkeit).¹²⁵⁷ Der-

1255 Bemerkenswert ist idZ der (nicht in Kraft getretene) deutsche Regierungsentwurf eines GmbHG von 1971 (RegE-dGmbHG 1971, BT-Drs VI/3088 21). Dieser Entwurf bildete die aktienrechtlichen Parallelvorschriften (insb das Verfolgungsrecht der Gläubiger) nach, beschränkte es aber auf die Fälle Abs 3 (§ 75 Abs 6 RegE). In der Begründung (aaO 126), die das Verfolgungsrecht als Außenhaftung verstand, heißt es in Anlehnung an die AmtlBegr zum AktG 1937/1938: „*Abweichend vom Aktienrecht (vgl. § 93 Abs. 5 AktG) läßt der Entwurf die Geschäftsführer hingegen nach außen nicht auch bei anderen groben Sorgfaltsverstößen haften. Der Vorstand einer Aktiengesellschaft hat eine wesentlich freiere Stellung als die Geschäftsführer einer GmbH. Hieraus rechtfertigt sich für den Vorstand eine erhöhte Verantwortlichkeit auch den Gläubigern gegenüber.*“

1256 Es ist aber noch weiterzugehen, denn die Eigenverantwortlichkeit des Vorstands ist mE keine sachgerechte Begründung für die Ausdehnung der indisponiblen Vorstandshaftung. Durch sie verschob sich nämlich nur die Initiative einer Weisungserteilung von der HV zum Vorstand, nicht aber die Rechtswirkungen eines Beschlusses oder gar die Grenzen gläubigerschutzorientierter Organpflichten. Es ist also nicht ersichtlich, inwiefern den Gesellschaftsgläubigern durch die Eigenverantwortlichkeit ein zusätzliches Schutzbedürfnis erwachsen sein soll. Daraus folgt immerhin, dass diese Wertung nicht auch auf Geschäftsleiter anderer Rechtsformen, die ebenfalls eigenverantwortlich handeln, zu übertragen wäre („*Quod vero contra rationem iuris receptum est non est producendum ad consequentias*“ [Was wertungsmäßig unvernünftig ist, soll nicht noch weitere Folgerungen haben; s dazu Kramer, Methodenlehre⁶ 244]). Demnach wäre eine Ausdehnung der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf grobe Fahrlässigkeit mE *selbst dann* nicht angezeigt, wenn der GmbH-Geschäftsführer (wie der Vorstand) mit Leitungsautonomie ausgestattet wäre. Da das aber nicht der Fall ist, bleiben diese Überlegungen hypothetisch. Insofern gilt die implizite Aussage des § 84 Abs 5 AktG, dass sich die indisponible Haftung *ohne* Eigenverantwortlichkeit (dh auch trotz ausgeschlossener Gesellschafterhaftung [s auch noch Fn 1257]) auf den Kapitalschutz beschränken muss.

1257 Hier werden wieder die alten Überlegungen des ROHG erinnerrlich: Das ROHG hatte eine prinzipiell umfassende (indisponible) Vorstandshaftung mit dem kapitalgesellschaftsrechtlichen Grundsatz der ausgeschlossenen Gesellschafterhaftung gerechtfertigt. Die Gründe für die Einschränkung auf den Kapitalschutz sind wie gesagt nicht ganz klar. Soweit das ROHG (und damit der Reformgesetzgeber von

artige GmbH-spezifische Anknüpfungsmomente sind mE aber nicht ersichtlich.¹²⁵⁸

Nach dem Gesagten begründet also nicht nur die von der hM propagierte Anwendung der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf *alle* Ersatzansprüche einen Wertungswiderspruch zum Aktienrecht,¹²⁵⁹ sondern auch die vermittelnde Ansicht¹²⁶⁰, der zufolge sich die GmbH-rechtlichen Dispositionsbeschränkungen (unter Hinweis auf § 84 Abs 5 Satz 3 AktG) auf Ersatzansprüche gem § 25 Abs 3 GmbHG und *darüber hinaus* auf sonstige Ersatzansprüche wegen grob fahrlässiger Schädigung beziehen. Auch diese Mittellösung ist daher abzulehnen. Sie schafft nur scheinbar eine Rechtsvereinheitlichung, erzeugt bei genauerer Betrachtung der gesetzlichen Wertungen aber (immer noch) einen Wertungswiderspruch. Denn bei § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG (Ausweitung der indisponiblen Haftung über den Kapitalschutz hinaus bis grobe Fahrlässigkeit) handelt es sich wie gezeigt gerade *nicht* um eine verallgemeinerungsfähige, sondern um eine aktienrechtsspezifische Wertung.¹²⁶¹

d. Fazit

Ein rechtsformvergleichender Blick auf das Aktienrecht und die § 84 Abs 5 AktG zugrunde liegenden Wertungen zwingen zu zwei Schlussfolgerungen: *Erstens*

1884) die indisponible Haftung eigentlich favorisiert, aber letztlich (nur) wegen der angenommenen Injustiziabilität einer Differenzierung nach Verschuldensgraden nicht umgesetzt haben sollte, wäre eine solche (latente) Wertung durch § 84 Abs 5 AktG ebenfalls überholt. Aus dieser Bestimmung folgt nämlich implizit auch, dass die ausgeschlossene Gesellschafterhaftung (die ja auch in der AG gilt) allein kein hinreichender Grund für eine Ausdehnung der indisponiblen Vorstandshaftung über den Kapitalschutz hinaus ist. Hätte der Gesetzgeber jenen Grundsatz als ausreichend erachtet, hätte er sich nicht auf die Leitungsautonomie stützen müssen.

1258 Zum Versuch einer Plausibilisierung der (scheinbar) unterschiedlichen Anwendungsbereiche der Dispositionsbeschränkungen im Aktien- und GmbH-Recht durch einen (angeblichen) Strukturunterschied beider Rechtsformen *Dellinger* in FS Frotz 187 (201 ff). Dazu schon oben Fn 1249. S noch zum weiteren Argument des § 84 Abs 4 Satz 3 AktG (Sperrfrist) sogleich unten S 303 ff. Auch der Grundsatz der ausgeschlossenen Gesellschafterhaftung ist kein solches GmbH-spezifisches Merkmal und rechtfertigt deshalb keine Erweiterung der im Gläubigerinteresse indisponiblen Geschäftsführerhaftung. Vgl aber zB *Ostheim* in *Korinek/Krejci*, Der Verein 196 (s schon Fn 1053) wonach die Anwendung der Dispositionsbeschränkungen auf grobe Fahrlässigkeit außerhalb des Kapitalschutzes (ua) deshalb sachgerecht sei, weil das Gesellschaftsvermögen den Gläubigern als einziger Haftungsfonds dient.

1259 So auch *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (44): „*krasser Wertungswiderspruch*“.

1260 S die Nw in Fn 1051 und für Deutschland in Fn 1068.

1261 S aber die Nw oben in Fn 1053. Soweit dort auch eine Verallgemeinerung der Wertung auf den Verein und die Genossenschaft bejaht wurde, ist zu bedenken, dass auch die Vorstandsmitglieder von Vereinen und Genossenschaften weisungsgebunden sind. Vgl zur Genossenschaft (vgl § 34 Abs 1 GenG) zB *Ch. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 5/76 und zum Verein etwa *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 26 Rz 35; *Mandl*, Die Haftung des Vereinsvorstands 42; vgl auch § 24 Abs 3 VerG.

können sich die GmbH-rechtlichen Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG nicht auf *alle* Ersatzansprüche gem § 25 Abs 2 GmbHG beziehen, wie es das überwiegende Schrifttum und der OGH annehmen. Denn mit § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG (iVm Abs 5 Satz 3) hat der Gesetzgeber die indisponible Organmitgliedshaftung außerhalb des Kapitalschutzes mit grober Fahrlässigkeit begrenzt, weil sich eine (andernfalls) überstrenge Haftung negativ auf das Risikoprofil der Organmitglieder auswirken würde. Diese Wertung ist somit unabhängig von der Rechtsform und von der Art der Anspruchs-durchsetzung. *Zweitens* können § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auch nicht einmal *denselben* Anwendungsbereich haben wie § 84 Abs 5 Satz 3 AktG, sich also außerhalb des § 25 Abs 3 GmbHG auch auf sonstige Ersatzansprüche wegen zumindest grob fahrlässiger Schädigung beziehen. Denn der Aktiengesetzgeber von 1937/1938 erweiterte die indisponible Vorstandshaftung (dh das Verfolgungsrecht und die Dispositionsbeschränkungen) gegenüber dem älteren Aktienrecht vom Kapitalschutz (§ 241 Abs 3 dHGB 1897) auf alle (sonstigen) Ersatzansprüche (beschränkt auf grobe Fahrlässigkeit) und begründete diese Haftungsverschärfung ausschließlich mit der (neu eingeführten) Leitungsautonomie des Vorstands. Damit stellte er implizit klar, dass *ohne* Leitungsautonomie (*ceteris paribus*) eine indisponible Haftung jenseits des Kapitalschutzes nicht geboten ist. Und GmbH-spezifische Gründe für ein erhöhtes Gläubigerschutzbedürfnis, das (ebenfalls) eine erweiterte Anwendung der Dispositionsbeschränkungen gebieten könnte, sind nicht erkennbar. Damit spricht § 84 Abs 5 AktG deutlich gegen die hM (Anwendung der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf alle Ersatzansprüche) und auch gegen die Mittellösung (Anwendungsbereich wie § 84 Abs 5 Satz 3 AktG), jedoch *für* jene Ansicht, die § 25 Abs 5 und 7 GmbHG nur auf die Ersatzansprüche gem § 25 Abs 3 GmbHG bezieht.

5) *Verhältnis von § 25 Abs 5 und 7 GmbHG zu § 84 Abs 4 Satz 3 AktG (Sperrfrist)*

Das Aktienrecht enthält neben dem gerade besprochenen § 84 Abs 5 Satz 3 AktG eine weitere Bestimmung, die die Wirksamkeit von Verzichten und Vergleichen beschränkt: Nach § 84 Abs 4 Satz 3 AktG kann die Gesellschaft (unter anderem) erst fünf Jahre nach der Entstehung von Ersatzansprüchen verzichten oder sich darüber vergleichen. Diese „Sperrfrist“ ist nicht eingeschränkt auf bestimmte Ersatzansprüche oder Verschuldensgrade (insb grobe Fahrlässigkeit). Sie steht auch nicht unter dem Vorbehalt, dass die Gläubiger von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können. Auf diese aktienrechtliche Sperrfrist wird im AG-Teil der Untersuchung noch genauer eingegangen; hier soll sie nur insoweit behandelt werden, als sie argumentativ für die Frage des Anwendungsbereichs von § 25 Abs 5 und 7 GmbHG herangezogen wird.¹²⁶²

¹²⁶² Vgl idZ auch Fn 1249 zu insoweit ähnlichen Erklärungsversuchen des (angenommenen) weiten Anwendungsbereichs von § 25 Abs 5 und 7 GmbHG entspr der hM mit „Strukturunterschieden“ zwischen GmbH- und Aktienrecht.

So wurde die (vergleichsweise strenge) Sperrfrist in § 84 Abs 4 Satz 3 AktG in der Lit als ein (weiterer)¹²⁶³ Beleg dafür gesehen, dass sich § 25 Abs 5 und 7 GmbHG (iSd hM) auf alle Ersatzansprüche aus § 25 GmbHG beziehen sollen (im Gegensatz zu § 84 Abs 5 Satz 3 AktG). Insbesondere *Dellinger*¹²⁶⁴ hat argumentiert, dass Verzichte und Vergleiche im Aktienrecht zum Schutz der Minderheitsaktionäre (womit offenbar die Sperrfrist gemeint ist)¹²⁶⁵ ohnehin sehr erschwert seien, was mittelbar auch die Gläubiger sichere. Da also die Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG die Gläubiger mitschütze (so ist das Argument wohl zu verstehen), müsse die im Gläubigerinteresse indisponible Vorstandshaftung (§ 84 Abs 5 Satz 3 AktG) nicht so weit reichen, sondern könne sich außerhalb des § 84 Abs 3 AktG auf grobes Verschulden beschränken. Umgekehrt würde das bedeuten, dass § 25 Abs 5 und 7 GmbHG weiter reichen muss (bis leichte Fahrlässigkeit), weil eine vergleichbare Sperrfrist im GmbH-Recht fehlt – und deshalb, so die Schlussfolgerung, ein erhöhtes Gläubiger-

1263 S zum (angeblichen) Strukturunterschied zwischen AG und GmbH als Erklärung für die unterschiedlichen Dispositionsbeschränkungen schon Fn 1249.

1264 *Dellinger* in FS Frotz 187 (202); so wohl auch noch *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß⁵ 396 Fn 203.

1265 Soweit *Dellinger* (aaO) sich damit auf den Minderheitenschutz durch das Minderheitsverlangen (§ 134 AktG) und das korrespondierende Widerspruchsrecht in § 84 Abs 4 Satz 3 AktG bezieht, wäre zu entgegnen, dass ein vergleichbarer Minderheitenschutz auch im GmbH-Recht existiert (vgl § 48 GmbHG [der dem Aktienrecht nachgebildet worden ist] und zur Absicherung vgl § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG analog [dazu näher insb oben S 190 ff]). Deshalb wäre eine Differenzierung bei den Dispositionsbeschränkungen zugunsten der Gläubiger aus *diesem* Grund nicht angezeigt. *Dellinger* dürfte sich mit dem Verweis auf § 84 Abs 4 AktG denn wie gesagt auch auf die (ebenfalls) im dritten Satz enthaltene Sperrfrist beziehen (s dazu im Fließtext). Übrigens setzt sich *Dellinger* mit der Berufung auf die Sperrfrist auch in Widerspruch zu seinem (Haupt-)Argument, wonach der (angeblich) weitere Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG durch einen Strukturunterschied zwischen AG und GmbH erklärbar sei (dazu schon oben in Fn 1249). Demnach rechtfertigte sich der (angeblich) schmälere Anwendungsbereich der aktienrechtlichen Dispositionsbeschränkungen (§ 84 Abs 5 Satz 3 AktG) dadurch, dass der Gesetzgeber die Aktionäre – im Vergleich zu den GmbH-Gesellschaftern – für objektiver halte. Damit steht aber die umfassende Dispositionsbeschränkung durch die Sperrfrist gerade in Widerspruch; sie ließe ebenso gut auf ein grundsätzliches Misstrauen des Gesetzgebers gegenüber Mehrheitsdispositionen in der AG schließen. *Dellinger* (aaO 202) wertet die Erschwerung von Verzichten und Vergleichen im Aktienrecht aber offenbar nicht als Argument gegen, sondern *für* seine These, dass der Gesetzgeber Dispositionen über Ersatzansprüche im Aktienrecht (den Gläubigern gegenüber) eher akzeptiere. Davon abgesehen, dass die Sperrfrist nach mE zur Ansicht gar nicht dem Minderheitenschutz dient (s zum [fehlenden] Normzweck unten S 956 ff), wäre ein solcher Schutz nach der gesetzlichen Wertung auch nur dann nötig, wenn die Aktionärsmehrheit annahmegemäß gerade *nicht* (objektiv) im Interesse der Gesellschaft handelt (s schon Fn 1249 aE). Würden Aktionäre nämlich objektiv und zum Wohl der Gesellschaft handeln, bedürfte es keiner (angeblich) im Minderheiteninteresse angeordneten Einschränkung ihrer Dispositionen.

schutzbedürfnis bestehe. Aus der umfassenden Verfügungsbeschränkung des § 84 Abs 4 Satz 3 AktG wurde außerdem – insofern gegenläufig – auch schon abgeleitet, dass § 84 Abs 5 Satz 3 AktG bei der Geltendmachung von Ersatzansprüchen mittels Drittschuldnerklage (im Gegensatz zum Verfolgungsrecht gem § 84 Abs 5 Satz 1 AktG) *nicht* mit grober Fahrlässigkeit begrenzt sei (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG), sondern (wie die Sperrfrist) auf alle Ersatzansprüche anzuwenden sei.¹²⁶⁶ Das Ziel dieses Arguments, eine „Angleichung“ des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG an § 25 Abs 5 und 7 GmbHG (iSd hM extensiv verstanden), wurde oben¹²⁶⁷ bereits thematisiert. Hier soll es um die These gehen, dass § 25 Abs 5 und 7 GmbHG sich (insoweit über § 84 Abs 5 Satz 3 AktG hinaus) auf alle Ersatzansprüche beziehen müsse, weil das GmbHG eine Sperrfrist nicht kennt.

Richtig ist zunächst, dass die Sperrfrist inzident auch die Gesellschaftsgläubiger schützt, weil sie Dispositionen über Ersatzansprüche (binnen fünf Jahren) umfassend verbietet und dadurch (auch) den Gläubigern den Zugriff auf Ersatzansprüche der Gesellschaft sichert. Diese umfassende Interessenwahrungswirkung ist jedoch teleologisch überschießend,¹²⁶⁸ weil ein Gläubigerschutzbedürfnis nach der (oben herausgearbeiteten)¹²⁶⁹ universellen Gesetzeswertung nur insoweit besteht, als die Gläubiger von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können (§ 84 Abs 5 Satz 1 AktG) und es sich (außerhalb § 84 Abs 3 AktG) um Ersatzansprüche wegen zumindest grober Fahrlässigkeit handelt (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG). Mit dieser sorgfältig austarierten Wertung steht die Sperrfrist in Widerspruch, weil die umfassende Indisponibilität (auch im Bereich leicht fahrlässig sorgfaltswidriger Geschäftsführung) – in den Worten des Gesetzgebers – *„auf das Verantwortungsbewußtsein des Vorstands lähmend wirk[t] und nicht dem Vorteil der Gesellschaft dien[t].“*¹²⁷⁰ Dass dieser offene Wertungswiderspruch keineswegs zu einem Überdenken der Wertung des § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG nötigt, zeigt sich, wenn man sich mit der Entstehungsgeschichte der Sperrfrist näher auseinandersetzt:¹²⁷¹ In der AmtlBegr zum AktG 1937/1938, mit dem die Sperrfrist erstmals geschaffen wurde, heißt es nämlich, dass Verzichte und Vergleiche *„wie nach geltendem Recht“* nur unter „erschweren Bedingungen“ zulässig sind.¹²⁷² Tatsächlich normierte das damalige Aktienrecht des dHGB 1897 solche „erschweren Bedingungen“ (nämlich die Sperrfrist, HV-Zustimmung und das Fehlen eines Minderheitenwiderspruchs) aber nur im Gründungsrecht (§ 205)¹²⁷³, wo Verzichte und Vergleiche auf Ersatzan-

1266 So *Runggaldier/Schima*, Rechtsstellung 226.

1267 S bei Fn 1252.

1268 S iZm der Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG noch unten S 986 ff.

1269 S oben insb S 288 ff.

1270 AmtlBegr AktG 1937/1938 180 (abgedr auch bei *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 656 f; *Klausning*, AktG 71).

1271 Ausf noch iZm der Sperrfrist unten S 950 ff.

1272 AmtlBegr AktG 1937/1938 181 (abgedr auch bei *Klausning*, AktG 72).

1273 Vgl bereits Art 213 ADHGB 1884.

sprüche aus dem Gründungsstadium (ua) erst nach Ablauf von fünf Jahren seit der Eintragung der Gesellschaft zulässig waren (vgl heute § 43 AktG idgF). Die Verallgemeinerung dieser gründungsrechtlichen Sperrfrist auf alle sonstigen Ersatzansprüche gem § 84 AktG durch das AktG 1937/1938 beruht daher auf einem gesetzgeberischen Irrtum über den damals geltenden Rechtsbestand.¹²⁷⁴ Der Gesetzgeber vermeinte, nur Bestehendes fortzuführen (arg: „*wie nach geltendem Recht*“), schuf tatsächlich mit der (allgemeinen) Sperrfrist des § 84 Abs 4 Satz 3 AktG aber (versehentlich) neues Recht. Deshalb überrascht es auch nicht, dass sich die Sperrfrist – wie unten¹²⁷⁵ noch näher darzulegen ist – keinem denkbaren Schutzzweck zuordnen lässt (insb nicht dem Minderheitenschutz) und darüber hinaus mit jenen aktienrechtlichen Normen in Widerspruch steht, die eine grundsätzliche (jederzeitige) Verzicht- und Vergleichbarkeit zwingend voraussetzen (insb, weil sie diese zum Schutz der Minderheit und Gläubiger einschränken – wie insb § 84 Abs 5 Satz 3 AktG). Die wohl gravierendste Folgewirkung der Sperrfrist ist die Unmöglichkeit von Verzichten und Vergleichen wegen des Gleichlaufs mit der Verjährungsfrist gem § 84 Abs 6 AktG (die nach zutr Ansicht – ebenfalls – mit der Anspruchsentstehung zu laufen beginnt).¹²⁷⁶ Das hat insb dazu geführt, dass die Entlastung im Aktienrecht (anders als im älteren Aktienrecht und im GmbH-Recht) nach einhelliger Ansicht keine Verzichtswirkung (mehr) hat. Die fragwürdige Genese der Sperrfrist erhellt nun auch, weshalb der Gesetzgeber einerseits, nämlich iZm § 84 Abs 5 AktG, die verhaltenspsychologisch nötige Begrenzung der indisponiblen Vorstandshaftung mit grober Fahrlässigkeit sorgfältig begründet hat, und andererseits, nämlich mit § 84 Abs 4 Satz 3 AktG, diese Begrenzung kommentarlos überschritten hat (wodurch wie gesagt § 84 Abs 5 Satz 3 AktG weitgehend obsolet wird). Da die Sperrfrist ihre Existenz eben einem Irrtum verdankt, konnte dem Gesetzgeber der Norm- und Wertungswiderspruch nicht auffallen.

Die Entstehungsgeschichte zeigt somit, dass die Sperrfrist irrtümlich geschaffen wurde, demgemäß keinen (bewussten) Schutzzweck hat und mit anderen Normen (insb § 84 Abs 5 Satz 3 AktG) in Widerspruch steht. Schon

1274 IdS auch *Cahn*, Vergleichsverbote 35 (Fn 76) mit Verweis auf *Zimmermann* in FS Duden 773 (776, 789): „*unzutreffende Annahme*“; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 277; „*irrig als geltendes Recht deklariert*“ (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 339 [Stand 01.10.2023]); *ders*, AG 2015, 133 (134); *Stölzle*, GesRZ 1979, 22 (25): „*legistischer Fehler*“; *U. Torggler*, GesRZ 2009, 369 (372); *ders* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (48); *Pendl*, Verjährung 110; *ders*, RdW 2018, 275 (277): „*Irrtum*“; deutlich schon *v Godin/Wilhelmi*, AktG² (1950) § 84 Anm 22 (S 366), nach denen „*fast an eine gesetzgeberische Entgleisung zu denken ist*“.

1275 Dazu noch näher unten S 956 ff.

1276 Dieses Problem wurde mit § 205 dHGB 1897 (ebenfalls) aus dem Gründungsrecht übernommen. S dazu im geltenden Recht (§§ 43 und 44 AktG) die Ausführungen im AG-Teil zum Schutz künftiger Aktionäre.

deshalb dürfen aus ihr keine Rückschlüsse gezogen werden.¹²⁷⁷ Insbesondere darf aus ihr nicht auf den Anwendungsbereich von § 25 Abs 5 und 7 GmbHG (oder § 84 Abs 5 Satz 3 AktG) geschlossen werden. Angesichts der fragwürdigen Genese der Sperrfrist überrascht es auch nicht, dass ein (beabsichtigtes) Wechselspiel mit § 84 Abs 5 Satz 3 AktG dahingehend nicht erkennbar ist, dass § 84 Abs 5 Satz 3 AktG gerade wegen der Sperrfrist weniger weit reichen würde – und, dass folglich § 25 Abs 5 und 7 GmbHG mangels GmbH-rechtlicher Sperrfrist weiter reichen müsste. Warum auch sollte der Gesetzgeber den Anwendungsbereich von § 84 Abs 5 Satz 3 AktG, den er aufgrund einer allgemeinen Wertung (Verhaltenssteuerung) begrenzt hat, gerade mit einer Norm (§ 84 Abs 4 Satz 3 AktG) begründen, die dieser allgemeinen Wertung widerspricht? Richtig besehen kann der Gesetzgeber die (wie gesagt irrig geschaffene) Sperrfrist bei der Ausgestaltung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG gar nicht im Blick gehabt haben. Dem entspricht es, dass der Aktiengesetzgeber von 1937/1938 die Begrenzung der indisponiblen Vorstandshaftung (also des Verfolgingsrechts und der Dispositionsbeschränkungen) auf (zumindest) grobe Fahrlässigkeit nicht etwa mit einem mittelbaren Gläubigerschutz aufgrund der Sperrfrist begründet hat, sondern wie erwähnt mit der nötigen Risikobereitschaft des Vorstands. Diese Begründung basiert auf der menschlichen Psychologie, ist damit unabhängig von der Rechtsform, und impliziert daher wie erwähnt auch für die – hier letztlich fragliche – GmbH, dass § 25 Abs 5 und 7 GmbHG (gleich ob mit oder ohne Sperrfrist) außerhalb § 25 Abs 3 GmbHG *keinesfalls* bis leichte Fahrlässigkeit reichen können. Die mögliche Frage, ob die Einschränkung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG auf grobe Fahrlässigkeit vielleicht daneben durch die Sperrfrist bedingt ist, stellt sich insoweit gar nicht (und ist im Übrigen auch zu verneinen). Der irrtümlichen Schaffung der Sperrfrist entspricht es außerdem, dass diese unabhängig von der (fehlenden) gesetzgeberischen Absicht auch *objektiv* ungeeignet ist, eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG zu rechtfertigen. Denn die Dispositionsbeschränkung gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG ergänzt nicht etwa einen inzidenten Schutz *qua* Sperrfrist, sondern geht vielmehr vollständig in der (weiterreichenden) Sperrfrist auf und verliert dadurch (weitestgehend) ihren Anwendungsbereich.¹²⁷⁸ Die Beschränkung der Haftungsfreistellungswirkung von Gesellschaftsdispositionen in einem Teilbereich (bei Befriedigungsunmöglichkeit und bis grobe Fahrlässigkeit) zugunsten der Gläubiger ist nämlich überflüssig, wenn § 84 Abs 4 Satz 3 AktG Dispositionen ohnehin umfassend

1277 „*Quod vero contra rationem iuris receptum est non est producendum ad consequentias*“: Was wertungsmäßig unvernünftig ist, soll nicht noch weitere Folgerungen haben (vgl. *Kramer*, Methodenlehre⁶ 244; iZm der Verjährungsfrist gem § 84 Abs 6 AktG [dazu noch unten S 1031 ff] auch *Pendl*, Verjährung 110 f; *dens*, RdW 2018, 275 [279]).

1278 S dazu noch zur AG unten S 950 ff.

ausschließt. Insoweit rennt § 84 Abs 5 Satz 3 AktG offene Türen ein. Wäre § 84 Abs 5 Satz 3 AktG eine bewusste Ergänzung des (inzidenten) Gläubigerschutzes, der von der Sperrfrist ausgeht, dann müsste die Bestimmung sinnvollerweise erst nach Ablauf der Sperrfrist gelten (was freilich wegen des planwidrigen Gleichlaufs mit der Verjährungsfrist keine Rolle spielt)¹²⁷⁹. Auch der Normwiderspruch zwischen der Sperrfrist und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG spricht somit (zusätzlich zu den bisherigen Argumenten) entschieden dagegen, dass der Gesetzgeber beide Normen aufeinander abgestimmt haben soll. Eine so verstandene Abstimmung wäre im Übrigen auch äußerst fragwürdig. Denn warum sollte der Gläubigerschutz *qua* Dispositionsbeschränkung (§ 84 Abs 5 Satz 3 AktG) weniger weit reichen (als er eigentlich sollte), nur weil die Disponibilität der Gesellschaft *davor* eine Zeit lang ausgeschlossen ist. Sofern man (hier nur *arguendo*) davon ausgeht, dass die gesamte Vorstandshaftung im Gläubigerinteresse indisponibel ist, wäre nicht ersichtlich, weshalb das Gläubigerschutzbedürfnis im Zeitablauf geringer werden würde (davon abgesehen, dass Sperr- und Verjährungsfrist wie erwähnt ohnedies idR gleichlaufen, wodurch § 84 Abs 5 Satz 3 AktG kein Anwendungsbereich verbleibt). Oder zugespitzt: Das Recht eines Dritten (hier: der Gläubiger) wird (auch sonst) nicht dadurch dispositiv, dass es (nur) eine Zeit lang zwingend war. Insoweit passt diese Prämisse auch nicht zu der Schlussfolgerung, die aus ihr abgeleitet wird: Denn im GmbH-Recht sollen die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG als „Ersatz“ für eine Sperrfrist ja gerade dauerhaft umfassend (bis leichte Fahrlässigkeit) sein, wohingegen im Aktienrecht § 84 Abs 5 Satz 3 AktG mit dem Argument einer (befristeten) umfassenden Dispositionsbeschränkung (Sperrfrist) weniger weit reichen müsse. Das Schutzniveau wäre daher im Ergebnis in der GmbH höher als in der AG.¹²⁸⁰ Tatsächlich ist, wie oben herausgearbeitet, nicht die umfassende Indisponibilität (wie sie die Sperrfrist anordnet) das normative Maß der Dinge, die von § 84 Abs 5 Satz 3 AktG ausnahmsweise wegen des vorangehenden Schutzes durch § 84 Abs 4 Satz 3 AktG „unterschritten“ werden darf; vielmehr ist der Anwendungsbereich des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG die teleologische Referenz, die von der Sperrfrist wertungswidrig überschritten wird (und nach herrschendem Verständnis auch von § 25 Abs 5 und 7 GmbHG).

Ist somit die Prämisse des hier untersuchten Arguments (§ 84 Abs 5 Satz 3 AktG reicht wegen der Sperrfrist weniger weit) widerlegt, fällt auch die aus ihr gezogene Schlussfolgerung (mangels Sperrfrist müssten § 25 Abs 5

¹²⁷⁹ S schon bei Fn 1480.

¹²⁸⁰ Auf die Einschränkung der Erforderlichkeit des Ersatzes zur Befriedigung der Gläubiger (§ 25 Abs 5 und 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG) gegenüber der Sperrfrist kommt es nicht an, denn nach der hier analysierten Argumentation soll offenbar nur die Einschränkung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG auf grobe Fahrlässigkeit durch die Sperrfrist bedingt sein, nicht auch die Einschränkung der Befriedigungsunmöglichkeit (diese Einschränkung ist freilich auch bei § 25 Abs 5 und 7 GmbHG unstr).

und 7 GmbHG weiter reichen). Nur der Vollständigkeit halber sei hier aber noch ergänzt, dass sich das thematisierte Argument auch sehr anschaulich indirekt über die Schlussfolgerung widerlegen lässt. Dazu muss gezeigt werden, dass Dispositionsbeschränkungen zugunsten der Gläubiger *auch ohne* Sperrfrist nicht umfassend sind. Dieser Nachweis kann freilich nicht im GmbH-Recht geführt werden, weil der Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG gerade das *thema probandum* ist. Der Nachweis kann aber geführt werden im älteren Aktienrecht, aus dem die GmbH-Gesetze (mittelbar auch das öGmbHG) hervorgegangen sind (und damit gleichsam stellvertretend für das GmbH-Recht). Die Diskussion über den Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG im geltenden Recht scheint nämlich allzu oft eines zu verkennen: Der Gesetzgeber von 1937/1938 hat die Sperrfrist ausgehend vom Kapitalschutz (vgl noch § 241 Abs 4 dHGB 1897) *ausgedehnt*, und nicht etwa – wie der schnelle Vergleich mit § 25 Abs 5 und 7 GmbHG (und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG) suggerieren könnte – von *omnis culpa* auf grobe Fahrlässigkeit *eingeschränkt*.¹²⁸¹ Unter der Geltung des dHGB 1897, also unmittelbar vor dem dAktG 1937, bezogen sich das Verfolgungsrecht der Gläubiger und mit ihm die korrespondierenden Dispositionsbeschränkungen noch *ausschließlich* auf den Kapitalschutz (§ 241 Abs 3 dHGB 1897; vgl schon Art 241 Abs 3 ADHGB 1884; entspricht heute iW § 84 Abs 3 AktG idgF); das ergibt sich eindeutig aus dem Gesetzestext selbst (arg: § 241 Abs 4 Satz 1 dHGB 1897: „*In den Fällen des Abs. 3*“)¹²⁸². Und das, obwohl es damals noch keine Sperrfrist gab (diese hat erst das dAktG 1937 eingeführt). Ein weiterer Anwendungsbereich wäre aber zu erwarten gewesen, wenn man annimmt, § 84 Abs 5 Satz 3 AktG sei nur wegen der Sperrfrist eingeschränkt. Das ältere Aktienrecht entspricht insoweit den GmbH-Gesetzen (die wie gesagt aus dieser aktienrechtlichen Rechtsgeschichte hervorgegangen sind). Dementsprechend befindet sich auch das dGmbHG auf derselben Linie: auch das dGmbHG enthält keine Sperrfrist, und trotzdem beziehen sich die Dispositionsbeschränkungen gem § 43 Abs 3 Sätze 2 f dGmbHG unstr nur auf den Kapitalschutz gem § 43 Abs 3 dGmbHG. Aus dem historischen (und rechtsvergleichenden) Befund ergibt sich auch für § 25 GmbHG, dass das Fehlen einer Sperrfrist (allein) offenbar kein Grund dafür sein kann, die Dispositionsbeschränkungen zugunsten der Gesellschaftsgläubiger über den Kapitalschutz hinaus zu erweitern (geschweige denn über grobe Fahrlässigkeit hinaus auf *omnis culpa*). Wie oben schon dargestellt, lag der Grund für diese Erweiterung durch das dAktG 1937 (mE freilich ebenfalls fragwürdig) darin, dass zugleich die Weisungsgebundenheit des Vorstands abgeschafft wurde. Und die Erweiterung der indisponiblen Haftung wurde (nur deshalb) mit grober Fahrlässigkeit begrenzt, weil

1281 S idZ auch Fn 1249.

1282 Vgl zuvor schon Art 241 Abs 4 Satz 1 ADHGB 1884: „*In den vorbezeichneten Fällen [...]*“ (Gesetz, betreffend die KGaA und AG vom 18.7.1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 600).

eine weitergehende (indisponible) Haftung die Risikobereitschaft der Vorstandsmitglieder zum Nachteil der Gesellschaft (und mittelbar ihrer Gläubiger) gehemmt hätte. Die Sperrfrist konnte bei alledem nicht berücksichtigt werden, weil der Gesetzgeber sie irrtümlich aus dem Gründungsrecht verallgemeinert hat – und dementsprechend steht sie wie erwähnt (unter anderem) gerade mit § 84 Abs 5 Satz 3 AktG in unauflösbarem Widerspruch.

Insgesamt ist daher festzuhalten, dass sich aus § 84 Abs 4 Satz 3 AktG keine Schlüsse für den Anwendungsbereich von § 25 Abs 5 und 7 GmbHG (oder § 84 Abs 5 Satz 3 AktG)¹²⁸³ ziehen lassen, weil die Sperrfrist auf einem gesetzgeberischen Irrtum beruht und (dementsprechend) systemwidrig ist. Insbesondere ist § 84 Abs 5 Satz 3 AktG nicht deshalb mit (zumindest) grober Fahrlässigkeit außerhalb des Kapitalschutzes begrenzt (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG), weil die Gläubiger bereits inzident durch die (insoweit umfassende) Sperrfrist mitgeschützt werden. Es bleibt daher beim bisherigen Ergebnis, dass § 25 Abs 5 und 7 GmbHG wegen der (universellen) Wertung des § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG (mit der die Sperrfrist in Widerspruch steht) weder *alle* Ersatzansprüche noch (wie § 84 Abs 5 Satz 3 AktG) jenseits § 25 Abs 3 GmbHG Ersatzansprüche wegen zumindest *grob fahrlässiger* Schädigung erfassen (können), sondern nur die im Gläubigerinteresse qualifizierten Ersatzansprüche gem § 25 Abs 3 GmbHG.

6) Verhältnis von § 25 Abs 7 GmbHG zu § 26 VerG

Auch das Vereinsrecht enthält mit § 26 VerG¹²⁸⁴ eine Dispositionsbeschränkung, die im Schrifttum als argumentative Stütze für die hM zu § 25 Abs 5 und 7 GmbHG genannt wurde.¹²⁸⁵ Auf den ersten Blick wirkt diese Stütze

¹²⁸³ S dazu bei Fn 1266.

¹²⁸⁴ § 26 VerG: „Ein Verzicht auf oder ein Vergleich über Ersatzansprüche des Vereins gegen Organwalter oder Prüfer ist Gläubigern des Vereins gegenüber unwirksam. Anderes gilt nur, wenn der Ersatzpflichtige zahlungsunfähig oder überschuldet ist und sich zur Überwindung der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung mit seinen Gläubigern vergleicht.“ Vgl auch § 61 des Entwurfs einer interministeriellen Arbeitsgruppe, abgedr bei Fessler/Keller/Krejci/Zetter, Reform des Vereinsrechts (1997) 27. IdS hatte auch Krejci (ÖJZ 1999, 361 [371]) eine Regelung zur Klarstellung vorgeschlagen, „daß Verzichte oder Vergleiche des Vereins auf Schadenersatzansprüche gegen Organwalter, Machthaber oder sonstige Vereinsmitglieder Vereinsgläubigern gegenüber grundsätzlich unwirksam sind.“ Anderes solle nur gelten (aaO Fn 73), wenn der Ersatzpflichtige zahlungsunfähig oder überschuldet ist und der Vergleich seine Gläubiger betrifft und der Abwendung oder Beseitigung seines Konkurses dient (vgl § 26 Satz 2 VerG).

¹²⁸⁵ Vgl J. Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung 24 f (Fn 1037), nach dem es bemerkenswert sei, dass der Gesetzgeber auch in einem modernen Gesetz wie dem VerG 2002 denselben Weg wie im Aktien- und GmbH-Recht beschreitet und die Ersatzansprüche gegen Organmitglieder des Vereins für zwingend erklärt, soweit sie zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich sind. Allerdings enthält § 26 VerG die Voraussetzung der Erforderlichkeit des Ersatzes zur Gläubigerbefriedigung selbst gar nicht

durchaus tragfähig, denn § 26 VerG beschränkt sich (ebenfalls) nicht auf bestimmte Ersatzansprüche oder Verschuldensgrade. Die EBRV führen nur aus, dass das Vereinsvermögen „nicht voreilig durch den Verzicht auf Ersatzansprüche oder durch den Abschluss von Vergleichen zum Nachteil der Gläubiger geschmälert werden [soll]“.¹²⁸⁶ Weiter heißt es: „Solche Vereinbarungen zwischen Verein und Organwaltern oder Prüfern sind im Innenverhältnis durchaus wirksam. Sie können aber Gläubigern des Vereins nicht entgegengehalten werden. Gläubiger haben daher die Möglichkeit, im Rahmen eines Vollstreckungsverfahrens auch auf die Ersatzansprüche des Vereins gegen Organwalter und Prüfer zu greifen, mag auch der Verein auf diese Ansprüche verzichtet haben.“¹²⁸⁷ Allerdings mahnt die oben herausgearbeitete (rechtsformübergreifende) Wertung des § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG zur Skepsis. Bei genauerer Lektüre fällt außerdem auf, dass § 26 VerG im Unterschied zu § 25 Abs 7 GmbHG und § 84 Abs 5 Satz 3 AktG nicht unter der Bedingung steht, dass der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist. Auch hierzu sagen die EBRV nichts. Etwas unstimmtig wirkt auch, dass § 26 VerG wie § 84 Abs 5 Satz 3 AktG und anders als § 25 Abs 7 GmbHG die Unwirksamkeit von Verzichten und Vergleichen den „Gläubigern des Vereins gegenüber“ anordnet, obwohl das VerG den Gläubigern kein Verfolgungsrecht einräumt. Dementsprechend beziehen sich auch die EBRV nur auf die Absicherung der Gläubiger im „Vollstreckungsverfahren“. Diese Auffälligkeiten lassen (weitere) Zweifel an einer bewussten Schrankenlosigkeit der Dispositionsbeschränkung aufkommen und fordern zu einer tiefergehenden Begutachtung auf:

(s noch sogleich). Im Übrigen schein J. Reich-Rohrwig (aaO) auch davon auszugehen, dass sich bereits die Dispositionsbeschränkungen des § 241 Abs 4 dHGB 1897 und § 84 Abs 5 AktG 1937/1938 auf *alle* Ersatzansprüche bezogen haben. Ihm zufolge entspreche die hM zu § 25 Abs 5 und 7 GmbHG „der damaligen schärferen Regelung des deutschen Aktienrechts (§ 241 Abs 4 dHGB), wie sie auch ins AktG 1937 übernommen wurde.“ Für eine einschränkende Auslegung bleibe angesichts der „Übernahme einer strengeren Regelung aus dem deutschen Aktienrecht“ kein Raum. Dieses Argument übersieht aber, dass § 241 Abs 4 dHGB 1897 nur „[i]n den Fällen des Abs. 3“ anwendbar war. Im Übrigen wurde diese Bestimmung auch nicht unverändert in das AktG 1937 übernommen, sondern mit diesem über den Kapitalschutz hinaus auf sonst zumindest grob fahrlässige Pflichtverletzungen ausgedehnt (vgl § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG).

1286 EBRV 990 BlgNR 21. GP 41; so auch schon die Erläuterung zum vorbildhaften § 61 des Entwurfs einer interministeriellen Arbeitsgruppe, abgedr bei Fessler/Keller/Krejci/Zetter, Reform des Vereinsrechts (1997) 114.

1287 EBRV 990 BlgNR 21. GP 41.

a. Orientierung am Aktienrecht und (isolierte) Übernahme des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG

Die Legisten des VerG 2002 orientierten sich bei der Haftungsverfassung vorrangig am Aktienrecht.¹²⁸⁸ Die Verzichts- und Vergleichsbeschränkung des § 26 VerG ist augenscheinlich an § 84 Abs 5 Satz 3 AktG angelehnt,¹²⁸⁹ wenngleich dieser Konnex weder in den Erläuterungen¹²⁹⁰ zum vorbildhaften § 61 der interministeriellen Arbeitsgruppe noch in den EBRV¹²⁹¹ offengelegt wird.¹²⁹² Wie § 84 Abs 5 Satz 3 AktG normiert auch § 26 VerG die relative Unwirksamkeit¹²⁹³ von Verzichten und Vergleichen der Gesellschaft bzw des Vereins gegenüber den Gläubigern.

Allerdings haben die Verfasser des VerG offenbar nur die Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG isoliert übernommen, aber nicht (auch) die übrigen Sätze des § 84 Abs 5 AktG. Dabei haben sie wohl übersehen, dass der Anwendungsbereich des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG erst durch die übrigen Sätze dieser Norm determiniert wird, nämlich einerseits

1288 Vgl *Krejci/Bydlinski/Weber-Schallauer*, VerG² § 24 Rz 1, wonach sich § 24 VerG im Aufbau und zT auch im Inhalt an § 25 GmbHG und § 84 AktG anlehnt; vgl auch *Spornberger*, *ecolex* 2007, 407 (409); vgl bereits den Vorschlag von *Krejci*, *ÖJZ* 1999, 361 ff *passim*; *Kossak*, JBl 2003, 473 (477 f), nach dem sich der gesetzliche Analogieschluss zum Kapitalgesellschaftsrecht wie ein „roter Faden“ durch das neue Haftungssystem zieht. *Kossak* (487 Fn 50) konstatierte eine „Implantierung von aktienrechtlichen Regelungen in das neue Vereinsrecht“ (mit Verweis auf *Krejci*, aaO). Die „Abstammung“ vom Aktienrecht wird mE auch durch die Diktion und den Aufbau der Normen belegt. Auch die EBRV verweisen zB bei § 24 Abs 3 VerG (EBRV 990 BlgNR 21. GP 40) ausdr auf § 84 Abs 4 Satz 2 AktG und bei § 26 Satz 2 VerG (EBRV aaO 41) auf § 84 Abs 4 Satz 4 AktG.

1289 Vgl auch *Krejci/Bydlinski/Weber-Schallauer*, VerG² § 24 Rz 1, wonach die Regeln über die Wirksamkeit eines Verzichts oder Vergleichs der Gesellschaft auf Ersatzansprüche gem § 24 VerG (§ 25 Abs 5 GmbHG bzw § 84 Abs 5 AktG) im VerG aus Gründen der Übersichtlichkeit und leichteren Lesbarkeit des Gesetzes in eine eigene Bestimmung (§ 26 VerG) „ausgelagert“ sind. Vgl auch *Kossak*, JBl 2003, 473 (486), demzufolge § 24 und § 26 VerG in „unmittelbarem Zusammenhalt“ stehen; s auch *Krejci*, *ÖJZ* 1999, 361 (371 Fn 74).

1290 Erläuterung zu § 61 des Entwurfs einer interministeriellen Arbeitsgruppe, abgedr bei *Fessler/Keller/Krejci/Zetter*, Reform des Vereinsrechts (1997) 114.

1291 EBRV 990 BlgNR 21. GP 41.

1292 Aufschlussreicher ist ein reformvorbereitender Aufsatz von *Krejci* (*ÖJZ* 1999, 361 [371]). Darin bemerkt *Krejci*, dass die vorgeschlagene Regel (später § 26 VerG) „gesellschaftsrechtlichen Normen [entspricht]“. *Krejci* (aaO 371 Fn 74) verweist jedoch (wie auch die EBRV zu § 26 Satz 2 VerG) nur auf § 84 Abs 4 AktG (nicht auf § 84 Abs 5 [S 3] AktG). § 84 Abs 4 AktG regelt nur die Unwirksamkeit von HV-Beschlüssen sowie Verzichten und Vergleichen gegenüber der Gesellschaft. Dagegen regelt § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (wie § 26 VerG) die Unwirksamkeit gegenüber den Gläubigern. Vgl auch Fn 1288.

1293 *Krejci/Bydlinski/Weber-Schallauer*, VerG² § 26 Rz 10; *Werkusch*, RdW 2003, 71; *Kossak*, Haftung der Vereinsfunktionäre² 114 f; *ders*, JBl 2003, 473 (476, 485 ff und *passim*): „Durchgriffshaftung“.

eingeschränkt und andererseits ausgedehnt. Eingeschränkt wird § 84 Abs 5 Satz 3 AktG durch das Erfordernis der Befriedigungsunmöglichkeit (§ 84 Abs 5 Satz 1 AktG) und außerdem durch § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG auf Ersatzansprüche gem § 84 Abs 3 AktG sowie darüber hinaus wegen (mindestens) sonst grob fahrlässiger Schädigung. Diese Tatbestandsvoraussetzungen sind wie erwähnt (nur) aus historischen Gründen¹²⁹⁴ unmittelbar iZm dem Verfolgungsrecht ausformuliert, sie gelten aber wegen der Anknüpfung an dieses (arg: „Den Gläubigern gegenüber“) mittelbar auch für § 84 Abs 5 Satz 3 AktG.¹²⁹⁵ Überhaupt handelt es sich dabei um *allgemeine* Voraussetzungen eines gesetzlich anerkannten Gläubigerschutzes durch (indisponible) Organmitgliedshaftung. Die Legisten des VerG haben auch § 84 Abs 5 Satz 4 AktG nicht berücksichtigt, wonach während der Dauer eines Insolvenzverfahrens der Insolvenzverwalter das Recht der Gläubiger ausübt. Nach hM wird dadurch (auch) dem Insolvenzverwalter die (wegen § 84 Abs 5 Satz 3 AktG günstigere) Einwendungslage der Gläubiger übertragen.¹²⁹⁶ Dagegen erfasst § 26 VerG den Insolvenzverwalter nicht.

Diese Genese erklärt nun auch die eingangs genannten Auffälligkeiten des § 26 VerG: Die Legisten haben (nur) § 84 Abs 5 Satz 3 AktG isoliert in das VerG implantiert, ohne den normativen Verbund mit den restlichen Sätzen des § 84 Abs 5 AktG zu berücksichtigen.¹²⁹⁷ Besonders frappant ist das Fehlen einer Einschränkung auf die Erforderlichkeit des Ersatzes zur Gläubigerbefriedigung (Befriedigungsunmöglichkeit), denn insoweit weicht § 26 VerG sowohl vom GmbH-Recht¹²⁹⁸ als auch vom Aktienrecht ab. Eine derartige Begünstigung der Vereinsgläubiger ist sachlich nicht gerechtfertigt.¹²⁹⁹ Dem-

1294 S schon oben zB Fn 1247 und noch ausf im AG-Teil unten S 834 ff.

1295 S zB oben bei Fn 1211.

1296 Vgl hier nur *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 84 Rz 126; *Dellinger* in FS Frotz 187 (200); *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 438. Näher dazu im AG-Teil.

1297 Dieser Vorwurf kann wohl kein allzu strenger sein, wenn man berücksichtigt, dass der Anwendungsbereich des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG auch in der aktienrechtlichen Lit str ist. Allerdings wendete auch *G. Frotz* (GesRZ 1982, 98 [101]; s Fn 1252) zumindest die Voraussetzung der Befriedigungsunmöglichkeit (§ 84 Abs 5 Satz 1 AktG) auf den (von ihm sonst ebenfalls *isoliert* auf die Forderungsexekution erweiterten) § 84 Abs 5 Satz 3 AktG an. Aber selbst diese Einschränkung fehlt in § 26 VerG.

1298 § 10 Abs 6 GmbHG (und kraft Verweises § 25 Abs 7 GmbHG) kann hier als positives Bsp genannt werden. Denn damit hat der GmbH-Gesetzgeber das Fehlen eines (unmittelbaren) Verfolgingsrechts als Anknüpfungspunkt (sachgerecht) dadurch ausgeglichen, dass er die Erforderlichkeit des Ersatzes zur Gläubigerbefriedigung unmittelbar in die Dispositionsbeschränkungen als Tatbestandsvoraussetzung aufgenommen hat (s idZ schon bei Fn 1004).

1299 Die isolierte Implantation des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG führte zu einer planwidrigen Ausdehnung des Gläubigerschutzes über das gesetzlich anerkannte Maß hinaus. Soweit die Gläubiger auch von der Gesellschaft (dem Verein) noch Befriedigung erlangen können, erleiden sie nämlich durch die schuldhaft pflichtwidrige Verminderung des Gesellschafts- bzw Vereinsvermögens keinen Nachteil und sind daher

entsprechend wurde auch in der Lit Kritik geübt.¹³⁰⁰ Dagegen wurde das Fehlen einer § 84 Abs 5 Satz 4 AktG entsprechenden Norm soweit ersichtlich (noch) nicht thematisiert (das könnte auch daran liegen, dass die Unwirksamkeit gegenüber dem Insolvenzverwalter so selbstverständlich scheint, dass der Gesetzestext insoweit vernachlässigt wird).¹³⁰¹ Von Interesse ist hier primär

nicht schützenswert. Vgl bereits AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 463: „Nur würde es den Rechtsgrundsätzen nicht entsprechen, den Gläubigern auch dann einen Anspruch gegen die Mitglieder des Aufsichtsraths einzuräumen, wenn derselbe aus dem Gesellschaftsvermögen vollständige Deckung fände. Der Entwurf gibt ihnen daher ein Rückgriffsrecht, wenn und soweit dieselben in den gedachten Fällen ihre Befriedigung nicht aus dem Gesellschaftsvermögen erlangen können (Art. 226 Abs 3).“ Vgl schon zum ADHGB 1861 *Puchelt*, ADHGB I² (1876) Art 241 Anm 3 (S 491). Diese Subsidiarität wurde seitdem übernommen und soweit ersichtlich auch nicht mehr in Frage gestellt. Demgemäß begründet § 26 VerG insoweit einen Wertungswiderspruch zu § 10 Abs 6 und § 25 Abs 7 GmbHG sowie zu § 84 Abs 5 Satz 3 AktG.

1300 Vgl insb *Kossak*, Haftung der Vereinsfunktionäre² 115; *dens*, JBl 2003, 473 (486 ff); *Höhne/Jöchl/Lummerstorfer*, Das Recht der Vereine⁶ 460, die wegen der „klaren gesetzlichen Regelung des § 26“ trotzdem gänzliche Wirkungslosigkeit von Verzichten und Vergleichen annehmen. Die fehlende Einschränkung haben *Krejci/Bydlinski/Weber-Schallauer* (VerG² § 26 Rz 11) mit dem Argument relativiert, dass sich Vereinsgläubiger *in praxi* auf die Unwirksamkeit von Verzichten oder Vergleichen typischerweise nur berufen würden, wenn die ihnen sonst zur Verfügung stehenden Exekutionsobjekte des Vereins unzulänglich sind. Allenfalls könne ein (von den *verba legalia* gedeckter) Gläubigerzugriff auf Ersatzansprüche des Vereins ausnahmsweise am Schikaneverbot des § 1295 Abs 2 ABGB scheitern, wenn kein legitimes Interesse erkennbar sei, ausgerechnet auf Schadenersatzforderungen zu greifen (aaO Rz 12). *Kossak* wies dies jedoch als „Beschwichtigung“ zurück (Haftung der Vereinsfunktionäre² 115; *ders*, JBl 2003, 473 [487 Fn 54]) und sah darin eine Art Eingeständnis, dass in diesem Punkt über das Ziel hinausgeschossen wurde. Denn gerade bei den vielen Anleihen, die die Legisten des VerG 2002 im Kapitalgesellschaftsrecht gemacht hätten, sei nicht erfindlich, weshalb die Voraussetzung der Erforderlichkeit zur Gläubigerbefriedigung nicht Eingang in § 26 VerG gefunden hat (*Kossak* aaO 115). Das Schikaneverbot bringe idR keine Abhilfe, weil ein Gläubiger nicht rechtsmissbräuchlich handle, wenn er zur Hereinbringung einer gerichtlich festgestellten Forderung alle tauglichen Exekutionsmittel ausschöpft (ebenda). Gerade dieser Unzulänglichkeitsfall bedeute in der Praxis das Risiko einer Haftung von Vereinsfunktionären mit ihrem Privatvermögen (*Kossak*, JBl 2003, 473 [487 Fn 54]). Abhilfe könne nur die analoge Anwendung der Haftungseinschränkung mit der Erforderlichkeit zur Gläubigerbefriedigung gem § 10 Abs 6 GmbHG schaffen (*Kossak*, Haftung der Vereinsfunktionäre² 115). Das verdient mE iE Zustimmung (s auch Fn 1299). Methodologisch stellt sich insoweit (nur) die Frage, ob der Grundtatbestand teleologisch reduziert oder eine positivierte Einschränkung des Grundtatbestands einer funktional ähnlichen Norm analog angewendet werden soll (wobei Ersteres vorzugswürdig scheint; vgl zum Abgrenzungsproblem allg insb *Canaris*, Die Feststellung von Lücken 87 f mwN; *Larenz*, Methodenlehre⁶ 395).

1301 Auch im GmbH- und (noch stärker) im Aktienrecht stellt sich die Frage, welche Arten der Rechtsverfolgung (insb Verfolgungsrecht, Drittschuldnerklage, Einziehung durch den Insolvenzverwalter) von den Dispositionsbeschränkungen erfasst sind. Bei § 26 VerG fällt wie gesagt auf, dass die Diktion („Gläubigern des Vereins gegenüber“)

die fehlende Einschränkung auf Ersatzansprüche wegen zumindest *grob fahrlässiger* Schädigung außerhalb § 84 Abs 3 AktG (vgl § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG).

b. Insbesondere: Nichtberücksichtigung der Einschränkung des § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG

Wie schon angesprochen, blieb bei der isolierten Übertragung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG wohl (auch) die Einschränkung dieser Dispositionsbeschrän-

offenbar ebenfalls sinngemäß aus § 84 Abs 5 Satz 3 AktG („*Den Gläubigern gegenüber*“) übernommen wurde. Damit knüpft § 84 Abs 5 Satz 3 AktG aber an das Verfolgungsrecht der Gläubiger an (§ 84 Abs 5 Satz 1 AktG). Da das Vereinsrecht kein Verfolgungsrecht kennt, scheint § 26 VerG ins Leere zu gehen. Allerdings stellen die EBRV (BlgNR 990 21. GP 41) klar (mangels Verfolgungsrechts freilich alternativlos), dass sich § 26 VerG auf die Geltendmachung durch Vereinsgläubiger „*im Rahmen eines Vollstreckungsverfahrens*“ bezieht. Auch § 84 Abs 5 Satz 3 AktG erfasst nach mE zutr Ansicht alle Arten der Anspruchsdurchsetzung, insb auch die Drittschuldnerklage (s schon Fn 1252 mwN), weil der Gläubigerschutz durch indisponible Organhaftung nicht von der Rechtstechnik der Durchsetzung abhängt. § 26 VerG und § 84 Abs 5 Satz 3 AktG erfassen (zumindest im Begriffshof) auch die Forderungsexekution. Beim Insolvenzverwalter ist das jedoch fraglich. Immerhin bedurfte es im Aktienrecht mit § 84 Abs 5 Satz 4 AktG einer gesonderten Anordnung, um den Insolvenzverwalter zu erfassen. Die EBRV zu § 26 VerG sagen hierzu nichts. Die Nichterfassung des Insolvenzverwalters wäre natürlich grob wertungswidersprüchlich, weil die Vereinsgläubiger gerade in der Insolvenz auf Ersatzansprüche des Vereins angewiesen sind. Entgegen dem möglichen Anschein ist diese Lücke aber nicht durch eine analoge Anwendung des § 84 Abs 5 Satz 4 AktG auf den Verein zu schließen (wie zur alten Rechtslage [VerG 2002 idF vor der VerGNov 2011] zB von *Ostheim* [in *Korinek/Krejci*, Der Verein 196 f] vorgeschlagen), sondern durch analoge Anwendung des § 26 VerG auf den Insolvenzverwalter. Denn die hM versteht die Ausübung des „Rechts der Gläubiger“ durch den Insolvenzverwalter iSd § 84 Abs 5 Satz 4 AktG so, dass der Verwalter die wegen § 84 Abs 5 Satz 3 AktG günstigere Einwendungslage der Gläubiger übertragen erhält. Statt im Vereinsrecht aber nun eine Norm analog anzuwenden, die nur die Rechtsfolge einer anderen Norm (hier § 26 VerG) erweitert, scheint eine (unmittelbare) analoge Erweiterung des § 26 VerG näherliegend. Diese analoge Erweiterung unterliegt aber den Einschränkungen der § 84 Abs 5 Sätze 1 und 2 AktG (s auch schon Fn 1252), dh sie ist bedingt durch die Erforderlichkeit des Ersatzes zur Gläubigerbefriedigung (s Fn 1300) und bezieht sich nicht auf Ersatzansprüche wegen bloß leicht fahrlässiger Schädigung (vgl § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG). Im Übrigen ist mE (auch) im Aktienrecht § 84 Abs 5 Satz 3 AktG analog auf den Insolvenzverwalter anzuwenden (und § 84 Abs 5 Satz 4 AktG auf seine „Sperrwirkung“ einzuschränken), weil der Gesetzgeber von 1937/1938 mit dem „Recht der Gläubiger“ in Anlehnung an § 171 Abs 2 dHGB 1897 (unmittelbare Kommanditistenhaftung) einen (angenommenen) Eigenanspruch der Gläubiger vor Augen hatte, es einen solchen nach mE zutr Ansicht aber nicht gibt (s schon Fn 939 und näher im AG-Teil). *De lege ferenda* sollte mE (wie übrigens auch bei § 84 Abs 5 Satz 3 AktG) die Bezugnahme auf die Gläubiger („*den Gläubigern des Vereins gegenüber*“) gestrichen und nach dem Vorbild der § 10 Abs 6 und § 25 Abs 7 GmbHG ersetzt werden durch die (insoweit offene) Tatbestandsvoraussetzung der Erforderlichkeit des Ersatzes zur Gläubigerbefriedigung.

kungen (und damit der indisponiblen Haftung als solcher) auf grob fahrlässige Pflichtverletzungen (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG) auf der Strecke. Einer wortlautgetreuen, schrankenlosen Anwendung des § 26 VerG auf sämtliche Ersatzansprüche stehen deshalb *dieselben* Einwände entgegen, die schon gegen die hM zu § 25 Abs 5 und 7 GmbHG erhoben wurden: Der Gesetzgeber hat die Parallel- und Vorbildbestimmung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG jenseits des Kapitalschutzes mit grober Fahrlässigkeit begrenzt, weil eine allzu strenge Haftung negative Folgen für den Risikoanreiz der Organwalter und damit für die Gesellschaft hätte (und mittelbar für ihre Gläubiger und die Allgemeinheit). Da diese Wertungsüberlegung im Risikoprofil (Risikoaversion) natürlicher Personen wurzelt, ist sie wie erwähnt unabhängig von der Rechtsform und der Art der Anspruchsdurchsetzung. Demgemäß ist (auch) § 26 VerG *planwidrig* zu weit gefasst und daher teleologisch zu reduzieren. Bestätigt wird das auch durch die anderen oben genannten Unstimmigkeiten infolge der isolierten Orientierung an § 84 Abs 5 Satz 3 AktG.¹³⁰²

Mit Recht also wurde § 26 VerG in der vereinsrechtlichen Lit¹³⁰³ auch aus *diesem* Grund kritisiert. Diese Kritik (und auch das vorliegende Problem) ist auch im Kontext der Rechtsentwicklung vor dem VerG 2002 zu sehen. Da das Vereinsgesetz 1951¹³⁰⁴ noch keine Gläubigerschutzvorschriften enthielt,¹³⁰⁵

1302 Gegen die Schrankenlosigkeit des § 26 VerG spricht zudem die in § 24 Abs 3 VerG normierte Haftungsfreistellung bei Ausführung eines gesetzmäßigen und ordnungsgemäß zustande gekommenen Beschlusses eines zuständigen Vereinsorgans. Vorbild dafür war § 84 Abs 4 Satz 1 AktG, wonach die Ersatzpflicht gegenüber der Gesellschaft nicht eintritt, wenn die Handlung auf einem gesetzmäßigen HV-Beschluss beruht (vgl EBRV 990 BlgNR 21. GP 40 mit Verweis auf § 84 Abs 4 Satz 2 AktG; vgl auch die Erläuterung zu § 58 [entspricht § 24] des Entwurfs einer interministeriellen Arbeitsgruppe, abgedr bei *Fessler/Keller/Krejci/Zetter*, Reform des Vereinsrechts [1997] 112: „Insofern lehnt sich § 58 Abs 4 an § 84 Abs 4 AktG an.“). Nun hätte § 24 Abs 3 VerG aber keinen nennenswerten Anwendungsbereich mehr, wenn man § 26 VerG wortgetreu anwendete. Denn § 26 VerG impliziert dann, dass das *gesamte* Spektrum der Geschäftsführerhaftung unmittelbar dem Schutz der Gläubiger dient und für die Gesellschaft deshalb indisponibel ist (s zu dieser Gläubigerschutzimplikation der Dispositionsbeschränkungen ausf iZm § 25 Abs 5 GmbHG schon oben S 257 ff). Demnach könnte die Mitgliederversammlung auch nicht durch vorherige Weisungserteilung von Geschäftsführerpflichten dispensieren. Jeder (geringfügig) vom gesetzlichen Sorgfaltsmaßstab abweichende Beschluss wäre absolut nichtig (auch bei Zahlungsfähigkeit) und mithin nicht „gesetzmäßig“ iSd § 24 Abs 3 VerG. Und soweit das angeordnete Verhalten ohnedies sorgfaltsgemäß ist, haften Organwalter ohnehin nicht (dafür bedürfte es keiner gesetzlichen Anordnung).

1303 Vgl insb *Kossak*, JBl 2003, 473 (486); *dens*, Haftung der Vereinsfunktionäre² 114 f.

1304 Das VerG 1951 wiederum stammte in wesentlichen Teilen noch aus dem Jahr 1867 (vgl EBRV 990 BlgNR 21. GP 14; *Kossak*, JBl 2003, 473 ([473])).

1305 Vgl *Niederberger*, eolex 1997, 838 (838). Der Gesetzgeber hatte Gläubigerschutznormen nicht für nötig gehalten, weil das VerG ohnehin nur „*nicht auf Gewinn gerichtete*“ Vereine erfassen sollte, die eine Gläubigergefährdung von vornherein nicht bewirken könnten (vgl Stenographische Protokolle des AH, IV. Session 1868, 531, zitiert

trat die Lit für eine Analogie zu den Gläubigerschutznormen des Kapitalgesellschaftsrechts ein.¹³⁰⁶ Der literarische Tenor befürwortete (mit Unterschieden im Einzelnen) im Wesentlichen eine Beschränkung der im Gläubigerinteresse indisponiblen Vereinsorganhaftung mit *grober Fahrlässigkeit* nach dem Vorbild des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG.¹³⁰⁷ Der Gesetzgeber des VerG 2002 berücksichtigte diese Vorschläge bei der Ausgestaltung des § 26 VerG indes nicht. Vor

nach *Niederberger* aaO 838 Fn 2). Da aber auch die Verfolgung ideeller Zwecke mitunter eine intensive Teilnahme am Geschäftsverkehr erfordert und Vereine heute zudem in gewissem Umfang auch wirtschaftliche Tätigkeiten bis hin zum Betrieb eines Unternehmens ausüben dürfen (sog Nebenzweckprivileg) (vgl *Niederberger* aaO 838; *Aicher in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 26 Rz 39 mwN), wurden in der Lit Gläubigerschutzbestimmungen und -wertungen des kapitalgesellschaftsrechtlichen Repertoires für den Verein fruchtbar gemacht (s weiter im Fließtext).

1306 Vgl *Ostheim in Korinek/Krejci*, Der Verein 117 (189); *Krejci*, GesRZ 2005, 215 (222); *dens*, GES 2011, 372 (381) mwN; *Gelbmann*, JAP 2002/03, 184 (184).

1307 *Ostheim* (in *Korinek/Krejci*, Der Verein 117 [196 f]) etwa wollte § 84 Abs 5 Satz 3 AktG der GmbH-rechtlichen Parallelregelung (§ 25 Abs 5 und 7 GmbHG) als Analogiebasis für eine Einzelanalogie vorziehen, weil es sich dabei um „die zweifellos durchdachtere, modernere und differenziertere“ Bestimmung handle. Auch das Verfolgungsrecht des § 84 Abs 5 Satz 1 AktG und der Übergang des „Recht[s] der Gläubiger“ auf den Insolvenzverwalter (§ 84 Abs 5 Satz 4 AktG) seien auf den Verein anzuwenden. *Niederberger* (ecolex 1997, 838 [840]) hielt einer solchen Einzelanalogie entgegen, dass § 84 Abs 5 AktG mit der Einbeziehung des § 84 Abs 3 AktG deutlich zugeschnitten sei auf die Kapitalerhaltungsvorschriften des AktG, die im Vereinsrecht nicht ihresgleichen fänden. Zudem lasse sich nicht mit einer besonderen „Rechtsähnlichkeit“ zur AG argumentieren, weil die Vereinssatzung sowohl dem Leitbild der AG als auch der GmbH oder der Genossenschaft angenähert werden könne. Im Ergebnis sprach sich *Niederberger* daher für eine Gesamtanalogie zu § 84 Abs 5 und 6 AktG sowie § 10 Abs 6 GmbHG aus. Aus diesen Bestimmungen lasse sich als „kleinster gemeinsamer Nenner“ die materielle Wertung ableiten, dass Verzichte und Vergleiche einer Körperschaft zumindest in Fällen einer gröblichen Pflichtverletzung eines Organwalters gegenüber den Gläubigern unwirksam sein sollen (*Niederberger* legte dabei die hM zugrunde, dass sich § 25 Abs 5 und 7 GmbHG nicht nur auf Abs 3, sondern auf alle Ersatzansprüche bezieht). Verzichte und Vergleiche über Ersatzansprüche wegen leicht fahrlässiger Schädigung seien dagegen grundsätzlich wirksam. Dieser Grundgedanke müsse auch für den Idealverein gelten. Außer Betracht ließ *Niederberger* dabei das „bloß rechtstechnische Instrument der Einziehungsermächtigung“ (aaO 840). Nach *Mandl* (Die Haftung des Vereinsvorstands 127 ff) muss die analoge Anwendung des § 10 Abs 6 GmbHG schon deshalb ausscheiden, weil der Vereinsvorstand dann strenger haften würde als das Vorstandsmitglied der AG. Die von *Niederberger* vertretene Gesamtanalogie sei der stimmigere Lösungsweg, müsste jedoch modifiziert werden. Denn *Niederberger* übersehe, dass die Ausschüttung von Vereinsvermögen (worauf sich § 84 Abs 3 AktG und § 25 Abs 3 GmbHG in Bezug auf den Verein zurückführen ließen) auch bei leichter Fahrlässigkeit einen Ersatzanspruch nach sich ziehen müsse, auf den gegenüber den Vereinsgläubigern nicht wirksam verzichtet werden kann. Das entspreche § 84 Abs 5 AktG und § 25 Abs 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG und müsse daher bei einer Gesamtanalogie berücksichtigt werden. Die Einziehungsermächtigung wollte *Mandl* (aaO 128) – anders als *Ostheim* und im Anschluss an *Niederberger* – nicht mitübertragen.

allem *Kossak*¹³⁰⁸ monierte, dass insb Organwalter kleiner Vereine ohne Unternehmensbetrieb schon bei leichter Fahrlässigkeit gegenüber Vereinsgläubigern einer „mittelbaren Durchgriffshaftung“ auf ihr privates Vermögen ausgesetzt waren. Außerdem würden ehrenamtliche Organwalter, die nicht dem DHG unterliegen, strenger haften als entgeltlich tätige Organwalter (die dem DHG¹³⁰⁹ unterliegen)¹³¹⁰.¹³¹¹ Spätestens bei § 26 VerG habe der Gesetzgeber „die Notbremse ziehen müssen“.¹³¹² Zu ergänzen ist mE, dass aber auch (und gerade) Organwalter großer unternehmenstragender Vereine nach der gesetzlichen Wertung nicht indisponibel für bloß leicht fahrlässig pflichtwidrige Geschäftsführung haften sollen. Was unentgeltlich tätige Organwalter betrifft, versprach § 24 Abs 1 Satz 2 VerG aF Abhilfe: Demnach war bei der Beurteilung des Sorgfaltsmaßstabs eine Unentgeltlichkeit der Tätigkeit „zu berücksichtigen“. Diese Bestimmung galt jedoch als unzulänglich.¹³¹³ Hier setzte die Vereinsgesetz-Novelle 2011¹³¹⁴ an: Nach § 24 Abs 1 Satz 2 VerG nF¹³¹⁵ haften unentgeltlich tätige Organwalter „nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit, wenn nicht anderes vereinbart oder in den Statuten festgelegt ist.“¹³¹⁶ Da nun entgeltlich tätige Organwalter (aufgrund des DHG) wie auch ehrenamtlich tätige Organwalter (gem § 24 Abs 1 Satz 2 VerG) grundsätzlich schon gegenüber dem Verein nur für grobe Fahrlässigkeit haften,¹³¹⁷ entsteht im Fall einer leicht fahrlässigen

1308 *Kossak*, JBl 2003, 473 (476, 488 und *passim*); *ders*, Haftung der Vereinsfunktionäre² 114.

1309 Nach § 2 Abs 3 DHG haften Dienstnehmer nicht für entschuldbare Fehlleistungen. Beruht der Schaden auf einem „minderen Grad des Versehens“ (leichte Fahrlässigkeit) kann das Gericht die Haftung aus Billigkeitsgründen ganz erlassen und bei grober Fahrlässigkeit immerhin noch mäßigen (gebundenes Ermessen) (§ 2 Abs 1 DHG). Vgl allg *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*³ § 2 DHG Rz 16 ff. Mangels Ersatzanspruchs erübrigt sich dann die Erhaltung von Ersatzansprüchen im Verhältnis zu den Gläubigern durch § 26 VerG.

1310 Vgl nur *Kossak*, JBl 2003, 473 (488); *Brändle/Rein*, Vereinsrecht⁵ 153.

1311 *Kossak*, Haftung der Vereinsfunktionäre² 114; *ders*, JBl 2003, 473 (488).

1312 *Kossak*, JBl 2003, 473 (488).

1313 Vgl EBRV 1503 BlgNR 24. GP 2; vgl auch *Kossak*, JBl 2003, 473 (483 f).

1314 BGBl I 2011/137 (VerGNov 2011).

1315 Vgl dazu etwa *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 26 Rz 35 ff.

1316 Daraus lässt sich übrigens nichts für die Anwendung der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf grobe Fahrlässigkeit außerhalb § 25 Abs 3 GmbHG gewinnen. Die Privilegierung ehrenamtlich tätiger Organwalter verfolgt ein anderes Regelungsanliegen. Gläubigerschutz spielt keine Rolle. Der (implizite) Gläubigerschutzzweck der Organhaftung ergibt sich nicht aus § 24 VerG, sondern aus § 26 VerG. S aber zu § 24 Abs 1 Satz 2 VerG idF VerGNov 2011 bei der Frage nach der Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen unten S 623 ff.

1317 Diese pauschale Haftungsbegrenzung auf grobe Fahrlässigkeit scheint allerdings insoweit zumindest hinterfragenswert, als es um die Ausschüttung von Vereinsvermögen geht, was funktional dem Kapitalerhaltungsgrundsatz bei GmbH und AG entspricht. Vgl dazu bereits *Mandl*, Die Haftung des Vereinsvorstands 128 (s Fn 1307). Ob insoweit eine (Ausnahmen-)Lücke besteht, kann hier nicht beurteilt werden und bedürfte (wie

Schädigung kein Ersatzanspruch, der durch § 26 VerG indisponibel im Vereinsvermögen erhalten werden könnte. Insoweit wirkt sich die planwidrige Unbegrenztheit des § 26 VerG nicht (mehr) aus, weil bereits (gleichsam eine Stufe davor) die Haftungsvoraussetzungen eingeschränkt sind.

Für die Frage nach dem Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG bedeutet das nun zunächst, dass das eingangs referierte Argument von *J. Reich-Rohrwig* (und damit wie erwähnt auch die Kritikwürdigkeit des § 26 VerG) durch die Abmilderung der Haftungsvoraussetzungen gem § 24 VerG zumindest faktisch an Gewicht verloren hat. Andererseits wurde die Haftung nicht deshalb gemildert, weil eine wegen § 26 VerG im Gläubigerinteresse indisponible Haftung für leicht fahrlässige Schädigung den Risikoanreiz hemmen würde, sondern weil die Haftung aus anderen Gründen als zu streng empfunden wurde. An der früheren (wertungswidrigen) Implikation des § 26 VerG dürfte sich daher nichts geändert haben. Im Übrigen können die erwähnten Haftungsmilderungen eine Einschränkung des § 26 VerG (jedenfalls auf die Erforderlichkeit des Ersatzes zur Gläubigerbefriedigung) nicht substituieren. Denn eine *qua* § 26 VerG indisponible Haftung entgeltlich tätiger Organwalter für *omnis culpa* kommt noch in Betracht, wenn das Gericht die Haftpflicht im Bereich leichter Fahrlässigkeit nicht erlässt oder nur mindert (Ermessensentscheidung)¹³¹⁸. Da die Aussicht auf eine richterliche Haftungsreduktion ungewiss ist, müssen Organwalter trotz Verzichts oder Vergleichs mit einer späteren Inanspruchnahme durch Vereinsgläubiger rechnen, was sich wie erwähnt negativ auf ihren Risikoanreiz auswirkt. Auch ehrenamtlich tätige Organwalter könnten umfassend (indisponibel) haften, wenn der Verein das (dispositive) Haftungsprivileg gem § 24 Abs 1 Satz 2 VerG statutarisch abbedingt oder einschränkt. In diesen Fällen entstehen der Gesellschaft Ersatzansprüche (auch) wegen leicht fahrlässiger Schädigung, die dann wegen der (weiterhin) offenen Formulierung des § 26 VerG in vollem Umfang zwingend im Vereinsvermögen erhalten werden. Die modifizierten (abgeschwächten) Haftungsvoraussetzungen vermögen wie gesagt die (planwidrige) Unbeschränktheit des § 26 VerG nicht vollständig zu verdecken.¹³¹⁹ Deshalb verstößt § 26 VerG (weiterhin)

wohl die „Kapitalerhaltung“ im Vereinsrecht allg) tiefergehender Untersuchungen. Vgl idZ etwa (zum Eigenkapitalersatzrecht) OGH 26.11.1998, 8 Ob 286/98m; *Saria/Wagner*, eolex 1999, 31 ff; *Saria*, RdW 1999, 705 ff mwN; *Zib*, AnwBl 1988, 321 (324).

1318 Vgl nur *Windisch-Graetz* in ZellKomm³ § 2 DHG Rz 16 mwN.

1319 Insoweit ist es mE auch nicht bloß eine „*legistische Geschmackssache*“, ob die (gebotene) Schranke der groben Fahrlässigkeit in § 24 VerG oder in § 26 VerG einge-zogen wird (so aber *Kossak*, JBl 2003, 473 [495]). Anders wäre es, wenn Organwalter gegenüber dem Verein *jedenfalls* nur für grobe Fahrlässigkeit haften würden. Dann müsste § 26 VerG diese Einschränkung nicht wiederholen. IdS beschränkt sich etwa das Verfolgungsrecht gem § 84 Abs 5 AktG (was bei der Forderungsexekution mit der Entstehung von Ersatzansprüchen vergleichbar ist) auf grobe Fahrlässigkeit außerhalb des § 84 Abs 3 AktG. Deshalb kann § 84 Abs 5 Satz 3 AktG offen formuliert sein (was freilich nichts daran ändert, dass § 84 Abs 5 Satz 3 AktG insoweit

gegen die (universelle) Wertung des Gesetzgebers, wonach die indisponible Organhaftung jenseits des Vermögensschutzes aus Gründen der Verhaltenssteuerung mit grober Fahrlässigkeit begrenzt ist. Damit stehen § 26 VerG wie erwähnt dieselben Einwände entgegen wie der hM zu § 25 Abs 5 und 7 GmbHG. Aus § 26 VerG lassen sich daher auch keine Rückschlüsse auf den Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG ziehen. Hier kann dahinstehen, wie § 26 VerG zu korrigieren ist, ob er (wie im GmbH-Recht mangels Leitungsautonomie des Vereinsvorstands) auf bestimmte Ersatzansprüche (wie zB § 25 Abs 3 GmbHG und § 84 Abs 3 AktG) einzuschränken ist, oder aber rechtsformspezifische Besonderheiten bestehen, die eine „maximale“ indisponible Haftung bis zur Grenze grober Fahrlässigkeit gebieten.¹³²⁰ In jedem Fall

planwidrig zu eng ist und auf alle Arten der Rechtsverfolgung zu erweitern ist [dazu im AG-Teil unten S 834 ff]).

- 1320 Hier gilt es zu beachten, dass das VerG keine dem GmbH- und Aktienrecht vergleichbaren Kapitalerhaltungsvorschriften kennt (Niederberger, ecolex 1997, 838 [840]; Ostheim in Korinek/Krejci, Der Verein 117 [195]; Saria/Wagner, ecolex 1999, 31 [33 f]; Saria, RdW 1999, 705 [707 f]; U. Torggler, GesR II Rz 16). Deshalb scheidet eine Einschränkung der indisponiblen Haftung auf bestimmte Ersatzansprüche (wie zB bei § 25 Abs 3 GmbHG und § 84 Abs 3 AktG) auf den ersten Blick aus. Gesetzessystematisch erinnert nur die demonstrative Aufzählung verbotener Verhaltensweisen in § 24 Abs 2 Z 1 bis 6 VerG an den Katalog der § 25 Abs 3 GmbHG und § 84 Abs 3 AktG. Nach den EBRV (BlgNR 990 21. GP 40) soll durch jene „Aufzählung besonders signifikanter Tatbestände“ vor allem die „finanzielle Verantwortung“ von Leitungsorganen betont werden. Dadurch weist der Gesetzgeber iZm der Drittfinanzierung von Vereinsvorhaben auf das Haftungsrisiko in Fällen hin, „in denen aller Voraussicht und Erfahrung nach keine ausreichende Vermögensdeckung besteht oder erreichbar ist.“ (ebenda). Nicht alle der aufgezählten Verhaltensweisen dienen jedoch dem Schutz der Vereinsgläubiger (zB das allg Verbot eines Verhaltens, das Schadenersatzpflichten des Vereins gegenüber Vereinsmitgliedern oder Dritten auslöst [Z 6]). Die Erläuterungen zu § 58 Abs 3 des Entwurfs einer interministeriellen Arbeitsgruppe (entspricht funktional § 24 Abs 3 VerG) stellen idS klar: „Nur der Aufbau, nicht der Inhalt des Abs 3 folgt dem Konzept des § 84 Abs 3 AktG.“ (abgedr bei Fessler/Keller/Krejci/Zetter, Reform des Vereinsrechts [1997] 112). Ebenda heißt es weiter: „Der Tatbestandskatalog ist deshalb recht umfangreich, weil der Entwurf Fehlleistungen von Organwaltern weniger über Verwaltungsstrafen ahnden will, als über die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Organwalter.“ Für die korrigierende Einschränkung des § 26 VerG kommt es (wie auch bei GmbH und AG) darauf an, welche Pflichten des Vereinsorgans unmittelbar dem Schutz der Vereinsgläubiger zu dienen bestimmt sind. Von den aufgezählten Verhaltensweisen wäre § 26 VerG mE daher mit Blick auf § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG und § 84 Abs 3 Z 6 AktG zumindest auf § 24 Abs 2 Z 4 VerG betreffend die verspätete Stellung des Insolvenzantrags anzuwenden. Dasselbe gilt mE mit Blick auf § 25 Abs 3 Z 1 GmbHG und § 84 Abs 3 Z 1 bis 5 und Z 7 f AktG für die vereinszweckwidrige Ausschüttung von Vereinsvermögen (§ 24 Abs 2 Z 1 VerG; vgl auch § 1 Abs 2 Satz 2 VerG und § 30 Abs 2 Satz 4 VerG; EBRV BlgNR 990 21. GP 20), die zB auch Mandl (Die Haftung des Vereinsvorstands 128) den Kapitalerhaltungsvorschriften des § 84 Abs 3 AktG gleichhielt (s Fn 1307 vgl auch Zib, AnwBl 1988, 321 [324]). Auch Ostheim (in Korinek/Krejci, Der Verein 117 [194 f]) betonte idZ, dass

kann § 26 VerG nicht *weiter* reichen als § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (und damit nicht so weit, wie es die hM für § 25 Abs 5 und 7 GmbHG annimmt).

c. Fazit

Die Legisten des VerG wollten mit § 26 offenbar § 84 Abs 5 Satz 3 AktG nachbilden, haben dabei aber wohl übersehen, dass diese Bestimmung ihr Gepräge erst im Verbund mit den übrigen Sätzen des § 84 Abs 5 AktG erhält. Durch die isolierte Orientierung (nur) an § 84 Abs 5 Satz 3 AktG ist § 26 VerG planwidrig zu weit geraten, (insb) was die erfassten Ersatzansprüche betrifft. Denn gemäß der (rechtsformindifferenten) gesetzlichen Wertung des § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG kann sich § 26 VerG jedenfalls nicht auf *alle* Ersatzansprüche wegen *omnis culpa* beziehen. Derartiges lässt sich aus § 26 VerG daher auch nicht für § 25 Abs 5 und 7 GmbHG ableiten.

7) *Zwischenergebnis*

Der Wortlaut und die Systematik der einzelnen Absätze in § 25 GmbHG scheinen die vorherrschende These zu stützen, wonach sich § 25 Abs 5 und 7 GmbHG undifferenziert auf alle Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen ihre Geschäfts-

der Gedanke des Verbots gesetzwidriger Ausschüttungen gerade bei unternehmerisch tätigen Vereinen wegen des völligen Fehlens von Kapitalsicherungsvorschriften erhöhte Bedeutung habe und eine Gesamtanalogie (dh seit dem VerG 2002 eine entspr teleologische Reduktion des § 26 VerG) auf alle Zuwendungen an Vereinsmitglieder aus dem Vereinsvermögen, die einer Gewinnausschüttung oder einer Verzinsung von Einlagen gleichkommen, geboten scheint. Ob § 26 VerG über diese Verhaltenspflichten hinaus noch auf *sonstige* Ersatzansprüche (wegen zumindest grob fahrlässiger Schädigung) anzuwenden ist, hängt wie gesagt davon ab, ob es im Vereinsrecht (mangels Leitungsautonomie des Vereinsvorstands) *andere* rechtsformspezifische Momente gibt, die (anders als bei der GmbH) eine Erweiterung der indisponiblen Organhaftung im Gläubigerinteresse gebieten. Eine solche Besonderheit könnte man wie erwähnt darin sehen, dass im Vereinsrecht der gesetzliche Gläubigerschutz relativ schwächer ist als bei anderen Rechtsformen mit ausgeschlossener Gesellschafterhaftung (was va bei unternehmenstragenden Vereinen eine Rolle spielt). Vor allem das Fehlen von Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungspflichten könnten dafür sprechen, dass das Eigenopfer der Vereinsmitglieder für eine grundsätzliche Gleichschaltung von Gläubiger- und Mitgliederinteressen (dazu noch S 390 ff) nicht ausreicht und somit ein *mittelbarer* Gläubigerschutz durch die Binnenhaftung der Vereinsorgane nicht gewährleistet ist. Davon ausgehend könnte dann weiter überlegt werden, als Korrektiv die Sorgfaltspflicht und Haftung von Vereinsorganmitgliedern als Anordnungen zu qualifizieren, die *unmittelbar* dem Gläubigerschutz dienen und demgemäß *indisponibel* sein müssen (§ 26 VerG). In jedem Fall kann sich § 26 VerG aber wie erwähnt nicht auf jede leicht fahrlässige Schädigung erstrecken. Denkbar wäre auch, die größere Gefahr von Risikooberwälzungen auf Gläubiger durch Anwendung der Durchgriffshaftungstatbestände der qualifizierten Unterkapitalisierung (vgl *Niederberger*, *ecolex* 1997, 838 [841]; dieser Durchgriffshaftungstatbestand ist allerdings nach mE zutr Ansicht abzulehnen [s noch Fn 1606]) und insb der Existenzvernichtung und Existenzgefährdung auszugleichen und insoweit eine indisponible Organhaftung anzunehmen (dazu iZm der GmbH noch unten S 412 ff). Tiefergehende Überlegungen können hier dahinstehen.

führer beziehen. Diese These wurde auf breiterer systematischer Basis außerdem auf § 10 Abs 6 GmbHG, § 41 Abs 3 GmbHG und auf die strenge Vermögensbindung des öGmbHG gestützt. Allerdings lässt sich aus diesen Normen nichts für den Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG ableiten. Interessanter sind schon die Dispositionsbeschränkungen der § 84 Abs 5 Satz 3 AktG, § 84 Abs 4 Satz 3 AktG und § 26 VerG, wobei die erste für ein einschränkendes und die beiden anderen für ein (iSd hM) weites Verständnis der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG herangezogen wurden. Am nächsten liegt der Vergleich mit der unmittelbaren Parallelbestimmung § 84 Abs 5 Satz 3 AktG. Diese Bestimmung spricht jedoch tatsächlich für eine tatbestandsmäßige *Einschränkung* der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG. Denn der Aktiengesetzgeber hat die (im Gläubigerinteresse) indisponible Vorstandshaftung (im System der Haftungskonzentration also das Verfolgungsrecht und die Dispositionsbeschränkungen) jenseits des § 84 Abs 3 AktG auf *grobe fahrlässige* Pflichtverletzungen begrenzt. Eine indisponible Haftung für leichte Fahrlässigkeit (insb im Bereich der bloßen Geschäftsführung) würde nämlich die (nötige) Risikobereitschaft der Organmitglieder hemmen, und läge damit nicht im Gesellschaftsinteresse (und damit mittelbar auch nicht im Gläubigerinteresse). Da diese Wertung unmittelbar in der Risikoeinstellung natürlicher Personen wurzelt, ist sie unabhängig von der Rechtsform und von der rechtstechnischen Art der Anspruchsdurchsetzung. Deshalb können sich (auch) § 25 Abs 5 und 7 GmbHG außerhalb des § 25 Abs 3 GmbHG jedenfalls nicht auf *alle* sonstigen Ersatzansprüche beziehen. Mehr noch: Sie können nicht einmal genauso weit reichen wie § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (also bis grobe Fahrlässigkeit). Denn der Aktiengesetzgeber von 1937/1938 begründete die Ausdehnung der indisponiblen Haftung von den qualifizierten Fällen des Kapitalschutzes (so noch § 241 Abs 4 dHGB 1897) auf sonstige Ersatzansprüche (hier freilich begrenzt mit grober Fahrlässigkeit) mit der Leitungsautonomie des Vorstands (insoweit mE freilich fragwürdig). Er stellte damit implizit klar, dass bei Weisungsgebundenheit der Leitungsorganmitglieder (wie in der GmbH) eine erweiterte indisponible Organhaftung über den Kapitalschutz hinaus (hier § 25 Abs 3 GmbHG) *ceteris paribus* ausgeschlossen ist. GmbH-spezifische Gründe für eine Erweiterung sind nicht erkennbar. Will man einen Wertungswiderspruch mit § 84 Abs 5 AktG vermeiden, muss man daher § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf Ersatzansprüche gem § 25 Abs 3 GmbHG einschränken. Die anderen beiden genannten Dispositionsbeschränkungen (§ 84 Abs 4 Satz 3 AktG und § 26 VerG) deuten in die entgegengesetzte Richtung: Sie schließen Verzichte und Vergleiche aus, ohne dabei nach der Pflichtverletzung oder dem Verschuldensgrad zu differenzieren. Eine nähere Betrachtung zeigt aber, dass sich keine der beiden Anordnungen auf eine bewusste Wertung des Gesetzgebers stützen kann. Vielmehr ergibt sich aus den Materialien, dass der Gesetzgeber in beiden Fällen den Widerspruch mit § 84 Abs 5 AktG schlicht übersehen hat. Bei der Sperrfrist konnte das geschehen, weil der Gesetzgeber diese Bestimmung insofern versehentlich schuf, als er

fälschlicherweise vermeinte, damit bloß bestehendes Recht fortzuschreiben.¹³²¹ Und mit § 26 VerG wollte der Gesetzgeber den § 84 Abs 5 Satz 3 AktG nachbilden, erkannte dabei aber nicht, dass diese Bestimmung isoliert betrachtet zu weit reicht und erst durch ihre Bezugnahme auf das Verfolgungsrecht der Gläubiger gem § 84 Abs 5 Sätze 1 f AktG ihre tatbestandsmäßigen Einschränkungen erhält. Demgemäß sind § 84 Abs 4 Satz 3 AktG und § 26 VerG planwidrig zu weit geraten, daher denselben Einwänden ausgesetzt wie die hM zu § 25 Abs 5 und 7 GmbHG und infolgedessen selbst korrekturbedürftig. Aus ihnen lassen sich keine Schlüsse für das GmbH-Recht ziehen.

Schon die systematisch-logische Auslegung ergibt also mit mE hinreichender Eindeutigkeit, dass sich § 25 Abs 5 und 7 GmbHG (wie § 43 Abs 3 Sätze 2 f dGmbHG) nur auf die Ersatzansprüche gem § 25 Abs 3 GmbHG beziehen. Denn andernfalls entstünde ein Wertungswiderspruch mit § 84 Abs 5 AktG, dessen Wertung der Gesetzgeber sorgfältig abgewogen und gut dokumentiert hat. Anzeichen einer abweichenden eigenständigen Wertung des GmbH-Gesetzgebers sind nicht erkennbar. Ungeklärt ist aber nach wie vor, wie es zur sonderbaren Verschachtelung der einzelnen Absätze (mit unterschiedlichem Anwendungsbereich), insb der Mittelstellung des vierten und sechsten Absatzes in § 25 GmbHG gekommen ist. Diese offenen Fragen halten dazu an, sich mit einem bloß *indirekten* Nachweis des (eingeschränkten) Anwendungsbereichs der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG aus dem andernfalls entstehenden Wertungswiderspruch mit § 84 Abs 5 AktG (iSe *reductio ad absurdum*) noch nicht zufriedenzugeben. Ein *direkter* Nachweis kann aber nur durch subjektiv-historische Interpretation erbracht werden, indem die dokumentierte (wahre) Absicht des Gesetzgebers zu Tage gefördert wird. In der Folge soll daher (wie auch bei § 84 Abs 4 Satz 3 AktG und § 26 VerG) die Entwicklungsgeschichte der Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG näher beleuchtet werden.

iv. Subjektiv-historische Analyse

Eine solche historische Betrachtung kann zunächst die größeren Entwicklungslinien in den Blick nehmen, nämlich die Abstammung der GmbH-Gesetze (öGmbHG und dGmbHG) vom älteren Aktienrecht, also jener Rechtschicht, die erstmals eine Haftungskonzentration auf die Gesellschaft und als Korrektiv hierfür die Beschränkung von Gesellschaftsdispositionen hervorbrachte. Von diesen größeren Entstehungszusammenhängen kann man sich dann zu den feineren Linien der Normentwicklung vortasten.

1) Das ältere Aktienrecht als (mittelbares) Regelungsvorbild

Wie eingangs schon dargelegt, war unter der Geltung des ADHGB 1861 und im Zuge der Reform von 1884 die Diskussion über die Reichweite gesetzlichen Gläu-

¹³²¹ S oben bei Fn 1274.

bigerschutzes durch indisponible (zT auch unmittelbare) Organmitgliedshaftung in vollem Gange.¹³²² Im Einklang mit der Lehre und dem ROHG-Gutachten begrenzte der Reformgesetzgeber die indisponible Haftung – dh im System der Haftungskonzentration: das Verfolgungsrecht und die Dispositionsbeschränkungen gem Art 241 Abs 4 ADHGB 1884 – nicht auf alle Ersatzansprüche, sondern nur auf Ersatzansprüche aus der Verletzung von Kapitalerhaltungsvorschriften und wegen Zahlungen nach Insolvenzreife gem Art 241 Abs 3 ADHGB 1884 (arg: „*In den vorbezeichneten Fällen*“). Die Beweggründe hierfür wurden oben schon iZm § 84 Abs 5 Satz 3 AktG dargelegt.¹³²³ Auch § 241 Abs 4 dHGB 1897, der „*im Wesentlichen mit dem Inhalt des bisherigen Art. 241 übereinstimmt*“¹³²⁴, änderte daran nichts (arg: „*In den Fällen des Abs. 3*“).

Auch der Konnex mit den GmbH-Gesetzen wurde oben in allgemeinerem Zusammenhang schon skizziert.¹³²⁵ In aller Kürze: Das dGmbHG aus dem Jahr 1892 orientierte sich bei der Geschäftsführerhaftung an der Haftung von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern nach dem ADHGB 1884.¹³²⁶ Die Verfasser des öGmbHG orientierten sich ausweislich der EBRV am dGmbHG¹³²⁷ (und damit mittelbar ebenfalls am älteren deutschen Aktienrecht). Eine prominente Rolle spielte aber auch der österreichische Aktienentwurf von 1900. Er wurde gemeinsam mit dem GmbH-Entwurf ausgearbeitet und sollte auch als Einheit mit diesem in Kraft treten.¹³²⁸ Die österreichischen Legisten waren daher bemüht, beide Entwürfe formal und inhaltlich aneinander anzugleichen.¹³²⁹ Zwar wurde der Aktienentwurf nie Gesetz, er hinterließ aber erkennbare Spuren im GmbH-Recht. Der Aktienentwurf war aber selbst keine völlige Neu-

1322 S dazu oben S 39 ff.

1323 S 285 ff.

1324 Denkschrift dHGB 1897, abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 307.

1325 S schon allg bei Fn 613.

1326 S schon oben S 228 ff bei Fn 997. Vgl AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3750 rSp.

1327 Deshalb beschränkten sich die EBRV auf die Erörterung der Abweichungen vom deutschen Vorbild. Vgl EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 54: „*Wenn der Entwurf im übrigen sich auch an die Prinzipien des Deutschen Reichsgesetzes eng anlehnt, enthält er doch naturgemäß eine Reihe von Abweichungen in den Einzelbestimmungen, deren Begründung dem besonderen Teile der erläuternden Bemerkungen vorbehalten wird.*“ Vgl auch *K. Lehmann* in Verhandlungen des 31. DJT I (1912) 502 (516): „*Das Gesetz über Gesellschaften m. b. H. ist im ganzen eine Nachbildung des deutschen Gesetzes.*“

1328 Vgl *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 195; *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 61, 70.

1329 *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 195; *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 61; *Kleinszig*, BRGÖ 2021, 35 (44); vgl zB auch Berathungs-Protokolle der Vertreter der beteiligten Ministerien zum Entwurfe eines Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 1. Sitzung, 12. November 1900 (ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 862): „*Der Referent: bringt § 1 des Entwurfes zur Beratung und stellt ein für allemal fest, dass die sachlichen und stilistischen Abweichungen des vorliegenden Entwurfes von dem Actien-Entwurfe nach dessen definitiver Redaktion vollständig ausgeglichen werden.*“

schöpfung, sondern orientierte sich seinerseits am Aktienrecht des dHGB 1897.¹³³⁰ Und das dHGB 1897 wiederum entsprach wie erwähnt im Wesentlichen (jedenfalls *in puncto* Organhaftung) dem ADHGB 1884.¹³³¹ Somit fußen beide unmittelbaren Regelungsvorbilder des öGmbHG – nämlich das dGmbHG und der österreichische Aktienentwurf – auf dem ADHGB 1884. Übrigens beschränkten auch diese beiden unmittelbaren Regelungsvorbilder die Dispositionsbeschränkungen auf den Kapitalschutz und das Verbot von Zahlungen nach Insolvenzreife (dazu noch näher unten).¹³³²

Diese (grobe) Abstammungslinie des öGmbHG indiziert bereits, dass sich auch die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG nur auf § 25 Abs 3 GmbHG beziehen.¹³³³ Das subjektiv-historische Indiz aufgrund der (mittelbaren) Vorbildwirkung des Aktienrechts wird darüber hinaus im geltenden Recht zum zwingenden systematisch-logischen Argument, weil § 84 Abs 5 AktG zur Parallelnorm wurde und als solche die Wertungswidersprüchlichkeit der (wortgetreu verstandenen) Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG aufzeigt. Darauf wurde oben schon eingehend hingewiesen. Hier soll es um das Verhältnis des GmbH-Rechts zum Aktienrecht im Zeitpunkt der Entstehung der GmbH-Gesetze gehen. Im Folgenden soll auch dieser größere Entstehungszusammenhang zurückgelassen und der Fokus auf das engere Verhältnis von § 25 GmbHG zu seinen *unmittelbaren* Regelungsvorbildern gerichtet werden, nämlich auf das dGmbHG und den österreichischen Aktienentwurf von 1900.

2) § 43 dGmbHG als (vermeintliches) Regelungsvorbild

Die EBRV enthalten zu § 25 GmbHG folgende Passage:

*„Die durch den Entwurf vorgeschlagenen Normen für die Haftpflicht der Geschäftsführer schließen sich an die durchaus sachgemäßen Normen des deutschen Gesetzes an; nur in einem einzigen Punkte [sc § 25 Abs 4 GmbHG] gehen sie über diese noch hinaus“*¹³³⁴.¹³³⁵

1330 Vgl nur die Marginalie auf S 4 der Denkschrift zum Aktienentwurf (ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420): „Das deutsche Aktienrecht als Vorbild der Reform“.

1331 Vgl Denkschrift dHGB 1897, abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 307 (s schon Fn 1324); vgl auch *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 70.

1332 S zu § 43 dGmbHG S 325 ff und zum Aktienentwurf S 334 ff.

1333 Vgl idZ *Grünhut* in Verhandlungen des 31. DJT II (1912) 4 (11): „§ 241 (Haftung des Vorstands) stimmt überein mit § 25 Ges.m.b.H.; ähnlich Art. 241 unseres HGB.“

1334 Im Anschluss an den oben zitierten Passus heißt es zum neu eingefügten § 25 Abs 4 GmbHG weiter: „Ein gänztliches Verbot von Geschäften zwischen Geschäftsführern und Gesellschaft ließe sich schwerlich rechtfertigen. Wenn aber mehrere Geschäftsführer oder ein Aufsichtsrat bestehen, kann füglich in der unterlassenen Einholung ihrer Zustimmung unter allen Umständen mangelnde Sorgfalt erblickt werden.“

1335 EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 66.

Diese Aussage dient Befürwortern eines eingeschränkten Anwendungsbereichs von § 25 Abs 5 und 7 GmbHG verständlicherweise seit jeher als Hauptargument: Der österreichische Gesetzgeber habe die Geschäftsführerhaftung grundsätzlich (mit Ausnahme des § 25 Abs 4 GmbHG) so verstanden wissen wollen, wie sie in § 43 dGmbHG geregelt ist. Vertretern der Gegenmeinung genügt diese Materialienstelle indes jedoch nicht. So wandte schon *Skerlj*¹³³⁶ im Jahr 1906 ein, dass die Bezugnahme auf das dGmbHG nicht ausreiche, um auch für das öGmbHG einen eingeschränkten Anwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen anzunehmen. Denn der österreichische Gesetzgeber weiche vom deutschen Gesetz zum Teil ab und habe insb den vierten Absatz über Inselfgeschäfte aufgenommen (den das dGmbHG nicht enthält).

Richtig ist, dass das öGmbHG von seinem deutschen Vorbild teilweise abweicht; diese Abweichungen können die zitierte Passage der EBRV zu § 25 GmbHG aber schon deshalb nicht entwerten, weil sich die Passage gar nicht auf das gesamte Gesetz (und alle übrigen Abweichungen) bezieht, sondern eben nur auf § 25 GmbHG.¹³³⁷ Zwar enthält auch § 25 GmbHG eine wesentliche äußere Abweichung von § 43 dGmbHG (nämlich § 25 Abs 4 GmbHG), die EBRV legen diesen Umstand aber gerade offen (*„nur in einem einzigen Punkte gehen sie über diese noch hinaus“*), sodass im Übrigen (also auch für Abs 5 und 7) das Prinzip der Übereinstimmung gelten soll. Die EBRV stellen sogar klar, dass es sich um die *einzig*e Ausnahme handelt (*„nur in einem einzigen Punkte“*) und bestätigen dadurch zusätzlich die intendierte Übereinstimmung der übrigen Bestimmungen mit § 43 GmbHG. Demgemäß bedeutet § 25 Abs 4 GmbHG entgegen *Skerlj* keine Relativierung der zitierten Materialienstelle – vielmehr bestätigt die Ausnahme die Regel; sie spricht damit nicht *gegen*, sondern (zumindest auf den ersten Blick) *für* die tatbestandsmäßige Einschränkung der Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG wie im deutschen Gesetz – und zwar trotz formaler Abweichungen.

1336 *Skerlj*, GmbHG² (1909) § 25 Anm 13 (S 35).

1337 Übrigens sind auch die anderen Abweichungen vom dGmbHG durchaus kalkuliert. Denn die EBRV erklären schon in ihrem Allgemeinen Teil, sich grundsätzlich an das dGmbHG anzuschließen und auf die einzelnen Abweichungen jew im Besonderen Teil einzugehen: *„Wenn der Entwurf im übrigen sich auch an die Prinzipien des Deutschen Reichsgesetzes eng anlehnt, enthält er doch naturgemäß eine Reihe von Abweichungen in den Einzelbestimmungen, deren Begründung dem besonderen Teile der erläuternden Bemerkungen vorbehalten wird.“* (EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 54). Die Abweichungen vom dGmbHG sind also die Ausnahme, die Übereinstimmung die Regel. Angesichts dieses Regel-Ausnahme-Verhältnisses ist es eine besondere Präzisierung, dass die EBRV zu den Haftungsbestimmungen in § 25 GmbHG (nochmals) gesondert erklären, dass diese sich an die Normen des dGmbHG halten (was nämlich – sofern keine Ausnahme greift – schon aus der zitierten allg Aussage folgt).

Auch in der jüngeren Lit wird die zitierte Passage der EBRV von Vertretern der hM relativiert, und zwar vor allem mit dem Argument, dass der Gesetzeswortlaut in dieser Hinsicht klar und eindeutig sei.¹³³⁸ Oft wird auch gar nicht

1338 So konzedierte etwa *Kutschera* (GesRZ 1982, 243 [246 f]) unter Hinweis auf den zitierten Passus der EBRV, dass sich der Schluss auf einen „Abschreibfehler“ des österreichischen Gesetzgebers aufdränge (zust *Koppensteiner*, wbl 1988, 1 [6 Fn 31]). Sollte § 25 GmbHG wirklich § 43 dGmbHG nachgebildet sein, dürften sich § 25 Abs 5 und 7 GmbHG nur auf § 25 Abs 3 GmbHG beziehen. Diese Schlussfolgerung verwirft *Kutschera* dann aber mit dem Argument, dass eine solche Auslegung dem Wortlaut widerspreche und auch nicht sachgerecht scheine. Die „klare Formulierung der Norm“ lege vielmehr die Auslegung nahe, dass jeder Anspruch der Gesellschaft gegen ihre Geschäftsführer wegen schädigender Verletzung ihrer Sorgfaltspflichten der Disposition der Gesellschaft nur insoweit unterliege, als nicht die Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger gefährdet ist (*Kutschera* aaO 246 f). Die Fälle des § 25 Abs 3 GmbHG nähmen zwar „von der Redaktionsgeschichte her betrachtet eine Sonderstellung in § 25 ein“, sie seien wegen der von § 43 dGmbHG abweichenden Formulierung aber „nur noch als deskriptiv aufgezählte Beispiele möglicher Sorgfaltsverletzungen anzusehen.“ (*Kutschera* aaO 248).

Hierzu kann auf die methodologischen Ausführungen im Fließtext verwiesen werden. Im Übrigen wäre eine extensive Anwendung der Dispositionsbeschränkungen wegen der damit verbundenen Hemmung der Risikobereitschaft der Organwalter auch nicht sachgerecht. *Kutschera* begründete die (angebliche) Sachgerechtigkeit auch nicht weiter.

In dieselbe Kerbe schlägt die Kritik von W.-D. *Arnold* (JBl 2001, 265 [265]), die sich (unter Verweis auf *Skerlj* [s Fn 1336]) vorrangig gegen *Koppensteiner* (GmbHG² § 25 Rz 19) richtete (so auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 19). Demnach handle es sich bei der Einschränkung der Dispositionsbeschränkungen auf § 25 Abs 3 GmbHG um „rein rechtspolitische Überlegungen [...], die am Primat des eindeutigen Gesetzestextes vorbeigehen“. Ähnlich wendeten *Runggaldier/Schima* (Rechtsstellung 226; bezugnehmend auf die von *Harrer* [Haftungsprobleme 75 ff] vertretene Einschränkung auf grobe Fahrlässigkeit außerhalb § 25 Abs 3 GmbHG) gegen eine Einschränkung der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG ein, dass der Wortlaut dieser Bestimmung dafür keinen Raum lasse, weil eine solche Einschränkung daraus nicht zu entnehmen sei. Ähnlich *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 495, insb Fn 2841 (mit Hinweis auf die Ausführungen bei *U. Torggler*, JBl 2006, 85 [92]), der iE der hM beipflichtet, weil eine „Beschränkung“ auf Pflichten iZm der Kapitalerhaltung in § 25 Abs 3 GmbHG weder in § 25 Abs 5 GmbHG noch in § 25 Abs 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG enthalten sei und eine solche sich auch nicht aus der Gesetzessystematik ergebe. Noch einen Schritt weiter geht *Dellinger* (in FS Frotz 187 [192 Fn 25] in Bezug auf *Ostheim* in *Korinek/Krejci*, Der Verein 117 [196 Fn 357]), wenn er die Auffassung, dass sich § 25 Abs 5 und 7 GmbHG entgegen dem „eindeutigen Wortlaut“ nur auf § 25 Abs 3 GmbHG bezieht, gar als „Interpretation contra legem“ einordnet. Die Begründung mit dem angeblich gegenläufigen Willen des historischen Gesetzgebers hält *Dellinger* nicht für ausreichend, um vom „klaren und bis heute unveränderten Gesetzeswortlaut“ abzuweichen, und zwar selbst wenn der historische Gesetzgeber von 1906 seinen angeblich vom Gesetzeswortlaut abweichenden Willen in den Materialien klar zum Ausdruck gebracht hätte, was nicht der Fall sei.

Dagegen ist mE zunächst einzuwenden, dass der Wortlaut wie erwähnt schon gar nicht als hinreichend „eindeutig“ oder „klar“ gelten kann, um ein abschließendes

erwähnt, dass die Frage eigentlich umstritten ist und die EBRV in die entgegengesetzte Richtung eines eingeschränkten Anwendungsbereichs deuten. Dem ist zunächst entgegenzuhalten, dass der Wortlaut (wie oben gezeigt wurde)¹³³⁹ von vornherein keineswegs klar und eindeutig ist. Und selbst wenn er das wäre, dürfte eine weitergehende Auslegung nicht unterbleiben. Denn nach zutr allgM¹³⁴⁰ gilt nicht die sog Klarheits- oder Eindeutigkeitsregel (*in claris non fit*

Auslegungsergebnis zu stützen. In jedem Fall darf die Auslegung nicht nur auf den Wortlaut und/oder die Systematik beschränkt werden. Darüber hinaus sind die Anforderungen, die *Dellinger* offenbar an ein methodologisch legitimes Abgehen vom Gesetzeswortlaut (*in casu* eine teleologische Reduktion der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG) stellt, geradezu unerfüllbar. Ein Abgehen soll nicht einmal im gedachten Fall zulässig sein, dass der Gesetzgeber seinen vom Wortlaut abweichenden Willen in den Materialien klar zum Ausdruck bringt. Dann wäre eine Rechtsfortbildung aber meistens unmöglich (vgl idZ auch *F. Bydliński*, Grundzüge² 105: „*Andernfalls gäbe es gar keine Rechtsfindung durch Analogie!*“; vgl auch aaO 106; vgl jetzt *P. Bydliński*, Grundzüge⁴ 110). Dass der historische Gesetzgeber seinen vom Wortlaut abweichenden Willen in den Materialien kundtut, wäre ja an sich schon die denkbar beste Ausgangslage für eine Rechtsfortbildung, wenngleich dieser Fall in Reinkultur wohl selten vorkommt. Wie schon erwähnt, kann auch ein noch so eindeutig anmutender Wortlaut einer Korrektur nicht im Wege stehen, wenn die nachweisliche wahre Absicht des Gesetzgebers eine solche Korrektur verlangt. Eine Rechtsfortbildung (Analogie oder teleologische Reduktion) ist eben natur- und definitionsgemäß eine wortlautüberschreitende Operation (*contra verba legis*), aber deshalb noch keine gesetzesüberschreitende (*contra legem*). Das Argument *Dellingers* lässt diese wichtige Unterscheidung zwischen der Wortlautgrenze einerseits und der *lex-lata*-Grenze andererseits verschwimmen (vgl allg dazu *Kramer*, Methodenlehre⁶ 63 f; *P. Bydliński*, Grundzüge⁴ 116 f). Dass eine gesetzliche Formulierung bis heute unverändert geblieben ist, kann im Übrigen viele Ursachen haben und hat für sich genommen keinen argumentativen Erklärungswert. Auch eine planwidrig zu weite (oder zu enge) Formulierung, die über lange Zeit nicht entdeckt wurde, ist (*ceteris paribus*) zu korrigieren, wenn sie entdeckt wird.

1339 Vgl die Wortsinnüberlegungen oben ab S 245.

1340 Vgl dazu etwa *Potacs*, Rechtstheorie² 173. Allein schon deshalb nicht, weil semantische Fehlgriffe niemals ausgeschlossen sind. Deshalb können andere Auslegungsmethoden im Hinblick auf den (scheinbar klaren) Willen des Gesetzgebers überzeugungskräftiger sein und letztlich überwiegen (s auch *Potacs*, Rechtstheorie² 174). *Potacs* (aaO) weist überzeugend darauf hin, dass die „Klarheit“ des Wortlauts immer kontextabhängig ist, dh eine Vorschrift auf Grund ihres Wortsinns auch oft (nur) deshalb „klar“ scheint, weil im konkreten Fall nicht ein pragmatisches Auslegungskriterium dagegenspricht (was naturgemäß immer der Fall sein muss, wenn andere Auslegungsmethoden gar nicht herangezogen werden). Vgl auch *Larenz*, Methodenlehre⁶ 343 mwN, nach dem die Feststellung, aus dem Wortsinn ergebe sich *eindeutig* diese oder jene Bedeutung, regelmäßig bereits das Ergebnis einer Auslegung sei; ähnlich *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie¹² Rz 732 f: die Feststellung, der Regelungsgehalt einer Norm sei „klar“ oder „eindeutig“, sei immer das *Ergebnis einer Auslegung*, die sich gerade nicht auf den Wortlaut beschränken dürfe. Vgl auch *Kramer*, Methodenlehre⁶ 94 ff mwN („*Klarer Wortsinn eines Gesetzes bedeutet somit noch keineswegs unbedingt, dass auch die ‚Rechtslage‘ klar ist.*“); abl auch *Möllers*, Methodenlehre⁵ 144 f, 226 ff; vgl auch *Engisch*, Einführung¹² 139.

interpretatio),¹³⁴¹ wonach sich weitere Interpretationsschritte erübrigen, wenn der übliche Wortsinn einer Vorschrift „eindeutig“ ist. Zum einen ist diese Regel widersprüchlich, weil bereits die Feststellung, dass der Wortlaut eindeutig sei, notwendigerweise das Ergebnis einer Auslegung ist.¹³⁴² Zum anderen ist sie unzweckmäßig, weil der Rechtsanwender nicht an den Wortlaut, sondern an das Gesetz gebunden ist. Das Gesetz tritt zwar als Worte in Erscheinung, erschöpft sich aber nicht in diesen. Da sich der Gesetzgeber der Sprache als Medium bedient, kann zwar wie erwähnt grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass seine Anordnungen den Regeln der allgemeinen Kommunikationspraxis und der logischen Stringenz entsprechen, dass also der Gesetzgeber tatsächlich meint, was er schreibt. Dabei handelt es sich aber nur um eine (zusätzlich) angenommene Prämisse, eine Zweifelsregel, die im Einzelfall widerlegt werden kann (*vor allem* durch ein subjektiv-historisches Auslegungsergebnis). Auch der Gesetzgeber macht bisweilen Fehler, er vergreift sich im Begriff oder schafft unbewusst verworrene Normen. Was der Gesetzgeber *tatsächlich* meint, kann sich daher nicht aus dem Wortlaut oder der Systematik selbst ergeben; auch dann nicht, wenn der Wortlaut vermeintlich klar und eindeutig ist. Das ist gerade bei einem (unstreitig korrigierbaren) Redaktionsversehen¹³⁴³ typischerweise der Fall. Vielmehr kann sich die gesetzgeberische Absicht letztlich nur aus anderen Anhaltspunkten ergeben. Lässt sich eine so ermittelte abweichende Absicht des Gesetzgebers nachweisen, geht sie auch dem (vermeintlich) noch so klaren und eindeutigen Gesetzeswortlaut vor. Konkret kann das bedeuten, dass die eine oder andere (extensive oder restriktive) Auslegung, oder sogar eine rechtsfortbildende Korrektur (teleologische Reduktion oder Analogie) am Maßstab des (eigentlich) Gewollten geboten ist. Jede Auslegung, die sich (nur) mit „Äußerlichkeiten“ des Gesetzes beschäftigt (also mit dem Wortlaut oder der Systematik) ist somit zwar – als nächstliegende und am leichtesten zugängliche Erkenntnisquelle – praktisch immer das erste (und oft auch aufschlussreiche) Indiz bei der Interpretation, ihr Ergebnis kann aber immer nur ein vorläufiges sein, das unter dem noch zu prüfenden Vorbehalt steht, dass der Gesetzgeber auch tatsächlich gemeint hat, was er geschrieben hat, dass ihm also kein Fehler unterlaufen ist (was wie gesagt nur durch anderes Auslegungsmaterial nach-

1341 Auch „*sens clair-Doktrin*“ oder „*plain meaning rule*“.

1342 Vgl etwa Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie¹² Rz 733.

1343 Vgl Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie¹² Rz 732, 938, 950 und *passim*; Möllers, Methodenlehre⁵ 227; allg F. Bydlinski, Methodenlehre² 393 mwN („*nachweisliche ‚Erklärungsirrtümer‘ der gesetzgebenden Organe, die einen anderen Wortlaut des Gesetzes beschlossen haben als sie wollten [...]*“); Engisch, Einführung¹² 239 f mwN; Larenz, Methodenlehre⁶ 400; Posch in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 6 Rz 29; RIS-Justiz RS0009100 (eine Verbesserung eines Redaktionsversehens [durch Anwendung des wahren Willens des Gesetzgebers im Wege abändernder Auslegung sei nur dann zulässig, wenn der wahre Wille des Gesetzgebers mit Sicherheit nachweisbar ist]).

weisbar ist).¹³⁴⁴ Da ein gesetzgeberischer Fehler nie ganz ausgeschlossen werden kann, ist eine weitergehende Interpretation unter Ausschöpfung aller Auslegungsmethoden daher jedenfalls zweckmäßig.¹³⁴⁵ Wie erwähnt, ist im vorliegenden Fall der Wortlaut ohnedies schon nicht „eindeutig“. Genau genommen liefert die „äußere Erscheinung“ des Gesetzes somit nicht einmal ein vorläufiges Auslegungsergebnis als Indiz. Schon deshalb muss im Hinblick auf den Anwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen weiter, direkt und unvermittelt (also subjektiv-historisch) nach der Absicht des Gesetzgebers gesucht werden. Wie dargelegt, gibt es mit den EBRV auch genau solche Anhaltspunkte für die Absicht des Gesetzgebers. Soweit in der Lit gleichwohl mit dem Wortlautargument nicht nur die Auslegung beendet wird, sondern auch die als entgegengesetztes (subjektiv-historisches) Auslegungsergebnis erkannten EBRV relativiert werden, ist außerdem darauf hinzuweisen, dass der Gesetzeswortlaut nach allgM¹³⁴⁶ zwar die Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung markiert, weshalb ein Abgehen von ihm besonders gerechtfertigt werden muss, er hat aber keinen Vorrang gegenüber den anderen Auslegungsmethoden (insb der subjektiv-historischen Methode).¹³⁴⁷ Gegen einen Vorrang sprechen dieselben

1344 Vgl etwa *Kramer*, Methodenlehre⁶ 67 f; *Kerschner/Kehrer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ §§ 6, 7 Rz 23; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie¹² Rz 743 (und *passim*): der Wortlaut allein sage nichts darüber aus, ob eine Norm eng oder weit auszulegen ist; diese Frage sei vom Normzweck, also von der Regelungsabsicht des Gesetzgebers her zu entscheiden. Diese könne, aber müsse aber nicht im Wortlaut erkennbar sein. Deshalb seien stets weitere Auslegungsaspekte heranzuziehen, um die immer vorläufige Wortlautinterpretation zu überprüfen, nämlich die systematische und die historische Interpretation (aaO Rz 743). Vgl auch *Potacs*, Rechtstheorie² 169 („starting point“, aber kein „ending point“).

1345 Dafür kommt es auch nicht darauf an, welche (ggf gesteigerten) Anforderungen man an den Nachweis einer (abweichenden) Absicht des Gesetzgebers stellt, um ein Abgehen vom Gesetzeswortlaut zu rechtfertigen (vgl etwa *Potacs*, Rechtstheorie 170, 200 f, 205, 208, *passim*). Denn auch die Überzeugungskraft allfälliger Argumente kann erst feststehen, wenn die subjektiv-historische Auslegung abgeschlossen ist.

1346 Vgl etwa *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 441, 467 f mwN; *Larenz*, Methodenlehre⁶ 322; *Canaris*, Die Feststellung von Lücken 19 ff; *Kramer*, Methodenlehre⁶ 63 ff; *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 6 ABGB Rz 59 mwN; RIS-Justiz RS0016495; RS0008796.

1347 Vgl § 6 ABGB: „Einem Gesetze darf in der Anwendung kein anderer Verstand beigelegt werden, als welcher aus der eigenthümlichen Bedeutung der Worte in ihrem Zusammenhange und aus der klaren Absicht des Gesetzgebers hervorleuchtet.“ Vgl dazu allg *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 553 ff; *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 6 Rz 128 ff; *Larenz*, Methodenlehre⁶ 345 mwN; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie¹² Rz 728; abw wohl *Potacs*, Rechtstheorie² 200 f, wonach wegen der Vertrauensschutzfunktion der Semantik (aaO 169 f) von einem grundsätzlichen „Vorrang des Textes“ auszugehen sei. Ein auf Grund einer Wortsinninterpretation klares Auslegungsergebnis könne demnach von Gesetzesmaterialien mit hoher Überzeugungskraft prinzipiell nur dann überwogen werden, wenn gegen die Wortsinninterpretation zusätzlich auch noch andere gewichtige pragmatische Kriterien (wie zB eine systematische oder sinnvolle Interpretation) sprechen.

Gründe, die oben schon gegen das Unterlassen einer weiteren Auslegung bei Vorliegen eines (scheinbar) eindeutigen Wortlauts genannt wurden. Soweit die Einwände in der Lit schließlich nicht von einem Methodenvorrang ausgehen, sondern (nur) darauf hinauslaufen, dass das Wortlautargument schlicht stärker sei als das subjektiv-historische Argument (die EBRV), sodass es maW nicht einmal zu einem Gleichstand der Argumente komme, wäre dagegen (abermals) einzuwenden, dass der Wortlaut mitnichten zu einem klaren Ergebnis führt, weshalb er nicht den Ausschlag geben kann. Im Übrigen vermisst man nach diesem Verständnis eine vertiefende Auseinandersetzung mit den EBRV. Dass § 25 GmbHG formal von § 43 dGmbHG abweicht, bedeutet nämlich nicht zwingend, dass der Gesetzgeber auch eine inhaltliche Abweichung gewollt hat (dazu noch sogleich unten). Und selbst wenn der Wortlaut eindeutig und die subjektiv-historische Auslegung ergebnislos wäre, dürfte die Auslegung nicht abgebrochen werden. Vielmehr wäre dann noch (objektiv-teleologisch) zu prüfen, ob der Gesetzgeber das Ergebnis, das die Wortlautauslegung (angeblich) nahelegt, angesichts der gesetzlichen (abstrakteren) Wertungen auch tatsächlich gewollt haben kann. Schon die oben angestellte systematisch-teleologische Betrachtung des § 84 Abs 5 AktG hat gezeigt, dass sich § 25 Abs 5 und 7 GmbHG – soll ein Wertungswiderspruch vermieden werden – nur auf § 25 Abs 3 GmbHG beziehen können, dass also ein weites Wortverständnis (mag es auch vom Begriffshof noch gedeckt sein) nicht richtig sein kann.¹³⁴⁸ Da der Wortlaut somit keinen Vorrang hat (und im Übrigen auch zu keinem eindeutigen Ergebnis führt), muss als Nächstes das richtige Verständnis und das argumentative Gewicht des subjektiv-historischen Auslegungstoffs – vorerst also der zitierten EBRV-Stelle – ermittelt werden.

Betrachtet man daher (wieder) die eingangs zitierte Passage der EBRV, spricht diese auf den ersten Blick wohl recht klar für eine eingeschränkte Anwendung der Dispositionsbeschränkungen. Denn zum einen sind von den „*Normen für die Haftpflicht der Geschäftsführer*“ auch die Dispositionsbeschränkungen in § 25 Abs 5 und 7 GmbHG erfasst und zum anderen enthalten „*die durchaus sachgemäßen Normen des deutschen Gesetzes*“ auch die entsprechenden Dispositionsbeschränkungen in § 43 Abs 3 dGmbHG. Allerdings scheint diese Schlussfolgerung schwer damit vereinbar, dass § 25 GmbHG gerade in diesem Punkt von seinem deutschen Vorbild (jedenfalls formal) abweicht: Die Dispositionsbeschränkungen sind nicht im dritten Absatz geregelt, sondern in eigenen Absätzen 5 und 7, in umgekehrter Reihenfolge, und

¹³⁴⁸ Vgl allg P. Bydlinski, Grundzüge⁴ 110 f, der von einer „Gegenprobe“ des Auslegungsergebnisses spricht. Wenn die grobe Prüfung Zweifel erweckt, zwingt dies zur vertieften Argumentation auch mit Hilfe der bisher noch nicht herangezogenen Methodenstufen. Solche Zweifel bestehen mE bei unserem Auslegungsproblem aber wie gesagt schon auf Wortlautebene, umso mehr, als der hM gewichtige teleologische (überstrenge Haftung) und subjektiv-historische Argumente (vgl insb U. Torggler, JBl 2006, 85 [92 Fn 93]) entgegengehalten werden.

darüber hinaus durch einen weiteren sechsten Absatz voneinander getrennt.¹³⁴⁹ Hätten die österreichischen Gesetzesverfasser sich tatsächlich an § 43 dGmbHG halten und die Dispositionsbeschränkungen (ebenfalls) nur auf den dritten Absatz beziehen wollen, wäre wohl ein zumindest ähnlicher Normaufbau zu erwarten gewesen. Dass ein solcher nicht existiert, spricht auf den ersten Blick als *argumentum ad absurdum* für das extensive Normverständnis der hM. Andernfalls müsste man den Gesetzesverfassern nämlich einen „Abschreibefehler“ bei der Rezeption des § 43 dGmbHG unterstellen, was unwahrscheinlich ist und deshalb ohne belastbare Anhaltspunkte nicht angenommen werden sollte.¹³⁵⁰ Dies dürfte denn auch der Grund dafür sein, dass Teile der Lit den EBRV kein allzu großes Gewicht beimessen und stattdessen den Wortlaut und die Systematik in den Mittelpunkt ihrer Argumentation rücken. Obwohl die Einschränkung der Dispositionsbeschränkungen auf § 25 Abs 3 GmbHG (entsprechend dem dGmbHG) an diesem Punkt tatsächlich implausibel scheint, wäre der Rückschluss auf einen umfassenden Anwendungsbereich bei näherer Überlegung einseitig und verkürzend. Einseitig wäre der Schluss, weil die EBRV eben ausdrücklich sagen, dass sich § 25 GmbHG an § 43 dGmbHG orientiert und diesem folglich entsprechen soll. Hätte der Gesetzgeber die Dispositionsbeschränkungen abweichend vom dGmbHG auf alle Ansprüche beziehen wollen, wäre eine entsprechende Erklärung in den EBRV zu erwarten gewesen. Da eine solche fehlt, müsste man nach der hM annehmen, dass die Gesetzesverfasser bei der zitierten Passage der EBRV die Dispositionsbeschränkungen schlicht übersehen hätten. Das ist mE jedoch eher unwahrscheinlich, weil die Anordnungen des § 25 GmbHG zum einen überschaubar sind und die Gesetzesverfasser zum anderen immerhin § 25 Abs 4 GmbHG, also eine Regelung, die sich in unmittelbarem systematischem Zusammenhang mit den Dispositionsbeschränkungen befand, gerade schon als Ausnahme offengelegt haben. Außerdem hätte eine solche Abweichung (Erstreckung auf alle Ersatzansprüche) eine grundlegende Änderung des Gläubigerschutzsystems bedeutet, von der schwer angenommen werden kann, der Gesetzgeber hätte sie nur versehentlich unkommentiert gelassen.¹³⁵¹ Ist es somit wahrscheinlich(er), dass die Gesetzesverfasser mit den „*Normen für die Haftpflicht der Geschäfts-*

1349 Vgl auch die Gegenüberstellung beider Normen oben auf S 231 f. Dabei geht es nun nicht mehr (nur) um jene systematischen Argumente, die ganz allg gegen ein einschränkendes Normverständnis sprechen (nämlich die systematische Stellung der Abs 4 und Abs 6), sondern (darüber hinaus) darum, dass die Normstruktur des § 25 GmbHG trotz der Aussage der EBRV von § 43 dGmbHG abweicht, auch wenn sich dieser Normaufbau nach allg Maßstäben noch mit einem einschränkenden Normverständnis vereinbaren ließe.

1350 IdS etwa *Kutschera*, GesRZ 1982, 243 (246 f) (s schon Fn 1338).

1351 Das hätte nämlich bedeutet, dass das gesamte Spektrum der Sorgfalts- und Haftpflicht der Geschäftsführer unmittelbar dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger zu dienen bestimmt wäre. S zur Gläubigerschutzimplikation der gesetzlichen Dispositionsbeschränkungen näher oben insb S 257 ff.

führer“ tatsächlich auch die Dispositionsbeschränkungen mitgemeint haben, könnte die hM allenfalls noch dadurch erklärt werden, dass die Gesetzesverfasser das *andere* Element der EBRV-Passage, nämlich § 43 dGmbHG, extensiv verstanden haben. Dann könnten sie sich im Fall einer beabsichtigten Ausweitung der Dispositionsbeschränkungen auf alle Ersatzansprüche mit § 43 dGmbHG im Einklang gewähnt haben. Auch das ist mE aber unwahrscheinlich, denn die exklusive Bezugnahme der (deutschen) Dispositionsbeschränkungen auf § 43 Abs 3 dGmbHG ergibt sich schon problemlos bei systematischer Betrachtung aus dem Regelungsort in Abs 3 im unmittelbaren Anschluss an die Haftungsanordnung sowie aus den AmtlBegr (und der vorbildhaften Parallelnorm im damaligen Aktienrecht [§ 241 Abs 4 dHGB 1897]).¹³⁵² An ihrem (eingeschränkten) Anwendungsbereich bestand und besteht auch kein Zweifel; und so wurde dieses Verständnis (zumindest bis zu einer – vereinzelt und gleich darauf revidierten – BGH-Entscheidung aus 1999)¹³⁵³ soweit ersichtlich auch nie angezweifelt. Aus den genannten Gründen ist mE davon auszugehen, dass die EBRV mit ihrer Aussage zum einen tatsächlich auch die Dispositionsbeschränkungen in § 25 Abs 5 und 7 GmbHG mitmeinen und zum anderen auf der Prämisse beruhen, dass sich die Dispositionsbeschränkungen in § 43 dGmbHG (ebenfalls) nur auf dessen dritten Absatz beziehen, sodass im Ergebnis dasselbe auch für § 25 GmbHG gelten soll.¹³⁵⁴ Unter den bisherigen Prämissen stellen sich somit genau *beide* Deutungsalternativen – die hM und die Gegenmeinung – als ein *argumentum ad absurdum* dar.¹³⁵⁵ Die Unwahrscheinlichkeit beider Szenarien legt die Vermutung nahe, dass es für die formale Diskrepanz der Normen eine weitere, bislang verborgene „dritte“ Erklärung (Prämisse) gibt. Das führt zum zweiten oben genannten Einwand, wonach der Schluss auf einen extensiven Anwendungsbereich (auch) verkürzt sei: Ein „Abschreibefehler“ ist nämlich nicht die einzige Erklärung für die formale Diskrepanz zu § 43 dGmbHG. Vielmehr könnten sich die Gesetzesverfasser *bewusst* für einen abweichenden formalen Aufbau entschieden und nur für die inhaltliche Übereinstimmung mit § 43 dGmbHG interessiert haben. Auch die EBRV sagen immerhin nicht, dass § 25 GmbHG auch *formal* mit § 43 dGmbHG identisch ist (arg: „*schließen sich an die durchaus sachgemäßen Normen des deutschen Gesetzes an*“)¹³⁵⁶. Außerdem enthält § 25 GmbHG in-

1352 Darüber hinaus hätte der österreichische Gesetzgeber unter dieser Prämisse keinen Anlass gehabt, die Dispositionsbeschränkungen außerhalb des Abs 3 zu regeln, weil er ohnedies annehmen hätte müssen, dass ein extensiver Anwendungsbereich mit der Normstruktur des § 43 dGmbHG vereinbar ist.

1353 Dazu oben iZm dem Meinungsstand bei Fn 1057.

1354 So iE auch zB *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 19; *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (92 Fn 93); so auch bereits *Kornfeld/Scheu*, GmbHG (1906) § 25 Anm III (S 42).

1355 Bei dieser Abwägung ist freilich nicht berücksichtigt, dass die Wertung des § 84 Abs 5 AktG zu einem einschränkenden Verständnis der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG zwingt (oben S 285 ff), sodass mE insgesamt schon jetzt ein Argumentationsübergewicht zugunsten eines einschränkenden Verständnisses besteht.

1356 EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 66.

soweit auch dieselben Anordnungen wie § 43 dGmbHG – sie befinden sich nur an jeweils anderer Stelle. Diese Erklärungsvariante ist zwar gewiss wahrscheinlicher als ein „Abschreibefehler“ (und mE wohl auch wahrscheinlicher als die fehlende Erläuterung einer eigentlich gewollten Abweichung), allerdings ist – wie einzuräumen ist – auf den ersten Blick kein Grund für eine (bloß) formale Abweichung trotz inhaltlicher Übereinstimmung in Sicht. Zumindest nicht, solange man entsprechend den EBRV auf das dGmbHG als Regelungsvorbild fokussiert. Das Bild ändert sich jedoch, wenn man die subjektiv-historische Untersuchung weiter vertieft und auch den – aus den EBRV nicht (mehr) ersichtlichen – Umstand würdigt, dass die Verfasser des öGmbHG sich (ursprünglich) *auch* am österreichischen AktG-Entwurf aus 1900 (genannt „Aktienentwurf“) orientierten.

3) § 41 des österreichischen Aktienentwurfs von 1900 als (ursprüngliches) Regelungsvorbild

Die Gesetzesverfasser hatten sich anfangs zwar am dGmbHG orientiert,¹³⁵⁷ im Laufe der Zeit wurde der österreichische GmbHG-Entwurf aber sukzessive an den parallel ausgearbeiteten Aktienentwurf angeglichen, der sich wiederum am Aktienrecht des dHGB 1897 orientiert hatte.¹³⁵⁸ Das öGmbHG sollte ursprünglich gemeinsam mit dem Aktienentwurf (und mit dem Entwurf eines Genossenschaftsgesetzes) im Rahmen einer großen Gesellschaftsrechtsreform eine inhaltliche Einheit bilden und auch gemeinsam in Kraft treten.¹³⁵⁹ Im Zuge der interministeriellen Beratungen entfernten sich jedoch beide Entwürfe sukzessive von ihren jeweiligen Regelungsvorbildern (dGmbHG bzw dHGB 1897) und verselbstständigten sich zunehmend (dazu sogleich näher unten). Dabei zog sich die geradezu minutiöse Angleichung des GmbH-Entwurfs an den Aktienentwurf (und vereinzelt auch umgekehrt) wie ein roter Faden durch die Redaktionsarbeit.¹³⁶⁰ Aus verschiedenen Gründen wurden die Gesetzgebungsvorhaben jedoch später wieder entkoppelt. Während die Arbeit am GmbHG – wegen des dringlicheren praktischen Bedürfnisses nach dieser Rechtsform – wieder aufgenommen wurde,¹³⁶¹ ist der Aktienentwurf nie in Kraft getreten.¹³⁶² Gleichwohl hat er sichtbare Spuren im GmbHG hinterlassen. Die enge Verklammerung beider Gesetzesvorhaben kommt in den öffentlich zugänglichen Materialien allerdings nicht zum Ausdruck, weil die EBRV durchwegs nur auf das dGmbHG Bezug nehmen; sie wird erst sichtbar, wenn man zeitlich vor die EBRV aus 1904

¹³⁵⁷ Vgl auch *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 61, nach denen der erste GmbH-Entwurf des Justizministeriums (Referentenentwurf) noch stark an das deutsche Gesetz angelehnt war. Vgl auch *Kleinszig*, BRGÖ 2021, 35 (41).

¹³⁵⁸ S schon oben Fn 1330.

¹³⁵⁹ Vgl *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 195; *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 57, 61, 70.

¹³⁶⁰ Vgl auch *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 61. S schon oben Fn 1329.

¹³⁶¹ S noch Fn 1367.

¹³⁶² S dazu noch unten Fn 1367.

blickt und auch frühere, unveröffentlichte Gesetzesmaterialien in den Blick nimmt.¹³⁶³ Ein anderes Bild zeichnet schon der Entwurf von Erläuternden Bemerkungen zu einem GmbH-Entwurf¹³⁶⁴ aus dem Juni 1902. Sowohl dieser Entwurf als auch die korrespondierenden Erläuterungen sind nämlich noch dem österreichischen Aktienentwurf als Regelungsvorlage verpflichtet. Dementsprechend liest man in den Erläuterungen an genau jener Textstelle, an der sich die späteren EBRV (aus 1904) zu den „*durchaus sachgemäßen Normen des deutschen Gesetzes*“ bekennen, noch folgende Zeilen:

„Die durch den Entwurf vorgeschlagenen Normen für die Haftpflicht der Geschäftsführer endlich unterscheiden sich von den entsprechenden **Bestimmungen des Aktienentwurfes (§. 41)** nur dadurch, dass den Geschäftsführern nicht der Beweis der Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt auferlegt wird.“¹³⁶⁵

In den EBRV aus 1904 scheint die referenzierte Vorbildbestimmung dann einfach „ausgetauscht“ worden zu sein:

„Die durch den Entwurf vorgeschlagenen Normen für die Haftpflicht der Geschäftsführer schließen sich an die *durchaus sachgemäßen Normen des deutschen Gesetzes an*“¹³⁶⁶.

Grund für die Auswechslung des Regelungsvorbilds war offensichtlich, dass der Aktienentwurf wie erwähnt nie in Kraft getreten ist.¹³⁶⁷ Das Be-

1363 An dieser Stelle möchte ich Herrn o. Univ.-Prof. Dr. *Ulrich Torggler*, LL.M (Cornell) und Herrn o. Univ.-Prof. Dr. *Georg Eckert* für die Übermittlung (maschinenschriftlicher) Beratungsprotokolle danken, die im Original handschriftlich verfasst sind und deren Erschließung zum Teil wohl nicht oder nur mit großer Mühe möglich gewesen wäre. Dank schulde ich auch für die Überlassung von Bestandslisten für die einzelnen Kartons des Österreichischen Staatsarchivs, die das Auffinden und die Identifikation relevanter Unterlagen sehr erleichtert haben.

1364 Vgl Entwurf Juni 1902 samt Erläuternden Bemerkungen (ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg II und P 111–125, Karton 885).

1365 Entwurf Juni 1902 samt Erläuternden Bemerkungen (ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg II und P 111–125, Karton 885 [Hervorhebung durch den Verf]). Zur Beweislastumkehr heißt es ebenda weiter: „Die entgegengesetzte Bestimmung des Aktienentwurfes [sc die: Beweislastumkehr] rechtfertigt sich durch den complicirten Apparat der Verwaltung, der dem Außenstehenden den Einblick in die Verhältnisse der Gesellschaft und damit den Beweis eines Verschuldens unverhältnismäßig erschwert. Die einfacheren Verhältnisse der Gesellschaft mit beschränkter Haftung machen dagegen eine derartige Verschiebung der Beweisrollen nicht unumgänglich notwendig. Aus demselben Grunde wird die Wirkung von Verzichten auf bereits vorhandene Ersatzansprüche und von Vergleichen über solche nur soweit beschränkt, als dies das Interesse der Gläubiger erfordert.“ Dagegen war in den interministeriellen Beratungen Ende des Jahres 1900 noch beschlossen worden, die Beweislastumkehr aus dem Aktienentwurf auch im GmbH-Entwurf zu implementieren (vgl Beratungen der beteiligten Ministerien, ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 872).

1366 EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 66 (Hervorhebung durch den Verf).

1367 Zu den vielfältigen Gründen für das Scheitern und die „Abkoppelung“ vom GmbH-Entwurf ausf *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 205 ff; *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 61 f; vgl auch *Deimbacher*, GesRZ 1992 176 (176 f). Nachdem das Scheitern des

streben, die beiden Gesetzesvorhaben voneinander zu „entkoppeln“, wurde erstmals im November 1902 laut.¹³⁶⁸ Dementsprechend gingen die Entwurfsverfasser bei der Ausgestaltung von Gesetzesentwürfen vor diesem Zeitpunkt noch davon aus, dass beide Gesetze gemeinsam verabschiedet werden würden.¹³⁶⁹ Auch die oben zitierten Erläuterungen zum Entwurf aus dem Juni 1902 konnten die spätere Entkoppelung vom Aktienentwurf daher wohl noch nicht berücksichtigen. Sie standen noch im Zeichen einer weitgehenden Angleichung beider Entwürfe.¹³⁷⁰ In diesem Sinne betonen die Er-

Aktienentwurfs und seine Entkoppelung vom GmbH-Gesetz zur Gewissheit geworden war, bestand natürlich kein Anlass mehr, die Entwürfe aneinander anzugleichen und in den Erläuterungen auf die inhaltliche Übereinstimmung hinzuweisen. Konsequenterweise instruierte das Justizministerium die übrigen beteiligten Ministerien (diese waren das Innen-, Finanz-, Handels- Ackerbau- und Eisenbahnministerium [vgl. auch *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 61]) in einem Schreiben aus November 1903 (ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 820), dass wegen des Umstands, „daß der Entwurf ohne einen unmittelbaren Zusammenhang mit einer Reform der bestehenden Gesellschaften eingebracht werden soll“, nunmehr „die Rücksichtnahme auf die allfällige gleiche Diktion hinwegfällt, die früher durch die Absicht gleichzeitiger Einbringung der Gesetzesentwürfe vorgezeichnet war.“ Das hieß offenbar nur, dass weitere Anpassungen unterbleiben, aber nicht, dass bisherige Anpassungen rückgängig gemacht werden sollten. Die Geschäftsführerhaftung im GmbH-Entwurf blieb nach der Revision im Juni 1902 weitestgehend unverändert. Die Ausnahme ist § 25 Abs 4 GmbHG, der im Entwurf aus Juni 1902 noch nicht enthalten war, sondern erst später eingefügt wurde (s dazu noch unten S 366 ff).

1368 Das ergibt sich aus einem unveröffentlichten Aktenvermerk des Referenten des GmbH-Entwurfs, *August von Pitreich* (s *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 205). Das Inkrafttreten des GmbHG wurde in den industriellen Kreisen nämlich als dringlicher empfunden als die geplante Aktienreform (*Kalss/Burger/Eckert* aaO 205; *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 62; s dazu auch noch unten Fn 1479). Im November 1903 erging eine entspr Weisung des Ministerpräsidenten *Körber* an das Justizministerium, den GmbH-Entwurf zur parlamentarischen Behandlung reif zu machen, ohne den Zusammenhang mit dem Aktienentwurf zu wahren (*Kalss/Burger/Eckert* aaO 205 f mwN).

1369 Das folgt zB auch aus einem Schreiben des Justizministeriums vom 20.11.1903 an das Ministerium für Inneres, das Finanzministerium, das Handelsministerium, das Ackerbauministerium sowie das Eisenbahnministerium (ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 819 ff) auf S 1: „Dabei [sc bei den Entwurfsbesprechungen des Jahres 1900] lag jedoch die Voraussetzung zugrunde, daß an eine Reform der gesamten Gesellschaftsgesetzgebung geschritten [...] werden sollte. Der natürliche Zusammenhang zwischen allen drei Gesetzen [sc AktG, GenG und GmbHG] verfehlte nicht, auch auf die Fassung des Gesetzes über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung seinen Einfluß zu üben.“

1370 Das ergibt sich ebenfalls aus dem in Fn 1369 zitierten Schreiben, worin auf S 3 zu lesen ist: „In der Gestalt, in der er [sc der GmbH-Entwurf] aus den Beratungen der erwähnten Konferenz hervorging, konnte er jedoch schon wegen des Fortschreitens der Arbeiten für das Aktienrecht und wegen der erforderlichen Konkordanz mit dem letzteren nicht belassen werden. Er wurde daher im Juni 1902 einer Revision unterzogen, [...]“

läuterungen, dass die Geschäftsführerhaftung sich von der Vorstandshaftung nur *in puncto* Beweislastverteilung unterscheidet, woraus im Umkehrschluss folgt, dass alle anderen Bestimmungen – also auch die Dispositionsbeschränkungen – mit dem Aktienentwurf übereinstimmen sollten.¹³⁷¹ An dieser Stelle könnte man sich nun dieselben Fragen stellen, wie zu den EBRV aus 1904; dazu besteht aber (vorerst) kein Anlass, denn tatsächlich entsprechen die heutigen § 25 Abs 5 bis 7 GmbHG formal, nämlich sowohl in der Diktion als auch im Normaufbau, dem vorbildhaften § 41 des Aktienentwurfs (idF Dezember 1900):

So waren auch im Aktienentwurf die entsprechenden Dispositionsbeschränkungen außerhalb des (qualifizierten) Haftungstatbestands (§ 41 Abs 3 idF Dezember 1900¹³⁷²), der iW § 25 Abs 3 GmbHG entspricht, in zwei separaten Absätzen geregelt.¹³⁷³ Da Insichgeschäfte aber an anderer Stelle geregelt waren,¹³⁷⁴ schlossen die Dispositionsbeschränkungen direkt an die Haftungstatbestände an. Die Dispositionsbeschränkung für Weisungsbeschlüsse gem § 41 Abs 4 (idF Dezember 1900)¹³⁷⁵ lautete insgesamt fast gleich wie § 25 Abs 5 GmbHG: *„Soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist, wird die Verpflichtung der Vorstandsmitglieder dadurch nicht aufgehoben, dass sie in Befolgung eines Generalversammlungsbeschlusses gehandelt haben.“* Verzichte und Vergleiche waren im Aktienentwurf dagegen – anders als im GmbHG¹³⁷⁶ –

1371 S zum Verzichts- und Vergleichsverbot im Aktienentwurf aber noch sogleich unten bei Fn 1377 f.

1372 Vgl auch § 39 Abs 2 Satz 2 des Entwurfs idF Juli 1900 (ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420). Im Julientwurf waren die Haftungsgeneralklausel und die Sonderhaftungstatbestände noch in einem Abs 2 zusammen geregelt; im Dezemberentwurf wurden sie (wie heute in § 25 GmbHG und § 84 AktG) auf die Abs 2 und 3 aufgeteilt.

1373 § 39 Abs 3 und 4 des Entwurfs idF Juli 1900 und § 41 Abs 4 und 5 des Entwurfs idF Dezember 1900 (ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420).

1374 § 33 des Entwurfs idF Juli 1900 und § 36 des Entwurfs idF Dezember 1900 (ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420).

1375 Ähnlich § 39 Abs 3 idF Juli 1900 (ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420).

1376 Allerdings enthielten auch die früheren GmbH-Entwürfe noch (wie der Aktienentwurf) ein solches Verzichts- und Vergleichsverbot: *„Verzichte und Vergleiche der Gesellschaft hinsichtlich dieser Ersatzansprüche sind wirkungslos.“* (Ur-Entwürfe [ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 24 ff]; Referentenentwürfe [ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 202 ff]). S dazu auch schon iZm dem Minderheitenschutz gem § 48 GmbHG oben Fn 797. In den interministeriellen Beratungen des Jahres 1900 wurde dieses Verfügungsverbot zuerst auf das Verhältnis *„gegenüber den Gläubigern“* eingeschränkt und schließlich (zur Vermeidung von Irrtümern über eine [unerwünschte] Direkthaftung der Geschäftsführer) auf die Erforderlichkeit des Ersatzes zur Gläubigerbefriedigung (*„soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist“*) gestellt (ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 873). S dazu noch unten Fn 1407 und iZm der Unwirksamkeitsfolge unten Fn 1780.

noch schlechthin ausgeschlossen (§ 41 Abs 5 Satz 2 idF Dezember 1900)¹³⁷⁷. Dadurch wurden inzident auch die Gesellschaftsgläubiger mitgeschützt, was besondere Dispositionsbeschränkungen zugunsten der Gläubiger (oder der Minderheitsaktionäre) erübrigte. Die schon erwähnten Erläuterungen zum GmbH-Entwurf aus 1902 begründeten diese Abweichung mit den „*einfacheren Verhältnisse[n] der Gesellschaft mit beschränkter Haftung*“.¹³⁷⁸ Im Übrigen ist die Diktion des Verfügungsverbots aber identisch mit § 10 Abs 6 GmbHG.¹³⁷⁹ Eine weitere Gemeinsamkeit besteht schließlich darin, dass die Dispositionsbeschränkungen auch im Aktienentwurf durch die Verjährungsregelung (§ 41 Abs 5 Satz 1 idF Dezember 1900)¹³⁸⁰ voneinander getrennt waren.¹³⁸¹

Die Abstammung des öGmbHG vom Aktienentwurf erklärt nun die formale Diskrepanz zum dGmbHG und stärkt damit auf den ersten Blick die „Glaubwürdigkeit“ der EBRV. Man muss dem Gesetzgeber nämlich nicht länger einen „Abschreibfehler“ bei der Rezeption des § 43 dGmbHG unterstellen, wenn man die Dispositionsbeschränkungen – gemäß den EBRV – nur auf die qualifizierte Ersatzpflicht gem § 25 Abs 3 GmbHG anwendet. Mit dem (vorbildhaften) Aktienentwurf gibt es vielmehr einen plausiblen Grund für eine bloß inhaltliche, aber nicht auch formale Übereinstimmung der GmbH-Gesetze. Die österreichischen Gesetzesverfasser haben § 25 GmbHG eben nicht von Grund auf „neu“ nach dem Vorbild des § 43 dGmbHG modelliert, sondern (zunächst) der Vorstandshaftung des Aktienentwurfs nachempfunden. Damit kommt es für das Verständnis der EBRV (dh insb für die Wahrscheinlichkeit einer bloß formalen Abweichung bei inhaltlicher Übereinstim-

1377 Vgl § 30 Abs 2 des Entwurfs idF Dezember 1900 (ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420 [zur Gründungsverantwortlichkeit]): „*Hinsichtlich dieser Ansprüche haben Vergleiche oder Verzichtleistungen der Gesellschaft keine rechtliche Wirkung.*“ Vgl auch § 41 Abs 5 Satz 2 (zur laufenden Geschäftsführung): „*Vergleiche oder Verzichtleistungen hinsichtlich solcher Ansprüche haben keine rechtliche Wirkung.*“ Vgl auch § 26 Abs 2 und § 39 Abs 4 des Entwurfs idF Juli 1900. S dazu schon Fn 623 (iZm Schutz künftiger Gesellschafter) und Fn 797 (iZm Minderheitenschutz).

1378 Entwurf Juni 1902 samt Erläuternden Bemerkungen (ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg II und P 111–125, Karton 885): „*Aus demselben Grunde wird die Wirkung von Verzichten auf bereits vorhandene Ersatzansprüche und von Vergleichen über solche nur soweit beschränkt, als dies das Interesse der Gläubiger erfordert.*“ S schon Fn 1365.

1379 Vgl zB § 41 Abs 5 Satz 2 des Entwurfs idF Dezember 1900: „*Vergleiche oder Verzichtleistungen hinsichtlich solcher Ansprüche haben keine rechtliche Wirkung.*“ (Fn 1377). Vgl zum Vergleich § 10 Abs 6 GmbHG idGF: „*Vergleiche und Verzichtleistungen hinsichtlich solcher Ansprüche haben keine rechtliche Wirkung, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist.*“ (vgl auch Fn 1376).

1380 § 41 Abs 5 Satz 1 des Entwurfs idF Dezember 1900: „*Die Ersatzansprüche der Gesellschaft verjähren in fünf Jahren.*“ (ÖStA, AVA Justiz, ID-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420).

1381 Dagegen stand im Entwurf aus Juli 1900 die Verjährungsregelung (§ 39 Abs 5) noch am Ende des Paragraphen. S dazu noch ausf unten S 354 ff.

mung) auf den Inhalt des Aktienentwurfs an; genauer gesagt stellt sich die Frage, welchen Anwendungsbereich die Dispositionsbeschränkungen im Aktienentwurf hatten.¹³⁸² Daraus können dann Rückschlüsse darauf gezogen werden, wie die Gesetzesverfasser die einschlägige Aussage in den EBRV sinnvollerweise gemeint haben können.

Der Anwendungsbereich der Dispositionsbeschränkung für Weisungsbeschlüsse (entspricht § 25 Abs 5 GmbHG) ist in der jüngsten Entwurfsfassung von Dezember 1900 naturgemäß äußerlich nicht wesentlich deutlicher als in § 25 GmbHG. Für eine Einschränkung der Dispositionsbeschränkung (für Weisungsbeschlüsse)¹³⁸³ auf die im Gläubigerinteresse qualifizierten Ersatzansprüche (§ 41 Abs 3 Aktienentwurf; entspricht funktional § 25 Abs 3 GmbHG) sprechen nur die systematische Stellung im unmittelbaren Anschluss an den dritten Absatz und (ebenfalls) die Diktion („Ersatz“). Immerhin war im Aktienentwurf der systematische Zusammenhang noch „intakt“, weil die Haftung für Insichgeschäfte (vgl § 25 Abs 4 GmbHG) an anderer Stelle geregelt war (dazu noch sogleich). Der Konnex mit dem dritten Absatz bestätigt sich schließlich, wenn man den Dezemberentwurf mit dem vorangehenden Entwurf idF Juli 1900 vergleicht. Der Julientwurf¹³⁸⁴ hatte – entsprechend seinem Regelungsvorbild § 241 dHGB 1897 (das auch dem dGmbHG als Vorbild diente) – noch ein Verfolgungsrecht der Gesellschaftsgläubiger enthalten (vgl heute § 84 Abs 5 AktG). Dieses Verfolgungsrecht bezog sich ausdrücklich nur auf „[d]ie unter Z 1 bis 3 bezeichneten Ersatzansprüche“. Auch das deckte sich mit dem vorbildhaften § 241 Abs 4 dHGB 1897 (§ 241 Abs 4 Satz 1 dHGB 1897: „In den Fällen des Abs. 3“). Darauf folgte die Beschränkung der Haftungsfreistellungswirkung von Generalversammlungsbeschlüssen („gegenüber den Gläubigern“; vgl § 84 Abs 5 Satz 3 AktG idgF)¹³⁸⁵, die durch diese Anknüpfung denselben Anwendungsbereich erhielt wie das Verfolgungsrecht.¹³⁸⁶ In den interministeriellen Be-

1382 Auch wenn sich die Dispositionsbeschränkungen im Aktienentwurf auf alle Ansprüche bezogen haben sollten, wäre es mE aber wohl immer noch wahrscheinlicher, dass die GmbH-Gesetzesverfasser diesen Bestimmungen einen (systematisch vertretbaren) abweichenden Inhalt (Einschränkung auf § 25 Abs 3 GmbHG) beigemessen haben (zumal der Aktienentwurf ohnehin nicht in Kraft getreten ist), als dass sie eine derart gravierende Abweichung von § 43 dGmbHG in den Erläuterungen vergessen oder den (insoweit eindeutigen) § 43 dGmbHG missverstanden haben (s oben im Fließtext). Wenngleich der Anwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen im Aktienentwurf von diesem Standpunkt aus gesehen nur ein Hilfsargument sein mag, werden sich daraus – so viel vorweg – neue Erkenntnisse ergeben, die auch die EBRV relativieren.

1383 Nicht aber das Verzichts- und Vergleichsverbot, das wie erwähnt nicht nur Gläubigerinteressen wahrte (s sogleich).

1384 ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420.

1385 Vgl auch § 241 Abs 4 Satz 2 dHGB 1897 („ihnen gegenüber“) und § 84 Abs 5 Satz 3 AktG idgF („Den Gläubigern gegenüber“).

1386 S dazu schon oben bei Fn 1246 f und noch zur AG insb unten S 834 ff.

ratungen¹³⁸⁷ Ende des Jahres 1900 wurde das Verfolgungsrecht zwar gestrichen, allerdings offenbar nur deshalb, weil die Legisten nicht den Anschein einer Direkthaftung gegenüber den Gläubigern erwecken wollten.¹³⁸⁸ Hier hatte offenbar eine Wechselwirkung mit dem GmbH-Entwurf stattgefunden. Denn in den Beratungen des GmbH-Entwurfs hatten die Ministerialvertreter auf Antrag des Vorsitzenden, Franz Klein, „die Aufnahme einer gleichen Bestimmung in § 39 A.E.“ beschlossen, womit wohl die Formulierung des zuvor angesprochenen § 20 Abs 6 betreffend Weisungsbeschlüsse gemeint war („Soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist [...]“).¹³⁸⁹ Dementsprechend wurde im Aktienentwurf das Verfolgungsrecht gestrichen und § 41 Abs 4 (idF Dezember 1900) wie die GmbH-rechtliche Dispositionsbeschränkung (heute § 25 Abs 5 GmbHG) formuliert: „Soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist, wird die Verpflichtung der Vorstandsmitglieder dadurch nicht aufgehoben, dass sie in Befolgung eines Generalversammlungsbeschlusses gehandelt haben.“¹³⁹⁰ Es ist aber nicht ersichtlich, dass die Legisten damit auch den An-

1387 Vgl ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 873.

1388 S auch noch näher unten Fn 1780.

1389 Das folgt mE auch aus den weiteren Ausführungen: „Der Vorsitzende regt die Aufnahme einer gleichen Bestimmung in § 39 A.E. an und wünscht zur Vermeidung von Irrtümern auch in § 6 Abs. 3 statt ‚gegenüber den Gläubigern‘ zu sagen: ‚Soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist;‘ überdies solle auch an dieser Stelle in den Motiven betont werden, daß es sich nicht um eine direkte Haftung gegenüber den Gläubigern handle.“ (ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 873).

1390 Damit verfolgte der Aktienentwurf dasselbe Ziel wie das dGmbHG, wählte hierfür jedoch einen anderen Weg: Beide Gesetzeswerke stammen vom Aktienrecht des dHGB 1897 ab, das wie erwähnt noch ein Verfolgungsrecht enthielt, das ausdr auf die Ersatzansprüche des § 241 Abs 3 dHGB 1897 Bezug nahm („In den Fällen des Abs. 3“), wodurch Gleiches für die daran anknüpfende Dispositionsbeschränkung galt („ihnen gegenüber“). Die Verfasser des dGmbHG (und auch des öGmbHG) lehnten ein solches Verfolgungsrecht ebenfalls (nur) ab, weil sie es (mE zu Unrecht) als Direkthaftung verstanden. Da mit dem Verfolgungsrecht der Anknüpfungspunkt für den Anwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen fehlte, mussten die Gesetzesverfasser diesen Anwendungsbereich in den Dispositionsbeschränkungen selbst kenntlich machen. Dabei haben die Verfasser des dGmbHG die Frage nach den erfassten Ersatzansprüchen durch die unmittelbare Regelung der Dispositionsbeschränkungen in § 43 Abs 3 dGmbHG gelöst. Die Verfasser des Aktienentwurfs (der zwar in der Fassung Juli 1900 noch ein Verfolgungsrecht enthalten hatte, aus dem sich der Konnex mit den qualifizierten Sorgfaltsverstößen ergab, das jedoch wie erwähnt im Zuge der Ministerialberatungen gestrichen wurde) wählten einen anderen Weg, um das Fehlen eines tatbestandsmäßigen Anknüpfungspunktes zu kompensieren, nämlich nicht wie § 43 dGmbHG durch Einbeziehung der Dispositionsbeschränkungen in den dritten Absatz, sondern durch die Regelung der Dispositionsbeschränkungen in einem eigenen, aber *unmittelbar* an Abs 3 anschließenden Absatz (möglicherweise nur deshalb, weil die Tatbestände des dritten Absatzes in Ziffern aufgelistet waren).

wendungsbereich der Dispositionsbeschränkung (dh der indisponiblen Haftung) verändern hätten wollen.¹³⁹¹ Da § 25 Abs 5 GmbHG insoweit dem Aktienentwurf nachgebildet war und der zitierte Entwurf der Gesetzeserläuterungen aus 1902 die Übereinstimmung mit diesem bestätigte, ist dasselbe auch für das dGmbHG anzunehmen. Demgemäß bezog sich auch die Dispositionsbeschränkung des GmbH-Entwurfs (heute § 25 Abs 5 GmbHG) nur auf die qualifizierten Haftungstatbestände (heute § 25 Abs 3 GmbHG). Diese aktienrechtliche Abstammung und der Inhalt des Aktienentwurfs bestätigen somit als Zwischenergebnis das schon bisher angenommene Verständnis der EBRV (aus 1904), wonach § 25 GmbHG zwar nicht formal, wohl aber inhaltlich § 43 dGmbHG entspricht (jedenfalls aber entsprechen soll).¹³⁹²

Eines darf dabei aber nicht in Vergessenheit geraten: Im geltenden Recht schließt der § 25 Abs 5 GmbHG gerade nicht mehr unmittelbar an den dritten Absatz an, sondern ist davon durch den vierten Absatz über Insichgeschäfte getrennt. Da der GmbH-Entwurf des Jahres 1902 insoweit ausweislich der Erläuterungen noch mit dem Aktienentwurf übereinstimmte, muss die Haftungsregelung für Insichgeschäfte (§ 25 Abs 4 GmbHG) erst später eingefügt worden sein (im Aktienentwurf befand sich diese Regelung wie erwähnt noch an anderer Stelle außerhalb der Haftungsgeneralklausel)¹³⁹³. Die Abstammung des öGmbHG vom Aktienentwurf kann die (formale) Abweichung des öGmbHG vom dGmbHG allerdings nur soweit erklären, wie das öGmbHG sich (formal) mit dem Aktienentwurf deckt (insb also die Regelung der Dispositionsbeschränkungen außerhalb des § 25 Abs 3 GmbHG). Soweit § 25 GmbHG jedoch nicht nur vom dGmbHG, sondern auch vom – ursprünglich vorbildhaften – Aktienentwurf abweicht, bleibt die Eingangsfrage nach der Absicht des Gesetzgebers (weiterhin) unklar – zumindest nicht restlos ge-

1391 Im Aktienentwurf idF Dezember 1900 (dem § 25 GmbHG weitgehend entspricht) kommt der Konnex zwischen der Dispositionsbeschränkung für Weisungsbeschlüsse (§ 41 Abs 4) und der qualifizierten Ersatzpflicht (§ 41 Abs 3) wie erwähnt nur noch im unmittelbaren systematischen Anschluss der Absätze und der Diktion („Ersatz“) zum Ausdruck.

1392 Da es sich nur um eine andere Regelungstechnik (außerhalb des dritten Absatzes) mit *demselben* Ziel handelt (s Fn 1390), konnten die EBRV (später) wohl einfach deklarieren, dass das GmbHG sich insoweit (inhaltlich) an das dGmbHG anschließt. Formal entspricht § 25 GmbHG freilich eher der aktienrechtlichen Haftungsnorm ohne Verfolgungsrecht, ohne die Haftung für Insichgeschäfte und mit umgekehrter Reihenfolge von Dispositionsbeschränkungen und Verjährungsregel (dazu sogleich im Fließtext). Im geltenden Aktienrecht kommt diese ursprüngliche Verwandtschaft übrigens nicht mehr sichtbar zum Ausdruck, vor allem weil mit dem AktG 1937/1938 ein neuer, vierter Absatz eingefügt wurde und außerdem das Verfolgungsrecht der Gläubiger (mitsamt Dispositionsbeschränkungen) über die qualifizierten Haftungstatbestände (heute § 84 Abs 3 AktG) hinaus auf sonstige grob fahrlässige Pflichtverstöße ausgedehnt wurde (vgl § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG). S zu den Schlussfolgerungen aus § 84 AktG schon oben S 294 ff.

1393 S schon oben bei Fn 1374.

klärt. Es ist nun weniger die Abweichung *in puncto* Abs 4 selbst, die ja sogar explizit in den EBRV offengelegt wird, sondern vielmehr die systematische Position in Abs 4, die zur Annahme eines extensiven Anwendungsbereichs verleiten könnte. Denn wie schon bei der einleitenden Analyse des Wortlauts und der Systematik erörtert, gehört § 25 Abs 4 GmbHHG systematisch zu § 25 Abs 2 GmbHHG und nötigt daher (scheinbar) zur Annahme, dass § 25 Abs 5 GmbHHG sich – will man einen Wertungswiderspruch vermeiden – nicht nur auf Abs 4, sondern auch auf Abs 2 erstreckt. Damit ist im GmbHHG gerade der Konnex zwischen Abs 5 und Abs 3, der im Aktienentwurf durch die unmittelbare systematische Absatzfolge kenntlich gemacht wurde, durch Abs 4 auseinandergerissen. Allerdings wurde oben auch schon ausgeführt, dass § 25 Abs 4 GmbHHG als argumentativer Angelpunkt seinerseits an der falschen Stelle geregelt ist, weil er wie gesagt wertungsmäßig in Abs 2 wurzelt. Hätte der Gesetzgeber die Haftung für Insichgeschäfte systemkonform in oder nach dem zweiten Absatz normiert, würden der systematische Zusammenhang und die zu Abs 3 passende Terminologie („Ersatz“) wie im Aktienentwurf für ein eingeschränktes Normverständnis sprechen. Diese Überlegungen wurden durch die Genese des österreichischen Aktienentwurfs nun bestätigt; denn diese hat gezeigt, dass die (systematische und begriffliche) Anknüpfung an die qualifizierten Haftungstatbestände des dritten Absatzes (jedenfalls im Aktienentwurf) tatsächlich gewollt war. Dass das GmbHHG sich insoweit nicht vom Aktienentwurf unterscheidet, spricht zumindest als Indiz dafür, dass die Gesetzesverfasser die Haftung für Insichgeschäfte im GmbH-Entwurf wohl unbedacht an ihre jetzige Stelle setzten und dabei vielleicht übersahen, dass sie dadurch den (eigentlich beabsichtigten) Zusammenhalt der Dispositionsbeschränkung für Weisungsbeschlüsse mit der qualifizierten Ersatzpflicht gem § 25 Abs 3 GmbHHG verschleierten. Ob diese Vermutung zutrifft, kann aber nur eine vertiefende Untersuchung der (weiteren) legisistischen Entwicklung des GmbH-Entwurfs im Anschluss an den Entwurf aus 1902 offenbaren. Darauf wird unten noch genauer einzugehen sein.

Die bisherigen Ausführungen beziehen sich nur auf die Einschränkung der Haftungsfreistellung von Weisungsbeschlüssen gem § 41 Abs 4 des Aktienentwurfs idF Dezember 1900, die funktional dem heutigen § 25 Abs 5 GmbHHG entspricht. Offen blieb noch, was die Abstammung des GmbHHG vom Aktienentwurf für die Beschränkung von Verzichten und Vergleichen gem § 25 Abs 7 GmbHHG bedeutet. Der Aktienentwurf enthielt im Gegensatz zu § 25 Abs 7 GmbHHG wie erwähnt nicht nur eine bloße Beschränkung von Verzichten und Vergleichen, sondern ein kategorisches Verbot. Dieses Verbot schützte nicht nur die Gesellschaftsgläubiger und bezog sich dementsprechend (konsequenterweise) auf alle Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen den Vorstand aus § 41. Dem Gläubigerschutz allein diente nur die Beschränkung der Haftungsfreistellung durch Befolgung von Weisungsbeschlüssen (§ 41 Abs 4; dazu schon oben). Insoweit entspricht der Verzichts- und Vergleichsbeschränkung gem § 25 Abs 7 GmbHHG, die im Hinblick auf die Erforderlichkeit des Ersatzes

zur Gläubigerbefriedigung an § 25 Abs 5 GmbHG angepasst worden war,¹³⁹⁴ im Aktienentwurf eher die Beschränkung von Weisungsbeschlüssen (§ 41 Abs 4) als das Verzichts- und Vergleichsverbot (§ 41 Abs 5 Satz 2). Unter diesem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes spricht die Einschränkung des § 41 Abs 4 auf die qualifizierten Ersatzansprüche des § 41 Abs 3 wertungsmäßig dafür, dass auch § 25 Abs 7 GmbHG nur auf § 25 Abs 3 GmbHG anzuwenden ist. Soweit es nämlich ausschließlich um Gläubigerinteressen geht, beschränkte ja (auch schon) der Aktienentwurf den Anwendungsbereich auf Ersatzansprüche, die aus der Verletzung von Gläubigerschutzverletzungen resultieren, nämlich auf die Ansprüche gem § 41 Abs 3 (idF Dezember 1900). Vor diesem Hintergrund ist allerdings nicht erklärlich, warum § 25 Abs 7 GmbHG dann formal nicht § 41 Abs 4 des Aktienentwurfs entspricht, sondern dem Verzichts- und Vergleichsverbot gem § 41 Abs 5 Satz 2.¹³⁹⁵ Insbesondere wurde auch im GmbH-Entwurf die Verzichts- und Vergleichsbeschränkung hinter die Verjährungsregelung an das Ende des Paragraphen gerückt. Dass es sich dabei nicht um eine rein formale Übereinstimmung handelte, indiziert (wie schon bei der Wortlauinterpretation dargelegt) gerade die Zwischenstellung der Verjährungsregel.¹³⁹⁶ Dies scheinen auch die Erläuterungen zum Entwurf aus 1902 zu bestätigen: Darin wird als Abweichung des GmbH-Entwurfs vom Aktienentwurf neben der Beweislastumkehr zwar genannt, dass Verzichte und Vergleiche im GmbH-Entwurf nicht ganz ausgeschlossen, sondern nur im Gläubigerinteresse beschränkt sind¹³⁹⁷ – von unterschiedlichen Anwendungsbereichen ist aber nicht die Rede. In diesem Punkt scheint also die formale Übereinstimmung des GmbHG mit dem Aktienentwurf iVm den Erläuterungen aus 1902 – anders als bei § 25 Abs 5 GmbHG – nicht *für*, sondern *gegen* die Einschränkung auf § 25 Abs 3 GmbHG zu sprechen. Für die formale Übereinstimmung sind mE zwei Erklärungen denkbar:¹³⁹⁸ Erstens könnte der Gesetz-

1394 S dazu Fn 1376 und Fn 1780.

1395 S oben Fn 1379 ff.

1396 Im Aktienentwurf war die Reihenfolge der Absätze wohl nicht entscheidend, weil das Verzichts- und Vergleichsverbot sich wie erwähnt auf alle Ansprüche bezog und damit denselben Anwendungsbereich wie die Verjährungsregel hatte (wenngleich die Beschränkung von Weisungsbeschlüssen und der Ausschluss von Verzichten und Vergleichen thematisch doch zusammengehören). Demgegenüber kommt es im GmbH-Entwurf auf die Absatzfolge an, zumindest wenn sich § 25 Abs 7 GmbHG nur auf die Ersatzansprüche aus § 25 Abs 3 GmbHG bezieht, wie es § 25 Abs 5 GmbHG in Zusammenschau mit § 41 Abs 4 des Aktienentwurfs wertungsmäßig impliziert. Die Zwischenposition der Verjährungsregel ergäbe jedoch unter dieser Prämisse keinen Sinn. S noch unten S 354 ff.

1397 Entwurf Juni 1902 samt Erläuternden Bemerkungen (ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg II und P 111–125, Karton 885): „Aus demselben Grunde [sc wegen der einfacheren Verhältnisse der GmbH gegenüber der AG] wird die Wirkung von Verzichten auf bereits vorhandene Ersatzansprüche und von Vergleichen über solche nur soweit beschränkt, als dies das Interesse der Gläubiger erfordert.“

1398 Vgl schon oben iZm der Wortlautauslegung S 245 ff.

geber diesen Normaufbau (ursprünglich) bewusst gewählt haben, um kenntlich zu machen, dass auch § 25 Abs 7 GmbHG sich – anders als § 25 Abs 5 GmbHG – auf alle Ansprüche gem § 25 GmbHG erstrecken soll. Infolgedessen hätte er den beiden Dispositionsbeschränkungen (§ 25 Abs 5 und 7 GmbHG) bewusst unterschiedliche Anwendungsbereiche gegeben. Wie oben schon zur Wortlautinterpretation gesagt, wäre das aber verfehlt, weil beide Bestimmungen (wenngleich für verschiedene Dispositionsarten und aus verschiedenen Anlässen) inhaltlich dieselbe Aussage treffen und daher gleichlaufen müssen (wie auch im älteren Aktienrecht und im dGmbHG der Fall).¹³⁹⁹ Für einen unterschiedlichen Anwendungsbereich spricht aber eben, dass § 25 Abs 7 GmbHG dem aktienrechtlichen Verzichts- und Vergleichsverbot formal angeglichen ist und die Erläuterungen aus 1902 (implizit) beiden Bestimmungen eine Übereinstimmung attestieren. Dagegen spricht allerdings wie erwähnt, dass die beiden Dispositionsbeschränkungen einander dann (hinsichtlich ihrer Gläubigerschutzimplikation) widersprechen würden. Außerdem müsste man den Gesetzesverfassern unterstellen, den (angeblich) weiteren Anwendungsbereich des § 25 Abs 7 GmbHG bei der Formulierung der EBRV von 1904 übersehen¹⁴⁰⁰ (oder die „Zielbestimmung“ des § 43 dGmbHG missverstanden) zu haben. Deshalb könnte man (und müsste im Zweifel wohl) annehmen, dass der Anwendungsbereich des § 25 Abs 7 GmbHG zwar nicht ursprünglich, aber immerhin nachträglich (entsprechend dem dann vorbildhaften dGmbHG und im Einklang mit § 25 Abs 5 GmbHG) eingeschränkt wurde.¹⁴⁰¹ Die zweite Erklärungsmöglichkeit besteht darin, dass der Gesetzgeber § 25 Abs 7 GmbHG schon ursprünglich im Einklang mit § 25 Abs 5 GmbHG auf den dritten Absatz beschränken wollte und schlicht übersah, dass durch die (formale) Angleichung an den Aktienentwurf das Gegenteil indiziert wird.¹⁴⁰² Zwar waren die beiden Dispositionsbeschränkungen für Weisungsbeschlüsse einerseits und

1399 Jedenfalls müsste sich – nimmt man einen umfassenden Gläubigerschutz an – § 25 Abs 7 GmbHG aus Gründen der Verhaltenssteuerung (vgl § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG) auf grobe Fahrlässigkeit außerhalb des Kapitalschutzes (§ 25 Abs 3 GmbHG) beschränken (dazu schon oben Fn 1087 und ausf noch unten S 288 ff).

1400 Unter der Berücksichtigung der redaktionellen Vorgeschichte ist es mE (noch) weniger wahrscheinlich, dass die Gesetzesverfasser bei der Verfassung der EBRV den § 25 Abs 7 GmbHG gar nicht im Blick hatten. Denn immerhin nannte der Vorentwurf der Erläuternden Bemerkungen noch die (bloße) Verzichts- und Vergleichsbeschränkung des GmbH-Entwurfs (neben der Beweislastverteilung) als wesentlichen Unterschied zum Verfügungsverbot des Aktienentwurfs. Als sich die GmbH-Gesetzesverfasser nach der Entkoppelung vom Aktienentwurf am dGmbHG orientierten, müssen sie zumindest die Verzichts- und Vergleichsbeschränkung des heutigen § 25 Abs 7 GmbHG im Blick gehabt haben, weil auch § 43 dGmbHG eine solche Einschränkung enthält und folgerichtig die Nennung dieses Unterschieds aus den Erläuterungen entfernt wurde.

1401 Vgl idZ auch Fn 1382.

1402 War ein solches Versehen wegen der eindeutigen Anknüpfung der Verzichts- und Vergleichsbeschränkung an die Verjährungsregelung bislang (wie eingangs zur Wort-

Verzichte und Vergleiche andererseits sowohl im älteren Aktienrecht (§ 241 Abs 4 dHGB 1897) als auch im dGmbHG noch (richtigerweise) einheitlich geregelt, diese Parallelität könnte aber verdeckt worden sein durch den Umstand, dass der Aktienentwurf (insoweit auch ohne ersichtliches Regelungsvorbild) ein gänzlich Verfügnungsverbot normierte, das wertungsmäßig einen umfassenden Anwendungsbereich erforderte. Denn immerhin schränkte wie erwähnt auch der Aktienentwurf jene Dispositionsbeschränkungen, die nur dem Gläubigerschutz dienten (entspricht § 25 Abs 5 GmbHG) auf den Kapitalschutz (§ 25 Abs 3 GmbHG) ein. Unter dieser Prämisse müsste man allerdings annehmen, dass das Gesetzesverfasser es verabsäumt hätten, in den Erläuterungen zum Entwurf aus 1902 auch auf den (annahmegemäß) schmäleren Anwendungsbereich der Verzichts- und Vergleichsbeschränkung hinzuweisen. Auch das wäre wohl nicht zu erwarten gewesen. Dabei handelt es sich also um ein ähnliches Argument wie jenes, welches bei den EBRV aus 1904 (*ad absurdum*) eher für einen eingeschränkten Anwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen spricht. Angesichts dieser ambivalenten Indizienlage erfordert eine abschließende Beurteilung des Anwendungsbereichs auch in diesem Punkt eine weitergehende Untersuchung der legislatischen Entwicklung (dazu sogleich unten).

Zieht man zunächst Zwischenbilanz, stellen sich im Wesentlichen dieselben Fragen, die uns schon auf Wortlaut- und systematischer Ebene beschäftigt haben, nämlich die Fragen nach den Gründen für die jeweilige Position des vierten und sechsten Absatzes in § 25 GmbHG. Dass die Dispositionsbeschränkungen – anders als in § 43 dGmbHG – außerhalb des dritten Absatzes und zudem voneinander getrennt geregelt sind, spricht per se wie erwähnt nicht zwingend gegen eine Einschränkung auf § 25 Abs 3 GmbHG; und so verwundert es auch nicht, dass *diese* Abweichung im Aktienentwurf auch Deckung findet. Was dagegen die Abs 4 und 6 betrifft, steht eine abschließende Erklärung noch aus. Hierzu soll als Nächstes die redaktionelle Entwicklung des § 25 GmbHG (und hier insb der Dispositionsbeschränkungen in Abs 5 und 7) von Anfang rekonstruiert werden. Dabei werden sich – so viel vorweg – weitere wichtige Erkenntnisse für die untersuchte Frage ergeben.

4) Redaktionelle Genese des § 25 GmbHG im Detail

a. Anfängliche Orientierung am dGmbHG

Chronologischer Ausgangspunkt ist ein Konvolut an Entwürfen mit der Bezeichnung „Ur-Entwürfe“. Darin enthalten sind die (soweit ersichtlich) frühesten Gesetzesentwürfe des GmbHG, nämlich (i) ein Entwurf¹⁴⁰³ mit maschinengeschriebenen Textteilen und handschriftlichen Korrekturen, (ii) ein

lautinterpretation angesprochen) noch fraglich, bietet die Angleichung an den Aktienentwurf nun zumindest eine (vorläufige) Erklärung.

1403 ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 24–38.

rein handschriftlicher Entwurf¹⁴⁰⁴ mit Korrekturen und (iii) ein Korrektur-Abzug¹⁴⁰⁵ eines Entwurfs aus Juli 1900. Bei den gründungsrechtlichen Bestimmungen fällt auf, dass die Normfolge im Vergleich zu heute noch umgekehrt war: Während im heutigen § 10 GmbHG die Verjährung in Abs 5 und die Verzichts- und Vergleichsbeschränkung in Abs 6 geregelt ist, lautete die Reihenfolge in den Ur-Entwürfen „*Verzicht/Vergleich – Verjährung*“.¹⁴⁰⁶ Bemerkenswert ist außerdem, dass Verzichte und Vergleiche in den Ur-Entwürfen noch kategorisch ausgeschlossen waren, nicht wie heute nur, soweit der Ersatz zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist.¹⁴⁰⁷ Im allgemeinen Haftungsstatbestand der Ur-Entwürfe (heute § 25 GmbHG) waren die ersten drei Absätze¹⁴⁰⁸ einheitlich formuliert und entsprachen im Wesentlichen schon den heutigen § 25 Abs 1 bis 3 GmbHG. Noch uneinheitlich war dagegen die Reihenfolge der Verzichts- und Vergleichsbeschränkung¹⁴⁰⁹ (heute Abs 7), der Verjährungsregelung (heute Abs 6) und der Beschränkung der Haftungsfreistellungswirkung von Weisungsbeschlüssen (heute Abs 5): Sie lautete im oben unter (i) genannten Entwurf „*Verzicht/Vergleich – Weisung – Verjährung*“ und in den beiden letztgenannten Entwürfen (ii, iii) „*Verzicht/Vergleich – Verjährung – Weisung*“.¹⁴¹⁰

Der chronologisch nächste Entwicklungsschritt des GmbHG war der so bezeichnete Referentenentwurf.¹⁴¹¹ In diesem Entwurf lautete die Normfolge des § 20 (entspricht heute § 25 GmbHG) – wie in zwei der Ur-Entwür-

1404 ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 40–144, 163.

1405 ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 145–162.

1406 Vgl Entwurf Fol 24 f; handschriftlicher Entwurf Fol 57; Entwurf Juli 1900 Fol 146 (alle ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884).

1407 S schon oben Fn 1376 („*Verzichte und Vergleiche der Gesellschaft hinsichtlich dieser Ersatzansprüche sind wirkungslos.*“).

1408 Darin geregelt waren schon damals die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes (Abs 1), die solidarische Ersatzpflicht für die Verletzung von Obliegenheiten (Abs 2) und die qualifizierte Haftung für die Verletzung der Kapitalerhaltungsregeln (Abs 3 [die Haftung für Zahlungen nach Insolvenzreife wurde erst später eingefügt; s noch bei Fn 1430]).

1409 Auch damals wurde hier auf das Gründungsrecht verwiesen.

1410 Die chronologische Einordnung dieser Entwürfe ist schwierig. Sie enthalten zT gleichlautende handschriftliche Korrekturen, decken sich aber nicht ganz. Aus der Genese der Formulierungen und den sukzessive eingearbeiteten Korrekturen ergibt sich vielleicht folgende Chronologie: „(ii) – (iii) – (i)“. Die ältere Normstruktur könnte daher rühren, dass für die Haftungsgeneralklausel die gründungsrechtliche Norm („*Verzicht/Vergleich – Verjährung*“) herangezogen und um die Beschränkung von Weisungsbeschlüssen ergänzt wurde. Die jüngere Struktur könnte das Resultat einer Anpassung an § 43 dGmbHG gewesen sein („*Verzicht/Vergleich – Weisung – Verjährung*“). Vgl auch Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 61, wonach der erste GmbH-Entwurf des Justizministeriums noch stark an das deutsche Gesetz angelehnt war.

1411 Referenten-Entwurf (ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 206 ff).

fe – „Verzicht/Vergleich – Verjährung – Weisung“. In einer handschriftlich korrigierten Version¹⁴¹² dieses Entwurfs ist kenntlich gemacht, dass die Verjährungsbestimmung dem Absatz über Weisungsbeschlüsse (wie in einem der Ur-Entwürfe)¹⁴¹³ nachgestellt und als letzter Absatz der Norm eingesetzt werden sollte („Verzicht/Vergleich – Weisung – Verjährung“). Das hätte der Normstruktur des § 43 dGmbHG entsprochen.¹⁴¹⁴ Eine Begründung für diese geplante Umstellung ist nicht ersichtlich; sie wurde in der Folge auch nicht umgesetzt. Vielmehr lag den Beratungen¹⁴¹⁵ der Ministerialvertreter im Oktober und November des Jahres 1900 unter dem Vorsitz von *Franz Klein* der oben zuerst genannte (unkorrigierte) Referentenentwurf zugrunde.¹⁴¹⁶ Die interministeriellen Beratungen auf Basis dieses Entwurfs sind für die hier untersuchte Frage richtungsweisend.

Als in der Sitzung vom 14. November 1900 nämlich über § 20 des Entwurfs beraten wurde, bemerkte der Vertreter des Handelsministeriums, *Rudolf Schuster v Bonnot*, „daß der letzte Absatz schon der Terminologie nach (Ersatz‘) **nur zu Abs. 3 u. s. w., nicht auch zu Abs. 1 u. 2 gehöre**, daß es daher zur Vermeidung von Irrtümern empfehlenswert sei, **Abs. 3 bis Schluß in einem Absatz zusammenzufassen**.“¹⁴¹⁷

Dieser Antrag wurde angenommen. Der entsprechende Ministerialbeschluss beweist, dass sich jedenfalls die Dispositionsbeschränkung für Weisungsbeschlüsse, dh der heutige § 25 Abs 5 GmbHG, nach Auffassung der Ministerialvertreter nur auf Abs 3, und nicht generell auf die Abs 1 und 2 beziehen sollte (deutlich: „daß der letzte Absatz [...] **nur zu Abs. 3 u. s. w., nicht auch zu Abs. 1 u. 2 gehöre**“)¹⁴¹⁸. Der Konnex ergab sich nach Ansicht der Ministerialvertreter schon aus der Terminologie (arg: „Ersatz“). Darauf hat *U. Torggler* schon vor

1412 Revidierter Referentenentwurf (ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 246 ff).

1413 Dieser war wie erwähnt (Fn 1410) der wahrscheinlich jüngste der Ur-Entwürfe.

1414 Vgl S 9 des revidierten Referentenentwurfs (ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 246 ff).

1415 Vgl Berathungs-Protokolle der Vertreter der beteiligten Ministerien zum Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 862 ff.

1416 Vgl auch *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 61. Neben dem Referenten *v Pitreich* nahmen Vertreter des Handels-, Innen-, Eisenbahn- und Ackerbauministeriums teil.

1417 Berathungs-Protokolle der Vertreter der beteiligten Ministerien zum Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 3. Sitzung, 14. November 1900, ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 872 f (Hervorhebungen durch den Verf). Referierend auch schon *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (92 Fn 93).

1418 Berathungs-Protokolle der Vertreter der beteiligten Ministerien zum Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 3. Sitzung, 14. November 1900, ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 872 f.

einiger Zeit hingewiesen.¹⁴¹⁹ Was für § 25 Abs 5 GmbHG mit dem Wortlaut („Ersatz“) begründet wurde, sollte auch für die Verzichts- und Vergleichsbeschränkung des heutigen § 25 Abs 7 GmbHG¹⁴²⁰ (und auch für die Verjährungsregel in Abs 6!)¹⁴²¹ gelten, denn auch diese Bestimmungen sollten „zur Vermeidung von Irrtümern“ im dritten Absatz zusammengefasst werden.

1419 U. Torggler, JBl 2006, 85 (92 Fn 93).

1420 Die Beschränkung von Weisungsbeschlüssen (heute § 25 Abs 5 GmbHG) bezog sich von Anfang an nur auf die Gläubigerinteressen. Dagegen waren Verzichte und Vergleiche auch in den Referentenentwürfen noch gänzlich ausgeschlossen (s Fn 1407). Als die Ministerialvertreter den Beschluss auf Zusammenfassung der „Abs. 3 bis Schluß in einem Absatz“ fassten, war jedoch zuvor schon im Gründungsrecht das Verfügungsverbot auf eine Verzichts- und Vergleichsbeschränkung „gegenüber den Gläubigern“ eingeschränkt (s Fn 1376) und bei der Beratung des allg Haftungstatbestands gem § 20 (heute § 25 GmbHG) *en passant* terminologisch an die Beschränkung von Weisungsbeschlüssen angepasst worden („soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist“). Es war also durchaus sachgerecht, dass die Ministerialvertreter bei der Einschränkung der „Abs. 3 bis Schluß“ auf den dritten Absatz auch die Verzichts- und Vergleichsbeschränkung inkludierten. Ob die Ministerialvertreter diesen teleologischen Zusammenhang tatsächlich erkannten, geht aus den Mat freilich nicht deutlich hervor; sie könnten die Verzichts- und Vergleichsbeschränkung auch ohne inhaltliche Überlegungen nur deshalb miteinbezogen haben, weil sie systematisch *vor* dem heutigen § 25 Abs 5 GmbHG stand, der *jedenfalls* auf den dritten Absatz bezogen werden sollte. Für die erste Deutung spricht aber, dass die Verzichts- und Vergleichsbeschränkung auch im (damals wohl noch vorbildhaften) § 43 dGmbHG sichtlich nur zum dritten Absatz gehörte. Außerdem haben die Ministerialvertreter gleich im Anschluss an die oben zitierte Protokollpassage (Zusammenfassung der „Abs. 3 bis Schluß in einem Absatz“) wie erwähnt für die (gründungsrechtliche) Verzichts- und Vergleichsbeschränkung die Formulierung beschlossen „soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist“; eine Formulierung also, die ihnen immerhin für die Bezugnahme des heutigen § 25 Abs 5 GmbHG auf den dritten Absatz ausschlaggebend schien (arg Prot: „daß der letzte Absatz schon der Terminologie nach (‘Ersatz’) nur zu Abs. 3 u. s. w., nicht auch zu Abs. 1 u. 2 geböre“).

1421 So dann auch Kornfeld/Scheu, GmbHG (1906) § 25 Anm III (S 42); s schon oben Fn 1013. Über den Grund für diese Annahme kann man nur mutmaßen. Vielleicht verleitete dazu die Tatsache, dass die Verjährungsregel durch die Dispositionsbeschränkungen „umschlossen“ war (und auch heute ist) – so auch (wenngleich mit umgedrehter Reihenfolge) im Referentenentwurf, der den Ministerialberatungen zugrunde lag (Fn 1411, 1416). Die Beschränkung von Weisungsbeschlüssen stand in zwei der Ur-Entwürfe und jedenfalls im Referentenentwurf an letzter Stelle. Der Grund hierfür könnte wiederum gewesen sein, dass die Legisten bei der Konzipierung des allg Haftungstatbestands von der Normstruktur der Gründungsbestimmungen (§ 6 Abs 3 f der Urentwürfe: „Verzicht/Vergleich – Verjährung“) ausgingen und daran die Beschränkung von Weisungsbeschlüssen anhängten (s auch Fn 1410). Aus dieser Normstruktur könnte der (systematisch-logische) Schluss gezogen worden sein, dass sich auch die dazwischenliegende Verjährungsregelung auf den dritten Absatz beziehen müsse. Dieser Schluss hätte auch teleologisch durch die Annahme plausibilisiert werden können, dass die fünfjährige Verjährungsfrist eine *Verlängerung* der allg dreijährigen (subjektiven) Verjährungsfrist für Schaden-

ersatzansprüche (gem § 1489 Satz 1 ABGB) bewirke und folglich eine *Verschärfung* der Geschäftsführerhaftung bedeute (idS zB *Kornfeld/Scheu*, GmbHG [1906] § 25 Anm III [S 42]; dazu oben bei Fn 1015; vgl auch RIS-Justiz RS0059679: „Die nach § 25 Abs 4 GmbHG verschärfte und nach § 25 Abs 5 GmbHG [sic] auf fünf Jahre verlängerter Haftung [...]“ [dazu Fn 1022]; anders die damalige dLit [jedoch str], vgl nur *Hachenburg*, GmbHG⁵ [1927] § 43 Anm 21 [S 100 f]; *Brodmann*, GmbHG² [1930] § 43 Anm 5.a) [S 175]). Immerhin zielen die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG unstr auf eine Verschärfung der Organhaftung (durch Indisponibilität zum Schutz der Gläubiger) und beschränken sich demgemäß auf die Gläubigerschutztatbestände des § 25 Abs 3 GmbHG. Dasselbe hätte dann – so das mögliche Argument – für die „umschlossene“ Verjährungsregelung angenommen werden können.

Nach mE zutr Ansicht ist die gesellschaftsrechtliche fünfjährige Verjährungsfrist jedoch *lex specialis* zur dreißigjährigen *objektiven* Verjährungsfrist für Schadenersatzansprüche gem § 1489 Satz 2 ABGB; sie bezweckt keine Verschärfung, sondern vielmehr eine *Milderung* der Organhaftung, vor allem weil der Freibeweis, den die Organmitglieder wegen der Beweislastumkehr erbringen müssen, im Zeitablauf immer schwieriger wird (ausf zum Fristbeginn noch unten S 1024 ff; hier einstweilen nur *Pendl*, Verjährung 25 ff, 60 f, 100 f, 169 f und *passim*; S.-F. *Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 35 mwN; *Schopper/Walch*, ÖBA 2013, 418 [420 ff]; anders freilich die wohl noch hL und der OGH, vgl nur *Eckert/Linder*, ecolx 2005, 449 ff; *Schopper/Kapsch*, ecolx 2007, 41 [42]; *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 356 f [Stand 01.09.2022]; RIS-Justiz RS0121358; RS0034715). Die (verkürzte) Fünfjahresverjährung, die von *Wiener* (Entwurf 55) zur Aktienrechtsreform 1884 vorgeschlagen und von der Reichstagskommission übernommen wurde (vgl Kommissionsbericht ADHGB 1884, in stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 5. Legislaturperiode, IV. Session, 1884, 4. Band, Anlage 128, 1009 [1020]) sollte einen Ausgleich für die insb aufgrund der Beweislastumkehr strengen Organhaftung schaffen (zum telos näher unten S 1034 ff). Die Beweislastumkehr bezog sich (auch) im Aktienentwurf (idF Dezember 1900) auf alle Ansprüche (vgl § 41 Abs 1: „Die Vorstandsmitglieder sind der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden; sie haben, wenn sie in Anspruch genommen werden, die Anwendung dieser Sorgfalt zu beweisen.“). Gleiches galt für die Verjährung, denn § 39 Abs 5 des Aktienentwurfs idF Juli 1900 lautete „Die Ansprüche auf Grund der Bestimmungen dieses Paragraphen verjähren in fünf Jahren“ und bezog sich damit eindeutig auf alle Ansprüche aus § 39. Vorbild dafür war § 241 Abs 6 dHGB 1897 („Die Ansprüche auf Grund dieser Vorschriften verjähren in fünf Jahren“). Auch zu § 43 Abs 4 dGmbHG besteht Ähnlichkeit („Die Ansprüche auf Grund der vorstehenden Bestimmungen verjähren in fünf Jahren“). Nach der Angleichung des allg Haftungstatbestands an das Gründungsrecht lautete § 41 Abs 5 Satz 1 (idF Dezember 1900) dann: „Die Ersatzansprüche der Gesellschaft verjähren in fünf Jahren.“ (dazu noch unten Fn 1448). Vgl aus der Lit statt aller *Staub*, HGB I⁸ (1906) § 241 Anm C. 1. (S 821). Demgegenüber sollte das GmbHG zwar (obwohl noch in den Ministerialberatungen beschlossen [ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 872]) keine Beweislastumkehr enthalten, was die EB zum Entwurf aus Juni 1902 mit den gegenüber der AG „einfacheren Verhältnisse[n]“ begründeten (ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg II und P 111–125, Karton 885; s schon zitiert in Fn 1365). Allerdings ist die Beweislastumkehr des § 84 Abs 2 Satz 2 AktG nach hL (statt vieler *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 327

Wäre der Ministerialbeschluss umgesetzt worden, hätte § 25 GmbHG heute im Wesentlichen dieselbe Form wie § 43 dGmbHG, mit Ausnahme der Reihenfolge der Dispositionsbeschränkungen und deren Trennung durch die Verjährungsregel. Allerdings hat § 25 GmbHG heute bekanntlich ein anderes Aussehen. Deshalb kann man bei dem referierten Ministerialbeschluss nicht anhalten, sondern muss sich die Frage stellen, ob die Nichtumsetzung des Beschlusses und die Regelung der Dispositionsbeschränkungen *außerhalb* des dritten Absatzes dadurch bedingt waren, dass die Gesetzesverfasser ihre Meinung später geändert haben und die Dispositionsbeschränkungen *doch nicht* nur auf den dritten Absatz beziehen wollten.

b. Sukzessive Angleichung an den Aktienentwurf

Hierzu muss zunächst gefragt werden, warum der oben referierte Sitzungsbeschluss, demzufolge „*Abs. 3 bis Schluß in einem Absatz*“¹⁴²² zusammengefasst werden sollten, (doch) nicht umgesetzt worden ist. Im Allgemeinen wurden die Sitzungsbeschlüsse nach den Ministerialberatungen sukzessive in weitere Entwurfsversionen¹⁴²³ eingearbeitet. In keinem dieser Entwürfe war allerdings „*Abs. 3 bis Schluß in einem Absatz*“ zusammengefasst. Dazu gibt es soweit ersichtlich auch keine Anmerkungen. Die plausibelste Erklärung ist mE die laufende Angleichung des GmbH-Entwurfs an den Aktienentwurf. Dementsprechend bezogen sich die Ministerialvertreter in den Beratungen oft auf die parallele Beratung¹⁴²⁴ des Aktienentwurfs und auf die dazu gefassten Beschlüsse.

So wurde auch § 20 Abs 3 des GmbH-Entwurfs nach dem Vorbild des Aktienentwurfs umgestaltet: Unter anderem wurde beschlossen, „*Abs 3 statt der Citationen in die einzelnen Fälle auf[zulösen]*“.¹⁴²⁵ Damit war die Regelungstechnik angesprochen. Die ersten GmbH-Entwürfe hatten in der (qualifizierten) Haftungsanordnung, der heute § 25 Abs 3 GmbHG entspricht, bloße Verweise auf

[Stand 01.09.2022]) und stRsp (RIS-Justiz RS0121916; RIS-Justiz RS0059608; OGH 31.07.2015, 6 Ob 139/15g GES 2015, 340 = ecolex 2016, 229) analog auf den GmbH-Geschäftsführer anzuwenden. Da sich die Beweislastumkehr *per analogiam* (wie auch im Aktienrecht) auf alle Ansprüche beziehen würde, wäre eine auf § 25 Abs 3 GmbHG eingeschränkte Fünfjahresverjährung unter diesem Aspekt in keinem Fall (unabhängig von der Analogie) sachgerecht.

1422 S oben Fn 1417.

1423 Vgl Entwurf nach den Sitzungsbeschlüssen (zwei Entwürfe), ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 269 ff; vgl auch Entwurf I Dezember 1900, Karton 884, Fol 341 ff und Entwurf II Dezember 1900, Karton 884, Fol 369 ff.

1424 Vgl Beratungsprotokolle zum Aktienentwurf (1900), ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420.

1425 Berathungs-Protokolle der Vertreter der beteiligten Ministerien zum Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 872.

bestimmte Kapitalerhaltungspflichten geregelt (vgl auch § 43 Abs 3 dGmbHG).¹⁴²⁶ Dagegen waren die funktional vergleichbaren Tatbestände im Aktienentwurf in § 39 Abs 2 Z 1 und Z 2¹⁴²⁷ (idF Juli 1900) ausformuliert (vgl auch § 241 Abs 3 dHGB 1897; § 84 Abs 3 AktG idGF). § 39 Abs 2 Z 3 des Aktienentwurfs sanktionierte Zahlungen nach Insolvenzreife (vgl § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG). Die Dispositionsbeschränkung für Generalversammlungsbeschlüsse (heute § 25 Abs 5 GmbHG) folgte im nächsten Absatz. Zur Umsetzung des genannten Sitzungsbeschlusses sollten sodann in § 20 des GmbH-Entwurfs die einzelnen „Citationen“ ausformuliert werden; hierzu war im Entwurf vermerkt,¹⁴²⁸ dass zum einen § 39 Abs 2 Z 1 des Aktienentwurfs (gesetzwidrige Verteilung von Gesellschaftsvermögen)¹⁴²⁹, der inhaltlich schon dem bisherigen § 20 Abs 3 des GmbH-Entwurfs entsprochen hatte (s soeben), im GmbH-Entwurf als § 20 Abs 3 Z 1 umgesetzt werden sollte. Zum anderen sollte § 39 Abs 2 Z 3 (Leistung von Zahlungen nach Insolvenzreife)¹⁴³⁰, der im bisherigen § 20 Abs 3 des GmbH-Entwurfs noch nicht enthalten war, als § 20 Abs 3 Z 2 eingeführt werden.¹⁴³¹ In den Entwürfen aus dem Dezember 1900 waren diese Änderungen dann schon maschinengeschrieben umgesetzt.¹⁴³² Grund für die Nichtumsetzung der in den Ministerialberatungen noch beschlossenen Einbeziehung der Dispositionsbeschränkungen (und der Verjährungsregel) in den dritten Absatz („Abs. 3 bis Schluß in einem Absatz zusammenzufassen“) war somit wohl „nur“ die formale Angleichung des GmbH-Entwurfs an den Aktienentwurf. Dabei dürfte (wie schon im Aktienentwurf selbst) die Aufgabe der Verweisteknik in § 20 Abs 3 zugunsten einer Ausformulierung und „Aufsplitterung“ in einzelne Ziffern einer (ursprünglich beschlossenen) Konsolidierung der

1426 Vgl beispielhaft § 20 Abs 3 des (ersten) unkorrigierten Referentenentwurfs (ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 206 ff [S 8 des Entwurfs]): *„Insbesondere sind sie zum Ersatze verpflichtet, wenn entgegen den Vorschriften der §§. 53, 59 und 60 Nachschüsse zurückbezahlt, eigene Geschäftsanteile erworben oder in Pfand genommen oder Geschäftsanteile eingezogen wurden.“*

1427 Z 1 betraf die gesetzwidrige Verteilung von Gesellschaftsvermögen (Zurückgewährung von Einlagen, Auszahlung von Zinsen oder Gewinnanteilen, Erwerb oder Inpfandnahme eigener Aktien und Einziehung von Aktien), Z 2 betraf die Ausgabe von Aktien vor der vollen Leistung des Ausgabebetrags.

1428 Vgl den (zweiten) Entwurf nach den Sitzungsbeschlüssen, ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 269 (303; S 8 des Entwurfs). Im ersten Entwurf nach den Sitzungsbeschlüssen findet sich bei § 20 Abs 3 nur der Vermerk „analog § 39 Z 1“ (Entwurf nach den Sitzungsbeschlüssen [erster Entwurf], ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 269 [274; S 8 des Entwurfs]).

1429 Vgl § 84 Abs 3 Z 1 bis 3 und Z 5 AktG idGF.

1430 Vgl § 84 Abs 3 Z 6 AktG idGF.

1431 Nicht übernommen wurde § 39 Abs 2 Z 2 (Ausgabe von Aktien vor voller Leistung des Ausgabebetrags). Vgl § 84 Abs 3 Z 4 AktG idGF.

1432 Vgl Entwurf I Dezember 1900, ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 341 ff und Entwurf II Dezember 1900, Karton 884, Fol 369 ff.

nachfolgenden Regelungen (Dispositionsbeschränkungen, Verjährung) im selben (dritten) Absatz entgegengestanden haben.¹⁴³³

Bei der Nichtumsetzung des Ministerialbeschlusses blieb es freilich nicht, denn in der Folge kam es noch zu einer weiteren Angleichung an den Aktienentwurf, und zwar im Hinblick auf die Reihenfolge der Absätze. Wie eingangs angesprochen, sahen zwei der Ur-Entwürfe noch folgende Absatzfolge vor: „*Verzicht/Vergleich – Verjährung – Weisung*“.¹⁴³⁴ Im zweiten Referentenentwurf war handschriftlich notiert, dass die Verjährungsregel – entsprechend § 43 dGmbHG – an das Ende des Paragraphen gerückt werden sollte („*Verzicht/Vergleich – Weisung – Verjährung*“).¹⁴³⁵ Dieser Vermerk wurde aber nicht umgesetzt. Vielmehr nahmen die Ministerialvertreter die Schlussposition der Dispositionsbeschränkung für Weisungsbeschlüsse zunächst zum Anlass, die Zusammenfassung aller Anordnungen im dritten Absatz zu beschließen, setzten diesen Beschluss jedoch wegen der formalen Angleichung an den Aktienentwurf nicht um (s. oben). Außerdem änderten die Legisten den GmbH-Entwurf in Bezug auf die Absatzreihung (abermals) nach dem Vorbild des Aktienentwurfs ab, der in § 39 (idF Juli 1900) folgende Reihenfolge vorsah: „*Weisung – Verzichte/Vergleiche – Verjährung*“. Dementsprechend ist im (ersten) GmbH-Entwurf aus dem Dezember 1900¹⁴³⁶ bei § 20 handschriftlich vermerkt, dass der letzte Absatz (Haftungsfreistellung durch Weisung; vgl. § 25 Abs 5 GmbHG idGF) vorgezogen und unmittelbar nach § 20 Abs 3 eingefügt werden sollte. Im zweiten Dezemberentwurf von 1900, der bereits die Zustimmung aller beteiligten Ministerien erhalten hatte und dem Ministerrat vorgelegt werden sollte,¹⁴³⁷ war diese Änderung dann auch schon maschinenschriftlich umgesetzt. So sah die Absatzfolge nun auch im GmbH-Entwurf folgendermaßen aus: „*Weisung – Verzicht/Vergleich – Verjährung*“.¹⁴³⁸

Diese Anpassungen werfen wie gesagt die Frage auf, ob mit der unterbliebenen Umsetzung des Ministerialbeschlusses, „*Abs. 3 bis Schluß in einem Absatz zusammenzufassen*“, und der stattdessen erfolgten Angleichung an den Aktienentwurf auch der Anwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen (heute § 25 Abs 5 und 7 GmbHG) geändert (nämlich iSd hM erweitert) werden sollte. Das ist mE zu verneinen. Die formale Umgestaltung hat soweit ersichtlich

1433 Die Normierung von Ziffern in einem Absatz und die darauffolgende Fortsetzung des eigentlichen Absatztextes, der sich auf den gesamten Absatz beziehen sollte, und nicht nur auf die letzte Ziffer, wäre legistisch zumindest ungewöhnlich und wohl auch irreführend.

1434 S. oben Fn 1410.

1435 S. oben bei Fn 1412.

1436 S. Fn 1423.

1437 Vgl. *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 61; vgl. auch ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 825 f.

1438 Vgl. § 20 Entwurf II Dezember 1900 (ÖStA, Justiz, I-H1/1, ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 369 ff. [S 10]).

nichts daran geändert, dass sich die Dispositionsbeschränkungen (weiterhin) gemäß den Sitzungsbeschlüssen nur auf die qualifizierte Ersatzpflicht des dritten Absatzes beziehen sollten. Denn zum einen gibt es soweit ersichtlich keine Anhaltspunkte für eine beabsichtigte Änderung (die aber bedeutend gewesen wäre). Und zum anderen war die Dispositionsbeschränkung für Weisungsbeschlüsse wie erwähnt auch im (vorbildhaften) Aktienentwurf – trotz der Regelung in einem eigenen Absatz – auf die qualifizierten Sorgfaltsverstöße (§ 41 Abs 3 idF Dezember 1900) bezogen.¹⁴³⁹ Dasselbe ist mangels Indizien für einen Änderungswillen (vorerst) auch für die Verzichts- und Vergleichsbeschränkung (sowie die Verjährungsregelung) anzunehmen, obwohl sich diese beiden Bestimmungen nun systematisch mit dem Aktienentwurf deckten und auch terminologisch an ihn angeglichen worden waren (zur späteren Entwicklung noch sogleich unten)¹⁴⁴⁰. Nach dieser Angleichung entsprach § 25 GmbHG somit zwar formal dem Aktienentwurf, deckte sich aber inhaltlich (weiterhin) mit § 43 dGmbHG.

c. Zwischenfazit

Aus den Sitzungsbeschlüssen der interministeriellen Beratungen im Jahr 1900 ergibt sich deutlich, dass die Dispositionsbeschränkungen der heutigen § 25 Abs 5 und 7 GmbHG (sowie die Verjährungsregel) ausschließlich auf die Ersatzpflicht des (heutigen) § 25 Abs 3 GmbHG anwendbar sein sollten. Zur Verdeutlichung sollten die betreffenden Absätze – wie im zunächst vorbildhaften § 43 Abs 3 dGmbHG – sogar direkt in den dritten Absatz eingefügt werden. Dieser Sitzungsbeschluss wurde allerdings nicht umgesetzt. Stattdessen haben die Gesetzesverfasser die Dispositionsbeschränkungen (weiterhin) außerhalb des dritten Absatzes geregelt und die Beschränkung von Weisungsbeschlüssen (heute Abs 5) vorgezogen, sodass sie an den heutigen Abs 3 angeschlossen. Beides erklärt sich durch die Angleichung des GmbH-Entwurfs an den Aktienentwurf (idF Juli 1900), der die qualifizierten Sonderhaftungstatbestände in Ziffern aufgliederte und die Dispositionsbeschränkung (in Bezug auf Weisungsbeschlüsse) im darauffolgenden Absatz regelte (§ 39 Abs 3). Eine materiale Änderung des GmbH-Entwurfs, insb des Anwendungsbereichs der Dispositionsbeschränkungen (und der Verjährungsregel), war damit aber

1439 Die Regelungstechnik des Aktienentwurfs (und in der Folge auch des öGmbHG) hatte wie erwähnt (Fn 1390) denselben Zweck wie die Regelungstechnik des § 43 dGmbHG, nämlich den Konnex der Dispositionsbeschränkungen mit der qualifizierten Ersatzpflicht, der durch die Streichung bzw Nichtübernahme des aktienrechtlichen Verfolgungsrechts nicht mehr explizit zum Ausdruck kam, zumindest gesetzessystematisch kenntlich zu machen; nur die Erreichung dieses Zwecks war verschieden: einmal durch Einbeziehung der Dispositionsbeschränkungen in den dritten Absatz (dGmbHG), das andere Mal (nur) durch ihre Anordnung im unmittelbaren Anschluss an den dritten Absatz (Aktienentwurf und infolgedessen [ursprünglich] die Entwürfe eines öGmbHG).

1440 S unten S 354 ff.

mangels entsprechender Anhaltspunkte in der Gesetzgebungsgeschichte nicht beabsichtigt. Daraus folgt mit Blick auf die untersuchte Frage, dass die Dispositionsbeschränkungen jedenfalls in den Entwürfen aus dem Dezember 1900 noch ausschließlich auf den dritten Absatz bezogen waren.

Wäre es bei der Normstruktur der Dezemberentwürfe aus 1900 geblieben, hätte sich die hier untersuchte Streitfrage wohl nie, wenigstens nicht in dieser Form, gestellt, denn die Dispositionsbeschränkungen schlossen wie im Aktienentwurf unmittelbar an den dritten Absatz an (wobei sich der Konnex auch aus der Diktion ergab [„Ersatz“]) und waren zudem unmittelbar hintereinander geregelt („*Weisung – Verzicht/Vergleich – Verjährung*“). Allerdings blieb es auch dabei bekanntlich nicht (womit nun wieder an die obigen Ausführungen zu den EBRV angeknüpft wird). Als Nächstes ist daher noch genauer zu untersuchen, ob die *weiteren* Umgestaltungen des GmbH-Entwurfs, nämlich (i) der „Platzwechsel“ der Verzichts- und Vergleichsbeschränkung (heute Abs 7) mit der Verjährungsregel (heute Abs 6) und (ii) die Einfügung der Haftung für Inlichgeschäfte (heute Abs 4) im Anschluss an den dritten Absatz (doch noch) zu einer materialen Änderung der Rechtslage geführt haben (genauer: eine solche Änderung implizit zum Ausdruck bringen).

d. Zur Stellung der Verjährungsregelung (Abs 6) zwischen den Dispositionsbeschränkungen (Abs 5 und 7)

Nach den Dezemberentwürfen von 1900 änderte sich die Absatzreihung noch einmal, indem sich die Verjährungsregel nach vorne zwischen die Dispositionsbeschränkungen schob („*Weisung – Verjährung – Verzicht/Vergleich*“) – das entspricht auch der heutigen Absatzfolge.¹⁴⁴¹ Grund für diese Rochade war, dass der GmbH-Entwurf *noch einmal* an den Aktienentwurf angeglichen wurde, der sich nun aber zwischenzeitlich selbst geändert hatte. Als Vorbild für den GmbH-Entwurf diente nun nämlich nicht (mehr) der

1441 Wenn aus der Perspektive des § 43 dGmbHG (und einer objektiv einleuchtenden Regelungssystematik, nämlich die gemeinsame, aufeinanderfolgende Regelung der thematisch zusammengehörenden Dispositionsbeschränkungen) von einer „Verschiebung“ der Verjährungsregel „zwischen“ die Dispositionsbeschränkungen (Abs 5 und 7) gesprochen wurde, muss freilich bedacht werden, dass die Verjährungsregel schon in früheren GmbH-Entwürfen, nämlich in zwei der Ur-Entwürfe (s bei Fn 1410), in den Referentenentwürfen (s sogleich im Fließtext) und in den Entwürfen nach den Sitzungsbeschlüssen (s Fn 1423) *zwischen* den Dispositionsbeschränkungen geregelt war; allerdings mit dem Unterschied, dass die Dispositionsbeschränkungen damals genau umgedreht waren („*Verzicht/Vergleich – Verjährung – Weisung*“). Zu den ursprünglichen Bestrebungen, die Verjährungsregel nachzureihen („*Verzicht/Vergleich – Weisung – Verjährung*“) und zu der stattdessen umgesetzten Vorreihung der Dispositionsbeschränkung für Weisungsbeschlüsse („*Weisung – Verzichte/Vergleiche – Verjährung*“) infolge der Angleichung des GmbH-Entwurfs an den Aktienentwurf (idF Juli) vgl schon oben S 350 ff.

Aktienentwurf aus dem Juli 1900, sondern der (überarbeitete) Entwurf aus dem Dezember 1900, der aus dem Julientwurf nach Beratungen auf Ministerialebene hervorgegangen war. Die damit verbundenen Änderungen im Aktienentwurf konnten im GmbH-Entwurf aus Dezember 1900 offenbar nicht mehr berücksichtigt werden, weshalb eine weitere Revision des GmbH-Entwurfs nötig geworden war. Bevor auf die – für § 25 Abs 5 und 7 GmbHG relevanten – Anpassungen im GmbH-Entwurf eingegangen wird, empfiehlt es sich daher, die vorangegangenen (und vorbildhaften) Änderungen im Aktienentwurf näher zu beleuchten.

Im Aktienentwurf aus dem Juli 1900 glich die Normfolge des § 39 noch dem (daran angepassten) GmbH-Dezemberentwurf: „*Weisung – Verzicht/ Vergleich – Verjährung*“. Dabei verwies § 39 hinsichtlich der „*Unwirksamkeit von Vergleichen und Verzichtsleistungen*“ und der „*Geltendmachung solcher Ansprüche*“ (beides geregelt in Abs 4) auf die entsprechenden Anordnungen im Gründungsrecht (§§ 26 und 27); die Verjährung war eigenständig in § 39 Abs 5 geregelt. So lauteten die Abs 3¹⁴⁴² bis 5 im Originalwortlaut wie folgt:

§ 39 Abs 3 bis 5 Aktienentwurf (Juli 1900)¹⁴⁴³: „(3) *Die unter Z. 1 bis 3 bezeichneten Ersatzansprüche stehen auch den Gläubigern der Gesellschaft zu, soweit sie von dieser ihre Befriedigung nicht erlangen können. Die Ersatzpflicht gegenüber den Gläubigern wird dadurch nicht berührt, dass die Handlung auf einem Beschlusse der Generalversammlung beruht.* (4) *Die Bestimmungen der §§. 26 und 27 über die Unwirksamkeit von Vergleichen und Verzichtsleistungen hinsichtlich der Ansprüche aus der Errichtung und über die Geltendmachung solcher Ansprüche haben auch bezüglich der aus der Geschäftsführung der Mitglieder des Vorstandes gegen diese entstandenen Ansprüche der Gesellschaft Geltung.* (5) *Die Ansprüche auf Grund der Bestimmungen dieses Paragraphen verjähren in fünf Jahren.*“

Über diesen Entwurf (idF Juli 1900) berieten sodann die Vertreter der beteiligten Ministerien. Der Vorsitzende, Franz Klein, stellte zu § 39 Abs 4 den Antrag, „*statt der gewählten Fassung die entsprechenden Bestimmungen der §§ 26 und 27 selbst in Kürze herüberzunehmen*“.¹⁴⁴⁴ Dieser Antrag zielte offenbar (nur) darauf ab, die bisherige Verweisteknik in § 39 Abs 4 betreffend (i) das Verzichts- und Vergleichsverbot und (ii) die Geltendmachung von Ersatzansprüchen („*Die Bestimmungen der §§. 26 und 27 [...]*“) aufzugeben und stattdessen die entsprechenden Anordnungen nach dem Vorbild

¹⁴⁴² Im Julientwurf waren die qualifizierten Sorgfaltsverstöße noch gemeinsam mit der Haftungsgeneralklausel in Abs 2 geregelt („*Insbesondere sind sie zum Ersatz verpflichtet, wenn:*“) und wurden erst mit dem Dezemberentwurf in einen selbstständigen Abs 3 ausgegliedert.

¹⁴⁴³ ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420 (Hervorhebungen durch den Verf). Absätze sind durch Fettdruck hervorgehoben.

¹⁴⁴⁴ Berathungs-Protokolle der Vertreter der beteiligten Ministerien zum Entwurf eines Gesetzes, über Aktiengesellschaften, ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420.

der § 26 Abs 2 bzw § 27 eigenständig auszuformulieren. Die referenzierten §§ 26 und 27 lauteten:

§ 26 Aktienentwurf (Juli 1900): „(1) Die der Gesellschaft aus der Errichtung zustehenden Schadenersatzansprüche **verjähren** in fünf Jahren von der Eintragung der Gesellschaft an. (2) Hinsichtlich dieser Ansprüche haben **Vergleiche oder Verzichtsleistungen** der Gesellschaft keine rechtliche Wirkung.

§ 27: (1) Die **Geltendmachung** von Ansprüchen aus der Errichtung der Gesellschaft muss erfolgen, wenn [...].“¹⁴⁴⁵

Die Ministerialvertreter nahmen den Antrag *Franz Kleins* einstimmig an.¹⁴⁴⁶ *Klein* hatte damit offenbar nur legistische „Kosmetik“ innerhalb des vierten Absatzes des § 39 im Sinn. Die (vermeintliche) Umsetzung des Beschlusses im Entwurf aus dem Dezember 1900 sah allerdings ganz anders aus: Statt nur die Verweisteknik in § 39 Abs 4 aufzulösen und die betreffenden Regelungen auszuformulieren, übertrugen die Legisten die Normstruktur des *gesamten* § 26 (dafür aber nicht des § 27) gleichsam schablonenhaft auf den allgemeinen Haftungstatbestand (nun § 41); dieser lautete nun:

§ 41 (Dezember 1900): „(4) Soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist, wird die Verpflichtung der Vorstandsmitglieder dadurch nicht aufgehoben, dass sie in Befolgung eines **Generalversammlungsbeschlusses** gehandelt haben. (5) Die Ersatzansprüche der Gesellschaft **verjähren** in fünf Jahren. **Vergleiche oder Verzichtsleistungen** hinsichtlich solcher Ansprüche haben keine rechtliche Wirkung. (6) Auf die **Geltendmachung** von Ansprüchen der Gesellschaft gegen die Vorstandsmitglieder aus der Geschäftsführung finden die Bestimmungen des §. 31 sinngemäß Anwendung.“

Diese Änderungen waren indes überschießend, denn der Antrag *Kleins* hatte sich nur auf § 39 Abs 4 und die dort „gewählt[e] Fassung“ bezogen. Gleichwohl änderten die Gesetzesverfasser auch die Verjährungsregel in Abs 5 nach dem Vorbild des Gründungsrechts (§ 26 Abs 1), indem sie sie vorzogen, obwohl sie im fünften Absatz ohnehin schon eigenständig (und nicht nur als Verweis) geregelt war. Lautete die Normfolge in § 39 des Julientwurfs noch „*Weisung – Verzicht/Vergleich – Verjährung*“, änderte sie sich nun in § 41 des Dezemberentwurfs auf „*Weisung – Verjährung – Verzicht/Vergleich*“. Grund für den Platzwechsel der Verzichts- und Vergleichsbeschränkung mit der Verjährungsregel war somit die (insoweit aber selbst überschießende!) Angleichung an § 26 des Julientwurfs, der für Gründungsansprüche ebendiese Reihenfolge vorsah

1445 Hervorhebungen durch den Verf. Der Normtext und die weiteren Absätze sind für diese Untersuchung nachrangig, weil es hier um die Reihenfolge der genannten Absätze geht.

1446 S Fn 1444.

(„Verjährung – Verzicht/Vergleich“)^{1447.1448} Auf der anderen Seite behielten die Entwurfsverfasser (insoweit hinter dem Ministerialbeschluss zurückbleibend)

1447 Nur nebenbei ist anzumerken, dass bereits diese Normstruktur des § 26 für sich genommen nicht wirklich erklärlich ist. Damit wurden offenbar die Vorbildbestimmungen der §§ 205 f dHGB 1897 („Verzicht/Vergleich – Verjährung“) ohne ersichtlichen Grund einfach umgedreht. Vgl § 205 dHGB 1897: *„Vergleiche und Verzichtseinstellungen, welche die der Gesellschaft aus der Gründung zustehenden Ansprüche gegen die nach den §§. 202 bis 204 verpflichteten Personen betreffen, sind erst nach dem Ablaufe von fünf Jahren seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister und nur mit Zustimmung der Generalversammlung zulässig; sie sind unzulässig, soweit in der Versammlung eine Minderheit, deren Antheile den fünften Theil des Grundkapitals darstellen, Widerspruch erhebt. Die zeitliche Beschränkung findet keine Anwendung, sofern sich der Verpflichtete im Falle der Zahlungsunfähigkeit zur Abwendung oder Beseitigung des Konkursverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht.“* Vgl § 206 dHGB 1897: *„Die Ansprüche der Gesellschaft gegen die nach den §§. 202 bis 204 verpflichteten Personen verjähren in fünf Jahren von der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister an.“*

1448 Während die Reihenfolge der Absätze dem aktienrechtlichen Gründungsrecht entnommen war, scheint die Diktion der Verjährungsregel („Die Ersatzansprüche“) aus den GmbH-Entwürfen übernommen. Vgl § 20 (zB in den Referentenentwürfen; ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 206 [210], Fol 246 [253]): *„Diese Ersatzansprüche“* (vgl auch § 25 Abs 7 GmbHG idGF). Die gründungsrechtliche Verjährungsregel im Aktienentwurf sprach dagegen von *„Schadenersatzansprüche[n]“* (§ 26 Abs 1 idF Juli 1900) bzw *„Ansprüchen“* (§ 30 Abs 1 idF Dezember 1900). Die in § 41 des Aktienentwurfs geänderte systematische Stellung und Diktion („Ersatzansprüche“, *„solcher Ansprüche“*) könnten zudem den Anschein erwecken, dass sich die Verjährungsregelung und die Verzichts- und Vergleichsbeschränkung in § 41 Abs 5 nun (wie Abs 4) nur auf die qualifizierten Ersatzansprüche gem Abs 3 beziehen sollten. Dagegen hatte sich die Verjährungsregel des Aktienentwurfs idF Juli 1900 entspr ihrer Stellung am Ende des Paragraphen (§ 39) und der offenen Formulierung (*„Die Ansprüche auf Grund der Bestimmungen dieses Paragraphen [...]“* [ähnlich § 241 Abs 5 dHGB 1897]) noch eindeutig auf alle Ansprüche aus § 39 bezogen. Auch der Verweis des § 39 Abs 4 auf die §§ 26 und 27 betreffend Verzichte und Vergleiche bezog sich auf alle Ansprüche gem § 39 (arg: *„bezüglich der aus der Geschäftsführung der Mitglieder des Vorstandes gegen diese entstandenen Ansprüche der Gesellschaft [...]“*). Allerdings war eine Einschränkung auf die qualifizierten Ersatzansprüche wohl nicht beabsichtigt, zumal der Gesetzgeber den Begriff „Ersatzansprüche“ offenbar undifferenziert verwendete (s auch Fn 1467). Im Übrigen wäre eine Einschränkung sowohl der Verjährungsregel (s dazu Fn 1421, Fn 1465) als auch des Verzichts- und Vergleichsverbots auf § 41 Abs 3 verfehlt gewesen, weil sich das Verfolgungsrecht einer Aktionärs minderheit (§ 41 Abs 6 iVm § 31) richtigerweise weiterhin auf *alle* Ansprüche gem § 41 bezog (arg: *„Geltendmachung von Ansprüchen der Gesellschaft gegen die Vorstandsmitglieder aus der Geschäftsführung“*). Deshalb wäre ohne ein (ebenfalls) umfassendes Verzichts- und Vergleichsverbot (und mangels eines [sonst] erforderlichen Widerspruchsrechts einer Aktionärs minderheit [vgl §§ 205 und 270 dHGB 1897]) eine Minderheitenschutzlücke entstanden (vgl idZ oben Fn 797). Hätte man das Verzichts- und Vergleichsverbot auf Ersatzansprüche aus der Verletzung von Gläubigerschutzvorschriften beschränken wollen (Abs 3), wäre zudem eine Einschränkung auf die Erforderlichkeit des Ersatzes zur Gläubigerbefriedigung angezeigt gewesen (wie bei der Beschränkung von Weisungsbeschlüssen gem § 41 Abs 4).

bei der Geltendmachung von Ansprüchen die Verweisttechnik bei und aktualisierten nur den verwiesenen Paragraphen (nun § 31). Insgesamt sind diese Änderungen des Aktienentwurfs mit Blick auf den zugrunde liegenden Ministerialbeschluss daher wohl als Redaktionsversehen einzustufen. Ein Versehen, das (im Aktienentwurf) freilich kaum Auswirkungen hatte, weil sich *sowohl* die Verjährungsbestimmung *als auch* das Verzichts- und Vergleichsverbot ohnehin auf alle Ansprüche aus § 41 bezog, und es für eine Änderung des Anwendungsbereichs dieser Bestimmungen angesichts der offenbar bloß klarstellenden Absicht des Gesetzgebers bei dieser Umgestaltung keine Anhaltspunkte gibt (dazu noch sogleich).¹⁴⁴⁹

Vor diesem Hintergrund lässt sich nun die entsprechende Anpassung des GmbH-Entwurfs einordnen und besser verstehen. Wie schon erwähnt, waren die soeben umrissenen Umgestaltungen des Aktienentwurfs noch nicht in den

1449 Gleichwohl hatte die Umgestaltung der allg Haftungsnorm nach dem Vorbild des Gründungsrechts zumindest drei „Schönheitsfehler“: *Erstens* wurde dadurch der thematische Zusammenhang der beiden Dispositionsbeschränkungen auseinandergerissen. Zwar ging es – entspr dem unterschiedlichen Normzweck – einmal um die (bloße) Beschränkung der Haftungsfreistellungswirkung von HV-Beschlüssen für bestimmte Ersatzansprüche, das andere Mal um den (gänzlichen) Ausschluss von Verzichten und Vergleichen betreffend alle Ersatzansprüche, jedoch geht es in beiden Fällen um die Beschränkungen bzw den Ausschluss von Gesellschaftsdispositionen, weshalb die Bestimmungen einander funktional näherstehen als jede von ihnen der Verjährungsregelung. Im (vorbildhaften) Gründungsrecht gab es demggü keine Beschränkung von HV-Beschlüssen, auf die hätte Rücksicht genommen werden müssen. *Zweitens* wurde durch die Umgestaltung der Anwendungsbereich der Verjährungsregel – dh die erfassten Ersatzansprüche – wesentlich weniger präzise. Während es im Julientwurf noch hieß „*Die Ansprüche auf Grund der Bestimmungen dieses Paragraphen verjähren in fünf Jahren.*“, lautete die Regelung im Dezemberentwurf unspezifisch „*Die Ersatzansprüche der Gesellschaft verjähren in fünf Jahren.*“ Zwar bezieht sich die allg Verjährungsregelung im Gegensatz zu ihrem gründungsrechtlichen Pendant nicht auf die Haftung aus mehreren Paragraphen, was eine Spezifizierung der erfassten Ansprüche unerlässlich macht („*Die der Gesellschaft aus der Errichtung zustehenden Schadenersatzansprüche*“), doch enthält der allg Haftungstatbestand nicht nur *eine* Haftungsanordnung, weshalb eine Klarstellung des (umfassenden) Anwendungsbereichs auch hier legistisch zumindest sinnvoll gewesen wäre. Eine Änderung des Anwendungsbereichs der Verjährungsregel war damit, wie angesprochen, gleichwohl nicht verbunden. In diese Richtung lässt sich auch nicht die (neue) Formulierung im anschließenden Verzichts- und Vergleichsausschluss verstehen, der zu folge Verzichte und Vergleiche „*hinsichtlich solcher Ansprüche*“ keine rechtliche Wirkung haben (vgl demggü den Julientwurf, wo hinsichtlich „*der aus der Geschäftsführung der Mitglieder des Vorstandes gegen diese entstandenen Ansprüche der Gesellschaft*“ auf das gründungsrechtliche Verzichts- und Vergleichsverbot verwiesen wurde). Die Spezifizierung im Dezemberentwurf („*hinsichtlich solcher Ansprüche*“) nach gründungsrechtlichem Vorbild („*Hinsichtlich dieser Ansprüche*“) geht allerdings – und das ist der dritte Schönheitsfehler – anders als im Gründungsrecht ins Leere, wenn die vorgeschaltete Verjährungsregelung „*diese*“/„*solche*“ Ansprüche nicht näher bezeichnet. Vgl auch § 25 GmbHG idgF (Abs 6: „*Die Ersatzansprüche*“; Abs 7: „*diese Ersatzansprüche*“).

GmbH-Entwurf aus dem Dezember 1900 eingeflossen.¹⁴⁵⁰ Da der Dezemberentwurf insoweit also schon nicht mehr aktuell war, musste er schon kurz darauf noch einmal revidiert werden.¹⁴⁵¹ Bei dieser Revision wurden die zwischenzeitlichen Änderungen des Aktienentwurfs großflächig in einen redigierten Gesetzesentwurf¹⁴⁵² (datiert mit 15. Februar 1901) eingearbeitet, der zum Vortrag im Ministerrat bestimmt war. Auch die oben skizzierten Änderungen aufgrund des Antrags von *Franz Klein* wurden berücksichtigt: Die Verjährungsregel wurde sowohl im Gründungsrecht (§ 10)¹⁴⁵³ als auch im allgemeinen Haftungstatbestand (nun § 24)¹⁴⁵⁴ durch handschriftlichen Vermerk *vor* die jeweilige Verzichts- und Vergleichsbeschränkung gezogen. Die neue Absatzfolge in § 10 lautete nun „*Verjährung – Verzicht/Vergleich*“ (wie in § 26 und § 30 des Aktienentwurfs idF Juli bzw Dezember 1900). Auch die Diktion war an § 41 des Aktienentwurfs angepasst.¹⁴⁵⁵ Im allgemeinen Haftungstatbestand des GmbH-Entwurfs (§ 24, heute § 25 GmbHG) lautete die neue Struktur „*Weisung – Verjährung – Verzicht/Vergleich*“ und entsprach damit bereits der heutigen Absatzfolge der § 25 Abs 5 bis 7 GmbHG. All diese Änderungen wurden dann in den (schon ganz zu Beginn vorgestellten)¹⁴⁵⁶ GmbH-Entwurf aus dem Juni 1902 übernommen, mit dem die Entwurfsrevision (vorerst) abgeschlossen war. In den nachfolgenden Entwürfen aus dem Dezember 1903 und Juli 1904 sind die hier relevanten Bestimmungen (§ 25 Abs 6 und 7 GmbHG idgF) nämlich nicht mehr geändert worden (s aber zu § 25 Abs 4 GmbHG noch sogleich unten).

1450 In den GmbH-Dezemberentwürfen wurde die Geschäftsführerhaftung vielmehr noch (wie eingangs erwähnt) nach dem Vorbild des § 39 Aktienentwurf idF Juli 1900 umgestaltet („*Weisung – Verzichte/Vergleiche – Verjährung*“). Was die Umgestaltungen des Aktienentwurfs betrifft, wurde soweit ersichtlich kein entspr Umsetzungsbeschluss in den Beratungen zum GmbH-Entwurf gefasst. Zum Teil beschlossen die Ministerialvertreter aber auch schon in den Beratungen zum Aktienentwurf (beiläufig), aktienrechtliche Bestimmungen in den GmbH-Entwurf zu übernehmen, so zB die Unwirksamkeit von vertraglichen Haftungsbeschränkungen (§ 20 Abs 7 des Entwurfs II aus Dezember 1900; vgl dazu die Beratungen der beteiligten Ministerien, ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 872 aE).

1451 Vgl das (referierende) Schreiben des Justizministeriums an die übrigen beteiligten Ministerien vom 20. November 1903 (ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 820 [S 3 des Schreibens]): „*In der Gestalt, in der er [sc der Gesetzesentwurf] aus den Beratungen [...] hervorging, konnte schon wegen des Fortschreitens der Arbeiten für das Aktienrecht und wegen der erforderlichen Konkordanz mit dem letzteren nicht belassen werden. Er wurde daher im Juni 1902 einer Revision unterzogen [...].*“

1452 ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 826 ff.

1453 ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 826 ff (S 4 des Entwurfs).

1454 ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 826 ff (S 10 des Entwurfs).

1455 § 10 Abs 5 (nach der Umstellung Abs 6) lautete nun fast wortgleich mit § 41 Abs 5 Satz 2 Aktienentwurf idF Dezember 1900: „*Vergleiche und Verzichtleistungen hinsichtlich solcher Ansprüche haben keine rechtliche Wirkung, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist.*“ Vgl auch bei Fn 1379.

1456 S oben bei Fn 1364 (Entwurf Juni 1902 samt Erläuternden Bemerkungen [ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg II und P 111–125, Karton 885]).

Auch an diesem Punkt stellt sich somit die Frage, ob durch die Angleichung des GmbH-Entwurfs an den (zwischenzeitlich veränderten) Aktienentwurf der Anwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen geändert werden sollte. Ausgangspunkt der Überlegungen ist dabei das obige Zwischenergebnis, wonach sich (auch) die Verzichts- und Vergleichsbeschränkung gemäß den – ursprünglichen, wenngleich in dieser Form nicht umgesetzten – Ministerialbeschlüssen nur auf den dritten Absatz beziehen sollte. Sucht man nach Anhaltspunkten in den Gesetzesmaterialien, finden sich allerdings soweit ersichtlich zumindest im unmittelbaren Zusammenhang mit den Anpassungen des GmbH-Entwurfs (nämlich im Entwurf aus 1901) keine Hinweise darauf, dass der heutige § 25 Abs 7 GmbHG – wie im Aktienentwurf – auf alle Ansprüche erstreckt werden sollte. Einen (*prima vista*) deutlichen Fingerzeig enthalten dann aber – wie oben schon angesprochen – die Erläuterungen zum Entwurf aus dem Juni 1902. Denn diese Erläuterungen erklären, dass die Geschäftsführerhaftung sich von der Vorstandshaftung „*nur dadurch [unterscheidet], dass den Geschäftsführern nicht der Beweis der Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt auferlegt wird.*“¹⁴⁵⁷ Die Erläuterungen erwähnen zwar auch, dass Verzichte und Vergleiche im GmbH-Entwurf nicht ausgeschlossen, sondern nur (im Gläubigerinteresse) eingeschränkt sind,¹⁴⁵⁸ von unterschiedlichen Anwendungsbereichen der Bestimmungen ist aber keine Rede. Das deutet im Umkehrschluss darauf hin, dass die Dispositionsbeschränkungen (und die Verjährungsbestimmung) denselben (umfassenden)¹⁴⁵⁹ Anwendungsbereich haben sollten wie das Verfügungsverbot im Aktienentwurf. Wieder in die entgegengesetzte Richtung weist indes ein Schreiben¹⁴⁶⁰ des Justizministeriums an die übrigen beteiligten Ministerien vom 20. November 1903. Darin sind all jene Bestimmungen aufgezählt, hinsichtlich derer der Entwurf von Juni 1902 gegenüber den Sitzungsergebnissen „*von rein textlichen Änderungen abgesehen meritorisch [...] geändert [ist].*“ Bei § 24 ist nur die Streichung des Abs 7

1457 Entwurf Juni 1902 samt Erläuternden Bemerkungen (ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg II und P 111–125, Karton 885 [Hervorhebung durch den Verf]). S dazu schon Fn 1365.

1458 „*Aus demselben Grunde [sc wegen der einfacheren Verhältnisse in der GmbH] wird die Wirkung von Verzichten auf bereits vorhandene Ersatzansprüche und von Vergleichen über solche nur soweit beschränkt, als dies das Interesse der Gläubiger erfordert.*“

1459 Zu einem anderen Ergebnis könnte man gelangen, wenn man annimmt, dass der Anwendungsbereich des Verzichts- und Vergleichsverbots (und der Verjährungsregel) mit dem Entwurf aus Dezember 1900 (ebenfalls – wie § 41 Abs 4) auf § 41 Abs 3 des Aktienentwurfs eingeschränkt wurde. Die (geänderte) Formulierung ließe diesen Schluss zwar wohl zu (s Fn 1448), dürfte aber lediglich durch die formale Angleichung an das Gründungsrecht bedingt sein. Auch hier fehlen Hinweise auf eine Änderungsabsicht, die angesichts der Bedeutung einer solchen Änderung aber zu erwarten gewesen wären, weshalb sie dem Gesetzgeber ohne Anhaltspunkte (im Zweifel) nicht zu unterstellen ist. Im Übrigen wäre eine Einschränkung des Anwendungsbereichs auch in der Sache verfehlt gewesen (Fn 1448).

1460 ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 819 ff. S auch Fn 1451.

über die Wirkungslosigkeit vertraglicher Haftungsbeschränkungen genannt,¹⁴⁶¹ nicht aber die geänderte Absatzfolge der Verzichts- und Vergleichsbeschränkung einerseits und der Verjährungsbestimmung andererseits. Diese Änderung war folglich nach Auffassung der Gesetzesverfasser eine „*rein textlich[er]*“ und lässt daher nicht auf einen geänderten (erweiterten) Anwendungsbereich schließen. Auf dieser Linie liegen schließlich auch die EBRV aus 1904, die sich (abgesehen von § 25 Abs 4 GmbHG) zur Übereinstimmung mit § 43 dGmbHG bekennen – und in § 43 dGmbHG bezieht sich die Verzichts- und Vergleichsbeschränkung (Abs 3 Satz 2 iVm § 9b Abs 1) wie gesagt offenkundig nur auf den dritten Absatz.

Nicht gegen eine Einschränkung auf § 25 Abs 3 GmbHG spricht für sich allein genommen jedoch entgegen dem ersten Anschein (s oben zum Wortlaut und der inneren Systematik)¹⁴⁶², dass die Verjährung in Abs 6 *vor* der Verzichts- und Vergleichsbeschränkung geregelt ist. Zwar bezieht sich die Verjährungsbestimmung nach (heute) allgM¹⁴⁶³ auf alle Ansprüche aus § 25 GmbHG, weshalb – so die plausible Argumentation – dasselbe konsequenterweise auch für § 25 Abs 7 GmbHG angenommen werden müsste. Allerdings haben die Sitzungsprotokolle aus dem Jahr 1900 gezeigt, dass sich nach Ansicht der Entwurfsverfasser nicht nur die Dispositionsbeschränkungen, sondern auch die Verjährungsregelung ausschließlich auf den dritten Absatz beziehen sollte (arg: „*Abs. 3 bis Schluß*“).¹⁴⁶⁴ Die systematische (Zwischen-)Position der Verjährungsregel stützt die Annahme eines extensiven Anwendungsbereichs der Dispositionsbeschränkungen daher nur aus heutiger Sicht, nämlich bei Zugrundelegung der derzeitigen (zutr) Prämisse, dass die Verjährungsbestimmung des § 25 Abs 6 GmbHG *alle* Ansprüche aus § 25 GmbHG erfasst. Legt man indes die historische (wenngleich schon damals unzutr)¹⁴⁶⁵ Prämisse der Gesetzesverfasser (auf die es für das Normverständnis allein ankommen kann) zugrunde, wonach auch die Fünfjahresverjährung nur für § 25 Abs 3 GmbHG gilt, so sprechen die Stellung des § 25 Abs 6 GmbHG und die Bezugnahme des Abs 7 („*diese*“¹⁴⁶⁶ *Er-*

1461 S dazu schon Fn 1450.

1462 S 245 ff.

1463 S die Nw oben in Fn 1082.

1464 S oben Fn 1417.

1465 S schon oben Fn 1421.

1466 Der Konnex mit § 25 Abs 3 GmbHG lässt sich dagegen wohl nicht (unmittelbar) aus der Verwendung des Demonstrativpronomens „*diese*“ ableiten (vgl etwa S.-F. Kraus/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 25 Rz 34). Daraus folgt zwar (irgend)eine Bezugnahme auf bestimmte Ansprüche (arg „*diese Ersatzansprüche*“), allerdings steht die systematische Stellung des § 25 Abs 7 GmbHG im geltenden Recht einer direkten Bezugnahme auf § 25 Abs 3 GmbHG entgegen (s oben S 245 ff). Diese systematische Stellung spricht eher dafür, dass § 25 Abs 7 GmbHG auf „*[d]ie Ersatzansprüche*“ iSd § 25 Abs 6 GmbHG Bezug nimmt. Die Annahme, dass § 25 Abs 7 GmbHG gleichwohl eigentlich § 25 Abs 3 GmbHG meint, ließe sich halten, wenn § 25 Abs 7 GmbHG zB ursprünglich im Anschluss an § 25 Abs 3 GmbHG geregelt gewesen wäre und sich erst später irrtümlich an seinen heutigen Platz geschoben hätte. In der Tat folgte der heutige Abs 7 in den frühen GmbH-Entwürfen (damals *qua* Verweis auf das Gründungsrecht noch als umfas-

sendes Verzichts- und Vergleichsverbot) als vierter Absatz *unmittelbar* auf den dritten Absatz (vor der Angleichung an den Aktienentwurf und ähnlich wie § 43 Abs 3 dGmbHG). Erst später hat sich die Reihenfolge der heutigen Abs 5 bis 7 exakt umgekehrt (von „*Verzicht/Vergleich – Verjährung – Weisung*“ zu „*Weisung – Verjährung – Verzicht/Vergleich*“). Ursprünglich nahm der heutige § 25 Abs 7 GmbHG also mit dem Demonstrativpronomen „*diese*“ – zumindest begrifflich – tatsächlich auf die Ersatzansprüche des dritten Absatzes Bezug. Es ist aber fraglich, ob die Entwurfsverfasser diese äußerliche Bezugnahme auch beabsichtigten. Dagegen spricht, dass Verzichte und Vergleiche damals noch generell ausgeschlossen waren, und nicht wie heute nur zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger insoweit unwirksam sind, als der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist (s Fn 1376, 1780). Das für diese Regelung vorbildhafte Verzichts- und Vergleichsverbot des Aktienentwurfs bezog sich immerhin auf *alle* Ansprüche der Gesellschaft gegen die Vorstandsmitglieder. Dieser weitere Anwendungsbereich war auch sachgerecht, weil das Verzichts- und Vergleichsverbot nicht nur Gläubigerschutz bezweckte (vgl Denkschrift zum Aktienentwurf [ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420] wonach „*sonst die von dem Gesetze gewollte Haftung nur zu leicht [...] illusorisch gemacht werden könnte.*“), wie insb auch das Fehlen eines Widerspruchsrechts einer Minderheit zeigt (s Fn 797). Hätte sich das insoweit identische Verzichts- und Vergleichsverbot im GmbH-Entwurf demgü nur auf die Ersatzansprüche wegen Kapitalschutzverletzungen (vgl § 25 Abs 3 GmbHG) bezogen, wäre die Rechtsfolge insoweit überschießend gewesen. Es liegt daher der Verdacht nahe, dass die Entwurfsverfasser bei der Gestaltung der Dispositionsbeschränkungen im allg Haftungstatbestand (heute § 25 GmbHG) einfach die Diktion der gründungsrechtlichen Dispositionsbeschränkungen übernommen haben, ohne sich Gedanken über den Anwendungsbereich der jew Bestimmungen zu machen. Im Gründungsrecht (§ 10 Abs 6 GmbHG) war die gesetzliche Formulierung freilich stimmiger, denn dort gab es (ursprünglich) keine andere Haftungsanordnung als (heute) § 10 Abs 4 GmbHG, sodass sich nicht die Frage stellen konnte, welche Ersatzansprüche § 10 Abs 6 GmbHG erfasst. In den interministeriellen Beratungen des Jahres 1900 wurden die Verzichts- und Vergleichsverbote dann zwar auf (bloße) Dispositionsbeschränkungen zugunsten der Gesellschaftsgläubiger eingeschränkt (deren Formulierung [„*soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist*“] für eine Einschränkung auf den Kapitalschutz spricht [s oben bei Fn 1472]). Eine Bezugnahme der Dispositionsbeschränkungen auf den dritten Absatz wäre nach dieser Änderung zwar sachgerecht gewesen (weil es jetzt nur mehr um Gläubigerschutz ging), allerdings gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass die Redaktoren anlässlich der Einschränkung auf den Gläubigerschutz auch das verwendete Demonstrativpronomen „*neu bewertet*“ hätten. Außerdem hatte sich in der Zwischenzeit schon die Reihenfolge der Absätze geändert, weil die Beschränkung von Weisungsbeschlüssen (heute § 25 Abs 5 GmbHG) vorgezogen worden war, sodass die Verzichts- und Vergleichsbeschränkung nun gerade nicht mehr unmittelbar an den dritten Absatz anschloss (dazu oben S 350 ff). Nach den Beratungen wurde die allg Haftungsnorm im GmbH-Entwurf an die Parallelbestimmung des Aktienentwurfs angepasst. Diese wiederum wurde – offenbar nur wegen eines redaktionellen Versehens – an das Gründungsrecht des Aktienentwurfs angeglichen (dazu oben S 354 ff). Das hat dazu geführt, dass die Verzichts- und Vergleichsbeschränkung (heute § 25 Abs 7 GmbHG) mit der Verjährungsregelung (heute § 25 Abs 6 GmbHG) Plätze getauscht hat (vgl §§ 26 f des Aktienentwurfs idF Juli). Begrifflich bezieht sich § 25 Abs 7 GmbHG damit wie erwähnt tatsächlich auf § 25 Abs 6 GmbHG. Oben im Fließtext wurde schon ge-

satzansprüche“¹⁴⁶⁷) nicht gegen, sondern vielmehr für einen auf § 25 Abs 3 GmbHG eingeschränkten Anwendungsbereich des § 25 Abs 7 (und auch Abs 5) GmbHG.

Zwar kam es somit wegen des deckungsgleichen Anwendungsbereichs – wie schon bei der Umgestaltung des Aktienentwurfs – auch im GmbH-Entwurf wohl nicht entscheidend auf die Reihenfolge der Verjährungsregel und Dispositionsbeschränkungen an (sodass sich der Platzwechsel der Absätze insoweit ebenfalls nicht auswirken würde);¹⁴⁶⁸ das ändert aber nichts daran, dass der GmbH-Entwurf mit diesem Platzwechsel gerade an den Aktienentwurf angeglichen wurde, was *prima vista* wie erwähnt für eine umfassende Anwendung auch im GmbHG spricht. Das Problem besteht maW (bei gebotener Berücksichtigung der historischen Regelungsprämissen) nicht primär darin, dass die Verjährung vor der Dispositionsbeschränkung gem § 25 Abs 7 GmbHG geregelt ist, sondern vielmehr darin, dass das GmbHG mit dieser Normstruktur an den Aktienentwurf angeglichen worden ist, in dem sich das (zumindest äußerlich vergleichbare) Verzichts- und Vergleichsver-

sagt, dass sich nach der (freilich unzut) Ansicht der Ministerialvertreter auch die Verjährungsregelung nur auf den dritten Absatz bezog. Dasselbe müsste dann für § 25 Abs 7 GmbHG gelten. Auch daraus lässt sich aber wohl – wie in den Urentwürfen – kein *bewusster* Erklärungsgehalt des Wortes „diese“ ableiten. Denn der ursprünglich betonte Konnex (auch des Abs 6) mit Abs 3 dürfte den Redaktoren zu diesem Zeitpunkt selbst nicht mehr bewusst gewesen sein (s dazu weiter im Fließtext). Zusammenfassend lässt sich daher aus der Verwendung des Demonstrativpronomens in § 25 Abs 7 GmbHG wohl kein *bewusster* Zusammenhalt mit § 25 Abs 3 GmbHG ableiten.

1467 Entgegen dem möglichen Anschein bedeutet hingegen der Begriff „Ersatzansprüche“ wohl nicht zwingend eine Bezugnahme auf die Ersatzansprüche gem § 25 Abs 3 GmbHG („zum Ersatze verpflichtet“). Denn sowohl der österreichische als auch der deutsche Gesetzgeber verwenden diesen Begriff offenbar nicht exklusiv für Ersatzansprüche iSd § 25 Abs 3 GmbHG bzw § 43 Abs 3 dGmbHG, deren Besonderheit darin besteht, dass ein Schaden in Höhe des Vermögensabflusses gesetzlich (widerleglich) vermutet wird. Zuerst sprach schon § 9 dGmbHG (Stammfassung) bei der Dispositionsbeschränkung von „Ersatzansprüche[n]“ und bei der Verjährungsregelung von „Ansprüche[n]“; heute ist in § 9b dGmbHG auch bei der Verjährungsregelung von „Ersatzansprüche[n]“ die Rede. Dann sprachen (wohl durch das dGmbHG beeinflusst) auch die Ur-Entwürfe des öGmbHG bei der gründungsrechtlichen Dispositionsbeschränkung und Verjährungsregelung (§ 10 Abs 5 f GmbHG idgF) von „Ersatzansprüche[n]“. Dass es in § 10 Abs 6 GmbHG idgF nun „Ansprüche“ heißt, ist ein Resultat der Anpassung an den Aktienentwurf im Jahr 1901 (vgl § 30 Abs 2 idF Dezember 1900 [„Ansprüche“], wobei § 30 Abs 1 [Verjährung] auch von „Ansprüche[n]“ sprach). Auch § 10 Abs 6 meint aber die in § 10 Abs 5 genannten „Ersatzansprüche“ gem § 10 Abs 4 (arg: § 10 Abs 6 „hinsichtlich solcher Ansprüche“). Der Gesetzgeber verwendet den Begriff „Ersatzansprüche“ also soweit ersichtlich auch für „reguläre“ Schadenersatzansprüche (bei denen ein Schaden nicht gesetzlich vermutet wird). Anders und insoweit begrifflich differenzierend vielleicht noch das ältere Aktienrecht nach dem ADHGB 1884.

1468 Auch insoweit kann den Entwurfsverfassern aber immerhin vorgeworfen werden, dass sie (wie im Aktienentwurf [s Fn 1449]) den thematischen Zusammenhalt beider Dispositionsbeschränkungen aufgelöst haben (im GmbHG umso mehr, als auch Verzichte und Vergleiche nur zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger eingeschränkt sind).

bot auf *alle* Ansprüche erstreckt.¹⁴⁶⁹ Damit ist man wieder bei der (Ausgangs-)Frage angelangt, welche Schlüsse aus dieser Angleichung an den Aktienentwurf für das GmbHG zu ziehen sind.

Wie oben schon skizziert, liefern die Gesetzesmaterialien zu dieser Frage einen durchaus ambivalenten Befund: Die Erläuterungen aus 1902 sprechen tendenziell für einen umfassenden Anwendungsbereich, in die entgegengesetzte Richtung deuten jedoch das Fehlen jeglicher unmittelbarer Dokumentation eines solchen Willens im Zuge der Angleichung an den Aktienentwurf, weiters das oben zitierte Schreiben aus 1903 und schließlich die EBRV aus 1904. Nun kann es freilich nicht auf das (bloß) quantitative Überwiegen von Indizien ankommen. Ohne zusätzliche Annahmen lässt sich jedoch nicht beurteilen, welche dieser Aussagen richtig ist. In beiden Fällen müsste man dem Gesetzgeber einen Fehler unterstellen. Das deutet darauf hin, dass es eine „dritte“ Erklärung geben muss. Vielleicht ist nämlich keine der Aussagen richtig. Die (scheinbare) Widersprüchlichkeit der verschiedenen Materialienstellen deutet mE eher darauf hin, dass sich die Gesetzesverfasser im Anschluss an die Ministerialbeschlüsse des Jahres 1900 – insb bei der Angleichung des GmbH-Entwurfs an den Aktienentwurf – offenbar schlicht keine Gedanken über den Anwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen (und der Verjährungsnorm) mehr gemacht haben. Vielmehr nahmen sie bei den Erläuterungen von Änderungen und beim Vergleich mit (Vorbild-)Bestimmungen offenbar nur noch Bedacht auf das *Vorhandensein* und den *Inhalt* einzelner Absätze – nicht auf deren Anwendungsbereich. So thematisieren die Erläuterungen aus 1902 die Beweislastumkehr und die Einschränkung des Verfügungsverbots auf die Gläubigerinteressen; das Schreiben aus 1903 nennt die Streichung eines Absatzes; und die EBRV aus 1904 heben § 25 Abs 4 GmbHG hervor. Die bloße Verschiebung von Absätzen und stilistische Anpassungen konnten dabei wohl unberücksichtigt bleiben. Dieser (neue) Befund zu den Gesetzesmaterialien nach 1900 bedeutet natürlich auch, dass entgegen der bisherigen (verbreiteten) Einschätzung auch die EBRV 1904 für die Frage des Anwendungsbereichs der Dispositionsbeschränkungen (auch iZm § 25 Abs 5 GmbHG)¹⁴⁷⁰ geringen argumentativen Wert haben dürften. Es ließe sich nämlich nicht begründen, wieso gerade nur die (scheinbar entgegengesetzten) Erläuterungen aus 1902 fehlerhaft sein sollten. Die oben genannten Materialienstellen lassen sich nach diesem Verständnis somit plausibel erklären und miteinander in Einklang bringen: Sie sind weder richtig noch falsch, sondern thematisieren die hier untersuchte Frage nach dem Anwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen schlicht nicht. Hat man dies erkannt, lassen sich aus den genannten Mat keine Rückschlüsse für die untersuchte Frage ziehen. Damit rücken (wieder) die Minis-

1469 Vgl zur (insoweit ähnlichen) vorherigen Angleichung des GmbH-Entwurfs an den Aktienentwurf nach den Sitzungsbeschlüssen von 1900 oben S 350 ff bei Fn 1440.

1470 Dazu sogleich unten S 366 ff.

terialbeschlüsse aus 1900 in den Fokus, weil die Frage nach dem Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG in den Beratungen das letzte Mal ausdrücklich thematisiert und beantwortet worden ist. Demnach sollen die Dispositionsbeschränkungen (und die Verjährungsnorm) sich nur auf den dritten Absatz der Haftungsnorm, dh auf die im Gläubigerinteresse qualifizierten Ersatzansprüche des heutigen § 25 Abs 3 GmbHG beziehen. Anders als bei § 25 Abs 5 GmbHG könnte allenfalls fraglich sein, ob der Ministerialbeschluss, „*Abs. 3 bis Schluß in einem Absatz zusammenzufassen*“, weil „*der letzte Absatz [sc heute § 25 Abs 5 GmbHG] schon der Terminologie nach (‘Ersatz’) nur zu Abs. 3 u. s. w., nicht auch zu Abs. 1 u. 2 gehöre*“, ¹⁴⁷¹ tatsächlich auch die Verzichts- und Vergleichsbeschränkung (heute § 25 Abs 7 GmbHG) umfassen sollte (nicht etwa nur deshalb, weil sie systematisch vor dem heutigen § 25 Abs 5 GmbHG geregelt und daher formal mitumfasst war). Dafür spricht, dass die Verzichts- und Vergleichsbeschränkung in dem – zu diesem Zeitpunkt tatsächlich noch vorbildhaften – § 43 dGmbHG offenkundig auf den dritten Absatz beschränkt war. Außerdem beschlossen die Ministerialvertreter gleich im Anschluss an die geplante Zusammenfassung der „*Abs. 3 bis Schluß in einem Absatz*“ für die (gründungsrechtliche) Verzichts- und Vergleichsbeschränkung dieselbe Formulierung wie für § 25 Abs 5 GmbHG („*soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist*“) – und gerade diese Formulierung erachteten sie immerhin als maßgebend für die Bezugnahme des heutigen § 25 Abs 5 GmbHG auf den dritten Absatz (arg: „*schon der Terminologie nach (‘Ersatz’)*“).¹⁴⁷² Deswegen ist mE davon auszugehen, dass die Ministerialvertreter auch § 25 Abs 7 GmbHG bewusst auf § 25 Abs 3 GmbHG angewendet wissen wollten. Diese grundlegende Entscheidung der Ministerialvertreter wurde in der weiteren legistischen Entwicklung zwar nicht mehr ausdrücklich bestätigt, aber eben auch nicht widerrufen oder abgeändert. Vielmehr wurde sie wie gesagt wohl gar nicht mehr thematisiert. Dann muss es aber (im Zweifel) dabei bleiben, was ausweislich der Sitzungsprotokolle beschlossen worden war. Umso mehr, als die Verzichts- und Vergleichsbeschränkung (§ 25 Abs 7 GmbHG) wegen der identischen Gläubigerschutzimplikation sachgerechterweise mit § 25 Abs 5 GmbHG tatbestandsmäßig gleichlaufen muss,¹⁴⁷³ und dem Gesetzgeber ohne gegenteilige Anhaltspunkte nicht die Anordnung einer (objektiv) unsachgerechten Norm unterstellt werden darf. Soweit es „nur“ um die Beschränkung und nicht den gänzlichen Ausschluss von Gesellschaftsdispositionen zum Schutz der Gläubiger geht, schränkte wie

1471 Berathungs-Protokolle der Vertreter der beteiligten Ministerien zum Entwurfe eines Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 3. Sitzung, 14. November 1900, ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 872 f.

1472 S schon Fn 1420.

1473 Jedenfalls kann § 25 Abs 7 GmbHG nicht weiter reichen als § 25 Abs 5 GmbHG (s oben Fn 1087).

erwähnt immerhin auch der Aktienentwurf die Dispositionsbeschränkung für Weisungsbeschlüsse (§ 41 Abs 4; entspricht funktional § 25 Abs 5 GmbHG) auf die qualifizierten Haftungstatbestände des § 41 Abs 3 ein, denen § 25 Abs 3 GmbHG funktional entspricht.

Resümierend kann daher festgehalten werden, dass auch die heutige Stellung der Verjährungsregel (§ 25 Abs 6 GmbHG idgF) zwischen den beiden Dispositionsbeschränkungen (§ 25 Abs 5 und 7 GmbHG) das Resultat einer Anpassung des GmbH-Entwurfs an den Aktienentwurf ist. Dieser wiederum wurde insoweit an die gründungsrechtliche Normstruktur angepasst, was jedoch angesichts des zugrunde liegenden Ministerialbeschlusses, der offenbar nur auf eine Änderung der Rechtstechnik (Ausformulierung statt Verweise) gezielt hatte, als Redaktionsversehen einzustufen ist. Eine materiale Änderung durch die Rochade der heutigen Abs 6 und 7 war jedoch nicht beabsichtigt. Dafür scheinen zwar *e contrario* die Erläuterungen zum Entwurf aus Juni 1900 zu sprechen, andere Materialienstellen deuten aber in die entgegengesetzte Richtung. Insgesamt liegt deswegen der Schluss näher, dass die Gesetzesverfasser sich im Anschluss an die Ministerialberatungen keine Gedanken mehr über den Anwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen (und der Verjährungsregelung) machten, sondern nur den (übrigen) Inhalt der einzelnen Absätze im Auge hatten (so wohl auch in den EBRV aus 1904). Damit gewinnt der Umstand an Bedeutung, dass es in der Entstehungsgeschichte des § 25 GmbHG keine Anhaltspunkte für eine beabsichtigte Erweiterung des Anwendungsbereichs (die allerdings grundlegend gewesen wäre) gibt und dass außerdem unter objektiv-teleologischen Gesichtspunkten die Verzichts- und Vergleichsbeschränkung – weil sie wie § 25 Abs 5 GmbHG den Umfang des gesetzlichen Gläubigerschutzes implizit absteckt – sachgerechterweise nicht weiter reichen kann als § 25 Abs 5 GmbHG.

e. Zur Stellung der Haftungsanordnung für Insichgeschäfte (Abs 4) zwischen den Dispositionsbeschränkungen und Abs 3

Die Haftung für Insichgeschäfte des Geschäftsführers war zwar nicht in der Generalhaftungsnorm des Aktienentwurfs (für Vorstandsmitglieder) enthalten, auch sie hat ihren Ursprung gleichwohl im Aktienentwurf. Dort war sie nämlich in § 33 (idF Juli 1900) und § 36 (idF Dezember 1900) geregelt. Auf Antrag von *Franz Klein* wurde diese Bestimmung auch in den GmbH-Entwurf übernommen,¹⁴⁷⁴ allerdings auch hier (vorerst) nicht in den allge-

1474 Vgl. Berathungs-Protokolle der Vertreter der beteiligten Ministerien zum Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 865. *Klein* stellte zu § 6 (entspricht § 10 GmbHG idgF) den Antrag, „auch seinerzeit auf eine dem A.E. [sic Aktienentwurf] entsprechende Bestimmung bezüglich der Geschäfte der Geschäftsführer mit der Gesellschaft (Abs. 3!) Bedacht zu nehmen“. Später hob *Klein* noch hervor, „daß § 10 eben die geeignete Stelle wäre, um die dem A.E. zu entlehnende Be-

meinen Haftungstatbestand für Geschäftsführer (damals § 24). Vielmehr befand sie sich im Entwurf aus dem Juni 1902 noch in § 19 Abs 2.¹⁴⁷⁵ Demgemäß war die Beschränkung der Haftungsfreistellung durch Weisungsbeschluss (heute § 25 Abs 5 GmbHG) zu diesem Zeitpunkt noch unmittelbar nach § 24 Abs 3 als vierter Absatz angeordnet.¹⁴⁷⁶

Obwohl der Entwurf aus Juni 1902 wie erwähnt bereits das Resultat einer (erneuten) Revision war, die das Ziel hatte, die zwischenzeitigen Änderungen des Aktienentwurfs nachzutragen, konnte auch dieser Entwurf noch nicht als Gesetzesentwurf eingebracht werden. Grund für die weitere Verzögerung war die wirtschaftliche Krise im Deutschen Reich, deren Auswirkungen auf die neue Rechtsform (konkret: ihre Insolvenzanfälligkeit) abgewartet und beobachtet werden sollten.¹⁴⁷⁷ Im November 1903 zeichnete sich jedoch ab, dass die GmbH im Vergleich zur AG und Genossenschaft „[d]en geringsten Grad zu Besorgnissen“ bot.¹⁴⁷⁸ Da der Einbringung des GmbH-Gesetzesentwurfs zur parlamentarischen Behandlung somit zum einen nichts mehr entgegenstand (anders beim AG- und Genossenschaftsentwurf), und zum anderen von Seiten der Industrie die Zulassung der Rechtsform „GmbH“ gefordert worden war, fuhren die Redaktoren mit ihrer Arbeit fort; von nun an aber nicht mehr im Rahmen der bislang geplanten großen Gesellschaftsrechtsreform, sondern losgelöst vom Aktien- und Genossenschaftsentwurf.¹⁴⁷⁹ Zu diesem Zweck sollte der Entwurf aus dem Juni 1902 erneut einer Beratung auf Ministerialebene unterzogen werden.¹⁴⁸⁰ Die nachfolgenden Änderungen – insb die hier untersuchte Implementierung des § 25 Abs 4 GmbHG – waren daher im Gegensatz zu den vorher erläuterten redaktionellen Änderungen nicht (mehr) Anpassungen an den Aktienent-

stimmung über Geschäfte der Geschäftsführer mit der Gesellschaft anzubringen“. Dies nahm der Referent, *August von Pitreich*, zur Kenntnis (Berathungs-Protokolle aaO Fol 870). Vgl dazu auch *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 100.

1475 Entwurf Juni 1902 (ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg II und P 111–125, Karton 885). Vgl zur allg Entwicklung der Regelung *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 100.

1476 Entwurf Juni 1902 samt Erläuternden Bemerkungen ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg II und P 111–125, Karton 885 (S 9 f).

1477 Vgl das Schreiben des Justizministeriums an die übrigen beteiligten Ministerien vom 20. November 1903 (ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 819 ff [S 1 ff des Schreibens]); vgl auch *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 61 mwN; EBRV 236 BlgHH 17. Session 50 aE.

1478 Vgl Sätze 2 f des Schreibens des Justizministeriums (Fn 1477); vgl auch *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 61 mwN.

1479 Vgl S 3 des Schreibens des Justizministeriums (Fn 1477); vgl auch *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 61 f.

1480 Vgl *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 62. Auch diesen Beratungen saß *Franz Klein* vor. Referent war wieder *August von Pitreich*. Auch die Vertreter der beteiligten Ministerien waren dieselben wie in den Beratungen Ende 1900.

wurf, sondern eigenständige Umgestaltungen, die kein unmittelbares Regelungsvorbild hatten.

Als in den Ministerialberatungen – in der Sitzung vom 5. November 1903 – die Anordnung des § 19 behandelt wurde,¹⁴⁸¹ beantragte der Vertreter des Innenministeriums, *Guido von Haerdtl*, zunächst die Streichung des Abs 2 betreffend die Haftung der Geschäftsführer für Insichgeschäfte. Als Grund dafür gab er an, dass diese Bestimmung „durch § 24 Abs. 1 genügend gedeckt sei“.¹⁴⁸² *Franz Klein* erwiderte mit dem Gegenvorschlag, „den § 19 Abs. 2 in § 24 zu verlegen und ihn dadurch zu einer lediglich internen Vorschrift für das Verhältnis der Gesellschafter untereinander zu gestalten.“¹⁴⁸³ Diesen (Gegen-)Antrag nahmen die Ministerialvertreter schließlich an. Aus den Protokollen geht jedoch (soweit ersichtlich) nicht hervor, an *welche* Stelle in § 24 die Haftung für Insichgeschäfte genau „verlegt“ werden sollte. Der nachfolgende Entwurf aus Dezember 1903¹⁴⁸⁴ macht aber ersichtlich, dass der vormalige § 19 Abs 2 unmittelbar nach § 24 Abs 3 als neuer vierter Absatz eingefügt worden war (heute daher § 25 Abs 4 GmbHG).

An dieser systematischen Position scheint die Anordnung, wie anfangs schon angesprochen, ein extensives Verständnis der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG zu fördern. Denn der vierte Absatz über die Haftung für Insichgeschäfte gehört inhaltlich zu § 25 Abs 1 und 2 GmbHG. Seine Rechtsfolge ergibt sich nämlich, wie auch die Ministerialvertreter erkannten (und weshalb sogar die Streichung der Anordnung beantragt wurde; arg: „durch § 24 Abs. 1 genügend gedeckt sei“), schon aus dem allgemeinen Sorgfaltsmaßstab gem § 25 Abs 1 GmbHG und aus der Haftungsgeneralklausel des § 25 Abs 2 GmbHG. Dementsprechend nannte *Franz Klein* die Vorschrift eine „lediglich intern[e] Vorschrift für das Verhältnis der Gesellschafter untereinander“.¹⁴⁸⁵ Es handelt sich also recht besehen um eine (deklarative) Exemplifikation der § 25 Abs 1 f GmbHG,¹⁴⁸⁶ die – anders als § 25 Abs 3 GmbHG – mit Gläubigerinteressen nichts zu tun hat. Die inhaltliche Verwurzelung in § 25 Abs 1 f GmbHG

1481 Beratungsprotokolle der 2. Sitzung (1903), ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 820 (821).

1482 Vgl Beratungsprotokolle der 2. Sitzung (1903), Sitzung vom 5. November 1903, ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 821.

1483 Beratungsprotokolle der 2. Sitzung (1903), Sitzung vom 5. November 1903, ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 821 (Hervorhebung durch den Verf). Referierend bereits *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (92 Fn 93).

1484 ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg II und P 111–125, Karton 885.

1485 Beratungsprotokolle der 2. Sitzung (1903), Sitzung vom 5. November 1903, ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 821.

1486 Vgl auch EBRV 236 BlgHH 17. Session 66, wonach, wenn mehrere Geschäftsführer oder ein Aufsichtsrat bestehen, „füglich in der unterlassenen Einholung ihrer Zustimmung unter allen Umständen mangelnde Sorgfalt erblickt werden kann [kann]“. Die Bestimmung hätte mE etwa als Verhaltenspflicht nach Abs 1 oder als (eigenständige) Haftungsanordnung nach Abs 2 eingefügt werden können.

indiziert wie gesagt auf den ersten Blick bei systematisch-logischer Betrachtung, dass die (nachfolgenden) Dispositionsbeschränkungen sich zumindest *auch* auf den vorangehenden vierten Absatz beziehen müssen – und damit wertungsmäßig konsequent auf *alle* Ansprüche gem § 25 Abs 2 GmbHG.¹⁴⁸⁷ Eingangs habe ich aber schon darauf hingewiesen, dass sich aus der systematischen Stellung des § 25 Abs 4 GmbHG bei näherem Hinsehen keine Schlüsse ziehen lassen, weil diese Bestimmung als argumentativer Angelpunkt offensichtlich *selbst* „disloziert“ ist, gehört sie doch als allgemeine Sorgfalts- pflichtverletzung (ohne Gläubigerbezug) zu Abs 2 und nicht zu Abs 3. Wäre die Haftung für Inesichgeschäfte demgemäß (logisch korrekt) *in* oder unmittelbar *nach* § 25 Abs 2 GmbHG geregelt, würde nicht nur der terminologische und systematische Zusammenhang zwischen der Dispositionsbeschränkung des (heutigen) § 25 Abs 5 GmbHG und § 25 Abs 3 GmbHG allgemein für ein eingeschränktes Normverständnis sprechen, sondern die Normstruktur hätte auch (weiterhin) der bis dahin unmittelbar vorbildhaften Vorstandshaftung des Aktienentwurfs entsprochen, in dem sich die vergleichbare Dispositionsbeschränkung für Weisungsbeschlüsse (§ 41 Abs 4) nur auf die im Gläubigerinteresse qualifizierte Ersatzpflicht (§ 41 Abs 3) bezogen hatte. Vor diesem Hintergrund habe ich oben bereits angedeutet, dass den Gesetzesverfassern bei der Platzierung des § 25 Abs 4 GmbHG ein Versehen unterlaufen sein dürfte.

Diese Vermutung wird durch die soeben skizzierte Gesetzesentwicklung nun bestätigt. Die Legisten dachten bei § 25 Abs 4 GmbHG nämlich offenbar an eine bloße Klarstellung (arg: „*lediglich intern[e] Vorschrift*“), nicht an einen tiefgreifenden Umbau des Gläubigerschutzsystems, den die tatbestandsmäßige Ausdehnung der Dispositionsbeschränkungen richtig besehen aber bewirkt hätte (was eine entsprechende Erläuterung erwarten hätte lassen). Zwar ist (so weit ersichtlich) nicht dokumentiert, *warum* die Haftungsanordnung gerade als vierter Absatz eingefügt wurde, die Beratungen zu dieser Bestimmung lassen aber – wie auch schon zu § 25 Abs 7 GmbHG im Anschluss an die Beratungen von 1900 festgestellt – darauf schließen, dass die Ministerialvertreter den Anwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen im Allgemeinen und ihren Konnex mit Abs 3 im Besonderen (kaum verwunderlich) auch bei der Revision im Jahr 1903 nicht mehr im Blick hatten. Bei der „Transplantation“ des § 19 Abs 2 in § 24 scheint es ausweislich der Beratungsdokumentation nur um *diese*, nicht um die umliegenden Anordnungen (insb die Dispositionsbeschränkungen) gegangen zu sein, weshalb wohl auch mögliche Implikationen nicht berücksichtigt werden konnten. Zu bedenken ist auch, dass seit den interministeriellen Beratungen Ende des Jahres 1900 immerhin schon etwa drei Jahre vergangen waren. Da die ursprünglich beschlossene Zusammenfassung der Dispositionsbeschränkungen (samt Verjährungsregel) in Abs 3 nicht

¹⁴⁸⁷ IdS schon *Skerlj*, GmbHG² (1909) § 25 Anm 13 (S 35). S dazu schon oben bei Fn 1078.

umgesetzt worden war, konnte der (in den Beratungen von 1900 noch hervor gehobene) Konnex den Legisten auch nicht unmittelbar aus dem Entwurfstext ersichtlich sein. Letztlich hat also wohl – auf geradezu ironische Weise – die Aufgliederung in mehrere Absätze (nach dem Vorbild des Aktienentwurfs und in Abkehr vom dGmbHG) genau jene Irrtümer herbeigeführt oder zumindest begünstigt, die die Ministerialvertreter durch die ursprünglich geplante Konsolidierung der genannten Anordnungen im dritten Absatz gerade vermeiden wollten (arg: „zur Vermeidung von Irrtümern empfehlenswert [...], Abs. 3 bis Schluß in einem Absatz zusammenzufassen“)¹⁴⁸⁸. Obwohl eine materiale Änderung durch den Einschub des heutigen § 25 Abs 4 GmbHG somit nicht beabsichtigt war, wurde dadurch die eigentliche Zusammengehörigkeit der Dispositionsbeschränkungen mit der im Gläubigerinteresse qualifizierten Ersatzpflicht gem § 25 Abs 3 GmbHG endgültig verdunkelt.

Zusammenfassend sprechen mE die besseren Gründe dafür, dass sich die Gesetzesverfasser bei der Schaffung des § 25 Abs 4 GmbHG schlicht keine Gedanken über die Implikationen der Normstruktur für die Dispositionsbeschränkungen machten. Oben wurde zu § 25 Abs 7 GmbHG schon ausgeführt,¹⁴⁸⁹ dass wegen der Nichtberücksichtigung des Anwendungs bereichs im Anschluss and die Sitzungen Ende 1900 auch die (impliziten) Aussagen der Erläuterungen zum Entwurf aus 1902, des Schreibens aus 1903 und der EBRV aus 1904 – die durchwegs für eine Einschränkung des § 25 Abs 5 GmbHG sprechen – wohl (doch) nicht argumentativ belastbar sind. Maßgebender Anhaltspunkt für die Auslegung sind daher (auch bei § 25 Abs 5 GmbHG) die Sitzungsbeschlüsse aus 1900, denen zufolge „der letzte Absatz [sc heute § 25 Abs 5 GmbHG] schon der Terminologie nach („Ersatz“) nur zu Abs. 3 u. s. w., nicht auch zu Abs. 1 u. 2 gehöre“.¹⁴⁹⁰ Daran änderte wie erwähnt¹⁴⁹¹ auch die anschließende Angleichung an den Aktienentwurf nichts, zumal sich (anders als auf den ersten Blick bei § 25 Abs 7 GmbHG der Fall) auch die entsprechende vorbildhafte Dispositionsbeschränkung im Aktienentwurf (§ 41 Abs 4) nur auf die qualifizierten Haftungstatbestände des § 41 Abs 3 bezogen hatte. Und da – wie nun gezeigt – an dieser Rechtslage auch § 25 Abs 4 GmbHG nichts geändert hatte, und auch sonst keine Anhaltspunkte für einen Änderungswillen in Sicht sind, standen (und stehen) die Dispositionsbeschränkungen insoweit (weiterhin) im Einklang mit § 43 dGmbHG

1488 Beratungs-Protokolle der Vertreter der beteiligten Ministerien zum Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 3. Sitzung, 14. November 1900, ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 872 f.

1489 S oben bei Fn 1470.

1490 Beratungs-Protokolle der Vertreter der beteiligten Ministerien zum Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 3. Sitzung, 14. November 1900, ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 872 f. S schon oben bei Fn 1417.

1491 S oben insb bei Fn 1439.

(und dem Aktienentwurf). Die systematische Stellung des § 25 Abs 4 GmbHG beruht demgemäß insoweit auf einem gesetzgeberischen Versehen.¹⁴⁹² Heute kommt der Zusammenhang zwischen § 25 Abs 5 GmbHG und § 25 Abs 3 GmbHG (wie im Aktienentwurf) nur noch begrifflich darin zum Ausdruck, dass beide Bestimmungen vom „Ersatz“ sprechen,¹⁴⁹³ womit – wie schon die Ministerialvertreter im Jahre 1900 erkannt hatten¹⁴⁹⁴ – der Ersatz

1492 So bereits *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (92 Fn 93); zust *Rüffler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 13 (26); *Artmann/Rüffler*, GesR² Rz 967. Abl etwa *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 495 (insb Fn 2841), der zwar auf die Ausführungen von *U. Torggler* (JBl 2006, 85 [92]) hinweist, aber dennoch iE der hM beipflichtet, weil eine „Beschränkung“ auf Pflichten im Zusammenhang mit der Kapitalerhaltung in § 25 Abs 3 GmbHG weder in § 25 Abs 5 GmbHG noch § 25 Abs 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG enthalten sei und sich eine solche auch nicht aus der Gesetzessystematik ergebe. Damit beschränkt sich freilich (auch) *Haberer* letztlich auf eine bloße Auslegung des Wortlauts und der Gesetzessystematik (s idZ auch die Nw in Fn 1338).

1493 So auch bereits *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (92 Fn 93). S auch zum Aktienentwurf idF Dezember 1900 oben bei Fn 1383 und allg iZm der Wortlautauslegung oben Fn 1072. Von „Ersatz“ sprach das Gesetz historisch (zB schon im ADHGB 1861) nicht nur, wenn es den Ersatz geleisteter Zahlungen (also eine Schadensvermutung) meinte, sondern allg im Zusammenhang mit Schadenersatzansprüchen (iSv „Ersatz“ des entstandenen Schadens). Dagegen scheint der Begriff „Ersatzansprüche“ ursprünglich primär im Zusammenhang mit dem Kapitalschutz verwendet worden zu sein (vgl aber zB § 325 dHGB 1897); heute wird dieser Begriff dagegen offenbar allgemeiner benutzt (dh auch für „reguläre“ Schadenersatzansprüche; vgl nur § 10 Abs 5 GmbHG; § 9a f dGmbHG). Demgemäß spricht der Begriff „Ersatz“ in § 25 Abs 7 GmbHG allein zwar nicht bei isolierter Betrachtung für eine exklusive Bezugnahme auf § 25 Abs 3 GmbHG, aber sehr wohl im Kontext des § 25 Abs 3 GmbHG, der (ebenfalls) vom „Ersatze“ spricht, woran § 25 Abs 7 GmbHG offensichtlich (mangels eines alternativen Bezugspunkts) anknüpft. Insoweit war übrigens die Übernahme der Formulierung „soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist“ vom (heutigen) § 25 Abs 5 GmbHG in den (heutigen) § 10 Abs 6 GmbHG zumindest begrifflich unpräzise (vgl auch § 9b Abs 1 Satz 1 dGmbHG; zu der Einschränkung der gründungsrechtlichen Dispositionsbeschränkungen auf das Gläubigerinteresse s oben Fn 1376 und unten Fn 1780). Denn § 10 Abs 6 GmbHG spricht (anders jedoch § 9a dGmbHG) sonst nirgends vom Ersatz (des entstandenen Schadens), sondern davon, dass das Kreditinstitut oder der Notar der Gesellschaft „verantwortlich“ ist (§ 10 Abs 3 Satz 3 Hs 1 GmbHG) und die Geschäftsführer der Gesellschaft „haften“ (§ 10 Abs 4 GmbHG). Deshalb fehlt dem Wort „Ersatz“ in § 10 GmbHG – anders als in § 25 GmbHG – gerade der begriffliche Anknüpfungspunkt (was dort freilich insofern weniger bedeutsam ist, als ohnehin „nur“ die Haftung des Geschäftsführers gem § 10 Abs 4 GmbHG geregelt ist, sodass sich nicht wie bei § 25 GmbHG die Frage stellt, auf welche Ersatzansprüche die Dispositionsbeschränkungen Bezug nehmen).

1494 Berathungs-Protokolle der Vertreter der beteiligten Ministerien zum Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 3. Sitzung, 14. November 1900, ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 872 f (arg: „daß der letzte Absatz schon der Terminologie nach („Ersatz“) nur zu Abs. 3 u. s. w., nicht auch zu Abs. 1 u. 2 gehöre“).

des abgeflossenen Gesellschaftsvermögens gem § 25 Abs 3 GmbHG gemeint ist (arg: § 25 Abs 3 GmbHG: „*Inbesondere sind sie zum Ersatze verpflichtet*“).

f. Fazit und abschließende Würdigung

Die untersuchte Auslegungsfrage, auf welche Ansprüche die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG sich beziehen, bietet einen weiten Interpretationsspielraum. Sie bildet auch ein anschauliches Beispiel für angewandte Methodenlehre im Gesellschaftsrecht, weil das Ergebnis je nach Auslegungsmaterial und Nachschautiefe verschieden ausfällt. Bei unbefangener, oberflächlicher Betrachtung scheinen die offene Formulierung und die systematische Stellung der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG recht eindeutig für die Anwendung der Dispositionsbeschränkungen auf *alle* Ansprüche aus § 25 GmbHG zu sprechen. Bezieht man auch den Textzusammenhang ein, scheint sich dieser Eindruck zu verfestigen, denn immerhin wurzelt die Haftung für Inschlaggeschäfte gem Abs 4 inhaltlich in Abs 2 und die Verjährungsregel des Abs 6 bezieht sich unstrittig auf alle Ansprüche (Abs 2), was gleichermaßen dafür spricht, dass derselbe Anwendungsbereich auch für die Dispositionsbeschränkungen in Abs 5 und 7 gelten müsse. Vertieft man allerdings die Betrachtung noch weiter und bedenkt auch (implizite) methodologische Prämissen, spricht Abs 4 tendenziell für ein restriktives Verständnis, weil bei logisch stringenter Positionierung des Haftungstatbestands für Inschlaggeschäfte, nämlich in (oder zumindest unmittelbar nach) Abs 2, ein terminologischer und systematischer Konnex zwischen Abs 3 und Abs 5 bestünde, der eher für eine auf Abs 3 eingeschränkte Anwendung spräche. Dagegen deuten bei § 25 Abs 7 GmbHG die Terminologie („*Ersatzansprüche*“) und die systematische Stellung im Anschluss an die Verjährungsregel (§ 25 Abs 6 GmbHG) eher darauf hin, dass sich die Verzihts- und Vergleichsbeschränkung (ebenfalls) auf alle Ansprüche aus § 25 GmbHG erstreckt. Allerdings mahnt vor übereilten Schlüssen die Tatsache, dass die „Zwischenstellung“ der Verjährungsregelung in keinem Fall Sinn ergibt und man außerdem annehmen müsste, dass die Dispositionsbeschränkungen trotz derselben teleologischen Implikation unterschiedliche Anwendungsbereiche haben.

Da der Gesetzeswortlaut und die innere Systematik des § 25 GmbHG somit nicht weiterführen, ist unmittelbar (subjektiv-historisch) nach der Absicht des Gesetzgebers weiterzuforschen. Die einschlägige Aussage der EBRV ist jedoch vage: die Vorschriften über die Geschäftsführerhaftung würden sich an die deutschen Normen anschließen. Dazu scheint freilich nicht zu passen, dass § 25 öGmbHG gerade *in puncto* Dispositionsbeschränkungen von seinem angeblichen Regelungsvorbild (§ 43 dGmbHG) jedenfalls formal signifikant abweicht. Bei genauerer Betrachtung erklären sich diese Abweichungen aber dadurch, dass das öGmbHG ursprünglich dem (nie in Kraft getretenen) österreichischen Aktienentwurf nachgebildet worden war. Dementsprechend nennen die Erläuterungen zu einem Entwurf aus dem Juni 1902 noch den Aktienent-

wurf als Regelungsvorbild, dem der GmbH-Entwurf (wenigstens in Bezug auf die Dispositionsbeschränkungen) entspreche.

Die von den EBRV „verschwiegene“ ursprüngliche Abstammung des öGmbHG erklärt zwar dessen äußerliche Abweichungen vom dGmbHG, wirft aber zugleich mit Blick auf das vorliegende Auslegungsproblem neue Fragen auf, bspw, welchen Anwendungsbereich die entsprechenden Dispositionsbeschränkungen im Aktienentwurf hatten. Was § 25 Abs 5 GmbHG betrifft, spricht die aktienrechtliche Abstammung des öGmbHG für einen eingeschränkten Anwendungsbereich, weil die Vorbildbestimmung des Aktienentwurfs sich ebenfalls nur auf die im Gläubigerinteresse qualifizierten Ersatzansprüche bezog. Anders als § 43 dGmbHG stellte der Aktienentwurf (und in der Folge zunächst auch § 25 GmbHG; zu § 25 Abs 4 GmbHG aber sogleich) den Konnex nicht durch die Aufnahme der Dispositionsbeschränkungen in den jeweils dritten Absatz her, sondern (nur, aber immerhin) durch deren unmittelbar nachfolgende Anordnung als vierten Absatz. Bei § 25 Abs 7 GmbHG spricht hingegen (scheinbar) schon die Abstammung vom Aktienentwurf für eine extensive Anwendung auf alle Ersatzansprüche. Denn insoweit entspricht das GmbHG formal dem Verzichts- und Vergleichsverbot des Aktienentwurfs, das sich allerdings (da es nicht nur die Gesellschaftsgläubiger schützte) auf alle Ersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder bezog und ebenfalls erst nach der Verjährung geregelt war. Dass Gleiches für die (bloße) Beschränkung von Verzichten und Vergleichen zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger im GmbH-Entwurf gelten sollte, kann aber bezweifelt werden, weil insofern vielmehr ein tatbestandsmäßiger Gleichlauf mit § 25 GmbHG sachgerecht gewesen wäre (und ist). Andererseits erklären aber die Erläuterungen aus 1902 (wenngleich nur indirekt), dass der GmbH-Entwurf in diesem Punkt mit dem Aktienentwurf übereinstimmt. Vertieft man die historische Untersuchung zur Klärung dieser Fragen, stößt man auf die Ministerialberatungen des Jahres 1900, in denen beschlossen wurde, die heutigen Absätze 5 bis 7 (ähnlich wie in § 43 dGmbHG) zur Vermeidung von Irrtümern im dritten Absatz zusammenzufassen. Das geschah offenbar nur deshalb nicht, weil der GmbH-Entwurf in der Folge an den Aktienentwurf angeglichen wurde. Dazu gehörte auch die Umstellung der Absatzfolge, durch die sich die Verjährungsregel zwischen die Dispositionsbeschränkungen schob. Grund dafür war wiederum, dass die (vorbildhafte) allgemeine Vorstandshaftung im Aktienentwurf zwischenzeitlich – allerdings wohl infolge eines Redaktionsversehens – an die gründungsrechtliche Normstruktur angeglichen worden war. Eine materiale Änderung des Aktien- oder GmbH-Entwurfs war damit allerdings nicht beabsichtigt. Ebenso wenig sollte durch die Einfügung des (nach Ansicht der Legisten bloß deklarativen) § 25 Abs 4 GmbHG eine Änderung bewirkt werden. Vielmehr deutet die legistische Entwicklung darauf hin, dass die Entwurfsverfasser im Anschluss an die ministeriellen Beratungen Ende 1900 nicht mehr an den Anwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen gedacht haben, weshalb wohl auch die einschlägigen Aussagen in den verschiedenen Materialienstellen nicht miteinander in Einklang zu bringen sind. Da sich bei genauerem Hinsehen

somit auch die EBRV aus 1904, die immerhin den ersten Anhaltspunkt der subjektiv-historischen Interpretation bildeten, als unzuverlässige Erkenntnisquelle erweisen, kommt letztlich den Ministerialbeschlüssen aus dem Jahr 1900 eine Schlüsselrolle bei der Beantwortung der vorliegenden Auslegungsfrage zu. Diese Materialienstelle spricht wie erwähnt eindeutig dafür, dass sich die Dispositionsbeschränkungen der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG (sowie nach damaliger – indes unzutreffend – Vorstellung auch die Verjährungsregel) ausschließlich auf § 25 Abs 3 GmbHG beziehen (insoweit wie in § 43 dGmbHG). Ein anschließender Änderungswille ist nicht erkennbar. Dass die Gesetzesverfasser den GmbH-Entwurf (insb § 25 GmbHG zur Geschäftsführerhaftung) nach der Entkopplung vom Aktienentwurf nicht (wieder) formal an § 43 dGmbHG, der immerhin ursprünglich als Regelungsvorbild gedient hatte, angeglichen¹⁴⁹⁵ haben,¹⁴⁹⁶ lässt sich vielleicht dadurch erklären, dass das GmbHG unter großem Zeitdruck fertiggestellt wurde. Das Ende der Legislaturperiode nahte und es war nicht absehbar, ob die parlamentarischen Verhältnisse nach der Wahl die Realisierung größerer Gesetzesvorhaben erlauben würden.¹⁴⁹⁷ Vielleicht haben die Entwurfsverfasser sich bei der Formulierung der EBRV, ohne im Speziellen an den Anwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen zu denken, zumindest „latent“ daran erinnert, dass § 25 öGmbHG (ganz) ursprünglich ohnedies § 43 dGmbHG nachgebildet war und sich seitdem, insb durch die äußerlichen Anpassungen an den Aktienentwurf – mit der einzigen (in den EBRV auch offengelegten) Ausnahme des § 25 Abs 4 GmbHG – inhaltlich auch nicht wesentlich geändert hatte.

1495 Dazu hätten insb die Dispositionsbeschränkungen entspr den Sitzungsbeschlüssen „zur Vermeidung von Irrtümern“ unmittelbar in Abs 3 einbezogen (und allenfalls auch – wie im dGmbHG – umgedreht) werden können. Hätte man die Aufgliederung der in Abs 3 genannten Fälle in einzelne Ziffern (statt der Verweise) beibehalten wollen, hätte auch durch einen expliziten Hinweis auf den Anwendungsbereich Klarheit geschaffen werden können; idS etwa (noch) das Verfolgungsrecht des Aktienentwurfs idF Juli 1900 („Die unter Z. 1 bis 3 bezeichneten Ersatzansprüche“) und der (vorbildhafte) § 241 Abs 4 Satz 1 dHGB 1897 („in den Fällen des Abs 3“). Hätte man dann auch § 25 Abs 4 GmbHG beibehalten wollen, hätte man ihn zB nach § 25 Abs 2 GmbHG einsetzen können.

1496 Aus einem Schreiben des Justizministeriums an die übrigen beteiligten Ministerien aus November 1903 (ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 820), geht hervor, dass wegen der Entkopplung des GmbH- vom Aktienentwurfs „die Rücksichtnahme auf die allfällige gleiche Diktion hinweg[fällt], die früher durch die Absicht gleichzeitiger Einbringung der Gesetzesentwürfe vorgezeichnet war.“ Demgemäß sollten offenbar nur weitere terminologische Angleichungen der Entwürfe unterbleiben, aber nicht die bis dahin forcierte „gleiche Diktion“ rückgängig gemacht werden. S schon Fn 1367.

1497 Vgl dazu und zu den Hintergründen Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 64 mwN; vgl auch Deimbacher, GesRZ 1992 176 (176 f); Kleinszig, BRGÖ 2021, 35 (42 f).

5) *Zwischenergebnis*

In subjektiv-historischer Hinsicht spricht auf den ersten Blick das Bekenntnis der EBRV zu § 43 dGmbHG deutlich für einen (ebenfalls) eingeschränkten Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG. Die Verlässlichkeit dieser Aussage wird jedoch dadurch in Zweifel gezogen, dass § 25 GmbHG stark von seinem angeblichen Regelungsvorbild abweicht. Man müsste dem Gesetzgeber deswegen einen „Abschreibfehler“ unterstellen, wollte man § 25 Abs 5 und 7 GmbHG (ebenfalls) nur auf § 25 Abs 3 GmbHG beziehen. Allerdings entstanden diese Abweichungen genau besehen nicht bei der Rezeption des § 43 dGmbHG, sondern bei der (ursprünglichen) Angleichung des GmbH-Gesetzesentwurfs an den parallel ausgearbeiteten österreichischen Aktienentwurf, der die im Gläubigerinteresse indisponible Vorstandshaftung im Übrigen ebenfalls (wie das dGmbHG und das damalige Aktienrecht) auf den Kapitalschutz beschränkte (dagegen diente das umfassende Verzichts- und Vergleichsverbot nicht nur dem Gläubigerschutz). Eine tiefergehende Analyse der Redaktionsgeschichte zeigt, dass die Abweichungen vom dGmbHG zum einen (iZm § 25 Abs 6 GmbHG) durch formale Angleichungen (unter unzutr. Regelungsprämissen) an den Aktienentwurf und zum anderen (iZm § 25 Abs 4 GmbHG) durch ein gesetzgeberisches Versehen entstanden sind. Die Entstehungsgeschichte zeigt außerdem, dass die Legisten nach den interministeriellen Beratungen des Jahres 1900 offenbar nicht mehr an den Anwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen dachten. Ausschlaggebend ist somit, dass die Ministerialvertreter die Dispositionsbeschränkungen (und zu Unrecht auch die Verjährungsregelung) ausweislich der Beratungsprotokolle ausschließlich auf den heutigen § 25 Abs 3 GmbHG bezogen wissen wollten und ein anschließender Änderungswille nicht ersichtlich ist. Die Redaktionsgeschichte bestätigt somit nicht nur die Argumente *für* ein einschränkendes Verständnis der Dispositionsbeschränkungen (insb § 84 Abs 5 AktG), sondern kann auch alle oben genannten, scheinbar entgegenstehenden (und für die hM sprechenden) grammatischen und systematisch-logischen Ungereimtheiten plausibel erklären.

Obwohl damit jene Ansicht¹⁴⁹⁸, die § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf Ersatzansprüche gem § 25 Abs 3 GmbHG einschränkt, mE als zweifelsfrei bestätigt gelten kann, soll der Argumentationshaushalt (auch der methodologischen „Vollständigkeit“ halber) noch weiter angereichert werden. In der Folge soll daher das bisherige Auslegungsergebnis aus objektiv-teleologischer und rechtsökonomischer Perspektive näher betrachtet und plausibilisiert werden. Dabei soll konkret geprüft werden, ob die Einschränkung der Dispositionsbeschränkungen auf die Ersatzpflicht gem § 25 Abs 3 GmbHG auch sachlich gerechtfertigt ist.

1498 S die Nw in Fn 1039.

v. Teleologische und rechtsökonomische Perspektiven

1) Orientierung

Die Analyse der Redaktionsgeschichte hat Gewissheit über den Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG verschafft. Sie hat gezeigt, dass sich diese Dispositionsbeschränkungen nach dem Willen des historischen Gesetzgebers (wie in § 43 dGmbHG) nur auf § 25 Abs 3 GmbHG beziehen, sie erklärt aber nicht, *warum* der Gesetzgeber so entschieden hat und ob diese Entscheidung (aus heutiger Sicht) sachgerecht ist. In diesem Punkt konnten sich die Verfasser der GmbH-Gesetze auf das ältere deutsche Aktienrecht stützen, wo sich die vergleichbaren Dispositionsbeschränkungen (ebenfalls) nur auf die qualifizierten Ersatzansprüche gem Art 241 Abs 3 ADHGB 1884 und § 241 Abs 3 dHGB 1897 bezogen. Damals machte man sich auch intensiv Gedanken über das im Gläubigerinteresse nötige und richtige Maß der (indisponiblen) Vorstandshaftung.

Diese Überlegungen wurden schon bei der systematisch-logischen Auslegung iZm § 84 Abs 5 AktG beleuchtet.¹⁴⁹⁹ Der Reformgesetzgeber des ADHGB 1884 beschränkte die im Gläubigerinteresse indisponible Vorstandshaftung auf die qualifizierten Ersatzansprüche gem Art 241 Abs 3 ADHGB 1884, weil *„nicht gefordert werden kann, daß die Mitglieder des Vorstandes sich ungeachtet der ihnen von der Gesellschaft erteilten Entlastung noch nach Jahren Gläubigern gegenüber wegen ihrer Geschäftsführung verantworten sollen.“*¹⁵⁰⁰ Diese Überlegung basiert auf dem Reformgutachten des ROHG aus 1877: Das ROHG nannte den Grundsatz der ausgeschlossenen Gesellschafterhaftung als Grund für eine prinzipiell umfassende indisponible Vorstandshaftung für *omnis culpa* (damals noch als Direkthaftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern konzipiert).¹⁵⁰¹ Letztlich schränkte das ROHG die Haftung aber auf „Gesetzes- und Statutenverletzung“ ein (entspricht den Fällen des Art 241 Abs 3 ADHGB 1884). Im verbleibenden Bereich der bloß „kulposen“ Geschäftsführung lehnte es eine Haftung ab. Der Grund für diese Einschränkung kommt mE im Gutachten aber nicht klar hervor.¹⁵⁰² Die Einschränkung könnte dadurch bedingt sein, dass eine Haftung wegen der ausgeschlossenen Gesellschafterhaftung auch im (gesamten) Bereich kulposer Geschäftsführung prinzipiell zwar angezeigt wäre, aber für die Organmitglieder aus den genannten Gründen (Pla-

1499 S dazu oben S 285 ff.

1500 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 509.

1501 Vgl Gutachten ROHG, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 217. Demnach hätten die Gläubiger, *„da ihnen bei dem Kreditiren an die Actiengesellschaft nur ein Grundkapital haftet, ein unmittelbares Interesse an der sorgfältigen Verwaltung dieses Kapitals und es würde gerechtfertigt erscheinen können, daß, was ihnen an diesem Kapital durch leichtfertige Geschäftsführung seiner Verwalter schwindet, ihnen durch persönliche Haftung dieser Verwalter wieder ersetzt wird.“*

1502 Vgl dazu schon oben S 288 ff.

nungssicherheit) unzumutbar wäre. Sie könnte auch dadurch bedingt sein, dass die Haftung zwar angezeigt und für grob fahrlässige kulpöse Geschäftsführung auch zumutbar wäre, aber die Differenzierung nach Verschuldensgraden damals als untunlich und systemwidrig erachtet wurde.¹⁵⁰³ Schließlich könnte man das Gutachten wohl auch so verstehen (was mE am wahrscheinlichsten ist)¹⁵⁰⁴, dass eine indisponible Haftung für kulpöse Geschäftsführung schon gar nicht angezeigt ist, weil die Aktionärs- und Gläubigerinteressen im Bereich kulpöser Geschäftsführung (zumindest bei grober Pflichtverletzung) ohnehin typischerweise gleichlaufen.¹⁵⁰⁵

Danach setzte sich (soweit ersichtlich) erst wieder der Aktiengesetzgeber von 1937/1938 mit der Frage nach dem Umfang der indisponiblen Vorstandschaft auseinander. Er fokussierte dabei auf die neugeschaffene Leitungsaufonomie des Vorstands, die er prinzipiell als Grund für eine Erweiterung der im Gläubigerinteresse indisponiblen Haftung (dh des Verfolgungsrechts und der Dispositionsbeschränkungen) über die Fälle des § 241 Abs 3 dHGB 1897 hinaus auf *sonstige* Ansprüche erachtete. Allerdings erkannte der Gesetzgeber (wie schon das ROHG im Jahr 1877) auch, dass eine indisponible Haftung im Bereich bloßer Geschäftsführung leicht „auf das Verantwortungsbewußtsein des Vorstands lähmend wirken und nicht dem Vorteil der Gesellschaft dienen [würde]“¹⁵⁰⁶ Deshalb schränkte er die Haftung jenseits der qualifizierten Fälle des § 84 Abs 3 AktG auf *grob fahrlässige* Pflichtverletzungen ein (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG). Der Gesetzgeber ging dabei nicht mehr auf den Grundsatz der ausgeschlossenen Gesellschafterhaftung und allfällige Gründe für die vormalige Einschränkung der indisponiblen Haftung auf § 241 Abs 3 dHGB 1897 ein. Nur implizit folgt aus § 84 Abs 5 AktG

1503 Immerhin hielt das ROHG dem Vorschlag einer Haftung für „*grobtes Versehen oder bössliche Handlungsweise*“ (nur) entgegen, dass „[f]ür eine sichere Abgrenzung des groben Verschuldens gegenüber anderen Verschuldensgraden [...] es an sicherem Anhalt [fehlt]“, dass außerdem „[d]ie Aufrechterhaltung derartiger Abstufungen [...] nicht im Einklang mit dem Princip der freien richterlichen Würdigung [steht], ob ein verantwortlich machendes Verhalten vorliegt“ und schließlich, dass „[d]er Begriff ‚bössliche Handlungsweise‘ [...] nicht als ein glücklich gewählter angesehen werden [kann].“

1504 S oben bei Fn 1234.

1505 Vgl Gutachten ROHG, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 218, wonach „*die Geneigtheit der Gesellschaft, die Organe bei groben Pflichtwidrigkeiten in der Geschäftsführung, auch wenn sie nicht Gesetzes- oder Statutenwidrigkeiten sind, zu dechargiren, nicht zu präsumiren ist [...]*“ und deshalb die Haftung den Gläubigern gegenüber für „*Gesetzes- und Statutenverletzung*“ ausreichend sei. Sofern dieses Argument nicht ohnehin auch für „*leichte Pflichtwidrigkeiten*“ galt, griff insoweit wohl das Unzumutbarkeitsargument.

1506 AmlBegr AktG 1937/1938 180 (abgedr auch bei *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 656 f; *Klausing*, AktG 71). Vgl auch *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 84 Anm 1 (S 305): „[...] damit nicht die Entschlußkraft und die Verantwortungsfreudigkeit der Vorstandsmitglieder Einbuße erleidet.“

wie erwähnt, dass die ausgeschlossene Gesellschafterhaftung allein eine Erweiterung der indisponiblen Haftung über den Kapitalschutz hinaus nicht bietet.

Die GmbH-Gesetze fallen chronologisch zwischen diese beiden teleologischen Stellungnahmen von 1877/1884 und 1937. Dementsprechend beziehen sich die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG wie erwähnt nur auf die qualifizierten Ersatzansprüche gem § 25 Abs 3 GmbHG. Aus den Materialien zum älteren Aktienrecht lässt sich aber wie gesagt keine eindeutige Begründung für diese Einschränkung ableiten. Die Wertung des § 84 Abs 5 AktG impliziert zwar (iSe negativen Aussage), dass sich die indisponible Haftung in der GmbH (also § 25 Abs 5 und 7 GmbHG) zum einen nicht auf alle Ersatzansprüche (*omnis culpa*) erstrecken kann, und zum anderen, dass sie sich (mangels Leitungsautonomie) auch nicht über § 25 Abs 3 GmbHG hinaus auf grobe Fahrlässigkeit erstrecken kann, weil sonst ein Wertungswiderspruch entstünde. Daraus folgen aber (ebenfalls) nicht (iSe positiven Aussage) die Gründe für diese Einschränkung. Diese Gründe gilt es im Folgenden freizulegen. Dabei gilt es wieder zu beachten, dass die Frage nach dem Anwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG gleichbedeutend ist mit der Frage, inwieweit die Geschäftsführerplichten (und -haftung) dem Gläubigerschutz dienen. Denn nur *soweit* Geschäftsführerplichten die Gläubiger schützen, könnten sie allenfalls eine direkte Haftung diesen gegenüber begründen und *nur insoweit* ist im System der Haftungskonzentration als Korrektiv eine zwingende Erhaltung von Ersatzansprüchen für den Zugriff der Gläubiger erforderlich.¹⁵⁰⁷

Ausgehend von allgemeinen teleologischen Erwägungen könnte man leicht verleitet sein, der Geschäftsführerhaftung *per se* einen umfassenden Gläubigerschutzzweck zu attestieren (sodass die Dispositionsbeschränkungen extensiv iSd hM anzuwenden wären). Denn der Gläubigerschutzzweck von Verhaltensanordnungen hängt davon ab, ob die Gläubiger schutzbedürftig sind. Und immerhin haftet den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen, weshalb sie zweifellos ein Interesse an der sorgfältigen Verwaltung dieses Vermögens haben.¹⁵⁰⁸ Aus diesem Grund kommt die Geschäftsführerhaftung mit ihrer Kompensationswirkung nicht nur der Gesellschaft¹⁵⁰⁹ und (wirtschaftlich) den

1507 Zu dieser Gläubigerschutzimplikation der Dispositionsbeschränkungen schon ausf oben S 257 ff.

1508 Vgl dazu auch Gutachten ROHG, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 217 (s Fn 1501).

1509 Veränderungen des Gesellschaftsvermögens berühren primär die Gesellschaft als rechtliches Zurechnungsobjekt dieses Vermögens. Die Gesellschaft ist aber nur ein rechtliches Vehikel. Wirtschaftlich wirken sich Vermögensbewegungen bei den dahinterstehenden Interessenträgern aus, nämlich bei den Gesellschaftern und uU bei den Gesellschaftsgläubigern (*stake holder*). Da ihre Rechtspositionen mit dem Gesellschaftsvermögen verknüpft sind, nützt und schadet ihnen alles, was der Gesellschaft nützt bzw schadet (vgl idZ schon *von Hahn*, ADHGB I³ [1877] Art 241

Gesellschaftern¹⁵¹⁰ zugute, für die sich dadurch unmittelbar der Residualanspruch und folglich der Wert ihrer Mitgliedschaft erhöht; die Haftung kommt in ihrer gesamten Breite auch den Gesellschaftsgläubigern zugute, und zwar nicht nur bei Überschuldung, wo sich Veränderungen des Gesellschaftsvermögens unmittelbar auf deren (Nominal-)Anspruch auswirken,¹⁵¹¹ sondern ganz allgemein (zumindest mittelbar-abstrakt) auch insofern, als sich durch die Auffüllung des Haftungsfonds *ceteris paribus* das Ausfallrisiko verringert.¹⁵¹² Dass die Gläubigerposition derart von der Entwicklung des Gesellschaftsvermögens (und damit auch von der Binnenhaftung) abhängt, ist wie erwähnt eine Folge der ausgeschlossenen Gesellschafterhaftung. Vor diesem Hintergrund wird immer wieder argumentiert, dass das gesamte Spektrum der Geschäftsführerhaftung und auch die Sorgfaltspflicht *per se* (zumindest mittelbar) den Gesellschaftsgläubigern diene und deshalb zwingendes Recht sei.¹⁵¹³

§ 4 [S 746] iZm der Geltendmachung mittelbarer Schäden: „[...] weil jeder der Gesellschaft zugefügte Schaden indirect auch die Aktionäre und möglicher Weise auch die Gläubiger benachtheiligt [...]“. Vgl auch Lindacher, JuS 1984, 672 [673]). Gesellschafter und Gläubiger investieren gewissermaßen als „Ko-Investoren“ (Bezzenberger, Kapital 78) auf vergleichbare Weise ihr Kapital in die Gesellschaft, unterscheiden sich aber ganz wesentlich in ihrer rechtlichen Position gegenüber der Gesellschaft: Während Gesellschafter einen (theoretisch unbeschränkten) Residualanspruch (vgl. Bezzenberger aaO 79) haben, steht den Gesellschaftsgläubigern (grundsätzlich) ein fester Nominalanspruch zu. Bewegungen im Gesellschaftsvermögen wirken sich naturgemäß unterschiedlich auf diese beiden Rechtspositionen aus. Dass je nach „Vermögensfunktion“ die Gesellschafter- oder Gläubigerinteressen unmittelbar betroffen sind und im Vordergrund stehen, begründet Haas (Geschäftsführerhaftung 17; ders, WM 2006, 1417 [1417]) mit der „Doppelfunktion“ des Gesellschaftsvermögens als Einkommensquelle (für die Gesellschafter) und Haftungsmasse (für die Gläubiger).

1510 Unmittelbar wirtschaftlich betroffen von Veränderungen des Gesellschaftsvermögens sind (jenseits der Überschuldung) zunächst die Gesellschafter, weil sich mit dem Gesellschaftsvermögen proportional auch ihr Residualanspruch und zugleich der Wert ihrer Mitgliedschaft verändert (vgl. Kowalski, Der Ersatz von Gesellschafts- und Gesellschafterschaden 2 f; Wiedemann, GesR I 238; vgl. auch Steffek, JuS 2010, 295 [296]). Dieser Wert nimmt maW in guten wie in schlechten Zeiten am Schicksal des Gesellschaftsvermögens teil (Kowalski aaO 2).

1511 Vgl. Haas, Geschäftsführerhaftung 20.

1512 Vgl. Steffek, JuS 2010, 295 (296); Drygala in Lutter, Das Kapital 277 (279 f); Jula, GmbHR 2001, 806 (808); ähnlich Mand, Geschäftsführerhaftung 126; Frisch, Haftungserleichterung 229; Thomas, Haftungsfreistellung 147.

1513 Vgl. idS schon Skerlj, GmbHG² (1909) § 25 Anm 13 (S 35); „Jede Schädigung der Gesellschaft kann auch die Gläubiger treffen;“ idS auch bereits Gutachten ROHG, abgedr. bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 217 (s. dazu Fn 1501); aus jüngerer Zeit zB Runggaldier/Schima, Rechtsstellung 226; für Deutschland Haas/Wigand in Krieger/U. H. Schneider, Hdb Managerhaftung³ Rz 20.59 f, nach denen hinter § 43 Abs 1 und 2 dGmbHG die Vorstellung stehe, dass dasjenige, was zum Wohle der Gesellschaft ist, auch dem Wohl der Gläubiger diene; idS wohl auch Eßwein, Privat-autonome Gestaltung 47 f; zu Recht krit. Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschafts-

Eine solche „konsequentialistische“ Betrachtung ist jedoch problematisch,¹⁵¹⁴ denn sie kann schwer berücksichtigen, dass die interessenfördernde Wirkung einer Norm auch eine bloß faktische (wirtschaftliche) Reflexwirkung sein kann. Der Gesetzgeber erachtet eben nicht jedes (faktische) Interesse auch (normativ) als schützenswert, insb dann nicht, wenn andere Interessen überwiegen (im Übrigen muss ein solcher gesetzlicher Schutz auch nicht zwangsläufig durch zwingendes Recht verwirklicht werden). Faktisch-wirtschaftlich nützt die Haftung wie gesagt sowohl den Gesellschaftern als auch den Gläubigern. Die Gesellschafter erwarten, dass ihr Vermögen vermehrt wird, die Gläubiger vertrauen darauf, dass die Haftungsmasse der Gesellschaft sorgfältig verwaltet wird.¹⁵¹⁵ Die Auswirkung der Haftung ist entsprechend der typischen Rechtsposition je nach Finanzlage der Gesellschaft unterschiedlich intensiv; jenseits der Überschuldung sind die Gesellschafter sogar *unmittelbarer* von Veränderungen des Gesellschaftsvermögens (und damit auch der Geschäftsführerhaftung) betroffen. Deshalb stellt sich richtigerweise die Frage nach dem „Rangverhältnis“¹⁵¹⁶ der Gesellschafter- und Gläubigerinteressen in Bezug auf die Geschäftsführerhaftung. Genauer gesagt fragt sich, ob die Pflicht zur sorgfältigen Geschäftsführung (zumindest mittelbar) auch den Schutz der Gläubiger bezweckt, oder ihre (bloß faktische) Interessenförderungswirkung nur eine Reflexwirkung des (alleinigen) Schutzes der Gesellschaft als Treugeberin des Gesellschaftsvermögens ist. Noch einmal anders formuliert kann man auch fragen, ob der Gläubigerschutz (auch außerhalb des § 25 Abs 3 GmbHG) echter Funktionsschutz oder nur Reflexschutz ist.¹⁵¹⁷ Die Antwort auf diese Frage kann nur der Gesetzgeber selbst geben. Mit der bloßen Betrachtung der Folgewirkung und mit einem Hinweis auf „den Gläubigerschutz“ oder die ausgeschlossene Gesellschafterhaftung ließe sich wie gesagt (zumindest im vorliegenden Fall der Geschäftsführerhaftung) wohl beinahe jede denkbare Normzweckhypothese bilden.¹⁵¹⁸ Eine solche Hypothese müsste daher (wenn auch im Einzelfall sach-

recht 483 f; iZm dem Kapitalschutz *Mand*, Geschäftsführerhaftung 126; abl auch *Kaffiné*, Begrenzung 70. S noch die Nw in Fn 1519.

1514 Krit gegenüber einer reinen „Folgenanalyse“ allg etwa P. Bydlinski, Grundzüge⁴ 38.

1515 Vgl U. H. Schneider in FS Werner 795 (808).

1516 Vgl Heisse, Beschränkung 120, demzufolge das „Rangverhältnis der beiden Schutzrichtungen“, nämlich Gläubiger- und Gesellschafterschutz, streitig ist. Vgl idZ auch *Mand*, Geschäftsführerhaftung 117: „Gewichtung dieser Interessen“. Vgl auch schon K. Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften II (1904, Neudruck 1964) 271 f: „Das Gesetz sucht gerade den Punkt zu treffen, wo das Interesse der Gläubiger am unmittelbarsten berührt ist.“

1517 Vgl Frisch, Haftungserleichterung 229; Lindacher, JuS 1984, 672 (673); Heisse, Beschränkung 121; vgl auch *Kaffiné*, Begrenzung 68; rechtsvergleichend zur AG *Drygala* in Lutter, Das Kapital 277 (285 ff).

1518 S allg zur Bildung von Hypothesen über mögliche Zwecksetzungen einer Norm als Vorgang bei der objektiv-teleologischen Interpretation etwa P. Bydlinski, Grundzüge⁴ 43 ff, F. Bydlinski, Methodenlehre² 455. Eine gewisse Restriktion der scheinbar umfassenden Gläubigerschutzorientierung ließe sich allenfalls (auch objektiv) daraus

gerecht) unvermeidbar auf einer Eigenwertung beruhen.¹⁵¹⁹ Dieses Problem ist der objektiv-teleologischen Auslegungsmethode wegen ihrer Operation mit Wahrscheinlichkeiten bis zu einem gewissen Grad zwar inhärent,¹⁵²⁰ im konkreten Fall erübrigt es sich aber, weil sich der Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG wie erwähnt schon eindeutig aus der systematisch-logischen und subjektiv-historischen Interpretation ergibt.

Bei den folgenden teleologischen Überlegungen geht es daher nicht darum, ein Auslegungsergebnis durch Mittel-Zweck-Überlegungen erst zu gewinnen, sondern darum, die Gründe für ein gefundenes Auslegungsergebnis, also die gesetzliche Wertung sichtbar zu machen, ihre einzelnen Bestandteile und Wirkungszusammenhänge freizulegen und ihre Konformität mit allenfalls geänderten Umständen zu überprüfen. Zuerst wird der Frage nachgegangen, warum der kapitalgesellschaftsrechtliche Grundsatz der ausgeschlossenen Gesellschafterhaftung überhaupt ein Bedürfnis nach Gläubigerschutz eröffnet.¹⁵²¹ In diesem Kontext wird das im österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht geltende Gläubigerschutzsystem skizziert und schließlich vor diesem Hintergrund untersucht, welche Rolle die (indisponible) Geschäftsleiterhaftung in diesem Gesamtsystem spielt. Daraus werden dann Schlussfolgerungen für den Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG gezogen. Diese Überlegungen werden – so viel vorweg – das bisherige Auslegungsergebnis erklären und im Grundsatz als sachgemäß bestätigen.

ableiten, dass eine überstrenge indisponible Haftung aufgrund der Hemmung der (nötigen) Risikobereitschaft von Geschäftsleitern auch nachteilig für die Gesellschaft (und mittelbar auch für ihre Gläubiger!) scheinen muss. Außerdem sind die Gesellschafter außerhalb der Überschuldung mit ihrem Residualanspruch unmittelbarer von Veränderungen des Gesellschaftsvermögens betroffen als die Gesellschaftsgläubiger. *Wo genau* aber die Grenze liegt, dh wie weit der Anwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen reicht, lässt sich – auch weil es sich dabei letztlich um eine Zweckmäßigkeitssentscheidung des Gesetzgebers handelt – rein objektiv (ohne Rekurs auf die Wertungsentscheidungen des Gesetzgebers) nicht beantworten.

1519 IdS lehnt *Mand* (Geschäftsführerhaftung 126) eine bloß „*ergebnisbezogene*“ Argumentation ab. Der erforderliche normative Maßstab für die Differenzierung zwischen *unmittelbar* und nur *mittelbar* eigenkapitalsichernden Vorschriften könne nicht allein mit Blick auf ein vernünftiges Ergebnis gefunden werden, sondern bedürfe einer dogmatischen Fundierung. Ohne eine solche Fundierung seien auch wertungsmäßig überzeugende Ergebnisse letztlich arbiträr. Diesbezgl krit auch *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 117 f.

1520 Vgl allg zB *P. Bydlinski*, Grundzüge⁴ 44 f; *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 443; *Kramer*, Methodenlehre⁶ 66 (Fn 70), 164; *Potacs*, Rechtstheorie² 184 mwN.

1521 S schon bei Fn 1508.

2) Ausgeschlossene Gesellschafterhaftung als Grund für Gläubigerschutz

Gläubiger einer GmbH oder AG haben den „Nachteil“, dass ihnen (grundsätzlich) nur das Gesellschaftsvermögen haftet.¹⁵²² Das ist wegen der Anerkennung dieser Gesellschaften als eigenständige juristische Personen (vgl § 61 Abs 1 GmbHG; § 1 AktG) zwar an sich keine Besonderheit,¹⁵²³ denn wie andere (natürliche) Personen haftet die Gesellschaft *de jure* unbeschränkt mit ihrem gesamten Vermögen.¹⁵²⁴ Allerdings sind juristische Personen nur rechtliche Vehikel, die nicht „aus eigener Kraft“ (durch Arbeit) Haftungsmasse schaffen können.¹⁵²⁵ Ihr Haftungsfonds beschränkt sich deshalb auf das Vermögen, das die Gesellschafter in sie einlegen (und ihre Organe daraus durch die Geschäftsführung erwirtschaften). Insofern ist die Haftung also – obwohl *de jure* unbeschränkt – zumindest *de facto* beschränkt.¹⁵²⁶ Dasselbe gilt zwar auch für Personengesellschaften, denn auch sie sind nur rechtliche Konstrukte; im Gegensatz¹⁵²⁷ zu ihnen haften die Gesellschafter von Kapitalgesellschaften (GmbH und AG; vgl für die AG aber § 56 AktG) grundsätzlich nicht für die Verbindlichkeiten ihrer Gesellschaft.¹⁵²⁸ Man spricht vom Grundsatz der ausgeschlossenen Gesellschafterhaftung¹⁵²⁹ oder – etwas un-

1522 Vgl § 61 Abs 2 GmbHG: „Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet ihren Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen.“ Vgl auch §§ 1, 48 AktG, § 13 Abs 2 dGmbHG und § 1 Abs 1 Satz 2 dAktG.

1523 Vgl nur Bitter in Scholz, GmbHG¹³ § 13 Rz 55.

1524 Vgl allg nur Aicher/S.-F. Kraus/Spendel in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 61 Rz 47 (Stand 01.12.2022); Winkler/Gruber in Gruber/Harrer, GmbHG² § 61 Rz 45; vgl auch U. Torggler, JBl 2006, 85 (85 f).

1525 Zu den wesentlichen Unterschieden idZ zB Fischinger, Haftungsbeschränkung 246 f mwN.

1526 Vgl Easterbrook/Fischel, 52 U.Chi.L.Rev. 89 (89): „The liability of the ‚the corporation‘ is limited by the fact that the corporation is not real. It is no more than a name for a complex set of contracts among managers, workers and contributors of capital. It has no existence independent of these relations.“

1527 Vgl nur Bitter in Scholz, GmbHG¹³ § 13 Rz 55, nach dem sich die gesetzliche Anordnung durch den Vergleich zum Personengesellschaftsrecht erklärt.

1528 Vgl Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 61 Rz 6; Aicher/S.-F. Kraus/Spendel in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 61 Rz 47 (Stand 01.12.2022); vgl auch S.-F. Kraus/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 61 Rz 18. Die Gesellschafter schulden in vermögensmäßiger Hinsicht nicht mehr als die Leistung ihrer Einlagen (Koppensteiner/Rüffler aaO Rz 1).

1529 Vgl § 61 Abs 2 GmbHG (fast identisch § 13 Abs 2 dGmbHG; § 1 Abs 1 Satz 2 dAktG): „Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet ihren Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen.“ Umgekehrt formulierend dagegen § 1 öAktG: „[...] ohne persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften“ (vgl schon Art 207 Abs 1 A[D]HGB 1862/63).

scharf¹⁵³⁰ – von der (institutionellen) „Haftungsbeschränkung“¹⁵³¹ (vgl § 61 Abs 2 GmbHG¹⁵³² [§ 13 Abs 2 dGmbHG]; §§ 1, 48 AktG [§ 1 Abs 1 Satz 2 dAktG]).¹⁵³³ Die Gesellschafter haften (grundsätzlich) auch dann nicht, wenn das Gesellschaftsvermögen nicht mehr zur Befriedigung aller Gläubiger ausreicht.¹⁵³⁴ Insoweit verwirklicht sich das unternehmerische Risiko nicht bei den Gesellschaftern, sondern bei den Gesellschaftsgläubigern in Form des (teilweisen) Ausfalls ihrer Forderungen gegen die Gesellschaft. Während bei den Gesellschaftern das

1530 Dieser Begriff ist (wie jener der „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“; dazu schon *Ofner/Thorsch*, GmbHG [1907] § 25 Anm 2 [S 2]; *Pisko*, Lehrbuch [1923] 422) nicht ganz präzise. Denn weder die Gesellschaft noch die Gesellschafter haften „beschränkt“. Vielmehr (schuldet und) haftet die Gesellschaft wie erwähnt (jedenfalls rechtlich) *unbeschränkt*, die Gesellschafter für Gesellschaftsverbindlichkeiten indes *gar nicht* (krit daher zB *van Venrooy*, GmbHR 2004, 327 [243 Fn 47]; *Fischinger*, Haftungsbeschränkung 245; krit für Österreich zur GmbH auch schon *Stroß*, GmbH [1906] 9). Die Gesellschafter schulden „nur“ der Gesellschaft ihre Einlagen (und haften dieser dafür im Innenverhältnis). Das bringt es (nach allg exekutionsrechtlichen Grundsätzen) zwar mit sich, dass Gläubiger der Gesellschaft exekutiv (auch) auf die Einlageforderung der Gesellschaft gegen ihre(n) Gesellschafter greifen können; und diesen exekutiven Zugriff mag man – wie beim Kommanditisten in Bezug auf eine allenfalls höhere Pflichteinlage (dazu nur *Koppensteiner/Auer* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB I⁴ § 171 Rz 6 mwN [Stand 01.09.2021]; RIS-Justiz RS0065382) – eine „mittelbare Haftung“ nennen (vgl auch AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII [1890–92], Nr 660 [3737]: „indirekte“ Haftung der Gesellschafter); dabei handelt es sich aber wie erwähnt um keine Besonderheit, weil auf diese Weise jeder Schuldner dem Gläubiger seines Gläubigers (mittelbar) haftet. Gemeint ist mit dem Begriff der Haftungsbeschränkung nur, dass von der Privatvermögen der Gesellschafter nur die bedungene Einlage als „separiertes“ Vermögen dem unternehmerischen Risiko unterworfen wird und das Verlustrisiko daher mit dieser Einlage (gemessen am gesamten Privatvermögen) „beschränkt“ ist (korrespondierend mit dem Gesellschaftsvermögen). Nicht die Haftung im Rechtssinn, sondern die „wirtschaftliche“ Haftung (das Risiko) ist also beschränkt (vgl auch *Giering*, Risikobezogener Gläubigerschutz 28 f). Da es sich bei dem Begriff der „Haftungsbeschränkung“ gleichwohl um einen tradierten und auch in der Lit noch gebräuchlichen Ausdruck handelt, wird er auch hier verwendet.

1531 Weitere Begriffe sind zB „Haftungstrennung“ (vgl *Giering* aaO 28 f mwN) und „Haftungsprivileg“ (zB *Lieder* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ § 13 Rz 332 ff).

1532 § 61 Abs 2 GmbHG soll nach den EBRV „zu voller Klarheit bringen, daß der einzelne Gesellschafter weder bis zur Höhe der von ihm eingezahlten Stammeinlage noch auch mit dem darauf rückständigen Beträge den Gesellschaftsgläubigern unmittelbar haftet.“ (EBRV 236 BlgHH 17. Sess 1904 75). Diese Klarstellung ist zweckmäßig, wenn man zum Vergleich die Haftung des Kommanditisten vor Augen hat (s im Fließtext oben), denn dieser haftet bis zur Höhe seiner Haftsumme unmittelbar den Gläubigern der KG (ausdr seit § 171 Abs 1 dHGB 1897).

1533 Allg *Schäfer/Ott*, Lehrbuch⁶ 800 ff; *Easterbrook/Fischel*, Structure 40: „*Limited liability is a distinguishing feature of corporate law – perhaps the distinguishing feature*“; dies, 52 U.Chi.L.Rev. 89 (89); *Boese*, Strukturprinzipien 22 („*Grunddeterminante*“); *Fleischer*, ZGR 2001, 1 (16).

1534 Vgl nur *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 61 Rz 6; *Pelinka* in FAH, GmbHG § 61 Rz 28.

Verlustrisiko (grundsätzlich) mit ihrer Einlage beschränkt ist, ihre Gewinnchance dagegen theoretisch unbegrenzt ist, partizipieren die Gläubiger mit ihren Forderungen (bei Überschuldung) ebenfalls am Verlust, haben aber keine vergleichbare Gewinnbeteiligung und typischerweise keinen Einfluss auf die Geschäftsführung.¹⁵³⁵ Der Ausschluss der Gesellschafterhaftung führt somit zu einer Verschiebung des wirtschaftlichen Risikos von den Gesellschaftern zu den Gläubigern.¹⁵³⁶ Auf den ersten Blick scheint dieses Haftungskonzept kaum sachgerecht.¹⁵³⁷ In der Tat war der Gedanke der ausgeschlossenen Gesellschafterhaftung primär auch ein Resultat praktischer wirtschaftlicher Bedürfnisse, der mit besonders risikoreichen Unternehmungen der industriellen Revolution des 19. Jahrhunderts eng zusammenhängt (zB Eisenbahnen und Bergwerke); seine sachliche Legitimation wurde erst viel später nachgereicht.¹⁵³⁸ Die (volkswirtschaftliche) Rechtfertigung des Ausschlusses der Gesellschafterhaftung war bereits Gegenstand unzähliger (rechtsökonomischer)¹⁵³⁹ Untersuchungen¹⁵⁴⁰ und ist heute im Wesentlichen unbestritten. In der Folge werden nur die

1535 Vgl *Giering*, Risikobezogener Gläubigerschutz 33.

1536 Vgl *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 66; *Eidenmüller/Grunewald/Noack* in *Lutter*, Das Kapital 17 (22); s auch noch bei Fn 1548.

1537 Anfänglich schürte va der Bruch mit dem Gedanken der „Einheit von Herrschaft und Haftung“ Misstrauen (vgl *Kübler* in FS Heinsius 397 [403]). Der Wirtschaftswissenschaftler *Walter Eucken* (Grundsätze der Wirtschaftspolitik⁶ [1990] 280) hat diesbezgl den Ausspruch „*Wer den Nutzen hat, muss auch den Schaden haben*“ geprägt. Der Haftungsausschluss führt aber, so könnte man meinen, dazu, dass die Gesellschafter allen Nutzen, die Gläubiger hingegen allen Schaden haben. Vgl idZ auch die in den EBRV zum GmbHG (236 BlgHH 17. Session 1904 53) referierten Einwände gegen die Haftungsbeschränkung: „*Endlich erheben Goldschmidt und Bähr Bedenken gegen das Prinzip der beschränkten Haftung überhaupt, dahin gehend, daß es den Risikobetrieb mehrt, das Interesse an dem Gedeihen und Bestande des betriebenen Unternehmens dagegen mindert und den Gläubiger vielfach in eine üblere Lage versetzt als den Schuldner.*“

1538 Vgl *Kübler* in FS Heinsius 397 (397, 403 ff); *M. Lehmann*, ZGR 1986, 345 (353); *Giering*, Risikobezogener Gläubigerschutz 34; *Fischinger*, Haftungsbeschränkung 253, *passim*.

1539 Grundlegend zur ökonomischen Analyse des Rechts (*law and economics*) *Posner*, Economic Analysis of Law⁹ (2014); s für den deutschsprachigen Raum *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts⁵ (2012).

1540 Grundl *Posner*, The Rights of Creditors of Affiliated Corporations, 43 U.Chi.L.Rev. 499 ff (1976); *ders*, Economic Analysis 533 ff; *Easterbrook/Fischel*, 52 U.Chi.L.Rev. 89 ff; *dies*, The Economic Structure of Corporate Law (1996) 40 ff; *Halpern/Trebilcock/Turnbull*, An economic analysis of limited liability in corporate law, 30 University of Toronto Law Journal 117 ff (1980); *Landers*, A Unified Approach to Parent, Subsidiary, and Affiliate Questions in Bankruptcy, 42 U.Chi.L.Rev. 589 (1975); *ders*, Another Word on Parents, Subsidiaries and Affiliates in Bankruptcy, 43 U.Chi.L.Rev. 527 (1976); *Manne*, Our Two Corporation System: Law and Economics, 53 Virginia Law Review, 259 (1967); *Arrow*, Essays in the Theory of Risk-Bearing (1971) 140; vgl aus dem deutschsprachigen Raum va (zum Konzernrecht) *Kirchner*, ZGR 1985, 214 ff; *M. Lehmann*, ZGR 1986, 345; *ders*, GmbHR 1992, 200;

grundlegenden Konsequenzen der Haftungstrennung für Gesellschaftsgläubiger skizziert, um davon ausgehend die Rolle zwingender Organverantwortlichkeit im Gläubigerschutzsystem zu beleuchten und daraus Rückschlüsse für den Anwendungsbereich von § 25 Abs 5 und 7 GmbHG ziehen zu können.

Der zentrale¹⁵⁴¹ Vorteil der Haftungsbeschränkung liegt in der Ermöglichung optimaler Investitionsentscheidungen durch Ausschaltung der natürlichen Risikoaversion der Gesellschafter.¹⁵⁴² Menschen sind von Natur aus risikoavers eingestellt, weil der Verlust jenes Vermögens, das zur Deckung ihrer Grundbedürfnisse notwendig ist (Existenzgrundlage), als relativ schmerzvoller empfunden wird als der Verlust des darüber hinausgehenden Vermögens.¹⁵⁴³ Da die Wahrscheinlichkeit eines Totalverlusts deshalb überbewertet wird, unterbleiben Investitionsprojekte auch dann, wenn die erwarteten Einzahlungen die (objektiv) erwarteten Auszahlungen übersteigen (positiver Gesamterwartungswert).¹⁵⁴⁴ Die Durchführung solcher Projekte ist aber volkswirtschaftlich erwünscht, weil eine optimale Ressourcenallokation erreicht wird.¹⁵⁴⁵ Die Haftungsbeschränkung schließt das Risiko des Totalverlustes in

Roth, ZGR 1986, 371; *ders*, ZGR 1993, 170 ff; *Nacke*, Durchgriffshaftung 210 ff; *Adams*, Eigentum, Kontrolle und beschränkte Haftung (1991); *Geiger*, Ökonomische Analyse des Konzernhaftungsrechts (1993) 76 ff; instruktiv *Bitter*, Durchgriffshaftung 150 ff; *ders* in *Scholz*, GmbHG¹³ § 13 Rz 60 ff; *Fleischer*, ZGR 2001, 1 (16); *Bezzenger*, Kapital 81 ff; *Giering*, Risikobezogener Gläubigerschutz 32 ff und insb 39 ff; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch⁶ 800 ff; iZm der Organhaftung auch *J. Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 23 ff; *Eckert/Grechenig/Stremitzer* in *Kalss*, Vorstandshaftung 95 ff; *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 65 f; *Harrer*, Haftungsprobleme 4 ff.

1541 Daneben gibt es div Informations- und Überwachungskostenvorteile, die va Publikumsgesellschaften betreffen. Vgl weiterführend *Easterbrook/Fischel*, Structure 41 ff; ausf *Bitter*, Durchgriffshaftung 161 ff; zusammenfassend *Fleischer*, ZGR 2001, 1 (16 ff); *Kübler* in FS Heinsius 397 (404 f).

1542 Vgl *Easterbrook/Fischel*, Structure 44; *dies*, 52 U.Chi.L.Rev. 97: „the real benefit of limited liability“; *Koppensteiner*, JBl 2006, 681 (688); *Kübler* in FS Heinsius 397 (405): „am wichtigsten“; *Fleischer*, ZGR 2001, 1 (18 f); *Eidenmüller/Grunewald/Noack* in *Lutter*, Das Kapital 17 (22); *Nacke*, Durchgriffshaftung 264 ff, 270: „Der große volkswirtschaftliche Nutzen der Haftungsbeschränkung“; *Giering*, Risikobezogener Gläubigerschutz 47; *Fischinger*, Haftungsbeschränkung 252 ff. Vgl auch *U. Torggler*, GesR II Rz 16, 139, 296, 542 ff; *dens* in *U. Torggler*, GmbHG § 6 Rz 1; *Aicher/S.-F. Kraus/Spendel* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 61 Rz 47, 56 und *passim* (Stand 01.12.2022).

1543 *Bitter*, Durchgriffshaftung 160, 170; *ders* in *Scholz*, GmbHG¹³ § 13 Rz 65; *Fleischer*, ZGR 2001, 1 (18); *Eckert/Grechenig/Stremitzer* in *Kalss*, Vorstandshaftung 95 (107) mit Bsp. Da umgekehrt der subjektive Nutzen zusätzlicher Geldeinheiten mit steigendem Vermögen abnimmt, spricht man auch vom Grundsatz des abnehmenden Grenznutzens des Eigentums.

1544 Vgl *Bitter*, Durchgriffshaftung 170; *dens* in *Scholz*, GmbHG¹³ § 13 Rz 65; *Fleischer*, ZGR 2001, 1 (18); *Schäfer/Ott*, Lehrbuch⁶ 801.

1545 Unterbleiben diese Projekte, entsteht ein gesamtwirtschaftlicher Nachteil („social loss“); vgl *Easterbrook/Fischel*, Structure 44; *dies*, 52 U.Chi.L.Rev. 97.

einem Teil des Vermögens der Gesellschafter aus.¹⁵⁴⁶ Insoweit wirkt sich ihre natürliche Risikoaversion nicht aus, sodass effiziente Investitionsentscheidungen ermöglicht werden (Investitionsanreiz).¹⁵⁴⁷

Dabei wird das unternehmerische Risiko natürlich nicht ausgeschaltet, sondern wie erwähnt (nur) auf die Gesellschaftsgläubiger verlagert.¹⁵⁴⁸ Die Gläubiger können das Risiko jedoch, wie in der rechtsökonomischen Theorie betont wird, relativ kostengünstiger tragen („cheapest risk bearer“)¹⁵⁴⁹.

1546 Sie ermöglicht den Gesellschaftern maW eine Vermögensseparierung in ein abgeschirmtes Privatvermögen mit niedrigem Verlustrisiko („asset shield“; vgl. Schäfer/Ott, Lehrbuch⁶ 801) und eine Gesellschaftsbeteiligung mit höherem Verlustrisiko. Bitter (Durchgriffshaftung 169) spricht idZ von der „Freibhaltung des Privatvermögens der natürlichen Person“, Wiedemann (Gesellschaftsrecht I 536) bildhaft von einer „chinesischen Mauer“.

1547 Dadurch werden tendenziell Geschäfte mit insg. positivem Erwartungswert realisiert, wodurch *ceteris paribus* ein absoluter volkswirtschaftlicher Effizienzgewinn erzielt wird. In den EBRV zum GmbHG (236 BlgHH 17. Session 1904 53) heißt es dementspr. als Replik auf die geäußerten Einwände gegen die Haftungsbeschränkung (s. Fn 1537): „Der Unternehmungsgeist muß vielmehr eher gestärkt werden, wenn nicht über jedem Unternehmen, für das die Form der Aktiengesellschaft nicht gewählt werden kann [Anm. des Verf.: Die EBRV nennen als Bsp. Familiengesellschaften], das Damoklesschwert der persönlichen Haftbarkeit einzelner Teilnehmer hängt.“ Vgl. auch Amtl. Begr. d. GmbHG RT-Drs. VIII (1890–92), Nr. 660 3725 rSp: „Die im heutigen Wirtschaftsleben unentbehrliche Theilung der Vermögenskräfte des Einzelnen zur Mitwirkung an einer Mehrheit von Unternehmungen setzt der Regel nach auch eine Theilung und damit eine Beschränkung der aus den einzelnen Unternehmen entstehenden Risiken voraus, und wenn die Gesetzgebung es an den für diese Zwecke dienlichen Gesellschaftsformen fehlen läßt, so kann dies zur Folge haben, daß die zur produktiven Thätigkeit verfügbaren Kapitalien eine genügende Verwendung im Inlande nicht finden.“ Vgl. allg. auch Easterbrook/Fischel, 52 U. Chi. L. Rev. 89 (97); Bitter, Durchgriffshaftung 169 f. M. Lehmann (ZGR 1986 345 [353]) verweist auf die aus unternehmerischen Wagnissen und Risiken entstehenden Innovationen (zB neue Güter und Technologien). Das Privileg der beschränkten Haftung könne „unternehmerischen Pioniergeist zu beflügeln“.

1548 Vgl. Posner, Economic Analysis⁹ 540; Easterbrook/Fischel, Structure 44; Eidenmüller/Grunewald/Noack in Lutter, Das Kapital 17 (22). Es handelt sich also um ein Instrument zur planmäßigen Risikoverteilung (vgl. Posner, 43 U. Chi. L. Rev. 499 [501]; Easterbrook/Fischel, Structure 47; Kübler in FS Heinsius 397 [404]; Roth, ZGR 1986, 371 [374]; Adams, Eigentum 90; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 61 Rz 6). Dass der Ausschluss der Gesellschafterhaftung eine Risikoüberwälzung zu Lasten der Gläubiger gesetzlich sanktionieren würde, haben übrigens schon die Verfasser des öGmbHG gesehen und insb. kleine Gläubiger (Lieferanten) und Deliktsgläubiger (s. noch Fn 1565) als Leidtragende identifiziert. Sie haben diese Gefahren als Begleiterscheinung der allg. Förderung unternehmerischen Engagements aber in Kauf genommen (vgl. Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 66 mwN; Aicher/S.-F. Kraus/Spendel in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 61 Rz 47 [Stand 01.12.2022]).

1549 Auch „cheapest risk avoider“; vgl. grundl. Calabresi, The Cost of Accident – A Legal and Economic Analysis (1970); vgl. auch M. Lehmann, GmbHR 1992, 200 (204).

Das ist neben (Überwachungs-)Kostenvorteilen¹⁵⁵⁰ dem Umstand geschuldet, dass Gläubiger nicht derart risikoavers sind, wie es Gesellschafter bei unbeschränkter Haftung wären. Die menschliche Risikoaversion wirkt sich bei ihnen nicht so stark aus, weil sie mit ihrer Forderung von vornherein nur „beschränkt“ haften und bei einem Ausfall typischerweise nicht um ihre Existenzgrundlage bangen müssen.¹⁵⁵¹ Gläubiger halten typischerweise mehrere Engagements und diversifizieren auf diese Weise ihr Ausfallrisiko.^{1552, 1553}

Der Ausschluss der Gesellschafterhaftung allein (ohne Korrektiv) würde jedoch zu einer (überschießenden) Änderung des Risikoprofils der Gesellschafter führen.¹⁵⁵⁴ Aus der Überwälzung des Unternehmensrisikos auf (unkompensierte) Gläubiger ergäbe sich eine asymmetrische Gewinn- und Verlusttragung.¹⁵⁵⁵ Während Gesellschafter (weiterhin) die aus ihren Investitionsentscheidungen resultierenden Einzahlungen (theoretisch unbegrenzt) lukrieren würden, fielen Auszahlungen nicht oder (je nach Einlageleistung) nur teilweise bei ihnen selbst an.¹⁵⁵⁶ Sie würden zwar weiterhin die erwarteten Auszahlungen den erwarteten Einzahlungen gegenüberstellen und Projekte

1550 Weiterführend nur *Easterbrook/Fischel*, Structure 45 ff.

1551 Vgl. *Kübler* in FS Heinsius 397 (405); *Bitter*, Durchgriffshaftung 162, 170; *Easterbrook/Fischel*, 52 U.Ch.L.Rev. 89 (99).

1552 Vgl. *Nacke*, Durchgriffshaftung 247; *Bitter*, Durchgriffshaftung 170; *Kübler* in FS Heinsius 397 (405); *Eidenmüller/Grunewald/Noack* in *Lutter*, Das Kapital 17 (23); vgl. auch AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3725 rSp.

1553 Da Gläubiger somit die besseren Risikoträger sind, führt eine (teilweise) Risikoübertragung („*partial risk shifting*“; *Easterbrook/Fischel*, Structure 49; *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 66) zu einer Einsparung von Transaktionskosten und ist effizient iSd *Kaldor-Hicks*-Kriteriums (ausf. *Schäfer/Ott*, Lehrbuch⁶ 20 ff mwN; *Kaldor*, Essays on Value and Distribution [1960] 143 ff; *Hicks*, The foundations of welfare and economics, 49 Economic Journal 696 [1939]). Demgemäß ist eine vertragliche oder gesetzliche Regel effizient, wenn der Vorteil der durch die Regel bevorzugten Partei (hier: die Gesellschafter) so groß ist, dass sie die benachteiligte Partei (hier: die Gläubiger) voll entschädigen kann und selbst noch einen Vorteil für sich behält (vgl. *Bitter*, Durchgriffshaftung 153 mwN). Ob den Benachteiligten tatsächlich eine Entschädigung zufließt, ist nach *Kaldor/Hicks* eine Frage der Verteilung, nicht der Effizienz (*Schäfer/Ott*, Lehrbuch⁶ 21). Die Haftungsbeschränkung wird daher auch als eine Art „Insolvenzversicherung“ durch die Gläubiger begriffen (vgl. *Easterbrook/Fischel*, Structure 48; *Halpern/Trebilcock/Turnbull*, 30 University of Toronto Law Journal 117 [138]; *Bitter*, Durchgriffshaftung 170; *ders* in *Scholz*, GmbHG¹³ § 13 Rz 65). Nach der rechtsökonomischen Lehre würden die Gesellschafter die Haftungsbeschränkung mit den Gläubigern deshalb *auch ohne* gesetzliche Regel vertraglich aushandeln (s. noch gleich im Fließtext), um ihren beiderseitigen Nutzen zu maximieren (*Bitter*, Durchgriffshaftung 157; *Easterbrook/Fischel*, Structure 47: „*The advantages of limited liability suggest that, if it did not exist, firms would attempt to invent it.*“; *Posner*, 43 U.Ch.L.Rev. 499 [505]).

1554 Vgl. *Eidenmüller/Grunewald/Noack* in *Lutter*, Das Kapital 17 (23).

1555 Vgl. *Bezenberger*, Kapital 90.

1556 Vgl. *Mankowski* in *Lutter*, Das Kapital 488 (504); *Bitter* in *Scholz*, GmbHG¹³ § 13 Rz 66.

mit (aus ihrer Sicht) positivem Erwartungswert realisieren, müssten aber die überwältigten Risiken nicht mehr in ihr Kalkül einbeziehen. Deshalb wären Projekte aus ihrer Sicht schon dann vorteilhaft, wenn die erwarteten Einzahlungen die *von ihnen selbst* zu tragenden (nicht aber die gesamten) erwarteten Auszahlungen übersteigen.¹⁵⁵⁷ Der Risikoanreiz wäre umso größer, je geringer die Kapital- und damit die Verlustbeteiligung der Gesellschafter ist.¹⁵⁵⁸ Die Möglichkeit der „Externalisierung“¹⁵⁵⁹ von Risiken würde das Aktivitätsniveau der Gesellschafter über das ökonomisch sinnvolle Maß steigern¹⁵⁶⁰ und sie zu Investitionen mit (insgesamt) negativem Erwartungswert anhalten.¹⁵⁶¹

Das überwältigte Risiko ließe sich nach der ökonomischen Theorie etwa dadurch „internalisieren“, dass die Gläubiger den Gesellschaftern für das zusätzlich übernommene Risiko eine Risikoprämie verrechnen.¹⁵⁶² Dann müssten die Gesellschafter in ihr Investitionskalkül nicht nur die *bei ihnen selbst* erwarteten Auszahlungen (zB Verlust der Einlage) einbeziehen, sondern auch die an sie verrechnete Prämie als Ausdruck der von den Gläubigern erwarteten Auszahlungen. Die Gesellschafter wären dann gezwungen, den erwarteten Einzahlungen des Projekts die *gesamten* erwarteten Auszahlungen gegenüberzustellen. Dadurch würden sie weder (wie ohne Haftungsbeschränkung) risikoavers

1557 MaW kann die Haftungsbeschränkung dazu führen, dass sich Geschäfte für die Gesellschafter nur deshalb lohnen, weil sie einen Teil der möglichen Verluste nicht selbst tragen müssen (vgl auch *Eidenmüller/Grunewald/Noack* in *Lutter*, Das Kapital 17 [23]). Die Externalisierung von Risiken würde unter Wettbewerbsbedingungen sogar zum Zwang (*Adams*, Eigentum 54, 82; *Bitter*, Durchgriffshaftung 183). Den dadurch geschaffenen Anreiz zu geringen Sorgfaltsaufwendungen bei Eingehung hoher Risiken bezeichnet man als „*moral hazard*“ (vgl *Schäfer/Ott*, Lehrbuch⁶ 181 f mwN).

1558 Je geringer die (verbleibende) Einlage der Gesellschafter ist, desto geringer ist ihr drohender Verlust und desto höher ist zugleich ihre Eigenkapitalrentabilität (vgl auch *Eidenmüller/Grunewald/Noack* in *Lutter*, Das Kapital 17 [23]; *Bitter*, Durchgriffshaftung 183 f mwN). Im Extremfall, wenn das Eigenkapital aufgezehrt ist, lohnen sich Projekte für die Gesellschafter unabhängig vom Gesamterwartungswert schon dann, wenn sie nur *irgendwelche* Einzahlungen erwarten lassen (vgl *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung 60 mwN).

1559 Vgl *Easterbrook/Fischel*, Structure 49; *Landers*, 42 U.Chi.L.Rev 589 (619 f); *Posner*, Economic Analysis⁹ 541 ff; *Adams*, Eigentum 53; *Bitter*, Durchgriffshaftung 181 ff; *Bezenberger*, Kapital 90 ff; *Eidenmüller/Grunewald/Noack* in *Lutter*, Das Kapital 17 (23 f); *U. Torggler*, GesR II Rz 16.

1560 Vgl *Bitter*, Durchgriffshaftung 183 mwN; *Eidenmüller/Grunewald/Noack* in *Lutter*, Das Kapital 17 (23).

1561 Vgl *Bitter*, Durchgriffshaftung 183; *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung 156. Dieser überschießende investitionsfördernde Effekt führt – wie das Unterbleiben effizienter Projekte aufgrund der natürlichen Risikoaversion der Gesellschafter *ohne* Haftungsbeschränkung – zu volkswirtschaftlichen Einbußen.

1562 S dazu in Fn 1553. Da Gläubiger wie erwähnt die relativ besseren Risikoträger sind, wäre die Zahlung einer Prämie für die Gesellschafter günstiger als die Selbsttragung des Risikos.

noch (wie bei einer Haftungsbeschränkung ohne Korrektive) risikoaffin, sondern idealerweise risikoneutral agieren, dh sie würden Projekte nur (und immer) dann realisieren, wenn sie einen (insgesamt) positiven Erwartungswert haben. Hier zeigt sich jedoch die Modellhaftigkeit der rechtsökonomischen Theorie.¹⁵⁶³ Denn nur freiwillige und gut informierte Vertragsgläubiger mit genügend Verhandlungsmacht könnten eine Risikoprämie durchsetzen.¹⁵⁶⁴ Für alle übrigen Gläubiger¹⁵⁶⁵ bliebe es bei der beschriebenen Risikoexternalisierung.¹⁵⁶⁶ Die idZ vieldiskutierte Frage, ob der Markt selbstregulativ zur Internalisierung aller Risiken imstande ist,¹⁵⁶⁷ kann für die Zwecke dieser Untersuchung dahinstehen.

1563 Insoweit krit zB Roth, ZGR 1986, 371 (375 f).

1564 Vgl Kübler in FS Heinsius 397 (407) mit Bsp; krit auch Roth, ZGR 1986, 371 (376 f); Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 189 ff. Selbst bei Verrechnung einer Risikoprämie drohte eine Externalisierung noch durch nachvertragliche Risikoerhöhungen, wenn also die Gesellschaft das in der verrechneten Prämie implizit ausgedrückte „erlaubte Risiko“ *ex post* überschreitet, zB durch weitere Kreditaufnahmen oder Abschluss risikoreicher Geschäfte. Dagegen könnten sich Gläubiger allenfalls durch weitere Vereinbarungen und Zusicherungen oder eine erhöhte Risikoprämie absichern (vgl Posner, 3 U. Chi. L. Rev. 43, 499 [504]).

1565 Das betrifft insb Deliktsgläubiger, die nicht einmal abstrakt die Möglichkeit haben, privatautonom eine Entschädigung für das zusätzlich übernommene Risiko zu verlangen.

1566 Für unfreiwillige Gläubiger (s Fn 1565) und kleinere Gläubiger (insb Arbeitnehmer) wird überwiegend vertreten, dass es zu Externalisierungseffekten kommt (vgl nur Bitter, Durchgriffshaftung 185 f mwN).

1567 Das nehmen einige Vertreter der *economic analysis* unter Berufung auf die Fähigkeit des Marktes zur effizienten Selbstregulierung an (vgl zB Easterbrook/Fischel, 52 U. Chi. L. Rev. 89 [91, 106]; vgl die weiteren Nw bei Bezenberger, Kapital 85 Fn 208). Im deutschen juristischen Schrifttum wurde diese Prämisse dagegen stark in Zweifel gezogen. Man wendete *va* ein, die *economic analysis* überschätze die Funktionsfähigkeit des Marktes und die Fähigkeit der Marktteilnehmer zu rationalem Handeln (vgl Roth, ZGR 1986, 371 [377]). Hier soll der Hinweis genügen, dass der Markt eine Haftungsbeschränkung von vornherein nur *partiell* hervorbringen könnte. Würde man die Marktakteure sich selbst überlassen, würden allenfalls einige große Gläubiger eine Haftungsbeschränkung vereinbaren und dafür eine entspr Risikoprämie verrechnen. Das könnte die Risikoaversion der Gesellschafter allenfalls mindern, aber nicht ausschalten. Eine gesamtwirtschaftlich erwünschte Risikoneutralität kann nur durch einen flächendeckenden Haftungsausschluss bewirkt werden, wie ihn nur der Gesetzgeber selbst anordnen kann (vgl Bezenberger, Kapital 87). Der Gesetzgeber hat aber auch fundamentale Gerechtigkeitsgrundsätze zu beachten. Die Überwälzung von Risiken auf unkompenzierte Dritte könnte zB mit Überlegungen der Verteilungs- oder Austauschgerechtigkeit (vgl idZ Bezenberger, Kapital 88; allg zu Effizienz und Verteilungsgerechtigkeit Schäfer/Ott, Lehrbuch⁶ 19 f) und allg Rechtsgrundsätzen abgelehnt werden. Es entspricht einem allg Rechtsgrundsatz, dass Vorteil und korrespondierendes Risiko zusammengehören und nicht ungerechtfertigt auseinandergerissen werden dürfen (vgl auch das Prinzip der beidseitigen Rechtfertigung von Rechtsfolgen [statt aller P. Bydliński in KBB⁷ § 6 Rz 7 mwN]; F. Bydliński, Fundamentale Rechtsgrundsätze [1988] 292 f;

Zwischenzeitlich kann festgehalten werden, dass das kapitalgesellschaftsrechtliche Prinzip der ausgeschlossenen Gesellschafterhaftung insofern ein Schutzbedürfnis für Gesellschaftsgläubiger eröffnet, als die Gesellschafter sonst verleitet wären, überhöhte Risiken einzugehen, weil sich die (negative) Realisierung von Risiken nur oder überwiegend bei den Gläubigern auswirken würde.¹⁵⁶⁸

3) Zwingende Eigenkapitalisierung und mittelbarer Gläubigerschutz durch typische Interessenkongruenz

In der rechtsökonomischen Lit werden verschiedene Möglichkeiten zur Gewährleistung des nötigen Gläubigerschutzes diskutiert.¹⁵⁶⁹ Für die Zwecke dieser Untersuchung genügt es jedoch, nur jene Schutzinstrumente zu fokussieren, die der österreichische Gesetzgeber ausgewählt hat: Das geltende Recht gewährleistet den Schutz der Gesellschaftsgläubiger durch ein strenges Kapitalschutzsystem.¹⁵⁷⁰ Um nun die Rolle der Organhaftung in diesem

Bezenberger, Kapital 88). Vgl idZ auch *J. Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 10, wonach das Gläubigerschutzprinzip verlangt, die Haftungs- und Vermögensstruktur der Unternehmensträger so einzurichten, dass die Gläubiger kein unangemessen hohes Risiko der Nichterfüllung ihrer Forderungen tragen.

1568 Der Ausgleich zwischen der volkswirtschaftlich erwünschten Investitionsförderung durch Ausschaltung der Risikoaversion einerseits und der überschießenden Anreizwirkung eines Externalisierungspotentials andererseits ist allerdings nicht nur im Gläubigerinteresse geboten. Denn ohne ausreichende Internalisierung würden wie erwähnt auch Projekte mit insg negativem Erwartungswert realisiert werden, was mE wohl den volkswirtschaftlichen Vorteil der ausgeschlossenen Gesellschafterhaftung *per se* in Frage stellen würde (vgl idZ auch *Bitter* in *Scholz*, GmbHG¹³ § 13 Rz 68).

1569 Diskutiert werden etwa ein allg Haftungsdurchgriff, der jedoch die Risikoneutralität der Gesellschafter wieder untergraben würde. Auch eine allg Insolvenzversicherung müsste wegen der mangelnden Diversifizierbarkeit des allg Unternehmensrisikos ausscheiden. Interessant für die vorliegende Untersuchung ist eine Haftung der Geschäftsleiter (*managerial liability*) für Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Auch diese Variante scheidet jedoch aus, weil die Geschäftsleiter aufgrund ihres investierten und nicht diversifizierbaren Humankapitals schlechtere Risikoträger (und dementspr auch risikoaverser) sind als die Gesellschafter (vgl etwa *Easterbrook/Fischel*, 52 U.Chi.L.Rev. 89 [115]; *Kübler* in *FS Heinsius* 397 [406]; *Bezenberger*, Kapital 130).

1570 *Lieder* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ § 13 Rz 336 und Rz 420, der von „drei Säulen“ spricht; vgl auch *Merkel* in *MüKo GmbHG*⁴ § 13 Rz 340 mwN; *Aicher/S.-F. Kraus/Spendel* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 61 Rz 47 (Stand 01.12.2022); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 61 Rz 6; vgl bereits *Brodmann*, Aktienrecht (1928) § 213 Anm 1a (§ 143): „Eckpfeiler des ganzen Systems der Aktiengesellschaft“. Als ökonomische Vorteile des Eigenkapitalerfordernisses sieht man zB die Senkung von Transaktionskosten, die Reduzierung der Gefahr opportunistischen Verhaltens und die Funktion als Glaubwürdigkeitssignal (ausf *Bitter*, Durchgriffshaftung 193 ff; *Eidenmüller/Grunewald/Noack* in *Lutter*, Das Kapital 17 [24 ff]). Probleme bereitet die Bestimmung des angemessenen Kapitals (vgl *Bitter* aaO 201 f). S auch noch sogleich im Fließtext.

Gläubigerschutzsystem auszumachen, ist es zweckmäßig, sich zunächst die Funktionsweise der einzelnen Elemente der gesetzlichen Eigenkapitalisierung zu vergegenwärtigen.

Das Fundament des Kapitalsystems bilden die *Kapitalaufbringung* und die *Kapitalerhaltung* (System des festen Kapitals – gemeinsam „*Festkapital*“). Die Gesellschafter müssen bei der Gründung der Gesellschaft ein bestimmtes (einheitliches)¹⁵⁷¹ Kapital (*Mindestkapital*)¹⁵⁷² aufbringen (Kapitalaufbringung), das ihnen später nur unter engen Voraussetzungen (als Gewinn) zurückgezahlt werden kann (Kapitalerhaltung). Dabei ist das Mindestkapital keine zwingende Voraussetzung des Gesamtsystems (wohl aber umgekehrt).¹⁵⁷³ Nicht nur das gesamte Nennkapital muss einen Mindestbetrag erreichen, sondern auch die einzelnen Stammeinlagen, aus denen es sich zusammensetzt (*Mindesteinlagen*).¹⁵⁷⁴ Schließlich muss auch auf jede (Mindest-)Stammeinlage ein Mindestbetrag tatsächlich eingezahlt werden (*Mindesteinzahlungen*).¹⁵⁷⁵

1571 Der Gesetzgeber hat bewusst davon abgesehen, ein für den Einzelfall adäquates Mindestkapital vorzuschreiben, weil die GmbH „den verschiedenartigsten, nicht einmal notwendig an dauernde Betriebsanlagen irgend welcher Art gebundenen Unternehmungen dienen soll“ (EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 57 f; so schon AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII [1890–92], Nr 660 3729).

1572 Vgl § 6 Abs 1 GmbHG (35.000 Euro; vgl auch § 10b GmbHG [Gründungsprivilegierung]); § 5 Abs 1 dGmbHG (25.000 Euro); § 7 AktG (§ 75.000 Euro); § 7 dAktG (50.000 Euro). Indessen sieht das derzeit (November 2023) ausgearbeitete GesRÄG 2023 (276/ME 27. GP) sowohl für die GmbH als auch für die geplante neue (start-up-freundlichere) Rechtsform „FlexCo“/„FlexKapG“ (früher „Austrian Limited“) ein Mindestkapital von nur 10.000 Euro vor. Die Möglichkeit der Gründungsprivilegierung soll dafür entfallen. Vgl für einen EU-weiten Vergleich *Fantur*, GES 2023, 57 (58). Vgl zur Historie des Mindestkapitals und der Mindesteinlage *Kleinszig/Olechowski*, GES 2023, 61 ff.

1573 Vgl nur *Eidenmüller/Grunewald/Noack* in *Lutter*, Das Kapital 17 (20); *Eidenmüller* in FS Heldrich 581 (593); *Lutter* in *Lutter*, Das Kapital 1 (7). Vgl auch EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 58: „Es muß jedoch als unumgänglich notwendig bezeichnet werden, sich nicht mit dem Erfordernisse eines festen Stammkapitals an sich zu begnügen, sondern zugleich auch die Zulassung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung von dem Vorhandensein eines gewissen Mindestkapitals abhängig zu machen.“ Demgegenüber sah etwa noch das ADHGB 1884 zwar ein Festkapitalsystem vor, aber kein (eigentliches) Mindestkapitalerfordernis (vgl dazu nur *Hommelhoff* in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 81 ff). Mittelbar ergab ein Mindestkapitalerfordernis aber daraus, dass das Gesetz eine Mindestzahl an Gründern (Art 209 ADHGB 1884: mindestens fünf Gründer) und zugleich einen Mindestbetrag je Aktie vorschrieb (Art 207a ADHGB 1884).

1574 Vgl § 6 Abs 1 GmbHG (70 Euro); § 5 Abs 2 dGmbHG (1 Euro); § 8 AktG (1 Euro); § 8 dAktG (1 Euro). Indessen sieht das derzeit ausgearbeitete GesRÄG 2023 (276/ME 27. GP) für die neue „FlexCo“/„FlexKapG“ (früher „Austrian Limited“) eine Mindeststammeinlage von nur einem Euro vor.

1575 Vgl § 10 Abs 1 GmbHG (¼, jedenfalls 70 Euro, insg aber 17.500 Euro [nach dem derzeit ausgearbeiteten GesRÄG 2023 nur noch 5.000 Euro; s dazu Fn 1572]); § 7

Was nun den Gläubigerschutz betrifft, darf das aufgebrachte Kapital zwar nicht an die Gesellschafter zurückgezahlt werden (Kapitalerhaltung), es wird aber nicht für die Gläubiger als separates „Garantiekapital“ zurückgestellt und gleichsam „konserviert“. Vielmehr steht das aufgebrachte Vermögen der Gesellschaft als Betriebskapital zur Verfügung, ist als solches laufend Veränderungen unterworfen und kann auch aufgezehrt werden.¹⁵⁷⁶ Deshalb ist es in diesem Kontext auch irreführend, von einem „Haftungsfonds“ für die Gläubiger zu sprechen.¹⁵⁷⁷ Das aufgebrachte Kapital steht den Gläubigern gerade nicht dauerhaft und unverändert als (Reserve-)Befriedigungsobjekt zur Verfügung. Die Gläubiger werden *nur davor* geschützt, dass das aufgebrachte Kapital wieder an die Gesellschafter zurückfließt (Kapitalerhaltung).¹⁵⁷⁸ Sie müssen es aber sehr wohl erdulden, dass das aufgebrachte Kapital durch die laufende Geschäftstätigkeit aufgezehrt wird.

Abs 2 dGmbHG (¼; insg aber die Hälfte des Mindeststammkapitals [25.000 Euro] = 12.500 Euro); § 28a Abs 1 AktG (¼); § 36a Abs 1 dAktG (¼).

1576 Vgl ausdr EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 83: „*Dieses Stammvermögen [sc das Stammkapital] unterliegt in seiner Höhe allen Schwankungen, die sich aus dem Betriebe des gesellschaftlichen Unternehmens ergeben.*“ Vgl aus der Lit etwa Eidenmüller/Grunewald/Noack in Lutter, Das Kapital 17 (26 f); Mankowski in Lutter, Das Kapital 488 (504); Lutter in Lutter, Das Kapital 1 (3); Blaurock in FS Raiser 3 (9); Felzl/Aicher in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 4 Rz 25 mwN (Stand 01.11.2018); Zollner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 6 Rz 7; Schwandtner in MüKo GmbHG⁴ § 5 Rz 31 mwN; Koch in Koch, AktG¹⁷ § 1 Rz 10.

1577 Vgl etwa Eidenmüller/Grunewald/Noack in Lutter, Das Kapital 17 (26 f); Mankowski in Lutter, Das Kapital 488 (504); Blaurock in FS Raiser 3 (9); Schwandtner in MüKo GmbHG⁴ § 5 Rz 31 mwN; Guntermann, Haftungsbeschränkung 180 ff; Felzl/Aicher in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 4 Rz 25 (Stand 01.11.2018). Wohl aber im hier verneinten Sinn wohl noch Grünhut, GmbH² (1913) 43: „*Die Sicherheit der Gläubiger liegt in dem Stammkapital, das aus den von den einzelnen Gesellschaftern übernommenen Stammeinlagen besteht. Das Gesetz sorgt durch energische Bestimmungen dafür, daß die Gläubiger auf das Stammkapital mit voller Sicherheit rechnen können, daß es ihnen ungeschmälert erhalten bleibe.*“

1578 Vgl nur Eidenmüller/Grunewald/Noack in Lutter, Das Kapital 17 (26); Pentz/Priester/Schwanna in Lutter, Das Kapital 42 (46); Davies, EBOR 7 (2006) 301 (309). In diesem Punkt sind auch die Mat recht deutlich. Vgl EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 58, wonach das Stammkapital „den dauernden Grundstock des Unternehmens und zugleich insofern ein sicheres Befriedigungsobjekt für die Gläubiger zu bilden hat, als es einer Vermögensverminderung durch Zahlungen an die Gesellschafter Schranken setzt“ (beinahe wortgleich bereits AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII [1890–92], Nr 660 3729 rSp). Mit dem „dauernden Grundstock“ und dem „sichere[n] Befriedigungsobjekt“ meint der Gesetzgeber (insofern etwas missverständlich) nicht etwa, dass das ursprünglich eingezahlte Nennkapital stets unverändert bliebe, sondern – wie die zitierte Passage deutlich macht – nur, dass das aufgebrachte Kapital nicht wieder an die Gesellschafter abfließt (arg: „einer Vermögensverminderung durch Zahlungen an die Gesellschafter“). Eine anderweitige Vermögensminderung – etwa durch die laufende Geschäftsführung – müssen die Gläubiger dagegen erdulden (weshalb der Grundstock insoweit freilich kein „dauernder“ ist). „Garantiert“ ist den Gläubigern

Diese Situation lässt es vielleicht gerechtfertigt scheinen, dass die Gläubiger wenigstens ein Recht darauf haben, dass das Gesellschaftsvermögen sorgfältig verwaltet wird. Tatsächlich wurde und wird dieser Schluss oft gezogen.¹⁵⁷⁹ Nach diesem Verständnis wäre die Sorgfaltspflicht gem § 25 Abs 1 GmbHG und die gesamte Bandbreite der Haftung gem § 25 Abs 2 GmbHG genuin im Gläubigerinteresse angeordnet (und folglich für die Gesellschaft zwingend). An dieser Stelle ist aber (wieder) daran zu erinnern, dass aufgrund der ausgeschlossenen Gesellschafterhaftung nicht nur die Gläubiger umfassend von der Organhaftung profitieren, sondern auch die Gesellschafter – und zwar jenseits der Überschuldung sogar relativ stärker. Die prekäre Situation der Gesellschaftsgläubiger darf nicht den Blick darauf verstellen, wie sich die zwingende Eigenkapitalisierung auf die Stellung – und damit das Verhalten – der Gesellschafter auswirkt. Gerade die Auswirkung auf *die Gesellschafter* ist nämlich dafür verantwortlich, dass die Pflicht zur sorgfältigen Geschäftsführung mit- samt der korrespondierenden Haftung (doch) nicht im Gläubigerinteresse in- disponibel zu sein braucht:

Das Eigenkapital nimmt als „Risikopuffer“ vorrangig an Verlusten der Gesellschaft teil (daher auch Haft- oder Risikokapital).¹⁵⁸⁰ Deshalb wirkt sich jede Verminderung des Gesellschaftsvermögens zuerst bei den Gesellschaftern aus. Solange die Verluste das Eigenkapital nicht übersteigen, mindern sie ausschließlich den Residualanspruch der Gesellschafter, aber nicht den Nominalanspruch der Gläubiger.¹⁵⁸¹ Dadurch sind die Gesellschafter gehalten, auch die erwarteten Auszahlungen in ihr unternehmerisches Kal- kül einzubeziehen und entsprechende Sorgfaltsaufwendungen zu tätigen. Es kommt zu einer Internalisierung von Risiken. Die Gesellschafter haben da- her typischerweise keinen Anreiz, übermäßig riskante Geschäfte einzuge-

somit nur, dass das einmal eingezahlte Kapital nicht zurückgezahlt wird – und die Gesellschafter im Fall der Rückzahlung zur Erstattung verpflichtet sind; vgl hierzu auch AmtlBegr aaO 3745: „*Die Bestimmung [sc die Erstattungspflicht] enthält in Verbindung der mit der nach Absatz 3 eventuell eintretenden Kollektivhaftung der übrigen Gesellschafter eine der hauptsächlichen Garantien, welche der Entwurf zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger vorsieht.*“ Die Gläubiger können (und müssen) demgemäß nur darauf hoffen, dass die Vermögensbasis der Gesellschaft nicht durch die Geschäftstätigkeit aufgezehrt wird. Insofern platzieren sie ihr Vertrauen in die Gesellschafter (sofern sie in die Geschäftsführung eingreifen), vor allem aber in die Fähigkeiten des Geschäftsführers; vgl idZ prägnant HHB I 272 BlgHH 17. Session 1905 3: „*Die Kreditbasis der neuen Gesellschaft ruht demnach auf sehr fester Grundlage. Die Gläubiger können ihr getrost Kredit gewähren, wenn sie nur sonst keinen Grund haben, an der Vertrauenswürdigkeit der Geschäftsführer zu zweifeln.*“

1579 S die Nw in Fn 1513.

1580 Vgl Bitter, Durchgriffshaftung 194; dens in Scholz, GmbHG¹³ § 13 Rz 67; Eiden- müller/Grunewald/Noack in Lutter, Das Kapital 17 (26); Mankowski in Lutter, Das Kapital 488 (502); Pentz/Priester/Schwanna in Lutter, Das Kapital 42 (45 ff).

1581 Vgl auch Bitter in Scholz, GmbHG¹³ § 13 Rz 67 mwN.

hen.¹⁵⁸² Insoweit hat das Eigenkapital auf die Gesellschafter eine hemmende¹⁵⁸³ (disziplinierende, erzieherische)¹⁵⁸⁴ Wirkung im Umgang mit dem Gesellschaftsvermögen.¹⁵⁸⁵ Diese Wirkung ist wie gesagt (idealerweise) stark genug, um das Eingehen überhöhter Risiken zu unterbinden, aber nicht so stark, dass volkswirtschaftlich erwünschte Investitionen unterbleiben.¹⁵⁸⁶ Insoweit entspricht die gesetzliche Eigenkapitalisierung im Wesentlichen den oben¹⁵⁸⁷ besprochenen Risikoprämien, die die Gläubiger (zumindest im theoretischen Modell) an die Gesellschaft verrechnen könnten, um sich vor einer Externalisierung des unternehmerischen Risikos zu schützen. Im Gegensatz wird den Gesellschaftern mit dem Eigenkapital gleichsam eine pauschalisierte kollektive Risikoprämie für das Privileg des Haftungsausschlusses auferlegt.¹⁵⁸⁸ Diese Risikoprämie ist freilich für alle Gesellschaften (unabhängig vom Unternehmensgegenstand) gleich hoch, denn der Gesetzgeber hat aus Gründen der Praktikabilität bewusst von der Festsetzung eines „angemessenen“ Stammkapitals abgesehen.¹⁵⁸⁹ Das System des Eigenkapitals ist insgesamt vielleicht

1582 Vgl Bitter, Durchgriffshaftung 196; Eidenmüller/Grunewald/Noack in Lutter, Das Kapital 17 (27); U. Torggler, GesR II Rz 296; Davies, EBOR 7 (2006) 301 (303 f).

1583 Vgl Bitter, Durchgriffshaftung 201; dens in Scholz, GmbHG¹³ § 13 Rz 67.

1584 Grigoleit, Gesellschafterhaftung 195 und *passim*.

1585 Vgl Engert, ZGR 2004, 813 (820 ff); differenzierend Gelter in FS Nowotny 315 (326 f): „Wirtschaften mit eigenem Geld“; Adams (Eigentum 29 ff, 34 ff) spricht anschaulich von einem „Selbstbehalt“ gegen übermäßig riskante Unternehmensstrategien; vgl auch Bitter, Durchgriffshaftung 196; Boese, Strukturprinzipien 63, der von einem Selbstbehalt oder „Pfand“ bzw einer Versicherung gegen *moral hazard* spricht. Mankowski (in Lutter, Das Kapital 488 [502]) bezeichnet das Festkapital als „Mindesteinsatz“, den die Anteilseigner ins Spiel bringen, mit dem sie „etwas zu verlieren“ haben und durch den sie sich auf das Gesellschaftsinteresse verpflichten. Vgl prägnant auch dens (aaO): „Die Kapitalausstattung der Gesellschaft ist das Aushängeschild für die Selbstbindung der Anteilseigner. Deren Risiko, das eingebrachte Eigenkapital zu verlieren, befördert risikoaverses Verhalten der Anteilseigner im Sinne der Gläubigerinteressen.“ Vgl auch Pentz/Priester/Schwanna in Lutter, Das Kapital 42 (50 f): „Mäßigung der Aktionäre“; Guntermann, Haftungsbeschränkung 256 ff; U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 6 Rz 1, wonach die Gesellschafter aufgrund ihres Eigenopfers „etwas zu verlieren“ haben und daher am Wohlergehen der Gesellschaft interessiert sind; dens, GesR II Rz 296; skeptischer Blaurock in FS Raiser 3 (9), nach dem sich die „erzieherische Wirkung“ kaum messen lasse. Das Mindestkapital sei nahezu funktionslos geworden (aaO 15).

1586 Vgl Bitter in Scholz, GmbHG¹³ § 13 Rz 67, wonach das Eigenkapital als Ausgleich zwischen Investitionsanreiz und Gefahr der Kostenexternalisierung dient. Die Unternehmung mit angemessener Eigenkapitalisierung stelle sich als „bestmöglich erreichbarer ökonomischer Zustand dar, in der soviel Risikoentlastung für die Unternehmer wie möglich mit soviel Risikoübernahme wie nötig verbunden ist“ (ders, Durchgriffshaftung 199).

1587 S oben Fn 1562.

1588 Vgl etwa Mankowski in Lutter, Das Kapital 488 (501); vgl idZ auch Fn 1585.

1589 Vgl nur U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 6 Rz 1 mwN. Als Korrektiv für eine unangemessene Kapitalisierung käme aber eine Durchgriffshaftung in Betracht.

nicht die ideale, aber praktisch wohl die bestmögliche Lösung, um einerseits die investitionsfördernden Effekte der Haftungsbeschränkung zu bewahren, ohne andererseits eine unbeschränkte Risikoüberwälzung auf die Gesellschaftsgläubiger zu ermöglichen.¹⁵⁹⁰

Nimmt man nun wieder die Gläubiger in den Blick, so bewirkt die beschriebene „Disziplinierungswirkung“ des Eigenkapitals eine weitgehende Gleichschaltung der Gesellschafterinteressen mit den Gläubigerinteressen („Interessenkongruenz“).¹⁵⁹¹ Die Gesellschaftsgläubiger haben wie erwähnt ein Interesse daran, dass das Gesellschaftsvermögen sorgfältig verwaltet wird. Da die Gesellschafter außerhalb der Insolvenz aufgrund des aufzubringenden Haftkapitals im Vergleich zu den Gläubigern wie erwähnt sogar *unmittelbarer* betroffen sind, haben auch die Gesellschafter (umso mehr) ein Interesse an der sorgfältigen Verwaltung des (wirtschaftlich ihres) Gesellschaftsvermögens; insoweit geht das Gläubigerinteresse mW im Gesellschafterinteresse auf.¹⁵⁹² So-

Vgl dazu zB *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 6 Rz 3; *Aicher/S.-F. Kraus/Spendel* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 61 Rz 60 ff (Stand 01.12.2022). S dazu noch sogleich unten im Fließtext.

1590 Überzeugend *Bitter*, Durchgriffshaftung 199 ff; *ders* in *Scholz*, GmbHG¹³ § 13 Rz 67. Die Eigenkapitalisierung ist mE zumindest im Grundsatz insoweit alternativlos, als jedes andere Instrument (va eine erweiterte Durchgriffshaftung) die Risikoaversion der Gesellschafter wieder „aktivieren“ und so die ökonomische Daseinsberechtigung der Haftungsbeschränkung relativieren würde (ähnlich *Eidenmüller/Grunewald/Noack* in *Lutter*, Das Kapital 17 [31]). Gleiches gilt für eine *managerial liability* (s dazu schon Fn 1569). Die verbleibenden Möglichkeiten einer Externalisierung lassen sich feingesteuert durch punktuelle Durchgriffstatbestände (zB insb wegen des Eingehens überhöhter, unerlaubter Risiken, dh existenzgefährdender Maßnahmen) auffangen (vgl *Bitter*, Durchgriffshaftung 201 f; ähnlich *Roth*, ZGR 1986, 371 [379]).

1591 Vgl *Roth*, ZGR 1986, 371 (378); *Mankowski* in *Lutter*, Das Kapital 488 (502) mwN; ausf und instruktiv auch *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung 191 ff, der von „*Interessenkorrespondenz*“ und von einer „*dezentral gewinnorientierte[n] Unternehmensleitung*“ spricht; vgl auch *Paefgen* in *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG³ § 43 Rz 232 („*auf der grundsätzlichen Kongruenz von Gesellschafts- und Gläubigerinteressen beruhende[r] reflexive[r] Gläubigerschutz*“); *Koppensteiner*, wbl 1988, 1 (6); *Ch. Nowotny* in FS Semler 231 (237); *Rüffler*, JBl 2011, 69 (69); *Haas*, Geschäftsführerhaftung 28, 123 und *passim*; *Meyer*, BB 2008, 1742 (1743); *U. Torggler*, GesR II Rz 296, 302; vgl zur Gesellschaftsgründung auch *Hommelhoff* in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 53 (83 f).

1592 Vgl *Haas*, Geschäftsführerhaftung 18, wonach das Interesse der Gesellschaft an einer gedeihlichen und sorgfältigen Führung der Geschäfte idR auch das Gläubigerinteresse an einem sorgsamem Umgang mit den Ressourcen der Gesellschaft umfasst, weshalb das Gläubigerinteresse idR im Gesellschaftsinteresse aufgeht. So auch *Pöschke* in BeckOK GmbHG⁵⁷ § 43 Rz 5 mwN („*was gut für die Gesellschaft ist, verschlechtert nicht, sondern verbessert in aller Regel die Situation der Gläubiger*“); *Ziemons* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 7 mwN; zust wohl *Pucher*, GesRZ 2015, 174 (179). Vgl schon *K. Lehmann*, Das Recht der Aktiengesellschaften II (1904, Neudruck 1964) 272 iZm den qualifizierten Ersatzansprüchen gem § 241 Abs 3 dHGB 1897: „*Den meisten dieser Fälle gemeinsam ist die Verringerung des*

weit (und solange) die Kapitalbindung ausreichende Impulse auf das Risiko-profil der Gesellschafter setzt, agieren die Gesellschafter daher gleichsam als „Kuratoren“ der Gesellschaftsgläubiger, deren Interessen sie inzident (mit) wahren.¹⁵⁹³ Dieser Effekt hat nichts Altruistisches, vielmehr „instrumentalisiert“ der Gesetzgeber mit der Eigenkapitalisierung gewissermaßen den kalkulierten Eigennutzen der Gesellschafter für die Zwecke des (mittelbaren) Gläubigerschutzes.¹⁵⁹⁴ Indem die Gesellschafter nur ihre eigenen Interessen wahrnehmen, schützen sie, da sie wegen der Eigenkapitalisierung insoweit in eine ähnliche wirtschaftliche Position versetzt sind wie die Gesellschaftsgläubiger, mit diesen also „im selben Boot sitzen“, ¹⁵⁹⁵ auch gleichzeitig die Gläubiger mit. Die beschriebene Disziplinierungswirkung der zwingenden Eigenkapitalisierung, die den Gläubigern mittelbar zugutekommt, ist auch nicht etwa ein bloßer Reflex, sondern das erklärte Ziel des gesetzlichen Kapitalsystems.¹⁵⁹⁶ In Bezug auf die jeweilige Zielsetzung ist wieder zwischen den einzelnen Elementen dieses Schutzsystems zu unterscheiden:

Das feste Kapital (dh die Kapitalaufbringung und -erhaltung) ist – ursprünglich dem Minderheitenschutz dienend¹⁵⁹⁷ – gleichsam die Grundvoraussetzung für kapitalbezogenen Gläubigerschutz als Korrektiv für die ausgeschlossene Gesellschafterhaftung. Wäre die Kapitalisierung aus Sicht der Gläubiger unsicher, müssten diese (sofern überhaupt möglich)¹⁵⁹⁸ als Ausgleich anderweitige (zB persönliche) Sicherheiten von den Anteilseignern verlangen.¹⁵⁹⁹ Eine verbindliche (ausreichende) Eigenkapitalisierung kann solche alternativen

Gesellschaftsvermögens auf Kosten der Gläubiger. Das Gesetz sucht gerade den Punkt zu treffen, wo das Interesse der Gläubiger am unmittelbarsten berührt ist.“

1593 Instrukтив Mankowski in Lutter, Das Kapital 488 (502) mwN, nach dem die Anteilseigner durch das Festkapital zu „Interessenvertreter[n] der Gesellschaftsgläubiger“ werden. Dasselbe gilt grundsätzlich auch im Verhältnis der Gesellschaftermehrheit zur Gesellschafterminderheit (vgl zur Interessengleichrichtung durch die gemeinsame Beteiligung als innere Rechtfertigung des Mehrheitsprinzips nur *Fastrich*, Funktionales Rechtsdenken 20 ff).

1594 S auch zur Organhaftung noch bei Fn 1643.

1595 Dieses Bild verwendet (im Verhältnis Mehrheit – Minderheit) *Fastrich*, Funktionales Rechtsdenken 20 ff.

1596 Vgl auch *Roth*, ZGR 1986, 371 (378), der die Vermögensausstattung und die Interessengleichschaltung mit den Gläubigern als Zielsetzung hinter dem ausgefeilten Instrumentarium von Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung sieht. Vgl auch *U. Torggler*, GesR II Rz 296, wonach das Eigenkapital der Verhaltenssteuerung und damit indirekt dem Gläubigerschutz dient. Vgl auch *dens* in *U. Torggler*, GmbHG § 6 Rz 1. Man könnte mE auch sagen, dass der Gesetzgeber das Eigeninteresse der Gesellschafter für Zwecke des Gläubigerschutzes instrumentalisiert (s auch Fn 1631). Vgl auch *Fastrich* in *Noack et al*, GmbHG²³ § 13 Rz 40. AA und für den bloßen Reflex eines eigentlich intendierten Gesellschafterschutzes *Thomale*, JBl 2021, 83 (87 f).

1597 Vgl nur *Lutter* in *Lutter*, Das Kapital 1 (2).

1598 S oben bei Fn 1564.

1599 Vgl zur Wechselwirkung von Festkapital und vertraglichen Schutzmechanismen etwa *Mankowski* in *Lutter*, Das Kapital 488 (504 ff) mwN; allg etwa *Easterbrook/Fischel*, Structure 50 ff; vgl auch *Thomale*, JBl 2021, 83 (87) mwN in Fn 182.

Sicherheiten substituieren und gleichsam als „Preis“ dafür begriffen werden, dass die Gläubiger im Übrigen auf eine individuelle Haftung der Anteilseigner verzichten. Das Systemelement „Mindestkapital“ baut auf dem Festkapital auf und schreibt (idealiter) einen Kapitalbetrag vor, der gemessen am individuellen Betriebsrisiko des Unternehmensgegenstands ausreichend ist. Dadurch soll das Mindestkapital (zumindest theoretisch) die Entstehung von Gesellschaften verhindern, die schon von Anfang an unterkapitalisiert sind.¹⁶⁰⁰ Ein gesetzlich-zentralisiert vorgeschriebenes Mindestkapital hätte außerdem wohl – zumindest theoretisch – auch den Vorteil, dass es den Gläubigern die individuelle Risikobeurteilung abnehmen würde. Diese Regelungsziele können freilich nur eingeschränkt erreicht werden, weil das Gesetz (aus pragmatischen Gründen) für alle Gesellschaften ein einheitliches Mindestkapital normiert.¹⁶⁰¹ Soweit das gesetzliche Mindestkapital zu gering ist für das individuelle Unternehmensrisiko, erübrigt es nicht die Obliegenheit der Gesellschafter, ein (höheres) risikoadäquates Kapital bereitzustellen. Die (insoweit bewusste) teilweise Unzulänglichkeit der gesetzlichen Typisierung wird zum einen dadurch verstärkt, dass das historische Mindestkapital (der Lit zufolge) nicht an die Inflation angepasst worden ist;¹⁶⁰² zum anderen geht der Trend in jüngerer Zeit hin zu einer sukzessiven Verringerung des (zunehmend auch kategorisch kritisch betrachteten) Mindestkapitals.¹⁶⁰³ Daher wird das Mindestkapital heute vielfach nur noch als „Seriositätsschwelle“ verstanden.¹⁶⁰⁴ Die Diskussion um das Mindest-

1600 Vgl zu den Funktionen des Mindestkapitals etwa *Blaurock* in FS Raiser 3 (8 ff); *Pentz/Priester/Schwanna* in *Lutter*, Das Kapital 42 (45 ff). Vgl idZ auch AmltBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3734: „*Um die Entstehung einer Ueberzahl unbedeutender und ungenügend fundirter Gesellschaftsbildungen zu verhüten, und um ein gewisses Interesse der Theilnehmer an den Schicksalen des gemeinsamen Unternehmens zu gewährleisten, erscheint es geboten, sowohl für das Stammkapital der Gesellschaft, als für die Einlagen der einzelnen Gesellschafter einen Mindestbetrag gesetzlich festzusetzen. In beiden Beziehungen wird jedoch nicht mehr gefordert werden dürfen, als zur Sicherung der bezeichneten Zwecke notwendig ist.*“ (vgl auch schon aaO 3729). Vgl auch EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 58, wonach es nachteilig wäre, „*wenn eine Überzahl unbedeutender und ungenügend fundierter Gesellschaften entstehen würde, die den Keim des Unterganges von Anfang an in sich tragen und bei denen ein hinreichendes Interesse der Theilnehmer an dem Unternehmen nicht wacherhalten werden kann.*“

1601 Der Gesetzgeber hat bewusst von einem für den Einzelfall adäquaten Mindestkapital abgesehen, weil die GmbH „*den verschiedenartigsten, nicht einmal notwendig an dauernde Betriebsanlagen irgend welcher Art gebundenen Unternehmungen dienen soll*“ (EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 57 f). Vgl ebenso schon AmltBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3729.

1602 Vgl nur *Eidenmüller/Grunewald/Noack* in *Lutter*, Das Kapital 17 (34); *Grigoleit*, *Gesellschafterhaftung* 193 ff; *Ziemons*, *Haftung der Gesellschafter* 67; für Österreich *Kleinszig/Olechowski*, *GES* 2023, 61 (64).

1603 Vgl zur Entwicklung der historischen (umgerechneten) Beträge seit der Stammfassung etwa *Kleinszig/Olechowski*, *GES* 2023, 61 ff.

1604 Vgl etwa jew mwN *Eidenmüller/Grunewald/Noack* in *Lutter*, Das Kapital 17 (19); *Eidenmüller* in FS Heldrich 581 (593); *Lutter* in *Lutter*, Das Kapital 1 (3 ff); *Pentz/*

kapital und seine Legitimation soll hier aber nicht vertieft werden.¹⁶⁰⁵ Hier ist nur darauf hinzuweisen, dass die Gesellschafter ein Haftungsrisiko treffen kann, wenn sie darauf hinwirken, dass die Gesellschaft mit einer unzureichenden Kapitalausstattung (weiter)wirtschaftet. Nach (wohl zutr) hM¹⁶⁰⁶ ist zwar

Priester/Schwanna in *Lutter*, Das Kapital 42 (51 f); *Guntermann*, Haftungsbeschränkung 249 ff; *Felzl/Aicher* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 4 Rz 25 (Stand 01.11.2018); *U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 6 Rz 1; *van Husen* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 6 Rz 4/9 (Stand 01.05.2023); *Tebben/Kämper* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ § 7 Rz 3.

- 1605 Dazu etwa *Lutter* (Hrsg), Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, ZGR Sonderheft 17 (2006); *Straube/Ratka* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG Einführung Rz 36 ff mwN (Stand 01.08.2020). Vgl iZm den rezenten Reformbestrebungen in Österreich (Stichwort „Austrian Limited“/„FlexCo“; GesRÄG 2023) etwa *Walter Doralt et al*, Austrian Limited: Die Pläne zur flexiblen Kapitalgesellschaft und die Reform des Gesellschaftsrechts, GesRZ 2021, 120 (128 ff); *J. Reich-Rohrwig/Ph. Kinsky/S.-F. Kraus*, Austrian Limited insb 54 ff.
- 1606 Der BGH hat diesem Durchgriffstatbestand in der „GAMMA-Entscheidung“ eine deutliche Absage erteilt (vgl BGH 28.04.2008, II ZR 264/06 BGHZ 176, 204 [212 ff]); dazu zB auch *Altmeyen* in *Altmeyen*, GmbHG¹¹ § 13 Rz 143. Eine eindeutige Stellungnahme des OGH fehlt bislang (näher mwN *Aicher/S.-F. Kraus/Spendel* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 61 Rz 60 [Stand 01.12.2022]). Abl auch die hL, die mit dem BGH anstelle eines Durchgriffs eine Haftung wegen vorsätzlich sittenwidriger Schädigung nach § 826 BGB propagiert (vgl zB *Fastrich* in *Noack et al*, GmbHG²³ § 13 Rz 47; *Altmeyen* in *Altmeyen*, GmbHG¹¹ § 13 Rz 145 ff; *Raiser* in *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG³ § 13 Rz 134 ff; zur AG etwa *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 1 Rz 19 mwN. AA und für eine Durchgriffshaftung *Bitter* in *Scholz*, GmbHG¹³ § 13 Rz 143 ff mwN, der die Haftung wegen Unterkapitalisierung als Unterfall der sog Existenzvernichtung durch „Existenzgefährdung“ einordnet [aaO Rz 147 mwN]; *Lieder* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ § 13 Rz 415 und *passim*; referierend mwN *Merkt* in *MüKo GmbHG*⁴ § 13 Rz 360). Ein Teil der öL bejaht eine Durchgriffshaftung (insb *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 61 Rz 35; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 48 Rz 12 ff; s auch *Winkler/Gruber* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 61 Rz 73), die Gegenansicht zieht eine Haftung gem § 1295 Abs 2 ABGB vor (*Harrer*, Haftungsprobleme 167 ff; *U. Torggler*, JBl 2006, 85 [89]; *ders*, GesR II Rz 558; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/993; *Artmann/Karollus* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 48 Rz 17). Vgl zum Meinungsstand *Aicher/S.-F. Kraus/Spendel* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 61 Rz 60 ff (Stand 01.12.2022) mwN; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 61 Rz 20. Das mE entscheidende Argument gegen eine Durchgriffshaftung wegen (qualifizierter materieller) Unterkapitalisierung lässt sich wie folgt auf den Punkt bringen: Die Gesellschafter müssen bereits im Zeitpunkt ihrer Investitionsentscheidung, dh bei der Gesellschaftsgründung, Gewissheit darüber haben, welchen Kapitalbetrag sie aufbringen müssen, dh: wie viel sie maximal verlieren können. Nur wenn sie über das wirtschaftliche Risiko der geplanten Beteiligung Gewissheit haben, kann ihre natürliche Risikoaversion, die aus der (irrationalen) Angst vor einem Totalverlust resultiert, überwunden werden und sie können – volkswirtschaftlich erwünscht – zur Kapitalhingabe bewogen werden. Aus diesem Grund muss etwa auch eine (vereinbarte) Nachschusspflicht betragsmäßig beschränkt sein (§ 72 Abs 2 GmbHG; oder eine unbeschränkte Nachschusspflicht ein Abandonrecht vorsehen; vgl § 27 dGmbHG) und

eine Durchgriffshaftung wegen (qualifizierter materieller) Unterkapitalisierung abzulehnen,¹⁶⁰⁷ weil die Gesellschafter nicht verpflichtet sind, für eine dem (geplanten) Geschäftsrisiko angemessene Kapitalausstattung zu sorgen. Allerdings haften, wie unten¹⁶⁰⁸ noch auszuführen sein wird, die Geschäftsführer, wenn sie – gleichsam auf der anderen Seite der Gleichung – mit dem gegebenen (unzureichenden) Kapital ein im Verhältnis zu diesem überhöhtes Geschäftsrisiko eingehen und folglich auf Kosten der Gesellschaftsgläubiger spekulieren.¹⁶⁰⁹ Diese Haftung wegen einer Externalisierung von Risiken auf die Gläubiger fungiert als Korrektiv für die insoweit unzureichende Kapitalaufbringung und -erhaltung. Da es sich somit um *unmittelbaren* Gläubigerschutz handelt, ist die Organhaftung für die Gesellschaft insoweit nicht disponibel (dazu noch näher unten)¹⁶¹⁰. Aus diesem Grund können auch die Gesellschafter haften, wenn sie auf die Geschäftsführung dahingehend Einfluss nehmen, dass diese überhöhte (unerlaubte) Risiken eingeht (was manche als

eine mehrheitlich eingeführte (beschränkte) Nachschusspflicht bedarf der Zustimmung der Gesellschafter – all das soll die Vorhersehbarkeit des Beteiligungsrisikos im Investitionszeitpunkt sicherstellen (vgl dazu auch *S.-F. Kraus/Spendel*, wbl 2019, 65 ff, 131 ff). Auch bei der Ausfallhaftung (dazu näher *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 85 f) besteht mit den übrigen Stammeinlagen eine sichere Obergrenze (vgl schon *v Pitreich* in Verhandlungen des 31. DJT II [1912] 314 [327]; vgl auch *Ofner/Thorsch*, GmbHG [1907] Einl S 5 f). Die nötige Vorhersehbarkeit würde indes durch eine Durchgriffshaftung wegen Unterkapitalisierung vereitelt, weil es – iZm der anfänglichen Unterkapitalisierung – keinen betriebswirtschaftlichen Beurteilungsmaßstab für die Festlegung einer ausreichenden Kapitalausstattung gibt (vgl zB *Raiser in Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG³ § 13 Rz 135), sodass sich das nötige Kapital nicht verlässlich ermitteln ließe und die Gesellschafter stets eine „Nachzahlung“ wegen einer falschen Kapitalberechnung fürchten müssten. Bei der nachträglichen Unterkapitalisierung kommt es auf die Prognostizierbarkeit der nötigen Kapitalausstattung gar nicht primär an, weil der Haftungsbetrag hier definitionsgemäß nicht bei der Gründung, sondern naturgemäß erst im Nachhinein infolge von Veränderungen der Kapitalbasis feststehen kann. Die Gesellschafter müssen aber wie gesagt von Anfang an (dh bei der Gesellschaftsgründung) vorhersehen können, welchen Betrag sie aufgrund ihrer Beteiligung maximal verlieren können. Vgl dazu auch *Aicher/S.-F. Kraus/Spendel* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 61 Rz 61 (Stand 01.12.2022).

1607 Vgl *de lege ferenda* (als Alternative zum Kapitalschutz) *Gelter* in FS Nowotny 315 (340), nach dem man sich im Fall der Abschaffung des Kapitalschutzes wohl stärker einer *ex post* wirkenden Durchgriffshaftung (etwa wegen Unterkapitalisierung) zuwenden müsste; gleichsinnig *Eidenmüller/Grunewald/Noack* in *Lutter*, Das Kapital 17 (31); *Merkt/Spindler* in *Lutter*, Das Kapital 207 (214 f); zu dieser und anderen Alternativen auch *Blaurock* in FS Raiser 3 (17 f) mwN, wonach in den USA mangels Garantiekapitalregeln die Durchgriffshaftung wegen materieller Unterkapitalisierung eine ganz wesentliche Rolle spiele.

1608 S unten S 412 ff.

1609 Dazu noch näher unten bei Fn 1660. Vgl hier einstweilen nur *Bitter* in *Scholz*, GmbHG¹³ § 13 Rz 163 f; *Altmeppen* in *Altmeppen*, GmbHG¹¹ § 13 Rz 148 ff.

1610 S 412 ff.

einen Fall der Existenzvernichtung einordnen)¹⁶¹¹.¹⁶¹² Nicht das Unterlassen einer ausreichenden Kapitalausstattung begründet die Haftung, sondern – gleichsam als Kehrseite desselben Phänomens¹⁶¹³ – das Eingehen von im Verhältnis zum gegebenen Kapital überhöhten Risiken. Die ausreichende Kapitalausstattung kann so zumindest mittelbar zu einer Haftung führen, jedoch ohne – im Gegensatz zur Unterkapitalisierungshaftung – die Risikobereitschaft der Gesellschafter zu beeinträchtigen.¹⁶¹⁴ Die Kapitalausstattung kann dann immerhin als Obliegenheit begriffen werden: Die Gesellschafter müssen zwar nicht für ausreichend Kapital sorgen, aber wenn sie es nicht tun, haben sie wegen des niedrigeren implizit „erlaubten Risikos“ eben einen kleineren Geschäftsradius, dessen Überschreitung zu einer indisponiblen Organhaftung und uU auch zu einer Gesellschafterhaftung führt.¹⁶¹⁵ Durch die Haftung

1611 Vgl nur *Bitter in Scholz*, GmbHG¹³ § 13 Rz 163 f mwN zu dieser Einordnung, nach dem es zwei Fallgruppen der Existenzvernichtung gebe, einerseits nämlich die Existenzvernichtung durch Eingriffe und andererseits die Spekulation auf Kosten der Gläubiger wegen mangelnder Risikobeteiligung der Gesellschafter. Vgl auch *Raiser in Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG³ § 13 Rz 158.

1612 Vgl auch *Altmeyen in Altmeyen*, GmbHG¹¹ § 13 Rz 149 f; s auch die Nw in der vorigen Fn und BGH 13.12.1993, II ZR 89/93 (dazu *Bitter in Scholz*, GmbHG¹³ § 13 Rz 145).

1613 Vgl nur *Bitter in Scholz*, GmbHG¹³ § 13 Rz 145 mwN. In der Tat scheint es sich um dasselbe Phänomen aus zwei verschiedenen Blickwinkeln zu handeln, nämlich um die Überschreitung des durch den Kapitalbestand implizit vorgegebenen „erlaubten Risikos“. Je nach gewähltem Bezugspunkt (Kapital oder Risiko) stellt sich dieses Phänomen als Unterkapitalisierung dar (angesichts des gegebenen Risikos) oder als Risikoüberschreitung (angesichts des gegebenen Kapitals).

1614 Die Gesellschafter haften nämlich nur, wenn sie sich in die Geschäftsführung einmengen (vgl zu den Haftungsvoraussetzungen iZm der Insolvenzverschleppungshaftung nur *Aicher/S.-F. Kraus/Spendel in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 61 Rz 49 ff [Stand 01.12.2022]). Es ist Aufgabe der Geschäftsführer, laufend das Verhältnis von Kapitalausstattung und (geplantem) Geschäftsrisiko zu beurteilen und die Gesellschafter darüber zu informieren (vgl nur RIS-Justiz RS0059491). Die Gesellschafter sind nicht zur Überwachung der Geschäftsführung verpflichtet (*Aicher/S.-F. Kraus/Spendel in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 61 Rz 51, 61 [Stand 01.12.2022]). Unter diesen Voraussetzungen ist die Haftung für die Gesellschafter vorhersehbar und unter dem Aspekt der nötigen Risikobereitschaft zumutbar. Soll die volkswirtschaftlich gewünschte Risikobereitschaft nicht auf Organebene wieder vereitelt werden, muss freilich auch für die Organmitglieder die (im Gläubigerinteresse indisponible) Haftung vorhersehbar sein. Das wird aber wohl zu bejahen sein, denn das Eingehen spekulativer Risiken auf Kosten der Geschäftsgläubiger wird wohl in aller Regel zugleich grob fahrlässig sein – und eine indisponible Haftung für grobes Verschulden beeinträchtigt nach der gesetzlichen Wertung (vgl § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG) nicht die nötige Risikobereitschaft der Organmitglieder (vgl nur AmtlBegr AktG 1937/1938 180 [abgedr auch bei *Klausing*, AktG 71] und dazu ausf oben S 288 ff). S dazu auch noch unten Fn 1665.

1615 Anders gesagt müssen die Gesellschafter zwar nicht die Kapitalausstattung an das Geschäftsrisiko anpassen (und Kapital nachschießen), aber die Geschäftsführer müssen sehr wohl das Geschäftsrisiko an die jew konkrete Kapitalausstattung an-

würde gewissermaßen der pauschaliert-präventive Gläubigerschutz in Form des Mindestkapitals durch einen situativ-repressiven Schutz durch eine (ausnahmsweise) Durchgriffshaftung substituiert.¹⁶¹⁶ Einzelheiten einer solchen (Gesellschafter-)Haftung können hier dahinstehen. Festzuhalten ist nur, dass das Gesetz in jedem Fall eine Externalisierung von (überhöhten) Geschäftsrisiken auf die Gesellschaftsgläubiger verhindern muss.¹⁶¹⁷ Das folgt nicht (nur) aus dem Postulat des Gläubigerschutzes, sondern vielmehr unmittelbar aus dem (volkswirtschaftlichen) Regelungsziel der institutionellen Haftungsbeschränkung selbst: Das primäre Ziel der Haftungsbeschränkung ist zwar die Schaffung eines Investitionsanreizes durch Überwindung der menschlichen Risikoaversion, dieses volkswirtschaftliche Ziel wird aber (auch dann) verfehlt, wenn die Anreizwirkung mangels ausreichender Korrektive in eine Risikoaffinität der Gesellschafter umschlägt. Soweit sich Verluste – wegen des unzureichenden Eigenkapitals und/oder überhöhten Risikos – nicht (zur Gänze) bei den Gesellschaftern, sondern bei den Gesellschaftsgläubigern auszuwirken drohen, erhalten die Gesellschafter nämlich einen Anreiz, auch volkswirtschaftlich unerwünschte Investitionsprojekte mit (insgesamt) negativem Erwartungswert zu verfolgen (dazu schon oben iZm der ausgeschlossenen Gesellschafterhaftung)¹⁶¹⁸. Auf der anderen Seite darf die korrigierende Gesellschafterhaftung – wie oben insb gegen eine Haftung aufgrund Unterkapitalisierung ausgeführt – auch nicht unvorhersehbar streng sein, denn andernfalls würde die Haftung zwar auf der einen Seite eine überbordende Risikoaffinität und Externalisierung von Risiken auf die Gläubiger verhindern, aber auf der anderen Seite durch unvorhersehbare Haftungsrisiken (wieder) die „ursprüngliche“ Risikoaversion der Gesellschafter heraufbeschwören. Geboten ist somit eine richtige Balance zwischen Risikoaversion und Risikoaffinität (idealerweise also Risikoneutralität). Die Einzelheiten einer (nötigen) korrigierenden Gesellschafterhaftung, insb die richtige Ausmessung ihrer Voraussetzungen, können und sollen an dieser Stelle aber wie gesagt nicht vertieft werden. Es soll das

passen, indem sie ihr Geschäftsrisiko entsprechend reduzieren, ggf ihren Unternehmensgegenstand ändern oder den Betrieb überhaupt einstellen (vgl zB *Altmeppen* in *Altmeppen*, GmbHG¹¹ § 13 Rz 148 ff). In diesem Zusammenhang ist auch zu erwähnen, dass bspw das Vereinsrecht keine Vorschriften zur Kapitalaufbringung und -erhaltung kennt, allerdings (dafür) die Haftung der Organwalter normiert, wenn diese schuldhaft „Vereinsvorhaben ohne ausreichende finanzielle Sicherung in Angriff genommen [haben]“ (§ 24 Abs 2 Z 2 VerG).

1616 Vgl idZ etwa *Blaurock* in FS Raiser 3 (18): Verzichtet man auf das Mindestkapital, bedürfe es eines anderen Gläubigerschutzkonzepts als Korrelat. Vgl auch die Nw in der vorigen Fn.

1617 Vgl auch *Bitter* in *Scholz*, GmbHG¹³ § 13 Rz 146, 163 und *passim* (der mit diesem Argument freilich eine Haftung wegen Unterkapitalisierung befürwortet, die er als Unterfall der Existenzvernichtungshaftung einordnet [aaO Rz 147 mwN]); ähnlich *Lieder* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ § 13 Rz 415; *Altmeppen* in *Altmeppen*, GmbHG¹¹ § 13 Rz 145 ff; *Raiser* in *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG³ § 13 Rz 134.

1618 S 382 ff.

abschließende Resümee genügen, dass es im System des mittelbaren Gläubigerschutzes qua Gesellschafterdisziplinierung jedenfalls eines Korrektivs bedarf, zumal bei (neuerdings sehr) großzügigen Anforderungen an die Kapitalausstattung.

Interessanter als das Mindestkapital ist für die vorliegende Untersuchung ohnedies der Mindestbetrag der einzelnen Einlagen (dh die maximale Stückelung des Gesamtnennkapitals). Dadurch sollen nämlich die Gesellschafter, wie oben beschrieben, im Umgang mit dem Gesellschaftsvermögen (das den Gläubigern allein zur Verfügung steht) diszipliniert und auf das Gesellschaftsinteresse (und damit auf das Gläubigerinteresse) verpflichtet werden.¹⁶¹⁹ Die Gesetzesmaterialien machen diese Zielsetzung deutlich:¹⁶²⁰ Nach der AmtlBegr

1619 Vgl auch die Nw in Fn 1596.

1620 Schon die Motive zum ADHGB 1884 (AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 418 ff) begründen die Mindesteinlage (auch) mit dem Interesse der Anteilseigner an ihrer Investition (und damit den Geschicken der Gesellschaft). Allerdings zielte diese Anreizsetzung damals noch nicht auf den Gläubigerschutz, sondern hatte zunächst ausschließlich den Anlegerschutz im Auge (vgl AmtlBegr aaO 418; aus der Lit etwa *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 144 f, 148; *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 38, 77; *Hommelhoff* in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 53 [83 f]; auch schon die Nw in Fn 444). Der Mindestbetrag der Aktien hatte im ADHGB 1884 vornehmlich eine „Abschreckungsfunktion“ für unerfahrene Kleinanleger (AmtlBegr aaO 418 f). Der „kleine Mann“ (sic) sollte davor bewahrt werden, „[d]as kleine Kapital, mühsam erworben, vielleicht die einzige Ersparniß langjähriger Arbeit“, mangels dafür erforderlicher Fähigkeiten durch Aktienspekulation zu verlieren. Zugleich sollten die erhöhten Nominalbeträge bewirken, dass „auch der Wohlhabende, wegen der größeren Summe, die er wagt, vor der Anlage umsichtiger das Unternehmen prüfe und als Aktionär sich reger an den Vorgängen der Gesellschaft betheilige.“ Denn „[j]e empfindlicher das Interesse des Einzelnen von dem Gedeihen oder Nichtgedeihen des Unternehmens berührt wird und je mehr sich durch Verringerung der Theilhaberzahl der Einzelne auf sich selbst angewiesen sieht, desto mehr werden die Generalversammlungen aufhören, eine leere Formalität oder gar in den Händen einiger Weniger zu sein, die zu selbstsüchtigen Zwecken gleichgültige oder leicht zugängliche Stimmen der Mehrzahl sich zu verschaffen wissen.“ Insoweit hatte der Gesetzgeber vielleicht auch einen Minderheitenschutz vor Augen. Weiters seien die erhöhten Aktienbeiträge und die daraus folgende Verringerung der Aktionärszahl die Voraussetzung dafür, dass jedem Aktionär ein Stimmrecht gewährt werden kann. Und schließlich sollten die erhöhten Aktienbeträge auch (was wohl mit der Steigerung des Aktionärsinteresses am Unternehmen zusammenhängt) Missbräuchen bei der Gründung („Agiotage“) entgegenwirken, weil sich die Gründer wegen der verringerten Aktionärszahl nur an solche Anleger halten könnten, „welche ihr Interesse nicht in dem Erwerbe der Aktien um des Umsatzes willen suchen, sondern aus wirthschaftlichen Gründen dem Unternehmen ein Interesse entgegenbringen.“ Demgemäß diene die Kapitalaufbringung primär dem Anlegerschutz. Die Gläubigerinteressen wurden freilich reflexiv mitgeschützt (*Kalss/Burger/Eckert* aaO 145). Originär dem Gläubigerschutz diene nach damaliger Auffassung (nur) die Kapitalerhaltung, dh in einem Stadium, in dem Anlegerinteressen keine Rolle mehr spielten (vgl Art 241 Abs 3 ADHGB 1884). Die Erhaltung von Kapital zum Schutz der Gläubiger setzt allerdings notwendiger-

zum dGmbHG soll die Mindesteinlage „*ein gewisses Interesse der Theilnehmer an den Schicksalen des gemeinsamen Unternehmens [...] gewährleisten*.“¹⁶²¹ Dementsprechend soll auch die Erstattungspflicht der Gesellschafter (§ 31 dGmbHG; vgl § 83 öGmbHG), die als Korrelat des Kapitalschutzes fungiert, „*dazu beitragen [...], die Verbindung der Gesellschafter mit der Gesellschaft fester zu gestalten, denn jeder einzelne Theilnehmer erhält dadurch ein besonderes Interesse, persönlich auf solide Geschäftsführung und vorsichtige Aufstellung der Bilanzen hinzuwirken*.“¹⁶²² Auch die EBRV des öGmbHG betonen ganz ähnlich, dass unterhalb einer bestimmten Kapitalisierung „*ein hinreichendes Interesse der Theilnehmer an dem Unternehmen nicht wachgehalten werden kann*“.¹⁶²³

Die beabsichtigte Verhaltenssteuerung setzt freilich voraus, dass der Verlust des eingesetzten Kapitals den (typischen) Anteilseignern „weh tut“, denn

weise voraus, dass dieses Kapital zuvor aufgebracht worden ist; zumindest mittelbar diene daher wie gesagt auch die Kapitalaufbringung dem Gläubigerschutz. Ab der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts (dh insb mit den GmbH-Gesetzen von 1892 [Deutschland] und 1906 [Österreich]) trat schließlich auch bei der Kapitalaufbringung zunehmend die Gläubigerschutzkomponente in den Vordergrund. Die institutionelle Haftungsbeschränkung war jedenfalls bei der GmbH keine praktische Notwendigkeit mehr, um das Kapital der breiten Bevölkerung anzusprechen, weshalb dieser überkommene Grundsatz nun auch unter dem Aspekt des Gläubigerschutzes kritisch gewürdigt neu bewertet wurde.

1621 AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3734 Isp (Hervorhebungen durch den Verf). Die zuerst genannte Zielsetzung („*Um die Entstehung einer Ueberschuldung unbedeutender und ungenügend fundirter Gesellschaftsbildungen zu verhüten*“ [s auch Fn 1600]) bezieht sich wohl auf das Mindestkapital („*[...] erscheint es geboten, sowohl für das Stammkapital der Gesellschaft, als für die Einlagen der einzelnen Gesellschafter einen Mindestbetrag gesetzlich festzusetzen*“).

1622 AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3745. Auch in der Begründung zur dGmbHG-Novelle 1980 (vgl BT-Drs 8/3908 S 69 Isp) wird (referierend) ausgeführt, dass es bei dem Mindeststammkapital nicht so sehr um Gläubigerschutz in dem Sinne gehe, dass die Haftungsmasse im Fall des Konkurses vergrößert werde; vielmehr habe die Anhebung des Mindestkapitals (nicht aber auch der Mindesteinlagen!) „*eine erzieherische Funktion*“: „*Es fördere das verantwortungsbewusste Wirtschaften, wenn dieses mit einem spürbaren eigenen Risiko verbunden sei. Es sei zu erwarten, daß der verlangte erhöhte Einsatz den einzelnen dazu veranlassen werde, das Risiko einer Unternehmung genauer abzuschätzen*.“

1623 EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 58 (Hervorhebung durch den Verf). Die EBRV zum öGmbHG differenzieren insoweit nicht scharf zwischen dem Mindestkapital und der Mindesteinlage (s den zit Passus in Fn 1600), meinen aber dasselbe wie die AmtlBegr zum dGmbHG, die sie fast wortgleich wiedergeben. Vgl idZ auch EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904: Den Einwänden gegen die beschränkte Haftung, „*daß es den Risikobetrieb mehrt, das Interesse an dem Gedeihen und Bestande des betriebenen Unternehmens dagegen mindert und den Gläubiger vielfach in eine üble Lage versetzt als den Schuldner*“ hielten die Gesetzesverfasser des öGmbHG entgegen, „*daß, wer einmal sein Kapital bewirtschaftet, in der Regel dasselbe leisten wird, ob er für das ganze oder nur für einen Teil tätig ist*.“

nur dann wirkt die Vermögensbindung im oben beschriebenen Sinne disziplinierend. Ein solcher Effekt könnte allerdings zumindest nach der heutigen Rechtslage durchaus bezweifelt werden, zumal für die deutsche GmbH (Mindeststammeinlage von mittlerweile¹⁶²⁴ nur noch einem Euro) und für die Aktiengesellschaft (detto).¹⁶²⁵ An dieser Stelle kann jedoch nicht weiter untersucht werden, ob die (ursprüngliche)¹⁶²⁶ Zielsetzung der Mindesteinlage heute noch erreicht wird (s noch sogleich), ob dieses Ziel (wie beim Mindestkapital) allenfalls ergänzend durch andere Mittel erreicht wird (zB durch eine punktuelle Durchgriffshaftung)¹⁶²⁷ und wie ggf eine Reform auszusehen hätte. Die vorliegende Untersuchung geht im Folgenden vielmehr von der (immer noch geltenden) Konzeption des Gesetzes aus, wonach die zwingende Eigenkapitalisierung im Allgemeinen als Korrektiv für die ausgeschlossene Gesellschaftshaftung („Haftungsbeschränkung“) dem Gläubigerschutz dient und die gesetzliche Mindesteinlagen im Besonderen die Anteilseigner (mittelbar im Gläubigerinteresse) im Umgang mit dem Gesellschaftsvermögen disziplinieren sollen. Zumindest faktisch dürfte dies ohnedies regelmäßig (noch immer) der Fall sein, weil die meisten Gesellschaften mit den Mindesteinlagen (und dem Mindestkapital) nicht das Auslangen finden werden und daher die von den Gläubigern allenfalls zusätzlich verlangten (Personal-)Sicherheiten eine Disziplinierungswirkung herstellen dürften.¹⁶²⁸

1624 Zur Rechtsentwicklung etwa *Schwandtner* in MüKo GmbHG⁴ § 5 Rz 4 ff.

1625 Gleiches gilt (Stand November 2023) für die geplante neue Rechtsform „FlexCo“/„FlexKapG“ (s dazu 276/ME 27. GP und oben Fn 1574).

1626 Vgl zu den historischen (effektiv deutlich höheren!) Beträgen *Kleinszig/Olechowski*, GES 2023, 61 ff. So entspräche die Mindesteinlage von 500 Kronen bei der Einführung der GmbH im Jahr 1906 (§ 6 Abs 1 GmbHG in der Stammfassung) heute rd 3.900 Euro. Dadurch versuchte der Gesetzgeber, „nicht leistungsfähige und unerfahrene Personen von der Beteiligung fern zu halten“ (EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 59).

1627 S dazu schon oben bei Fn 1606 ff.

1628 Außerdem dürfte es weder in der AG noch (umso weniger) in der (realiter personalistischen) GmbH (schon wegen der Hälfteklausel) typischerweise *nur* Anteilseigner geben, die bloß die Mindesteinlage übernommen haben, insoweit annahmegoß „wenig zu verlieren“ haben und an spekulativen Risiken interessiert sind (dabei kommt es wohl auch nicht auf eine kontrollierende Mehrheit an, weil das Eingehen überhöhter Risiken wohl idR auch treuwidrig ist und ein derartiger Beschluss, um wirksam zu sein, von allen Gesellschaftern gebilligt werden müsste). Im Übrigen werden die Gesellschafter jedenfalls nach Entstehung eines Ersatzanspruchs kein Interesse an einem Verzicht oder Vergleich haben, auch wenn der Schaden durch das Eingehen eines spekulativen Risikos entstanden ist, das sie *ex ante* gebilligt haben (oder hätten). Auswirken könnte sich ein dysfunktionaler Risikoanreiz allenfalls bei der Erteilung von Weisungen im Vorhinein. In der AG ist solches aber ohnedies (zumindest auf Initiative der HV) gesetzlich ausgeschlossen (vgl § 103 Abs 2 AktG). Und im Übrigen werden auch die Geschäftsleiter (in der GmbH), wenn sie von den Gesellschaftern angewiesen werden, wenig Interesse daran haben, die Existenz der Gesellschaft durch das Eingehen überhöhter Risiken aufs Spiel zu setzen (wobei

Die soeben skizzierten Zielsetzungen des Mindestkapitals und der Mindesteinlage werden schließlich abgesichert durch die Pflicht zur Mindesteinzahlung, die (zumindest teilweise) für die tatsächliche Aufbringung des Betriebskapitals sorgt und den Anteilseignern die „Ernstlichkeit“ ihrer Einlagepflicht vor Augen führen soll.¹⁶²⁹

Die Disziplinierungswirkung auf Gesellschafterebene setzt sich auch auf Organebene fort: Soweit die Gesellschafter nicht ohnehin selbst Organfunktionen ausüben (Selbstorganschaft), bestimmt die Disziplinierungswirkung auch, wie sie auf ihre (Fremd-)Organe einwirken.¹⁶³⁰ So werden die Gesellschafter wegen des investierten Eigenkapitals typischerweise einen intrinsischen Anreiz haben, nicht grundlos auf Ersatzansprüche gegen Organmitglieder zu verzichten oder durch Weisung (oder sonstige wirkungsgleiche Dispositionen) die Entstehung von Ersatzansprüchen von vornherein auszuschließen.¹⁶³¹ Dadurch

eine solche Weisung ohnehin nichtig wäre und außerdem uU auch die Gesellschafter eine Haftung wegen Existenzgefährdung riskieren). Im Gegensatz zu den Gesellschaftern profitieren die Organmitglieder nämlich typischerweise nicht (vergleichbar) am Gewinn, müssen aber allenfalls eine Haftung fürchten. Dasselbe könnte uU auch im Fall einer (überbordenden) Haftungsbeschränkung *ex ante* gelten (dazu unten S 630 ff bei Fn 2589).

In jedem Fall wäre die Annahme, der gesetzliche Sorgfaltsmaßstab und die gesamte Bandbreite der Organhaftung wäre originär (unmittelbar) im Gläubigerinteresse angeordnet und daher für die Gesellschaft indisponibel, belastbare Anhaltspunkte dahingehend erfordern, dass die (gesetzlich intendierte) disziplinierende Anreizwirkung auf Gesellschafterebene nicht (mehr) gewährleistet ist (und zwar auch nicht – insoweit systemimmanent – durch eine punktuelle Durchgriffshaftung als „disziplinierendes Surrogat“). Da solche Anhaltspunkte jedoch nicht in Sicht sind und hier auch nicht empirisch überprüft werden können, ist (weiterhin) davon auszugehen, dass das gesetzlich gewählte System eines mittelbaren Gläubigerschutzes *qua* Disziplinierung der Gesellschafter durch Vermögensbindung weiterhin aufrecht ist – und daraus auf Ebene der Organhaftung auch die entspr Schlüsse zu ziehen sind.

1629 Vgl AmltBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3735 rSp: „Um zu verhüten, daß die Gesellschaften ohne jedes greifbare Vermögen ins Leben treten, und um eine gewisse Garantie für die Ernstlichkeit der Betheilungen zu schaffen [...]“; EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 62: „Um jedoch die Ernstlichkeit der Beteiligung zu sichern und eine Umgehung des Zwecks zu verhindern, der mit der Festsetzung eines Mindestbetrages [...] verbunden wird [...]“. Aus der Lit etwa U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 10 Rz 2.

1630 Vgl hierzu AmltBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3745, wonach die Erstattungspflicht der Gesellschafter (§ 31 dGmbHG) „dazu beitragen muß, die Verbindung der Gesellschafter mit der Gesellschaft fester zu gestalten, denn jeder einzelne Theilnehmer erhält dadurch ein besonderes Interesse, persönlich auf solide Geschäftsführung [...] hinzuwirken.“

1631 Vgl idS bereits Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 218: „Erwägt man, daß die Geneigtheit der Gesellschaft, die Organe bei groben Pflichtwidrigkeiten in der Geschäftsführung, auch wenn sie nicht Gesetzes- oder Statutenwidrigkeiten sind, zu dechargiren, nicht zu präsumiren ist, so muß man die bloße Haftung des Vorstandes den Gesellschaftsgläubigern gegenüber für Gesetzes-

wird auch im Gläubigerinteresse Haftungsmasse geschaffen.¹⁶³² Die Einwirkung auf Organmitglieder, dh auch Dispositionen über deren Haftung, ist gleichsam die Fortsetzung der eigenen (disziplinierten) Risikoeinstellung der Gesellschafter. Soweit die Gesellschafter daher bei Haftungsdispositionen unter dem Einfluss der disziplinierenden Wirkung des Eigenkapitals stehen und demgemäß Interessenkongruenz besteht, sind auch die Gläubigerinteressen ausreichend gewahrt.¹⁶³³ Deshalb brauchen nur die Geschäftsführerpflichten iZm den Vorschriften der Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung genuin gläubigerschützende Funktion zu haben (§ 25 Abs 3 GmbHG). Die Einhaltung *dieser* Pflichten kann der Gesetzgeber nämlich nicht in die Obhut der Gesellschafter übertragen, weil die Gesellschafter gerade ein Interesse hätten, das Eigenkapital (wieder) an sich selbst auszukehren.¹⁶³⁴ Gleiches gilt für den Antrag auf Insolvenzeröffnung: Je geringer der Eigenkapitalstand wird, desto eher haben die Gesellschafter einen Anreiz, riskante Geschäfte einzugehen, weil sich die Vorteile bei ihnen selbst, die Nachteile aber (vorwiegend oder ausschließlich) bei

und Statutenverletzungen für ausreichend erachten.“ Vgl idS auch AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3745 (Fn 1621) „jeder einzelne Theilnehmer erhält dadurch ein besonderes Interesse, persönlich auf solide Geschäftsführung [...] hinzuwirken.“

1632 Vgl auch *Lindacher*, JuS 1984, 672 (673); *Haas*, Geschäftsführerhaftung 18; *Thomas*, Haftungsfreistellung 147.

1633 *Haas*, Geschäftsführerhaftung 18 mwN, 123; instruktiv *Mankowski* in *Lutter*, Das Kapital 488 (502) mwN (s schon Fn 1593); krit aber *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung 193 ff, wonach sich die Annahme einer natürlichen Interessenkorrespondenz als wenig tragfähig erwiesen habe. Zum einen hätten sich die Gesetzesverfasser nämlich bei der Konzeption der GmbH an einem pluralistischen Gesellschafterkreis orientiert, dessen interessenharmonisierende Wirkung mit der Gesellschafterzahl abnehme und bei Einpersonengesellschaften vollständig aufgehoben sei (s dazu in Fn 1659). Zum anderen habe man den Einfluss des Eigenkapitals auf Leitungsmaßnahmen der Gesellschafter überschätzt. Zwar befördere der eigene Kapitaleinsatz der Gesellschafter deren Interesse am wirtschaftlichen Erfolg der Gesellschaft und damit die Korrespondenz zwischen Gesellschafter- und Gläubigerinteressen, doch sei das Mindeststammkapital inflationsbedingt und durch unterbliebene Anpassungen entwertet worden (vgl auch *Ziemons*, Haftung der Gesellschafter 67). Zudem sei die disziplinierende Wirkung abhängig von der Geschäftsentwicklung; soweit das Eigenkapital durch Verluste aufgezehrt ist, entfalle auch die verhaltenssteuernde Wirkung (dazu noch unten bei Fn 1656).

1634 Vgl idS schon *K. Lehmann*, Das Recht der Aktiengesellschaften II (1904, Neudruck 1964) 271 f: „Soll das Vorstandsmitglied nur der Aktiengesellschaft gegenüber haften, so wäre die Generalversammlung in der Lage, durch einen Entlastungsbeschluß, den eine gefügige Mehrheit faßt, das Vorstandsmitglied auch von der Verantwortlichkeit für Verfehlungen gegen zwingende Gesetzesvorschriften zu befreien. Und in gewissen Fällen, wie bei Zurückzahlung von Einlagen, Auszahlung ungerechtfertigter Dividenden, würden die Aktionäre nicht bloß nachträglich solchen Entlastungsbeschluß fassen, sondern das Vorstandsmitglied geradezu zu solcher, sie auf Kosten der Gläubiger bereichernden Handlung möglicherweise anstiften.“

den Gläubigern auswirken (s noch sogleich unten)¹⁶³⁵. Insoweit verlaufen die Gesellschafter- und Gläubigerinteressen inkongruent (sogar konträr), weshalb die Geschäftsführer jeweils unmittelbar im Gläubigerinteresse tätig werden (müssen). Anders verhält es sich aber wie gesagt im übrigen Haftungsbereich: Die Gesellschafter haben, wie dargelegt, typischerweise sehr wohl ein Interesse daran, dass das Gesellschaftsvermögen nicht durch sorglose Geschäftsgebarung anderweitig (zB an Dritte) abfließt; insoweit besteht Interessenkongruenz und die Gesellschafter sind taugliche „Interessenwahrer“ für die Gesellschaftsgläubiger, weil sie mit ihnen im selben Boot sitzen. Deshalb werden die Geschäftsführer insoweit nicht unmittelbar für die Gläubiger tätig, sondern (weiterhin) primär für die Gesellschaft. Durch diese Binnensteuerung werden aufgrund der Disziplinierungswirkung mittelbar auch die Gesellschaftsgläubiger geschützt.¹⁶³⁶ Die Sorgfalts- und Haftpflicht der Geschäftsführer wurzeln also im Bereich der bloßen Geschäftsführung zwar in der Stellung als Verwalter des (fremden) Gesellschaftsvermögens für die Gesellschaft (nicht für die Gläubiger!)^{1637, 1638} sie kommt aber den Gläubigern mittelbar dadurch zugute, dass die Gesellschafter wegen ihrer Risikobeteiligung einen intrinsischen Anreiz zur Effektivierung des gesetzlichen Sorgfaltsniveaus haben.¹⁶³⁹ Außerhalb des Kapitalschutzes, im Bereich des § 25 Abs 2 GmbHG (insb „bloße“ Unternehmensleitung“), normiert der Gesetzgeber somit (nur) einen *mittelbaren* (abgeleiteten)

1635 S dazu schon oben Fn 1557 und noch unten bei Fn 1655.

1636 Vgl Haas, Geschäftsführerhaftung 18 mwN, wonach den Gläubigerinteressen durch dieses System der Binnensteuerung bzw Binnenverantwortung ausreichend Rechnung getragen ist.

1637 Vgl nur Heisse, Beschränkung 117; Frisch, Haftungserleichterung 230; Sandmann, Haftung 329; Fleischer in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 381 mwN.

1638 Vgl Lindacher, JuS 1984, 672 (673), wonach Primärzweck der Geschäftsführerhaftung der Schutz der Gesellschafter als Kapitaleigner sei; vgl auch Lohr, NZG 2000, 1204 (1209); aA Drygala in Lutter, Das Kapital 277 (278 ff); Zöllner, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden (1963) 41, wonach der mittelbare Gläubigerschutz die „originäre Aufgabe“ der Organhaftung sei; insoweit krit U. H. Schneider in FS Werner 795 (808); abl wohl auch Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 487; wie Zöllner aber wohl auch J. Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung 23, der der Organhaftung schlechthin eine im Gläubigerinteresse kapitalauffüllende Funktion zuschreibt, die er aus der (mE unzutreffend) Prämisse ableitet, dass sich § 25 Abs 5 und 7 GmbHG iSd hM auf alle Ersatzansprüche beziehe. Zust Told/Warto in Harter/Neumayr/Told, Organhaftung 3 (8).

1639 Von diesem Standpunkt aus gesehen ist der gesetzliche Sorgfaltsmaßstab (§ 25 Abs 1 GmbHG) gerade Ausdruck dessen, dass die Gesellschafter aufgrund ihrer Risikobeteiligung präsumtiv ein intrinsisches Interesse an einer derart sorgfältigen Verwaltung des Gesellschaftsvermögens haben. Treffend auch Davies, EBOR 7 (2006) 301 (304): „As far as strategic business decisions are concerned, therefore, creditors are de facto protected by the directors' shareholder-regarding duties, so long as the company has significant shareholder funds.“

Gläubigerschutz.¹⁶⁴⁰ Ein unmittelbarer Schutz ist nicht nötig.¹⁶⁴¹ Statt die Sorgfalts- und Haftpflicht der Geschäftsführer als im Gläubigerinteresse zwingend

1640 S schon die Nw in Fn 1638; allg *Koppensteiner*, wbl 1988, 1 (6) mit unzutr Verweis auf *Kutschera* (GesRZ 1982, 243 [248]), der sich mit dem „mittelbaren“ Schutz der Gläubiger nur auf die Haftungskonzentration des § 25 GmbHG bezieht; so auch *Ostheim* in *Korinek/Krejci*, Der Verein 117 (196); *U. Torggler*, GesRZ 2010, 185 (189); *ders*, GesR II Rz 296; *Duursma-Kepplinger* in *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Hdb GesR Rz 2968; *Thöni*, GesRZ 1987, 82 (92); *Honsell*, GesRZ 1984, 134 (136); *Rüffler*, JBl 2011, 69 (70); vgl auch *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 483, der darunter jedoch nur das Fehlen eines direkten Anspruchs der Gläubiger versteht. Für Deutschland *Paefgen* in *Habersack/Casper/Löbke*, GmbHG³ § 43 Rz 232 (Gläubigerschutz auf mittelbare Weise; auf grundsätzlicher Kongruenz von Gesellschafts- und Gläubigerinteressen beruhender reflexiver Gläubigerschutz [s auch Fn 1631; Fn 1643]). Vgl auch *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG⁵ § 43 Rz 5; *U. H. Schneider* in FS Werner 795 (808); *Haas*, Geschäftsführerhaftung 33 und *passim*; *dens*, WM 2006, 1417 (1418 und *passim*); *Pöschke* in BeckOK GmbHG⁵⁷ § 43 Rz 5 mwN; *Frisch*, Haftungserleichterung 229 (dürfte unbestritten sein); *Lohr*, NZG 2000, 1204 (1209), wonach der Gesetzgeber die Interessen von Gläubigern und Gesellschaftern unterschiedlich gewichte: Hinsichtlich § 43 Abs 3 dGmbHG stehen die Gläubigerinteressen im Vordergrund, bei § 43 Abs 2 dGmbHG die Gesellschafterinteressen; *Sturm*, GmbHR 2003, 573 (573); *Pelz*, RNotZ 2003, 415 (422), wonach die Gläubiger auch über § 43 Abs 3 dGmbHG hinaus ein wesentliches Interesse daran hätten, dass die GmbH mit der notwendigen Sorgfalt geführt wird, der Gesetzgeber die Interessen der Gläubiger aber nur im Rahmen des § 43 Abs 3 dGmbHG höher werte als die Interessen der Gesellschafter; *Thomas*, Haftungsfreistellung 147; vgl auch *Meyer*, BB 2008, 1742 (1743); *Kion*, BB 1984, 864 (867); vgl auch *Fleischer*, BB 2011, 2435 (2437), wonach der Gläubigerschutz durch Organhaftung in doppelter Hinsicht reflexiv ausgestaltet sei, nämlich durch die Haftungskonzentration und den Vorbehalt einer Gesellschaftsdisposition; anders möglicherweise *Drygala* in *Lutter*, Das Kapital 277 (280).

1641 Mittelbarer Schutz scheint mE auch schon deshalb vorzugswürdig, weil die zwingende Erhaltung von Ersatzansprüchen kraft Dispositionsbeschränkung gar nicht in jedem Fall vorteilhaft für die Gesellschaft (und damit mittelbar für die Gesellschafter und Gläubiger) sein kann. Die Gesellschafter sind als die *am unmittelbarsten* betroffene Interessenträger auch am besten geeignet, zu beurteilen, ob eine Maßnahme dem Wohl der Gesellschaft (und mittelbar der Gläubiger) dient (vgl hier nur *Janert*, BB 2013, 3016 [3019]; *Werner*, GmbHR 2014, 792 [796]; vgl [iZm dem Mehrheitsprinzip] auch *Fastrich*, Funktionales Rechtsdenken 20 f, nach dem die „Selbstbetroffenheit“ in der Privatautonomie immer noch der beste Garant für Sachgerechtigkeit sei, nicht die richterliche Vormundschaft; denn die Rsp wisse idR auch nicht besser, was im Gesellschaftsinteresse liegt, als die unmittelbar selbst betroffenen Gesellschafter). Für mittelbaren Schutz spricht auch, dass ein Gläubigerschutz durch indisponible Binnenhaftung nur dort gerechtfertigt wäre, wo die Haftungsbeschränkung eine besondere Gefahr im Vergleich zu natürlichen Personen eröffnet (vgl *Mand*, Geschäftsführerhaftung 127 ff). Erachtet der Gesetzgeber unter der Voraussetzung der Einhaltung von Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung aber Kapitalgesellschaften als natürlichen Personen „gleichwertig“, scheidet eine zwingende Innenhaftung aus, weil auch Gläubiger natürlicher Personen (Insolvenznähe ausgenommen) keinen Anspruch auf Unterlassung wirtschaftlicher

zu qualifizieren,¹⁶⁴² setzt der Gesetzgeber (schon) auf Gesellschafterebene entsprechende Anreize, den (disponiblen) Sorgfaltsmaßstab regelmäßig „aus eigenem Antrieb“ durchzusetzen. Treffend spricht *Paefgen*¹⁶⁴³ daher von einem „mittelbare[n] Gläubigerschutz durch Instrumentalisierung des Gesellschafterinteresses an der Organhaftung“.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass der Gesetzgeber als Ausgleich für die ausgeschlossene Gesellschafterhaftung ein strenges System von Kapitalschutzregeln vorsieht. Was die Geschäftsführer betrifft, sind nur die Pflichten und die Haftung iZm diesen Kapitalschutzvorschriften *unmittelbar* im Gläubigerinteresse angeordnet. Dem entspricht im System der Haftungskonzentration, dass sich die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG nur auf die entsprechenden Ersatzansprüche gem § 25 Abs 3 GmbHG beziehen.¹⁶⁴⁴ Im verbleibenden Bereich des § 25

Selbstschädigungen haben (vgl zu pflichtwidrigem Geschäftsführerhandeln als strukturelle Selbstschädigung der juristischen Person idZ *Mand*, Geschäftsführerhaftung 127). Auch den Gesellschaftern muss eine Selbstschädigung daher im Grundsatz erlaubt sein (vgl iZm der Entlastungswirkung von HV-Beschlüssen von *Falkenhausen*, NZG 2016, 601 [604] mwN). Vgl auch schon *K. Lehmann*, Das Recht der Aktiengesellschaften II (1904, Neudruck 1964) 269: „Im Falle bloß kulploser mangelhafter Geschäftsführung endlich wird zweifellos nur die Aktiengesellschaft verletzt. Kein Gläubiger hat das Recht darauf, daß um seinerwillen das Vorstandsmitglied die Geschäftsführung gehörig wahrnimmt. Hier ließe sich höchstens die Frage aufwerfen, wieweit der einzelne Aktionär berechtigt ist, in eigenem Namen oder für die Aktiengesellschaft gegen das Vorstandsmitglied aufzutreten.“ Zust *Staub/Pisko*, ADHGB I² (1908) Art 241 Anm § 7 (S 843): „Daß bloße kulpöse Geschäftsführung nur der Gesellschaft gegenüber zum Schadenersatz verpflichtet, kann als selbstverständlich angesehen werden (*Lehmann II*, S. 269).“ Vgl idZ auch EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 53: „Unsicherheit der Kreditverhältnisse und Mißbrauch des Kredites durch gewissenlose und frivole Verschleuderung fremder Kapitalien sind aber unter dem System der unbeschränkten Haftung ebenso denkbar und möglich, wie unter dem der beschränkten Haftung.“ Dagegen spricht schließlich auch nicht, dass natürliche Personen risikoaverser sind und dies mittelbar auch die Gläubiger schütze. Denn diese natürliche Risikoaversion hemmt das (erwünschte) Eingehen notwendiger unternehmerischer Risiken und soll durch die kapitalgesellschaftsrechtliche Haftungstrennung gerade überwunden werden.

1642 Das würde gerade implizieren, dass die gesetzlich intendierte Interessenkongruenz insoweit „nicht funktioniert“. Man müsste dem Gesetzgeber also Widersprüchliches unterstellen, würde man die Geschäftsführerpflichten und -haftung im Bereich der bloßen Geschäftsführung schlechthin als im Gläubigerinteresse zwingend qualifizieren (was einer umfassenden Anwendung der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf alle Ansprüche iSd hM entspräche).

1643 *Paefgen* in *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG³ § 43 Rz 232.

1644 Damit erübrigt sich aus teleologischer Perspektive auch, dass die indisponible Organhaftung, wie schon iZm aus systematisch-logischer Perspektive § 84 Abs 5 AktG erläutert, im Bereich bloßer Geschäftsführung nicht weiter als bis grobe Fahrlässigkeit reichen kann (vgl § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG). Hier genügen daher einige Notizen: Oben wurde iZm § 84 Abs 5 AktG schon erläutert, dass Organmitglieder zu einem

risikoarmen Management übergangen, wenn sie bis zur Verjährung allfälliger Ansprüche mit einer Geltendmachung durch die Gesellschaftsgläubiger rechnen müssten, weil die jährliche Entlastung keine Außenwirksamkeit entfaltet. Organmitglieder haben daher (wie schon das ROHG erkannte [Gutachten, abgedr. bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 217]) ein vitales Interesse an (jährlicher) Planungssicherheit. Aus teleologisch-ökonomischer Perspektive kann noch ergänzt werden, dass Geschäftsleiter wegen ihrer Risikoaversion denkbar schlechte Risikoträger sind (s. schon Fn 1570; Easterbrook/Fischel, 52 U.Chi.L.Rev. 89 [115]; Kübler in FS Heinsius 397 [406]). Das liegt zum einen an der mangelnden Diversifizierbarkeit des investierten „Humankapitals“ (vgl. dazu Adams, Eigentum 45; Nacke, Durchgriffshaftung 250 f; Fleischer, ZGR 2001, 1 [17 f]) und zum anderen an der Asymmetrie ihres Auszahlungsprofils (vgl. dazu Eckert/Grechenig/Stremitzer in Kalss, Vorstandshaftung 95 [112 ff]; Kalss/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 25 [28]; G. Wagner, ZHR 178 [2014] 227 [256 ff]). Deshalb würde etwa eine Erfolgshaftung (die der Gesetzgeber ohnedies ablehnt [AmtlBegr AktG 1937/1938 180; abgedr. auch bei Klausning, AktG 70 f]) dazu führen, dass Geschäftsleiter die Verluste des Unternehmens tragen würden, ohne an den Gewinnen beteiligt zu sein (Eckert/Grechenig/Stremitzer aaO 112; Kalss/Eckert aaO 29). Ihre rationale Strategie wäre dann nicht die Maximierung des Unternehmenswerts, sondern die Minimierung der erwarteten Verluste. Der investitionshemmende Effekt wäre noch stärker als bei Risikotragung durch die Gesellschafter ohne Haftungsbeschränkung (vgl. Bitter, Durchgriffshaftung 195; Fleischer, ZGR 2004, 437 [444]; Easterbrook/Fischel, Structure 100: „*Damages hurt risk-averse managers more than they help risk-neutral investors.*“). Das geltende Recht sieht freilich aus gutem Grund eine Verschuldenshaftung vor: Organmitglieder haften nur bei Verletzung der gesetzlich geforderten Sorgfalt. Der Hauptnachteil dieses Systems ist aber die Bestimmung des anzuwendenden Sorgfaltsmaßstabs und der nachträglichen richterlichen Überprüfung des schädigenden Verhaltens (Eckert/Grechenig/Stremitzer aaO 114). Es ist experimentell erwiesen, dass der Sorgfaltsmaßstab im Fall eines Verlusts nachträglich tendenziell zu hoch festgelegt wird. Allg. haben nachträgliche Beurteiler (hier: Richter) die Neigung, von einem eingetretenen Schaden (*ex post*) auf ein vorheriges Fehlverhalten (*ex ante*) zu schließen. Sie können das *post festum* erworbene Wissen bei ihrer (fiktiven) *ex-ante*-Beurteilung nicht ganz ausblenden (Eckert/Grechenig/Stremitzer aaO 106). Dieses (allg.) psychologische Phänomen nennt man „Rückschaufehler“ (*hindsight bias*). Vgl. Eckert/Grechenig/Stremitzer aaO 106 mwN. Krit. (referierend) iZm der Haftung für *omnis culpa* bereits Kommissionsbericht ADHGB 1884, in Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 5. Legislaturperiode, IV. Session 1884, 4. Band, Anlage 128 S. 1009 (1022): „*Der Vorstand solle nicht blos konservieren wie der Vormund, sondern er solle in schöpferischer Thätigkeit erwerben. Er müsse spekulieren, die Konjunktur des Augenblicks benutzen, und sich dann gefallen lassen, daß der Richter ex post prüfe, ob sein Kalkül richtig gewesen sei, das mache die Verantwortlichkeit zu einer doppelt schweren.*“ Wegen dieses Vollzugsfehlers tragen Geschäftsleiter auch bei einer Verschuldenshaftung einen Teil des unternehmerischen Risikos, wenngleich weniger als bei einer (echten) Erfolgshaftung (Eckert/Grechenig/Stremitzer aaO 108; G. Wagner, ZHR 178 [2014] 227 [258 f]). Im Extremfall kippt die Verschuldenshaftung in eine *de-facto*-Erfolgshaftung mit den skizzierten Folgen (Eckert/Grechenig/Stremitzer aaO 115; die Abgrenzung einer Verschuldens- von einer Gefährdungshaftung uU überbewertend Eßwein, Privatautonome Gestaltung 279). Hinzu kommt, dass die gesetzliche Beweislastumkehr die Haftung – wegen der hohen Aufwendungen für den weitgehenden Entlastungsbeweis – in die Nähe einer (verschuldensunabhängigen) Gefährdungshaftung

Abs 2 GmbHG werden die Gesellschaftsgläubiger dagegen *mittelbar* (abgeleitet) geschützt, indem die Gesellschafter durch die Eigenkapitalbindung diszipliniert werden und deshalb typischerweise für eine sorgfältige Geschäftsführung (und Durchsetzung der Geschäftsführerhaftung) sorgen. Da die Gesellschafter insoweit unmittelbarer betroffen und interessiert sind, wahren sie zugleich die Interessen der Gläubiger (Interessenkongruenz). Damit ist auch die eingangs gestellte Frage nach dem „Rangverhältnis“ von Gesellschafter- und Gläubigerinteresse beantwortet.¹⁶⁴⁵ Insgesamt ist es somit

rückt (vgl. *Schäfer/Ott*, Lehrbuch⁶ 246 f; darauf hinweisend *P. Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung 237). Antizipieren Geschäftsleiter dieses Haftungsrisiko, werden sie überhöhte Sorgfaltsaufwendungen tätigen (*Eckert/Grechenig/Stremitzer* aaO 115, 106) und wie erwähnt risikoarm agieren. Die eingangs angesprochene Hemmwirkung mangelnder Planungssicherheit wird durch den erwähnten (niemals ganz eliminierbaren) Rückschaufehler wohl noch verstärkt: Zum einen summiert sich das Haftungsrisiko („quantitativ“) über die Jahre. Da Ersatzansprüche – in den Worten des ROHG – „in der Regel erst nach geraumer Zeit, wenn das verbliebene Gesellschaftsvermögen zur Deckung als unzureichend sich herausgestellt hat, erhoben werden [...]“ (Gutachten ROHG, abgedr. bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 218), würde die zunehmende Ungewissheit über „sich aufstauende“ und (allenfalls in Summe) potenziell existenzbedrohende Ersatzansprüche die (nötige) Risikobereitschaft der Geschäftsleiter hemmen. Zum anderen nimmt die Gefahr fehlerhafter *ex-post*-Entscheidungen im Zeitablauf wohl auch in „qualitativer“ Hinsicht zu. Denn je länger das zu beurteilende Verhalten zurückliegt, desto schwieriger wird es, situationspezifische Besonderheiten in der (simulierten) *ex-ante*-Beurteilung zu berücksichtigen und desto eher werden externe Beurteiler von einem Schaden auf eine Pflichtverletzung schließen. Schon deshalb, weil auch die Exkulpation auf Beweisebene mit der Zeit immer schwieriger wird. Der Rückschaufehler könnte insb. in der Gesellschaftsinsolvenz massiv verstärkt werden, wo es gleichsam um das gezielte „Aufspüren“ von Fehlleistungen zum Zweck der Massevermehrung geht. Insg. würde also durch eine überstrenge (indisponible) Organhaftung die auf Prinzipalebene (Gesellschafter) *qua* Haftungsbeschränkung geschaffene Risikoneutralität durch eine auf Agentenebene (Geschäftsleiter) geschaffene Risikoaversion wieder unterminiert; die gewünschte Risikoneutralität könnte sich dann gar nicht vorteilhaft auswirken. Vgl. idZ plastisch *Bayer/P. Scholz*, NZG 2014, 926 (927), nach denen die Haftungsbeschränkung im Kapitalgesellschaftsrecht gerade dazu dient, die auf Grund des Totalverlusttrisikos bestehende irrationale Risikoaversion zu beseitigen, doch dieses „institutionelle Grundproblem“ über das latente Risiko der wirtschaftlichen Existenzvernichtung des Vorstands durch die Hintertür wieder in die Rechtsform hereingetragen würde (vgl. auch *P. Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung 238). Vgl. auch *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 112; *G. Wagner*, ZHR 178 (2014) 227 (260 f).

¹⁶⁴⁵ S. oben Fn 1516. Zwar haben (wie eingangs erwähnt) neben den Gesellschaftern auch die Gläubiger ein (faktisches) Interesse an der sorgfältigen Verwaltung des Gesellschaftsvermögens, dh. auch am gesamten Spektrum der Geschäftsführerhaftung. Der Gesetzgeber schützt sie aber unmittelbar nur im Bereich der Kapitalaufbringung und -erhaltung. Im übrigen Bereich überwiegt das Interesse der Gesellschafter, weil diese mit ihrem Residualanspruch unmittelbarer betroffen sind (und dadurch wie gesagt auch die Gläubigerinteressen mittragen). Vgl. idZ auch *Lohr*, NZG 2000, 1204 (1209); *Pelz*, RNotZ 2003, 415 (422); s. schon Fn 1640.

auch unter teleologischen Gesichtspunkten sachgerecht, dass der Gesetzgeber die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG, wie oben schon systematisch-logisch und subjektiv-historisch herausgearbeitet, auf den Kapitalschutz (§ 25 Abs 3 GmbHG) begrenzt.

4) Risikobezogener Gläubigerschutz als Korrektiv für situativ verdünnte Interessenskongruenz

Der soeben skizzierte mittelbare Schutz im (verbleibenden) Bereich des § 25 Abs 2 GmbHG ist wie erwähnt natürlich nur gewährleistet, sofern und soweit Gesellschafter durch (ausreichend) Eigenkapital auch *tatsächlich* diszipliniert werden.¹⁶⁴⁶ Es geht hier also nicht um die Legitimität des gesetzlichen Konzepts an sich, sondern um dessen Feinsteuerung. Da die Gesellschafter in ihrer Kosten-Nutzen-Abwägung die erwarteten Auszahlungen nur *soweit* berücksichtigen (dh internalisieren), als sie diese Auszahlungen selbst tragen müssen, dürfen die Auszahlungen den jeweiligen Eigenkapitalbestand nicht übersteigen. Umgekehrt betrachtet ergibt sich aus dem konkreten Eigenkapitalbestand der Gesellschaft (das wie erwähnt als Betriebskapital ständigen Änderungen unterworfen ist) implizit ein „erlaubtes Risiko“ für die Gesellschafter (und die Geschäftsführer als ihre Agenten).¹⁶⁴⁷ Soweit dieses Risiko überschritten wird,¹⁶⁴⁸ wird das unternehmerische Risiko auf die (insoweit unkompensierten) Gesellschaftsgläubiger überwältzt. Verluste wirken sich dann nicht nur auf den Residualanspruch der Gesellschafter aus, sondern überwiegend oder – bei Insolvenz – sogar *ausschließlich* auf den Nominalanspruch der Gläubiger, während Einzahlungen allein den Gesellschaftern zugutekommen.¹⁶⁴⁹ Da die Gesellschafter dann nicht (mehr) am unmittelbarsten betroffen sind, ist die grundsätzliche Interessenskongruenz verdünnt¹⁶⁵⁰ und die Gesellschafter nicht mehr geeignete „Wahrer“ des Gläubigerinteresses. In dieser Konstellation stellen sie die Organmitglieder möglicherweise nicht (mehr) deshalb von der Haftung frei, weil es im Gesellschaftsinteresse (und damit mittelbar im Gläubigerinteresse) liegt, sondern bloß, weil es sich wirtschaftlich nicht mehr (überwiegend) bei ihnen auswirkt.

1646 Das setzt, wie oben schon angesprochen, zunächst einmal voraus, dass das Kapital (genauer: die Mindeststammeinlage) von Anfang an hoch genug ist (was in dieser Untersuchung dahinstehen muss; s dazu schon oben S 390 ff). Im Folgenden geht es – unabhängig von der Ausgangsposition – um die Frage, ob das Eigenkapital im Laufe des „Lebens“ der Gesellschaft hoch genug *bleibt*.

1647 Vgl dazu etwa *Giering*, Risikobezogener Gläubigerschutz 61 ff und *passim*.

1648 Vgl den Fall der nachvertraglichen Risikoerhöhung bei der (modellhaften) Verrechnung von „Risikoprämien“ durch die Gesellschaftsgläubiger (s oben Fn 1564).

1649 Vgl *Haas*, WM 2006, 1417 (1420); vgl auch *Bitter* in *Scholz*, GmbHG¹³ § 13 Rz 66 f.

1650 Vgl zB auch *Haas*, Geschäftsführerhaftung 28, wonach die Interessenskongruenz nicht bestehe, wenn die Gesellschaft an der Vermeidung größerer Risiken kein Interesse mehr habe, weil sie nichts mehr verlieren könne und somit allein die Kreditgeber der Gesellschaft das wirtschaftliche Risiko der Unternehmung tragen.

Dieses Auseinanderfallen von Gesellschafter- und Gläubigerinteressen nimmt der Gesetzgeber grundsätzlich dann an, wenn die Insolvenzantragsvoraussetzungen erfüllt sind.¹⁶⁵¹ In diesem Fall wird nämlich die Verfügungsgewalt über das Gesellschaftsvermögen auf den Insolvenzverwalter übertragen. Das ist nach dem bisher Gesagten insofern konsequent, als (vereinfachend gesagt) ein Eigenkapitalbestand von „Null“ (bei Überschuldung) auch ein erlaubtes Risiko von „Null“ impliziert.¹⁶⁵² Da jede unternehmerische Tätigkeit notwendigerweise risikoträchtig ist, entspricht diesem Szenario die Aufgabe der unternehmerischen Tätigkeit und die Liquidation des verbleibenden Gesellschaftsvermögens. Sieht man genauer hin, ist die Interessenkongruenz aber nicht erst im Extremfall der Insolvenz ausgehebelt.¹⁶⁵³ Schon vorher driften Gesellschafter- und Gläubigerinteressen langsam und sukzessive auseinander.¹⁶⁵⁴ Je geringer der konkrete Eigenkapitalstock ist und je näher sich die Gesellschaft an der Grenze zum Insolvenzstadium befindet, desto weiter entfernen sich die Gesellschafterinteressen von den Gläubigerinteressen. Wie oben schon erwähnt,¹⁶⁵⁵ haben Gesellschafter wegen der möglichen Risikoexternalisierung *umso eher* einen Anreiz, hohe Risiken einzugehen, je geringer der Eigenkapitalstand und damit ihre Verlustbeteiligung ist.¹⁶⁵⁶

Um dieses Schutzdefizit zu schließen, haben Lehre und Rsp gleichsam als „Verlängerung“¹⁶⁵⁷ des Kapitalschutzes rechtsfortbildend zeitlich „vorver-

1651 Vgl *Giering*, Risikobezogener Gläubigerschutz 62 ff; *Haas*, WM 2006, 1417 (1420); vgl auch *Davies*, EBOR 7 (2006) 301 (306 f).

1652 Ein solcher Zustand „hundertprozentiger Fremdfinanzierung“ ist auf natürliche Weise nicht erreichbar (*Bitter*, Durchgriffshaftung 197 ff). Vermögensminderungen würden sich nur bei den Gläubigern, Vermögensvermehrungen dagegen (unmittelbar) nur bei den Gesellschaftern auswirken. Die Gesellschafter hätten daher einen Anreiz, möglichst hohe Risiken einzugehen, um sich aus der Krise zu „katapultieren“ („*gambling for resurrection*“; vgl *Adensamer/Grechenig/Stremitzer* in *Kalss*, Vorstandshaftung 95 [127]; *Fleischer*, ZGR 2004, 437 [446 f]; *U. Torggler*, GesR II Rz 296, 302); *Davies*, EBOR 7 (2006) 301 (306).

1653 Vgl *Giering*, Risikobezogener Gläubigerschutz 64 und *passim*.

1654 Vgl *Haas*, Geschäftsführerhaftung 32; *dens*, WM 2006, 1417 (1421); vgl auch *Boese*, Strukturprinzipien 64, wonach der „Pfandschutz gegen Risikostrategien“ in der Unterbilanzzone nach und nach verloren geht.

1655 S oben bei Fn 1558.

1656 Vgl *Haas*, Geschäftsführerhaftung 28, 32 mwN; *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung 194 f, wonach die „disziplinierende“ Wirkung des Eigenkapitals von der Geschäftsentwicklung abhängt. Soweit das Eigenkapital durch Verluste aufgezehrt ist, entfalle auch dessen verhaltenssteuernde Wirkung auf Leitungsmaßnahmen der Gesellschafter; vgl auch *Boese*, Strukturprinzipien 64, wonach die Gläubiger nur in der prosperierenden Gesellschaft präventiv vor Risikoübersteigerungen geschützt werden; *Davies*, EBOR 7 (2006) 301 (306); s auch schon Fn 1652.

1657 Vgl BGH 16.07.2007, II ZR 3/04 DNotZ 2008, 213 (Witt); *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 34 Fn 306 mwN; zust *Fleischer* in *MüKo GmbHG*⁴ § 43 Rz 378; *dens*, BB 2011, 2435 (2438); *Werner*, GmbHR 2014, 792 (796); *Beurskens*

legte“ Gläubigerschutzinstrumente herausgebildet.¹⁶⁵⁸ Diese Instrumente greifen schon vor Insolvenzreife, wenn die grundsätzliche Interessenkongruenz bereits geschwächt ist und deshalb eine Überschreitung des erlaubten Risikos droht.¹⁶⁵⁹ Darunter fällt die Haftung der Geschäftsführer (und uU

in Noack et al, GmbHG²³ § 43 Rz 99 („Ergänzungsfunktion“); Verse in Scholz, GmbHG¹² § 43 Rz 377.

1658 Referierend statt vieler Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG²¹ § 13 Rz 26 ff.

1659 Vgl idZ auch Grigoleit, Gesellschafterhaftung 193 ff, der in seiner Untersuchung der Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im GmbH-Recht eine zweite Ursache (zur ersten s Fn 1633) für die Unzulänglichkeit der grundsätzlichen Interessenkongruenz als Gläubigerschutzinstrument darin sieht, dass sich die Gesetzesverfasser bei der Konzeption des GmbHG an einem pluralistischen Gesellschafterkreis orientiert hätten (aaO 193 mwN; ähnlich Ziemons, Haftung der Gesellschafter 66 f). Nur in diesem Fall werde eine „dezentrale Gewinnverfolgung“, dh die Nutzenmaximierung für die Gesellschaft (und nicht für einzelne Gesellschafter), und damit eine natürliche Interessenkongruenz mit den Gläubigern sichergestellt (aaO 59 ff, 193, 317 f). Haas (Geschäftsführerhaftung 37 mit Verweis auf Wiedemann, Gesellschaftsrecht [1980] § 8 I 1) spricht idZ von einer „*interessenausgleichenden Mehrheitsbildung*“ unter den Gesellschaftern, die den Sorgfaltsmaßstab gem § 43 Abs 1 dGmbHG ersetze und mittelbar auch den Gläubigern diene. Dieser mittelbare Gläubigerschutz sei lückenhaft, wenn wegen der finanziellen oder personellen Struktur der Gesellschaft eine angemessene Entscheidungsfindung unter den Gesellschaftern nicht zu erwarten sei und deshalb nur eine eingeschränkte Steuerung des Unternehmensverhaltens im Interesse der Gesellschaftsgläubiger stattfinden (Haas aaO 38 ff, 297 f).

Tatsächlich stellt sich mE die Frage, ob auch die von der Minderheitspartizipation (der Möglichkeit hierzu) ausgehende *faktische* Interessenförderungswirkung für die Gesellschaftsgläubiger gesetzlich intendiert ist. Anders gewendet fragt sich, ob das gesetzlich verlangte Niveau einer dem Gläubigerschutzbedürfnis genügenden Interessenkongruenz eine (präsumtiv) aktive Minderheit (implizit) zwingend voraussetzt. Grigoleit (aaO) bejaht diese Frage. Die Treue- bzw Zweckförderungspflicht der Gesellschafter habe originären Gläubigerschutzcharakter und stehe daher nicht zur Disposition der Gesellschafter (Grigoleit aaO 317 ff, 318). Das zT bemühte Eigeninteresse der Gesellschaft als Dispositionsschranke (vgl zB Ziemons, Haftung der Gesellschafter 92 ff) entlarvt Grigoleit (aaO 320 f) – mE insoweit zutr – als Gläubigerinteresse. Es entspreche der Erwartung des Verkehrs, dass die Leitung eines Unternehmens am Gewinnziel orientiert wird (Grigoleit aaO 322 f). Das ergebe sich aus der Publizität des Unternehmensgegenstands, der dem Schutz der Gläubiger dienen solle (vgl Grigoleit aaO 324 ff). Deshalb seien Weisungen, die gegen das dezentrale Gewinnziel verstoßen, nichtig und entfalten keine haftungsfreistellende Wirkung (Grigoleit aaO 437 ff). Gleiches gelte für *ex-ante*-Haftungsfreistellungen, soweit damit Ansprüche wegen Verstößen gegen das dezentrale Gewinnziel zu Lasten der Gläubiger ausgeschlossen werden.

Meines Erachtens ist die Prämisse eines nicht nur faktischen, sondern intendierten mittelbaren Gläubigerschutzes durch eine Zweckförderungspflicht aber zweifelhaft. Dass der historische Gesetzgeber als Leitbild stets Mehrpersonengesellschaften vor Augen hatte, trifft wohl zu, genügt aber nicht als Nachweis einer solchen Absicht. Außerdem wurde die (zögerliche) Implementierung von Minderheitsrechten (beschränkten Individualrechten) und die (ebenfalls zögerliche) Reduktion der

auch der Gesellschafter, die manche Autoren¹⁶⁶⁰ der Existenzvernichtungshaftung zuordnen)¹⁶⁶¹ für das Eingehen von im Verhältnis zur bestehenden

Minderheitsquoten soweit ersichtlich nie mit Gläubigerschutzerwägungen in Verbindung gebracht (vgl etwa AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 465 ff; HHB I 272 BlgHH 17. Session 1905 12 f). Vgl für einen (implizit) bloß indirekten Gläubigerschutz durch die gesetzlichen Minderheitenrechte v *Pitreich* (immerhin Referent bei der Ausarbeitung des österr GmbH-Gesetzesentwurfs) in Verhandlungen des 31. DJT II (1912) 314 (324): „*Die Normen zum Schutze der Gesellschafter schließen zugleich auch einen gewissen Schutz der Gläubiger in sich, weil sie durchwegs darauf abzielen, mißbräuchliches Wirtschaften mit den Mitteln der Gesellschaft durch unkontrollierte Geschäftsführer zu erschweren. Außerdem enthält aber das österreichische Gesetz noch Vorschriften, die direkt [sic] auf den Schutz der Gläubiger und damit auf die Stärkung der Kreditbasis der Gesellschaft abgestellt sind.*“ Zudem lässt der Gesetzgeber Einpersonengesellschaften zu, ohne daran als Korrektiv höhere Gläubigerschutzanforderungen zu stellen (aA und gegen die Maßgeblichkeit des gesetzgeberischen Reformverzichts mit beachtlichen Argumenten aber *Grigoleit* aaO 195 f). Hinterfragenswert scheint auch die Ableitung einer den Gläubigern „geschuldeten“ Handlungsmaxime aus der Publizität des Unternehmensgegenstands und Gesellschaftszwecks (abl auch *Koppenssteiner*, JBl 2006, 681 [683 Fn 16]). Gleiches gilt für die Schlussfolgerung auf eine Gesellschafterhaftung (und zwingende Geschäftsführerhaftung; nach *Grigoleit* [aaO 437] solidarisch) für unternehmerische Fehlentscheidungen („normale“ Managementfehler; *Grigoleit* aaO 423 ff). Eine eingehendere Auseinandersetzung muss aus Platzgründen unterbleiben. Abl etwa *Paefgen* in *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG³ § 43 Rz 232 ff mwN, wonach die zwingende Haftung eines Gesellschafters-Geschäftsführers, der im Einverständnis „mit sich selbst“ und ggf seiner Mitgesellschafter, handelt, außerhalb des Kapitalschutzes nicht mit dem Prinzip der Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen in Einklang zu bringen sei. IdZ wird im Schrifttum (vgl *Paefgen* aaO Rz 232 ff mwN) betont, dass Durchbrechungen der Haftungsbeschränkung der Vermeidung von Missbrauch dienen müssen (etwa bei existenzvernichtendem Eingriff oder Vermögensvermischung).

1660 *Bitter* in *Scholz*, GmbHG¹³ § 13 Rz 163 f mwN zu dieser Einordnung, nach dem es zwei Fallgruppen der Existenzvernichtung gebe, einerseits nämlich die Existenzvernichtung durch Eingriffe und andererseits die Spekulation auf Kosten der Gläubiger wegen mangelnder Risikobeteiligung der Gesellschafter. Vgl auch *Raiser* in *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG³ § 13 Rz 158. Vgl auch *Giering*, Risikobezogener Gläubigerschutz 90 ff mwN, wonach die Existenzvernichtungshaftung nicht nur den unmittelbaren Vermögensentzug und den Entzug von Geschäftschancen, sondern auch Risikoüberwälzungen durch die spekulative Erhöhung von Risiken erfasst.

1661 Zu dieser schon iZm dem Kapitalschutz oben Fn 1611 f mwN. Die Fallgruppe des existenzvernichtenden Eingriffs hat demggü in Österreich von vornherein eine geringere Bedeutung, weil die meisten Fälle wohl schon von der – im Vergleich zum dGmbHG strengerer – Kapitalerhaltungspflicht erfasst sind (vgl dazu weiterführend mwN statt aller nur *Aicher/S.-F. Kraus/Spendel* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 61 Rz 68 [Stand 01.12.2022]; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 61 Rz 23). Bedeutsam ist dagegen die Fallgruppe der Existenzgefährdung infolge Eingehens unerlaubt hoher (zu Lasten der Gläubiger spekulativer) Geschäftsrisiken.

Kapitalausstattung überhöhten Geschäftsrisiken (unerlaubte Risiken)¹⁶⁶², dh für Spekulationen auf Kosten der Gesellschaftsgläubiger (sog existenzgefährdende Maßnahmen).¹⁶⁶³ Grundlage dieser Haftung für unerlaubt risikante Maßnahmen ist § 25 Abs 2 GmbHG,¹⁶⁶⁴ weil das Eingehen spekulativer Risiken, die sich wahrscheinlich (zum Teil) bei den Gläubigern realisieren (Externalisierung), zugleich auch gegenüber der Gesellschaft (idR wohl gröblich)¹⁶⁶⁵ sorgfaltswidrig ist (§ 25 Abs 1 GmbHG).¹⁶⁶⁶ Die Innenhaftung (Haftungskonzentration) ist demgemäß wegen der bestehenden Schadenskongruenz systemkonform.¹⁶⁶⁷ Da die Interessenkongruenz in den hier relevanten Fällen wie erwähnt verdünnt ist und die Geschäftsführer insoweit – als korrigierende Ergänzung zum Kapitalschutz und der Insolvenzantragspflicht – *unmittelbar* im Gläubigerinteresse tätig sind, muss allerdings auch

1662 Vgl auch *Ziemons in Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 193 mwN; *Fleischer* in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 114 ff; *Giering*, Risikobezogener Gläubigerschutz 110 ff und *passim*.

1663 Str; vgl zB *Altmeppen in Altmeppen*, GmbHG¹¹ § 43 Rz 24, s auch § 13 Rz 148 ff; *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 26; vgl auch *Giering*, Risikobezogener Gläubigerschutz 102 ff; vgl auch BGH 04.07.1977, II ZR 150/75 NJW 1977, 2311 (2312); einschr *Hölters/Hölters in Hölters/Weber*, AktG⁴ § 93 Rz 136 ff; *Paefgen in Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG³ § 43 Rz 141; differenzierend *Fleischer* in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 114 ff mwN; *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 107 ff (Stand 01.10.2023). Danach seien reine Spekulationsgeschäfte dem Geschäftsführer/Vorstand nicht grundsätzlich verboten. Vielmehr habe die Abgrenzung zwischen erlaubten und unerlaubten Risiken anhand einer Gesamtwürdigung aller Fallumstände zu erfolgen. Vgl auch *Ziemons in Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 193, nach der es auch auf die Eintrittswahrscheinlichkeit ankommt; so auch *Schnorbus in Rowedder/Pentz*, GmbHG⁷ § 43 Rz 32, wonach die Wahrscheinlichkeit eines existenzvernichtenden Schadensverlaufs von entscheidender Bedeutung sei. Das ist mE richtig, denn es kann wohl nur auf den Erwartungswert (dh das Produkt aus Eintrittswahrscheinlichkeit und Verlust) ankommen. Dass beide Faktoren Prognoseschwierigkeiten mit sich bringen, liegt dabei wohl in der Natur der Sache, handelt es sich doch um eine *ex-ante*-Beurteilung.

1664 Vgl auch *Giering*, Risikobezogener Gläubigerschutz 76 mwN; *Mand*, Geschäftsführerhaftung 129.

1665 Im Gegensatz zu einer umfassend indisponiblen Organhaftung (wie etwa nach der hM, die § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf alle Ersatzansprüche anwenden will) konfliktiert die (punktuelle) Ausdehnung der Dispositionsbeschränkungen auf existenzgefährdende (oder -vernichtende) Maßnahmen mE nicht mit der Ablehnung einer überstrengen Haftung (wobei schon fraglich ist, ob dies überhaupt negative Auswirkungen auf den Risikoanreiz hätte, wenn doch die Gesellschaft durch die Maßnahme insolvent wird). Denn das Eingehen spekulativer Risiken wird wohl idR zugleich grob fahrlässig sein und dürfte jedenfalls vergleichsweise einfach zu beurteilen sein. Vgl idZ auch *Artmann in Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Gesellschaftertpflichten 45 (70, 72), die die maßgebliche Abgrenzung zwischen redlichem Scheitern und unzulässiger Spekulation auf Kosten der Gläubiger in § 159 StGB (Grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen) verortet.

1666 Vgl *Giering*, Risikobezogener Gläubigerschutz 77 mwN; ähnlich *Kaffiné*, Begrenzung 79. S auch die Nw in den bisherigen Fn.

1667 S zur Haftungskonzentration und den Voraussetzungen allg oben S 77 ff.

hier als Korrektiv für die Haftungskonzentration, die nichts am (Gläubiger-) Schutzzweck ändert, zum Schutz der (insoweit unmittelbarer betroffenen) Gesellschaftsgläubiger die Dispositionsbefugnis der Gesellschafter über die Geschäftsführerhaftung beschränkt werden. Deshalb sind nach mE zur Ansicht¹⁶⁶⁸ die Dispositionsbeschränkungen (§ 25 Abs 5 und 7 GmbHG) auf unerlaubte „Risikoerhöhungen“ durch die Geschäftsführer anzuwenden.¹⁶⁶⁹ Einzelheiten dieser Haftung können hier nicht vertieft werden. In dieser Untersuchung soll es eher darum gehen, die Parameter für eine korrigierende Ausdehnung der im Gläubigerinteresse indisponiblen Haftung (und damit der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG) genauer zu konturieren.

Abschließend kann festgehalten werden, dass der unmittelbare Gläubigerschutz durch Kapitalaufbringung und -erhaltung lückenhaft ist, weil Gesellschafter- und Gläubigerinteressen schon vor Insolvenzreife auseinanderdriften. Diese Lücke ist zu schließen durch eine (punktuelle) Korrektur des grundsätzlich mittelbaren Gläubigerschutzes durch indisponible Geschäftsführerhaftung bei (ausnahmsweiser) „Dysfunktionalität“ der Interessenkongruenz (insb bei Existenzgefährdung). Dadurch werden die Gläubigerinteressen systemkonform und feingesteuerter berücksichtigt als durch eine umfassende indisponible Geschäftsführerhaftung.¹⁶⁷⁰ Denn dies würde implizieren, dass der mittelbare Gläubigerschutz durch grundsätzliche Interessenkongruenz *gar nicht* funktioniert (obwohl aber gesetzlich intendiert)¹⁶⁷¹. Auch der scheinbare Kompromiss, die Dispositionsbeschränkungen mit Blick auf § 84 Abs 5 AktG auf grob fahrlässige Pflichtverletzungen einzuschränken, hat keinen Bezug zu gläubigerschutzrelevanten Kriterien.¹⁶⁷² Dabei handelt es sich um nichts weiter

1668 S die Nw (hdM) unten in Fn 1683.

1669 S zur (punktuell) erweiterten Anwendung der Dispositionsbeschränkungen außerhalb § 25 Abs 3 GmbHG noch allg unten S 420 ff.

1670 Undifferenziert J. Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung 24, der für eine extensive Anwendung der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG (iSd hM) hilfsweise argumentiert, dass die deutsche Rsp dem Willen der Gesellschafter „bezeichnenderweise“ den Vorrang versagt, wenn es um existenzgefährdende Gesellschafterbeschlüsse geht.

1671 S oben insb S 390 ff.

1672 Ähnlich Wigand, Haftungsbeschränkungen 124, 225 ff, 252 f, wonach die Differenzierung nach dem Grad des Verschuldens aus Sicht der Gesellschaftsgläubiger wenig Sinn habe und kein taugliches Abgrenzungskriterium sei (aaO 124). Die Intensität des Verschuldens habe mit der Art der verletzten Pflicht und der Höhe des eingetretenen Schadens wenig gemein (ebenda). Für die Gläubiger sei nicht der Verschuldensgrad, sondern die Intensität der Schädigung des Gesellschaftsvermögens maßgeblich (aaO 252 f). Ein weiterer Gedanke hierzu: Geht man bei Zugrundelegung der geltenden Konzeption eines mittelbaren Gläubigerschutzes davon aus, dass die Interessenkongruenz und damit die Bereitschaft zur Durchsetzung von Ersatzansprüchen bei grob fahrlässiger Pflichtverletzung sogar relativ *stärker* ist (vgl idS vielleicht Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 218), dann müsste man mE – wenn überhaupt – die Haftung für *leicht fahrlässiges* Geschäftsführerverhalten als im Gläubigerinteresse indisponibel qualifizieren (was freilich aus den mehrfach erwähnten verhaltenssteuernden Gründen aus-

als die aus Gründen der Verhaltenssteuerung *jedenfalls* notwendige Einschränkung eines (angenommenen) *umfassenden* unmittelbaren Gläubigerschutzes (der nach dem oben Gesagten aber gar nicht existiert).

5) Zusammenfassung

Der Ausschluss der Gesellschafterhaftung bei Kapitalgesellschaften schafft volkswirtschaftlich erwünschte Investitionsanreize, indem er die natürliche (irrationale) Risikoaversion der Gesellschafter ausschaltet. Da das unternehmerische Risiko dadurch aber auf die Gläubiger verlagert wird, bedarf es eines (gesetzlichen) Ausgleichs. Ein gesetzlicher Gläubigerschutz durch (indisponible) Organhaftung ist jedoch entgegen dem manchmal vermittelten Anschein kein absolutes Desiderat und kann wegen der beschränkten Risikotragungsfähigkeit der Organmitglieder auch gar nicht allumfassend sein, ohne die Vorteile und die Legitimation der kapitalgesellschaftsrechtlichen Haftungstrennung (Investitionsförderung) zu konterkarieren. Wenn Kapitalgesellschaften ihre wichtige Funktion als Sammelbecken für kapitalintensive Unternehmungen erfüllen können sollen, müssen die Gesellschaftsgläubiger (die auch am besten zur Risikotragung geeignet sind) zumindest einen Teil des Unternehmensrisikos übernehmen. Um aber eine unkompenzierte (benachteiligende) Risikoüberwälzung (Externalisierung) auf die Gläubiger und den damit einhergehenden überschießenden Investitionsanreiz der Gesellschafter zu verhindern, normiert der Gesetzgeber strenge Kapitalaufbringungs- und Kapitalerhaltungsvorschriften und verpflichtet bei Überschuldung zur Insolvenzantragsstellung. Die damit verbundenen Pflichten und die Haftung der Geschäftsführer (§ 25 Abs 3 GmbHG) dienen daher *unmittelbar* dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger. Dem entspricht im System der Haftungskonzentration die Beschränkung der Dispositionsfähigkeit der Gesellschaft über ihre Ersatzansprüche (§ 25 Abs 5 und 7 GmbHG). Da das Eigenkapital vorrangig an Verlusten teilnimmt, werden die Gesellschafter „diszipliniert“ und die Gesellschafter- und Gläubigerinteressen weitgehend gleichgeschaltet (Interessenkongruenz). Dadurch werden im Bereich der bloßen Geschäftsführung (§ 25 Abs 2 GmbHG) *mittelbar* auch die Gesellschaftsgläubiger geschützt (und zwar gesetzlich beabsichtigt). Demgemäß ist die Einschränkung der indisponiblen (implizit unmittelbar gläubigerschützenden) Geschäftsführerhaftung, dh der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG, auf die Ersatzansprüche gem § 25 Abs 3 GmbHG auch sachlich gerechtfertigt. Eine darüber hinausgehende An-

scheidet). Daran zeigt sich aber die „kontraintuitive“ Implikation des mittelbaren Gläubigerschutzes, dass nämlich ein unmittelbarer Schutz *qua* Dispositionsbeschränkung *umso weniger* erforderlich ist, je gravierender der Pflichtverstoß (innerhalb des erlaubten Risikos) und je größer die wirtschaftlichen Auswirkungen einer Disposition über Ersatzansprüche wären. Diese Wirkweise des mittelbaren Schutzes wird bei der Beurteilung abstrakter Haftungsmilderungen noch eine Rolle spielen (s unten S 630 ff).

wendung ist nur (punktuell korrigierend) dort angezeigt, wo die grundsätzliche Interessenkongruenz außer Kraft gesetzt ist, weil das durch den konkreten Eigenkapitalbestand implizierte „erlaubte Risiko“ überschritten wird. Das ist vor allem bei existenzgefährdenden Maßnahmen der Fall. Auch insoweit handeln Geschäftsführer unmittelbar im Gläubigerinteresse, weshalb ihre Haftung gleichsam als „Verlängerung“ des statischen Kapitalschutzes ebenfalls in-disponibel sein muss (§ 25 Abs 5 und 7 GmbHG). Als allgemeine Maxime für das eingangs angesprochene Rangverhältnis¹⁶⁷³ von Gesellschafter- und Gläubigerinteressen ist festzuhalten, dass nur *solche* Geschäftsführerplichten unmittelbar dem Gläubigerschutz dienen (und deshalb indisponibel sind), die die Funktionsfähigkeit der grundsätzlichen Interessenkongruenz als Grundlage des gesetzlichen Konzepts des mittelbaren Gläubigerschutzes schaffen oder (korrigierend) gewährleisten sollen (zu weiteren erfassten Einzelpflichten sogleich unten)¹⁶⁷⁴. Im übrigen Bereich (insb der „bloßen“ Geschäftsführung) bezwecken die Pflichten und die Haftung der Geschäftsführer primär den Schutz der Gesellschaft(er) als (wirtschaftliche) „Treugeber“ des verwalteten Gesellschaftsvermögens. Die Gläubiger werden hier nur mittelbar (aber gesetzlich intendiert) durch die (insoweit annahmegemäß funktionierende) Interessenkongruenz aufgrund der zwingenden Vermögensbindung mitgeschützt.

vi. Zwischenergebnis: Einschränkung auf Ersatzansprüche gem § 25 Abs 3 GmbHG

Die umfassende Analyse hat unter Heranziehung aller klassischen Auslegungsmethoden ergeben, dass sich die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG nur auf Ersatzansprüche gem § 25 Abs 3 GmbHG beziehen.¹⁶⁷⁵ Zwar sprechen Wortlaut und Systematik auf den ersten Blick für die (wohl noch) überwiegend vertretene Anwendung auf *alle* Ansprüche gem § 25 Abs 2 GmbHG,¹⁶⁷⁶ die hier vertretene Einschränkung ergibt sich aber bereits systematisch-logisch zwingend aus der Wertung des § 84 Abs 5 AktG. Außerdem erklären die EBRV zum öGmbHG deutlich, dass sich die Normen über die Geschäftsführerhaftung „*an die durchaus sachgemäßen Normen des deutschen Gesetzes an[schließen]*“.¹⁶⁷⁷ Mögliche Zweifel an dieser Aussage aufgrund der sinnfälligen terminologischen und systematischen Abweichungen von § 43 dGmbHG werden durch die redaktionelle Entwicklung der § 25 Abs 3 bis 7 GmbHG ausgeräumt. Diese Entwicklung zeigt nämlich, dass die Unterschiede vom (angeblichen) deutschen Regelungsvorbild durch (bloß formale) Angleichungen an den parallel ausgearbeiteten österreichischen Akti-entwurf von 1900 und (iZm § 25 Abs 4 GmbHG) durch ein redaktionelles Ver-

1673 S Fn 1516 und Fn 1645.

1674 S sogleich S 420 ff.

1675 S zu dieser (wohl noch) Mindermeinung schon die Nw in Fn 1039.

1676 S hierzu die Nw in Fn 1031.

1677 EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 66.

sehen der Gesetzesverfasser bedingt sind. Insgesamt bestätigt die Entstehungsgeschichte mit mE nicht mehr vernachlässigbarer Eindeutigkeit, dass der Gesetzgeber die Dispositionsbeschränkungen ausschließlich auf § 25 Abs 3 GmbHG bezogen wissen wollte. Diese Einschränkung ist auch teleologisch sachgerecht, weil die Gesellschaftsgläubiger jenseits des Kapitalschutzes und des Verbots von Zahlungen nach Insolvenzreife (vgl § 25 Abs 3 GmbHG) mittelbar (gesetzlich intendiert) durch die grundsätzliche Gleichschaltung von Gesellschafter- und Gläubigerinteressen (Interessenkongruenz) aufgrund der zwingenden Eigenkapitalisierung geschützt werden.

Die obigen teleologischen Überlegungen haben aber auch aufgezeigt, dass der Kapitalschutz insofern lückenhaft ist, als die typische Interessenkongruenz schon vor Insolvenzreife, nämlich durch das Eingehen unerlaubt hoher Risiken (existenzgefährdende Maßnahmen) ausgehebelt wird. Auch insoweit sind deshalb die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG anzuwenden. Soweit das Schrifttum grundsätzlich eine Einschränkung auf § 25 Abs 3 GmbHG (§ 43 Abs 3 dGmbHG) annimmt, wird außerdem davon ausgehend (mit Unterschieden im Einzelnen) eine (punktuelle) Ausdehnung der Dispositionsbeschränkungen auf eine Reihe weiterer Gläubigerschutzpflichten diskutiert. Mit dieser (Folge-)Frage befasst sich das nächste Kapitel.

vii. Anwendung auf (weitere) Gläubigerschutzvorschriften außerhalb § 25 Abs 3 GmbHG

1) *Meinungsstand*

In Österreich wird diese Diskussion nicht auf breiter Basis geführt. Denn hierzulande wird wie erwähnt überwiegend angenommen, dass § 25 Abs 5 und 7 GmbHG sich ohnehin bereits auf alle Ansprüche aus § 25 GmbHG beziehen, sodass sich die Frage einer Anwendung auf punktuelle Gläubigerschutzpflichten erübrigt. Aus dem Lager der (mE zutr) Gegenansicht nennen *S.-F. Kraus/U. Torggler*¹⁶⁷⁸ als weitere, neben § 25 Abs 3 GmbHG erfasste Normen § 159 Abs 5 StGB (Verbot kridaträchtiger Maßnahmen), § 14 EKEG (Rückzahlungssperre für eigenkapitalersetzende Kredite), § 66a AktG analog (Finanzierung des Erwerbs von Aktien der Gesellschaft), § 69 IO (Insolvenzantragspflicht) und die Rechnungslegungsvorschriften, soweit Auswirkungen auf die offenlegungspflichtigen Unterlagen bestehen. Nach *Rüffler*¹⁶⁷⁹ sind

¹⁶⁷⁸ Vgl *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 31.

¹⁶⁷⁹ *Rüffler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 13 (25 ff); ebenso *Artmann/Rüffler*, GesR² Rz 968. Eine Gläubigergefährdung besteht nach *Rüffler*, wenn erkennbar ist, dass das Geschäft die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft derart verschlechtert, dass die Befriedigung der Gläubiger nicht mehr gesichert scheint. Solche Beschlüsse seien nichtig und befreien nicht von der Haftung, sofern sich nachträglich tatsächlich herausstellt, dass der Ersatzanspruch zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist. Der Unterschied dieser Auffassung zur hM, wonach sich § 25 Abs 5 GmbHG auf sämtliche Ansprüche bezieht, sei praktisch gering und be-

§ 25 Abs 5 und 7 GmbHG auch auf Beschlüsse anzuwenden, die *ex ante* erkennbar gläubigergefährdend sind.

Naturgemäß wird diese Frage im deutschen Schrifttum¹⁶⁸⁰ intensiver diskutiert. Eine (analoge)¹⁶⁸¹ Anwendung der Dispositionsbeschränkungen gem § 43 Abs 3 Sätze 2 f dGmbHG wird zunächst für jene Normen vertreten, die (wie § 43 Abs 3 dGmbHG) das Kapital der Gesellschaft vor einem rechtswidrigen Abzug oder Eingriff schützen sollen,¹⁶⁸² nämlich: die Mitwirkung der Geschäftsführer an einem existenzvernichtenden Eingriff¹⁶⁸³, die unzulässige Kreditgewährung an Geschäftsführer (§ 43a dGmbHG)¹⁶⁸⁴ und die Binnenhaftung wegen Insolvenzsverschleppung. Darüber hinaus will ein Großteil¹⁶⁸⁵ der Lehre¹⁶⁸⁶ die Dispositionsbeschränkungen auch jenseits des Kapitalschut-

stehe iE nur in dem Fall, dass *ex ante* nicht auch erkennbar gewesen sein sollte, dass durch das nachteilige Geschäft auch die Befriedigung der Gläubiger gefährdet wird.

1680 Vgl die Übersicht bei *Fleischer* in MüKo, GmbHG³ § 43 Rz 297 mwN.

1681 Bei strenger methodologischer Sicht dürfte die ausschließliche Anwendung der Dispositionsbeschränkungen auf die Ersatzansprüche gem § 25 Abs 3 GmbHG freilich keine Analogie, sondern eher eine extensive Anwendung oder wohl sogar eine teleologische Reduktion bedeuten. Denn die Begriffe „Ersatz“ (§ 25 Abs 5 GmbHG) und „Ersatzansprüche“ (§ 25 Abs 7 GmbHG) sind (trotz dem terminologischen Konnex mit der Ersatzpflicht gem § 25 Abs 3 GmbHG) so allg, dass sie wohl schon im Begriffskern alle möglichen Ansprüche auf einen (irgendeinen) (Schaden-)Ersatz erfassen. Da die deutsche Lehre (vgl statt aller *Fleischer* in MüKo, GmbHG³ § 25 Rz 297 mwN; *Altmeppen* in *Altmeppen*, GmbHG¹¹ § 43 Rz 128) das aber durchwegs anders sieht (und soweit ersichtlich auch nicht thematisiert) und da die methodologische Einordnung hier auch nicht entscheidend ist, wird auch weiterhin von einer analogen Anwendung gesprochen.

1682 Referierend *Fleischer* in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 366, 378 mwN; *Heisse*, Beschränkung 125.

1683 Vgl *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 54; zust *Fleischer* in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 366, 378; *dens*, BB 2011, 2435 (2438); *Paefgen* in *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG³ § 43 Rz 264; *Ziemons* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 515; *Haas/Ziemons* in BeckOK³³ § 43 Rz 348; *Wicke*, GmbHG⁴ § 43 Rz 16; *Verse* in *Scholz*, GmbHG¹² § 43 Rz 377; aA offenbar *Kaffiné*, Begrenzung 79 ff.

1684 Vgl *U. H. Schneider* in FS Werner 795 (809 f); *Heisse*, Beschränkung 125; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 54; *Paefgen* in *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG³ § 43 Rz 264; *Ziemons* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 515; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG²¹ § 43 Rz 64; *Haas/Ziemons* in BeckOK³³ § 43 Rz 348; *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG⁵ § 43 Rz 41; *Wicke*, GmbHG⁴ § 43 Rz 16. Das öGmbHG kennt keine vergleichbare Bestimmung.

1685 So *Fleischer* in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 366.

1686 Vgl *U. H. Schneider* in FS Werner 795 (809 f); *dens* in *Scholz*, GmbHG¹¹ § 43 Rz 261; *Paefgen* in *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG³ § 43 Rz 267; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG²¹ § 43 Rz 64 f; *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG⁵ § 43 Rz 41; *Pöschke* in BeckOK GmbHG⁵⁷ § 43 Rz 349. Referierend und abl *Fleischer* in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 366, 379 f mwN; abl auch *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 34, 47, 53; *Beurskens* in *Noack et al*, GmbHG²³ § 43 Rz 67; *Oetker* in *Henssler/Strohn*, GesR⁵ § 43 Rz 66;

zes auf weitere Verhaltenspflichten anwenden, die überwiegend im Gläubiger- oder Allgemeininteresse angeordnet sind, nämlich: die Insolvenzantragspflicht (§ 15a Abs 1 InsO)¹⁶⁸⁷, die Buchführungspflicht (§ 41 dGmbHG)¹⁶⁸⁸, die Pflicht zur Aufstellung des Jahresabschlusses (§ 42a dGmbHG)¹⁶⁸⁹ und die Pflicht zur Einberufung der Generalversammlung bei Verlust der Hälfte des Stammkapitals (§ 49 Abs 3 dGmbHG)¹⁶⁹⁰. Gegen diese extensive Anwendung hält sich jedoch hartnäckiger Widerstand aus dem anderen Lager (Einschränkung auf Kapitalschutz):¹⁶⁹¹ Bei manchen der genannten Vorschriften (zB § 41 und § 49 Abs 3 dGmbHG) wird bereits die Gläubigerschutzorientierung in Zweifel gezogen.¹⁶⁹² Außerdem wird der Ausdehnung auf (alle) Gläubigerschutzvorschriften außerhalb des Kapitalschutzes entgegengehalten, dass sie auf einem „diffusen Abgrenzungskriterium“ beruhe, das trennscharfe Differenzierungen nicht zulasse.¹⁶⁹³ Zudem habe der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzessystematik bewusst davon abgesehen, die Dispositionsbeschränkungen ganz oder teilweise auf Ansprüche nach § 43 Abs 2 dGmbHG auszudehnen.¹⁶⁹⁴ Mit der methodologisch begründungsbedürftigen und unvermittelten Schutzzweckerweiterung vom Kapitalschutz auf den (allgemeinen) Gläubigerschutz werde nicht nur die

krit *Haas/Wigand* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 20.31; zwf wohl *Ziemons* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 516.

1687 Vgl *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG²¹ § 43 Rz 64.

1688 *U. H. Schneider* in *Scholz*, GmbHG¹¹ § 43 Rz 261; *Paefgen* in *Habersack/Casper/Löbke*, GmbHG³ § 43 Rz 267; *Klöhn* in *Bork/Schäfer*, GmbHG⁵ § 43 Rz 66; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG²¹ § 43 Rz 64; *Lindacher*, JuS 1984, 672 (673 f); *Heisse*, Beschränkung 125 (der diese Pflicht unter die Pflichten zur Erhaltung des Stammkapitals reiht).

1689 *Paefgen* in *Habersack/Casper/Löbke*, GmbHG³ § 43 Rz 267; *Klöhn* in *Bork/Schäfer*, GmbHG⁵ § 43 Rz 66.

1690 *Paefgen* in *Habersack/Casper/Löbke*, GmbHG³ § 43 Rz 267; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG²¹ § 43 Rz 64; *Heisse*, Beschränkung 125 (der diese unter die Pflichten zur Erhaltung des Stammkapitals reiht).

1691 Referierend statt aller *Fleischer* in *MüKo GmbHG*⁴ § 43 Rz 366, 379 f.

1692 *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 34, 47 und § 41 Rz 19 (zu den Rechnungslegungspflichten); zu § 49 Abs 3 dGmbHG *Klöhn* in *Bork/Schäfer*, GmbHG⁵ § 43 Rz 66, wonach diese Pflicht allein dem Schutz der Gesellschafter dient; referierend und zwf zu beiden Pflichten *Fleischer* in *MüKo GmbHG*⁴ § 43 Rz 379 f und § 41 Rz 29 ff (zur Buchführungspflicht). S dazu noch unten Fn 1705 f.

1693 Vgl *Haas/Wigand* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 20.31. Der nötige Schutz der Gesellschaftsgläubiger werde durch die Haftungskonzentration auf die Gesellschaft reflexartig bzw mittelbar und durch die Gläubigeranfechtung gewährleistet. Ähnlich *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 116 ff; vgl auch *Fleischer* in *MüKo GmbHG*⁴ § 43 Rz 379; krit auch *Kaffiné*, Begrenzung 69 f; rechtfertigend *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG²¹ § 43 Rz 65, wonach diese Abgrenzung für die Kompetenzordnung des GmbH-Rechts elementar sei.

1694 *Oetker* in *Henssler/Strohn*, GesR⁵ § 43 Rz 66, wonach dies einer analogen Anwendung die methodologische Grundlage entziehe.

Analogiebasis brüchig, sondern es entstünden auch schwierige Abgrenzungsfragen.¹⁶⁹⁵

2) *Stellungnahme und eigene Ansicht*

Aus der Funktion der Dispositionsbeschränkungen und ihren Implikationen ergeben sich Anforderungen an Geschäftsführerpflichten, die für eine (erweiterte) Anwendung der Dispositionsbeschränkungen erfüllt sein müssen. Dabei wird sich gleich zeigen, dass der im Schrifttum vorrangig problematisierte Scheitelpunkt zwischen dem Kapitalschutz einerseits und sonstigem (allgemeinen) Gläubigerschutz andererseits nur ein Teil des Gesamtproblems ist.

a. *Schadenskongruenz als Voraussetzung*

Wie schon im Eingangskapitel zur Haftungskonzentration (§ 2.) erläutert, fungieren die gesetzlichen Dispositionsbeschränkungen (darunter § 25 Abs 5 und 7 GmbHG) als Korrektive für die Bündelung aller kongruenten Ansprüche auf das Gesellschaftsvermögen (unabhängig vom Schutzzweck der verletzten Verhaltenspflicht). Dadurch werden mittelbare Drittschäden über das Gesellschaftsvermögen liquidiert und zugleich eine (allfällige) Außenhaftung nach allgemeinem Haftpflichtrecht (insb wegen Schutzgesetzverletzung) gesetzlich ausgeschlossen. Da sich die Gesellschaft ihren (einzigen) Ersatzanspruch mit den Gläubigern gleichsam „teilt“, muss ihre (grundsätzliche) Verfügungsbefugnis *soweit* ausgeschlossen sein, als die Gläubiger ohne Haftungskonzentration (allenfalls) selbst ersatzberechtigt wären (jedenfalls aber vom Schutzzweck der Norm erfasst sind). Insoweit wird der Gesellschaftsanspruch rechtlich wie ein Anspruch der Gläubiger behandelt (über den die Gesellschaft nach allgemeinen Regeln nicht verfügen könnte). Soweit Gläubiger hingegen *nicht* durch eine pflichtwidrige Verminderung des Gesellschaftsvermögens einen mittelbaren Schaden erleiden, soweit ihr Schaden sich also nicht mit einem (unmittelbaren) Gesellschaftsschaden deckt (mit diesem kongruent ist), ist eine Haftungskonzentration nicht möglich.¹⁶⁹⁶ Drittschäden können maW nur über das Gesellschaftsvermögen liquidiert werden, wenn der Gesellschaft auch ein Schaden entsteht. Ist das nicht der Fall, richtet sich die Haftpflicht (weiterhin) nach allgemeinen (bürgerlich-rechtlichen) Regeln (insb Außenhaftung). Dann bedarf es auch keiner Beschränkung der Dispositionsbefugnis der Gesellschaft als Korrektiv, denn sie hat von vornherein keinen Ersatzanspruch, über den sie zu Lasten Dritter

¹⁶⁹⁵ *Fleischer* in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 379 f mwN, nach dem die Erstreckung der Dispositionsbeschränkung auf alle gläubigerschützenden Geschäftsführerpflichten und das hierauf aufbauende Haftungsbeschränkungsverbot methodologisch weit weniger gesichert ist, als ein Großteil der Lehre glauben macht.

¹⁶⁹⁶ S zur Schadenskongruenz als Abgrenzungskriterium zur Außenhaftung schon oben S 77 ff.

verfügen könnte. Dass die Gesellschaft nicht über „originäre“ Ansprüche Dritter verfügen kann, ergibt sich schon aus allgemeinen Grundsätzen (Verbot von Verträgen zu Lasten Dritter) und bedürfte keiner besonderen gesetzlichen Anordnung.¹⁶⁹⁷ Die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG (§ 43 Abs 3 Sätze 2 f dGmbHG) normieren also entgegen dem im Schrifttum manchmal vermittelten Anschein *kein* allgemeines „Haftungsbeschränkungsverbot“, das (auch) normieren würde, dass die Gesellschaft nicht über Ansprüche Dritter disponieren kann. Vielmehr stehen die Dispositionsbeschränkungen wie erwähnt funktional und entwicklungsge-schichtlich in engstem Zusammenhang mit dem Prinzip der Haftungskonzentration. Deshalb stellt sich die Frage ihrer (ggf erweiterten) Anwendung von vornherein nur, sofern und soweit Dritte gerade durch eine pflichtwidrige Verminderung des Gesellschaftsvermögens einen (mittelbaren) Schaden erleiden, der sich mit einem (unmittelbaren) Schaden der Gesellschaft deckt. Damit scheiden aus dem potenziellen Anwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen (unabhängig von der Schutzzweckproblematik) schon all jene Verhaltenspflichten aus, durch deren Verletzung der Gesellschaft kein Schaden entsteht, sondern (nur) Dritte unmittelbar ersatzberechtigt werden (Außenhaftung). Die im Schrifttum wie erwähnt vorrangig thematisierte Grenzziehung zwischen Kapitalschutz und (allgemeinem) Gläubigerschutz verengt sich daher auf den Bereich der Innenhaftung.

b. Unmittelbarer Gläubigerschutz als Voraussetzung

Die zweite (kumulative) Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Dispositionsbeschränkungen wurde schon vorweggenommen: wie gesagt sind die Dispositionsbeschränkungen Korrektive für die Haftungskonzentration auf die Gesellschaft. Nur soweit eine Geschäftsführerpflicht den (unmittelbaren) Schutz der Gläubiger bezweckt, wären die Gläubiger ohne Haftungskonzentration allenfalls selbst ersatzberechtigt. Und nur insoweit müssen deshalb im Regime der Haftungskonzentration Gesellschaftsansprüche durch gesetzliche Anordnung zwingend für den Gläubigerzugriff im Gesellschaftsvermögen erhalten werden.¹⁶⁹⁸ Oben¹⁶⁹⁹ wurde im Zusammenhang mit dem (unmittelbaren) Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG schon herausgearbeitet, dass nur die Geschäftsführerpflichten und -haftung iZm dem Kapitalschutz, dem Verbot von Zahlungen nach Insolvenzzreife (§ 25

1697 Vgl im vorliegenden Zusammenhang auch *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 476 Fn 2728; für Deutschland *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 7; *Janert*, BB 2013, 3016 (3016); *Schug*, Risikoeinschränkung 95 Fn 502; allg statt vieler *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 879 Rz 186 mwN.

1698 Zu dieser Gläubigerschutzimplikation der Dispositionsbeschränkungen schon iZm § 41 Abs 3 GmbHG oben S 257 ff.

1699 S die teleologischen Erwägungen ab S 376.

Abs 3 GmbHG) und – als „Verlängerung“¹⁷⁰⁰ dieses Schutzkonzepts – auch das Verbot existenzgefährdender Maßnahmen dem *unmittelbaren* Gläubigerschutz dienen. Nur aus diesen Pflichten könnten die Gläubiger ohne Haftungskonzentration allenfalls eigene Ansprüche ableiten, weshalb im System der Haftungskonzentration nur insoweit eine zwingende Erhaltung durch Dispositionsbeschränkungen als Korrektiv geboten ist. Außerhalb von § 25 Abs 3 GmbHG werden die Gläubiger hingegen (nur) *mittelbar* dadurch geschützt, dass Gesellschafter- und Gläubigerinteressen wegen der disziplinierenden Wirkung der zwingenden Vermögensbindung grundsätzlich gleichgeschaltet sind (Interessenkongruenz). Als allgemeine Maxime für das Rangverhältnis von Gesellschafter- und Gläubigerinteressen und (damit einhergehend) für die Indisponibilität der Geschäftsführerhaftung wurde oben formuliert,¹⁷⁰¹ dass nur jene Geschäftsführerplichten dem unmittelbaren Gläubigerschutz dienen (und deshalb indisponibel sein müssen), die die Funktionalität der Interessenkongruenz als Grundlage mittelbaren Gläubigerschutzes schaffen oder (korrigierend) gewährleisten sollen. Ob neben den schon genannten Tatbeständen noch weitere Vorschriften diese Voraussetzung erfüllen, soll in der Folge genauer untersucht werden.

c. Schlussfolgerungen für einzelne Verhaltenspflichten

Eine analoge Anwendung der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG (§ 43 Abs 3 Sätze 2 f dGmbHG) setzt wie gerade erwähnt voraus, dass die fragliche Verhaltenspflicht (i) einen Gesellschaftsschaden begründet (Schadenskongruenz) und darüber hinaus (ii) dem unmittelbaren Gläubigerschutz (Kapitalschutz und Korrektive) dient. Deshalb kann die Aussage, die Dispositionsbeschränkungen seien über den Kapitalschutz hinaus auf sämtliche weitere Gläubigerschutzpflichten¹⁷⁰² zu erstrecken, in dieser Allgemeinheit nicht richtig sein. Nicht alle in der Lehre diskutierten Vorschriften begründen einen Schaden der Gesellschaft,¹⁷⁰³ nämlich zB: die Rechnungslegungsvorschrift-

1700 S die Nw in Fn 1657.

1701 S oben bei Fn 1673.

1702 Gegen eine Analogie sprechen jedoch mE nicht unbedingt die dadurch angeblich geschaffenen Abgrenzungsschwierigkeiten. Denn ob eine Verhaltensvorschrift ausschließlich oder überwiegend dem Schutz der Gläubiger dient, muss auch bei der Auslegung des § 199 Abs 3 AktG (*per analogiam*) entschieden werden (*Fleischer* in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 379). Diese Abgrenzung ist auch entscheidend für die Frage, ob Weisungsbeschlüsse den Geschäftsführer zur Ausführung verpflichten (Folgepflicht).

1703 Insoweit zutr *Janert*, BB 2013, 3016 (3019), wonach es einer Analogie zu § 43 Abs 3 dGmbHG in den meisten Fällen nicht bedarf, weil in Fällen, in denen das Gerechtigkeitsgefühl nach einer Haftung verlangt, oft eine direkte Außenhaftung des Geschäftsführers anzunehmen sein wird. Ähnlich *Verse* in *Scholz*, GmbHG¹² § 43 Rz 378, nach dem zumindest in den Fällen, in denen eine Außenhaftung unmittelbar gegenüber den Gläubigern anerkannt ist, auch das Bedürfnis für eine Rechtsfortbildung im Rahmen des § 43 Abs 3 dGmbHG fraglich sei.

ten (§ 22 GmbHG, § 190 UGB), die Pflicht zur Aufstellung des Jahresabschlusses (§§ 222, 244 UGB) und die Pflicht zur Einberufung der Generalversammlung bei Verlust der Hälfte des Stammkapitals oder Restrukturierungsbedarf (§ 36 Abs 2 Satz 2 GmbHG).¹⁷⁰⁴ Durch Verletzung dieser Pflichten werden nur Dritte geschädigt, die im Vertrauen auf falsche oder fehlende Informationen disponieren. Mangels Schadenskongruenz erübrigt sich, ob die genannten Normen (insb die Rechnungslegungsvorschriften¹⁷⁰⁵ und die Einberufungspflicht¹⁷⁰⁶) überhaupt dem Gläubigerschutz die-

1704 So vielleicht auch *Werner*, GmbHR 2014, 792 (796): keine Gesetzeslücke in diesen Fällen.

1705 § 22 Abs 1 GmbHG verpflichtet den Geschäftsführer, dafür zu sorgen, dass ein Rechnungswesen und ein internes Kontrollsystem (IKS) geführt werden, die den Anforderungen des Unternehmens entsprechen (Abs 2 und 3 regeln das Einsichtsrecht der Gesellschafter). Nach hM ist § 22 Abs 1 GmbHG kein Schutzgesetz zugunsten der Gesellschaftsgläubiger; vgl OGH 14.07.1994, 1 Ob 553/94 HS 25.846; eher verneinend *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 18; ebenso *Mollnhuber/Suesserott* in *U. Torggler*, GmbHG § 22 Rz 13 mwN; vgl auch *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/328; so wohl auch *Unger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 22 Rz 62 (Stand 01.11.2018); abl auch die hL zu §§ 189 ff UGB (statt vieler *Gelter* in *Straube/Ratka/Rauter*, UGB II/RLG³ Vor § 189 Rz 152 mwN [Stand 01.12.2022]); verneinend auch die hdM, vgl den Überblick über den Meinungsstand bei *Fleischer* in *MüKo GmbHG*⁴ § 41 Rz 28; *Haas/Kersting* in *Noack et al*, GmbHG²³ § 41 Rz 19 jew mwN auch zur Rsp und Gegenansicht; speziell zum IKS *Kalss* in *FS Krejci* 699 (718) mwN.

1706 Der Zweck des § 36 Abs 2 Satz 2 GmbHG besteht nach hL darin, den Gesellschaftern eine grundsätzliche Diskussion über die weitere Geschäftspolitik zu ermöglichen (vgl nur *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 36 Rz 11; *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 36 Rz 27 [Stand 01.09.2021]). Ob die Norm darüber hinaus auch den Schutz der Gläubiger bezweckt, ist str. Befürworter stützen sich auf § 36 Abs 2 Satz 3 GmbHG, wonach die Geschäftsführer die gefassten Beschlüsse dem FB-Gericht mitzuteilen haben (zum Meinungsstand *Koppensteiner/Rüffler* aaO). Für einen Gläubigerschutzzweck der Mitteilungspflicht zB *J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 333; *ders*, *ecolex* 1990, 354 (354); *Karollus*, *ÖBA* 1990, 353 ff; *Ch. Nowotny* in *FS Semler* 231 ff; vgl schon *v Pitreich* in *Verhandlungen des 31. DJT II* (1912) 314 (325 f). AA die heute wohl hL, vgl *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 36 Rz 27 mwN (Stand 01.09.2021); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 36 Rz 11; *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 36 Rz 15 mwN; *Harrer*, *Haftungsprobleme* 172 f; *Koppensteiner*, wbl 1988, 1 (4 f); zwf *Haberer*, *Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht* 487. Gegnern eines Gläubigerschutzzwecks zufolge schützt die verpflichtende Befassung der Gesellschafter bei Verlust der Hälfte des Stammkapitals die Gläubiger zwar reflexiv, sei aber nicht der primäre Normzweck (statt vieler *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 36 Rz 11; *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 36 Rz 27 [Stand 01.09.2021]). Auch die wohl hdL verneint einen Gläubigerschutzzweck und weist auf den allenfalls reflexartigen Gläubigerschutz hin (vgl etwa *Römermann* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ § 49 Rz 8 ff, 10 und die dort zitierten *Nw*; *Liebscher* in *MüKo GmbHG*⁴ § 49 Rz 8; *Ulmer*, GmbHR 1984, 256 [260]). Gegner eines Gläubigerschutzes dürften die Entstehungsgeschichte auf ihrer Seite haben: Die RV (36 BlgHH 17. Session 14) enthielt in § 35 Abs 2 nur die Einberu-

nen.¹⁷⁰⁷ Manche Vorschriften begründen zwar einen (wenngleich fingierten) Gesellschaftsschaden, durch den mittelbar Gläubiger geschädigt werden (Schadenskongruenz), die hM gewährt den Gläubigern aber trotzdem einen unmittelbaren Anspruch (Außenhaftung) auf Schutzgesetzbasis. Das trifft auf das Verbot kridaträchtiger Handlungen (§ 159 Abs 5 StGB) und die Insolvenzantragspflicht (§ 69 IO) zu.¹⁷⁰⁸ Auch wenn die Gesellschaftsgläubiger neben der Gesellschaft einen Ersatzanspruch haben („Doppelhaftung“), erübrigt sich eine Einschränkung der Dispositionsbefugnis der Gesellschaft. Eine Einschränkung ist nur bei Haftungskonzentration geboten, weil es dann nur den Gesellschaftsanspruch gibt, von dessen rechlichem Schicksal auch die Rechtsposition der Gläubiger abhängt. In den gerade genannten Fällen scheitert die (erweiternde) Anwendung der Dispositionsbeschrän-

fungspflicht für den Fall, dass *„eingetretene Verluste die Hälfte des Stammkapitals erreichen.“* Erst in der Herrenhauskommission wurde der Antrag gestellt, dass, *„wenn die im Falle des Verlustes der Hälfte des Stammkapitals nach § 36 einberufene Generalversammlung die Fortsetzung der Gesellschaft beschließe, dieser Beschluß von den Geschäftsführern zum Handelsregister anzumelden sei, damit einerseits der bedenkliche Zustand der Gesellschaft den Gläubigern nicht verborgen bleibe, und damit andererseits ein Sporn gegeben sei, noch rechtzeitig für die Sanierung zu sorgen;“* (HHB I 272 BlgHH 17. Session 1905 10). Der Antrag wurde jedoch abgelehnt, weil *„in der Folge dieser Publizität leicht der gänzliche Zusammenbruch einer wenn auch geschwächten, so doch noch lebensfähigen Gesellschaft herbeigeführt werden könnte.“* (HHB I aaO 10). Ähnlich übrigens schon zum ADHGB 1861 (vgl Lutz, Protokolle I 355 f). Die heute geltende Mitteilungspflicht wurde erst über Antrag des vom Abgeordnetenhaus bestellten volkswirtschaftlichen Ausschusses in das Gesetz aufgenommen. *Koppensteiner/Rüffler* (GmbHG³ § 36 Rz 11) wenden gegen die Gläubigerschutzthese überzeugend ein, dass die Herrenhauskommission die Pflicht zur Anmeldung eines Fortsetzungsbeschlusses ausdr abgelehnt und den Fortbestand der Gesellschaft dem Informationsinteresse der Gläubiger übergeordnet hat. Diese Wertung hat der volkswirtschaftliche Ausschuss nicht revidiert (*Koppensteiner/Rüffler* aaO). Einen Fortsetzungsbeschluss sieht das Gesetz nicht vor. Es verpflichtet die Gesellschafter auch nicht, überhaupt irgendeinen Beschluss zu fassen, sondern nur zur Mitteilung an das FB-Gericht, *wenn* Beschlüsse gefasst werden. Außerdem normiert das Gesetz keine *Anmeldung* zum FB (wie in der Herrenhauskommission beantragt), sondern nur eine *Mitteilung*. Deren Publizitätswirkung ist aber nicht mit jener einer Anmeldung vergleichbar (*Koppensteiner/Rüffler* aaO Rz 11 und 13). Insb wird die Mitteilung nicht in das FB eingetragen oder in die Urkundensammlung aufgenommen, sondern nur in den (eingeschränkt zugänglichen) Firmenbuchakt (*Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 36 Rz 15).

1707 S schon Fn 1692. Dagegen spricht va, dass die Geschäftsführer nach den EBRV (236 BlgHH 17. Session 1904 62) *„[n]ur in zwei Fällen“* gegenüber Dritten haften sollen (Außenhaftung), nämlich gem § 50 Abs 3 (§ 56 Abs 3 GmbHG idgF; vgl schon Art 248 ADHGB 1861) zur Kapitalherabsetzung und § 58 Abs 2 Satz 1 (§ 64 Abs 2 Satz 1 GmbHG idgF) über die Einforderung weiterer Einzahlungen nicht voll eingezahlter Stammeinlagen, weil in diesen Fällen *„nicht gegen die Gesamtheit der Gläubiger, sondern gegen eine bestimmte Person gerichtete, gerade diese benachteiligende Handlungen oder Unterlassungen der Geschäftsführer in Frage kommen.“*

1708 S dazu schon iZm der Haftungskonzentration oben S 101 ff.

kungen also nicht primär an der Schadenskongruenz, sondern an der (mE unzutr) impliziten Ablehnung einer Haftungskonzentration (trotz Schadenskongruenz).

Hat man dies berücksichtigt, bleibt der Bereich der (reinen) Innenhaftung. Hier ist entsprechend dem oben herausgearbeiteten Rangverhältnis der unmittelbare vom bloß mittelbaren Gläubigerschutz zu trennen. Eine Anwendung der Dispositionsbeschränkungen impliziert, dass die zugrundeliegenden Pflichten und die Haftung des Geschäftsführers dem unmittelbaren Gläubigerschutz dienen und daher indisponibel sein müssen. Das setzt nach der gesetzlichen Wertung wie erwähnt einen Konnex zum Kapitalschutz als Fundament des mittelbaren Gläubigerschutzes *qua* Interessenskongruenz voraus.¹⁷⁰⁹ Erfasst sind demgemäß wie erwähnt jedenfalls die mit § 25 Abs 3 GmbHG korrespondierenden Geschäftsführerpflichten (Kapitalerhaltung und Verbot von Zahlungen nach Insolvenzreife). Oben wurde aber auch schon festgestellt,¹⁷¹⁰ dass damit die im Gläubigerinteresse indisponible Organhaftung damit noch zu eng gefasst ist, weil die Gesellschafter- und Gläubigerinteressen schon früher, mit sinkendem Eigenkapitalbestand auseinanderdriften und zum Eingehen überhöhter Risiken verleiten. Das Verbot des Eingehens solcher Risiken, also die Durchführung existenzgefährdender Maßnahmen kann daher wie erwähnt als (korrigierende) „Verlängerung“¹⁷¹¹ der (starren) gesetzlichen Kapitalschutzregeln iSe situativen, risikobezogenen Gläubigerschutzes begriffen werden und ist für die Gesellschaft ebenfalls indisponibel.¹⁷¹² Deshalb sind die Dispositionsbeschränkungen nach zutr Ansicht¹⁷¹³ (korrigierend) auch auf die Haftung der Geschäftsführer wegen solcher Maßnahmen anzuwenden.¹⁷¹⁴

Von den eingangs aufgezählten Vorschriften kommt auch § 14 EKEG für eine erweiterte Anwendung der Dispositionsbeschränkungen in Frage. Denn diese Vorschrift verbietet die Rückzahlung eigenkapitalersetzender Kredite während der Krise und hat damit einen Bezug zur Kapitalerhaltung. Wie bis-

1709 IdS auch *Fleischer* in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 379 f; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 34. *U. H. Schneider* (in FS Werner 795 [809 f]) nennt iZm abstrakten Haftungsmilderungen als unmittelbar gläubigerschützend jene Pflichten, die der *Kapitalaufbringung*, *Kapitalerhaltung*, *Risikotrennung* und *Liquiditätssicherung* dienen. So wohl auch *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 487.

1710 S oben bei Fn 1654 ff.

1711 S bei Fn 1657 mwN.

1712 S oben bei Fn 1663.

1713 S die Nw in Fn 1683 (Meinungsstand).

1714 Auf dieser Linie dürfte auch der Vorschlag von *Rüffler* (in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 13 [25 ff]) liegen, § 25 Abs 5 GmbHG auf *ex ante* erkennbar gläubigergefährdende Beschlüsse anzuwenden. Eine solche Gläubigergefährdung sei anzunehmen, wenn erkennbar ist, dass das Geschäft die wirtschaftliche Lage der Gesellschaft derart verschlechtert, dass die Befriedigung der Gläubiger nicht mehr gesichert scheint (aaO 26 f).

her herausgearbeitet, sollten sich die Dispositionsbeschränkungen nach dem Willen des Gesetzgebers ausschließlich auf § 25 Abs 3 GmbHG beziehen – davon ist § 14 EKEG unmittelbar nicht erfasst. Zwar wollte der Gesetzgeber offenbar mit dem offen formulierten § 25 Abs 3 Z 1 GmbHG alle denkbaren Verstöße gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr erfassen (arg: „*wenn [...] gegen die Vorschriften dieses Gesetzes oder des Gesellschaftsvertrages Gesellschaftsvermögen verteilt wird*“), er erfasst damit aber eben nur Verstöße „*gegen die Vorschriften dieses Gesetzes*“ (also des GmbH-Gesetzes)¹⁷¹⁵, weil es im Zeitpunkt der Schaffung des GmbHG (soweit ersichtlich) noch keine Kapitalerhaltungsvorschriften außerhalb des Stammgesetzes gab. Das EKEG (und damit auch die Rückzahlungssperre in § 14) traten erst (viel) später, mit dem Jahr 2004¹⁷¹⁶ in Kraft. Aber schon vor Inkrafttreten des EKEG haben Lehre und Rsp für eigenkapitalersetzende Kredite eine Rückzahlungssperre angenommen und mit einer Analogie zu § 74 GmbHG über die (nur eingeschränkt mögliche) Rückzahlung von Nachschüssen begründet.¹⁷¹⁷ Über diesen Weg war die Rückzahlung eigenkapitalersetzender Kredite von § 25 Abs 3 Z 1 GmbHG erfasst, der „*Nachschüsse an Gesellschafter*“ sogar ausdrücklich als Spielart einer verbotenen Vermögensverteilung nennt. Damit war die Rückzahlung auch von den Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG erfasst. Mit der eigenständigen Regelung in § 14 EKEG (außerhalb des Stammgesetzes) ist der Zusammenhang mit § 25 Abs 3 GmbHG abgerissen (der freilich auch nach der alten Rechtslage erst durch einen Analogieschluss vermittelt werden musste). Dadurch wurde § 25 Abs 3 Z 1 GmbHG (nachträglich) lückenhaft. Er ist daher heute analog auf § 14 EKEG anzuwenden. Im Vergleich zur alten Rechtslage vor dem EKEG (unmittelbare Anwendung des § 25 Abs 3 GmbHG auf § 74 GmbHG und analoge Anwendung dieser Bestimmung auf eigenkapitalersetzende Kredite) dürfte sich dadurch im Ergebnis nichts ändern. Eine analoge Anwendung der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG selbst ist demgemäß nicht nötig.

Auch § 66a AktG scheint die nötigen Voraussetzungen (insb den Kapitalerschutzbezug) zu erfüllen. Fraglich ist aber schon die analoge (oder „sinnges-

1715 Vgl nur *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/158.

1716 BGBl I 2003/92.

1717 Vgl dazu nur EBRV 124 BlgNR 22. GP 2 mwN; OGH 08.05.1991, 8 Ob 9/91 SZ 64/53 mwN.

mäße“)¹⁷¹⁸ Anwendbarkeit auf die GmbH.¹⁷¹⁹ Schwierigkeiten scheint (wegen der Umsetzung europarechtlicher Vorgaben)¹⁷²⁰ vor allem der Normzweck zu bereiten.¹⁷²¹ Die Bedeutung dieser Frage wird dadurch relativiert, dass ein Gutteil der von § 66a AktG erfassten Fälle schon unter das Verbot der Einlagenrückgewähr gem § 82 GmbHG fällt.¹⁷²² Eine nähere Auseinandersetzung muss hier schon aus Platzgründen unterbleiben. Soweit das GmbHG lückenhaft ist und § 66a AktG dem Kapitalschutz dient, müssten auch daraus resultierende Ansprüche für die Gesellschaft nach Maßgabe der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG indisponibel sein.¹⁷²³

Weniger von praktischem als akademischem Interesse ist schließlich die Haftung von Organmitgliedern nach dem URG. Nach § 22 Abs 1 URG haften die Mitglieder des vertretungsbefugten Organs gegenüber der (prüfungspflichtigen) juristischen Person, wenn über deren Vermögen ein Insolvenzverfahren eröffnet wird und die Organmitglieder innerhalb der letzten zwei

1718 § 81 GmbHG lautet: „Auf den unentgeltlichen Erwerb eigener Anteile, auf den Erwerb eigener Anteile im Weg der Gesamtrechtsnachfolge und auf den Erwerb eigener Anteile zur Entschädigung von Minderheitsgesellschaftern sind die entsprechenden, für den Erwerb eigener Aktien geltenden Vorschriften sinngemäß anzuwenden.“ Nach Kalss (in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 66a Rz 3; dies in MüKo AktG⁵ § 71a Rz 85 mwN) bezieht sich dieser Verweis auch auf § 66a AktG, der deshalb „sinngemäß“ auf die GmbH anzuwenden sei. Gegen eine sinngemäße (und für eine allenfalls analoge) Anwendung spricht aber vielleicht, dass § 81 GmbHG (s oben) nur einzelne Erwerbstatbestände erfasst und nur für diese Tatbestände die entspr Normen des AktG für sinngemäß anwendbar erklärt.

1719 Für eine Analogie wie erwähnt S.-F. Kraus/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 25 Rz 31; sympathisierend Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 82 Rz 17a; s die Nw in Fn 1718. Abl Karollus in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 66a Rz 10, wonach es sich bei § 66a AktG um eine spezielle Wertung des Gesetzgebers handle, die letztlich auf den (damals bestandenen) europarechtlichen Zwang zur Einführung dieses Tatbestands bei der AG zurückgeht; ein derartiger Zwang habe bei der GmbH aber nicht bestanden. Karollus (aaO) betont auch, dass das (rechtsfolgenreich ohnedies weiterreichende) Verbot der Einlagenrückgewähr gem § 82 GmbHG gelte, weshalb eine analoge Anwendung von § 66a AktG zwar nicht praktisch völlig bedeutungslos (so aber Koppensteiner/Rüffler, GesRZ 1999, 144 [150]), aber nicht von übermäßig großer Relevanz wäre.

1720 Vgl ausf mwN Karollus in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 66a Rz 3 ff.

1721 Vgl Karollus in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 66a Rz 3; Cahn in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 71a Rz 6 ff mwN (nun ders in BeckOGK AktG § 71a Rz 7 ff [Stand 01.10.2023]); vgl auch Oechsler in MüKo AktG⁵ § 71a Rz 3 ff.

1722 Vgl insb Karollus in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 66a Rz 10; vgl auch Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 66a Rz 17; Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 52 Rz 43.

1723 Wie zu § 14 EKEG erwähnt, wäre dann mE § 25 Abs 3 Z 1 GmbHG analog auf die Finanzierung des Erwerbs eigener Anteile anzuwenden. Das wäre wertungsmäßig konsistent, weil auch Verstöße gegen sonstige Kapitalschutzvorschriften die Ersatzpflicht gem § 25 Abs 3 GmbHG auslösen. Auch hier wäre dann eine analoge Anwendung der Dispositionsbeschränkungen selbst nicht nötig.

Jahre vor dem Antrag auf Insolvenzeröffnung (Z 1) einen Bericht des Abschlussprüfers erhalten haben, wonach die Eigenmittelquote (§ 23 URG) weniger als 8% und die fiktive Schuldentilgungsdauer (§ 24 URG) mehr als 15 Jahre beträgt (Vermutung des Reorganisationsbedarfs), und nicht unverzüglich ein Reorganisationsverfahren beantragt oder nicht gehörig fortgesetzt haben oder (Z 2) einen Jahresabschluss nicht oder nicht rechtzeitig aufgestellt oder nicht unverzüglich den Abschlussprüfer mit dessen Prüfung beauftragt haben. Die Organmitglieder haften für die durch die Insolvenzmasse nicht gedeckten Verbindlichkeiten, wobei die Haftung nach anderen Rechtsgrundlagen (zB Insolvenzverschleppungshaftung)¹⁷²⁴ unberührt bleibt (Abs 4).¹⁷²⁵ Da der Schaden der Gesellschaftsgläubiger (Quotenschaden) aus einer Verminderung des Gesellschaftsvermögens (der Masse) resultiert, ordnet § 22 URG konsequenterweise die Haftung *gegenüber der Gesellschaft* an (Haftungskonzentration).¹⁷²⁶ Die Haftungsanordnung dient (wie das URG allgemein) der Insolvenzprophylaxe: schon vor Eintritt der materiellen Insolvenz soll iSe Frühwarnsystems der Anreiz geschaffen werden, rechtzeitig Reorganisationsmaßnahmen zu ergreifen, um eine Insolvenz zu vermeiden.¹⁷²⁷ Da die Bestimmung demgemäß (wie die Insolvenzantragspflicht) dem unmittelbaren Gläubigerschutz dient (woran die Haftungskonzentra-

1724 Vgl EBRV 734 BlgNR 20. GP 85. Vgl auch 99/ME 20. GP 110.

1725 Dem liegt die (widerlegliche) Vermutung zugrunde, dass die Insolvenz bei rechtzeitiger Einleitung eines Reorganisationsverfahrens unterblieben wäre. Der Schaden liegt im Insolvenzeintritt *per se* (vgl *Schumacher*, ÖBA 1997, 855 [865]). Nach § 27 URG entfällt die Haftung, wenn die Insolvenz nachweislich aus anderen Gründen als wegen der Unterlassung der Reorganisation eingetreten ist (Entlastungsbeweis).

1726 Dagegen war im Ministerialentwurf der Anspruchsberechtigte noch nicht spezifiziert („so haften sie zur ungeteilten Hand [...]“; vgl 99/ME 20. GP 11). Geregelt war nur, wer die Haftung geltend machen kann: § 27 Z 2 sah vor, dass die Haftung neben dem Insolvenzverwalter auch von jedem Gläubiger, der bei Eröffnung des Konkurses Konkursgläubiger gewesen wäre, geltend gemacht werden kann, wenn der Konkursantrag mangels kostendeckenden Vermögens abgewiesen wird (vgl *de lege ferenda* für eine Haftungskonzentration auf die Gesellschaft auf Grundlage des ME instruktiv *Dellinger*, ZIK 1997, 8 [12 ff]). In § 28 Abs 1 URG heißt es (nur) noch: „Der Anspruch nach § 22 und nach § 25 kann nur vom Masse- oder Sanierungsverwalter für die Insolvenzmasse geltend gemacht werden.“ (s aber noch zur analogen Anwendung des Verfolgungsrechts der Gläubiger gem § 84 Abs 5 AktG sogleich im Fließtext). Dementspr sieht das URG im selben Paragraphen (§ 28 Abs 2) auch ein Verzichtsverbot der Gesellschaft vor (s auch Fn 1730), weil die Gesellschaftsgläubiger ohne eigenen Anspruch auf die Geltendmachung des Gesellschaftsanspruchs angewiesen sind (vgl den Vorschlag von *Dellinger* [aaO 14] für den Fall der Normierung einer Haftungskonzentration). Die EBRV (734 BlgNR 20. GP 88) greift mE aber insofern kurz, als das Verzichtsverbot (nur) damit begründet wird, dass „die Haftungsregelung nicht ihre Präventivwirkung verliert“.

1727 Vgl EBRV 734 BlgNR 20. GP 33 ff, 85. Vgl auch *Binder in Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 3/72.

tion nichts ändert)¹⁷²⁸, müssen die Ersatzansprüche der Gesellschaft zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger indisponibel sein. Grundsätzlich wäre daher eine analoge Anwendung der Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG gerechtfertigt und geboten (so auch Vorschläge zum Ministerialentwurf, der noch keine vergleichbaren Bestimmungen enthielt).¹⁷²⁹ Allerdings enthält das URG bereits eigene Dispositionsbeschränkungen: Gemäß § 28 Abs 2 URG kann die juristische Person auf den Anspruch nicht verzichten.¹⁷³⁰ Bei der Frage der Haftungsfreistellung durch Beschlussausführung geht das Gesetz jedoch einen eigenen Weg: Wird den Organmitgliedern wirksam die Weisung erteilt, das Reorganisationsverfahren nicht einzuleiten, so entfällt gem § 25 URG die Haftung der Organmitglieder, wobei stattdessen die Mitglieder des anweisenden Organs (Aufsichtsrat oder Gesellschafterversammlung) haften.¹⁷³¹ Eine (analoge) An-

1728 S dazu allg schon oben S 75 ff. Zu § 22 URG zutr schon *Dellinger*, ZIK 1997, 207 (208): „Daß die Haftung über das Gesellschaftsvermögen abgewickelt wird, den geschädigten Verkehrsteilnehmern nur indirekt zugute kommt, spricht nicht dagegen, daß deren Gefährdung den Grund der Haftung bildet.“

1729 Vgl etwa *Dellinger*, ZIK 1997, 8 (14 Fn 39).

1730 Konsequenterweise steht der Verzichtsausschluss, der insoweit auch für Vergleiche gilt (vgl auch *Mohr*, URG § 28 Anm 5; *Jenatschek* in *Buchegger*, Insolvenzrecht § 28 URG Rz 2), nicht unter der Voraussetzung der Erforderlichkeit zur Gläubigerbefriedigung (vgl § 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG). Da der Schaden nämlich darin besteht, dass Verbindlichkeiten durch die Insolvenzmasse nicht gedeckt sind (§ 22 Abs 1 URG; Quotenschaden), ist die Voraussetzung der Erforderlichkeit zur Gläubigerbefriedigung im Zeitpunkt der Anspruchsentstehung stets erfüllt (vgl hierzu auch *Chalupsky/Schmidsberger* in *Bertl et al*, Insolvenz – Sanierung – Liquidation 39 [81]). Der Ministerialentwurf (99/ME 20. GP) enthielt diese Dispositionsbeschränkung noch nicht (s auch Fn 1726).

1731 Der Ministerialentwurf (99/ME 20. GP) enthielt diese Anordnung noch nicht (vgl den Vorschlag von *Dellinger*, ZIK 1997, 8 [14]). Ohne eine entspr Anordnung hätten die Organmitglieder jedoch in eine Pflichtenkollision geraten können. Denn entgegen einem Hinweis in den Erläuterungen zum ME (zu einem Parallelproblem [aaO 108 f]) wäre die Weisung, von der Verfahrenseinleitung abzustehen, nicht automatisch unbeachtlich. Wie nämlich schon *Dellinger* (aaO 11 f) bemerkte, wäre eine solche Weisung (trotz Gläubigerschutzorientierung) nicht nichtig, weil sie keine gesetzliche Pflicht verletzt (die Einleitung eines URG-Verfahrens ist fakultativ!). Vgl zust *Mohr*, URG § 26 Anm 3; *Jenatschek* in *Buchegger*, Insolvenzrecht § 25 URG Rz 11. Zutr bemerkt *Dellinger* (aaO) auch, dass die bloße Möglichkeit, sich durch die Befolgung eines Beschlusses ersatzpflichtig zu machen, keinen eigenständigen Anfechtungsgrund, sondern nur die Aktivlegitimation der Organmitglieder gem § 41 Abs 3 GmbHG und § 196 Abs 1 Z 5 AktG begründet. Dem ist hinzuzufügen, dass die Anfechtbarkeit nach den *leg cit* heute der absoluten Nichtigkeit entspricht (zur Obsoleszenz des § 41 Abs 3 GmbHG oben S 266 ff). Die erwähnte Pflichtenkollision erinnert an das Haftungsdilemma, das § 41 Abs 3 GmbHG zugrunde lag; allerdings mit dem Unterschied, dass das Dilemma im älteren Aktienrecht dadurch bedingt war, dass sich der Gläubigerschutzzweck der verletzten Organpflicht (noch) nicht beschlussmängelrechtlich in der Beschlusswirkung niederschlagen konnte, weil

wendung der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG ist daher nicht (mehr) nötig. Allerdings ist mE das Verfolgungsrecht der Gesellschaftsgläubiger gem § 84 Abs 5 AktG analog (auch) auf die Haftung gem § 22 URG anzuwenden, und zwar wie bei § 84 Abs 3 AktG unabhängig vom Verschuldensgrad (was praktisch in der masselosen Insolvenz eine Rolle spielen wird).¹⁷³²

Zusammenfassend kann festgehalten werden: Die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG setzen als Korrektive für die Haftungskonzentration notwendigerweise voraus, dass die Gläubiger durch eine Verminderung des Gesellschaftsvermögens (mittelbar) geschädigt werden (Schadenskongruenz). Eine (erweiternde) Anwendung kommt daher nicht in Frage, sofern und soweit fragliche Verhaltenspflichten eine Außenhaftung der Geschäftsführer begründen. Im relevanten Bereich der Innenhaftung ist die wertungsmäßige Zäsur des unmittelbaren Gläubigerschutzes (Kapital-schutz und Korrektive) zu beachten. Im Ergebnis sind § 25 Abs 5 und 7 GmbHG über § 25 Abs 3 GmbHG hinaus (zumindest) anzuwenden auf existenzgefährdende (und -vernichtende)¹⁷³³ Maßnahmen des Geschäftsführers und auf Verstöße gegen die Rückzahlungssperre gem § 14 EKEG (wobei insoweit § 25 Abs 3 GmbHG als Bezugspunkt der Dispositionsbeschränkungen analog anzuwenden ist).

viii. Fazit

Als Gesamtergebnis der vorstehenden, umfassenden Analyse kann festgehalten werden, dass sich die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG ausschließlich auf § 25 Abs 3 GmbHG beziehen. Das ergibt sich vor allem aus der Wertung des § 84 Abs 5 AktG und aus der Entstehungsgeschichte des § 25 GmbHG. Die Abweichungen des Wortlauts und systematischen Aufbaus gegenüber dem deklarierten Regelungsvorbild § 43 dGmbHG lassen sich restlos durch die redaktionelle Entwicklung des öGmbHG erklären (insb durch die ursprüngliche Parallelität mit dem österreichischen Aktienentwurf). Wertungsmäßig implizieren die Dispositionsbeschränkungen als Korrektive für die Haftungskonzentration, dass die von ihnen erfassten Ersatzansprüche und korrespondierenden Geschäftsführerpflichten unmittelbar dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger dienen. Das gilt nach der (sachgerechten) gesetzlichen Wertung nur für solche Vorschriften, die die im Gläubigerinteresse zwingende Vermögensbindung betreffen, konkret für die Kapi-

die absolute Nichtigkeit noch nicht anerkannt war. Heute ist die Beschlussnichtigkeit zwar anerkannt, das Dilemma des ME zum URG beruhte aber darauf, dass die Einleitung eines Reorganisationsverfahrens nicht *verpflichtend* ist, weshalb eine Weisung nicht nichtig (früher „anfechtbar“) und folglich unverbindlich wäre, obwohl ihre Ausführung zum Ersatz verpflichtet.

1732 Vgl idS schon auf Grundlage des ME *Dellinger* (ZIK 1997, 8 [14]), der für eine Haftungskonzentration auf die Gesellschaft plädierte und ergänzend vorschlug, die Gläubiger zur Einziehung des Ersatzanspruchs zu ermächtigen.

1733 Zur Haftung wegen existenzvernichtender Eingriffe Fn 1661.

talerhaltungsvorschriften und das Zahlungsverbot bei Insolvenzzreife (§ 25 Abs 3 GmbHG), das Verbot existenzgefährdender (und -vernichtender)¹⁷³⁴ Maßnahmen und die Rückzahlungssperre gem § 14 EKEG. Nur insoweit sind § 25 Abs 5 und 7 GmbHG anzuwenden. Im verbleibenden Bereich werden die Gesellschaftsgläubiger nach der gesetzlichen Konzeption (nur) mittelbar dadurch geschützt, dass die Interessen der Gesellschafter aufgrund der disziplinierenden Wirkung der zwingenden Vermögensbindung typischerweise mit den Gläubigerinteressen gleichlaufen (Interessenkongruenz). Unmittelbar gläubigerschützend (und daher indisponibel) sind daher allgemein nur jene Vorschriften, die die Funktionalität dieser Interessenkongruenz schaffen oder gewährleisten sollen.

c) Erforderlichkeit des Ersatzes zur Befriedigung der Gläubiger

Voraussetzung für die Unwirksamkeit von Dispositionen der Gesellschaft ist, dass der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist (§ 10 Abs 6 GmbHG, § 25 Abs 5 und 7 GmbHG).¹⁷³⁵ Nur sofern und soweit die Gesellschaftsgläubiger von der Gesellschaft *ohne* einen Ersatz durch den Geschäftsführer keine Befriedigung erlangen können, erleiden sie durch das Geschäftsführerverhalten einen (mittelbaren) Schaden. Nur insoweit muss daher im System der Haftungskonzentration der Ersatzanspruch der Gesellschaft zwingend für die Liquidation des Gläubigerschadens erhalten werden. Soweit die Gläubiger trotz pflichtwidriger Verminderung des Gesellschaftsvermögens ohnehin noch bei der Gesellschaft Befriedigung erlangen können, sind sie nach der gesetzlichen Wertung nicht schutzwürdig.¹⁷³⁶ Das Tatbe-

1734 Zur Haftung wegen existenzvernichtender Eingriffe Fn 1661.

1735 Im Prozess muss der Geschäftsführer die Gesellschaftsdisposition beweisen (RIS-Justiz RS0109102; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 10 Rz 32; S.-F. *Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 31; *van Husen* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 10 Rz 514 [Stand 01.09.2021]). Der Kläger (die Gesellschaft, ihre Gläubiger oder der Insolvenzverwalter) sind für die Erforderlichkeit des Ersatzes zur Gläubigerbefriedigung behauptungs- und beweispflichtig (vgl. OGH 14.01.1998, 3 Ob 323/97i; RIS-Justiz RS0109102; s auch die oben zitierten Nw; *U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 10 Rz 39; *van Husen* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 10 Rz 514 [Stand 01.09.2021]). Für Deutschland nur *Herrler* in *MüKo GmbHG*⁴ § 9b Rz 23; *Ziemons* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 514b).

1736 Vgl bereits AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 463: „Nur würde es den Rechtsgrundsätzen nicht entsprechen, den Gläubigern auch dann einen Anspruch gegen die Mitglieder des Aufsichtsraths einzuräumen, wenn derselbe aus dem Gesellschaftsvermögen vollständige Deckung fände. Der Entwurf gibt ihnen daher ein Rückgriffsrecht, wenn und soweit dieselben in den gedachten Fällen ihre Befriedigung nicht aus dem Gesellschaftsvermögen erlangen können [...]“. Vgl zum ADHGB 1861 bereits *Puchelt*, ADHGB I² (1876) Art 241 Anm 3 (S 491). Instrukativ auch RegE-dGmbHG 1971 BT-Drs VI/3088 126: „Diese Durchsetzbarkeit der Ansprüche durch die Gesellschaftsgläubiger selbst steht allerdings unter dem Vorbehalt,

standsmerkmal der Erforderlichkeit zur Gläubigerbefriedigung ist nach hL¹⁷³⁷ jedenfalls erfüllt, wenn die Insolvenzantragsvoraussetzungen gem §§ 66 f IO (Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung) erfüllt sind, aber auch schon nicht nur vorübergehende Zahlungsschwierigkeiten¹⁷³⁸ sollen genügen.

Uneinigkeit herrscht darüber,¹⁷³⁹ ob Gesellschaftsdispositionen (nur) unwirksam sind, wenn der Ersatz im Dispositionszeitpunkt zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist, oder ob sie auch noch unwirksam werden können, wenn der Ersatz erst später (nachträglich) zur Gläubigerbefriedigung

daß die Gläubiger von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können; denn nur insoweit besteht ein Bedürfnis für die Gläubiger, die Geschäftsführer persönlich in Anspruch zu nehmen.“

1737 Vgl U. Torggler, JBl 2006, 85 (93 Fn 94) mit Verweis auf § 370 Abs 1 HGB; ebenso S.-F. Kraus/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 25 Rz 31 (insb im Konkurs); Feltl/Told in Gruber/Harrer, GmbHG² § 25 Rz 141 (jedenfalls bei Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit); van Husen in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 10 Rz 513 (Stand 01.09.2021); Wünsch, GmbHG (3. Lfg, 1993) § 25 Rz 119 und § 10 Rz 62. Für Deutschland zB Herrler in MüKo GmbHG⁴ § 9b Rz 21; Servatius in Noack et al, GmbHG²³ § 9b Rz 2; Wicke, GmbHG⁴ § 9b Rz 1; Tebben/Kämper in Michalski et al, GmbHG⁴ § 9b Rz 7; ausf Wigand, Haftungsbeschränkungen 86 ff; Bayer in FS Hopt (2020) 47 (49 f).

1738 Vgl Feltl/Told in Gruber/Harrer, GmbHG² § 25 Rz 141; so wohl auch Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 10 Rz 32 (wenn die Gesellschaft ohne Durchsetzung des Anspruchs nicht nur vorübergehend nicht imstande wäre, fällige Forderungen zu befriedigen); van Husen in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 10 Rz 513 (Stand 01.09.2021); Wünsch, GmbHG (3. Lfg, 1993) § 25 Rz 119 und § 10 Rz 62. Für Deutschland Herrler in MüKo GmbHG⁴ § 9b Rz 21; Tebben/Kämper in Michalski et al, GmbHG⁴ § 9b Rz 7 mwN; Veil in Scholz, GmbHG¹³ § 9b Rz 8.

1739 Referierend J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 353 (Stand 01.09.2022); aus deutscher Sicht mwN Bayer in FS Hopt (2020) 47 ff; Bayer/P. Scholz in Melot de Beauregard/Lieder/Liersch, Managerhaftung § 3 Rz 1170.

erforderlich wird.¹⁷⁴⁰ Nach mE zutr Ansicht¹⁷⁴¹ kommt es auf den Zeitpunkt der Geltendmachung der Ersatzansprüche an.¹⁷⁴² Dabei ist irrelevant, ob die (spätere) Erforderlichkeit zur Gläubigerbefriedigung im Dispositionszeit-

1740 Für die Anspruchsgeltendmachung als Beurteilungszeitpunkt *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (37) bei Fn 8 mwN; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 31; *Felzl/Told* in *Gruber/Harrer, GmbHG*² § 25 Rz 141; *Told/Warto* in *Harrer/Neumayr/Told*, Organhaftung 3 (116 f); *Gellis/Feil*, GmbHG⁷ § 10 Rz 12 aE, wonach § 10 Abs 6 GmbHG greift, wenn die Gesellschaft im Zeitpunkt des Verzichts solvent ist, aber später die Gläubiger nicht mehr bezahlen kann. Das gelte durch die ganze Verjährungsfrist nach § 10 Abs 5 GmbHG; so auch *Wünsch*, GmbHG (3. Lfg, 1993) § 25 Rz 81; *G. Schima/Toscani*, Handbuch GmbH-Geschäftsführer² 326 f; so wohl auch *Ostheim* in *Korinek/Krejci*, Der Verein 117 (189): „[A]uflösende Bedingung, daß innerhalb der Verjährungsfrist der Ersatzanspruch nicht [sic] zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist“. Für Deutschland ausf und auch näher zur Rsp des BGH *Bayer* in FS Hopt (2020) 47 ff; vgl auch *Verse* in *Scholz*, GmbHG¹² § 43 Rz 384; *ders* in FS A. Bergmann 781 (786 ff) auch mit Nw zur wechselhaften BGH-Rsp (aaO 784 ff); *Herrler* in *MüKo GmbHG*⁴ § 9b Rz 20 ff; *Servatius* in *Noack et al*, GmbHG²³ § 9b Rz 2; *Ziemons* in *BeckOK GmbHG*⁵⁷ § 9b Rz 14 f; *Schäfer* in *Henssler/Strohn*, GesR⁵ § 9b Rz 8 f; *Bayer/P. Scholz* in *Melot de Beauregard/Lieder/Liersch*, Managerhaftung § 3 Rz 1170 („*einbellige Auffassung im Schrifttum*“).

AA *Ziemons* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 514, wonach der „Zeitpunkt der Leistung“ maßgeblich sei und unerheblich sei, dass der Ersatzbetrag später zur Gläubigerbefriedigung erforderlich wird; ebenso *Pöschke* in *BeckOK GmbHG*⁵⁷ § 43 Rz 347. So auch BGH 23.04.2012, II ZR 252/10 BGHZ 193, 96 mwN zur BGH-Rsp. Die darin referenzierten E aus dem Jahr 2003 (07.04.2003, II ZR 193/02 GmbHR 2003, 712) und 2008 (BGH 18.02.2008, II ZR 62/07 GmbHR 2008, 488) waren jedoch insofern anders gelagert, als sich der BGH jew auf die Haftung gem § 43 Abs 2 dGmbHG bezog und dazu ausführte, dass Verzichte und Vergleiche über diese Ansprüche (außerhalb des § 43 Abs 3 dGmbHG) auch dann wirksam sind, wenn der Ersatz „*später zur Gläubigerbefriedigung benötigt würde*“ (vgl. *Urt. v. 16. 9. 2002, a. a. O.*).“ Gleiches ist wohl in der zuletzt zitierten E aus 2002 (16.09.2002, II ZR 107/01 NJW 2002, 3777) gemeint. Vgl zur BGH-Rsp auch *Verse* in FS A. Bergmann 781 (784 f, 787 f). Für den Verfügungszeitpunkt vielleicht auch *van Husen* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 10 Rz 513 (Stand 01.09.2021); für den Zeitpunkt der durch Gesellschafterbeschluss genehmigten vermögensschädigenden Handlung *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 353 (Stand 01.09.2022).

1741 S die entspr Nw in Fn 1740.

1742 Vgl idZ auch § 31 Abs 2 dGmbHG (insoweit anders aber § 83 Abs 1 öGmbHG) zur Erstattung verbotener Rückzahlungen: „*War der Empfänger in gutem Glauben, so kann die Erstattung nur insoweit verlangt werden, als sie zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist.*“ Vgl dazu EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 89: „*Tritt diese Voraussetzung [sc die Schmälerung des Stammkapitals durch Zahlungen] ein, dann trifft die Ersatzpflicht einen Empfänger, der nicht in gutem Glauben war, stets, einen solchen aber, der die Zahlung in gutem Glauben in Empfang genommen, nur für den Fall, als vor Ablauf der fünfjährigen Verjährungsfrist der Ersatz notwendig wird, um die Gesellschaftsgläubiger befriedigen zu können.*“

punkt schon vorhersehbar war.^{1743, 1744} Gesellschaftsdispositionen stehen somit „laufend“ (bis zur Anspruchsverjährung) unter dem Vorbehalt, dass der Ersatz (später) zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich wird.¹⁷⁴⁵ Im Prozess kommt es somit letztlich darauf an, ob im Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Verhandlung erster Instanz der Ersatz zur Gläubigerbefrie-

1743 Vgl nur Herrler in MüKo GmbHG⁴ § 9b Rz 22 („AllgM“) mwN; Tebben/Kämper in Michalski et al, GmbHG⁴ § 9b Rz 7; Bayer/P. Scholz in Melot de Beauregard/Lieder/Liersch, Managerhaftung § 3 Rz 1170; einschränkend auf dilatorisch wirkende Geschäfte (zB Stundung oder *pactum de non petendo*) Servatius in Noack et al, GmbHG²³ § 9b Rz 2. Wird aber über den Anspruch als solches verfügt, bedürfe es einer rechtssicher handhabbaren Lösung, weil die nach hM latente Unsicherheit über die Wirksamkeit den Rechtsverkehr zu sehr belaste. Bei diesen Geschäften sei auf den Verfügungszeitpunkt abzustellen und aus dieser Perspektive die Erforderlichkeit zur Gläubigerbefriedigung zu beurteilen. Vgl jüngst auch OGH 26.08.2021, 9 ObA 136/19v wbl 2021, 171 (173): „Daraus [sc aus der eingeschränkten Zulässigkeit von Verzichten und Vergleichen nach § 25 Abs 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG] lässt sich jedoch nicht ableiten, dass eine Disposition vorweg, also zu einem Zeitpunkt, zu dem Ansprüche weder bekannt noch absehbar sind und auch nicht beurteilt werden kann, inwieweit diese zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich sind, mit dem Schutzzweck des Gesetzes in Einklang zu bringen ist.“ Zum einen übersieht dieses Argument des OGH freilich, dass eine mögliche spätere Erforderlichkeit des Ersatzes zur Gläubigerbefriedigung auch bei Verzichten und Vergleichen nicht zwingend vorhersehbar ist. Im Übrigen kommt es darauf auch nicht an (s die folgende Fn).

1744 Der Gesetzgeber hat an die Unsicherheit einer späteren Anspruchsdurchsetzung trotz erfolgter Disposition über den Anspruch (insb Entlastung) gedacht. Deshalb hat er die im Gläubigerinteresse indisponible Vorstandshaftung außerhalb des Kapitalschutzes (§ 84 Abs 3 AktG) mit grob fahrlässiger Schädigung begrenzt (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG). Erst ab grober Fahrlässigkeit im Bereich bloßer Geschäftsführung bewertet der Gesetzgeber das Interesse an Planungssicherheit wegen der andernfalls drohenden negativen Auswirkungen auf den Risikoanreiz der Leitungsorganmitglieder höher als das Gläubigerinteresse an einer (indisponiblen) Haftung. Insoweit mutet er den Organmitgliedern zu, bis zur Anspruchsverjährung (die aus demselben Grund vergleichsweise kurz ist) das Risiko der Gesellschaftsinsolvenz zu tragen (vgl idZ auch Herrler in MüKo GmbHG⁴ § 9b Rz 22). S dazu schon ausf oben S 288 ff. Im GmbH-Recht beschränkt sich die indisponible Geschäftsführerhaftung (dh die § 25 Abs 5 und 7 GmbHG) freilich von vornherein nur auf den Kapitalschutz (§ 25 Abs 3 GmbHG). Über diesen Bereich hinaus ist wegen des mittelbaren Gläubigerschutzes aufgrund typischer Interessenkongruenz wie erwähnt (S 390 ff) keine unmittelbar gläubigerschützende und daher keine indisponible Haftung angezeigt.

1745 Treffend spricht U. Torggler (in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Organhaftung 35 [37 und *passim*]) von einem „Gläubigervorbehalt“, anschaulich auch Verse in Scholz, GmbHG¹² § 43 Rz 384, wonach der Geschäftsführer sich bis zum Eintritt der Verjährung darauf einstellen muss, dass der Verzicht/Vergleich bei einer Notlage der Gesellschaft keinen Bestand haben werde, dass mithin die Rechtslage „in der Schwebe“ bleibe. S auch zur Einordnung als gesetzliche auflösende Bedingung unten bei Fn 1771.

digung erforderlich ist.¹⁷⁴⁶ Die Richtigkeit dieser Auslegung ergibt sich aus der Funktion der Dispositionsbeschränkungen als Korrektive für die Haftungskonzentration auf die Gesellschaft. Sie sollen (gemeinsam mit dem Verfolgungsrecht gem § 84 Abs 5 AktG [analog]) die ausgeschlossene Außenhaftung der Organmitglieder gleichsam substituieren. Ohne Haftungskonzentration wären Gesellschaftsgläubiger allenfalls unmittelbar anspruchsberechtigt, soweit ihnen aus der Verletzung von Gläubigerschutzvorschriften (insb § 25 Abs 3 GmbHG) ein Schaden entstünde. Und ein Schaden entstünde ihnen, soweit sie von der Gesellschaft nicht mehr befriedigt werden können, soweit also der Ersatz zur Befriedigung erforderlich (geworden) ist (was naturgemäß auch im Fall einer Außenhaftung im Vorhinein nicht immer absehbar wäre). Immer dann muss ihnen daher im System der Haftungskonzentration ein gesicherter Zugriff auf konzentrierte Ersatzansprüche der Gesellschaft zustehen.¹⁷⁴⁷ Andernfalls wären die Gläubiger durch die Haftungskonzentration schlechter gestellt, was der Gesetzgeber mit den Dispositionsbeschränkungen als Korrektive gerade verhindern wollte.¹⁷⁴⁸ Dementsprechend ergibt sich die Maßgeblichkeit der Anspruchsgeltendmachung auch aus dem Verfolgungsrecht der Gläubiger gem § 84 Abs 5 AktG.¹⁷⁴⁹ Damit können nämlich Ansprüche der Gesellschaft „auch von den Gläubigern

1746 Vgl statt vieler *Verse* in *Scholz*, GmbHG¹² § 43 Rz 384; *dens* in FS A. Bergmann 781 (796).

1747 Stellt man sich die Geschäftsführerhaftung – ohne Haftungskonzentration – gegenüber der Gesellschaft (Innenhaftung) und den Gläubigern (Außenhaftung) getrennt vor, käme es für die Haftpflicht gegenüber den Gläubigern (natürlich) nicht darauf an, ob und wann die Gesellschaft über *ihren* Ersatzanspruch disponiert hat. Im System der Haftungskonzentration gibt es nun aber nur *einen* Anspruch (den der Gesellschaft). Sollen die Gläubiger durch die Haftungskonzentration nicht benachteiligt werden, muss der Gesellschaftsanspruch daher wie ein (unmittelbarer) Anspruch der Gläubiger behandelt werden, soweit diese ohne Haftungskonzentration (allenfalls) unmittelbar ersatzberechtigt wären. Demgemäß kann es für den Gläubigerschutz nicht auf den Zeitpunkt der Disposition durch die Gesellschaft ankommen. Käme es für die Unwirksamkeit von Gesellschaftsdispositionen darauf an, ob die Erforderlichkeit zur Gläubigerbefriedigung im Zeitpunkt der Gesellschaftsdisposition (oder schon des Vermögensabflusses) besteht, hätten die Geschäftsführer und Gesellschafter durch die Wahl des Leistungs- bzw Dispositionszeitpunkts den Gläubigerschutz in der Hand.

1748 In diese Richtung auch *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 141, wonach § 25 Abs 7 GmbHG seiner gläubigerschutzorientierten Zweckausrichtung andernfalls letztlich nicht gerecht werden könnte. S auch die Ausführungen in Fn 1747. Ähnlich mit dem Sinn und Zweck der Regelung argumentierend auch *Verse* in FS A. Bergmann 781 (787), nach dem das Schutzbedürfnis der Gläubiger auch dann unvermindert betroffen sei, wenn der Haftungsbetrag zwar noch nicht im Auszahlungszeitpunkt, wohl aber zu einem späteren Zeitpunkt, in dem die Haftung geltend gemacht wird, zur Gläubigerbefriedigung benötigt wird.

1749 Darauf hinweisend auch *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (37 Fn 8); *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 31.

der Gesellschaft **geltend gemacht werden**, soweit sie von dieser keine Befriedigung erlangen können.“¹⁷⁵⁰ Daran knüpfen die Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG: „Den Gläubigern gegenüber“ wirken Gesellschaftsdispositionen nicht haftungsfreistellend. Damit kann es nur auf den Zeitpunkt der Geltendmachung ankommen.¹⁷⁵¹ Andernfalls wäre es übrigens auch unproblematisch gewesen, dass die zwingende Erhaltung von Ersatzansprüchen (wie eine Außenhaftung) die Planungssicherheit von Organmitgliedern beeinträchtigt. Genau dieser Gedanke hielt aber die (Reform-)Gesetzgeber von 1884 und 1937/1938 dazu an, die indisponible Organhaftung auf den Kapitalschutz und (darüber hinaus) auf grob fahrlässige Pflichtwidrigkeit zu begrenzen, weil „Ansprüche in der Regel erst nach geraumer Zeit, wenn das verbliebene Gesellschaftsvermögen zur Deckung als unzureichend sich herausgestellt hat, erhoben werden [...]“.¹⁷⁵² Im GmbH-Recht kann nichts anderes gelten, weil der Gläubigerschutz nicht von der Rechtstechnik der Anspruchsdurchsetzung abhängen kann (auch wenn man entgegen der hier vertretenen Auffassung eine analoge Anwendung des Verfolgungsrechts ablehnt)¹⁷⁵³. Dass auch zeitlich zurückliegende Dispositionen bei Befriedigungsunmöglichkeit nachträglich unwirksam werden, kommt außerdem auch in der Beschränkung der Haftungsfreistellungswirkung von Weisungsbeschlüssen (§ 25 Abs 5 GmbHG) deutlich(er)¹⁷⁵⁴ zum Ausdruck: „Soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger **erforderlich ist**“¹⁷⁵⁵, wird die Verpflichtung der Geschäftsführer dadurch nicht aufgehoben, daß sie in Befolgung eines Beschlusses der Gesellschafter **gehandelt haben**.“¹⁷⁵⁶ Aus alledem ergibt sich, dass Dispositionen der Gesellschaft gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG unwirksam sind (werden), soweit der Ersatz (auch nachträglich) zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist (wird).

1750 Hervorhebung durch den Verf.

1751 Darauf hinweisend auch Verse in FS A. Bergmann 781 (786 f), wonach die aktienrechtliche Bestimmung aus der Perspektive des Gläubigers formuliert sei und daher offensichtlich von der Situation ausgehe, dass der Gläubiger im Zeitpunkt der Anspruchsgeltendmachung mittels Verfolgungsrechts von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen kann – ohne Rücksicht darauf, ob dies bereits im Zeitpunkt der verbotenen Auszahlung der Fall war.

1752 Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 217.

1753 Dazu oben S 210 ff.

1754 Weniger eindeutig dagegen § 10 Abs 6 GmbHG (und § 25 Abs 7 GmbHG).

1755 Auf den Wortlaut „erforderlich ist“ (anstelle von „war“) weist auch Verse (in FS A. Bergmann 781 [786]) hin. Noch deutlicher ergibt sich das mE, wie im Fließtext dargelegt, aus dem Kontrast mit der Formulierung „gehandelt haben“.

1756 Hervorhebungen durch den Verf.

d) Erfasste Dispositionen

§ 10 Abs 6 GmbHG und (kraft Verweises) auch § 25 Abs 7 GmbHG schließen eine Haftungsbefreiung durch „Vergleiche und Verzichtleistungen“ aus, soweit der Ersatz zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist. Durch einen Verzicht (§ 1444 ABGB) wird ein Recht aufgegeben, ohne auf einen anderen übertragen zu werden (das Recht erlischt).¹⁷⁵⁷ Durch einen Vergleich (§§ 1380 ff ABGB) setzen die Parteien an die Stelle einer strittigen oder zweifelhaften Pflicht unter beiderseitigem Nachgeben eine eindeutige neue Pflicht und legen damit ihre Rechtsverhältnisse einvernehmlich neu fest.¹⁷⁵⁸ Nach § 25 Abs 5 GmbHG¹⁷⁵⁹ wird die Haftung der Geschäftsführer außerdem dadurch nicht aufgehoben, dass diese in Befolgung eines Gesellschafterbeschlusses gehandelt haben (soweit der Ersatz zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist).¹⁷⁶⁰ Die Geschäftsführer haften nämlich grundsätzlich nicht, wenn sie einen Weisungsbeschluss ausführen oder zu einer Maßnahme ermächtigt wurden, weil ihr Verhalten dann nicht pflichtwidrig ist (vorausgesetzt, die Gesellschaft kann über die dispensierte Pflicht wirksam disponie-

1757 Vgl *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1444 Rz 1 (Stand 01.08.2019) mwN; *Heidinger* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 1444 Rz 1. Nach hL handelt es sich beim Verzicht (Entsagung, Erlass) um ein (kausales) Verfügungsgeschäft, das einen gültigen Titel (Verpflichtungsgeschäft) voraussetzt. In Betracht kommen zB Austausch, Schenkung oder Streitbereinigung (vgl *Dullinger* in *Rummel*, ABGB³ § 1444 Rz 1 [Stand 01.01.2002]; *Holly* aaO Rz 13 mwN; *Heidinger* aaO Rz 5; *P. Bydlinski* in *KBB*⁷ § 1444 Rz 3).

1758 Vgl *Ertl* in *Rummel*, ABGB³ § 1380 Rz 1 (Stand 01.01.2002); *Heidinger* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 1380 Rz 1; *Neumayr* in *KBB*⁷ § 1380 Rz 1. Es ist str, ob es sich um einen Neuerungsvertrag (vgl den Wortlaut) handelt (weiterführend nur *Ertl* aaO Rz 2 mwN).

1759 Das gilt auch für die Ersatzansprüche aus dem Gründungsstadium (vgl § 10 GmbHG). S dazu schon oben bei Fn 987 ff.

1760 Ursprünglich erfasste Art 241 Abs 4 Satz 2 ADHGB 1884 nur Generalversammlungsbeschlüsse (vgl § 25 Abs 5 GmbHG). Die Gesetzesverfasser hielten es nämlich für selbstverständlich, dass auch Verzichte und Vergleiche gegenüber den (mit Verfolgungsrecht vorgehenden) Gesellschaftsgläubigern unwirksam waren. Das wurde (wohl als Reaktion auf die Kritik *Wieners* [Entwurf 100 f]) zunächst nur in den Motiven klargestellt (AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 463: „Aus dem den Gläubigern gegebenen selbstständigen Verfolgungsrechte folgt ferner von selbst, daß der Anspruch, wenngleich er seinem Wesen nach ein Anspruch der Gesellschaft ist, nicht durch Verzicht, Erlaß oder Vergleich seitens der Gesellschaft den Gläubigern wirksam entzogen werden kann. Andernfalls würde ihr Verfolgungsrecht zu einem werthlosen Scheine herabsinken, da die Organe der Gesellschaft es in ihrer Gewalt hätten, den Anspruch zu beseitigen.“). Ausdr in die Dispositionsbeschränkungen aufgenommen wurden Verzichte erst durch das dHGB 1897 (§ 241 Abs 4 Satz 2) und Vergleiche erst durch das dGmbHG von 1892 (§ 9b Abs 1, § 43 Abs 3 Satz 2), das öGmbHG von 1906 (§ 10 Abs 6) sowie durch das AktG 1937/1938 (§ 84 Abs 5 Satz 3).

ren). Auf diese Haftungsfreistellungswirkung von Gesellschafterbeschlüssen werde ich unten noch zurückkommen und genauer eingehen.¹⁷⁶¹

Neben diesen gesetzlich „vertypen“ Dispositionsarten sind die Dispositionsbeschränkungen nach allgM¹⁷⁶² auch auf material vergleichbare Rechtshandlungen anzuwenden (ggf analog). Das gebietet ihre Zielsetzung, die Rechtsstellung der Gesellschaftsgläubiger hinsichtlich geschützter Ersatzansprüche als Korrektiv für die Haftungskonzentration effektiv gegen (nachteilige)¹⁷⁶³ Dispositionen der Gesellschaft abzusichern.¹⁷⁶⁴ Es kommt deshalb darauf an, ob die fragliche Rechtshandlung den gesetzlich geregelten Dispositionen insofern gleichzuhalten ist, als die Gesellschaftsgläubiger durch sie benachteiligt werden.¹⁷⁶⁵ Weitere Anwendungsfälle sind demgemäß zB unzureichende Erfüllungssurrogate, wie eine

1761 S 450 ff.

1762 Vgl die Übersicht bei Herrler in MüKo GmbHG⁴ § 9b Rz 16 ff mwN; Tebben/Kämper in Michalski et al, GmbHG⁴ § 9b Rz 2 ff; ausf auch Wigand, Haftungsbeschränkungen 73 ff; für eine ausdehnende Anwendung schon Makower, HGB¹² (1898) § 241 Anm III. b. (S 519 f).

1763 § 10 Abs 6 GmbHG spricht zwar nur allg von „Vergleich[en]“ und erfasst damit (*lege non distinguente*) auch Vergleiche, die für die Gesellschaft (und ihre Gläubiger) vorteilhaft sind, weil die vereinbarte Pflicht des Geschäftsführers den tatsächlich geschuldeten Betrag übersteigt. Gem ihrer *ratio* erfassen die Dispositionsbeschränkungen jedoch nur Vergleiche, die für die Gesellschaft (und ihre Gläubiger) *nachteilig* sind (ähnlich zu § 50 dAktG [entspr § 43 öAktG] Pentz in MüKo AktG⁵ § 50 Rz 11; zust Ebricke in Großkomm AktG⁵ § 50 Rz 15; implizit wohl auch Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 10 Rz 32, wonach es sich bei § 10 Abs 6 GmbHG um einen Fall relativer Unwirksamkeit in Fällen handelt, in denen die Gesellschaft im Wege des Verzichts oder Vergleichs einen Vermögenswert „zum Nachteil der Gläubiger“ aufgibt). Vgl auch die EBRV (236 BlgHH 17. Session 1904 62), wonach die Gläubiger „[i]n ihrem Rechte [...] nicht verkürzt werden[dürfen]“. Vgl auch die AmtlBegr zum dGmbHG (RT-Drs VIII [1890–92], Nr 660 3736) zu § 9 Abs 3 dGmbHG: „Nur ist zu verhindern, daß die Gesellschaft selbst durch Verzichtleistungen oder Vergleiche hinsichtlich ihrer Schadenersatzansprüche den Gläubigern dieses Befriedigungsobjekt entzieht.“ Vgl bereits AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 463, wonach sich aus dem Verfolgungsrecht der Gläubiger ergibt, „daß der Anspruch [...] nicht durch Verzicht, Erlass oder Vergleich seitens der Gesellschaft den Gläubigern wirksam entzogen werden kann.“ Demgemäß ist § 10 Abs 6 GmbHG auf Vergleiche teleologisch zu reduzieren, die für die Gesellschaftsgläubiger nachteilig sind.

1764 Vgl auch Herrler in MüKo GmbHG⁴ § 9b Rz 16; Tebben/Kämper in Michalski et al, GmbHG⁴ § 9b Rz 5.

1765 Vgl (zum insoweit vergleichbaren Aktienrecht) Fleischer in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 93 Rz 287 (iZm der Sperrfrist), wonach die Erwähnung von Verzichten und Vergleichen als rechtstechnisches Mittel zur Haftungsbefreiung nicht taxativ zu verstehen ist (nun ders in BeckOGK AktG § 93 Rz 350 [Stand 01.10.2023]). Vgl auch Tebben/Kämper in Michalski et al, GmbHG⁴ § 9b Rz 5; Altmeyen in Altmeyen, GmbHG¹¹ § 9b Rz 2; Veil in Scholz, GmbHG¹³ § 9b Rz 5.

unzureichende Leistung an Erfüllung statt¹⁷⁶⁶ oder eine Abtretung^{1767, 1768} des Anspruchs an einen Dritten ohne gleichwertige Gegenleistung (Zession *unter pari*), weiters Vereinbarungen, die ein (nach manchen nur dauerhaftes)¹⁷⁶⁹ Leistungsverweigerungsrecht des Geschäftsführers begründen, wie zB eine Stundung oder ein *pactum de non petendo*.¹⁷⁷⁰

1766 Vgl U. Torggler in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Organhaftung 35 (49) mwN; Herrler in MüKo GmbHG⁴ § 9b Rz 18; Tebben/Kämper in Michalski et al, GmbHG⁴ § 9b Rz 5; Servatius in Noack et al, GmbHG²³ § 9b Rz 2; Altmeyen in Altmeyen, GmbHG¹¹ § 9b Rz 2.

1767 Ausf Wigand, Haftungsbeschränkungen 83 ff; s die Nw in Fn 1766. Vgl bereits Brodmann, Aktienrecht (1928) § 241 Anm 4. a) (S 267); v Godin/Wilhelmi, AktG² (1950) § 84 Anm 27 (S 368).

1768 Problematisch scheint jedoch, dass die Zession zunächst wirksam wäre und der Geschäftsführer deshalb ggf an den Zessionar leisten müsste, dass die Zession aber bei Erforderlichkeit zur Gläubigerbefriedigung unwirksam würde, wodurch die Forderung (wieder) der Gesellschaft zustünde. Hätte der Geschäftsführer dann schon an den Zessionar geleistet, könnte er zwar seine Leistung (wohl gem § 1435 ABGB [*condictio causa finita*]; vgl Rummel in Rummel, ABGB³ § 1435 Rz 2 [Stand 01.01.2002]; Mader in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 1435 Rz 4) zurückfordern (sofern man annimmt, dass er sich auf die Unwirksamkeit berufen kann; s noch S 444 ff), ihm würde aber das Risiko einer doppelten Inanspruchnahme aufgebürdet.

1769 Die hL lehnt eine Differenzierung nach der Dauer der Hinausschiebung der Fälligkeit ab (zur Diskussion nur Herrler in MüKo GmbHG³ § 9b Rz 17 mwN). Das verdient Zustimmung, denn wegen der Korrekturfunktion der Dispositionsbeschränkungen muss jede Schlechterstellung der Gläubiger erfasst sein.

1770 S zu beidem die Nw in Fn 1766. Dagegen ist das bloß faktische „Verjährenlassen“ von Ersatzansprüchen nicht von § 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG erfasst (so aber wohl Th. Wachter in Bork/Schäfer, GmbHG⁴ § 9b Rz 8; für rechtsgeschäftlich vereinbartes Verjährenlassen auch Fastrich in Baumbach/Hueck, GmbHG²¹ § 9b Rz 2; abl [zumindest für rein tatsächliches Verhalten] Herrler in MüKo GmbHG⁴ § 9b Rz 19; vgl zu § 50 dAktG [entspr § 43 öAktG] krit auch Ehrlicke in Großkomm AktG⁵ § 50 Rz 22). Denn das (faktische) Verjährenlassen von Ansprüchen bedeutet gerade jenen Zustand, den die Dispositionsbeschränkungen herzustellen bezwecken, nämlich die Erhaltung der Ersatzansprüche im Gesellschaftsvermögen bis zur Anspruchsverjährung für den Zugriff durch die Gläubiger. Die Anwendung der Dispositionsbeschränkung auf das „Verjährenlassen“ würde wohl eine auflösende Bedingtheit der Anspruchsverjährung (mit der Erforderlichkeit des Ersatzes zur Gläubigerbefriedigung) bedeuten, wodurch Ansprüche potenziell *ad infinitum* aufrechterhalten würden (krit bereits Fischer in Großkomm AktG² [1961] § 43 Anm 6 [S 261], wonach dies praktisch zur Beseitigung der Verjährungseinrede führen und damit § 44 AktG gegenstandslos machen würde). Dieses Ergebnis wäre mit der auf Rechtsfrieden abzielenden, gegenüber allg Verjährungsregeln verkürzten (s noch im AG-Teil), fünfjährigen Verjährungsfrist unvereinbar. Gegen das Verjährenlassen können sich die Gläubiger zur Wehr setzen, indem sie den Anspruch der Gesellschaft (Erforderlichkeit des Ersatzes zur Gläubigerbefriedigung vorausgesetzt) selbst geltend machen (sei es exekutiv mittels Drittschuldnerklage oder mittels Verfolgungsrechts gem § 84 Abs 5 AktG [analog; s dazu oben S 210 ff]). Ähnlich zum Minderheitenschutz schon Fischer aaO.

Das hier zu § 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG Gesagte gilt für alle vergleichbaren Dispositionsbeschränkungen (zB § 43 AktG, § 84 Abs 4 Satz 3 AktG, § 84 Abs 5 Satz 3 AktG und § 136 AktG sowie § 26 VerG). Für diese Bestimmungen kann daher jeweils auf die vorigen Ausführungen verwiesen werden.

e) Relative Unwirksamkeit als Rechtsfolge

i. Dogmatische Einordnung

Die Rechtsfolge der § 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG könnte man mit der hL¹⁷⁷¹ als gesetzliche auflösende Bedingung bezeichnen, bis zu deren Eintritt die Gesellschaftsdisposition auflösend bedingt wirksam ist, und nach deren Eintritt sie *ex lege* unwirksam wird. Dispositionen können auch bloß teilunwirksam sein (arg: „soweit“).¹⁷⁷² Die wohl hÖL¹⁷⁷³ geht darüber hinaus von

1771 Vgl *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 494 mwN; *Ostheim* in *Korinek/Krejci*, Der Verein 117 (189): „[A]uflösende Bedingung, daß innerhalb der Verjährungsfrist der Ersatzanspruch nicht [sic] zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist“; ähnlich *Gellis/Feil*, GmbHG⁷ § 10 Rz 12 („gesetzliche Bedingung“); idS wohl auch *Runggaldier/Schima*, Rechtsstellung 228; vgl auch *van Husen* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 10 Rz 512 (Stand 01.09.2021). Für Deutschland zB *Veil* in *Scholz*, GmbHG¹³ § 9b Rz 10; *Herrler* in *MüKo GmbHG*⁴ § 9b Rz 10, 24 („kraft Gesetzes auflösend bedingt“); *Servatius* in *Noack et al*, GmbHG²³ § 9b Rz 2 („Wirkung wie auflösende Bedingung, § 158 II BGB“); *Altmeppen* in *Altmeppen*, GmbHG¹¹ § 9b Rz 3; *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 86 f, 217; *Haas/Wigand* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 20.12 mwN und 20.50; *Sturm*, GmbHR 2003, 573 (575); *Schäfer* in *Henssler/Strohn*, GesR⁵ § 9b Rz 9; *Bayer/P. Scholz* in *Melot de Beauregard/Lieder/Liersch*, Managerhaftung § 3 Rz 1170; *Bayer* in *FS Hopt* (2020) 47 (55) mwN.

1772 Wohl unstr., vgl daher nur *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 494; *Herrler* in *MüKo GmbHG*⁴ § 9b Rz 24 f; *Altmeppen* in *Altmeppen*, GmbHG¹¹ § 9b Rz 3; *Schäfer* in *Henssler/Strohn*, GesR⁵ § 9b Rz 9; *Tebben/Kämper* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ § 9b Rz 12.

1773 Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 10 Rz 32 mit Verweis auf *Wünsch*, GmbHG (3. Lfg, 1993) § 10 Rz 64 und § 25 Rz 121; *J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 139 („einseitig für die GmbH wirkungslos“); *Gellis/Feil*, GmbHG⁷ § 10 Rz 12; so wohl auch *van Husen* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 10 Rz 512 (Stand 01.09.2021); *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 140, wonach sich nur die Gesellschaft, aber nicht der Geschäftsführer auf die Unwirksamkeit stützen kann; wohl aA trotz Annahme relativer Unwirksamkeit tendenziell *Wünsch*, GmbHG (3. Lfg, 1993) § 10 Rz 64 und § 25 Rz 121 („UU“).

Für allseitige Unwirksamkeit auch die hL, vgl jew mwN *Herrler* in *MüKo GmbHG*⁴ § 9b Rz 24; *Tebben/Kämper* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ § 9b Rz 13; *Veil* in *Scholz*, GmbHG¹³ § 9b Rz 10; *Altmeppen* in *Altmeppen*, GmbHG¹¹ § 9b Rz 3; vgl auch *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 95.

Fastrich in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 9b Rz 2 (Gesellschaft und pfändende Gläubiger).

(bloß) *relativer* Unwirksamkeit aus. Relative Unwirksamkeit bedeutet, dass die Unwirksamkeit einer Rechtshandlung nur gegenüber bestimmten Personen eintritt.¹⁷⁷⁴ Damit stellt sich die Folgefrage, wem gegenüber Gesellschaftsdispositionen unwirksam sind.

ii. Erfasste Personen und Modi der Rechtsverfolgung

Nach hÖL¹⁷⁷⁵ sind Gesellschaftsdispositionen nur gegenüber der Gesellschaft, den Gläubigern und dem Insolvenzverwalter unwirksam, nicht aber gegenüber dem Geschäftsführer. Dagegen kann sich nach hdL¹⁷⁷⁶ auch der ersatzpflichtige Geschäftsführer (soweit nicht rechtsmissbräuchlich) auf die Unwirksamkeit berufen.¹⁷⁷⁷ Während der Wortlaut¹⁷⁷⁸ allseitige Unwirksamkeit nahelegt, sprechen die EBRV¹⁷⁷⁹ und die Redaktionsgeschichte¹⁷⁸⁰ dafür, dass der Gesetzgeber bloß relative Unwirksamkeit gegenüber

1774 Ausf *Mayer-Maly*, Die relative Unwirksamkeit im österreichischen Recht, in FS Reimer (1976) 67 ff mwN; *Strohal*, Über die relative Unwirksamkeit, in FS zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (1911) II 474 ff; *Felzl*, Beschlussmängel 76 mwN. Von der relativen Nichtigkeit unterscheidet sich die relative Unwirksamkeit zwar nicht dadurch, dass es bei ihr keiner Geltendmachung bedürfte, wohl aber dadurch, dass die erfolgreiche Geltendmachung nur im Verhältnis zwischen dem Geschützten und dem Verfügenden wirkt, während die relative Nichtigkeit dann, wenn sie mit Erfolg geltend gemacht wird, das fehlerhafte Geschäft *für alle* beseitigt (vgl *Mayer-Maly* aaO 72; *Felzl* aaO 76).

1775 S die Nw in Fn 1773.

1776 S ebenfalls die Nw in Fn 1773.

1777 Daran könnte er interessiert sein, wenn er sich von der (nach allg Regeln zu bestimmenden) Gesamtunwirksamkeit einer Vereinbarung mit der Gesellschaft (zB Generalvereinigung) Vorteile verspricht, weil dadurch (auch) für ihn nachteilige vertragliche Verpflichtungen entfielen (vgl *Herrler* in MüKo GmbHG⁴ § 9b Rz 24).

1778 Vgl § 10 Abs 6 GmbHG („soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist“) und § 25 Abs 5 GmbHG („wird die Verpflichtung der Geschäftsführer dadurch nicht aufgehoben“).

1779 Vgl AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3736 zu § 9 Abs 3 (§ 9b Abs 1 dGmbHG idgF), wonach die „die beschränkenden Vorschriften des dritten Absatzes“ im Vergleich zu Art 213d ADHGB 1884 „nur im Interesse und zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger bestehen sollen.“ Ähnlich EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 62 (zu § 10 Abs 6 GmbHG), wonach der Entwurf „die Rechtswirkung von Verzichten und Vergleichen der Gesellschaft hinsichtlich dieser Ersatzansprüche auf das Verhältnis der Gesellschaft und ihrer Teilnehmer zu den Geschäftsführern [beschränkt], [...] ihnen dagegen keine Wirkung einräumt], insoweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist.“

1780 Die früheren GmbH-Entwürfe normierten für Verzichte und Vergleiche einerseits und Gesellschafterbeschlüsse andererseits ursprünglich *verschiedene* Rechtsfolgen: Für Verzichte und Vergleiche enthielten die Ur-Entwürfe (ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 24 ff; s schon Fn 1407 ff) und Referentenentwürfe (ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 202 ff) noch ein allg Verbot: „Verzichte und Vergleiche der Gesellschaft hinsichtlich dieser Ersatzansprüche *sind wirkungslos*.“ (bspw Referentenentwurf, ÖStA,

AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 207 [Hervorhebung durch den Verf]). Das entsprach der (vorbildhaften) Parallelnorm des österreichischen Aktienentwurfs idF Juli 1900 (§ 26 Abs 2): „*Hinsichtlich dieser Ansprüche haben Vergleiche oder Verzichtleistungen der Gesellschaft keine rechtliche Wirkung.*“ (ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420); Gleiches galt kraft Verweises auch für die laufende Geschäftsführung (§ 39 Abs 4); vgl auch den Entwurf aus Dezember 1900 (§ 30 Abs 2 und – nun ausformuliert – § 41 Abs 5 Satz 2). Dagegen lautete die Dispositionsbeschränkung des § 20 Abs 6 iZm der Befolgung von Gesellschafterbeschlüssen (heute § 25 Abs 5 GmbHG) in den Ur- und Referentenentwürfen (in Anlehnung an den fast wortgleichen § 43 Abs 3 Satz 3 dGmbHG) schon wie heute: „*Soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist, wird die Verpflichtung der Geschäftsführer dadurch nicht aufgehoben, dass sie in Befolgung eines Beschlusses der Gesellschafter gehandelt haben.*“ (ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 210 [Hervorhebung durch den Verf]). Zwar orientierten sich die früheren GmbH-Entwürfe primär am österreichischen Aktienentwurf, der sich wiederum an § 241 Abs 4 dHGB 1897 anlehnte und lautete (§ 39 Abs 3 idF Juli 1900): „*Die unter Z. 1 bis 3 bezeichneten Ersatzansprüche stehen auch den Gläubigern der Gesellschaft zu, soweit sie von dieser ihre Befriedigung nicht erlangen können. Die Ersatzpflicht gegenüber den Gläubigern wird dadurch nicht berührt, dass die Handlung auf einem Beschlusse der Generalversammlung beruht.*“ (ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420). Allerdings enthielten die GmbH-Entwürfe kein Verfolgungsrecht, weshalb sich die Unwirksamkeit (zunächst) konsequenterweise nicht auf die Gläubiger bezog (etwa „*gegenüber den Gläubigern*“), sondern – insoweit allg – auf die Erforderlichkeit zur Gläubigerbefriedigung abstellte.

Auf dieser Grundlage berieten die Ministerien Ende des Jahres 1900 über den Aktien- und GmbH-Entwurf. Bei den Beratungen des § 6 Abs 3 (§ 10 Abs 6 GmbHG idGF) beantragte der Vertreter des Innenministeriums, *Guido von Haerdtl*, anstelle eines absoluten Verfügungsverbots die Unwirksamkeit „*nach dem Muster des deutschen Gesetzes und im Sinne des Anfechtungsrechts*“ nur „*den Gläubigern gegenüber*“ anzuordnen (ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 865 [Hervorhebung durch den Verf]; vgl idZ auch *Gellis/Feil*, GmbHG⁷ § 10 Rz 12, wonach die Bezeichnung als unwirksam der Ausdrucksweise der KO entspricht). Die Motive hierzu sollten betonen, „*dass durch die getroffene Bestimmung nicht etwa eine direkte Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern beabsichtigt sei*“. Der Antrag wurde angenommen. Demgemäß lautete die gründungsrechtliche Dispositionsbeschränkung in den Entwürfen nach den Sitzungsbeschlüssen: „*Verzichte und Vergleiche der Gesellschaft hinsichtlich dieser Ersatzansprüche sind gegenüber den Gläubigern wirkungslos.*“ (vgl den handschriftlich revidierten Entwurf nach den Sitzungsbeschlüssen, ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 272 [Hervorhebung durch den Verf]). Mit der Anlehnung an das deutsche Gesetz (dGmbHG) war wohl die Einschränkung des absoluten Verfügungsverbots auf den Schutz der Gläubiger (s Fn 1779) und nicht die Diktion gemeint, denn § 9 Abs 3 dGmbHG (Stammfassung) enthielt von vornherein die Formulierung „*soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist*“. Die Formulierung „*gegenüber den Gläubigern*“ hatte sich wohl eher am Aktienentwurf orientiert. Die Protokolle zeigen aber, dass die Gesetzesverfasser die deutsche (und später auch im öGmbHG vereinheitlichte) Diktion „*soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist*“ als

den Gesellschaftsgläubigern¹⁷⁸¹ im Sinn hatte – wie auch gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (arg: „*Den Gläubigern gegenüber*“)¹⁷⁸². Es kommt nicht darauf an, ob die Gesellschaftsgläubiger exekutiv mit Drittschuldnerklage oder mittels Verfolgungsrechts gem § 84 Abs 5 AktG (analog)¹⁷⁸³ vorgehen, denn

relative Unwirksamkeit verstanden, die sich mit der Unwirksamkeit „*gegenüber den Gläubigern*“ gleichsetzen ließ.

Diese Formulierung wurde aber schon im Zuge der Beratung des § 20 des GmbH-Entwurfs (heute § 25 GmbHG) abermals geändert. Der Vorsitzende, *Franz Klein*, wünschte „zur Vermeidung von Irrtümern auch in § 6 Abs. 3 statt ‚gegenüber den Gläubigern‘ zu sagen: ‚Soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist;‘“. Überdies sollte (abermals) „auch an dieser Stelle in den Motiven betont werden, daß es sich nicht um eine direkte Haftung gegenüber den Gläubigern handle.“ (ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 873 aA). Diese Anträge wurden angenommen. Daraufhin wurden auch im Aktienentwurf das Verfolgungsrecht gestrichen und die Dispositionsbeschränkung beschlussgemäß umformuliert (§ 41 Abs 4 idF Dezember 1900: „Soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist [...]“ [ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420]). Im GmbH-Entwurf lautete § 6 Abs 3 (§ 10 Abs 6 GmbHG idgF) nach den Sitzungsbeschlüssen: „*Verzichte und Vergleiche der Gesellschaft hinsichtlich dieser Ersatzansprüche sind wirkungslos, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist.*“ (vgl zB den handschriftlich revidierten Entwurf nach den Sitzungsbeschlüssen, ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 297 [Hervorhebung durch den Verf]). Ausweislich der Mat haben die Legisten die Formulierung „*gegenüber den Gläubigern*“ (die sie offenbar mit der Diktion des dGmbHG gleichsetzten) *nur deshalb* nicht beibehalten, weil sie den Eindruck einer Außenhaftung ausschließen wollten. Eine materiell-rechtliche Änderung war damit aber nicht beabsichtigt. Anfang des Jahres 1901 wurde die Dispositionsbeschränkung schließlich ganz an § 30 Abs 2 des Aktienentwurfs idF Dezember 1900 angeglichen und lautete nun: „*Vergleiche und Verzichtseleistungen hinsichtlich solcher Ansprüche haben keine rechtliche Wirkung, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist.*“ (vgl § 10 Abs 5 des handschriftlich revidierten Entwurfs [S 4], ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 826 ff [Hervorhebung durch den Verf]). Das entspricht § 10 Abs 6 GmbHG idgF (und damit mittelbar kraft Verweises § 25 Abs 7 GmbHG idgF).

Auch die (nicht finalen) Erläuterungen zum Entwurf aus Juni 1902 griffen die Einschränkung der Indisponibilität auf das Verhältnis zu den Gläubigern (im Vergleich zum Verfügungsverbot des Aktienentwurfs) auf. Danach wird „*die Wirkung von Verzichten auf bereits vorhandene Ersatzansprüche und von Vergleichen über solche nur soweit beschränkt, als dies das Interesse der Gläubiger erfordert.*“ (Entwurf Juni 1902 samt Erläuternden Bemerkungen, ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg II und P 111–125, Karton 885 [Hervorhebung durch den Verf]).

1781 Vgl *Gellis/Feil*, GmbHG⁷ § 10 Rz 12; *G. Schima/Liemberger/Toscani* in SWK-Spezial Der GmbH-Geschäftsführer 238; *Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 9b Rz 2; *Tebben/Kämper* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ § 9b Rz 13.

1782 Zu beachten ist aber, dass § 84 Abs 5 Satz 3 AktG korrekturbedürftig ist. Denn diese Dispositionsbeschränkungen erfassen unmittelbar nur das Verfolgungsrecht der Gesellschaftsgläubiger. Zu den erfassten Personen und Modi der Rechtsverfolgung ausf im AG-Teil unten S 834 ff.

1783 Dazu oben S 210 ff.

der Gläubigerschutz hängt nicht von der Rechtstechnik der Geltendmachung ab.¹⁷⁸⁴ Die Unwirksamkeit wirkt außerdem gegenüber dem Insolvenzverwalter¹⁷⁸⁵ (anders in der AG, wo dies erst durch § 84 Abs 5 Satz 4 AktG angeordnet werden musste), der gerade zur Wahrnehmung der Gläubigerinteressen berufen ist. Außerdem kann sich entsprechend dem Gläubigerschutzzweck¹⁷⁸⁶ der Dispositionsbeschränkungen auch die Gesellschaft¹⁷⁸⁷ auf die Unwirksamkeit berufen, wenn sie (bei Erforderlichkeit des Ersatzes zur Gläubigerbefriedigung)¹⁷⁸⁸ selbst Ansprüche gegen ihre Geschäftsführer (zugunsten der Gläubiger) geltend macht. Dagegen verlangt der Gläubigerschutzzweck wohl

1784 Diese teleologischen Überlegungen sprechen übrigens auch für eine korrigierend erweiternde Anwendung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (insb) auf die Forderungsexekution (s auch Fn 1782).

1785 Vgl *Gellis/Feil*, GmbHG⁷ § 10 Rz 12, wonach sich der Masseverwalter, die Gesellschaft und ihre Gläubiger in der gleichen Rechtslage befinden; iE auch *Dellinger* in FS Frotz 187 (214), demzufolge sich der Insolvenzverwalter im GmbH-Recht auch sonst (Anm: ohne Analogie zu § 84 Abs 5 Satz 4 AktG) auf die Dispositionsbeschränkungen berufen kann; *G. Schima/Liemberger/Toscani* in SWK-Spezial Der GmbH-Geschäftsführer 238; vgl auch *Tebben/Kämper* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ § 9b Rz 13; vgl schon *Brodmann*, Aktienrecht (1928) § 241 Anm 4.e) (S 268). Vgl auch die EBRV (236 BlgHH 17. Session 1904 62), die zunächst ausführen, dass eine Direkthaftung der Geschäftsführer gegenüber den Gläubigern nicht erforderlich ist, weil „im Falle des Konkurses [...] der Gläubigerschaft obnedies die Geltendmachung eines Ersatzanspruches der Gesellschaft, im Falle der Sonderexekution aber dem einzelnen Gläubiger der Zugriff auf den Ersatzanspruch durch Überweisung zu[steht].“

1786 Ob absolute oder relative Unwirksamkeit eintritt, hängt nach allg Grundsätzen vom Verbotszweck ab (vgl *Mayer-Maly* in FS Reimer 67 [71]; vgl allg auch *Gschnitzer* in *Klang*, ABGB IV/1² 167).

1787 Vgl *Gellis/Feil*, GmbHG⁷ § 10 Rz 12; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 10 Rz 32; *Zollner* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 10 Rz 55; *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 140; so wohl auch *van Husen* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 10 Rz 512 (Stand 01.09.2021); *Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 9b Rz 2. Unklar die EBRV (236 BlgHH 17. Session 1904 62), wonach der Entwurf die Rechtswirkung von Verzichten und Vergleichen „auf das Verhältnis der Gesellschaft und ihrer Teilnehmer zu den Geschäftsführern [beschränkt], [...] ihnen dagegen keine Wirkung einräumt], insoweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist.“

1788 Ein Anwendungsfall könnte die masselose Insolvenz sein: Wird ein Insolvenzverfahren mangels kostendeckenden Vermögens (rechtskräftig) nicht eröffnet oder aufgehoben, ist ein Auflösungsgrund (§ 84 Abs 1 Z 4 GmbHG) verwirklicht, der idR zur Liquidation führt (§ 89 Abs 1 GmbHG). Da deren primäres Ziel die Befriedigung der Gläubiger ist (vgl *Haberer/Zehetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 89 Rz 1 [Stand 01.10.2016]; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 89 Rz 3; *Wasserer* in *U. Torggler*, GmbHG § 89 Rz 1), wäre es wohl wertungswidersprüchlich, wenn sich die Gesellschaft (vertreten durch die Liquidatoren) nicht auf die Unwirksamkeit von Dispositionen berufen könnte.

nicht, dass sich auch der Geschäftsführer auf die Unwirksamkeit stützen kann.¹⁷⁸⁹

iii. Implikation

Die Unwirksamkeitsfolge der § 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG lässt nun zwei Umkehrschlüsse zu: *Erstens* sind Dispositionen außerhalb des Kapitalschutzes (§ 25 Abs 3 GmbHG [analog]) unbeschränkt wirksam und schließen die Geschäftsführerhaftung aus, und zwar auch soweit der Ersatz zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist. Und *zweitens* sind Dispositionen im Bereich des Kapitalschutzes (s oben) immerhin *insoweit* wirksam, als der Ersatz *nicht* zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist. Die Dispositionsbeschränkungen setzen voraus, dass Verzichte, Vergleiche und die Befolgung von Gesellschafterbeschlüssen grundsätzlich die Haftung des Geschäftsführers beseitigen bzw ausschließt, denn andernfalls müssten jene nicht die Einschränkung dieser Haftungsfreistellung punktuell zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger anordnen. Diese grundsätzliche Haftungsfreistellungswirkung ist bei Verzichten und Vergleichen unproblematisch. Denn diese sind auch dann grundsätzlich wirksam, wenn die fraglichen Ersatzansprüche aus der Verletzung von Gläubigerschutzvorschriften resultieren. Das ist die natürliche Konsequenz der Haftungskonzentration, wodurch die Rechtszuständigkeit für alle (kongruenten) Ansprüche exklusiv der Gesellschaft zugewiesen und insoweit eine (potenzielle) Außenhaftung ausgeschlossen wird. Nicht so leicht zu verstehen ist dagegen die grundsätzliche Haftungsfreistellungswirkung der Befolgung von Gesellschafterbeschlüssen (Weisungen), wie sich aus § 25 Abs 5 GmbHG *e contrario* zu ergeben scheint. Denn unabhängig von der Anspruchszuständigkeit sind Beschlüsse, die gegen (zwingende) Gläubigerschutzvorschriften verstoßen (und solche sind Pflichten im Anwendungsbereich des § 25 Abs 5 GmbHG notwendigerweise)¹⁷⁹⁰, nach (mittlerweile) einhelliger Ansicht¹⁷⁹¹ absolut nichtig. Absolut nichtige Beschlüsse haben keine Rechtswirkungen, verpflichten also

1789 Nach allg Grundsätzen kann sich nur der durch ein Verbotsgesetz Geschützte auf die Nichtigkeit berufen (vgl RIS-Justiz RS0024945 mwN; aus der Lit statt vieler nur Riedler in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 879 Rz 47 mwN; P. Bydliński in KBB⁷ § 879 Rz 28).

1790 Zur Gläubigerschutzimplikation der Dispositionsbeschränkungen aufgrund ihrer Funktion als Korrektive für die Haftungskonzentration schon iZm § 41 Abs 3 GmbHG oben ab S 257.

1791 Vgl zur absoluten Nichtigkeit und Unverbindlichkeit von Beschlüssen, die gegen zwingendes Recht verstoßen allg *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 20 Rz 9 (insb Verstoß gegen § 82 GmbHG); § 25 Rz 17; S.-F. Kraus/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 25 Rz 31; *Thöni*, GesRZ 1987 82 (91); vgl zur Nichtigkeit und Unverbindlichkeit von Beschlüssen, die speziell gegen Kapitalerhaltungsvorschriften verstoßen, zB *Bauer/Zebetner* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 82 Rz 71 (Stand 01.12.2017); *Rüffler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 13 (25).

insb den Geschäftsführer nicht zur Ausführung.¹⁷⁹² Gerade diese Folgepflicht ist nach hM¹⁷⁹³ aber die Grundlage der Haftungsfreistellung: Wenn der Geschäftsführer zur Ausführung eines Beschlusses verpflichtet ist, könne er dadurch nicht zugleich ersatzpflichtig werden.¹⁷⁹⁴ Nach hM¹⁷⁹⁵ schließen also gläubigerschutzwidrige Beschlüsse die Haftung des ausführenden Geschäftsführers (mangels Folgepflicht) *von vornherein* nicht aus. Wenn die Befolgung von Beschlüssen im Anwendungsbereich des § 25 Abs 5 GmbHG aber schon grundsätzlich die Haftung nicht ausschließt, dann scheint es überflüssig,¹⁷⁹⁶ wenn § 25 Abs 5 GmbHG eine Haftungsfreistellung ausschließt, soweit die Gesellschaft nicht zahlen kann.¹⁷⁹⁷ Damit scheint die Bestimmung sprichwörtlich offene Türen einzurennen, denn sie scheint davon auszugehen, dass gläubigerschutzwidrige und mithin nichtige Weisungen grundsätzlich haftungsfreistellend wirken.¹⁷⁹⁸

Mit diesen Überlegungen ist eine wichtige Vorfrage der hier zu untersuchenden Dispositionsbeschränkungen angerissen, nämlich die (grundsätzli-

1792 Unstr; vgl nur *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 17; *Fleischer* in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 347.

1793 Vgl hier nur OGH 22.10.2003, 3 Ob 287/02f wbl 2004, 192; RIS-Justiz RS0118354; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 17. S noch die Nw in Fn 1817.

1794 Vgl hier nur *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 17 („notwendige Konsequenz“); *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 9 (Stand 01.09.2022). S noch die Nw in Fn 1816.

1795 Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 17, wonach gegen Gläubigerschutzvorschriften verstoßende Beschlüsse „von vorneherein nicht entlasten“; *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 20 Rz 28. S noch die Nw in Fn 1833 f.

1796 S dazu noch sogleich Fn 1800. Die (scheinbare) Überflüssigkeit des § 25 Abs 5 GmbHG wäre übrigens kein Argument für die (mE unzutrf) hM, wonach sich die Dispositionsbeschränkungen auf alle Ansprüche aus § 25 GmbHG beziehen. Denn § 25 Abs 5 GmbHG hat *unabhängig* von seinem Anwendungsbereich schon allein wegen seiner überholten Funktion keinen Anwendungsbereich mehr. Daran ändert sich nichts, wenn man die Vorschrift von den (gläubigerschutzorientierten) Ersatzansprüchen gem § 25 Abs 3 GmbHG auf alle Ersatzansprüche ausdehnt, weil man damit richtig besehen nur impliziert, dass *alle* Ansprüche gläubigerschutzorientiert sind. Diese Gläubigerschutzimplikation folgt aus der Funktion der Dispositionsbeschränkungen als Korrektive für die Haftungskonzentration zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger (s dazu schon oben ab S 257).

1797 Vgl *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 52; ähnlich *Ziemons* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 511; vgl auch zur AG (iZm Art 241 ADHGB 1884) *Hefermehl* in FS Schilling 159 (161); vgl auch *Illhardt* in *Melot de Beauregard/Lieder/Liersch*, Managerhaftung § 5 Rz 95.

1798 Vgl *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 31; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 19; s auch die Nw in Fn 1150 in ähnlichem Zusammenhang (zu § 41 Abs 3 GmbHG). Vgl idZ auch (zur Genossenschaft) bereits RG 24.04.1900, Rep. VIa. 456/99 RGZ 46, 60 (64): „Eine solche Vorschrift würde der Gesetzgeber nicht für erforderlich erachtet haben, wenn er nicht bezüglich der Ansprüche der Genossenschaft selbst davon ausginge, daß dieser gegenüber der Beschluß der Generalversammlung allerdings in Betracht komme.“

che) Haftungsfrestellungswirkung einer Befolgung von (insb gläubigerschutzwidrigen) Gesellschafterbeschlüssen als Instrument der Haftungsmilderung. Die Untersuchung dieser Frage ist notwendig, um die Bedeutung des § 25 Abs 5 GmbHG erfassen zu können. Inhaltlich knüpfen die nachfolgenden Ausführungen an die obigen Überlegungen zu § 41 Abs 3 GmbHG an, wo Teile der Problemlösung schon vorweggenommen wurden.¹⁷⁹⁹

f) Vorfrage zu § 25 Abs 5 GmbHG: Haftungsfrestellung durch Befolgung eines Gesellschafterbeschlusses

Nach dem Gesagten stellt sich also die Frage, ob § 25 Abs 5 GmbHG überhaupt (noch) einen Anwendungsbereich hat.¹⁸⁰⁰ Wenn man mit der hM absolute Nichtigkeit gläubigerschutzwidriger Beschlüsse annimmt, muss man sie scheinbar verneinen. Im Schrifttum wird dieses Problem kaum aufgegriffen, aber immerhin gelegentlich vermerkt, dass § 25 Abs 5 GmbHG schwierig zu verstehen sei.¹⁸⁰¹ Die Schwierigkeit und (damit verbunden) die Unübersichtlichkeit der Materie lassen es zweckmäßig erscheinen, im Folgen-

¹⁷⁹⁹ S 256 ff.

¹⁸⁰⁰ Vgl *G. Schima/Liemberger/Toscani* in SWK-Spezial Der GmbH-Geschäftsführer 21, wonach sich die Frage stelle, welcher Anwendungsbereich § 25 Abs 5 GmbHG wirklich verbleibe, wenn beschlusskonformes Handeln die Pflichtwidrigkeit desselben ausschließt und andererseits gegen zwingendes Recht verstoßende Weisungen von vornherein keine Haftungsentlastung auslösen; ebenso *G. Schima/Toscani*, Handbuch GmbH-Geschäftsführer² 18; ähnlich *G. Schima* in FS Koppensteiner (2016) 259 (269), wonach der Anwendungsbereich des § 25 Abs 5 GmbHG ein schmalere sei, weil gegen zwingendes Recht verstoßende Weisungen ohnedies keine Haftungsentlastung nach sich ziehen würden. Vgl auch *Pucher*, GesRZ 2015, 174 (178); *U. Torggler*, JBl 2006, 85, (93 Fn 94 aE), wonach die Verneinung einer Haftungsbefreiungswirkung gläubigerschutzwidriger (und mithin nichtiger) Beschlüsse unter Berufung auf die fehlende Folgepflicht iW zur Anwendungslosigkeit des § 25 Abs 5 GmbHG führen würde. Vgl auch *Rüffler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 13 (26), der die Frage stellt, welchen Anwendungsbereich und Sinn die Einschränkung des § 25 Abs 5 GmbHG sowie die Anfechtungsbefugnis gem § 41 Abs 3 GmbHG hätten. Darauf hinweisend auch *Rauter*, GRAU 2020, 5 (9). Vgl auch *Ziemons* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 511 f und Rz 393, nach der die Anordnung des § 43 Abs 3 Satz 3 dGmbHG überflüssig ist. Vgl *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 216, nach dem die Bedeutung und der inhaltliche Anwendungsbereich der Vorschrift gering seien, weil ein kapitalschutzwidriger Beschluss ohnedies bereits nichtig sei, sodass eine enthaftende Folgepflicht nicht entstehe; die Normwirkung sei nur eine deklaratorische. Vgl bereits *Boesebeck*, GmbHR 1960, 118 (120), der den „Gedankenfehler in § 43 Abs. 3“ darin sieht, dass es sich in den dort behandelten Fällen um Weisungsbeschlüsse handelt, die gegen zwingende gesetzliche Vorschriften verstoßen, demgemäß nichtig seien und infolgedessen den sie befolgenden Geschäftsführer ohnehin nicht entlasten könnten. Referierend etwa *Verse* in FS A. Bergmann 781 (789 f).

¹⁸⁰¹ Vgl *Ziemons* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 R 511; „Schwierig zu verstehen“; ebenso *Pöschke* in BeckOK GmbHG⁵⁷ § 43 Rz 345; ähnlich bereits *Boesebeck*, GmbHR

den zunächst einen ausgedehnten Streifzug durch die Meinungslandschaft zu unternehmen. Dabei wird sich zeigen, wo das Schrifttum Probleme vertort und welche Lösungen und Argumente dafür angeboten werden. Diese Vorgehensweise erleichtert es auch, die daran anschließende eigene Stellungnahme möglichst eng an den literarischen Diskurs zu halten, was der Straffung und Verständlichkeit der Ausführungen zugutekommen sollte. Die Stellungnahme beginnt mit einer Untersuchung der historischen Entwicklung und (ursprünglichen) Funktion des § 25 Abs 5 GmbHG¹⁸⁰², der immerhin der einzige gesetzliche Anhaltspunkt für eine Haftungsfrestellungswirkung von Gesellschafterbeschlüssen ist. Im Anschluss wird der Frage nach der dogmatischen Grundlage der Haftungsfrestellungswirkung nachgegangen. Dabei wird auch die hM, die die Haftungsfrestellung wie erwähnt auf die Folgepflicht zurückführt, kritisch hinterfragt werden. Nach dieser allgemeinen Grundlegung werden dann die „pathologischen“ Fälle, also fehlerhafte (dh anfechtbare und nichtige, mit Blick auf § 25 Abs 5 GmbHG insb gläubigerschutzwidrige) Beschlüsse anzusehen sein, um an ihnen die bisherigen Erkenntnisse über die Haftungsfrestellungswirkung zu erproben.

i. Meinungsstand

1) Grundlagen der (beschlussmäßigen) Einflussnahme durch die Gesellschafter

Zunächst zu den unstrittigen Grundlagen: Die Gesellschafter einer GmbH können jederzeit beliebig durch Beschluss in die Geschäftsführung eingreifen.¹⁸⁰³ Sie können Geschäftsführungsmaßnahmen verbieten, positiv anord-

1960, 118 (120), wonach die Frage der Haftungsfrestellungswirkung nichtiger Beschlüsse „durch die wenig geglückte Bestimmung des § 43 Abs. 3. [erschwert wird].“

1802 Oben (S 268 ff) habe ich iZm § 41 Abs 3 GmbHG freilich bereits teilweise vorweggenommen, dass sich diese Bestimmung durch die Prämissen des historischen Beschlussmängelrechts erklärt. S dazu auch noch näher in der historischen Analyse des § 25 Abs 5 GmbHG unten S 464 ff.

1803 Vgl Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 20 Rz 30 (Stand 01.11.2018); Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 20 Rz 9; Arnold/Pampel in Gruber/Harrer, GmbHG² § 20 Rz 25 ff; G. Schima/Toscani, Handbuch GmbH-Geschäftsführer² 2.

nen¹⁸⁰⁴, oder bloß billigen¹⁸⁰⁵. Ordnet der Beschluss ein bestimmtes Verhalten an, so ist der Geschäftsführer daran gebunden (§ 20 Abs 1 GmbHG; § 37 Abs 1 dGmbHG).¹⁸⁰⁶ Durch eine Billigung werden Geschäftsführer zwar zur Ausführung ermächtigt, aber nicht verpflichtet.¹⁸⁰⁷ Soweit Geschäftsführer ohne Einflussnahme der Gesellschafter (auf „eigene Verantwortung“) sorgfaltswidrig gehandelt hätten und infolgedessen der Gesellschaft gem § 25 Abs 2 GmbHG ersatzpflichtig geworden wären, kann die Ausführung eines

1804 Obwohl die *verba legalia* nur von „Beschränkungen“ sprechen und damit unmittelbar nur *verbotende* Beschlüsse erfassen (Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG²¹ § 37 Rz 20), können die Gesellschafter auch positive Anordnungen (Gebote) treffen: Vgl OGH 22.12.1976, 1 Ob 797, 802/76 SZ 49/163; 15.03.1961, 6 Ob 50/61 HS 748/19; Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 20 Rz 30 (Stand 01.11.2018); Gellis/Feil, GmbHG⁷ § 20 Rz 5 mwN; für Deutschland Stephan/Tieves in MüKo GmbHG⁴ § 37 Rz 123; Mennicke, NZG 2000, 622 (622); Immenga, GmbHR 1973, 5 (7). Vgl bereits Pinner in Staub, HGB II¹⁴ (1933) § 235 Anm 3 (S 307 f). Neben der (umfassenden) Residualzuständigkeit der Gesellschafter bestätigt dies mE § 25 Abs 5 GmbHG (arg: „Befolgung eines Beschlusses“). Zudem wäre die Anfechtungsbefugnis gem § 41 Abs 3 GmbHG, die nach ihrer ursprünglichen Konzeption die Befreiung von einem „Haftungsdilemma“ ermöglichen soll (dazu noch sogleich unten), nicht erforderlich gewesen.

1805 Allg zu den Möglichkeiten einer Einflussnahme Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 20 Rz 30 (Stand 01.11.2018); Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG²¹ § 37 Rz 20; Immenga, GmbHR 1973, 5 (7); Mennicke, NZG 2000, 622 (622).

1806 Nach § 20 Abs 1 GmbHG (vgl § 37 Abs 1 dGmbHG) sind Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft verpflichtet, „Beschränkungen einzuhalten [...] für den Umfang ihrer Befugnis, die Gesellschaft zu vertreten“, die (ua) durch Beschluss der Gesellschafter festgesetzt sind. Trotz dem Gesetzeswortlaut, der sich nur auf die Vertretungsmacht bezieht, wird diese Bestimmung auf die gesamte Geschäftsführungsbefugnis bezogen. Vgl Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 20 Rz 1 (Stand 01.11.2018); Arnold/Pampel in Gruber/Harrer, GmbHG² § 20 Rz 5; G. Schima/Liemberger/Toscani in SWK-Spezial Der GmbH-Geschäftsführer 8 mwN. Für Deutschland Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG²¹ § 37 Rz 1; Immenga, GmbHR 1973, 5 (7 Fn 18); Feine in Ehrenberg, Handbuch III (1929) 495. Den Umfang der Vertretungsmacht regelt § 20 Abs 2 GmbHG; diese kann gegenüber Dritten (im Außenverhältnis) nicht wirksam beschränkt werden. Die Vertretung ist nur ein Teil der weitergehenden Geschäftsführungsbefugnis; nicht jede Geschäftsführungsmaßnahme erfordert auch die Vertretung der Gesellschaft (wie zB rein faktische Tätigkeiten). Vgl auch Arnold/Pampel aaO; Fritz, SWK 2002, 115 (115).

1807 Vgl Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG²¹ § 43 Rz 33; Klöhn in Bork/Schäfer, GmbHG⁵ § 43 Rz 64. Die Billigung kann auch konkludent erklärt werden; vgl dazu J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 313 mwN (Stand 01.09.2022); Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 18; Felzl/Told in Gruber/Harrer, GmbHG² § 25 Rz 165; RIS-Justiz RS0026773; OGH 22.10.2003, 3 Ob 287/02f SZ 2003/133; 30.01.1979, 5 Ob 686/78 EvBl 1979, 396; Fleischer in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 348 f; Fleck, GmbHR 1974, 224 (226). Die Zulässigkeit einer Billigung lässt sich mit der Residualzuständigkeit der Gesellschafter und einem Größenschluss aus der Zulässigkeit positiver Anordnungen begründen (so man diese anerkennt).

Beschlusses ihre Haftung ausschließen.¹⁸⁰⁸ In diesem Fall ist die Handlung nämlich nicht pflichtwidrig.¹⁸⁰⁹ Eine solche Haftungsfreistellung kommt (nur) bei positiv anordnenden (Weisungen) und billigenden Beschlüssen in Frage.¹⁸¹⁰

Damit ist man bereits beim Thema der Haftungsfrestellungswirkung der Beschlussausführung angekommen. Die Lit hierzu erweist sich allerdings als schwer überschaubar.¹⁸¹¹ Da eine umfassende Darstellung den Rahmen dieser Untersuchung sprengen würde, muss sich die Darstellung des Meinungsstands auf die wesentlichen Positionen beschränken. Ihnen gemein ist im Hinblick auf die Haftungsfrestellungswirkung die Unterscheidung zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Beschlüssen. Zudem bezieht sich die Lit idR vorrangig auf (verbindliche) Weisungsbeschlüsse. Die dazu aufgestellten Grundsätze werden dann zumeist (pauschal) auf die Billigung (Ermächtigung) übertragen.¹⁸¹² Dass rechtmäßige Beschlüsse die Haftung der Geschäftsführer ausschließen, ist unbestritten.¹⁸¹³ Nur bei der dogmatischen Begründung der Frestellungswirkung gehen die Meinungen auseinander. Da diese dogmatische Weichenstellung auch Auswirkungen auf die (umstrittene) Haftungsfrestellungswirkung *rechtswidriger* (anfechtbarer und nichtiger) Beschlüsse hat, ist der Blick zuerst auf sie zu richten. Vorauszuschicken ist noch, dass im Folgenden auch die übrigen, weitgehend unproblematischen Voraussetzungen einer Freistellung ausgeklammert wer-

1808 *Allgemeine* Voraussetzungen einer Haftungsfreistellung sind zudem, dass der Geschäftsführer den Beschluss nicht pflichtwidrig herbeiführt, alle entscheidungserheblichen Informationen offenlegt und sich die Umstände seit der Beschlussfassung nicht derart geändert haben, dass ihre nochmalige Überprüfung im Interesse der Gesellschaft erforderlich ist. Vgl dazu *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 17; *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 313 (Stand 01.09.2022); *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 33; ausf *Kaffiné*, Begrenzung 74 ff; vgl bereits *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 84 Anm 15 (S 311).

1809 Vgl *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 30.

1810 Vgl auch *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 33. Auszuklammern sind verbotende Beschlüsse, weil diese nur den Bereich (ohnedies) sorgfalts-gemäßer Handlungsoptionen „einengen“.

1811 Ähnlich *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/263; treffend *Rauter*, *ecolex* 2012, 944 (945): „*Das Thema Haftungsbe-freiung von Geschäftsführern durch Gesellschafterweisungen hat zahlreiche Facetten, von denen ein bedeutender Teil noch nicht abschließend geklärt ist.*“

1812 S noch unten bei Fn 1827 und Fn 1864.

1813 RIS-Justiz RS0026773; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 17 f; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 30; für Deutschland statt vieler *Fleischer* in *MüKo GmbHG*⁴ § 43 Rz 344 mwN („*allgM*“); vgl auch § 75 Abs 4 RegE-dGmbHG 1971 BT-Drs VI/3088 21: „*Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn die Handlung in Übereinstimmung mit Gesetz und Gesellschaftsvertrag auf einem Beschluss der Gesellschafter oder einer für die Geschäftsführer verbindlichen Weisung beruht.*“ Die Erl (aaO 125 rSp) verweisen diesbezgl auf die Lit („*Es wird jedoch insoweit angenommen [...]*“). Vgl idZ auch § 84 Abs 4 Satz 1 AktG idgF und § 24 Abs 3 Satz 1 VerG.

den. So werden die Geschäftsführer nach allgM¹⁸¹⁴ vor allem dann nicht von der Haftung frei, wenn sie die Generalversammlung unrichtig oder unvollständig informieren (zB nicht auf mögliche Risiken hinweisen), wenn sie anderweitig pflichtwidrig Einfluss auf den Beschluss nehmen oder wenn sich die Umstände seit der Beschlussfassung derart verändert haben, dass eine erneute Befassung der Gesellschafter erforderlich ist. Wenn im Folgenden eine Haftungsfreistellung bejaht wird, wird angenommen, dass diese übrigen Voraussetzungen erfüllt sind.

2) Dogmatische Einordnung der Haftungsfreistellungswirkung

Als Begründung für die Haftungsfreistellungswirkung rechtmäßiger Beschlüsse wird (iZm verbindlichen Weisungen) vor allem darauf hingewiesen, dass Geschäftsführer zur Ausführung solcher Beschlüsse verpflichtet sind (Folgepflicht)¹⁸¹⁵ und deshalb nicht zugleich ersatzpflichtig werden können.¹⁸¹⁶ Nach hM¹⁸¹⁷ ist die Folgepflicht nicht nur eine hinreichende, sondern eine *notwendige* Voraussetzung für die Haftungsfreistellung.

1814 Vgl jew mwN *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 17; *J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 313 (Stand 01.09.2022); *ders*, GmbH-Recht I² Rz 2/412; *Rauter/Ratka in Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/266; *Feltl/Told in Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 157. Für Deutschland statt vieler *Fleischer in MüKo GmbHG*⁴ § 43 Rz 346; ausf *Ziemons in Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 394 ff, wonach Pflichten im „Umfeld“ der Weisungserteilung (zB Vorbereitung, Mitteilung von Bedenken, pflichtwidrige Einwirkung) und Pflichten im Rahmen der Ausführung (Mitteilung von Bedenken an der Recht- oder Zweckmäßigkeit, geänderte Umstände, sorgfältige Ausführung) durch die haftungsausschließende Wirkung einer Weisung unberührt bleiben.

1815 Vgl § 20 Abs 1 GmbHG, § 37 Abs 1 dGmbHG; zum Begriff der Folgepflicht zB *U. H. Schneider in Scholz*, GmbHG¹¹ § 43 Rz 119; *Konzen*, NJW 1989, 2977 (2978); *Mennicke*, NZG 2000, 622 (624). Noch für Treu und Glauben als Grundlage offenkundig *Hachenburg*, GmbHG⁵ (1927) § 43 Anm 5 (S 96).

1816 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 17: „notwendige Konsequenz“; *J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 9 (Stand 01.09.2022); *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (92); *G. Schima*, DRdA 2014, 197 (201 Fn 33); *ders* in FS *Koppensteiner* (2016) 259 (268): „rechtsethisch notwendig“; *N. Arnold/Pampel in Gruber/Harrer*, GmbHG² § 20 Rz 28 (nicht verbindlich und daher auch nicht haftungsausschließend). Für Deutschland *Fleischer in MüKo GmbHG*⁴ § 43 Rz 344 mwN; *Ziemons in Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 390 f (allg Erwägung, um Wertungswidersprüche zu vermeiden); *Verse in Scholz*, GmbHG¹² § 43 Rz 260 ff; *Paefgen in Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG³ § 43 Rz 214 mwN („hM“); *Schnorbus in Rowedder/Pentz*, GmbHG⁷ § 43 Rz 85; *Heisse*, Beschränkung 114; *Ziemons in Oppenländer/Trolitzsch*, GmbH-Geschäftsführung³ § 29 Rz 1; *Haas/Wigand in Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 20.45, wonach Folgepflicht und Entlastung durch den Beschluss miteinander korrespondieren; *Frisch*, Haftungserleichterung 231; *Pelz*, RNotZ 2003, 415 (420); *Mennicke*, NZG 2000, 622 (624); *Mertens in Hachenburg*, GmbHG⁷ § 43 Rz 67.

1817 Vgl neben den Nw in Fn 1816 auch (iZm nichtigen Weisungen) OGH 22.10.2003, 3 Ob 287/02f wbl 2004, 192; 23.02.2016, 6 Ob 171/15p SZ 2016/20; 30.08.2016, 6 Ob

Die Haftungsfrestellungswirkung ergebe sich außerdem *e contrario* aus § 25 Abs 5 GmbHG (§ 43 Abs 3 Satz 3 dGmbHG).¹⁸¹⁸ Dieser Norm liege die Erwägung zugrunde, dass der Wille der Gesellschaft durch die Gesellschafter gebildet wird und ein konformes Verhalten der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft nicht pflichtwidrig sei, soweit nicht unverzichtbare Regeln der Kapitalerhaltung verletzt werden.¹⁸¹⁹ Dieses Argument wird manchmal auch ohne Rückgriff auf § 25 Abs 5 GmbHG geführt.¹⁸²⁰ In dieselbe Kerbe schlägt der Hinweis auf die Unterordnung der Geschäftsführer unter die Generalversammlung als oberstes Willensbildungsorgan der Gesellschaft.¹⁸²¹ Diesen Gedanken der Willenskonformität des Geschäftsfüh-

198/15h; RIS-Justiz RS0118354: „[...]Nichtige Weisungsbeschlüsse lassen demnach die Haftung, weil nicht verbindlich, unberührt. [...]“; der OGH hat sich an *Koppensteiner/Rüffler* (GmbHG³ § 25 Rz 17) angeschlossen, nach denen nichtige Beschlüsse die Haftung, „weil nicht verbindlich“, unberührt lassen. Für Deutschland *Ziemons in Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 390 f, nach der nur verbindliche Weisungen von der Haftung befreien; *Altmeyen in Altmeyen*, GmbHG¹¹ § 43 Rz 124, wonach nichtige Beschlüsse nicht entlasten, weil sie von vornherein nicht binden können; deutlich *U. H. Schneider in Scholz*, GmbHG¹¹ § 43 Rz 122, 126: „Eine Haftungsentlastung kommt freilich bei Weisungen nur in Betracht, wenn auch eine Folgepflicht bestand.“; ebenso *Schaub*, DStR 1992, 986 (987); *Konzen*, NJW 1989, 2977 (2978), wonach eine Pflichtverletzung nur bei verbindlichen Weisungen nicht vorliege. Vgl idZ auch § 75 Abs 4 RegE-dGmbHG 1971 (BT-Drs VI/3088 21): „[...] auf einem Beschluss der Gesellschafter oder einer für die Geschäftsführer verbindlichen Weisung [...]“.

1818 Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 17; *J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 9 (Stand 01.09.2022); *Felzl/Told in Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 157, 164; *Rauter/Ratka in Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 263 und *passim*; *Rauter*, ecolex 2012, 944 (946); *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 492; *Pucher*, GesRZ 2015, 174 (179); *Zöllner in FS Reich-Rohrwig* 265 (268 f); für Deutschland BGH 31.01.2000, II ZR 189/99 NJW 2000, 1571 mwN; *Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 33 mwN; *Schnorbus in Rowedder/Pentz*, GmbHG⁷ § 43 Rz 85; *Haas/Wigand in Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 20.45; *Grunst*, Der Geschäftsleiter 62 f; *Mertens in Hachenburg*, GmbHG⁷ § 43 Rz 12; *Pinner in Staub*, HGB II¹⁴ (1933) § 241 Anm 4 (S 355 f).

1819 Vgl BGH 31.01.2000, II ZR 189/99 NJW 2000, 1571; *Fleischer in MüKo GmbHG⁴* § 43 Rz 344 mwN; *Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 33; *Immenga*, GmbHR 1973, 5 (7); *Kaffiné*, Begrenzung 72, der die Natur der Haftungs-frestellungswirkung im „pflichtwidrigkeitsausschließenden Charakter der Weisung“ sieht; BGH 31.01.2000, II ZR 189/99 NJW 2000, 1571 mwN.

1820 Vgl *Fleck*, GmbHR 1974, 224 (226); *Ebenroth/Lange*, GmbHR 1992, 69 (73); *Schaub*, DStR 1992, 986 (987); *Konzen*, NJW 1989, 2977 (2978), der diese rechtfertigende Wirkung auf die Folgepflicht zurückführt.

1821 So *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 493; ähnlich schon *Fleck*, GmbHR 1974, 224 (226).

rerhandeln haben vor allem *Straube*¹⁸²², *Rauter*¹⁸²³ und *Ratka*¹⁸²⁴ dogmatisch weiter konkretisiert: Die haftungsfreistellende Wirkung einer Weisung beruhe auf der darin „enthaltenen“ Zustimmung der Gesellschaft zur „Selbstschädigung“,¹⁸²⁵ welche von der Beschlusswirkung „Folgepflicht“ gedanklich zu trennen sei. Darüber hinaus argumentiert vor allem die deutsche Lehre hilfsweise, dass einer Inanspruchnahme des Geschäftsführers der Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens entgegenstehen könne, wenn die schädigende Handlung auf einem der Gesellschaft zurechenbaren Beschluss beruht.¹⁸²⁶

Was für verbindliche Weisungsbeschlüsse gilt, soll nach dem Schrifttum auch für bloße Ermächtigungen (Billigung, Einverständnis) gelten.¹⁸²⁷ Weitere Unterscheidungen werden soweit ersichtlich nicht gemacht.

Von diesen allgemeinen Grundsätzen ausgehend beurteilt das Schrifttum dann die Haftungsfreistellungswirkung *rechtswidriger* Beschlüsse und differenziert dabei wie erwähnt weiter zwischen anfechtbaren und nichtigen Beschlüssen.¹⁸²⁸

1822 *Straube/Rauter*, JAP 2007/2008/15, 168 (169 f).

1823 Vgl *Rauter*, *ecolx* 2012, 944 (945); *Straube/Rauter*, JAP 2007/2008/15, 168 (169 f), wonach diese Frage in der Lit zT nicht besonders behandelt, zT verneint werde; *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/17 (Einwilligung in die Schädigung als allg schadenersatzrechtlicher Rechtfertigungsgrund und besondere Lage bei der GmbH im Hinblick auf die „Einwilligung“). S auch Rz 2/255: (*volenti non fit iniuria*); s iZm nichtigen Weisungen auch Rz 2/275.

1824 *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/17, 2/255 und Rz 2/275 (s Fn 1823).

1825 So wohl auch *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (93 Fn 94) iZm § 25 Abs 5 iVm § 25 Abs 3 GmbHG, wonach der „Einwilligung der Gesellschaft in die Schädigung“ zwar wegen zwingend geschützter Interessen die Wirksamkeit versagt sei, eine Inanspruchnahme aber arglistig sein könne. Vgl auch *Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht II⁴ 255 (*volenti non fit iniuria*).

1826 Referierend mwN zB *Fleischer* in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 344; *Paefgen* in *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG³ § 43 Rz 214; vgl auch *Fleck*, GmbHR 1974, 224 (226); *Immenga*, GmbHR 1973, 5 (7 f); *Heisse*, Beschränkung 113 f; *Schaub*, DStR 1992, 986 (987); *Frisch*, Haftungserleichterung 231, wonach der Gedanke des Verbots widersprüchlichen Verhaltens „die zentrale Begründung der haftungsbefreienden Wirkung der Weisung“ sei. Für Österreich iZm nichtigen Beschlüssen unter Verweis auf das Verbot des *venire contra factum proprium* *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (93 Fn 94); zust *Felzl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 164 (s noch unten Fn 1858). Abl *Kaffiné*, Begrenzung 71.

1827 Vgl etwa *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 18; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 33 mwN; *Bayer*, GmbHR 2014, 897 (905); *Paefgen* in *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG³ § 43 Rz 218, nach dem eine Billigung ebenso wie in der Weisung die Übernahme der Verantwortung für die getroffene Entscheidung durch die ihr Einverständnis bekundenden Personen zum Ausdruck bringt („verantwortliche Mitentscheidung“; vgl auch *Fleck*, GmbHR 1974, 224 [226]).

1828 Vgl statt vieler *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 17; *Fleischer* in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 347 mwN („nach ganz hM“).

3) *Anfechtbare Beschlüsse*

Nach hM¹⁸²⁹ wirken jedenfalls Beschlüsse haftungsfreistellend, die unanfechtbar geworden sind, etwa weil die Anfechtungsfrist verstrichen ist, alle Anfechtungsberechtigten auf die Anfechtung verzichtet haben oder die Anfechtungsklage rechtskräftig abgewiesen wurde. Bei Beschlüssen, die noch anfechtbar sind oder bereits angefochten wurden, müsse der Geschäftsführer nach sorgfältigem Ermessen die Wahrscheinlichkeit einer erfolgreichen Anfechtung eigenverantwortlich beurteilen.¹⁸³⁰ Eine Anfechtungspflicht (oder -obliegenheit)¹⁸³¹ des Geschäftsführers wird jedoch überwiegend¹⁸³² abgelehnt.

1829 Vgl. *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 17 und § 20 Rz 9; *U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 20 Rz 17; *Fleischer* in *MüKo GmbHG*⁴ § 43 Rz 347 mwN; *Verse* in *Scholz*, GmbHG¹² § 43 Rz 263; *Paefgen* in *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG³ § 43 Rz 240; *Schnorbus* in *Rowedder/Pentz*, GmbHG⁷ § 43 Rz 93; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 35; *Altmeyen* in *Altmeyen*, GmbHG¹¹ § 43 Rz 125; *Ebenroth/Lange*, GmbHR 1991, 69 (73); *Fleck*, GmbHR 1974, 224 (228); *Mennicke*, NZG 2000, 622 (624); *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 213 f; vgl. auch die Erl zu § 74 Abs 4 RegE-dGmbHG 1971, BT-Drs VI/3088 126 lSp aA.

1830 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 17, § 20 Rz 9 und § 41 Rz 23; *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 320 (Stand 01.09.2022); *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (92 Fn 91); *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 30; *Thöni*, GesRZ 1987, 82 (91); für Deutschland s. die Nw in Fn 1829; krit. *Paefgen* in *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG³ § 43 Rz 241 ff; vgl. auch die Erl zu § 74 Abs 4 RegE-dGmbHG 1971, BT-Drs VI/3088 126 lSp aA.

1831 Für eine Obliegenheit müsste man zudem annehmen, dass der Geschäftsführer für die Ausführung unanfechtbar gewordener Beschlüsse haftet, obwohl diese verbindlich geworden sind (Haftungsdilemma) – eine Ansicht, die für das GmbH-Recht soweit ersichtlich nicht vertreten wird; anders aber im Aktienrecht auf Grundlage des § 84 Abs 4 Satz 1 AktG (dazu unten S 899 ff).

1832 *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG § 41 Rz 63 (Stand 01.08.2013) mwN auch zur (va. früher vertretenen Gegenauffassung); *ders* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 20 Rz 34 (Stand 01.11.2018); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 20 Rz 9, § 25 Rz 19 mwN; ausf. *Artmann*, DRdA, 2002, 370 (371); *dies*, GES 2007, 3 (12 ff) mwN; *N. Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 20 Rz 28; *Harrer*, Haftungsprobleme 86; *ders* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 41 Rz 97 ff; *Linder* in *FAH*, GmbHG § 41 Rz 146; *Ch. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 4/189; *Straube/Rauter*, JAP 2007/2008, 168 (169); vorsichtiger *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb. Geschäftsführerhaftung² Rz 267; *G. Schima* in *FS Koppensteiner* (2016) 259 (264, 269); so auch die HdL, vgl. nur *Ziemons*, Haftung der Gesellschafter 38; *dies* in *Michalski et al.*, GmbHG⁴ § 43 Rz 103 jew. mwN; *Fleischer*, BB 2005, 2025 (2030) mwN; *Kaffiné*, Begrenzung 98. Vgl. zu den Gründen etwa *Artmann*, GES 2007, 3 (12 ff).

4) Nichtige Beschlüsse (insb Verstöße gegen Kapitalschutzvorschriften)

Nach hÖL¹⁸³³ und dem OGH¹⁸³⁴ schließen nichtige Weisungsbeschlüsse die Haftung grundsätzlich nicht aus, weil sie nicht zur Ausführung verpflichten (die hM knüpft die Haftungsfreistellungswirkung wie erwähnt an die Folgepflicht)¹⁸³⁵. Im Einzelfall könne es aber (ausnahmsweise) am Verschulden fehlen, wenn der Geschäftsführer die Nichtigkeit nicht erkennen konnte.¹⁸³⁶

Ähnlich verneint die hL¹⁸³⁷ eine Haftungsfreistellungswirkung nichtiger Beschlüsse, was manche Autoren¹⁸³⁸ ebenfalls mit der fehlenden Folgepflicht begründen. Allerdings könne die Haftung im Einzelfall auch ausscheiden, soweit einer Inanspruchnahme der Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegensteht (*venire contra factum proprium*).¹⁸³⁹ Voraussetzung sei aber, dass

1833 J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 95, 318 f (Stand 01.09.2022); Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 17; N. Arnold/Pampel in Gruber/Harrer, GmbHG² § 20 Rz 28; Harter, Haftungsprobleme 85; Told in FS Koppensteiner (2016) 339 (344); Brand in Walbert, Haftung Rz 4.11; differenzierend S.-F. Kraus/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 25 Rz 31, nach denen aus dem Fehlen einer Folgepflicht nicht folge, dass konformes Verhalten stets pflichtwidrig wäre.

1834 Vgl (jewe zur Einlagenrückgewähr) RIS-Justiz RS0118354; OGH 22.10.2003, 3 Ob 287/02f wbl 2004, 192; 30.01.2014, 12 Os 117/12s (12 Os 118/12p) (Libro); 23.02.2016, 6 Ob 171/15p GES 2016, 112; 30.08.2016, 6 Ob 198/15h Pkt 4.1. Allerdings könne eine Haftung am fehlenden Verschulden des Geschäftsführers scheitern (mit Verweis auf das deutsche Schrifttum).

1835 S oben die Nw in Fn 1816 f.

1836 OGH 22.10.2003, 3 Ob 287/02f wbl 2004, 192; J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 25 Rz 95, 319 (Stand 01.09.2022), nach dem im Einzelfall höchst fraglich sein könne, ob eine Maßnahme ein zulässiges Geschäft oder verbotene Einlagenrückgewähr ist, sodass der Geschäftsführer ggf vertretbarerweise zwar einen vom Gericht nicht geteilten Standpunkt einnimmt, aber ein Verschulden fehle. Vgl auch U. Torggler, JBl 2006, 85 (93 Fn 94); Pucher, GesRZ 2015, 174 (178); für Verstöße gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr tendenziell auch Rauter, eolex 2012, 944 (945); s dazu noch in Fn 1862.

1837 Vgl Fleischer in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 347; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG²¹ § 43 Rz 35; Ziemons in Michalski et al, GmbHG⁴ § 43 Rz 101, 393 (liege auf der Hand), 511 („nach allgemeiner Auffassung“); Paefgen in Habersack/Casper/Löbbecke, GmbHG³ § 43 Rz 239; Raiser/Veil, Kapitalgesellschaften⁶ § 42 Rz 91; Wigand, Haftungsbeschränkungen 210; U. H. Schneider in Scholz, GmbHG¹¹ § 43 Rz 126 f.

1838 Vgl zB Beurskens in Noack et al, GmbHG²³ § 43 Rz 18; Altmeyen in Altmeyen, GmbHG¹¹ § 43 Rz 124; Verse in Scholz, GmbHG¹² § 43 Rz 262.

1839 U. H. Schneider in Scholz, GmbHG¹¹ § 43 Rz 134 ff; Verse in Scholz, GmbHG¹² § 43 Rz 262; ders in FS A. Bergmann 781 (792 f); Fleischer in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 347 („in Ausnahmefällen“; „Unter Umständen“); Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG²¹ § 43 Rz 35 („Im Einzelfall“); ebenso Beurskens in Noack et al, GmbHG²³ § 43 Rz 18; Fleck, GmbHR 1974, 224 (227); Haas/Ziemons in BeckOK, GmbHG³³ § 43 Rz 280 ff; Ebert, GmbHR 2003, 444 (448): „regelmäßig“; Paefgen in Habersack/Casper/Löbbecke, GmbHG³ § 43 Rz 216 f, 239; Mertens in Hachenburg, GmbHG⁷ § 43 Rz 77; Mennicke, NZG 2000, 622 (625) am Bsp unzureichender Information durch die Gesellschafter; vgl bereits Pinner in Staub, HGB II¹⁴ (1933) § 241 Anm 4 (S 355 f).

der Beschluss von allen Gesellschaftern einstimmig gefasst wird.¹⁸⁴⁰ Unter diesen Voraussetzungen sollen auch nichtige Beschlüsse die Haftung der Geschäftsführer ausschließen können, obwohl sie keine Folgepflicht begründen.

Wie oben erwähnt¹⁸⁴¹ begründen hierzulande vor allem *Straube*¹⁸⁴², *Rauter*¹⁸⁴³ und *Ratka*¹⁸⁴⁴ die Haftungsfreistellungswirkung weder mit der Folgepflicht noch mit dem Arglisteinwand, sondern stützen sie auf die in jeder Weisung „enthaltene“ Zustimmung der Gesellschaft zur Selbstschädigung. Sofern sich die Beschlussinhalte (Folgepflicht und Zustimmung zur Selbstschädigung) trennen lassen, könne der Gesellschafterbeschluss auch (nur) teilnichtig sein.¹⁸⁴⁵ Eine Haftungsfreistellung käme dann wegen der enthaltenen (restwirksamen) Zustimmung zur Selbstschädigung in Betracht.¹⁸⁴⁶ Ähnlich differenziert in Deutschland *Bayer*¹⁸⁴⁷ zwischen der Folgepflicht einerseits und der Dispositionsbefugnis im Innenverhältnis andererseits. Nicht jeder gläubigerschutzwidrige und mithin nichtige Beschluss lasse auch schon die Haftungsfreistellung entfallen; der Relativierung einer zuvor bejahten Haftung mit dem Arglisteinwand bedürfe es deshalb nicht.¹⁸⁴⁸

1840 Während die ältere Lehre eine unzulässige Rechtsausübung offenbar in jedem Fall annahm (vgl für die GmbH etwa *Brodmann*, GmbHG² [1930] § 43 Anm 1 c) [S 174]), wird heute im Anschluss an den BGH (18.03.1974, II ZR 2/72 GmbHR 1974 131 [132] = BB 1974, 855 [856]) ein *einstimmiger* Beschluss aller Gesellschafter verlangt; nur dann sei den Gesellschaftern das Vorverhalten und damit die wirtschaftliche Selbstschädigung zurechenbar (referierend *Mennicke*, NZG 2000, 622 [625]). Diese Einschränkung sei daher durch den Schutz der Minderheitsgesellschafter geboten (vgl zB *Fleck*, GmbHR 1974, 224 [227]; *Mennicke* aaO 625 f). Vgl aus der jüngeren Lit *U. H. Schneider* in *Scholz*, GmbHG¹¹ § 43 Rz 136; *Verse* in *Scholz*, GmbHG¹² § 43 Rz 262; *ders* in FS A. Bergmann 781 (794 f); *Beurskens* in *Noack et al*, GmbHG²³ § 43 Rz 18; *Bayer*, GmbHR 2014, 897 (906); *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 211; *Mertens* in *Hachenburg*, GmbHG⁷ § 43 Rz 77; *Fleck*, GmbHR 1974, 224 (227); nicht mehr erwähnend offenbar (anders in der Vorauf) *Paefgen* in *Habersack/Casper/Löbke*, GmbHG³ § 43 Rz 217; vgl für Österreich *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (93 Fn 94); *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 32; *Pucher*, GesRZ 2015, 174 (178); *Felil/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 164; *Rauter*, ecolex 2012, 945 (945); aA und für Gesamtnichtigkeit offenbar *Ziemons*, Haftung der Gesellschafter 36 f.

1841 S oben bei Fn 1822 ff.

1842 *Straube/Rauter*, JAP 2007/2008/15, 168 (169 f).

1843 Vgl *Rauter*, ecolex 2012, 944 (945); *Straube/Rauter*, JAP 2007/2008/15, 168 (169 f), wonach diese Frage in der Lit zT nicht besonders behandelt, zT verneint werde; vgl auch *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/275 und *passim*.

1844 *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/275.

1845 *Rauter*, ecolex 2012, 944 (945). Der Ansicht der hM, dass nichtige Beschlüsse eine Haftung nicht ausschließen, sei nur soweit zu folgen, als der Beschlussinhalt von der Nichtigkeit betroffen ist (ebenda).

1846 Vgl *Rauter*, ecolex 2012, 944 (945 f) am Bsp der Steuerhinterziehung.

1847 *Bayer*, GmbHR 2014, 897 (905); sympathisierend auch *P. Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung 506 Fn 1096.

1848 Vgl *Bayer*, GmbHR 2014, 897 (905 f).

Zwischenzeitlich kann festgehalten werden: Bei der dogmatischen Einordnung der Haftungsfrestellungswirkung lassen sich drei Grundpositionen unterscheiden. Nach jener Auffassung, die die Folgepflicht als notwendige Bedingung der Haftungsfrestellung sieht (öHM), können nichtige Beschlüsse die Haftung *gar nicht* ausschließen (auch nicht bei Zahlungsfähigkeit). Führt man die Haftungsfrestellung auf den Arglisteinwand zurück (hdM und österreichische Mindermeinung) und nimmt (implizit) Gesamtnichtigkeit des Beschlusses an, können nichtige Beschlüsse auch ohne Folgepflicht (ausnahmsweise) die Haftung ausschließen. Davon weicht jene Mindermeinung nur begründungsseitig ab, welche die Grundlage der Frestellungswirkung in der (restwirksamen) Zustimmung der Gesellschaft zur Selbstschädigung erkennt und demgemäß für eine mögliche Teilnichtigkeit von Weisungsbeschlüssen eintritt.

Die bisherigen Ausführungen beziehen sich allgemein auf drittschutzwidrige (damit auch gläubigerschutzwidrige) Gesellschafterbeschlüsse. Eine Sonderstellung in diesem Bereich haben Beschlüsse, die gegen Kapitalerhaltungsvorschriften (§ 25 Abs 3 Z 1 GmbHG; § 43 Abs 3 dGmbHG) verstoßen oder gegen das Verbot von Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 25 Abs 3 Z 2 GmbHG; § 15b dInsO [vor dem SanInsFoG § 64 Satz 4 iVm § 43 Abs 3 dGmbHG aF]). Eine Sonderstellung insofern, als die Gesellschaft in diesen Fällen nicht (nur) einen Haftungsschaden *infolge* der (zurechenbaren) Schädigung Dritter erleidet, sondern (bestehende) Gesellschaftsgläubiger *durch* eine Verminderung des Gesellschaftsvermögens geschädigt werden.¹⁸⁴⁹ Im ersten Fall disponiert die Gesellschaft (nur) über die interne Legalitätspflicht der Geschäftsführer, im zweiten Fall (jedenfalls zum Teil) über (zwingende) Pflichten im Gläubigerinteresse. Deshalb sind im zweiten Fall Verfügungen der Gesellschaft als Korrektiv für die Haftungskonzentration eingeschränkt, soweit das Gläubigerinteresse dies erfordert. Nur von diesen Fällen ist nun die Rede. Soweit das Schrifttum eine Haftungsfrestellungswirkung nichtiger Beschlüsse im Grundsatz anerkennt (s oben), beschränkt es diese Wirkung im Bereich des § 25 Abs 3 GmbHG (§ 43 Abs 3 dGmbHG) entsprechend den gesetzlichen Dispositionsschranken (§ 25 Abs 5 GmbHG; § 43 Abs 3 Satz 3 dGmbHG). So ist nach hdL¹⁸⁵⁰ die (bei Billi-

1849 S zur Abgrenzung schon iZm der dogmatischen Einordnung der Haftungskonzentration oben bei Fn 319 und im gegebenen Zusammenhang noch unten bei Fn 2032.

1850 Vgl *Fleck*, GmbHR 1974, 224 (227); *Pöschke* in BeckOK GmbHG⁵⁷ § 43 Rz 281, wonach fraglich sei, ob der Einwand unzulässiger Rechtsausübung (als allg Grundlage der Frestellungswirkung) auch dann greift, wenn die Weisung wegen der Verletzung einer dem Gläubigerschutz dienender Bestimmung nichtig ist (zB §§ 30, 33, 43a, 64 dGmbHG, § 15a InsO). Für §§ 30, 33 sei diese Frage in § 43 Abs 3, für § 64 aF in § 64 Satz 4 aF und für § 15b InsO in § 15b Abs 4 InsO geklärt: Der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung könne einer Haftung allenfalls insoweit entgegenstehen, als der Ersatzanspruch *nicht* zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist; ebenso *Mennicke*, NZG 2000, 622 (625), wonach sich der Geschäftsführer „[k]raft gesetzlicher Anordnung“ (gemeint: § 43 Abs 3 Satz 3 dGmbHG) gegenüber

gung durch alle Gesellschafter auf den Arglisteinwand gestützte) grundsätzliche Haftungsfreistellungswirkung nichtiger Beschlüsse gesetzlich ausgeschlossen, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist.¹⁸⁵¹ Nach hÖL¹⁸⁵² und dem OGH¹⁸⁵³ hingegen, die die Haftungsfreistellung wie erwähnt an die Folgepflicht knüpfen, haften Geschäftsführer (mangels Folgepflicht) auch dann, wenn der Ersatz *nicht* zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist (Gläubigerinteressen also gar nicht berührt sind) – dies ungeachtet der gegenteiligen Implikation des § 25 Abs 5 GmbHG. Nach der (österreichischen) Gegenansicht¹⁸⁵⁴, die

der GmbH nicht auf den Einwand unzulässiger Rechtsausübung berufen kann, wenn er aufgrund (nichtiger) Weisung gegen zwingende Regeln des Kapitalerhaltungsgebots oder die Insolvenzantragspflicht verstößt. Vgl auch *Verse* in *Scholz*, GmbHG¹² § 43 Rz 262; *dens* in FS A. Bergmann 781 (792 f), wonach es keinen Grund gebe, im Rahmen des § 43 Abs 3 Satz 3 dGmbHG anders zu entscheiden, soweit der Ersatz nicht zur Gläubigerbefriedigung benötigt wird. Denn in diesem Fall stünden sich, nicht anders als im Rahmen des § 43 Abs 2 dGmbHG, lediglich die Interessen der Gesamtheit der Gesellschafter und des Geschäftsführers gegenüber, und dieser Interessenausgleich könne konsequenterweise nicht anders vorgenommen werden als in den Fällen des § 43 Abs 2 dGmbHG. Vgl auch *Paefgen* in *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG³ § 43 Rz 217; *Haas/Wigand* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 20.50, wonach die Enthaltungswirkung einer Weisung oder Billigung entfalle, wenn es um die Erfüllung der Kapitalerhaltungs- oder Krisenpflichten gehe; dies jedenfalls, soweit der Anspruch zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist oder wird. Die „*wirksame*“ Weisung“ stehe mithin – ebenso wie der Verzicht oder Vergleich – kraft Gesetzes unter einer auflösenden Bedingung. *Haas/Wigand* gehen nicht darauf ein, dass kapitalschutzwidrige Beschlüsse (schon) nach allg Grundsätzen nichtig sind (s aber bei Rz 20.54). Diese hdM entspricht auch der älteren Lit zu den aktienrechtlichen Vorgängerbestimmungen (§ 241 Abs 4 Satz 2 dHGB 1897; Art 241 Abs 4 Satz 2 ADHGB 1884; vgl dazu nur *Staub*, ADHGB³,⁴ [1896] Art 226 Anm § 1 [S 523]; referierend *Hefermehl* in FS Schilling 159 [162] mwN).

1851 Insoweit sei dem Geschäftsführer im Interesse der Gläubiger vom Gesetz nämlich eine besondere „Garantenstellung“ auferlegt worden (vgl *Mennicke*, NZG 2000, 622 [625]; *U. H. Schneider* in *Scholz*, GmbHG¹¹ § 43 Rz 136).

1852 *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 319 (Stand 01.09.2022); *Thöni*, GesRZ 1987, 82 (91), wonach sich der Geschäftsführer, der in Befolgung einer kapitalschutzwidrigen Weisung handelt, gegenüber der Gesellschaft nicht einmal auf den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung berufen könne, wenn alle Gesellschafter den Verstoß gefordert oder gebilligt haben; *Arnold/Pampel* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 20 Rz 28. S auch die Nw in Fn 1833.

1853 S die Nw in Fn 1834.

1854 *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (93 Fn 94) mwN unter Berufung insb auf die AmtlBegr zur Aktienrechtsnovelle 1884 (abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 463) und die hdM; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 31; im Anschluss daran *Felzl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 164; *Rüffler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 13 (26), jedoch ohne Einordnung der (grundsätzlichen) Haftungsfreistellungswirkung; ebenso *Artmann/Rüffler*, GesR² Rz 967; sympathisierend *Rauter*, ecolex 2012, 944 (945); *ders*, GRAU 2020, 5 (9); so auch *Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht II⁴ 255; so schon *Wünsch*, GmbHG

insb *U. Torggler*¹⁸⁵⁵ im Anschluss an die hdL vertritt, ist die Haftung trotz Unverbindlichkeit des nichtigen Beschlusses ausgeschlossen, soweit der Ersatz nicht zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist. Der Einwilligung der Gesellschaft in die Schädigung werde wegen zwingend geschützter Interessen zwar die Wirksamkeit versagt,¹⁸⁵⁶ doch würde sich die Gesellschaft in Widerspruch zu ihrem eigenen Vorverhalten setzen („*venire contra factum proprium*“)¹⁸⁵⁷ und folglich arglistig handeln, wenn sie Schadenersatz für eine Handlung forderte, zu der sie selbst durch eine (wenngleich unwirksame) Weisung „angestiftet“ hat.¹⁸⁵⁸ Das gelte aber (wie nach hdL) nur für einstimmige Beschlüsse aller Gesellschafter.¹⁸⁵⁹ Gegen die öhM (keine Haftungsfreistellung ohne Folgepflicht) spreche, dass ihr zufolge § 25 Abs 5 GmbHG keinen Anwendungsbe-

(3. Lfg, 1993) § 25 Rz 72; für § 84 Abs 5 Satz 3 AktG in anderem Zusammenhang *Dellinger* in FS Frotz 187 (209 f) im Anschluss an *Canaris*, ZGR 1978, 207 (209 f).

1855 S die Nw in Fn 1854.

1856 Dass die Entlastungswirkung unter dem Vorbehalt der Erforderlichkeit des Ersatzes zur Gläubigerbefriedigung steht, gebe zu erkennen, dass die Berücksichtigung des im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer angelegten Missbrauchseinwands an ihre Grenzen stößt, wenn und soweit geschützte Interessen Dritter betroffen sind (*U. Torggler*, JBl 2006, 85 [93 Fn 94]).

1857 Vgl dazu etwa *Mader*, Rechtsmissbrauch und unzulässige Rechtsausübung (1993) 104 ff. Der umstrittene und in seiner Konkretisierung problematische Rechtsge-
danke des Verbots widersprüchlichen Vorverhaltens („*venire contra factum proprium nemini licet*“), der im deutschen Privatrecht zu den am häufigsten angewendeten Rechtssätzen überhaupt gezählt wird, werde in der österreichischen Rechtsdogmatik zumeist beim Rechtsmissbrauch eingeordnet (*Mader* aaO 292). Es gehe iW darum, dass der Berechtigte beim Verpflichteten durch sein Verhalten (hier: durch die Weisung oder Billigung) den Eindruck erweckt hat, ein ihm zustehendes Recht nicht (mehr) geltend zu machen. Im Hinblick darauf wird eine spätere Berufung auf das Recht als Verstoß gegen Treu und Glauben angesehen (vgl *Mader* aaO 292 f; vgl auch *Kramer*, JBl 1962, 540 [541]).

1858 *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (93 Fn 94). Der Gesellschafterbeschluss begründe eine (rechtshemmende) Einrede des Geschäftsführers (*S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 31); zust *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG², § 25 Rz 164.

1859 *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (93 Fn 94); *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG², § 25 Rz 164. Der Gesetzeswortlaut lasse nämlich die Interessen dissentierender Mitgesellschafter außer Acht, obwohl der Missbrauchseinwand diesen gegenüber mangels zurechenbaren Vorverhaltens ebenfalls unbegründet sei (*U. Torggler*, JBl 2006, 85 [93 Fn 94]). Nichtige *Mehrheits*beschlüsse hingegen würden auch dann nicht entlasten, wenn kein Ausfall der Gläubiger droht.

reich mehr hätte.¹⁸⁶⁰ Nach *Rauter*¹⁸⁶¹, der die Haftungsfreistellungswirkung nichtiger Beschlüsse wie erwähnt auf die (ggf restwirksame) Einwilligung der Gesellschaft in die Selbstschädigung stützt, stößt die Verfügungsbefugnis der Gesellschaft beim Einlagenrückgewährverbot an ihre Grenzen. Allerdings könne auch hier der Einwand widersprüchlichen Verhaltens eingreifen (womit sich diese Ansicht wohl mit der davor genannten decken dürfte).¹⁸⁶²

5) Billigung (Ermächtigung)

Wie eingangs erwähnt,¹⁸⁶³ schließt nach einhelliger Ansicht auch eine bloße Billigung eines Geschäftsführerhandelns (Ermächtigung) die Haftung des Geschäftsführers aus.¹⁸⁶⁴ Das Schrifttum pflegt insoweit pauschal auf die

1860 Vgl *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (93 Fn 94); vgl auch *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 31; zust *Artmann/Rüffler*, GesR² Rz 967 („nicht unberechtigt“); *Rüffler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 13 (26). Vgl idZ auch *Ziemons* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 511 f, wonach das Problem darin liege, dass gegen gläubigerschützende Vorschriften (dazu gehörten auch die §§ 30 bis 34 dGmbHG) analog § 241 Z 3 dAktG nichtig sind, und dass nichtige Weisungsbeschlüsse nach allg Auffassung überhaupt nicht enthaften können. Als schmaler Anwendungsbereich verbleibe § 43 Abs 3 Satz 3 dGmbHG deshalb nur der Fall, dass ein Beschluss nicht nichtig ist, weil im Zeitpunkt der Beschlussfassung noch kein Verstoß gegen die Kapitalschutzvorschriften der §§ 30 bzw 33 dGmbHG vorlag, diese aber (erst) im Zeitpunkt der Beschlussausführung verletzt werden (vgl auch *Pucher*, GesRZ 2015, 174 [178]). Nur in diesen wenigen Fällen bestehe für den Geschäftsführer bei gegen §§ 30 bzw 33 dGmbHG verstoßenden Zahlungen die Chance, durch einen Weisungsbeschluss der Gesellschafter partiell entlastet zu werden, wenn die Ersatzleistung nicht zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist (so auch *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 216 f). Differenzierend *Verse* in FS A. Bergmann 781 (790 f), nachdem es überschießend wäre, einen Beschluss, der eine gegen § 30 Abs 1 dGmbHG verstoßende Auszahlung aufträgt, als grundsätzlich nichtig zu qualifizieren, weil sich die Vermögenslage der Gesellschaft jederzeit ändern könne. Da der Beschluss bei einer Verbesserung der Vermögenslage doch noch ausgeführt werden könne, sei er nicht nichtig, sondern nur solange nicht vollziehbar, bis sich die Auszahlung (wegen zwischenzeitlich eingetretener Deckung des Stammkapitals) wieder mit § 30 Abs 1 dGmbHG vereinbaren lässt. Für eine Nichtigkeit sei allenfalls ausnahmsweise Raum.

Dazu ist nur anzumerken, dass der geschilderte Fall in Österreich wegen der umfassenderen Vermögensbindung (s dazu in anderem Zusammenhang oben S 280 ff) wohl ohnehin nicht in Betracht kommt, weil Weisungen, die eine verbotene Einlagenrückgewähr auftragen, immer nichtig sind (und nicht bloß nicht vollziehbar [vgl *Verse* aaO 790 f]). Für einen (auch schmalen) Restanwendungsbereich bleibt somit – wie übrigens auch im älteren Aktienrecht, aus dem die Bestimmung stammt (vgl § 241 Abs 4 Satz 2 dHGB 1897) – kein Raum.

1861 *Rauter*, ecolex 2012, 944 (945); vgl auch *dens*, GRAU 2020, 5 (9); andeutungsweise auch schon *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/275.

1862 Vgl *Rauter*, ecolex 2012, 944 (945) mit Verweis auf *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (93 Fn 94).
1863 S bei Fn 1827.

1864 Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 18; *Felzl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 165; *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (93 Fn 94); für Deutschland; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 33, 35; *Ziemons* in *Michalski et al*,

für Weisungen aufgestellten Grundsätze zu verweisen (was offenbar auch für die Haftungsfreistellungswirkung *rechtswidriger* Beschlüsse gelten soll).

6) Zusammenfassende Würdigung

Die wesentlichen Problemkreise, die das Schrifttum beschäftigen, sind zum einen die dogmatische Grundlage der Haftungsfreistellungswirkung von Gesellschafterbeschlüssen und zum anderen die (dadurch mit determinierte) Haftungsfreistellungswirkung einer Befolgung rechtswidriger (vor allem nichtiger, und hier wiederum vor allem gläubigerschutzwidriger) Beschlüsse. Im Einzelnen sind diese Fragen umstritten und noch nicht abschließend geklärt.¹⁸⁶⁵ Sie zu klären soll hier versucht werden.

Dabei liegt es nahe, zunächst bei § 25 Abs 5 GmbHG anzusetzen, denn immerhin scheint diese Bestimmung eine grundsätzliche Haftungsfreistellungswirkung vor Augen zu haben, die sie zum Schutz der Gläubiger unter bestimmten Voraussetzungen einschränkt. Sie ist damit der einzige unmittelbare gesetzliche Anhaltspunkt für eine Haftungsfreistellungswirkung von Gesellschafterbeschlüssen.¹⁸⁶⁶ Dementsprechend wird diese Bestimmung vielfach als dogmatische Grundlage der Haftungsfreistellungswirkung gesehen. Allerdings schränkt § 25 Abs 5 GmbHG nur eine *schon vorausgesetzte* Freistellungswirkung partiell ein, ohne über jene selbst etwas zu sagen. Aus diesem Grund und weil darüber hinaus diese Implikation einer grundsätzlichen Freistellungswirkung, wie eingangs schon angedeutet, mit der modernen Nichtigkeitslehre in (scheinbar) unauflösbarem Widerspruch steht, wird der Fokus vor allem auf dem entwicklungsgeschichtlichen Hintergrund und den Regelungsprämissen des § 25 Abs 5 GmbHG liegen.

ii. Bedeutung des § 25 Abs 5 GmbHG

1) Historische Analyse

Die historischen Regelungsprämissen des § 25 Abs 5 GmbHG wurden oben¹⁸⁶⁷ iZm der Anfechtungsbefugnis gem § 41 Abs 3 GmbHG schon näher erläutert, worauf hier verwiesen werden kann. Hier liegt der Fokus nun

GmbHG⁴ § 43 Rz 398 ff („in ganz der gleichen Weise wie bei der Bindungs- und Enthaltungswirkung von Weisungsbeschlüssen [...] zu beantworten“); Fleischer in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 349, nach dem für Voraussetzungen und Grenzen eines haftungsausschließenden Einverständnisses „im Wesentlichen die gleichen Grundsätze wie für einen Haftungsausschluss durch Weisung [gelten]“; Paefgen in Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG³ § 43 Rz 213, 218; so ausdr Altmeyden in Altmeyden, GmbHG¹¹ § 43 Rz 121; ders, DB 2000, 657 (660); Wigand, Haftungsbeschränkungen 201 f; Haas/Wigand in Krieger/U. H. Schneider, Hdb Managerhaftung³ Rz 20.45; Bayer, GmbHR 2014, 897 (905).

1865 So auch Mennicke, NZG 2000, 622 (625).

1866 Vgl auch § 20 Abs 1 GmbHG.

1867 S 266 ff.

nicht auf der Anfechtungsbefugnis als Korrektiv für die Anordnung einer (indisponiblen) Haftung durch § 25 Abs 5 GmbHG, sondern auf dem Zweck, den Prämissen und der Entwicklung dieser Anordnung selbst.

a. Ausgangslage und Schrifttum zum ADHGB 1861: Haftung trotz (unangefochtenen) Gesellschafterbeschlusses

Oben wurde auch schon erläutert, dass unter Geltung des ADHGB 1861 noch nicht zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen differenziert worden war. Nach damaliger Ansicht konnte jeder Beschlussmangel (auch Verstöße gegen Gläubigerschutzvorschriften) nur mittels „Anfechtungsklage“ (die damals noch nicht gesetzlich geregelt, aber allgemein anerkannt war) zeitlich unbegrenzt geltend gemacht werden.¹⁸⁶⁸ Solange der Beschluss nicht erfolgreich angefochten wurde, war er für den Vorstand verbindlich und schloss dessen Haftung bei beschlussgemäßem Handeln aus.¹⁸⁶⁹ Schon damals war aber anerkannt, dass sich die Aktionäre nicht einfach durch das Unterlassen einer Anfechtung über zwingendes Recht hinwegsetzen konnten. So wurde im älteren Schrifttum¹⁸⁷⁰ bereits vertreten, dass der Vorstand gegenüber den Gesellschaftsgläubigern nicht *deshalb* von seiner Haftung frei wird, weil er in Befolgung eines (bislang unangefochtenen) Beschlusses gegen Kapitalerhaltungsvorschriften verstoßen hat.

b. Reformvorschlag des ROHG: Umfassende indisponible Haftung und Anfechtungsrecht der Vorstandsmitglieder

Das ROHG griff diese Überlegungen in seinem Reformgutachten auf und erweiterte den Schutz auf einzelne Aktionäre, deren (damals noch unbefristetes) Anfechtungsrecht durch eine bedingungslose Haftungsfreistellungswirkung ebenfalls unterlaufen worden wäre. Nach dem Gutachten sollte ein zustimmender Beschluss der Generalversammlung oder des Aufsichtsrats *„zu einer gesetz- oder statutenwidrigen Maßregel“* das Vorstandsmitglied *„nicht – wenigstens nicht gegenüber dem Individualrecht des Einzelaktionärs und Dritten – außer Verantwortung setzen, wenn es hierauf bei der Ausführung der als gesetz- oder statutenwidrig erkannten Maßregel mit-*

1868 S die Nw in Fn 1152 und Fn 1154.

1869 S die Nw in Fn 1153.

1870 Vgl. Renaud, Actiengesellschaften (1863) 547; dens, Actiengesellschaften² (1875) 618 f (s schon in Fn 1155): *„Wohl aber stehen die Vorsteher für den Schaden ein, welcher aus einer Ueberschreitung ihrer Machtbefugnisse oder aus Handlungen, die sie den Vorschriften der Statuten oder des Gesetzes zuwider vorgenommen, den Gesellschaftsgläubigern erwachsen, [...], ohne dass sie sich zur Abwendung ihrer Ersatzpflicht auf einen Beschluss der Generalversammlung oder eines anderen ihnen vorgesetzten Organs, durch welches die betreffende Handlung angeordnet worden, zu berufen vermöchten.“*

wirkt.“¹⁸⁷¹ Einzelheiten wie eine Anzeigepflicht, Anfechtungsobliegenheit¹⁸⁷² oder die Amtsniederlegung empfahl das ROHG nicht gesetzlich anzuordnen.¹⁸⁷³ Angemessen dürfte es aber sein, „den allgemeinen Satz, daß die **Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder für ihr Zuwiderhandeln gegen Gesetz oder Statut nicht darum wegfällt, weil die Handlung auf einem Generalversammlungsbeschluß beruht, im Gesetze zum Ausdruck zu bringen.**“¹⁸⁷⁴

Demgemäß lautete der Reformvorschlag des ROHG: „Die Mitglieder des Vorstands haften solidarisch für jeden der Gesellschaft durch **Geschäftsführung des Vorstands verursachten Schaden der Gesellschaft** sowie für den in Folge eines **Zuwiderhandelns gegen die Vorschriften dieses Titels** (von der Actiengesellschaft), oder die Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages entstandenen **Schaden der Gesellschaft** und den zur Zeit des Zuwiderhandelns vorhandenen **beschädigten Gesellschaftsgläubigern**, sofern sich aus ihrer Darlegung ihres Verhaltens nicht ergibt, daß ihnen ein Verschulden nicht beizumessen ist. **Die Haftung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die mit dem**

1871 Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 212 (Hervorhebung durch den Verf.). S schon oben bei Fn 1159. Ähnlich heißt es darauf (Gutachten aaO 213): „Daß diese Billigung, soweit sie außerhalb der gesetzlichen oder statutarischen Kompetenz jener Organe [sc Aufsichtsrat und Generalversammlung] liegt, die Vorstandsmitglieder von der Verantwortung für Ausführung der Maßregeln nicht befreit, wird nicht zu bezweifeln sein.“ Vgl auch iZm der Haftung des Aufsichtsrats (aaO 226 f): „Ebenso dürfte ein Unterschied dahin anzuerkennen sein, daß, wenn der Aufsichtsrath Maßregeln, die nach seiner Auffassung gesetz- oder statutenwidrig sind, vor die Generalversammlung gebracht, diese aber sie gebilligt hat, dem Aufsichtsrath weitere Verpflichtungen, sie zu verhindern, nicht mehr obliegen, während der Vorstand durch ihre Ausführung trotz jenes Billigungsbeschlusses verantwortlich wird.“

1872 Dazu schon iZm § 41 Abs 3 GmbHG ausf oben S 266 ff.

1873 Zunächst sollten Vorstandsmitglieder bei sonstiger Haftung zunächst zur Anzeige der in Aussicht genommenen gesetz- oder statutenwidrigen Maßnahme an den Aufsichtsrat bzw die Generalversammlung verpflichtet sein. Es widerspreche nämlich den Voraussetzungen bei Bestellung eines Vorstandskollegiums, dass einzelne Mitglieder jedenfalls schon durch bloße (unverschuldete) Nichtmitwirkung, einen Protest oder den Austritt aus dem Kollegium (!) exkulpiert sind (Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 211 f). Nach dem Reformvorschlag sollten einzelne Vorstandsmitglieder, wenn in ihrem Geschäftskreis gesetz- oder statutenwidrige Beschlüsse gefasst oder ausgeführt werden, deshalb ab Kenntnis oder sorgfaltswidriger Unkenntnis bei sonstiger eigener Mitverantwortlichkeit zur unverzüglichen Mitteilung an den Aufsichtsrat, oder – wenn dieser selbst mitgewirkt hat – an die ggf vom Vorstandsmitglied selbst einzuberufende Generalversammlung verpflichtet sein (Gutachten aaO 212). Auch eine solche Anzeige sollte aber nicht für eine Exkulpierung genügen, wenn auch der Aufsichtsrat oder die Generalversammlung selbst die Maßnahme gebilligt haben. In diesem Fall müssten Vorstandsmitglieder zur Haftungsvermeidung entweder aus dem Vorstand ausscheiden, oder den Beschluss – allenfalls gerichtlich – anfechten (Gutachten aaO 213).

1874 Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 213 (Hervorhebungen durch den Verf.).

*Gesetze oder mit dem Gesellschaftsvertrage im Widerspruch stehende Handlung auf einem Generalversammlungsbeschlusse beruht.*¹⁸⁷⁵

Der Ausschluss einer Haftungsfreistellung durch Beschlussausführung bezieht sich – *lege non distinguente* – nicht nur auf die Haftung gegenüber den Gläubigern, sondern auch gegenüber der Gesellschaft. Für die Gesellschaftsgläubiger war dies wie erwähnt schon im vorherigen Schrifttum anerkannt gewesen.¹⁸⁷⁶ Auf sie bezog sich das ROHG wohl mit der Aussage, dass gesetzwidrige Beschlüsse „wenigstens **nicht gegenüber [...] Dritten**“ die Haftung ausschließen können.¹⁸⁷⁷ Dass die Haftung auch *gegenüber der Gesellschaft* nicht ausgeschlossen sein sollte, erklärt sich wie eingangs erwähnt durch das „Anfechtungsrecht“ einzelner Aktionäre (für welches das ROHG ebenfalls eine Regelung vorschlug). Hätte nämlich ein (noch) anfechtbarer Beschluss die Vorstandshaftung automatisch ausgeschlossen, wären die Aktionäre (faktisch) um ihre (zeitlich unbefristete)¹⁸⁷⁸ Möglichkeit zur Beschlussanfechtung gebracht worden.¹⁸⁷⁹ Auf sie bezog sich das ROHG wohl mit der Wendung, dass ein gesetzwidriger Zustimmungsbeschluss das ausführende Vorstandsmitglied „wenigstens **nicht gegenüber dem Individualrecht des Einzelaktionärs [...] außer Verantwortung setzen [kann]**“.¹⁸⁸⁰

Der Ausschluss der Haftungsfreistellung sollte aber offenbar nicht bedeuten, dass Vorstandsmitglieder nicht zur Ausführung (auch gesetzwidriger) Beschlüsse verpflichtet waren, solange diese unangefochten blieben. Vielmehr sollten die Vorstandsmitglieder nach dem ROHG-Vorschlag offenbar haften, *obwohl* sie zugleich zur Ausführung verpflichtet waren. Wohl

1875 Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 219 (Hervorhebungen durch den Verf).

1876 S bei Fn 1870.

1877 Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 212 (Hervorhebungen durch den Verf).

1878 Vgl Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 255: „Was das Recht der Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses anlangt, so kann dieses Recht dem Einzelaktionär schon nach heutigem Recht nicht bestritten werden. [...] Aber es fehlt an Bestimmungen behufs Vermeidung einer Vervielfältigung solcher Anfechtungsprozesse mit etwa verschiedenen Ergebnissen, der Festsetzung einer Frist, innerhalb welcher die Anfechtung allein zulässig, überhaupt an einer organischen Ausbildung der ganzen Materie.“ Vgl auch Gutachten aaO 257: „So wünschenswerth es erscheine, die Anfechtbarkeit der Generalversammlungsbeschlüsse an eine kurze Frist zu binden, so erscheint uns eine allgemeine Vorschrift in dieser Richtung nicht möglich. Es würde sonst immer eine Anfechtung auch ganz offenbar ungültiger oder verbotswidriger Beschlüsse erforderlich sein, wenn dieselben nicht in Rechtskraft übergehen sollten.“

1879 Vgl in anderem Zusammenhang Wiener, Entwurf 101, wonach die Möglichkeit der Aktionäre, Beschlüsse anzufechten, illusorisch sei, wenn der Vorstand oder Aufsichtsrat sie haftungsfrei ausführen dürfe.

1880 Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 212.

(auch)¹⁸⁸¹ aus diesem Grund gewährte das ROHG jedem Vorstandsmitglied das Recht, Generalversammlungsbeschlüsse selbstständig anzufechten.

c. Reformentwurf von 1882: Rezeption der Haftungsanordnung ohne Anfechtungsrecht

Die Legisten der Aktienrechtsreform übernahmen den Vorschlag des ROHG (mit Ausnahme des Anfechtungsrechts der Vorstandsmitglieder) im Wesentlichen in den ersten Reformentwurf von 1882. Art 241 Abs 3 des Entwurfs lautete: „*Mitglieder, welche ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft solidarisch für den dadurch entstandenen Schaden. Die Haftpflicht wird dadurch nicht aufgehoben*¹⁸⁸², *daß die Handlung auf einem gesetz- oder statutenwidrigen Beschluß der Generalversammlung beruht.*“¹⁸⁸³

Der wesentliche Unterschied zum ROHG-Vorschlag lag in der Haftungskonzentration auf die Gesellschaft („haften der Gesellschaft“).¹⁸⁸⁴ Diese Rechtstechnik ändert aber nichts am Ausschluss der Haftungsfreistellungswirkung zum Schutz der Einzelaktionäre und Gesellschaftsgläubiger.

d. Korrektur durch die Aktienrechtskommission: Einschränkung der indisponiblen Haftung auf die Gesellschaftsgläubiger

Der Entwurf aus 1882 lag sodann den Verhandlungen der Aktienrechtskommission¹⁸⁸⁵ zugrunde. Wie schon bei § 41 Abs 3 GmbHG referiert,¹⁸⁸⁶ beantragte der Sachverständige *Emil Russell*¹⁸⁸⁷ die Streichung des Art 241 Abs 3 Satz 2, weil dadurch „den Mitgliedern des Aufsichtsraths bzw. in Art. 241 den Mitgliedern des Vorstandes eine zu schwere Verantwortlichkeit

1881 Vgl den Vorschlag des ROHG, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 255 f: „*Die Anfechtung eines Beschlusses der Generalversammlung wegen Verletzung wesentlicher Förmlichkeiten oder Ueberschreitung der der Generalversammlung durch Gesetz oder Gesellschaftsvertrag ertheilten Befugnisse im Wege der Klage gegen die Gesellschaft steht jedem Actionär, sowie dem Vorstande und jedem Mitgliede des Vorstandes der Gesellschaft zu.*“ Die Beschlussanfechtung durch Vorstandsmitglieder wird im Gutachten (aaO 213) zwar nur iZm *culpa in omittendo* bei Nichtmitwirkung an der Beschlussausführung behandelt, dass das Anfechtungsrecht aber auch der Vermeidung einer Haftung wegen *Nichtausführung* eines verbindlichen Beschlusses diene, ergibt sich mE aus der späteren Redaktion im Zuge der Verhandlungen der Aktienrechtskommission. S dazu noch unten bei Fn 1888 und Fn 1896.

1882 Im Vorschlag des ROHG hieß es noch präziser „ausgeschlossen“. Im Fall der Befolgung eines wirksamen Beschlusses entsteht ein Ersatzanspruch mangels Rechtswidrigkeit der Handlung nämlich gar nicht (vgl aber auch § 25 Abs 5 GmbHG).

1883 Entwurf eines Gesetzes, betreffend die KGaA und AG (1882), abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 283.

1884 S dazu schon oben S 52 ff.

1885 Verhandlungen der Aktienrechtskommission, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 288 ff.

1886 S oben bei Fn 1168.

1887 Zur Person s *Schubert* in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 30.

aufgebürdet würde, indem sie **gleichviel, ob der Beschluß ausgeführt werde oder nicht, immer einen Regreß zu befürchten hätten**.¹⁸⁸⁸ Der Sachverständige und Hamburger Rechtsanwalt, *George Heinrich Emden*¹⁸⁸⁹, erachtete es dagegen als notwendig, die Bestimmung „**lediglich den Gläubigern gegenüber, nicht aber der Gesellschaft gegenüber beizubehalten**.“¹⁸⁹⁰ Er beantragte, den letzten Absatz (Verfolgungsrecht) voranzustellen, diesem den vorletzten Absatz (Ausschluss der Haftungsfreistellungswirkung) folgen zu lassen, die Worte „gegenüber den Gläubigern“ beizufügen und die Worte „oder statutenwidrige“ zu streichen.

e. Übernahme in den Reformentwurf von 1884 und in das ADHGB 1884

Entsprechend den Kommissionsbeschlüssen lautete Art 241 Abs 4 im zweiten Entwurf von 1884: „*In den vorgezeichneten Fällen kann der Ersatzanspruch auch von den Gläubigern der Gesellschaft, soweit sie von dieser ihre Befriedigung nicht erlangen können, selbstständig geltend gemacht werden. Die Ersatzpflicht wird ihnen gegenüber dadurch nicht aufgehoben, daß die Handlung auf einem Beschlusse*¹⁸⁹¹ *der Generalversammlung beruht*.“¹⁸⁹²

In dieser Form wurde die Bestimmung dann auch als Gesetz beschlossen – trotz Kritik aus der Lehre¹⁸⁹³. Die Motive begründen die Einschränkung auf die Gesellschaftsgläubiger wie folgt: „*Noch in einer weiteren Beziehung hat der Entwurf geglaubt, die Gläubiger selbstständig und anders als die Gesellschaft, wenn sie klagen würde, stellen zu müssen. Es soll nämlich den Gläubigern gegenüber die Verbotswidrigkeit der Handlungsweise der Mitglieder des Aufsichtsraths*¹⁸⁹⁴ *und die Ersatzpflicht nicht dadurch beseitigt*

1888 Verhandlungen der Aktienrechtskommission, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 356 (Hervorhebung durch den Verf).

1889 Zur Person s *Schubert* in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 29.

1890 Verhandlungen der Aktienrechtskommission, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 356 (Hervorhebung durch den Verf).

1891 Die „Gesetzwidrigkeit“ des Beschlusses wurde nicht mehr besonders erwähnt. Dies ergab sich mittelbar aus der Bezugnahme auf das Verfolgungsrecht in Satz 1, das nur „[i]n den vorgezeichneten Fällen“ gesetzwidriger Handlungen zur Verfügung stand.

1892 Entwurf eines Gesetzes, betreffend die KGaA und AG (1884), abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 401 (Hervorhebung durch den Verf).

1893 Krit vor allem *Wiener*, Entwurf 101: „*Die letzte Einschränkung der Haftung, wonach Vorstand und Aufsichtsrat von jeder Verantwortung gegen die Gesellschaft frei sein sollen, wenn die von ihnen ausgeführte Handlung auf einem Generalversammlungsbeschlusse beruht, ist höchst bedenklich*.“ (Hervorhebung durch den Verf). Vgl auch *Ring*, ADHGB² Art 226 Anm 8 (S 520): „*Damit ist der in seiner Konsequenz bedenkliche Rechtsgrundsatz aufgestellt, daß der Gesellschaft gegenüber solcher Einwand durchgreift*.“ (Hervorhebung durch den Verf). S noch bei Fn 1901 f.

AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 463. S dazu auch noch unten Fn 1901 f.

1894 Das gilt kraft Verweises auch für Mitglieder des Vorstands; vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 508: „*Aus denselben Gründen*

werden, daß die Generalversammlung das Verfahren beschlossen hat; ihnen gegenüber handeln die Gesellschaftsorgane auf eigene Verantwortlichkeit, wenn sie einen an sich ungültigen Beschluß der Generalversammlung ausführen. Diesen strengen Standpunkt wird man der klagenden Gesellschaft gegenüber nicht festhalten dürfen; die letztere kann sich nicht beschweren, wenn der Aufsichtsrath als ihr Mandatar einen von der Generalversammlung selbst gefaßten Beschluß ausgeführt hat, obgleich derselbe gegen das Gesetz verstieß.“¹⁸⁹⁵

f. Zusammenfassende Würdigung und Rezeption im zeitgenössischen Schrifttum

Der Reformvorschlag des ROHG beruhte auf der damaligen Prämisse, dass Beschlussmängel nur mittels „Anfechtungsklage“ geltend gemacht werden können und der Beschluss für den Vorstand verbindlich ist, sofern und solange er nicht von den Aktionären angefochten wurde. Vor diesem Hintergrund verständlich war der Vorschlag des ROHG, die Vorstandshaftung zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger und des Anfechtungsrechts der Aktionäre gegenüber den Gläubigern und der Gesellschaft trotz Beschlussausführung anzuordnen, und zugleich jedem Vorstandsmitglied ein Anfechtungsrecht einzuräumen. Das Anfechtungsrecht diente wohl (auch) der Haftungsvermeidung für den Fall, dass der Beschluss nicht ausgeführt wurde. Denn das ROHG-Gutachten sah offenbar die Haftung für die Ausführung von (rechtswidrigen) Beschlüssen vor, die nach damaliger Ansicht gleichwohl verbindlich waren. Vorstandsmitglieder durften (und mussten) die Ausführung eines gesetz- oder statutenwidrigen, aber (noch) nicht angefochtenen Beschlusses wohl nicht einfach verweigern, sondern mussten ihn durch Anfechtung beseitigen, wenn sie ihn nicht ausführen wollten (wodurch sie haftpflichtig würden).¹⁸⁹⁶ Ohne eine Anfechtungsmöglichkeit hätten sich Vorstandsmitglieder also in einem „Haftungs dilemma“ befunden.

wie bei den Mitgliedern des Aufsichtsraths schließt der der Entwurf endlich die Haftpflicht der Mitglieder des Vorstands in den bezeichneten Fällen der Gesellschaft gegenüber aus, wenn die Handlung auf einem gesetz- oder statutenwidrigen Beschlusse der Generalversammlung beruht.“

1895 AmlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 463. Auf S 469 heißt es unter Verweis auf die zitierte Passage ähnlich: „Allein schon oben, §. 12 Nr. 4 S. 290 ff., wurde darauf hingewiesen, daß die Gesellschaft gegen ihre Organe einen Schadensanspruch wegen Ausführung des Beschlusses auf dessen Ungültigkeit nicht stützen dürfe.“

1896 Zum Anfechtungsrecht der Vorstandsmitglieder schon oben bei Fn 1881. Vgl idZ auch Pisko, Lehrbuch (1923) 432 Fn 1: „Die Geschäftsführer und Aufsichtsratsmitglieder, die sich weder den Folgen eines Ungehorsames gegen einen Gesellschafterbeschuß, noch der aus seiner Verfolgung erwachsenen Haftung aussetzen wollen, haben ja die Möglichkeit gemäß § 41, Abs. 3 [...] diesen Gesellschafterbeschuß durch eine Klage auf Nichtigerklärung zu beseitigen.“

Dieser Enthaltungszweck des Anfechtungsrechts wird nicht nur durch die AmtlBegr zur Aktienrechtsreform 1884 und die Formulierung der späteren Anfechtungsrechte, sondern auch durch die Beratungen des ersten Reformentwurfs von 1882 in der Aktienrechtskommission bestätigt. Dort stieß die Haftungsanordnung auf Kritik, weil die Vorstandsmitglieder „gleichviel, ob der Beschluß ausgeführt werde oder nicht, immer einen Regreß zu befürchten hätten.“¹⁸⁹⁷ Gemeint war offenbar das angesprochene Haftungsdilemma: Da Beschlussmängel nur durch „Anfechtungsklage“ beseitigt werden konnten, die Vorstandsmitglieder aber nicht klagslegitimiert waren, konnten sie sich aus dem Haftungsdilemma nämlich nicht befreien (sie hafteten eben „gleichviel, ob der Beschluß ausgeführt werde oder nicht“).¹⁸⁹⁸

Dieses Haftungsdilemma dürfte jedoch insofern „hausgemacht“ gewesen sein, als die Entwurfsverfasser das vom ROHG vorgeschlagene Anfechtungsrecht einzelner Vorstandsmitglieder *nicht* in den Reformentwurf übernommen haben.¹⁸⁹⁹ Genau darin wäre nämlich die Lösung des Dilemmas gelegen. Stattdessen schränkten die Entwurfsverfasser im Anschluss an die Aktienrechtskommission die indisponible Haftpflicht auf das Verhältnis zu den Gläubigern ein. Diese Änderung war aus zwei Gründen problematisch: *Erstens* wurde das Haftungsdilemma dadurch nicht beseitigt, sondern nur geschmälert, sodass der zweite Reformentwurf dem Vorstand (jedoch nur dem Gesamtorgan) erst recht ein Anfechtungsrecht zur Haftungsvermei-

1897 Verhandlungen der Aktienrechtskommission, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 356. Von einer Haftung für *culpa in omittendo* war hier offenbar nicht die Rede (arg: „gleichviel, ob der Beschluß ausgeführt werde oder nicht“); eine solche kam mangels Anfechtungsmöglichkeit wohl auch nicht mehr in Betracht.

1898 Vgl ähnlich Wiener, Entwurf 101, wonach „es häufig sehr zweifelhaft ist, ob ein Generalversammlungsbeschluß mit dem Gesetz oder Statut in Einklang steht oder nicht und daß Vorstand und Aufsichtsrat sich in übler Lage befinden, wenn sie, je nachdem die schließliche Entscheidung fällt, entweder für die Ausführung oder für die Nichtausführung verantwortlich sind.“ S noch bei Fn 1908. Dieses „Dilemma“ war mE aber nicht der Grund, weshalb die Haftungsanordnung in der Aktienrechtskommission auf das Verhältnis zu den Gläubigern eingeschränkt wurde. Der Grund dafür war wohl eher ein „echtes“ Haftungsdilemma, das dadurch entstanden war, dass die Entwurfsverfasser den Vorstandsmitgliedern (anders als nach dem ROHG-Vorschlag) kein Anfechtungsrecht gewährten. Jene hätten folglich für die Ausführung und zugleich für die Nichtausführung gesetz- oder statutenwidriger Beschlüsse haftet. Demgegenüber beschrieb Wiener wohl den Fall, dass Vorstandsmitglieder *entweder* für die Ausführung *oder* die Nichtausführung haften, weil der rechtliche Status des Beschlusses (bloß) ungewiss ist, sodass Vorstandsmitglieder für die Ausführung (nämlich wenn der Beschluss nachträglich angefochten wird) *oder* die Nichtausführung (wenn der Beschluss nicht angefochten wird) haften. Diese Ungewissheit versuchte er wohl durch das Kriterium der Erkennbarkeit der Rechtswidrigkeit des Beschlusses zu entschärfen, was in der Sache dem heute angenommenen Ermessensspielraum entspricht (s oben Fn 1978).

1899 S den Vorschlag des ROHG oben in Fn 1881. Gem Art 222 des Reformentwurfs von 1882 waren hingegen nur einzelne Aktionäre anfechtungslegitimiert.

dung gewähren musste – nun freilich eingeschränkt auf die Haftung gegenüber den Gläubigern (vgl dann explizit § 271 Abs 4 dHGB 1897 „den Gläubigern der Gesellschaft haftbar“).¹⁹⁰⁰ Zweitens wurde durch die Einschränkung der (indisponiblen) Haftung auf die Gläubiger eine Schutzlücke wieder aufgerissen, die durch die Reform gerade hätte beseitigt werden sollen. Da nach damaliger Ansicht (noch) nicht angefochtene Beschlüsse verbindlich und haftungsfreistellend wirkten, die Aktionäre aber unbefristet zur Anfechtung berechtigt waren, wurden diese durch die Haftungsfreistellung in ihrem Anfechtungsrecht beschnitten. Die Einschränkung der Haftungsanordnung auf das Verhältnis zu den Gläubigern unter Vernachlässigung der Aktionärsinteressen handelte dem Reformentwurf (und später dem ADHGB 1884) daher berechtigte Kritik zeitgenössischer Beobachter ein: Wiener nannte die Privilegierung des Vorstands gegenüber der Gesellschaft „höchst bedenklich“,¹⁹⁰¹ Ring sprach von einem „bedenkliche[n] Rechtsgrundsatz“¹⁹⁰². Sachgerecht wäre (unter Zugrundelegung der damaligen Prämissen) wohl gewesen, den Vorstandsmitgliedern im zweiten Entwurf ein umfassendes Anfechtungsrecht zu gewähren und dafür auch den Ausschluss der Haftungsfreistellung zum Schutz der Aktionäre (wieder) auf das Verhältnis zur Gesellschaft zu erstrecken.

Angesichts dieser Entwicklung verwundert es, dass die AmtlBegr zu Art 241 ADHGB 1884 die Haftungsfreistellung gegenüber der Gesellschaft damit rechtfertigt, dass sich diese „nicht beschweren [kann], wenn der Aufsichtsrath [Anm des Verf: und Vorstand] als ihr Mandatar einen von der Generalversammlung selbst gefaßten Beschluß ausgeführt hat, obgleich derselbe gegen das Gesetz verstieß.“¹⁹⁰³ Diese Begründung erweckt den Anschein einer gezielten und gewollten Haftungsfreistellung. Allerdings geht aus den Protokollen der Aktienrechtskommission hervor, dass die indisponible Haftpflicht offenbar *nur deshalb* auf die Gläubiger eingeschränkt wurde, weil die Entwurfsverfasser „vergessen“ hatten, jedem Vorstandsmitglied ein Anfechtungsrecht zu gewähren. Eine Haftungsfreistellung gegenüber der Gesellschaft dürfte die Aktienrechtskommission nicht gebilligt, sondern (gezwungenermaßen) offengelassen haben. Vor diesem Hintergrund scheint die AmtlBegr „nachrationalisiert“. Sie erkennt zudem, dass eine „automatische“ Haftungsfreistellung die Interessen

1900 S dazu schon oben Fn 1187.

1901 Vgl Wiener, Entwurf 101 (s schon Fn 1893): „Die letzte Einschränkung der Haftung, wonach Vorstand und Aufsichtsrat von jeder Verantwortung gegen die Gesellschaft frei sein sollen, wenn die von ihnen ausgeführte Handlung auf einem Generalversammlungsbeschlusse beruht, ist höchst bedenklich.“ Zur Begründung Wieners und seinem Gegenvorschlag sogleich im Fließtext (bei Fn 1908).

1902 Vgl Ring, ADHGB² Art 226 Anm 8 (S 520) (s schon Fn 1893): „Damit ist der in seiner Konsequenz bedenkliche Rechtsgrundsatz aufgestellt, daß der Gesellschaft gegenüber solcher Einwand durchgreift.“

1903 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 463.

der anfechtungsberechtigten Aktionäre untergräbt.¹⁹⁰⁴ Insofern ist die Gleichstellung mit Verzichten und Vergleichen (arg: AmtlBegr: „*Noch in einer weiteren Beziehung*“) ¹⁹⁰⁵ verfehlt, denn Verzichte und Vergleiche sind (zumindest nach damaliger Ansicht) nicht schon deshalb anfechtbar, weil die betreffenden Ersatzansprüche aus der Verletzung von Gläubigerschutzvorschriften resultieren. Genau deshalb gewährte der Reformgesetzgeber einer Aktionärsminderheit das Recht, gegen Verzichte und Vergleiche der Gesellschaft Widerspruch zu erheben (Art 213d ADHGB 1884). Der von der AmtlBegr suggerierten bedingungslosen Haftungsfreistellung gegenüber der Gesellschaft würde es daher eher entsprechen, auf das Widerspruchsrecht einer Aktionärsminderheit zu verzichten. Entgegen dem Anschein sollte Art 241 Abs 4 Satz 2 ADHGB 1884 nicht eine grundsätzlich gerechtfertigte Haftungsfreistellung (nur) gegenüber den Gläubigern *ausschließen*, sondern eine grundsätzlich auch gegenüber der Gesellschaft trotz Beschlussausführung gebotene Haftpflicht *anordnen*.¹⁹⁰⁶ Aus den genannten Gründen, insb der redaktionellen Entwicklung, sollte Art 241 Abs 4 Satz 2 ADHGB 1884 mE nicht die Absicht beigemessen werden, dass Vorstandsmitglieder durch die Ausführung gesetzwidriger Beschlüsse gegenüber der Gesellschaft jedenfalls von der Haftung frei werden. Vielmehr ließ das Gesetz die Haftung gegenüber der Gesellschaft bei Beschlussausführung offen,¹⁹⁰⁷ sodass es insoweit bei der Rechtslage nach dem ADHGB 1861 blieb.

1904 Ein diesbezgl Versehen des Gesetzgebers (in Bezug auf § 25 Abs 5 GmbHG) zieht etwa U. Torggler, JBl 2006, 85 (92 Fn 94) in Betracht. Der Gesetzgeber lasse die Interessen dissentierender Mitgesellschafter außer Acht, obwohl ihnen gegenüber mangels zurechenbaren Vorverhaltens der Missbrauchseinwand ebenfalls unbegründet sei. Das Verbot der Einlagenrückgewähr diene aber auch den Interessen der Mitgesellschafter. Denkbar sei auch, dass die Regelung auf der (durch die Anerkennung absolut nichtiger Beschlüsse überholten) Prämisse beruhe, dass dissentierende Gesellschafter den Beschluss ohnehin anfechten können, um die Entlastungswirkung gegenüber der Gesellschaft zu beseitigen. Nach meinem Verständnis beruht die Haftungsfreistellungswirkung indes nicht auf dem Gedanken, dass Aktionäre ohnedies anfechtungsberechtigt waren; gerade *weil* sie anfechtungsberechtigt sind, war eine Haftungsfreistellungswirkung nicht statthaft.

1905 Vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 463.

1906 So wurde die Bestimmung offenbar auch in der zeitgenössischen Lit verstanden. Vgl etwa Wiener, Entwurf 101: „*Dies geschieht in der Tendenz, die Haftung gegen die Gesellschaft in solchem Falle auszuschließen.*“ Deutlich Ring, ADHGB² (1893) Art 226 Anm 8 (§ 520): „*Nur den Gläubigern gegenüber wird die an sich begründete Ersatzpflicht der Aufsichtsratsmitglieder dadurch aufgehoben [sic; gemeint wohl: nicht aufgehoben], daß das rechtswidrige Handeln auf einem Beschlusse der Generalversammlung beruhe.*“

1907 Instruktiv rückblickend etwa Koenige, HGB² (1929) § 241 Anm 1 f (§ 440 f), nach dem es „*zu weitgehend [erscheint], die Haftung des Vorstands stets zu verneinen, wenn er in Ausführung eines Beschlusses der Generalversammlung gehandelt und diesen nicht selbst arglistig herbeigeführt hat [...]. § 241 Abs. 4 zwingt nicht durch Umkehrschluß zu dieser Folgerung, denn er besagt nur, daß ein Beschluß der Generalversammlung die Haftbarkeit ausschließen kann, nicht aber, daß dies notwendig*

Demgemäß waren (wie eingangs erläutert) gesetz- und statutenwidrige Beschlüsse bis zur „Anfechtung“ verbindlich und schlossen eine Haftung der Vorstandsmitglieder zulasten noch anfechtungsberechtigter Aktionäre aus. Da die Anordnung des Art 241 Abs 4 Satz 2 ADHGB 1884 (*e contrario*) die Haftung gegenüber der Gesellschaft wie gesagt offen lässt, stand sie einer geänderten rechtlichen Beurteilung nicht entgegen.

In diesem Sinne übte vor allem Wiener scharfe Kritik am ersten Reformentwurf. Von den Organmitgliedern müsse gefordert werden, *„daß sie die Ausführung unterlassen müssen, wenn die Prüfung mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes ihnen die Gesetzwidrigkeit oder Statutenwidrigkeit des Beschlusses ergeben mußte.“*¹⁹⁰⁸ Denn *„[h]ierauf beruht der notwendige Schutz des einzelnen Aktionärs, für den die Anfechtung der Beschlüsse illusorisch wird, wenn die Beschlüsse unterdessen vom Vorstande und Aufsichtsrate, ohne daß sie eine Verantwortung trifft, ausgeführt werden durften.“*¹⁹⁰⁹ Der Gesetzgeber griff Wieners Änderungsvorschlag¹⁹¹⁰ zwar nicht auf, dieser fand aber – zumindest im Grundsatz – Gefolgschaft im zeitgenössischen Schrifttum¹⁹¹¹. Dieses hatte sich nun offenbar von der alten

der Fall sein muss. Auch daß die AG. notwendig arglistig handle, wenn sie sich auf die Ungültigkeit der Beschlüsse ihrer Generalversammlung als ihres obersten Organs berufe, kann nicht zugegeben werden. [...] Bei dieser Sachlage kann ihre Verantwortlichkeit [sc der Organmitglieder] nicht durch jeden Generalversammlungsbeschluß beseitigt werden.“ AA zB Pinner in Staub, HGB II¹⁴ (1933) § 241 Anm 4 (S 355).

1908 Wiener, Entwurf 101. Vgl ebenda auch: *„Der theoretischen Darlegung, daß die Generalversammlung keineswegs der Mandant oder Prinzipal, sondern auch nur ein Organ der Gesellschaft mit bestimmter Zuständigkeit in den Grenzen von Gesetz und Statut ist, möchte man vielleicht den praktischen Mißstand entgegenhalten wollen, daß es häufig sehr zweifelhaft ist, ob ein Generalversammlungsbeschluß mit dem Gesetz oder Statut in Einklang steht oder nicht und daß Vorstand und Aufsichtsrat sich in übler Lage befinden, wenn sie, je nachdem die schließliche Entscheidung fällt, entweder für die Ausführung oder für die Nichtausführung verantwortlich sind.“* S schon Fn 1898.

1909 Wiener, Entwurf 101 (Hervorhebungen durch den Verf).

1910 Dieser lautete (Entwurf 105): *„Die Ersatzpflicht wird auch gegenüber der Gesellschaft dadurch nicht aufgehoben, daß die Handlung auf einem Beschluß der Generalversammlung beruht, sofern das Mitglied des Aufsichtsrats bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes erkennen mußte, daß der Beschluß das Gesetz oder den Gesellschaftsvertrag verletze.“*

1911 Vgl etwa Behrend, Lehrbuch I (1886) 834 f insb bei Fn 31, wonach eine Verantwortlichkeit des Vorstands gegenüber der Gesellschaft regelmäßig begründet sein werde, wenn dieser einen später für ungültig erklärten Beschluss der Generalversammlung ausgeführt hat. Es gehöre zu den Obliegenheiten des Vorstands, zu verhüten, dass gesetz- oder statutenwidrige Beschlüsse ausgeführt werden. Wurde der Widerspruch in der Generalversammlung angekündigt, sei der Vorstand besonders darauf hingewiesen, die Gültigkeit des Beschlusses zu prüfen. Ergibt diese Prüfung ein eindeutiges Resultat, so gebiete es die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes, die betreffende Maßregel (sofern nicht Gefahr in Verzug ist) unausgeführt zu lassen. Vgl Makower, HGB¹² (1898) § 271 Anm V c (S 631), nach dem die Erhebung der

Anfechtungsklage zwar keine Aussetzung der Ausführung bedinge, aber Vorstand und Aufsichtsrat „unter eigener Verantwortung zu prüfen“ hätten, ob sie den Beschluss ausführen oder die Ausführung dulden wollen. Vgl auch *dens*, aaO § 241 Anm II. b. (S 517), wonach die Haftung gegenüber der Gesellschaft idR ausgeschlossen sei, wenn die Handlung auf einem Beschluss der Generalversammlung beruht; nicht jedoch, wenn der Beschluss wegen Verstoßes gegen Gesetz oder Satzung nichtig oder unverbindlich war, denn in diesen Fällen sei der Beschluss der Generalversammlung, die gleichfalls nur Gesellschaftsbehörde und nicht gleichbedeutend mit der Gesellschaft sei, „auch als Anweisung unwirksam“. So wohl auch *Lehmann/Ring*, HGB II² (1913) § 241 Anm 6 (S 124), wonach Vorstandsmitglieder der Gesellschaft haften, wenn sie einen Beschluss ausgeführt haben, obwohl dieser offenbar ungültig war und seine Beseitigung in Aussicht steht oder diese durch die Vorstandsmitglieder selbst hätte bewirkt werden können. Vgl auch *Fischer in Ehrenberg*, Handbuch III (1916) 232 f (keine Haftungsfreistellung bei „gesetz- und statutenwidrigen Handlungen“); vgl *Koenige*, HGB² (1929) § 241 Anm 1 f (S 441): „Der Vorstand bleibt daher haftbar, wenn er eine gesetzwidrige oder gegen die Satzung verstößende Handlung auf Grund eines Generalversammlungsbeschlusses begeht.“ Es könne jedoch am Verschulden mangeln. Vgl auch *Cosack*, Lehrbuch^{10, 11} (1923) 507. Weniger streng *Staub/Pisko*, ADHGB I² (1908) Art 224 Anm § 31 (S 744 f), die sich auf „verzichtbare“ Ordnungswidrigkeiten bezogen: Das seien Beschlüsse, die nur gegen das Statut oder gegen dispositive Gesetzesvorschriften verstoßen. Hier dürfe der Vorstand den Beschluss auch ausführen, wenn er die Ordnungswidrigkeit kennt. Denn er dürfe davon ausgehen, dass die Aktionäre ihre Rechte selbst wahrnehmen und sei insofern nicht ihr „Wächter“. Der Vorstand könne aber haftbar werden, wenn er Beschlüsse ausführt, von denen er wisse, dass sie angefochten werden oder angefochten werden sollen. Vgl auch *Ring/Schachian*, Die Praxis der Aktiengesellschaft (1929) 204, die die einhellige Meinung referieren, dass sich der Vorstand nicht auf einen Beschluss berufen könne, der gegen zwingendes und öffentliches Recht verstößt, offensichtlich ungültig ist oder den der Vorstand selbst arglistig herbeiführte. Rsp und Lit würden durchwegs noch erheblich weiter gehen: Demnach handle die Gesellschaft arglistig, wenn sie Vorstandsmitglieder für die Beschlussausführung in Anspruch nimmt. Nach *Ring/Schachian* ist der Vorstand aber „nicht zum blinden Gehorsam verpflichtet, nicht einmal berechtigt.“ Vielmehr handle er „immer auf eigene Verantwortung“.

AA *Förtsch in Puchelt*, ADHGB I⁴ (1893) Art 241 Anm 4 (S 616). Für eine Berechtigung, aber nicht Verpflichtung zur Unterlassung der Ausführung gesetzwidriger Beschlüsse wohl *Staub*, ADHGB^{3, 4} (1896) Art 190a Anm § 16 (S 497), nach dem die Organe bei anhängiger Anfechtungsklage zwar berechtigt seien, die Ausführung zu sistieren, wenn „nach ihrem verständigen Ermessen“ die Ausführung mit Gefahren für die Gesellschaft verbunden sei oder wenn die Nichtausführung gefahrlos sei. Die Vorstandsmitglieder würden aber nicht ersatzpflichtig, wenn sie den angefochtenen Beschluss ausführen; vielmehr seien sie durch diesen gedeckt, auch wenn er für ungültig erklärt wird. Vgl auch *dens*, aaO Art 226 Anm § 1. 1. und § 7 (S 523 f): Die Gesellschaft könne sich nicht auf die angebliche Ungültigkeit ihrer Beschlüsse gegenüber ihren eigenen Organen berufen, was im Umkehrschluss aus Art 241 Abs 4 dHGB 1897 und aus den Motiven zum ADHGB 1884 folge. Dass der Beschluss angefochten und im Prozesswege für ungültig erklärt wird, ändere hieran nichts. Gelockert dann aber offenbar *ders*, HGB I⁸ (1906) § 241 Anm 4 (S 818), wonach sich Vorstandsmitglieder (ua auch) nicht auf Beschlüsse berufen können, die gegen öffentliches Recht verstoßen oder deren Ungültigkeit so offensichtlich war,

Überzeugung lösen können, dass Beschlüsse bis zur erfolgreichen Anfechtung jedenfalls verbindlich seien und folglich enthaftend wirkten. Vielmehr wurde die Anfechtbarkeit, und die ihr wegen bloß *vorläufige* Bestandskraft des Beschlusses insofern berücksichtigt, als Vorstandsmitglieder nur ausführungspflichtig sein sollten, wenn der Beschluss (erkennbar) rechtmäßig war.¹⁹¹² War er (erkennbar) gesetz- oder statutenwidrig, würde also eine Haftungsfreistellung Gesellschafter- und Gläubigerinteressen beeinträchtigen, dann sollten die Vorstandsmitglieder *verpflichtet* sein, die Ausführung zu unterlassen, und hafteten, wenn sie den Beschluss dennoch ausführten. Die Haftung ergab sich aber nicht aus einer besonderen Anordnung, sondern aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht. Nicht der anfechtbare (und daher eben nur vorläufig wirksame) Beschluss, sondern diese allgemeine Sorgfaltspflicht war der Maßstab des Organhandelns. Trotz Beschlusses handelten Organmitglieder somit eigenverantwortlich („auf eigene Gefahr“), als hätten die Gesellschafter keinen Beschluss gefasst. Das galt nicht nur für Beschlüsse, die gegen Gläubigerschutzpflichten verstießen, sondern auch für Beschlüsse, die gegen die Gesellschafter schützende Gesetzesbestimmungen oder gegen die Satzung verstießen (nach heutiger Lehre also bloß anfechtbare Beschlüsse).¹⁹¹³

Da somit nur (erkennbar) gesetzmäßige Gesellschafterbeschlüsse zur Ausführung verpflichten (und berechtigen), war ihre Bedeutung als Instrument zur Haftungsfreistellungswirkung auf den ersten Blick gering. Wäre das Anfechtungsrecht unbefristet geblieben, wäre der Schwebezustand, währenddessen Vorstandsmitglieder auf eigene Verantwortung handeln, ebenfalls unbefristet gewesen und die Beschlusswirkung wäre der absoluten Nichtigkeit nahegekommen. Allerdings war das Anfechtungsrecht ab der Reform von 1884 auf einen Monat befristet.¹⁹¹⁴ Nun konnten gesetz- und statutenwidrige Be-

dass sie diese erkannten oder erkennen mussten. So dann auch *Pinner in Staub*, HGB II¹⁴ (1933) § 241 Anm 4 (S 355) jew mwN (auch zur Gegenansicht).

1912 Vgl idZ *Ebert*, GmbHR 2003, 444 (447), wonach ein Beschluss, der (noch) anfechtbar sei oder hinsichtlich dessen noch keine Anfechtungsklage anhängig sei, „*keine uneingeschränkte Folgepflicht*“ zeitigt.

1913 Auf solche Beschlüsse bezog sich Art 241 Abs 4 Satz 2 ADHGB 1884 nach der Einschränkung auf die Gläubiger nicht mehr (s oben bei Fn 1890).

1914 Vgl Art 190a Satz 2 iVm Art 222 ADHGB 1884: „*Dieselbe [sc die Beschlussanfechtung] findet nur binnen einer Frist von einem Monate statt.*“ (so auch schon im vorangegangenen Entwurf aus 1884 [abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 392]; dagegen betrug die Anfechtungsfrist im Entwurf aus 1883 [Art 190a] noch drei Monate [Entwurf eines Gesetzes betreffend die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaften: Nebst Begründung und Anlagen; Vorgelegt dem Bundesrath am 7. September 1883, abgedr in Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts. N.F. Bd 19 = Bd 44, 1883]; billigend auch *Wiener*, Entwurf 115). Vgl begründend AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 467 rSp, wonach der Entwurf (ua) bestimmt, „*daß die Anfechtung innerhalb einmonatiger Frist seit dem Tage der Gene-*

schlüsse durch Fristablauf heilen,¹⁹¹⁵ wodurch sie verbindlich wurden und die Vorstandshaftung ausschließen konnten.¹⁹¹⁶ Gleiches muss übrigens schon zuvor für Beschlüsse gegolten haben, die einstimmig gefasst wurden, wenn die (nach der damaligen Praxis)¹⁹¹⁷ dissentierenden Aktionäre keinen Widerspruch erhoben hatten oder wenn alle anfechtungsberechtigten Aktionäre auf die Anfechtung verzichtet¹⁹¹⁸ hatten.¹⁹¹⁹ Da solche Beschlüsse nicht (mehr) anfechtbar waren und folglich Aktionärsinteressen nicht berührt waren, verpflichteten sie zur Ausführung und schlossen grundsätzlich die Haftung aus.

Diese Lehre, nach der gesetz- oder statutenwidrige Beschlüsse nicht ausgeführt werden dürfen und deren Ausführung ersatzpflichtig macht,¹⁹²⁰ hat die Anordnung der Haftpflicht gegenüber den Gläubigern (also die *unmit-*

ralversammlung durch die Erhebung der Klage oder Widerklage erfolgen muß. Die kurze Befristung ist unabweislich geboten, um die Ungewißheit über die Gültigkeit oder Anfechtbarkeit des Beschlusses zu beseitigen und den Vorstand in die Lage setzen [sic], den Umständen entsprechend über die Ausführung oder die Sistierung des Beschlusses zu befinden.“ Das ROHG hatte eine Befristung noch entschieden abgelehnt, denn es befürchtete, dass durch Unterlassen der Anfechtung auch gläubigerschutzwidrige Beschlüsse heilen könnten. Vgl Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 257: „So wünschenswerth es erscheine, die Anfechtbarkeit der Generalversammlungsbeschlüsse an eine kurze Frist zu binden, so erscheint uns eine allgemeine Vorschrift in dieser Richtung nicht möglich. Es würde sonst immer eine Anfechtung auch ganz offenbar ungültiger oder verbotswidriger Beschlüsse erforderlich sein, wenn dieselben nicht in Rechtskraft übergehen sollten.“ Diese Befürchtung war unter den damaligen Prämissen durchaus gerechtfertigt, wurde aber durch die spätere Anerkennung absolut nichtiger Beschlüsse widerlegt (dazu sogleich im Fließtext).

1915 Vielleicht hat gerade diese Befristung des Anfechtungsrechts dazu beigetragen, die Aktionärsinteressen auf Ebene der Beschlusswirkung zu berücksichtigen.

1916 Vgl idZ AmlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 467 rSp: „Mit dem Ablaufe der Frist und folgeweise dem Verluste des Anfechtungsrechts tritt, wenn nicht schon früher ausdrücklich oder durch Ausführung des Beschlusses der Vorstand sich demselben unterworfen hat, die Unterwerfung des Vorstandes unter ihn ein; der Vorstand übernimmt dadurch mit der Pflicht zur Ausführung auch die entsprechende Verantwortlichkeit für den Beschluß.“

1917 S schon bei Fn 1154.

1918 Vgl dazu Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 41 Rz 38.

1919 Diese Fälle berücksichtigte der Reformvorschlag des ROHG indes nicht; vielmehr sollten Vorstandsmitglieder der Gesellschaft für die Ausführung gesetz- oder statutenwidriger Beschlüsse haften. Denkbar scheint, dass das ROHG jene Fälle wegen des gesetzlichen Leitbilds einer börsennotierten Publikumsgesellschaft mit breit gestreutem Aktienbesitz als nicht regelungsbedürftig ansah.

1920 Im Vergleich mit dem Reformvorschlag des ROHG hafteten Vorstandsmitglieder nun zwar ebenfalls für die Ausführung gesetz- oder statutenwidriger (nicht geheilter) Beschlüsse (freilich ohne besondere Anordnung), sie waren aber nicht zugleich zur Ausführung dieser Beschlüsse verpflichtet. Vielmehr hafteten sie (nach allg Grundsätzen), gerade weil sie verpflichtet waren, die Ausführung solcher Beschlüsse zu unterlassen. Da sie nicht in ein Haftungsdilemma geraten konnten, brauchten sie auch kein Anfechtungsrecht (mehr).

telbare Aussage des Art 241 Abs 4 Satz 2 ADHGB 1884) relativiert. Denn kapitalenschutzwidrige Beschlüsse durften nun schon nach allgemeinen Grundsätzen nicht ausgeführt werden. Dies zumindest, solange der Beschluss noch anfechtbar war und eine Haftungsfreistellung die Aktionärsinteressen daher beeinträchtigt hätte. Einen (Rest-)Anwendungsbereich hatte Art 241 Abs 4 Satz 2 ADHGB 1884, wenn gesetz- oder statutenwidrige Beschlüsse (ausnahmsweise) verbindlich und haftungsfreistellend wirken, weil sie nicht (mehr) anfechtbar waren und deshalb durch Aktionärsinteressen gerechtfertigt waren,¹⁹²¹ zB durch Verstreichen der Anfechtungsfrist.¹⁹²² Genau aus diesem Grund hatte noch das ROHG eine Befristung des Anfechtungsrechts abgelehnt: Es befürchtete, dass dann auch gegen zwingendes Recht (zB Gläubigerschutz) verstoßende Beschlüsse durch Fristablauf heilen könnten.¹⁹²³

Allerdings setzte sich im Schrifttum zum dHGB 1897 allmählich die Einsicht durch, dass drittschutzwidrige Beschlüsse nicht dadurch Wirksamkeit erlangen können, dass sie nicht angefochten werden;¹⁹²⁴ denn die Aktionäre können nicht über den gesetzlichen Schutz Dritter disponieren. Nach diesem beschlussmängelrechtlichen Paradigmenwechsel konnte es zu einem „Haftungs dilemma“ (von dem Art 241 Abs 4 Satz 2 ADHGB 1884 ausging) auch dann nicht mehr kommen, wenn ein drittschutzwidriger Beschluss unanfechtbar (geworden) war. Denn Vorstandsmitglieder waren (weiterhin) verpflichtet, die Ausführung von Beschlüssen zu verweigern, die gegen drittschützende (insb gläubigerschützende) Vorschriften verstoßen, und machten sich haftbar, wenn sie solche Beschlüsse dennoch ausführten.¹⁹²⁵ Instrukтив

1921 Insoweit wäre übrigens der Vergleich mit Verzichten und Vergleichen sachgerecht gewesen, weil die genannten Beschlüsse ebenfalls nicht (mehr) anfechtbar sind, und die grundsätzliche Haftungsfrestellungswirkung gegenüber der Gesellschaft gerechtfertigt war.

1922 S idZ schon Fn 1916 ff.

1923 Vgl Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 257 (s schon Fn 1914).

1924 Vgl Behrend, Lehrbuch I (1886) 835 f; Cosack, Lehrbuch³ (1895) 671 f; Staub, ADHGB^{3, 4} (1896) Art 222 (Art 190a) Anm § 17 (S 498), wonach idR gesetz- oder statutenwidrige Beschlüsse durch Nichtanfechtung gültig werden, dies aber nicht gelte, „wo es sich nicht um dispositive, der Verfügung der Generalversammlung unterliegende Dinge handelt“. Ähnlich Staub/Pisko, ADHGB I² (1908) Art 224 Anm § 19 (S 739). IdS dann auch die Denkschrift zum dHGB 1897 (abgedr bei Hahn/Mugdan, Materialien 317): „Verstößt ein Beschluß der Generalversammlung gegen zwingende Gesetzesvorschriften, welche nicht bloß die Interessen der vorhandenen Aktionäre berühren, sondern zur Sicherung der Gläubiger der zum Schutze des Publikums dienen, so kann er selbstverständlich weder durch die Unterlassung rechtzeitiger Anfechtung seitens der Aktionäre oder des Vorstands noch durch die Eintragung in das Handelsregister Gültigkeit erlangen.“ S auch die Nw in Fn 1171; referierend auch Feltl, Beschlussmängel 197.

1925 Vgl Hueck, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit 159: „Die Mitglieder des Vorstandes oder Aufsichtsrats würden also auch ohne Anfechtung zur Befolgung des Beschlusses nicht verpflichtet oder auch nur berechtigt sein.“. Instrukтив auch Staub/Pisko,

formuliert die Denkschrift zu § 271 dHGB 1897: „*Verstößt ein Beschluß der Generalversammlung gegen zwingende Gesetzesvorschriften, welche nicht bloß die Interessen der vorhandenen Aktionäre berühren, sondern zur Sicherung der Gläubiger oder zum Schutze des Publikums dienen, so kann er selbstverständlich weder durch die Unterlassung rechtzeitiger Anfechtung seitens der Aktionäre oder des Vorstands noch durch die Eintragung in das Handelsregister Gültigkeit erlangen. Ebenso unterliegt es keinem Zweifel, daß die Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths, welche einen solchen Beschluß zur Ausführung bringen, sich nicht auf die unterbliebene Anfechtung oder auf die geschehene Eintragung berufen können, um sich von der Verantwortlichkeit gegenüber Dritten, insbesondere den Gesellschaftsgläubigern, zu befreien* (§ 236 Abs. 3; § 244 Abs. 3)¹⁹²⁶.“¹⁹²⁷

Insgesamt zeigt die historische Entwicklung, dass überkommene Dogmen gelockert wurden, um den Interessen anfechtungsberechtigter Aktionäre und der Gesellschaftsgläubiger Rechnung zu tragen. Schon früh setzte sich die Einsicht durch, dass Beschlüsse die Vorstandshaftung dann nicht ausschließen sollten, wenn die Haftungsfreistellung Aktionärsinteressen (weil der Beschluss noch anfechtbar war) oder Gläubigerinteressen (weil Gläubigerschutzpflichten verletzt wurden) beeinträchtigen würde. Wohl durch ein gesetzgeberisches Versehen enthielt das Gesetz eine entsprechende Haftungsanordnung allerdings (bis heute) nur im Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern. Gleichwohl (und entgegen den Motiven) hatte sich die Lehre durchgesetzt, dass die Interessen der (anfechtungsberechtigten) Aktionäre auf Beschlusswirkungsebene auch ohne gesetzliche Regelung zu berücksichtigen sind: Demzufolge durften Vorstandsmitglieder gesetz- und statutenwidrige Beschlüsse bei sonstiger Haftung nicht ausführen, solange diese noch anfechtbar waren. Schließlich verabschiedete man sich auch von der Überzeugung, dass die Rechtswidrigkeit von Beschlüssen nur mit „Anfechtungsklage“ aufgegriffen werden kann; die Beschlussmängelkategorie der absoluten Nichtigkeit war geboren. Damit fiel zu-

ADHGB I² (1908) Art 224 Anm § 31 (S 744): „*Bei unverzichtbarer Ordnungswidrigkeit, also bei Beschlüssen, welche gegen Sonderrechte verstoßen oder gar Rechte Dritter verletzen oder welche Maßregeln anordnen, die das Gesetz aus öffentlich-rechtlichen Gründen verbietet, [...] darf der Vorstand den Beschluß nicht ausführen; er macht sich sonst verantwortlich gemäß Art. 241.*“ Vgl auch Brodmann, Aktienrecht (1928) § 271 Anm 7 (S 411 f): „*Es ist klar, daß in einem solchen Fall die Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrath auch ohne Anfechtung berechtigt sind, die Ausführung des Beschlusses zu verweigern.*“ Vgl auch dens, aaO § 241 Anm 1.e) (§ 264): „*Der nichtige Beschluß ist allerdings insofern ohne Bedeutung, als der Vorstand sich nicht auf die darin liegende rechtsgeschäftliche Zustimmung berufen kann.*“ Vgl später auch Geßler, JW 1937, 497 (503), wonach der Vorstand nichtige Beschlüsse ohnehin unberücksichtigt lassen kann. S auch schon oben Fn 1171.

1926 Diese Bestimmungen entsprechen § 241 und § 249 dHGB 1897 über die Verantwortlichkeit des Vorstands bzw Aufsichtsrats (der Entwurf hatte noch eine andere Paraphenzählung).

1927 Denkschrift dHGB 1897, abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 317 aE (Hervorhebungen durch den Verf.).

gleich die Regelungsprämisse der Anordnung einer indisponiblen Haftung gegenüber den Gläubigern (§ 241 Abs 4 Satz 2 dHGB 1897) und des korrespondierenden Anfechtungsrechts¹⁹²⁸ (§ 271 Abs 4) weg, wodurch diese Bestimmungen ihre (ursprünglichen) Funktionen verloren haben. Da die Vorstandshaftung gegenüber den Gläubigern für die Ausführung gesetzwidriger (insb gläubigerschutzwidriger) Beschlüsse wegen der Nichtigkeit der Beschlüsse schon allgemein aus § 241 Abs 2 dHGB 1897 iVm der verletzten Verhaltenspflicht folgte (als gäbe es keinen Beschluss), konnte diese Anordnung allenfalls noch klarstellenden Charakter haben.¹⁹²⁹ Aus ihr folgt nur, dass Beschlüsse im Bereich des § 241 Abs 3 dHGB 1897 die Vorstandshaftung gegenüber den Gläubigern nicht ausschließen sollten. Für eine Haftungsfreistellung gegenüber der Gesellschaft ließ sich daraus wie erwähnt nichts ableiten, weil § 241 Abs 4 Satz 2 dHGB 1897 dieses Verhältnis richtig betrachtet offen ließ. Insoweit wäre es daher bei der referierten Lehrmeinung geblieben. Allerdings ging man aufgrund der Beschlussnichtigkeit offenbar davon aus, dass eine Haftungsfreistellung bei Befolgung drittschutzwidriger Beschlüsse (also insb im Anwendungsbereich des § 241 Abs 4 Satz 2 dHGB 1897) auch gegenüber der Gesellschaft *jedenfalls* ausgeschlossen ist (auch dann, wenn Aktionärsinteressen nicht berührt sind).¹⁹³⁰

2) Schlussfolgerungen

Die Ausführungen zu den Dispositionsbeschränkungen des älteren Aktienrechts gelten *mutatis mutandis* auch für § 25 Abs 5 GmbHG (idF mitgemeint § 43 Abs 3 Satz 3 dGmbHG), der jenen Bestimmungen funktional entspricht. Auch § 25 Abs 5 GmbHG lässt sich daher nur im Kontext der historischen beschlussmängelrechtlichen Prämissen verstehen. Auch *diese* Bestimmung basiert auf der (überholten) Prämisse, dass rechtswidrige (auch gläubigerschutzwidrige) Gesellschafterbeschlüsse verbindlich sind und haftungsfreistellend wirken, sofern und solange sie nicht mit „Anfechtungsklage“ beseitigt werden. Spätestens seit der Anerkennung absolut nichtiger Beschlüsse (die im GmbH-Recht mit Verzögerung einsetzte) verlor daher (auch) § 25

1928 Das Anfechtungsrecht behält – wie schon iZm § 41 Abs 3 GmbHG erwähnt – insoweit einen Restanwendungsbereich, als Organmitglieder damit alternativ zur Feststellungsklage gem § 228 ZPO auch die absolute Beschlussnichtigkeit aufgreifen und sich so aus einer Zweifelslage befreien können (s schon bei Fn 1193).

1929 S dazu noch unten iZm der Haftungsfrestellungswirkung nichtiger Beschlüsse S 495 ff.

1930 Das gilt zumindest dann, wenn man die Haftungsfreistellung (wie die aktuelle öhM [s Fn 1833 f] zum GmbH-Recht und möglicherweise auch die ältere Lehre) entweder von einer Ausführungspflicht abhängig macht (die bei Verletzung drittschutzwidriger Vorschriften jedenfalls wegfällt) oder wenn man drittschutzwidrige Beschlüsse für gesamtlich nichtig hält (vgl dazu oben bei Fn 1845). Die aktuelle hdM (Fn 1840) nimmt wie erwähnt zwar (implizit) Gesamtnichtigkeit an, bejaht eine Haftungsfreistellung aber auf Grundlage des Arglistseinwands, soweit Aktionärsinteressen gewahrt sind (was bei Einstimmigkeit aller Gesellschafter angenommen wird).

Abs 5 GmbHG (wie § 41 Abs 3 GmbHG) seine ursprüngliche Funktion und hat seitdem allenfalls klarstellenden Charakter.¹⁹³¹

Was bedeutet das nun für die eingangs gestellten Fragen? Auch aus § 25 Abs 5 GmbHG lässt sich keine Aussage über die dogmatische Grundlage der Haftungsfreistellungswirkung ableiten. Diese Bestimmung setzt eine solche Haftungsfreistellungswirkung nämlich voraus, ohne eine Aussage über sie zu treffen. Aus § 25 Abs 5 GmbHG lässt sich nur ableiten, dass eine Haftungsfreistellung im Bereich des § 25 Abs 3 GmbHG ausscheidet, soweit die Gläubiger von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können. Im Übrigen existiert die von § 25 Abs 5 GmbHG vorausgesetzte Freistellungswirkung seit der Anerkennung nichtiger Beschlüsse gar nicht mehr. Über eine Haftungsfreistellungswirkung gläubigerschutzwidriger Beschlüsse gegenüber der Gesellschaft (also soweit die Gläubiger von der Gesellschaft [noch] Befriedigung erlangen können) trifft § 25 Abs 5 GmbHG (*e contrario*) keine Aussage, sondern lässt diese Frage offen.¹⁹³² Gleiches gilt für eine Haftungsfreistellungswirkung bloß anfechtbarer Beschlüsse (also Beschlüsse, die keine Drittinteressen berühren) sowie sorgfaltswidriger, aber unanfechtbarer Beschlüsse (zB unwirtschaftliche Weisungsbeschlüsse).

Da sich aus § 25 Abs 5 GmbHG wie gesagt keine Aussage über die Rechtsnatur der Haftungsfreistellungswirkung oder ihre Grenzen (abgesehen von der Berücksichtigung der Gläubigerinteressen) ableiten lässt, muss man sich diesen Problemen allgemein und ohne Rückgriff auf § 25 Abs 5 GmbHG annähern. Als sinnvoller Ansatzpunkt scheint dabei die Frage der dogmatischen Einordnung der Haftungsfreistellungswirkung, weil von ihr abhängt, in welchen Grenzen rechtswidrige (anfechtbare und nichtige) Gesellschaftsbeschlüsse die Geschäftsführerhaftung ausschließen können.

iii. Dogmatische Einordnung der Haftungsfreistellungswirkung

Der oben skizzierte Meinungsstand zur Rechtsnatur der Haftungsfreistellungswirkung ist breit gefächert. In der Folge wird zuerst zu den einzelnen Begründungen Stellung bezogen und im Anschluss die mE zur Einordnung weiter vertieft.

1931 Seit der Anerkennung absoluter Nichtigkeit beeinflusst der Schutzzweck übertretener Normen *ex lege* die Beschlusswirksamkeit. Der Schutzzweck wird formal durch § 25 Abs 5 GmbHG abgesteckt. Einen Anwendungsbereich erhielt § 25 Abs 5 GmbHG auch nicht durch die (wie auch immer begründete) Annahme einer Haftungsfreistellung bei Zahlungsfähigkeit, dh soweit der Ersatz *nicht* zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist (s aber die Nw in Fn 1860). Einen Anwendungsbereich hätte § 25 Abs 5 GmbHG vielmehr nur unter der Annahme, dass gläubigerschutzwidrige Beschlüsse *grundsätzlich* (auch in der Gesellschaftsinsolvenz) die Haftung ausschließen (weil dies eben die historische Regelungsprämisse ist). Seit der Anerkennung absolut nichtiger Beschlüsse ist diese Prämisse jedoch wie gesagt überholt.

1932 Anders aber die Nw in Fn 1818 f.

Zunächst zur hM¹⁹³³, wonach eine Haftungsfreistellung notwendig eine Folgepflicht voraussetzt: Diese Auffassung steht im Widerspruch zur (ebenfalls allgemeinen) Meinung¹⁹³⁴, dass die Geschäftsführerhaftung auch durch eine bloße Ermächtigung (Billigung) ausgeschlossen wird, wenn also die Gesellschaft eine in Aussicht genommene Geschäftsführungsmaßnahme billigt, ohne den Geschäftsführer zur Ausführung zu verpflichten. Solche Beschlüsse könnten die Haftung nicht ausschließen, wenn die Folgepflicht tatsächlich eine *conditio sine qua non* für die Haftungsfreistellung wäre.¹⁹³⁵ Selbstverständlich haftet ein Geschäftsführer nicht, wenn er eine *verbindliche* Weisung ausführt, weil er in diesem Fall nicht pflichtwidrig handelt. Die Folgepflicht ist daher eine *hinreichende* Voraussetzung für die Haftungsfreistellung. Wie die (ebenfalls anerkannte) Frestellungswirkung von Ermächtigungsbeschlüssen indiziert, ist sie aber keine *notwendige* Voraussetzung.¹⁹³⁶ Der im Schrifttum betonte Konnex zwischen Folgepflicht und Haftungsfreistellung trifft daher nicht die ganze Dimension des Problems. Im Übrigen spricht gegen die hM nicht, dass ihr zufolge § 25 Abs 5 GmbHG (*e contrario*) keinen Anwendungsbereich mehr hätte,¹⁹³⁷ denn einen solchen hat diese Bestimmung – wie oben dargelegt – seit der Anerkennung absolut nichtiger Beschlüsse ohnedies nicht mehr.

Auch im Umkehrschluss aus § 25 Abs 5 GmbHG lässt sich für die dogmatische Fundierung einer (grundsätzlichen) Haftungsfrestellungswirkung wie erwähnt nichts gewinnen.¹⁹³⁸ Denn diese Bestimmung ordnet eine Haftungsfreistellung nicht selbst an, sondern setzt sie vielmehr voraus, um sie zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger einzuschränken (seit der Anerkennung der absoluten Nichtigkeit wie erwähnt überflüssig). § 25 Abs 5 GmbHG enthält daher keinen zusätzlichen Erkenntniswert. Wenn der Umkehrschluss als Hilfsargument für die hM (Folgepflicht als notwendige Voraussetzung) vorgebracht wird, ist das außerdem widersprüchlich, weil eine Fol-

1933 S die Nw in Fn 1817.

1934 S die Nw in Fn 1827 und 1864.

1935 IdS auch Dietz-Vellmer, NZG 2014, 721 (725): Unklar sei, weshalb die einhellige Lehre die Haftungsbefreiung mit der Ausführungspflicht verknüpft, werde doch auch bloßen Ermächtigungsbeschlüssen haftungsbefreiende Wirkung zugesprochen, obwohl sich aus diesen eine Ausführungspflicht iES nicht ergeben könne. Zwf auch Rauter, ecolex 2012, 944 (946), nach dem die grundsätzliche Haftungsfreistellung durch Gesellschafterbeschluss bereits aus § 25 Abs 5 GmbHG folge (dazu sogleich im Fließtext), in der Lit jedoch wiederholt mit der Folgepflicht der Geschäftsführer in Verbindung gebracht werde.

1936 IdS auch Rauter, ecolex 2012, 944 (946), wonach eine Folgepflicht „keine Voraussetzung für die Haftungsbefreiung [ist], zumal die Zustimmung des Geschädigten bereits nach allgemeinem Deliktsrecht Haftungsfolgen verhindert.“

1937 S oben bei Fn 1860.

1938 S zu diesem Argument die Nw in Fn 1818.

gepflicht im Anwendungsbereich des § 25 Abs 5 GmbHG aufgrund dessen Gläubigerschutzimplikation gar nicht bestehen kann.¹⁹³⁹

Die Berufung auf den Einwand der missbräuchlichen Rechtsausübung, den Arglisteinwand oder das Verbot des *venire contra factum proprium* ist zumindest insoweit unpassend, als damit eine Haftungsfreistellungswirkung *gesetzmäßiger* Beschlüsse erklärt werden soll. Gleiches gilt für gesetz- oder statutenwidrige Beschlüsse, die unanfechtbar (geworden) sind. Insoweit scheinen die genannten Argumente zur Begründung einer Freistellungswirkung nicht erforderlich. Denn in der Befolgung solcher Beschlüsse handelt der Geschäftsführer (grundsätzlich) pflichtgemäß, sodass Ersatzansprüche der Gesellschaft von vornherein nicht entstehen; die (Folge-)Frage nach der Missbräuchlichkeit ihrer Geltendmachung stellt sich dann nicht. Soweit die genannten Argumente zur Begründung einer Haftungsfreistellungswirkung *nichtiger* (insb kapital-schutzwidriger) Beschlüsse herangezogen werden, scheint die zugrundeliegende Prämisse, dass der Beschluss zwingend gesamtichtig ist und eine Freistellung jenseits von Gläubigerinteressen nur außerrechtsgeschäftlich begründet werden kann, zumindest überprüfungswürdig. So könnte man hinterfragen, ob der Umstand, dass zwingende Gläubigerinteressen nicht berührt sind, wirklich erst bei der Durchsetzung von (entstandenen) Ersatzansprüchen eine Rolle spielt, oder nicht vielleicht schon bei der (vorgelagerten) Frage, inwieweit der Gesellschafterbeschluss nichtig ist, dh schon bei der Frage der Entstehung von Ersatzansprüchen. Darauf wird noch zurückzukommen sein. Wie oben¹⁹⁴⁰ dargelegt, ist idZ auch die AmtlBegr zu Art 241 Abs 4 Satz 2 ADHGB 1884 *cum grano salis* zu lesen. Sie insinuiert zwar, dass die Haftungsfreistellungswirkung gegenüber der Gesellschaft (*e contrario*) auf dem Arglisteinwand beruht,¹⁹⁴¹ diese Begründung scheint angesichts der Gesetzesentwicklung jedoch fragwürdig, weil sie in dieser Allgemeinheit zudem die Interessen anfechtungsberechtigter Aktionäre verkennt.¹⁹⁴² Das schließt zwar eine Haftungsfreistellungswirkung auf Grundlage des Arglisteinwands im Fall der Rechtfertigung (auch) durch Aktionärsinteressen nicht aus, muss aber aus den genannten Gründen kritisch hinterfragt werden.

1939 Vgl aber etwa Weipert in Gadow et al, AktG (1939) § 84 Anm 31; Schilling in Großkomm AktG² (1961) § 84 Anm 31 (S 552): „Der Gesellschaft gegenüber tritt die Ersatzpflicht nicht ein, wenn die Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschlusse der Hauptversammlung beruht. § 241 Abs. 4 S 2 HGB brachte das gleiche zum Ausdruck [...]“.

1940 S bei Fn 1904 ff.

1941 Sich darauf berufend etwa Pinner in Staub, HGB II¹⁴ (1933) § 241 Anm 4 (S 355); vgl auch U. Torggler, JBl 2006, 85 (93 Fn 94); referierend Hefermehl in FS Schilling 159 (161 ff) mwN.

1942 Krit bereits Koenige, HGB² (1929) § 241 Anm 1 f (S 440 f); s schon oben bei Fn 1911.

In eine ähnliche Richtung geht das Argument, willenskonformes Verhalten sei nicht pflichtwidrig.¹⁹⁴³ Im Gegensatz zum Arglistenwand und vergleichbaren Argumenten soll diese Willenskonformität aber nicht erst die Legitimität der Geltendmachung eines Ersatzanspruchs ausschließen, sondern schon (eine Stufe davor) die Pflichtwidrigkeit des Geschäftsführerverhaltens und damit die Entstehung von Ersatzansprüchen. Dieses Erklärungsmuster scheint auch über die hM hinauszugehen, weil der „Wille“ nicht zwangsläufig auf eine Folgepflicht gerichtet sein muss. Allerdings scheint dieser Wille zu abstrakt, um daraus Schlüsse auf das Wesen und die Grenzen einer Haftungsfreistellungswirkung ziehen zu können. Dieser Begründungsansatz lässt nämlich vor allem offen, wie der Wille erklärt wird und auf welche Rechtsfolgen er gerichtet ist. Gleichwohl ist dieser Ansatz mE der richtige Ausgangspunkt für weitere Überlegungen. Denn sowohl Weisungs- als auch Ermächtigungsbeschlüsse haben als „kleinsten gemeinsamen Nenner“ das Element der Einwilligung durch die Gesellschaft. Ein „Müssen“ setzt ein „Dürfen“ logisch voraus. Weisungsbeschlüsse können demnach als eine rechtsfolgenseitige „Erweiterung“ von Ermächtigungsbeschlüssen verstanden werden. Anders formuliert „enthält“ jeder Weisungsbeschluss notwendigerweise auch eine Ermächtigung.¹⁹⁴⁴ In Österreich haben bislang (soweit ersichtlich) *Rauter*¹⁹⁴⁵, *Ratka*¹⁹⁴⁶ und *Straube*¹⁹⁴⁷ näher beschrieben, dass Weisungsbeschlüsse einen solchen „doppelten Inhalt“¹⁹⁴⁸ haben.¹⁹⁴⁹ Zum einen werde die Weisung erteilt, ein be-

1943 S die Nw in Fn 1819 und 1820. Entgegen manchen Stimmen aus dem Schrifttum kann die Willenskonformität aber nicht die Aussage des § 25 Abs 5 GmbHG sein (s aber oben Fn 1819). Denn zum einen trifft diese Bestimmung wie erwähnt gar keine Aussage über eine Haftungsfreistellung gegenüber der Gesellschaft und zum anderen läge ihr allenfalls die Konformität mit dem Mehrheitswillen zugrunde. Davon abgesehen scheint dieser Erklärungsansatz aber den Vorzug zu haben, dass er auch die Haftungsfreistellung durch *gesetzmäßige* Beschlüsse erklären kann und außerdem die Wirkung von Gesellschaftsdispositionen nicht stärker beschneidet, als es zum Schutz Dritter notwendig ist.

1944 Vgl ähnlich *Rauter*, *ecolex* 2012, 944 (945), der von einer in der Weisung „verborgenen“ Zustimmung spricht (s noch sogleich im Fließtext); ähnlich *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/275, die von der in der Weisung enthaltenen Zustimmung sprechen; ähnlich auch *Straube/Rauter*, JAP 2007/2008/15, 168 (169 f); anklingend auch bei *Paefgen* in *Habersack/Casper/Löbke*, GmbHG³ § 43 Rz 218, wonach die haftungsbefreiende Wirkung der Billigung darin begründet sei, dass diese ebenso wie die Weisung die Übernahme der Verantwortung für die getroffene Entscheidung durch die ihr Einverständnis bekundenden Personen zum Ausdruck bringe.

1945 Vgl *Rauter*, *ecolex* 2012, 944 (945); *Straube/Rauter*, JAP 2007/2008/15, 168 (169 f), wonach diese Frage in der Lit zT nicht besonders behandelt, zT verneint werde; *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/275.

1946 *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/275.

1947 *Straube/Rauter*, JAP 2007/2008/15, 168 (169 f).

1948 *Rauter*, *ecolex* 2012, 944 (945).

1949 S schon oben bei Fn 1823 ff.

stimmtes Verhalten zu setzen (Folgepflicht), zum anderen würden dadurch mögliche Folgen der Handlung akzeptiert, was als Zustimmung zu einer allfälligen „Selbstschädigung“ verstanden werden könne. *Rauter/Ratka*¹⁹⁵⁰ sprechen iZm nichtigen Weisungen treffend vom Ausschluss der Haftung gegenüber der Gesellschaft „durch die in der Weisung mit enthaltene ‚Zustimmung‘ zur schädigenden Handlung.“¹⁹⁵¹ Sie erkennen damit zutr nicht die Pflicht zur Ausführung (Folgepflicht), sondern die in jedem Weisungsbeschluss logisch enthaltene *Ermächtigung* als Ursache der Haftungsfrestellungswirkung.¹⁹⁵²

Mit der Überlegung, dass dieser Wille nicht nur das Geschäftsführerverhalten deckt, sondern auch etwaige damit verbundene nachteilige Folgen, wurde bereits die dogmatische Wurzel der Haftungsfrestellungswirkung freigelegt: Da das Organhaftungsrecht auf das allgemeine Schadenersatzrecht aufbaut und dieses nur partiell modifiziert (insb verschärft),¹⁹⁵³ ist es me konsequent, in einem Ermächtigungsbeschluss den allgemeinen Rechtfertigungsgrund der Einwilligung in die (Selbst-)Schädigung¹⁹⁵⁴ durch die Gesellschaft zu sehen.¹⁹⁵⁵ Soweit demnach der Geschädigte (hier: die Gesell-

1950 *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/275.

1951 Die beiden Beschlusswirkungen (Folgepflicht und „verborgene“ Zustimmung) seien hinsichtlich einer allfälligen Nichtigkeitsfolge *getrennt* zu prüfen, sodass ein Beschluss uU auch bloß teilschädigend sein könne. Vgl auch *Rauter*, *ecolex* 2012, 944 (945) am Bsp der Weisung, Steuern zu hinterziehen.

1952 Vgl *Rauter*, *ecolex* 2012, 944 (945).

1953 Vgl nur *Völkl/Lehner*, *ecolex* 2013, 39 ff; vgl auch *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/1, 2/28 und *passim*.

1954 Vgl allg dazu *Resch*, Die Einwilligung des Geschädigten (1997); *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ (1997) Rz 4/90 ff; für die Geschäftsführerhaftung insb *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/17.

1955 Deutlich *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 255 iVm Rz 2/17; ähnlich *Rauter*, *ecolex* 2012, 944 (945), wonach die Folgepflicht keine Voraussetzung für die Haftungsbehebung sei, zumal die Zustimmung des Geschädigten schon nach allg Deliktsrecht Haftungsfolgen verhindere. Vgl auch *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (93 Fn 94), der jedoch die Einwilligung im Bereich des § 25 Abs 3 GmbHG für gänzlich unwirksam hält (unabhängig von der Erforderlichkeit des Ersatzes zur Gläubigerbefriedigung) und die Haftungsbehebung außerhalb der Insolvenz mit dem Verbot des *venire contra factum proprium* begründet. Vgl auch *Straube/Rauter*, JAP 2007/2008, 168 (168). Ähnlich *G. Frotz* in FS Wagner 137 (138): „*schadenersatzanspruchshindernde Einwendung*“. Für Deutschland *Fleck*, GmbHR 1974, 224 (227), nach dem die Inanspruchnahme des Geschäftsführers ausgeschlossen sein kann, wenn alle Gesellschafter den Verstoß gefordert oder gebilligt und sich dadurch „*wirtschaftlich selbst geschädigt haben*“; in diese Richtung auch *Altmeyen*, DB 2000, 657 (658): rechtshindernde Einwendung, die den Schadenersatzanspruch gar nicht entstehen lässt (s auch S 660: „*antizipierte Verzichtserklärung*“); ähnlich *Mertens* in *Hachenburg*, GmbHG⁷ § 43 Rz 12 („*Rechtfertigungsgrund*“). Ausdr für die Zustimmung v *Gerkan*, ZHR 154 (1990) 39 (57); ähnlich, aber dogmatisch unter Treu und Glauben reichend für die AG *Golling*, Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit 77, wonach der Ersatzanspruch der Gesellschaft im Fall des § 93 Abs 4 Satz 1 dAktG ausgeschlossen sei, weil die in der HV vertretenen Aktionäre die

schaft) über das verletzte Rechtsgut disponieren kann,¹⁹⁵⁶ schließt die Einwilligung in dessen Beschädigung die Rechtswidrigkeit der schädigenden Handlung aus („*volenti non fit iniuria*“)¹⁹⁵⁷.¹⁹⁵⁸ Führt also der Geschäftsführer eine Maßnahme ordnungsgemäß aus, zu der er ermächtigt (oder angewiesen) wurde, handelt er pflichtgemäß und haftet folglich nicht.¹⁹⁵⁹ Darin unterscheidet sich diese Begründung von außerrechtsgeschäftlichen Ansätzen (wie dem Arglisteinwand), denen zufolge Ersatzansprüche zwar entstehen, aber uU (nur) nicht durchgesetzt werden können. Im Gegensatz zur hM setzt die rechtfertigende Einwilligung in die Selbstschädigung zudem wie gesagt nicht voraus, dass der Geschäftsführer zu einer Maßnahme verpflichtet wird.

Ausgehend von der Einordnung der Haftungsfreistellung als beschlussmäßige Einwilligung in die Selbstschädigung können nun die Grenzen der Freistellungswirkung näher untersucht werden. Als unstreitig wird man voraussetzen können, dass die Einwilligung bei rechtmäßigen (gesetz- und statuten-gemäßen) Beschlüssen voll wirksam ist und daher die Pflichtwidrigkeit des schädigenden Geschäftsführerhandelns ausschließt. Interessanter ist die Frage, ob und inwieweit die Einwilligung wirksam ist, wenn der Gesellschafterbeschluss *rechtswidrig* (anfechtbarer oder nichtig, insb gläubigerschutzwidrig) ist. Es soll mit den vergleichsweise weniger intensiven Restriktionen durch Gesellschafterinteressen begonnen werden, also mit (bloß) anfechtbaren Beschlüssen:

wirtschaftlichen Eigentümer der AG seien und als solche auf ihr eigenes Vermögen durch einen zustimmenden Beschluss Einfluss nehmen könnten. Wie hier offenbar bereits *Brodmann*, Aktienrecht (1928) § 241 Anm 1.e) (S 264): „*Nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen kann die Gesellschaft den Vorstand nicht für Dinge verantwortlich machen, die mit ihrer Zustimmung geschehen sind.*“ Nichtigte Beschlüsse seien insofern ohne Bedeutung, als der Vorstand „*sich nicht auf die darin liegende rechtsgeschäftliche Zustimmung [berufen kann]*“.

1956 *Koziol*, Haftpflichtrecht I⁴ C/1/120; s dazu sogleich im Fließtext.

1957 Dem Einwilligenden geschieht kein Unrecht.

1958 *Koziol*, Haftpflichtrecht I⁴ C/1/120; *Resch*, Einwilligung 75 ff; vgl im vorliegenden Zusammenhang auch *Straube/Rauter*, JAP 2007/2008/15, 168 (168). In dieser Rechtfertigungswirkung liegt der entscheidende Unterschied zum verwandten Rechtsgeschäft des Verzichts (insb Vorausverzichts). Während die Einwilligung als Rechtsgutverfügung ein künftiges Verhalten des Schädigers rechtmäßig macht, erstreckt sich die Erklärung eines Verzichts (nur) auf Sanktionen, auf deren Geltendmachung (vorweg) verzichtet wird, wobei sich die Parteien aber einig sind, dass die Schädigungshandlung selbst rechtswidrig bleiben soll. Vgl *Resch*, Einwilligung 41 ff. Wenn die Parteien gar keine Vorstellung von der Rechtmäßigkeit haben, wird es nach allg Regeln der Vertragsauslegung idR bei der Rechtswidrigkeit bleiben (*Resch* aaO 42). Gleiches gilt für die Haftungsfreizeichnung, die ein zweiseitiger Vorausverzicht ist: Durch sie wird nicht das schädigende Verhalten rechtmäßig, sondern (nur) die Schadenersatzpflicht vorweg eingeschränkt oder ausgeschlossen (*Resch* aaO 45; allg zur Haftungsfreizeichnung *Holly* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1444 Rz 8 [Stand 01.05.2017]).

1959 Vgl *Fleck*, GmbHR 1974, 224 (226).

iv. Anfechtbare Beschlüsse

Beschlüsse, die durch ihren Inhalt oder ihr Zustandekommen gegen das Gesetz oder den Gesellschaftsvertrag verstoßen (ohne nichtig zu sein), sind anfechtbar (§ 41 GmbHG).¹⁹⁶⁰ Sie sind grundsätzlich bis zur Anfechtung vorläufig wirksam und ggf verbindlich (das gilt jedoch nur mit Einschränkungen; dazu sogleich unten)¹⁹⁶¹.¹⁹⁶² Erst durch die erfolgreiche Anfechtung (rechtskräftiges Gestaltungsurteil) wird der Beschluss *ex tunc* vernichtet.¹⁹⁶³ Anfechtbare Beschlüsse werden jedoch endgültig wirksam (bestandskräftig), wenn die Anfechtungsfrist ungenutzt verstreicht.¹⁹⁶⁴ Gleiches gilt, wenn die Anfechtungsklage rechtskräftig abgewiesen wurde oder alle Anspruchsberechtigten auf die Anfechtung verzichtet haben.¹⁹⁶⁵ Außerdem ist ein gesetz- oder statutenwidriger Beschluss (der nicht Interessen Dritter beeinträchtigt) schon anfänglich endgültig wirksam, wenn er von vornherein gar nicht angefochten werden kann, etwa weil er einstimmig von allen Gesellschaftern gefasst wurde¹⁹⁶⁶ oder (sofern nicht ausnahmsweise entbehrlich)¹⁹⁶⁷ kein Widerspruch erhoben wurde¹⁹⁶⁸.¹⁹⁶⁹ Je nach dem Zeitpunkt der Unterwerfung der Gesellschafter unter den Beschluss und der Beschlussausführung lassen sich für die Beurteilung der Haftungsfrestellungswirkung somit Fallgruppen bilden. Die Maxime muss aber stets lauten, dass eine Haftungsfrestellungswirkung nur in Betracht kommt, wenn und soweit Gesellschafterinte-

1960 Statt vieler *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 41 Rz 15 mwN*; *Linder in FAH, GmbHG § 41 Rz 60*; für Deutschland nur *Ebert, GmbHR 2003, 444 (447)*.

1961 Vgl auch *Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 41 Rz 23*.

1962 HM; vgl *Enzinger in Straube, WK GmbHG § 41 Rz 33 mwN* (Stand 01.08.2013); *Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 41 Rz 23*; *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 41 Rz 15*; *Linder in FAH, GmbHG § 41 Rz 61, 123*; *Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG² § 41 Rz 42*; *Ebert, GmbHR 2003, 444 (447)*.

1963 S die Nw in Fn 1962.

1964 RIS-Justiz RS0060124; *Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 41 Rz 23*; *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 41 Rz 15*; *Enzinger in Straube, WK GmbHG § 41 Rz 33* (Stand 01.08.2013); *Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG² § 41 Rz 43*; *Fleischer in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 347*; *Ebert, GmbHR 2003, 444 (447)*.

1965 *Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 41 Rz 38*; *Enzinger in Straube, WK GmbHG § 41 Rz 33* (Stand 01.08.2013); *Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG² § 41 Rz 43*; *Fleischer in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 347*; *Ebert, GmbHR 2003, 444 (447)*.

1966 Vgl *Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG² § 41 Rz 43*; *Ebert, GmbHR 2003, 444 (447)*.

1967 Vgl dazu weiterführend nur *Enzinger in Straube, WK GmbHG § 41 Rz 67 mwN* (Stand 01.08.2013).

1968 ZB *Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG² § 41 Rz 43*.

1969 Vgl *Harrer in Gruber/Harrer, GmbHG² § 41 Rz 43* (Willensbildung erfolgt konsensual; Widerspruch wird nicht erhoben; Klagefrist verstreicht ungenützt; Klage wird zurückgezogen etc); *Ebert, GmbHR 2003, 444 (447)* für den Fall der Zustimmung aller Gesellschafter. Auch solche Beschlüsse werden in der Folge behandelt, weil sie keine Drittinteressen berühren und zumindest abstrakt anfechtbar wären.

ressen nicht (mehr) beeinträchtigt sind (Drittinteressen werden hier vorerst ohnedies ausgeklammert).

1) *Anfänglich unanfechtbare und nachträglich unanfechtbar gewordene Beschlüsse*

Anfänglich unanfechtbare Beschlüsse sind von vornherein voll wirksam und ermächtigen (verpflichten ggf) den Geschäftsführer zur Ausführung.¹⁹⁷⁰ Führt dieser den Beschluss aus, handelt er rechtmäßig und haftet grundsätzlich nicht. Da der Beschluss nicht anfechtbar ist, werden die Interessen der Gesellschafter durch die Haftungsfreistellung nicht beeinträchtigt. Das gilt grundsätzlich auch dann, wenn ein (ursprünglich anfechtbarer) Beschluss später unanfechtbar geworden ist.¹⁹⁷¹ Auch solche Beschlüsse sind wie erwähnt voll wirksam (bestandskräftig) und schließen daher wegen der enthaltenen Einwilligung in die Schädigung die Pflichtwidrigkeit und damit die Ersatzpflicht des Geschäftsführers aus.¹⁹⁷² Da diese Beschlüsse nicht mehr anfechtbar sind, können die Interessen der Gesellschafter durch eine Haftungsfreistellung nicht (mehr) beeinträchtigt werden. Unerheblich für die Haftungsfreistellung ist mE, ob der Geschäftsführer den Beschluss vor oder nach dem Zeitpunkt ausführt, in dem der Beschluss unanfechtbar geworden ist. Anders als im Aktienrecht ist im GmbH-Recht weitgehend unbestritten,¹⁹⁷³ dass die Geschäftsführer nicht zur Beschlussanfechtung verpflichtet sind (zur Frage einer Anfechtungsobliegenheit oder -pflicht noch sogleich).

2) *Noch anfechtbare und schon angefochtene Beschlüsse*

Die aktuelle hL zur Haftungsfreistungswirkung noch anfechtbarer oder bereits angefochtener Beschlüsse deckt sich im Wesentlichen mit jener Lehrauffassung, die sich nach der Aktienrechtsreform von 1884 im Anschluss an *Wiener* herausgebildet hatte.¹⁹⁷⁴ Dieser Lehre¹⁹⁷⁵ ist darin zuzustimmen, dass noch anfechtbare Beschlüsse, obwohl zunächst grundsätzlich beachtlich, kei-

1970 Vgl für den Fall der Zustimmung aller Gesellschafter *Ebert*, GmbHR 2003, 444 (447).

1971 Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 17; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 30; *Fleischer* in *MüKo GmbHG*⁴ § 43 Rz 347 mwN; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 35 mwN; *Paefgen* in *Habersack/Casper/Löbke*, GmbHG³ § 43 Rz 240; *Altmeyen* in *Altmeyen*, GmbHG¹¹ § 43 Rz 125; *Ziemons* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 105; *Ebert*, GmbHR 2003, 444 (447); *Mertens* in *Hachenburg*, GmbHG⁷ § 43 Rz 80.

1972 Vgl iE auch *Fleischer* in *MüKo GmbHG*⁴ § 43 Rz 347 mwN; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 35; jetzt auch *Beurskens* in *Noack et al*, GmbHG²³ § 43 Rz 19; *Fleck*, GmbHR 1974, 224 (228); *Mennicke*, NZG 2000, 622 (624), *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 213 f; *Kaffiné*, Begrenzung 116.

1973 S die Nw in Fn 1832.

1974 S dazu oben bei Fn 1911.

1975 S die Nw in Fn 1830.

ne uneingeschränkte Folgepflicht auslösen.¹⁹⁷⁶ Durch diese Relativierung der bloß vorläufigen Beschlusswirksamkeit werden die Interessen der (noch) anfechtungsberechtigten Gesellschafter geschützt. Der Geschäftsführer darf den Beschluss nicht blind befolgen, sondern muss dessen Gesetz- und Statutengemäßheit sorgfältig beurteilen und handelt insoweit „auf eigene Gefahr“,¹⁹⁷⁷ dabei hat er nach hL¹⁹⁷⁸ einen Ermessensspielraum. Beachtliche Stimmen¹⁹⁷⁹

1976 Vgl zB *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 41 Rz 23; *Ebert*, GmbHR 2003, 444 (447); *Ziemons in Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 106 mwN; *Paefgen in Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG³ § 43 Rz 240; *Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 35.

1977 Vgl etwa *Fleck*, GmbHR 1974, 224 (228): „auf eigene Gefahr“; *Beurskens in Noack et al*, GmbHG²³ § 43 Rz 19 („auf eigene Verantwortung“) jew mwN. Nach hM haben Geschäftsführer sich ein Urteil darüber zu bilden, ob im Hinblick auf eine möglicherweise erfolgreiche Anfechtung die Ausführung des Beschlusses besser unterbleiben sollte oder ob die Nachteile einer Verzögerung für den Fall, dass die Anfechtung doch unterlassen wird oder erfolglos bleibt, zu überwiegen drohen (vgl nur *Paefgen in Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG³ § 43 Rz 241 f; *Ziemons in Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 107).

1978 Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 17 aE („pflichtgemäßen Ermessens“); *Linder* in FAH, GmbHG § 41 Rz 123; für Deutschland *Fleischer* in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 347 mwN (nach hM stehe „ein gewisser Ermessensspielraum zu“); *Ebert*, GmbHR 2003, 444 (447); *Beurskens in Noack et al*, GmbHG²³ § 43 Rz 19; referierend (aber selbst abl; s sogleich) *Paefgen in Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG³ § 43 Rz 241 (nach hM bestünden „Momente einer Ermessensentscheidung“); *Mennicke*, NZG 2000, 622 (624); *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 214; *Fleck*, GmbHR 1974, 224 (228); *Mertens in Hachenburg*, GmbHG⁷ § 43 Rz 80; ausf und andere Ansichten besprechend *Kaffiné*, Begrenzung 96 ff; *Illhardt in Melot de Beauregard/Lieder/Liersch*, Managerhaftung § 5 Rz 22; anders und insoweit ähnlich wie die Individualinteressen ignorierende historische Ausgangslage etwa noch *Boesebeck*, GmbHR 1960, 118 (121), wonach der Geschäftsführer durch die Ausführung eines anfechtbaren Beschlusses jedenfalls und unabhängig vom Anfechtungserfolg von der Haftung frei werde. Es sei dem einzelnen Gesellschafter überlassen, eine einstweilige Verfügung zu erwirken, durch welche die Beschlussausführung untersagt werde (abl etwa *Kaffiné*, Begrenzung 97).

1979 So *Paefgen in Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG³ § 43 Rz 242; *Verse in Scholz*, GmbHG¹² § 43 Rz 264; so wohl auch *Ziemons in Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 108; *Pöschke* in BeckOK GmbHG⁵⁷ § 43 Rz 90 mwN; offenbar auch *Haas/Wigand* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 20.49 mwN; so möglicherweise auch *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 215; *U. H. Schneider* in *Scholz*, GmbHG¹¹ § 43 Rz 132 f; idS wohl bereits *Ring/Schachian*, Die Praxis der Aktiengesellschaft (1929) 204 (die allerdings Generalversammlungsbeschlüssen wohl gar keine Wirkung beimaßen): „Der Vorstand ist nicht zum blinden Gehorsam verpflichtet, nicht einmal berechtigt. Er handelt immer auf eigene Verantwortung. Die Willensäußerung anderer Gesellschaftsorgane kann im einzelnen die Handlung des Vorstands entschuldbar erscheinen lassen; allein das ist Tatfrage.“ Vgl zur AG *Haertlein*, ZHR 168 (2004) 437 (447), wonach die Einschätzung der Rechtslage durch den Vorstand keine Frage der Ausführungspflicht, sondern eine solche des Verschuldens sei; ein an der Gesetzmäßigkeit des Beschlusses gemessen falsches Ausführungshandeln sei pflichtwidrig, es könne aber hinreichend sorgfältig und

halten dem jedoch entgegen, dass es sich bei der gebotenen Einschätzung der Erfolgsaussichten einer Anfechtung um die Beurteilung einer Rechtsfrage handelt, weshalb der richtige Ansatzpunkt für eine Haftungsfreistellung der unverschuldete Rechtsirrtum¹⁹⁸⁰ sei. Auch wenn der Geschäftsführer für die Ausführung eines anfänglich unanfechtbaren oder später unanfechtbar gewordenen Beschlusses nicht haftet, könnte man fragen, ob er nicht selbst zur Anfechtung verpflichtet war und deshalb für die unterlassene Anfechtung haftbar werden kann. Das entspricht immerhin der hL im Aktienrecht.¹⁹⁸¹ Dessen ungeachtet lehnt das GmbH-rechtliche Schrifttum¹⁹⁸² eine Anfechtungspflicht oder -obliegenheit wie erwähnt einmütig ab. Dem ist mE zuzustimmen. Da diese Frage im GmbH-Recht eine untergeordnete Rolle spielt, kann die nachfolgende Stellungnahme kurzgehalten und im Übrigen auf die im Wesentlichen gleichgelagerten Argumente zum Aktienrecht verwiesen werden.

Der richtige Ansatzpunkt liegt mE in der (Vor-)Frage, ob die Geschäftsführer überhaupt zur Anfechtung *berechtigt* sind. Das sind sie gem § 41 Abs 3 GmbHG dann, „*wenn der Beschluß eine Maßregel zum Gegenstande hat, durch deren Ausführung die Geschäftsführer oder die Mitglieder des Aufsichtsrates ersatzpflichtig oder strafbar würden*“.¹⁹⁸³ Auf den ersten Blick wäre die Frage zu bejahen. Es ist aber Folgendes in Erinnerung zu rufen: Das Anfechtungsrecht wurde ursprünglich als Korrektiv für die (auf das Verhältnis zu den Gläubigern eingeschränkte) Anordnung einer indisponiblen Haftung (trotz Beschlussausführung) geschaffen, um den Geschäftsführern einen Ausweg aus dem Haftungsdilemma zu geben. Sie sollten den Beschluss beseitigen können, wenn er sie zur Ausführung verpflichtete, sie aber zugleich für die Ausführung gegenüber den Gläubigern (indisponibel) ersatzpflichtig würden (diese Anordnung [heute § 25 Abs 5 GmbHG] war nötig, weil die Drittschutzwidrigkeit der Maßnahme sich damals noch nicht beschlussmängelrechtlich auswirken konnte). Allerdings sind drittschutzwidrige Beschlüsse nach heutiger Dogmatik absolut nichtig. Oben wurde schon dargetan, dass das Anfechtungsrecht gem § 41 Abs 3 GmbHG seit der Anerkennung nichtiger Beschlüsse seine ursprüngliche Funktion verloren hat¹⁹⁸⁴ und heute allenfalls als Äquivalent zur aktienrechtlichen Nichtigkeitsklage (§ 200 AktG) der Klarstellung von Zweifelsfällen dienen kann¹⁹⁸⁵. Da sich § 41 Abs 3 GmbHG als Korrelat des § 25 Abs 5 GmbHG nur auf

daher unverschuldet sein. Zust *Fleischer*, BB 2005, 2025 (2026). Vgl auch *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 35 Fn 329, wonach dies in der Sache keinen Unterschied mache. Zust *Pucher*, GesRZ 2015, 174 (179).

1980 Allg zum Rechtsirrtum des Vorstands zB *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/539.

1981 S dazu im AG-Teil unten S 899 ff.

1982 S die Nw in Fn 1832.

1983 Hervorhebungen durch den Verf.

1984 S oben S 266 ff.

1985 S oben Fn 1191.

Beschlüsse bezieht, die heute absolut nichtig sind, kann der Geschäftsführer damit keine Beschlüsse beseitigen, die bloß anfechtbar sind (also keine Drittinteressen berühren). Dem könnte man entgegenhalten, dass § 41 Abs 3 GmbHG als Voraussetzung für das Anfechtungsrecht nur verlangt, dass die Ausführung den Geschäftsführer „ersatzpflichtig“ macht, ohne weiter zu differenzieren.¹⁹⁸⁶ Immerhin forderte § 271 Abs 4 dHGB 1897 noch, dass sich das Vorstandsmitglied „den Gläubigern der Gesellschaft haftbar“ machen würde. Allerdings enthalten die Mat zu § 41 Abs 3 GmbHG keine Indizien für eine Änderung der Rechtslage im Verhältnis zu § 271 Abs 4 dHGB 1897. Ganz im Gegenteil: Nach dem Herrenhausbericht ist § 41 GmbHG „in Übereinstimmung mit den §§ 271 bis 273 des neuen deutschen Handelsgesetzbuches“ angeordnet.¹⁹⁸⁷ Auf Wortlautebene zeugt nur noch die zweite Tatbestandsalternative („oder strafbar“) von der Bezugnahme auf drittschutzwidrige Beschlüsse. Daraus folgt, dass die Geschäftsführer gar nicht zur „Anfechtung“ bloß anfechtbarer Beschlüsse *berechtigt* sind, weil sich ihr „Anfechtungsrecht“ gem § 41 Abs 3 GmbHG auf (drittschutzwidrige) Beschlüsse bezieht, die nach heutiger Dogmatik absolut nichtig sind. Die Frage einer Anfechtungsobliegenheit oder -pflicht stellt sich daher nicht.

Im Übrigen würde eine Anfechtungsobliegenheit voraussetzen, dass ein Beschluss ausführungspflichtig ist, die Ausführung aber zugleich haftbar macht. Für die Ausführung anfänglich unanfechtbarer Beschlüsse haften die Geschäftsführer aber wie erwähnt gar nicht. Für die Ausführung noch anfechtbarer Beschlüsse haften sie uU zwar, sind aber nicht zur Ausführung verpflichtet (kein Haftungsdilemma). Für eine (indisponible) Haftung bestünde auch kein Anlass, weil Gesellschafterinteressen nicht beeinträchtigt wären und sonstige Schutzinteressen (etwa ein Gesellschaftsinteresse)¹⁹⁸⁸ nicht erkennbar

1986 S zu diesem Argument schon ausf oben in Fn 1187.

1987 HHB I 272 BlgHH 17. Session 1905 11. Ähnlich die AmtlBegr zu § 198 AktG 1937/1938 (der ebenfalls nur noch undifferenziert von der Ersatzpflicht sprach): „Die Anfechtungsbefugnis ist in § 198 im wesentlichen entsprechend dem geltenden Recht geregelt.“ (AmtlBegr AktG 1937/1938 225; abgedr auch bei *Klausing*, AktG 177). Im Übrigen sprachen auch Art 190a iVm 222 ADHGB 1884, die erstmals ein Anfechtungsrecht des Vorstands normierten, ebenso wenig wie § 41 Abs 3 GmbHG von einer Ersatzpflicht gegenüber den Gläubigern. Gleichwohl ließen die Motive keinen Zweifel daran, dass der Vorstand *nur deshalb* anfechtungsberechtigt sein sollte, weil er uU „den Gläubigern der Gesellschaft sich selbst verantwortlich macht [...]“. (AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 467). S zu den möglichen Erklärungen für die jew Regelungstechniken und Änderungen in Fn 1187.

1988 Vgl idZ *E. Artmann*, GES 2007, 3 (14) mwN in Fn 117; für Einpersonen-AG *Koppensteiner*, GES 2015, 5 (8); vgl auch *Karollus*, ÖBA 1990, 337 (338); OGH 29.03.1990, 6 Ob 704/89 ecolex 1990, 419: „Die gesamte Geschäftspolitik und Wirtschaftsstrategie einer GmbH wird – innerhalb der gesetzlichen Grenzen – autonom durch die Gesellschafterversammlung festgelegt, überwacht und gebilligt. Was in diesem Rahmen mit dem Willen der Gesellschafterversammlung geschehen ist, mag

sind. Die Gesellschafter dürfen sich innerhalb der Grenzen zwingenden Rechts auch selbst schädigen.¹⁹⁸⁹ Andernfalls wären die betreffenden Beschlüsse genau betrachtet nicht mehr anfechtbar, sondern absolut nichtig (s oben)¹⁹⁹⁰, und zwar wie erwähnt ohne Rechtfertigung durch irgendwelche Schutzinteressen. Dass der Geschäftsführer für die Ausführung trotz Beschlusskonformität haftet, impliziert nämlich, dass dadurch indisponible Interessen beeinträchtigt werden. Gleiches gilt für eine (angenommene) Anfechtungspflicht. Grundsätzlich wäre es einerlei, ob der Gesetzgeber als Korrektiv für eine ungerechtfertigte (weil Schutzinteressen beeinträchtigende) Haftungsfreistellung eine Ersatzpflicht trotz Beschlussausführung anordnet und den Organmitgliedern als Ausgleich ein Anfechtungsrecht gewährt, oder ob er zwar nicht die Haftung für die Beschlussausführung anordnet, aber dafür die Organmitglieder zur Anfechtung verpflichtet.¹⁹⁹¹ Da der (historische) Gesetzgeber den ersten Weg beschritt, hat das Anfechtungsrecht wie erwähnt den Charakter einer Obliegenheit¹⁹⁹² (die wie erwähnt keinen Anwendungsbereich mehr hat). Selbst wenn der Gesetzgeber eine Anfechtungspflicht vorgesehen hätte, hätte sie (ebenfalls) keinen Anwendungsbereich mehr, weil Beschlüsse, die Gesellschafter- oder Drittinteressen beeinträchtigen, die Haftung ohnedies nicht ausschließen und ihre Beseitigung durch den Geschäftsführer daher überflüssig

im wirtschaftlichen Ergebnis objektiv nachteilig sein, kann aber keine Verletzung der Gesellschaftsinteressen darstellen.“ Zust auch Rüffler in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Organhaftung 13 (25).

1989 Vgl E. Artmann (GES 2007, 3 [14]), nach der die Gesellschafter über das Gesellschaftsvermögen – soweit es nicht im Interesse der Gläubiger gebunden ist – disponieren können, selbst wenn dabei die Gesellschaft geringere Gewinne macht oder gar Verluste entstehen. Vgl auch von Falkenhausen, NZG 2016, 601 (604) mwN; OGH 29.03.1990, 6 Ob 704/89 ecolex 1990, 419 (s noch Fn 1988).

1990 Das entspricht der Entwicklung von drittschutzwidrigen (und damit tatsächlich nichtigen) Beschlüssen im älteren Aktienrecht.

1991 Nach beiden Ansätzen ist der Vorstand zur Ausführung verpflichtet. Nach dem ersten Ansatz haftet er zugleich für die Ausführung solcher Beschlüsse, nach dem zweiten haftet er zwar nicht unmittelbar für die Ausführung, aber dafür, nicht verhindert zu haben, dass er für die Ausführung eben nicht haftet. Es ist hier vielleicht an das Konzept des Einlassungsverschuldens zu denken. Beide Ansätze haben aber dasselbe Ergebnis: In beiden Fällen haften Vorstandsmitglieder sowohl für die Ausführung als auch für die Nichtausführung des Beschlusses. Beide Male soll eine ungerechtfertigte, weil geschützte Interessen beeinträchtigende, Haftungsfreistellung verhindert werden – einmal schließt der Gesetzgeber die Haftungsfreistellung aus („simuliert“ also eine Situation ohne Beschluss), sodass die Anfechtung aus Sicht der Organmitglieder zugleich eine Obliegenheit ist, das andere Mal sind Vorstandsmitglieder zur Anfechtung verpflichtet, weil der Gesetzgeber die Haftungsfreistellung selbst unberührt lässt.

1992 Vgl auch für die AG *Fleischer* in BeckOGK AktG § 93 Rz 335 (Stand 01.10.2023); *dens*, BB 2005, 2025 (2030), wonach die von § 245 Z 5 dAktG verfolgte Selbstschutzfunktion eher den Charakter einer Obliegenheit, dh einer Wahrnehmung im eigenen Interesse, und nicht den einer Organpflicht habe. S auch Fn 3573.

wäre. Und Beschlüsse, die *keine* Interessen beeinträchtigen (unanfechtbare Beschlüsse), erfordern auch keine Anfechtungspflicht (aus den oben zur Anfechtungsobliegenheit genannten Gründen)¹⁹⁹³. Es wäre als Einschränkung der Privatautonomie zudem nicht zu rechtfertigen, dass sich der Geschäftsführer als Wahrer der Gesellschafterinteressen aufschwingt und einen Beschluss beiseitigt, den die Gesellschafter so gewollt haben.¹⁹⁹⁴ Dabei ist unerheblich, auf welche Weise sie sich dem (disponiblen) Beschlussgegenstand unterworfen haben, sei es durch positive Stimmabgabe¹⁹⁹⁵, unterlassenen Widerspruch, Nichterscheinen (anfängliche Unanfechtbarkeit), Verstreichenlassen der Anfechtungsfrist oder Verzicht auf die Anfechtung (nachträgliche Unanfechtbarkeit).¹⁹⁹⁶ Eine Anfechtungspflicht ließe sich auch nicht aus der Sorgfaltspflicht gem § 25 Abs 1 GmbHG ableiten. Diese gebietet nur, die Ausführung eines Beschlusses zu unterlassen, der die Interessen der (anfechtungsberechtigten) Gesellschafter

1993 Eine Pflicht zur Anfechtung anfänglich unanfechtbarer oder noch anfechtbarer Beschlüsse liefe letztlich auf eine absolute Beschlussnichtigkeit hinaus, die wie erwähnt durch kein Schutzinteresse gerechtfertigt wäre. Die Gesellschafter dürfen sich aber wie gesagt innerhalb zwingender Grenzen und bei Wahrung von Individual- und Minderheitsinteressen auch wirtschaftlich selbst schädigen (s oben Fn 1989).

1994 Vgl *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG § 41 Rz 63 (Stand 01.08.2013), wonach es Sache der Gesellschafter sei, einen wenn auch mangelhaften Beschluss durch unterlassene Anfechtung einer Heilung zuzuführen; ähnlich *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG² § 20 Rz 9, nach denen es nicht Sache der Geschäftsführer sei, Interessen der Gesellschaft gegen den Willen der Gesellschafter durchzusetzen. Vgl auch *Harrer*, Haftungsprobleme 89, wonach der Geschäftsführer nicht die Aufgabe habe, die Anfechtungsbefugnis der Minderheit gleichsam an sich zu ziehen. Der Gesetzgeber habe den Geschäftsführern nicht deshalb ein Anfechtungsrecht eingeräumt, damit sie unzumutbare Weisungen der Gesellschafter anfechten können (aaO 91). Zust *Artmann*, DRdA, 2002, 370 (371); vgl auch *dies*, GES 2007, 3 (14 f) mwN, wonach den Geschäftsführern nicht die Aufgabe zukomme, über den Willen der Gesellschafter zu entscheiden, indem sie die (nicht genutzte) Anfechtungsbefugnis der Minderheit an sich ziehen. Haben sich die (Minderheits-)Gesellschafter der Anfechtungsbefugnis begeben, indem sie davon keinen Gebrauch gemacht haben, so könne nicht der Geschäftsführer zum Richter über die Interessen der Gesellschaft gemacht werden. Vgl auch *Rüffler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 13 (25), nach dem für den Geschäftsführer kein Grund bestehe, sich zum Sachwalter der Gesellschafterinteressen zu machen bzw ihn dazu zum Zwecke eigener Haftungsvermeidung zu nötigen.

1995 Vgl *E. Artmann*, GES 2007, 3 (14), wonach eine Anfechtungspflicht des Geschäftsführers insb bei einstimmiger Beschlussfassung kein gangbarer Weg wäre.

1996 Vgl *E. Artmann*, GES 2007, 3 (14): Es sei unerheblich, ob der Wille der Gesellschafter in Form eines einstimmigen Beschlusses zum Ausdruck gekommen ist, oder dadurch, dass ein (treuwidriger) Mehrheitsbeschluss mangels Anfechtung durch die Minderheit verbindlich wurde. Vgl auch *Harrer*, Haftungsprobleme 89, 145. Vgl idZ auch bereits AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 467: „Aber das Schweigen eines anwesenden Aktionärs muß als eine Billigung des Beschlusses gelten. Ebenso muß angenommen werden, daß ein nicht erschienener Aktionär sich im Voraus den Beschlüssen der Generalversammlung unterworfen und damit auf ein Anfechtungsrecht verzichtet hat.“

oder Dritter beeinträchtigt, aber nicht, einen Beschluss zu beseitigen, der trotz objektiver Rechtswidrigkeit keinerlei Interessen beeinträchtigt, und dadurch die Gesellschafter zu bevormunden. Die Sorgfaltspflicht verpflichtet den Geschäftsführer als Treuhänder fremden Vermögens lediglich auf die präsumtiven Interessen der Gesellschafter als (wirtschaftliche) Treugeber.¹⁹⁹⁷ Sofern diese aber (ohne in die Rechtssphäre Dritter einzugreifen) legitimerweise von der objektiven Sorgfalt abweichen und sich wirtschaftlich selbst schädigen, prävaliert dieser Wille gegenüber dem gesetzlichen Sorgfaltsmaßstab.¹⁹⁹⁸

Zusammenfassend sind die Geschäftsführer nicht zur Anfechtung (bloß) anfechtbarer Beschlüsse berechtigt. Denn das Anfechtungsrecht gem § 41 Abs 3 GmbHG ist als Obliegenheit zur Befreiung aus einem Haftungsdilemma aufgrund der Verletzung von Gläubigerschutzvorschriften (§ 25 Abs 5 GmbHG) konzipiert; ein solches Dilemma kann nach heutigem Beschlussmängelrecht aber nicht mehr entstehen. Die Frage einer Anfechtungsobliegenheit oder -pflicht stellt sich daher gar nicht. Solches würde nach heutigem Beschlussmängelrecht die Indisponibilität des Beschlussgegenstands implizieren und damit auf eine absolute Nichtigkeit hinauslaufen. Deshalb wären eine Anfechtungsobliegenheit (also die korrespondierende Anordnung einer indisponiblen Haftung nach Art des § 25 Abs 5 GmbHG) oder eine Anfechtungspflicht insoweit nicht zu rechtfertigen, als Beschlüsse nicht (mehr) anfechtbar sind. Insoweit werden Gesellschafterinteressen nämlich durch eine Haftungsfreistellungswirkung gar nicht (mehr) beeinträchtigt und die Gesellschafter können über den Beschlussgegenstand disponieren. Im GmbH-Recht wird eine Anfechtungsobliegenheit oder -pflicht des GmbH-Geschäftsführers wie erwähnt ohnedies abgelehnt.¹⁹⁹⁹ Der Blick in das aktienrechtliche Schrifttum offenbart jedoch ein anderes Bild. Diese Divergenz ist mE nicht (rechtsformspezifisch) erklärbar, obwohl es mit § 84 Abs 4 Satz 1 AktG eine weitere Norm gibt, die die Haftungsfreistellungswirkung von HV-Beschlüssen regelt (sie wird aber soweit ersichtlich nicht als Argument für eine Anfechtungspflicht vorgebracht). Eigentlich stellen sich die im Aktienrecht behandelten Fragen auch im GmbH-Recht.²⁰⁰⁰ Dass eine Anfechtungsobliegenheit oder -pflicht hier wie gesagt abgelehnt wird, zeigt aber, dass diese Frage vielleicht auch im Aktienrecht überdacht werden sollte (darauf wird im AG-Teil noch zurückzukommen sein).

1997 Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 19; *E. Artmann*, GES 2007, 3 (14).

1998 Vgl idS auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 19, nach denen sich die Bindung des Geschäftsführers an die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes aus seiner Stellung als Verwalter eines fremden Vermögens erkläre. Ihr innerer Grund falle weg, wenn die wirtschaftlichen Eigentümer dieses Vermögens, nämlich die Gesellschafter, ihren Willen hinsichtlich der Gestion des Unternehmens zum Ausdruck gebracht haben.

1999 S die Nw in Fn 1832.

2000 Vgl auch *E. Artmann*, GES 2007, 3 (12 f).

3) Fazit zu anfechtbaren Beschlüssen

Gesellschafterbeschlüsse können grundsätzlich die Haftung ausschließen, soweit weder Interessen Dritter noch der anfechtungsberechtigten Gesellschafter beeinträchtigt werden. Haftungsfreistellend wirken demnach Beschlüsse (Weisungen und Ermächtigungen), die von Anfang an gar nicht anfechtbar sind, etwa weil sie vom Alleingesellschafter in Mehrpersonengesellschaften einstimmig gefasst wurden, oder weil kein Widerspruch gegen den Beschluss erhoben wurde; weiters Beschlüsse, die zwar anfechtbar waren, aber nachträglich unanfechtbar geworden sind, etwa weil die Gesellschafter auf die Anfechtung verzichtet haben, die Anfechtungsfrist ungenutzt verstreichen ließen oder weil eine Anfechtungsklage rechtskräftig abgewiesen wurde. Eine Anfechtungsobliegenheit oder -pflicht trifft die Geschäftsführer nicht. Noch anfechtbare oder bereits angefochtene Beschlüsse sind nicht unbedingt ausführungspflichtig. Der Geschäftsführer muss vielmehr eigenverantwortlich und sorgfaltsgemäß (§ 25 Abs 1 GmbHG) die Gesetz- und Statutengemäßheit des Beschlusses beurteilen (als würde er ohne Beschluss handeln). Es kann am Verschulden mangeln, wenn der Geschäftsführer die Pflichtwidrigkeit nicht erkennen konnte.

v. Nichtige Beschlüsse

Nach allgM²⁰⁰¹ sind nichtige Beschlüsse nicht ausführungspflichtig und schließen die Haftung nicht aus. Ein Beschluss ist nichtig, wenn er gegen Vorschriften zum Schutz Dritter (insb der Gläubiger) verstößt.²⁰⁰² Demgegenüber nimmt die Gegenauffassung im Anschluss an die hL wie erwähnt zwar (Gesamt-)Nichtigkeit drittschutzwidriger Beschlüsse an, bejaht aber eine Haftungsfrestellungswirkung auf Grundlage des Arglisteneinwands, sofern die Interessen der Gesellschafter gewahrt sind, was bei einstimmiger Beschlussfassung aller Gesellschafter angenommen wird.²⁰⁰³ Damit wird das pauschalierende Diktum relativiert, dass nichtige Beschlüsse die Haftung nicht ausschließen. Hierbei wird ersichtlich, dass die wesentliche Weichenstellung für die Beurteilung der Haftungsfrestellung bereits in der dogmatischen Einordnung dieser Wirkung liegt. Zudem erweist sich die Kategorie der Beschlussnichtigkeit als wenig hilfreich für die Beurteilung der Haftungsfrestellungswirkung. Der Scheitelpunkt liegt vielmehr in der Frage, ob durch die Freistellung geschützte Interessen beeinträchtigt werden, was differenziert zu beurteilen ist. Nachfolgend soll unter Zugrundelegung der bisherigen Erkenntnisse untersucht werden, ob, in welchen Grenzen und auf welcher Rechtsgrundlage drittschutzwidrige (insb gläubiger-

2001 Vgl nur *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 20 Rz 9, § 25 Rz 17 und die Nw in Fn 1791.

2002 Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 20 Rz 9, § 25 Rz 17; vgl auch § 199 Abs 1 Z 3 AktG (analog).

2003 S oben bei Fn 1838 ff und Fn 1850.

schutzwidrige), und damit nach allgM „nichtige“ Gesellschafterbeschlüsse die Geschäftsführerhaftung ausschließen können.

1) *Haftungsfreistellungswirkung drittschutzwidriger (insb gläubigerschutzwidriger) Beschlüsse in Grenzen*

Oben wurde schon erläutert, dass die Folgepflicht zwar eine hinreichende, aber keine notwendige Voraussetzung für die Haftungsfreistellung ist. Deren dogmatische Grundlage ist mE die allgemeine (rechtsgeschäftliche) Einwilligung in die Schädigung, die in jedem (Weisungs-)Beschluss enthalten ist. Davon ausgehend ist das Fehlen einer Folgepflicht kein Argument für den Ausschluss der (grundsätzlichen) Haftungsfreistellungswirkung bei nichtigen Beschlüssen. Vielmehr ist der Gegenauffassung (und hdL) darin zuzustimmen, dass der Ausschluss einer Haftungsfreistellung drittschutzwidriger (insb gläubigerschutzwidriger) Beschlüsse *nur soweit* geboten ist, als dadurch berechnigte Schutzinteressen beeinträchtigt werden.²⁰⁰⁴ Überprüfungswürdig ist aber die Prämisse, dass der Verstoß gegen eine drittschützende Verhaltenspflicht zwangsläufig die Gesamtnichtigkeit des Beschlusses zur Folge hat, sodass eine Haftungsfreistellung nur außerrechtsgeschäftlich (zB durch den Arglistseinwand) begründet werden kann. Auszugehen ist mE hierbei von jener differenzierenden Ansicht²⁰⁰⁵, der zufolge aufgrund des „doppelten Inhalts“ von Weisungsbeschlüssen die Beschlusswirkungen „Folgepflicht“ einerseits und „Zustimmung zur Selbstschädigung“ andererseits hinsichtlich einer allfälligen Nichtigkeitsfolge getrennt zu beurteilen sind. Danach muss ein Beschluss nicht zwingend zur Gänze nichtig sein, sondern kann auch bloß teilnichtig sein, wenn sich die Beschlussinhalte „trennen“ lassen.²⁰⁰⁶ In diesem Fall muss wiederum die Zustimmung zur Schädigung gesondert auf eine allenfalls verwirklichte Gesetz- oder Sittenwidrigkeit hin untersucht werden.²⁰⁰⁷ Maßgebend ist dabei der Schutzzweck der übertretenen Norm.²⁰⁰⁸ Bemerkenswert ist allerdings, dass auch *Rauter* (als Vertreter dieser differenzierenden Ansicht) Beschlüsse, die gegen Kapitalschutzvorschriften verstoßen, als gesamtnichtig qualifiziert und eine Haftungsfreistellungswirkung (wie die hdL und österreichische Mindermeinung) „nur“ auf Grundlage des *venire*-Satzes in Betracht zieht. An der differenzierenden Beurteilung nach den angestrebten Beschlusswirkungen und dem gesetzlichen Schutzzweck ist mE aber festzuhalten. Sie ist

2004 Vgl allg zur Rechtfertigung einer Einschränkung der Dispositionsfreiheit durch Schutzinteressen *Möslein*, Dispositives Recht 164 ff, *passim*.

2005 Vgl insb *Rauter*, *ecolex* 2012, 944 (945 ff). S auch die weiteren Nw in Fn 1822 ff.

2006 *Rauter*, *ecolex* 2012, 944 (945); vgl allg auch *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG*³ § 41 Rz 19; *Enzinger* in *Straube*, *WK GmbHG* § 41 Rz 29 (Stand 01.08.2013), wonach der übrige Teil des Beschlusses in diesem Fall nicht mangelhaft sei.

2007 *Rauter*, *ecolex* 2012, 944 (945 f).

2008 *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, *Hdb Geschäftsführerhaftung*² Rz 255.

systemkonform, weil Gesellschafterbeschlüsse nach hL²⁰⁰⁹ mehrseitige Rechtsgeschäfte *sui generis* sind und folglich auch für sie die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts²⁰¹⁰ und das tragende Prinzip der Privatautonomie gelten. Einschränkungen der Privatautonomie durch zwingendes Recht erfordern eine besondere Begründung und sind nur soweit gerechtfertigt, als es der Zweck der übertretenen Norm verlangt.²⁰¹¹ Die gesellschaftsrechtliche Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen ist im Übrigen auch keine andere als die allgemeine zivilrechtliche Nichtigkeit.²⁰¹² Neben der angesprochenen Reichweite der Nichtigkeitswirkung und – damit verbunden – der dogmatischen Begrün-

2009 Vgl. *Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ Vor § 195 Rz 32; *Thöni*, Rechtsfolgen 59 ff mwN; *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse 15 mwN; *Feltl*, Beschlussmängel 49 mwN; vgl. bereits *Koenige*, HGB² (1929) § 271 Anm 1 (S 491).

2010 Vgl. *Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ Vor § 195 Rz 32.

2011 Vgl. zum „Ob“ der Nichtigkeit RIS-Justiz RS0016837: „*Ein Rechtsgeschäft ist mangels ausdrücklicher Nichtigkeitssanktion im Verbotsgesetz nur dann nichtig, wenn dies der Zweck des Verbotsgesetzes verlangt.*“ Vgl. zum „Wie“ RIS-Justiz RS0016417: „*Die Nichtigkeit eines Vertrages tritt nur in jenem Umfang ein, den der Zweck des Verbotsgesetzes erheischt.*“ Vgl. auch RIS-Justiz RS0016431. Vgl. außerdem *Gschnitzer in Klang*, ABGB IV/1² 167, wonach § 879 ABGB (anders als § 878 ABGB) keinen Hinweis auf die Rechtsfolgen enthalte, weshalb der Spielraum für die Auslegung groß sei. Diese müsse sich von der überlieferten Anschauung über den starren Begriff der Nichtigkeit, wie ihn auch das BGB verwendet, freimachen. Die völlige Unwirksamkeit des Geschäfts, seine rückwirkende Vernichtung von Amts wegen, die absolute Wirkung gegenüber jedermann, die Unmöglichkeit der Verjährung, das müsse so lange als möglich vermieden werden und sei nur die *ultima ratio*. Die Nichtigkeit dürfe nicht weiter reichen, als sie durch den erkennbaren Zweck der Norm gerechtfertigt erscheint. Dementsprechend versuche man zuerst alle Mittel, um die Ungültigkeit zu vermeiden: Umdeutung und Heilung der Ungültigkeit. Ist sie aber unvermeidlich, lasse man ihre Wirkung nicht weiter reichen als unbedingt notwendig: Nichtigkeit nur eines Teiles, regelmäßig keine Geltendmachung von Amts wegen. Vgl. auch *Welser/Kletečka*, Grundriss I¹⁵ Rz 566 mwN; *Krejci in Rummel*, ABGB⁴ § 879 Rz 21 ff, 508 ff mwN; *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 879 Rz 3 mwN (Stand 01.10.2017); *Bollenberger/P. Bydlinski in KBB*⁷ § 879 Rz 3; *Riedler in Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 879 Rz 3; vgl. iZm Gesellschafterbeschlüssen *Thöni*, Rechtsfolgen 62 mwN; *Mayer-Maly in FS Reimer*, 67 (71); *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 13, 243 ff; *dens in Bergmann/Kalss*, Rechtsformwahl Rz 3/27; allg. auch *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 147 f.

2012 Vgl. *Feltl*, Beschlussmängel 119 ff, 186 (resümierend); *Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ Vor § 195 Rz 32; vgl. auch *AmtlBegr AktG 1937/1938* 223 (abgedr. auch bei *Klausing*, AktG 172): „*Auf die Unterscheidung [sc zwischen anfechtbaren und nichtigen Beschlüssen] kann ohne Verstoß gegen allgemein anerkannte und im bürgerlichen Recht gefestigte Grundsätze nicht verzichtet werden.*“ Freilich modifiziert das Aktienrecht diese allg bürgerlich-rechtliche Nichtigkeit, vor allem durch die Möglichkeit der Heilung (vgl. *Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ Vor § 195 Rz 32 ff). Instrukativ bereits *Koenige*, HGB² (1929) § 271 Anm 1 (S 491), wonach Verstöße gegen zwingendes Recht oder die guten Sitten nach allg Grundsätzen absolute Nichtigkeit bewirken, und zwar auch für Generalversammlungsbeschlüsse, weil diese Rechtsgeschäfte seien.

dung der Freistellungswirkung soll auch die These kritisch hinterfragt werden, dass die Interessen der einzelnen Gesellschafter nur bei einstimmiger Beschlussfassung durch alle Gesellschafter ausreichend gewahrt sind.

Demgemäß gilt es für die einzelnen Beschlusswirkungen, nämlich (i) die Folgepflicht (bei Weisungen) und jedenfalls (ii) die Einwilligung in die Selbstschädigung, jeweils zu untersuchen, ob und inwieweit Drittinteressen (insb Gläubigerinteressen) und/oder Gesellschafterinteressen Einschränkungen der angestrebten Rechtswirkungen erfordern. Dabei bietet es sich an, nicht nur Verstöße gegen Kapitalschutzvorschriften (die für § 25 Abs 5 GmbHG bedeutsam sind), sondern auf breiterer Basis allgemein Verstöße gegen drittschutzorientierte Vorschriften zu untersuchen. Durch diese allgemeine Problemanäherung soll die Sonderstellung der Ersatzansprüche gem § 25 Abs 3 GmbHG (analog) im System der Haftungskonzentration besser verständlich werden.

a. Reichweite der Nichtigkeit: Einschränkung durch Drittinteressen
(insb Gläubigerinteressen)

a. *Beschlusswirkung „Folgepflicht“ (bei Weisungen)*

Der Zweck drittschutzorientierter (insb gläubigerschützender) Vorschriften erfordert zweifellos, dass der Geschäftsführer nicht zur Ausführung eines dagegen verstoßenden Beschlusses verpflichtet wird.²⁰¹³ Dem Gesetz kann nämlich nicht unterstellt werden, einerseits eine zwingende Verhaltensanordnung aufzustellen, andererseits aber einer widersprüchlichen Verhaltenspflicht Wirksamkeit zu verleihen.²⁰¹⁴ Anders gewendet kann die Gesellschaft ihre Organmitglieder nicht wirksam zu einem Verhalten verpflichten, das ihr selbst nicht gestattet ist. Der Schutzzweck erfordert deshalb die Gesamtnichtigkeit der Beschlusswirkung „Folgepflicht“.

Allerdings ist wie erwähnt nicht die Folgepflicht, sondern die Einwilligung in die Schädigung die dogmatische Grundlage der Haftungsfreistellungswirkung. Da jede Verpflichtung auch eine Ermächtigung in sich begreift, ist zu prüfen, ob ein drittschutzwidriger (und damit unverbindlicher) Weisungsbeschluss den Geschäftsführer aufgrund der „enthaltene“ Zustimmung dennoch von der Haftung entbinden kann.²⁰¹⁵ Dogmatisch bedeutet das – wie auch *Rauter*²⁰¹⁶ betont – die Teilnichtigkeit des Weisungsbeschlusses. Übrig bleibt dann die enthaltene Einwilligung in die Schädigung.

2013 Unstr; vgl zur Unverbindlichkeit nichtiger Beschlüsse statt vieler *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 20 Rz 9; für Deutschland *Fleischer* in *MüKo GmbHG*⁴ § 43 Rz 347; *Ziemons* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 101 mwN.

2014 Ähnlich *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/275, nach denen nicht anzunehmen ist, dass die Rechtsordnung an die Missachtung von Weisungen, die von ihr selbst verpönt sind, Sanktionen zu Lasten des Geschäftsführers knüpft. So auch *Straube/Rauter*, JAP 2017/2018/15, 168 (169).

2015 Dafür tendenziell *Rauter*, *ecolex* 2012, 944 (945).

2016 *Rauter*, *ecolex* 2012, 944 (945).

gung, die nun auf ihre Wirksamkeit zu prüfen ist (dieselbe Frage stellt sich, wenn man es ohnehin nur mit einem Ermächtigungsbeschluss zu tun hat).

β. Beschlusswirkung „Einwilligung in die Schädigung“

Da die (auch beschlussmäßige)²⁰¹⁷ Einwilligung in die Schädigung nach hA als rechtsgeschäftliche Willenserklärung einzuordnen ist,²⁰¹⁸ unterliegt sie dem Grundsatz der Vertragsfreiheit als Teilaspekt des allgemeinen Prinzips der Selbstbestimmung.²⁰¹⁹ Grundsätzlich kann die Gesellschaft also in die Schädigung ihres Vermögens einwilligen. Dass die Einwilligung etwa wegen Gesetz- oder Sittenwidrigkeit nichtig ist, wäre angesichts der grundsätzlichen Privatautonomie besonders zu rechtfertigen.²⁰²⁰ Inwieweit sie nichtig ist, ergäbe sich aus dem Zweck der Verbotsnorm.²⁰²¹ Umgekehrt kann die Gesellschaft durch Einwilligung über das Rechtsgut disponieren, soweit es der Normzweck nicht verbietet.²⁰²²

Das Rechtsgut, auf das sich die Einwilligung der Gesellschaft in den hier zu behandelnden Fällen bezieht, ist (ihr) bloßes Vermögen. Allgemein gilt, dass Dispositionen über das bloße Vermögen grundsätzlich unbeschränkt möglich sind (vgl § 354 ABGB).²⁰²³ Einer Einwilligung in die Schädigung am Gesellschaftsvermögen stehen daher nicht bereits *rechtsgutbezogene* Schranken entgegen.²⁰²⁴ Schranken können sich aber allenfalls aus hinzutretenden Schutzüberlegungen des allgemeinen Deliktsrechts oder aufgrund besonderer Schutzgesetze ergeben.²⁰²⁵

Hält man nach solchen speziellen Schutzgesetzen Ausschau, ist auf den ersten Blick nicht ersichtlich, dass Verfügungen der Gesellschaft über ihre Ersatzansprüche (die zu ihrem Vermögen gehören) durch Drittinteressen beschränkt sein könnten. Denn wenn Geschäftsführer Verhaltenspflichten verletzen, die ihnen zum Schutz Dritter (insb Gläubigern) auferlegt sind, haften sie regelmäßig ohnedies *unmittelbar* dem geschützten Dritten gegen-

2017 S die Nw in Fn 2009.

2018 Vgl statt aller mwN zum Meinungsstand *Koziol*, Haftpflichtrecht I⁴ C/1/125 ff.

2019 Vgl *Resch*, Einwilligung 46 ff, 119; *Koziol*, Haftpflichtrecht I⁴ C/1/120 ff.

2020 *Resch*, Einwilligung 79.

2021 Im gegebenen Zusammenhang instruktiv *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 255, nach denen die Möglichkeit der Einwilligung der Gesellschaft in die Schädigung ihres Vermögens Grenzen habe, zumal gerade bei Kapitalgesellschaften neben Minderheitsgesellschaftern auch Dritte (insb Gläubiger) ein Interesse am Gesellschaftsvermögen hätten. Es hänge idZ vom Schutzzweck der übertretenen Norm ab, ob die Einwilligung den Geschäftsführer von einer Haftung befreit oder nicht. Vgl auch *Resch*, Einwilligung 79; *Thöni*, Rechtsfolgen 62 mwN; vgl auch *Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse 18 mwN; *Feltl*, Beschlussmängel 64.

2022 Vgl *Koziol*, Haftpflichtrecht I⁴ C/1/120.

2023 *Koziol*, Haftpflichtrecht I⁴ C/1/121; *Resch*, Einwilligung 95, 119, der das bloße Vermögen in die Kategorie der „frei disponiblen“ Rechtsgüter eingliedert.

2024 *Resch*, Einwilligung 119.

2025 Vgl *Resch*, Einwilligung 119.

über (Außenhaftung). Diese Haftung kann die Gesellschaft selbstverständlich nicht durch Einwilligung ausschließen, weil Verfügungen über fremde Rechte nach allgemeinen Grundsätzen unwirksam sind.²⁰²⁶ Insoweit würde die Gesellschaft gar nicht über *ihr eigenes* (grundsätzlich disponibles) Vermögen verfügen.

Verfügungsschranken sind aber auch im verbleibenden Bereich der Innenhaftung auf den ersten Blick nicht erkennbar. Denn Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen ihre Geschäftsführer (Innenhaftung) resultieren grundsätzlich aus der Verletzung von Pflichten, die dem Geschäftsführer zum Schutz der Gesellschaft auferlegt sind, wie vor allem die Pflicht zur sorgfältigen (bloßen) Geschäftsführung. Gleiches gilt für die Pflicht des Geschäftsführers, dafür Sorge zu tragen, dass die Gesellschaft jene (drittschutzorientierten) Pflichten einhält, die sie im Rechtsverkehr treffen (Legalitätspflicht als „externe Pflichtenbindung“)^{2027, 2028} Diese Verkehrspflichten („Aktionsrecht“²⁰²⁹) dienen zwar dem Schutz Dritter, weshalb davon dispensierende Beschlüsse nicht zur Ausführung verpflichtet (s oben). Adressatin dieser Pflichten ist aber typischerweise die Gesellschaft, und nicht der Geschäftsführer. Der Geschäftsführer ist nur in seiner Funktion als organschaftlicher Vertreter angesprochen (er handelt *ex causa mandati*). Daher wird das schädigende Geschäftsführerhandeln der Gesellschaft als eigenes Verhalten zugerechnet, wodurch die Gesellschaft dem Dritten ersatzpflichtig wird.²⁰³⁰ Gleichzeitig wird der Geschäftsführer regelmäßig im Innenverhältnis der Gesellschaft ersatzpflichtig, weil er ihr gegenüber seine Legalitätspflicht verletzt.²⁰³¹ Der Schaden liegt in der Belastung des Gesellschaftsvermögens mit

2026 Vgl idZ auch *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/275; *Straube/Rauter*, JAP 2017/2018/15, 168 (169). Vgl bereits *Brodmann*, Aktienrecht (1928) § 271 Anm 1.I. (S 403): „Man darf über dem Gedanken, daß in Gesellschaftsangelegenheiten die Mehrheit zu entscheiden hat, nicht die Wahrheit aus den Augen verlieren, daß ebenso wie der einzelne so auch die A-Gesellschaft als juristische Person im allgemeinen nicht die Macht hat, mit ihren Beschlüssen gestaltend in die Rechtssphäre Dritter einzugreifen.“

2027 *Fleischer* in *MüKo GmbHG*⁴ § 43 Rz 21, 30 ff; *ders*, ZIP 2005, 141 (144 f); *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 38 mwN.

2028 Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 7; *Schlosser*, Organhaftung 39; *Fleischer* in *MüKo GmbHG*⁴ § 43 Rz 30; *Ziemons* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 63 ff; *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 38.

2029 *U. Torggler* in *Kalss/U. Torggler*, Compliance 97 (100 und *passim*).

2030 Vgl *Duursma-Kepplinger* in *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Hdb GesR Rz 2961; *Völkl*, ÖJZ 703 (708); *Kalss* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 73 (81 f) iZm prospekt- und kapitalmarktrechtlichen Informationspflichten; *G. Frotz*, GesRZ 1982, 98 (105) mwN; vgl *Koppensteiner*, GES 2015, 379 (379); zust OGH 30.08.2016, 8 Ob 62/16z Pkt 1; vgl dazu schon iZm dem Prinzip der Haftungskonzentration oben Fn 319.

2031 *Fleischer* in *MüKo GmbHG*⁴ § 43 Rz 31 mwN („ganz hM“); im Einzelnen ist noch nicht alles geklärt. Vgl weiterführend etwa *Leupold/Ramharter*, GesRZ 2009, 253 ff

der Verpflichtung gegenüber dem Dritten (Haftungsschaden).²⁰³² Die Gesellschaft kann ihre Verpflichtung gegenüber dem Dritten natürlich nicht einseitig ausschließen, sie kann aber in die Schädigung an ihrem Gesellschaftsvermögen (Haftungsschaden) einwilligen. Dadurch würde sie nur ihre eigene Pflichtverletzung gegenüber dem geschützten Dritten auf die Geschäftsführer als ihre „Agenten“ überwälzen. Die Legalitätspflicht der Organe ist grundsätzlich disponibel.²⁰³³ In der Tat ist nicht ersichtlich, weshalb Drittinteressen auch eine zwingende Organhaftung im *Innenverhältnis* gebieten sollten.²⁰³⁴ Zudem hätte der Dritte auch dann nur den Anspruch gegen den Pflichtadressaten (hier die Gesellschaft), wenn dieser eine natürliche Person wäre.²⁰³⁵ Dass der Pflichtadressat zur Erfüllung seiner Pflichten Agenten (oder sonstige Gehilfen) einsetzt – worauf juristische Personen naturgemäß angewiesen sind –, begründet für den Dritten keine besondere Gefährdungslage. Deshalb liegen diese Fälle nicht anders als die Geschäftsführerhaftung für fehlerhafte Unternehmensleitung. In diesem Bereich werden die Gesellschaftsgläubiger mittelbar durch die zwingende Eigenkapitalisierung geschützt. Diese hält nämlich die Gesellschafter dazu an, sorgsam mit dem Gesellschaftsvermögen umzugehen. Dazu gehört auch, dass die Gesellschafter ihre Organmitglieder nicht grundlos aus der Haftung entlassen. Demgemäß haftet ein Geschäftsführer nicht, wenn die Gesellschaft in die Schädigung ihres Gesellschaftsvermögens infolge der Zurechnung eines Verstoßes gegen aktionsrechtliche Pflichten einwilligt. Die Einwilligung in die Schädigung ist (vorbehaltlich individualschutzbedingter Restriktionen) voll wirksam. Ein Rückgriff auf den Einwand missbräuchlicher Rechtsaus-

mwN; U. Torggler in *Kalss/U. Torggler*, Compliance 97 ff; vgl auch *Rauter*, *ecolex* 2012, 944 (946); *Felzl/Told* in *Gruber/Harrer*, *GmbHG*² § 25 Rz 38.

2032 Vgl zB *Duursma-Kepplinger* in *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Hdb GesR Rz 2961; *Medicus*, ZGR 1998, 570 (578); *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/8.

2033 Vgl *Paefgen* in *Habersack/Casper/Löbke*, *GmbHG*³ § 43 Rz 216 f; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, *GmbHG*²¹ § 43 Rz 34 mwN; *Rauter*, *ecolex* 2012, 944 (945 f); *Bayer*, *GmbHR* 2014, 897 (905 f) mwN, wonach gläubigerschützende oder die Allgemeinheit schützende Vorschriften außerhalb des Anwendungsbereichs des § 43 Abs 3 dGmbHG (analog) im Innenverhältnis zur Disposition der Gesellschafter stehen. Vgl bereits *Fleck*, *GmbHR* 1974, 224 (227); *Mertens* in *Hachenburg*, *GmbHG*⁷ § 43 Rz 77. S auch schon die Nw zur Haftungsfreistellungswirkung nichtiger Beschlüsse bei einstimmiger Beschlussfassung aller Gesellschafter in den Fn 1839 ff. Vgl auch *U. H. Schneider* in *Scholz*, *GmbHG*¹¹ § 43 Rz 122, der eine Freistellung aber offenbar nur wegen der fehlenden Folgepflicht verneint.

2034 Dem Dritten kann es im Allgemeinen gleichgültig sein, ob sein Schädiger sich seinerseits bei seinen Agenten regressiert und schadlos hält.

2035 Vgl iZm nützlichen Gesetzesverletzungen *U. Torggler*, *wbl* 2009, 168 (172).

übung zur Begründung einer Haftungsfreistellung solcher drittschutzwidrigen Beschlüsse ist mE nicht nötig.²⁰³⁶

Diese Überlegungen gehen davon aus, dass der Schutzadressat einer Verhaltenspflicht stets auch Träger (und damit Verfügungsbefugter) des Ersatzanspruchs ist. Allerdings gibt es von diesem grundsätzlichen Gleichlauf von Schutzzweck, Anspruchszuständigkeit und Disponibilität (dh indisponible Außenhaftung bei Drittschutz; disponible Innenhaftung bei Gesellschafterschutz) eine wichtige Ausnahme, die zu Beginn der Untersuchung schon näher betrachtet wurde, nämlich das kapitalgesellschaftsrechtliche Prinzip der Haftungskonzentration. Danach haftet der Geschäftsführer für jede schuldhaft pflichtwidrige Verminderung des Gesellschaftsvermögens ausschließlich der Gesellschaft (Innenhaftung), und zwar auch dann, wenn die Vermögensminderung aus der Verletzung einer Gläubigerschutzpflicht resultiert. Maßgeblich für die Haftungskonzentration ist nur, dass der Dritte mittelbar durch die Verminderung des Gesellschaftsvermögens einen Schaden erleidet (Schadenkongruenz); auf den Schutzzweck der Norm kommt es hierbei nicht an. Allerdings ändert die Liquidation von Drittschäden über das Gesellschaftsvermögen nichts am (Gläubiger-)Schutzzweck der (verletzten) Verhaltenspflichten. Sie verhindert nur eine nach allgemeinen Grundsätzen allenfalls begründete Außenhaftung. Um Gesellschaftsgläubiger durch diese Rechtstechnik nicht schlechter zu stellen, muss der Ersatzanspruch der Gesellschaft, soweit dadurch eine Direkthaftung gegenüber ihren Gläubigern ausgeschlossen wird, daher wie ein Ersatzanspruch der Gläubiger behandelt werden.²⁰³⁷ Über einen solchen Anspruch (bei Außenhaftung) könnte die Gesellschaft wie erwähnt nicht disponieren, weil niemand über fremde Rechte verfügen kann.²⁰³⁸ Daher muss die Verfügungsbefugnis der Gesellschaft über „ihre“ Ersatzansprüche soweit eingeschränkt werden, als Gesellschaftsgläubiger ohne Haftungskonzentration allenfalls einen unmittelbaren Ersatzanspruch hätten (weil verletzte Verhaltenspflichten unmittelbar dem Gläubigerschutz dienen).²⁰³⁹ Zu diesem Zweck werden Ersatzansprüche der Gesellschaft kraft gesetzlicher Anordnung (§ 25 Abs 5 und 7 GmbHG) als Befriedigungsobjekt für den Zugriff der Gesellschaftsgläubiger im Gesellschaftsvermögen erhalten. Noch deutlicher zeigt sich die Parallele zur Außenhaftung im aktienrechtlichen Verfolgungsrecht, das eine Direkthaftung gewissermaßen „simuliert“.

2036 Vgl auch *Bayer*, GmbHR 2014, 897 (905), nach dem es der Relativierung einer zuvor bejahten Haftung im Wege der Arglistenrede nicht bedarf.

2037 Er ist zwar materiell-rechtlich ein Anspruch der Gesellschaft, seinem Wesen nach aber ein Ersatzanspruch der Gläubiger.

2038 S schon bei und in Fn 2026.

2039 Insoweit werden Ersatzansprüche der Gesellschaft wie erwähnt wie unmittelbare Ersatzansprüche der Gläubiger behandelt.

Diese Verfügungsbeschränkung kommt in § 25 Abs 5 GmbHG zum Ausdruck. Danach wird die Haftpflicht der Geschäftsführer durch die Befolgung eines Gesellschafterbeschlusses nicht ausgeschlossen, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist. Damit steckt der Gesetzgeber die Voraussetzungen und Grenzen eines gesetzlich anerkannten Bedürfnisses nach Gläubigerschutz durch indisponible Geschäftsführerhaftung formal ab. Nach der gesetzlichen Wertung sind die Interessen der Gläubiger nur berührt, soweit sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können.²⁰⁴⁰ Für *welche* Ersatzansprüche (und korrespondierende Organpflichten) das gilt, kommt in § 25 Abs 5 GmbHG äußerlich zwar nicht zum Ausdruck (arg: aber „Ersatz“), jedoch bezieht sich diese Bestimmung nach mE zutr Ansicht nur auf Ersatzansprüche wegen Verletzung von Kapitalschutzvorschriften gem § 25 Abs 3 GmbHG (analog).²⁰⁴¹ Unter diesen Voraussetzungen wären Gesellschaftsgläubiger ohne Haftungskonzentration allenfalls unmittelbar ersatzberechtigt (jedenfalls schutzwürdig). Im Fall einer Außenhaftung würde sich die Unwirksamkeit der Einwilligung in die Schädigung wie erwähnt aus der allgemeinen Unzulässigkeit von Eingriffen in fremde Rechte ergeben. Im System der Haftungskonzentration kommt der Scheitelpunkt in § 25 Abs 5 GmbHG zum Ausdruck. Diese Anordnung stammt aus einer Zeit, in der gesetz- oder statutenwidrige Beschlüsse verbindlich waren, sofern und solange sie nicht durch „Anfechtungsklage“ beseitigt wurden.²⁰⁴² Da sich die Drittschutzwidrigkeit nach damaliger Ansicht nicht unmittelbar auf die Beschlusswirksamkeit auswirkte, musste der Gesetzgeber konstitutiv anordnen, inwieweit ein Beschluss die Haftung der Vorstandsmitglieder zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger nicht ausschließt. Seit der Anerkennung absolut nichtiger Beschlüsse ist diese Anord-

2040 Vgl die AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 463 Isp: „Nur würde es den Rechtsgrundsätzen nicht entsprechen, den Gläubigern auch dann einen Anspruch gegen die Mitglieder des Aufsichtsraths einzuräumen, wenn derselbe aus dem Gesellschaftsvermögen vollständige Deckung fände. Der Entwurf gibt ihnen daher ein Rückgriffsrecht, wenn und soweit dieselben in den gedachten Fällen ihre Befriedigung nicht aus dem Gesellschaftsvermögen erlangen können (Art. 226 Abs 3).“ Vgl schon ROHG Gutachten, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 218: „Von einem Schaden der Gesellschaftsgläubiger kann naturgemäß erst die Rede sein, sobald sie die ihnen zukommenden Beträge aus dem Gesellschaftsfonds nicht erhalten können.“ Das ROHG schlug dessen ungeachtet jedoch vor, den Gläubigern einen Ersatzanspruch unabhängig von der Befriedigungsmöglichkeit zu gewähren. Der Reformgesetzgeber griff diesen Vorschlag nicht auf (s oben); vgl auch RegE-dGmbHG 1971 BT-Drs VI/3088 126: „Diese Durchsetzbarkeit der Ansprüche durch die Gesellschaftsgläubiger selbst steht allerdings unter dem Vorbehalt, daß die Gläubiger von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können; denn nur insoweit besteht ein Bedürfnis für die Gläubiger, die Geschäftsführer persönlich in Anspruch zu nehmen.“

2041 S dazu schon ausf oben S 231 ff.

2042 S dazu schon oben insb S 464 ff.

nung (§ 25 Abs 5 GmbHG) wie erwähnt zwar obsolet, weil der Beschluss bereits *ex lege* unwirksam (absolut nichtig) ist, soweit er Gläubigerinteressen beeinträchtigt, es gibt aber keine Hinweise darauf, dass sich das Maß gesetzlichen Gläubigerschutzes verändert hat, nur weil gläubigerschutzwidrige Beschlüsse schon *ex lege* unwirksam sind.

Innerhalb der Grenzen des § 25 Abs 5 GmbHG kommt eine Haftungsfreistellung grundsätzlich in Frage (vorbehaltlich des Individualschutzes).²⁰⁴³ An der Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals besteht mE auch kein über das Gläubigerinteresse hinausgehendes öffentliches Interesse, das die Indisponibilität der Haftung außerhalb der Gesellschaftsinsolvenz rechtfertigen könnte.²⁰⁴⁴ Soweit der Ersatz *nicht* zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist, dient der Kapitalschutz vielmehr allein den Gesellschaftern, die als wirtschaftliche Eigentümer des Gesellschaftsvermögens grundsätzlich frei über Ersatzansprüche verfügen können (zum Individualschutz noch unten).²⁰⁴⁵ Für eine Haftungsfreistellung innerhalb der Grenzen des Gläubi-

2043 Ein Spielraum besteht von vornherein nur bei Verstößen gegen Kapitalerhaltungsvorschriften (§ 25 Abs 3 Z 1 GmbHG). Denn die Tathandlung des § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG setzt naturgemäß voraus, dass der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist (die Gesellschaft also materiell insolvent ist).

2044 Vgl aber OGH 22.10.2003, 3 Ob 287/02f wbl 2004, 192: „*Absolut nichtig sei eine Vereinbarung, wenn gegen Gesetze verstoßen wird, die dem Schutz von Allgemeininteressen, der öffentlichen Ordnung und Sicherheit dienen. Das Verbot der Einlagenrückgewähr des § 82 Abs 1 GmbHG solle das Stammkapital als ‚dauernden Grundstock der Gesellschaft‘ und als einziges, ‚dem Zugriffe der Gläubiger freigegebenes Befriedigungsobjekt‘ gegen Schmälerung durch Leistung an die Gesellschaft absichern. [...] Das Gleiche [sc die amtswegige Wahrnehmung durch das FB-Gericht] müsse auch bei der Beurteilung einer Vereinbarung im streitigen Verfahren gelten, weil das Verbot nicht nur die Interessen der jeweiligen Vertragspartner, sondern das allgemeine Interesse daran schütze, dass Gesellschaften mit beschränkter Haftung auch tatsächlich über ihr Stammkapital verfügen.*“ Fraglich ist mE aber, wer der Träger dieses „allgemeinen Interesses“ sein soll. Oder einfacher: Was haben Nicht-Gläubiger davon, dass das Stammkapital von Gesellschaften mit beschränkter Haftung erhalten wird? Insoweit ist noch nicht einmal ein faktisches Interesse ersichtlich, dem normativer Schutz verliehen werden könnte. AA zB Mand, Geschäftsführerhaftung 118.

2045 So wohl auch Bayer, GmbHR 2014, 897 (905); idZ allg auch Resch, Einwilligung 95, wonach Einwilligungen in die Schädigung ganz allg regelmäßig unwirksam sind, wenn das Schutzgesetz auch den Schutz Dritter oder öffentliche Interessen bezweckt; sie könnten aber auch *inter partes* wirksam sein. Als Bsp nennt Resch die bloß *relative Wirkung* einer insolvenzrechtlichen Anfechtung im Verhältnis zu den beeinträchtigten Gläubigern. Dieses Bsp ist instruktiv wenn man bedenkt, dass die Gesetzesredaktoren des GmbHG die relative Unwirksamkeit gem § 25 Abs 5 GmbHG mit jener der insolvenzrechtlichen Anfechtungsbestimmungen verglichen haben. In den Beratungen des § 6 Abs 3 (§ 10 Abs 6 GmbHG idGF) beantragte der Vertreter des Innenministeriums, Guido von Haerdtl, anstelle des früheren absoluten Verfügungsverbots die Unwirksamkeit „nach dem Muster des deutschen Gesetzes und im Sinne des Anfechtungsrechts“ nur „den Gläubigern gegenüber“ anzuordnen (ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917,

gerschutzes spricht schließlich auch, dass die Gesellschaft im selben Umfang auch nachträglich auf entstandene Ersatzansprüche verzichten oder sich darüber vergleichen kann (§ 25 Abs 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG).²⁰⁴⁶ Das in § 25 Abs 5 GmbHG abgesteckte Gläubigerschutzbedürfnis hängt im Übrigen auch nicht davon ab, *wie* eine Haftungsfreistellungswirkung begründet wird. Demgemäß bejaht auch jene Ansicht, die kapitalschutzwidrige Beschlüsse (implizit) als gesamtничtig qualifiziert und die Haftungsfreistellungswirkung auf den Arglisteinwand stützt, eine Freistellung *insoweit*, als der Ersatz nicht zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist.

Wie eingangs angesprochen ist aber gerade kritisch zu hinterfragen, ob ein Beschluss zwar wegen des Verstoßes gegen Kapitalschutzvorschriften gesamtничtig sein muss, aber zugleich die auf den Arglisteinwand gestützte Haftungsfreistellungswirkung soweit bestehen soll, als der Ersatz nicht zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist, weil insoweit keine Gläubigerinteressen berührt sind.²⁰⁴⁷ Spricht nicht der (unbestrittene) Befund, dass insoweit keine Gläubigerinteressen berührt sind, vielmehr von vornherein für

P 110, Karton 883, Fol 865. Vgl idZ auch *Gellis/Feil*, GmbHG⁷ § 10 Rz 12, nach denen die Bezeichnung als unwirksam der Ausdrucksweise der KO entspreche. Später wurde allerdings die Formulierung geändert („Soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist“). Damit war aber keine materiell-rechtliche Änderung beabsichtigt; es sollte nur klargestellt werden, dass keine Direkthaftung gegenüber den Gläubigern normiert wird. S dazu schon oben in Fn 1780.

2046 Vgl *Altmeyen*, DB 2000, 657 (660), wonach „Weisung, Einverständnis und Verzicht im Hinblick auf die Disponibilität der Geschäftsführerhaftung gleich zu behandeln sind.“

2047 Vgl idS etwa *U. Torggler*, JBl 2006, 85 (93 Fn 94), wonach zwar der Einwilligung der Gesellschaft in die Schädigung wegen zwingend geschützter Interessen die Wirksamkeit versagt sei, die Gesellschaft sich aber in Widerspruch zu ihrem eigenen Vorverhalten setzen würde, wenn sie Schadenersatz für eine Handlung fordert, zu der sie selbst durch eine (wenngleich auch unwirksame) Weisung „angestiftet“ hat. Dass die Entlastungswirkung unter dem Vorbehalt der Erforderlichkeit des Ersatzes zur Gläubigerbefriedigung steht, gebe zu erkennen, dass die Berücksichtigung des im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Geschäftsführer angelegten Missbrauchseinwands an ihre Grenzen stößt, wenn und soweit geschützte Interessen Dritter betroffen sind. Vgl im Anschluss daran *Rauter*, *ecolex* 2012, 944 (945 f), nach dem eine Verfügung der Gesellschafter über das Gesellschaftsvermögen beim Verbot der Einlagenrückgewähr an ihre Grenzen stoße, wiewohl auch hier der rechtliche Einwand widersprüchlichen Verhaltens relevant sein könne. Ähnlich wohl *ders*, *GRAU* 2020, 5 (9), wonach der Normzweck des Verbots der Einlagenrückgewähr eine Einschränkung der Entlastungswirkung nur erfordert, wenn ein Bedürfnis iSd Gläubigerbefriedigung besteht. S auch schon die *Nw* in Fn 1850. Vgl auch *Verse* in *FS A. Bergmann* 781 (792 f), wonach es keinen Grund gebe, im Rahmen des § 43 Abs 3 Satz 3 dGmbHG anders zu entscheiden, soweit der Ersatz nicht zur Gläubigerbefriedigung benötigt wird. Denn in diesem Fall stünden sich, nicht anders als im Rahmen des § 43 Abs 2 dGmbHG, lediglich die Interessen der Gesamtheit der Gesellschafter und des Geschäftsführers gegenüber, und dieser Interessenausgleich könne konsequenterweise nicht anders vorgenommen werden als in den Fällen des § 43 Abs 2 dGmbHG.

die bloße Teilunwirksamkeit der Einwilligung in die Schädigung? Denn die Nichtigkeitssanktion ist als Eingriff in die Privatautonomie nur so weit gerechtfertigt, als es der Schutzzweck der übertretenen Norm erfordert.²⁰⁴⁸ Nimmt man den Normzweck als Leitmaxime ernst, ist noch weiter zu gehen. Der Gläubigerschutz verlangt nämlich nicht nur Teilnichtigkeit bei Erforderlichkeit des Ersatzes zur Gläubigerbefriedigung, sondern auch bloß *relative* Unwirksamkeit.²⁰⁴⁹ Darunter versteht man, dass die Unwirksamkeit einer Rechtshandlung nur gegenüber bestimmten Personen eintritt²⁰⁵⁰ (hier: gegenüber den in der Gesellschaftsinsolvenz zur Rechtsdurchsetzung berufenen Personen, nicht aber gegenüber dem haftpflichtigen Geschäftsführer)²⁰⁵¹. Die relative Unwirksamkeit ist keine eigene Unwirksamkeitskategorie neben der Nichtigkeitssanktion, sondern bloß eine durch den Normzweck modifizierte (nämlich beschränkte) Nichtigkeit.²⁰⁵²

Wie schon angedeutet, steht § 25 Abs 5 GmbHG nicht bloß zusammenhanglos neben der Nichtigkeitssanktion aufgrund Gläubigerschutzwidrigkeit, und ist erst maßgeblich für die Grenzen einer Haftungsfreistellungswirkung; vielmehr determiniert § 25 Abs 5 GmbHG *selbst* die Reichweite der Nichtigkeitssanktion, indem er wie erwähnt die Grenzen des gesetzlich anerkannten Gläubigerschutzbedürfnisses absteckt.²⁰⁵³ § 25 Abs 5 GmbHG

2048 S die Nw in Fn 2011.

2049 Vgl idZ grundl für Österreich *Mayer-Maly* in FS Reimer (1976) 67 ff. *Mayer-Maly* bejaht die generelle Möglichkeit der relativen Unwirksamkeit im österreichischen Recht trotz fehlender gesetzlicher Grundlage (vgl § 135 BGB) und stützt sich hauptsächlich auf den Verbotszweck. Das Ausmaß der Nichtigkeit werde durch den Verbotszweck begrenzt. Dieser führe häufig zur Teil- statt zur Gesamtnichtigkeit, könne aber auch zu relativer statt zu absoluter Unwirksamkeit führen. Die Abhängigkeit der Sanktion vom Normzweck gestatte es, für das österreichische Recht über die positiv geregelten Fälle hinaus die relative Unwirksamkeit als mögliche Sanktion der Verbotswidrigkeit eines Rechtsgeschäftes in Betracht zu ziehen. Ein limitierter und limitierender Normzweck erhellte vor allem aus *Verfügungsbeschränkungen im Individualinteresse*. Dient ein Verbot nur dem Interesse einer bestimmten Person oder mehrerer individuell bestimmter Personen, so sollen verbotswidrige Verfügungen nur diesen Personen gegenüber unwirksam sein.

2050 S die Nw in Fn 1774.

2051 S dazu schon oben S 443 ff.

2052 Die Bezeichnung als „Unwirksamkeit“ ist wohl zum einen durch § 135 BGB bedingt, zum anderen vielleicht auch, weil der Begriff der „relativen Nichtigkeit“ schon besetzt ist. Von der relativen Nichtigkeit unterscheidet sich die relative Unwirksamkeit zwar nicht dadurch, dass es bei ihr keiner Geltendmachung bedürfte, wohl aber dadurch, dass die erfolgreiche Geltendmachung nur im Verhältnis zwischen dem Geschützten und dem Verfügenden wirkt, während die relative Nichtigkeit dann, wenn sie mit Erfolg geltend gemacht wird, das fehlerhafte Geschäft *für alle* beseitigt (vgl *Mayer-Maly* in FS Reimer 67 [72]; *Felzl*, Beschlussmängel 76; s schon Fn 1774).

2053 Weniger bedeutsam ist dann, ob man § 25 Abs 5 GmbHG als (konstitutive) gesetzliche Anordnung der relativen Unwirksamkeit interpretiert (dann wären wohl § 879 ABGB oder § 199 Abs 1 Z 3 AktG als *leges generales* unanwendbar), oder ob man die Unwirk-

mag zwar ein Relikt aus einer insoweit überholten Rechtsschicht sein, die Anordnung ist aber eine willkommene (wenngleich nicht als solche erkannte) Auslegungshilfe für die Beantwortung der Frage, inwieweit der Verbotszweck die Nichtigkeit der beschlussmäßigen Einwilligung in die Schädigung verlangt. Demgemäß spricht § 25 Abs 5 GmbHG (*e contrario*) dafür, dass kapitalschutzwidrige Beschlüsse nach der gesetzlichen Wertung nicht auch außerhalb der Gesellschaftsinsolvenz unwirksam zu sein brauchen (keine Gesamtnichtigkeit).²⁰⁵⁴ Insoweit dient der Kapitalschutz wie erwähnt dem Schutz der Gesellschafter, die darüber grundsätzlich disponieren können. Vorbehaltlich weiterer Einschränkungen durch Individualschutz wirken drittschutzwidrige (insb gläubigerschutzwidrige) Ermächtigungsbeschlüsse daher innerhalb der genannten Grenzen grundsätzlich haftungsfreistellend.²⁰⁵⁵ Gleiches gilt für Weisungsbeschlüsse; sie verpflichten zwar nicht

samkeit unmittelbar aus dem differenzierenden Normzweck der Gläubigerschutzvorschriften ableitet, der nur formal (deklarativ) in § 25 Abs 5 GmbHG zum Ausdruck kommt. Die besseren Gründe sprechen wohl für die zweite Variante (s dazu schon oben Fn 1931). Demgemäß hätte die Kritik an der hM (Folgepflicht als Voraussetzung einer Freistellung) nicht zu lauten, dass diese dem § 25 Abs 5 GmbHG den Anwendungsbereich nimmt (s aber die Nw in Fn 1860), denn einen solchen hat sie ohnedies nicht und erhält sie auch nicht durch die Annahme einer Haftungsfreistellung außerhalb der Gesellschaftsinsolvenz (s schon oben Fn 1931). Die Kritik hätte zu lauten, dass die hM § 25 Abs 5 GmbHG als Richtschnur für die Voraussetzungen eines gesetzlich anerkannten Gläubigerschutzbedürfnisses unberücksichtigt lässt und deshalb eine Freistellung auch dort insoweit, als Gläubigerschutzinteressen es gar nicht verlangen. Demgegenüber sind die Dispositionsbeschränkungen für Verzichte und Vergleiche konstitutiv, weil die materiell-rechtliche Bündelung kongruenter Ersatzansprüche bei der Gesellschaft nach allg Regeln zur Folge hat, dass die Gesellschaft frei darüber verfügen kann (auf den Schutzzweck der verletzten Verhaltenspflicht kommt es insoweit nicht an). Da die Haftungskonzentration wie erwähnt aber nichts am Schutzzweck der Organpflichten ändert (weshalb ja auch Dispositionsbeschränkungen nötig sind) und die Rechtswirkung von Weisungsbeschlüssen (Folgepflicht und Einwilligung in die Schädigung) nach allg Beschlussmängelrecht vom (unveränderten) Schutzzweck abhängt, ergibt sich die Einschränkung der Haftungsfreistellungswirkung wie erwähnt schon aus allg Grundsätzen.

2054 So wohl auch *Bayer*, GmbHR 2014, 897 (906); vgl auch *Haas/Wigand in Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 20.50, wonach die (wirksame) Weisung ebenso wie ein Verzicht oder Vergleich kraft Gesetzes unter der auflösenden Bedingung stehe, dass der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist (oder innerhalb der Verjährungsfrist wird).

2055 Ob der Beschluss in diesen Grenzen restwirksam bleibt, hängt (da es sich um ein Rechtsgeschäft handelt) zwar primär vom Verbotszweck ab (weil eine ausdr Regel darüber fehlt) (vgl *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 879 Rz 230 [Stand 01.10.2017]), allerdings verlangt der Verbotszweck weder die (gänzliche) Unwirksamkeit noch die Restwirksamkeit des Beschlusses, sondern steht dieser Frage neutral gegenüber (vgl *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 879 Rz 230). Deshalb entscheidet über Gesamt- oder Teilnichtigkeit der hypothetische Parteiwille (*Graf* aaO Rz 231; vgl auch *Feltl*, Beschlussmängel 64 mwN; *J. Reich-Rohrwig*, Anm zu OGH 6 Ob 213/16s, GesRZ 2017, 144 [116]). Da die Einwilligung ein

zur Ausführung (keine Folgepflicht), die enthaltene Einwilligung in die Schädigung ist unter den genannten Voraussetzungen aber restwirksam.²⁰⁵⁶

Da die Haftungsfreistellung innerhalb zwingender Grenzen somit auf der (rest-)wirksamen (rechtsgeschäftlichen) Einwilligung in die Schädigung, also auf der Beschlusswirkung selbst, beruht, bedarf es nicht mehr der Relativierung einer angenommenen Haftpflicht (wegen Gesamtnichtigkeit der Einwilligung) auf Basis des Arglisteinwands in denselben Grenzen.²⁰⁵⁷ Nach der hier vertretenen Ansicht ist die beschlussmäßige Einwilligung in die Schädigung nicht nur ein vertrauenerzeugendes *factum proprium*, das (erst) der Geltendmachung von Ersatzansprüchen entgegensteht, sondern ein (rechtsgeschäftlicher) Rechtfertigungsgrund, der (eine Stufe zuvor) die Pflichtwidrigkeit der Schädigungshandlung und damit bereits die Entstehung von Ersatzansprüchen ausschließt.²⁰⁵⁸ Das gilt jedoch, um es noch einmal zu betonen, vorbehaltlich weiterer Einschränkungen durch Individualinteressen.

(einseitiges) Rechtsgeschäft ist (vgl. *Resch*, Einwilligung 41), kommt es wohl gem § 914 ABGB darauf an, ob die Gesellschafter auch in die Selbstschädigung eingewilligt hätten, wenn sie gewusst hätten, dass die Geschäftsführerhaftung damit nicht auch gegenüber den Gläubigern (in der Gesellschaftsinsolvenz) entfällt (nach *Resch* [Einwilligung 140] unterliegt die Einwilligung als rechtsgeschäftliche Willenserklärung grundsätzlich den Regeln des § 914 ABGB. Zur Anwendung dieser Bestimmung auf einseitige Rechtsgeschäfte allg. *Rummel* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 914 Rz 2). Denkt man den tatsächlichen Parteiwillen fort (*Heiss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.01} § 914 Rz 81 f [Stand 01.02.2014]), ist diese Frage in aller Regel wohl zu bejahen. Denn in der Gesellschaftsinsolvenz wirkt sich eine Haftungsfreistellung auf die Gesellschafter gar nicht mehr aus, sodass sie daran gar kein (Des-)Interesse haben werden. Liefert auch der hypothetische Parteiwille kein Ergebnis, ist der von der Nichtigkeit nicht betroffene Teil des Geschäfts im Zweifel restwirksam (§ 878 Abs 2 ABGB). Vgl. allg. *Graf* aaO Rz 231; zu nichtigen Gesellschafterbeschlüssen *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 41 Rz 19; *Feltl*, Beschlussmängel 64 Fn 370.

2056 Auch bei Weisungsbeschlüssen wird der hypothetische Parteiwille wohl ergeben, dass die Gesellschafter auch *dann* in die Schädigung eingewilligt hätten, wenn sie gewusst hätten, dass der Beschluss nicht zur Ausführung verpflichtet. Sie willigen nämlich typischerweise nicht nur deshalb in die Schädigung ein, weil sie vom Bestehen einer Folgepflicht ausgehen. Zu beachten ist aber, dass der Geschäftsführer ohnedies über allfällige Risiken aufklären muss, die mit der in Aussicht genommenen Geschäftsführungsmaßnahme verbunden sind (vgl. statt aller *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 17 mwN; für die AG zB *Grigoleit/Tomasic* in *Grigoleit*, AktG² § 93 Rz 128).

2057 Ähnlich *Bayer*, GmbHR 2014, 897 (905 f), wonach nicht jeder gläubigerschutzwidrige und mithin nichtige Beschluss auch schon die Haftungsfreistellung entfallen lasse, sodass es der Relativierung einer zuvor bejahten Haftung mit dem Arglisteinwand nicht bedürfe.

2058 Diese Lösung ist auch insofern systemkonform, als nach allg. Grundsätzen die Heranziehung von Missbrauchsregeln *ultima ratio* ist und der Anwendung rechtsgeschäftlicher Regeln nachgeht (*Mader*, Rechtsmissbrauch 122, 301). Vor allem der *venire*-Satz ist nicht unproblematisch. Er gehört zwar im deutschen Recht zu einem der am meisten angewendeten Rechtssätze überhaupt (*Mader* aaO 292), in Öster-

γ. *Zwischenergebnis*

Zwischenzeitlich kann festgehalten werden, dass auch drittschutzwidrige (insb gläubigerschutzwidrige und hier wiederum vor allem kapitalschutzwidrige) Gesellschaftsbeschlüsse die Geschäftsführerhaftung (in Grenzen) ausschließen können. Hierbei ist zwischen Weisungen und Ermächtigungen zu unterscheiden. Drittschutzwidrige Weisungsbeschlüsse sind unverbindlich, weil die Beschlusswirkung „Folgepflicht“ nichtig ist. Die in jeder Weisung enthaltene Ermächtigung bleibt aber restwirksam, soweit der Verbotszweck nicht (auch) ihre Nichtigkeit verlangt. Hierbei ist nach der verletzten Verhaltenspflicht zu differenzieren: Drittschutzwidrige Ermächtigungsbeschlüsse (und die bei Weisungen restwirksame Ermächtigung) schließen die Haftung aufgrund der enthaltenen Einwilligung in die Schädigung uneingeschränkt aus, wenn der Geschäftsführer bei ihrer Ausführung intern nur gegen die (disponible) Legalitätspflicht verstößt. Denn insoweit sind Gläubigerinteressen nicht berührt. Bei Beschlüssen, die gegen Kapitalschutzvorschriften (§ 25 Abs 3 GmbHG [analog]) verstoßen, ist die Einwilligung in die Schädigung des Gesellschaftsvermögens dagegen nichtig (genauer: relativ unwirksam), soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist. Insoweit sind gem § 25 Abs 5 GmbHG Gläubigerinteressen berührt. Außerhalb der Gesellschaftsinsolvenz kann die Einwilligung in die Schädigung dagegen (rest-)wirksam sein, sodass die Geschäftsführer (vorbehaltlich individualschutzbedingter Einschränkungen) grundsätzlich nicht haften. Entgegen der Lehre sind drittschutzwidrige Beschlüsse also nicht zwingend gesamt-nichtig, sondern können auch bloß teilnichtig sein und die Haftung ausschließen, soweit dem keine (Dritt-)Schutzinteressen entgegenstehen. Allerdings folgt

reich kann ein Gutteil der fraglichen Fälle aber auch mit rechtsgeschäftlichen Instrumenten (etwa dem konkludenten Verzicht) gelöst werden, weil ein Erklärungsbewusstsein nicht für das Bestehen einer Willenserklärung erforderlich ist (*Mader* aaO 298; vgl dazu *Bydlinski*, JZ 1975, 1; *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht [1971] 217). Fraglich ist auch, ob dieser Einwand iSe „äußeren Rechtsbeschränkung“ den Inhalt und Bestand des Rechts (Ersatzanspruchs) unberührt lassen und nur die Geltendmachung verbietet (vgl dazu *Mader* aaO 112, 124; so offenbar *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 31: arg „*rechts-hemmende Einrede*“), oder ob dadurch bereits die Entstehung des Ersatzanspruchs von vornherein verhindert wird. IdS wohl *Pinner* in *Staub*, HGB II¹⁴ (1933) § 241 Anm 4 (S 355): „*Der Schadensanspruch der Gesellschaft wird durch Berufung auf einen Beschluß der Generalversammlung beseitigt. Beruht die Handlung auf einem solchen, so wäre es arglistig von seiten der Gesellschaft, wenn sie ihre Organe für die Ausführung ihres Beschlusses schadenersatzpflichtig machen würde. Sie kann sich weder auf die Schädlichkeit noch auf die angebliche Ungültigkeit ihrer Beschlüsse gegenüber ihren eigenen Organen berufen (Umkehrschluß aus Abs. 4 [...]).*“ Vgl auch *Koenige*, HGB² (1929) § 241 Anm 1 f (S 440 f): „*Der Anspruch der Gläubiger besteht aber selbst dann, wenn er gegenüber der Gesellschaft überhaupt nicht entstanden ist, weil die schuldhafte Handlung des Vorstands auf einem Beschluß der Generalversammlung beruhte [...].*“

aus § 25 Abs 5 GmbHG (*e contrario*) entgegen der Lehre²⁰⁵⁹ nicht *unmittelbar*, dass Beschlüsse im verbleibenden Bereich die Haftung ausschließen, denn darüber trifft § 25 Abs 5 GmbHG, wie oben schon ausgeführt,²⁰⁶⁰ keine Aussage. Aus § 25 Abs 5 GmbHG ergibt sich nur, dass insoweit Gläubigerinteressen nicht berührt sind.²⁰⁶¹ Sind Gläubigerinteressen nach dem Gesagten ausreichend gewahrt, bleibt noch zu klären, ob eine Haftungsfreistellung weiteren Einschränkungen aus Individualschutzgründen unterliegt.

b. Berücksichtigung von Individualinteressen

Zunächst soll in Erinnerung gerufen werden, wie das Schrifttum den Interessen der Einzelgesellschafter Rechnung trägt. Die hÖL²⁰⁶² schließt eine Haftungsfreistellung durch drittschutzwidrige Beschlüsse mangels Folgepflicht kategorisch aus. Die Mindermeinung²⁰⁶³ (und hdl²⁰⁶⁴) bejaht eine Haftungsfreistellung außerhalb der Gesellschaftsinsolvenz, wenn der (annahmegemäß gesamtznichtige) Beschluss einstimmig durch alle Gesellschafter gefasst wurde. In diesem Fall könne das vertrauenserezeugende Vorverhalten nämlich allen Gesellschaftern zugerechnet werden, sodass eine Haftungsfreistellung durch sämtliche Schutzinteressenten gerechtfertigt sei.²⁰⁶⁵ Der weitgehende Ausschluss einer Freistungswirkung durch die hÖL ist allerdings weder durch Gläubiger- noch durch Gesellschafterinteressen geboten und daher überschießend. Denn zumindest wenn alle Gesellschafter zustimmen, lässt sich eine indisponible Haftung kaum rechtfertigen. Insoweit ist die Gegenauffassung vorzugswürdig. Zweifellos sind Gesellschafterinteressen gewahrt, wenn der Beschluss einstimmig von allen Gesellschaftern oder vom Alleingesellschafter gefasst wird.²⁰⁶⁶ Die Einmütigkeit aller Gesellschafter ist zweifellos eine hinreichende Bedingung der Haftungsfreistellung; es ist aber fraglich, ob sie auch eine *notwendige* Bedingung ist.

Wie oben dargelegt, sind gläubigerschutzwidrige Weisungs- und Ermächtigungsbeschlüsse nicht gesamtznichtig, sondern restwirksam, soweit Gläubigerinteressen nicht berührt sind. Deshalb liegt es mE nahe, einen Rahmen für den Individualschutz im Beschlussmängelrecht zu suchen. Da der (restwirksame)

2059 So aber bspw *Felzl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 164 nach denen sich aus § 25 Abs 5 GmbHG eindeutig ein Haftungsausschluss für den Fall ergebe, dass der Ersatz nicht zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist. S idS auch Fn 1818 f (zur dogmatischen Einordnung der Haftungsfreistungswirkung) und Fn 1860 (zur Kritik der Gegenansicht an der hM).

2060 S oben bei Fn 1932.

2061 Im Kern ist die Berufung auf § 25 Abs 5 GmbHG also ein Rekurs auf das Prinzip der Privatautonomie.

2062 S oben Fn 1833 ff.

2063 S oben Fn 1854.

2064 S oben Fn 1839.

2065 S oben Fn 1840.

2066 Vgl *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 31 mwN.

Beschluss „durch seinen Inhalt zwingende Vorschriften des Gesetzes verletzt“ (§ 41 Abs 1 Z 2 GmbHG), ist er grundsätzlich anfechtbar. Nach allgemeinen Grundsätzen des Anfechtungsrechts können sich die Gesellschafter nicht nur durch positive Zustimmung dem Beschluss unterwerfen, sondern auch durch Nichterscheinen zur Generalversammlung,²⁰⁶⁷ Unterlassen eines Widerspruchs²⁰⁶⁸ oder Verstreichenlassen der Anfechtungsfrist.²⁰⁶⁹ Es gibt mE keine Gründe, einen wegen der Verletzung von Drittschutzvorschriften (nur) rest-wirksamen Beschluss anders zu behandeln als einen Beschluss, der von vorn-herin keine Drittinteressen berührt und „nur“ anfechtbar ist. Demgemäß wird der Schutz der Gesellschafter durch das Recht auf Beschlussanfechtung ge-währleistet.²⁰⁷⁰ Das gebietet mE auch die Maxime, dass die Nichtigkeit nicht weiter reichen soll, als es der Verbotszweck verlangt. Könnten nämlich dritt-

2067 Vgl. AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr. bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 467: „Ebenso muß angenommen werden, daß ein nicht erschienener Aktionär sich im Vor-aus den Beschlüssen der Generalversammlung unterworfen und damit auf ein An-fechtungsrecht verzichtet hat.“

2068 Vgl. AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr. bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 467: „Aber das Schweigen eines anwesenden Aktionärs muß als eine Billigung des Be-schlusses gelten.“

2069 Diese Zurechnungsmomente entfallen, wenn man mit der hL und der österrei-chischen Mindermeinung Gesamtnichtigkeit drittschutzwidriger Beschlüsse annimmt. Denn nichtige Beschlüsse können nicht angefochten werden. Daher können an die unterlassene Anfechtung auch keine Rechtsfolgen geknüpft werden. Aber auch jene Autoren, die die Haftungsfreistellung unmittelbar auf die Beschlusswirkung stützen, verlangen soweit ersichtlich Einstimmigkeit aller Gesellschafter. So kann nach Bayer (GmbHR 2014, 897 [906]) nur ein einstimmiger Beschluss enthaften, soweit der Ge-schäftsführer bei Befolgung einer Weisung gegen die Treuepflicht oder die Legalitäts-pflicht verstößt. Nach Rauter (ecolex 2012, 944 [945]) sind Gesellschafterbeschlüsse innerhalb der Grenzen zwingenden Rechts „zumindest einstimmig“ möglich. Schädig-ende Stimmabgaben könnten treuwidrig und damit anfechtbar sein (Rauter aaO 945 Fn 26). Allerdings nimmt Rauter wie erwähnt bei Verstößen gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr Gesamtnichtigkeit an (aaO 944).

2070 Dieser Lösung kann auch nicht entgegengehalten werden, dass ihr zufolge Gesellschaf-terbeschlüsse zugleich anfechtbar und nichtig wären. Denn sie sind vielmehr soweit an-fechtbar, als sie nicht nichtig (sondern restwirksam) sind, weil und soweit nicht Interes-sen Dritter, sondern nur Gesellschafterinteressen berührt sind. Außerdem darf nicht in Vergessenheit geraten, dass die eigentümliche Bündelung von Gesellschafter- und Gläu-bigerinteressen in demselben Gesellschaftsanspruch ein Resultat der Haftungskonzentration ist. Ohne diese Regelungstechnik wären Gesellschaftsgläubiger allenfalls unmit-telbar ersatzberechtigt, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist. Über diese fremden Ersatzansprüche könnte die Gesellschaft nicht verfügen. Eine Einwilligung in die Schädigung am Gesellschaftsvermögen durch Verletzung von Ka-pitalschutzvorschriften wären dann bloß anfechtbar, weil insoweit nur die Gesellschaft geschützt wird. Die Haftungskonzentration sollte aber die materielle Rechtslage nicht ändern. Das spricht dafür, den rechtlichen Status von kapitalschutzwidrigen Beschlüs-sen außerhalb der Gesellschaftsinsolvenz nicht anders zu beurteilen als ohne Haftungs-konzentration.

schutzwidrige Beschlüsse auch bei konsensualer Willensbildung oder nach Verstreichen der Anfechtungsfrist nicht wirksam werden, soweit sie keine Drittinteressen berühren, bestünde insoweit kein Unterschied zur Nichtigkeitsfolge, obwohl diese aber wie erwähnt nicht durch den Drittschutzzweck geboten ist.

Demgemäß können drittschutzwidrige (und damit „nichtige“) Beschlüsse die Geschäftsführerhaftung nicht nur ausschließen, wenn sie von allen Gesellschaftern einstimmig gefasst wurden, sondern auch dann, wenn sie mehrheitlich gefasst wurden, aber (anfänglich) unanfechtbar waren oder (nachträglich) unanfechtbar geworden sind,²⁰⁷¹ weil in diesen Fällen (auch) Gesellschafterinteressen nicht (mehr) berührt sind.

2) Heilung der Nichtigkeit

Im Unterschied zum GmbHG normiert das AktG die Möglichkeit einer Heilung von nichtigen Beschlüssen (§ 200 AktG, § 242 dAktG). Die Heilungsmöglichkeit wurde mit dem AktG 1937/1938 eingeführt, weil die unbefristete Geltendmachung der Nichtigkeit zu Unsicherheit in der wirtschaftlichen Praxis geführt hatte, vor allem, weil die Grenzziehung zwischen anfechtbaren und nichtigen Beschlüssen sehr schwer war und auch die Rsp hierzu zunächst schwankte.²⁰⁷² Die aktienrechtlichen Heilungsbestimmungen sind nach hL²⁰⁷³ analog auf die GmbH anzuwenden. Dieser Ansicht ist mE zu folgen, weil Rechtsformunterschiede insoweit nicht ersichtlich sind. Demnach heilen (ua) Beschlüsse, deren Inhalt Drittschutzvorschriften verletzt (§ 199 Abs 1 Z 3 AktG), wenn sie in das Firmenbuch eingetragen wurden und seitdem drei Jahre verstrichen sind (§ 200 Abs 2 AktG).²⁰⁷⁴ Nach der Heilung kann die Nichtigkeit (auch für den Zeitraum vor der Heilung) nicht mehr geltend gemacht werden.²⁰⁷⁵ Soweit der Beschluss geheilt ist, sind nämlich nach der gesetzlichen Wertung Gläubigerinteressen nicht mehr berührt,

2071 IE wohl ähnlich (bei anderer Ausgangslage) *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 401, nach denen der allg angenommene Ausschluss der Haftungsfreistellung gegenüber der Gesellschaft bei Nichtigkeit des HV-Beschlusses gem § 84 Abs 4 Satz 1 AktG auf (mindestens) grobe Fahrlässigkeit eingeschränkt werden sollte. Die Haftungsfreistellung entfalle demnach nur, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger notwendig ist (§ 84 Abs 5 Satz 3 AktG). Ansonsten heile der HV-Beschluss gegenüber dem Vorstand, wenn er nicht angefochten wird. S dazu noch ausf im AG-Teil in Fn 3602.

2072 Vgl AmtlBegr AktG 1937/1938 222 (abgedr auch bei *Klausing*, AktG 172).

2073 Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 41 Rz 20; *Enzinger in Straube*, WK GmbHG § 41 Rz 27, 29 (Stand 01.08.2013); *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler in U. Torggler*, GmbHG § 41 Rz 14; *Linder in FAH*, GmbHG § 41 Rz 58; für Deutschland nur *Römermann in Michalski et al*, GmbHG⁴ Anh § 47 Rz 237.

2074 Vgl *Römermann in Michalski et al*, GmbHG⁴ Anh § 47 Rz 243 ff; vgl zur analogen Anwendbarkeit dieser Bestimmung im GmbHG-Recht *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 41 Rz 20 mwN.

2075 Vgl *Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 200 Rz 19; *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 200 Rz 4.

sondern treten hinter das Interesse des Rechtsverkehrs nach Rechtssicherheit zurück.²⁰⁷⁶ Nur eine Löschung von Amts wegen bleibt möglich. Nicht einig ist man sich darüber, ob die Heilung die materiell-rechtliche Wirksamkeit des Beschlusses nach sich zieht, oder nur die Geltendmachung der Nichtigkeit ausschließt. Die praktische Bedeutung des Streits für die vorliegende Frage ist gering.²⁰⁷⁷ Geheilte nichtige Beschlüsse verpflichten den Geschäftsführer (im Fall einer Weisung) zur Ausführung.²⁰⁷⁸ Außerdem schließen geheilte nichtige Beschlüsse nach (aktienrechtlicher) hL²⁰⁷⁹ die Haftung ausführender Vorstandsmitglieder gem § 84 Abs 4 Satz 1 AktG grundsätzlich aus. Allerdings sollen Vorstandsmitglieder (wie bei unanfechtbaren Beschlüssen) dennoch für die pflichtwidrig unterlassene Erhebung der Nichtigkeitsklage ersatzpflichtig werden können.²⁰⁸⁰

Im GmbH-Recht wird die Haftungsfreistellungswirkung geheimer nichtiger Beschlüsse soweit ersichtlich nicht in derselben Breite diskutiert. Soweit die Lit darauf eingeht, verneint sie interessanterweise die Freistellungswirkung.²⁰⁸¹ Mit der Heilungswirkung ist das allerdings nicht vereinbar. Im Schadenersatzprozess könnte der Geschäftsführer einwenden, dass er in Befolgung eines Gesellschafterbeschlusses gehandelt habe. Der Gesellschaft wäre dann die Gegeneinrede verwehrt, dass der Beschluss nichtig war oder ist. Deshalb schließen mE geheilte nichtige Beschlüsse die Geschäftsführerhaftung aus, und zwar auch soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist.²⁰⁸² Aus demselben Grund scheidet mE auch eine Haftung der Geschäftsführer für die unterlassene Erhebung der Nichtigkeitsklage aus. Denn auch hierfür müsste im Prozess als Vorfrage geklärt werden, ob der Beschluss nichtig war (nur dann hätte er angefochten werden können

2076 Vgl AmltBegr AktG 1937/1938 222 f (abgedr auch bei *Klausing*, AktG 171 f); *Diregger* in *Doralt/Norwojny/Kalss*, AktG³ § 200 Rz 1.

2077 Vgl zB *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 200 Rz 20, nach denen eine Nichtigkeit, auf die sich niemand berufen kann, einer vollständig geheilten Nichtigkeit gleichzuhalten sei.

2078 Vgl zur AG etwa *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 200 Rz 20 mwN. So auch die hL zum Aktienrecht, die geheilte nichtige Beschlüsse als (rückwirkend) von Anfang an voll wirksam qualifiziert (statt vieler *Schäfer* in *MüKo AktG*⁵ § 242 Rz 21 mwN; vgl auch *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 242 Rz 7, § 93 Rz 155).

2079 Vgl *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 200 Rz 20. Für Deutschland nur *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 242 Rz 7, § 93 Rz 155; *Spindler* in *MüKo AktG*⁶ § 93 Rz 295 mwN.

2080 Vgl nur *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 242 Rz 7, § 93 Rz 156; *Spindler* in *MüKo AktG*⁶ § 93 Rz 295 mwN.

2081 So offenbar die hL, vgl *Paefgen* in *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG³ § 43 Rz 239 mwN; *Ziemons* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 101; zwf *Fleck*, GmbHR 1974, 224 (227) mwN.

2082 AA *Mertens* in *Hachenburg*, GmbHG⁷ § 43 Rz 76 mwN für den Fall, dass die nichtige Weisung vor der Heilung ausgeführt wurde; *Paefgen* in *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG³ § 43 Rz 239.

und ggf müssen) – genau solche Auseinandersetzungen sollen aber durch die auf Rechtssicherheit gerichtete Heilung vermieden werden.²⁰⁸³

3) Fazit zu nichtigen Beschlüssen

Bei drittschutzwidrigen (insb gläubigerschutzwidrigen) Beschlüssen sind (entgegen der hM) die Beschlusswirkungen „Folgepflicht“ und „Einwilligung in die Schädigung“ getrennt zu beurteilen. Nichtigkeit ist im Allgemeinen (als Eingriff in die Privatautonomie) nur gerechtfertigt, soweit es der Schutzzweck der übertretenen Norm erfordert. Der (Dritt-)Schutzzweck verlangt zwar, dass der Geschäftsführer nicht zur Ausführung verpflichtet wird (keine Folgepflicht), er gebietet aber nicht zwingend (auch), dass die in jedem Weisungsbeschluss enthaltene Einwilligung in die Schädigung zur Gänze nichtig ist. Soweit das nicht der Fall ist, weil Drittinteressen nicht berührt sind, kann ein Beschluss auch teilnichtig sein und die restwirksame Einwilligung die Geschäftsführerhaftung ausschließen. Führt die Verletzung einer drittschutzorientierten Geschäftsführerpflicht bloß zu einem Haftungsschaden, weil das schädigende Geschäftsführerhandeln der Gesellschaft zugerechnet wird, ist der Beschluss zwar unverbindlich; die enthaltene Einwilligung in die Schädigung ist aber mangels Drittschutzeingriffs wirksam. Zum Schutz der (anfechtungsberechtigten) Gesellschafter ist die Haftung jedoch nur ausgeschlossen, wenn der (restwirksame) Beschluss unanfechtbar (geworden) ist (dazu schon oben). Eine einstimmige Beschlussfassung ist ausreichend, aber nicht nötig. Auch ein Rückgriff auf außerrechtsgeschäftliche Begründungen ist nicht nötig. Dass eine Haftungsfreistellung in den genannten Grenzen keine Drittinteressen berührt, schließt nicht (erst) die Geltendmachung von Ersatzansprüchen aus (*venire contra factum proprium*), sondern beschränkt schon die Reichweite der Nichtigkeit und schließt folglich bereits die Entstehung von Ersatzansprüchen aus. Auch Weisungsbeschlüsse, die gegen die mit § 25 Abs 5 GmbHG (iVm § 25 Abs 3 GmbHG) korrespondierenden Organpflichten (Kapitalerhaltung und Zahlungsverbot) verstoßen, begründen keine Folgepflicht, weil der Drittschutzzweck dies verlangt. Bei solchen Verstößen ist auch die enthaltene Einwilligung in die Schädigung nicht voll wirksam: Da sich die Gesellschaft ihre Ersatzansprüche insoweit mit ihren Gläubigern „teilt“ (Haftungskonzentration), verlangt der Gläubigerschutzzweck die Einschränkung über das (grundsätzlich frei verfügbare) Gesellschaftsvermögen. Insoweit werden Ersatzansprüche der Gesellschaft wie Ersatzansprüche der Gesellschaftsgläubiger behandelt. Diese Beschränkung ist nach der gesetzlichen Wertung nur geboten, soweit der Ersatz (später) zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist (§ 25 Abs 5 GmbHG). In diesem Fall wird die Einwilligung in die Schädigung daher relativ unwirksam. Soweit der Ersatz dagegen (noch) nicht zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist, ist die Einwilligung wirksam und der Beschluss folglich nach allgemeinen Grundsätzen (nur) anfecht-

²⁰⁸³ Vgl für die AG *Casper*, Heilung nichtiger Beschlüsse 188 ff. S noch zur AG unten S 922 ff.

bar. Als solcher schließt er die Haftung wie erwähnt nur aus, soweit er unanfechtbar (geworden) ist. Im Ergebnis können daher auch gläubigerschutzwidrige Beschlüsse im Bereich des § 25 Abs 3 GmbHG (analog) die Geschäftsführerhaftung ausschließen, soweit der Ersatz nicht zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist. Die Haftungsfreistellungswirkung beruht nach der hier vertretenen Auffassung auf der Beschlusswirkung selbst (dogmatisch auf dem schadenersatzrechtlichen Rechtfertigungsgrund der enthaltenen Einwilligung in die Schädigung). § 25 Abs 5 GmbHG hat insofern eine (Rest-)Bedeutung, als er klarstellt, inwieweit die Gesellschaft aus Gläubigerschutzgründen nicht frei über ihr eigenes Vermögen disponieren kann, dh inwieweit Gläubigerinteressen die Beschlussnichtigkeit erfordern. Geheilte nichtige Beschlüsse schließen die Haftung aus und verpflichten ggf zur Ausführung. Eine Anfechtungsobliegenheit oder -pflicht des Geschäftsführers existiert nicht.

vi. Fazit zur Haftungsfreistellung durch Befolgung eines Gesellschafterbeschlusses

Die dogmatische Grundlage der Haftungsfreistellungswirkung von Gesellschafterbeschlüssen ist die darin enthaltene Einwilligung in die Selbstschädigung. Dieser allgemeine Rechtfertigungsgrund schließt die Pflichtwidrigkeit des schädigenden Verhaltens aus, soweit das beeinträchtigte Rechtsgut disponibel ist. Das bloße (Gesellschafts-)vermögen, zu dem auch Ersatzansprüche gegen Geschäftsführer (Innenhaftung) gehören, ist für die Gesellschaft grundsätzlich disponibel. Allerdings werden durch die Haftungskonzentration auch (nach allgemeinen Grundsätzen indisponibel) Gläubigerschäden über das Gesellschaftsvermögen liquidiert. Soweit Gläubiger ohne Haftungskonzentration allenfalls unmittelbar ersatzberechtigt wären, sind Dispositionen der Gesellschaft über ihre Ersatzansprüche daher ausgeschlossen (gem § 25 Abs 5 GmbHG). Soweit Gläubigerinteressen nicht berührt sind (außerhalb der Gesellschaftsinsolvenz), bleibt die Einwilligung in die Schädigung dagegen wirksam, sofern Gesellschafterinteressen ausreichend gewahrt sind. Demgemäß sind drittschutzwidrige (insb gläubigerschutzwidrige) Beschlüsse entgegen verbreiteter Ansicht nicht gesamt-nichtig, sondern entsprechend dem Normzweck uU nur teilnichtig: Sie verpflichten zwar nicht zur Ausführung, eine Haftungsfreistellung ist wegen der (rest-)wirksamen Einwilligung in die Schädigung aber möglich, soweit nicht Gläubigerinteressen beeinträchtigt werden (was im Bereich des § 25 Abs 3 GmbHG bei Erforderlichkeit des Ersatzes zur Gläubigerbefriedigung der Fall ist [vgl § 25 Abs 5 GmbHG]).²⁰⁸⁴ Insoweit sind (restwirksame) drittschutzwidrige Beschlüsse auch nicht anders zu beurteilen, als (bloß) anfechtbare Beschlüsse. Diese schließen die Haftung aus, sofern der Beschluss an-

2084 Soweit Geschäftsführer durch die Ausführung drittschutzwidriger Beschlüsse intern nur gegen die (dispositive) Legalitätspflicht verstoßen, ist ihre Haftung unabhängig von der Vermögenslage der Gesellschaft (Erforderlichkeit des Ersatzes zur Befriedigung der Gläubiger) ausgeschlossen.

fänglich unanfechtbar war oder nachträglich unanfechtbar geworden ist (insb durch Verstreichen der Anfechtungsfrist). Ist der Beschluss noch anfechtbar oder wurde er schon angefochten, muss der Geschäftsführer die Gesetz- und Statutengemäßheit der in Aussicht genommenen Maßnahme eigenverantwortlich und sorgfaltsgemäß beurteilen. Eine Haftung kann wegen entschuldbaren Rechtsirrtums entfallen. Neben Weisungen und Ermächtigungen kann die Geschäftsführerhaftung nach allgemeinen Grundsätzen auch durch eine nachträgliche Genehmigung oder konkludente Zustimmungen (ohne förmlichen Beschluss) ausgeschlossen werden.²⁰⁸⁵

Für die Anordnung des § 25 Abs 5 GmbHG, die zu all diesen Überlegungen angestoßen hat, bleibt festzuhalten: Diese Anordnung beruht auf der überholten beschlussmängelrechtlichen Prämisse, dass rechtswidrige Beschlüsse bis zur erfolgreichen „Anfechtung“ verbindlich sind und haftungsfreistellend wirken. Seit der Anerkennung nichtiger Beschlüsse ist § 25 Abs 5 GmbHG in dieser Funktion überflüssig, stellt aber klar, in welchen Grenzen der Gläubigerschutz den Ausschluss der (grundsätzlichen) Haftungsfreistellungswirkung gebietet (s oben). Diese Klarstellungsfunktion ist auch insofern bedeutsam, als das GmbH-Recht unmittelbar kein Verfolgungsrecht der Gesellschaftsgläubiger normiert (§ 84 Abs 5 AktG), aus dem sich die Reichweite der Unwirksamkeit von Gesellschaftsdispositionen ableiten ließe (wenngleich das Verfolgungsrecht nach mE zutr Ansicht analog auf die GmbH anzuwenden ist)²⁰⁸⁶.

4. Fazit

Da nach der gesetzlichen Konzeption auch Ersatzansprüche wegen der Verletzung von Gläubigerschutzpflichten der Gesellschaft zugeordnet werden (Haftungskonzentration), soweit dem Gläubigerschaden ein Gesellschaftsschaden entspricht (Schadenskongruenz), sich dadurch aber nichts am (Gläubiger-)Schutzzweck ändert, bedarf es gesetzlicher Korrektive, um (nach allgemeinen Regeln zulässige) Dispositionen der Gesellschaft über „ihre“ Ersatzansprüche zum Schutz der Gläubiger zu beschränken (vgl § 10 Abs 6, § 25 Abs 5 und 7 GmbHG). Obwohl das Aktienrecht den Gesellschaftsgläubigern zu diesem Zweck auch ein korrespondierendes Verfolgungsrecht einräumt (vgl § 84 Abs 5 AktG), enthält das GmbHG kein solches Recht. Das Fehlen eines Verfolgungsrechts ist mangels rechtsformspezifischer Unterschiede jedoch eine planwidrige Lücke, die durch analoge Anwendung des

2085 Anderes scheint im Aktienrecht aus § 84 Abs 4 Satz 1 AktG zu folgen, wonach die Ersatzpflicht nicht eintritt, wenn die Handlung auf einem „gesetzmäßigen Beschluss beruht“. Daraus schließt die Lehre, dass nur ein förmlicher HV-Beschluss, der vor der schädigenden Handlung gefasst wurde, die Haftung der Vorstandsmitglieder ausschließt. S dazu noch im AG-Teil unten S 927 ff.

2086 S dazu schon oben S 201 ff.

§ 84 Abs 5 AktG zu schließen ist. Das Verfolgungsrecht ist nur auf jene Ersatzansprüche anzuwenden, auf die sich auch die korrespondierenden Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG beziehen (s. so gleich), weil nach der gläubigerschützenden Implikation nur diese Organpflichten unmittelbar dem Gläubigerschutz dienen.

Anders als das Aktienrecht enthält das GmbH-Recht dafür mit § 10 Abs 6 GmbHG eine speziell gründungsrechtliche Dispositionsbeschränkung zum Schutz der Gläubiger. Diese Bestimmung sichert die Kapitalaufbringung und bezieht sich auf Ersatzansprüche gegen den Geschäftsführer gem § 10 Abs 4 GmbHG und § 6a Abs 4 GmbHG (iVm § 41 AktG). Dagegen ist der Anwendungsbereich der (allgemeinen) Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG umstritten. Nach zutr. Ansicht beziehen sich § 25 Abs 5 und 7 GmbHG nur auf Ersatzansprüche gem § 25 Abs 3 GmbHG. Das ergibt sich vor allem aus der redaktionellen Genese dieser Bestimmungen und außerdem bei systematisch-teleologischer Betrachtung aus der aktienrechtlichen Parallelnorm § 84 Abs 5 Satz 3 AktG. Diese erfasst über § 84 Abs 3 AktG hinaus auch sonstige Ersatzansprüche wegen zumindest grob fahrlässiger Schädigung (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG). Im älteren Aktienrecht (bis zum AktG 1937/1938) bezogen sich die Dispositionsbeschränkungen nur auf die Sondertatbestände des § 241 Abs 3 dHGB 1897 (entspricht iW § 25 Abs 3 GmbHG). Die Ausweitung auf sonstige Ansprüche (bis grobe Fahrlässigkeit) begründete der Gesetzgeber des AktG 1937/1938 mit der (angeblich) gesteigerten Machtfülle des Vorstands infolge der Abschaffung der Weisungsgebundenheit des Vorstands (Leitungsautonomie), die durch eine erhöhte Verantwortlichkeit ausgeglichen werden müsse. Die Grenze zog der Gesetzgeber bei grober Fahrlässigkeit, weil eine indisponible Vorstandshaftung für leichte Fahrlässigkeit (vor allem im Bereich der bloßen Geschäftsführung) das Verantwortungsbewusstsein der Vorstandsmitglieder lähmen würde und nicht im Interesse der Gesellschaft läge. Daraus folgt, dass eine Anwendung der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG über § 25 Abs 3 GmbHG hinaus nach der gesetzlichen Wertung nicht angezeigt ist, weil die Generalversammlung in der GmbH (wie noch im älteren Aktienrecht) umfassend weisungsbefugt ist. Darüber hinaus verstößt eine umfassende Anwendung der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf *alle* Ersatzansprüche (also auch wegen leichter Fahrlässigkeit), wie es die hM annimmt, gegen die erwähnte (rechtsformindifferente) Wertung, dass die indisponible Organmitgliedshaftung außerhalb des Vermögensschutzes keinesfalls weiter als bis grobe Fahrlässigkeit reichen kann. Die Einschränkung der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf § 25 Abs 3 GmbHG ist auch sachgerecht: Nach der gesetzlichen Konzeption dienen nur die Kapitalschutzvorschriften und das Verbot von Zahlungen nach Insolvenzreife unmittelbar dem Gläubigerschutz. Im verbleibenden Bereich (insb der „bloßen“ Geschäftsführung) werden die Gesellschaftsgläubiger mittelbar dadurch geschützt, dass die Gesellschafter durch die zwingende

Eigenkapitalisierung etwas zu verlieren haben („Eigenopfer“) und daher im Umgang mit dem Gesellschaftsvermögen diszipliniert werden; dazu gehört auch, dass sie die Geschäftsführer zur Sorgfalt anhalten und nicht grundlos auf Ersatzansprüche vernichten. Da die Gesellschafter mit ihrem Residualanspruch außerhalb der Insolvenz wirtschaftlich unmittelbarer von Veränderungen des Gesellschaftsvermögens betroffen sind, wahren sie annahmegemäß zugleich die Gläubigerinteressen (Interessenkongruenz). Insoweit ist eine Einschränkung von Gesellschaftsdispositionen (durch § 25 Abs 5 und 7 GmbHG) im Gläubigerinteresse nicht erforderlich. Gleichwohl sind die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG über § 25 Abs 3 GmbHG hinaus – insofern aber systemkonform – auf weitere, ebenfalls unmittelbar gläubigerschützende Verhaltenspflichten (ggf analog) anzuwenden, insb auf Ersatzansprüche wegen existenzgefährdender oder -vernichtender Maßnahmen. Denn die typische Kongruenz zwischen Gesellschafter- und Gläubigerinteresse ist nicht erst in der materiellen Insolvenz beseitigt (weil die Gesellschafter „nichts mehr zu verlieren“ haben), sondern verdünnt sich schon davor mit sinkendem Eigenkapitalbestand; dadurch verringert sich das für die Gesellschaft implizit „erlaubte“ Risiko. Darüber hinaus ist § 25 Abs 3 GmbHG analog auf Ersatzansprüche gem § 14 EKEG (iVm § 25 Abs 2 GmbHG) anzuwenden, der folglich (mittelbar) auch § 25 Abs 5 und 7 GmbHG unterliegt.

Die Unwirksamkeit von Gesellschaftsdispositionen gem § 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG wirkt nur gegenüber denjenigen Personen (relativ), die in der Gesellschaftsinsolvenz (dh zugunsten der Gesellschaftsgläubiger) zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft berechtigt sind. Diese Rechtswirkung entspricht jener des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG, wonach Verzichte, Vergleiche und HV-Beschlüsse „[d]en Gläubigern gegenüber“ unwirksam sind (relative Unwirksamkeit).

III. Dispositionsschranken für abstrakte Haftungsmilderungen im Voraus

A. Problemstellung

Im vorigen Kapitel (§ 3.II) wurden die (bestehenden) gesetzlichen Beschränkungen für Gesellschaftsdispositionen über Ersatzansprüche gegen Geschäftsführer untersucht. Das Gesetz normiert solche Beschränkungen ausdrücklich (nur) für bestimmte Dispositionsarten, nämlich für Verzichte und Vergleiche einerseits (§ 10 Abs 6 und § 25 Abs 7 GmbHG; § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG analog) und für die Befolgung von Gesellschafterbeschlüssen (Weisungen und Ermächtigungen) andererseits (§ 25 Abs 5 GmbHG). Diese gesetzlichen Dispositionsbeschränkungen sind darüber hinaus auf alle wirkungsgleichen Ge-

schäfte (allenfalls analog) anzuwenden. Im Hinblick auf die Rechtswirkung von Dispositionen lassen sich Fallgruppen bilden: Verzichte, Vergleiche und vergleichbare Geschäfte bringen (bereits entstandene) Ersatzansprüche nachträglich (*ex post*) zum Erlöschen. Dabei kann sich das Geschäft nur auf einzelne oder alle Ansprüche aus dem Rechtsverhältnis beziehen – man kann Dispositionen demnach *konkret* bzw *abstrakt* nennen.²⁰⁸⁷ Eine Weisung oder Billigung schließt durch die darin enthaltene Einwilligung in die (Selbst-)Schädigung die Pflichtwidrigkeit des (beschlusskonformen) Geschäftsführerhandelns aus. Dadurch wird von vornherein (*ex ante*) verhindert, dass Ersatzansprüche der Gesellschaft überhaupt entstehen. Solche Beschlüsse richten sich auf bestimmte Geschäftsführungsmaßnahmen und wirken demnach *konkret*. Insgesamt erfassen die gesetzlich „vertypen“ Dispositionsbeschränkungen daher zum einen konkrete und abstrakte *Ex-post*-Dispositionen (insb Verzichte und Vergleiche) und zum anderen (nur) konkrete *Ex-ante*-Dispositionen (insb Weisungen und Ermächtigungen).

Dagegen enthält das Gesetz keine Aussage über die vierte mögliche Spielart von Gesellschaftsdispositionen, nämlich solche, die im Vorhinein die Entstehung aller oder abstrakt bestimmter Ansprüche ausschließen (die also *ex ante* und *abstrakt* wirken).²⁰⁸⁸ Wie schon in der Einleitung dieser Untersuchung angesprochen, können solche abstrakten Haftungsmilderungen im Voraus durchaus auch im Interesse der Gesellschaft und ihrer Gläubiger liegen, sofern und soweit die geltende Organmitgliedshaftung so streng ist, dass sie die (nötige) Risikobereitschaft der Organwalter hemmt. Privatautonome Haftungsmilderungen können an verschiedene Zurechnungselemente anknüpfen und daher grundsätzlich beliebig ausgestaltet werden.²⁰⁸⁹ Im Fokus der literarischen Debatte steht die Herabsetzung des Sorgfalts- oder Verschuldensmaßstabs. Die Frage lautet demnach, ob die Gesellschaft die vom Geschäftsführer anzuwendende Sorgfalt von der eines ordentlichen Geschäftsmannes (§ 25 Abs 1 GmbHG) etwa auf die eines „Durchschnittsmenschen“ oder die *diligentia quam in suis*²⁰⁹⁰ reduzieren kann, oder ob sie die gesetzliche *Omnis-culpa*-Haftung bspw auf grobe Fahrlässigkeit beschränken (dh für leichte Fahrlässigkeit ausschließen) kann. Es könnte auch überlegt werden, den Geschäftsführer von bestimmten Verhaltenspflichten zu entbinden oder diese Pflichten zu modifizieren.²⁰⁹¹ Auch die gesetz-

2087 Vgl allg *Fleischer* in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 352; *Ziemons* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 549; vgl zur Terminologie auch *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung 438.

2088 Vgl zur Terminologie auch *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung 438 („*ex ante*“; „generell“).

2089 Eine abschließende Darstellung ist kaum möglich, weil jedes Schadenersatzrechtliche Zurechnungsmoment (Schaden, Kausalität, Rechtswidrigkeit und Verschulden) graduell modifiziert werden könnte. Theoretisch könnten auch der Schadensbegriff oder die Anforderungen an die Kausalität privatautonom modifiziert werden.

2090 Vgl etwa *Heisse*, Beschränkung 106.

2091 Sorgfaltsmaßstab und Verhaltenspflicht fallen im Bereich der „bloßen“ Geschäftsführung zusammen, weil Verhaltenspflichten dort nicht „starr“ angeordnet sind, sondern sich situativ aus dem Sorgfaltsmaßstab ergeben, der insoweit eine „Doppel-

liche Verjährungsfrist könnte verkürzt oder um eine Ausschlussfrist ergänzt werden. Derartige Verfallsklauseln haben va den BGH²⁰⁹² schon wiederholt beschäftigt; vor Kurzem hat sich aber auch der OGH²⁰⁹³ mit einer solchen Vereinbarung auseinandergesetzt (und sie anders als der BGH für unwirksam qualifiziert). Denkbar wäre ferner die Festsetzung von Haftungshöchstgrenzen oder die Modifizierung der Beweislast.²⁰⁹⁴ Nach der Rechtswirkung kann auch danach unterschieden werden, ob die Rechtswidrigkeit des Organhandelns ausgeschlossen werden soll (Einwilligung in die Schädigung) oder ob (nur) auf künftige Ersatzansprüche im Voraus verzichtet werden soll (Haftungsfreizeichnung).²⁰⁹⁵ Der Fokus der vorliegenden Untersuchung liegt indes nicht auf den (mannigfaltigen) Möglichkeiten der Ausgestaltung einer Haftungsmilderung (die besser der Kautelarpraxis überlassen bleiben), sondern auf der (grundsätzlichen) Frage nach der Zulässigkeit, den Grenzen und dem Regelungsort solcher Abmachungen. Da das Gesetz hierzu wie gesagt keine Regelung enthält, lassen sich Antworten auf die gestellten Fragen nur (indirekt) aus den *bestehenden* Dispositionsbeschränkungen und den ihnen zugrunde liegenden Wertungen ableiten. Dabei wird vor allem zu untersuchen sein, ob abstrakte Voraussetzungen einerseits und die gesetzlich geregelten Dispositionsarten andererseits im Hinblick auf die gesetzliche Wertung, die den Dispositionsbeschränkungen zugrunde liegt, *gleichartig* sind. In den Folgekapiteln wird hierzu zunächst der Stand der deutschen und (weitgehend parallel verlaufenden)²⁰⁹⁶ österreichischen Diskussion dargestellt (soweit zweckdienlich auch gemeinsam). Die Darstellung beschränkt sich auf die wichtigsten Positionen und die für sie vorgebrachten Einzelargumente. Ein detaillierteres Referat von (weiteren) Einzelargumenten und eine eigene Stellungnahme dazu erfolgen (soweit zweckmäßig) bei der anschließenden Untersuchung des Auslegungsmaterials. Diese Untersuchung enthält auch eine eigene Begründung der als richtig erachteten Ansicht. Dabei wird – so viel vorweg – kein neuartiges Ergebnis vorgestellt, denn beinahe jede Position im Meinungsspektrum wird bereits vertreten. Vielmehr wird der Begründungshaushalt durch neue Argumente angereichert. Formal gliedert sich die Untersu-

funktion“ hat (vgl nur *Felzl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 2 mwN; *Fleischer* in *MüKo GmbHG*⁴ § 43 Rz 10).

2092 S dazu unten bei Fn 2133.

2093 S dazu noch näher unten bei Fn 2171.

2094 Vgl etwa *Heisse*, Beschränkung 129 ff; *Jula*, GmbHR 2001, 806 (808 f); *Bachmann*, Gutachten für den 70. DJT E 37.

2095 Vgl zur Unterscheidung etwa *Resch*, Einwilligung 42. Welche Rechtswirkungen beabsichtigt sind, ist im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln. Haben die Parteien diesbezgl gar keine Vorstellung, wird es nach allg Regeln der Vertragsauslegung idR bei der Rechtswidrigkeit bleiben (*Resch* aaO 42 f).

2096 So auch *Felzl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 144; *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 479.

chung nach dem jeweils bearbeiteten Auslegungstoff, dh entlang des klassischen Interpretationskanons.²⁰⁹⁷

B. Meinungsstand

Für die Darstellung der Meinungslandschaft empfiehlt es sich, zwischen zwei großen Bereichen der (hier allein maßgeblichen) Organinnenhaftung zu unterscheiden. Diese Bereiche sind einerseits Verstöße gegen Kapitalschutzvorschriften (insb § 10 Abs 4 und § 25 Abs 3 GmbHG [analog]²⁰⁹⁸) und andererseits alle sonstigen Pflichtverletzungen (§ 25 Abs 2 GmbHG). Der wesentliche Unterschied liegt in der Intensität und Wirkungsweise des Gläubigerschutzes: Wie oben²⁰⁹⁹ dargelegt, werden Gesellschaftsgläubiger im erstgenannten Bereich (Kapitalschutz) *unmittelbar* geschützt, weshalb Gesellschaftsansprüche insoweit wie Gläubigeransprüche behandelt werden. Demgemäß sind Dispositionen der Gesellschaft über ihre Ersatzansprüche unwirksam, soweit der Ersatz zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist (§ 10 Abs 6 bzw § 25 Abs 5 und 7 GmbHG). Im übrigen Bereich (insb im Bereich der bloßen Geschäftsführung) ist der Gläubigerschutz dagegen nur *mittelbar* verwirklicht, indem durch die disziplinierende Wirkung der zwingenden Eigenkapitalisierung die Gesellschafterinteressen und die Gläubigerinteressen weitgehend gleichgeschaltet werden (Interessenkongruenz). Daher sind Gesellschaftsdispositionen ohne weitere Einschränkungen grundsätzlich auch im Fall der Erforderlichkeit des Ersatzes zur Gläubigerbefriedigung wirksam. Diese grobe Zweiteilung der Organhaftung spiegelt nur den unterschiedlich verwirklichten Gläubigerschutz wider; für die übrigen Schutzinteressen (insb Anlegerschutz, Minderheitenschutz und Selbstschutz) hat sie keine Bedeutung, denn insoweit verlaufen die Grenzen jeweils anders.

1. Haftung gem § 25 Abs 3 GmbHG (analog)

Sowohl in Deutschland als auch in Österreich besteht Einigkeit darüber, dass jedenfalls²¹⁰⁰ die Haftung gem § 25 Abs 3 GmbHG (§ 43 Abs 3 dGmbHG)

2097 Dieser Aufbau ermöglicht mE am besten eine analytische Annäherung an das Problem; so verfahrend etwa auch *Heisse*, Beschränkung 110 ff; *Mand*, Geschäftsführerhaftung 120 ff; *Frisch*, Haftungserleichterung 230 ff; *Kaffiné*, Begrenzung 132 ff; *Joussen*, GmbHR 2005, 441 (447).

2098 S oben S 420 ff.

2099 S insb S 390 ff.

2100 Insoweit ergeben sich auch keine Besonderheiten aus verschiedenen Meinungen über den Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG, weil zumindest die Anwendbarkeit auf Abs 3 unstr ist.

dem Gläubigerschutz dient und deshalb zwingendes Recht ist.²¹⁰¹ Weder die Verhaltenspflichten noch der gesetzliche Sorgfaltsmaßstab sei in diesem Bereich abänderbar.²¹⁰² Gleiches soll für weitere Gläubigerschutzvorschriften gelten, auf die die Dispositionsbeschränkungen analog anzuwenden sind (dazu schon näher oben)²¹⁰³.²¹⁰⁴ Zur Begründung wird die Indisponibilität der Haftung im Größenschluss aus den Dispositionsbeschränkungen abgeleitet: Wenn die Gesellschaft schon im Nachhinein durch Verzicht oder Vergleich und im Vorhinein durch (nur konkreten) Gesellschafterbeschluss nicht wirksam disponieren kann, müsse das *umso mehr* für abstrakte Haf-

2101 Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 25; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 36; *J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 135; *dens*, GmbH-Recht I² Rz 2/389; *Gellis/Feil*, GmbHG⁷ § 25 Rz 9; *Gellis*, GmbHG (1960) 94; *Harrer*, Haftungsprobleme 75; *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/278; *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 485 ff; *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (35 f); *Straube/Rauter*, JAP 2007/2008/15, 168 (171); *Umfahrer*, GmbH⁷ Rz 4.118; *Wünsch*, GmbHG (3. Lfg, 1993) § 25 Rz 2; *Kutschera*, GesRZ 1982, 243 (247); *H. Torggler*, GesRZ 1974, 44 (47); so schon *Kornfeld/Scheu*, GmbHG (1906) § 25 Anm I (S 40); *Ofner/Thorsch*, GmbHG (1907) § 25 Anm 2 (S 36).

Für Deutschland *Heisse*, Beschränkung 108 f mwN; *Kaffiné*, Begrenzung 131 mwN; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 5, 46; *Beurskens* in *Noack et al*, GmbHG²³ § 43 Rz 40; *Fleischer* in *MüKo GmbHG*⁴ § 43 Rz 377; *Verse* in *Scholz*, GmbHG¹² § 43 Rz 9; *Ziemons* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 7, 433; *Schnorbus* in *Rowedder/Pentz*, GmbHG⁷ § 43 Rz 11; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG²¹ § 43 Rz 61; *Sturm*, GmbHR 2003, 573 (575) mwN (zur Verkürzung der Verjährungsfrist); *Ebenroth/Lange*, GmbHR 1992, 69 (76); *Janert*, BB 2013, 3016 (3017); *Ziemons* in *Oppenländer/Trölitzsch*, GmbH-Geschäftsführung³ § 29 Rz 1. Jene Autoren, die abstrakte Vorausbeschränkungen der Geschäftsführerhaftung *kategorisch* (unabhängig vom Anspruchsgrund) ablehnen (dh auch im Bereich des § 25 Abs 2 GmbHG), erfassen damit implizit auch die Haftung gem § 25 Abs 3 GmbHG (zu den Begründungen dafür unten bei § 25 Abs 2 GmbHG). S unten S 525 f (Deutschland) und S 534 ff (Österreich).

2102 Vgl etwa *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 25; *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmid-Leithoff*, GmbHG⁵ § 43 Rz 4 f; *J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 2/389.

2103 S Fn 2098.

2104 *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 484; *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/278; *Straube/Rauter*, JAP 2007/2008/15, 171; so wohl auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 25; *J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 2/389; *U. H. Schneider* in FS Werner 795 (809 f); *ders* in *Scholz*, GmbHG¹¹ § 43 Rz 261; *ders*, GmbHR 2005, 1229 (1233); *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 5; *Beurskens* in *Noack et al*, GmbHG²³ § 43 Rz 40; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG²¹ § 43 Rz 64 f; *Klöhn* in *Bork/Schäfer*, GmbHG⁵ § 43 Rz 79, 66; *Lindacher*, JuS 1984, 672 (673 f); *arguendo* auch *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 250 (der freilich abstrakte Haftungsmilderungen generell für unzulässig hält).

tungsbeschränkungen im Voraus gelten, weil es sich dabei um den relativ intensiveren Eingriff in das Gesellschaftsvermögen handelt.²¹⁰⁵

Umstritten ist jedoch die Verstoßfolge.²¹⁰⁶ Sie teilt das Schrifttum in zwei Lager: Nach überwiegender Ansicht²¹⁰⁷ sind vertragliche Haftungsbeschränkungen im Bereich des § 25 Abs 3 GmbHG schlechthin unwirksam, dh unabhängig von der Erforderlichkeit des Ersatzes zur Gläubigerbefriedigung. Soweit diese umfassende Unwirksamkeitsfolge nicht schon aus der angenommenen kategorischen Unzulässigkeit von Haftungsmilderungen folgt, wird für sie vorgebracht, der Gläubigerschutz erfordere auch, dass Ersatzansprüche entstehen und zur Disposition der Gesellschafter gelangen.²¹⁰⁸ Die Gegenmeinung²¹⁰⁹ orientiert sich stärker an den gesetzlichen Dispositionsbeschrän-

2105 Vgl idS etwa *Heisse*, Beschränkung 114; *Fleischer* in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 377 mwN; *ders*, BB 2011, 2435 (2438); *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 5; *Beurskens* in *Noack et al*, GmbHG²³ § 43 Rz 40; *Lohr*, NZG 2000, 1204 (1208); *Janert*, BB 2013, 3016 (3018).

2106 Vgl *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/278; für Deutschland *Heisse*, Beschränkung 108; *Fleischer* in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 370.

2107 *Gellis/Feil*, GmbHG⁷ § 25 Rz 9, 27; so wohl auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 25; *Harrer*, Haftungsprobleme 75; *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 485 ff; *Runggaldier/Schima*, Rechtsstellung 225 f; *dies*, Manager-Dienstverträge³ 156. Für Deutschland *Heisse*, Beschränkung 109; *Konow*, GmbHR 1968, 219 (221); *Kaffiné*, Begrenzung 131; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG²¹ § 43 Rz 61; *Herrler* in MüKo GmbHG⁴ § 9b Rz 7, wonach eine sinnvolle Entscheidung über die Geltendmachung eines Anspruchs bzw über den Verzicht auf einen Ersatzanspruch gem § 9a dGmbHG erst nach Eintritt des Schadens möglich sei; so wohl auch *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 5, 46; *Beurskens* in *Noack et al*, GmbHG²³ § 43 Rz 41; *Wellhöfer* in *Wellhöfer/Peltzer/Müller*, Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer § 9 Rz 67; *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaften⁶ § 42 Rz 92; *Jula*, GmbHR 2001, 806 (808); *Sandmann*, Haftung 330 f; zur Verjährungsverkürzung *Sturm*, GmbHR 2003, 573 (575).

2108 S dazu noch näher unten S 575 ff.

2109 Vgl *Umfahrer*, GmbH⁷ Rz 4.118; *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 165 (191, 196); für Deutschland BGH 15.11.1999, II ZR 122/98 (wobei der BGH die Dispositionsbeschränkung in dieser E auf sämtliche Ansprüche bezog); *Lindacher*, JuS 1984, 672 (674); *Krieger* in RWS-Forum Gesellschaftsrecht 1995 (1996) 149 (163); *Lohr*, NZG 2000, 1204 (1208); *Verse* in *Scholz*, GmbHG¹² § 43 Rz 419, 425; *Meyer-Landrut* in *Meyer-Landrut/Miller/Niebus*, GmbHG (1987) § 43 Rz 21; so wohl auch *Mertens/Stein*, Das Recht des Geschäftsführers der GmbH § 43 Rz 95 (Verkürzung der Verjährungsfrist); *Ziemons* in *Oppenländer/Trölitzsch*, GmbHG-Geschäftsführung³ § 29 Rz 20; *Bachmann*, Gutachten E für den 70. DJT E 110; sympathisierend vielleicht auch *Fleischer* in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 377; *ders*, BB 2011, 2435 (2438); vgl auch *J. Wagner*, Stellung und Verantwortlichkeit 30 („kein berechtigter Anlass“), der § 43 Abs 1 dGmbHG als „relativ zwingende Bestimmung“ bezeichnet; *Jula*, GmbHR 2001, 806 (808), der § 43 Abs 3 Sätze 2 f dGmbHG nicht nur auf Abs 3, sondern (wie die öhM) auf alle Ersatzansprüche anwendet und dementspr Unwirksamkeit (nur) insoweit annimmt, als der Ersatz zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist; implizit wohl schon *Brodmann*, GmbHG² (1930) § 43 Anm 1. b) (S 174).

kungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG (§ 43 Abs 3 Sätze 2 und 3 dGmbHG) und nimmt folglich auch für abstrakte Voraussetzungen (nur) insoweit Unwirksamkeit an, als der Ersatz zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist; soweit das nicht der Fall ist, sollen Haftungsbeschränkungen im Umkehrschluss zulässig sein.

2. Haftung gem § 25 Abs 2 GmbHG

Wie gerade skizziert, ist die Indisponibilität des § 25 Abs 3 GmbHG (und der damit korrespondierenden Verhaltenspflichten) im Grundsatz unbestritten. Dementsprechend liegt der Fokus der literarischen Debatte auf dem übrigen Bereich der Geschäftsführerhaftung (§ 25 Abs 2 GmbHG). Darin enthalten ist auch die praktisch wichtige Pflicht zur sorgfältigen Unternehmensleitung (bloße Geschäftsführung). Die Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen in diesem Bereich ist sowohl in Österreich als auch in Deutschland sehr umstritten. Der Streit ist im Grunde so alt wie die anwendbaren Normen selbst und scheint bis heute nicht überwunden, wenngleich eine allmähliche Abkehr von der früher vorherrschenden kategorischen Ablehnung abstrakter Haftungsmilderungen zu beobachten ist: Während sich diese ältere Ansicht²¹¹⁰ vorwiegend auf die Gesetzesmaterialien gestützt hat,²¹¹¹ verfolgen jüngere Stellungnahmen²¹¹² einen differenzierteren Ansatz und unterscheiden stärker nach dem Normzweck der einzelnen Verhaltenspflichten. Die Meinungen und Einzelargumente sind breit gefächert und geradezu unübersichtlich; beinahe jede denkbare Position im Meinungsspektrum wird vertreten.²¹¹³ Im Folgenden werden die wesentlichen Positionen des Schrifttums und der Rechtsprechung skizziert. Zum besseren Verständnis werden auch die dazugehörigen Einzelargumente sowie die Zusammenhänge mit Vorfragen und methodologischen Gewichtungen erläutert, was der gebotenen Übersichtlichkeit (hoffentlich) nicht allzu sehr schadet. Dabei lassen es die Chronologie der Rechtsentwicklung und der Stoffumfang zweckmäßig scheinen, mit dem deutschen Recht zu beginnen.

2110 S bei Fn 2114 und Fn 2166.

2111 Dazu noch ausf unten S 551 ff.

2112 Grundl U. H. Schneider in FS Werner 795 ff; Lutter/Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG²¹ § 43 Rz 65; insoweit zust, jedoch dennoch mit gegenteiligem Ergebnis etwa Ziemons in Michalski et al, GmbHG⁴ § 43 Rz 433; Pöschke in BeckOK GmbHG⁵⁷ § 43 Rz 299.7; vgl auch Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 484, der freilich wegen der extensiven Anwendung der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG Wirksamkeit nur insoweit annimmt, als der Ersatz *nicht* zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist.

2113 So auch die Beobachtung bei Julia, GmbHR 2001, 806 (808); vgl auch Fleischer in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 370.

a) Deutschland

i. Unzulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen

Im älteren deutschen Schrifttum²¹¹⁴ bestand früher nicht nur zur Vorstandschaft²¹¹⁵, sondern auch zur Geschäftsführerhaftung die Überzeugung, dass der Sorgfaltsmaßstab schlechthin zwingend und eine privatautonome Abmilderung dementsprechend unzulässig sei. Nur eine Verschärfung der Haftung hielt man für zulässig.²¹¹⁶ Die Ablehnung jeglicher Haftungsmilderung stützte sich vor allem auf folgende Passage der AmtlBegr zum dGmbHG, die (scheinbar) für *ius cogens* spricht:

*„Ein geringerer Maßstab darf an die Verantwortlichkeit derselben nicht gelegt werden, zumal es sich dabei nicht blos um die Interessen der Gesellschaft, sondern auch um diejenigen der Gesellschaftsgläubiger handelt. Der Entwurf gestattet deshalb auch keine Abschwächung der gesetzlichen Dili-genzpflicht durch den Gesellschaftsvertrag.“*²¹¹⁷

2114 Vgl Feine in Ehrenberg, Handbuch III (1929) 498 und die dortige Darstellung des Meinungsstands. § 43 dGmbHG habe „rechtspolizeilichen Charakter“ und sei daher zwingend; eine Haftungsverschärfung sei aber zulässig; vgl auch Liebmann, GmbHG⁴ (1899) § 43 Anm 3 (S 119); dens, GmbHG⁶ (1921) § 43 Anm I.2. (S 179); Liebmann/Saenger, GmbHG⁷ (1927) § 43 Anm 2 (S 235); Esser, GmbHG⁴ (1908) § 43 (S 83); Baumbach, GmbHG² (1939) Anm 1 (S 130), Anm 5 (S 132); vgl auch die Übersicht über den älteren Meinungsstand bei Konow, GmbHR 1968, 219 (221 Fn 14); Mertens in Hachenburg, GmbHG⁷ § 43 Rz 12; Schilling/Schmidt/Goerdeler in Hachenburg, GmbHG⁶ § 43 Anm 2.

AA Hachenburg, GmbHG⁵ (1927) § 43 Anm 2 (S 95), nach dem § 43 dGmbHG zwar „das Gedeihen der Gesellschaft im Auge hat“, was aber nicht ausschließe, dass die Gesellschaft die Haftung außerhalb des § 43 Abs 3 dGmbHG (etwa auf Vorsatz) beschränkt. Es sei nicht einzusehen, weshalb die Gesellschafter untereinander, den einen, der die Gesellschaft besorgt, nicht so stellen dürfen wie die Gesellschafter einer OG. (Eine Verkürzung der Verjährungsfrist sei aber unzulässig (aaO Anm 20 [S 100])). Vgl auch Brodmann, GmbHG² (1930) § 43 Anm 1.b) (S 173 f): „Es ist unerfindlich, nach welcher Vorschrift das nicht zulässig sein sollte. Daß § 43 Abs 1 zwingendes Recht enthält, müßte begründet werden.“ Gleichsinnig ders (aaO Anm 5.a) [S 176]): „Ob die Verjährungsfrist vertragsmäßig noch mehr abgekürzt werden kann, ist streitig. In den Fällen, wo nach Abs 3 der Gesellschaft die Hände gebunden sind, wird sich der Schuldner auf eine solche Abkürzung nicht berufen können. Im übrigen [sic] ist nicht ersichtlich, warum § 225 BGB [sc aF: ausdr Zulässigkeit einer Abkürzung der Verjährungsfrist] hier nicht anwendbar sein sollte.“

2115 Vgl dazu etwa Staub, HGB⁸ (1906) § 241 Anm 1 (S 817); vgl auch die Nw bei Feine in Ehrenberg, Handbuch III (1929) 498 Fn 14.

2116 Vgl Feine in Ehrenberg, Handbuch III (1929) 498; Liebmann, GmbHG⁴ (1899) § 43 Anm 3 (S 119); dens, GmbHG⁶ (1921) § 43 Anm I.2. (S 179); Scholz, GmbHG² (1950) § 43 Anm 1 (S 437); Mertens in Hachenburg, GmbHG⁷ § 43 Rz 12.

2117 AmtlBegr dGmbHG RT-Drs 1890/1892, Aktenstück Nr 660 3750 (Hervorhebungen durch den Verf.).

Auch in der jüngeren deutschen Lehre²¹¹⁸ hat jene strenge Auffassung noch einige (namhafte) Anhänger, obwohl sie wie erwähnt sukzessive einer differenzierteren Betrachtung gewichen ist.²¹¹⁹ Gegner abstrakter Haftungsmilderungen berufen sich neben der zitierten Materialienstelle auf die Gläubigerschutzfunktion²¹²⁰ der Geschäftsführerhaftung, die Stellung des Geschäftsführers als Verwalter fremden Vermögens²¹²¹, den Minderheitenschutz²¹²² und auf öffentliche Interessen²¹²³.

2118 Vgl *Bastuck*, Enthaftung 90 ff; *Ziemons in Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 433 ff unter Berufung auf die generell gläubigerschützende Funktion des Sorgfalts- und Verschuldensmaßstabs; *dies* in *Oppenländer/Trölitzsch*, Handbuch GmbH-Geschäftsführung³ § 29 Rz 24 ff; ebenso *Pöschke* in BeckOK GmbHG⁵⁷ § 43 Rz 299.8 ff; *Haas*, Geschäftsführerhaftung 295 ff; *Haas/Wigand* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 20.60; *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 241 ff; *Ebenroth/Lange*, GmbHR 1992, 69 (76); im Anschluss daran *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG¹⁵ (2000) § 43 Rz 2, 21, 29 (seit der 16. Aufl aber für die Zulässigkeit von Haftungsbeschränkungen), die sich auf die erhöhte Verantwortlichkeit eines Organs, dem die treuhänderische Verwaltung fremden Vermögens anvertraut ist, sowie die Forderung nach einem wirksamen Schutz der Gläubiger und der Minderheitsgesellschafter stützten. Aus denselben Gründen sei auch eine Verkürzung der Verjährungsfrist unzulässig (Rz 29). Vgl auch *Lutter*, GmbHR 2000, 301 (311); *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaften⁶ § 42 Rz 92; *Baums*, Geschäftsleitervertrag 213; *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung 438 ff; so wohl auch *Jula*, GmbHR 2001, 806 (808), der § 43 Abs 3 Sätze 2 und 3 dGmbHG (wie die öhM) auf alle Ersatzansprüche anwendet; *van Venrooy*, GmbHR 2004, 237 (243 ff); *J. Wagner*, Stellung und Verantwortlichkeit 29 ff; *Immenga*, GmbHR 1973, 5 (7); *Sudhoff*, Der Gesellschaftsvertrag der GmbH (1964) 156; vgl auch die auf Übersicht über den Meinungsstand bei *Heisse*, Beschränkung 110 Fn 9.

2119 S bei Fn 2111. Der Paradigmenwechsel dürfte sich in Deutschland etwa im Laufe der 1990er Jahre vollzogen haben; vgl den noch etwa ausgeglichenen Meinungsstand bei *Heisse*, Beschränkung 110 Fn 9 f.

2120 Vgl etwa *Ziemons in Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 433 ff; *Pöschke* in BeckOK GmbHG⁵⁷ § 43 Rz 299.8; *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaften⁶ § 42 Rz 92.

2121 Vgl etwa *Ebenroth/Lange*, GmbHR 1992, 69 (76); *Lutter*, GmbHR 2000, 301 (311).

2122 Vgl *Ebenroth/Lange*, GmbHR 1992, 69 (76); vgl auch *Mertens in Hachenburg*, GmbHG⁷ § 43 Rz 12.

2123 *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaften⁶ § 42 Rz 92, wonach die Geschäftsführung eines Unternehmens heute nicht mehr allein Privatangelegenheit der Gesellschafter sei, sondern auch die Arbeitnehmer, Gläubiger und die Öffentlichkeit berühre.

ii. Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen

1) Grundsätzliche Zulässigkeit

Dagegen halten der mittlerweile stark überwiegende²¹²⁴ Teil der Lehre²¹²⁵ und der BGH²¹²⁶ vertragliche Haftungsbeschränkungen im Bereich des § 43 Abs 2 dGmbHG (zumindest in Grenzen) für grundsätzlich zulässig. Vertreter dieser Ansicht relativieren mit verschiedenen (zT auch methodologischen) Argumenten zunächst die (oben zitierte) AmtlBegr zu § 43 dGmbHG, die scheinbar apodiktisch für die Indisponibilität der Haftung spricht.²¹²⁷ Von hier aus fällt der Blick vor allem auf die Gesetzessystematik, wobei sich vor allem zwei Argumentationsströmungen ausmachen lassen, die für die

2124 Anders *van Venrooy*, GmbHR 2004, 237 (243 ff), demzufolge es keine hM für die eine oder andere Position gebe.

2125 Vgl die ausf Übersicht über den älteren Meinungsstand bei *Heisse*, Beschränkung 110 Fn 10 f; zum jüngeren Schrifttum vgl die Übersicht bei *U. H. Schneider* in *Scholz*, GmbHG¹¹ § 43 Rz 258 ff; vgl aus der Kommentarlit instruktiv *Fleischer* in *MüKo GmbHG*⁴ § 43 Rz 367 ff; *Altmeyen* in *Altmeyen*, GmbHG¹¹ § 43 Rz 126 ff; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 5, 46 f; *Beurskens* in *Noack et al*, GmbHG²³ § 43 Rz 39 ff; *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leitloff*, GmbHG⁵ § 43 Rz 4 f; *Schnorbus* in *Rowedder/Pentz*, GmbHG⁷ § 43 Rz 10; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG²¹ § 43 Rz 60 ff; *Wicke*, GmbHG⁴ § 43 Rz 17; *Klöhn* in *Bork/Schäfer*, GmbHG⁵ § 43 Rz 79 ff, 82; *Paefgen* in *Habersack/Casper/Löbke*, GmbHG³ § 43 Rz 8 ff, 231 ff; *Meyer-Landrut* in *Meyer-Landrut/Müller/Niebus*, GmbHG (1987) § 43 Rz 21; *Oetker* in *Henssler/Strohn*, GesR⁵ § 43 Rz 10; aus der sonstigen Lit: ausf monographisch *Heisse*, Beschränkung 101 ff (nur für eine summenmäßige Haftungsbeschränkung); *Konow*, GmbHR 1968, 219 (221); *Fleck*, GmbHR 1974, 224 (229); *ders*, ZHR 149 (1985) 387 (410); *Kion*, BB 1984, 864 (867); *Lindacher*, JuS 1984, 672 (674); *Rehbinder*, ZHR 148 (1984) 555 (573 f) in Bezug auf die Erstattung von Bußgeldern; *Konzen*, NJW 1989, 2977 (2984); *Schaub*, DStR 1992, 985 (987), 1021 ff; *U. H. Schneider*, GmbHR 1993, 10 (19 ff) in Bezug auf den Konzern; *ders* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 2.51; *Krieger* in *RWS-Forum Gesellschaftsrecht* 1995 (1996) 149 (163); *Reese*, DStR 1995, 532 (536); *Köhl*, DB 1996, 2597 (2598 f); so wohl auch *Mertens/Stein*, Das Recht des Geschäftsführers der GmbH § 43 Rz 5, 95; *Frisch*, Haftungserleichterung 228 ff; *Altmeyen*, DB 2000, 261 (263); *Lohr*, NZG 2000, 1204 (1209); *Sandmann*, Haftung 328 ff, 333; *Weber/Lohr*, GmbHR 2000, 698 (704); *Burgard*, ZIP 2002, 827 (839); *Pelz*, RNotZ 2003, 415 (423); zur Verjährungsverkürzung *Sturm*, GmbHR 2003, 573 (576); *Joussen*, GmbHR 2005, 441 (447); *U. H. Schneider/S. Schneider*, GmbHR 2005, 1229 (1233); *Haas*, WM 2006, 1417 (1419); *Axhausen* in *Beck'sches Hdb GmbH*⁵ § 5 Rz 215; *Lutter* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 1.20 f; *Thomas*, Haftungsfreistellung 36 ff; *Fleischer*, BB 2011, 2435 (2438 f); instruktiv *Janert*, BB 2013, 3016 ff; *Bayer*, GmbHR 2014, 897 (907); *Werner*, GmbHR 2014, 792 (795 ff); *Terlau* in *Römermann*, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht⁴ § 10 Rz 82; *Wellhöfer* in *Wellhöfer/Peltzer/Müller*, Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer § 9 Rz 67, § 14 Rz 4; *Bank* in *Patzina et al*, Haftung von Unternehmensorganen Kap 17 Rz 69 ff. S zur älteren Lit auch schon Fn 2114 aE.

2126 S dazu sogleich bei Fn 2133.

2127 S dazu noch näher unten S 553 ff.

(grundsätzliche) Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen ins Treffen geführt werden. Erstens stützt man sich auf einen Umkehrschluss aus § 43 Abs 3 Sätze 2 und 3 dGmbHG: Da sich diese Dispositionsbeschränkungen (in Deutschland unstr.) nur auf die qualifizierten Ersatzansprüche gem § 43 Abs 3 dGmbHG beziehen und da es im übrigen Haftungsbereich keine weiteren Einschränkungen der grundsätzlichen Dispositionsfreiheit²¹²⁸ gebe,²¹²⁹ seien Haftungsmilderungen insoweit grundsätzlich zulässig.²¹³⁰ Oder umgekehrt formuliert: Da die Gesellschaft durch Weisung, Verzicht oder Vergleich über die Geschäftsführerhaftung frei disponieren könne (auch soweit der Ersatz zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist), müsse dies auch für abstrakte Vorausdispositionen gelten.²¹³¹ Das zweite Argument ist die Entscheidungskompetenz der Generalversammlung bei der Geltendmachung von Ersatzansprüchen gem § 46 Nr 8 dGmbHG:²¹³² Wenn die Gesellschaft entscheiden kann, ob sie Ansprüche geltend macht, müsse es ihr auch freistehen, die Haftung im Vorhinein auszuschließen oder zu beschränken.

Auch der BGH bejaht wie erwähnt die Zulässigkeit von Haftungsbeschränkungen: In einer Entscheidung²¹³³ aus dem Jahr 1999 hatte er eine anstellungs-

2128 Vgl *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung 184 ff; im Anschluss *Fleischer*, BB 2011, 2435 (2436); ähnlich *Thomas*, Haftungsfreistellung 37; ähnlich *Heisse*, Beschränkung 113 (grundsätzliche Dispositionsbefugnis).

2129 Zu diesem Argument noch krit unten S 584 ff.

2130 Vgl zB *Paefgen* in *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG³ § 43 Rz 9 f, 231; *Verse* in *Scholz*, GmbHG¹² § 43 Rz 423 f (Wenn aber auf diese Weise über die Haftung nach § 43 Abs 2 dGmbHG [gemeint: durch Weisung, Verzicht oder Vergleich] disponiert werden kann, sei nicht einzusehen, warum die Gesellschaft aus Gründen des Gläubigerschutzes daran gehindert sein sollte, von vornherein die Haftung zu beschränken); *Konow*, GmbHR 1968, 219 (221); *Fleck*, GmbHR 1974, 224 (229); *Kion*, BB 1984, 864 (867); *Lindacher*, JuS 1984, 872 (873); deutlich *Krieger* in RWS-Forum Gesellschaftsrecht 1995 (1996) 149 (163), wonach eine Haftungsbeschränkung gegenüber einem GmbH-Geschäftsführer – mit Ausnahme des Kapitalschutzes – genauso zulässig sein müsse, wie gegenüber jedem anderen Schuldner; *Thomas*, Haftungsfreistellung 36 ff; *Joussen*, GmbHR 2005, 441 (447); *Pelz*, RNotZ 2003, 415 (423); *Schaub*, DStR 1992, 985 (987); vgl bereits *Brodmann*, GmbHG² (1930) § 43 Anm 1. b) (S 174): „Die Ausschließung der Haftung für Fahrlässigkeit finde hieran [sc an der Verzichtsbeschränkung gem § 43 Abs 3 Satz 2 dGmbHG] ihre Grenze. Aber mehr folgt daraus nicht.“

2131 Vgl insb BGH 16.09.2002, II ZR 107/01 NJW 2002, 3777 (dazu noch sogleich näher bei Fn 2133). Aus der Lit *Konzen*, NJW 1989, 2977 (2984); *Schaub*, DStR 1992, 985 (987); *Krieger* in RWS-Forum Gesellschaftsrecht 1995 (1996) 149 (163); *Fleischer*, BB 2011, 2435 (2436); *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung 439; iZm Weisungsbeschlüssen *U. H. Schneider* in FS Werner 795 (811 f); *Pelz*, RNotZ 2003, 415 (423); *Meyer-Landrut* in *Meyer-Landrut/Miller/Niehus*, GmbHG (1987) § 43 Rz 21.

2132 Vgl etwa *Janert*, BB 2013, 3016 (3017); *Joussen*, GmbHR 2005, 441 (447); *Konzen*, NJW 1989, 2977 (2984); *Wicke*, GmbHG⁴ § 43 Rz 17; *Paefgen* in *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG³ § 43 Rz 10; *Lutter* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 1.21. Zu diesem Argument noch krit unten S 591 ff.

2133 BGH 15.11.1999, II ZR 122/98 ZIP 2000, 135 = NJW 2000 576; vgl die Bespr von *Altmeppen*, DB 2000, 261 ff. S zu dieser E bereits bei Fn 1057 iZm dem Anwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen gem § 43 Abs 3 Sätze 2 und 3 dGmbHG.

vertragliche Regelung zu beurteilen, der zufolge Ansprüche gegen Geschäftsführer nur binnen einer Ausschlussfrist von zwei Monaten ab Kündigung der Geschäftsführungsverträge geltend gemacht werden können. Dadurch sollte also die gesetzliche Verjährungsfrist gem § 43 Abs 4 dGmbHG (§ 25 Abs 6 öGmbHG) zugunsten des schädigenden Geschäftsführers (zu Lasten der Gesellschaft, ihrer Gesellschafter und Gläubiger) durch eine (viel) kürzere Ausschlussfrist ersetzt werden. Der BGH hielt die Klausel für zulässig. Die Verjährungsverkürzung sei aber wegen § 43 Abs 3 Sätze 2 und 3 dGmbHG (nur) insoweit ausgeschlossen, als der Ersatz zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist. Dabei nahm der BGH (freilich zu Unrecht) an, die Dispositionsbeschränkungen würden sich auf *alle* Ersatzansprüche aus § 43 dGmbHG beziehen.²¹³⁴ Er korrigierte diese Entscheidung in der Folge: In einem weiteren Judikat²¹³⁵ aus dem Jahr 2002 bestätigte der BGH unter Hinweis auf die vorgenannte Entscheidung und die hL die Zulässigkeit einer Verjährungsverkürzung außerhalb des § 43 Abs 3 dGmbHG. Dafür spreche ähnlich wie bei einem Verzicht oder Vergleich, dass es außerhalb des § 43 Abs 3 dGmbHG gem § 46 Nr 8 dGmbHG Sache der Gesellschafter sei, darüber zu entscheiden, ob und in welchem Umfang sie Ansprüche der Gesellschaft gegen Geschäftsführer verfolgen wollen. Bei dieser Gelegenheit führte der BGH *obiter* weiter aus, dass eine Haftungsbeschränkung auch in anderer Form zulässig sei: Wie auf die Durchsetzung eines entstandenen Anspruchs verzichtet werden könne (sei es förmlich durch Vertrag, durch Entlastungs- oder durch Generalbereinigungsbeschluss), könne auch schon im Vorfeld die Entstehung eines Ersatzanspruchs gegen das Organmitglied näher geregelt, insb begrenzt oder ausgeschlossen werden, indem zB ein anderer Verschuldensmaßstab vereinbart oder dem Geschäftsführer eine verbindliche Gesellschafterweisung erteilt wird, die eine Haftungsfreistellung bewirkt. Die Abkürzung der Verjährungsfrist oder die Vereinbarung einer Ausschlussfrist sei nur eine andere Form dieser Beschränkungs- und Verzichtsmöglichkeiten.

Ausgehend von der grundsätzlichen Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen kreist die literarische Diskussion um mehrere Folgefragen: Umstritten sind vor allem die *Grenzen* der (grundsätzlichen bejahten) Dispositionsfreiheit im Bereich des § 43 Abs 2 dGmbHG, wobei die Differenzierung nach Verschuldensgraden im Fokus steht. Uneins ist man sich aber auch über den *Modus* von Haftungsmilderungen und den möglichen *Regelungsort*.

2) Grenzen

Einigkeit besteht zunächst darüber, dass nach allgemeinen Grundsätzen (§ 276 Abs 3 BGB) nicht im Voraus auf die Haftung wegen vorsätzlicher

2134 S dazu schon oben S 243 ff. Der BGH verwies dazu (wohl irrig) auf die hL, die aber zwischen § 43 Abs 2 und § 43 Abs 3 dGmbHG differenziert.

2135 BGH 16.09.2002, II ZR 107/01 NJW 2002, 3777; zust, aber in der Sache einschränkend *Sturm*, GmbHR 2003, 573 ff; vgl dazu auch *Graef*, BB 2002, 2517 (2517). S dazu ebenfalls schon oben bei Fn 1063.

Schädigung verzichtet werden kann.²¹³⁶ Inwieweit die Fahrlässigkeitshaftung ausgeschlossen oder beschränkt werden kann, ist umstritten:

Ein beachtlicher Teil der Lehre²¹³⁷ schließt aus § 276 Abs 3 BGB *e contrario*, dass abstrakte Haftungsmilderungen im Bereich des § 43 Abs 2 dGmbHG bis zur (allgemeinen) Vorsatzgrenze zulässig sind. Umgekehrt ist demnach ein Ausschluss der Haftung für *jede* Fahrlässigkeit zulässig. Diese Schlussfolgerung geht von der Prämisse aus, dass § 276 Abs 3 BGB als allgemeine Schranke und § 43 Abs 3 Sätze 2 und 3 dGmbHG als besondere Schranken die grundsätzliche Dispositionsfreiheit *abschließend* begrenzen und damit auch abstrakte Haftungsmilderungen erfassen.²¹³⁸ Weitere Beschränkungen seien *de lege lata* nicht anzuerkennen, mögen sie auch aus Gläubigersicht rechtspolitisch erwünscht sein.²¹³⁹

Einen Schritt weiter geht jene (strengere) Auffassung²¹⁴⁰, die die Grenze nicht erst bei Vorsatz, sondern schon bei grober Fahrlässigkeit zieht. Demnach soll nur die Haftung für leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen werden

2136 Statt vieler Zöllner/Noack in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 46 mwN; *Verse* in *Scholz*, GmbHG¹² § 43 Rz 421; *Kaffiné*, Begrenzung 140; vgl bereits *Koenige*, HGB² (1929) § 241 Anm 1 (S 440); *K. Lehmann*, Das Recht der Aktiengesellschaften II (1904, Neudruck 1964) 265.

2137 *U. H. Schneider* in *Scholz*, GmbHG¹¹ § 43 Rz 261 f; *ders* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 2.51; *Verse* in *Scholz*, GmbHG¹² § 43 Rz 421 ff; *Fleischer* in *MüKo GmbHG*⁴ § 43 Rz 381; *ders*, BB 2011, 2435 (2438 f); *Schnorbus* in *Rowedder/Pentz*, GmbHG⁷ § 43 Rz 10; so wohl auch *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG²¹ § 43 Rz 64; *Paefgen* in *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG³ § 43 Rz 8 ff in Anlehnung an die Rsp des BGH; *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG⁵ § 43 Rz 4 f; *Klöhn* in *Bork/Schäfer*, GmbHG⁵ § 43 Rz 79 ff, 82; *Wicke*, GmbHG⁴ § 43 Rz 17; *Krieger* in *RWS-Forum Gesellschaftsrecht* 1995 (1996) 149 (163); *Janert*, BB 2013, 3016 ff; (in der Praxis relevanter weil interessengerechter sei aber der Haftungsausschluss [nur] für leichte Fahrlässigkeit); *Jousen*, GmbHR 2005, 441 (447); *Pelz*, RNotZ 2003, 415 (423); *Köhl*, DB 1996, 2597 (2598 f); *Schaub*, DStR 1992, 985 (987), 1021 ff; *Konzen*, NJW 1989, 2977 (2984); *Lindacher*, JuS 1984, 672 (674), *Kion*, BB 1984, 864 (867); *Fleck*, GmbHR 1974, 224 (229); *ders*, ZHR 149 (1985) 387 (410); *Konow*, GmbHR 1968, 219 (221); *Sandmann*, Haftung 333; *Bayer*, GmbHR 2014, 897 (909); *Werner*, GmbHR 2014, 792 (796); *Kaffiné*, Begrenzung 142 (zum Alleingesellschafter); *Mand*, Geschäftsführerhaftung 92 ff; *Thomas*, Haftungs-freistellung 36 ff; *Terlau* in *Römermann*, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht⁴ § 10 Rz 82; so wohl auch *Krause*, BB 2009, 1370 (1374).

2138 Vgl *Konow* GmbHR 1968, 219 (221 f); *Fleck*, GmbHR 1974, 224 (229); *Janert*, BB 2013, 3016 (3018 ff): „gesellschaftsrechtliche“ und „allgemeinrechtliche“ Disponibilitäts-grenzen.

2139 Vgl idS ausdr BGH 16.09.2002, II ZR 107/01 NJW 2002, 3777; vgl auch *Paefgen* in *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG³ § 43 Rz 10; *Janert*, BB 2013, 3016 (3022).

2140 Vgl *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 5, 46 f; *Altmeppen* in *Altmeppen*, GmbHG¹¹ § 43 Rz 126 ff, insb Rz 134 ff; *Kaffiné*, Begrenzung 140 ff; *Haas*, WM 2006, 1417 (1419); *U. H. Schneider/S. Schneider*, GmbHR 2005, 1229 (1233); *Lohr*, NZG 2000, 1204 (1209); *Frisch*, Haftungserleichterung 228 ff; *Reese*, DStR 1995, 532 (536); *Rehbinder*, ZHR 148 (1984) 555 (573 f); *U. H. Schneider*,

können. Während die oben genannte (weniger strenge) Position sich primär auf systematische Argumente stützt, nämlich auf das Fehlen von (weiteren) ausdrücklichen Dispositionsschranken, führt die strengere Ansicht zusätzlich wertende Argumente ins Treffen, propagiert also implizite Schranken. So wird die weitergehende Einschränkung der Dispositionsfreiheit vor allem mit dem Schutz der Gläubiger begründet, der eine Haftung für grobe Fahrlässigkeit als „absoluten Mindeststandard“ gebiete.²¹⁴¹ Das Gesellschaftsvermögen sei ein „gebundenes Sondervermögen“, das als Haftungsgrundlage für Dritte zu dienen habe und über das daher nicht beliebig verfügt werden könne.²¹⁴² Manche Autoren berufen sich auf die dem Gläubigerschutz dienende Präventionswirkung der Haftung.²¹⁴³ Die Möglichkeit einer Enthaftung durch Verzicht, Vergleich oder Weisung wird mit dem Argument relativiert, dass abstrakte Vorausdispositionen eine „andere Qualität“ hätten.²¹⁴⁴ Weitere Argumente sind die Pflicht zur sorgfältigen Leitung der Gesellschaft,²¹⁴⁵ mit der ein Haftungsausschluss für grobe Fahrlässigkeit nicht vereinbar sei, der Schutz der Minderheitsgesellschaft²¹⁴⁶ und das öffentliche Interesse²¹⁴⁷. Hier zeigt sich, dass *dieselben* (oder zumindest ähnliche) Argumente – je nach individueller Gewichtung – entweder zur Unwirksamkeit von Haftungsmilderungen (nur) bei grober Fahrlässigkeit führen können oder sogar zur gänzlichen Unwirksamkeit von Haftungsmilderungen (dazu schon oben). Zum selben Ergebnis gelangen auf anderem Weg auch jene (wenigen) Autoren²¹⁴⁸, die die Dispositionsbeschränkungen gem § 43 Abs 3 Sätze 2 und 3 dGmbHG von vornherein (im unmittelbaren Anwendungsbereich) in Anlehnung an die aktienrechtliche Parallelnorm (§ 93 Abs 5 Satz 2 dAktG) nicht nur auf § 43 Abs 3 dGmbHG (wie die HdM), sondern darüber hinaus auf sonstige Ansprüche aus grobem Verschulden anwenden.

3) Regelungsmodus

Von den vielen denkbaren Gestaltungsmöglichkeiten²¹⁴⁹ diskutiert das Schrifttum vor allem eine Herabsetzung des Sorgfalts- oder Verschuldensmaßstabs

GmbHR 1993, 10 (19 ff); *Heisse*, Beschränkung 101 ff (nur für eine summenmäßige Haftungsbeschränkung); *Axhausen* in Beck'sches Hdb GmbH⁵ § 5 Rz 215.

2141 So va *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 46; im Anschluss an diese *Konzen*, NJW 1989, 2984; *Lohr*, NZG 2000, 1204 (1209); abl *U. H. Schneider* in *Scholz*, GmbHG¹¹ § 43 Rz 261.

2142 *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 46; *Beurskens* in *Noack et al*, GmbHG²³ § 43 Rz 41; *Reese*, DStR 1995, 532 (536).

2143 S dazu näher unten S 649 ff.

2144 S dazu die Nw unten in Fn 2644 ff.

2145 S die Nw unten in Fn 2676 ff.

2146 *Kaffiné*, Begrenzung 141 ff.

2147 S dazu noch näher unten S 656 ff und die dort zitieren Nw.

2148 *Altmeppen* in *Altmeppen*, GmbHG¹¹ § 43 Rz 134 ff mwN; *Burgard*, ZIP 2002, 827 (839). S dazu schon oben bei Fn 1068.

2149 Vgl die Übersicht über die Gestaltungsmöglichkeiten zB bei *Janert*, BB 2013, 3016 (3020); vgl auch *Werner*, GmbHR 2014, 792 (797 ff).

und die Verkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist und/oder die Vereinbarung einer Ausschlussfrist. Daneben diskutiert werden auch eine Änderung der Beweislastverteilung, ein Haftungsausschluss für bestimmte Haftungsrisiken²¹⁵⁰ und die Festsetzung betragsmäßiger Haftungshöchstgrenzen²¹⁵¹, wobei diese Diskussion im Wesentlichen in denselben Bahnen verläuft wie die (Haupt-)Diskussion über die Disponibilität des Sorgfalts- oder Verschuldensmaßstabs.

4) Regelungsort

Auch über den Regelungsort abstrakter Haftungsmilderung herrscht Uneinigkeit.²¹⁵² Die wesentliche Weichenstellung bildet dabei die Frage, ob eine Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag nötig ist.

Die hM verneint diese Frage. Zulässig sei vielmehr auch eine Haftungsmilderung durch einfachen Gesellschafterbeschluss²¹⁵³ oder in der Geschäftsordnung²¹⁵⁴.²¹⁵⁵ Umstritten ist auch die Folgefrage des nötigen Beschlussquorums. So verlangen manche Autoren²¹⁵⁶ aus Minderheitenschutzgründen Einstimmigkeit, andere²¹⁵⁷ lassen einfache Stimmenmehrheit genügen, weil eine Abmilderung der gesetzlichen Organhaftung gegen den Willen der Minderheit ohnehin regelmäßig als treuwidrig²¹⁵⁸ anfechtbar sein werde. Darüber hinaus

2150 Paefgen in *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG³ § 43 Rz 8.

2151 Vgl dazu ausf. *Heisse*, Beschränkung 123 ff.; *Schnorbus* in *Rowedder/Pentz*, GmbHG⁷ § 43 Rz 10.

2152 Vgl eingehend *Heisse*, Beschränkung 133 ff.

2153 Vgl *Heisse*, Beschränkung 134; *Thümmel*, Persönliche Haftung⁵ Rz 352; *U. H. Schneider* in *Scholz*, GmbHG¹¹ § 43 Rz 262; *Verse* in *Scholz*, GmbHG¹² § 43 Rz 427; *Paefgen* in *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG³ § 43 Rz 14; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 5; *Altmeyen* in *Altmeyen*, GmbHG¹¹ § 43 Rz 118; *Kion*, BB 1984, 864 (867); *Janert*, BB 2013, 3016 (3018); *Lohr*, NZG 2000, 1204 (1209); *Bayer*, GmbHR 2014, 897 (904); *Lindacher*, JuS 1974, 672 (674); *Axhausen* in *Beck'sches Hdb GmbH*⁵ § 5 Rz 215; *Terlau* in *Römermann*, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht⁴ § 10 Rz 83.

2154 *U. H. Schneider* in *Scholz*, GmbHG¹¹ § 43 Rz 262; *Terlau* in *Römermann*, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht⁴ § 10 Rz 83.

2155 Alle Varianten zulassend *U. H. Schneider* in *Scholz*, GmbHG¹¹ § 43 Rz 262; *Kion*, BB 1984, 864 (867); ebenso *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 5; so auch *Janert*, BB 2013, 3016 (3018); *Lohr*, NZG 2000, 1204 (1209).

2156 Vgl *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmid-Leithoff*, GmbHG⁵ § 43 Rz 4 f.; *Altmeyen* in *Altmeyen*, GmbHG¹¹ § 43 Rz 118; *Lindacher*, JuS 1984, 672 (674); *Sturm*, GmbHR 2003, 573 (577); *arguendo* auch *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 250 (der abstrakte Haftungsmilderungen jedoch generell für unzulässig hält); *Axhausen* in *Beck'sches Hdb GmbH*⁵ § 5 Rz 215; abl. *Kaffiné*, Begrenzung 141 f.

2157 So iE *Heisse*, Beschränkung 110 ff, 124 ff, 139; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG²¹ § 43 Rz 66; *Fleischer* in *MüKo GmbHG*⁴ § 43 Rz 386; *ders*, BB 2011, 2435 (2440); *Klöhn* in *Bork/Schäfer*, GmbHG⁵ § 43 Rz 82; *Jula*, GmbHR 2001, 806 (808); *Lohr*, NZG 2000, 1204 (1209).

2158 Vgl *Heisse*, Beschränkung 139; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 5; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG²¹ § 43 Rz 66; *Paefgen* in

könne eine Haftungsmilderung (auch ohne Satzungsermächtigung)²¹⁵⁹ im Anstellungsvertrag vereinbart werden.²¹⁶⁰ Auch der BGH hat soweit ersichtlich keine Bedenken gegen die anstellungsvertragliche Vereinbarung einer kurzen Ausschlussfrist (anstelle der gesetzlichen Verjährungsfrist) geäußert.²¹⁶¹

Die Gegenansicht²¹⁶² verlangt zwingend eine Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag, weil nur so die im Gläubigerinteresse gebotene Publizität gewährleistet werde. Dagegen wird wiederum eingewendet, dass der Gläubigerschutz bereits durch die Unwirksamkeit gläubigerschutzwidriger Vereinbarungen berücksichtigt werde, weshalb eine besondere Publizität nicht (mehr) nötig sei.²¹⁶³ Strittig ist auch hier das nötige Beschlussquorum, wenn die Haftungsbeschränkung nicht im (naturgemäß einstimmigen) ursprünglichen Gesellschaftsvertrag vereinbart werden soll, sondern durch Änderung

Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG³ § 43 Rz 14; *Fleischer*, BB 2011, 2435 (2440); *Bayer*, GmbHHR 2014, 897 (904); *Werner*, GmbHHR 2014, 792 (796 f).

2159 *Heisse*, Beschränkung 137 mwN; *Klöhn* in *Bork/Schäfer*, GmbHG⁵ § 43 Rz 82; *Verse* in *Scholz*, GmbHG¹² § 43 Rz 427.

2160 Vgl *U. H. Schneider* in *Scholz*, GmbHG¹¹ § 43 Rz 262; *Verse* in *Scholz*, GmbHG¹² § 43 Rz 420 f, 427; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG²¹ § 43 Rz 66; *Klöhn* in *Bork/Schäfer*, GmbHG⁵ § 43 Rz 82; *Meyer-Landrut* in *Meyer-Landrut/Miller/Niehus*, GmbHG (1987) § 43 Rz 21; *Konzen*, NJW 1989, 2977 (2984); *Lohr*, NZG 2000, 1204 (1209); *Sandmann*, Haftung 328 f; *Bayer*, GmbHHR 2014, 897 (904); *Thümmel*, Persönliche Haftung⁵ Rz 352; *arguendo* auch *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 250 (der abstrakte Haftungsmilderungen jedoch generell für unzulässig hält); nach *Kaffiné* (Begrenzung 153) reiche dies allein jedoch nicht aus, sondern sei jedenfalls ein Gesellschafterbeschluss als organisationsrechtliche Grundlage erforderlich.

2161 BGH 15.11.1999, II ZR 122/98 ZIP 2000, 135 = NJW 2000, 576 (s schon Fn 2133 ff).

2162 Vgl etwa *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmid-Leithoff*, GmbHG³ § 43 Rz 4 f; *Paefgen* in *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG³ § 43 Rz 11 f (Vorrang des Korporationsrechts); *Werner*, GmbHHR 2014, 792 (797) unter Berufung auf den Vorrang des Korporationsrechts; *Sturm*, GmbHHR 2003, 573 (576 f), wonach dem Minderheitenschutz durch einen einstimmigen Gesellschafterbeschluss zwar genüge getan sei, aber das Informationsinteresse der Gesellschaftsgläubiger und später hinzutretender Gesellschafter eine Regelung im Gesellschaftsvertrag erfordere. Vgl auch *Bachmann*, Gutachten E für den 70. DJT E 112, nach dem zu erwägen sei, Vorab-Haftungsbeschränkungen wie die Reduktion des Sorgfaltsmaßstabs oder Haftungshöchstbeträge deutlicher als bisher publik werden zu lassen, damit die Vertragspartner der GmbH „wissen, worauf sie sich einlassen“. Abw *Mand*, Geschäftsführerhaftung 138, die auch eine Satzungsermächtigung genügen lässt.

2163 *Fleischer* in *MüKo GmbHG*⁴ § 43 Rz 384; *ders*, BB 2011, 2435 (2439); *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 5; *U. H. Schneider* in *FS Werner* 795 (814); *Jula*, GmbHHR 2001, 806 (808); vgl auch *Kaffiné*, Begrenzung 153, wonach zwar ein informationeller Nutzen für Gläubiger bestehe, dieser aber nicht ausreiche, um eine zwingende Satzungsregelung zu begründen; vgl auch *Werner*, GmbHHR 2014, 792 (797), der aber wegen § 46 Nr 8 dGmbHG und des Vorrangs des Korporationsrechts dennoch für eine Regelung im Gesellschaftsvertrag eintritt.

des Gesellschaftsvertrags. Manche Autoren²¹⁶⁴ verlangen für den Änderungsbeschluss Einstimmigkeit, andere²¹⁶⁵ lassen nach allgemeinen Regeln (§ 50 Abs 1 Satz 1 GmbHG) schon qualifizierte Stimmenmehrheit genügen, weil die Minderheit durch die Treupflicht ausreichend geschützt sei.

b) Österreich

i. Unzulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen

Aus dem älteren Schrifttum sind soweit ersichtlich kaum Stellungnahmen zum vorliegenden Problem verzeichnet. *Ofner/Thorsch*²¹⁶⁶ gingen davon aus, dass der Sorgfaltsmaßstab des § 25 Abs 1 GmbHG zwingend und eine „Herabsetzung der Diligenzpflicht“ deshalb unwirksam ist. Eine Verschärfung sei jedoch möglich.

Dieser Auffassung hat sich der OGH in einer Entscheidung²¹⁶⁷ aus dem Jahr 1959 ausdrücklich angeschlossen. Gleichzeitig formulierte der OGH (*obiter*) folgenden Rechtssatz: „Die Bestimmungen des § 25 GesmbHG. sind **zwingendes Recht**. Durch Gesellschaftsvertrag kann **keine Herabsetzung, sondern nur eine Verschärfung der Diligenzpflicht des Geschäftsführers wirksam vereinbart werden** (*Ofner-Thorsch, a. a. O. 36*).“²¹⁶⁸ In späteren Entscheidungen²¹⁶⁹ betreffend die (Nicht-)Anwendbarkeit des DHG auf GmbH-Geschäftsführer

²¹⁶⁴ Vgl etwa *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmid-Leithoff*, GmbHG⁵ § 43 Rz 4 f; *Altmeppen* in *Altmeppen*, GmbHG¹¹ § 43 Rz 118; *Sturm*, GmbHR 2003, 573 (577); *Lindacher*, JuS 1984, 672 (674).

²¹⁶⁵ Vgl jew mWn *Ziemons* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 431; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 5; *Verse* in *Scholz*, GmbHG¹² § 43 Rz 427; *Beurskens* in *Noack et al*, GmbHG²³ § 43 Rz 39; *Paefgen* in *Habersack/Casper/Löbke*, GmbHG³ § 43 Rz 14; *Werner*, GmbHR 2014, 792 (796 f); *Terlau* in *Römermann*, Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht⁴ § 10 Rz 83.

²¹⁶⁶ *Ofner/Thorsch*, GmbHG (1907) § 25 Anm 2 (S 36) im Anschluss an *Birkenbihl* (Das Reichsgesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, vom 29. April 1892) und *Liebmann* (Kommentar zum Gesetz, betreffend die Gesellschaften m. b. H.); jew zitiert nach *Ofner/Thorsch* aaO; aA möglicherweise bereits *Kornfeld/Scheu*, GmbHG (1906) § 25 Anm I. (S 40).

²¹⁶⁷ OGH 17.06.1959, 5 Ob 202/59 HS 365/33; RIS-Justiz RS0059670. Vgl dazu schon oben bei Fn 1021 iZm dem Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG.

²¹⁶⁸ Hervorhebungen durch den Verf.

²¹⁶⁹ RIS-Justiz RS0054466; OGH 30.01.1979, 5 Ob 686/78 EvBl 1979, 396; 26.01.2000, 9 ObA 326/99b SZ 73/20; 31.07.2015, 6 Ob 139/15g GES 2015, 340 = RdW 2016, 27 = ecolex 2016, 229, wonach § 25 GmbHG „nach völlig einhelliger Auffassung“ (insoweit jedoch unzut) eine im Interesse der Allgemeinheit bzw zum Schutz der Gläubiger getroffene Bestimmung sei, die für alle Geschäftsführer ohne Rücksicht auf die interne Gestaltung ihres Rechtsverhältnisses zur Gesellschaft gelte. Vgl OGH 26.08.2020, 9 ObA 136/19v wbl 2021, 171 ff unter Bestätigung der bisherigen stRsp zum DHG („eine im Interesse der Allgemeinheit und zum Schutz der Gläubiger getroffene zwingende Bestimmung“).

bestätigte der OGH seine Position: § 25 GmbHG sei „eine im Interesse der Allgemeinheit oder zum Schutz der Gläubiger getroffene zwingende Bestimmung“. ²¹⁷⁰

Erst unlängst²¹⁷¹ knüpfte der OGH (inhaltlich) an seine E aus 1959 an (ohne freilich explizit auf sie einzugehen) und bestätigte seine bisherige Position. Konkret ging es in der rezenten E um eine Vereinbarung im Anstellungsvertrag, nach der Ansprüche der Gesellschaft gegen ihren Geschäftsführer bei sonstigem Verfall binnen vier Monaten ab Fälligkeit schriftlich geltend zu machen sind.²¹⁷² Der OGH besann sich in seiner Begründung auf seine stRsp²¹⁷³ zur Nichtanwendbarkeit des DHG und qualifizierte die streitgegenständliche Verfallsklausel auf dieser Grundlage als unwirksam, weil es sich bei § 25 GmbHG „um eine im Interesse der Allgemeinheit und

2170 RIS-Justiz RS0054466; s die Nw in der vorigen Fn. Als Begründung verwies der OGH soweit ersichtlich in jüngeren E aus der DHG-Judikaturlinie (nur) auf die jew vorangegangenen E. In der ersten dieser E (5 Ob 686/78) stützte sich der OGH auf die damalige Lehre (auf *Gellis* u *Hachenburg*) sowie auf eine E (HS 365). *Gellis* (GmbHG¹ [1960]) § 25 Anm 2) wiederum begründet seine Ansicht nicht näher; HS 365 entspricht dem in der E 9 ObA 136/19v angeführten RIS-Rechtssatz RS0059670 und stammt ebenso aus 5 Ob 202/59. In 5 Ob 202/59 wiederum berief sich der OGH für die angenommene Indisponibilität des § 25 GmbHG auf *Ofner/Thorsch* (GmbHG [1907] § 25 Anm 2 [S 36]), die wiederum auf *Birkenbühl* (Das Reichsgesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, vom 29. April 1892) verwiesen. Eine inhaltliche Begründung gaben (zum dGmbHG) va *Schilling/Schmidt/Goerdeler* in *Hachenburg*, GmbHG⁶ § 43 Anm 2 (S 96): Eine Haftungsfreizeichnung verträge sich nicht mit der „organschaftlichen Vertrauensstellung des Geschäftsführers und dem Umfang seiner Geschäftsführungsbefugnisse“. Er habe bei der Verwaltung des Gesellschaftsvermögens nicht nur die Interessen der Gesellschaft u der Gesellschafter, sondern auch die der Gesellschaftsgläubiger zu berücksichtigen; die Norm sei „also auch im öffentlichen Interesse erlassen“. Zu diesen Argumenten jew noch an entspr Stelle unten.

2171 OGH 26.08.2020, 9 ObA 136/19v wbl 2021, 171 ff; vgl auch RIS-Justiz RS0133277; ausf und krit dazu *Spendel*, wbl 2021, 121 ff.

2172 Unter dem Titel „Verfall“ enthielt der Anstellungsvertrag folgende Klausel: „Offene Ansprüche aus dem gegenständlichen Geschäftsführervertrag sind bei sonstigem Verfall binnen vier Monaten ab Fälligkeit schriftlich geltend zu machen. Bei rechtzeitiger Geltendmachung bleibt die Verjährungsfrist gewahrt.“ Der OGH ließ die Frage offen, ob diese Klausel trotz ihrer Formulierung („Ansprüche aus dem gegenständlichen Geschäftsführervertrag“) auch organhaftungsrechtliche Ansprüche gem § 25 GmbHG erfasste (das ErstG verneinte, das BerufungsG bejahte dies). Vgl dazu *Hargassner*, Anm zu OGH 26.08.2020, 9 ObA 136/19v, EvBl-LS 2020, 1037 mit Hinweis auf RIS-Justiz RS0064226.

2173 Der OGH zitierte 6 Ob 139/15g; 9 ObA 326/99b; 9 ObA 145/90; RIS-Justiz RS0054466 (enthält auch die genannten E): „[...] eine im Interesse der Allgemeinheit und zum Schutz der Gläubiger getroffene zwingende Bestimmung“; RS0059670: „[...] Die Bestimmungen des § 25 GmbHG sind zwingendes Recht. Durch Gesellschaftsvertrag kann keine Herabsetzung, sondern nur eine Verschärfung der Dili-genzpflicht des Geschäftsführers wirksam vereinbart werden.“

zum Schutz der Gläubiger getroffene zwingende Bestimmung handelt“.²¹⁷⁴ Deshalb müsse – so der OGH – auch eine Verkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist unwirksam sein.

Im jüngeren Schrifttum²¹⁷⁵ wird diese strenge Position nur noch vereinzelt vertreten. Als Begründung für sie verweisen manche Autoren²¹⁷⁶ (bloß) auf die genannte OGH-Entscheidung²¹⁷⁷ aus dem Jahr 1959. Die übrigen Argumente sind im Wesentlichen schon aus der deutschen Diskussion bekannt. So stützt man sich auf die AmtlBegr zu § 43 dGmbHG (an die sich die EBRV zu § 25 öGmbHG anschließen)²¹⁷⁸, auf andere historische Materialien²¹⁷⁹ und auf die ältere RG-Rsp zum Genossenschaftsrecht.²¹⁸⁰ Außerdem werden abstrakte Haftungsmilderungen bisweilen unter (pauschalem) Hinweis auf die Gläubigerschutzfunktion und den daraus folgenden zwingenden

2174 In seiner Begründung stützte sich der OGH va auf *Reis*, RdW 2007, 652 ff. Nach *Reis* ist die Verjährungsfrist gem § 25 Abs 6 GmbHG wegen ihrer „zweifachen Schutzorientierung“ (gemeint wohl Gläubiger- und Gesellschafterschutz) zwingendes Recht, das als *lex specialis* den allg zivilrechtl Verjährungsregeln derogiere und nicht vertraglich verkürzbar sei (dazu krit *Spendel*, wbl 2021, 121 ff und noch unten Fn 2592 und Fn 2694).

2175 Vgl *Gellis*, GmbHG (1960) § 25 Anm 2 (S 94); *dens*, GmbHG⁷ § 25 Rz 9, 27; *Kostner*, GmbH (1968) 40, so auch in der 2. Aufl (1973) und 3. Aufl (1981) unter Berufung auf die OGH-E zu 5 Ob 202/59; *H. Torggler*, GesRZ 1974, 44 (47); im Anschluss daran *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II³ (1977) 420; *Auer*, Rechtsgrundlagen für GmbH-Geschäftsführer (1988) Rz 227, so auch in der 2. Aufl (1990) Rz 266; *Kutschera*, GesRZ 1982, 243 (247); *J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 135; differenzierend *Wünsch*, GmbHG (3. Lfg, 1993) § 25 Rz 2, wonach der zwingende Charakter des § 25 GmbHG in Österreich „außer Zweifel“ stehe, eine Einschränkung aber dahingehend gemacht werden müsse, dass eine Verkürzung der Verjährungsfrist möglich sei; in jüngerer Zeit insb *U. Torggler*, GesRZ 2010, 185 (188 f); *ders* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (38); *ders* in *U. Torggler*, GmbHG § 4 Rz 9; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 36; *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 145; *Told*, GES 2015, 60 (68 ff); *dies* in *Nueber/Przeszłowska/Zwirczmayr*, Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel 67 (83 ff); *dies* in FS Koppensteiner (2016) 339 (343); *Ch. Nowotny* in FS Koppensteiner (2016) 193 (196); *Told/Warto* in *Harrer/Neumayr/Told*, Organhaftung 3 (52); *Umfahrer*, GmbH⁷ Rz 4.118; *Wabl*, Geschäftsleiterpflichten 39; ohne Begründung *Mubri* in *Ertl/Gerlach/Griesmayr/Mubri*, Persönliche Haftung der Geschäftsführer, Vorstände und Aufsichtsräte² 44; *Völkl*, Geschäftsführerhaftung (GmbH) Rz 21, in RDB Keywords¹ (Stand 11.10.2021).

2176 Vgl zB *Kostner*, GmbH (1968) 40 Fn 15; *H. Torggler*, GesRZ 1974, 44 (47 Fn 146); *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II³ (1977) 420 Fn 94; *J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 135; *Auer*, Rechtsgrundlagen für GmbH-Geschäftsführer (1988) Rz 227; *Wünsch*, GmbHG (3. Lfg, 1993) § 25 Rz 2; *Umfahrer*, GmbH⁷ Rz 4.118.

2177 OGH 17.06.1959, 5 Ob 202/59 HS 365/33; RIS-Justiz RS0059670.

2178 EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 66.

2179 Zu diesen näher unten S 551 ff.

2180 Vgl *U. Torggler*, GesRZ 2010, 185 (189); *dens* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (39); *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 145; *Told*, GES 2015, 60 (68).

Charakter des § 25 GmbHG abgelehnt.²¹⁸¹ Die Beachtung der allgemeinen Organpflichten des Geschäftsführers müsse auch im Interesse aller Gesellschafter, insb der Minderheitsgesellschafter²¹⁸² und des allgemeinen Rechtsverkehrs²¹⁸³ als zwingend angesehen werden.²¹⁸⁴ Zwar gestatte das Gesetz eine Haftungsentlastung durch Verzicht, Vergleich und Weisung, es sei aber eine Sache, ob man von einer Haftung im Vorhinein freigestellt wird, und eine andere, ob man davon eventuell und ohne diesbezüglichen Anspruch nachträglich oder (im Fall von Weisungen) nur im Einzelfall befreit wird.²¹⁸⁵ Ein weiteres Argument darf schließlich als *Austriacum* bezeichnet werden:²¹⁸⁶ Ein beachtlicher Teil²¹⁸⁷ der Lehre gelangt (trotz Einschränkung der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf § 25 Abs 3 GmbHG) zur gänzlichen Unzulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen und stützt sich auf § 4 Abs 2 GmbHG, wonach „*Bestimmungen, die den Vorschriften dieses Gesetzes widersprechen, [...] im Gesellschaftsvertrage nicht getroffen werden [dürfen] und [...] keine rechtliche Wirkung [haben]*“. Da § 25 GmbHG keinen Satzungsvorbehalt enthalte, sei die Anordnung – so die Schlussfolgerung – zwingendes Recht.

2181 J. Reich-Rohrwig, Kapitalerhaltung 23 f; deutlich noch *ders*, GmbH-Recht 135; weniger deutlich *ders*, GmbH-Recht I² Rz 2/389. Bei anstellungsvertraglichen Pflichten, die über die Spezifizierung der Pflicht zur ordnungsgemäßen Wahrnehmung der Organfunktion hinausgehen („zusätzlich auferlegte Pflichten“), bestehe dagegen keine Notwendigkeit, § 25 Abs 1 GmbHG als zwingende Vorschrift anzusehen. Vgl hier auch *Reis*, RdW 2007, 652 (653); in diese Richtung („moral hazard“) wohl auch *Ch. Nowotny* in FS Koppensteiner (2016) 193 (196).

2182 Vgl J. Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 135: Da § 48 Abs 1 GmbHG ein besonderes unabdingbares Minderheitsrecht zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen vorsehe, welches gesellschaftsvertraglich nur erweitert werden könne, würde eine von vornherein festgesetzte Haftungsbeschränkung den Geschäftsführern nur die Missachtung von Minderheitsinteressen erleichtern. Vgl auch *Thöni*, GesRZ 1987, 82 (92).

2183 Den Schutz der Allgemeinheit ansprechend auch *Told*, GES 2015, 60 (69 f).

2184 J. Reich-Rohrwig, GmbH-Recht 135.

2185 Vgl U. Torggler, GesRZ 2010, 185 (189); *ders* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (40); *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 145; *Told*, GES 2015, 69. Vgl ähnlich auch OGH 26.08.2020, 9 ObA 136/19v wbl 2021, 171 ff, wobei der OGH (implizit) davon ausging, dass sich die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf alle Ansprüche aus § 25 GmbHG bezögen und die „andere Qualität“ abstrakter Voraussetzungen als Grund dafür heranzog, diese nicht nur bei Erforderlichkeit des Ersatzes zur Gläubigerbefriedigung (entspr § 25 Abs 5 und 7 GmbHG), sondern als unbedingt unwirksam zu qualifizieren.

2186 Vgl für Deutschland soweit ersichtlich (in früherer Zeit) nur *Bastuck*, Enthftung 92 f. Die übrige dt L lehnt dieses Argument einhellig ab. Vgl dazu noch unten bei Fn 2410 ff.

2187 Vgl U. Torggler, GesRZ 2010, 185 (188 f); *ders* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (38); S.-F. Kraus/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 25 Rz 36; *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 145; *Told*, GES 2015, 60 (68 f); *dies* in *Nueber/Przeszlowska/Zwirschmayr*, Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel 67 (85); vgl auch *Wabl*, Geschäftsleiterpflichten 39 mwN.

ii. Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen

1) Grundsätzliche Zulässigkeit

Mittlerweile werden abstrakte Haftungsmilderungen jedoch auch in Österreich (wohl schon überwiegend)²¹⁸⁸ zugelassen, soweit nicht Interessen Dritter betroffen sind (dh in mehr oder weniger engen Grenzen).²¹⁸⁹ Aus dem älteren Schrifttum verdient die Stellungnahme von *Kornfeld/Scheu*²¹⁹⁰ besonderes Augenmerk. Schon damals urteilten die Kommentatoren nicht pauschal über den gesetzlichen Sorgfaltsmaßstab, sondern differenzierten offenbar nach dem Schutzzweck der betreffenden Geschäftsführerpflicht: „Dieses Maß kann, **soweit Rechte dritter Personen, insbesondere der Gläubiger in Betracht kommen, auch vertragsmäßig nicht herabgesetzt werden, etwa so, daß die Geschäftsführer nur für böse Absicht oder grobes Verschulden haftbar sein sollen.**“²¹⁹¹ Darin klingt der Umkehrschluss an, dass vertragliche Modifikationen zulässig sein könnten, soweit Rechte Dritter eben nicht betroffen sind.

Auch hier entsprechen die Argumente im Wesentlichen den Argumenten des deutschen Meinungsstands.²¹⁹² So stützen sich Befürworter abstrakter

2188 So *Adensamer/Eckert in Kalss*, Vorstandshaftung 165 (196). Abw OGH 26.08.2020, 9 ObA 136/19v wbl 2021, 171 (174). Das BerufungsG (9 Ra 72/19b ARD 6688/12/2020) sprach sogar von der „*übereinstimmende[n] Meinung*“ und zitierte (nur) Autoren, die § 25 GmbHG als zwingend qualifizieren. Vgl auch 6 Ob 139/15g, wonach es sich bei § 25 GmbHG „nach völlig einhelliger Auffassung um eine im Interesse der Allgemeinheit bzw zum Schutz der Gläubiger getroffene zwingende Bestimmung [handelt].“

2189 Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 25; *Koppensteiner*, wbl 1988, 1 (6); *Ch. Nowotny* in FS Semler 231 (254); *Harrer*, Haftungsprobleme 75; *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/277 ff; so auch *Straube/Rauter*, JAP 2007/2008/15, 168 (171); *M. Gruber*, GesRZ 2012, 93 (102); so wohl auch *G. Schima/Liemberger/Toscani* in SWK-Spezial Der GmbH-Geschäftsführer 241; vgl auch *E. Artmann*, DRdA 2002, 370 (371). Weiter einschränkend (nämlich auf den Fall, dass der Ersatz nicht zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist) wegen umfassender Anwendung der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf alle Ansprüche (entspr der öhM) auch (mit unterschiedlichen zusätzlichen Einschränkungen im Einzelnen [s dazu gleich im Fließtext]) *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 484 ff; *Runggaldier/Schima*, Rechtsstellung 225 f; *dies*, Manager-Dienstverträge⁴ 187; *Umfahrer*, GmbH⁷ Rz 4.118; *Gellis/Feil*, GmbHG⁷ § 25 Rz 9, 27; *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 165 (196); *Vavrovsky*, Der erfolgreiche Geschäftsführer² 84; *Fritz* in SWK-Spezial Der GmbH-Geschäftsführer² Rz 740; *ders*, Wie führe ich eine GmbH richtig?² Rz 4/591.

2190 *Kornfeld/Scheu*, GmbHG (1906) § 25 Anm I. (S 40).

2191 Hervorhebungen durch den Verf.

2192 Hierbei ist allerdings die österreichische Besonderheit zu beachten, dass die öhM die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf *alle* Ansprüche gem § 25 GmbHG beziehen. Zu einer ähnlichen Ausgangslage wie die hdL gelangen daher nur jene Autoren, die die Dispositionsbeschränkungen (insoweit wie die hdL) nur auf die Ansprüche gem § 25 Abs 3 GmbHG (analog) beziehen (vgl *Koppensteiner/*

Haftungsmilderungen auf einen Umkehrschluss aus den bestehenden Dispositionsbeschränkungen für Weisungen, Verzichte und Vergleiche (§ 25 Abs 5 und 7 GmbHG). Daraus schließen sie, dass dieselben Schranken auch für abstrakte Vorausdispositionen gelten müssten.²¹⁹³ Zum anderen wird unter Berufung auf § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG (vgl § 46 Nr 8 dGmbHG) argumentiert, dass die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen Geschäftsführer in die Zuständigkeit der Generalversammlung fällt.²¹⁹⁴ Deshalb müsse es der Gesellschaft auch freistehen, die Haftung von vornherein auszuschließen.

Ausgehend von der grundsätzlich bejahten Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderung lässt sich der Meinungsstand wiederum nach den *Grenzen*, dem *Modus* und dem *Regelungsort* einer solchen Haftungsmilderung strukturieren.

2) Grenzen

Auch die österreichische Diskussion verläuft primär entlang der Verschuldensgrade und auch hier besteht Einigkeit darüber, dass schon nach allgemeinen Regeln ein Haftungsausschluss im Voraus für vorsätzliche und (zT

Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 25). Einen (schmäleren) disponiblen Bereich erkennen auch jene Autoren an, die § 25 Abs 5 und 7 GmbHG nicht nur auf § 25 Abs 3 GmbHG (analog) anwenden, sondern unter Berufung auf § 84 Abs 5 AktG darüber hinaus auch auf sonstige mindestens grob fahrlässige Pflichtverletzungen (s die Nw in Fn 2206; idS etwa Harrer, Haftungsprobleme 75). Wer hingegen § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf *alle* Ansprüche anwendet, hält abstrakte Haftungsmilderungen entweder (nur) insoweit für wirksam, als der Ersatz *nicht* zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist oder geht – auf Basis weitergehender Wertungsüberlegungen – von weitergehender (unbedingter) Unwirksamkeit (zB bis grobe Fahrlässigkeit) aus. Näher dazu sogleich unten zu den Grenzen einer Haftungsmilderung.

2193 Vgl idS etwa Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 25 Rz 25 mwN; Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 492 f.

2194 Vgl Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 494 ff: Wenn die Gesellschafter es in der Hand haben, einen vorhandenen Ersatzanspruch nicht geltend zu machen, dann solle es ihnen auch freistehen, vorab Bedingungen zu schaffen, unter denen ein Ersatzanspruch nicht bestehen soll. Diese grundsätzliche Dispositionsmöglichkeit der Gesellschafter zeige sich auch auf einer zweiten Ebene: Die Gesellschafter hätten nämlich nicht nur die Möglichkeit der faktischen Nichtgeltendmachung, sondern könnten gem § 25 Abs 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG auch einen Vergleich oder Verzicht hinsichtlich solcher Ansprüche beschließen. Weiters hafte der Geschäftsführer gem § 25 Abs 5 GmbHG *e contrario* auch dann nicht, wenn er in Befolgung einer Weisung der Generalversammlung gehandelt hat. Die Gesellschafter hätten es mithin in dreierlei Weise in der Hand, haftungsentlastende Maßnahmen für den Geschäftsführer zu setzen. Aus diesen vielfältigen Dispositionsmöglichkeiten lasse sich das Prinzip ableiten, dass auch Haftungsbefreiungen durch Modifikation des Sorgfaltsmaßstabs grundsätzlich zulässig sind. Dies jedoch aus den zusätzlich genannten Überlegungen nur auf leichte Fahrlässigkeit und aufgrund der „*eigenständigen Voraussetzung*“ des § 25 Abs 5 und 7 GmbHG nur, soweit der Ersatzanspruch nicht zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist. Vgl auch M. Gruber, GesRZ 2012, 93 (102).

schon krass grob) fahrlässige Schädigung ausscheidet.²¹⁹⁵ Zwar ist das hiezulande (anders als in Deutschland gem § 276 Abs 3 BGB) nicht ausdrücklich gesetzlich normiert, wird aber aus der Sittenwidrigkeitsgeneralklausel des § 879 Abs 1 ABGB abgeleitet.²¹⁹⁶

Was den verbleibenden Bereich der Fahrlässigkeitshaftung betrifft, ist eine Besonderheit in der österreichischen Ausgangslage zu berücksichtigen. Denn die öhM²¹⁹⁷ bezieht die Dispositionsbeschränkungen der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf *alle* Ansprüche aus § 25 GmbHG, statt wie die HdM (und die mE zutr österreichische Mindermeinung) nur auf die Ersatzansprüche aus Gläubigerschutzpflichtverletzungen gem § 25 Abs 3 GmbHG (sowie weitere punktuelle Gläubigerschutzpflichten *per analogiam*). Daraus ergibt sich eine (weitere) Weichenstellung in der österreichischen Meinungslandschaft:

Soweit die Dispositionsbeschränkungen entgegen der öhM nur auf § 25 Abs 3 GmbHG (und ggf weitere einzelne Pflichten analog) angewendet werden, entspricht der Meinungsstand im Wesentlichen dem deutschen: Ausgehend von § 25 Abs 5 und 7 GmbHG wird *e contrario* auf die Disponibilität der Haftung und folglich auf die Zulässigkeit (auch) abstrakter Vorausdispositionen im verbleibenden Bereich geschlossen. Anders als in Deutschland werden abstrakte Haftungsmilderungen hiezulande jedoch nur vereinzelt ganz ohne weitere Einschränkungen, dh bis zur zivilrechtlichen Vorsatzgrenze zugelassen (dh maW ein Ausschluss der Haftung für *jede* Fahrlässigkeit).²¹⁹⁸ Vielmehr lehnt der überwiegende Teil²¹⁹⁹ abstrakte Haftungsmilderungen aus verschiedenen teleologischen Gründen auch für (einfache) grobe Fahrlässigkeit ab (dh erlaubt nur einen Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit). Diese strengere Position wird ähnlich wie in Deutschland mit einer Art „Mindestschutz“²²⁰⁰

2195 Vgl nur *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 490; *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 165 (196); allg *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 879 Rz 304 ff (Stand 01.10.2017).

2196 Implizit etwa *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 490.

2197 S dazu näher oben S 231 ff.

2198 So *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 25 für den Alleingesellschafter-Geschäftsführer: In diesem Fall entfalle die Grenze der groben Fahrlässigkeit, weil ein von dessen Interessen unterscheidbares Interesse der Gesellschaft nicht anzuerkennen sei.

2199 Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 25 für Fremdgeschäftsführer; im Anschluss daran *M. Gruber*, GesRZ 2012, 93 (102); so wohl auch *G. Schima/Liemberger/Toscani* in SWK-Spezial Der GmbH-Geschäftsführer 241; *G. Schima/Toscani*, Handbuch GmbH-Geschäftsführer² 331; vgl auch *Straube/Rauter*, JAP 2007/2008/15, 168 (171), wonach ein Haftungsausschluss für grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz sittenwidrig sei.

2200 Vgl idS etwa *Ch. Nowotny* in FS Semler 231 (254): Ein vorweg erklärter Verzicht der Gesellschafter oder des Alleingesellschafters auf den Haftungsmaßstab des § 25 Abs 1 GmbHG sei wegen der damit angestrebten Beseitigung eines im mittelbaren Drittinteresse für die Zulässigkeit einer haftungsbeschränkten Rechtsform wesent-

der Gläubiger begründet, der als Korrektiv für die ausgeschlossene Gesellschaftenhaftung geboten sei. Manche Stimmen betonen, dass sich ein Haftungsausschluss auch für grobe Fahrlässigkeit nicht mit der Pflicht zur sorgfältigen Unternehmensleitung vertrage und daher unzulässig sei.²²⁰¹ Vereinzelt wird ein Haftungsausschluss für grobe Fahrlässigkeit sogar als sittenwidrig qualifiziert.²²⁰² Als weitere Argumente genannt werden die gebotene Präventionswirkung²²⁰³ der Haftung, der Funktionsschutz und der Schutz der Gesellschafter „vor sich selbst“.²²⁰⁴

Auch jene Autoren,²²⁰⁵ die § 25 Abs 5 und 7 GmbHG schon im unmittelbaren Anwendungsbereich (dh für Weisungen, Verzichte und Vergleiche) in Anlehnung an § 84 Abs 5 Satz 2 AktG über § 25 Abs 3 GmbHG hinaus auf sonstige Ersatzansprüche wegen groben Verschuldens anwenden, gelangen (nun ohne zusätzliche Einschränkungen aufgrund Wertungsüberlegungen) zur Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen bis grobe Fahrlässigkeit.²²⁰⁶

lichen Konstruktionselements problematisch und daher äußerstenfalls als Verzicht auf eine Inanspruchnahme wegen leicht fahrlässigen Fehlverhaltens noch akzeptabel. Vgl auch (freilich für bloß „innenwirksame“ Verfügungen) *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 491, wonach eine Freizeichnung für grobe Fahrlässigkeit auch mit der vom Gesetz intendierten „umfassenden Verantwortung“ der Geschäftsführer unvereinbar sei (mit Hinweis auf *Zöllner/Noack* [„absoluter Mindeststandard“; vgl *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 46]).

2201 Vgl etwa *Runggaldier/Schima*, Manager-Dienstverträge⁴ 186 f; ähnlich *G. Schima/Liemberger/Toscani* in SWK-Spezial Der GmbH-Geschäftsführer 241, wonach der Ausschluss der Haftung für grob fahrlässiges oder vorsätzliches Handeln mit den Sorgfaltspflichten eines Geschäftsführers als Verwalter fremden Vermögens jedenfalls nicht vereinbar wäre; ebenso *G. Schima/Toscani*, Handbuch GmbH-Geschäftsführer² 331; ähnlich *Fritz*, Wie führe ich eine GmbH richtig?³ Rz 4/591 Fn 1150; *Vavrovsky*, Der erfolgreiche Geschäftsführer² 85.

2202 Vgl *Straube/Rauter*, JAP 2007/2008/15, 168 (171); *G. Schima/Liemberger/Toscani* in SWK-Spezial Der GmbH-Geschäftsführer 241.

2203 Für die Zäsur der groben Fahrlässigkeit spreche demnach vor allem der Umstand, dass eine Befreiung für *omnis culpa* eine Einladung an die Geschäftsführer wäre, sich nicht sorgfaltsgemäß zu verhalten (vgl zB *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 490 ff; *Fritz* in SWK-Spezial Der GmbH-Geschäftsführer² Rz 740).

2204 Vgl *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 490 f (freilich wieder nur für bedingt wirksame Haftungsmilderungen); allg dazu *Möslein*, Dispositives Recht 170 ff.

2205 S oben S 241 f bei Fn 1051.

2206 *Koppensteiner*, wbl 1988, 1 (6), der sich in Fn 32a auf einen Hinweis von *Harrer* stützt; dem folgend *Harrer*, Haftungsprobleme 75: Das GmbHG enthalte zwar keine wertungsmäßige Grundlage für eine Haftungsbeschränkung auf grobe Fahrlässigkeit, man könne sich idZ aber auf den Rechtsgedanken des § 84 Abs 5 Satz 2 AktG stützen. Demnach setze ein „gläubigerrelevantes Fehlverhalten“ grobe Fahrlässigkeit voraus. Nach der aktienrechtlichen Wertung sei somit – außerhalb der qualifizierten Verstöße gem § 84 Abs 3 AktG – eine Geschäftsführerhaftung wegen leichter Fahrlässigkeit aus Gründen des Gläubigerschutzes nicht geboten. Diese Gesichtspunkte sollten auch im GmbH-Recht beachtet werden. Wenn aus Perspektive

Schließlich lassen jene Autoren, die § 25 Abs 5 und 7 GmbHG mit der öhM auf alle Ersatzansprüche beziehen, abstrakte Haftungsmilderungen (auch) im Bereich des § 25 Abs 2 GmbHG nur insoweit zu, als der Ersatz nicht zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist.²²⁰⁷ Insoweit entspricht die Rechtslage also jener im Bereich des § 25 Abs 3 GmbHG (nach der weniger strengen Ansicht). Ein anderer Teil²²⁰⁸ der Lehre geht jedoch darüber hinaus und differenziert hinsichtlich der Verstoßfolge nach der verletzten Verhaltenspflicht: Demnach sollen Haftungsmilderungen im Bereich des § 25 Abs 3 GmbHG und darüber hinaus bei grob fahrlässiger Schädigung *gänzlich* unwirksam sein (unabhängig von der Erforderlichkeit des Ersatzes zur Gläubigerbefriedigung), hingegen bei leichter Fahrlässigkeit (entsprechend der Rechtsfolge der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG) nur insoweit, als der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist. Diese Differenzierung ist – so viel schon hier vorweg – abzulehnen. Sie verkennt die Gläubigerschutzimplikation der Dispositionsbeschränkungen: Oben habe ich iZm dem Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG schon dargelegt,²²⁰⁹ dass (alle) Geschäftsführerplichten im Anwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen notwendigerweise Gläubigerschutzpflichten sind (dh Schutzgesetze zugunsten der Gesellschaftsgläubiger – freilich bei ausgeschlossener Außenhaftung), weil andernfalls eine zwingende Erhaltung von Ersatzansprüchen im Gesellschaftsvermögen für den Fall der Befriedigungsunmöglichkeit als Korrektiv für die Haftungskonzentration nicht geboten (und gerechtfertigt) wäre. Bezieht man § 25 Abs 5 und 7 GmbHG somit (*arguendo*) auf alle Ansprüche aus § 25 GmbHG, muss man für abstrakte Haftungsmilderungen in diesem gesamten Bereich (jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes) auch dieselbe Unwirksamkeitsfolge annehmen (dh nach mE zutr Ansicht Unwirksamkeit nur insoweit, als der Ersatz zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist)^{2210, 2211} Demgegenüber

der Gläubiger eine Haftung wegen leichter Fahrlässigkeit nicht erforderlich sei, dann müsse es der Gesellschaft freistehen, die Haftung auf grobe Fahrlässigkeit zu beschränken. Vgl auch *Ch. Nowotny* in FS Semler 231 (254); *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 491.

2207 Vgl etwa *Umfahrer*, GmbH⁷ Rz 4.118; *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 165 (191, 196). Demnach sollen Haftungsmilderungen sowohl im Bereich des § 25 Abs 3 GmbHG als auch im übrigen Haftungsbereich nur unwirksam sein, soweit der Ersatz zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist.

2208 Vgl *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 484 ff; *Runggaldier/Schima*, Rechtsstellung 225 f; *dies*, Manager-Dienstverträge³ 156; *dies*, Manager-Dienstverträge⁴ 186 ff; *Fritz* in SWK-Spezial Der GmbH-Geschäftsführer² Rz 740 f; *ders*, Wie führe ich eine GmbH richtig?² 4/590 ff; so vielleicht auch *Straube/Rauter*, JAP 2007/2008/15, 168 (171).

2209 S oben S 257 ff.

2210 S dazu noch näher unten S 577 ff.

2211 Insoweit zutr *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 165 (196), nach denen eine Haftungsbeschränkung nur im Innenverhältnis, dh nur so weit wirksam sei,

scheinen Vertreter der oben genannten Ansicht einerseits die (angenommene) Gesamtwirksamkeit im Bereich des § 25 Abs 3 GmbHG (material) aus der offenkundigen Gläubigerschutzorientierung dieser Vorschrift abzuleiten, hingegen andererseits die auf den Insolvenzfall eingeschränkte Unwirksamkeit im übrigen Bereich (formal) aus der Rechtsfolge der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG. Die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG werden offenbar als unabhängige, eigenständige Schranken verstanden.²²¹² Außerhalb des § 25 Abs 3 GmbHG wird die Grenze der groben Fahrlässigkeit mit ähnlichen Argumenten begründet, wie in jenem Teil der Lehre (und der hM), der die Dispositionsbeschränkungen von vornherein nur auf § 25 Abs 3 GmbHG (§ 43 Abs 3 dGmbHG) anwendet und gerade deshalb für abstrakte Voraussetzungen eine *zusätzliche* Einschränkung der Disponibilität auf grobe Fahrlässigkeit als geboten erachtet. Soweit auf *diese* Lehrmeinungen verwiesen wird,²²¹³ ist das daher zumindest unpräzise und irreführend; diese Lehrmeinungen nehmen für den Bereich der leichten Fahrlässigkeit (unter dem Aspekt des Gläubigerschutzes) nämlich *unbedingt* wirksame Haftungsfreistellungen an (dh unabhängig von der Erforderlichkeit des Ersatzes zur Gläubigerbefriedigung). Da die Sachargumente aber im Wesentlichen dieselben sind, wird im Folgenden auf die Unschärfe in Teilen der österreichischen Literatur nicht mehr gesondert hingewiesen.

3) Regelungsmodus

Im Fokus der Debatte steht auch hierzulande die Herabsetzung des Sorgfalts- oder Verschuldensmaßstabs. Nur vereinzelt wurden bislang die Mög-

als nicht der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist; eine weitere Einschränkung sei deshalb nicht erforderlich.

2212 Wohl idS nimmt etwa *Haberer* (Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 484 ff) für bestimmte „*an sich zwingende*“ Pflichten Gesamtwirksamkeit an und wendet *zusätzlich* die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG an, die er als selbstständige Schranken versteht (aaO 495: „*generelle, eigenständige Voraussetzung [auch] eines Haftungsausschlusses*“). Richtigerweise folgt jedoch wegen der Gläubigerschutzimplikation der Dispositionsbeschränkungen aus deren Anwendung auf eine Geschäftsführerpflicht implizit, dass es sich bei dieser Pflicht – mit den Worten *Haberers* – (ebenfalls) um eine „*an sich zwingende*“ Pflicht handelt.

2213 So verweisen etwa *Runggaldier/Schima* (Rechtsstellung 227) auf *Harrer* (Haftungsprobleme 75 ff), der aber unter Berufung auf § 84 Abs 5 AktG die *unbedingte* („außenwirksame“) Zulässigkeit von Haftungsmilderungen im Bereich leichter Fahrlässigkeit annimmt. Gleiches gilt für den Verweis bei *Gellis* (GmbHG⁷ § 25 Rz 27) und *Fritz* (in SWK-Spezial Der GmbH-Geschäftsführer² Rz 720) auf *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 24. Dasselbe gilt auch für Verweise auf deutsche Autoren, die § 43 Abs 3 Sätze 2 und 3 dGmbHG (beinahe) einhellig nur auf § 43 Abs 3 dGmbHG beziehen und daher ebenfalls von unbedingter Restdisponibilität sprechen. Vgl idZ aber etwa *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 491, wonach *Zöllner/Noack* (in *Baumbach/Hueck*, GmbHG¹⁸ § 43 Rz 47 [vgl Rz 5 und Rz 46 ff in der 21. Aufl]) zum gleichen Ergebnis kommen.

lichkeiten einer Verjährungsverkürzung²²¹⁴ oder summenmäßiger Haftungshöchstgrenzen²²¹⁵ behandelt. In Zukunft könnten jedoch auch eine Verkürzung der Verjährungsfrist und/oder die Verankerung einer Ausschlussfrist (Verfallsfrist) intensiver diskutiert werden, weil sich der OGH in einer rezenten Entscheidung²²¹⁶ aus dem Jahr 2020 mit dieser Fallgestaltung auseinanderzusetzen hatte (und die streitgegenständliche Verfallsklausel für unwirksam qualifizierte).

4) Regelungsort

Nach fast einhelliger Ansicht²²¹⁷ muss eine abstrakte Haftungsmilderung im Gesellschaftsvertrag geregelt werden, um wirksam zu sein. Soll dazu der Gesellschaftsvertrag geändert werden, stellt sich die Folgefrage nach dem Beschlussquorum: Ein Teil der Lehre verlangt eine qualifizierte Mehrheit²²¹⁸, der andere sogar Einstimmigkeit²²¹⁹. Die Möglichkeit einer Regelung auch in einem einfachen Gesellschafterbeschluss, in der Geschäfts-

2214 Vgl etwa *Wünsch*, GmbHG (3. Lfg, 1993) § 25 Rz 2, nach dem der zwingende Charakter des § 25 GmbHG „außer Zweifel“ stehe, eine Einschränkung aber dahingehend gemacht werden müsse, dass eine Verkürzung der Verjährungsfrist möglich sei (jedoch ohne Begründung); abl *Reis*, RdW 2007, 652 f; *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 360 (Stand 01.09.2022). Vgl für eine gesellschaftsvertragliche Haftungsmilderung im Voraus (auch in Form einer Verjährungsverkürzung) in bestimmten Grenzen iZm OGH 26.08.2020, 9 ObA 136/19v *Spendel*, wbl 2021, 121 ff.

2215 Vgl *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 491, wonach in den genannten Grenzen auch summenmäßige Haftungsbeschränkungen unzulässig seien.

2216 OGH 26.08.2020, 9 ObA 136/19 wbl 2021, 171 ff (s schon oben bei Fn 2171); vgl dazu krit *Spendel*, wbl 2021, 121 ff.

2217 Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 25; *Straube/Rauter*, JAP 2007/2008/15, 168 (171); *J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 2/389; unter Hinweis auf Publizitätserfordernisse iZm potenziellen Vertragspartnern; *arguendo* auch *Told*, GES 2015, 60 (69), die jedoch die gänzliche Unzulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen zum Schutz Dritter für „eindeutig vorzugswürdig“ hält. AA *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 498: Wenn eine Haftungsbefreiung gegenüber den Gläubigern überhaupt keine Wirkung entfaltet, dann bestehe auch kein Grund, unbedingt die allg Publizität im Gesellschaftsvertrag zu verlangen.

2218 Vgl (freilich wiederum nur für „bedingte“ Haftungsmilderungen) *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 497, wonach der kapitalgesellschaftsrechtlichen Grundregel entspr die qualifizierte Mehrheit genüge. Der nötige Minderheitenschutz lasse sich flexibler und besser über das Institut der Treuepflicht sicherstellen. Ein gegen den expliziten Willen der Minderheit gefasster Beschluss über die Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs sei in aller Regel treuwidrig.

2219 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 25; für die Regelung im ursprünglichen Gesellschaftsvertrag oder durch einstimmige Gesellschaftsvertragsänderung *J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 2/389; *Straube/Rauter*, JAP 2007/2008/15, 168 (171).

ordnung oder im Anstellungsvertrag²²²⁰ werden in Österreich soweit ersichtlich kaum diskutiert.²²²¹

3. Zusammenfassende Würdigung

Die Indisponibilität der Haftung gem § 25 Abs 3 GmbHG (§ 43 Abs 3 dGmbHG) im Gläubigerinteresse ist dem Grunde nach unbestritten und bereitet keine besonderen Auslegungsprobleme. Es leuchtet unmittelbar ein, dass abstrakte Haftungsmilderungen im Voraus zumindest soweit unwirksam sein müssen, wie auch (sogar) nachträgliche Dispositionen (wie Verzichte und Vergleiche) und punktuelle Vorausdispositionen durch Weisung oder Ermächtigung die Geschäftsführerhaftung kraft gesetzlicher Anordnung nicht ausschließen können (§ 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG [§ 43 Abs 3 Sätze 2 f dGmbHG]). Umstritten ist hier nur die Reichweite der Unwirksamkeit (Gesamtunwirksamkeit oder Unwirksamkeit nur bei Erforderlichkeit zur Gläubigerbefriedigung), was auch von der Begründung für die Unwirksamkeit abhängt. Auch im verbleibenden Bereich der Geschäftsführerhaftung (§ 25 Abs 2 GmbHG [§ 43 Abs 2 dGmbHG]) hat die oben skizzierte Meinungslandschaft gezeigt, dass die Positionierung am Meinungsspektrum offenbar maßgeblich von der als maßgeblich erachteten Begründung, dh letztlich von der Gewichtung der Auslegungsmethoden abhängt: Legt man das argumentative Schwergewicht etwa auf die subjektiv-historische Interpretation, nötigen die (scheinbar) apodiktische Stellungnahme der AmtlBegr zu § 43 dGmbHG und deren mittelbare Rezeption durch den österreichischen Gesetzgeber scheinbar zur kategorischen Ablehnung abstrakter Haftungsmilderungen (unabhängig von der Anspruchsgrundlage). Gleiches gilt, wenn man in § 4 Abs 2 GmbHG die Anordnung einer „Gesellschaftsvertragsstrenge“ erblickt und sich auf das Fehlen einer Ermächtigungsklausel in § 25 GmbHG stützt. Misst man dagegen der systematischen Interpretation mehr Gewicht zu, wird man im Fehlen von (weiteren) Dispositionsbeschränkungen jenseits der allgemeinen Schranke des § 879 ABGB und der besonderen Schranken der § 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG angesichts der grundsätzlichen Privatautonomie ein starkes Indiz für die Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen bis zur Vorsatzgrenze erkennen. Von diesem Standpunkt aus kann man durch weitergehende (objektiv-teleologische) Überlegungen zu einer Bestätigung des vorläufigen Ergebnisses gelangen (was

2220 Bejahend *Ratka/Stöger/Straube/Völkl* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 15 Rz 106 (Stand 01.08.2020); tendenziell bejahend auch *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 498, wobei dann die einfache Mehrheit in der Generalversammlung ausreiche. Ein gegen den Willen der Minderheit gefasster Beschluss sei nämlich idR treuwidrig und damit anfechtbar (s auch Fn 2218).

2221 Nur referierend und mit Hinweisen zur deutschen Diskussion *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 497 f.

die wertungsmäßige Gleichartigkeit von Voraussetzungen gegenüber den gesetzlich geregelten Dispositionsarten impliziert). Man kann aber auch zu einer weiteren Einschränkung der (zuvor festgestellten) grundsätzlichen Disponibilität (etwa auf grobe Fahrlässigkeit) oder (sogar) zur Unzulässigkeit von Haftungsmilderungen kommen, wenn man die größere „Eingriffsintensität“ abstrakter Voraussetzungen im Vergleich zu den gesetzlich geregelten Dispositionsarten erkennt und daraus (verschiedene) Schlussfolgerungen zieht. Wieder hängt die Intensität der Einschränkung vom Argumentationsgewicht und den herangezogenen Schutzinteressen (Gläubigerschutz, Minderheitenschutz) ab. Das Ergebnis wird vor allem davon abhängen, welchen Stellenwert man dem Gläubigerschutz bei der Haftung der Geschäftsführer attestiert. Die „vermittelnde“ Ansicht wird wie erwähnt mangels anderer „Zwischenpositionen“ regelmäßig die grobe Fahrlässigkeit als maßgebliche Zäsur ergeben.

Auf den folgenden Seiten werden Für und Wider abstrakter Haftungsmilderungen entlang der klassischen Auslegungsmethoden näher untersucht. Dabei soll versucht werden, auf analytische Weise durch den aufgrund seiner zahlreichen Verästelungen und Überschneidungen kaum überschaubaren (und zT willkürlich anmutenden) Meinungsstand zu navigieren und dabei den als richtig erachteten Weg durch eine eigene Begründung einerseits zu festigen und andererseits zugleich gegen mögliche Einwände abzusichern. Auch zu anderen (abweichenden) Positionen und Einzelargumenten wird dabei (möglichst erschöpfend) Stellung bezogen.

C. Wortsinn und Textzusammenhang der § 25 Abs 1 bis 3 GmbHG

Soll die Haftungsanordnung des § 25 GmbHG auf ihre Disponibilität geprüft werden, ist es naheliegend, zunächst den Gesetzeswortlaut als unmittelbarsten Auslegungsgegenstand heranzuziehen. Dessen Lektüre liefert schnell die Erkenntnis, dass es weder ein explizites Verbot noch eine explizite Erlaubnis (oder gar ein Gebot) privatautonomer Haftungsmilderungen gibt. Der bloße Gesetzeswortlaut ist (wohl wegen seiner Unergiebigkeit) nur ganz selten Gegenstand literarischer Argumentation und wurde vorwiegend in älteren Stellungnahmen diskutiert.

1. Meinungsstand

Soweit ersichtlich hat sich mit dem Wortlaut der gesetzlichen Haftungsanordnung zuerst *Konow*²²²² beschäftigt. Dieser setzt (insoweit natürlich schon systematisch-logisch) bei § 276 Abs 2 BGB aF (§ 276 Abs 3 BGB idGF)

²²²² *Konow*, GmbHR 1968, 219 (221).

an, wonach dem Schuldner die Haftung wegen Vorsatzes im Voraus nicht erlassen werden darf. Daraus schließt *Konow e contrario*, dass ein Haftungsausschluss grundsätzlich für jedes fahrlässige Handeln wirksam vereinbart werden kann. Da das Gesellschaftsrecht ein Teil des Privatrechts sei, hätten die allgemeinen privatrechtlichen Regelungen (insb § 276 Abs 3 BGB) auch hier Geltung. Eine Ausnahme davon sei nur soweit anzuerkennen, als der Gesetzgeber Abweichendes durch besondere Vorschriften zwingend vorgehen hat. Als eine solche besondere Regelung prüft *Konow* sodann § 43 Abs 1 bis 3 dGmbHG. Dem Wortlaut des § 43 Abs 1 dGmbHG sei ein zwingender Charakter nicht zu entnehmen. Denn die Anordnung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes in Angelegenheiten der Gesellschaft bedeute lediglich eine Modifizierung des § 276 Abs 1 Satz 2 BGB aF (§ 276 Abs 2 BGB idGF)²²²³ über die vom Schuldner anzuwendende Sorgfalt. Ebenso wenig habe § 43 Abs 2 dGmbHG zwingenden Charakter: Dieser Bestimmung zufolge haften die Geschäftsführer der Gesellschaft solidarisch für den entstandenen Schaden, wenn sie ihre Obliegenheit verletzen. Diese Anordnung begründe nämlich nicht die Haftung der Geschäftsführer (welche bereits aus den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts folge), sondern stelle hierfür lediglich die Gesamtschuldnerschaft klar. Zwingenden Charakter habe nur § 43 Abs 3 dGmbHG.²²²⁴ Da es sich bei diesen Verhaltensweisen aber um vorsätzliche Handlungen der Geschäftsführer handle, sei eine Haftungsbeschränkung schon nach § 276 Abs 3 BGB ausgeschlossen. Da somit besondere gesellschaftsrechtliche Bestimmungen nicht Abweichendes anordnen, habe es nach *Konow* bei den allgemeinen zivilrechtlichen Dispositionsbeschränkungen für Haftungsbeschränkungen (§ 276 Abs 3 BGB) zu bleiben. Demgemäß seien Haftungsbeschränkungen auch im Gesellschaftsrecht bis zur Vorsatzgrenze zulässig.²²²⁵

Im Gegensatz dazu leitete *Bastuck*²²²⁶ den (angeblich) zwingenden Charakter der Geschäftsführerhaftung aus dem Wortlaut des § 43 Abs 1 dGmbHG ab. Die Wendung „haben [...] anzuwenden“ spreche zunächst einmal für eine gesetzliche Pflicht, die durch Vereinbarung nicht aufgehoben werden kann. Weniger weit geht (im neueren Schrifttum) *Mand*²²²⁷, nach der die Formulierung der Haftungsanordnung im Indikativ (arg: „haften“) nur ein „*ehrer schwaches Indiz*“ für den zwingenden Charakter der Bestimmung sei.

2223 § 276 Abs 2 BGB idGF: „*Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.*“

2224 Diese Aussage begründet *Konow* nicht weiter (s dazu sogleich im Fließtext).

2225 *Konow*, GmbHR 1968, 219 (221 f).

2226 *Bastuck*, Enthftung 91 f.

2227 *Mand*, Geschäftsführerhaftung 121. Es bleibe der Auswertung der Gesetzesmaterialien vorbehalten, ob die geäußerte Vermutung einer bestimmten Absicht des Gesetzgebers zutrifft.

Vermittelnd wies bereits *Heisse*²²²⁸ darauf hin, dass der Wortlaut des § 43 dGmbHG jede Auslegung zulasse,²²²⁹ weil eine abweichende Vereinbarung weder ausdrücklich zugelassen noch ausgeschlossen sei. Der Wortlaut gebe nur ein Indiz für die Unzulässigkeit eines Haftungsausschlusses, wenn man ihn mit § 276 Abs 1 Satz 1 BGB²²³⁰ vergleicht. Dort hat der (deutsche) Gesetzgeber die Haftung für Fahrlässigkeit nur angeordnet, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist.²²³¹

2. Stellungnahme und eigene Ansicht

§ 25 Abs 1 GmbHG verpflichtet den Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft zur Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes („sind [...] verpflichtet“). Gleiches gilt für § 43 Abs 1 dGmbHG („haben [...] anzuwenden“). Diese Verpflichtung enthält aber kein Urteil über ihre (eigene) Disponibilität. Der von *Bastuck* gezogene Schluss vom Bestehen einer Verpflichtung („haben [...] anzuwenden“) auf deren Indisponibilität würde verallgemeinert bedeuten, dass eine Verfügung über (subjektive) Rechte (als Kehrseite von Pflichten) *niemals* möglich wäre. Das bedeutete aber nicht nur eine ungerechtfertigte Beschränkung der Privatautonomie (nämlich der Verfügungsbefugnis des Berechtigten), sondern wäre geradezu paradox: Der Verpflichtung steht gerade ein Recht gegenüber und dieses ermächtigt den Berechtigten auch dazu, kraft Privatautonomie grundsätzlich frei zu verfügen. Die Existenz einer Verpflichtung indiziert also entgegen *Bastuck* ganz im Gegenteil die Disponibilität des korrespondierenden Rechts. Da die Verpflichtung und Haftung gegenüber der Gesellschaft besteht (Haftungskonzentration), und nicht gegenüber Dritten (dann wären Dispositionen der Gesellschaft als Verfügungen zu Lasten Dritter unwirksam), kann die Gesellschaft nach allgemeinen Grundsätzen (Privatautonomie) als Anspruchsberechtigte (Trägerin des „Vollrechts“ an der Forderung) frei über ihren Anspruch (als Teil ihres Vermögens) verfügen.²²³² Gleichwohl lässt sich auch aus der Konzentra-

2228 *Heisse*, Beschränkung 111, der auch referiert (Fn 17), dass *Konow* mit dem Wortlaut die Disponibilität und *Bastuck* den zwingenden Charakter begründen.

2229 Ähnlich meint auch *Frisch* (Haftungserleichterung 230), dass der Wortlaut keinen zwingenden Schluss auf die Disponibilität zulässt. Vgl auch *Joussen*, GmbHR 2005, 441 (447).

2230 § 276 Abs 1 Satz 1 BGB: „Der Schuldner hat Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses, insbesondere aus der Übernahme einer Garantie oder eines Beschaffungsrisikos zu entnehmen ist.“

2231 Dieses Indiz sei jedoch schwach, weil § 276 Abs 1 Satz 1 BGB erst nach § 43 dGmbHG erlassen worden sei.

2232 Vgl dazu mwN etwa *Leupold* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 353 Rz 3 f; *Schickmair* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁵ § 353 Rz 3.

tion der Ansprüche auf die Gesellschaft und deren Rechtszuständigkeit auch nicht ableiten, dass all diese Ansprüche disponibel sind.²²³³ Die Disponibilität der (einzelnen Teile der) Geschäftsführerhaftung ergibt sich vielmehr erst aus ihrem durch Auslegung zu ermittelnden Schutzzweck, über den der Wortlaut und die Anspruchszuständigkeit keine Auskunft geben können. Denn durch die materiell-rechtliche Bündelung sämtlicher (kongruenter) Schäden auf die Gesellschaft (Haftungskonzentration) werden verschiedene Schutzzwecke gleichsam „vermischt“. Wie schon ganz zu Beginn erwähnt,²²³⁴ muss der Gesetzgeber bestimmte Ersatzansprüche von der grundsätzlichen Verfügungsbefugnis der Gesellschaft über ihr Vermögen wieder ausklammern, um Gläubiger und Minderheitsgesellschafter nicht zu benachteiligen. Der maßgebliche Scheitelpunkt wird deshalb formal durch die Dispositionsbeschränkungen der § 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG als Korrektive für die Haftungskonzentration gekennzeichnet.²²³⁵ Mit deren Betrachtung verlässt man die reine Wortlautauslegung freilich schon wieder. Auf systematisch-logische Überlegungen werde ich unten noch genauer eingehen. Hier sei nur noch kurz auf zwei Folgeargumente iZm dem Gesetzeswortlaut eingegangen:

Abzulehnen ist mE der von *Konow*²²³⁶ gezogene Rückschluss aus der „allgemeinen“ Dispositionsschranke des § 276 Abs 3 BGB (vgl iZ § 879 ABGB) auf die grundsätzliche Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen im verbleibenden Bereich. Denn das Fehlen einer (besonderen) gesetzlichen Beschränkung *indiziert* allenfalls einen Umkehrschluss. Im vorliegenden Fall hat der (GmbH-)Gesetzgeber abstrakte Haftungsmilderungen gar nicht geregelt, womit er aber gewiss nicht zum Ausdruck bringen wollte, dass solche Verfügungen jenseits vorsätzlicher Schädigung uneingeschränkt zulässig sein sollen (das zeigen auch die Gesetzesmaterialien)²²³⁷. Außerdem ist zu beachten, dass eine gesetzliche Beschränkung für abstrakte Haftungsmilderungen ja auch im Bereich des § 25 Abs 3 GmbHG fehlt. Trotzdem würde man wohl kaum auf die Idee kommen, diese Ersatzansprüche als disponibel zu qualifizieren (darauf ist gleich noch zurückzukommen).²²³⁸

2233 Vgl daher zur (mE abzulehnenden) Berufung auf § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG (§ 46 Nr 8 dGmbHG) unten S 591 ff.

2234 S 82 ff.

2235 Ihrer bedürfte es nicht, wenn sich die zwingenden „Bestandteile“ der gesetzlichen Organhaftung schon zweifelsfrei am Wortlaut der Sorgfalts- und Haftungsanordnungen ablesen ließen.

2236 *Konow*, GmbHR 1968, 219 (221).

2237 Dazu ausf unten S 551 ff.

2238 S unten bei Fn 2320.

Abzulehnen ist auch das (vorrangig nur für das deutsche Recht relevante)²²³⁹ Argument von *Heisse*²²⁴⁰, wonach der Wortlaut ein Indiz für die Unzulässigkeit eines Haftungsausschlusses sei, wenn man ihn mit § 276 Abs 1 Satz 1 BGB vergleicht. Diese Norm besagt, dass der Schuldner „*Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten [hat], wenn eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses [...] zu entnehmen ist*“. § 276 Abs 1 Satz 1 BGB sagt also, dass der Schädiger – wie auch hierzulande – für jedes Verschulden (*omnis culpa*) haftet, wenn nichts anderes angeordnet oder vereinbart ist. Etwas anderes (also eine Verschärfung oder Milderung der Haftung) kann sich aus dem Gesetz oder einer vertraglichen Vereinbarung ergeben.²²⁴¹ Soweit *Heisse* darauf rekurriert, dass nichts anderes (gesetzlich) bestimmt ist, folgt daraus nicht die Indisponibilität der Haftung. Vergleicht man nämlich § 43 dGmbHG mit § 276 Abs 1 Satz 1 BGB, so stellt man (nur) fest, dass § 43 dGmbHG die grundsätzliche *Omnis-culpa*-Haftung nicht modifiziert, und dass Geschäftsführer nach allgemeinen Grundsätzen der Gesellschaft für jedes Verschulden haften. Wäre die Haftung schon gesetzlich gemildert, würde sich die vorliegende Frage vielleicht gar nicht stellen. Denn wie eingangs erwähnt, gilt die Organhaftung gerade deshalb als zu streng, weil Organmitglieder nach allgemeinen Grundsätzen für *omnis culpa* haften. Dass somit Ersatzansprüche bei jedem Verschulden *entstehen*, bedeutet aber nicht und indiziert auch nicht einmal, dass die Ansprüche für die Gesellschaft indisponibel sind. Tatsächlich folgt aus der zweiten Alternative des § 276 Abs 1 Satz 1 BGB, dass die Haftung grundsätzlich disponibel ist, denn andernfalls könnte „*eine strengere oder mildere Haftung*“ gar nicht „*bestimmt*“ sein. § 276 Abs 1 Satz 1 BGB sagt freilich nur, dass durch vertragliche Vereinbarung von der grundsätzlichen *Omnis-culpa*-Haftung abgegangen werden kann. *Inwiefern* durch Vereinbarung davon abgegangen werden kann (und darum geht es hier), regelt aber nicht § 276 Abs 1 Satz 1 BGB, sondern § 276 Abs 3 BGB.²²⁴² § 276 Abs 3 BGB setzt die grundsätzliche Haftung für jedes Verschulden voraus und verbietet (nur) die Freizeichnung für die Haftung wegen vorsätzlicher Schädigung.²²⁴³ Im Umkehrschluss sind alle anderen Haftungsfreizeichnungen (*ceteris paribus*) zulässig. Der Vergleich mit § 276 BGB spricht somit nicht *gegen* die Disponibilität der Geschäftsführerhaftung, sondern, wenn

2239 Das ABGB enthält keine Parallelbestimmung. Die Haftung für *omnis culpa* ergibt sich hier aus den §§ 1294 f ABGB. Die Unwirksamkeit von Haftungsfreizeichnungen für vorsätzliche (und krass grob fahrlässige) Schädigung ergibt sich wie gesagt aus § 879 ABGB (s noch unten S 571 f).

2240 *Heisse*, Beschränkung 111.

2241 Vgl nur *Lorenz* in BeckOK BGB⁶⁷ § 276 Rz 34.

2242 Vgl statt vieler allg *Stadler* in *Jauernig*, BGB¹⁷ § 276 Rz 37 f, 54 ff; *Schulze* in *Schulze et al*, BGB¹¹ § 276 insb Rz 21, 27.

2243 Vgl nur *Lorenz* in BeckOK BGB⁶⁷ § 276 Rz 46.

überhaupt (wie *Konow*²²⁴⁴ argumentiert) tendenziell (aber entgegen *Konow* eben nicht zwingend) *für* die Disponibilität.

3. Zwischenergebnis

Insgesamt spricht der Gesetzeswortlaut weder für noch gegen einen zwingenden (bzw dispositiven) Charakter der Geschäftsführerhaftung.²²⁴⁵ Dass der Geschäftsführer der Gesellschaft (nach allgemeinen Grundsätzen für *omnis culpa*) haftet, heißt nicht, dass diese Haftung indisponibel ist. Der bloße Wortlaut kann schon wegen der – hinsichtlich des Schutzzwecks indifferenten – Haftungskonzentration kongruenter Schäden keine befriedigende Antwort für die vorliegende Frage liefern und muss daher systematisch im Kontext der übrigen Anordnungen betrachtet werden. Der Meinungsstand lässt es mE jedoch zweckmäßig erscheinen, die subjektiv-historische Auslegung vorzuziehen. Denn deren möglicher Ertrag – die gänzliche Unzulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen – ist aus der Lit schon bekannt. Stünde die Unzulässigkeit von Haftungsmilderungen auf dieser Grundlage schon zweifelsfrei fest (was angesichts des geteilten Meinungsstands aber ohnehin nicht anzunehmen ist), würden sich weitere (systematische) Überlegungen erübrigen. Nur wenn das subjektiv-historische Auslegungsmaterial kein eindeutiges Ergebnis liefert, sind weitergehende (differenzierende) systematisch-logische und teleologische Überlegungen anzustellen.

D. Subjektiv-historische Überlegungen

Aus subjektiv-historischer Sicht scheinen gleich mehrere Dokumente aus verschiedenen Rechtsschichten gegen die Zulässigkeit abstrakter Vorausbeschränkungen der Geschäftsführerhaftung zu sprechen. Die folgenden Überlegungen gliedern sich chronologisch nach den Materialienstellen.

1. Bericht der Reichstagskommission zu Art 226 und Art 241 ADHGB 1884

Die hier untersuchte Forschungsfrage wurde schon während der deutschen Aktienrechtsreform von 1884 kontrovers diskutiert. Davon zeugt der Be-

²²⁴⁴ *Konow*, GmbHR 1968, 219 (221).

²²⁴⁵ Insoweit zutr *Heisse*, Beschränkung 111; *Frisch*, Haftungserleichterung 230; vgl auch *Joussen*, GmbHR 2005, 441 (447).

richt der Reichstagskommission²²⁴⁶, der zur Verantwortlichkeit von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern folgende Klarstellung enthält:

„Gelegentlich der Berathung des Artikels 204 ist zur Sprache gekommen, ob die Vorschriften über das Maaß der vom Aufsichtsrath und vom Vorstande anzuwendenden Sorgfalt durch Gesellschaftsvertrag abgeändert werden könnten. Darauf ist unter Hinweis auf die Technik des Gesetzes, in welchem in allen Fällen, welche eine anderweitige Normirung durch den Gesellschaftsvertrag zulassen, hinzugefügt ist, sofern der Gesellschaftsvertrag nicht andere Erfordernisse feststellt²²⁴⁷, daß die bezüglichen Vorschriften, welche auch das Interesse der Gläubiger berücksichtigen, derartig öffentlichen Rechtes seien, daß sie nicht gemindert werden könnten; die Frage, ob sie verschärft werden könnten, sei nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden.“²²⁴⁸

Stellungnahmen aus dem Schrifttum gibt es hierzu – soweit ersichtlich – nicht. Die zitierte Passage lässt mE jedoch keine abschließende Beurteilung zu. Denn sie bezieht sich ganz pauschal auf die „Vorschriften über das Maaß [...] anzuwendenden Sorgfalt“, die „auch das Interesse der Gläubiger berücksichtigen“. Das kann aber zweierlei bedeuten: Erstens kann es bedeuten, dass nur ein Teil der Vorstandshaftung dem Gläubigerschutz dient (arg: „auch das Interesse der Gläubiger berücksichtigen“). Das würde als Begründung dafür genügen, dass der Sorgfaltsmaßstab (als Ganzes) nicht privatautonom abgemildert werden kann. Denn der Sorgfaltsmaßstab umspannt alle Verhaltenspflichten, darunter neben sonstigen drittschützenden Pflichten auch jene Gläubigerschutzvorschriften, für deren Verletzung § 25 Abs 3 GmbHG (Art 241 Abs 3 ADHGB 1884) die Haftung (unstreitig indisponibel) anordnet. Aus der (pauschalen) Aussage zur Unabdingbarkeit des Sorgfaltsmaßstabs lässt sich aber nicht ableiten, ob und inwieweit allenfalls die Haftung gem § 25 Abs 2 GmbHG ausgeschlossen oder nur *insoweit* der Sorgfaltsmaßstab herabgesetzt werden könnte. Diese Frage lässt die Berichtsstelle nach diesem Verständnis offen. Sie steht einer Haftungsmilderung daher auch nicht zwingend entgegen. Die Aussage könnte zweitens auch so verstanden werden, dass *alle* Verhaltenspflichten, auf die sich der Sorgfaltsmaßstab bezieht, sowohl dem Gläubigerschutz als auch anderen (disponiblen) Schutzinteressen dienen. Auch daraus könnte folgen, dass der Sorgfaltsmaßstab (nicht nur als Ganzes, sondern auch hinsichtlich jeder Verhaltenspflicht) nicht abgemildert werden kann. Dieses Verständnis ist mE aber unplausibel, denn die Indisponibilität wäre (zumindest nach heutigen Maß-

2246 Kommissionsbericht ADHGB 1884, in stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 5. Legislaturperiode, IV. Session, 1884, 4. Band, Anlage 128, 1009 ff.

2247 Im Originaltext ist dieser Satz durch Sperrung hervorgehoben.

2248 Kommissionsbericht ADHGB 1884, in stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 5. Legislaturperiode, IV. Session, 1884, 4. Band, Anlage 128, 1009 (1020) (Hervorhebungen durch den Verf.).

stäben [vgl § 199 Abs 1 Z 3 AktG]) nur gerechtfertigt, wenn die (alle) Verhaltenspflichten zumindest *überwiegend* dem Gläubigerschutz dienen. Wäre dem so, dann wäre aber nicht erklärlich, weshalb die Dispositionsbeschränkungen für Verzichte, Vergleiche und Weisungen (schon damals) nur die Sondertatbestände des Art 241 Abs 3 ADHGB 1844 (vgl § 25 Abs 3 GmbHG) erfassten.²²⁴⁹

Zusammenfassend ist der Bericht der Reichstagskommission nicht eindeutig genug, um daraus Schlussfolgerungen für die Auslegung des geltenden Rechts ziehen zu können. Nach der mE plausibleren Lesart hat die Kommission die (pauschale) Abmilderung des Sorgfaltsmaßstabs nur ausgeschlossen, weil sich dieser *auch* (aber eben nicht nur) auf Gläubigerschutzvorschriften bezog. Damit bleibt jedoch offen, ob der Sorgfaltsmaßstab herabgesetzt (oder die Haftung anderweitig beschränkt) werden kann, soweit es nicht um Gläubigerschutzpflichten geht.

2. Amtliche Begründung zu § 43 dGmbHG

Im Mittelpunkt der subjektiv-historischen Überlegungen des (aktuellen) Schrifttums steht zweifellos folgende Aussage der Amtlichen Begründung zur Geschäftsführerhaftung gem § 43 dGmbHG:

*„In Übereinstimmung mit den Vorschriften über die Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften und eingetragenen Genossenschaften bezeichnet der Entwurf die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes als den Maßstab, nach welchem sich die Haftung der Geschäftsführer wegen schuldhafter Verletzung ihrer Obliegenheiten bestimmt. Ein geringerer Maßstab darf an die Verantwortlichkeit derselben nicht gelegt werden, zumal es sich dabei nicht bloß um die Interessen der Gesellschafter, sondern auch um diejenigen der Gesellschaftsgläubiger handelt. Der Entwurf gestattet deshalb auch keine Abschwächung der gesetzlichen Diligenzpflicht durch den Gesellschaftsvertrag.“*²²⁵⁰

²²⁴⁹ Diese Dispositionsbeschränkungen drücken immerhin formal aus, welche Verhaltenspflichten unmittelbar dem Gläubigerschutz dienen, indem sie die Verfügungsbefugnis der Gesellschaft beschränken, soweit Gesellschaftsgläubiger ohne Haftungskonzentration (allenfalls) unmittelbar ersatzberechtigt wären (jedenfalls aber vom Schutzzweck erfasst sind). S dazu schon iZm der Haftungskonzentration oben insb S 82 ff.

²²⁵⁰ AmtlBegr dGmbHG RT-Drs 1890/1892, Aktenstück Nr 660 3750 (Hervorhebungen durch den Verf).

Während sich Gegner abstrakter Haftungsmilderungen in Deutschland²²⁵¹ und hierzulande²²⁵² (hilfsweise) auf die zitierte Passage aus der AmtlBegr berufen, relativiert die Gegenansicht mit verschiedenen Argumenten die Bedeutung des historischen Gesetzgeberwillens. So messen manche Autoren²²⁵³ diesem Willen schon methodologisch keine oder nur eine geringe Bedeutung bei. Nach *Kaffiné*²²⁵⁴ etwa lässt sich aus den Motiven allein nicht die zwingende Rechtsnatur des § 43 Abs 2 dGmbHG ableiten, weil inzwischen über hundert Jahre vergangen sind und das Bedürfnis nach einer Haftungsbeschränkung für den Geschäftsführer im Laufe der Zeit gewachsen sei.²²⁵⁵ Die Überlast an öffentlich-rechtlichen Pflichten sei nahezu uferlos und Haftungsrisiken kaum noch überschaubar. *Mand*²²⁵⁶ betont, dass die Überzeugungskraft von Argumenten, die sich auf den Willen des Gesetzgebers stützen, mit zunehmendem Zeitablauf geringer werde. Das gelte besonders dann, wenn der historische Gesetzgeber seine Einschätzung nicht näher begründet und diese keinen Eingang in die Fassung des Gesetzes gefunden hat.²²⁵⁷ Es handle sich letztlich nur um eine nicht bindende Meinungsäußerung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Personen. *Grigoleit*²²⁵⁸ meint, die aus den Motiven ersichtliche Vor-

2251 *Bastuck*, Enthaftung 91; vgl auch *Heisse*, Beschränkung 117 f, 121 f; *Ziemons in Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 435; *Pöschke* in BeckOK GmbHG⁵⁷ § 43 Rz 299.10; *Haas/Wigand in Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 20.59; *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 243 f, nach dem der in der AmtlBegr zum Ausdruck kommende Wille des Gesetzgebers nur eine Einschränkung der Dispositionsbefugnis, nicht aber die generelle Unzulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen rechtfertige. Vgl auch *van Venrooy*, GmbHR 2004, 237 (241); *J. Wagner*, Stellung und Verantwortlichkeit 30; vgl inhaltlich auch *Schilling/Schmidt/Goerdeler* in *Hachenburg*, GmbHG⁶ § 43 Anm 2.

2252 Die EBRV erklären wie erwähnt, sich bei der Geschäftsführerhaftung an die „durchaus sachgemäßen Normen“ des dGmbHG anzuschließen und erklären damit die AmtlBegr mittelbar für maßgebend (EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 66). Vgl *U. Torggler* in *GesRZ* 2010, 185 (189); *dens* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (39); *Felzl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 145; *Told*, GES 2015, 60 (68).

2253 *Bastuck*, Enthaftung 91 mwN weist darauf hin, dass die Ablehnung einer Bindung durch die Motive allg und insb in der Rsp praktiziert werde. Auch *Mand* (Geschäftsführerhaftung 122) will dem Willen des historischen Gesetzgebers offenbar nur subsidiäre Bedeutung beimessen. Vgl auch *Joussen*, GmbHR 2005, 441 (447), nach dem das historische Auslegungskriterium „aus vielfältigen Gründen“ stets nur ein schwacher Maßstab sei.

2254 *Kaffiné*, Begrenzung 133.

2255 So auch *Fleischer*, BB 2011, 2435 (2437), der einen möglichen Wandel der Normsituation aber nicht vertieft, weil die Aussagekraft der Entwurfsbegründung ohnedies an einer unkritischen Gleichstellung des weithin zwingenden Aktien- und Genossenschaftsrechts mit dem weithin dispositiven GmbH-Recht kranke.

2256 *Mand*, Geschäftsführerhaftung 121.

2257 *Mand*, Geschäftsführerhaftung 122; zust *Fleischer*, BB 2011, 2435 (2436); so auch *Thomas*, Haftungsfreistellung 38; *van Venrooy*, GmbHR 2004, 237 (241).

2258 *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung 439 f.

stellung der Gesetzesverfasser, dass die Haftung der Geschäftsführer und der insoweit verankerte strenge Haftungsmaßstab auch den Gläubigerinteressen diene, kann den zwingenden Charakter der Geschäftsführerhaftung nicht erklären. Denn gegenüber der deutlich im Gesetz verankerten Wertung des § 43 Abs 3 GmbHG („grundsätzliche Dispositionsfreiheit“) habe die Motivenstelle ein erheblich geringeres Gewicht.²²⁵⁹ Ähnlich lautet das Argument *Fleischers*²²⁶⁰, wonach die aus § 43 Abs 3 Sätze 2 und 3 dGmbHG *e contrario* folgende Dispositionsfreiheit für Verzichte, Vergleiche und Weisungsbeschlüsse im Bereich des § 43 Abs 2 dGmbHG dafür spreche, dass die Erwägungen des historischen Gesetzgebers gar nicht Eingang in den Gesetzestext gefunden hätten. Dieser in Wortlaut und Systematik fest verankerte Grundsatz der gesellschaftlichen Dispositionsfreiheit „entwerte“ die Aussagekraft der Entwurfsbegründung.²²⁶¹ In dieselbe Kerbe schlägt der Einwand von *Thomas*²²⁶², wonach sich aus den Materialien nichts für die Zulässigkeit eines Verzichts ableiten lasse, weil dieses gesetzgeberische Anliegen im geschriebenen Recht keinen Niederschlag gefunden habe.

Wie dieses kurze Referat zeigt, gehen die Meinungen über das Gewicht der zitierten Passage (und des historischen Gesetzgeberwillens allgemein) weit auseinander. Bevor ich mich mit diesen Einwänden näher auseinandersetze, scheint es sinnvoll, die zitierten Materialien selbst zu interpretieren. Denn die referierten Einwände scheinen durchwegs davon auszugehen, dass sich aus der AmtlBegr eindeutig die Unzulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen ergibt (zumindest wird das nicht ausdrücklich hinterfragt), die dann nicht zum Ausdruck kommen oder der gesetzlichen Wertung widersprechen soll. Ganz so eindeutig ist die AmtlBegr indes nicht. Denn die Aussage, dass „*keine Abschwächung der gesetzlichen Diligenzpflicht durch den Gesellschaftsvertrag*“ gestattet wird, weil „*es sich dabei nicht blos um die Interessen der Gesellschafter, sondern auch um diejenigen der Gesellschaftsgläubiger handelt*“, lässt zumindest zwei verschiedene Deutungen zu. Diese Deutungen entsprechen im Wesentlichen jenen, die oben schon zum (insoweit ähnlichen) Bericht der Reichstagskommission dargelegt wurden.

Einerseits kann die AmtlBegr so gelesen werden, dass die Geschäftsführerhaftung zum Teil (also manche Verhaltenspflichten) dem Gläubigerschutz dient, und zum anderen Teil nicht. Demgemäß würde es „*nicht blos*“ um die Gesellschafterinteressen (nämlich im Bereich des § 43 Abs 2 dGmbHG) gehen, „*sondern auch*“ um Gläubigerinteressen (nämlich im Bereich des § 43 Abs 3 dGmbHG). Das würde erklären, weshalb die AmtlBegr eine pauschale Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs ablehnt, denn der Sorgfaltsmaßstab

2259 *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung 440.

2260 *Fleischer*, BB 2011, 2435 (2436); im Anschluss daran *Werner*, GmbHR 2014, 792 (795).

2261 *Fleischer*, BB 2011, 2435 (2436) im Anschluss an *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung 440; so auch *Werner*, GmbHR 2014, 792 (795).

2262 *Thomas*, Haftungsfreistellung 38; idS auch *Verse* in *Scholz*, GmbHG¹² § 43 Rz 423.

umspannt eben alle Verhaltenspflichten des Geschäftsführers (und determiniert diese iSe Doppelfunktion jenseits starrer Verhaltensvorgaben selbst). Das gilt auch für jene Verhaltenspflichten, die unmittelbar dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger (§ 43 Abs 3 dGmbHG) oder sonstiger Dritter dienen. Insoweit, also im Hinblick auf *diese* Verhaltenspflichten kommt eine Milderung der gesetzlichen Sorgfalt unstreitig nicht in Frage. Ob eine Haftungsmilderung (zB durch Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs) im *übrigen* Bereich (§ 43 Abs 2 dGmbHG), der unmittelbar bloß den Gesellschafterinteressen dient, zulässig sein soll, lässt die AmtlBegr nach dieser Interpretation offen. Denn sie handelt nur von der Frage, ob eine gesetzliche Ermächtigung zur *pauschalen* Herabsetzung des (gesamten) Sorgfaltsmaßstabs geschaffen werden soll; dies ist bereits dann ausgeschlossen, wenn der Sorgfaltsmaßstab nur zu einem (kleinen) Teil indisponibel ist. Damit wird nichts darüber gesagt, ob und inwieweit eine vertragliche Haftungsbeschränkungsvereinbarung wirksam wäre. Dieses Verständnis korreliert auch mit dem gleich darauffolgenden Absatz der AmtlBegr, der die gesetzlichen Dispositionsbeschränkungen gem § 43 Abs 3 Sätze 2 und 3 dGmbHG anspricht: *„In besonderem Grade liegt ein Interesse der Gesellschaftsgläubiger an der Haftung der Geschäftsführer vor, wenn diese den Vorschriften des §. 30 zuwider das Stammkapital durch Zahlungen an die Gesellschafter schmälern, und wesentlich gleiche Gesichtspunkte kommen in Betracht, wenn die Bestimmungen des §. 33 über den Erwerb eigener Geschäftsanteile durch die Gesellschaft verletzt werden.“*²²⁶³ Jener Teil der Geschäftsführerhaftung, dessentwegen nach der oben zitierten Passage der Sorgfaltsmaßstab *„auch“* den Gläubigerinteressen dient, ist demnach derselbe, an dem laut dem darauffolgenden Absatz *„[i]n besonderem Grade [...] ein Interesse der Gesellschaftsgläubiger vor[liegt]“*, nämlich die Kapitalerhaltungspflichten gem § 30 und § 33 dGmbHG. Nach dieser Deutungsvariante lehnt die AmtlBegr eine (pauschale) Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs somit *nur* ab, weil sich dieser eben *auch* auf (indisponible) drittschützende Pflichten bezieht (insb die gläubigerschützenden Kapitalerhaltungsvorschriften).²²⁶⁴ Demgemäß trifft die AmtlBegr aber

2263 AmtlBegr dGmbHG RT-Drs 1890/1892, Aktenstück Nr 660 3750 (Hervorhebungen durch den Verf). Vgl auch die AmtlBegr zu § 75 RegE-dGmbHG 1971 BT-Drs VI/3088 126: *„Da diese Vorschriften in besonderem Maße dem Gläubigerschutz dienen [...]“*

2264 Vgl idS auch Joussen, GmbHR 2005, 441 (447), nach dem sich die Äußerung der Motive sehr gut allein auf § 43 Abs 3 dGmbHG anwenden lasse, der eindeutig gläubigerschützend sei und dessen zwingender Charakter weithin außer Frage stehe. Allerdings kann der Rekurs auf den Gläubigerschutz mE auch nicht einfach ignoriert werden. Vgl aber Paefgen in Habersack/Casper/Löbke, GmbHG³ § 43 Rz 9, demzufolge die zitierte Passage einer Abschwächung der Diligenzpflicht nicht entgegensteht, wenn man die Mindesthaftung für Vorsatz als *„allgemeingültige Konkretisierung des Mindestmaßes gesetzlicher Diligenzanforderungen in Sonderrechtsverhältnissen“* begreift. Dem ist mE aber zu entgegnen, dass die Begründung

wie gesagt keine Aussage über die Disponibilität der Geschäftsführerhaftung im *verbleibenden* Bereich (§ 43 Abs 2 dGmbHG).²²⁶⁵ Sie indiziert sogar die Disponibilität, weil sie die (pauschale) Unzulässigkeit einer Herabsetzung der Diligenzpflicht nur mit den Gläubigerinteressen im Bereich des § 43 Abs 3 dGmbHG begründet.

Nach der zweiten Deutungsmöglichkeit bezweckt das *gesamte* Spektrum der Geschäftsführerhaftung, dh alle Verhaltenspflichten (und der Sorgfaltsmaßstab *per se*), sowohl den Schutz der Gesellschafter als auch der Gläubiger. Ein solches Verständnis wirft unweigerlich die Frage nach dem Rangverhältnis dieser Schutzzwecke auf. Offenbar ist der „Gläubigerschutzanteil“ aber ausreichend, um eine Herabsetzung der Sorgfaltspflicht auszuschließen. Um dies zu rechtfertigen, müsste man wohl von einem zumindest überwiegenden Gläubigerschutzzweck der (gesamten) Geschäftsführerhaftung ausgehen (vgl § 199 Abs 1 Z 3 AktG [§ 241 Nr 3 dAktG]). So wird die AmtlBegr von Gegnern abstrakter Haftungsmilderungen anscheinend auch verstanden.²²⁶⁶ Gegen dieses Verständnis spricht mE aber, dass sich die Dispositionsbeschränkungen für Verzichte, Vergleiche und Weisungsbeschlüsse nur auf § 43 Abs 3 dGmbHG beziehen. Hätte der Gesetzgeber die gesamte Bandbreite der Geschäftsführerhaftung als dem Gläubigerschutz dienend verstanden, hätte er die Disposi-

mit dem Gläubigerschutz nicht nötig gewesen wäre, wenn die AmtlBegr nur nach allg Grundsätzen Vorausbeschränkungen der Haftung für vorsätzliche Schädigung ausschließen wollte. Außerdem lässt sich aus § 276 Abs 3 BGB gerade nicht *deduktiv* auf die Disponibilität im (gesamten) Restbereich schließen, weil jene allg Norm die ausgeschlossene Gesellschafterhaftung und das daraus erwachsene Gläubigerschutzbedürfnis naturgemäß nicht berücksichtigen kann. Andernfalls müsste man aus dem bürgerlichen Recht auch schließen, dass nachträgliche Verzichte und Vergleiche innerhalb der Sittenwidrigkeitsschranke unbegrenzt zulässig wären – das ist, wie § 43 Abs 3 Sätze 2 f dGmbHG zeigt, aber gerade nicht der Fall. Dass sich die AmtlBegr – wie *Grigoleit* (Gesellschafterhaftung 440) meint – nur auf den reflexiven (dh unter dem Vorbehalt der Disposition der Gesellschafter stehenden) Gläubigerschutz bezieht, verträgt sich mE nur schwer damit, dass die AmtlBegr mit eben-dieser Begründung die Herabsetzung der Diligenzpflicht ablehnt.

2265 Ähnlich *Joussen*, GmbHHR 2005, 441 (447), wonach offenbleibe, inwieweit § 43 Abs 1 dGmbHG in jenen Fällen zwingend ist, in denen Gläubigerinteressen nicht unmittelbar betroffen sind.

2266 Vgl die NW in den Fn 2251 und 2252. Vgl zB *Ziemons* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 435, wonach der historische Gesetzgeber zum Gläubigerschutzsystem in der GmbH nicht nur die Beachtung der Kapitalerhaltungsvorschriften durch den Geschäftsführer (§ 43 Abs 3 dGmbHG), sondern auch die Verantwortung des Geschäftsführers nach § 43 Abs 2 dGmbHG zählt; ebenso *Pöschke* in *BeckOK GmbHG*⁵⁷ § 43 Rz 299.10 (s auch Rz 5); *Heisse*, Beschränkung 121 f, nach dem die Sorgfaltspflicht *per se* dem Gläubigerschutz dient (vgl „nicht *blos* [...], sondern *auch*“) und der Gesetzgeber diesen Schutz im Bereich des § 43 Abs 3 dGmbHG nur nochmals verstärkt habe (vgl „*In besonderem Grade*“). So wohl auch *van Venrooy*, GmbHHR 2004, 237 (241), wonach die AmtlBegr so zu lesen sei, dass die Reichsregierung die Bestimmung als solche für zwingend gehalten hat.

tionsbeschränkungen auf die gesamte Haftung ausweiten müssen (zumindest aber auf jenes Maß, das unter dem Aspekt der Verhaltenssteuerung noch verträglich ist, nämlich bis grobe Fahrlässigkeit außerhalb des Kapitalschutzes; vgl § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG)²²⁶⁷.²²⁶⁸ Das hat er nicht getan.²²⁶⁹ Vielmehr hat er die Dispositionsbeschränkungen mit der Begründung auf § 43 Abs 3 dGmbHG beschränkt, dass insoweit „[i]n besonderem Grade [...] ein Interesse der Gesellschaftsgläubiger an der Haftung der Geschäftsführer vor[liegt]“.²²⁷⁰ Diese besondere Begründung wäre wohl kaum nötig gewesen, wenn ohnehin bereits das gesamte Haftungsspektrum (überwiegend) dem Gläubigerschutz dienen würde. Diese Hervorstreichung der Kapitalerhaltungsvorschriften als Gläubigerschutznormen spricht mE wie erwähnt für die erste Deutungsvariante.

Insgesamt kann mE nicht gesagt werden, dass die AmtlBegr *eindeutig* für die Inisponibilität des (gesamten) § 43 dGmbHG (und damit auch des § 25 öGmbHG) spricht.²²⁷¹ Vielmehr ist die zitierte Aussage mehrdeutig und lässt Raum für verschiedene Interpretationen. Die Ablehnungshaltung der AmtlBegr lässt sich mit guten Gründen ebenso gut nur auf die Haftung gem § 43 Abs 3 dGmbHG beziehen. Nach diesem Verständnis steht der Wille des historischen Gesetzgebers abstrakten Haftungsmilderungen im Bereich des § 43 Abs 2 dGmbHG (§ 25 Abs 2 öGmbHG) nicht entgegen. Aus gutem Grund ist das jüngere Schrifttum von einer kategorischen Ablehnung abstrakter Haftungsmilderungen – wie sie die AmtlBegr scheinbar suggeriert – abgegangen und differenziert nach dem Normzweck der einzelnen Verhal-

2267 Vgl dazu iZm dem Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG oben S 288 ff.

2268 Denn die Dispositionsbeschränkungen gem § 43 Abs 3 Sätze 2 und 3 dGmbHG fungieren als Korrektive für die Haftungskonzentration und behandeln Ersatzansprüche aus der Verletzung unmittelbar gläubigerschützender Verhaltenspflichten wie Ersatzansprüche der Gläubiger.

2269 Vgl idZ *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung 190, der einen Widerspruch der AmtlBegr betreffend § 43 Abs 1 dGmbHG mit der Anordnung des § 43 Abs 3 dGmbHG sieht. Dieser Widerspruch zeige, dass sich die Gesetzesverfasser der Tragweite der gesellschaftlichen Dispositionsfreiheit nicht voll bewusst waren. Allerdings sieht *Grigoleit* den Widerspruch nicht (wie hier) mit der Implikation der AmtlBegr (überwiegender Gläubigerschutzzweck), sondern darin, dass § 43 Abs 3 GmbHG (*e contrario*) die Zulässigkeit (auch) abstrakter Haftungsmilderungen im Bereich des § 43 Abs 2 dGmbHG zulasse. *Darüber* trifft § 43 Abs 3 dGmbHG aber wie gesagt gar keine Aussage. S zu diesem Argument noch gleich im Fließtext.

2270 S Fn 2263.

2271 Ausdr aA *Bastuck*, Enthftung 91 („*eindeutig*“); vgl auch *Joussen*, GmbHR 2005, 441 (447), wonach das historische Kriterium zwar „*sehr eindeutig*“ sei, aber dennoch nicht weiterzuführen vermöge; ähnlich *van Venrooy*, GmbHR 2004, 237 (241); vgl auch *Heisse*, Beschränkung 118, nach dem der Wille des Gesetzgebers zwar nicht bindend sei, aber davon ausgegangen werden müsse, dass der Gesetzgeber mit § 43 Abs 2 dGmbHG eine zwingende Haftungsnorm schaffen wollte. So wohl zumindest implizit auch jene Autoren, die die Unzulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen mit der AmtlBegr zum dGmbHG begründen.

tenspflichten.²²⁷² Der Fokus verlagert sich damit auf die nicht weniger diffizile Frage, welche Geschäftsführerpflichten (überwiegend) im Gläubiger-, und welche im Gesellschafterinteresse angeordnet sind. Nur der Vollständigkeit halber sollen noch ein paar Worte zu jenen relativierenden Argumenten verloren werden, die der AmtlBegr die gegenteilige (dispositionsfeindliche) Bedeutung zugrunde legen.

Nicht zu folgen ist mE jener Ansicht, die jede methodologische Bedeutung des Willens des historischen Gesetzgebers schon *kategorisch* negiert oder relativiert.²²⁷³ Der alte Streit zwischen subjektiver und objektiver Theorie²²⁷⁴ soll hier nicht vertieft werden. Hier zugrunde gelegt wird vielmehr – entsprechend der heute wohl vorherrschenden Methodenlehre – ein integratives Verständnis beider (und aller übrigen gleichrangigen)²²⁷⁵ Auslegungsmethoden als komplementäre Erkenntnisquellen zur Erforschung des Normzwecks.²²⁷⁶ Lehnt man demgemäß die Maßgeblichkeit des historischen Gesetzgeberwillens nicht schon kategorisch ab, kann man sie durch den Einwand relativieren, dass sie im Laufe der Zeit abnehmen kann.²²⁷⁷ Im Allgemeinen ist das gar nicht zu bestreiten.²²⁷⁸ Aber auch im Besonderen, für die Frage der Disponibilität der Geschäftsführerhaftung, sprechen gute Gründe dafür, dass die Haftung im Laufe der Zeit eine unzumutbare Strenge angenommen hat, die der deutsche Gesetzgeber im Jahr 1892 nicht antizipiert hat (etwa durch strengere Verhaltenspflichten und größere Schadenssummen).²²⁷⁹ Derartige Überlegungen können nach der hier vertretenen Ansicht

2272 S schon oben bei Fn 2112.

2273 Vgl *Larenz*, Methodenlehre⁶ 318, wonach es zu weit gehen würde, der Regelungsabsicht des historischen Gesetzgebers und seinen erkennbaren Normvorstellungen jede Bedeutung abzusprechen. Vermittelnd auch *Kramer*, Methodenlehre⁶ 154 ff.

2274 Vgl im gegebenen Zusammenhang *Heisse*, Beschränkung 117 f; allg *F. Bydliniski*, Methodenlehre² 428 ff; *Larenz*, Methodenlehre⁶ 316 ff; *Engisch*, Einführung¹² 129 ff; *Kramer*, Methodenlehre⁶ 135 ff; *Möllers*, Methodenlehre⁵ 241 ff; mE überzeugend vermittelnd etwa *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie¹² Rz 796 ff (zugespitzt etwa Rz 820 mwN: „Die subjektive Auslegung ist also objektiv; die objektive Auslegung ist subjektiv.“). IdS auch *Kramer*, Methodenlehre⁶ 66 (Fn 70), insb 136 mwN; *Kerschner/Kehrer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ §§ 6, 7 Rz 12, 36.

2275 Allg zum relativen Rang der juristischen Auslegungsmethoden *F. Bydliniski*, Methodenlehre² 553 ff; *Canaris* in *FS Medicus* 25 ff; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre³ 163 ff; vgl auch *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 6 Rz 128 ff.

2276 Vgl *Larenz*, Methodenlehre⁶ 318 ff; *Heisse*, Beschränkung 117 f.

2277 *Mand*, Geschäftsführerhaftung 121; zust *Fleischer*, BB 2011, 2435 (2436); vgl allg auch *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 6 Rz 105 f.

2278 Man spricht vom Wandel der Normsituation (vgl *Larenz*, Methodenlehre⁶ 350 ff; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre³ 170 ff) oder vom Funktionswandel (vgl *F. Bydliniski*, Methodenlehre² 575 ff; *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 6 Rz 106, 206 ff).

2279 So etwa *Kaffiné*, Begrenzung 133. Dagegen könnte eingewendet werden, dass der Gesetzgeber der verschärften Haftung bereits durch die Anerkennung eines breiten Ermessensspielraums („*Business Judgment Rule*“) Rechnung getragen hat (so zB *Fleischer*, BB 2011, 2435 [2436]), weshalb darzutun wäre, weshalb der Gesetzgeber

jedoch dahinstehen, weil die AmtlBegr wie erwähnt ohnedies nicht eindeutig ist.

Andere Einwände richten sich nicht gegen die methodologische Relevanz des Gesetzgeberwillens, sondern gegen dessen Verhältnis zum Gesetz. So etwa das Argument, der (vermeintliche) Wille des Gesetzgebers (Ablehnung einer Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs) hätte keinen Eingang in das Gesetz gefunden.²²⁸⁰ Allerdings ist mE sehr fraglich, ob sich der angenommene ablehnende Wille des Gesetzgebers tatsächlich im Gesetz manifestiert hätte. Der Einwand beruht auf der Prämisse, dass der Gesetzgeber in § 43 dGmbHG konsequenterweise ein Verbot der Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs vorgesehen hätte, wäre er bei seiner Position geblieben.²²⁸¹ Zu bedenken ist allerdings, dass es in der AmtlBegr nicht unmittelbar um die Zulässigkeit von Haftungsmilderungsvereinbarungen geht, sondern (insoweit auf einer anderen Regelungsebene) um die Frage, ob eine gesellschaftsvertragliche (pauschale) Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs gesetzlich *erlaubt* werden soll. Der gesetzgeberische Wille, eine solche Erlaubnis nicht zu normieren, kommt daher schlicht darin zum Ausdruck, dass das Gesetz eben keine solche Ermächtigung enthält.²²⁸² Anders gewendet: Gerade das „Fehlen“ einer gesetzlichen Regelung zu vertraglichen Haftungsbeschränkungen entspricht der Umsetzung des gesetzgeberischen Willens. Auch wenn es in der AmtlBegr nicht nur um die Schaffung einer Satzungsermächtigung mit ganz bestimmtem Inhalt (pauschale Herabsetzung der Diligenzpflicht) ginge, sondern unmittelbar um die Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen, wäre nicht mit einer gesetzlichen Regelung zu rechnen gewesen. Denn typischerweise stellen Normen nicht selbst klar, dass und inwieweit sie zwingend sind (allenfalls in Zweifelsfällen; vgl zB § 25 dGmbHG). Das Fehlen eines Verbots kann viele Gründe haben und bedeutet nicht zwangsläufig, dass der Gesetzgeber seine (ablehnende) Position revidiert hat. Das zeigt auch die Chronologie: Die AmtlBegr bezieht sich ja auf den Gesetzesentwurf, der bereits keine Regelung über die Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs enthält. Mit der AmtlBegr wurde nicht etwa die Aufnahme einer Verbotsbestimmung angekündigt oder eine bestehende Bestimmung in der Regierungsvorlage erläutert, die dann nicht umgesetzt bzw übernommen wurde. Vielmehr liegt es wohl in der Natur von erläuternden Bemerkungen, dass die darin enthaltenen Aussagen idR nicht ei-

damit (noch immer) nicht das „richtige“ Haftungsniveau getroffen hat. Dem könnte man vielleicht wieder entgegen, dass die *Business Judgment Rule* nicht allen Haftungsrisiken hinreichend Rechnung trägt.

2280 So etwa *Mand*, Geschäftsführerhaftung 121 f; *Fleischer*, BB 2011, 2435 (2436); so auch *Thomas*, Haftungsfreistellung 38; *van Venrooy*, GmbHR 2004, 237 (241).

2281 In dieser Erwartung offenbar *Thomas*, Haftungsfreistellung 38, wonach § 43 Abs 1 dGmbHG „keine entsprechende Regelung“ enthalte.

2282 Vgl dazu schon oben Kommissionsbericht ADHGB 1884, in stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 5. Legislaturperiode, IV. Session, 1884, 4. Band, Anlage 128, 1009 (1020).

gens positiviert sind. Es gilt auch nicht die sog Andeutungstheorie, wonach bei unklarem oder mehrdeutigem Wortlaut einer Norm nur solche Auslegungsergebnisse zulässig sind, die im Wortlaut einen Ausdruck gefunden hätten (angedeutet sind).²²⁸³ Aus den genannten Gründen ist das Schweigen des Gesetzes zu dieser Frage kein Argument gegen die Relevanz der AmtlBegr (unabhängig von deren Deutung).

Einen Schritt weiter geht jener Einwand, der nicht nur eine Manifestation des Gesetzgeberwillens im Gesetz vermisst, sondern sogar einen Widerspruch zwischen jenem Willen und dem Gesetz sieht. Demnach hätte der Gesetzgeber seine Ansicht nicht nur nicht umgesetzt, sondern sogar eine gegenteilige Regelung vorgesehen (und seine Ansicht dadurch implizit revidiert). Den Widerspruch sehen manche Autoren wie erwähnt mit den Dispositionsbeschränkungen gem § 43 Abs 3 Sätze 2 und 3 dGmbHG, die im Umkehrschluss angeblich einen Grundsatz der gesellschaftlicher Dispositionsfreiheit statuieren. Gegenüber dieser gesetzlich verankerten Dispositionsfreiheit habe die Aussage der AmtlBegr ein erheblich geringeres Gewicht²²⁸⁴ oder werde durch jene gar entwertet²²⁸⁵. Da die AmtlBegr wie erwähnt nur von der Schaffung einer Satzungsermächtigung für die Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs handelt, kann ein Widerspruch – eine solche Ermächtigung existiert im Gesetz nicht – nur mit der zugrundeliegenden (impliziten) Wertung bestehen, dh mit dem Grund für die Ablehnung einer Satzungsermächtigung. Damit hängt das (angeblich widersprüchliche) Verhältnis der AmtlBegr zum Gesetz maßgebend von der Deutung der AmtlBegr ab (dazu schon oben). Ein Widerspruch bestünde etwa dann, wenn man den Grund für die Ablehnung einer Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs darin sieht, dass das gesamte Spektrum der Geschäftsführerhaftung dem Gläubigerschutz dient, denn dann müssten auch die Dispositionsbeschränkungen über den Kapitalschutz hinaus reichen. Wie erwähnt spricht gerade diese Widersprüchlichkeit innerhalb der AmtlBegr gegen ein solches Verständnis. Dem referierten Einwand in der Lit dürfte es aber ohnedies um etwas anderes gehen, nämlich darum, dass eine Herabsetzung der Sorgfalt nach der AmtlBegr unzulässig ist (ohne Implikation für die Dispositionsbeschränkungen), hingegen Verzichte, Vergleiche und Weisungen gem § 43 Abs 3 Sätze 2 f dGmbHG die Haftung sehr wohl (in Grenzen) ausschließen können. Darin liegt aber kein Widerspruch. Denn aus § 43 Abs 3 Sätze 2 f dGmbHG folgt im Umkehrschluss nur, dass Verzichte, Vergleiche, Weisungen und wirkungsgleiche Geschäfte im Bereich des § 25 Abs 2 GmbHG (*ceteris paribus*) wirksam sind.²²⁸⁶ Daraus folgt *nicht*, dass auch abstrakte Haf-

2283 Vgl dazu etwa *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie¹² Rz 734 ff; *Kramer*, Methodenlehre⁶ 95 f.

2284 Vgl *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung 439 f.

2285 Vgl *Fleischer*, BB 2011, 2435 (2436); im Anschluss an diesen auch *Werner*, GmbHR 2014, 792 (795).

2286 S auch noch im Rahmen der systematisch-logischen Auslegung unten S 584 ff.

tungsmilderungen (zB in Form einer Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs) in diesem Bereich grundsätzlich zulässig sind. Umgekehrt gesehen: Dass die AmtlBegr abstrakte Haftungsmilderungen ausschließt, bedeutet nicht zwangsläufig, dass auch Verzichte, Vergleiche und Weisungen ausgeschlossen sind. Der Rückschluss aus den gesetzlichen Dispositionsbeschränkungen auf die (grundsätzliche) Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen und die Annahme eines Grundsatzes der gesellschaftlichen Dispositionsfreiheit setzt (implizit) voraus, dass abstrakte Haftungsmilderungen und die gesetzlich geregelten Dispositionsarten *wertungsmäßig gleichartig* sind. Es wäre aber immerhin denkbar, dass abstrakte Haftungsmilderungen wegen ihrer größeren „Enthaftungsintensität“ weitreichender unzulässig sein sollen als die gesetzlich geregelten Dispositionsarten, dass also Wertungsüberlegungen eine Verschiedenbehandlung der Dispositionen gebieten. Für die gegenteilige Prämisse des referierten Einwands fehlt aber nicht nur eine Begründung, der Einwand ignoriert darüber hinaus auch Auslegungsmaterial (nämlich die AmtlBegr), das (nach dem Verständnis, von dem der Einwand ausgeht) eher *gegen* die Gleichartigkeit spricht. Er ist daher zirkulär. Im Übrigen spricht gegen den in Frage stehenden Einwand (ebenfalls), dass sich die AmtlBegr wie erwähnt auf einen Entwurf bezieht, der die Dispositionsbeschränkungen für Verzichte, Vergleiche und Weisungen (welche die Aussage der AmtlBegr zum Sorgfaltsmaßstab angeblich entwerfen) bereits enthält. Diese Dispositionsbeschränkungen werden sogar im unmittelbar auf die zitierte Passage folgenden Absatz eingehend erläutert. Dass die Aussage zur Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs durch die Dispositionsbeschränkungen entwertet werde, bedeutet deshalb nicht weniger als die (unbegründete) Behauptung eines offenen Selbstwiderspruchs der AmtlBegr in zwei aufeinanderfolgenden Absätzen. Ein derart frappanter Widerspruch sollte aber nicht ohne Not angenommen werden. Aus den genannten Gründen kann die AmtlBegr auch nicht unter Berufung auf die Dispositionsbeschränkungen gem § 43 Abs 3 Sätze 2 f dGmbHG ignoriert werden. Eine angenommene Ablehnung abstrakter Haftungsmilderungen in der AmtlBegr könnte allenfalls durch geänderte Umstände relativiert werden (s oben). Nach der hier vertretenen Auffassung spricht die AmtlBegr wie erwähnt von vornherein nicht gegen die Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen, weil aus ihr nur die Indisponibilität des § 43 Abs 3 dGmbHG folgt. Daraus lässt sich allerdings auch nicht ableiten, dass Haftungsmilderungen im übrigen Bereich jedenfalls wirksam wären, denn die Indisponibilität eines Teilbereichs (hier § 43 Abs 3 dGmbHG) ist bereits ein hinreichender Grund für die Ablehnung einer Satzungsermächtigung zur Herabsetzung des (gesamten) Sorgfaltsmaßstabs (wenngleich die auf den Kapitalschutz beschränkte Begründung die Restdisponibilität wie erwähnt wohl zumindest indiziert).

3. Ausdrückliche Regelung in den Vorentwürfen eines öGmbHG

Soweit ersichtlich hat in der literarischen Debatte noch keine Beachtung gefunden,²²⁸⁷ dass die Vorentwürfe des GmbHG zwischen 1900 und 1901 noch eine ausdrückliche Vorschrift über vertragliche Beschränkungen der Geschäftsführerhaftung enthielten. Diese Regelung wurde ursprünglich in den interministeriellen Beratungen für den parallel ausgearbeiteten (nie in Kraft getretenen) Entwurf eines österreichischen AktG („Aktienentwurf“) von 1900 beschlossen (aber später doch nicht umgesetzt). Sie diente in den anschließenden Beratungen des GmbH-Entwurfs als Vorbild und sollte in den Entwurf übernommen werden. So ist in den Sitzungsprotokollen²²⁸⁸ zu lesen:

„Der Referent: beantragt die Aufnahme des zu § 39. A.E.²²⁸⁹ beschlossenen Zusatzes: „Verträge, durch die diese Haftung der Geschäftsführer eingeschränkt werden soll, sind wirkungslos. Dieser Antrag wird angenommen.“²²⁹⁰

Dementsprechend enthielten auch die nach den Sitzungsbeschlüssen²²⁹¹ redigierten GmbH-Entwürfe eine solche Regelung. Im zweiten Dezemberentwurf von 1900²²⁹² etwa lautete § 20 Abs 7:

„Verträge, durch die diese Haftung der Geschäftsführer eingeschränkt oder ausgeschlossen werden soll, sind wirkungslos.“

Allerdings wurde diese Vorschrift später wieder gestrichen. Bereits § 24 des Entwurfs aus Juni 1902 enthielt sie nicht mehr. Grund dafür war laut den Materialien die Revision des GmbH-Entwurfs und dessen Anpassung an den Aktienentwurf (in dem die beschlossene Regelung wie gesagt nie umgesetzt worden war) zu Beginn des Jahres 1901.²²⁹³ Interessant ist der Grund für die Streichung: Dieser wird ersichtlich aus einem Schreiben²²⁹⁴ an die beteiligten Ministerien, das den Stand der Gesetzgebung und die Änderungen durch den Entwurf aus Juni 1902 referiert:

2287 Vgl aber allg erwähnend *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 62.

2288 Berathungs-Protokolle der Vertreter der beteiligten Ministerien zum Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 862 ff.

2289 „A.E.“ war die gebräuchliche Abkürzung für den Aktienentwurf von 1900.

2290 Berathungs-Protokolle der Vertreter der beteiligten Ministerien zum Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 872 (Hervorhebung durch den Verf).

2291 Diese Bestimmung ist handschriftlich hinzugefügt in einem Entwurf nach den Sitzungsbeschlüssen, ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 274 und im Entwurf I Dezember 1900, ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 341 ff.

2292 ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 369 ff.

2293 In einem korrigierten Entwurf aus 1901 (ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 826 ff) ist § 20 Abs 7 handschriftlich durchgestrichen; vgl auch *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 62.

2294 ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 819 ff.

„2.) Streichung der Wirkungslosigkeit von Verträgen, durch welche die Haftung der Geschäftsführer eingeschränkt oder ausgeschlossen werden soll (§ 24), weil eine vertragsmäßige Ausschließung einer gesetzlich statuierten Haftung schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen als unzulässig anzusehen sein dürfte.“²²⁹⁵

Das deckt sich in etwa mit dem Motiv für die ursprüngliche Beschließung der vorbildhaften Regelung im Aktienentwurf. Franz Klein hatte nämlich beantragt, diese Regelung „zur Vermeidung jeden Zweifels [...] beizufügen“.²²⁹⁶

Die Streichung der Regelung spricht also entgegen dem ersten Anschein nicht dafür, dass der GmbH-Gesetzgeber vertragliche Haftungsbeschränkungen (doch) zulassen wollte. Das Gegenteil ist der Fall: Der Absatz wurde gestrichen, weil die Unzulässigkeit solcher Vereinbarungen als Selbstverständlichkeit angesehen wurde (arg: „schon nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen“). Daraus folgt bei genauerer Betrachtung aber nicht zwingend, dass abstrakte Haftungsmilderungen im geltenden Recht unzulässig sind.

Zum einen haben die Gesetzesverfasser ihre eigene Aussage dadurch relativiert, dass sie diese im Konjunktiv formuliert haben (arg: „als unzulässig anzusehen sein dürfte“).²²⁹⁷ Offenbar haben sie die Zulässigkeit vertraglicher Haftungsbeschränkungen bewusst offengelassen. Davon abgesehen ist die zitierte Passage aber auch inhaltlich fragwürdig: Weshalb soll eine „vertragsmäßige Ausschließung“ nur deshalb unzulässig sein, weil die auszuschließende Haftung „gesetzlich [statuiert]“ ist? Demzufolge wäre jede Haftungsfreizeichnung unzulässig, weil die Haftung allgemein in den §§ 1293 ff ABGB gesetzlich statuiert ist. Eine Begründung für die Indisponibilität bleiben die Materialien jedoch schuldig. Die Aussage ergibt nur Sinn, wenn man implizit den zwingenden Charakter der gesetzlich statuierten Haftung voraussetzt (Unzulässigkeit eines vertraglichen Ausschlusses einer zwingenden gesetzlichen Haftung).²²⁹⁸ Zudem enthält die Materialienstelle dieselbe semantische Unschärfe wie die AmtlBegr zu § 43 dGmbHG. Die Entwurfsregelung (§ 20 Abs 7) und die zitierte Begründung für ihre Streichung bezogen sich zwar nicht (pauschal) auf den Sorgfaltsmaßstab, sondern auf die „Haftung der Geschäftsführer“, das ändert aber nichts am Gesagten. Denn eine (pauschale) Beschränkung der Haftung könnte auch *nur deshalb* als unzulässig angesehen worden sein, weil sie eben *auch* die Haftung für die Verletzung von Gläubigerschutzvorschriften erfassen würde. Aus der zitierten Passage folgt nicht zwin-

2295 ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 819 ff (auf S 4 des Schreibens; Hervorhebung durch den Verf).

2296 Vgl Berathungs-Protokolle der Vertreter der beteiligten Ministerien zum Entwurf eines Gesetzes, über Aktiengesellschaften, ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420 (Hervorhebung durch den Verf).

2297 Auch die Ministerialvertreter bei der Beratung des Aktienentwurfs hielten es zumindest für möglich, dass die Regelungsaussage der fraglichen Bestimmung zweifelhaft sein könnte (arg: „zur Vermeidung jeden Zweifels“; s bei voriger Fn).

2298 Dazu noch sogleich im Fließtext.

gend, dass die gesamte Geschäftsführerhaftung (überwiegend) dem Gläubigerschutz dient (und *deshalb* indisponibel ist).²²⁹⁹

Im Übrigen sprechen mE gute Gründe dafür, dass sich § 20 Abs 7 des Entwurfs und die zitierte Begründung für seine Streichung von vornherein gar nicht auf die gesamte Geschäftsführerhaftung beziehen, sondern nur auf die (indisponible) qualifizierte Haftung des heutigen § 25 Abs 3 GmbHG. Ange deutet wird dieser Bezug zum einen schon durch das in § 20 Abs 7 gebrauchte Demonstrativum (arg: „*diese Haftung*“). Dagegen spricht nicht die Stellung der Regelung am Ende des Paragraphen (Abs 7). Denn nach damaliger Auffassung der Gesetzesverfasser bezogen sich auch die dazwischenliegenden Absätze 4 bis 6 (heute § 25 Abs 5 bis 7 GmbHG) *ausschließlich* auf Absatz 3 (was für die Verjährung freilich unsachgerecht war).²³⁰⁰ Nach diesem (einschränkenden) Verständnis des § 20 Abs 7 wäre auch erklärlich, weshalb die „*vertragsmäßige Ausschließung*“ der Haftung (nur) deshalb unzulässig sein soll, weil diese gesetzlich statuiert ist: Mit der gesetzlichen Statuierung könnte nämlich die im Gläubigerinteresse besonders angeordnete Haftung (vgl § 25 Abs 3 GmbHG idgF; „*Insbesondere sind sie zum Ersatze verpflichtet [...]*“) gemeint gewesen sein; eine Haftung, die immerhin auch eigens durch gesetzliche Dispositionsbeschränkungen abgesichert war (und ist).

Insgesamt lassen auch die besprochenen Gesetzesmaterialien zum öGmbHG kein abschließendes Verdikt über die Disponibilität der Geschäftsführerhaftung zu. Denn wie die AmtlBegr zu § 43 dGmbHG lassen sie *mehr* als eine Deutung zu. Genauer betrachtet sprechen sogar gute Gründe dafür, dass sich die geplante Regelung über die Unzulässigkeit einer vertraglichen Beschränkung der Geschäftsführerhaftung nur auf die im Gläubigerinteresse besonders angeordnete Haftung (§ 25 Abs 3 GmbHG idgF) beziehen sollte. Nach diesem Verständnis hätte angeordnet werden sollen, was heute auch ohne gesetzliche Bestimmung einhellig angenommen wird, dass nämlich im Bereich des § 25 Abs 3 GmbHG (auch) abstrakte Haftungsmilderungen unwirksam sind (so weit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist). Damit bleibt aber (jedenfalls) offen, ob und inwieweit eine privatautonome Haftungsbeschränkung im verbleibenden Bereich (§ 25 Abs 2 GmbHG) zulässig sein soll.

4. Erläuternde Bemerkungen zu § 25 GmbHG

Anders als die AmtlBegr zu § 43 dGmbHG greifen die EBRV des öGmbHG die Frage der Disponibilität der Geschäftsführerhaftung nicht unmittelbar

²²⁹⁹ Dieser Einwand ist hier aber wohl schwächer, weil es nicht (ausdr) um eine (pauschale) gesetzliche Satzsermächtigung geht, sondern um eine vertragliche Vereinbarung, die auch teilwirksam sein könnte.

²³⁰⁰ S dazu ausf oben insb S 354 ff iZm dem Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG.

auf. Sie betonen aber immerhin, sich *in puncto* Geschäftsführerhaftung „an die durchaus sachgemäßen Normen des deutschen Gesetzes an[zuschließen]“²³⁰¹. Damit erklären sie § 43 dGmbHG und indirekt auch die zitierte Aussage der Amtl-Begr für maßgeblich. Dementsprechend stützen sich auch hierzulande Opponenten abstrakter Haftungsmilderungen auf die AmtlBegr zu § 43 dGmbHG.²³⁰² Insoweit kann auf die Ausführungen zum dGmbHG verwiesen werden.²³⁰³

Es gibt noch eine weitere Stelle in den EBRV des öGmbHG, die Gegner²³⁰⁴ einer Haftungsmilderung für ihre Position beanspruchen. Die EBRV befassen sich in ihrem Allgemeinen Teil mit dem Wesen der GmbH. Ein wesentliches Ziel dieser Rechtsform war es, entsprechend den praktischen Bedürfnissen unter Beibehaltung der Haftungsbeschränkung auf jene vielen zwingenden Vorschriften des Aktienrechts zu verzichten, die durch die Handelbarkeit der Anteile erforderlich geworden waren.²³⁰⁵ Um sich dieser Normen entledigen zu können, musste das GmbHG die Geschäftsanteile durch eine zwingende Notariatsaktpflicht immobilisieren. Auf diese Weise konnte der Gesetzgeber ohne Normen zum Schutz künftiger Gesellschafter auskommen. Deren Schutz sah er nämlich bereits durch die Notariatsaktpflicht verwirklicht.²³⁰⁶ Übrig blieben auf der Agenda des Gesetzgebers somit noch Gläubigerinteressen und Minderheitsinteressen. In diesem Kontext führen die EBRV aus:

*„Unter dieser Voraussetzung [sc Ausschluss der Handelbarkeit der Anteile] kann das Maß der Normen zwingender Natur, mit denen das Gesetz ausgestattet werden muß, sich innerhalb jener Grenzen halten, die nach Ausschluß der Kapitals- und Teilnehmergeinnung im Wege des freien Wettbewerbs auf dem Effektenmarkte, erforderlich sind, um eine Benachteiligung der Gläubiger durch illegitime Umtriebe oder selbst nur durch eine allzu leichtfertige Geschäftsgebarung und eine zu weit gehende Majorisierung der schwächeren Elemente unter den Teilhabern zu verhüten.“*²³⁰⁷

In dem hervorgehobenen Gläubigerschutzziel sehen manche Autoren wie erwähnt eine Stütze dafür, dass der Gesetzgeber abstrakten Haftungsmilderungen ablehnend gegenübersteht. Der Verkehr solle sich nämlich darauf verlassen können, dass die Geschäftsführer bei der Leitung und Vertretung

2301 EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 66; vgl auch aaO 54: „Wenn der Entwurf im Übrigen sich auch an die Prinzipien des Deutschen Reichsgesetzes eng anlehnt, enthält er doch naturgemäß eine Reihe von Abweichungen in den Einzelbestimmungen, deren Begründung dem besondere Teile der erläuternden Bemerkungen vorbehalten wird.“

2302 S die Nw in Fn 2180.

2303 S oben S 553 ff.

2304 Vgl U. Torggler in GesRZ 2010, 185 (189); Feltl/Told in Gruber/Harrer, GmbHG² § 25 Rz 145.

2305 S oben S 127 ff und die dortigen Nw.

2306 Vgl etwa Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 77 mwN; s schon oben S 127 ff insb bei Fn 631 mwN.

2307 EBRV 236 BlgHH 17. Session 52 (Hervorhebung durch den Verf.).

der Gesellschaft grundsätzlich mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes iSd § 25 Abs 1 GmbHG agieren.²³⁰⁸

Dieses Verständnis ist in der zitierten Motivenstelle zwar gedeckt, es ist aber nicht die einzige Interpretationsmöglichkeit und bedürfte daher einer weiteren Begründung. Es darf nicht in Vergessenheit geraten, dass sich die zitierte Stelle im Allgemeinen Teil der EBRV befindet und eine generelle und programmatische Aussage zum notwendigen Umfang zwingenden Rechts aus Gründen des Gläubiger- und Minderheitenschutzes trifft. Aus ihr folgt zwar, dass Gesellschaftsgläubiger auch vor „eine[r] allzu leichtfertige[n] Geschäftsgebarung“ geschützt werden sollen, aber eben nicht, wie die Gesellschaftsgläubiger davor geschützt werden sollen. Damit ist namentlich nicht gesagt, dass dieser Schutz *unmittelbar* gewährt wird, sodass der Sorgfaltsmaßstab im Gläubigerinteresse zwingend und Vorausbeschränkungen der Geschäftsführerhaftung (auch) für sorgfaltswidrige Geschäftsführung gem § 25 Abs 2 GmbHG unzulässig wären. Die Motivenstelle kann vielmehr auch so verstanden werden, dass die Gesellschaftsgläubiger vor einer allzu leichtfertigen Geschäftsgebarung *mittelbar* geschützt werden. Mittelbar insofern, als die Gesellschafter zwingend ein Mindestkapital als „Eigenopfer“ aufbringen müssen, das sie dazu anhält, sorgsam mit dem Gesellschaftsvermögen umzugehen und insb von „eine[r] allzu leichtfertige[n] Geschäftsgebarung“ abzuweichen (auch bei der Erteilung von Weisungen und Verfügungen über Ersatzansprüche gegen Geschäftsführer). Diesen disziplinierenden Effekt des Eigenkapitals, den ich oben²³⁰⁹ „Interessenkongruenz“ genannt habe, hat der Gesetzgeber nachweislich beabsichtigt. Laut den EBRV soll das gesetzliche Kapitalschutzsystem ein „hinreichendes Interesse der Teilnehmer an dem Unternehmen“ erzeugen.²³¹⁰ Auf diese Weise werden also die Gesellschaftsgläubiger – so die alternative Lesart – (mittelbar) vor „eine[r] allzu leichtfertige[n] Geschäftsgebarung“ geschützt. Für dieses Verständnis spricht noch ein weiterer Aspekt: Hätte der Gesetzgeber die Gesellschaftsgläubiger tatsächlich auch im Bereich bloßer Geschäftsführung unmittelbar schützen wollen, dann müssten sich auch die Dispositionsbeschränkungen der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf alle Ersatzansprüche beziehen (aus Gründen der Verhaltenssteuerung zumindest bis grobe Fahrlässigkeit; vgl § 84

2308 U. Torggler in GesRZ 2010, 185 (189) mit Verweis auf § 347 UGB (Sorgfalt eines ordentlichen Unternehmers); Feltl/Told in Gruber/Harrer, GmbHG² § 25 Rz 145; vgl auch Told, GES 2015, 60 (69); Told/Warto in Harrer/Neumayr/Told, Organhaftung 3 (52).

2309 S oben insb S 390 ff iZm dem Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG.

2310 EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 58. Vgl auch AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3734 lSp: „Um die Entstehung einer Ueberzahl unbedeutender und ungenügend fundirter Gesellschaftsbildungen zu verhüten, und um ein gewisses Interesse der Theilnehmer an den Schicksalen des gemeinsamen Unternehmens zu gewährleisten, erscheint es geboten, [...] einen Mindestbetrag gesetzlich festzusetzen.“

Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG). Das ist aber nicht der Fall.²³¹¹ Eine andere Frage (insofern Folgefrage) ist, ob der gesetzlich vorgesehene mittelbare Gläubigerschutz durch typische Interessenkongruenz die (teilweise) Unzulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen erfordert (dazu noch näher unten)²³¹². Aus der zitierten Stelle der EBRV ergibt sich aber jedenfalls nicht zwingend, dass Vorausbeschränkungen der Geschäftsführerhaftung auch im Bereich der bloßen Geschäftsführung unwirksam sind.

5. Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Genossenschaft

Zwar handelt es sich dabei nicht um Gesetzesmaterialien, aber ein nicht unbeachtlicher Teil des Schrifttums²³¹³ sieht in einer älteren Entscheidung²³¹⁴ des RG zum Genossenschaftsrecht eine (hilfsweise) Bestätigung der angenommenen Unzulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen. Gegenstand der Entscheidung war die Haftungsanordnung des § 32 dGenG 1889²³¹⁵ (vgl. § 34 dGenG idGF), die § 43 dGmbHG und § 25 GmbHG ähnelt.

Im entscheidungsgegenständlichen Fall hatten die Vorstandsmitglieder einer Genossenschaft mit unbeschränkter Haftung in Befolgung eines Generalversammlungsbeschlusses und entgegen § 19 dGenG einen Teil des Reservefonds als Gewinn verteilt. Das RG hatte zu beurteilen, ob die Vorstandsmitglieder gegenüber dem klagenden Konkursverwalter einwenden konnten, einen Beschluss ausgeführt zu haben. Das RG bejahte diese Frage. Zwar bestimmte § 136 Abs 2 dGenG, dass die Ersatzpflicht den Gläubigern gegenüber nicht dadurch aufgehoben werde, dass die Handlung auf einem

2311 Dass sich die Dispositionsbeschränkungen nur auf § 25 Abs 3 GmbHG (analog) beziehen, vertreten übrigens insoweit zutr. auch *U. Torggler* (JBl 2006, 85 [92 f]; ders in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 [42 ff]) und im Anschluss daran *Felzl/Told* (in *Gruber/Harrer*, GmbHG, § 25 Rz 140, 147, 164).

2312 S 628 ff.

2313 Vgl. *U. Torggler*, GesRZ 2010, 185 (189); ders in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (39); so auch *Felzl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 145 (die jedoch irrig von der „aktuellen Judikatur“ zur vergleichbaren Rechtslage bei der Genossenschaft sprechen, wenn sie sich auf eine E des RG aus dem Jahr 1900 beziehen: RG 24.04.1900, Rep VIa 456/99, RGZ 46, 60 [61 f]); mittelbar auch *Ziemons* in *Michalski et al.*, GmbHG⁴ § 43 Rz 434 bei Fn 1218; krit. *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 480, krit. auch *Fleischer*, BB 2011, 2435 (2437 Fn 28).

2314 RG 24.04.1900, Rep VIa 456/99 RGZ 46, 60 (61 f).

2315 § 43 dGenG 1889 (Abs sind durch Bindestriche gekennzeichnet): „Die Mitglieder des Vorstandes haben die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes anzuwenden. – Mitglieder, welche ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Genossenschaft persönlich und solidarisch für den dadurch entstandenen Schaden. – Insbesondere sind sie zum Ersatze der Zahlung verpflichtet, wenn entgegen den Vorschriften in §§. 19, 22 der Gewinn oder das Geschäftsguthaben ausgezahlt wird. – Die Ansprüche auf Grund der vorstehenden Bestimmungen verjähren in fünf Jahren.“

Beschlusse der Generalversammlung beruht, allerdings gelte diese Bestimmung nur für Genossenschaften mit beschränkter Haftung. Nur bei dieser könnten Gläubiger bei Verletzung der §§ 19 und 22 dGenG den Ersatzanspruch der Genossenschaft selbstständig geltend machen (§ 136 Abs 1 dGenG). Im Umkehrschluss folge daher für die Genossenschaft mit unbeschränkter Haftung, dass der Generalversammlungsbeschluss die beklagten Vorstandsmitglieder von ihrer Haftung auch den Gläubigern gegenüber wirksam befreit.

Das RG führte gleich zu Beginn beiläufig aus, *„daß die Vorschriften des § 32 nicht lediglich im privaten Interesse der Genossenschaft, sondern auch im Interesse der Allgemeinheit und insbesondere der Gläubiger“*²³¹⁶ gegeben sind; denn dieser Paragraph verdankt seine Entstehung der Fürsorge des Gesetzgebers für die möglichste Integrität des Gesellschaftsvermögens, und ohne Zweifel will das Gesetz, indem es den Mitgliedern des Vorstandes die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes zur Pflicht macht und sie persönlich und solidarisch für verpflichtet erklärt, der Genossenschaft den durch Verletzung dieser Sorgfalt entstandenen Schaden zu ersetzen, dadurch der Genossenschaft denjenigen inneren Halt sichern, welchen ihre Anerkennung als juristische Person und der geschäftliche Verkehr mit ihr erfordert.“

Im Anschluss an diese Ausführungen, die sehr an die AmtlBegr zu § 43 dGmbHG und den Bericht der Reichstagskommission zum ADHGB 1884 erinnern, nahm das RG auch Stellung zur Zulässigkeit vertraglicher Haftungsbeschränkungen: *„Mit dem Berufungsrichter muß deshalb davon ausgegangen werden, daß es wider die öffentliche Ordnung sein würde, wenn das Statut einer Genossenschaft oder ein Beschluß der Generalversammlung im voraus bestimmen wollte, daß die Mitglieder des Vorstandes von der in § 32 ihnen auferlegten Sorgfalt und von der Haftbarkeit für die Verletzung derselben entbunden sein sollten.“*²³¹⁷

Die Bedeutung dieser Entscheidung ist allerdings vergleichsweise gering. Denn zum einen handelt es sich um eine andere Rechtsform, mag diese im hier relevanten Zusammenhang auch Parallelen zur GmbH aufweisen. Zum anderen – und das ist noch wichtiger – haben wir es nicht mit dem Willen des historischen Gesetzgebers zu tun, sondern mit einer Gerichtsentscheidung, die den Rechtsanwender nicht bindet. Außerdem ist in der Entscheidungs Begründung nur pauschal von den „Vorschriften des § 32“ und „der in § 32 ihnen auferlegten Sorgfalt und von der Haftbarkeit für die Verletzung derselben“ die Rede. Diese Formulierung ist damit ebenso mehrdeutig, wie der Bericht der Reichstagskommission und die AmtlBegr zu § 43 dGmbHG. Um Wiederholungen zu vermeiden, kann auf die jeweiligen Ausführungen verwiesen werden. Insgesamt lässt sich aus der referierten RG-Entscheidung also (auch nicht hilfsweise) schließen, dass abstrakte Vorausbeschränkungen

²³¹⁶ Hervorhebung durch den Verf.

²³¹⁷ Hervorhebungen durch den Verf.

der Geschäftsführerhaftung im Bereich des § 25 Abs 2 GmbHG unzulässig wären.²³¹⁸

6. Zwischenergebnis

Die (besprochenen) historischen Gesetzesmaterialien sprechen (ebenfalls) weder eindeutig für noch gegen die Zulässigkeit abstrakter Vorausbeschränkungen der Geschäftsführerhaftung. Aus ihnen lässt sich mE nur ableiten, dass eine abstrakte Vorausbeschränkung der Haftung nicht zur Gänze möglich ist – eine mögliche Disponibilität in Teilbereichen der Geschäftsführerhaftung bleibt daher offen. Enthält somit weder das Gesetz selbst noch die Gesetzesmaterialien (ohne eine gesetzliche Regelung) eine (differenzierte) Aussage über die Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen, können weitere Überlegungen vom Grundsatz der Privatautonomie ausgehen, aufgrund dessen die Gesellschaft grundsätzlich über ihr Vermögen frei verfügen kann (darunter auch Ersatzansprüche gegen Geschäftsführer). Wie schon angesprochen, kann aus der Zentrierung der Haftung auf die Gesellschaft nicht auf umfassende Disponibilität geschlossen werden, weil es sich dabei nur um eine Rechtstechnik handelt (Haftungskonzentration) und der Gesetzgeber als Korrektiv zum Schutz der Minderheitsgesellschafter und der Gesellschaftsgläubiger (bestimmte) Dispositionen (über bestimmte Ansprüche [differenzierend nach dem Anspruchsgrund]) beschränkt. Umgekehrt lässt das Gesetz diese Dispositionen in Grenzen zu. Als Nächstes ist daher zu untersuchen, ob sich aus diesen bestehenden Dispositionsschranken und den sich hieraus spiegelbildlich ergebenden disponiblen Freiräumen Rückschlüsse für die Zulässigkeit abstrakter Vorausdispositionen ziehen lassen.

E. Systematisch-logische Überlegungen

Wie schon angesprochen, normiert das Gesetz zum einen allgemeine (zivilrechtliche) Schranken für Vorausdispositionen über Schadenersatzansprüche und zum anderen besondere (gesellschaftsrechtliche) Schranken für bestimmte Dispositionen der Gesellschaft über die Geschäftsführerhaftung (Verzicht, Vergleich und Weisung).²³¹⁹ Ein Argument, das vielfach für die

2318 Gegen die Übertragbarkeit der RG-E spricht mE hingegen nicht zwingend, dass das Genossenschaftsrecht mit § 18 dGenG (§ 11 öGenG) eine Satzungsstrenge anordnet (vgl aber *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 480, insoweit zust *Fleischer*, BB 2011, 2435 [2437 Fn 28]). Denn das RG hat sich zur Begründung nicht auf diese Satzungsstrenge gestützt, sondern die Unzulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen durch inhaltliche Überlegungen gerechtfertigt.

2319 So auch etwa *Janert*, BB 2013, 3016 (3018).

(grundsätzliche) Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen vorgebracht wird, ist der oben²³²⁰ schon angesprochene Umkehrschluss aus diesen Dispositionsschranken auf eine (grundsätzliche) Dispositionsfreiheit im verbleibenden Bereich. Bevor dem weiter nachgegangen wird, ist aber – einen Schritt davor – zu untersuchen, ob und inwieweit diese (bestehenden) Dispositionsschranken überhaupt auf abstrakte Haftungsmilderungen (subsidiär bzw analog) anzuwenden sind. Steht danach fest, inwieweit Haftungsmilderungen kraft bestehender (und allenfalls analog erweiterter) Schranken unwirksam sind, wird der Folgefrage nachgegangen, ob tatsächlich *e contrario* im verbleibenden Bereich Disponibilität anzunehmen ist, oder aber (etwa wegen dispositionsbedingter Besonderheiten) weitere (ungeschriebene) Einschränkungen der grundsätzlichen Disponibilität notwendig sind (und wenn ja, inwieweit das der Fall ist).

1. Anwendung der bestehenden Dispositionsschranken

a) Allgemeine Dispositionsschranke: § 879 ABGB (§ 276 Abs 3 BGB) – Selbstschutz des Geschädigten

Bei der vorliegenden Auslegungsfrage sind auch allgemein-zivilrechtliche Wertungen zu berücksichtigen. Denn die gesellschaftsrechtliche Organhaftung schafft kein Sonderhaftungsrecht,²³²¹ sondern baut auf dem allgemeinen Schadenersatzrecht auf und modifiziert dieses punktuell (va durch Verschärfungen der Haftung). Nach allgemein-bürgerlichem Recht ist eine Haftungsfreizeichnung²³²² anerkanntermaßen zulässig, wenn sie nicht sittenwidrig ist (§ 879 Abs 1 ABGB). Sittenwidrig ist eine Haftungsfreizeichnung unstr für vorsätzliche Schädigung. Während das hierzulande aus dem

2320 S bei Fn 2238.

2321 Vgl nur *Völkl/Lehner*, *ecolex* 2013, 39 ff; *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler, GmbHG* § 25 Rz 3.

2322 In denselben (im Folgenden zu erläuternden) Grenzen soll es nach hL grundsätzlich auch zulässig sein, die Verjährung im Vorhinein zu verkürzen. Vgl etwa *M. Bydlinski* in *Rummel*, ABGB³ § 1502 Rz 1 mwN; *Dehn* in *KBB*⁷ § 1502 Rz 2; RIS-Justiz RS0034782. Das ergebe sich auch aus § 1502 ABGB *e contrario* (vgl zB *R. Madl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 1502 Rz 9 mwN). Einschr wegen der Gefahr eines „verschleierte“ Haftungsausschlusses *P. Bydlinski*, *ÖJZ* 2010, 993 (996 Fn 24); zust *Vollmaier* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 1502 Rz 17 ff. Vgl allg jüngst zur Verkürzung der Verjährungsfrist gem § 25 Abs 6 GmbHG OGH 26.08.2020, 9 ObA 136/19v wbl 2021, 171 ff (krit dazu *Spendel*, wbl 2021, 121 ff).

Verbot der Sittenwidrigkeit (§ 879 Abs 1 ABGB) abgeleitet wird, ist die Vorsatzgrenze in Deutschland ausdrücklich in § 276 Abs 3 BGB²³²³ normiert.²³²⁴

Im Bereich der Fahrlässigkeitshaftung ist zu differenzieren: Ein Haftungsausschluss für *leicht* fahrlässige Schädigung wird zivilrechtlich als weitgehend zulässig angesehen.²³²⁵ Im verbleibenden Bereich der *groben* Fahrlässigkeit ist die Zulässigkeit von Haftungsmilderungen (schon zivilrechtlich) umstritten.²³²⁶ Die Judikatur hält Haftungsmilderungen für zulässig, soweit es sich nicht um „krass grobe Fahrlässigkeit“ handelt.²³²⁷ Begründet wird das damit, dass mit dieser schweren Form der Fahrlässigkeit im Zeitpunkt der Vereinbarung einer Freizeichnung nicht gerechnet werden muss. Mit demselben Argument wird auch die Unzulässigkeit einer Freizeichnung für atypische oder gänzlich unvorhersehbare Schäden (unabhängig vom Verschuldensgrad) begründet.²³²⁸

Diese zivilrechtliche Dispositionsschranke gem § 879 Abs 1 ABGB gilt subsidiär im Gesellschaftsrecht.²³²⁹ Da ihre (zivilrechtlichen) Nuancen und Fallgruppen hier nicht abschließend untersucht werden können, wird vereinfachend davon ausgegangen, dass der Schutz der Gesellschaft es nur erfordert, dass abstrakte Haftungsmilderungen im Voraus für Schäden wegen vorsätzlicher Schädigung ausgeschlossen sind (vgl auch § 276 Abs 3 BGB). Soweit § 879 ABGB (unter bestimmten Kriterien) auch Freizeichnungen von einer sonstigen Schädigung erfasst (was wie gesagt umstritten ist), sind diese Konstellationen hier im Folgenden als mitgemeint zu verstehen.

Nach dieser ersten (allgemeinen) Einschränkung der grundsätzlichen Privatautonomie verbleibt als (vorläufig) disponibler Bereich die gesamte Fahrlässigkeitshaftung.

2323 Vgl für rechtsgeschäftliche Erleichterungen der Verjährung im Voraus auch § 202 Abs 1 BGB (dazu statt vieler *Grothe* in MüKo BGB⁹ § 202 Rz 7).

2324 S die Nw in Fn 2136 (Deutschland) und Fn 2195 (Österreich). Vgl zu § 276 Abs 3 BGB als Bsp für den Schutz des Beteiligten „vor sich selbst“ etwa *Möslein*, Dispositives Recht 171 mwN.

2325 *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 879 Rz 125; RIS-Justiz RS0016582; RS0038178 (T17).

2326 Vgl weiterführend *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 879 Rz 303 ff; *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 879 Rz 122 ff; *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1295 Rz 93 ff; *Bollenberger/P. Bydliński* in KBB⁷ § 879 Rz 24 mwN; *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 879 Rz 11 g) mwN; *Koziol*, Haftpflichtrecht I⁴ F/14 ff; RIS-Justiz RS0016582.

2327 Vgl dazu nur *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 879 Rz 304 und die zahlreichen genannten Judikaturnachweise; vgl jüngst zB OGH 25.01.2023, 7 Ob 166/22w.

2328 Krit zum Kriterium der Vorhersehbarkeit und für eine umfassende Interessenabwägung *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 879 Rz 306 mwN (Stand 01.10.2017).

2329 Vgl (implizit) die Nw in Fn 2136 (Deutschland) und Fn 2195 (Österreich); allg zur Subsidiarität im Gesellschaftsrecht etwa *Schopper/Walch*, ÖBA 2013, 418 (419) mwN; ausf *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit 17 ff; allg auch *F. Bydliński*, System und Prinzipien 431 f.

b) Besondere Dispositionsschranken

i. Individual- und Minderheitenschutz: § 41 GmbHG bzw § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG (analog)

Abstrakte Haftungsmilderungen im Voraus berühren auch die Interessen der einzelnen Gesellschafter. Denn sie verhindern, dass Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen Geschäftsführer überhaupt entstehen, wodurch sich das Gesellschaftsvermögen und mit ihm der Residualanspruch der Gesellschafter vermindert. Obwohl einzelne Gesellschafter ohne Spezialregelung nicht unmittelbar ersatzberechtigt wären (weil einer Direkthaftung insb die im Gläubigerinteresse zwingende Vermögensbindung entgegenstünde),²³³⁰ hält der Gesetzgeber Gesellschafter für schutzwürdig und gewährt daher einer Minderheit das Recht, Ersatzansprüche der Gesellschaft geltend zu machen (§ 48 GmbHG; vgl auch § 134 AktG).²³³¹ Schon der Reformgesetzgeber von 1884 hat nämlich erkannt, dass die Entscheidungsgewalt der Gesellschaftermehrheit (als Resultat der Haftungskonzentration) über die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen die Verwaltung problematisch ist, weil die Mehrheitsaktionäre typischerweise in einem Naheverhältnis zu „ihren“ Organmitgliedern stehen und von einer Anspruchsdurchsetzung absehen könnten, auch wenn diese im Gesellschaftsinteresse liegt.²³³² Daher überträgt er die Entscheidung über die Geltendmachung einer Gesellschafterminderung, die konzeptionell als „außerordentliches Organ“ der Gesellschaft unbefangen im Gesellschaftsinteresse handelt (und dadurch zugleich ihre eigenen Interessen wahrt). Der gesetzliche Schutz der Gesellschafterinteressen erfolgt (anders als der Gläubigerschutz) also nicht ergebnis-, sondern verfahrensorientiert²³³³ durch Partizipation an der Entscheidung (eigentlich sogar Verdrängung der Mehrheit).²³³⁴ Um zu verhindern, dass die Gesellschaftermehrheit das Ver-

2330 S dazu schon oben insb S 64 f.

2331 S oben S 139 ff.

2332 Vgl AmtlBegr dAktRNov 18984, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 469: „Dagegen ist nicht zu verkennen, daß wenn die Entscheidung über die Verfolgung eines Anspruchs der Gesellschaft gegen die Gründer, die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsraths oder die Liquidatoren ausschließlich und endgültig in die Macht der Generalversammlung gelegt wird, leicht eine Kollusion zu Gunsten Einzelner und eine Schädigung der Gesellschaftsinteressen stattfinden kann; [...]“. Das Minderheitsklagerecht gem § 48 GmbHG wurde – ganz ähnlich – damit begründet, dass „in der Generalversammlung der Vorstand nur zu oft eine gefügige Mehrheit beherrscht, welche Verletzungen des Gesetzes und des Gesellschaftsvertrages zu decken geneigt ist.“ (HHB I 272 BlgHH 17. Session 1905 13).

2333 Vgl jew mwN Fleischer in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 417; Ziemons in Michalski et al, GmbHG⁴ § 43 Rz 567; vgl allg zu prozeduralen Dispositionsvoraussetzungen Möslein, Dispositives Recht 217 ff.

2334 Daher überzeugt mE auch das Argument nicht, dass § 48 Abs 1 GmbHG ein unabdingbares Minderheitsrecht zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen vorsehe, weshalb eine von vornherein festgesetzte Haftungsbeschränkung den Ge-

folgungsrecht der Minderheit durch Dispositionen über den (geltendzumachenden) Anspruch aushebelt, gewährt der Gesetzgeber derselben Minderheit das Recht, Verzichte und Vergleiche (sowie wirkungsgleiche Geschäfte) durch Widerspruch zu verhindern. Zwar fehlen solche Korrektive im GmbH-Recht (planwidrig),²³³⁵ nach der hier vertretenen Auffassung sind aber die aktienrechtlichen Normen (§ 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG) analog (und im Einklang mit den Erfordernissen des Klagerechts gem § 48 GmbHG) auf die GmbH anzuwenden.²³³⁶

Diese Widerspruchsrechte, die unmittelbar nur für Verzichte und Vergleiche gelten, sind mE darüber hinaus auch analog auf abstrakte Haftungsmilderungen im Voraus anzuwenden.²³³⁷ Denn auch bei diesen Dispositionen wirkt sich das präsumtive Naheverhältnis der Gesellschaftermehrheit zu „ihren“ Geschäftsführern aus, weshalb die Minderheitsgesellschafter nach der (oben skizzierten) gesetzlichen Wertung schutzwürdig sind (anders als bei Weisungen, bei denen nicht die Haftungsfreistellung, sondern die Durchführung einer konkreten Geschäftsführungsmaßnahme im Vordergrund steht)²³³⁸. Demgemäß sind abstrakte Haftungsmilderungen aus Gründen des Minderheitenschutzes nur wirksam, wenn nicht eine gem § 48 GmbHG klagsberechtigte Minderheit gegen den (deshalb jedenfalls erforderlichen) Gesellschafterbeschluss gem § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG (analog) Widerspruch erhebt.

Darüber hinaus können Gesellschafterbeschlüsse, in denen eine abstrakte Haftungsmilderung für Geschäftsführer festgelegt wird, auch nach allgemeinen Grundsätzen (von jedem Gesellschafter) angefochten werden, wenn sie gegen das Gesetz oder den Gesellschaftsvertrag verstoßen (§ 41 GmbHG). Als Anfechtungsgrund kommt vor allem Treuwidrigkeit in Betracht.²³³⁹ Zu

schäftsführern nur die Missachtung von Minderheitsinteressen erleichtern würde (vgl. *J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 135). Denn jenes Minderheitsrecht erfordert mE nicht die gänzliche Unwirksamkeit abstrakter Vorausbeschränkungen, sondern – wie eben auch im Nachhinein bei Verzichten und Vergleichen – (§ 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG [analog]) – (nur) die Teilhabe der geschützten (verfolgungsberechtigten) Gesellschafterminderheit an der Entscheidung über Dispositionen der Gesellschaft über den Anspruch.

2335 S oben 144 ff.

2336 S oben S 190 ff.

2337 Vgl *de lege ferenda* für die AG iZm einer Haftungserleichterung in der Satzung *Bachmann*, Gutachten E zum 70. DJT E 61 und *ders*, GesRZ 2014, 149 (153), wonach „in Anlehnung an § 93 Abs 4 Satz 3 AktG“ einer 10%-Minderheit ein Vetorecht gegen den HV-Beschluss einer Haftungsmilderung eingeräumt werden sollte. Anders aber für die GmbH (s Fn 2342). Vgl auch *Kutscher*, Organhaftung 238, 243.

2338 S dazu auch noch im AG-Teil unten S 788 ff.

2339 Vgl (freilich nur für „innenwirksame“ Dispositionen) *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 497, der aber an anderer Stelle (aaO 492) betont, dass bei der Vereinbarung genereller Haftungsbeschränkungen das Minderheitsrecht nach § 48 GmbHG beachtet werden müsse. Für Deutschland vgl *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*,

beachten wird dabei aber sein, dass eine Haftungsmilderung wegen der strengen (potenziell existenzbedrohenden) und daher risikohemmenden Geschäftsführerhaftung durchaus im berechtigten Interesse der Gesellschaft liegen kann. Eine Abmilderung der Haftung ist also nicht zwangsläufig treuwidrig, nur weil sich die Mehrheit über eine Minderheit hinwegsetzt.²³⁴⁰ Maßstab muss vielmehr das Gesellschaftsinteresse sein. Wie schon zu Verzichten und Vergleichen iZm § 48 GmbHG ausgeführt,²³⁴¹ erübrigt die (historisch junge) Anfechtung wegen Treupflichtverletzung mE nicht das Widerspruchsrecht einer Minderheit, weil dieses als Instrument des formellen Minderheitenschutzes nicht (ebenso wenig wie das Klagerecht gem § 48 GmbHG, das es absichern soll) von materiellen Kriterien wie dem Gesellschaftsinteresse abhängt.²³⁴² Im Einzelnen wird auf die Ausführungen zu § 48 GmbHG verwiesen.

Zusammenfassend können sich einzelne Gesellschafter und Minderheitsgesellschafter gegen abstrakte Haftungsmilderungen zur Wehr setzen, indem sie den zugrunde liegenden Beschluss (insb wegen Treuwidrigkeit) anfechten bzw dagegen Widerspruch erheben. Eine einstimmige Beschlussfassung ist unter dem Gesichtspunkt des Minderheitenschutzes wegen der erwähnten alternativen Schutzmöglichkeiten nicht erforderlich.²³⁴³

ii. Gläubigerschutz: § 10 Abs 6 GmbHG und § 25 Abs 5 und Abs 7 GmbHG

Im Bereich des § 25 Abs 3 GmbHG (und gleichgestellter Gläubigerschutzpflichten *per analogiam*)²³⁴⁴ sind Verzichte, Vergleiche und Weisungsbeschlüsse unwirksam, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist (§ 25 Abs 5 und 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG). Dasselbe gilt gem § 10 Abs 6 GmbHG für Ansprüche gem § 10 Abs 4 GmbHG (und § 6a Abs 4 GmbHG).

GmbHG²¹ § 43 Rz 5; Kleindiek in Lutter/Hommelhoff, GmbHG²¹ § 43 Rz 66; Paefgen in Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG³ § 43 Rz 14; Bayer, GmbHR 2014, 897 (904); Werner, GmbHR 2014, 792 (797); tendenziell auch Julia, GmbHR 2001, 806 (808); Bachmann, Gutachten E zum 70. DJT E 111.

2340 Vgl idS aber offenbar *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 497, wonach ein gegen den expliziten Willen der Minderheit gefasster Beschluss über die Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs in aller Regel treuwidrig sein wird.

2341 S oben S 157 ff.

2342 Anders offenbar *de lege ferenda* (für die GmbH) Bachmann, Gutachten E zum 70. DJT E 111: „Ein Minderheitenveto nach dem Vorbild des § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG ist mit Blick auf die Treupflicht als Korrektiv verzichtbar.“

2343 S die Nw in Fn 2156 (Deutschland) und Fn 2219 (Österreich).

2344 S die Nw oben in Fn 2104 und zu den einzelnen Pflichten oben S 420 ff.

1) Analoge Anwendung auf abstrakte Vorausdispositionen

Nach einhelliger Ansicht²³⁴⁵ sind diese Dispositionsschranken auch auf abstrakte Haftungsmilderungen anzuwenden. Wenn nämlich die Gesellschaft schon nicht im Nachhinein durch Verzicht und Vergleich und im Vorhinein nur im Einzelfall (konkret) über die Geschäftsführerhaftung disponieren kann, müsse das umso mehr für abstrakte Haftungsmilderungen im Voraus gelten.²³⁴⁶ Dieser Ansicht ist zu folgen. Sie beruht formal auf einem Größenschluss, weil abstrakte Haftungsmilderungen stärker in das Gesellschaftsvermögen eingreifen als die gesetzlich geregelten Dispositionsarten. Wenn *diese* schon gesetzlich beschränkt sind, muss das umso mehr für *jene* gelten.²³⁴⁷ Demgemäß sind die Dispositionsbeschränkungen gem § 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG analog²³⁴⁸ auf abstrakte Haftungsmilderungen anzuwenden.

2345 Vgl hier nur *Heisse*, Beschränkung 114; *Fleischer* in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 377 mwN; vgl bereits *Brodmann*, GmbHG² (1930) § 43 Anm 1. b) (S 174).

2346 S die Nw in Fn 2105.

2347 Der Rechtsanwender muss sich aber nicht ausschließlich auf die gesetzlichen Dispositionsbeschränkungen als Wertungsmaßstab stützen. Denn die (gesamte) Wertung des Gesetzgebers ist bereits bekannt: Durch die Haftungskonzentration werden alle kongruenten Ersatzansprüche auf die Gesellschaft gebündelt, auch wenn sie aus der Verletzung von Gläubigerschutzvorschriften resultieren. Diese Ersatzansprüche schließt der Gesetzgeber daher von der Verfügung durch die Gesellschaft aus, soweit die Gläubiger ohne Haftungskonzentration unmittelbar ersatzberechtigt wären. MaW werden Ersatzansprüche gem § 25 Abs 3 GmbHG aus Sicht der Gesellschaft wie (unmittelbare) Ersatzansprüche der Gläubiger behandelt, über die sie nach allg Grundsätzen nicht wirksam verfügen könnte. Soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist, ist daher *jede* Disposition der Gesellschaft über Ersatzansprüche gem § 25 Abs 3 GmbHG unwirksam, unabhängig von ihrer Intensität. Das gälte auch für Dispositionen, die weniger „eingriffsintensiv“ sind als die gesetzlich geregelten Dispositionsarten (wenngleich dafür kein Raum bleiben dürfte).

2348 Soweit abstrakte Haftungsmilderungen in Form einer Haftungsfreizeichnung (dh eines beidseitigen Vorausverzichts auf Schadenersatzansprüche) vereinbart werden, bedeutet die Anwendung der Dispositionsbeschränkungen wohl (nur) eine extensive Auslegung. Denn Vorausverzichte lassen sich wohl noch unter den Begriffshof (wenn nicht sogar ohnehin unter den Begriffskern) von „*Verzichtsleistungen*“ iSd § 10 Abs 6 und (kraft Verweises) § 25 Abs 7 GmbHG subsumieren (vgl zum sog Drei-Bereiche-Modell statt vieler *Kramer*, Methodenlehre⁶ 68 ff; *Engisch*, Einführung¹² 159 f; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie¹² Rz 167). Für dieses (weitere) Verständnis des Verzichtsbegriffs spricht auch der folgende Passus der Denkschrift zum gründungsrechtlichen (generellen) Verzichts- und Vergleichsverbot im österreichischen Aktienentwurf idF Dezember 1900: „*Hiebei ist es für die rechtliche Wirkungslosigkeit solcher Rechtsgeschäfte selbstverständlich ohne Einfluss, ob sie erst nach dem Entstehen eines concreten Ersatzanspruches oder ganz allgemein schon im voraus abgeschlossen werden.*“ (Denkschrift zum Aktienentwurf 38, ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420). Auch die GmbH-Entwürfe enthielten anfangs kraft Verweises auf das Gründungsrecht – im Einklang mit dem Aktienentwurf – noch ein solches generelles Verzichts- und Vergleichsverbot

2) Reichweite der Unwirksamkeitsfolge

Inwieweit Dispositionen (eingeschränkt) möglich sind, hängt von der Verstoßfolge ab. Wie eingangs dargestellt, geht die Mehrheit der Autoren²³⁴⁹ von Gesamtnichtigkeit aus, während die Mindermeinung²³⁵⁰ mit Blick auf die gesetzlichen Dispositionsbeschränkungen Unwirksamkeit *nur insoweit* annimmt, als der Ersatz zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist. Nun lässt sich die zweitgenannte Meinung aber nicht einfach mit einem Hinweis auf § 25 Abs 5 und 7 GmbHG begründen, denn diese Normen regeln nur Weisungen, Verzichte und Vergleiche, aber nicht (wirkungsintensivere) abstrakte Vorausdispositionen. Die höhere Wirkungsintensität könnte eine Einschränkung der (Rest-)Disponibilität rechtfertigen. Desgleichen genügt als Begründung für die erstgenannte Ansicht (unbedingte Unwirksamkeit) freilich nicht das Argument, abstrakte Vorausdispositionen seien eingriffsintensiver. Um hier den richtigen Standpunkt zu gewinnen, sind zwei verschiedene Fragen zu beantworten. *Erstens*: Worin unterscheiden sich abstrakte Vorausdispositionen von den gesetzlich geregelten Dispositionen (die ja eingeschränkt wirksam sind)? Und *zweitens*: Ist dieser (faktische) Unterschied auch angesichts der gesetzlichen Wertung (normativ) relevant? Anders formuliert: Passen die Gründe, derentwegen der Gesetzgeber die gesetzlich geregelten Dispositionen (insb Verzichte, Vergleiche und Weisungen) „nur“ im Fall der Erforderlichkeit des Ersatzes zur Gläubigerbefriedigung für unwirksam erklärt, auch für abstrakte Vorausdispositionen?

So mancher Einwand gegen die bloß eingeschränkte Unwirksamkeit von Vorausdispositionen (entspr der Verstoßfolge der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG) verfehlt bereits die erste Frage nach der Besonderheit abstrakter Vorausdis-

(vgl Referentenentwurf, ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 207: „*Verzichte und Vergleiche der Gesellschaft hinsichtlich dieser Ersatzansprüche sind wirkungslos*“). Dieses kategorische Verbot wurde in den interministeriellen Beratungen jedoch auf das Verhältnis zu den Gläubigern eingeschränkt. Diese Einschränkung begründeten die EBRV zum Entwurf aus 1902 mit den relativ „*einfacheren Verhältnisse[n]*“ der GmbH (Entwurf Juni 1902 samt Erläuternden Bemerkungen, ÖStA, AVA Justiz I H1/1, Karton 885). Diese Normentwicklung (dazu schon oben Fn 1780) legt zumindest nahe, dass auch die heute in den § 10 Abs 6 und § 25 Abs 7 GmbHG normierte Beschränkung von „*Vergleiche[n] und Verzichtleistungen*“ alle Rechtsgeschäfte erfassen soll, die „*ganz allgemein schon im voraus abgeschlossen werden*.“ (Denkschrift zum Aktienentwurf aaO). Soweit Haftungsbeschränkungen dagegen als Einwilligung in die Schädigung ausgestaltet sind, dh nicht nur auf die Geltendmachung künftiger Sanktionen verzichtet wird, sondern privatautonom (schon) die Pflichtwidrigkeit des schädigenden Verhaltens ausgeschlossen werden soll (zum Unterschied Fn 1958), wäre jedoch wohl ein Analogieschluss geboten (wobei die Nichtigkeit [wie bei Weisungsbeschlüssen, bei denen § 25 Abs 5 GmbHG nur noch deklarative Funktion hat] bereits aus allg Grundsätzen, nämlich aus dem Normzweck [Verbotszweck] folgen würde).

2349 S die Nw in Fn 2107.

2350 S die Nw in Fn 2109.

positionen. So argumentierte in Deutschland etwa *Heisse*²³⁵¹, dass das Befriedigungsinteresse der Gläubiger nicht darauf reduziert werden dürfe, dass die Gläubiger ihr Geld durch Pfändung und Überweisung des Ersatzanspruches erlangen. Vielmehr gehöre hierzu auch, dass der Anspruch mit dem Verstoß gegen die §§ 30 und 33 dGmbHG entsteht und zur Disposition der Gesellschafter gelangt. Diese müssten die Möglichkeit haben, das Stammkapital wieder aufzufüllen, indem sie den Anspruch geltend machen. Denn das Befriedigungsinteresse der Gläubiger sei auf die Erhaltung des Stammkapitals gerichtet. Ähnlich argumentiert in jüngerer Zeit *Kaffiné*²³⁵², dass sich das durch § 43 Abs 3 dGmbHG geschützte Befriedigungsinteresse nicht nur auf den Schadenersatzanspruch selbst, sondern auf die Erhaltung des Stammkapitals beziehe, und diese Funktion durch die Zulassung einer Haftungsbeschränkung bei Befriedigungsmöglichkeit unterlaufen würde.²³⁵³ Beide Argumente zielen offenbar darauf ab, dass – zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger – Ersatzansprüche zumindest im Gesellschaftsvermögen *entstehen* müssen und den Gesellschaftern die Gelegenheit gegeben werden müsse, zu entscheiden, wie sie mit diesen Ansprüchen verfügen wollen. Dabei wird aber übersehen, dass Ersatzansprüche auch dann gar nicht entstehen, wenn die Gesellschaft ihre Geschäftsführer (vorab) zu einem (pflichtwidrigen) Verhalten anweist (Weisung) oder ein solches Verhalten billigt. Gleichwohl schließen derartige Dispositionen die Haftung der Geschäftsführer aus, soweit der Ersatz *nicht* zur Gläubigerbefriedigung erforderlich wird (§ 25 Abs 5 GmbHG *e contrario*). Auf das Entstehen von Ansprüchen und die Verfügungsmöglichkeit der Gesellschafter kann es also offenbar nicht ankommen. Im Übrigen wäre den Gläubigern dadurch auch nicht geholfen, weil die Gesellschafter- und Gläubigerinteressen im Bereich der Einlagenrückgewähr gerade nicht kongruent verlaufen. Das können sie auch gar nicht, weil eine Interessenkongruenz sonst im übrigen Bereich (insb laufende Geschäftsführung) nicht möglich wäre. In der Tat haben die Gesellschafter keinen Anreiz, Ansprüche gegen den Geschäftsführer wegen der verbotenen Rückgewähr von Einlagen (an sie selbst) aufrechtzuerhalten oder gar durchzusetzen.²³⁵⁴ Daher mag es vielleicht rechtspolitisch nicht gefallen,

2351 *Heisse*, Beschränkung 109.

2352 *Kaffiné*, Begrenzung 131.

2353 Ähnlich wohl für Österreich allg *Told*, GES 2015, 60 (69 f), wonach der Sorgfaltsmaßstab nicht als *ultima ratio* wirken solle, sondern unabhängig vom Erfordernis zur Gläubigerbefriedigung die Kreditbasis von Kapitalgesellschaften schützen solle. Dem objektiven Sorgfaltsmaßstab gehe es insofern um die Förderung des reibungslosen Funktionierens von Kapitalgesellschaften, weshalb ihm eine vom Einzelfall losgelöste Schutzfunktion innewohne.

2354 Das gilt jedenfalls in Einpersonengesellschaften und im Fall, dass allen Gesellschaftern Einlagen zurückgewährt werden. Eine Gesellschafterminderheit könnte freilich daraus resultierende Ersatzansprüche gegen den Geschäftsführer mittels § 48 GmbHG geltend machen.

dass der Gesetzgeber gleichwohl Dispositionen über die Geschäftsführerhaftung zulässt, sofern nur die Befriedigung der Gläubiger nicht beeinträchtigt wird. *De lege lata* ist diese Wertung aber eindeutig verwirklicht und daher hinzunehmen. Nur die Rückerstattungspflicht der Gesellschafter gem § 83 GmbHG ist *unbedingt*.²³⁵⁵ Dagegen kommt es bei den Schadenersatzrechtlichen Bestimmungen der § 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf einen (hypothetischen) Gläubigerschaden an: Der Gesetzgeber stellt die Gesellschaftsgläubiger so, wie sie ohne Haftungskonzentration stünden; dann hätten sie allenfalls einen Schaden (und damit einen Schadenersatzanspruch), soweit sie von der Gesellschaft keine Befriedigung mehr erlangen können (Ausfallschaden; vgl auch § 84 Abs 5 Satz 1 AktG). Demgemäß legt der Gesetzgeber den Umfang des gesetzlichen Gläubigerschutzes (nur) auf das *Befriedigungsinteresse* fest.²³⁵⁶ Hätte er dagegen im Gläubigerinteresse den unbedingten Bestand von Ersatzansprüchen aufgrund der Verletzung von Kapitalschutzvorschriften gewährleisten wollen, hätte er Gesellschaftsdispositionen schlechthin für unwirksam erklären müssen.²³⁵⁷ Nach dem Gesagten lässt sich zwischenzeitlich daher festhalten: Dass Ersatzansprüche gar nicht im Gesellschaftsvermögen entstehen, ist kein Argument für die gänzliche Unzulässigkeit von Vorausdispositionen (anstelle der Einschränkung der Unwirksamkeit auf den Fall der Erforderlichkeit zur Gläubigerbefriedigung). Zum einen gilt das nämlich auch für eine Haftungsfreistellung durch Wei-

2355 Vgl auch § 56 AktG, § 62 dAktG; abw jedoch § 31 Abs 2 f dGmbHG.

2356 Vgl etwa auch Köhl, DB 1996, 2597 (2599); vgl auch (freilich mit anderem Begriffsverständnis; s oben im Fließtext) Heisse, Beschränkung 109; Kaffiné, Begrenzung 131.

2357 In der Aktienrechtsentwicklung schlug etwa das ROHG in seinem Reformgutachten eine unmittelbare Haftung der Vorstandsmitglieder gegenüber den Gläubigern für Gesetz- und Statutenwidrigkeiten unabhängig davon vor, ob der Ersatz zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist: „*Von einem Schaden der Gesellschaftsgläubiger kann naturgemäß erst die Rede sein, sobald sie die ihnen zukommenden Beträge aus dem Gesellschaftsfonds nicht erhalten können. Soweit aber die pflichtwidrigen Handlungen der Vorstandsmitglieder in unstatthafter Verwendungen und Vorausgaben von Grundkapital bestehen, muß es den Gesellschaftsgläubigern wie der Gesellschaft zustehen, sofort die Ersetzung des betreffenden Theils des Grundkapitals zu verlangen.*“ Diesen Vorschlag (der auch vom damaligen Schrifttum abwich) griff der Reformgesetzgeber jedoch nicht auf. Vielmehr betonten die Motive zum ADHGB 1884, dass „*es den Rechtsgrundsätzen nicht entsprechen [würde], den Gläubigern auch dann einen Anspruch gegen die Mitglieder des Aufsichtsraths einzuräumen, wenn derselbe aus dem Gesellschaftsvermögen vollständige Deckung fände.*“ (AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 463). Diesem Regelungskonzept ist der Gesetzgeber bis heute treu geblieben. Vgl zum ADHGB 1861 bereits Puchelt, ADHGB I² (1876) Art 241 Anm 3 (S 491). Instruktiv auch RegE-dGmbHG 1971 BT-Drs VI/3088 126: „*Diese Durchsetzbarkeit der Ansprüche durch die Gesellschaftsgläubiger selbst steht allerdings unter dem Vorbehalt, daß die Gläubiger von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können; denn nur insoweit besteht ein Bedürfnis für die Gläubiger, die Geschäftsführer persönlich in Anspruch zu nehmen.*“ S dazu schon oben bei Fn 1736.

sung (oder bloße Ermächtigung); zum anderen hätten die Gläubiger nicht viel davon, weil die Gesellschafter im Bereich des Kapitalschutzes regelmäßig (naturgemäß) keinen großen Anreiz haben werden, Ansprüche gegen ihre Geschäftsführer durchzusetzen.

Auch der OGH²³⁵⁸ qualifizierte abstrakte Vorausdispositionen über die Geschäftsführerhaftung (in Form einer Verjährungsverkürzung) in einer rezenten Entscheidung als unbedingt unwirksam (unabhängig von der Erforderlichkeit des Ersatzes zur Gläubigerbefriedigung). Der OGH erkannte zwar, dass Verzichte und Vergleiche gem § 25 Abs 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG (nur) *insoweit* unwirksam sind, als der Ersatz zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist,²³⁵⁹ daraus könne aber – so der OGH weiter – nicht geschlossen werden, „*dass eine Disposition vorweg, also zu einem Zeitpunkt, zu dem Ansprüche weder bekannt noch absehbar sind und auch nicht beurteilt werden kann, inwieweit diese zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich sind, mit dem Schutzzweck des Gesetzes in Einklang zu bringen ist.*“ Denn „*[g]egen eine solche generelle Verringerung des Haftungsfonds vor dem Entstehen von Ansprüchen bestehen weit größere Bedenken als gegen eine nachträgliche Regelungsbefugnis.*“²³⁶⁰ Bei genauerem Hinsehen erweisen sich die Bedenken des OGH jedoch – zumindest, soweit er sie konkretisiert hat – als unbegründet. Beide Einwände treffen nämlich auch auf die gesetzlich geregelten Dispositionsarten zu, nämlich Weisungen, Verzichte und Vergleiche. Auch bei *diesen* Dispositionen ist im Verfügungszeitpunkt regelmäßig noch nicht absehbar, ob der Ersatzanspruch später zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich sein wird. Hierzu kann auf die obigen Ausführungen zu § 25 Abs 5 und 7 GmbHG verwiesen werden: Zum einen kommt es bei der Beurteilung dieser Erforderlichkeit auf den Zeitpunkt der Anspruchsgeltendmachung an (nicht auf den Zeitpunkt der Disposition) und zum anderen ist es nicht nötig, dass die Erforderlichkeit zur Gläubigerbefriedigung im Dispositionszeitpunkt schon vorhersehbar war.²³⁶¹ Gleiches gilt für den zweiten Einwand des OGH, wonach die Ansprüche im Dispositionszeitpunkt „*weder bekannt noch absehbar*“ seien. Das gilt idR nämlich auch für Verzichte, Vergleiche und – vor allem – für Weisungsbeschlüsse. Genau deshalb attestiert ein Teil des aktienrechtlichen Schrifttums etwa der fünfjährigen Sperrfrist für Verzichte und Vergleiche gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG (*nota bene*: nach Entstehung der Ansprüche; arg *verba legalia*) – wenngleich mE zu Unrecht²³⁶² – einen Übereilungsschutzzweck: Vor Fristablauf seien die Ansprüche typischerweise noch nicht überschaubar. Nun kann nach allgemeinem

2358 26.08.2021, 9 ObA 136/19v wbl 2021, 171 ff; krit dazu *Spendel*, wbl 2021, 121 ff.

2359 Der OGH wendet dabei allerdings (mE zu Unrecht) § 25 Abs 7 GmbHG implizit auf alle Ansprüche aus § 25 GmbHG an (dazu näher oben bei Fn 1028 ff).

2360 OGH 26.08.2021, 9 ObA 136/19v wbl 2021, 171 (174).

2361 S oben S 434 ff.

2362 S dazu krit und ausf unten S 989 ff.

Zivilrecht grundsätzlich (bis zur Sittenwidrigkeitsgrenze) auch über unbekannte, ja sogar über noch nicht entstandene Ansprüche wirksam disponiert werden. Und der Gesetzgeber lässt dies – wie § 25 Abs 5 und 7 GmbHG eindrücklich zeigen – offenbar auch im Organhaftungsrecht zu.²³⁶³ Demgemäß sind auch die vom OGH angemeldeten Bedenken keine taugliche Rechtfertigung für die gänzliche Unwirksamkeit abstrakter Vorausdispositionen.

Der entscheidende Unterschied der hier untersuchten Vorausdispositionen gegenüber den gesetzlich geregelten Dispositionsarten (insb gegenüber der Haftungsfreistellung durch Weisungsbeschlüssen) liegt vielmehr – wie einleitend schon angesprochen – in ihrer *Abstraktheit*. Ein solches Rechtsgeschäft führt dazu, dass nach abstrakten Kriterien (zB Verschuldensgrade) definierte Ersatzansprüche pauschal nicht entstehen. Damit sind vertragliche Haftungsbeschränkungen um einiges wirkungsintensiver als etwa Weisungen, die sich idR nur auf allfällige Ansprüche aus einer konkreten Geschäftsführungsmaßnahme beziehen. Dieser Befund allein rechtfertigt aber noch nicht eine Verschiedenbehandlung abstrakter Vorausdispositionen (nämlich iSe gänzlichen Unwirksamkeit). Denn wie erwähnt muss der faktische Unterschied (höhere Wirkungsintensität) gerade im Hinblick auf die zugrundeliegende Wertung (normativ) maßgebend sein. Entscheidend ist somit die *wertungsmäßige Ähnlichkeit* (oder Unähnlichkeit).²³⁶⁴ Es ist maW zu fragen, ob die tragenden Gründe, derentwegen eine Haftungsfreistellung durch Weisung, Verzicht oder Vergleich nur bei Befriedigungsunmöglichkeit unwirksam (ansonsten aber wirksam) ist, auch für abstrakte Vorausbeschränkungen gelten. Die Beantwortung dieser Frage erfordert es zunächst, die zugrundeliegende gesetzliche Wertung herauszuarbeiten. Wie oben schon erläutert, schützt der Gesetzgeber durch § 25 Abs 5 und 7 GmbHG (nur) das Befriedigungsinteresse der Gesellschaftsgläubiger: Verletzen die Geschäftsführer Gläubigerschutzvorschriften, werden die Gläubiger – als Korrektiv für die Haftungskonzentration – so gestellt, als hätten sie einen unmittelbaren Ersatzanspruch (über den die Gesellschaft nach allgemeinen Regeln nicht verfügen könnte), und zwar soweit (und nur soweit) sie einen Schaden erlitten hätten, nämlich soweit sie von der Gesellschaft keine Befriedigung mehr bekommen können (dh soweit der Ersatz zur Befriedigung erforderlich ist). Und soweit der Ersatz (noch) *nicht* zur Gläubigerbefriedi-

2363 Eine (nicht verallgemeinerbare) Besonderheit bildet die Entlastung, die nach hM nur hinsichtlich *erkennbarer* Schadenersatzansprüche Verzichtswirkung entfaltet (statt vieler nur RIS-Justiz RS0060000; RS0060019; *Aburumieh/Gruber* in FAH, GmbHG § 35 Rz 64).

2364 Vgl idZ nur *Larenz, Methodenlehre*⁶ 381, wonach die Tatbestände „*gerade in den für die rechtliche Bewertung maßgebenden Hinsichten übereinstimmen [müssen]*“. Vgl auch *F. Bydlinski, Methodenlehre*² 475 ff; *Engisch, Einführung*¹² 88 (nicht irgendeine, sondern *wesentliche* Abweichung des fraglichen Sachverhalts von den erfassten Fällen). Vgl auch RS0008864 (insb T1); RS0008826 („*in den maßgeblichen Voraussetzungen*“; „*in den wesentlichen Wertungen*“).

gung erforderlich ist, sind die Gesellschaftsgläubiger nach der gesetzlichen Wertung nicht schutzbedürftig (zumindest nicht im Hinblick auf die Disponibilität der Organhaftung). Diese Wertung erfasst auch abstrakte Vorausdispositionen. Deshalb sind (auch) solche Vorausdispositionen jedenfalls unwirksam, soweit der Ersatz zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist (§ 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG analog). Das muss wie gesagt umso mehr gelten als für die geregelten Dispositionsarten, weil abstrakte Vorausdispositionen relativ wirkungsintensiver sind. Dagegen gibt die gesetzliche Wertung keinen Aufschluss darüber, was zu gelten hat, soweit der Ersatz *nicht* zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist. Aus dem Gesetz lässt sich nicht ableiten, dass die größere Wirkungsintensität gerade dazu führen muss, dass Vorausdispositionen auch dann unwirksam sind, wenn die Gläubiger noch von der Gesellschaft Befriedigung erlangen können. Es lässt sich also nicht nachweisen, dass die größere Wirkungsintensität von Vorausdispositionen wertungsmäßig relevant ist. Natürlich lässt sich nicht ganz ausschließen, dass der Gesetzgeber abstrakte Vorausdispositionen *weiteren* Beschränkungen unterworfen hätte, wenn er diesen Fall vor Augen gehabt hätte (auch wenn dies kaum zielführend scheint, weil die Gesellschafter wie erwähnt auch nach Entstehung von Ersatzansprüchen idR kein Interesse an deren Durchsetzung haben werden). Aus der erkennbaren Wertung des Gesetzgebers lässt sich das aber nicht nachweisen – und nur diese Wertung steht dem Rechtsanwender nun einmal zur Verfügung. Um eine Eigenwertung zu vermeiden, ist *im Zweifel* gemäß dem Grundsatz der Privatautonomie davon auszugehen, dass auch abstrakte Vorausdispositionen nur in den Grenzen der § 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG unwirksam sind. Insbesondere darf aus der größeren Wirkungsintensität abstrakter Vorausdispositionen und den größeren Bedenken, die man intuitiv vielleicht hat, nicht auf gänzliche Unwirksamkeit geschlossen werden.²³⁶⁵ Nicht die grundsätzliche Dispositionsfreiheit als Ausprägung der Privatautonomie, sondern ihre Einschränkung durch zwingendes Recht bedarf einer besonderen Rechtfertigung.²³⁶⁶

2365 Anders als durch eine Eigenwertung ist dieses Ergebnis wohl nicht begründbar. Das zeigt sich auch daran, dass die Annahme gänzlicher Unwirksamkeit (zumindest ohne Rückgriff auf konkrete gesetzliche Wertungen) ausgehend von teilweiser Unwirksamkeit nach § 25 Abs 5 und 7 GmbHG wohl der zwingende „nächste Schritt“ ist. Vgl idZ auch die Ausführungen zur groben Fahrlässigkeit als Zäsur außerhalb des Kapitalschutzes unten S 642 ff.

2366 Vgl etwa *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 13, 244 und *passim*; *Krejci*, GES 2011, 372 (375); allg auch *F. Bydlinski*, System und Prinzipien 147 f; *Möslein*, Dispositives Recht 164 ff, *passim*; RIS-Justiz RS0016837; RS0016417; vgl iZm gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen und § 4 Abs 2 GmbHG etwa auch *Koppens- steiner/Rüffler*, GmbHG³ § 4 Rz 19; *Kalss* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung 13.

3) Fazit

Zwischenzeitlich lässt sich somit festhalten: Abstrakte Haftungsmilderungen sind im Bereich des § 10 Abs 4 GmbHG und im Bereich des § 25 Abs 3 GmbHG (analog) unwirksam, soweit der Ersatz (später)²³⁶⁷ zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich wird (§ 10 Abs 6 GmbHG bzw § 25 Abs 5 und 7 GmbHG). Im Umkehrschluss sind abstrakte Haftungsmilderungen in den genannten Bereichen vorbehaltlich weiterer Schranken zulässig, soweit der Ersatz (noch) *nicht* zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist. Außerhalb der § 10 Abs 4 GmbHG und § 25 Abs 3 GmbHG (analog), also im verbleibenden Bereich des § 25 Abs 2 GmbHG (insb im Bereich der laufenden Geschäftsführung) sind Haftungsmilderungen (bis zur Vorsatzgrenze) vorläufig *auch dann* wirksam, wenn der Ersatz zur Gläubigerbefriedigung erforderlich wird. Zumindest auf gesetzessystematischer Ebene ergibt sich somit aus den gläubigerschützenden gesellschaftsrechtlichen Schranken ein (vorläufiger) disponibler Bereich.

c) Zwischenergebnis

Die Gesellschaft kann grundsätzlich kraft Privatautonomie frei über ihre Ersatzansprüche gegen Geschäftsführer (als Teil ihres Vermögens) verfügen. Die grundsätzliche Dispositionsfreiheit wird jedoch zum Schutz der Beteiligten verschiedentlich eingeschränkt. Demnach sind abstrakte Haftungsmilderungen im Voraus vorläufig unwirksam:

- i. für vorsätzliche (und krass grob fahrlässige) Schädigung gem § 879 ABGB (vgl auch § 276 Abs 3 BGB) unabhängig vom Anspruchsgrund (*Selbstschutz*);
- ii. für Organpflichten und Ersatzansprüche aus § 10 Abs 4 GmbHG gem § 10 Abs 6 GmbHG und aus § 25 Abs 3 GmbHG (und gleichgestellten Vorschriften analog, insb § 14 EKEG und wegen existenzgefährdender Maßnahmen) gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG, jeweils aber nur, soweit der Ersatz zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist (*Gläubigerschutz*);
- iii. für alle Ansprüche, sofern eine gem § 48 GmbHG klagsberechtigter Gesellschafterminderheit gem § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG analog Widerspruch erhebt (*Minderheitenschutz*) oder wenn der Beschluss, in dem die Haftungsbeschränkung festgelegt wird, erfolgreich angefochten wird (zB wegen Treuwidrigkeit) (*Individualschutz*).

²³⁶⁷ Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Geltendmachung von Ersatzansprüchen (s oben S 434 ff). Auf die Erforderlichkeit des Ersatzes zur Gläubigerbefriedigung in jenem Zeitpunkt, in dem der Anspruch *ohne* Haftungsmilderung entstanden wäre, kommt es nicht an (aA *Jula*, GmbHR 2001, 806 [808 und *passim*]).

Umgekehrt ergibt sich aus diesen Schranken als Zwischenergebnis, dass Haftungsmilderungen (vorläufig) zulässig sind:

- i. bis zur Vorsatzgrenze, dh im gesamten Bereich der Fahrlässigkeitshaftung;
- ii. allerdings für Ersatzansprüche gem § 10 Abs 4 GmbHG und § 25 Abs 3 GmbHG (analog) nur, soweit (und solange) der Ersatz *nicht* zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist (im verbleibenden Bereich [§ 25 Abs 2 GmbHG] aber auch bei Erforderlichkeit zur Gläubigerbefriedigung);
- iii. in jedem Fall aber nur, wenn nicht eine gem § 48 GmbHG klagsberechtigende Gesellschafterminderheit Widerspruch erhebt und der Beschluss zu dem unanfechtbar (geworden) ist.

Dies sind jedoch nur die „Mindestschranken“, die sich aus der (subsidiären oder analogen) Anwendung der *bestehenden* Dispositionsschranken ergeben. Da das Gesetz zu abstrakten Haftungsmilderungen keine Aussage trifft, können typusbedingte Unterschiede zu den geregelten Dispositionsarten in der *lex scripta* nicht zum Ausdruck kommen. Daher muss weiter untersucht werden, ob diese Unterschiede (oder andere Gründe) es gebieten, über die oben skizzierten, geschriebenen Schranken hinaus weitere (ungeschriebene) Schranken für abstrakte Voraussetzungen anzunehmen (oder diese überhaupt für unzulässig zu halten), oder aber Haftungsmilderung im selben (genannten) Bereich zulässig sind. Zunächst sollen jene Argumente näher beleuchtet werden, denen zufolge aus dem Fehlen weiterer Schranken auf die (finale) Disponibilität im (verbleibenden) Bereich der Geschäftsführerhaftung zu schließen sei.

2. Fehlen weiterer Dispositionsbeschränkungen als Argument für die (grundsätzliche) Disponibilität der § 25 Abs 1 und 2 GmbHG?

a) Zum Umkehrschluss aus § 25 Abs 5 und 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG

Das Hauptargument²³⁶⁸ für die (grundsätzliche) Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen im Bereich des § 25 Abs 2 GmbHG ist wie erwähnt der Umkehrschluss aus den bestehenden Dispositionsschranken zugunsten der Gläubiger²³⁶⁹: Da das Gesetz außer der allgemeinen Schranke (§ 879 ABGB [§ 276 Abs 3 BGB]) und den besonderen gesellschaftsrechtlichen Schranken (§ 10

²³⁶⁸ S die Nw in Fn 2130.

²³⁶⁹ Ein vergleichbarer Rückschluss aus den Schranken des Minderheitenschutzes kommt nicht in Betracht, weil sich diese von vornherein auf alle Ersatzansprüche beziehen; ein Rückschluss kommt freilich auch unter der Annahme nicht in Betracht, § 25 Abs 5 und 7 GmbHG beziehe sich bereits auf sämtliche Ansprüche. Die nachfolgenden Ausführungen gelten sinngemäß für die auf § 84 Abs 5 AktG rekurrierende Mittellösung.

Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG (§ 43 Abs 3 Sätze 2 f dGmbHG)) keine weiteren Beschränkungen der grundsätzlichen Dispositionsbefugnis vorsehe, seien abstrakte Haftungsmilderungen innerhalb dieser Grenzen möglich. Aus den besonderen Dispositionsschranken ergebe sich, dass die Geschäftsführerhaftung nur im Bereich der Kapitalerhaltung dem Schutz der Gläubiger diene.²³⁷⁰ Dem entspricht das (diesmal nur positiv formulierte) Argument, die Gesellschaft könne im Bereich des § 25 Abs 2 GmbHG kraft Umkehrschlusses auch wirksam durch Verzicht, Vergleich und Weisungsbeschluss über Ersatzansprüche disponieren, sodass es ihr auch freistehen müsse, die Entstehung von Ersatzansprüchen mittels abstrakter Haftungsmilderung im Voraus zu verhindern.²³⁷¹ Manche Autoren schließen aus der Verzichts-, Vergleichs- und Weisungsmöglichkeit sogar, dass Haftungsmilderungen im Vorhinein *erst recht* zulässig sein müssten.²³⁷² Da die bestehenden Dispositionsschranken die grundsätzliche Privatautonomie beschränken, liegt beiden Argumenten in der Sache wohl die Berufung auf die „verbleibende“ Privatautonomie zugrunde.²³⁷³ Bündig sprechen manche Autoren auch vom „*Grundsatz der gesellschaftlichen Dispositionsfreiheit*“.²³⁷⁴ In dieselbe Kerbe schlägt das Argument, dass aus den vielfältigen haftungsentlastenden Dispositionsmöglichkeiten der Gesellschaft, nämlich die schlichte Nichtgeltendmachung von Ansprüchen (§ 35 Abs 1 Z 6 GmbHG), der Verzicht, Vergleich und die Weisung, das Prinzip abgeleitet werden könne,

2370 Vgl Konow, GmbHR 1968, 219 (221); Fleck, GmbHR 1974, 224 (229); Kion, BB 1984, 864 (867).

2371 BGH 16.09.2002, II ZR 107/01 NJW 2002, 3777; Konzen, NJW 1989, 2977 (2984); Schaub, DStR 1992, 985 (987); Krieger in RWS-Forum Gesellschaftsrecht 1995 (1996) 149 (163); Fleischer, BB 2011, 2435 (2436); Grigoleit, Gesellschafterhaftung 439; iZm Weisungsbeschlüssen U. H. Schneider in FS Werner 795 (811 f); Pelz, RNotZ 2003, 415 (423); Meyer-Landrut in Meyer-Landrut/Miller/Niebus, GmbHG (1987) § 43 Rz 21; Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 492 f.

2372 Vgl Schaub, DStR 1992, 985 (987): „auch und erst recht“; ebenso Jossen, GmbHR 2005, 441 (447); Paefgen in Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG³ § 43 Rz 10 mwN: Was für den nachträglichen Verzicht gilt, müsse „erst recht“ auch für eine vor Eintritt des Haftungsfalles stipulierte Haftungsbeschränkung gelten; so wohl auch Grigoleit, Gesellschafterhaftung 429, wonach die Annahme der Unzulässigkeit oder Beschränkung der Dispositionsbefugnis angesichts der Weisungsmöglichkeit „widersprüchlich“ sei; abl zB Bastuck, Enthaltung 93.

2373 Vgl Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 489; Janert, BB 2013, 3016 (3017); deutlich U. H. Schneider, GmbHR 1993, 10 (20): „Die Bedenken sind ganz unbegründet, denn es gilt Vertragsfreiheit.“

2374 Grigoleit, Gesellschafterhaftung 184 ff. So meint Grigoleit (aaO 349) etwa, dass jede Einschränkung der Zulässigkeit von Haftungsmilderungen mit dem „*Grundsatz der gesellschaftlichen Dispositionsfreiheit*“ unvereinbar sei und mit diesem in einem „Spannungsverhältnis“ stehe (aaO 440). Im Anschluss daran Fleischer, BB 2011, 2435 (2436); ähnlich Thomas, Haftungsfreistellung 37 (die Geschäftsführerhaftung sei grundsätzlich disponibel); ähnlich Heisse, Beschränkung 113 (grundsätzliche Dispositionsbefugnis).

dass auch Haftungsbefreiungen durch Modifikation des Sorgfaltsmaßstabs grundsätzlich zulässig sind.²³⁷⁵

Mit Argumenten dieser Art wird das „Tor“ der Gestaltungsfreiheit im Bereich des § 25 Abs 2 GmbHG bis zur Vorsatzgrenze aufgestoßen. Ein Teil des Schrifttums schränkt diesen disponiblen Bereich dann (vorrangig auf teleologische Erwägungen gestützt) weiter auf leichte Fahrlässigkeit ein oder lehnt Haftungsmilderungen ganz ab (dazu noch unten)²³⁷⁶. Einige Autoren²³⁷⁷ scheinen jedoch wie erwähnt aus den bestehenden Dispositionsschranken (insoweit rein systematisch-logisch) auf die Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen als (finales) Auslegungsergebnis zu schließen, ohne diesen Umkehrschluss näher zu begründen. Nur dieser Argumentationsweg soll hier zunächst kritisch beleuchtet werden, weil er bei genauerer Überlegung zu kurz greift.²³⁷⁸

Die Schranke der Unwirksamkeit von Haftungsausschlüssen für vorsätzliche Schädigung gem § 879 ABGB (§ 276 Abs 3 BGB) gilt für alle Schuldverhältnisse und hat deshalb nicht zwangsläufig abschließenden Charakter für kapitalgesellschaftsrechtliche Sachverhalte.²³⁷⁹ Die wesentliche Besonderheit des Kapitalgesellschaftsrechts ist die gesetzlich ausgeschlossene Gesellschaftshaftung. Während der Gläubiger einer Forderung nach allgemeinen Regeln frei über diese verfügen kann (auch seinen Gläubigern gegenüber), haben Gläubiger einer Kapitalgesellschaft ein besonderes Interesse an der Erhaltung des Gesellschaftsvermögens (zu dem auch Ersatzansprüche gegen Organmitglieder gehören), weil ihnen nur dieses (begrenzte) Vermögen haftet. Die allgemeine Schranke für Vorausdispositionen, die sich aus § 879 ABGB ergibt, kann diese kapitalgesellschaftsrechtliche Besonderheit naturgemäß nicht berücksichtigen. Sie geht von einer allgemeinen zweipersonalen Interessenlage aus und wahrt nur die Interessen des Geschädigten, der über seine Ansprüche im Voraus disponiert. Deshalb folgt aus § 879 ABGB nicht zwingend, dass auch Vorausdispositionen über die Haftung von GmbH-Geschäftsführern bis zur Vorsatzgrenze zulässig sind.

2375 Vgl *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 492 f (freilich wegen des extensiven Verständnisses der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG nur, soweit der Ersatz nicht zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist).

2376 S 626 ff.

2377 Vgl insb *Konow*, GmbHR 1968, 219 (221 ff); *Fleck*, GmbHR 1974, 224 (229); ähnlich *Kion*, BB 1984, 864 (867); *Krieger* in RWS-Forum Gesellschaftsrecht 1995 (1996) 149 (163); *Schaub*, DSrR 1992, 985 (987); sich vorwiegend auf den Umkehrschluss stützend auch *Paefgen* in *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG³ § 43 Rz 8 ff.

2378 Vgl idZ ähnlich *Heisse*, Beschränkung 115 mwN, nach dem die systematische Analyse alleine nicht ausreichend sei, selbst wenn sie ein bestimmtes Ergebnis nahelegen würde.

2379 Gegen einen abschließenden Charakter etwa *Haas/Wigand* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 20.59.

Das bestätigen schon die besonderen, gesellschaftsrechtlichen Schranken (§ 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG), die Verzichte, Vergleiche und Weisungsbeschlüsse als Korrektive für die Haftungskonzentration ausschließen, soweit Ersatzansprüche der Gesellschaft aus der Verletzung von unmittelbar gläubigerschützenden Geschäftsführerpflichten resultieren (§ 25 Abs 3 GmbHG [analog]). Diese Dispositionsbeschränkungen tragen der kapitalgesellschaftsrechtlichen Besonderheit der ausgeschlossenen Gesellschafterhaftung Rechnung, weil vor allem die Kapitalaufbringungs- und -erhaltungspflichten unmittelbar dem Gläubigerschutz dienen – als Ausgleich für den Ausschluss der Gesellschafterhaftung. Dagegen wären jene Dispositionsarten nach allgemeinem Zivilrecht uneingeschränkt wirksam (auch bei vorsätzlicher Schädigung). Insofern sind die gesellschaftsrechtlichen Dispositionsbeschränkungen zugunsten der Gesellschaftsgläubiger *leges speciales*. Allerdings beziehen sie sich nur auf *bestimmte* Dispositionsarten, nämlich Verzichte, Vergleiche und Weisungsbeschlüsse (sowie wirkungsgleiche Geschäfte)²³⁸⁰. Wirkungsgleich sind nur *nachträgliche* Dispositionen (abstrakt oder konkret) und *konkrete* Vorausdispositionen, nicht aber abstrakte Vorausdispositionen.

Die bestehenden Schranken nähern sich somit in unterschiedlicher Weise den fraglichen abstrakten Vorausdispositionen über die Geschäftsführerhaftung an: Die zivilrechtliche Schranke regelt Vorausdispositionen, berücksichtigt aber nicht das kapitalgesellschaftsrechtliche Gläubigerschutzbedürfnis; die gesellschaftsrechtlichen Schranken berücksichtigen dieses Bedürfnis zwar, enthalten aber keine Aussage zu Vorausdispositionen. Aus § 25 Abs 5 und 7 GmbHG kann daher nur abgeleitet werden, dass *die dort geregelten* Dispositionen (Dispositionsarten) im Bereich des § 25 Abs 2 GmbHG grundsätzlich wirksam sind (auch soweit der Ersatz zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist).²³⁸¹ Daraus folgt *nicht* deduktiv, dass auch abstrakte Haftungsmilderungen im selben Ausmaß (im Bereich des § 25 Abs 2 GmbHG) zulässig sind (bis zur Vorsatzgrenze). Denn wie erwähnt, regelt das Gesetz abstrakte Vorausbeschränkungen *gar nicht*, auch wenn der fragliche Umkehrschluss dies vielleicht suggeriert. Wollte man also wirklich (alleine) aus dem Fehlen einer Dispositionsbeschränkung Rückschlüsse für abstrakte Haftungsmilderungen ziehen, müsste man konsequenterweise auch im Bereich des § 25 Abs 3 GmbHG deren uneingeschränkte Zulässigkeit (bis zur Vorsatzgrenze) annehmen (was freilich niemand annimmt). Allerdings wendet die einhellige Lehre mit Recht die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG insoweit analog auf abstrakte Haftungsmilderungen an.²³⁸² Denn wenn das Gesetz bereits weniger weitreichende Dispositionen (Verzicht, Vergleich und Weisung) für unwirksam erklärt, dann muss

2380 Zu diesen oben S 440 ff.

2381 Ähnlich (wenngleich eingeschränkt auf Weisungsbeschlüsse) Heisse, Beschränkung 113: „Das gesetzesspositive argumentum e contrario aus § 43 III 3 GmbHG gilt nur für die Weisung.“

2382 S dazu oben S 521 ff mwN.

das umso mehr für (eingriffsintensivere) abstrakte Vorausdispositionen gelten. Genau besehen ist der Rückschluss auf die Zulässigkeit abstrakter Vorausbeschränkungen im Bereich des § 25 Abs 2 GmbHG also gar kein Schluss aus dem *Fehlen* einer gesetzlichen Beschränkung (dann müsste man wie gesagt auch Disponibilität des § 25 Abs 3 GmbHG annehmen); er ist vielmehr nur die (positive) Umformulierung des (schon vorausgesetzten) Ergebnisses, dass § 25 Abs 5 und 7 GmbHG *nur* im Bereich des § 25 Abs 3 GmbHG analog anzuwenden sind (nicht auch im Bereich des § 25 Abs 2 GmbHG). Damit setzt das Umkehrschluss-Argument seine Konklusion bereits (implizit) als Prämisse voraus. Dass die Dispositionsbeschränkungen unstreitig *jedenfalls* auf § 25 Abs 3 GmbHG anzuwenden sind, bedeutet nicht, dass sie *nur* in diesem Bereich anzuwenden sind. Wahrscheinlich ist dieser Zirkelschluss so nicht beabsichtigt. Ihm dürfte vielmehr die unausgesprochene Prämisse zugrunde liegen, dass abstrakte Haftungsmilderungen wertungsmäßig *gleichartig* sind wie Verzichte, Vergleiche und Weisungsbeschlüsse.²³⁸³ Wertungsmäßige Gleichartigkeit meint, dass die dem Gesetz zugrunde liegende Wertung auch abstrakte Vorausdispositionen erfasst, dh dass der tatsächliche Unterschied zwischen den Dispositionsarten im Hinblick auf die gesetzliche Wertung unbeachtlich ist.²³⁸⁴ Nicht das Fehlen weiterer Einschränkungen, sondern die angenommene Gleichartigkeit mit jenen Dispositionsarten, für die weitere Einschränkungen fehlen, ist die eigentliche Begründung dafür, dass § 25 Abs 5 und 7 GmbHG (nur) im *selben* Ausmaß (nur für § 25 Abs 3 GmbHG [analog]) auf abstrakte Vorausbeschränkungen angewendet werden. Am ehesten (wenngleich trotzdem nur implizit) zum Ausdruck kommt die Prämisse bei jener Argumentation, der zufolge die Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen aus der Zulässigkeit von Verzichten, Vergleichen und Weisungsbeschlüssen im Bereich des § 25 Abs 2 GmbHG folge.²³⁸⁵

Problematisch ist die erörterte Schlussfolgerung wie gesagt (nur), wenn und weil die Prämisse der Gleichartigkeit weder offengelegt noch näher begründet wird (was die Herausarbeitung der zugrunde liegenden gesetzlichen Wertung

2383 S schon iZm der AmtlBegr zu § 43 dGmbHG im Rahmen der subjektiv-historischen Auslegung oben bei Fn 2286.

2384 Vgl idZ Larenz, Methodenlehre⁶ 381, wonach die Tatbestände „*gerade in den für die rechtliche Bewertung maßgebenden Hinsichten übereinstimmen [müssen]*“. Vgl auch F. Bydlinski, Methodenlehre² 475 ff; vgl auch RS0008864 (insb T1); RS0008826 („*in den maßgeblichen Voraussetzungen*“; „*in den wesentlichen Wertungen*“).

2385 S bei Fn 2371 mwN.

voraussetzen würde).²³⁸⁶ Mit Recht hält *Heisse*²³⁸⁷ diesen Argumenten entgegen, dass „eine genaue Analyse hinsichtlich der Vergleichbarkeit vorgenommen werden [muss]“. Ob die Dispositionsarten wertungsmäßig gleichartig sind und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG deshalb universell oder aber nur für die gesetzlich geregelten Dispositionsarten gilt, kann rein systematisch-logisch gar nicht beantwortet werden.²³⁸⁸ Vielmehr müsste dafür wie erwähnt zunächst die gesetzliche Wertung untersucht werden und danach geprüft werden, ob die genannten Dispositionsarten im Sinne dieser Wertung ähnlich sind. Nur bei Ähnlichkeit wären § 25 Abs 5 und 7 GmbHG (ebenfalls) nicht nur *jedenfalls*, sondern *nur* auf § 25 Abs 3 GmbHG analog anzuwenden, wodurch es im verbleibenden Bereich (§ 25 Abs 2 GmbHG) bei grundsätzlicher Verfügungsbefugnis bliebe. Erst wenn die Analyse der Gleichartigkeit unter Ausschöpfung des (gesamten) methodologischen Instrumentariums weder für noch gegen die Vergleichbarkeit der genannten Dispositionen spräche, und es somit zu einem argumentativen Patt (*non liquet*) käme, könnte das Prinzip der Privatautonomie²³⁸⁹ den argumentativen Ausschlag für die Zulässigkeit abstrakter Vorausbeschränkungen geben.²³⁹⁰ Die nötige Untersuchung der (gerade wertungsrelevanten) Gleichartigkeit der Dispositionen darf nicht durch die pauschalierende, auf die Unterschiede nicht eingehende Ableitung eines (angeblichen) Prinzips der generellen Dispositionsfreiheit überspielt werden.

Bevor zur gebotenen Analyse geschritten wird, ist – so viel vorweg – angesichts der Begründungen für die analoge Anwendung der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf § 25 Abs 3 GmbHG (analog) durchaus schon eine gewisse Skepsis an der zu untersuchenden Gleichartigkeit angezeigt. Ihr muss man nämlich besonders kritisch gegenüberstehen, wenn man die analoge Anwen-

2386 Übrigens setzt auch der BGH in der oben referierten E aus 2002 eine Verjährungsverkürzung im Voraus mit Verzichten und Vergleichen gleich, ohne dies ersichtlich weiter zu begründen; vgl BGH 16.09.2002, II ZR 107/01 NJW 2002, 3777 (3778): „Wie auf die Durchsetzung eines entstandenen Anspruchs – sei es förmlich durch Vertrag, durch Entlastungs- oder durch Generalbereinigungsbeschluß – verzichtet werden kann, so kann auch schon im Vorfeld das Entstehen eines Ersatzanspruchs gegen den Organvertreter näher geregelt, insbesondere begrenzt oder ausgeschlossen werden, indem z.B. ein anderer Verschuldensmaßstab vereinbart oder dem Geschäftsführer eine verbindliche Gesellschafterweisung erteilt wird, die eine Haftungsfreistellung nach sich zieht. Die Abkürzung der Frist, binnen derer ein Ersatzanspruch geltend gemacht werden muß, wenn nicht Verjährung oder gar – wie hier – das Erlöschen des Anspruchs eintreten soll, ist nur eine andere Form dieser Beschränkungs- und Verzichtsmöglichkeiten“. Vgl auch Pkt II.3.a), wonach die Verkürzung einer Verjährungsfrist einem Erlass oder Verzicht gleichkommt.

2387 *Heisse*, Beschränkung 113.

2388 So auch *Heisse*, Beschränkung 117, wonach die systematische Untersuchung der Geschäftsführerhaftung weder deren Stringenz noch Disponibilität belegen könne.

2389 Vgl dazu allg F. *Bydlinski*, System und Prinzipien 147 ff.

2390 S aber noch unten bei Fn 2491 zur umgekehrten Zweifelsregel aufgrund des Verständnisses des § 4 Abs 2 GmbHG als Anordnung prinzipiell zwingenden Rechts.

dung von § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf abstrakte Haftungsmilderungen im Bereich des § 25 Abs 3 GmbHG mit einem Größenschluss dahingehend begründet, dass jene Schranken *umso mehr* gelten müssen, als Voraussetzungen die relativ eingriffsintensiveren Maßnahmen sind.²³⁹¹ Denn dann ist es mit einer Beschränkung im Bereich des § 25 Abs 3 GmbHG vielleicht noch nicht getan, sondern es könnte eine (zumindest teilweise) Beschränkung auch im Bereich des § 25 Abs 2 GmbHG angezeigt sein. Ganz in diesem Sinne schränkt ein Teil der Lehre abstrakte Haftungsmilderungen im Bereich des § 25 Abs 2 GmbHG mit dem Argument auf grobe Fahrlässigkeit ein, dass Voraussetzungen eine „andere Qualität“ haben als Weisungen, Verzicht und Vergleiche.²³⁹² Es sei eben etwas anderes, ob man einerseits Ansprüche im Nachhinein zum Erlöschen bringt und für konkrete Maßnahmen im Vorhinein ausschließt, oder ob man andererseits den Geschäftsführern im Vorhinein einen „Freibrief“ ausstellt. Tatsächlich haben abstrakte Vorausbeschränkungen insofern eine andere Qualität, als sie stärker (nämlich abstrakt im Vorhinein) in das Gesellschaftsvermögen eingreifen als die gesetzlich geregelten Dispositionsarten. Auch aus dieser (unstrittig) anderen Qualität kann aber nicht deduktiv abgeleitet werden, dass abstrakte Voraussetzungen deswegen zwangsläufig in engeren Grenzen (oder gar nicht) zulässig sind. Während die oben diskutierte Ansicht den „Qualitätsunterschied“ der Dispositionen unterbewertet (oder gar nicht berücksichtigt), bewertet ihn diese Ansicht zu hoch. Entscheidend ist nämlich nicht der tatsächliche Unterschied als solcher, sondern vielmehr, ob dieser Unterschied auch für die gesetzliche Wertung relevant ist, die den Gesetzgeber dazu bewogen hat, Verzicht, Vergleiche und Weisungsbeschlüsse im Bereich des § 25 Abs 2 GmbHG auch im Verhältnis zu den Gläubigern (unabhängig von der Finanzlage der Gesellschaft) zuzulassen. Es kommt maW auf die wertungsmäßige Ähnlichkeit der fraglichen Dispositionsarten an.²³⁹³ Darauf wird unten²³⁹⁴ noch näher einzugehen sein. In jedem Fall bleibt eine Begründung schuldig, wer sich nur auf das Fehlen einer (weiteren) gesetzlichen Dispositionsbeschränkung stützt.

2391 S die Nw in Fn 2105.

2392 S dazu noch unten bei Fn 2644 mwN.

2393 Vgl Larenz, Methodenlehre⁶ 381, wonach die Tatbestände *„gerade in den für die rechtliche Bewertung maßgebenden Hinsichten übereinstimmen [müssen]“*. Vgl auch Engisch, Einführung¹² 88 (nicht irgendeine, sondern eine *wesentliche* Abweichung des fraglichen Sachverhalts von den erfassten Fällen). Vgl auch RS0008864 (insb T1); RS0008826 (*„in den maßgeblichen Voraussetzungen“*; *„in den wesentlichen Wertungen“*).

2394 628 ff.

b) Zu § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG (§ 46 Nr 8 dGmbHG) als Argument für Disponibilität

Als weitere (hilfsweise) Begründung für die grundsätzliche Disponibilität der Geschäftsführerhaftung im Bereich des § 25 Abs 2 GmbHG wird wie erwähnt auch § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG (§ 46 Nr 8 dGmbHG) angeführt.²³⁹⁵ Auch der BGH²³⁹⁶ hat sich diese Argumentation zu eigen gemacht. Nach dieser Bestimmung unterliegt die Geltendmachung von Ersatzansprüchen (insb) gegen Geschäftsführer der Beschlussfassung durch die Gesellschafter. Der Begriff der Geltendmachung iSd § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG wird extensiv ausgelegt (oder analog erweitert) und erfasst nach hM²³⁹⁷ auch außergerichtliche Schritte sowie Verzichte und Vergleiche. Der daraus gezogene Schluss lautet: Wenn es die Gesellschafter in der Hand haben, einen vorhandenen Schadenersatzanspruch nicht geltend zu machen, soll es ihnen auch freistehen, vorab Bedingungen zu schaffen, unter denen ein Anspruch nicht bestehen soll.²³⁹⁸ Diese Schlussfolgerung ist mE jedoch aus zwei Gründen unzutr:

Richtig ist zunächst, dass die Gesellschafter (vorbehaltlich der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht) grundsätzlich frei über die Geltendmachung von Ersatzansprüchen entscheiden können. Sie sind nicht verpflichtet, bestehende

2395 S die Nw in Fn 2132 (Deutschland) und Fn 2194 (Österreich).

2396 BGH 16.09.2002, II ZR 107/01 NJW 2002, 3777. S oben bei Fn 2135.

2397 Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 35 Rz 36; *Enzinger in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 35 Rz 91 (Stand 01.09.2021); *Harrer in Gruber/Harrer*, GmbHG² § 35 Rz 58; für Deutschland *Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 46 Rz 60; *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 34 mwN.

2398 IdS argumentierte der BGH (16.09.2002, II ZR 107/01 NJW 2002, 3777), „[...] daß es, solange nicht der Anwendungsbereich des § 43 Abs. 3 GmbHG betroffen ist, Sache der Gesellschafter ist, nach § 46 Nr. 8 GmbHG darüber zu befinden, ob und ggfs. in welchem Umfang sie Ansprüche der Gesellschaft gegen einen pflichtwidrig handelnden Geschäftsführer verfolgen wollen. Wie auf die Durchsetzung eines entstandenen Anspruchs – sei es förmlich durch Vertrag, durch Entlastungs- oder durch Generalbereinigungsbeschluß – verzichtet werden kann, so kann auch schon im Vorfeld das Entstehen eines Ersatzanspruchs gegen den Organvertreter näher geregelt, insbesondere begrenzt oder ausgeschlossen werden, indem z.B. ein anderer Verschuldensmaßstab vereinbart oder dem Geschäftsführer eine verbindliche Gesellschafterweisung erteilt wird, die eine Haftungsfreistellung nach sich zieht.“ Ähnlich argumentiert hiezulande insb *Haberer* (Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 493 [s schon bei Fn 2194]), dass es die Gesellschafter in dreierlei Weise, nämlich durch Nichtgeltendmachung, durch Verzicht oder Vergleich und Weisungserteilung, in der Hand hätten, haftungsentlastende Maßnahmen für den Geschäftsführer zu setzen. Daraus könne das Prinzip abgeleitet werden, dass auch Haftungsbefreiungen durch Modifikation des Sorgfaltsmaßstabs grundsätzlich zulässig sind. Zum Schluss aus § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG sogleich im Fließtext; zum Schluss aus § 25 Abs 5 und 7 GmbHG schon oben S 584 ff.

Ansprüche durchzusetzen.²³⁹⁹ Allerdings hat § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG nicht (primär) den Zweck, die freie Möglichkeit der Geltendmachung von Ersatzansprüchen anzuordnen. *Ratio legis* ist vielmehr die funktionsgerechte Ordnung der Entscheidungskompetenz.²⁴⁰⁰ Die Vorschrift soll verhindern, dass die ersatzpflichtigen Geschäftsführer als Vertreter der anspruchsberechtigten Gesellschaft (§ 18 Abs 1 GmbHG) „gegen sich selbst“ oder gegen Geschäftsführerkollegen als „Richter in eigener Sache“ auftreten.²⁴⁰¹ Deshalb legt der Gesetzgeber die Entscheidung über die Geltendmachung von Ersatzansprüchen zwingend²⁴⁰² in die Hände der Generalversammlung.²⁴⁰³ Die Anordnung ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Gesellschaft gem § 18 Abs 1 GmbHG grundsätzlich vom Geschäftsführer vertreten wird. Als weiterer Normzweck wird in der Lit angeführt, dass die Generalversammlung als oberstes Willens-

2399 Vgl auch *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 492. Das zeigt mE übrigens auch das Minderheitsklagerecht gem § 48 GmbHG, das sogar voraussetzt, dass die Gesellschaft (nach allg Grundsätzen die Gesellschaftermehrheit) die Anspruchsdurchsetzung zuvor beschlussmäßig abgelehnt hat. In der Tat wäre das Minderheitsklagerecht gem § 48 GmbHG überflüssig, denn dieses Recht basiert gerade auf der (durch die Anerkennung von Treuepflichten freilich relativierten) Prämisse, dass die Gesellschaftermehrheit wegen ihres präsumtiven Naheverhältnisses zu den Organmitgliedern typischerweise von einer Effektivierung der Organhaftung zum Nachteil der Gesellschaft und der Minderheitsgesellschafter absehen wird (was eine freie Entscheidung voraussetzt). S dazu näher oben S 139 ff. Und auch das selbstständige Verfolgungsrecht der Gesellschaftsgläubiger (§ 84 Abs 5 AktG) wäre nicht nötig, wenn die Gesellschaft ohnehin im Gläubigerinteresse zur Anspruchsverfolgung verpflichtet wäre. Dass ein vergleichbares Verfolgungsrecht im GmbH-Recht fehlt, liegt nicht etwa daran, dass die GmbH bei der Anspruchsverfolgung nicht frei wäre; vielmehr verstand der historische Gesetzgeber das aktienrechtliche Verfolgungsrecht – zu Unrecht – als Direkthaftung gegenüber den Gläubigern. Das Verfolgungsrecht ist (daher) nach zutr Ansicht auf die GmbH analog anzuwenden (dazu näher oben S 201 ff.). Dass die Gesellschaft bei der Anspruchsverfolgung frei wäre, bedeutet freilich ebenso wenig wie ihre Anspruchszuständigkeit (*qua* Haftungskonzentration), dass Gesellschaftsgläubiger nicht geschützt wären. Vielmehr ist ihre Freiheit nur möglich, weil die Gläubiger anderweitig (exekutiv oder mittels Verfolgungsrechts) zur selbstständigen Anspruchsverfolgung berechtigt sind. Darin – nicht in der Anspruchsverfolgung – liegt auch der richtige gedankliche Ausgangspunkt für die Frage der Disponibilität (s weiter im Fließtext).

2400 Vgl *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 35 Rz 83 (Stand 01.09.2021).

2401 Vgl dazu EBRV 236 BlgHH 17. Session 70 („in diesem Fall ihnen die Unbefangenheit bei der Willensäußerung für die Gesellschaft abgeht“). Vgl auch AmltBegr dGmbHG RT-Drs 1890/1892, Aktenstück Nr 660 3752 (zu § 47 Nr 7 dGmbHG in der Stammfassung; § 46 Nr 8 dGmbHG idGF): „Auch die Entscheidung darüber, ob im Falle einer Schädigung, welche der Gesellschaft durch Verschulden der für die Geschäftsführung oder Gründung verantwortlichen Personen zugefügt ist, Ersatzansprüche gegen diese geltend gemacht werden sollen, gehört nicht zu den Maßnahmen, welche der Regel nach den Geschäftsführern zu überlassen sind.“ Vgl aus der dLit zB *Liebscher* in *MüKo GmbHG*⁴ § 46 Rz 242.

2402 Vgl § 35 Abs 2 GmbHG.

2403 Vgl *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 35 Rz 82 (Stand 01.09.2021).

bildungsorgan entscheiden können soll, ob sie die Nachteile einer Anspruchsverfolgung (Aufdeckung von Interna samt negativer Publizität und mögliche Störung des Vertrauensverhältnisses) in Kauf nehmen möchte.²⁴⁰⁴ Mit der Entscheidungsfreiheit der Gesellschafter bei der Geltendmachung von Ersatzansprüchen (oder gar mit der Disponibilität der Haftung; dazu noch sogleich) hat § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG (§ 46 Nr 8 dGmbHG) also nicht unmittelbar etwas zu tun. Diese Freiheit ergibt sich mE schon allgemein aus der Anspruchszuständigkeit der Gesellschaft (als Resultat der Haftungskonzentration auf die Gesellschaft).

Im Übrigen lässt sich aus der Entscheidungsfreiheit bei der Geltendmachung von Ersatzansprüchen, dh auch der Möglichkeit einer Nichtgeltendmachung, nicht deduktiv ableiten, dass die Gesellschaft die Haftung (auch) ausschließen oder beschränken kann, sei es im Nachhinein oder im Vorhinein. Denn die bloße Nichtgeltendmachung (das faktische Verjährenlassen) von Ansprüchen hat eine ganz andere Wirkung als Verzichte, Vergleiche und Weisungen: Bei bloßer Nichtgeltendmachung bleibt der Anspruch bestehen und die Gesellschaft hat bis zur Verjährung die Möglichkeit, diesen (doch noch) geltend zu machen. Im Fall einer Disposition über den Anspruch begibt sie sich der Möglichkeit einer Geltendmachung endgültig, weil sie den Anspruch zum Erlöschen bringt oder seine Entstehung ausschließt. Dieser Wirkungsunterschied gebietet eine Verschiedenbehandlung unter dem Gesichtspunkt des Gläubiger- und Minderheitenschutzes. Der Gesetzgeber hätte die Gesellschaft verpflichten können, ihre Ersatzansprüche im Interesse der Minderheitsgesellschafter und Gläubiger durchzusetzen. Dann hätte sich die Unzulässigkeit von Dispositionen über den Anspruch unmittelbar aus der Durchsetzungspflicht ergeben. Eine solche Pflicht war aber nicht nötig. Denn die Gesellschaftsgläubiger können Ansprüche der Gesellschaft selbst exekutiv (oder mittels Verfolgungsrechts analog) geltend machen. Und den Minderheitsgesellschaftern hat der Gesetzgeber mit § 48 GmbHG ein eigenes Klagerecht gewährt. Das bedeutet aber nicht, dass anspruchsvernichtende Dispositionen zulässig sind – im Gegenteil: Die eigenständige Geltendmachung durch die Gesellschaftsgläubiger oder Minderheitsgesellschafter setzt voraus, dass die geltendzumachenden Ansprüche (der Gesellschaft) überhaupt noch existieren. Wenn die Gesellschaft Ersatzansprüche sogar selbst durchsetzt, ist das aus Sicht der Gläubiger und Minderheitsgesellschafter umso besser, darauf sollen sie aber nicht angewiesen sein. Der Schutz der Gläubiger und Minderheiten gebietet nur (aber jedenfalls), dass die Gesellschaft Ansprüche, die die Gläubiger oder Minderheitsgesellschafter selbstständig geltend machen können, nicht durch Dispositionen zum

²⁴⁰⁴ Vgl. Zöllner/Noack in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 46 Rz 57; Liebscher in *MüKo GmbHG*⁴ § 46 Rz 242; Römermann in *Michalski et al*, GmbHG⁴ § 46 Rz 389 ff.

Erlöschen bringen oder deren Entstehung verhindern kann.²⁴⁰⁵ Zwingend geboten ist also die *Entstehung* und die *Erhaltung* geschützter Ersatzansprüche, aber nicht unbedingt deren *Durchsetzung* durch die Gesellschaft.²⁴⁰⁶ Deshalb kann die Nichtgeltendmachung von Ersatzansprüchen nicht mit Verzichten, Vergleichen, Weisungen (und abstrakten Vorausbeschränkungen) gleichgesetzt werden. Durch die Nichtgeltendmachung wird die Rechtsstellung der Gläubiger und Minderheitsgesellschafter nicht beeinträchtigt (weil diese selbstständig zur Geltendmachung berechtigt sind), durch Dispositionen indes schon (weil eine Geltendmachung dann nicht mehr möglich ist). Daher kann aus der Möglichkeit der Nichtgeltendmachung von Ansprüchen nicht auf die Zulässigkeit der genannten Dispositionen geschlossen werden.²⁴⁰⁷ Das wird eindrücklich veranschaulicht durch den Bereich, in dem Dispositionen der Gesellschaft tatsächlich eingeschränkt sind. So steht es der Gesellschaft auch frei, Ersatzansprüche gem § 25 Abs 3 GmbHG geltend zu machen (oder nicht).²⁴⁰⁸ Und trotzdem beschränken die § 25 Abs 5 und 7 GmbHG die Wirksamkeit von Dispositionen über diese Ansprüche (um den Gläubigern den geschützten Zugriff auf diese Ansprüche zu sichern). Außerdem beschränken

2405 Mittelbar ist es (im Gegensatz zur hier kritisierten Argumentation) also gerade die Entscheidungsfreiheit der Gesellschaft(er) bei der Geltendmachung von Ersatzansprüchen, die gegen die Disponibilität dieser Ansprüche spricht (weil die Entscheidungsfreiheit der Gesellschaft bedingt ist durch die [selbstständige] Verfolgungsmöglichkeit der gesetzlich geschützten Gesellschafter/Gläubiger, die wiederum gegen Dispositionen der Gesellschafter[-mehrheit] abgesichert werden muss).

2406 S schon zur Nichtanwendbarkeit der Dispositionsbeschränkungen gem § 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf das faktische Verjährenlassen von Ersatzansprüchen oben S 440 ff.

2407 So aber wie erwähnt die Schlussfolgerung bei *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 493; vgl auch *Joussen*, GmbHR 2005, 441 (447), wonach § 46 Nr 8 dGmbHG bei angenommener Unzulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen im Bereich des § 43 Abs 1, 2 dGmbHG „nicht verständlich“ wäre. Vgl auch *Mand*, Geschäftsführerhaftung, die iZm § 46 Nr 8 dGmbHG von einer „Verzichtsmöglichkeit“ spricht. Insoweit unscharf auch *Fleck*, GmbHR 1974, 224 (227), wonach die Gesellschaft unstr außerhalb des Kapitalschutzes auf entstandene Ersatzansprüche verzichten oder sie verjähren lassen könne, auch wenn die Verfolgung der Ansprüche im Gläubigerinteresse läge (woraus *Fleck* die Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen im Voraus ableitet).

2408 § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG erfasst *alle* Ansprüche der Gesellschaft aus der Gründung und Geschäftsführung; vgl nur *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 35 Rz 88 (Stand 01.09.2021) und für Deutschland *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 46 Rz 58; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG²¹ § 46 Rz 36; *Liebscher* in *MüKo GmbHG*⁴ § 46 Rz 246, 248. Wohl irrig dagegen BGH 16.09.2002, II ZR 107/01 NJW 2002, 3777 (s Fn 2398), wonach „[...] es, solange nicht der Anwendungsbereich des § 43 Abs. 3 GmbHG betroffen ist, Sache der Gesellschafter ist, nach § 46 Nr. 8 GmbHG darüber zu befinden, ob und ggfs. in welchem Umfang sie Ansprüche der Gesellschaft gegen einen pflichtwidrig handelnden Geschäftsführer verfolgen wollen.“ Es ist allerdings auch im Anwendungsbereich des § 43 Abs 3 dGmbHG Sache der Gesellschafter, über die Anspruchsverfolgung zu befinden.

§ 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG (analog) Verzichte und Vergleiche über (alle) Ansprüche, obwohl die Gesellschaft über deren Geltendmachung frei entscheiden kann (gerade, *weil* sie frei entscheiden kann, bedarf es eines Minderheitsklagerechts, das wiederum Dispositionsbeschränkungen erforderlich macht). Auf die Entscheidungsfreiheit bei der Geltendmachung kann es also nicht ankommen.

Die Möglichkeit der Geltendmachung von Ansprüchen (die im Übrigen gar nicht aus § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG folgt) ist mE argumentativ der falsche Ansatzpunkt. Nicht auf die Möglichkeit der Geltendmachung, sondern auf die Möglichkeit der *Verfügung* über Ersatzansprüche kommt es an. Daher wäre nicht die Anwendbarkeit des § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG, sondern die Nichtanwendbarkeit des § 25 Abs 5 und 7 GmbHG das richtige Argument für die Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen im Bereich des § 25 Abs 2 GmbHG. Allerdings setzt *dieses* Argument wie erwähnt den Nachweis voraus, dass abstrakte Vorausbeschränkungen den gesetzlich geregelten Dispositionsarten wertungsmäßig ähnlich sind (insoweit wird auf die obigen Ausführungen verwiesen).²⁴⁰⁹

c) Fazit

In der Lit (und der Rsp des BGH) wird aus den bestehenden Dispositionsschranken vielfach der Umkehrschluss gezogen, dass die Gesellschaft im Übrigen ohne (weitere) Einschränkungen über die Geschäftsführerhaftung – auch im Voraus – disponieren kann. Verbreitet wird auch aus der Entscheidungszuständigkeit der Generalversammlung für Verzichte (und ähnliche Dispositionen) gem auch § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG (§ 46 Nr 8 dGmbHG) die allgemeine Wertung abgeleitet, dass die Gesellschaft innerhalb der bestehenden Grenzen frei über die Haftung disponieren könne, und daher auch im Vorhinein pauschal ausschließen oder abmildern könne. Die erste Schlussfolgerung ist indes nicht zwingend, weil keine der bestehenden Schranken den Sachverhalt der abstrakten Vorausbeschränkungen wertungsmäßig voll erfasst. Dass Vorausdispositionen über Schadenersatzansprüche bei vorsätzlicher Schädigung ausscheiden (§ 276 Abs 3 ABGB; vgl § 879 ABGB), ist eine allgemeine Wertung, die die normative Spezifität des Kapitalgesellschaftsrechts (nämlich die Gläubigergefährdung durch die ausgeschlossene Gesellschafterhaftung) nicht berücksichtigen kann. Diese Spezialität berücksichtigen zwar die gesellschaftsrechtlichen (besonderen) Dispositionsbeschränkungen zum Schutz der Minderheitsgesellschafter und Gläubiger, sie beziehen sich aber nur auf nachträgliche Dispositionen (insb Verzichte und Vergleiche) oder auf Vorausdispositionen (Weisungen) im Hinblick auf konkrete Geschäftsführungsmaßnahmen (vgl § 25 Abs 5 GmbHG; § 43 Abs 3 Satz 3 dGmbHG). Da

2409 S 584 ff.

abstrakte Vorausdispositionen von den bestehenden Dispositionsbeschränkungen nicht erfasst sind, kann aus ihnen auch nicht zwingend daraus geschlossen werden, dass abstrakte Vorausdispositionen in denselben Grenzen zulässig sind. Vielmehr wäre zu prüfen, ob die geregelten Dispositionsarten einerseits und abstrakte Vorausdispositionen andererseits wertungsmäßig gleichartig sind. Auch die Schlussfolgerung aus der Entscheidungskompetenz gem § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG (§ 46 Nr 8 dGmbHG) ist ein *non sequitur*. Die Nicht-Geltendmachung eines Ersatzanspruchs hat nämlich im Hinblick auf die geschützten Minderheitsgesellschafter und Gläubiger nicht dieselbe Wirkung wie die Vernichtung des Anspruchs. Im ersten Fall können die Minderheit und Gläubiger den Anspruch der Gesellschaft selbstständig geltend machen (§ 48 GmbHG bzw § 84 Abs 5 Satz 1 AktG analog, jedenfalls mittels Forderungsexekution); im zweiten Fall ist das nicht mehr möglich. Die Gesellschaft ist bei der Entscheidung über die Anspruchsverfolgung (nur) deshalb frei, weil die Minderheitsgesellschafter und Gläubiger jeweils ein eigenständiges Verfolgungsrecht haben. Diese Verfolgungsrechte setzen aber voraus, dass der Anspruch noch existiert, dass also die Gesellschaft (die Mehrheit) nicht auf ihn verzichtet oder sonst darüber disponiert. Maßgebend für die Frage der Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen ist daher nicht die Möglichkeit der Geltendmachung, sondern die Möglichkeit anspruchsvernichtender Dispositionen. Solche Dispositionen sind schon in Form von Verzichten, Vergleichen oder Weisungen (sowie jew wirkungsgleiche Geschäfte) zum Schutz der Minderheit und Gläubiger nur eingeschränkt möglich. Und aus ihnen lässt sich, wie schon erwähnt, (ohne Nachweis der wertungsmäßigen Ähnlichkeit) nicht rückschließen, dass auch abstrakte Vorausdispositionen in denselben Grenzen zulässig wären.

3. Fehlen einer Dispositionsermächtigung als Argument für die Indisponibilität des § 25 Abs 1 und 2 GmbHG

Der Rückschluss aus dem Fehlen von (weiteren) Dispositionsbeschränkungen beruht wie erwähnt auf der Prämisse der grundsätzlichen Privatautonomie. Diese Prämisse wurde bislang nicht in Frage gestellt. Allerdings könnte auch vom Fehlen einer ausdrücklichen *Erlaubnis* abstrakter Haftungsmilderungen auf die grundsätzliche Indisponibilität der Geschäftsführerhaftung geschlossen werden. Zu dieser Überlegung könnte vor allem § 4 Abs 2 GmbHG anstoßen, wonach das GmbHG scheinbar grundsätzlich zwingendes Recht ist. Dadurch würde das bisher als gegeben angenommene Regel-Ausnahme-Verhältnis umgekehrt. Zunächst soll aber ein Blick nach Deutschland geworfen werden, wo trotz abweichender Rechtslage vereinzelt ähnlich argumentiert wird.

a) Keine „Gesellschaftsvertragsstrenge“ in Deutschland

In der deutschen Lit hat sich soweit ersichtlich nur *Bastuck*²⁴¹⁰ auf das Fehlen einer Ermächtigung zur gesellschaftsvertraglichen Abweichung von § 43 dGmbHG als Argument gegen abstrakte Haftungsmilderungen berufen: Wo der Gesellschaftsvertrag etwas vom Gesetz Abweichendes bestimmen kann, sei dies ausdrücklich angeordnet. Die Vorschrift des § 45 dGmbHG über das Verhältnis von Gesellschaftern und Geschäftsführung, wonach der Inhalt der §§ 46 bis 51 dGmbHG dispositiv ist, verweise gerade nicht auf § 43 dGmbHG. Da im dGmbHG normierte Pflichten zwingend seien, sofern die Möglichkeit abweichender Vereinbarungen nicht ausdrücklich gewährt wird, sei die Anordnung des § 43 dGmbHG wegen der „inneren Systematik“ des Gesetzes „in ihrer Gesamtheit zwingender Natur.“²⁴¹¹

Im übrigen Schrifttum stieß dieses Argument jedoch auf breite Ablehnung.²⁴¹² Denn das dGmbHG kenne gerade keine § 23 Abs 5 dAktG entsprechende „Generalklausel der Stringenz“. ²⁴¹³ Dies bestätige auch § 25 dGmbHG, wo ausdrücklich einzelne Vorschriften für zwingend erklärt werden.²⁴¹⁴ Die deutsche Lehre ist sich einig²⁴¹⁵ dass das dGmbHG grundsätzlich dispositiv ist und eine „Gesellschaftsvertragsstrenge“ *de lege lata* nicht existiert.

b) Zur Bedeutung des § 4 Abs 2 GmbHG

In Österreich liegen die Dinge anders. Mit § 4 Abs 2 GmbHG existiert eine Norm, die ähnlich wie § 23 Abs 5 dAktG ein Prinzip zwingenden Rechts anzuordnen scheint:

„Bestimmungen, die den Vorschriften dieses Gesetzes widersprechen, dürfen im Gesellschaftsvertrage nicht getroffen werden und haben keine rechtliche Wirkung.“

Der Gesetzestext legt in der Tat den Schluss nahe, dass das gesamte GmbHG grundsätzlich zwingend wäre. Nach weiterer Durchsicht des Gesetzes scheint sich dieser Eindruck zu bestätigen, denn es enthält an vielen

²⁴¹⁰ *Bastuck*, Enthaftung 92 f.

²⁴¹¹ Vgl *Bastuck*, Enthaftung 92 f.

²⁴¹² Abl *Heisse*, Beschränkung 112 ff; sehr formalistisch und unzutr; *Zöllner* in FS 100 Jahre GmbH-Gesetz 85 (89); *Ulmer* in FS Werner 911 (911); *Kaffiné*, Begrenzung 132 f; *Grigoleit*, Gesellschafterhaftung 440 Fn 48; *van Venrooy*, GmbHR 2004, 237 (241 aE).

²⁴¹³ So etwa *Heisse*, Beschränkung 113.

²⁴¹⁴ Vgl *Heisse*, Beschränkung 113; *Zöllner* in FS 100 Jahre GmbH-Gesetz 85 (89), wonach das Gesetz Hinweise in „beide Richtungen“ enthalte.

²⁴¹⁵ Vgl nur *Zöllner* in FS 100 Jahre GmbH-Gesetz 85 (89); *Hommelhoff* in *Lutter/Wiedemann*, Gestaltungsfreiheit 36 ff; *Wicke* in *MüKo GmbHG*⁴ § 3 Rz 1; *Servatius* in *Noack et al*, GmbHG²³ § 3 Rz 4 mwN.

Stellen²⁴¹⁶ einzelne Anordnungen, die explizit abweichende Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag gestatten. Vom Verständnis des § 4 Abs 2 GmbHG hängt auch die Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen ab. In der österreichischen Lehre gelangen wie erwähnt²⁴¹⁷ namhafte Autoren²⁴¹⁸ zur gänzlichen Unzulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen, weil sie § 4 Abs 2 GmbHG als eine Art „Gesellschaftsvertragsstrenge“ verstehen und § 25 GmbHG keine Erlaubnis zur Abweichung enthält.²⁴¹⁹ So ist § 4 Abs 2 GmbHG bei *U. Torggler*²⁴²⁰ das entscheidende Argument für die Ablehnung abstrakter Haftungsmilderungen. Vorauszuschicken ist aber, dass ein (umgekehrtes) Regel-Ausnahme-Verhältnis, wie § 4 Abs 2 GmbHG es anzuordnen scheint, nach der oben referierten Ansicht nur im Fall eines argumentativen Patts (*non liquet*) zu abweichenden Ergebnissen führen würde.²⁴²¹ Selbst wenn man § 4 Abs 2 GmbHG wörtlich versteht, wäre nämlich

2416 Vgl die Aufzählung wesentlicher Bestimmungen bei *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 4 Rz 18: § 6 Abs 4, §§ 7, 8, § 15 Abs 3, § 16 Abs 3, § 18 Abs 2, 3, § 21 Abs 1, § 29 Abs 6, § 30j Abs 6, § 30l Abs 4, § 35 Abs 2, § 36 Abs 1, § 38 Abs 6, 7, § 39 Abs 1, 2, § 50 Abs 1, 2, § 72 Abs 1, § 76 Abs 2, §§ 79 und 82 Abs 2, § 84 Abs 1 Z 1 und Abs 2 sowie § 98 GmbHG.

2417 S oben bei Fn 2187.

2418 *U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 4 Rz 9; *ders*, GesRZ 2010, 185 (188 f); *ders* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (38); *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 36; im Anschluss daran *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 145; *Told*, GES 2015, 60 (68 f); zur Verkürzung (oder Verlängerung) der Verjährungsfrist auch *Hörlsberger* in *FAH*, GmbHG § 25 Rz 23.

2419 In einer rezenten E vom 26.08.2020 (9 ObA 136/19v) stützte sich der OGH zur Begründung der Unzulässigkeit abstrakter Haftungsbeschränkungen (hier in Form einer Verjährungsverkürzung) auf Lehrmeinungen, die sich ihrerseits (ua) auf § 4 Abs 2 GmbHG berufen. Dies erwähnte der OGH auch ausdr („Auch die Lehre geht unter Hinweis auf § 4 Abs 2 GmbHG überwiegend davon aus, dass § 25 GmbHG zwingend ist [...]“). Dabei übersah der OGH möglicherweise (oder betonte zumindest nicht besonders), dass er § 4 Abs 2 GmbHG in stRsp selbst gerade nicht so versteht, wie die zitierten Autoren (vgl nur RIS-Justiz RS0087563 und ausf sogleich unten). Im Übrigen stützt sich nicht der gesamte Teil der Lehre, der abstrakte Haftungsmilderungen ablehnt, auf § 4 Abs 2 GmbHG; dieser Teil überwiegt auch nicht – vielmehr ist die Lit ausgeglichen oder es überwiegt schon (wie in Deutschland) jener Teil, der Haftungsmilderungen grundsätzlich für zulässig hält (mit Unterschieden im Einzelnen hinsichtlich der Grenzen; vgl dazu oben bei Fn 2188).

2420 So *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (39); strenger möglicherweise noch *U. Torggler*, GesRZ 2010, 185 (189), wonach der verhaltenssteuernde Unterschied abstrakter Haftungsmilderungen gegenüber der Haftungsfreistellung durch Weisungsbeschluss nur graduell sei, sodass § 25 Abs 5 GmbHG eher für die Möglichkeit einer Haftungsfreistellung spreche. Dieses Argument habe allerdings nicht ausreichendes Gewicht, weil es wegen der Stellungnahme der Materialien nicht einmal zu einem Gleichstand der Argumente führen könne, bei dem § 4 Abs 2 GmbHG den Ausschlag gäbe.

2421 Vgl *U. Torggler*, GesRZ 2010, 185 (186 f). Freilich stellt sich mE von vornherein die Frage, welchen Sinn eine (bloße) Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses, dh

immer noch denkbar (und müsste geprüft werden), ob der Gesetzgeber nicht planwidrig verabsäumt hat, in § 25 GmbHG eine Abweichungserlaubnis zu verankern. Die im Ergebnis daher wohl eher geringe Bedeutung des § 4 Abs 2 GmbHG als Vorfrage (nämlich nur für den Fall eines argumentativen Gleichstands) soll aber nicht von einer Untersuchung dieser Norm abhalten.²⁴²²

i. Meinungsstand

Während die ältere Lehre²⁴²³ die Aussage des § 4 Abs 2 GmbHG noch überwiegend wörtlich verstand, vertreten in jüngerer Zeit und heute nur noch (vergleichsweise) wenige Autoren²⁴²⁴ dieses Verständnis vom grundsätzlich

eine Zweifelsregel für den *non-liquet*-Fall, haben könnte. Eine Satzungsstrenge im eigentlichen Sinn soll doch gerade – so könnte man meinen – mögliche Zweifel über die (In-)Disponibilität einzelner Normen dadurch ausschließen, dass dispositive und zwingende Normen *abschließend* im Gesetz markiert werden und die Notwendigkeit einer Auslegung im Einzelfall im Interesse der Rechtssicherheit gerade entfallen soll. Vgl idS etwa die Begr zum (vermeintlich vorbildhaften) § 4 Abs 3 des österreichischen Aktiententwurfs von 1900 unten bei Fn 2444. IdS legt auch die deutsche Lehre aus Gründen der Rechtssicherheit einen strengen Maßstab bei der Frage an, ob eine Abweichung der Satzung vom Gesetz iSd § 23 Abs 5 dAktG „*ausdrücklich zugelassen ist*“ (statt vieler nur mwN *Pentz* in MüKo AktG⁵ § 23 Rz 161; *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 23 Rz 35).

2422 Außerdem ist das Verständnis der Mindermeinung (s sogleich unten) als bloße Umkehr des Regel-Ausnahme-Verhältnisses mit Bedeutung (nur) in einer *non-liquet*-Situation keineswegs zwingend (s krit dazu Fn 2421). Man könnte § 4 Abs 2 GmbHG angesichts des Wortlauts auch als formale Satzungsstrenge (ähnlich § 23 Abs 5 dAktG) verstehen, die zulässige Abweichungen vom Gesetz *abschließend* regelt. Dann wäre eine intensive Untersuchung der Vorfrage unumgänglich.

2423 Vgl *Skerlj*, GmbHG² (1909) § 41 Anm 4 (S 59); so auch schon in der Erstaufg aus 1906 (§ 41 Anm 4 [S 49]); v *Pitreich* in Verhandlungen des 31. DJT II (1912) 314 (328 f); *Grünberg*, Das Gesetz über die Gesellschaft m. b. H., in *Wagner/Grünberg/Loew*, Dr. Carl Quandts Formularienbuch zum Gesetze über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung³ (1918) 78 (79); *Pisko*, Lehrbuch (1923) 439, 445; so offenbar auch *Kornfeld/Scheu*, GmbHG (1906) § 4 Anm II (S 7 f); ähnl wohl auch *Grünhut*, GmbH² (1913) 9 f, der aber nur Verstöße gegen den zwingenden Mindestinhalt (§ 4 Abs 1) aufzählte; aA *Ofner/Thorsch*, GmbHG (1907) § 4 Anm 1, 4 (S 11), zB: „[...] wenn sich im Gesellschaftsvertrage Bestimmungen finden, die einer zwingenden Vorschrift des Gesetzes widersprechen.“

2424 Vgl noch *Wünsch* in FS Kastner 525 (534) unter Berufung auf *Skerlj*, GmbHG² (1909) § 41 Anm 4 (S 59); aA dann aber *Wünsch*, GmbHG (2. Lfg, 1988) § 4 Rz 40; aus jüngster Zeit insb *U. Torggler*, GesRZ 2010, 185 ff; *ders* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (39); *ders* in *U. Torggler*, GmbHG § 4 Rz 8; *ders* in *Kalls/U. Torggler*, Einlagenrückgewähr 89 (90); vgl auch *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 36; *Elsner/Hössl/U. Torggler*, GesRZ 2017, 78 (78 Fn 7); im Anschluss daran *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 145 f; so offenbar auch *Told*, GES 2015, 60 (68 f); *dies* in *Nueber/Przeszlowska/Zwirchmayr*, Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel 67 (85); *Told/Warto* in *Harrer/Neumayr/Told*, Organhaftung (2022) 3 (52); implizit auch *Hörlsberger* in *FAH*, GmbHG § 25 Rz 23; *Wabl*, Geschäftsleiterpflichten 39.

zwingenden Charakter des Gesetzes. Vielmehr hat sich die Überzeugung²⁴²⁵ durchgesetzt, dass es sich dabei um eine bloße Rechtsfolgenanordnung handelt, die die Disponibilität von Einzelnormen nicht festlegt, sondern ein Urteil darüber schon voraussetzt. § 4 Abs 2 GmbHG sei demnach so zu lesen, dass (nur) Bestimmungen, die den *zwingenden* Vorschriften des Gesetzes widersprechen, unwirksam sind. Ob eine Vorschrift zwingend oder dispositiv ist, sei im Einzelfall zu prüfen.²⁴²⁶ Maßgebend seien dabei insb Bedürfnisse des Gläubiger- und Minderheitenschutzes, das Anliegen der Verhinderung der Handelbarkeit von Geschäftsanteilen und die Sicherheit des Rechtsverkehrs.²⁴²⁷ Ausgehend vom Grundsatz der Vertragsfreiheit bedürfe nicht die Zulässigkeit, sondern die Unzulässigkeit gesellschaftsvertraglicher

2425 Grundl *Gellis*, NZ 1933, 173 (174 f); s dann auch *dens*, GmbHG¹ (1960) § 4 Anm 15 ff (S 21 ff); vgl auch Nachtrag 1965 16 und Nachtrag 1970 13; *Gellis/Feil*, GmbHG⁷ § 4 Rz 1 ff; *Hannak* in FS Hämmerle (1972) 127 (135 f); *Ostheim* in FS Demelius 381 (389 Fn 35); *ders*, GesRZ 1974, 70 (70 Fn 3); zust *Kastner*, JBl 1978, 404 (404); *Nitsche* in *Lechner*, Treuhandwesen (1978) 353 (354 f); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 4 Rz 19 mwN; *Feltl/Aicher* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 4 Rz 35 f (Stand 01.11.2018); *Schmidsberger/Duursma* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 4 Rz 2, 129 f; *Berger* in FAH, GmbHG § 4 Rz 3; *J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 1/52; *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 2 f, 73 f, 250; *ders* in *Bergmann/Kalss*, Rechtsformwahl Rz 3/31 ff; *Ch. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 4/128; *Umfahrer*, GmbH⁷ Rz 3.20; *Artmann/Rüffler*, GesR² Rz 871; *Koppensteiner* in FS Frotz 341 (344); *ders*, GesRZ 1974, 70; *J. Reich-Rohrwig/Ph. Kinsky/S.-F. Kraus*, Austrian Limited 47 („verunglückte Formulierung“); *Kalss/Probst*, Familienunternehmen Rz 4/4 (Stand April 2013); *Schauer*, GesRZ-Spezial 2006, 34 (35 f); *Eckert*, Die Abberufung des GmbH-Geschäftsführers (2003) 27 ff; so wohl auch *Kalss* in *Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, 16. ÖJT II/1 52, jedoch mit der Anm, dass Abweichungen von gesetzlichen Regelungen nach dem Verständnis des Gesetzgebers einer ausdr gesetzlichen Ermächtigung bedürften (§ 4 Abs 2 GmbHG), solche Abweichungen jedoch in weitem Umfang zugelassen seien; *dies* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung 9 (13); *dies*, GesRZ 2017, 87 (89); so wohl auch *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 71 f insb bei Fn 340; *Nicolussi*, Satzungsstrenge 12; *dies* in *Bergmann/Kalss*, Rechtsformwahl Rz 10/50 f.

2426 Vgl die beispielhafte Darstellung zulässiger und unzulässiger Vereinbarungen in der Rsp bei *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 4 Rz 19.

2427 *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 4 Rz 19; *J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 1/52; *Kalss* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung 13; *Ostheim*, GesRZ 1974, 70 (70).

Vereinbarungen einer besonderen Rechtfertigung.²⁴²⁸ Zudem kenne das GmbHG keine § 11 GenG²⁴²⁹ entsprechende Bestimmung.²⁴³⁰

Der OGH teilt das Verständnis der hL. In einer Entscheidung²⁴³¹ aus dem Jahr 1954 hielt er fest: „*Nach dieser Gesetzesstelle ist nur ein Gesellschaftsvertrag von der Registrierung ausgeschlossen, der eine Bestimmung enthält, die er nach dem Gesetz nicht enthalten darf.*“ Weiter heißt es: „§ 4 Abs. 2 Ges. m. b. H. Ges. verbietet, wie aus den Regierungsmotiven hervorgeht, die Eintragung des Gesellschaftsvertrages oder eine Abänderung desselben nur dann, wenn darin eine Festsetzung vorkommt, die **zwingendes Recht** verletzt.“²⁴³² Seitdem hat der OGH diese Position wiederholt bestätigt.²⁴³³

ii. Historische Analyse

1) Der österreichische Aktienentwurf von 1900 als (ursprüngliches) Regelungsvorbild

Wie im Schrifttum bemerkt wird,²⁴³⁴ ist § 4 Abs 2 GmbHG ein Abkömmling des österreichischen AktG-Entwurfs (genannt „Aktienentwurf“) von 1900, der jedoch nie in Kraft getreten ist²⁴³⁵. Der Aktienentwurf enthielt in § 4 Abs 3 (idF Juli 1900) eine sehr ähnliche Anordnung:

„*Bestimmungen, die den Vorschriften dieses Gesetzes widersprechen, dürfen im Statute nicht getroffen werden, soweit nicht das Gesetz eine Abwei-*

2428 Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 4 Rz 19; Kalss in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung 13.

2429 § 11 GenG: „*Das Rechtsverhältniß der Genossenschaftler unter einander richtet sich zunächst nach dem Genossenschaftsvertrage. Letzterer darf von den Bestimmungen dieses Gesetzes nur in denjenigen Punkten abweichen, bei welchen dieß ausdrücklich für zulässig erklärt ist.*“

2430 Vgl Gellis, NZ 1933, 173 (175 rSp); dens, GmbHG¹ (1960) § 4 Anm 16 (S 22); Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 4 Rz 19; zust Nicolussi in Bergmann/Kalss, Rechtsformwahl Rz 10/51.

2431 OGH 15.09.1954, 3 Ob 570/54 SZ 27/230.

2432 Hervorhebung durch den Verf.

2433 RIS-Justiz RS0087563; OGH 16.06.1966, 1 Ob 141/66 SZ 39/111; 10.12.1975, 8 Ob 253/75 SZ 48/133; wohl nicht (bewusst) abw 26.08.2020, 9 ObA 136/19v (s oben Fn 2419); vgl jüngst wieder OGH 06.04.2022, 6 Ob 108/21g (Rz 47): „*Der Gesellschaftsvertrag kann nämlich, abgesehen von den zwingend erforderlichen Bestimmungen (§ 4 Abs 1 GmbHG), grundsätzlich alles regeln, was keinen (zwingenden) Normen des GmbHG widerspricht (§ 4 Abs 2 GmbHG).*“ Vgl auch 21.03.2019, 6 Ob 183/18g.

2434 Vgl zB U. Torggler, GesRZ 2010, 185 (186); Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 38; Kalss in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung 13; Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 70.

2435 Vgl zu den Gründen für das Scheitern und die „Abkoppelung“ vom GmbH-Entwurf Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 205 ff; Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 61 f. S dazu auch schon iZm dem Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG oben insb S 334 ff.

*chung ausdrücklich für zulässig erklärt. Bestimmungen, die hienach unzulässig sind, haben keine rechtliche Wirkung.*²⁴³⁶

Im Entwurf idF Dezember 1900 entsprach die Formulierung schon weitestgehend jener des § 4 Abs 2 GmbHG: „*Bestimmungen, die den Vorschriften dieses Gesetzes widersprechen, dürfen im Statute nicht getroffen werden und haben keine rechtliche Wirkung.*“²⁴³⁷

Das GmbHG sollte, wie schon erwähnt,²⁴³⁸ ursprünglich zugleich mit dem Aktienentwurf in Kraft treten und mit diesem auch inhaltlich weitgehend übereinstimmen.²⁴³⁹ Schon die historische Analyse des § 25 GmbHG hat gezeigt,²⁴⁴⁰ dass die Verfasser des GmbH-Entwurfs stets um die inhaltliche und terminologische Übereinstimmung mit dem Aktienentwurf bemüht waren. So wurden Änderungen des Aktienentwurfs sukzessive in den GmbH-Entwurf eingearbeitet und dabei auch die Beschlüsse aus den Ministerialberatungen wechselseitig berücksichtigt. Während die Ur-Entwürfe²⁴⁴¹ des GmbHG eine § 4 Abs 3 (Aktienentwurf) vergleichbare Regelung noch nicht enthielten, findet sich in einem GmbH-Entwurf nach den Sitzungsbeschlüssen bereits folgende handschriftliche Ergänzung: „*Bestimmungen, die den Vorschriften des Gesetzes widersprechen, dürfen im Gesellschaftsvertrag nicht getroffen werden und haben keine rechtliche Wirkung.*“²⁴⁴² Diese Anmerkung, die inhaltlich bereits mit § 4 Abs 2 GmbHG übereinstimmt, wurde dann in die späteren Entwürfe übernommen.

Unter der Annahme, dass der GmbH-Gesetzgeber mit § 4 Abs 3 des Aktienentwurfs auch dessen Wertungsüberlegungen in § 4 Abs 2 GmbHG übernehmen wollte, scheint vor allem folgende Passage aus der Denkschrift zum Aktienentwurf gegen das heute vorherrschende Normverständnis zu sprechen:

„Der Entwurf hat es bei jedem Rechtssatze klar zum Ausdrucke gebracht, wenn ihm nur die Bedeutung einer ergänzenden Vorschrift zuerkannt werden wollte, einer Vorschrift also, die durch den Willen der Parteien wieder beseitigt werden kann und nur dann anwendbar ist, wenn eine Willenserklä-

2436 Entwurf eines österreichischen Aktiengesetzes (1900), ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420. Im Referentenentwurf aus 1898 (ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420) lautete der entspr § 3 Abs 4 noch ähnl § 11 GenG: „*Das Statut darf von den Bestimmungen dieses Gesetzes nur in solchen Punkten abweichen, hinsichtlich welcher dies ausdrücklich für zulässig erklärt ist. Bestimmungen, die hienach unzulässig sind, haben keine rechtliche Wirkung.*“

2437 Entwurf eines österreichischen Aktiengesetzes (1900), ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420.

2438 S iZm dem Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG schon oben insb S 334 ff.

2439 Vgl Kalls/Eckert, Zentrale Fragen 70 mwN.

2440 S insb S 334 ff.

2441 ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 24 ff.

2442 ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 269 ff.

rung der Parteien darüber nicht vorliegt. Überall dort dagegen, wo es nicht angemessen erschien, ein solches Wahlrecht zuzulassen, verlangt der Entwurf, dass seine Vorschriften unbedingt zur Anwendung kommen. Dies ist die Bedeutung der in § 4 Absatz 3 enthaltenen Anordnung, dass Bestimmungen, die den Vorschriften dieses Gesetzes widersprechen, nicht getroffen werden dürfen und keine rechtliche Wirkung haben [...].“²⁴⁴³

Demgemäß war § 4 Abs 3 offenbar wirklich so zu verstehen, dass die Bestimmungen des gesamten Entwurfs grundsätzlich zwingenden Charakter haben sollen.²⁴⁴⁴ Das ergibt sich auch daraus, dass sich die Denkschrift insoweit auf „die Gesamtheit der in dem Actiengesetze zu treffenden Vorschriften“²⁴⁴⁵ bezieht. Dasselbe müsste dann auf den ersten Blick auch für den wortgleichen § 4 Abs 2 GmbHG angenommen werden.²⁴⁴⁶

2443 ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420 (S 22) (Hervorhebungen durch den Verf); zitiert auch bei *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 72.

2444 Der Hauptgrund für die Favorisierung zwingenden Rechts war zum einen die Tatsache, dass das überholte und mit der stetigen Rechtsentwicklung nicht Schritt haltende Gesetzesrecht zu umfangreichen und unübersichtlichen Satzungen geführt hatte (Denkschrift zum Entwurf eines Aktiengesetzes [1900], ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420 [S 21]): „Das führte zu einer erheblichen Verwicklung der Rechtsverhältnisse. Auch erschwert die Mannigfaltigkeit die Übersicht.“ Zum anderen sollten Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Normen pauschal dadurch vermieden werden, dass ein formales Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten des zwingenden Charakters implementiert wurde; ferner sollten offenbar auch zwingende privatrechtliche Normen gekennzeichnet werden (aaO 22): „Wenngleich der zum Entstehen jeder Actiengesellschaft erforderliche Gesellschaftsvertrag an sich rein privatrechtlicher Natur ist und die ganze Stellung der Actiengesellschaft nach außen und im innern in mannigfaltiger Weise auf Rechtsbeziehungen privatrechtlichen Inhalts beruht, also auch den Normen des Gesetzes, die zur Regelung dieser Verhältnisse erlassen werden, zunächst die Eigenschaft von Privatrechtsnormen zuzuerkennen ist, darf nicht übersehen werden, dass das Actiengesetz als ein Bestandtheil der Vereinsgesetzgebung zahlreiche Elemente des öffentlichen Rechtes in sich schließt. Schon dadurch erhält die Gesamtheit der in dem Actiengesetze zu treffenden Vorschriften einen gemischten Charakter [...]. Bezüglich aller Rechtssätze öffentlichrechtlichen Inhaltes folgt es schon aus dieser ihrer Natur, dass sie zugleich zwingendes Recht sind. Aber auch bei einer ganzen Reihe anderer Normen, bei denen es zweifelhaft sein mag, welcher Kategorie von Rechten sie zuzurechnen sind, oder die vielleicht sogar unverkennbar einen rein privatrechtlichen Inhalt haben, trifft der Gesichtspunkt zu, dass das Gesetz, um den dadurch beabsichtigten Zweck zu erreichen, ihnen absolute Kraft beilegen muss und sie nicht den Parteien zur Befolgung oder Nichtbefolgung anheimgeben darf.“

2445 Vgl Denkschrift zum Entwurf eines Aktiengesetzes (1900), ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420 (S 22).

2446 IdS etwa U. Torggler, GesRZ 2010, 185 (186); insoweit zust *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 72 f (der sich iE aber trotzdem der hM anschließt).

2) Die Erläuternden Bemerkungen zu § 4 Abs 2 GmbHG

Trotz alledem hat der GmbH-Gesetzgeber § 4 Abs 2 GmbHG offenbar eine eigenständige (und abweichende) Bedeutung beigemessen, wie die folgende Passage aus den EBRV zeigt:

„Dagegen erscheint es allerdings als ein Gebot der Vorsicht, in das Gesetz (§ 4, Absatz 2) eine Norm über solche Festsetzungen im Gesellschaftsvertrag aufzunehmen, die einer zwingenden Vorschrift des Gesetzes widerstreiten. Durch diese Norm soll jeder Zweifel beseitigt werden, dass die konstitutive Wirkung, die der Eintragung des Gesellschaftsvertrags und seiner Abänderung zukommt, zwar gesetzlich zulässige Festsetzungen erst zur rechtsgiltigen Existenz bringt, aber nicht unzulässigen Festsetzungen Rechtsgiltigkeit verleiht. Die Wirkung der Norm wird eine doppelte sein: Das Handelsgericht wird angewiesen, die Eintragung des Gesellschaftsvertrages oder einer Abänderung desselben zu versagen, wenn darin eine Festsetzung vorkommt, die zwingendes Recht verletzt. Sollte aber dennoch die Eintragung bewilligt worden sein, so begründet die Festsetzung für die davon Betroffenen keine Rechtsfolgen.“²⁴⁴⁷

Diese Passage der EBRV spricht stark für das herrschende Verständnis, wonach der Gesetzgeber unter „Vorschriften“ iSd § 4 Abs 2 GmbHG nur zwingende Vorschriften verstanden wissen wollte,²⁴⁴⁸ ohne dadurch aber selbst eine Aussage über den zwingenden Charakter zu treffen. Demgemäß wäre § 4 Abs 2 GmbHG eine bloße Rechtsfolgenanordnung, die ein Urteil über den zwingenden Charakter nicht selbst trifft, sondern bereits voraussetzt.

Diesem Normverständnis wird jedoch entgegengehalten,²⁴⁴⁹ dass § 4 Abs 2 GmbHG, wollte man ihn als bloße Rechtsfolgenanordnung verstehen, die fortdauernde Nichtigkeit gesetzwidriger, aber dennoch unzulässigerweise eingetragener Vertragsregelungen und mithin Selbstverständliches anordnen würde. In der Tat ergibt sich die Nichtigkeit gesetzwidriger vertraglicher Vereinbarungen schon (allgemein) aus § 879 Abs 1 ABGB.²⁴⁵⁰ Als Befürworter der hM muss man sich daher die Frage gefallen lassen, weshalb § 4 Abs 2 GmbHG so ausulegen wäre, dass diese Vorschrift die Rechtsfolge einer allgemeineren Norm

²⁴⁴⁷ EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 56 (Hervorhebungen durch den Verf).

²⁴⁴⁸ Vgl insoweit auch *U. Torggler*, GesRZ 2010, 185 (185), der aber trotz der EBRV, nämlich wegen des Herrenhausberichts (s sogleich unten S 606 ff), für einen grundsätzlich zwingenden Charakter des Gesetzes eintritt.

²⁴⁴⁹ *U. Torggler*, GesRZ 2010, 185 (185): „wenig plausibel“; „nicht gerade überzeugend“).

²⁴⁵⁰ Vgl auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 4 Rz 2, wonach § 4 Abs 2 GmbHG „Ausdruck übergroßer Vorsicht“ sei, weil sich die Rechtsfolge auch aus § 879 ABGB ableiten ließe. Vgl auch *Schmidsberger/Duursma* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 4 Rz 2 (hätte es im Hinblick auf § 879 ABGB nicht bedurft); *U. Torggler*, GesRZ 2010, 185 (185), nach dem § 4 Abs 2 als Rechtsfolgenanordnung zT überflüssig und zT zu weit geraten wäre, weil sie nicht zwischen zwingendem und dispositivem Recht unterscheidet.

schlicht wiederholt.²⁴⁵¹ Dem Gesetzgeber soll schließlich nicht unterstellt werden, Normen ohne Anwendungsbereich erlassen zu wollen.²⁴⁵²

Zu bedenken ist aber, dass § 4 Abs 2 GmbHG nach den EBRV nur ein „*Gebot der Vorsicht*“ ist, also eine bloße Klarstellung, die mögliche Zweifel beseitigen soll.²⁴⁵³ Dass die Anordnung Selbstverständliches wiederholt, spricht daher genau besehen nicht gegen das Normverständnis der hM.²⁴⁵⁴ Vielmehr sprechen die EBRV in der Tat für das einschränkende Verständnis der hM. Die Redaktoren des GmbHG wollten den Normgehalt des § 4 Abs 3 des Aktienentwurfs offenbar trotz wörtlicher Rezeption nicht übernehmen.²⁴⁵⁵

2451 Vgl allg.-methodologisch nur *F. Bydliński*, Methodenlehre² 445, wonach eine Auslegung systematisch zu vermeiden sei, nach der sich die Rechtsfolge einer Norm bereits aus einer anderen Norm ergibt, weil die Norm dann zwecklos (überflüssig) sei.

2452 Vgl allg. *F. Bydliński*, Methodenlehre² 444 f, 457 ff; *Kramer*, Methodenlehre⁶ 123 ff; *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 6 ABGB Rz 85 ff; *Kerschner/Kehrer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ §§ 6, 7 Rz 26; *Potacs*, Rechtstheorie² 167, 189 ff, 193 ff.

2453 Die EBRV begründen vor allem die (Klarstellung der) Wirkungslosigkeit unzulässiger Satzungsbestimmungen näher („[...] und haben keine rechtliche Wirkung). Danach „soll jeder Zweifel beseitigt werden, dass die konstitutive Wirkung, die der Eintragung des Gesellschaftsvertrags und seiner Abänderung zukommt, zwar gesetzlich zulässige Festsetzungen erst zur rechtsgültigen Existenz bringt, aber nicht unzulässigen Festsetzungen Rechtsgültigkeit verleiht.“ (EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 56). Demgemäß soll § 4 Abs 2 klarstellen, dass die (allg) Rechtsfolge des § 879 Abs 1 ABGB dem gesellschaftsrechtlichen Spezifikum der Registerpublizität vorgeht. Man kann § 4 Abs 2 GmbHG daher als gesetzliche Klarstellung des Verhältnisses von § 879 Abs 1 ABGB (subsidiär) zur (grundsätzlich konstitutiven) Registereintragung verstehen. Das war früher str. Vgl idS auch die Denkschrift zu § 4 Abs 3 des österreichischen Aktienentwurfs von 1900 ÖStA (AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420 [S 22]): „Die oft erörterte Streitfrage, ob Bestimmungen eines unangefochten und rechtskräftig zur Eintragung gelangten Statutes, die ihrem Inhalte nach sich als eine vom Gesetze nicht gestattete Abänderung gesetzlicher Vorschriften darstellen, vermöge der vorliegenden Parteienvereinbarung und der in der gerichtlichen Eintragung erblickten gerichtlichen Anerkennung dem Gesetze gegenüber Geltung beanspruchen können, ist somit nach der Absicht des Entwurfes im verneinenden Sinne zu lösen.“

2454 Vgl idZ allg.-methodologisch *F. Bydliński*, Methodenlehre² 445, wonach die gesetzliche Wiederholung einer Regel in einem besonderen Zusammenhang streng genommen zwar stets überflüssig sei, aber der Verdeutlichung dienen könne, etwa, um alle wesentlichen Rechtsfolgen im speziellen Zusammenhang vollständig zu nennen. Häufig sei der angestrebte Klarstellungseffekt nur ein vermeintlicher und würden dadurch gerade erst Auslegungsprobleme unnötig provoziert, jedoch sei mit der beschriebenen Möglichkeit bei der Auslegung zu rechnen. Vgl auch *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 6 ABGB Rz 87 mwN, vgl auch Rz 169; *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 6 Rz 11.

2455 Mit § 4 Abs 3 des Aktienentwurfes sollten nicht nur „Normen, bei denen es zweifelhaft sein mag, welcher Kategorie von Rechten [sc öffentlich-rechtliche oder privatrechtliche Normen] sie zuzurechnen sind“, sondern auch solche, „die vielleicht sogar unverkennbar einen rein privatrechtlichen Inhalt haben“, für zwingend erklärt werden (Denkschrift zum Entwurf eines Aktiengesetzes [1900], ÖStA, AVA Justiz,

Dass § 4 Abs 2 GmbHG in der Zeit seiner Entstehung nicht (wörtlich) so verstanden wurde wie § 4 Abs 3 des Aktienentwurfs, indiziert übrigens auch ein Komitee-Bericht²⁴⁵⁶, den die Wiener Handels- und Gewerbekammer während des Gesetzgebungsprozesses im Jahr 1905 erstattete. Der Bericht spricht sich (geradezu zukunftsweisend) mit folgender Begründung deziert gegen § 4 Abs 2 GmbHG aus: „*Da diese Bestimmung möglicherweise Veranlassung sein könnte, auch da, wo es vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt ist, die Vertragsfreiheit zu beschränken, wird deren Streichung beantragt.*“²⁴⁵⁷

3) Der Bericht der Herrenhauskommission

In der literarischen Debatte spielt neben den EBRV auch der Bericht der Spezialkommission des Herrenhauses eine Hauptrolle.²⁴⁵⁸ Dieser Bericht enthält nämlich folgende Passage:

„*Die Privatautonomie der Gesellschafter in der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages ist wesentlich dadurch eingeengt, daß von den Bestimmungen des Gesetzes überhaupt nicht abgewichen werden kann. Die Verletzung dieser Vorschrift kann das Einschreiten der Finanzprokurator nach § 87, § 43 zur Folge haben.*“²⁴⁵⁹

Die Lit ist jedoch uneins, worauf sich diese Aussage bezieht. Nach *Haberer*²⁴⁶⁰ ist damit, wie sich aus dem Randverweis auf § 5 GmbHG ergebe, nur die Regelung der Firma in § 5 GmbHG angesprochen, aber keine generelle Aussage, insb nicht zu § 4 GmbHG, bezweckt. Dagegen erhebt *U. Torggler*²⁴⁶¹ drei Einwände: Erstens lasse der Wortlaut der zitierten Passage keinen Zweifel daran, dass es sich um eine allgemeine Aussage handelt, die nicht nur die Firma betrifft. Zweitens habe die Aussage des Berichts in der Originalfassung gar keine Marginalie. Diese befinde sich vielmehr beim vorhergehenden Absatz, wo sie untypischerweise in die Mitte des Absatzes gerückt wurde, wohl um deutlich zu machen, dass sie sich nur auf diesen Absatz und nicht, wie eine Überschrift, auch auf den bis zur nächsten Randanmerkung folgenden Text bezieht. Und drittens wäre der an-

I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420 [S 22]; s schon oben Fn 2444). Die Erklärung privatrechtlicher Normen zu zwingendem Recht ist allerdings wohl kein bloßes „Gebot der Vorsicht“ mehr.

2456 Komitee-Bericht betreffend den Gesetzesentwurf über Gesellschaften mit beschränkter Haftung der Handels- und Gewerbekammer in Wien (1905), ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 538.

2457 Komitee-Bericht betreffend den Gesetzesentwurf über Gesellschaften mit beschränkter Haftung der Handels- und Gewerbekammer in Wien (1905) S 6, ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 538.

2458 Bericht der Kommission des Herrenhauses zur Vorberatung der Gesetzesvorlage über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (idF kurz „HHB“), 272 BlgHH 17. Session (1905).

2459 HHB 272 BlgHH 17. Session 1905 4, achter Absatz (Hervorhebung durch den Verf).

2460 *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 73; abl *U. Torggler*, GesRZ 2010, 185 (185): „Kunstgriff“.

2461 *U. Torggler*, GesRZ 2010, 185 (185 f).

schließende Hinweis des zitierten Passus unscharf, wonach eine gesetzwidrige Vertragsregelung das Einschreiten der Finanzprokurator zur Folge haben „kann“.²⁴⁶² Denn eine unzulässige Firma sei gem §§ 43 und 87 jedenfalls ein Grund für die amtswegige Löschung gewesen. Das Wort „kann“ diene dazu, die beschriebene Rechtsfolge auf Fälle einer Gesetzwidrigkeit des Mindestinhalts des Gesellschaftsvertrags einzuschränken. Deshalb müsse es im vorhergehenden Text betreffend die Beschränkung der Privatautonomie um das *gesamte* GmbHG gehen. Der zitierte Absatz bilde eine abschließende, nicht mit einer Marginalie versehene Erläuterung zu den §§ 3 bis 5 GmbHG.

Meines Erachtens ist es tatsächlich unwahrscheinlich, dass sich die zitierte Passage nur auf die Regeln zur Firma (§ 5 GmbHG) bezieht. Denn zum einen wurde ihr ein neuer Absatz gewidmet und zum anderen ist allgemein von der „*Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages*“ die Rede.²⁴⁶³ Die Privatautonomie der Gesellschafter in der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages wäre aber wohl nicht schon dadurch wesentlich eingengt, dass sie (nur) von den Firmenregeln nicht abweichen können. Richtig ist auch, dass die Passage im Originaltext keine eigene Marginalie hat. Dass sich die Marginalie in der Mitte des vorangehenden Absatzes befindet, spricht mE jedoch nicht zwingend gegen eine Bezugnahme auf § 5 GmbHG (oder eine sonstige Einschränkung). Denn im gesamten Herrenhausbericht folgen die Marginalien offenbar insofern einer gewissen Gesetzmäßigkeit, als sie in aller Regel neben jene Zeile gesetzt wurden, in welcher der jeweils verwiesene Paragraph (jeweils in Klammer) zum ersten Mal genannt wird. Nur in einigen Fällen, zB schon im nachfolgenden Absatz, befindet sich der Randverweis („§ 6, § 10, § 13“) auf Höhe der ersten Zeile. Dies möglicherweise, weil der Randverweis mehrere Paragraphen als Regelungskomplex (hier die §§ 6, 10 und 13 GmbHG zum Stammkapital) nennt, die alternierend und zT mehrfach im gesamten Absatz vorkommen. Dass sich der Randverweis zu § 5 GmbHG in der Mitte des Absatzes befindet, ist angesichts dieser formalen Gestaltung wohl nicht untypisch. Der Grund dafür dürfte vielmehr sein, dass dieser Paragraph (§ 5 GmbHG) eben erst dort, nämlich in der zweiten Zeile des Absatzes, zum ersten Mal angeführt wird. Dem entspricht auch, dass die oben zitierte Berichtspassage selbst gar keine Marginalie hat, denn darin werden mit Ausnahme der §§ 43 und 87 (auf die aber nur *en passant* Bezug genommen wird) keine Paragraphen ausdrücklich genannt. Das Fehlen einer eigenen Marginalie (allein) spricht freilich tendenziell nicht nur gegen eine Bezugnahme auf § 5 GmbHG, sondern – aus genau demselben Grund – auch gegen eine Bezugnahme auf § 4 Abs 2 GmbHG. Auf den dritten Einwand von *U. Torggler* komme ich gleich noch zurück.

²⁴⁶² *U. Torggler*, GesRZ 2010, 185 (185 f).

²⁴⁶³ So auch *U. Torggler*, GesRZ 2010, 185 (185).

Gleichwohl ist *U. Torggler*²⁴⁶⁴ darin zuzustimmen, dass der zitierte Passus wohl von § 4 Abs 2 GmbHG handelt.²⁴⁶⁵ Denn § 4 Abs 2 GmbHG ist die einzige „Vorschrift“, die das im ersten Satz Beschriebene anordnen könnte. Für dieses Verständnis spricht aber vor allem, dass nach dem Bericht die Verletzung „*dieser Vorschrift [...] das Einschreiten der Finanzprokurator nach § 87, § 43 zur Folge haben [kann]*“²⁴⁶⁶. Die Finanzprokurator konnte nur einschreiten, wenn die notwendigen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags (§ 4 Abs 1 GmbHG), dh der zwingende Mindestinhalt, dem Gesetz widersprachen oder eine notwendige Bestimmung des Gesellschaftsvertrages in einer dem Gesetz widersprechenden Weise abgeändert wurde. Nach dem Herrenhausbericht hatte die Finanzprokurator insb die Funktion, „*wegen einer Diskrepanz zwischen dem Gesellschaftsvertrage und dem Gesetze (§ 4, Abs 2)*“²⁴⁶⁷ die Auflösung der Gesellschaft zu beantragen.

Dass der Herrenhausbericht mit „*dieser Vorschrift*“ die Vorschrift des § 4 Abs 2 GmbHG meint, bedeutet aber noch nicht, dass sich diese Vorschrift auf das gesamte GmbHG erstreckt. Das ist eine andere Frage, die (wieder mit Blick auf den Herrenhausbericht) wie folgt (um)formuliert werden kann: Was ist mit den „*Bestimmungen des Gesetzes*“ gemeint, von denen „*überhaupt nicht abgewichen werden kann*“? Auch bei dieser Frage könnte der gleich darauffolgende Satz aufschlussreich sein: „*Die Verletzung dieser Vorschrift kann das Einschreiten der Finanzprokurator nach § 87, § 43 zur Folge haben.*“²⁴⁶⁸ Die § 43 und § 87 GmbHG (in der Stammfassung) ermöglichten dem Handelsgesicht – als „*Relikte*“ des Konzessionssystems²⁴⁶⁹ – unter bestimmten Voraussetzungen die Nichtigkeitsklärung von Abänderungsbeschlüssen und die Auflösung der Gesellschaft auf Antrag der Finanzprokurator. Nach § 43 Abs 1 Satz 1 GmbHG der Stammfassung (§ 41 der RV) war das Handelsgesicht auf Antrag der Finanzprokurator ermächtigt, die Nichtigkeit eines Abänderungsbeschlusses auszusprechen, wenn „*ein in das Handelsregister eingetragener Beschluß auf Abänderung des Gesellschaftsvertrages der notariellen Beurkundung entbehrt, oder wenn durch einen in das Handelsregister einge-*

2464 *U. Torggler*, GesRZ 2010, 185 (185).

2465 Vgl schon *Randa*, Handelsrecht I (1905) 274. Schwer erklärlich ist aber, weshalb sich der zitierte Passus zwischen § 5 und den §§ 6 ff GmbHG, und nicht einen Abs zuvor im Anschluss an die Ausführungen zum Mindestinhalt, befindet (vgl HHB 272 BlgHH 17. Session 1905 21 [sechster Abs]: „*Für den Inhalt eines jeden Gesellschaftsvertrages ist ein Minimum an Erfordernissen vorgezeichnet (§ 4): Firma und Sitz der Gesellschaft, Gegenstand des Unternehmens, Höhe des Stammkapitals, Betrag der Stammeinlage eines jeden Gesellschafters.*“). Diese sonderbare Position ergibt aber wenig Sinn unabhängig davon, worauf man § 4 Abs 2 GmbHG bezieht.

2466 HHB 272 BlgHH 17. Session 1905 4 (Hervorhebung durch den Verf).

2467 HHB 272 BlgHH 17. Session 1905 21 (Hervorhebung durch den Verf).

2468 HHB 272 BlgHH 17. Session 1905 4.

2469 Vgl nur *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 74 f; *Kalss in Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung 13.

tragenen Beschluß der Gesellschafter eine der nach § 4 notwendigen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages in einer den Vorschriften dieses Gesetzes widersprechenden Weise geändert wurde [...]“.²⁴⁷⁰ Nach § 87 Abs 1 GmbHG der Stammfassung (§ 80 der RV) hatte das Handelsgericht auf Antrag der Finanzprokurator durch Beschluss die Auflösung der Gesellschaft auszusprechen, „wenn der Gesellschaftsvertrag der notariellen Beurkundung entbehrt, wenn er nicht die nach § 4 notwendigen Bestimmungen enthält oder wenn eine dieser Bestimmungen den Vorschriften des Gesetzes widerspricht.“²⁴⁷¹

Auffällig ist, dass die Diktion dieser Normen jener des § 4 Abs 2 GmbHG ähnelt („Bestimmungen, die den Vorschriften dieses Gesetzes widersprechen“). Zusammen mit der oben zitierten Berichtspassage bietet sich daher die Überlegung an, dass sich nicht nur die § 43 und § 87, sondern – nach der Auffassung der Herrenhauskommission – auch § 4 Abs 2 GmbHG nur auf den gesetzlichen Mindestinhalt gem § 4 Abs 1 GmbHG beziehen sollte.²⁴⁷² In dieselbe Richtung weist die oben zitierte Erläuterung des Herrenhausberichts zu den § 43 und § 87 („Diskrepanz zwischen dem Gesellschaftsvertrage und dem Gesetze (§ 4, Abs 2)“).²⁴⁷³ Diese Schlussfolgerung ist freilich nicht zwingend, denn die erwähnten Bezugnahmen und Formulierungen ergäben auch Sinn, wenn § 4 Abs 2 GmbHG von *allen* Gesetzesbestimmungen spräche, wovon die Mindestbestimmungen als Bezugspunkt der § 43 und § 87 nur ein Teilausschnitt bilden. Immerhin handelt es sich aber um ein Indiz, das zu weiteren Überlegungen anstößt.

In diesem Zusammenhang ist der oben referierte Einwand von U. Torggler²⁴⁷⁴ zu behandeln, der sich zwar unmittelbar (nur) gegen eine Bezugnahme der zitierten Berichtspassage auf § 5 GmbHG (Firma) richtet, aber ebenso gegen eine Einschränkung auf den (übrigen) Mindestinhalt erheben ließe. Danach sei eine un-

2470 § 43 Abs 1 GmbHG idF RGBI 1906/605 (Hervorhebungen durch den Verf).

2471 § 85 Abs 1 GmbHG idF RGBI 1906/605 (Hervorhebungen durch den Verf).

2472 So schon Gellis, NZ 1933, 173 (175 lSp): „Nach dem Zusammenhang und nach der Erläuterung bei Grünhut, S. 10, muß angenommen werden, daß bloß an § 4, Abs. 1 und 3, gedacht worden ist. Das Einschreiten der Finanzprokurator ist im Gesetz selbst (§ 87) darauf eingeschränkt.“ Tatsächlich nannte Grünhut (GmbH² [1913] 10) iZm § 4 Abs 2 GmbHG nur Verletzungen der Vorschriften über die gesetzlichen Minimalerfordernisse (§ 4 Abs 1 GmbHG).

2473 Demnach sei der Finanzprokurator zugewiesen (HHB 272 BlgHH 17. Session 1905 21): „[...] nach § 87 bei dem Handelsgerichte wegen gewisser Nichtigkeitsgründe bei der Entstehung der Gesellschaft oder wegen einer Diskrepanz zwischen dem Gesellschaftsvertrage und dem Gesetze (§ 4, Abs 2) die Auflösung der Gesellschaft zu beantragen, so wenn der Gesellschaftsvertrag nicht notariell beurkundet ist, wenn die Firma oder der Sitz nicht bestimmt ist, wenn der Sitz im Auslande oder die Firma unzulässig ist, oder wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht bestimmt ist, oder wenn das Stammkapital unter 20.000 K oder die Stammeinlage unter 500 K beträgt oder auf die Bareinlagen weniger als ein Viertel einzuzahlen oder die Abtretung von Geschäftsanteilen durch Indossament gestattet ist.“

2474 U. Torggler, GesRZ 2010, 185 (185 f); s schon oben bei Fn 2462.

zulässige Firma *jedenfalls* ein hinreichender Anlass für eine gem § 43 und § 87 GmbHG (Stammfassung) amtswegige Löschung aus Gründen des öffentlichen Interesses gewesen. Das Wort „kann“ diene dazu, die Rechtsfolge auf die Fälle einer Gesetzwidrigkeit des Mindestinhalts einzuschränken. Daraus folge, dass es im ersten Satz der Berichtspassage betreffend die Beschränkung der Privatautonomie um das *gesamte* GmbHG gehe. Nach diesem Verständnis hätten die § 43 und § 87 GmbHG wie erwähnt nur einen Teilausschnitt des § 4 Abs 2 GmbHG sanktioniert, nämlich Verstöße gegen den Mindestinhalt. Dieser Einwand ist jedoch (ebenfalls) nicht zwingend. Denn es ist nicht eindeutig, was mit diesem Wort „kann“ gemeint ist. Damit könnte auch nur die faktische Möglichkeit des Einschreitens gemeint gewesen sein. Die Finanzprokurator kann naturgemäß nur dann einschreiten, wenn sie überhaupt Kenntnis vom gesetzwidrigen Mindestinhalt erlangt. Nicht jede Eintragung eines gesetzwidrigen Mindestinhalts führt gleichsam „automatisch“ zum Einschreiten der Finanzprokurator. Außerdem wird die Finanzprokurator nur tätig, wenn gesetzwidrige Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag öffentliche Interessen berühren (was nicht zwingend der Fall sein muss). So lauten die EBRV zu § 4 GmbHG: *„Sofern durch den Bestand solcher unwirksamer Festsetzungen aber öffentliche Interessen berührt werden sollten, trifft überdies für die Beseitigung § 41 und 80 Vorsorge.“*²⁴⁷⁵ Die mögliche Aussage, dass die Verletzung dieser Vorschrift das Einschreiten der Finanzprokurator zur Folge „hat“ (statt nur „kann“), wäre daher überschießend gewesen. Möglicherweise bezweckt das Wort „kann“ also nicht die Einschränkung der Rechtsfolge auf den Mindestinhalt, sondern nur die Androhung der *möglichen* rechtlichen Konsequenzen.²⁴⁷⁶ Der hier besprochene Einwand schließt mE daher zumindest nicht aus, dass sich (auch) § 4 Abs 2 GmbHG nur auf den gesetzlichen Mindestinhalt bezieht.

Unterstützt wird dieses denkbare (einschränkende) Normverständnis durch die schon weiter oben besprochene Stelle des Herrenhausberichts, wonach *„[d]ie Privatautonomie der Gesellschafter in der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages [...] wesentlich dadurch eingeengt [ist], daß von den Bestimmungen des Gesetzes überhaupt nicht abgewichen werden kann“*.²⁴⁷⁷ Oben wurde schon gesagt, dass hier vom Inhalt des § 4 Abs 2 GmbHG die Rede ist. Bezöge sich diese Stelle des Berichts – und mit ihr § 4 Abs 2 GmbHG – auf das gesamte GmbHG, wäre die Aussage über die wesentliche Einengung der Privatautonomie durch die Unmöglichkeit statutarischer Abweichungen aber schlicht unzutreffend (und zwar unabhängig davon, ob man § 4 Abs 2 GmbHG wörtlich versteht oder – mE zutr – mit den EBRV als bloße Klarstellung

2475 EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 56.

2476 So wohl auch *Grünhut*, GmbH² (1913) 10, der iZm § 4 Abs 2 GmbHG nur Verletzungen der Vorschriften über den gesetzlichen Mindestinhalt (§ 4 Abs 1 GmbHG) aufzählte.

2477 HHB 272 BlgHH 17. Session 1905 4 (Hervorhebungen durch den Verf.).

qualifiziert). Denn die Privatautonomie der Gesellschafter bei der Ausgestaltung des (gesamten) Gesellschaftsvertrages ist gerade *nicht* wesentlich eingeengt. Dass „*von den Bestimmungen des Gesetzes überhaupt nicht abgewichen werden kann*“²⁴⁷⁸, trifft nicht auf das gesamte Gesetz zu, sondern nur auf die Normen über den Mindestinhalt gem § 4 Abs 1 GmbHG, die soweit ersichtlich keine Ermächtigungen enthielten.²⁴⁷⁹ Darüber hinaus bekennt sich der Gesetzgeber aber ausdrücklich zur (materiellen) Gestaltungsfreiheit.²⁴⁸⁰ So liest man etwa im allgemeinen Teil der EBRV, dass die ausgeprägte Zirkulation von Aktien in Verbindung mit dem Konzessionssystem für die AG zu „*mitunter recht lästigen Rechtssätzen zwingenden Charakters*“ geführt habe und es ein wirtschaftliches Bedürfnis sei, von der „*über-großen Strenge des zwingenden Rechts dort frei zu werden*“.²⁴⁸¹ Aus dem zwingenden Rechtsbestand sollten nur jene Vorschriften ausgeschieden werden, die durch die Fungibilität der Mitgliedschaft bedingt waren, sodass als Rechtfertigung für zwingendes Recht (nur) noch der Gläubiger- und Minderheitenschutz (sowie die Fernhaltung der Geschäftsanteile vom Kapitalmarkt) übrig blieben.²⁴⁸² Die GmbH soll konzeptionell einen Platz zwischen der KG und der AG einnehmen, wobei sie sich von der KG durch das Fehlen eines persönlich haftenden Gesellschafters und von der AG dadurch unterscheiden soll, dass die Anteile nicht den Charakter von Aktien haben.²⁴⁸³

2478 HHB 272 BlgHH 17. Session 1905 4 (Hervorhebung durch den Verf.).

2479 Da es um die Auslegung des Herrenhausberichts geht, ist insoweit der Inhalt der zugrundeliegenden RV maßgeblich.

2480 So auch U. Torggler, GesRZ 2010, 185 (187); vgl auch Kalss in Kalss/Rüffler, Satzungs-gestaltung 10; Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 250 ff.

2481 EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 49. S zu diesem Regelungsanliegen auch schon iZm dem Schutz künftiger Gesellschafter oben S 127 ff.

2482 Vgl EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 52: „*Gestattet diese Bewegungsfreiheit in der inneren Einrichtung der neuen Gesellschaft demnach auch eine weitgehende Annäherung an die Aktiengesellschaft, so bleibt doch immer der einschneidende Unterschied bestehen, daß hier durch eine Reihe von Vorschriften die Ausbildung eines Handels mit Geschäftsanteilen und eines Marktes hierfür ausgeschlossen ist. Unter dieser Voraussetzung kann das Maß der Normen zwingender Natur, mit denen das Gesetz ausgestattet werden muß, sich innerhalb jener Grenzen halten, die, nach Ausschluß der Kapitals- und Teilnehmergeinnung im Wege des freien Wettbewerbs auf dem Effektenmarkte, erforderlich sind, eine Benachteiligung der Gläubiger durch illegitime Umtriebe oder selbst nur durch eine allzu leichtfertige Geschäftsgebarung und eine zu weit gehende Majorisierung der schwächeren Elemente unter den Teilhabern zu verhüten*“. Vgl Ostheim, GesRZ 1974, 70 (70), der aus dieser Zielsetzung des GmbHG auf die Disponibilität im übrigen Bereich schließt: „*[...] soweit nicht die Regelungsgebiete der Fernhaltung der Geschäftsanteile vom Kapitalmarkt, Gläubigerschutz und Minderheitenschutz angesprochen sind [...]*“.

2483 Prägnant EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 50: „*Aktiengesellschaft ohne Aktien, Kommanditgesellschaft ohne persönlich haftenden Gesellschafter*.“ Vgl auch Amtl-Begr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3728: „*Mittelstellung zwischen den streng individualistischen Gesellschaftsformen des geltenden Rechts und der als au-*

Dabei sollte die GmbH konzeptionell aber immer eine Kapitalgesellschaft auf Basis der AG („vereinfachte AG“) bleiben.²⁴⁸⁴ Um diesen „Spagat“ zwischen den bestehenden Rechtsformen bewältigen zu können, müsse *„eine weitgehende Freiheit der inneren Organisation eingeräumt werden, die es ermöglicht, sich nach Bedarf dem einen oder dem anderen dieser entgegengesetzten Pole mehr zu nähern“*.²⁴⁸⁵ Nach den EBRV sind gesellschaftsvertragliche Vereinbarungen, die über den gesetzlichen Mindestinhalt hinausgehen, *„insoferne entbehrlich, als deren Mangel im Verträge durch Dispositivnormen des Gesetzes ersetzt wird“*.²⁴⁸⁶

In puncto materielle Gestaltungsfreiheit herrscht auch im Schrifttum Einigkeit. So bemerkt U. Torggler²⁴⁸⁷, dass man zum Teil nur aneinander vor-

„berste Konsequenz des kapitalistischen Prinzips sich darstellenden Aktiengesellschaft [...]“.

2484 Zu den Gründen AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3727 ff; s dazu auch Straube/Ratka in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG Einführung Rz 16 (Stand 01.08.2020); Fleischer in MüKo GmbHG⁴ Einl Rz 22, 67 ff, 72; J. Schmidt in Michalski et al, GmbHG⁴ Systematische Darstellung 1 Rz 52; H. P. Westermann/Wicke in Scholz, GmbHG¹³ Einl Rz 2; vgl auch Kalss/Eckert, Zentrale Fragen 28, 36 ff, 44 ff, 49 ff; Peter Doralt, GesRZ-Spezial 2006, 5 (7 ff): *„dereguliertes Aktienrechtsmodell“*; *„korporatistische[s] Vereinsmodell“*; vgl schon Ofner/Thorsch, GmbHG (1907) Einl S 5.

2485 EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 52 (Hervorhebung durch den Verf). Vgl auch EBRV aaO 63: *„So sehr das Gesetz sich bemüht, den Gesellschaftern die weitgehende Freiheit der inneren Organisation einzuräumen, muß es doch bei der Konstruktion der Gesellschaft als Zweckvermögen in der Hand eines Vereines dafür Vorsorge treffen, daß unter allen Umständen die Fassung gültiger Entschlüsse und die Handlungsfähigkeit des Vereines durch zur Vertretung nach außen berufene physische Personen gesichert sei. Als notwendige Organe, deren Funktionieren teils durch zwingende, teils durch dispositive Vorschriften gesichert ist, erscheinen daher die Geschäftsführer und die Versammlung der Gesellschafter. [...] Endlich besteht volle Freiheit, noch weitere, im Gesetz nicht bezeichnete Organe durch Vertrag dem Gesellschaftsorganismus einzufügen und deren Wirkungskreis so zu bestimmen, daß er nicht mit zwingenden Gesetzesvorschriften in Widerspruch gerät.“* Vgl auch AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3728: *„Die Aufgabe des Gesetzes ist es, die Grenzen nach beiden Seiten durch bindende Vorschriften sicherzustellen; innerhalb des hieraus sich ergebenden Rahmens kann dagegen der freien Selbstbestimmung der Gesellschaften ein weitgehender Spielraum verbleiben. In dieser Weise wird es möglich sein, auf der Grundlage der beschränkten Haftung eine Gesellschaftsform herzustellen, welche [...] genügend Biegsamkeit besitzt, um für sehr verschiedene Zwecke und bei einem sehr verschiedenen Umfange des Mitgliederkreises Verwendung finden zu können.“* Vgl dazu auch J. Schmidt in Michalski et al, GmbHG⁴ Systematische Darstellung 1 Rz 28, wonach alle möglichen „Zwischenschattierungen“ möglich sind.

2486 EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 56 (Hervorhebung durch den Verf). Ähnlich AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3733: *„Weitere Festsetzungen sind zur Errichtung der Gesellschaft an sich nicht erforderlich, da im uebrigen die subsidiären Bestimmungen des Entwurfs ergänzend eintreten.“*

2487 U. Torggler, GesRZ 2010, 185 (187): *„Ein Widerspruch zwischen dem enthaltenen Erkenntnis zu weitestmöglicher Gestaltungsfreiheit und der Regelung des § 4 Abs 2 GmbHG*

beireden dürfte.²⁴⁸⁸ Denn es sei eine Sache, über das gesetzlich festgelegte Regel-Ausnahme-Verhältnis von dispositivem und zwingendem Recht zu reden, aber eine andere, eine Aussage über das Gesamtbild zu treffen, das aus dem Grundsatz und den vorhandenen Ausnahmen resultiert. § 4 Abs 2 GmbHG sei nach diesem Verständnis nicht mehr als eine bloße Regelungstechnik, die nichts darüber aussagt, wie viele zwingende und dispositive Regelungen das GmbHG enthält.²⁴⁸⁹ In der Sache bedeute es keinen Unterschied, ob der Gesetzgeber das Regelungsziel materieller Gestaltungsfreiheit durch den Grundsatz der Vertragsfreiheit oder durch Normierung eines umgekehrten formalen Regel-Ausnahme-Verhältnisses erreicht und dafür mehrheitlich Ausnahmen von diesem Grundsatz in Form von Einzelermächtigungen vorsieht. Der historische Gesetzgeber habe sich mit bemerkenswerter Gründlichkeit Gedanken über diese Frage gemacht und sorgfältig zahlreiche Satzungsverbote geschaffen. Wo nicht ausdrücklich Disponibilität angeordnet ist, lasse dieses Verständnis noch immer die Frage zu, ob auf eine Ausnahme von § 4 Abs 2 GmbHG nicht einfach vergessen wurde. Auch nach dieser Sichtweise müsse daher im Einzelfall geprüft werden, ob eine Norm zwingend oder dispositiv ist. Dieses Normverständnis verschiebt nach *U. Torggler*²⁴⁹⁰ nur die Beweislast und ändere in der Sache nur im schmalen Bereich des argumentativen Gleichstands (*non liquet*) etwas.²⁴⁹¹

In der Tat steht rechtstechnisch nicht (schon) ein wortgetreues, strenges Verständnis des § 4 Abs 2 GmbHG dem Regelungsanliegen weitestgehender Gestaltungsfreiheit entgegen. Denn dieses Regelungsanliegen ließe sich auch durch zahlreiche Ermächtigungsklauseln verwirklichen. Freilich wäre das gewählte (legistische) Mittel nach diesem Verständnis nicht besonders geeignet, den erklärten Regelungszweck zu erreichen, weil der Gesetzgeber in die *Mehrzahl* der Einzelnormen Satzungsermächtigungen aufnehmen müsste; der umgekehrte Weg scheint näherliegend und effizienter.²⁴⁹² Dieser Ein-

besteht nach dem Gesagten nicht.“ De lege ferenda meint aber auch U. Torggler (GesRZ 2010, 185 [192]), dass § 4 Abs 2 GmbHG „ein falsches Signal setzt“.

2488 Vgl auch *Artmann/Rüffler*, GesR² Rz 871 Fn 36.

2489 Vgl *U. Torggler*, GesRZ 2010, 185 (186 f).

2490 *U. Torggler*, GesRZ 2010, 185 (186).

2491 Im Zusammenhang mit abstrakten Haftungsmilderungen sieht *U. Torggler* (in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 [39]) in § 4 Abs 2 GmbHG das ausschlaggebende Argument für die angenommene Indisponibilität der Geschäftsführerhaftung und die daraus abgeleitete gänzliche Unzulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen. Abw wohl noch *ders*, GesRZ 2010, 185 (189), wonach die Ähnlichkeit abstrakter Haftungsmilderungen mit haftungsfreistellenden Weisungen angesichts § 4 Abs 2 GmbHG wegen der Gesetzesmaterialien zu § 25 GmbHG nicht einmal zu einem Gleichstand der Argumente führen könne. S auch schon Fn 2420.

2492 Da zwingendes Recht nach den EBRV auf das notwendige Minimum beschränkt werden sollte, musste bei der Ausgestaltung des Gesetzesentwurfes klar sein, dass die Dispositivnormen den weit überwiegenden Anteil des Gesetzes ausmachen würden. Deshalb wäre es zumindest fragwürdig gewesen, trotzdem ein *entgegengesetztes* for-

wand spricht jedoch nur tendenziell gegen die strenge Auslegung des § 4 Abs 2 GmbHG, weil der Gesetzgeber grundsätzlich nicht daran gehindert ist, ineffiziente Regelungen zu erlassen.²⁴⁹³ Wenn eine solche Regelungskombination – dh materielle Gestaltungsfreiheit *und* eine (materiell dann freilich entwertete) „Satzungsstrenge“ – somit auch theoretisch tatsächlich denkbar wäre –, der Gesetzgeber hat sie im geltenden Recht nicht umgesetzt. Denn er hat die vielen Ermächtigungen in den Einzelnormen des GmbHG *nicht* mit dem Ziel geschaffen, dispositive Normen zu „markieren“. Vielmehr wollte er dadurch jene Normen kenntlich machen, von denen nur durch eine Gesellschaftsvertragsregelung abgewichen werden kann (materielle Satzungsbestandteile). Dabei handelt es sich aber nur um eine Teilmenge aller Dispositivnormen, die die Disponibilität schon notwendig voraussetzt. Deshalb eignen sich die Einzelermächtigungen nicht zu einer „Umkehr“ des angeblich in § 4 Abs 2 GmbHG aufgestellten Regel-Ausnahme-Verhältnisses. Darüber hinaus sind diese Ermächtigungen ausweislich der EBRV notorisch unvollständig, was ebenfalls gegen eine gezielte und abschließende Relativierung eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses spricht. Auf die einzelnen Ermächtigungen werde ich unten noch zurückkommen.²⁴⁹⁴ Auf all das kommt es aber letztlich auch gar nicht an, weil ein umfassendes (wortgetreues) Verständnis des § 4 Abs 2 GmbHG (zumindest theoretisch) nicht mit dem unstreitigen Befund der materiellen Gestaltungsfreiheit konfligiert, sondern wie erwähnt mit der Aussage im Herrenhausbericht über § 4 Abs 2 GmbHG, wonach diese Vorschrift die Privatautonomie der Gesellschafter wesentlich einengt (dh materielle Gestaltungsfreiheit insoweit gerade verneint). Diese Aussage über die fragliche „Vorschrift“ (§ 4 Abs 2 GmbHG) spricht dafür, dass mit den „Bestimmungen des Gesetzes“ iSd zitierten Berichtspassage nicht *alle* Bestimmungen des GmbHG gemeint gewesen sein können.

Eines darf freilich nicht übersehen werden: Die §§ 43 und 87 GmbHG sprachen zwar ebenfalls nur (undifferenziert) von „den Vorschriften des Gesetzes“ bzw „den Vorschriften dieses Gesetzes“, bezogen sich damit aber ausdrücklich auf die „nach § 4 notwendigen Bestimmungen“.²⁴⁹⁵ Eine solche

males Regel-Ausnahme-Verhältnis zu implementieren, und dieses dann mit (zumal unvollständigen [s sogleich im Fließtext]) Ermächtigungen zu „durchlöchern“ und iE zu revidieren. Damit hätte sich der Gesetzgeber die Realisierung seines eigenen Regelungsanliegens unnötig erschwert und zudem ohne ersichtlichen Vorteil dieser Regelungstechnik einige Rechtsunsicherheit erzeugt.

2493 Vgl im größeren Zusammenhang mit § 25 GmbHG U. Torggler in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Organhaftung 35 (39).

2494 S unten S 617 ff.

2495 Voraussetzung für die Nichtigkeitserklärung eines Beschlusses nach § 43 war, dass dieser „der notariellen Beurkundung entbehrt, oder wenn durch einen in das Handelsregister eingetragenen Beschluß der Gesellschafter eine der nach § 4 notwendigen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages in einer den Vorschriften dieses Gesetzes widersprechenden Weise geändert wurde [...]“. § 87 ermöglichte die Löschung der

ausdrückliche Bezugnahme fehlt in § 4 Abs 2 GmbHG. Sie schien der Kommission aber vielleicht entbehrlich, weil der Konnex mit § 4 Abs 1 GmbHG schon durch das Wort „*Bestimmungen*“ hergestellt war. Denn im vorangehenden § 4 Abs 1 GmbHG heißt es: „*Der Gesellschaftsvertrag muß bestimmen: [...]*“.²⁴⁹⁶ Denkbar ist also, dass die Kommission unter den „*Bestimmungen*“ iSd darauffolgenden § 4 Abs 2 GmbHG nur die Bestimmungen verstand, die nach § 4 Abs 1 GmbHG getroffen werden müssen (arg: „*Der Gesellschaftsvertrag muß bestimmen: [...]*“; „*Bestimmungen, die [...]*“). Nach diesem Verständnis hätte § 4 Abs 2 GmbHG freilich im Ergebnis wohl bloß deklarative Bedeutung gehabt, weil die Vorschriften über den Mindestinhalt ohnehin zwingendes Recht sind.²⁴⁹⁷

4) Abschließende Würdigung

Der Wortlaut des § 4 Abs 2 GmbHG und dessen Abstammung vom österreichischen Aktienentwurf sprechen tendenziell dafür, dass der grundsätzlich zwingende Charakter des gesamten GmbHG angeordnet werden sollte (ähnlich etwa § 23 Abs 5 dAktG). Die Gesetzesmaterialien deuten jedoch in die entgegengesetzte Richtung. Nach den EBRV soll § 4 Abs 2 GmbHG bloß klarstellen, dass Vereinbarungen des Gesellschaftsvertrags, die gegen *zwingende* Vorschriften des Gesetzes verstoßen, nicht durch die (grundsätzlich konstitutive) Firmenbucheintragung des Gesellschaftsvertrages validieren; zudem sollte das Handelsgericht (wohl ebenfalls deklarativ)²⁴⁹⁸ angewiesen

Gesellschaft, „*wenn der Gesellschaftsvertrag der notariellen Beurkundung entbehrt, wenn er nicht die nach § 4 notwendigen Bestimmungen enthält oder wenn eine dieser Bestimmungen den Vorschriften des Gesetzes widerspricht.*“

²⁴⁹⁶ Zunächst hieß es „*Der Gesellschaftsvertrag muss enthalten*“. Später (im Dezemberentwurf 1900) wurde die Formulierung gemäß dem AktG-E geändert (§ 4 Abs 2; vgl auch schon § 182 Abs 2 dHGB 1897; vgl auch § 3 Abs 1 dGmbHG).

²⁴⁹⁷ Vgl schon Gellis, NZ 1933, 173 (174 rSp). Vgl idZ auch EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 71 (zu § 43): „*Trotz der Zulassung der Anfechtung von Beschlüssen der Gesellschafter kann doch die Möglichkeit nicht ausgeschlossen werden, daß ein Beschluß, der gegen zwingende Vorschriften des Gesetzes verstößt, unangefochten bleibt und auch zur Eintragung in das Handelsregister gelangt, wenn er eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages zum Gegenstande hat. In demselben Umfange nun, in dem die ursprüngliche Eintragung der Gesellschaft mit Verletzung einer der dafür vorgeschriebenen Voraussetzungen als unheilbare Nichtigkeit erscheint und einer Anfechtung im öffentlichen Interesse unterworfen werden muß [...]* kann auch der Anfechtung eines diesbezüglichen Abänderungsbeschlusses nicht entraten werden.“ (Hervorhebung durch den Verf). Vgl EBRV aaO 92: „*Als solche [sc Nichtigkeitsgründe] betrachtet das Gesetz den Mangel der für den Gesellschaftsvertrag vorgeschriebenen solennen Form, das Nichtvorhandensein einer jener Bestimmungen, welche als unentbehrlicher Inhalt des Gesellschaftsvertrages bezeichnet sind, endlich einen Widerspruch zwischen einer dieser Bestimmungen und den für deren Inhalt vom Gesetze aufgestellten zwingenden Vorschriften.*“ (Hervorhebung durch den Verf).

²⁴⁹⁸ Vgl § 11 Abs 1 GmbHG in der Stammfassung (gestrichen mit dem FBG [BGBl I 1991/10]): „*Das Handelsgericht hat die Vollständigkeit und Gesetzmäßigkeit der Anmeldung*

werden, die Eintragung zu versagen. Die Herrenhauskommission nahm dagegen offenbar an, dass sich § 4 Abs 2 GmbHG nur auf den gesetzlichen Mindestinhalt gem § 4 Abs 1 GmbHG (und allenfalls auch § 4 Abs 3 GmbHG) bezieht. Auf das Verhältnis zwischen den EBRV und dem Herrenhausbericht muss an dieser Stelle aber nicht weiter eingegangen werden. Entscheidend für die vorliegende Untersuchung ist nämlich, dass ausweislich der Gesetzesmaterialien für das GmbHG keine „Satzungsstrenge“ normiert werden sollte.

iii. Fehlen einer § 45 Abs 1 dGmbHG entsprechenden Bestimmung

Als weiteres Argument für ein formales Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten zwingenden Rechts könnte ins Treffen geführt werden, dass eine Parallelregelung zu § 45 Abs 1 dGmbHG²⁴⁹⁹ im öGmbHG fehlt. So argumentierte für das deutsche GmbH-Recht wie erwähnt²⁵⁰⁰ bereits *Bastuck*²⁵⁰¹, dass § 45 dGmbHG sich nicht auf § 43 dGmbHG beziehe, weshalb diese Vorschrift zwingend sei.

Ein solcher Umkehrschluss aus § 45 dGmbHG geht mE aber fehl, weil diese Bestimmung (wie übrigens schon die vergleichbare Anordnung des § 109 dHGB 1897) nur deklarativ ist. Im älteren Personengesellschaftsrecht sollte § 109 dHGB 1897 die Disponibilität der betreffenden Bestimmungen nur klarstellen, weil wegen der Art dieser Bestimmungen leicht Zweifel über ihre Abdingbarkeit entstehen könnten.²⁵⁰² Diese Zweifel sollte § 109 dHGB 1897 ausräumen. In den Verhandlungen wurde ausdrücklich hervorgehoben, dass daraus nicht der Umkehrschluss gezogen werden dürfe, die übrigen Bestimmungen des Entwurfs seien zwingend.²⁵⁰³ Dasselbe ist wegen der Annäherung²⁵⁰⁴ des GmbH-Innenrechts an das Personengesellschaftsrecht für § 45 dGmbHG anzunehmen. Außerdem erklärt das dGmbHG Vorschriften nicht nur für dispositiv (§ 45 dGmbHG), sondern

und ihrer Beilagen, namentlich des Gesellschaftsvertrages, sowie das Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen der Eintragung zu prüfen und über die Eintragung zu beschließen.“ Vgl dazu EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 56: „Die Vorschriften dieser beiden Paragraphen [sc § 11 und § 12] entsprechen dem geltenden Handelsrechte. Der Absatz 1 schafft nicht etwa neues Recht. Seine Fassung bezweckt aber, die Gerichte ausdrücklich aufmerksam zu machen, daß sie nicht nur die formellen, sondern auch die materiellen Voraussetzungen der Eintragung zu prüfen haben.“

2499 § 45 Abs 1 dGmbHG: „Die Rechte, welche den Gesellschaftern in den Angelegenheiten der Gesellschaft, insbesondere in bezug auf die Führung der Geschäfte zustehen, sowie die Ausübung derselben bestimmen sich, soweit nicht gesetzliche Vorschriften entgegenstehen, nach dem Gesellschaftsvertrag.“

2500 S oben bei Fn 2410.

2501 *Bastuck*, Enthaftung 92 f.

2502 Vgl *Lutz*, Protokolle I 272.

2503 Vgl *Lutz*, Protokolle I 272.

2504 Vgl *Zöllner* in FS 100 Jahre GmbH-Gesetz 85 (88); *Teichmann*, Gestaltungsfreiheit 90 ff.

auch für zwingend (§ 25 dGmbHG). Das wäre nicht nötig, wenn das Gesetz im Grundsatz zwingend wäre, und sich die Disponibilität (nur) formal aus Ermächtigungen ergeben würde. Demgemäß lässt sich aus dem Fehlen einer § 45 dGmbHG vergleichbaren Anordnung nicht ableiten, dass das öGmbHG prinzipiell zwingend wäre. Auf diese Fragen werde ich im aktienrechtlichen Teil zur Satzungsstrenge noch näher eingehen.

iv. Kein Umkehrschluss aus den einzelnen Ermächtigungen

Gegen das (hier geteilte) Normverständnis der hM könnte als *argumentum ad absurdum* vorgebracht werden, dass die erwähnten Ermächtigungen in zahlreichen Einzelbestimmungen aber überflüssig wären, wenn das GmbHG ohnehin prinzipiell dispositiv wäre. Diese Schlussfolgerung scheidet aber aus,²⁵⁰⁵ weil die einzelnen Ermächtigungen wie erwähnt gar nicht den Zweck haben, die Disponibilität der jeweiligen Einzelnormen kenntlich zu machen. Nach den EBRV sollten damit vielmehr Bestimmungen markiert werden, die – anders als jene des § 4 Abs 1 GmbHG – zwar nicht als Mindestinhalt im Gesellschaftsvertrag getroffen werden *müssen*, die aber nur im Gesellschaftsvertrag getroffen werden *dürfen*. Dazu heißt es in den EBRV:

*„An die im ersten Absatze aufgezählten Bestimmungen [sc Mindestinhalt gem § 4 Abs 1 GmbHG] reiht das Deutsche Gesetz an der entsprechenden Stelle einige solche, die zwar nicht im Gesellschaftsvertrage getroffen werden müssen, aber doch nur im Wege des Gesellschaftsvertrages getroffen werden dürfen, so daß eine außerhalb des Vertrages über den betreffenden Punkt unter den Gesellschaften zustande gekommene Vereinbarung unverbindlich ist. Auch der Entwurf kennt eine Anzahl solcher Bestimmungen. Aber da ihre Aufzählung an dieser Stelle ebensowenig vollständig sein könnte wie jene des Deutschen Gesetzes, schien es besser, zur Vermeidung von Irrtümern überhaupt darauf zu verzichten und an jeder einzelnen Stelle des Gesetzes es besonders hervorzuheben, wenn die Gültigkeit einer Festsetzung der Gesellschafter von der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag abhängen soll.“*²⁵⁰⁶

Schon das ADHGB 1884 kannte solche materiellen Satzungsbestandteile („Akzidentalien“). Den Motiven zufolge sind dies „an sich nicht nothwendig-

2505 Vgl auch J. Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I² Rz 1/52 (ohne nähere Begründung); vgl idZ auch *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 74, wonach die Anordnung des § 4 Abs 2 GmbHG nach diesem Verständnis schlicht überflüssig wäre.

2506 EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 56 (Hervorhebungen durch den Verf). Vgl noch den Ur-Entwurf des GmbHG (ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 24 ff), dessen § 4 Abs 2 lautete: „Der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag bedürfen, bei sonstiger Unwirksamkeit, außer den in diesem Gesetze noch sonst bezeichneten Fälle, jene Bestimmungen, nach welchen [...]“. Vgl ähnlich AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3733: „Der Absatz 2 bezieht sich auf Gegenstände, über welche der Gesellschaftsvertrag zwar nicht nothwendig Bestimmungen erhalten muß, die aber nur im Gesellschaftsvertrage geregelt werden können, sofern überhaupt eine bezügliche Bestimmung getroffen werden soll.“

ge, aber für das Wesen der Gesellschaften so wichtige Abweichungen von Naturalien der gewöhnlichen Art, daß die Aufnahme solcher Akzidentalien in den Gesellschaftsvertrag nicht entbehrt werden kann [...].“²⁵⁰⁷ Das normative Kriterium der einzelnen Ermächtigungen ist demgemäß nicht die Disponibilität der betreffenden Norm, sondern der *Regelungsort* einer Abweichung von ihr. Der Gesetzgeber wollte nicht Ausnahmen von einem vermeintlichen Grundsatz zwingenden Rechts schaffen, sondern Ausnahmen vom Grundsatz der Vertragsfreiheit in der Ausprägung als grundsätzliche Wahlfreiheit des Regelungsorts (Formfreiheit). Die Ermächtigungen ordnen somit nicht die Disponibilität der betreffenden Normen (konstitutiv) an, sondern setzen sie bereits voraus.²⁵⁰⁸ Die (Folge-)Frage nach dem Regelungsort einer abweichenden Vereinbarung stellt sich nämlich nur, wenn eine abweichende Vereinbarung überhaupt zulässig ist. In diesem Sinne heißt es in der AmtlBegr zu § 3 dGmbHG: „Im Entwurf selbst ist verschiedentlich darauf hingewiesen, daß **Abweichungen von dispositiven Normen des Gesetzes nur durch den Gesellschaftsvertrag festgesetzt werden können** [...].“²⁵⁰⁹ Demgemäß ist jede Norm, die mit einer Ermächtigung ausgestattet ist, notwendigerweise dispositiv, aber nicht jede dispositive Norm enthält eine Ermächtigung (weil nicht jede Abweichung im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden muss). Eine gesetzliche Ermächtigung ist maW eine hinreichende, aber keine notwendige Voraussetzung für die Disponibilität. Das zeigt sich auch daran, dass die gesetzlichen Ermächtigungen nicht nur Abweichungen, sondern auch *Ergänzungen* von Gesetzesbestimmungen gestatten, obwohl sich § 4 Abs 2 GmbHG gar nicht auf Ergänzungen bezieht (arg: „*widersprechen*“) und Ergänzungen auch unstrittig zulässig sind.²⁵¹⁰ Darüber hinaus erheben die Ermächtigungen wie erwähnt auch gar keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Das können sie unter dem Gesichtspunkt der Disponibilität *schon deshalb* nicht, weil sie wie gesagt nur die Folgefrage des Regelungsorts (also einen Teilausschnitt aller dispositiven Normen) regeln. Die Ermächtigungen sind aber nicht einmal in *dieser* Funktion (Kennzeichnung materieller Satzungsbestandteile) taxativ (arg: EBRV: „*da ihre*

2507 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 496.

2508 Vgl zum älteren Aktienrecht bereits *Wenck*, Einberufung 31: „*Sehr oft ist dieser ‚Verweis‘ auf Statutarrecht in Wahrheit nur ein paar gelegentliche Worte, deren ganze Fassung erkennen läßt, daß sie nicht erst ihrerseits die Zulässigkeit von Statutarrecht aussprechen wollen, derartige Zulässigkeit vielmehr bereits voraussetzen.*“

2509 AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3733 (Hervorhebung durch den Verf).

2510 Vgl *U. Torggler*, GesRZ 2010, 185 (187), nach dem § 4 Abs 2 GmbHG zur Zulässigkeit zusätzlicher Regelungen schweige und dieses Schweigen angesichts des Bekenntnisses der Materialien zu weitestmöglicher Gestaltungsfreiheit insofern beredt sei, als zusätzliche Gestaltungen zulässig sind. Vgl idZ auch § 23 Abs 5 Satz 2 dAktG: „*Ergänzende Bestimmungen der Satzung sind zulässig, es sei denn, daß dieses Gesetz eine abschließende Regelung enthält.*“

*Aufzählung an dieser Stelle ebensowenig vollständig sein könnte wie jene des Deutschen Gesetzes“)*²⁵¹¹.

Aus den genannten Gründen kann aus dem Fehlen einer Ermächtigung im Einzelfall nicht auf deren zwingenden Charakter geschlossen werden.²⁵¹² Auch auf die Bedeutung der einzelnen Ermächtigungen werde ich im AG-Teil zur Satzungsstrenge noch näher eingehen.

v. Fazit

§ 4 Abs 2 GmbHG bezieht sich (mit der hM) entgegen dem scheinbar eindeutigen Wortlaut nur auf zwingende Vorschriften. Auch das Fehlen einer § 45 Abs 1 dGmbHG vergleichbaren Vorschrift und die einzelnen Ermächtigungen erlauben keinen Rückschluss auf einen prinzipiell zwingenden Charakter des Gesetzes. Denn § 45 Abs 1 dGmbHG ist nur deklarativ, die einzelnen Ermächtigungen markieren nur materielle Satzungsbestandteile und sind zudem nicht abschließend.

Für die Forschungsfrage bedeutet dieses Auslegungsergebnis, dass die Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen im GmbH-Recht ganz allgemein durch Auslegung des § 25 GmbHG zu ermitteln ist. Wie erwähnt führen die konträren Ansichten zu § 4 Abs 2 GmbHG ohnehin nur im Fall eines argumentativen Patts zu verschiedenen Ergebnissen.²⁵¹³ Ließe sich nicht ermitteln, ob die Geschäftsführerhaftung zwingend oder dispositiv ist (weil es keine Argumente gibt oder sich diese die Waage halten), bliebe es nach der hier vertretenen Auffassung bei der grundsätzlichen Dispositionsfreiheit, während nach der Gegenansicht Indisponibilität²⁵¹⁴ anzunehmen wäre.

2511 EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 56. Die EBRV erklären zwar (nur), dass eine zusammengefasste Auflistung der Ermächtigungen zu Beginn des Gesetzes nicht vollständig sein könnte, weshalb auf eine solche Aufzählung zur Vermeidung von Irrtümern (wohl über die Vollständigkeit) verzichtet wird. Es wäre aber widersinnig, nur wegen der geänderten Regelungstechnik (verstreute statt gesammelter Aufzählung) von der Vollständigkeit der Ermächtigungen auszugehen. Hätte der Gesetzgeber alle diese Normen gekannt, wäre es auf die Regelungstechnik nicht angekommen – dann hätte er sie auch gesammelt aufzählen können. Daher ist mE von Unvollständigkeit auszugehen (*jedenfalls* aber in Bezug auf die hier relevante Disponibilität).

2512 Das Fehlen einer Ermächtigung kann nach dem Gesagten nämlich dreierlei bedeuten. *Erstens*: die Vorschrift ist zwingend (dann stellt sich auch nicht die Frage nach dem Regelungsort einer abweichenden Vereinbarung); *zweitens*: die Norm ist dispositiv und eine Abweichung von ihr nur im Gesellschaftsvertrag zulässig, eine Ermächtigung fehlt aber, weil das Gesetz insofern (bewusst) unvollständig ist; *drittens*: die Norm ist dispositiv und eine Abweichung von ihr auch außerhalb des Gesellschaftsvertrags zulässig.

2513 Vgl U. Torggler, GesRZ 2010, 185 (186). S schon insb Fn 2421 und Fn 2491.

2514 Vgl idS U. Torggler in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Organhaftung 35 (39); s auch Fn 2491.

4. Zum Rückschluss aus § 25 Abs 3 GmbHG auf den zwingenden Charakter des § 25 Abs 2 GmbHG

*Bastuck*²⁵¹⁵ nannte als Argument für die Indisponibilität der Geschäftsführerhaftung die Anordnung des § 43 Abs 3 dGmbHG (unabhängig von den Dispositionsbeschränkungen): Da der Geschäftsführer von diesen Pflichtverstößen nach einhelliger Ansicht nicht freigestellt werden kann, sei es nur konsequent, die allgemeinen und die speziellen Pflichtverstöße „*als in einem Gesichtspunkt wurzelnd gleichzubehandeln*“.²⁵¹⁶ Dieses Argument ist wegen des insoweit gleichen Normaufbaus auch für § 25 GmbHG relevant.

Die Stellungnahme zu diesem Argument kann kurz ausfallen, weil es sich bei der Schlussfolgerung von einer Eigenschaft des Spezialtatbestands (§ 25 Abs 3 GmbHG; arg „*insbesondere*“) auf eine (dieselbe) Eigenschaft des Grundtatbestands (§ 25 Abs 2 GmbHG) um einen (ungültigen) induktiven Schluss handelt. Die Spezialität der Haftungsanordnung gem § 43 Abs 3 dGmbHG (§ 25 Abs 3 GmbHG) besteht gerade darin, dass sie unmittelbar dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger dient, weshalb sich die Dispositionsbeschränkungen für Verzichte, Vergleiche und Weisungen auch nur auf *diese* Pflichtverstöße beziehen. Diese Differenzierung zeigt, dass beide Haftungsanordnungen (Abs 2 und Abs 3) gerade nicht „im selben Gesichtspunkt wurzeln“. Im Gegenteil: Die Dispositionsbeschränkungen legen wie erwähnt²⁵¹⁷ vielmehr im Umkehrschluss die grundsätzliche Disponibilität des Abs 2 nahe.²⁵¹⁸

5. Zu § 84 Abs 4 Satz 3 AktG (Sperrfrist) als Argument für den zwingenden Charakter des § 25 GmbHG

Gegen die Zulässigkeit abstrakter Vorausbeschränkungen der Geschäftsführerhaftung wurde vereinzelt²⁵¹⁹ auch der Vergleich mit dem Aktienrecht, insb mit der Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG (§ 94 Abs 4 Satz 3 dAktG) ins Treffen geführt.²⁵²⁰ Dieses Argument liegt auf den ersten Blick zumindest nicht fern, denn immerhin ist die Sperrfrist im Aktienrecht (neben der Satzungsstrenge) das zentrale Argument gegen die (fast einhellig verneinte) Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen im Voraus. Wenn nämlich

2515 Vgl *Bastuck*, Enthaftung 92.

2516 *Bastuck*, Enthaftung 92; zu Recht abl *Mand*, Geschäftsführerhaftung 122.

2517 S oben S 584 ff.

2518 So auch *Mand*, Geschäftsführerhaftung 122 mit der Ergänzung, die referierte Schlussfolgerung müsste erst dartun, dass die Gründe für den zwingenden Charakter des Spezialtatbestands – nämlich der Kapitalschutz – auch auf den Grundtatbestand zutreffen. Gerade dies sei aber fraglich und erst zu beweisen.

2519 *Ziemons in Oppenländer/Trölitzsch*, GmbH-Geschäftsführung² § 29 Rz 21; anders aber offenbar in der Folgeaufl.

2520 Abl zu Recht *Joussen*, GmbHR 2005, 441 (447); *Schaub*, DSrR 1992, 985 (987).

schon Verzichte und Vergleiche im Nachhinein erst nach fünf Jahren (in Deutschland nach drei Jahren) wirksam geschlossen werden können, müsse es erst recht – so der Größenschluss – unzulässig sein, die Haftung im Vorhinein auszuschließen.

Allerdings zeigt der „Vergleich“ mit dem Aktienrecht in allererster Linie, dass das GmbHG eben gerade keine vergleichbare Sperrfrist enthält. Das Fehlen einer solchen Verfügungssperre im GmbH-Recht spräche dann (insoweit) tendenziell für Dispositionsfreiheit (innerhalb der übrigen Grenzen). Die Sperrfrist in § 84 Abs 4 Satz 3 AktG könnte für die GmbH nur dann Bedeutung haben, wenn man sie analog auf die GmbH anwendet.²⁵²¹ Ein Analogieschluss setzt freilich eine (nachzuweisende) planwidrige Lücke voraus: Die Sperrfrist müsste folglich ihrer gesetzlichen Wertung nach über den (insoweit planwidrig zu eng gefassten) Wortlaut hinaus auch die GmbH erfassen. Andernfalls wäre der (Umkehr-)Schluss zu ziehen, dass die GmbH eben nicht vom Anwendungsbereich der Sperrfrist erfasst sein soll. Die Entscheidung zwischen einem Analogie- und einem Umkehrschluss setzt demnach Gewissheit über die zugrunde liegende Wertung voraus.

An diesem Punkt verlässt man jedoch sicheren Boden, denn das aktienrechtliche Schrifttum versieht die Sperrfrist mit durchaus unterschiedlichen Normzwecken, von denen einige auch tatsächlich rechtsformindifferent wären.²⁵²² Als Vorfrage wäre daher erst der (umstrittene) Normzweck der Sperrfrist zu klären. Darauf wird zwar im aktienrechtlichen Teil der Untersuchung noch genauer eingegangen,²⁵²³ das hier thematisierte Argument eines „Vergleichs“ mit dem Aktienrecht nötigt aber dazu, die Ergebnisse dieser Untersuchung zumindest vergrößert vorwegzunehmen: Wie sich herausstellen wird, lässt sich die Sperrfrist *keinem* der im Schrifttum angebotenen (und auch sonst keinem) Normzweck wertungskonform zuordnen. Die Sperrfrist ist in jeder Hinsicht ein systemwidriger Fremdkörper im Recht der Vorstandschaft. Dieser ernüchternde Befund kann jedoch nicht weiter verwundern, wenn man sich die Genese der Sperrfrist vor Augen führt: Der Gesetzgeber des dAktG 1937 hat die Sperrfrist aus dem damaligen Gründungsrecht (§ 205 dHGB 1897) übernommen (vgl heute § 43 AktG; § 50 dAktG) und auch in den allgemeinen Haftungstatbestand (§ 84 AktG) eingefügt. Im Gründungsrecht schützt die Sperrfrist künftige Aktionäre (Anleger), indem sie Umgehungen der Gründungshaftung durch die Gründer verhindert.²⁵²⁴ Da die Gründer die

2521 Das Argument eines „Vergleichs“ mit dem Aktienrecht dürfte in der Sache auch ein verkappter Analogieschluss sein.

2522 Soweit ersichtlich wird eine analoge Anwendung der aktienrechtlichen Sperrfrist jedoch nicht (auch wenn es der Normzweck grundsätzlich zulassen würde) vertreten. Vielmehr tritt das aktienrechtliche Schrifttum überwiegend (*de lege ferenda*) für eine ersatzlose Streichung der Sperrfrist ein (dazu näher unten S 1065 ff).

2523 Ausf unten S 950 ff.

2524 Zum Normzweck der Sperrfrist schon iZm der Haftungskonzentration oben S 83 ff und zur AG noch unten S 684 ff.

(allein anspruchsberechtigte) Gesellschaft in der ersten Zeit nach der Gründung präsumtiv noch beherrschen und auf diese Weise sich selbst (und die übrigen ersatzpflichtigen Personen) von ihrer Haftung freisprechen könnten (sog „Selbstentlastungen“), schließt das Gesetz Dispositionen der Gesellschaft über Gründungsansprüche so lange aus (Sperrfrist), bis die Aktien (präsumtiv) mehrheitlich an das Publikum übergegangen sind (*tempus clausum*) und die Gesellschaft infolgedessen vom Gründereinfluss befreit ist. Der Gesetzgeber des dAktG 1937 ging davon aus, dass eine solche Verzichts- und Vergleichsbeschränkung auch schon im allgemeinen Haftungstatbestand (§ 84 AktG) enthalten war.²⁵²⁵ Tatsächlich gab es eine solche Bestimmung aber nur im Gründungsrecht (§ 205). Der Gesetzgeber wollte somit nur bereits bestehendes Recht fortführen, hat dabei aber unwissentlich neues Recht geschaffen. Demgemäß verdankt die (allgemeine) Sperrfrist ihre Existenz einem gesetzgeberischen Irrtum.²⁵²⁶ Das erklärt übrigens auch, weshalb das GmbHG keine Sperrfrist enthält: Im GmbHG gab und gibt es nämlich keine gründungsrechtliche Sperrfrist, weil künftige Gesellschafter nach der Wertung (und Zielsetzung) des Gesetzgebers schon durch die Notariatsaktpflicht und den Vertragsmechanismus ausreichend geschützt sind.²⁵²⁷ Folglich konnte eine solche (gründungsrechtliche) Sperrfrist auch nicht – wie im Aktienrecht – irrtümlich verallgemeinert werden.

Für den hier fraglichen Analogieschluss lässt sich somit resümieren, dass die – wie gesagt irrig geschaffene – Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG *keinen* Normzweck hat. Ohne Normzweck kann ein solcher aber auch nicht planwidrig zu eng gefasst (lückenhaft) sein (nach dem Plan des Gesetzgebers dürfte die Sperrfrist vielmehr gar nicht existieren). Eine Analogie scheidet daher mangels Lücke aus. Im Übrigen ist die Sperrfrist nicht nur zwecklos, sondern steht auch in Widerspruch mit anderen, bestehenden aktienrechtlichen Normen und Wertungen (insb den Dispositionsbeschränkungen zugunsten der Gesellschaftsgläubiger und Minderheitsaktionäre), die eine grundsätzliche (und jederzeitige) Verzicht- und Vergleichbarkeit (insb durch die jährliche Entlastung) als Regelungsprämisse voraussetzen. Die Sperrfrist ist ihrem Regelungsmechanismus nach auf die Gründungsverhältnisse zugeschnitten, indem sie künftige Aktionäre vor den (allen) gegenwärtigen Aktionären (Gründern) schützt. Dieser Regelungsmechanismus entbehrt außerhalb der Grün-

2525 Vgl AmtlBegr AktG 1937/1938 181 (abgedr auch bei *Klausing*, AktG 72): „*Verzichte und Vergleiche der Gesellschaft auf entstandene Ersatzansprüche sind, wie nach geltendem Recht, nur unter erschwerten Bedingungen zulässig.*“

2526 Vgl hier nur idS auch *Cahn*, Vergleichsverbote 35 (Fn 76); *Fleischer in Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 277 (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 339 [Stand 01.10.2023]): „*irrig als geltendes Recht deklariert*“; *dens*, AG 2015, 133 (134); *Stölzle*, GesRZ 1979, 22 (25): „*legistischer Fehler*“; *U. Torggler*, GesRZ 2009, 369 (372); *ders* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (48); *Pendl*, Verjährung 110; *dens*, RdW 2018, 275 (277): „*Irrtum*“.

2527 Dazu ausf oben S 127 ff.

dung nicht nur eines Schutzbedürfnisses, sondern führt wegen der Anknüpfung auf ein singuläres fristauslösendes Ereignis (Eintragung) auch zu paradoxen Implikationen (näher dazu im AG-Teil zur Sperrfrist). Aus den skizzierten Gründen ist die Sperrfrist daher nicht nur nicht auf die GmbH (analog) zu übertragen,²⁵²⁸ sondern steht mE auch im Aktienrecht abstrakten Haftungsmilderungen nicht entgegen.²⁵²⁹ Für das GmbH-Recht kann festgehalten werden, dass sich die Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen (nur) nach den schon untersuchten Dispositionsbeschränkungen zum Schutz der Gläubiger und Minderheitsgesellschafter richtet.

6. § 24 Abs 1 Satz 2 VerG als Argument für die (eingeschränkte) Disponibilität des § 25 GmbHG?

Das VerG sieht seit der Vereinsgesetz-Novelle 2011²⁵³⁰ eine gesetzliche Beschränkung der Haftung von Vereinsorganen vor: Nach § 24 Abs 1 Satz 2 VerG haften unentgeltlich tätige Organwalter (und Rechnungsprüfer) eines Vereins nur bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit, wenn nichts anderes vereinbart oder in den Statuten festgelegt ist.²⁵³¹ Soweit ersichtlich, wird diese Bestimmung im Schrifttum nicht für die Zulässigkeit abstrakter Vorausbeschränkungen der Geschäftsführerhaftung herangezogen. Allerdings wird (unabhängig von der Frage der Zulässigkeit privatautonomer Haftungsmilderungen) eine analoge Anwendung des § 24 Abs 1 Satz 2 VerG auf ehrenamtliche Geschäftsführer gemeinnützig tätiger GmbH befürwortet.²⁵³² Diese ginge noch

²⁵²⁸ Aus denselben Gründen spricht die Sperrfrist übrigens auch nicht für ein extensives Verständnis der GmbH-rechtlichen Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG (dazu oben S 303 ff). Gleiches gilt für die aktienrechtliche Parallelnorm des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (dazu unten bei Fn 3345). Vgl hierzu methodologisch Kramer, Methodenlehre⁶ 244 („*Quod vero contra rationem iuris receptum est non est producendum ad consequentias*“: Was wertungsmäßig unvernünftig ist, soll nicht noch weitere Folgerungen haben); vgl auch F. Bydliński, Methodenlehre² 440.

²⁵²⁹ S dazu ausf unten S 1087 ff. Etwas anders liegen die Dinge in Deutschland, weil dort der Gesetzgeber des dAktG 1965 die Sperrfrist auf drei Jahre gekürzt und mit dem Schutz vor übereilten Verfügungen plausibilisiert hat (mE rechtspolitisch fragwürdig) (vgl AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 132 lSp). Die Sperrfrist wird aber (trotzdem) *de lege ferenda* kritisiert, ist (trotzdem) wertungswidersprüchlich und systemwidrig und steht mE ebenso wenig wie die österreichische Parallelnorm abstrakten Haftungsmilderungen entgegen (auch dazu noch ausf unten).

²⁵³⁰ BGBl I 2011/137.

²⁵³¹ Krit etwa Krejci, eolex 2012, 560 ff; vgl auch Saria in FS Melniky 205 ff. S dazu schon S 310 ff iZm § 26 VerG als Argument für den Anwendungsbereich des § 25 Abs 5 und 7 GmbHG. Vgl auch § 31a BGB.

²⁵³² Vgl S.-F. Kraus/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 25 Rz 21, 36 mit Verweis auf EBRV 1503 BlgNR 24. GP 3; Steinacker in Schopper/Weilinger, VerG § 24 Rz 65 (Stand 01.10.2018): ehrenamtliche Tätigkeit und in der Gesamtbetrachtung vereins-

weiter als die bloße Möglichkeit, die Geschäftsführerhaftung privatautonom abzumildern.

Die Haftungsbeschränkung des § 24 Abs 1 Satz 2 VerG hat die Privilegierung des § 24 Abs 1 Satz 2 VerG aF ersetzt, der zufolge die Unentgeltlichkeit der Tätigkeit bei der Beurteilung des Sorgfaltsmaßstabs zu berücksichtigen war.²⁵³³ Die hatte allerdings zu Rechtsunsicherheit geführt und wurde daher als unzureichend empfunden.²⁵³⁴ Die erheblichen Haftungsrisiken, die sich aus der Übernahme von Vereinsfunktionen ergeben, und die Unsicherheit darüber, inwieweit die Unentgeltlichkeit bei der Beurteilung des Sorgfaltsmaßstabs zu berücksichtigen war, standen der Bereitschaft für ein ehrenamtliches Engagement entgegen.²⁵³⁵ Dieses Engagement soll aber gefördert werden, weil Vereine in unserer Gesellschaft wertvolle Gemeinschaftsaufgaben wahrnehmen.²⁵³⁶ Die EBRV nennen soziale und karitative Hilfe, Sport, Kultur, Kunst und zahlreiche gemeinschaftliche Dienste.²⁵³⁷ Die zentralen Kriterien der Haftungsprivilegierung sind somit *Unentgeltlichkeit* der Organ Tätigkeit und *Fremdnützigkeit* der Vereinstätigkeit.²⁵³⁸ Allerdings verlangt § 24 Abs 1 Satz 2 VerG nur die Unentgeltlichkeit der Organtätigkeit, sodass auch die Haftung von (unentgeltlich tätigen) Organwaltern *unternehmerisch* tätiger Vereine für leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen wäre. Da der Anwendungsbereich der Privilegierung damit die zugrunde liegende Wertung überschreitet, ist § 24 Abs 1 Satz 2 VerG mE auf nicht-unternehmerische (ideelle) Vereine teleologisch zu reduzieren.²⁵³⁹ Auch GmbH-Geschäftsfüh-

ähnliche Situation; *ders*, Haftung der Organwalter 226 f; wohl offenlassend *Krejci*, GES 2011, 372 (378).

2533 Rechtfertigung der Privilegierung war nach den EBRV (990 BlgNR 21. GP 40) der Umstand, dass sich Organwalter mit der Übernahme einer Vereinsfunktion noch nicht öffentlich dazu bekennen, über die zur Amtsausübung erforderlichen besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten zu verfügen.

2534 Diese alte Regelung hat sich als unzureichend und als „*Hindernis für ehrenamtliches Engagement*“ herausgestellt, „*weil bei den derzeit geltenden Haftungsregelungen [...] unklar ist, in welchem Ausmaß die Unentgeltlichkeit zu berücksichtigen ist*“ (EBRV 1503 BlgNR 24. GP 2).

2535 EBRV 1503 BlgNR 24. GP 1.

2536 Vgl *Krejci*, GES 2011, 372 (372).

2537 EBRV 990 BlgNR 21. GP 14 („*für unsere Gesellschaft politisch wie wirtschaftlich in höchstem Maß, insbesondere auf den Gebieten der sozialen und karitativen Hilfe, des Sports, der Kultur und Kunst sowie zahlreicher gemeinschaftlicher Dienste wertvollen, ja unverzichtbaren Engagement vieler BürgerInnen in ideellen Vereinen*“). Vgl EBRV aaO 16: „*unverzichtbare Säule unseres Gesellschafts- und Wirtschaftssystems*“.

2538 Vgl auch *Saria* in FS Melnizky 205 (220 f).

2539 Vgl idZ auch *Krejci*, GES 2011, 372 (380 f) mwN, wonach der Entwurf einer VerG-Nov 2011, der nicht nach einer unternehmerischen Tätigkeit des Vereins differenziert, zu einem „*unauflösbaren Wertungswiderspruch*“ führt: „*Wer bei im Wesentlichen gleichartigen Organisationen [gemeint wohl: Kapitalgesellschaften und Vereinen, Anm des Verf] einmal die Unentgeltlichkeit haftungsrechtlich für irrelevant*

rer und Vorstandsmitglieder von AG beziehen mitunter keine Gehälter,²⁵⁴⁰ wenngleich dieser Fall selten sein dürfte.²⁵⁴¹ Kapitalgesellschaften üben aber typischerweise keine altruistischen und sozialfördernden Tätigkeiten aus, die mit jener ideeller Vereine vergleichbar sind.²⁵⁴² Sofern eine Kapitalgesellschaft aber ausnahmsweise doch eine ideelle Tätigkeit ausübt und ihr Leitungsorgan unentgeltlich tätig ist, sprechen mE gute Gründe für eine Analogie. Davon ausgenommen werden müsste aber wohl der im Gläubigerinteresse indisponible Bereich der Haftung (§ 25 Abs 3 GmbHG [analog]).²⁵⁴³ Da diese (gesetzliche) Haftungsbeschränkung aber nur einen schmalen Bereich der Wirtschaftsrealität betrifft, dürfte sie sich auf die hier untersuchte Forschungsfrage (und deren praktische Bedeutung) kaum auswirken.

7. Zwischenergebnis

Nach allgemeinen Regeln (§ 879 ABGB) sind Voraussetzungen über die Haftung für vorsätzliche Schädigung unwirksam (vgl auch § 276 Abs 3 BGB). Darüber hinaus sind die bestehenden (besonderen) Dispositionsbeschränkungen zugunsten der Gesellschaftsgläubiger und Minderheitsgesellschafter auf abstrakte Haftungsmilderungen analog anzuwenden. Demnach sind Haftungsmilderungen im Bereich des § 10 Abs 4 und § 25 Abs 3 GmbHG (analog) gem § 10 Abs 6 bzw § 25 Abs 5 und 7 GmbHG unwirksam, soweit der Ersatz zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist. Außerdem sind Haftungsmilderungen (für alle Ansprüche) unwirksam, wenn eine nach § 48 GmbHG klagsberechtigten Minderheit gem § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG (analog) Widerspruch erhebt oder wenn der Beschluss angefochten wird (zB wegen Treuwidrigkeit). Ob Haftungsmilderungen im verbleibenden Bereich – vor allem unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes – zulässig sind, kann allein aus der Systematik nicht abschließend beurteilt werden.²⁵⁴⁴ Aus dem Fehlen von (weiteren)

erachtet und das andere Mal nicht, einmal eine besonders strenge Haftung für geboten erachtet und das andere Mal für eine Haftungsbegrenzung eintritt, misst mit zweierlei Maß und behandelt Gleiches ungleich, ohne dafür ein einziges überzeugendes Argument zu haben.“

²⁵⁴⁰ Krejci, GES 2011, 372 (378).

²⁵⁴¹ Sarja in FS Melniky 205 (216).

²⁵⁴² Vgl auch Krejci, GES 2011, 372 (378).

²⁵⁴³ Das Vereinsrecht kennt keine vergleichbaren Kapitalschutzvorschriften (s insb schon bei Fn 1320). Trotzdem könnte auch im Vereinsrecht überlegt werden, die Haftungsbeschränkung des § 24 Abs 1 Satz 2 VerG nicht auf jene vereinsrechtlichen Haftungstatbestände anzuwenden (teleologische Reduktion), die iW dem Kapitalschutz entsprechen (Ausschüttung von Vereinsvermögen [s dazu schon Fn 1317]).

²⁵⁴⁴ So schon Heisse, Beschränkung 117; vgl auch Mand, Geschäftsführerhaftung 123, der zufolge die Systematik des § 43 dGmbHG für die Einordnung des § 43 Abs 2 dGmbHG als zwingende Haftungsnorm oder dispositive Vorschrift ohne Bedeutung ist.

Dispositionsbeschränkungen lässt sich nicht auf die Disponibilität der Haftung schließen, denn die bestehenden Dispositionsbeschränkungen gelten nur für Verzichte, Vergleiche und Weisungsbeschlüsse (sowie wirkungsgleiche Geschäfte). Daher muss in einem weiteren Schritt untersucht werden, ob diese Dispositionen einerseits und abstrakte Haftungsmilderungen andererseits wertungsmäßig gleichartig sind. Nur nach Feststellung der wertungsmäßigen Gleichartigkeit dürfte der Schluss gezogen werden, dass auch abstrakte Haftungsmilderungen im selben (Rest-)Bereich nach § 25 Abs 5 und 7 GmbHG *e contrario* wirksam sind. Auch aus dem Fehlen einer Ermächtigung zur statutarischen Abweichung von § 25 GmbHG lassen sich keine Schlüsse ziehen. Denn § 4 Abs 2 GmbHG ordnet entgegen dem Anschein nicht an, dass die Vorschriften des GmbHG grundsätzlich zwingend wären. Auch die aktienrechtliche Sperrfrist (§ 84 Abs 4 Satz 3 AktG) spricht nicht gegen eine Haftungsmilderung. Die gesetzliche Haftungsprivilegierung für ehrenamtliche Organwalter ideeller Vereine (§ 24 Abs 1 Satz 2 VerG) ist analog auf ehrenamtliche Geschäftsführer ideell tätiger GmbH anzuwenden, was allerdings nur in einem schmalen Teilbereich zu einer Haftungsentlastung führt.

F. Teleologische Überlegungen

Da weder der Gesetzeswortlaut noch die Materialien eindeutige Anhaltspunkte enthalten und sich aus den bestehenden Dispositionsbeschränkungen allein kein abschließendes Urteil über die Disponibilität der Geschäftsführerhaftung im Bereich des § 25 Abs 2 GmbHG ableiten lässt, bedarf es weitergehender, wertender Überlegungen.²⁵⁴⁵ Nach einem verbreiteten Diktum ist eine abstrakte Haftungsmilderungen wegen der grundsätzlichen Vertragsfreiheit soweit wirksam, als Drittinteressen (insb Gläubigerinteressen) nicht betroffen sind.²⁵⁴⁶ Diese Formel ist richtig, lässt aber offen, *welche*

2545 Vgl *Kaffiné*, Begrenzung des Haftungsrisikos 134 ff, wonach der Normzweck der entscheidende Argumentationsansatz für die Möglichkeit einer Verschuldensbeschränkung sei. Vgl auch *U. H. Schneider* in FS Werner 795 (804), nach dem die Antwort entscheidend von der Schutzrichtung der Organhaftung abhängt. Vgl auch *Heisse*, Beschränkung 118, demzufolge die teleologische Auslegung das maßgebliche Kriterium sei (wobei dem Willen des historischen Gesetzgebers eine besondere Bedeutung zukomme).

2546 *U. H. Schneider* in FS Werner 795 (809 f); *ders* in *Scholz, GmbHG*¹¹ § 43 Rz 261; *ders*, GmbHR 2005, 1229 (1233); *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck, GmbHG*²¹ § 43 Rz 5; *Lindacher*, JuS 1984, 672 (673 f); *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 484; *Rauter/Ratka* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/278; *Straube/Rauter*, JAP 2007/2008/15, 168 (171); *Ratka/Stöger/Straube/Völkl* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 15 Rz 106 (Stand 01.08.2020); so *arguendo* auch *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 250 (der abstrakte Haftungsmilderungen jedoch generell ablehnt); abl *Heisse*, Geschäftsführerhaftung 121, 123 ff.

Geschäftsführerpflichten (inwiefern) dem Gläubigerschutz dienen.²⁵⁴⁷ Da der (unmittelbare) Gläubigerschutzcharakter der qualifizierten Haftung gem § 25 Abs 3 GmbHG (analog) außer Streit steht, geht es im Kern um den verbleibenden Bereich des § 25 Abs 2 GmbHG, darunter auch die wichtige Pflicht zur sorgfältigen Unternehmensleitung.²⁵⁴⁸ Wie schon oben ausgeführt, muss ausgehend vom Grundsatz der Privatautonomie und angesichts der bestehenden Dispositionsbeschränkungen untersucht werden, ob abstrakte Vorausdispositionen mit den geregelten Dispositionen, die im Bereich des § 25 Abs 2 GmbHG zulässig sind, *wertungsmäßig vergleichbar* sind; genauer: ob der Grund für die (unbedingte) Zulässigkeit jener Dispositionen im Bereich des § 25 Abs 2 GmbHG auch für abstrakte Vorausdispositionen passt. Diesen Grund habe ich oben iZm dem Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG (also der Zulässigkeit der geregelten Dispositionsarten) schon herausgearbeitet.²⁵⁴⁹ Dort wurde festgestellt, dass der Gesetzgeber die Gesellschaftsgläubiger außerhalb des Kapitalschutzes (also im Bereich des § 25 Abs 2 GmbHG) nur *mittelbar* schützt, indem die Gesellschafter durch die zwingende Kapitalaufbringung und -erhaltung, aufgrund derer sie von Veränderungen des Gesellschaftsvermögens am unmittelbarsten betroffen sind, diszipliniert und incentiviert werden, zugleich die Interessen der Gesellschaftsgläubiger wahrzunehmen (Interessenkongruenz). Deshalb können Verzichte, Vergleiche und Weisungsbeschlüsse in diesem Bereich auch gegenüber den Gesellschaftsgläubigern bei Erforderlichkeit zur Gläubigerbefriedigung (unbedingte) Wirkung entfalten. Es bleibt daher zu untersuchen, wie sich abstrakte Haftungsmilderungen *ex ante* in dieses System des mittelbaren Gläubigerschutzes einfügen.²⁵⁵⁰ Die folgende Erarbeitung der eigenen Ansicht beschränkt sich auf den Gläubigerschutz, weil mE (auch) kein anderes Schutzinteresse eine weitergehende Einschränkung der grundsätzlichen Dispositionsfreiheit gebietet. Im Anschluss an die Darstellung der eigenen Ansicht schließt eine Stellungnahme zu den häufigsten Argumenten aus dem Schrifttum, wobei auch zu weiteren Schutzinteressen Stellung bezogen wird und die eigene Ansicht im Dialog mit abweichenden Begründungen stärker konturiert sowie gegen Einwände abgesichert wird.

2547 Vgl auch Janert, BB 2013, 3016 (3017).

2548 Vgl auch U. H. Schneider in FS Werner 795 (810); Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 489.

2549 S oben S 390 ff.

2550 S sogleich unten S 630 ff.

1. Eigene Ansicht

a) *Resümee: Mittelbarer Gläubigerschutz durch typische Interessenkongruenz im Bereich des § 25 Abs 2 GmbHG*

Wie schon oben zu § 25 Abs 5 und 7 GmbHG ausgeführt,²⁵⁵¹ werden die Gesellschaftsgläubiger außerhalb von § 25 Abs 3 GmbHG (analog), dh im Bereich des § 25 Abs 2 GmbHG, nicht *unmittelbar* geschützt, dh durch die zwingende Erhaltung von Ersatzansprüchen *qua* Dispositionsbeschränkungen (§ 25 Abs 5 und 7 GmbHG). Denn diese Dispositionsbeschränkungen beziehen sich nach zutr Ansicht nur auf § 25 Abs 3 GmbHG und weitere Kapitalschutznormen (analog).²⁵⁵² Nur diese Pflichten sind „originäre“ Gläubigerschutzpflichten, die ohne Haftungskonzentration eine Außenhaftung wegen Schutzgesetzverletzung rechtfertigen würden und daher im System der Haftungskonzentration eine zwingende Erhaltung von Gesellschaftsansprüchen im Gesellschaftsvermögen gebieten. Im verbleibenden Bereich (§ 25 Abs 2 GmbHG) werden die Gesellschaftsgläubiger dagegen nur *mittelbar* durch die disziplinierende Wirkung der zwingenden Eigenkapitalisierung geschützt.²⁵⁵³ Da sich Veränderungen des Gesellschaftsvermögens außerhalb der Insolvenz zunächst im Vermögen der Gesellschafter auswirken und jene somit *unmittelbarer* als die Gläubiger betroffen sind (Haftkapital), haben sie typischerweise einen intrinsischen Anreiz, die Geschäftsführer als Verwalter „ihres“ Vermögens zur entsprechenden Sorgfalt anzuhalten und nicht grundlos auf Ersatzansprüche zu verzichten oder deren Entstehung (zB durch Weisung) auszuschließen. Die eigentlich im Innenverhältnis angelegten Sorgfalts- und Verhaltenspflichten sowie die Haftung als Resultat der treuhandartigen Vermögensverwaltung durch den Geschäftsführer kommen dadurch indirekt auch den Gesellschaftsgläubigern zugute.²⁵⁵⁴ Die Kapitalaufbringung und -erhaltung bewirken so eine grundsätzliche Gleichschaltung von Gesellschafter- und Gläubigerinteressen („Interessenkongruenz“). Der Gesetzgeber lässt Dispositionen über die Geschäftsführerhaftung somit (unbedingt) zu, weil sie annahmegemäß zugleich im Interesse der Gesellschaftsgläubiger liegen. Die Geschäftsführerhaftung im Bereich des § 25 Abs 2 GmbHG ist – wie nochmals zu betonen ist – keine originär im Gläubigerinteresse angeordnete Haftung, die mit § 25 Abs 3 GmbHG auf einer Stufe steht, und nur wegen sonst drohender negativer verhaltenssteuernder Effekte zum mittelbaren Schutz „verkommen“ ist.²⁵⁵⁵ Dann müssten sich nämlich auch die Dispositionsbeschränkungen gem

2551 S oben insb S 390 ff.

2552 Dazu ausf oben S 231 ff.

2553 S oben insb S 390 ff.

2554 S schon oben Fn 1638 mwN.

2555 Dagegen hielt noch der Gesetzgeber des AktG 1937/1938 wegen der neugeschaffenen Eigenverantwortlichkeit des Vorstands eine *umfassende* indisponible Haftung (für *omnis culpa*) prinzipiell für gerechtfertigt (dazu krit unten S 819 ff). Davon

§ 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf das noch verträgliche Maß, also auf grobe Fahrlässigkeit außerhalb des Kapitalschutzes (vgl § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG), beziehen (was jedoch wie erwähnt nicht der Fall ist). Diese konzeptionelle Unterscheidung (mittelbarer Schutz oder „unterdrückter“ unmittelbarer Schutz) wirkt sich bei den gesetzlich geregelten Dispositionsarten nicht aus, wäre aber wohl maßgebend für die Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen, weil verhaltenssteuernde Aspekte deren Unzulässigkeit insoweit nicht entgegenstehen würden (anders insb bei der jährlichen Entlastung).

Der mittelbare Gläubigerschutz *qua* grundsätzlicher Interessenkongruenz funktioniert (auch bei Weisungen, Verzichten und Vergleichen) naturgemäß nur *soweit*, als das Eigenkapital als Haftkapital (noch) eine ausreichend hohe Anreizwirkung ausübt.²⁵⁵⁶ Andernfalls wirken sich die Nachteile der Haftungstrennung allein oder überwiegend bei den Gläubigern aus, die Vorteile hingegen bei den Gesellschaftern (Externalisierung). Die Kapitalerhaltungsvorschriften und die Insolvenzantragspflicht berücksichtigen nicht, dass Gläubiger- und Gesellschafterinteressen schon vor Insolvenzreife, wenn das Eigenkapital (das sich als Betriebskapital laufend ändert) bereits dezimiert ist, sukzessive auseinanderdriften und die Interessenkongruenz insoweit bereits geschwächt ist. Deshalb wurde oben²⁵⁵⁷ im Einklang mit dem Schrifttum ein zeitlich bereits vor der Insolvenz ansetzender „risikobezogener Gläubigerschutz“ in Form einer (indisponiblen) Geschäftsführerhaftung für existenzgefährdende Maßnahmen befürwortet, dh für Überschreitungen des „erlaubten“ Risikos, das sich implizit aus dem jeweiligen Eigenkapitalbestand ergibt. Insoweit sind die gesetzlichen Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG analog anzuwenden (unmittelbarer Gläubigerschutz). In dieser „erweiterten“ Gestalt sind die bestehenden Dispositionsbeschränkungen (wie oben²⁵⁵⁸ ausgeführt) auch auf abstrakte Haftungsmilderungen anzuwenden. Da die Interessenkongruenz im verbleibenden Bereich (außerhalb des § 25 Abs 3 GmbHG [analog]) damit annahmegemäß „funktioniert“, ist den Gläubigerinteressen nach der gesetzlichen Konzeption durch den mittelbaren Schutz ausreichend Rechnung getragen.

Daher bleibt, wie eingangs angesprochen, nur noch die Frage zu klären, ob bei abstrakten Vorausdispositionen über die Geschäftsführerhaftung ein *zusätzliches* Gläubigerschutzbedürfnis besteht.

sah er letztlich nur ab (und zog die Grenze bei grober Fahrlässigkeit), weil eine andernfalls überstrenge Haftung die Risikobereitschaft der Vorstandsmitglieder lähmen würde, was nicht zum Vorteil der Gesellschaft wäre.

2556 S dazu schon ausf oben insb S 412 ff.

2557 S 412 ff.

2558 S 575 ff und insb Fn 2344 mwN.

b) Wertungskonformität: umso eher Zulässigkeit abstrakter Voraussetzungen

Die Antwort auf diese Frage ergibt sich nicht aus der Möglichkeit der Gesellschaft, die Haftung durch Weisung, Verzicht oder Vergleich auszuschließen (§ 25 Abs 5 und 7 GmbHG *e contrario*). Dieser Schluss wäre, wie oben²⁵⁵⁹ schon dargelegt, nicht zwingend, weil die gesetzlichen Dispositionsbeschränkungen eben nur Weisungen, Verzichte und Vergleiche (sowie wirkungsgleiche Geschäfte) erfassen. Abstrakte Voraussetzungen sind davon nicht erfasst. Sie wären nur dann in denselben Grenzen zulässig, wenn sie den gesetzlich geregelten Dispositionsarten wertungsmäßig ähnlich wären (was aber jeweils begründet werden müsste). Ebenso wenig ergibt sich eine Antwort auf die hier untersuchte Frage schon allein aus dem Umstand, dass abstrakte Voraussetzungen eine „andere Qualität“ als die gesetzlich geregelten Dispositionen hätten und einer „Einladung“ zu sorglosem Verhalten gleichkämen.²⁵⁶⁰ Denn dieser wirkungsmäßige (faktische) Unterschied muss auch gerade angesichts der zugrundeliegenden Wertung (normativ) derart maßgebend sein, dass er eine rechtliche Verschiedenbehandlung erfordert. Die erstgenannte Argumentation bedeutet eine Unterbewertung, die zweitgenannte eine Überbewertung des faktischen „Qualitätsunterschieds“ der Dispositionen. Richtigerweise kommt es – wie schon zum Bereich des § 25 Abs 3 GmbHG ausgeführt²⁵⁶¹ – nicht auf *irgendwelche* (faktischen) Unterschiede oder Gemeinsamkeiten an, sondern nur auf *wertungsmäßig relevante*.²⁵⁶² Passen also die Gründe, derentwegen der Gesetzgeber außerhalb § 25 Abs 3 GmbHG eine Haftungsfreistellung durch Weisung, Verzicht oder Vergleich gestattet, auch für abstrakte Voraussetzungen über die Haftung? Diese Gründe wurden hier bereits herausgearbeitet: Eine Haftungsfreistellung durch Weisung, Verzicht oder Vergleich ist außerhalb des § 25 Abs 3 GmbHG zulässig, weil diese Dispositionen zunächst im Vermögen der Gesellschafter (Eigenkapital) spürbar werden. Da die Gesellschafter dadurch im Gläubigerinteresse diszipliniert werden („Interessenkongruenz“), liegen ihre Dispositionen nach der gesetzlichen Annahme zugleich im Gläubigerinteresse (mittelbarer Gläubigerschutz). Für die wertungsmäßige Ähnlichkeit kommt es somit darauf an, ob abstrakte Voraussetzungen dieselbe Wirkung entfalten. Anders formuliert: Der Regelungsmechanis-

2559 S 584 ff.

2560 Zu diesem Argument noch näher unten S 649 ff.

2561 S dazu oben S 575 ff insb bei Fn 2364.

2562 Vgl Larenz, Methodenlehre⁶ 381, wonach die Tatbestände „gerade in den für die rechtliche Bewertung maßgebenden Hinsichten übereinstimmen [müssen]“. Vgl auch Engisch, Einführung¹² 88 (nicht irgendeine, sondern eine *wesentliche* Abweichung des fraglichen Sachverhalts von den erfassten Fällen). Vgl auch RS0008864 (insb T1); RS0008826 („in den maßgeblichen Voraussetzungen“; „in den wesentlichen Wertungen“).

mus des mittelbaren Gläubigerschutzes, nämlich das disziplinierte Risikoprofil der Gesellschafter, muss auch abstrakte Vorausdispositionen erfassen.

Tatsächlich unterliegt auch eine Entscheidung der Gesellschafter über die abstrakte Festlegung der Haftungsvoraussetzungen im Vorhinein *derselben* disziplinierenden Wirkung.²⁵⁶³ Denn auch die Folgen einer abstrakten Haftungsmilderung im Vorhinein wirken sich zuerst und unmittelbar bei den Gesellschaftern aus, weil sich dadurch außerhalb der Insolvenz ihr Residualanspruch aliquot mindert. Der gesetzliche Binnensteuerungsmechanismus wird durch abstrakte Vorausdispositionen also nicht kompromittiert. Mehr noch: Wenn die Gesellschafter wegen ihres „Eigenopfers“ schon vor *Ex-post*-Dispositionen (Verzicht oder Vergleich) und vor *konkreten* Vorausdispositionen (Weisung oder Ermächtigung) zurückschrecken, werden sie doch *umso weniger* den Geschäftsführer im Vorhinein durch *abstrakte* Haftungsmilderungen ohne guten Grund von der Haftung entbinden, weil solche Dispositionen für sie gefährlicher sind. Den oben referierten (nur auf den ersten Blick paradox erscheinenden) Argumenten²⁵⁶⁴, wonach aus der Zulässigkeit von Verzichten, Vergleichen und Weisungsbeschlüssen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG *e contrario* folge, dass abstrakte Haftungsmilderungen *erst recht* zulässig sind, ist daher durchaus etwas abzugewinnen. Die Überlegung, dass die vergleichsweise stärker einschneidenden Folgen, dh die oft betonte „andere Qualität“ abstrakter Vorausdispositionen, im Gläubigerinteresse weitere Einschränkungen der Verfügungsbefugnis erfordern,²⁵⁶⁵ scheint intuitiv vielleicht plausibel, erweist sich aber angesichts des (bloß) mittelbaren Schutzes als Trugschluss. Gerade *weil* es sich dabei für die Gesellschafter aufgrund der höheren Wirkungsintensität um die gefährlichere Disposition handelt, sind die Gläubiger mitgeschützt. Der mittelbare Gläubigerschutzmechanismus ist daher erst recht ausreichend. Die größere Gefahr von Vorausdispositionen ist nur insofern relevant, als solche Dispositionen in Bezug auf Ansprüche wegen vorsätzlicher (und krass grob fahrlässiger) Schädigung gem § 879 ABGB unwirksam sind (vgl auch § 276 Abs 3 BGB). Dadurch werden die Gesellschafter primär „vor sich selbst“ geschützt,²⁵⁶⁶ mittelbar, nämlich über den Mechanismus des mittelbaren Gläubigerschutzes, werden aber auch die Gesellschaftsgläubiger mitgeschützt. Der Gläubigerschutz erfordert insofern nicht mehr, als der Gesellschafterschutz ohne Rücksicht auf Gläubigerinteressen erfordern würde.

Da das Gläubigerinteresse nach der gesetzlichen Konzeption aufgrund der Hemmwirkung der Kapitalbindung somit im Gesellschafterinteresse „auf-

2563 Ähnlich wohl Janert, BB 2013, 3016 (3017), wonach die Entscheidung darüber, ob und in welchem Umfang die Haftung des Geschäftsführers im Vorhinein reduziert werde, derselben Sorgfalt der Gesellschafter unterliege wie die Entlastung oder ein Verzicht.

2564 S die Nw oben in Fn 2372.

2565 So zB Heisse, Beschränkung 114; s schon die Nw oben in Fn 2644.

2566 Vgl zum Schutz vor „intertemporaler“ Freiheitsbeschränkung auch Möslein, Dispositives Recht 171.

geht“, ²⁵⁶⁷ werden die Gesellschafter die Geschäftsführer präsumtiv nur *soweit* im Voraus von der Haftung entbinden, wie die Haftung *de lege lata* (auch) aus Sicht der Gesellschaftsgläubiger nachteilig streng ist. Soweit die Interessenkongruenz „funktioniert“ (was bereits durch die analoge Verbreiterung der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf risikobezogenen Gläubigerschutz gewährleistet ist), liegt eine von den Gesellschaftern beschlossene abstrakte Haftungsmilderung somit annahmegemäß auch im Gläubigerinteresse. Zu kurz greift daher etwa auch der Einwand, durch eine vertragliche Haftungsmilderung werde der Haftungsfonds der Gläubiger gemindert; das ist zwar richtig, *primär* wird dadurch aber zunächst das Eigenkapital gemindert, was die Gesellschafter nicht ohne guten Grund (und damit auch unter Wahrung der Gläubigerinteressen) in Kauf nehmen werden. Soweit die Anreizwirkung der Eigenkapitalisierung auf Gesellschafterebene ausreicht, ist ein Eingriff im Funktionsbereich dieses Schutzkonzepts „von außen“ – in Form eines (zusätzlichen) Gläubigerschutzes wegen der Eigenart abstrakter Voraussdispositionen – daher nicht erforderlich. ²⁵⁶⁸ Ansatzpunkt und Stellschraube für den Gläubigerschutz nach der gesetzlichen Konzeption ist (auch bei abstrakten Haftungsmilderungen) nicht irgendein starr festgelegtes Haftungsniveau, das immer willkürlichen Charakter hätte und nicht in allen Fällen passen würde, sondern – gleichsam eine Ebene darüber – die ausreichende Anreizsetzung auf Gesellschafterebene, die sich dann auch im Umgang der Gesellschafter mit der Geschäftsführerhaftung fortsetzt und dadurch mittelbar und dynamisch-situativ zugleich die Interessen der (insoweit weniger stark betroffenen) Gesellschaftsgläubiger wahrt. Ganz in diesem Sinne wird auch im Schrifttum vereinzelt gefordert,

²⁵⁶⁷ S oben S 390 ff insb bei Fn 1592 und die dort zitierten Nw.

²⁵⁶⁸ Im Zusammenhang mit einer möglichen Dysfunktionalität der Interessenkongruenz wendet Haas (Geschäftsführerhaftung 296 ff) gegen die mit der Weisungsbefugnis begründete Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen ein, dass die mit dem Sorgfaltsmaßstab gem § 43 Abs 1 dGmbHG vergleichbare Verhaltenssteuerung, die bei einer Gesellschafterweisung stattfinde, bei abstrakten Haftungsmilderungen fehle. Bei Weisungen werde nämlich nur ein inhaltliches Element der Verhaltenssteuerung durch ein anderes, verfahrensrechtliches ersetzt: Misstrauen, Missgunst und die Angst vor Übervorteilung unter den Gesellschaftern sei eine Garantie – auch für die Gläubiger – für die Richtigkeit und Vertretbarkeit der beschlossenen Maßnahme. Der inhaltliche Sorgfalts- und Verhaltensmaßstab des § 43 Abs 1 dGmbHG ent falle bei Weisungen nicht ersatzlos, sondern setze sich vielmehr im „sozialen Rollenverhalten“, dh in der „*interessenausgleichenden Mehrheitsbildung*“ unter den Gesellschaftern, in veränderter Form fort (aaO 297). Die durch das Stimmverbot und die Treuepflicht der Gesellschafter erfolgende Steuerung im mittelbaren Gläubigerinteresse ent falle bei abstrakten Haftungsmilderungen ersatzlos. Oben (bei Fn 1659) habe ich bereits begründet, dass eine allfällige Interessenförderungswirkung des Minderheitenschutzes mE nicht als originärer Gläubigerschutz intendiert ist, sondern allenfalls eine Reflexwirkung ist. Im Übrigen trifft es mE nicht zu, dass die beschriebenen Mechanismen bei abstrakten Haftungsmilderungen zur Gänze entfallen, zumindest dann nicht, wenn man als Grundlage solcher Verfügungen gem § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG (analog) (§ 46 Nr 8 dGmbHG) einen Gesellschafterbeschluss voraussetzt.

dass die Entscheidung über eine Freizeichnung von der Haftung (auch für grobe Fahrlässigkeit) allein den Gesellschaftern überlassen sein soll, weil diese wegen ihrer Nähe zum Unternehmen und als unmittelbar wirtschaftlich Betroffene am besten in der Lage sind, eine sachgerechte (und damit auch volkswirtschaftlich sinnvolle) Lösung zu finden.²⁵⁶⁹ In diesem Sinne hat etwa *Fastrich*²⁵⁷⁰ (zum Mehrheitsprinzip) formuliert, dass die „Selbstbetroffenheit“ in der Privatautonomie immer noch der beste Garant für Sachgerechtigkeit sei, nicht die richterliche Vormundschaft. Die Rechtsprechung wisse nämlich idR auch nicht besser, was im Gesellschaftsinteresse liegt, als die unmittelbar selbst betroffenen Gesellschafter.

Zu wenig gewürdigt wird mE auch der (praktische) Umstand, dass die Gesellschafter in aller Regel wohl ohnehin kein Bedürfnis haben werden, einen maximal zulässigen Haftungsausschluss auch für grob fahrlässige Pflichtverletzungen (dh bis zur allgemeinen Vorsatzgrenze) zu vereinbaren, sondern vielmehr eher eine Freizeichnung etwa für leichte Fahrlässigkeit vorziehen werden.²⁵⁷¹ Die Gesellschafter werden eine Haftungsbeschränkung sinnvollerweise nur sofern und soweit gewähren, wie es nötig ist zur Bekämpfung des Umstands, dass eine überstrenge Haftung die Geschäftsführer zu einem risikoaversen Vermeidungsverhalten animiert. Eine Haftungsfreizeichnung auch bei grober Fahrlässigkeit wird dafür typischerweise nicht nötig sein, weil derart schwere Verfehlungen („ungewöhnliche und auffallende Sorglosigkeit“)²⁵⁷² vergleichsweise einfach abgrenzbar und daher vermeidbar sind.^{2573, 2574} Das will freilich

2569 Vgl *Janert*, BB 2013, 3016 (3019); *Werner*, GmbHR 2014, 792 (796) mwN; vgl auch (jew für die AG) *Paefgen*, AG 2014, 554 (570); *Nicolussi*, Satzungsstrenge 179; *Walter Doralt*, GesRZ 2019, 213 (215).

2570 *Fastrich*, Funktionales Rechtsdenken 20 f.

2571 Vgl *Janert*, BB 2013, 3016 (3020): in der Praxis relevanter, weil interessengerechter für beide Seiten; ähnlich wohl *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 119 ff.

2572 Statt vieler nur *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 1294 Rz 66 mwN.

2573 IdS auch *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 121.

2574 Diese Annahme liegt übrigens auch § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG zugrunde: Der Gesetzgeber des dAktG 1937 (und schon zuvor der Reformgesetzgeber von 1884 auf Basis des ROHG-Gutachtens) haben die im Gläubigerinteresse indisponible Vorstandshaftung außerhalb der Kapitalschutzvorschriften mit grober Fahrlässigkeit begrenzt, weil sie erkannt haben, dass eine Aufrechterhaltung auch von Ersatzansprüchen wegen bloß leicht fahrlässiger Geschäftsführung die Risikobereitschaft der Vorstandsmitglieder beeinträchtigen würde. Vgl insb AmtlBegr AktG 1937/1938 180 (abgedr auch bei *Klausning*, AktG 71): „Diese Einschränkung des Verschuldensmaßstabs [sc auf grobe Fahrlässigkeit außerhalb des Kapitalschutzes] ist notwendig, da es sich bei den anderen als den in § 84 Abs. 3 genannten Fällen meist um Obliegenheitsverletzungen handeln wird, die im Bereich der Geschäftsführung liegen. Eine unmittelbare Haftung gegenüber den Gläubigern auch in diesem [sic] Fällen für leichtere Verletzungen der Sorgfaltspflicht eintreten zu lassen, würde auf das Verantwortungsbewusstsein des Vorstands lähmend wirken und nicht dem Vorteil der Gesellschaft dienen.“ Ausf dazu schon insb oben S 288 ff. Es könne nicht gefordert werden, „daß

nicht heißen, dass der kategorische Ausschluss der Geschäftsführerhaftung für leichte Fahrlässigkeit (allein) der „Königsweg“ der Haftungsbeschränkung wäre. Da nämlich die Latte der groben Fahrlässigkeit sehr hoch liegt,²⁵⁷⁵ sollte überlegt werden, ob die Enthftung für den gesamten Bereich der leichten Fahrlässigkeithaftung, in dem sich ein großer Teil der Organhaftung praktisch abspielen dürfte,²⁵⁷⁶ nicht über das Ziel hinausschießt. Eine unzureichende Haftungsdrohung birgt die Gefahr, dass zwar die Risikoaversion aufgrund der (ursprünglich) existenzvernichtenden Haftungsdrohung überwunden wird, aber zugleich die gewünschte Risikoneutralität in eine irrationale Risikoaffinität umschlägt, weil der Geschäftsführer das Haftungsrisiko (teilweise) nicht mehr trägt und daher zu geringe Sorgfaltsaufwendungen tätigen wird. Auch dieses Ergebnis läge natürlich nicht im Interesse der Gesellschaft(er) und ihrer Gläubiger; es entspräche auch nicht der volkswirtschaftlichen Zielsetzung haftungsbeschränkter Rechtsformen (Überwindung der Risikoaversion natürlicher Personen zur Schaffung eines optimalen, risikoneutralen Investitionsanreizes)²⁵⁷⁷.²⁵⁷⁸ Andererseits könn-

die Mitglieder des Vorstandes sich ungeachtet der ihnen von der Gesellschaft erteilten Entlastung noch nach Jahren Gläubigern gegenüber wegen ihrer Geschäftsführung verantworten sollen.“ (AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 509). Auch dieser Wertung liegt erkennbar der Gedanke zugrunde, dass ein grob fahrlässiger Pflichtverstoß für das jew Organmitglied leichter erkennbar ist, weshalb eine spätere Inanspruchnahme (hier im Insolvenzfall) weniger überraschend käme als bei einer leicht fahrlässigen Pflichtverletzung. Da aufgrund der geänderten Verhältnisse (insb höheres Haftungsrisiko, gesteigerte Durchsetzungsneigung; näher zu den Ursachen in der Einleitung oben S 3 ff mwN) nicht mehr nur die Erhaltung von Ersatzansprüchen zugunsten der Gläubiger für den Insolvenzfall (§ 25 Abs 5 und 7 GmbHG, § 84 Abs 5 Satz 3 AktG) die Risikobereitschaft der Organmitglieder mindert, sondern bereits die Entstehung von Ansprüchen, scheint es naheliegend anzunehmen, dass auch dieses Problem durch eine Entlassung aus der Haftung für leichtes Verschulden in den Griff zu bekommen ist. Die indisponible Erhaltung von Ersatzansprüchen wegen leicht fahrlässiger Schädigung (außerhalb des Kapitalschutzes) für die Gläubiger im Insolvenzfall schafft wohl va durch die mögliche Kumulation mehrerer Ansprüche über Jahre hinweg und durch Beweisschwierigkeiten im Zeitablauf ein unzumutbares Haftungsrisiko für die Organmitglieder. Heute ist es dagegen – und insofern haben sich die Umstände wohl geändert – möglich, dass bereits ein einzelner Schadensfall eine unzumutbare, weil existenzbedrohende Haftung auslöst.

2575 Grobe Fahrlässigkeit wird definiert als eine Sorgfaltswidrigkeit, die so schwer wiegt, dass sie einem ordentlichen Menschen in dieser Situation keinesfalls unterlaufen würde, also eine „*ungewöhnliche und auffallende Sorglosigkeit*“, ein „*extremes Abweichen von der gebotenen Sorgfalt*“. Vgl statt vieler nur Karner in KBB⁷ § 1294 Rz 11 mwN.

2576 Vgl idS und mit beachtlichen Argumenten Kutscher, Organhaftung 244 f; vgl auch Binder, Grenzen 450 f; allg krit gegenüber einer Haftungsmilderung wegen der Anreizwirkung, übertrieben große Risiken einzugehen etwa Fehrenbach, AG 2015, 761 (773); aus ökonomischer Sicht auch Scholl, Vorstandshaftung und Vorstandsermessens 129 f.

2577 Näher oben S 382 ff.

2578 S auch schon einleitend oben S 14 ff.

te aber wohl auch zu bedenken sein, dass die Schadensvermeidungskosten ohnehin von der Gesellschaft getragen werden, sodass die Organmitglieder aus einer Verminderung dieser Kosten keinen (zumindest) unmittelbaren Vorteil zögen (allenfalls mittelbar, soweit sie am Unternehmenserfolg partizipieren).²⁵⁷⁹ Freilich besteht die Aufgabe der Geschäftsleiter nicht bloß darin, Schäden von der Gesellschaft abzuwenden. Aber auch bei der laufenden Geschäftsführung könnte man zumindest überlegen (und bei einer Haftungsbeschränkung berücksichtigen), ob und inwieweit vielleicht andere, nicht-monetäre intrinsische Anreizmechanismen (insb die eigene Reputation am Arbeitsmarkt) die Organmitglieder – auch ohne (funktionierende) Haftung – auf das Gesellschaftsinteresse (und nach der gesetzlichen Wertung auch das Gläubigerinteresse) disziplinieren.²⁵⁸⁰ Demnach wären die Haftungskonsequenzen uU gleichsam asymmetrisch, weil eine (zu) milde Haftung der Gesellschaft vielleicht weniger schaden würde als eine (zu) strenge. Die vorliegende Untersuchung muss sich in diesem Punkt freilich auf Denkanstöße beschränken, denn letztlich handelt es sich bei den Auswirkungen der Haftung auf menschliches Verhalten um eine empirische Frage, die hier nicht abschließend beantwortet werden kann.²⁵⁸¹ Daher zurück zu den möglichen Ausgestaltungen einer Haftungsbeschränkung: Neben einer Haftungsbeschränkung auf Verschuldensgrade (grobe Fahrlässigkeit) scheint die Vereinbarung bestimmter Haftungshöchstsummen²⁵⁸² oder einer „Billigkeitsklausel“ (etwa ein Mäßigungsrecht nach dem Vorbild des DHG) erwägenswert, um den Risikoanreiz der Geschäftsführer richtig auszutarieren. Derartige Lösungen können den Vorteil haben, dass zielgenau die Ursache des Problems (die Überbewertung drohender Schäden/Nachteile aufgrund der antizipierten Exis-

2579 Vgl etwa *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 113; vgl idZ auch *A. Arnold*, Steuerung 171 (referierend), wonach eine Abschreckung durch Haftung gerade im Hinblick auf die Sorgfaltspflicht (anders als bei der Treuepflicht) weniger wichtig sei, weil der Vorstand durch unsorgfältiges Verhalten keine wesentlichen Gewinne erzielen könne.

2580 Vgl etwa *Bernhardt/Witt*, ZfB 1999, 825 (834). Danach haben umfangreiche empirische Studien zur Risikoeinstellung von Managern (unter anderem) gezeigt, dass die Risikoeinstellung von Managern verschiedenen Einflussfaktoren unterliegt. Dazu gehören neben dem persönlichen Verlustrisiko des/der Manager (s nächste Fn) auch situative Faktoren (Stimmung, Formulierung des Entscheidungsproblems, anstehende Beförderungen etc). Vgl auch *Guntermann*, Haftungsbeschränkung 46 mwN; *Schug*, Risikoeinschränkung 46 ff; *Bachmann*, ZIP 2017, 841 (849); *Fleischer* in BeckOGK AktG § 93 Rz 8 mwN (Stand 01.10.2023).

2581 Vgl aus empirischer Sicht etwa *Bernhardt/Witt*, ZfB 1999, 825 (834) mwN (darauf hinweisend *Brommer*, Die Beschränkung 82; *ders*, AG 2013, 121 [123]), nach denen empirische Studien zur Risikoeinstellung von Managern (unter anderem) ergeben haben, dass Manager umso risikofreudiger agieren, je weniger sie persönlich zu verlieren haben.

2582 Diese Lösung ähnelt funktionell der gesetzlichen Regelung auf Gesellschafterebene, wo der Gesetzgeber nur einen abgegrenzten Vermögensteil („Eigenopfer“) dem unternehmerischen Risiko unterwirft.

tenzvernichtung) bekämpft würden, ohne den Anreiz zur Tätigkeit von Sorgfaltsaufwendungen zu beseitigen (s dazu oben).²⁵⁸³ Denkbar (und zur Feinststeuerung wohl auch notwendig) ist auch eine Kombination mehrerer Steuerungsinstrumente^{2584, 2585}. Die vorliegende Untersuchung muss sich freilich auch in diesem Punkt zwangsläufig auf Gedankenanstöße beschränken. Letztlich kann es aber immer nur darum gehen, die Haftung so zu modifizieren, dass von ihr die gewünschten Verhaltensanreize für die Geschäftsführer ausgehen. Das will heißen: Die Haftung darf nicht (wie derzeit der Fall) so streng sein, dass sie Risikoaversion schürt, sie darf aber auch nicht so stark gemildert werden, dass sie überbordender Risikofreude Vorschub leistet. Es gilt, die Balance der Risikoneutralität zu finden. Die Geschäftsführer sollen möglichst ohne Verzerrungen die Erwartungswerte von Ein- und Auszahlungen in ihre Beurteilung einbeziehen. Die in diesem Sinne optimale Feinststeuerung der Haftung obliegt jedoch – jedenfalls im geltenden Haftungssystem – nicht dem Gesetzgeber, weil dieser bereits die Gesellschafter durch das zwingende Eigenkapitalsystem im Umgang mit dem Gesellschaftsvermögen diszipliniert und dadurch (annahmegemäß) zur Risikoneutralität anhält. Und die Gesellschafter haben wie erwähnt einen intrinsischen Anreiz, ihr Risikoprofil an die Gesellschaftsorgane weiterzugeben, indem sie zB privatautonom entsprechende Haftungsvoraussetzungen festlegen. Geht man davon aus, dass der Gesetzgeber mit der Vermögensbindung auf Gesellschafterebene die richtigen, dh volkswirtschaftlich für haftungsbeschränkte Rechtsformen zweckmäßigen, Verhaltensanreize setzt, kann den Gesellschaftern die autonome Entscheidung über die konkrete Ausgestaltung der Haftungsvoraussetzungen überlassen werden. Was auch immer sie unter dem disziplinierenden Einfluss der Vermögensbindung zur Wahrung ihres eigenen monetären Interesses vereinbaren (innerhalb der sonstigen Dispositionsschranken), liegt dann nach der gesetzlichen Konzeption annahmegemäß auch im Interesse der Gläubiger und entspricht zugleich der volkswirtschaftlichen Zielsetzung. Den Gläubigern ist daher am besten durch die „Selbsthilfe“ der Gesellschafter geholfen (denen freilich auch zur Wahrung ihrer eigenen Interessen fachkundiger Rat bei der Ausformulierung von Haftungsbeschränkungsvereinbarungen zu empfehlen ist). Wegen dieser konzeptionellen Kongruenz individueller und kollektiver Interessen kann auch die konkrete Ausgestaltung und Formulierung einer zweckentsprechenden Haftungsbeschränkungsvereinbarung hier dahinstehen. Die vorliegende Untersuchung befasst sich vielmehr

2583 Der Nachteil liegt freilich in der Schwierigkeit, die Haftungshöchstsumme richtig zu bestimmen, um das gewünschte Risikoprofil zu erhalten.

2584 Bspw ein Haftungsausschluss für leichteste Fahrlässigkeit (*culpa levissima*) – eine Verschuldenskategorie, die bereits aus § 2 Abs 3 DHG („entschuldbare Fehlleistung“) bekannt ist (vgl nur *Windisch-Graetz* in *ZellKomm*³ § 2 DHG Rz 25 ff) – und eine Haftungsbeschränkung auf bestimmte Höchstsummen oder eine Billigkeitsklausel im verbleibenden Bereich der leichten (mittleren) Fahrlässigkeitshaftung.

2585 *De lege ferenda* etwa *Spindler*, AG 2013, 889 (895).

primär mit den Disponibilitätsgrenzen in der Organhaftung. Insoweit ist noch einmal hervorzuheben: *In puncto* Gläubigerschutz manifestiert sich die Grenzlinie nicht in konkreten Vorgaben für die Haftungsvoraussetzungen auf Organebene (zB bestimmte Verschuldensgrade), sondern darin, dass der Gesetzgeber schon auf Gesellschafterebene mit der disziplinierenden Anreizwirkung der Vermögensbindung Bedingungen schafft, unter denen die Gesellschafter die Haftungsvoraussetzungen autonom in der gewünschten Weise definieren, weshalb wiederum die Organhaftung für sie unter Gläubigerschutzgesichtspunkten disponibel sein kann. Die Ausgestaltung der Haftungsvoraussetzungen kann deshalb im Einzelnen der Kautelarjurisprudenz überlassen werden. Diese kann sich dabei jedoch an den bestehenden Untersuchungen und Reformvorschlägen zu einer Haftungsbeschränkung *de lege ferenda* orientieren,²⁵⁸⁶ weil diese Untersuchungen auf denselben Überlegungen zu einem sachgerechten Haftungsniveau basieren.

Um in diesem Punkt nicht missverstanden zu werden: Die Gesellschafter können die Geschäftsführerhaftung bis zur Vorsatzgrenze (zur Gänze) ausschließen; eine solche Vereinbarung wäre wirksam. Der gesetzliche (mittelbare) Gläubigerschutz beschränkt sich darauf, die Gesellschafter durch das Abverlangen eines „Eigenopfers“ in eine (den Gläubigern vergleichbare) solche Position zu versetzen, in der sie in ihrem eigenen Interesse (und damit im Interesse der Gläubiger) eine sachgerechte Entscheidung treffen – und diese Entscheidung wird typischerweise nicht in einer *maximalen* Haftungsbefreiung bestehen. Sollte sich herausstellen, dass Gesellschafter gehäuft Haftungsbeschränkungen vereinbaren, die nach den konkreten Umständen nicht zur Zielerreichung (Risikoneutralität) erforderlich sind,²⁵⁸⁷ wären daher systemkonform nicht jene konkreten Vereinbarungen kritisch zu hinterfragen, sondern gleichsam eine Stufe davor, ob das geltende Eigenkapitalsystem (noch) die richtigen Anreize setzt (wobei nachträgliche Risikoüberschreitungen durch die Haftung für existenzgefährdende Maßnahmen aufgefangen werden kön-

2586 Vgl (va zur Vorstandshaftung, für die eine Haftungsmilderung *de lege lata* überwiegend verneint wird) monographisch etwa Kilian, Reform der existenzvernichtenden Vorstandshaftung (2017); P. Scholz, Die existenzvernichtende Haftung von Vorstandsmitgliedern in der Aktiengesellschaft (2014) 351 ff; Kutscher, Organhaftung als Instrument der aktienrechtlichen Corporate Governance (2017); Binder, Grenzen der Vorstandshaftung (2016); vgl im Übrigen auch die Nw in Fn 4178.

2587 Vereinzelt auftretende unzumutbare Haftungsbeschränkungsvereinbarungen können dagegen als systemimmanent hinzunehmen sein. Denn auch bei unbeschränkter Haftung (dh ohne ausgeschlossene Gesellschafterhaftung) ist es möglich, dass ein Schuldner seine eigenen Interessen mitunter nicht ausreichend wahrt (ob gewollt oder ungewollt). Auch bei unbeschränkter Haftung kann ein Gläubiger an einen unverünftigen Schuldner mit Selbstschädigungstendenzen geraten. Insofern handelt es sich nicht um ein Problem der Haftungstrennung und der damit verbundenen „Simulation“ der unbeschränkten Haftung in (nur) einem Teil des schuldnerischen Vermögens, sondern um das allg Lebensrisiko eines jeden Gläubigers.

nen)^{2588, 2589} Die einzelnen Vereinbarungen einer Haftungsbeschränkung mit den Gesellschaftsorganen sind lediglich die symptomatische Manifestation und „Verlängerung“ des Risikoprofils der Gesellschafter.

c) Fazit

Unter dem Aspekt des Gläubigerschutzes steht es den Gesellschaftern frei, außerhalb des § 25 Abs 3 GmbHG (analog) nicht nur durch Verzicht, Vergleich oder Weisung über die Geschäftsführerhaftung zu disponieren, sondern bis zur allgemeinen Sittenwidrigkeitsgrenze (Vorsatz und uU krass grobe Fahrlässigkeit) auch im Vorhinein durch einen abstrakten Ausschluss oder eine Beschränkung der Haftung. In diesem Bereich werden die Gläubiger (nur) mittelbar kraft typischer Interessenskongruenz aufgrund der disziplinierenden Wirkung der Eigenkapitalisierung geschützt. Dieser Mechanismus greift auch bei abstrakten Haftungsmilderungen. Auch sie werden zunächst im Eigenkapital spürbar und unterliegen somit aufgrund der Kapitalbindung derselben Hemmwirkung, wie die gesetzlich geregelten Dispositionen (wertungsmäßige Ähnlichkeit) – wegen der höheren Wirkungsintensität („Enthaltungsintensität“) abstrakter Vorausdispositionen ist die Hemmwirkung sogar höher, weshalb abstrakte Vorausdispositionen im System des mittelbaren Gläubigerschutzes *umso eher* zulässig sein müssen. Daher liegt nach der gesetzlichen Annahme auch eine von den Gesellschaftern beschlossene Haftungsmilderung zugleich im Gläubigerinteresse. Weitere Schutzinteressen, die eine Einschränkung der Dispositionsfreiheit jenseits der oben schon genannten bestehenden Schranken gebieten würden, sind nicht in Sicht.

2588 S dazu schon oben S 412 ff.

2589 S auch oben S 390 ff insb bei Fn 1624 ff zu dem (mittlerweile) geringen Mindestkapital und den (ebenso geringen) Mindesteinlagepflichten, die angesichts der dokumentierten gesetzlichen Konzeption (mittelbarer Gläubigerschutz durch Disziplinierung der Gesellschafter) nicht mehr systemkonform sind. Sollten sich diese geringen Beträge nachteilig auf das Risikoprofil der Anteilseigner auswirken (was mE faktisch wohl nicht der Fall sein dürfte [s oben Fn 1628]) und diese daher die Organmitglieder durch (überschießende) Haftungsbeschränkungsvereinbarungen zur Risikoaffinität anhalten wollen (was aber ebenfalls fraglich sein könne [s oben bei Fn 2579 und auch unten bei Fn 3277]), wäre entweder – insoweit systemimmanent – die nötige Disziplinierung der Gesellschafter etwa durch eine Durchgriffshaftung (insb wegen existenzgefährdender Maßnahmen [s Fn 1611 f]) korrigierend wiederherzustellen oder aber tatsächlich die Organpflichten (Sorgfaltspflicht und korrespondierende Haftung) als im Gläubigerinteresse angeordnet zu begreifen. Ohne belastbare Belege für eine Dysfunktionalität des geltenden Systems sollte dies aber nicht angenommen werden.

2. Einzelargumente und Stellungnahme

In der Lit werden verschiedene Normzweckhypothesen mit unterschiedlichen Begründungen aufgestellt, wobei zum Teil aus denselben Normzwecküberlegungen unterschiedliche Schlüsse gezogen werden (gänzliche Unzulässigkeit von Haftungsmilderungen oder Begrenzung mit grober Fahrlässigkeit). Daran zeigt sich, dass derart pauschale Normzweckhypothesen (zB „Gläubigerschutz“), die ohne Rekurs auf die (wertungsrelevante) Gleichartigkeit der untersuchten Dispositionsarten auskommen, beliebige Ergebnisse stützen können und daher zwangsläufig arbiträr sind. Die Normzweckhypothesen stehen bisweilen auch in Widerspruch mit den gesetzlichen Dispositionsbeschränkungen für Verzichte, Vergleiche und Weisungsbeschlüsse (§ 25 Abs 5 und 7 GmbHG). Da die Argumentationsstränge und Einzelargumente nur schwer überschaubar sind, werden sie im Folgenden (ohne Anspruch auf Vollständigkeit) nach Schutzinteressen gegliedert und weiter in die geläufigsten Argumentationstypen zusammengefasst.²⁵⁹⁰ Dabei wird vorrangig der Gläubigerschutz behandelt, der im Fokus der literarischen Diskussion steht.²⁵⁹¹

a) Gläubigerschutz

i. Begründungslose Normzweckhypothesen

Manche Autoren argumentieren – ohne ersichtliche nähere inhaltliche Begründung –, die Geschäftsführerhaftung diene *derart* (zumindest auch mittelbar) dem Gläubigerschutz, dass daher eine gänzliche Unzulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen geboten sei.²⁵⁹² Bisweilen wird von der Tat-

²⁵⁹⁰ Vgl auch die knappe Auflistung von Topoi mit zahlreichen Nw bei *van Venrooy*, GmbHR 2004, 237 (242); vgl auch die Behandlung einzelner Topoi bei *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 242 ff.

²⁵⁹¹ Vgl *Sandmann*, Haftung 330, wonach die eigentlichen Schwierigkeiten bei der Frage beginnen, ob und inwieweit eine Haftungsbegrenzung mit den Grundsätzen des Gläubigerschutzes kollidiert.

²⁵⁹² Vgl etwa *J. Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung 23 f; deutlich noch *ders*, GmbH-Recht 135; weniger deutlich *ders*, GmbH-Recht I² Rz 2/389 (s schon Fn 2181); abzulehnen mE auch *Reis*, RdW 2007, 652 (653), nach dem § 25 GmbHG – ohne weitere Begründung – „eine wesentliche Gläubigerschutzorientierung“ aufweise. „Im Lichte dieser Orientierung auf den Gläubigerschutz“ sei insb § 25 Abs 7 GmbHG zu sehen, dem es um die Erhaltung von Ersatzansprüchen als Haftungsmasse gehe, soweit der Ersatz zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist. *Reis* betont, dass Dispositionen vorweg den Haftungsfonds der Gläubiger schmälern. Diesen *telos* habe auch die ältere deutsche Rsp anerkannt, die Dispositionsfreiheit nur insoweit annahm, als der Ersatz *nicht* zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist.

Dagegen sind mE zwei Einwände zu erheben: *Erstens* war die von *Reis* angesprochene Entscheidung des BGH (15.11.1999, II ZR 122/98 ZIP 2000, 135) insofern

sache, dass alles, was dem Wohl der Gesellschaft dient, auch den Gläubigern nützt, auf den zwingenden Charakter der Geschäftsführerhaftung geschlossen.²⁵⁹³ Aufgrund dieser umfassenden „Interessenförderungswirkung“ bezwecke die Geschäftsführerhaftung auch im Bereich des § 25 Abs 2 GmbHG zumindest mittelbar den Schutz der Gläubiger, weshalb eine Abmilderung der Haftung unzulässig sei.²⁵⁹⁴

Wie oben²⁵⁹⁵ schon iZm dem Anwendungsbereich des § 25 Abs 5 und 7 GmbHG erläutert, kommt die Pflicht zur sorgfältigen Geschäftsführung und die korrespondierende Haftung aufgrund der ausgeschlossenen Gesellschafterhaftung naturgemäß faktisch (wirtschaftlich) sowohl den Gesellschaftern als auch den Gläubigern zugute; daraus darf aber nicht auf einen umfassenden Gläubigerschutzzweck geschlossen werden. Denn mit einer bloßen Folgenbetrachtung, mit einem Hinweis auf „den Gläubigerschutz“ oder auf die ausgeschlossene Gesellschafterhaftung ließe sich wie erwähnt jede denkbare Normzweckhypothese bilden. Das zeigt sich auch

verfehlt, als der BGH (offensichtlich irrig) annahm, die Dispositionsbeschränkungen gem § 43 Abs 3 Sätze 2 f dGmbHG würden sich auf *alle* Ansprüche aus § 43 dGmbHG beziehen, und nicht nur (entspr der hdl) auf die Ersatzansprüche aus Abs 3 (dazu schon oben Fn 1057 und Fn 2133). Dementspr revidierte der BGH jene E kurz darauf (31.01.2000, II ZR 189/99 NJW 2000, 1571; ausdr bezugnehmend dann 16.09.2002 II ZR 107/01 NJW 2002, 3777). Danach ließ der BGH eine vertragliche Verjährungsverkürzung außerhalb des § 43 Abs 3 dGmbHG *unabhängig davon* zu, ob der Ersatz zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist. Daher geht *Reis* – *zweitens* – über den erwähnten *telos* und die von ihm angeführte BGH-Rsp (wieder) hinaus, wenn er eine Vorweg-Verkürzung der Verjährungsfrist „*im Sinne des Gläubigerschutzes*“ unabhängig von der Erforderlichkeit des Ersatzes zur Gläubigerbefriedigung für unwirksam hält. Insoweit bleibt *Reis* für die als Prämisse vorangestellte „*wesentliche Gläubigerschutzorientierung*“ des § 25 GmbHG eine Begründung schuldig. Richtigerweise sind die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auch nicht „*im Lichte*“ einer größeren, allgemeineren „*Gläubigerschutzorientierung*“ zu sehen, sondern geben implizit selbst die Reichweite und die konkrete Ausgestaltung des Gläubigerschutzes vor (zu dieser Gläubigerschutzimplikation der Dispositionsbeschränkungen schon auf oben 257 ff).

2593 Vgl *Haas/Wigand in Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 20.59, nach denen hinter § 43 Abs 1 und 2 dGmbHG die Vorstellung stehe, dass dasjenige, was zum Wohle der Gesellschaft ist, auch dem Wohl der Gläubiger diene; abl etwa *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 484.

2594 Vgl *Haas/Wigand in Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 20.59, wonach § 43 Abs 1 dGmbHG nicht nur die Interessen des Geschäftsführers und der Gesellschaft bzw der Gesellschafter zu einem angemessenen Ausgleich bringen wolle, sondern vielmehr § 43 Abs 1 und 2 dGmbHG auch (zumindest mittelbar) dem Schutz der Gläubiger dienen und die Haftungskonzentration auf die Gesellschaft nur in diesem Fall gerechtfertigt sei; ähnlich *J. Wagner*, Stellung und Verantwortlichkeit 29, wonach § 43 dGmbHG eine Bestimmung sei, der nicht nur im Innenverhältnis Bedeutung zukomme, sondern die auch das Interesse von außerhalb der GmbH stehenden Gläubigern im Auge habe.

2595 S 376 ff.

gerade daran, dass im Schrifttum mit denselben (Gläubigerschutz-)Argumenten ganz unterschiedliche Ergebnisse begründet werden. Vielmehr stellt sich daher wie gesagt die Frage nach dem „*Rangverhältnis der beiden Schutzrichtungen*“²⁵⁹⁶.²⁵⁹⁷ Die Untersuchung dieses Rangverhältnisses hat ergeben, dass die Gesellschaftsgläubiger nur im Bereich der Vermögensbindung (§ 25 Abs 3 GmbHG [analog]) unmittelbar geschützt sind, im verbleibenden Bereich jedoch nur *mittelbar* durch typische Interessenkongruenz. Diese Schutztechnik gebietet aber wie erwähnt nicht, dass Abmilderungen der Geschäftsführerhaftung schlechthin unwirksam sind. Insoweit ist der Hinweis auf den Gläubigerschutzzweck der Haftung zu undifferenziert, um daraus Schlüsse ziehen zu können. Es kommt auch darauf an, *wie* der Gläubigerschutz ausgestaltet ist. Würde die Geschäftsführerhaftung außerdem zur Gänze unmittelbar dem Gläubigerschutz dienen (sodass abstrakte Haftungsmilderungen unwirksam wären), müssten sich auch die Dispositionsbeschränkungen für Verzichte, Vergleiche und Weisungsbeschlüsse auf alle Ersatzansprüche (nicht nur auf solche gem § 25 Abs 3 GmbHG [analog]) beziehen (freilich aus Gründen der Verhaltenssteuerung wie im Aktienrecht [§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG] insoweit eingeschränkt auf grobe Fahrlässigkeit).²⁵⁹⁸

Genau entgegengesetzt postulieren andere Autoren²⁵⁹⁹, dass die Geschäftsführerhaftung im Bereich des § 25 Abs 2 GmbHG *keine* Gläubigerschutzfunktion habe, sondern allein dem Schutz der Gesellschaft diene und Haftungsmilderungen daher zulässig seien. Diese These wird bisweilen dahingehend konkretisiert, dass der Gläubigerschutz im Bereich des § 25 Abs 2 GmbHG eine bloße Reflexwirkung eines originären Gesellschafterschutzes sei und deshalb Haftungsmilderungen nicht entgegenstehe.²⁶⁰⁰

2596 Heisse, Beschränkung 120.

2597 S schon oben S 376 ff insb bei Fn 1516.

2598 Vgl schon ähnlich iZm der AmtlBegr zu § 43 dGmbHG oben S 553 ff.

2599 Vgl etwa Schaub, DStR 1992, 985 (987); U. H. Schneider in Krieger/U. H. Schneider, Hdb Managerhaftung³ Rz 2.51, wonach die dem Geschäftsführer obliegenden Pflichten gegenüber der Gesellschaft idR nicht dem Schutz der Gesellschafter oder Gläubiger, sondern nur dem Interesse und dem Schutz der Gesellschaft dienen. Ähnlich schon U. H. Schneider in FS Werner 795 (811).

2600 Ob intendierter mittelbarer Schutz oder ein (nicht intendierter) bloßer Reflex eines eigentlichen Gesellschafterschutzes gemeint ist, geht aus der Lit nicht immer klar hervor. Vgl für einen Reflexschutz offenbar U. H. Schneider in FS Werner 795 (810 ff); Verse in Scholz, GmbHG¹² § 43 Rz 8 (lediglich Schutzreflex, indem die Präventiv- und Kompensationsfunktion der Haftung iE auch den Gläubigern zugutekommt); Lindacher, JuS 1984, 672 (673 f), wonach die Geschäftsführerhaftung außerhalb des Kapitalschutzes und weiteren gläubigerschutzorientierten Verhaltenspflichten lediglich Reflexschutz zugunsten der Gläubiger sei; Mand, Geschäftsführerhaftung 135 ff („bloße Reflexwirkung interner Organisationsentscheidungen“); ähnlich wohl Paefgen in Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG³ § 43 Rz 232; Kaffiné, Begrenzung 70: „Dabei handelt es sich jedoch um einen reflexartigen Schutz, der sich weniger aus dem Willen des Gesetzgebers als aus der faktischen Be-

Dieses Argument gerät zwar nicht in Konflikt mit der Implikation der bestehenden Dispositionsbeschränkungen (§ 25 Abs 5 und 7 GmbHG), weil unter der Annahme eines bloß reflexiven Schutzes (auch) Verzicht, Vergleiche und Weisungen haftungsbefreiend wirken müssten. Ihm ist aber entgegenzuhalten, dass die Gesellschaftsgläubiger (auch) im Bereich des § 25 Abs 2 GmbHG sehr wohl *bewusst* und nicht nur reflexiv geschützt werden. Sie werden aber eben nur mittelbar *qua* typischer Interessenskongruenz geschützt, was abstrakten Haftungsmilderungen wie erwähnt nicht entgegensteht.²⁶⁰¹

ii. Der Geschäftsführer als „Treuhänder“ gebundenen Vermögens und die Haftung für grobe Fahrlässigkeit als „Mindeststandard“ für die Gläubiger

Für die (teilweise) Unzulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen wird auch vorgebracht, dass der Geschäftsführer die Stellung eines Treuhänders und Verwalters fremden Vermögens hat.²⁶⁰² In dieselbe Kerbe schlägt eine

troffenheit ergibt.“ (vgl auch aaO 137 f, 142, 149); vgl auch *Ch. Nowotny* in FS Semler 231 (237), wonach der reflexive Schutz durch die „Hoffnung“ erfolge, dass die Interessen der Gesellschaft mit denen der Gläubiger parallel verlaufen und so entspr Maßnahmen gesetzt werden (gleichwohl schränkt *Ch. Nowotny* abstrakte Haftungsmilderungen [offenbar aufgrund der Haftungstrennung] auf leichte Fahrlässigkeit ein); vgl auch *Jula*, GmbHR 2001, 806 (808); *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 58 f, 117 f mwN; iZm Gesellschafterweisungen *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG⁵ § 43 Rz 5 („reflexartig“); *Werner*, GmbHR 2014, 792 (795); vgl auch *Sandmann*, Haftung 329, wonach sich die Erwartung der Gläubiger, dass der Geschäftsführer mit der Haftungsmasse der Gesellschaft sorgfältig umgeht, zunächst nicht von der Erwartung aller Gläubiger gegenüber ihren Schuldnern unterscheide. Die treueähnlichen Schutzpflichten seien gegenüber den Gläubigern allenfalls ein Reflex der Vorschriften zur Erhaltung des Stammkapitals; vgl zur AG auch *Nicolussi*, Satzungsstrenge 179, der zufolge der Umstand, dass die Binnenhaftungsbestimmung eine mittelbare, reflexartige Beeinträchtigung der Gläubigerinteresse hintanhaltend soll, nicht ausreichend sei, um eine Grenze für die Gestaltungsfreiheit aus Gläubigerschutzgründen anzunehmen (s auch aaO 185).

²⁶⁰¹ S oben ab S 630.

²⁶⁰² S schon die Nw in Fn 2121, 2141 f und 2200. Als Hauptargument *Ebenroth/Lange*, GmbHR 1992, 69 (76); so noch *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG¹⁵ § 43 Rz 2; *Lutter*, GmbHR 2000, 301 (311); *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG⁵ § 43 Rz 4; vgl auch die Nw bei *Heisse*, Beschränkung 116 Fn 43; ähnlich *G. Schima/Liemberger/Toscani* in SWK-Spezial Der GmbH-Geschäftsführer 241; *G. Schima/Toscani*, Handbuch GmbH-Geschäftsführer² 331; abl *Fleischer* in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 381; *ders*, BB 2011, 2435 (2439); *Spindler*, AG 2013, 889 (896); *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 243; abl auch *Rust*, Der Aufsichtsrat 2014, 36 (36). Aus der treuhänderähnlichen Stellung als Verwalter fremden Vermögens der Geschäftsführer wird bisweilen sogar geschlossen, dass eine Haftungsbeschränkung auch *de lege ferenda* nicht in Frage käme (vgl mwN etwa *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33 [68]).

verbreitete (offenbar von Zöllner/Noack²⁶⁰³ geprägte) Auffassung²⁶⁰⁴, der zufolge eine generelle Haftungsmilderung nicht möglich sein soll, weil die Haftung für grobe Fahrlässigkeit den „absoluten Mindeststandard“ bilde. Da das Vermögen der GmbH nämlich ein gebundenes Sondervermögen sei, das als Haftungsgrundlage für Dritte zu dienen habe, könne der Umgang damit nicht beliebig freigestellt werden.²⁶⁰⁵

2603 Vgl Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG²¹ § 43 Rz 46.

2604 Vgl auch Konzen, NJW 1989, 2984; Reese, DStR 1995, 532 (536); Lohr, NZG 2000, 1204 (1209); Beurskens in Noack et al, GmbHG²³ § 43 Rz 41; sympathisierend auch Koppensteiner, wbl 1988, 1 (6): „zwingender Mindestpflichtenstandard“; ähnlich auch Ch. Nowotny in FS Semler 231 (254), wonach ein Vorausverzicht „wegen der damit angestrebten Beseitigung eines im mittelbaren Drittinteresse für die Zulässigkeit einer haftungsbeschränkten Rechtsform wesentlichen Konstruktionselementes problematisch und äußerstenfalls als Verzicht auf eine Inanspruchnahme wegen leicht fahrlässigen Fehlverhaltens noch akzeptabel [sei].“ Zust Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 491; iZm der analogen Anwendung des § 93 Abs 5 dAktG Burgard, ZIP 2000, 827 (839): „unabdingbarer Mindeststandard ordnungsgemäßer Unternehmensleitung“. Ein solcher sei auch bei der GmbH unabdingbar, soll sie keine Gefahr für den Geschäftsverkehr sein. Abl indes Fleischer, BB 2011, 2435 (2439); ders in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 381; abl auch U. H. Schneider in Scholz, GmbHG¹¹ § 43 Rz 261; N. Fischer, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 182; Illhardt in Melot de Beauregard/Lieder/Liersch, Managerhaftung § 5 Rz 53.

2605 Vgl Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG²¹ § 43 Rz 46; Reese, DStR 1995, 532 (536); abl Fleischer in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 381; ders, BB 2011, 2435 (2439). In diese Richtung jüngst zu OGH 9 ObA 136/19v (zust) auch J. P. Gruber, Aufsichtsratsaktuell 2020, 34 ff. Nach J. P. Gruber ist es „eigentlich selbstverständlich“, dass der OGH in der genannten E eine vertragliche Verkürzung der Verjährungsfrist abgelehnt hat. Denn – so J. P. Gruber – ein Schuldner könne sich nicht willkürlich durch eine interne Vereinbarung seinen Gläubigern entziehen. Letzteres ist richtig, um einen solchen Sachverhalt geht es hier aber nicht. Die Gesellschaft ändert nicht einseitig ihre Verbindlichkeit gegenüber einem Gesellschaftsgläubiger, sondern verfügt über ihr eigenes Vermögen, zu dem auch Ansprüche gegen ihre eigenen Schuldner (dh Drittschuldner, hier der Geschäftsführer) gehören. Und solche Verfügungen („Selbstschädigungen“) sind grundsätzlich (in Grenzen, insb des Insolvenz- und Kridastrafrechts) zulässig – zumindest, sofern man vorerst bei allg Aussagen bleibt. „Selbstverständlich“ wäre die Indisponibilität der Verjährungsfrist nur, wenn man annimmt, dass die Haftung gem § 25 GmbHG in vollem Umfang zwingend ist. Diese Prämisse wiederum ist jedoch alles andere als selbstverständlich. Selbstverständlich ist Privatautonomie und Dispositionsfreiheit – zwingendes Recht dagegen bedarf als gravierendster Eingriff in die Privatautonomie stets einer besonderen Rechtfertigung. Eine solche Rechtfertigung sieht J. P. Gruber offenbar darin, dass „die Schadenersatzansprüche [...] einen Haftungsfonds für die Gläubiger der Gesellschaft [bilden]“. Deshalb „[kann dieser] Haftungsfonds [...] (selbstverständlich) nicht nach Belieben der Gesellschaft verändert (verkleinert) werden“. Zunächst genügt aber nicht als Rechtfertigung, dass die Ersatzansprüche „einen Haftungsfonds“ für die Gläubiger bilden (das ist auch bei natürlichen Personen als Schuldner der Fall), sie bilden den einzigen Haftungsfonds, obwohl die juristische Person nur ein künstliches Gebilde ohne eigene „Schaffenskraft“ ist – das ist die Besonderheit im Kapitalgesellschaftsrecht. Auch dieser Umstand spricht mE aber nicht für die Indisponibilität der gesamten Geschäftsführerhaftung. Denn wie oben schon darge-

Argumente dieser Form konkretisieren zwar die (angenommene) Gläubigerschutzthese insofern, als sie den Grundsatz der ausgeschlossenen Gesellschafterhaftung als ihre Begründung identifizieren. Dabei handelt es sich aber um nichts weiter als die Ursache dafür, dass die Gesellschaftsgläubiger von der Organhaftung umfassend profitieren. Insoweit kann auf die obigen Ausführungen zu den Problemen einer reinen Folgenanalyse verwiesen werden. Aus den dort genannten Gründen ist auch der Schluss von der ausgeschlossenen Gesellschafterhaftung auf eine umfassend zwingende Organhaftung zu wenig differenziert (und deshalb ebenfalls ein *non sequitur*). Zwar erfordert die kapitalgesellschaftsrechtliche Haftungstrennung zweifellos einen besonderen Gläubigerschutz, die genannten Argumente bleiben aber eine rechtsdogmatische Begründung dafür schuldig, weshalb dies gerade ein (unmittelbarer) Gläubigerschutz durch indisponible Geschäftsführerhaftung sein soll – das ist keineswegs zwingend. Wie erwähnt werden nämlich die Gesellschaftsgläubiger im Bereich des § 25 Abs 2 GmbHG vielmehr (nur) mittelbar geschützt. Indem der Schutz nicht über die Organmitglieder, sondern – gleichsam eine Stufe darüber – über die Gesellschafter verläuft, kann die Organhaftung im Innenverhältnis dispositiv sein *und* zugleich (nämlich gerade dadurch) die Gläubiger geschützt werden. Dass es nicht allein um die Erhaltung von Haftungsmasse oder einen bestimmten Umgang mit einem Sondervermögen gehen kann, zeigt sich auch darin, dass (nachträgliche) Verzichte und Vergleiche sowie eine Haftungsfreistellung im Vorhinein durch Weisung (oder Ermächtigung) sehr wohl zulässig sind (§ 25 Abs 5 und 7 GmbHG *e contrario*). Hätte der Gesetzgeber dagegen einen unmittelbaren Schutz (auch jenseits des § 25 Abs 3 GmbHG [analog]) verwirklicht, müssten auch die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG weiter reichen, nämlich aus Gründen der Verhaltenssteuerung bis grobe Fahrlässigkeit (vgl § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG) – das tun sie jedoch nicht. Richtigerweise müsste die Argumentation gegen die Zulässigkeit abstrakter Vorausdispositionen daher bei der wirkungsmäßigen Besonderheit abstrakter Vorausdispositionen im Vergleich zu den gesetzlich geregelten Dispositionsarten ansetzen (dazu noch sogleich im nächsten Kapitel).

Richtig an der oben referierten Argumentation ist im Übrigen zwar auch, dass der Geschäftsführer ein *fremdes* und im Gläubigerinteresse *gebundenes*

legt, bewirkt die Vermögensbindung eine Gleichschaltung von Gesellschafter- und Gläubigerinteressen, wodurch die Gläubiger im übrigen Bereich nach der gesetzlichen Konzeption ausreichend (mittelbar) geschützt werden (s auch weiter im Fließtext). Die zwingende Eigenkapitalisierung bewirkt nämlich, dass die Gesellschafter „etwas zu verlieren haben“. Dadurch wird die menschliche Risikoaversion überwunden (weil die Verluste auf die Einlage beschränkt werden) und zugleich eine Risikoaffinität (durch die Möglichkeit einer Externalisierung von Risiken) verhindert. Diese „Disziplinierung“ des Gesellschafterverhaltens auf das Gesellschafts- und damit Gläubigerinteresse rechtfertigt es, wirtschaftliche Selbstschädigungen in denselben Grenzen zuzulassen, wie bei natürlichen Personen (s dazu schon oben Fn 1641 mwN).

Vermögen verwaltet.²⁶⁰⁶ Es handelt sich dabei aber um das (fremde) Vermögen der Gesellschaft²⁶⁰⁷ und nicht das ihrer Gläubiger.²⁶⁰⁸ Dementsprechend ist der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft (nicht den Gläubigern) gegenüber zur sorgfältigen Verwaltung des Vermögens verpflichtet. Aus dem treuhänderähnlichen Verhältnis zur Gesellschaft folgt nach allgemeinen Grundsätzen, dass die Gesellschaft über ihr „Treugut“ – und damit auch über Ersatzansprüche gegen den Geschäftsführer als ihr „Treuhänder“ wegen Sorgfaltspflichtverletzungen – grundsätzlich frei verfügen kann. Das „Treuhänderargument“ allein spricht somit für die Disponibilität der Haftung.²⁶⁰⁹ Hier kommt jedoch das kapitalgesellschaftsrechtliche Spezifikum der ausgeschlossenen Gesellschafterhaftung ins Spiel. Da den Gesellschaftsgläubigern nur das (naturgemäß beschränkte) Gesellschaftsvermögen haftet, ist dieses Vermögen im Gläubigerinteresse gebunden. Diese Bindung bedeutet aber nicht mehr, als dass das Vermögen nicht *an die Gesellschafter* ausgekehrt werden darf (Gebot der Kapitalerhaltung; Verbot der Einlagenrückgewähr). Aus der Vermögensbindung folgt indes *nicht*, dass (auch) die Pflicht des Geschäftsführers zur sorgfältigen Verwaltung des Vermögens im Gläubigerinteresse angeordnet und folglich (umfassend) indisponibel wäre. Die obige Untersuchung hat gezeigt, dass genau das Gegenteil der Fall ist: Gerade weil das Vermögen der Gesellschaft gebunden ist (durch die Kapitalaufbringung und -erhaltung) und weil dadurch die Gesellschafterinteressen mit den Gläubigerinteressen gleichgeschaltet werden, kann die Organhaftung außerhalb der Vermögensbindung (konkret: außerhalb § 25 Abs 3 GmbHG) für die Gesellschaft dispositiv sein. Demgemäß spricht gerade die Tatsache, dass der Geschäftsführer ein *gebundenes* Vermögen verwaltet, dafür, dass die Pflicht zur sorgfältigen Verwaltung dieses Vermögens (und die daraus resultierende Haftung), die ihrerseits aus der treuhänderähnlichen Verwaltung fremden Vermögens entspringt, *nicht* zwingend im Gläubigerinteresse angeordnet sein muss (weil die Gesellschafter durch die Vermögensbindung bereits im Umgang mit dem Gesellschaftsvermögen diszipliniert werden und dadurch inzident auch die Gläubigerinteressen wahrnehmen). Wie oben

2606 Vgl etwa RIS-Justiz RS0059469: „Geschäftsführer als Organe mit treuhänderischer Funktion“; vgl auch Lutter in Krieger/U. H. Schneider, Hdb Managerhaftung³ Rz 1.1 mwN.

2607 Wie Heisse (Beschränkung 116) bemerkt, ist der Geschäftsführer nicht Treuhänder im technischen Sinn, weil das Vermögen nicht ihm, sondern der juristischen Person übertragen ist, als deren Organ er es verwaltet (so auch Frisch, Haftungserleichterung 229 f).

2608 Vgl auch Heisse, Beschränkung 117; Frisch, Haftungserleichterung 230; Sandmann, Haftung 329; Fleischer in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 381 mwN; ders, BB 2011, 2435 (2439).

2609 Vgl idZ ähnlich Rust, Der Aufsichtsrat 2014, 36 (36), wonach es andernfalls keine Treuhänder mit beschränkter Haftung (etwa in der Vermögensverwaltung) mehr geben dürfte.

herausgearbeitet, sind nur die Pflichten iZm der Vermögensbindung unmittelbar im Interesse der Gläubiger angeordnet. Die Sorgfalts- und Verhaltenspflichten des Geschäftsführers sowie seine Haftung hingegen resultieren jenseits der Vermögensbindung primär aus dem treuhandähnlichen Verhältnis zur Gesellschaft aufgrund der Verwaltung fremden Vermögens. Da sie wegen der typischen Interessenkongruenz *qua* Vermögensbindung aber unmittelbar auch den Gesellschaftsgläubigern zugutekommen, ist insoweit ein (unmittelbarer) Gläubigerschutz in Form der Indisponibilität der Geschäftsführerhaftung nicht erforderlich. Es ist daher wie erwähnt gerade die Vermögensbindung, die für die Disponibilität der Haftung im übrigen Bereich spricht. Um die referierten Argumente abschließend in das richtige Verhältnis zueinander zu setzen: Die treuhandähnliche Verwaltung fremden Vermögens für sich allein spricht dafür, dass die Gesellschaft (*qua* Privatautonomie) frei über das Treugut – und damit auch über die darauf bezogene Haftung des Treuhänders – disponieren kann. Freilich steht den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen als Haftungsfonds zur Verfügung. Auf diesen Umstand reagiert der Gesetzgeber aber damit, dass er das Gesellschaftsvermögen im Gläubigerinteresse bindet. Das heißt (nur), dass das Vermögen nicht an die Gesellschafter ausgekehrt werden darf. Da die Gesellschafter durch die Vermögensbindung ein „Eigenopfer“ leisten müssen und auf diese Weise diszipliniert und (inzident) auch auf das Gläubigerinteresse verpflichtet werden, können sie im Umgang mit den Ersatzansprüchen aus der treuhandähnlichen Verwaltung des fremden (Gesellschafts-)Vermögens frei sein. Da der Gesetzgeber schon auf Gesellschafterebene das Interesse der Gesellschafter adjustiert, kann sich die Frage der Disponibilität der Organhaftung (wieder) – wie nach allg Grundsätzen bei unbeschränkter Haftung – auf das Interesse der Gesellschaft(er) und ihr bilaterales Verhältnis zu den Organmitgliedern beschränken.

Einer tiefergehenden Begründung entbehrt schließlich auch das Postulat, dass Haftungsmilderungen gerade bis grobe Fahrlässigkeit zulässig seien und die Haftung für grobe Fahrlässigkeit aus Gründen des Gläubigerschutzes der „absolute Mindeststandard“ sei.²⁶¹⁰ In der Tat zeigt zwar die Anordnung des § 84 Abs 5 AktG, wie etwa *Haberer*²⁶¹¹ betont, dass der Gesetzgeber „in einem Teilbereich der Organhaftung eine Differenzierung zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit bei der Organverantwortlichkeit selbst ausdrücklich zugrunde legt“.²⁶¹² So gewährt § 84 Abs 5 AktG den Gläubigern einer AG ein Verfolgungsrecht und schließt die Wirksamkeit von Dispositionen der Gesellschaft gegenüber den Gläubigern aus, wenn diese außerhalb des § 84 Abs 3 AktG einen

2610 Vgl auch *Fleischer*, BB 2011, 2435 (2439); *dens* in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 381, nach dem für die Zäsur der groben Fahrlässigkeit bislang eine tragfähige Begründung fehlt. Vgl auch *Janert*, BB 2013, 3016 (3019).

2611 *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 491.

2612 Ähnlich *Nicolussi*, Satzungsstrenge 181 ff.

Anspruch wegen zumindest grob fahrlässiger Schädigung geltend machen. Allerdings liegt dieser Differenzierung nach Verschuldensgraden – wie oben²⁶¹³ iZm dem Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG schon dargelegt –, obwohl sie in einer Gläubigerschutznorm getroffen wird, *keine* gläubigerschutzrelevante Wertung zugrunde.²⁶¹⁴ Wie oben²⁶¹⁵ dargelegt, sah der Gesetzgeber des AktG 1937/1938 in der neugeschaffenen Eigenverantwortlichkeit des Vorstands (mE zu Unrecht)²⁶¹⁶ einen hinreichenden Grund, dessen im Gläubigerinteresse indisponible Haftung (dem entspricht im System der Haftungskonzentration das Verfolgungsrecht und die Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 AktG) von den qualifizierten Tatbeständen (§ 241 Abs 3 dHGB 1897) auf *alle* Pflichtverletzungen auszudehnen.²⁶¹⁷ Der Gesetzgeber hat die (indisponible) Haftung letztlich nur deshalb mit grober Fahrlässigkeit begrenzt, weil eine Haftung auch für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen (insb bei der Geschäftsführung) *„auf das Verantwortungsbewußtsein des Vorstands lähmend wirken und nicht dem Vorteil der Gesellschaft dienen [würde].“*²⁶¹⁸ Bei der Grenze der groben Fahrlässigkeit handelt es sich somit (nur) um die aus Gründen der Verhaltenssteuerung notwendige Einschränkung *trotz* angenommenem umfassendem Gläubigerschutzbedürfnis, dh maW um das verhaltenspsychologisch noch „verträgliche“ Residuum einer (angenommenen) umfassenden unmittelbaren Gläubigerschutzorientierung der (gesamten) Vorstandshaftung. Grundlage der Differenzierung nach Verschuldensgraden sind und waren nie Gläubiger- oder sonstige (drittorientierte) Schutzüberlegungen, sondern allein die Frage, *inwieweit* ein (angenommener) umfassender unmittelbarer Gläubigerschutz durch indisponible Organhaftung wegen der daraus resultierenden negativen Risikoanreizwirkung noch vertretbar ist.²⁶¹⁹ Soweit die Zäsur der groben Fahrlässigkeit bei abstrakten Haftungsmilderungen auf § 84 Abs 5 AktG gestützt wird, impliziert dieser Bezug somit einen umfassenden unmittelbaren Gläubigerschutz, der wiederum zur gänzlichen Unzulässigkeit von Haftungsmilderungen im Voraus führen müsste (Aspekte der Risikosteuerung dürften bei abs-

2613 S oben insb bei Fn 1672 f mwN.

2614 Vgl Ähnlich Wigand, Haftungsbeschränkungen 124, 225 ff, 252 f, wonach die Differenzierung nach dem Grad des Verschuldens aus Sicht der Gesellschaftsgläubiger wenig Sinn habe und kein taugliches Abgrenzungskriterium sei (aaO 124).

2615 S 286 ff.

2616 Dazu krit noch unten S 819 ff.

2617 Vgl AmtlBegr AktG 1937/1938 180 (abgedr auch bei Klausing, AktG 71): *„Eine unmittelbare Haftung der Vorstandsmitglieder gegenüber den Gläubigern kann nach dem Entwurf stets eintreten, wenn diese ihre Obliegenheiten schuldhaft verletzt haben.“*

2618 AmtlBegr AktG 1937/1938 180 (abgedr auch bei Klausing, AktG 71). S dazu schon oben S 288 ff.

2619 Dafür ist wiederum bloß maßgeblich, wie einfach Organwalter die Pflichtwidrigkeit und das Haftungsrisiko einsehen und abschätzen können.

trakten Voraussetzungen nämlich keine Rolle spielen).²⁶²⁰ Außerdem müssten in jedem Fall auch die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG bis grobe Fahrlässigkeit außerhalb des § 25 Abs 3 GmbHG reichen, was aber eben nicht der Fall ist.²⁶²¹ Demgemäß ist die Auffassung, die abstrakte Haftungsmilderungen bis grobe Fahrlässigkeit zulässt, als Mittellösung zwischen der gänzlichen Unzulässigkeit und der Zulässigkeit bis zur Vorsatzgrenze nur scheinbar differenzierter und (besser) begründet.²⁶²² Von diesen zwei Endpunkten des Meinungsspektrums ausgehend bleibt nämlich gar kein anderer Verschuldensgrad mehr übrig, auf den man Haftungsmilderungen beschränken könnte. Daran zeigt sich wie erwähnt, dass pauschalierende Normzweckhypothesen (wie zB „der Gläubigerschutz“) ohne Auseinandersetzung mit dem konkreten Mechanismus des (Gläubiger-)Schutzes zu undifferenziert sind, um daraus gesetzlich gedeckte Ergebnisse ableiten zu können. Mit ihnen lässt sich vielmehr jedes Ergebnis begründen (darunter eben auch die Einschränkung auf grobe Fahrlässigkeit). Meines Erachtens zu Recht erhebt *U. Torggler*²⁶²³ daher den pointierten Vorwurf, die Zäsur der groben Fahrlässigkeit habe bloßen „Hausnummerncharakter“ und beruhe anders ausgedrückt auf einer Eigenwertung. Wie oben²⁶²⁴ iZm der eigenen Ansicht dargelegt, ist die Kategorie der groben Fahrlässigkeit nicht maßgeblich für die Bestimmung der Disponibilitätsgrenze unter dem Aspekt des Gläubigerschutzes, sondern allenfalls für die Frage der Zweckmäßigkeit einer Haftungsbeschränkung aus Sicht der Gesellschafter (und nur *insofern* mittelbar auch für die Gläubiger).

Wie oben²⁶²⁵ schon ausgeführt, geht es beim Gläubigerschutz nicht um Verschuldensgrade, sondern um die Abgrenzung des noch zulässigen geschäftlichen Risikos von einem „spekulativen“ Risiko, das eine Externalisierung auf die Gläubiger ermöglicht.²⁶²⁶ Daher kann das im Gläubigerinteresse erforderliche (richtige) Haftungsniveau nicht starr und allgemeingültig festgelegt werden (etwa mit bestimmten Verschuldensgraden oder einheitlichen Haftungshöchstsummen). Dies würde wie erwähnt zwangsläufig auf eine Eigenwer-

2620 Zu dieser Frage noch im Aktienrecht (wo sie sich in dieser Form tatsächlich stellt) unten S 1161 ff bei Fn 4571.

2621 Ausf oben S 231 ff.

2622 Vgl aber zB *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 491 (Fn 2815), 493, wonach die Argumentation von *Zöllner/Noack* („absoluter Mindeststandard“) von der „bloßen Behauptung“ zu unterscheiden sei, dass die Normen der Geschäftsführerhaftung zwingend sind, weil sie (mittelbar) im Interesse der Gläubiger liegen. Denn während diese Ansicht – so *Haberer* weiter – daraus die generelle Unzulässigkeit vertraglicher Haftungserleichterungen ableitet, gehe jene zu Recht davon aus, dass zwar die Haftung für leichte, nicht aber die für grobe Fahrlässigkeit ausgeschlossen werden könne.

2623 Vgl *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (40).

2624 S 630 ff.

2625 S 628 ff.

2626 Ähnlich iZm Weisungsbeschlüssen *Ch. Nowotny* in FS Semler 231 (236 f).

tung hinauslaufen. Vielmehr kann das richtige Haftungs niveau wegen des gesetzlich verwirklichten mittelbaren Schutzkonzepts *qua* Interessenkongruenz nur (mittelbar) über den Risikoanreiz auf Ebene der Gesellschafter definiert werden.²⁶²⁷ Dessen ungeachtet werden die Gesellschafter (bei annahmegemäß funktionierender Anreizsetzung) wie erwähnt praktisch ohnedies kein Bedürfnis nach einem Haftungsausschluss auch für grob fahrlässige Schädigung haben.²⁶²⁸ Dass sich die Meinungen hier in der praktischen Konsequenz treffen mögen, darf nicht über den unterschiedlichen konzeptionellen Ansatz hinwegtäuschen.

iii. Die Präventionsfunktion der Geschäftsführerhaftung und die „andere Qualität“ abstrakter Vorausdispositionen

Einige Autoren²⁶²⁹ differenzieren nach den Funktionen der Geschäftsführerhaftung und ziehen daraus verschiedene Schlüsse. Ausgangspunkt ist die dreigliedrige Zweckeinteilung der persönlichen Haftung (insb Organhaftung) nach *Wiedemann*²⁶³⁰ in *Leistungserzwingung*, *Verhaltenskontrolle* und *Kapitalersatz*. Davon ausgehend wird untersucht, welche der Funktionen die Geschäftsführerhaftung in verschiedenen Bereichen erfüllt. Im Bereich des § 25 Abs 3 GmbHG (analog)²⁶³¹ diene sie der Leistungserzwingung;²⁶³² Durch die zwingende Erhaltung von Ersatzansprüchen im Gesell-

2627 Als „absoluten Mindeststandard“ könnte man angesichts der gesetzlichen Konzeption allenfalls eine „funktionierende“ Disziplinierung und Binnensteuerung bezeichnen (diese wird aber wie erwähnt schon durch die Erweiterung des unmittelbaren Gläubigerschutzes auf existenzgefährdende und -vernichtende Maßnahmen gewährleistet [insb bei S 628]).

2628 Vgl auch *Janert*, BB 2013, 3016 (3019 f): in der Praxis relevanter, weil interessengerechter für beide Seiten (aaO 3020). Die Praxis zeige, dass die Frage des Haftungsausschlusses für eine grob fahrlässige Pflichtverletzung oft gar nicht die Relevanz habe, die die Diskussion in der Lit vermuten lässt. Vielen Geschäftsführern gehe es nicht in erster Linie um eine Haftungsfreizeichnung für grob fahrlässiges Handeln, sondern um eine Haftungsbeschränkung für viel öfter vorkommende leicht fahrlässige Pflichtverletzungen (aaO 3019). Vgl schon *Brodmann*, GmbHG (1924) § 43 Anm 1 (S 163): „Es wird so leicht nicht vorkommen, daß eine Gesellschaft ihrem Geschäftsführer einräumt, daß er nur für Vorsatz aufkommen soll [...]“

2629 Vgl *Heisse*, Beschränkung 120 ff; *Frisch*, Haftungserleichterung 234 ff; *Kaffiné*, Begrenzung 67.

2630 *Wiedemann*, GesR I 536.

2631 Entspr der Diskussion über die analoge Erweiterung der Dispositionsschranken (s oben S 420 ff) übertragen manche Autoren das zu § 43 Abs 3 dGmbHG Gesagte auf jene Pflichten im Bereich des § 43 Abs 2 dGmbHG, die der Erhaltung des Stammkapitals dienen (vgl *U. H. Schneider* in FS Werner 795 [809]; *Heisse*, Beschränkung 125; *Frisch*, Haftungserleichterung 234; *Köhl*, DB 1996, 2597 [2598]). Genannt werden zB die Pflicht zur Einberufung einer Generalversammlung bei Verlust des halben Stammkapitals, das Kreditverbot des § 43a dGmbHG und die Buchführungspflicht.

2632 Vgl *Frisch*, Haftungserleichterung 234 ff; *Köhl*, DB 1996, 2597 (2599).

schaftsvermögen werde den Gesellschaftsgläubigern eine zusätzliche Vollstreckungsmöglichkeit gesichert und das Ausfallrisiko verringert.²⁶³³ Dadurch werde ihr *Befriedigungsinteresse* geschützt.²⁶³⁴ Ein Haftungsausschluss sei daher unwirksam.²⁶³⁵ Das Problem verenge sich auf die Frage, ob und wie weit (auch) die Geschäftsführerhaftung im verbleibenden Bereich²⁶³⁶ des § 25 Abs 2 GmbHG dem Gläubigerschutz dient.²⁶³⁷ Hier komme nur die Präventionsfunktion der Haftung in Betracht.²⁶³⁸ Durch die drohende Haftpflicht werde der Geschäftsführer angehalten, bei der Verwaltung des Gesellschaftsvermögens die gebotene Sorgfalt einzuhalten. Darauf seien die Gesellschaftsgläubiger angewiesen, weil ihnen nur das Gesellschaftsvermögen haftet.²⁶³⁹ Daraus werden jedoch verschiedene Schlüsse gezogen: Nach *Heisse*²⁶⁴⁰ habe der Gesetzgeber durch die Haftung in vollem Umfang die Gesellschaftsgläubiger schützen wollen. Diesen Schutz habe er in den Sonderfällen des § 43 Abs 3 dGmbHG noch einmal verstärkt, indem er über das Präventionsinteresse hinaus auch das Befriedigungsinteresse geschützt habe. Zwar habe sich das Haftungsrisiko für Geschäftsführer im Laufe der Zeit stark erhöht, das spreche angesichts der Präventionsfunktion aber eher für eine Verschärfung als für eine Milderung der Haftung. Da die Präventionswirkung durch einen Haftungsausschluss entfele, sei ein solcher (gänzlich) unzulässig. Eine Haftungsbeschränkung sei aber zulässig, wenn sie die Präventionsfunktion unberührt lasse, was etwa bei einer angemessenen und für den Geschäftsführer „spürbaren“ Haftsumme gewährleistet sei.²⁶⁴¹ Nach *Frisch*²⁶⁴² etwa könne der Reflexschutz der Gläubiger gewahrt werden, wenn man ihren Präventionsinteressen Rech-

2633 *Wiedemann*, GesR I 536; *Frisch*, Haftungserleichterung 234.

2634 *Frisch*, Haftungserleichterung 234; *Heisse*, Beschränkung 124; *U. H. Schneider* in FS Werner 795 (809); *Köhl*, DB 1996, 2597 (2599).

2635 Vgl *Heisse*, Beschränkung 122 f; zust *Kaffiné*, Begrenzung 68.

2636 *Heisse*, Beschränkung 126 spricht vom Bereich „normaler Geschäftsführerpflichten“.

2637 Vgl *Heisse*, Beschränkung 121; *Kaffiné*, Begrenzung 68.

2638 Vgl *Frisch*, Haftungserleichterung 234; ähnlich *Ziemons* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 434, wonach von der mit der Haftung verbundenen Druck-, Sanktions- und Ausgleichsfunktion ein wichtiger Beitrag zur Insolvenzvermeidung und Insolvenzvorsorge auch im Interesse und zum Schutz der Gläubiger ausgehe. Ebenso *Pöschke* in BeckOK GmbHG⁵⁷ § 43 Rz 299.8. Mit der Präventionswirkung argumentierend auch *Grunst*, Der Geschäftsleiter 69; mit abw Schlussfolgerung *Köhl*, DB 1996, 2597 (2598 f), wonach die Haftung des Geschäftsführers außerhalb des auf den Schutz des Befriedigungsinteresses gerichteten Kapitalschutzes präventiv zur Vermeidung von Schäden ausgerichtet sei. Da übergeordnete Interessen in diesem Fall nicht anzunehmen seien, erscheine die Milderung einer Haftung, die allein der Prävention unsorgsamem Verhaltens diene, in den Grenzen des § 276 BGB möglich.

2639 *Heisse*, Beschränkung 134.

2640 *Heisse*, Beschränkung 122 f.

2641 Vgl *Heisse*, Beschränkung 126.

2642 *Frisch*, Haftungserleichterung 234; ähnlich *Bachmann*, GesRZ 2014, 149 (154); vgl allg zur summenmäßigen Haftungsbeschränkung insb *Heisse*, 123, 126 ff.

nung trägt, indem man einen Haftungsausschluss für § 43 Abs 2 GmbHG nur bei leichter Fahrlässigkeit zulasse oder bei einer summenmäßigen Haftungsbegrenzung einen angemessenen Haftungsbetrag fordere.²⁶⁴³

Hier zu nennen ist auch das sehr verbreitete Argument²⁶⁴⁴, dass eine generelle Haftungsbefreiung im Vorhinein hinsichtlich der Präventionswirkung der Organhaftung eine „andere Qualität“ habe als (bloß nachträgliche) Verzichtete und Vergleiche. Es sei etwas anderes, ob im Voraus ein „Freibrief“ oder im Nachhinein ein „Persilschein“ ausgestellt wird.²⁶⁴⁵ Ein Ausschluss der Haftung für grobe Fahrlässigkeit würde einer „Ermunterung“ und „Einladung“ zur sorgfaltswidrigen Unternehmensleitung gleichkommen.²⁶⁴⁶ Auch der mögliche Rückschluss von der haftungsfreistellenden Wirkung einer Weisung wird mit dem ähnlichen Argument abgelehnt, dass es ein Unterschied sei, ob auf eine *konkrete* Geschäftsführungsmaßnahme Bezug genommen wird, oder aber eine *abstrakte* Haftungsfreistellung vereinbart werden soll.²⁶⁴⁷ Bisweilen wird auch

2643 Gegen einen Ausschluss für grobe Fahrlässigkeit wegen der notwendigen präventiven Verhaltenssteuerung auch in *Beurskens in Noack et al*, GmbHG²³ § 43 Rz 41.

2644 *U. Torggler in Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (40, 42); *Told*, GES 2015, 60 (69); *Told/Warto in Harrer/Neumayr/Told*, Organhaftung 3 (52); *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 493 f, der damit die Einschränkung (innenwirksamer) Haftungsmilderungen auf grobe Fahrlässigkeit begründet; für Deutschland *Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹ § 43 Rz 46; *Koppensteiner/Gruber in Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG⁵ § 43 Rz 4, wonach aus der Verzichtbarkeit auf Ersatzansprüche infolge vorsätzlicher Schädigung wegen § 276 Abs 3 BGB nicht auf die Zulässigkeit von Vorausdispositionen im selben Ausmaß geschlossen werden könne; ähnl *Grunst*, Der Geschäftsleiter 68 f; *Ziemons in Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 436; *Pöschke in BeckOK GmbHG*⁵⁷ § 43 Rz 299.11; *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 246 aE („andere Enthaltungsintensität“); *Haas/Wigand in Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 20.58 („völlig andere Qualität“); *Ebenroth/Lange*, GmbHR 1992, 69 (76); *Lohr*, NZG 2000, 1204 (1209); allg *Sturm*, GmbHR 2003, 573 (575 f); vgl bereits *Bastuck*, Enthaltung 93; aA etwa *Mand*, Geschäftsführerhaftung 130, die (mE nicht nachvollziehbar) auch den Vorausverzicht in die Betrachtung einbezieht und der Abbedingung gegenüberstellt; vgl iZm § 43 AktG *Dellinger*, ÖBA 2000, 633 (638).

2645 *U. Torggler*, GesRZ 2010, 185 (189); ähnlich *ders in Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (40); im Anschluss daran auch *Feltl/Told in Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 146; idS auch *Told in Nueber/Przeszowska/Zwirschmayr*, Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel 67 (85).

2646 Vgl *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 490; *Fritz in SWK-Spezial Der GmbH-Geschäftsführer*² Rz 741; *Pöschke in BeckOK GmbHG*⁵⁷ § 43 Rz 299.9 („Freibrief“); *Ziemons in Oppenländer/Trölitzsch*, GmbH-Geschäftsführung³ § 29 Rz 26; abl *Janert*, BB 2013, 3016 (3018): „plakative Zuspitzung“.

2647 Vgl *U. Torggler*, GesRZ 2010, 185 (189), nach dem unter dem Gesichtspunkt der Verhaltenssteuerung auch ein Unterschied bestehe zwischen einem generellen „Freibrief“ und der Außerachtlassung der gebotenen Sorgfalt im Einzelfall, weil Letztere auch bei einem sorgfältigen Geschäftsmann (§ 347 UGB) vorkommen könne (daraus schließt *U. Torggler* auf die gänzliche Unzulässigkeit von Haftungsmilderungen); gleichlautend *Feltl/Told in Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 146; *Told*, GES 2015, 60

argumentiert, dass das bei Weisungsbeschlüssen anwendbare Stimmverbot (§ 39 Abs 4 GmbHG [§ 47 Abs 4 dGmbHG]) und die gesellschaftliche Treuepflicht mittelbar dem Gläubigerinteresse dienen und das „soziale Rollenverhalten“ der Gesellschafter sowie die „*interessenausgleichende Mehrheitsbildung*“ bei abstrakten Haftungsmilderungen entfalle.²⁶⁴⁸

Es kann wohl als gegeben vorausgesetzt werden, dass abstrakte Haftungsmilderungen verhaltenspsychologisch tatsächlich eine „andere Qualität“ haben als (nachträgliche) Verzicht und Vergleiche sowie Weisungsbeschlüsse, die sich nur auf konkrete Maßnahmen beziehen. Durch die Herabsetzung der Anforderungen an das Geschäftsführerhandeln oder der Haftungsvoraussetzungen wird der Anreiz gemindert, sich sorgfältig zu verhalten (Präventionsfunktion). An dieser Stelle sollte aber in Erinnerung gerufen werden, dass genau dies auch das Ziel ist. Denn die Präventionswirkung der geltenden Haftungsandrohung ist nach allgemeinem Dafürhalten überbordnend, die Haftung potenziell existenzbedrohend.²⁶⁴⁹ Oder anders gesagt: „*Verhaltenssteuerung hat mit der Vernichtung potentieller Schädiger nichts zu tun*“.²⁶⁵⁰ Und die Verhaltenssteuerung ist gerade das Problem: Antizipieren die Organmitglieder die überstrengen Haftungsfolgen, gehen sie nämlich tendenziell zu einem risikoarmen Management über, was weder im Interesse der Gesellschaft noch ihrer Gläubiger liegt. Die Frage ist allerdings, inwieweit eine (an sich erwünschte) Minderung der Präventionswirkung aus

(69); dies in Nueber/Przeszlowska/Zwirschmayr, Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel 67 (85); vgl auch Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 493, nach dem sich aus diesem Unterschied nicht die generelle Unzulässigkeit abstrakter Haftungsbefreiungen, sondern allenfalls eine weitere Rechtfertigung der Einschränkung auf leichte Fahrlässigkeit ableiten lasse. Für Deutschland etwa Heisse, Beschränkung 114; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG²¹ § 43 Rz 46; Pöschke in BeckOK GmbHG⁵⁷ § 43 Rz 299.12; Ziemons in Oppenländer/Tröltzsch, GmbH-Geschäftsführung³ § 29 Rz 26; Wigand, Haftungsbeschränkungen 246 f; Haas/Wigand in Krieger/U. H. Schneider, Hdb Managerhaftung³ Rz 20.60, wonach auch abstrakte Modifikationen eine „andere Qualität“ als Weisungen und Billigungen hätten; Lohr, NZG 2000, 1204 (1209); iZm der Verjährungsverkürzung Sturm, GmbHR 2003, 573 (575); einschränkend Sandmann, Haftung 329, wonach die Haftungsbefreiung aufgrund eines nachträglichen Verzichts oder einer Weisung zwar „nicht völlig deckungsgleich“ mit einer Begrenzung des Sorgfaltsmaßstabs sei, diese Möglichkeiten aber einen Einblick in die Reichweite der gesellschaftlichen Kompetenz gebe und zudem demonstrierten, dass die Gesellschaft selbst grundsätzlich keine Abwehrmöglichkeiten gegenüber nachteiligen Verfügungen ihrer Gesellschafter habe.

2648 Vgl insb Haas, Geschäftsführerhaftung 297 f; Ziemons in Michalski et al, GmbHG⁴ § 43 Rz 438; Pöschke in BeckOK GmbHG⁵⁷ § 43 Rz 299.12; ähnlich Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG²¹ § 43 Rz 46, wonach der einer Weisung zugrundeliegende Gesellschafterbeschluss gewissen Restriktionen unterliege; ähnlich Wigand, Haftungsbeschränkungen 244 ff; zust Thomas, Haftungsfreistellung 159. S zu diesem Argument schon oben in Fn 2568.

2649 S dazu allg schon oben in der Einleitung zu dieser Untersuchung.

2650 Wagner, AcP 206 (2006) 352 (457); vgl auch Eßwein, Privatautonome Gestaltung 2.

Gläubigerschutzgründen zulässig ist. Die oben referierte Annahme, nur die Präventionswirkung der Haftung sei im Gläubigerinteresse indisponibel, erklärt zwar, weshalb zwar Verzichte, Vergleiche und Weisungen die Haftung ausschließen können sollen, abstrakte Haftungsmilderungen jedoch aber nicht; die Gläubigerschutzthese entbehrt aber einer fundierten Begründung.²⁶⁵¹ Vor allem scheint fraglich, ob die Präventionswirkung der Organhaftung tatsächlich isoliert betrachtet und in den Dienst des Gläubigerschutzes gestellt werden kann.²⁶⁵² Denn eine Präventionswirkung setzt voraus, dass die Gesellschaft Ersatzansprüche auch tatsächlich durchsetzt.²⁶⁵³ Eine Haftungsandrohung kann nur so abschreckend wirken, wie die Antizipation ihrer Durchsetzung. Und die Durchsetzungsneigung hängt von der Anreizsetzung auf Gesellschafterebene ab.²⁶⁵⁴ Nach der hier vertretenen Ansicht ist es diese Anreizsetzung, die im Gläubigerinteresse zwingend angeordnet ist, und nicht ein starr festgelegtes Haftungsniveau oder eine bestimmte Präventionswirkung (zB die Haf-

2651 Vgl ohne nähere Begründung bspw *Heisse*, Beschränkung 121; *Frisch*, Haftungserleichterung 234. Mit Recht wendet etwa *Kaffiné* (Begrenzung 68 ff) ein, dass diese Auffassung von der nur schwer haltbaren Prämisse ausgeht, der Geschäftsführer und das Unternehmen seien in bestimmtem Umfang verpflichtet, eine pfändbare Vermögensmasse für die Gläubiger zur Verfügung zu stellen. Diese implizite Verpflichtung zur Schaffung von Haftungsmasse widerspreche jedoch der Möglichkeit der Gesellschafter, dem Unternehmen ökonomische Schäden nach weitgehend eigenem Belieben zuzufügen, weil sie in ihren eigenen Verantwortungsbereich eingreife und die Verfügungsbefugnis über das ihnen zustehende Vermögen tangiere. Das GmbHG habe für gläubigerschädigende Maßnahmen und deren zwingenden Ausgleich ua im Rahmen der § 43 Abs 3, § 64 Abs 2 (vgl seit dem SanInsFoG § 15b InsO) und § 82 ff dGmbHG ausreichend Sorge getragen. Daher unterscheidet sich mE die in Frage stehende Argumentationsströmung von der bloßen (begründungslosen) Behauptung eines „mittelbaren Gläubigerschutzes“ nur dadurch, dass sie die Wirkungsweise dieses (angeblichen) Schutzes näher beschreibt, seine dogmatische Rechtfertigung ohne Begründung oder mit bloßem Hinweis auf den Ausschluss der Gesellschafterhaftung (vgl etwa *Heisse*, Beschränkung 134) aber bereits voraussetzt.

2652 Vgl idZ etwa *Thomas*, Haftungsfreistellung 162, wonach die – ohnedies schon hinter dem Kompensationszweck zurücktretende – verhaltenssteuernde Wirkung der Haftung neben den übrigen Steuerungsmechanismen nur untergeordnete Bedeutung habe; aA aber *G. Wagner*, ZHR 178 (2014) 227 (251 ff), wonach die Vorstandshaftung *ausschließlich* Präventionswirkung habe, weil die Gesellschaft über erhöhte Geschäftsleitergehälter und die Tragung der Versicherungsprämie wirtschaftlich ihren eigenen Schaden liquidiere.

2653 Vgl allg *Thomas*, Haftungsfreistellung 158 mwN, wonach der verhaltenssteuernde Haftungszweck immer nur insoweit verwirklicht werden könne, wie die Erreichung des Kompensationszwecks eine abschreckende Wirkung mit sich bringt.

2654 Während ein Durchsetzungswille (und damit die Präventionswirkung) allg wohl als gegeben vorausgesetzt werden kann, hängt er im Kapitalgesellschaftsrecht maßgeblich von der Eigenkapitalisierung ab, weil die Gesellschafter erst durch diese „etwas zu verlieren“ haben. Erst die Kapitalbindung bewirkt, dass das wirtschaftliche Entscheidungsprofil einer unbeschränkten Haftung gleichsam nachgebildet wird.

tung für zumindest grob fahrlässige Schädigung)²⁶⁵⁵. Auch der mittelbare Gläubigerschutz ist insofern bestimmt, als er sich über die Incentivierung der Gesellschafter definiert. Im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Geschäftsführern wirkt die Haftung in ihrer gesamten Bandbreite (nicht nur präventiv), und diese Haftung kommt mittelbar – weil die Gesellschafter sie typischerweise durchsetzen werden – auch den Gesellschaftsgläubigern zugute. Angesichts dieses mittelbaren Schutzmechanismus spricht die „andere Qualität“ abstrakter Vorausdispositionen wie erwähnt nicht gegen, sondern *für* die Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen.

b) Minderheitenschutz

Neben den dominierenden Gläubigerschutzüberlegungen wird im Schrifttum²⁶⁵⁶ manchmal auch betont, dass die Geschäftsführerhaftung auch dem Minderheitenschutz diene.²⁶⁵⁷ Eingehendere Begründungen gibt es soweit ersichtlich nicht. Das Verhältnis zwischen Geschäftsführer und Gesellschaft, die Sorgfalts- und Verhaltenspflichten sowie die Haftung sind ein Korrelat der Stellung des Geschäftsführers als Verwalter fremden Vermögens (des Gesellschaftsvermögens).²⁶⁵⁸ Demgemäß dürften diese Pflichten (und die Haftung für ihre Einhaltung) auf die Gesellschaft als „Eigentümerin“ des verwalteten Vermögens in einem zweipersonalen Verhältnis abzielen. Sie differenzieren an sich nicht nach (weiteren) Schutzinteressen, die sich aus der Gesellschafterstruktur ergeben. Pluralistische Interessen auf Ebene der Gesellschafter als „wirtschaftliche Eigentümer“ des Gesellschaftsvermö-

2655 Zur Zäsur der groben Fahrlässigkeit kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden (bei Fn 2610). Für diese Zäsur spricht unter Präventionsgesichtspunkten übrigens auch nicht, dass bei leichter Fahrlässigkeit eine „Durchsetzungsneigung“ der Gesellschafter und damit eine Präventionswirkung *gar nicht* besteht. Dementspr begründen auch jene Autoren, die der Präventionswirkung (implizit) Gläubigerschutzcharakter zuschreiben, die Grenze der groben Fahrlässigkeit (nur) damit, dass die davon ausgehende Präventionswirkung für die Gläubiger *noch ausreichend* sei (idS etwa *Frisch*, Haftungserleichterung 234; ähnlich *Bachmann*, GesRZ 2014, 149 [154]). Warum die Gläubiger dann im Bereich leichter Fahrlässigkeit um ihren angenommenen (wenngleich geringeren) Schutz „umfallen“ sollen, ist nicht ersichtlich.

2656 Vgl aus der dLit die Nw in Fn 2122 und Fn 2146 sowie aus der öLit Fn 2182; vgl hier etwa *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG⁵ § 43 Rz 4; *Lindacher*, JuS 1984, 672 (673) mwN; *Ebenroth/Lange*, GmbHR 1992, 69 (76), nach denen unter diesem Aspekt die Stellung des Geschäftsführers als Verwalter fremden Vermögens besonderes Gewicht gewinne; differenzierend *Sturm*, GmbHR 2003, 573 (586), wonach der Minderheitenschutz nicht die vollständig zwingende Natur des § 43 dGmbHG, sondern nur die Voraussetzung eines einstimmigen Gesellschafterbeschlusses erfordere.

2657 *Ebenroth/Lange*, GmbHR 1992, 69 (76).

2658 Vgl *U. H. Schneider* in FS Werner 795 (807); *Konzen*, NJW 1989, 2977 (2984); *Jousen*, GmbHR 2005, 441 (447); *Koppensteiner*, wbl 1988, 1 (5 f); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 19.

gens werden – insofern erst nachgelagert – dadurch gewahrt, dass Minderheitsgesellschafter das Recht zur Partizipation an der Entscheidung über die Gestion des Gesellschaftsvermögens (darunter auch Ersatzansprüche gegen Geschäftsführer) erhalten. Der Minderheitenschutz ist insofern nicht ergebnis-, sondern verfahrensorientiert.²⁶⁵⁹ So ist eine Minderheit gem § 48 GmbHG berechtigt, Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen (ua) den Geschäftsführer im eigenen Namen einzuklagen. Zur Absicherung gegen mehrheitliche Dispositionen über geltendzumachende Ansprüche ist das Widerspruchsrecht derselben Minderheit gem § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG nach der hier vertretenen Ansicht analog auf die GmbH anzuwenden.²⁶⁶⁰ Diese Widerspruchsrechte sind auch auf abstrakte Haftungsmilderungen anzuwenden.²⁶⁶¹ Außerdem kann der Beschluss, mit dem eine Abmilderung der Geschäftsführerhaftung beschlossen wird, anfechtbar sein (insb wegen Treuwidrigkeit). Daher erfordern Minderheitsinteressen wie erwähnt nicht die (gänzliche oder teilweise) Unwirksamkeit abstrakter Haftungsmilderungen, sondern (nur) die Partizipation der (gesetzlich geschützten) Minderheit an der Entscheidung.²⁶⁶² Es wäre schwer einzusehen, weshalb die Minderheit nicht über „ihren eigenen“ Schutz disponieren können soll, indem sie einer Haftungsmilderung zustimmt (zB auch durch Unterwerfung unter den Mehrheitsbeschluss).²⁶⁶³ Wegen der genannten Schutzmöglichkeiten ist auch eine einstimmige Beschlussfassung nicht erforderlich.²⁶⁶⁴

c) Selbstschutz

Nach *Haberer*²⁶⁶⁵ gebiete es auch der Schutz der Gesellschafter „vor sich selbst“, dass ein Haftungsausschluss nicht nur für Vorsatz, sondern auch für grobe Fahrlässigkeit nicht anerkannt wird. Andere Autoren berufen sich so-

2659 Vgl *Fleischer* in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 417; *Ziemons* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ § 43 Rz 567 mwN.

2660 S dazu ausf oben S 190 ff.

2661 Dazu schon oben S 573 ff.

2662 Vgl ähnlich für Deutschland *Mand*, Geschäftsführerhaftung 133 f, wonach der Schutz von Minderheitsgesellschaftern nicht über eine zwingende Innenhaftung von Leitungsorganmitgliedern realisiert werde, sondern ein funktionsadäquater Schutz der berechtigten Belange von Minderheitsgesellschaftern vielmehr bei der Treuepflicht der Mehrheitsgesellschafter ansetzen müsse; ähnlich *Kaffiné*, Begrenzung 154 ff; vgl auch *Sturm*, GmbHR 2003, 573 (586), wonach der Minderheitenschutz nicht die vollständig zwingende Natur des § 43 dGmbHG, sondern nur die Voraussetzung eines einstimmigen Gesellschafterbeschlusses erfordere.

2663 Im Übrigen wäre auch nicht erklärlich, weshalb der Minderheitenschutz gerade „entlang“ der Verschuldensgrade verlaufen soll.

2664 S schon oben bei Fn 2343 mwN.

2665 *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 490 f; krit *Fleischer*, BB 2011, 2435 (2439).

weit ersichtlich nicht auf den Selbstschutz.²⁶⁶⁶ Dieses Argument überzeugt mE nicht.²⁶⁶⁷ Der Schutz des Verfügenden (hier: der Gesellschaft) vor sich selbst, dh vor Unüberlegtheit, wird schon allgemein durch § 879 ABGB (vgl § 276 Abs 3 BGB) bewirkt.²⁶⁶⁸ Ein Grund für eine Erweiterung dieses allgemeinen Schutzes im Gesellschaftsrecht ist nicht ersichtlich.

d) Schutz der Allgemeinheit und ähnliche Argumente

Einige Argumente für die Unzulässigkeit oder nur eingeschränkte Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen lassen sich insofern zusammenfassen, als sie über die Interessen der unmittelbar Beteiligten (Gesellschaft, Gesellschafter und Gläubiger) hinausgehen und sich auf allgemein-überindividuelle Interessen stützen. So argumentiert etwa *Haberer*²⁶⁶⁹, dass Argumente des „Funktionsschutzes“ innerhalb der Gesellschaft gegen einen Ausschluss der Haftung auch für grobe Fahrlässigkeit sprechen. Die Sicherung einer ordnungsgemäßen Unternehmensführung liege letztlich auch selbst zumindest soweit im Allgemeininteresse, als Regelungen hintangehalten werden sollen, die eine ordnungsgemäße Unternehmensleitung *ex ante* und mit genereller Wirkung gefährden. Die Freizeichnung auch für grobe Fahrlässigkeit sei mit der vom Gesetz intendierten „*umfassenden Verantwortung der Geschäftsführer*“ unvereinbar.²⁶⁷⁰ Nach *Told*²⁶⁷¹ geht es dem objektiven Sorgfaltsmaßstab um die Förderung des Funktionierens von Kapitalgesellschaften, weshalb ihm eine „*vom Einzelfall losgelöste Schutzintention*“ innewohne. Die Einhaltung der erforderlichen Sorgfalt diene damit nicht nur dem Gesellschafts- und Gesellschafterschutz, sondern als Gegenstück zur beschränkten Haftung insb auch dem Gläubigerschutz und dem Schutz der Allgemeinheit. *Raiser/Veil*²⁶⁷² lehnen jede abstrakte Haftungsmilderung im Voraus mit dem Argument ab, die Geschäftsführung eines Unternehmens sei heute nicht mehr allein „*Privatangelegenheit der Gesellschafter*“, sondern berühre

2666 Das könnte daran liegen, dass der Selbstschutz der Gesellschaft insb in Deutschland bereits durch die Wertung des § 276 Abs 3 BGB gewährleistet ist und daher – mit Folgewirkungen für die österreichische Diskussion – bei weiteren Einschränkungen der Dispositionsfreiheit nicht (mehr) berücksichtigt wird. S auch sogleich im Fließtext.

2667 Abl auch *Schnorbus* in *Rowedder/Pentz*, GmbHG⁷ § 43 Rz 10.

2668 Vgl dazu allg auch *Möslein*, Dispositives Recht 171 mwN.

2669 *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 490.

2670 *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 491 mwN; so schon *Lohr*, NZG 2000, 1204 (1209); ähnlich bereits *Schilling/Schmidt/Goerdeler* in *Hachenburg*, GmbHG II⁶ § 43 Anm 2; krit *Fleischer*, BB 2011, 2435 (2439); ders in *MüKo GmbHG*⁴ § 43 Rz 381.

2671 *Told*, GES 2015, 60 (70); dies in *Nueber/Przeszlowska/Zwirschmayr*, Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel 67 (87).

2672 *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaften⁶ § 42 Rz 92; abl *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 484.

auch die Arbeitnehmer, Gläubiger und die Öffentlichkeit. Die Haftung gem § 43 dGmbHG müsse daher wie jene gem § 93 dAktG zwingendes Recht sein. Nach *Mertens*²⁶⁷³ ist § 43 Abs 1 dGmbHG zwingend, weil die Vorschrift den Interessen aller Gesellschafter, insb auch der Gesellschafterminderheit und darüber hinaus den Interessen des allgemeinen Rechtsverkehrs diene. Auch der OGH hat in einer rezenten Entscheidung²⁶⁷⁴ aus dem Jahr 2020 eine vertragliche Haftungsbeschränkung (konkret in Form einer anstellungsvertraglichen Verfallsklausel) entspr seiner DHG-Judikaturlinie²⁶⁷⁵ mit dem Argument abgelehnt, dass es sich bei § 25 GmbHG „um eine im Interesse der Allgemeinheit und zum Schutz der Gläubiger getroffene zwingende Bestimmung handelt“. In dieselbe Kerbe schlägt das Argument, eine Haftungsfreistellung für grobe Fahrlässigkeit vertrage sich nicht mit der „Pflicht zur sorgfältigen Unternehmensleitung“²⁶⁷⁶, der „Pflicht zur sorgfältigen Leitung der Gesellschaft“²⁶⁷⁷ oder der „Pflicht zur sorgfältigen Führung der Geschäfte der Gesellschaft“²⁶⁷⁸. Nach manchen Autoren²⁶⁷⁹ soll ein genereller Haftungsausschluss für grobe Fahrlässigkeit sogar sittenwidrig sein.

Diese Argumente überzeugen mE nicht. Es ist nicht ersichtlich, weshalb Interessen Dritter, die nicht selbst (potenzielle)²⁶⁸⁰ Gläubiger der Gesellschaft sind,²⁶⁸¹ oder ein öffentliches Interesse abstrakten Haftungsmilderungen entgegenstehen soll.²⁶⁸² Zunächst stellt sich die Frage, inwiefern die Allgemeinheit

2673 *Mertens* in *Hachenburg*, GmbHG⁷ § 43 Rz 12; zust *J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 135.

2674 OGH 26.08.2020, 9 ObA 136/19v wbl 2021, 171.

2675 RIS-Justiz RS0054466.

2676 *Runggaldier/Schima*, Rechtsstellung 228.

2677 *Runggaldier/Schima*, Manager-Dienstverträge⁴ 186 f; ähnlich *G. Schima/Liemberger/Toscani* in SWK-Spezial Der GmbH-Geschäftsführer 241, wonach der Ausschluss der Haftung für grob fahrlässiges oder vorsätzliches Handeln mit den Sorgfaltspflichten eines Geschäftsführers als Verwalter fremden Vermögens jedenfalls nicht vereinbar wäre; ebenso *G. Schima/Toscani*, Handbuch GmbH-Geschäftsführer² 331.

2678 *Fritz*, Wie führe ich eine GmbH richtig?³ Rz 4/591 Fn 1150; *Vavrovsky*, Der erfolgreiche Geschäftsführer² 85.

2679 Vgl *Straube/Rauter*, JAP 2007/2008/15, 168 (171); *G. Schima/Liemberger/Toscani* in SWK-Spezial Der GmbH-Geschäftsführer 241.

2680 Künftige Gläubiger (und Gesellschafter) werden durch die Publizität einer Haftungsmilderung im Gesellschaftsvertrag geschützt (korporativer Satzungsbestandteil). S dazu noch unten S 665 ff.

2681 Auch wenn die öffentliche Hand Gläubigerin der Gesellschaft ist, rechtfertigt das mE keine „Sonderbehandlung“ gegenüber anderen (privaten) Gläubigern (zutr *Mand*, Geschäftsführerhaftung 118).

2682 Abl auch *Mand*, Geschäftsführerhaftung 118; abl auch iZm der insoweit gleichgelagerten Frage nach der Zulässigkeit statutarischer Haftungsmilderungen (Haftungshöchstgrenze) bei der AG *Nicolussi* in *Nueber/Przeszłowska/Zwirczmayr*, Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel 21 (36), wonach weder der Verkehrsschutz, der Wettbewerb noch die Interessen der Arbeitnehmer durch eine Haftungsmilderung beeinträchtigt würden.

überhaupt ein Interesse an der Ausgestaltung der Organhaftung haben kann. Dieser Frage könnte man sich annähern durch eine Besinnung auf die Funktion der haftungsbeschränkten Rechtsformen. Ursprünglich diene die Haftungsbeschränkung dazu, die breite Bevölkerung durch die Überwindung der menschlichen Risikoaversion für die Beteiligung an risikoreichen, gesamtgesellschaftlich aber erwünschten, Unternehmungen (zB Eisenbahnen, Bergbau) zu gewinnen.²⁶⁸³ Diese ursprüngliche Zweckausrichtung ist heute zwar stark relativiert, es ist aber (weiterhin) davon auszugehen, dass es Unternehmen gibt, die ohne ausgeschlossene Gesellschafterhaftung nicht existieren würden. Der GmbH-Gesetzgeber hatte hier übrigens vor allem Familien- und Erbengesellschaften vor Augen.²⁶⁸⁴ Das Interesse der Allgemeinheit kann daher allenfalls darin bestehen, dass solche Gesellschaften existieren, funktionieren und folglich ihre Leistungen auf dem Markt zugunsten aller anbieten können. Das setzt aber voraus, dass die gesetzliche Organhaftung nicht – wie momentan der Fall – derart streng ist, dass sie die Leitungsorganmitglieder zu einem risikoarmen Management verhält oder überhaupt fähige Personen von der Übernahme einer Leitungstätigkeit abhält. Durch die ausgeschlossene Gesellschafterhaftung sollte die menschliche Risikoaversion der Gesellschafter gerade überwunden werden. Ohne die Möglichkeit einer Milderung der Organhaftung droht die Risikoaversion auf Organebene jedoch die (volkswirtschaftlich erwünschte) Risikoneutralität auf Gesellschafterebene wieder zu neutralisieren, was die primäre Legitimation haftungsbeschränkter Rechtsformen in Frage stellen würde.²⁶⁸⁵ Die Allgemeinheit kann deshalb – wenn überhaupt – nur ein Interesse daran haben, dass vertragliche Haftungsmilderungen *zulässig* sind. Insoweit deckt sich ein etwaiges Allgemeininteresse aber vollständig mit dem Gesellschafter- und Gläubigerinteresse. Auch die Gesellschafter und Gläubiger haben ein (unmittelbareres) Interesse daran, dass die Haftungsandrohung wirtschaftlich sinnvolle Verhaltensanreize setzt. *Diese* Interessen sind in der gesetzlichen Wertung aber ohnedies schon berücksichtigt.²⁶⁸⁶ Gegen die (zu-

2683 Näher oben S 382 ff.

2684 Vgl zum dGmbHG AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3725 rSp; zum öGmbHG EBRV 236 BlgHH 17. Session 50, 64; vgl dazu schon näher oben bei Fn 626.

2685 S schon oben Fn 99; vgl plastisch *Bayer/P. Scholz*, NZG 2014, 926 (927), nach denen die Haftungsbeschränkung im Kapitalgesellschaftsrecht gerade dazu dient, die auf Grund des Totalverlusttrisikos bestehende irrationale Risikoaversion zu beseitigen, doch dieses „institutionelle Grundproblem“ über das latente Risiko der wirtschaftlichen Existenzvernichtung des Vorstands durch die Hintertür wieder in die Rechtsform hereingetragen würde (vgl auch *P. Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung 238 f); auf diesen Widerspruch zutr hinweisend auch *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 112.

2686 Vgl idZ auch *Mand*, Geschäftsführerhaftung 118, nach der ein öffentliches Interesse an der Einhaltung der Kapitalerhaltungsvorschriften keine eigenständige Bedeutung hat. *Mand* hält der Argumentation mit dem öffentlichen Interesse – mE zutr – entgegen, dass es sonst zu einer mehrfachen Berücksichtigung identischer Interes-

sätzliche) Maßgeblichkeit eines Allgemeininteresse spricht auch die Rechtsfolge der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG, denen zufolge Weisungen, Verzicht oder Vergleiche (nur) unwirksam sind, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist. Würde die Geschäftsführerhaftung jedoch (auch) dem Allgemeinschutz dienen, müssten Gesellschaftsdispositionen konsequenterweise weitergehend unwirksam sein. Im Übrigen gäbe es auch keine greifbaren Anhaltspunkte dafür, in welchem *Ausmaß* ein Allgemeininteresse die (In-)Disponibilität der Haftung gebieten sollte. Ein Allgemeininteresse wäre zu abstrakt, um daraus konkrete Disponibilitätsgrenzen ableiten zu können. Wie im dem Gläubigerschutz schon dargetan,²⁶⁸⁷ ist auch die oft gezogene Grenze der groben Fahrlässigkeit (mangels weiterer Verschuldensgrade) eine Art Verlegenheitslösung. Zusammenfassend ist die Berufung auf öffentliche Interessen oder ein Allgemeininteresse (zwangsläufig) ein (Pseudo-)Argument, das ähnlich einer „Wesensargumentation“ jedes beliebige Auslegungsergebnis stützen kann. Das öffentliche Interesse spielt nur insofern eine Rolle, als Vorausverzicht auf die Haftung wegen vorsätzlicher Schädigung sittenwidrig sind (§ 879 Abs 1 ABGB; § 276 Abs 3 BGB). Diesseits der Sittenwidrigkeitsgrenze geht es aber allein um den Ausgleich von Gesellschafter- und Gläubigerinteressen.

Die oben zuletzt referierten Argumente, die abstrakte Haftungsbeschränkungen (für grobe Fahrlässigkeit) unter Berufung auf eine (umfassende) Pflicht zur sorgfältigen Unternehmensleitung oder der umfassenden Verantwortung des Geschäftsführers abzulehnen, bleiben dagegen nicht nur eine Begründung schuldig, sondern geben sich ihre Begründung gleich selbst. Denn es ist gerade fraglich, ob und inwieweit die Pflicht zur sorgfältigen Unternehmensleitung oder die daraus resultierende Haftung vertraglich abgemildert werden kann – dann kann die Pflicht bzw Haftung aber nicht zugleich die Antwort auf diese Frage sein. Ein solches Argument ist zirkulär.²⁶⁸⁸ Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, weshalb nur ein Haftungsaus-

sen käme. Es handle sich – so *Mand* – insoweit um Reflexwirkungen von Normen, die dem Schutz anderer Interessen dienen und als solche bereits in die Abwägung eingeführt wurden.

²⁶⁸⁷ S oben S 642 ff.

²⁶⁸⁸ Die Pflicht des Geschäftsführers zur sorgfältigen Unternehmensführung und die damit verbundene Haftung sind wie erwähnt (§ S 642 ff) ein Korrelat der Stellung des Geschäftsführers als Verwalter fremden Vermögens (des Gesellschaftsvermögens). Diese Pflicht trägt den präsumtiven Interessen der Gesellschaft als „Eigentümerin“ des verwalteten Vermögens (und der Gesellschafter als „wirtschaftliche Eigentümer“) Rechnung. Nach allg Grundsätzen könnte die Gesellschaft über ihr Vermögen privatautonom disponieren (vgl *Heisse*, Beschränkung 116; *Fleischer*, BB 2011, 2435 [2439], wonach die Gesellschafter – soweit es um Gesellschafterschutz geht – einer Haftungsmilderung zustimmen müssen und daher grundsätzlich nicht schutzbedürftig seien; *Frisch*, Haftungserleichterung 229 f; *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 242 f; *Joussen*, GmbHR 2005, 441 [447]; zu Weisungen *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 19). Dementspr spricht die treuhänderartige Stellung des Geschäftsführers tendenziell *für* die Zulässigkeit abstrakter Haftungsmil-

schluss für *grobe Fahrlässigkeit* mit der Pflicht zur sorgfältigen Unternehmensleitung in Widerspruch stehen soll. Das müsste dann konsequenterweise für *jede* Haftungsmilderung gelten. Wie *Fleischer*²⁶⁸⁹ zutreffend kritisiert, lassen derartige Argumente aber ohnehin offen, welchen Schutzinteressen überhaupt Rechnung getragen werden soll. Auf sie kann daher auch nicht näher eingegangen werden.

G. Zwischenergebnis

Die bestehenden gesetzlichen Dispositionsbeschränkungen sind (analog) auf abstrakte Haftungsmilderungen anzuwenden. Demnach sind Haftungsmilderungen im Voraus unwirksam:

- i. für vorsätzliche (und krass grob fahrlässige) Schädigung gem § 879 ABGB (vgl auch § 276 Abs 3 BGB) unabhängig vom Anspruchsgrund (*Selbstschutz*);
- ii. für Organpflichten und Ersatzansprüche aus § 10 Abs 4 GmbHG gem § 10 Abs 6 GmbHG und aus § 25 Abs 3 GmbHG (und gleichgestellten Vorschriften analog, insb § 14 EKEG und wegen existenzgefährdender Maßnahmen) gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG, jeweils aber nur, soweit der Ersatz zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist (*Gläubigerschutz*);
- iii. für alle Ansprüche, sofern eine gem § 48 GmbHG klagsberechtigte Gesellschafterminderheit gem § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG analog Widerspruch erhebt (*Minderheitenschutz*) oder wenn der Beschluss, insb in dem die Haftungsbeschränkung festgelegt wird, erfolgreich angefochten wird (zB wegen Treuwidrigkeit) (*Individualschutz*).

Weitere (ungeschriebene) Einschränkungen der grundsätzlichen Dispositionsfreiheit der Gesellschaft über ihr Vermögen (darunter auch Ersatzansprüche gegen Geschäftsführer) sind nicht erforderlich (insb nicht im Gläu-

derungen (was der Argumentation mit der grundsätzlichen Dispositionsfreiheit der Gesellschaft ähnelt [vgl auch *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 243]). Wegen der ausgeschlossenen Gesellschafterhaftung stellt sich jedoch gerade die Frage, inwieweit die grundsätzliche Verfügungsfreiheit der Gesellschaft über „ihr“ Vermögen im Gläubigerinteresse beschränkt wird. Die „Pflicht zur sorgfältigen Unternehmensführung“, die „umfassende Verantwortung“ oder die Stellung als Verwalter fremden Vermögens ist wie erwähnt nicht die Antwort auf diese Frage, sondern vielmehr ihr Gegenstand. Die genannten Argumente gehen implizit wohl davon aus, dass die Sorgfaltspflicht und Haftung (überwiegend) dem Gläubigerinteresse (oder sonstigen Drittinteressen) dienen. Das bedürfte angesichts der grundsätzlichen Privatautonomie jedoch einer besonderen Begründung und müsste im Übrigen bedeuten, dass im selben Ausmaß (wie gem § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG) auch Verzichte, Vergleiche und Weisungen nicht haftungsentlastend wirken (was nach mE zutr Ansicht jedoch nicht der Fall ist).

²⁶⁸⁹ *Fleischer*, BB 2011, 2435 (2439); ders in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 381; ähnlich auch *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 183.

bigerinteresse). Denn die Gesellschaftsgläubiger werden nach der gesetzlichen Konzeption *mittelbar* dadurch geschützt, dass die Gläubigerinteressen aufgrund der zwingenden Kapitalbindung und der daraus resultierenden unmittelbareren Betroffenheit der Gesellschafter von Vermögensbewegungen präsumtiv im Gesellschafterinteresse „aufgehen“ (Interessenkongruenz). Da sich auch abstrakte Haftungsmilderungen zuerst bei den Gesellschaftern auswirken (Haftkapital) und relativ eingriffsintensiver sind, legen die Gesellschafter wegen der disziplinierenden Wirkung der Vermögensbindung die Haftung der Geschäftsführer präsumtiv auf das (auch aus Gläubigersicht) „optimale“ Niveau fest. Nach dem Gesagten sind abstrakte Haftungsmilderungen jenseits der oben genannten Beschränkungen wirksam. Insoweit kann auf das oben bei der systematisch-logischen Auslegung dargestellte (vorläufige) Zwischenergebnis verwiesen werden.²⁶⁹⁰

H. Regelungsmodus

Haftungsmilderungen können, wie eingangs erwähnt, grundsätzlich bei jedem schadenersatzrechtlichen Zurechnungselement ansetzen.²⁶⁹¹ Im Fokus der literarischen Debatte stehen die Herabsetzung des Sorgfalts- oder Verschuldensmaßstabs,²⁶⁹² es werden aber auch eine Verkürzung der Verjährungsfrist und die Vereinbarung einer Ausschlussfrist (Verfallsfrist) diskutiert.²⁶⁹³ Beides ist nur innerhalb der oben herausgearbeiteten Grenzen zulässig.²⁶⁹⁴ Gleiches gilt für die im Grundsatz ebenfalls zulässige Vereinbarung

²⁶⁹⁰ S oben bei S 625 f.

²⁶⁹¹ Vgl die Darstellung der verschiedenen Möglichkeiten bei *Janert*, BB 2013, 3016 (3020 ff); *Werner*, GmbHR 2014, 792 (797 f).

²⁶⁹² Vgl hier nur *Janert*, BB 2013, 3016 (3020): So könnte etwa der Sorgfaltsmaßstab an die Leitungstätigkeit im Einzelfall angepasst werden, indem zB die Ehrenamtlichkeit einer Geschäftsführerausübung bei gemeinnützigen Gesellschaften, die Nebenamtlichkeit bei Konzerntochtergesellschaften oder die Größe der Gesellschaft berücksichtigt werden.

²⁶⁹³ Vgl erst jüngst OGH 26.08.2020, 9 ObA 136/19v wbl 2021, 171 ff; krit dazu *Spendel*, wbl 2021, 121 ff; für Deutschland vgl die Rsp des BGH (dazu oben S 518 ff bei Fn 2092 ff); aus der Lit insb *Sturm*, GmbHR 2003, 573 (576); *Jula*, GmbHR 2001, 806 (809). Vgl auch zu rechtsgeschäftlichen Erleichterungen der Verjährung im Voraus (analog zu § 276 Abs 3 BGB) § 202 Abs 1 BGB (vgl nur *Grotbe* in MüKo BGB⁹ § 202 Rz 7).

²⁶⁹⁴ Vgl zur rechtlichen Gleichbehandlung der verschiedenen Ausgestaltungen einer Haftungsbeschränkung auch BGH 16.09.2002, II ZR 107/01 NJW 2002, 3777. Vgl aber für die strengere Beurteilung einer Verjährungsverkürzung wegen der Gefahr eines „verschleierte“ Haftungsausschlusses *P. Bydlinski*, ÖJZ 2010, 993 (996 Fn 24); zust *Vollmaier* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 1502 Rz 17 ff. Vgl idZ auch die Nw in Fn 2322. Für eine (noch weitergehende) Sonderbehandlung der Verjährungsverkürzung offenbar *Reis*, RdW 2007, 652 (653). Die Argumentation von *Reis* ist insofern relevant und verdient eine genauere Überprüfung, als der

OGH sich jüngst (26.08.2020, 9 ObA 136/19v) in der Sache dieser Argumentation angeschlossen hat. *Reis* verneint eine Verkürzung der Verjährungsfrist gem § 25 Abs 6 GmbHG, weil er ihr neben einem Gläubigerschutzzweck (dazu schon krit oben Fn 2592) auch einen „*Gesellschafterschutz*“ attestiert (arg: „*zweifache[] Schutzorientierung*“), den er aus einem Vergleich mit dem Aktienrecht ableitet: Dort solle die fünfjährige Sperrfrist für Verzichte und Vergleiche gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG „*im Zusammenhang mit der Verjährungsfrist gesehen*“ „*dem Schutz der Aktionäre vor einer übereilten Entscheidung dienen*“. Im GmbH-Recht fehle eine solche Schutzbestimmung, weil für den Gesellschafterschutz die fünfjährige Verjährungsfrist (§ 25 Abs 6 GmbHG) ausreichend erscheine.

Dieses Argument ist mE in all seinen Bestandteilen unzut und zT auch nicht nachvollziehbar. Zunächst intendiert die aktienrechtliche Sperrfrist keinen Übereilungsschutz, sondern beruht auf einem gesetzgeberischen Versehen: Der Gesetzgeber des dAktG 1937 hat diese Bestimmung aus dem Gründungsrecht (§ 205 dHGB 1897) in den allg Haftungsstatbestand übernommen und dabei irrtümlich angenommen, lediglich geltendes Recht fortzuschreiben (vgl nur *U. Torggler*, GesRZ 2009, 369 [372]; *Fleischer*, AG 2015, 133 [134]; zu alldem noch ausf zur AG unten S 950 ff). Die Sperrfrist hat daher keinen (bewussten) Schutzzweck. Sie lässt sich auch objektiv keinem denkbaren Schutzinteresse zuordnen. Auch der von *Reis* angenommene Übereilungsschutz kommt nicht in Frage, weil die Sperrfrist aufgrund der ebenfalls fünfjährigen Verjährungsfrist gem § 84 Abs 6 AktG, die richtigerweise eine objektive Frist ist (s noch sogleich unten), die Möglichkeit von Verzichten und Vergleichen (oder sonstiger Dispositionen) praktisch ganz ausschließt (vom schmalen Bereich einer Unterbrechung oder Hemmung der Verjährung abgesehen). Die Gesellschaft könnte erst über ihre Ersatzansprüche verfügen, wenn diese schon verjährt sind. Ein Schutz vor übereilten Verfügungen erübrigt sich aber, wenn solche Verfügungen praktisch gar nicht möglich sind. Es ist daher nicht nachvollziehbar, wie die Sperrfrist nach *Reis* „*im Zusammenhang mit der Verjährungsfrist gesehen*“ einen Übereilungsschutz verwirklichen soll. Das Gegenteil ist der Fall: gerade die Verjährungsfrist *verhindert* wegen ihrer Kongruenz mit der Sperrfrist einen solchen Übereilungsschutz. Auch sonst bedürfte es für einen solchen Schutzzweck nicht (zusätzlich) der Verjährungsfrist – dafür würde die Sperrfrist als Verfügungsbeschränkung allein genügen, denn sie setzt naturgemäß voraus, dass die betreffenden Ersatzansprüche (noch) existieren und von der Gesellschaft geltend gemacht werden könnten. Die Verjährungsfrist hat damit nichts zu tun. Die beiden Fristen haben nur zufällig dieselbe Länge, nämlich, weil die gründungsrechtliche Sperrfrist durch das dHGB 1897 zum besseren Schutz des Publikums von drei Jahren (Art 213d ADHGB 1884) auf fünf Jahre verlängert wurde. Schon damals hat man dabei aber übersehen, dass dadurch (auch im Gründungsrecht) Dispositionen wegen der ebenso langen Fünfjahresverjährung (die es schon seit dem ADHGB 1884 gibt) praktisch unmöglich gemacht wurden (s dazu noch ausf zur AG unten S 1022 ff). Darüber hinaus wäre ein (allg) Übereilungsschutz auch systemwidrig (zu alldem noch ausf zur AG unten S 989 ff). Übrigens: Das näherliegende (und bessere) Argument für die Nicht-Verkürzbarkeit der Verjährungsfrist wäre (statt der Annahme eines Übereilungsschutzes aufgrund Verjährungs- und Sperrfrist) gewesen, aus der Sperrfrist selbst die Indisponibilität der Haftung gem § 84 AktG – und damit auch der Verjährungsfrist – abzuleiten; allerdings wäre auch dieser Schluss verfehlt, weil die Sperrfrist wie erwähnt ein irrtümlich geschaffener Fremdkörper ist und aus ihr daher keine weiteren Schlüsse gezogen werden dürfen (auch dazu ausf zur AG unten S 1087 ff). Zusammenfassend bewirkt die aktienrechtliche Sperrfrist gem § 84 Abs 4

Satz 3 AktG entgegen *Reis* nicht – insb nicht in Verbindung mit der Verjährungsfrist – einen Schutz vor übereilten Verfügungen über Ersatzansprüche.

Als Nächstes postuliert *Reis*, dass im GmbH-Recht eine Sperrfrist fehle, weil wohl für den „Gesellschafterschutz“ die fünfjährige Verjährungsfrist gem § 25 Abs 6 GmbHG ausreichend sei. Auch das ist unrichtig. Gleich vorweg: Dass eine Sperrfrist wie § 84 Abs 4 Satz 3 AktG im GmbH-Recht „fehlt“, ist nicht etwa einem dort ausreichenden Gesellschafterschutz geschuldet; vielmehr ist dem GmbH-Gesetzgeber einfach nicht derselbe Irrtum unterlaufen wie dem AktG-Gesetzgeber. Dazu konnte es im GmbH-Recht auch gar nicht kommen, weil der GmbH-Gesetzgeber sich – entspr der Ausrichtung dieser Rechtsform – gerade jener zwingenden Normen des vorbildhaften Aktienrechts entledigen wollte, die durch die Handelbarkeit der Anteile bedingt sind. Darunter fiel auch die (gründungsrechtliche) Sperrfrist gem § 43 AktG (damals § 205 dHGB 1897), die der AktG-Gesetzgeber von 1937/1938 wie erwähnt irrig mit § 84 Abs 4 Satz 3 AktG verallgemeinerte. Im Übrigen stellt sich die Frage, was genau *Reis* mit dem (ausreichend erscheinenden) „Gesellschafterschutz“ im GmbH-Recht meint. Der Vergleich mit dem Aktienrecht (§ 84 Abs 4 Satz 3 AktG) legt nahe, dass es (ebenfalls) um Übereilungsschutz gehen soll. Dann ist aber nicht nachvollziehbar, wie dieser Schutz im GmbH-Recht ausreichen soll, wenn dort gerade jene Bestimmung (Sperrfrist) fehlt, die im Aktienrecht „im Zusammenhang mit der Verjährungsfrist“ diesen Schutz (vermeintlich) gewährleistet (die Verjährungsfristen gem § 25 Abs 6 GmbHG und § 84 Abs 6 AktG sind identisch). Wie erwähnt trägt die Verjährungsfrist auch gar nichts zu einem (gedachten) Übereilungsschutz bei; im Gegenteil: sie steht einem solchen Schutz sogar aufgrund ihrer Kongruenz mit der Sperrfrist entgegen. Auch aus der Verjährungsfrist gem § 25 Abs 6 GmbHG *allein* lässt sich ein Übereilungsschutz, der ja die Indisponibilität von Ansprüchen voraussetzt, nicht ableiten. Die Möglichkeit einer Anspruchsverfolgung innerhalb der Verjährungsfrist setzt *nicht* die Indisponibilität der betreffenden Ansprüche voraus. Denn die Verjährungsfrist schafft diese Möglichkeit nicht erst, sondern beschränkt sie (va) zum Schutz des Schuldners (dazu noch sogleich). Andernfalls wären alle verjährbaren Ansprüche indisponibel, was natürlich nicht der Fall ist (vgl nur § 1502 ABGB *e contrario*; vgl im GmbH-Recht die Dispositionsbeschränkungen zugunsten der Gläubiger [§ 25 Abs 5 und 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG], die die grundsätzliche Disponibilität implizit voraussetzen). Wollte man aus § 25 Abs 6 GmbHG allein einen Übereilungsschutz ableiten, bedürfte es außerdem nicht der Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG für die Argumentation von *Reis*. Geht man der Argumentation von *Reis* weiter nach, stellt sich die Frage, worin der „Gesellschafterschutz“ im GmbH-Recht bestehen und wie er verwirklicht sein soll. Da *Reis* aus dem angenommenen Schutz gerade die Indisponibilität der Verjährungsfrist gem § 25 Abs 6 GmbHG ableitet, kann der Schutz nur von der Verjährungsfrist ausgehen. Da ein Übereilungsschutz aber wie erwähnt ausscheidet, könnte man einen Schutz wohl nur darin sehen, dass die Gesellschaft die Möglichkeit hat, ihre Ansprüche während der Verjährungsfrist geltend zu machen. Zum einen kann dann aber (mangels Übereilungsschutz) nicht davon gesprochen werden, dass der „Gesellschafterschutz“ im GmbH-Recht gegenüber dem (vermeintlichen) Schutz im Aktienrecht gleichwertig wäre („*ausreichend erscheint*“). Zum anderen schützt die Verjährung als zeitliche Begrenzung der Anspruchsgeltendmachung auch nicht die Gesellschaft (als Gläubigerin von Ersatzansprüchen), sondern va den (vermeintlichen) Schuldner (vgl nur *R. Madl in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 1478 Rz 3 mwN). In der vorliegenden Konstellation schützt sie also den Geschäftsführer – nicht die Gesellschaft(er). Wie schon angesprochen, schafft die Verjährungsfrist natürlich nicht erst die Möglichkeit zur Anspruchsdurchsetzung (und schützt insofern den Gläubiger);

einer betragsmäßigen Haftungsbeschränkung.²⁶⁹⁵ In Betracht käme auch eine Modifizierung der gesetzlichen Beweislastverteilung (zugunsten des Organmitglieds).²⁶⁹⁶ Auch eine Kombination dieser (und aller anderen denkbaren) Gestaltungsmöglichkeiten ist zulässig und wird praktisch wohl auch oft vorzugswürdig sein.²⁶⁹⁷

Die vorliegende Untersuchung befasst sich wie erwähnt primär mit den Grenzen abstrakter Haftungsmoderungen und kann sich daher auf den Hin-

im Gegenteil: Diese Möglichkeit ergibt sich schon allg aus der Rechtszuständigkeit und die Verjährungsfrist begrenzt sie zeitlich va zum Schutz des Schuldners. Bei diesen allg Überlegungen ist freilich noch zu beachten, dass § 25 Abs 6 GmbHHG eine fünfjährige Sonderverjährung schafft und folglich *lex specialis* zum allg Verjährungsrecht ist. Vor diesem Hintergrund könnte Reis den „Gesellschafterschutz“ im GmbH-Recht darin verorten, dass § 25 Abs 6 GmbHHG nach hM eine kenntnisabhängige (subjektive) Frist sei, die die dreijährige subjektive Frist des § 1489 Satz 1 ABGB verdränge (RS0121358; J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHHG § 25 Rz 356 [Stand 01.09.2022]). Nach dieser Auffassung verlängert § 25 Abs 6 GmbHHG die allg subjektive Verjährung von drei auf fünf Jahre; und das hieße tatsächlich eine Haftungsver-schärfung für den Geschäftsführer (idS Kornfeld/Scheu, GmbHHG [1906] § 25 Anm III [S 42]; RS0059679). Allerdings normiert § 25 Abs 6 GmbHHG (und übrigens auch § 84 Abs 6 AktG) nach der zutr Gegenmeinung eine *objektive* Frist, die die (objektive) Dreißigjahresfrist des § 1489 Satz 2 ABGB verdrängt und daher die Haftung *mildert* statt verschärft (statt aller S.-F. Kraus/U. Torggler in U. Torggler, GmbHHG § 25 Rz 35; Pendl, RdW 2018, 275 [275] jew mwN; näher dazu noch zur AG unten S 1024 ff)). Die Fünfjahresverjährung soll nämlich den Geschäftsführer vor Beweisschwierigkeiten (va wegen der Beweislastumkehr) schützen. Damit *verstärkt* die organhaftungsrechtliche Sonderverjährung aufgrund gesellschaftsrechtlicher Spezifika sogar den (schon allg) Schuldnerschutz.

Zusammenfassend ist sowohl die Prämisse als auch die Schlussfolgerung des referierten Arguments unzut. Aber selbst wenn man *arguendo* davon ausgeht, dass von der Verjährungsfrist gem § 25 Abs 6 GmbHHG ein „Gesellschafterschutz“ ausgeht, folgt daraus nicht zwangsläufig die Indisponibilität der Frist. Dies könnte (abseits eines Drittschutzes) nur ein Übereilungsschutz der Gesellschafter rechtfertigen, der aber wie erwähnt ohne Verfügungsschranke (Sperrfrist) keinesfalls von der Verjährungsfrist allein ausgehen kann. Unter der Annahme eines (welchen?) „Gesellschafter-schutzes“ ist mE aber nicht ersichtlich, warum die Gesellschaft auf „ihren“ Schutz (anders als auf einen Drittschutz [zB Gläubigerschutz]) – natürlich unter Wahrung des Individual- und Minderheitenschutzes nicht nach allg Grundsätzen privatauto-nom bis zur Sittenwidrigkeitsgrenze verzichten können soll, bspw indem sie die Ver-jährungsfrist vertraglich verkürzt (vgl insoweit allg § 1502 ABGB *e contrario*).

2695 Vgl hierzu insb Heisse, Beschränkung; für die AG Grunewald, AG 2013, 813 (815 f); vgl *de lege ferenda* für die AG Bachmann, Gutachten E zum 70. DJT E 62 ff mwN; dens, GesRZ 2014, 149 (153).

2696 Vgl Julia, GmbHR 2001, 806 (808 f) mwN.

2697 Vgl Janert, BB 2013, 3016 (3020); Werner, GmbHR 2014, 792 (798); Heisse, Beschränkung 100.

weis beschränken, dass die oben herausgearbeiteten Disponibilitätsgrenzen für *alle* denkbaren Regelungsmodi gleichermaßen gelten.²⁶⁹⁸

I. Regelungsort

Die Entscheidung über abstrakte Haftungsmilderungen fällt (wie für Verzicht und Vergleiche) gem § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG analog (§ 46 Nr 8 dGmbHG) in die Kompetenz der Generalversammlung.²⁶⁹⁹ Umstritten ist jedoch, *wo* eine solche Vereinbarung wirksam getroffen werden kann. Diskutiert werden der Gesellschaftsvertrag, der Anstellungsvertrag, die Geschäftsordnung und ein einfacher Gesellschafterbeschluss.²⁷⁰⁰

1. Zwingende Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag

Das Gesetz ordnet bei zahlreichen Einzelbestimmungen an, dass eine privatautonome Abweichung oder Ergänzung zu ihrer Wirksamkeit zwingend im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden muss. Man spricht von „materiellen“ oder „korporativen“ Satzungsbestandteilen.²⁷⁰¹ Da diese einzelnen Ermächtigungen aber, wie schon zu § 4 Abs 2 GmbHG erwähnt,²⁷⁰² unvollständig sind,²⁷⁰³ kann allein aus dem Fehlen einer Ermächtigung nicht geschlossen werden, dass die fragliche Norm (hier: § 25 GmbHG) außerhalb des Gesellschaftsvertrags geändert oder ergänzt werden kann. Davon abgesehen sollten aus § 25 GmbHG schon deshalb keine vorschnellen Rückschlüsse gezogen werden, weil die Stellungnahmen des historischen Gesetz-

2698 So auch *Janert*, BB 2013, 3016 (3019). Für diese Grenzen spielt auch der Regelungsort (dazu sogleich im Fließtext) keine Rolle (vgl auch *Janert* aaO); dieser ergibt sich vielmehr umgekehrt aus den Dispositionsschranken und den zugrunde liegenden Schutzinteressen. Vgl aber zur abw Beurteilung einer Verjährungsverkürzung die Nw in Fn 2694.

2699 Vgl *Heisse*, Beschränkung 134; *Fleischer*, BB 2011, 2435 (2439); *Janert*, BB 2013, 3016 (3017); *Werner*, GmbHR 2014, 792 (796); *Kaffine*, Begrenzung 143.

2700 Zum Meinungsstand oben bei S 532 ff (Deutschland) und S 544 f (Österreich) jew mwN.

2701 Vgl statt vieler *Feltl/Aicher* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 4 Rz 37 ff mwN (Stand 01.11.2018); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 4 Rz 17 f.

2702 S oben S 617 ff.

2703 Vgl EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 56: „*Aber da ihre Aufzählung an dieser Stelle ebensowenig vollständig sein könnte wie jene des Deutschen Gesetzes, schien es besser, zur Vermeidung von Irrtümern überhaupt darauf zu verzichten und an jeder einzelnen Stelle des Gesetzes es besonders hervorzuheben, wenn die Gültigkeit einer Festsetzung der Gesellschafter von der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag abhängen soll.*“ Vgl zur AG schon Denkschrift dHGB 1897, abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 290: „*Die Aufzählung ist indessen keineswegs vollständig [...].*“

gebers zu einer Herabsetzung der „Diligenzpflicht“ – mE wohl aufgrund der pauschalen Bezugnahme auf den Sorgfaltsmaßstab – ablehnend ausfallen mussten.²⁷⁰⁴ Dabei ging der historische Gesetzgeber aber offenbar *implizit* davon aus, dass eine Haftungsmilderung nur im Gesellschaftsvertrag erfolgen könnte.²⁷⁰⁵ Schon diese subjektiv-historischen Überlegungen (zur Geschäftsführerhaftung) sprechen mE dafür, dass abstrakte Haftungsmilderungen nur wirksam im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden können.

Zum selben Ergebnis gelangt man, wenn man weiter nach der wertungsmäßigen Grundlage der erwähnten materiellen Satzungsbestandteile fragt. Verallgemeinerungsfähige Aussagen hierzu findet man soweit ersichtlich zwar nicht in den Gesetzesmaterialien zum GmbHG, aber in den Motiven zum (insoweit vorbildhaften) ADHGB 1884. Die Motive stellten die genannten Satzungsinhalte (genannt „*Akzidentalien*“) dem notwendigen Satzungsinhalt („*Essentialien*“) gegenüber: Bei Ersteren handle es sich um „*nicht nothwendige, aber für das Wesen der Gesellschaften so wichtige Abweichungen von Naturalien der gewöhnlichen Art, daß die Aufnahme solcher Akzidentalien in den Gesellschaftsvertrag nicht entbehrt werden kann, um für die Gesellschaft verbindlich zu sein.*“²⁷⁰⁶ Auch die AmtlBegr zum dGmbHG betont die *Wichtigkeit* der im Gesetz hervorgehobenen Fälle, namentlich die zeitliche Begrenzung der Gesellschaft und die Erweiterung der Gesellschafterpflichten.²⁷⁰⁷ Gleiches gilt für das öGmbHG, das sich im Allgemeinen an das dGmbHG als Regelungsvorbild (und damit in der Sache an das ältere Aktienrecht) gehalten hat.²⁷⁰⁸ Das Schrifttum reiht unter die materiellen Satzungsbestandteile insb Regelungen, die die organisatorische Grundlage der Gesellschaft bilden, ihre Beziehungen zu den Gesellschaftern oder die *Rechtsstellung ihrer Organe* festlegen.²⁷⁰⁹ Der OGH spricht von der Festlegung der Gesellschaftsorganisation als Verbandsverfassung; es handle

2704 S dazu ausf oben S 551 ff.

2705 Vgl RT-Drs 1890/1892, Aktenstück Nr 660, S 3750 rSp: „*Der Entwurf gestattet deshalb auch keine Abschwächung der gesetzlichen Diligenzpflicht durch den Gesellschaftsvertrag*“ (Hervorhebung durch den Verf). Vgl zur AG schon Kommissionsbericht ADHGB 1884, in stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 5. Legislaturperiode, IV. Session, 1884, 4. Band, Anlage 128, 1009 (1020): „*ob die Vorschriften über das Maaß der [...] anzuwendenden Sorgfalt durch Gesellschaftsvertrag abgeändert werden könnten*“ (Hervorhebung durch den Verf).

2706 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 496 rSp (Hervorhebung durch den Verf). Nach der AmtlBegr (S 496 f) ist zB die Vorsehung einer höheren Beschlussmehrheit in der Generalversammlung „*eine solche die Grundrechte der Aktionäre berührende Ausnahme von der gesetzlichen Regel, daß sich ihre Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag rechtfertigt.*“

2707 AmtlBegr dGmbHG RT-Drs 1890/1892, Aktenstück Nr 660 3733 rSp.

2708 Vgl EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 56.

2709 Vgl Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 4 Rz 18; Feltl/Aicher in Straube/Ratka/Rauter, WK GmbHG § 4 Rz 38 (Stand 01.11.2018): „*organisatorische Grundlage der Gesellschaft*“; Schmidberger/Duursma in Gruber/Harrer, GmbHG² § 4 Rz 67; Wi-

sich um solche Regelungen, die nicht nur für die derzeitigen, sondern auch die *zukünftigen Gesellschafter* und für *Dritte* bedeutsam sind.²⁷¹⁰ Solche Vereinbarungen binden nicht nur die gegenwärtigen, sondern auch später eintretende Gesellschafter.²⁷¹¹ Eine pauschale Milderung der Geschäftsführerhaftung modifiziert die Rechtsstellung der Gesellschaft zu ihren Organen und ist zweifellos auch für künftige Gesellschafter und Gläubiger bedeutsam.²⁷¹² Denn für die Gesellschafter bedeutet dies einen nicht unbeträchtlichen Einschnitt in ihre Vermögensrechte, zudem vermindert sich aus Sicht der Gläubiger die ihnen zur Verfügung stehende Haftungsmasse. Demgemäß können abstrakte Haftungsmilderungen mE nur im Gesellschaftsvertrag wirksam vereinbart werden.²⁷¹³ Dagegen wird zT eingewendet, dass eine gesellschaftsvertragliche Regelung nicht nötig sei, weil sich abstrakte Haftungsmilderungen ohnehin innerhalb der zwingenden Grenzen des Gläubigerschutzes halten müssen.²⁷¹⁴ Dieser Einwand überzeugt mE nicht. Dass zwingende Gläubigerschutzvorschriften nicht beeinträchtigt werden, trifft nämlich auf *alle* materiellen Satzungsregelungen zu, denn andernfalls wären diese von vornherein unwirksam und die Frage nach dem Regelungsort würde sich gar nicht stellen. Durch die zwingende Vorschreibung des Regelungsorts sanktioniert der Gesetzgeber eben nicht Eingriffe in fremde Rechte, sondern schützt vielmehr ein berechtigtes Informationsinteresse an *zulässigen* Vereinbarungen.²⁷¹⁵ Auf die praktische Umsetzung von Haftungsmilderungsvereinbarungen wird hier nicht eingegangen.²⁷¹⁶

cke in MüKo GmbHG⁴ § 3 Rz 103: „die Gesellschaft und Mitgliedschaft prägenden Vereinbarungen“; C. Jaeger in BeckOK GmbHG⁵⁷ § 3 Rz 15.

2710 Vgl nur RIS-Justiz RS0108891 (T1), (T2), (T6); vgl auch Schmidberger/Duursma in Gruber/Harrer, GmbHG² § 4 Rz 67.

2711 Vgl Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 4 Rz 17; C. Jaeger in BeckOK GmbHG⁵⁷ § 3 Rz 15.

2712 Vgl auch Mand, Geschäftsführerhaftung 137 f (Determinierung eines bedeutsamen Aspekts des Rechtsverhältnisses zwischen Gesellschaft und Organmitglied); vgl auch Sturm, GmbHR 2003, 573 (577).

2713 S die Nw in Fn 2162 (Deutschland) und Fn 2217 (Österreich). Auch der 70. DJT (DJT, Beschlüsse der Abteilung Wirtschaftsrecht des 70. DJT 2014, 2; referierend Bachmann, BB 2015, 771 [775 f]) hat für die AG (*de lege ferenda*) eine gesetzliche Ermächtigung zur Vereinbarung einer *statutarischen* Beschränkung der Vorstandschaft befürwortet und sich insoweit an das von Bachmann (Gutachten E zum 70. DJT E 58 ff, E 123) erstattete Gutachten gehalten.

2714 S die Nw in Fn 2163 (Deutschland) und Fn 2217 (Österreich).

2715 Vgl die Nw in den vorherigen Fn, insb Sturm, GmbHR 2003, 573 (576); Bachmann, Gutachten E für den 70. DJT E 112.

2716 Vgl dazu ausf für Deutschland etwa Kaffiné, Begrenzung 143 ff.

2. Beschlussquorum bei einer Gesellschaftsvertragsänderung

Mit der Regelung im Gesellschaftsvertrag und der davon ausgehenden Publizitätswirkung ist den Interessen der Gesellschaftsgläubiger und künftig eintretender Gesellschafter Rechnung getragen. Bei der Beschlussfassung sind aber auch die Interessen der (gegenwärtigen) Gesellschafter zu berücksichtigen. Der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag kommt naturgemäß einstimmig zustande, sodass sich hier keine Minderheitenschutzprobleme stellen. Sofern auch eine *Änderung* des Gesellschaftsvertrags einstimmig beschlossen wird, gibt es ebenfalls keine Probleme. In den übrigen Fällen stellt sich die Frage nach dem erforderlichen Beschlussquorum. Das Schrifttum²⁷¹⁷ hierzu ist gespalten: Während manche Autoren Einstimmigkeit fordern, lassen andere die (nach allgemeinen Regeln erforderliche) Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen (§ 50 Abs 1 GmbHG) genügen, weil gegen den Minderheitswillen beschlossene Haftungsbeschränkungen idR ohnedies treuwidrig und somit anfechtbar seien. Der Ansicht ist mE zu folgen. Da eine Regelung im Gesellschaftsvertrag erforderlich ist, bedarf es jedenfalls einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen (§ 50 Abs 1 GmbHG).²⁷¹⁸ Weitere Beschlussvoraussetzungen sind aber nicht nötig, weil die Gesellschafter schon durch das Widerspruchsrecht (einer Minderheit) gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG (analog) und die Anfechtungsmöglichkeit geschützt sind.²⁷¹⁹

2717 S dazu oben S 532 ff (Deutschland) und S 544 f (Österreich) und die dort zitierten Nw.

2718 Ist ein Geschäftsführer zugleich auch Gesellschafter, unterliegt er dem Stimmverbot gem § 39 Abs 4 GmbHG (§ 47 Abs 4 dGmbHG), weil er von einer Verpflichtung befreit werden soll. Anders als § 47 Abs 4 dGmbHG (und das aktienrechtliche Stimmverbot gem § 125 AktG [§ 136 dAktG]) erfasst § 39 Abs 4 GmbHG (unmittelbar) nicht den Fall, dass der Gesellschafter entlastet werden soll. Die EBRV (236 BlgHH 17. Session 1904 70) stellen aber klar, dass es sich dabei nur um eine terminologische Umgestaltung handelt: „Die Vorschrift des letzten Absatzes [sc § 38 Abs 4 der RV], wonach Gesellschafter in ihren eigenen Rechtsangelegenheiten von der Abstimmung ausgeschlossen sein sollen, entspricht durchaus dem Herkommen. Die Abweichungen von dem Wortlaute des § 47 des deutschen Gesetzes bezwecken nicht einen meritorisch verschiedenen Inhalt, sondern nur die schärfere Auszeichnung der Fälle, in denen das Stimmrecht versagt wird. Die Gegenüberstellung von Vorteil und Verbindlichkeit ermöglicht es einerseits, das Wörtchen ‚entlastet‘ zu entbehren, das bei Gesellschaften mit einfachen Verhältnissen möglicherweise ganz unverständlich wäre; andererseits ist damit und durch die Erwähnung von Rechtsgeschäften, in denen die Gesellschaft der eine, der Gesellschafter der andere Kontrahent ist, klar zum Ausdrucke gebracht, daß ein Gesellschafter bei seiner Wahl zum Geschäftsführer oder Aufsichtsratsrate mitwirken kann, weil weder damit für ihn in seiner Eigenschaft als Gesellschafter ein Vorteil verbunden ist, noch er in ein Vertragsverhältnis tritt.“

2719 S dazu oben S 573 ff.

J. Fazit

Das Gesetz regelt nicht ausdrücklich, ob oder inwieweit die Geschäftsführerhaftung auch durch vertragliche Vereinbarung im Vorhinein pauschal (abstrakt) abgemildert werden kann. Eine Einschränkung ergibt sich schon (subsidiär) aus dem allgemeinen Zivilrecht: Abstrakte Vorausmilderungen der Geschäftsführerhaftung sind demnach jedenfalls unwirksam für vorsätzliche (und krass grob fahrlässige) Schädigungen (§ 879 ABGB; ausdr § 276 Abs 3 BGB). Darüber hinaus enthalten weder der Wortlaut des § 25 GmbHG (§ 43 dGmbHG) noch die Gesetzesmaterialien zu dieser Frage eindeutige Aussagen. Die AmtlBegr zu § 43 dGmbHG, die kraft Verweises auch für § 25 GmbHG relevant ist, enthält zwar die Aussage, dass es bei der Geschäftsführerhaftung nicht nur um die Interessen der Gesellschafter, sondern auch solche der Gläubiger gehe; damit sind aber die Dispositionsbeschränkungen zum Schutz der Gläubiger gem § 43 Abs 3 Sätze 2 f dGmbHG angesprochen, die sich (in Deutschland iW unstr) nur auf die Ersatzansprüche gem § 43 Abs 3 dGmbHG beziehen (nach anderem Verständnis des Passus müssten sie hingegen konsequenterweise umfassend anwendbar sein, dh nach der gesetzlichen, insoweit verallgemeinerbaren Wertung – nämlich zur Wahrung der nötigen Risikobereitschaft der Geschäftsleiter – bis grobe Fahrlässigkeit [vgl § 93 Abs 5 Satz 2 Hs 1 dAktG; § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 öAktG] reichen). Die bestehenden (besonderen) Dispositionsbeschränkungen für Verzichte, Vergleiche und Weisungsbeschlüsse sind auf abstrakte Haftungsmilderungen im Voraus (ggf analog) anzuwenden. Demnach sind abstrakte Haftungsmilderungen jedenfalls in denselben Grenzen wie die geregelten Dispositionsarten unwirksam, nämlich im Gläubigerinteresse zum einen gem § 10 Abs 6 GmbHG für Ersatzansprüche aus § 10 Abs 4 GmbHG und zum anderen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG für Ersatzansprüche aus § 25 Abs 3 GmbHG (und gleichgestellten Vorschriften analog [s oben]), jeweils aber nur, soweit der Ersatz zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist. Außerdem sind Vorausdispositionen über alle Ansprüche zum Schutz einer Gesellschafterminderheit unwirksam, wenn eine gem § 48 GmbHG klagsberechtigte Minderheit gem § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG analog Widerspruch erhebt, oder (zum Schutz einzelner Gesellschafter), wenn der Beschluss, in dem die Haftungsbeschränkung festgelegt wird, angefochten wird (zB wegen Treuwidrigkeit). Aus diesen bestehenden (allgemeinen und besonderen) Dispositionsschranken lässt sich aber deduktiv nicht der Umkehrschluss ziehen, dass Haftungsmilderungen im verbleibenden Bereich ohne (weitere) Einschränkungen, dh in denselben Grenzen zulässig wären. Die Schranke der Sittenwidrigkeit bei vorsätzlicher Schädigung ist nämlich eine allgemeine Wertung, die das normative Spezifikum der ausgeschlossenen Gesellschafterhaftung im Kapitalgesellschaftsrecht und das daraus erwachsene Gläubigerschutzbedürfnis nicht berücksichtigen kann. Die besonderen (gesellschaftsrechtlichen) Dispositionsbeschränkungen berücksichti-

gen diese Besonderheit zwar, sie erfassen aber nur Verzichte, Vergleiche und Weisungsbeschlüsse (sowie wirkungsgleiche Geschäfte), nicht aber *abstrakte* Vorausdispositionen. Daher ist zu untersuchen, ob die gesetzlich geregelten Dispositionsarten einerseits und abstrakte Vorausdispositionen andererseits wertungsmäßig gleichartig sind. Auch aus dem Fehlen einer Ermächtigung zur statutarischen Abweichung von § 25 GmbHG lassen sich keine Schlüsse ziehen, denn § 4 Abs 2 GmbHG ordnet entgegen dem Anschein nicht an, dass alle Vorschriften des GmbHG grundsätzlich zwingend wären. Vielmehr bezieht sich diese Norm nur auf zwingende Vorschriften und soll insb klarstellen, dass gegen zwingendes Recht verstoßende Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag trotz (grundsätzlich konstitutiver) Firmenbucheintragung nichtig sind (vgl § 879 ABGB). Was die angesprochene wertungsmäßige Gleichartigkeit der Dispositionsarten betrifft, liegt der Grund für die Zulässigkeit der gesetzlich geregelten Dispositionen (Verzicht, Vergleich und Weisung) auch außerhalb der oben genannten (bestehenden) darin, dass der Gesetzgeber die Gesellschaftsgläubiger insoweit nur mittelbar schützt: Da die Gesellschafter wegen der zwingenden Vermögensbindung mit ihrem Eigenkapital (Haftkapital) am unmittelbarsten von Veränderungen des Gesellschaftsvermögens betroffen sind, haben sie ein intrinsisches Interesse an der Effektivierung der gebotenen Sorgfalt und nehmen dadurch annahmegemäß (mittelbar) auch die Interessen der (außerhalb der Insolvenz weniger stark betroffenen) Gesellschaftsgläubiger wahr (Interessenkongruenz). Dieser Mechanismus erfasst auch abstrakte Haftungsmilderungen, und zwar sogar umso mehr, als es sich dabei um die relativ eingriffsintensiveren Dispositionen handelt. Zusätzlicher Gläubigerschutz in Form einer (weitergehenden) Einschränkung der grundsätzlichen Dispositionsfreiheit der Gesellschaft ist daher nicht geboten (und daher auch nicht gerechtfertigt). Demgemäß sind abstrakte Haftungsmilderungen in den oben genannten Grenzen der gesetzlich geregelten Dispositionsschranken (bis zur Vorsatzgrenze) zulässig. Die Geschäftsführerhaftung könnte (wenngleich praktisch unbedeutend) auch bis zur Sittenwidrigkeitsgrenze privatautonom verschärft werden. Was den Modus von Haftungsmilderungen betrifft, kann die Geschäftsführerhaftung innerhalb der genannten Grenzen grundsätzlich beliebig modifiziert werden. Die Haftungsmilderung muss wegen ihrer Bedeutung für Gesellschaftsgläubiger und künftig eintretende Gesellschafter aber im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden (materieller Satzungsbestandteil). Für eine Änderung des Gesellschaftsvertrags genügt (regulär) die qualifizierte Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen (§ 50 Abs 1 GmbHG), der Beschluss kann aber im Einzelfall treuwidrig und daher anfechtbar sein.

K. Exkurs: Zulässigkeit einer Haftungsverschärfung?

Vorauszuschicken ist, dass in der Praxis kein Bedarf nach einer privatautonomen Verschärfung der (ohnein bereits strengen und potenziell existenzbedrohenden) Geschäftsführerhaftung besteht.²⁷²⁰ Der Vollständigkeit halber und da solche Haftungsverschärfungen in der älteren Lit eine Rolle spielten (und auch die aktuelle Lit zT Stellung dazu bezieht), soll im Folgenden jedoch kurz und exkursorisch auf sie eingegangen werden.

Im älteren Schrifttum wurden abstrakte Haftungsmilderungen wie erwähnt noch durchwegs kategorisch abgelehnt,²⁷²¹ man pflegte aber zugleich zu betonen, dass eine Verschärfung der „Diligenzpflicht“ zulässig sei.²⁷²² Auch der OGH hat in der schon referierten Entscheidung aus dem Jahr 1959 im Anschluss an *Ofner/Thorsch*²⁷²³ explizit festgehalten, dass „nur eine Verschärfung der Diligenzpflicht des Geschäftsführers wirksam vereinbart werden [kann].“²⁷²⁴

Das jüngere Schrifttum²⁷²⁵ ist geteilter Auffassung. Nach *Haberer*²⁷²⁶ kann die ältere Ansicht heute nicht mehr aufrechterhalten werden, weil eine Verschärfung angesichts der bestehenden Haftung für *omnis culpa* auf eine Erfolgshaftung hinausliefe, die aber im Vorfeld der Einführung des AktG 1937/1938 für den Vorstand mit guten Gründen verworfen worden sei. Eine derart strenge Haftung sei auch nicht mit dem Funktionsschutz der Gesellschaft vereinbar.²⁷²⁷ *U. Torggler*²⁷²⁸ weist darauf hin, dass sich eine Haftungsverschär-

2720 Vgl allg zur geringeren Praxisbedeutung und zur grundsätzlichen Zulässigkeit von Verschärfungen etwa *Koziol*, Haftpflichtrecht I⁴ F/53.

2721 S zum älteren Meinungsstand oben Fn 2114 (Deutschland) und Fn 2166 ff (Österreich).

2722 S die Nw in Fn 2116 (Deutschland) und bei Fn 2166 (Österreich), insb *Ofner/Thorsch*, GmbHG (1907) § 25 Anm 2 (S 36). Dies entsprach übrigens auch der ganz überwiegenden Meinung zum älteren Aktienrecht: vgl etwa *Staub*, ADHGB³,⁴ (1896) Art 226 Anm § 1. 1. (S 522); *Pinner in Staub*, HGB II¹⁴ (1933) § 241 Anm 1 (S 354); *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 84 Anm 5 (S 306).

2723 *Ofner/Thorsch*, GmbHG (1907) § 25 Anm 2 (S 36).

2724 OGH 17.06.1959, 5 Ob 202/59 HS 365/33; vgl auch RIS-Justiz RS0059670.

2725 Für die Zulässigkeit von Verschärfungen *Kostner*, GmbH (1968) 40; *H. Torggler*, GesRZ 1974, 44 (47); *Wünsch*, GmbHG (3. Lfg, 1993) § 25 Rz 2; *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II³ 420; *Auer*, Rechtsgrundlagen für GmbH-Geschäftsführer² Rz 266; *Gellis/Feil*, GmbHG⁷ § 25 Rz 9; *Wabl*, Geschäftsleiterpflichten 39; so offenbar auch *S.-F. Kraus/U. Torggler in U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 36; *Umfahrer*, GmbH⁷ Rz 4.118; zur Verjährungsverlängerung *Sturm*, GmbHR 2003, 573 (578). AA und gegen Verschärfungen *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 499 f; *U. Torggler in Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (41); abl auch *Felzl/Told in Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 20.

2726 *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 499 f.

2727 Zum Argument des Funktionsschutzes schon iZm Haftungsmilderungen oben bei S 656 ff.

2728 *U. Torggler in Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (41).

fung zum Nachteil der Gesellschaft und ihrer Gläubiger auswirken kann, weil „zu Tode gefürchtet auch gestorben ist“.

Richtig ist, dass der Gesetzgeber eine Erfolgshaftung abgelehnt hat (und im Übrigen auch bei der Gestaltung des § 84 Abs 5 Sätze 2 und 3 AktG um ein vertragliches Haftungsniveau bemüht war). Das spricht mE aber nicht gegen die Zulässigkeit einer vertraglichen Haftungsverschärfung, weil eine solche zB auch beim Sorgfaltsmaßstab oder anderen Zurechnungsmomenten ansetzen könnte und nicht zwingend eine Erfolgshaftung bedeuten muss.²⁷²⁹ Nicht zu bestreiten ist auch, dass gesetzliche Normen im Idealfall die präsumtiven Interessen der betroffenen Rechtssubjekte bestmöglich widerspiegeln und untereinander ausgleichen. Die Geschäftsführerhaftung soll für das Unternehmenswohl optimale Investitionsentscheidungen ermöglichen und qualifizierte Personen nicht von der Übernahme der Organfunktion abhalten. Da eine überstrenge Haftung den Geschäftsführer zu einer risikoaversen Unternehmensführung animieren würde, die sich nachteilig auf die Gesellschaft (und mittelbar ihre Gläubiger) auswirken würde, wäre eine allzu scharfe Haftung rechtspolitisch abzulehnen. Eine andere Frage als die Ausgestaltung der gesetzlichen Haftung ist aber, ob die Gesellschafter von einer gesetzlichen Wertung privatautonom abgehen dürfen. Hierfür kommt es grundsätzlich nicht auf die *objektive* Sachlichkeit der vertraglichen Vereinbarung, sondern auf die zwingenden Schranken der prinzipiellen Privatautonomie an. Gegen eine Haftungsverschärfung spricht unter diesen Gesichtspunkten mE zunächst nicht der (unmittelbare) Gläubigerschutz. Die bestehenden Dispositionsschranken gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG wollen nur eine Abschwächung der Geschäftsführerhaftung gem § 25 Abs 3 GmbHG (analog) hintanhaltend, stehen einer Verschärfung aber nicht unmittelbar entgegen. Es handelt sich dabei mE um einseitig zwingendes Recht.²⁷³⁰ Allgemeine Schranke ist jedoch die Sittenwidrigkeit. Soll eine Haftungsverschärfung bei der Verjährungsfrist (§ 25 Abs 6 GmbHG) anknüpfen, ist außerdem § 1502 ABGB zu beachten, der (ua) eine Verlängerung der Verjährungsfrist verbietet.²⁷³¹ Im Übrigen werden die Gesellschafter auch gar kein Interesse

2729 Vgl aber *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 499; vgl schon *Gefßler* in FS Luther 69 (84).

2730 AA *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (41), wonach § 4 Abs 2 und § 25 GmbHG keinen Hinweis auf einen bloß relativ zwingenden Charakter der Haftungsvoraussetzungen enthalten. Nach der mE zutr hM statuiert § 4 Abs 2 GmbHG jedoch keine „Gesellschaftsvertragsstrenge“, weshalb angesichts des Grundsatzes der Privatautonomie nicht der einseitig, sondern der beidseitig zwingende Charakter einer Bestimmung einer besonderen Rechtfertigung bedürfte. Im Übrigen beziehen sich mE auch die bestehenden Einzelermächtigungen nur auf *Unterschreitungen* des gesetzlichen Schutzniveaus (s zum älteren Aktienrecht etwa *Wenck*, Einberufung 31, 33, der von „*Minimalkautelen*“ sprach; zur Bedeutung der aktienrechtlichen Ermächtigungen näher im AG-Teil zur Satzungsstrenge; insb S 1132 ff).

2731 Vgl im vorliegenden Zusammenhang etwa *Hörlsberger* in FAH, GmbHG § 25 Rz 23.

an einer Verschärfung der Geschäftsführerhaftung haben. Das gilt vor allem für den verbleibenden Bereich des § 25 Abs 2 GmbHG. Da unternehmerischer Erfolg das Eingehen wirtschaftlicher Risiken erfordert, würde eine übervorsichtige und risikoarme Geschäftsführung der Gesellschaft schaden. Durch die Minderung des Aktivitätsniveaus und überhöhte Sorgfaltsaufwendungen würden Projekte mit positivem Erwartungswert unterbleiben. Das ist gerade der Grund für den Ausschluss der Gesellschafterhaftung bei Kapitalgesellschaften, durch den die Risikoaversion natürlicher Personen überwunden werden soll.²⁷³² Da eine Verschärfung der Geschäftsführerhaftung somit auch nicht im Interesse der Gesellschafter liegt, sind die Gläubiger (auch) gegen die Nachteile einer Haftungsverschärfung durch die grundsätzliche Interessenkongruenz mittelbar geschützt.²⁷³³ Auch der Minderheitenschutz gebietet mE keine Unwirksamkeit von Haftungsverschärfungen, sondern nur die Teilhabe der Minderheit an der Willensbildung. In Betracht kommt auch hier die Beschlussanfechtung wegen Treuwidrigkeit.²⁷³⁴

Im Ergebnis wären mE auch Verschärfungen der Geschäftsführerhaftung bis zur allgemeinen Sittenwidrigkeitsgrenze zulässig, könnten aber im Einzelfall treuwidrig und daher anfechtbar sein. Auch solche Vereinbarungen könnten wegen ihrer Bedeutung für Gläubiger und künftige Gesellschafter nur im Gesellschaftsvertrag getroffen werden.

2732 S dazu ausf oben S 382 ff.

2733 Dieser Schutz dürfte hier sogar stärker sein als bei einer Haftungsmilderung. Denn die große Herausforderung bei der kapitalgesellschaftsrechtlichen Haftungstrennung besteht darin, die dadurch geschaffene Risikoaffinität durch Korrektive (Mindest- und Festkapital, Durchgriffshaftungstatbestände) zu einer ökonomisch erwünschten Risikoneutralität zu „zähmen“. Solche Probleme stellen sich bei mittelbarem Schutz vor den Nachteilen einer Haftungsverschärfung aber wohl nicht. Dass die Gesellschafter in ihre natürliche Risikoaversion „zurückfallen“, dürfte nämlich wegen der ausgeschlossenen Gesellschafterhaftung – sofern man die Durchgriffshaftung nicht überstrapaziert – eher nicht zu befürchten sein.

2734 Eine Anwendung des Widerspruchsrechts gem § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG (analog) dürfte dagegen wohl nicht in Frage kommen, weil durch eine Haftungsverschärfung nicht das Entstehen von Ersatzansprüchen verhindert und dadurch das Klagerecht gem § 48 GmbHG unterlaufen wird.

§ 4. AG

I. Grundzüge der Vorstandshaftung

Auch der aktienrechtliche Teil dieser Untersuchung fokussiert nicht auf die einzelnen Haftungsvoraussetzungen, sondern auf nachgelagerte Fragen der Geltendmachung von Ersatzansprüchen durch Gesellschaftsgläubiger und Aktionäre sowie vor allem die (durch die Geltendmachung determinierte) Zulässigkeit haftungsmindernder Dispositionen durch die Gesellschaft. Gleichwohl werden im Folgenden in aller Kürze zunächst die Grundzüge der (Innen-)Haftung²⁷³⁵ von Vorstandsmitgliedern als Vorfrage und Ausgangspunkt dieser Überlegungen skizziert.²⁷³⁶

A. Verhaltenspflichten und Sorgfaltsmaßstab

Als Grundpflichten des Vorstands sieht das Gesetz die Leitung (§ 70 Abs 1 AktG) und Vertretung (§ 71 Abs 1 AktG) der Gesellschaft sowie die Zeichnung für diese (§ 71 Abs 2 AktG) vor.²⁷³⁷ Die Pflicht zur Unternehmensleitung präzisiert § 70 AktG dahingehend, dass der Vorstand die Gesellschaft unter eigener Verantwortung so zu leiten hat, wie es das Wohl des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses erfordert.²⁷³⁸ Weitere Ver-

2735 Zur Außenhaftung s schon iZm dem Prinzip der Haftungskonzentration oben S 77 ff.

2736 Weiterführend zB *Schlosser*, Die Organhaftung der Mitglieder des Vorstands der Aktiengesellschaft (2002); *Felzl* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 9/111 ff; rechtsvergleichend *Kalss*, Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern (2005); für Deutschland etwa *Krieger*, Kap § 3: Organpflichten und Haftung in der AG, in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³.

2737 Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 84 Rz 2; ausf zur Unternehmensleitungspflicht *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 32 ff; für Deutschland zB *Fleischer*, Kap § 1. Leitungsaufgabe des Vorstands, in *Fleischer*, Hdb Vorstandsrecht.

2738 Nach hL ist das Unternehmenswohl vorrangig zu berücksichtigen und die übrigen Interessen nur innerhalb dieses Rahmens zu beachten und gegeneinander abzuwägen (vgl nur *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 70 Rz 15; *Kalss* in *MüKo AktG*⁶ § 76 Rz 225 mwN). Obwohl die Interessen der Gesellschaftsgläubiger nicht explizit genannt sind, müssen auch sie nach hL berücksichtigt werden (vgl

haltenspflichten sind im Gesetz verstreut.²⁷³⁹ Im Gründungsstadium treffen den Vorstand besondere Pflichten.²⁷⁴⁰

Bei der Geschäftsführung haben die Vorstandsmitglieder die „*Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters*“ anzuwenden (§ 84 Abs 1 AktG). Damit gibt das Gesetz einerseits einen Sorgfaltsmaßstab vor, andererseits lassen sich aus diesem situative Einzelpflichten ableiten, wo das Gesetz nicht starre Verhaltenspflichten aufstellt. Der Sorgfaltsmaßstab hat daher eine Doppelfunktion als Verschuldensmaßstab und Pflichtenquelle.²⁷⁴¹ Der schon bisher anerkannte Ermessensspielraum bei unternehmerischen Entscheidungen (*Business Judgment Rule*) wurde mit dem Strafrechtsänderungsgesetz 2015²⁷⁴² in § 84 Abs 1a AktG kodifiziert.²⁷⁴³ Demnach handelt ein Vorstandsmitglied jedenfalls im Einklang mit der gesetzlich verlangten Sorgfalt (§ 84 Abs 1 AktG), wenn es „*sich bei einer unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten lässt und auf Grundlage angemessener Information annehmen darf, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.*“

B. Haftung

Die Haftpflicht der Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats (vgl § 99 AktG) beruht auf dem allgemeinen Schadenersatzrecht und modifiziert (insb ver-

nur *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 70 Rz 10 [Rechtsanalogie]; *E. Artmann*, GES 2007, 3 [13]]. Allg zu § 70 AktG *Felzl*, *ecolex* 2011, 533 ff.

2739 Explizit angeordnet sind zB die Berichtspflicht (§ 81 AktG), die Pflicht, ein Rechnungswesen und ein Kontrollsystem zu führen (§ 82 AktG), die Anzeigepflicht bei einem Verlust in Höhe des halben Grundkapitals (§ 83 AktG) und die Pflichten iZm der Kreditgewährung an bestimmte Mitarbeiter und sonstige Personen (§ 80 AktG). Daneben gibt es zahlreiche weitere Pflichten. Weiterführend zB *Strasser* in *Jabor-negg/Strasser*, AktG⁵ § 84 Rz 2; vgl auch die umfassende Aufzählung von Pflichten und Haftungsvorschriften bei *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 7; *Schlosser*, Organhaftung 27 ff; *Felzl* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 9/152 ff. Für Deutschland zB *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 16 ff (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 15 ff [Stand 01.10.2023]); ausf auch *Ihrig/Schäfer*, Rechte und Pflichten des Vorstands² (2020).

2740 Dazu gehören va die Gründungsprüfung (§§ 25 ff AktG), die Überprüfung der Eignung der zur Annahme von Einzahlungen bestimmten Stelle (§ 41 Hs 2 AktG) und die Anmeldung der Gesellschaft (§ 29 AktG). Vgl dazu *Ettel* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 41 Rz 6 f; *Zehetner* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 41 Rz 10.

2741 Vgl *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 10 (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 15 [Stand 01.10.2023]); *Hopt/Roth* in *Großkomm* AktG⁵ § 93 Rz 43; *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaften⁶ § 14 Rz 65; *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 7; *Dauner-Lieb* in *Henßler/Strohn*, GesR⁵ § 93 Rz 6.

2742 BGBl I 2015/112.

2743 Vgl auch § 25 Abs 1a GmbHG.

schärft) dieses punktuell.²⁷⁴⁴ Soweit nicht *leges speciales* gelten, sind daher die §§ 1293 ff ABGB subsidiär anwendbar.²⁷⁴⁵ Die allgemeinen Voraussetzungen eines Schadenersatzanspruchs sind folglich Schaden, Kausalität, Rechtswidrigkeit und Verschulden.

Das Kernstück der Vorstandshaftung ist § 84 AktG. Wie bei § 25 Abs 2 GmbHG handelt es sich dabei um einen Auffangtatbestand, der andere Haftungsnormen ergänzt.²⁷⁴⁶ Die Vorstandsmitglieder haften gem § 84 Abs 2 AktG solidarisch gegenüber der Gesellschaft (Grundsatz der Innenhaftung, Haftungskonzentration)²⁷⁴⁷, wenn sie ihre „Obliegenheiten“ verletzen. Mit „Obliegenheiten“ sind alle Verhaltenspflichten gemeint, die sich aus Gesetz, Satzung, Anstellungsvertrag und Aufsichtsrats- sowie HV-Beschlüssen ergeben.²⁷⁴⁸ Für Pflichtverletzungen im Gründungsstadium enthält § 41 AktG eine besondere Anspruchsgrundlage.²⁷⁴⁹

Folgt man weiter dem Aufbau des § 84 AktG, ordnet Abs 2 Satz 2 eine Beweislastumkehr an. Ihr Regelungsgehalt ist umstritten. Nach der (uneinheitlichen)²⁷⁵⁰ Rsp des OGH²⁷⁵¹ und dem wohl überwiegenden Teil der Lehre²⁷⁵² bezieht sich die Beweislastumkehr auf das (gesamte) Verschulden und

2744 Vgl etwa Völkl/Lehner, *ecolx* 2013, 39 ff; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, *ÖGesR*² Rz 3/531; G. Frotz, *GesRZ* 1982, 98 (98).

2745 Statt vieler Strasser in Jabornegg/Strasser, *AktG*⁵ § 84 Rz 100; Felzl in Ratka/Rauter, *Hdb Geschäftsführerhaftung*² Rz 9/124; Kletečka/Kronthaler in Kalss/Frotz/Schörghofer, *Hdb Vorstand* Kap 44 Rz 4.

2746 Vgl idS Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, *ÖGesR*² Rz 3/530; Strasser in Jabornegg/Strasser, *AktG*⁵ § 84 Rz 133.

2747 Dazu schon ausf zu Beginn dieser Untersuchung oben S 35 ff.

2748 Vgl G. Frotz, *GesRZ* 1982, 98 (98); Strasser in Jabornegg/Strasser, *AktG*⁵ § 84 Rz 98; Kalss in *MüKo AktG*⁶ § 93 Rz 438; Felzl in Ratka/Rauter, *Hdb Geschäftsführerhaftung*² Rz 9/112.

2749 Vgl nur Felzl in Ratka/Rauter, *Hdb Geschäftsführerhaftung*² Rz 9/375 ff.

2750 Referierend J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, *AktG*⁶ § 84 Rz 449 ff; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, *ÖGesR*² Rz 3/532; dies in *MüKo AktG*⁶ § 93 Rz 452.

2751 OGH 24.06.1998, 3 Ob 34/97i SZ 71/108; vgl auch RIS-Justiz RS0110283; vgl das Referat der wechselhaften OGH-Rsp bei J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, *AktG*⁶ § 84 Rz 449 ff.

2752 Vgl Kalss in *MüKo AktG*⁶ § 93 Rz 452; dies in Kalss/Nowotny/Schauer, *ÖGesR*² Rz 3/532; Ch. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, *AktG*³ § 84 Rz 27; Felzl in Ratka/Rauter, *Hdb Geschäftsführerhaftung*² Rz 9/410; G. Schima in FS Jud 571 (599 ff); so iE wohl auch J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, *AktG*⁶ § 84 Rz 461 (mit ausf Referat des Meinungsstands).

AA (Beweislastumkehr erfasst nur das Verschulden) zB Strasser in Jabornegg/Strasser, *AktG*⁵ § 84 Rz 108; wieder aA (Beweislastumkehr bezieht sich auf das Verschulden und die gesamte objektive Sorgfaltswidrigkeit) zB G. Frotz, *GesRZ* 1982, 98 (105); Schlosser, *Organhaftung* 114; S.-F. Kraus/U. Torggler in U. Torggler, *GmbHG* § 25 Rz 20 mwN (arg: Doppelrelevanz des Sorgfaltsmaßstabs).

Nach hdL bezieht sich die Beweislastumkehr (§ 93 Abs 2 Satz 2 dAktG) ebenfalls (auch) auf die objektive Pflichtwidrigkeit. Demnach muss die Gesellschaft ein Ver-

teilweise auch auf die objektive Sorgfaltswidrigkeit: Die Gesellschaft müsse demnach einen Schaden und dessen adäquate Verursachung sowie jene Tatsachen behaupten und beweisen, aus denen auf die Pflichtwidrigkeit des Vorstandsverhaltens geschlossen werden kann. Die Beweislastumkehr gilt auch für Pflichtverletzungen bei der Gründung (§ 41 AktG).²⁷⁵³

§ 84 Abs 3 AktG nennt beispielhaft acht Sonderfälle der Vorstandshaftung. Ihnen ist gemein, dass sie die Kapitalerhaltung gewährleisten sollen und damit dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger dienen.²⁷⁵⁴ Die dogmatische Besonderheit dieser Spezialtatbestände ist eine zweifach verschärfte Haftung: *Erstens* wird (über § 84 Abs 2 Satz 2 AktG hinausgehend auch) ein Schaden in Höhe des Vermögensabflusses bzw der Masseschmälerung gesetzlich (widerleglich) vermutet.²⁷⁵⁵ *Zweitens* können Gesellschaftsgläubiger

halten nachweisen, das möglicherweise pflichtwidrig ist (vgl statt vieler *Cahn* in KK-AktG⁴ § 93 Rz 158 mwN auch zur Rsp [„Heute nicht mehr umstritten“]; *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 103 ff; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 220 ff mwN; nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 274 ff [Stand 01.10.2023]).

2753 Vgl nur *Zehetner* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 41 Rz 7; *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 48 Rz 4.

2754 Vgl *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 84 Rz 33; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/533; *Felzl* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 9/349; vgl auch *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 148, der diese Fälle pointiert als „Todsünden“ bezeichnet.

2755 ZT wird ein Schaden der Gesellschaft nach hM sogar fingiert (s schon oben Fn 372). Vgl OGH 03.07.1975 2 Ob 356/74 SZ 48/79; *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 84 Rz 33; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 84 Rz 108; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/533; *Felzl* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 9/351; *Spindler* in *MüKo AktG*⁶ § 93 Rz 278; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 258 (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 319 [Stand 01.10.2023]); *Grigoleit/Tomasic* in *Grigoleit*, AktG² § 93 Rz 83; so bereits *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 84 Anm 12 (S 309); *Behrend*, Lehrbuch I (1886) 853 Fn 26; *Pinner* in *Staub*, HGB II¹⁴ (1933) § 241 Anm 9 (S 357) mit Darstellung des zeitgenössischen Meinungsstands. Grundl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 46. Demnach sei dem Konzept der KGaA der Vorzug zu geben, das „die Verpflichtung der Mitglieder des Aufsichtsraths zur Erstattung der gesetzswidrig geleisteten Zahlungen aus[spreche], ohne daß es auf den Nachweis eines Schadens ankommen soll (Art. 204. H.G.B.).“ Vgl auch zuvor schon Gutachten ROHG, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 211: „Aber die Verletzung von Gesetz und Statut bedürfen der besonderen Berücksichtigung in zwei Punkten. – Einmal muß der Gesellschaft das Recht zustehen, auch ohne Vorhandensein eines besonderen Schadens die Wiederherstellung des gebrochenen Zustandes zu fordern.“ Vgl bereits Wiener, Entwurf 99 aE: „Die Haftung der Gesellschaftsorgane gegenüber der Gesellschaft wird vom Entwurf besonders in ihrem Umfange in denjenigen besonders zusammengestellten Fällen qualifiziert, in welchen dem Gesetze zuwider Grundkapital verausgabte oder, obwohl Handlungen vorgenommen worden, die seine Vereinnahmung voraussetzen, nicht vereinnahmt worden. Hier soll auf Ersatz – d.i. Ergänzung des fehlenden Grundkapitals schlechthin, ohne besonderen Nachweis eines in solcher Höhe bestehenden Schadens – gehaftet werden, [...]“

die Ersatzansprüche gem § 84 Abs 3 AktG auch schon bei leichter Fahrlässigkeit selbstständig im eigenen Namen geltend machen (Verfolgungsrecht), während das bei allen anderen Ersatzansprüchen zumindest grobe Fahrlässigkeit voraussetzt (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG).²⁷⁵⁶

Der vierte und fünfte Absatz des § 84 AktG enthalten sodann Regelungen (Einschränkungen) über haftungsmindernde Dispositionen der Gesellschaft (Verzichte, Vergleiche und HV-Beschlüsse) über ihre Ersatzansprüche, und zwar sowohl gegenüber der Gesellschaft (Abs 4) als auch gegenüber den Gesellschaftsgläubigern (Abs 5). Ersatzansprüche aus dem Gründungshergang unterliegen den Einschränkungen des § 43 AktG. Mit diesen Dispositionsschranken befassen sich die nachfolgenden Kapitel.

Ansprüche aus § 84 AktG verjähren „in fünf Jahren“ (§ 84 Abs 6 AktG). Zum Fristbeginn schweigt das Gesetz, dementsprechend gehen die Meinungen auseinander.²⁷⁵⁷ Dagegen verjähren Ersatzansprüche aus dem Gründungsstadium (§ 41 AktG) „in fünf Jahren seit der Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch“ (§ 44 AktG).

C. Geltendmachung von Ersatzansprüchen

Zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder ist grundsätzlich die Gesellschaft befugt. Anders als im GmbH-Recht (§ 35 Abs 1 Z 6 GmbHG) ist dafür kein HV-Beschluss notwendig.²⁷⁵⁸ Ob die Entscheidung und Vertretung ausschließlich beim Aufsichtsrat liegt oder daneben eine konkurrierende Zuständigkeit des (Rest-)Vorstands besteht (vgl § 97 AktG), ist umstritten (und kann hier dahinstehen).²⁷⁵⁹ Die HV kann mit

2756 Statt vieler nur *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 84 Rz 33; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 257 (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 318 [Stand 01.10.2023]).

2757 Nach hM beginnt die Verjährung kraft subsidiärer Geltung des § 1489 ABGB mit dem Bekanntwerden von Schaden und Schädiger zu laufen (vgl hier nur RIS-Justiz RS0034715; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 84 Rz 170; *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 84 Rz 39; *Kalss* in *MüKo AktG*⁶ § 93 Rz 457). Die Fünfjahresfrist des § 84 Abs 6 AktG verdrängt demnach nur die dreijährige subjektive Frist, aber lasse die dreißigjährige objektive Frist unberührt. Nach der Gegenmeinung läuft die Verjährungsfrist (erst) ab dem Entstehen des Ersatzanspruchs (vgl hier nur *Kastner*, GesRZ 1975, 106 [106 f]; *Walter Doralt*, ÖBA 2005, 260 [263]; *E. Artmann*, GesRZ 2013, 55 [56]). Zum Meinungsstreit und der Begründung des mE zutr objektiven Fristbeginns unten S 1024 ff.

2758 Vgl nur *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 415.

2759 Nach früher allgM hebt § 97 AktG zwar das Vertretungsmonopol des Vorstands auf, schafft aber kein Vertretungsmonopol des Aufsichtsrats, sondern begründet nur eine konkurrierende Zuständigkeit beider Organe (arg: „befugt“): Vgl idS *Schiemer*, AktG² § 97 Anm 1.1; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 84 Rz 105; *J. Reich-Rohrwig*, wbl 1987, 299; *Schlosser*, Organhaftung 143; *G. Schima/Toscani*, JBl 2012,

einfacher Stimmenmehrheit die Geltendmachung von Ersatzansprüchen beschließen und hierfür auch besondere Vertreter bestellen (§ 134 AktG). In diesem Fall sind die organschaftlichen Vertreter verpflichtet, die Ersatzansprüche durchzusetzen. Gleiches gilt, wenn eine Aktionärsminorität von 10% des Grundkapitals (in besonderen Fällen schon 5%) die Anspruchsverfolgung durch die Gesellschaft verlangt (§§ 134 f AktG). Unter bestimmten Voraussetzungen können wie erwähnt auch die Gläubiger der Gesellschaft deren Ersatzansprüche selbstständig durchsetzen (§ 84 Abs 5 Sätze 1 f AktG).

II. Bestehende Dispositionsschranken für Verzichte, Vergleiche und HV-Beschlüsse

Gegenstand der nachfolgenden Untersuchung sind wie gesagt die gesetzlichen Verfolgungsrechte und (korrespondierenden) Dispositionsbeschränkungen. Inhaltlich kann diese Untersuchung in weiten Teilen auf die Ausführungen im einleitenden Kapitel zur Haftungskonzentration auf Grundlage des ADHGB 1884 (§ 2.) rekurrieren. Denn die Verfolgungsrechte und Dispositionsbeschränkungen im geltenden Aktienrecht entsprechen konzeptionell und funktional ihren „Urahn“ im ADHGB 1884, die ich oben schon kurz vorgestellt habe. Demgemäß

482 ff (mit ausf Darstellung des Meinungsstands); differenzierend J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 84 Rz 420 f. Für die Geltendmachung von Ansprüchen gegen ausgeschiedene Vorstandsmitglieder sei aber nur der Vorstand zuständig (vgl OGH 12.11.1987, 7 Ob 704/87 SZ 60/242; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 84 Rz 105; Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 97 Rz 6; Felzl in Ratka/Rauter, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 9/388. AA zB Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 97 Rz 21 zur Gegenansicht; s auch noch die Nw unten). Der Aufsichtsrat werde nur für den Fall zur Vertretung *ermächtigt*, dass der Restvorstand (ohne das/die befangene[n] Mitglied[er]) nicht vertretungsbefugt ist (arg: „befugt“). Vgl Felzl in Ratka/Rauter, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 9/383 ff ([anders nur beim Abschluss von Rechtsgeschäften]; so schon Ritter, AktG² [1939] § 97 Anm 3 [S 318]). Die *ratio* des § 97 AktG sei maW nicht die Vermeidung von Interessenkonflikten, sondern eines Vertretungsnotstands. Dagegen versteht die vermehrt vertretene Gegenfassung § 97 AktG mit Blick auf die deutsche Parallelnorm § 112 dAktG so, dass außerhalb der Insolvenz *ausschließlich* der Aufsichtsrat zur Vertretung der Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern berufen ist. Vgl idS Cernicky GesRZ 2002, 179 ff; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 97 Rz 7 ff; dies in MüKo AktG⁶ § 112 Rz 45; dies in Kalss/Nowotny/Schauer, ÖGesR² Rz 3/556; Eckert/Linder, ecolex 2005, 449 (451); Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 165 (198). Vertreter dieser Auffassung argumentieren va (teleologisch), dass die von § 97 AktG bezweckte Vermeidung von Interessenkonflikten (*structural bias*) durch eine bloß konkurrierende Zuständigkeit unterlaufen werde, weil der Vorstand die Vertretung durch seinen Wissensvorsprung praktisch an sich ziehen und den Aufsichtsrat dadurch ausschließen könnte (Cernicky aaO 182; Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 97 Rz 9). Der OGH hat diese Frage in seiner jüngeren Rsp offengelassen (nach ausf Referat des Meinungsstands offenlassend etwa 01.03.2005, 2 Ob 126/04z wbl 2005, 383).

dürfen (auch) die geltenden aktienrechtlichen Normen nicht bloß isoliert betrachtet werden. Vielmehr erschließt sich ihr Regelungsgehalt oftmals erst durch eine entwicklungsgeschichtliche Kontextualisierung und Einbeziehung historischer Regelungsprämissen. Die wenigen (aber wichtigen) Unterschiede, die die aktienrechtliche Entwicklung seit der Reform von 1884 gebracht hat, werde ich am Beginn jedes Kapitels kurz skizzieren. Im Detail werde ich auf diese Unterschiede jeweils problembezogen im Einzelfall eingehen. Was allgemeine, grundlegende Voraussetzungen und Rechtswirkungen von Gesellschaftsdispositionen (Verzichte, Vergleiche und Weisungsbeschlüsse) betrifft, kann die nachfolgende Untersuchung zudem auf die entsprechenden Ausführungen im GmbH-Teil rekurren; auf solche Zusammenhänge werde ich an entsprechender Stelle jeweils besonders hinweisen. Formal gliedert sich die nachfolgende Untersuchung (wie im GmbH-Teil) entlang der jeweils geschützten Interessen (künftige Aktionäre, Minderheitsaktionäre und Gesellschaftsgläubiger).

A. Schutz künftiger Aktionäre als Korrektiv für die Haftungskonzentration

1. Regelungsinhalt und Entwicklung seit dem ADHGB 1884

Wie schon eingangs iZm dem Prinzip der Haftungskonzentration skizziert, normierte der Reformgesetzgeber von 1884 mit Art 213d ADHGB 1884 besondere Wirksamkeitsvoraussetzungen für Dispositionen (Verzichte und Vergleiche) der Gesellschaft über ihre Ersatzansprüche aus dem Gründungsstadium. Demnach waren Verzichte und Vergleiche erst nach Ablauf von fünf Jahren ab Eintragung der Gesellschaft zulässig (Sperrfrist) und außerdem nur dann, wenn die HV zustimmte und nicht eine Aktionärsminderheit widersprach.

Mit diesen „Kautelarvorschriften“²⁷⁶⁰ wollte der Reformgesetzgeber verhindern, dass die Gründer, die in der ersten Zeit nach der Gründung typischerweise noch die Gesellschaft beherrschten, sich selbst Entlastung erteilten oder erteilen ließen (sog Selbstentlastungen).²⁷⁶¹ Diese Vorschriften beruhten auf der Überlegung, dass typischerweise zwei Jahre vergehen (*tempus clausum*), bis die Gesellschaft durch eine mehrheitliche²⁷⁶² Emission der Ak-

2760 S allg oben S 83 ff.

2761 Vgl auch AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 111: „*Sie [sc die Bestimmung] will verhindern, daß alsbald nach der Gründung der Gesellschaft die Gründer und Gründergenossen, die dann noch die Gesellschaft beherrschen, sich ihrer Ersatzverpflichtungen gegenüber der Gesellschaft aus der mangelhaften Gründung durch einen Verzicht oder Vergleich entledigen.*“ Vgl aus der Lit zB Zehetner in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 43 Rz 2; Pentz in MüKo AktG⁵ § 50 Rz 7; M. Arnold in KK-AktG⁴ § 50 Rz 1.

2762 Die Prämisse, dass die Gesellschaft nach Fristablauf nicht mehr von den Gründern beherrscht wird, dh nach Fristablauf die Aktien mehrheitlich von neuen, präsuntiv

tien vom Einfluss der Gründer befreit und dadurch nicht nur rechtlich, sondern auch *wirtschaftlich* selbstständig geworden ist.²⁷⁶³ Wirtschaftlich selbstständig, weil die nach Fristablauf präsumtiv kontrollierende „neue“ Aktionärsmehrheit bei Entscheidungen über die Durchsetzung von Ansprüchen gegen Gründer, Gründergenossen und Organmitglieder annahmegemäß keinem Interessenkonflikt unterliegt. Der Normgehalt der Sperrfrist erschöpfte sich jedoch nicht in diesem (damals) zweijährigen *tempus clausum* und im davon ausgehenden Umgehungsschutz. Dass die Sperrfrist um ein Jahr länger ist als das *tempus clausum*, hat einen anderen Hintergrund: Nach Art 213b ADHGB 1884 (§ 40 Z 3 AktG idgF) hafteten der Gesellschaft neben den Gründern und Gründergenossen auch Personen (sog Emittenten)²⁷⁶⁴, die vor Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch oder zwei Jahre danach, dh während des *tempus clausum*, Aktien öffentlich ankündigten, um sie in den Verkehr einzuführen, sofern sie dabei die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit von Angaben bei der Gründung²⁷⁶⁵ oder die Schädigung

unbefangenen Aktionären gehalten werden, steht in einem gewissen Konflikt mit der Prämisse des Verfolgings- und Widerspruchsrechts einer Aktionärsminderheit (§ 134, § 43 AktG). Kann nämlich bereits eine Aktionärsminderheit durch Widerspruch über die Wirksamkeit von Gesellschaftsdispositionen entscheiden, dann könnte der Gesetzgeber solche Dispositionen schon dann zulassen, wenn präsumtiv nicht (erst) die Aktienmehrheit, sondern eine entspr Minderheit an das Publikum gelangt ist – schon dann wären Dispositionen im Gesellschaftsinteresse gewährleistet. Umgekehrt: wenn man die Sperrfrist und ihre Prämisse als gegeben annimmt, stellt sich die Frage nach der Notwendigkeit eines Widerspruchsrechts (und des dadurch abgesicherten Minderheitsverlangens). Wird nämlich die Gesellschaft nach Ablauf der Sperrfrist mehrheitlich von Aktionären kontrolliert, die mit den Ersatzpflichtigen (Gründer, Gründergenossen, erste Organe) präsumtiv gar nicht in einem Naheverhältnis stehen, dann ist die (neue) Aktionärsminderheit auch nicht gefährdet – genau diese Gefahrenlage, nämlich das präsumtive Naheverhältnis zwischen Mehrheit und Verwaltung, ist aber die Regelungsprämisse des Minderheitsverlangens und Widerspruchsrechts. Die gesetzliche Regelung ließe sich vielleicht durch eine Vereinheitlichung zum Zweck der Rechtssicherheit rechtfertigen. Dagegen spricht nicht zwingend, dass das Widerspruchsrecht gem § 43 AktG nur Ansprüche gegen solche Personen erfasst, denen die „neue“ Aktionärsmehrheit nach Ablauf der Sperrfrist präsumtiv nicht nahesteht. Denn dieser (gründungsrechtliche) Anwendungsbereich des Widerspruchsrechts (ursprünglich Art 213d ADHGB 1884) war angesichts des umfassenden Minderheitsverlangens (ursprünglich Art 223 ADHGB 1884) gerade planwidrig, weshalb die Gesetzesverfasser vielleicht davon ausgingen, dass das Widerspruchsrecht alle Ansprüche erfasse.

2763 Vgl AmlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 450 f.

2764 Nach damaliger Vorstellung vor allem Emissionshäuser bei Stufengründungen (vgl zB Pentz in MüKo AktG⁵ § 47 Rz 24). Heute ist die Vorschrift va anwendbar, wenn ein Kreditinstitut Aktien nach Eintragung der Gesellschaft übernimmt und der Öffentlichkeit zum Erwerb anbietet (vgl Ebricke in Großkomm AktG⁵ § 47 Rz 24; Pentz in MüKo AktG⁵ § 47 Rz 24).

2765 Vgl Art 213a ADHGB 1884; § 39 Abs 1 AktG idgF.

gung der Gesellschaft durch Einlagen oder Sachübernahmen²⁷⁶⁶ kannten oder kennen mussten. Das zusätzliche, dritte Jahr der Sperrfrist sollte verhindern, dass Emittenten schon wenige Tage nach Erlass des schädigenden Angebots von ihrer Haftung entbunden werden konnten.²⁷⁶⁷

Dieser Regelungsmechanismus hat sich durch die weitere Aktienrechtsentwicklung (zumindest äußerlich)²⁷⁶⁸ nicht geändert: § 43 AktG idgF (§ 50 dAktG) normiert dieselben Wirksamkeitsvoraussetzungen für Verzichte und Vergleiche wie noch Art 213d ADHGB 1884. Ein Unterschied fällt jedoch ins Auge: Die Sperrfrist des § 43 AktG beträgt nicht drei, sondern fünf Jahre. Die Änderung geht zurück auf das dHGB 1897. Der Gesetzgeber des dHGB 1897 hat zwar die gründungsrechtlichen Regeln des ADHGB 1884 (darunter auch Art 213d) im Wesentlichen übernommen, allerdings verlängerte die Reichstagskommission die Sperrfrist (§ 205 dHGB 1897) von drei auf fünf Jahre.²⁷⁶⁹ Nach dem Kommissionsbericht sei es nämlich *„wünschenswerth, die Frist auf fünf Jahre zu erhöhen, weil doch Fälle vorkommen, in denen die Gründer die Aktien spät in Verkehr setzen; diesensfalls dürften die in Frage stehenden Vergleiche oder Verzichtleistungen nicht schon nach der relativ kurzen Frist von drei Jahren zulässig sein.“*²⁷⁷⁰ Dabei übersah die Kommission jedoch offenbar,²⁷⁷¹ dass die Sperrfrist nun mit der Verjährungsfrist (§ 206 dHGB 1897) gleichlief, sodass Verzichte und Vergleiche regelmäßig erst zulässig gewesen wären, wenn der Ersatzanspruch schon verjährt war. Dieser Missstand wur-

2766 Vgl Art 213a ADHGB 1884; § 39 Abs 2 AktG idgF.

2767 Vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 453; s schon iZm der Haftungskonzentration oben S 83 ff und noch sogleich unten S 702.

2768 Zur Einschränkung des Normzwecks auf den Umgehungsschutz ausf unten S 684 ff.

2769 Die Fristverlängerung geht auf einen Antrag des Reichstagsabgeordneten *Karl Gamp* zurück (vgl *Schubert/Schmiedel/Krampe*, Quellen II/2 1242; zitiert nach *Pendl*, Verjährung 108; *ders*, RdW 2018, 275 [276 f]). *Gamp* begründete den Antrag damit, dass die Aktien in manchen Fällen erst spät nach der Gründung in Verkehr gebracht würden und die dreijährige Sperrfrist in solchen Fällen zu kurz bemessen sei. Der Antrag wurde angenommen, obwohl *„[s]eitens der Regierung [...] ein praktisches Bedürfnis zu dieser Aenderung nicht anerkannt werden [konnte]“* (vgl Kommissionsbericht über den Entwurf eines H.G.B., abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 588).

2770 Kommissionsbericht über den Entwurf eines H.G.B., abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 588 (Hervorhebung durch den Verf). Vgl demgegenüber noch die Argumentation des Abg *Jacobi* in den Verhandlungen der Aktienrechtskommission im Vorfeld der Aktienrechtsreform 1884 zur Angemessenheit eines zweijährigen *tempus clausum* (der sich die Kommission zumindest iE anschloss [abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 320]), wonach *„bei schlechten Gründungen die Gründer in kürzerer Frist versuchen würden, die Aktien loszuschlagen, daß bei guten Gründungen dagegen dieselben auch noch später in den Händen der Gründer sein würden, was jedoch nicht als Nachtheil betrachtet werden könnte.“*

2771 So auch *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (47), demzufolge hier offenbar der Überblick gefehlt hat; ebenso *Pendl*, Verjährung 108. S noch unten bei Fn 2910.

de – anders als in Deutschland mit dem dAktG 1965 (§ 50) – bis heute nicht behoben. Darauf wird unten noch näher einzugehen sein.

Zunächst gilt es aber, die Regelungsziele, Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen der Dispositionsbeschränkungen in § 43 AktG näher zu untersuchen. Hierbei wird zwischen der Sperrfrist einerseits und dem HV-Zustimmungserfordernis andererseits differenziert. Die dritte Wirksamkeitsvoraussetzung, der fehlende Widerspruch einer Aktionärsminorität, dient nicht dem Schutz künftiger Aktionäre, sondern dem Schutz der Minoritätsaktionäre. Deshalb wird diese Wirksamkeitsvoraussetzung erst im Kapitel zum Minderheitenschutz gesondert behandelt.

2. Normzweck

a) Sperrfrist

Wie einleitend schon angesprochen, besteht die Sperrfrist (zumindest in ihrer ursprünglichen Form des Art 213d ADHGB 1884) aus zwei Komponenten: *erstens* aus dem zweijährigen *tempus clausum* und *zweitens* einem weiteren, aufgeschlagenen „Sperrjahr“. Beide Komponenten haben eine eigene Zielsetzung und werden daher im Folgenden separat analysiert. Gemeinsam mit dem zusätzlichen „Sperrjahr“ wird, da sich ähnliche Fragen stellen, im Anschluss auch eine in der Lit vertretene (weitere) Normzweckhypothese untersucht, der zufolge die Sperrfrist (auch) vorschnelle Dispositionen über die Gründungshaftung zu einem Zeitpunkt hintanhaltend soll, in dem das volle Schadensausmaß noch nicht absehbar ist.

i. Anlegerschutz: Verhinderung von Umgehungen der Gründungshaftung durch Selbstentlastungen

Der Hauptzweck der Sperrfrist besteht wie erwähnt darin, zu verhindern, dass die Gründer sich aufgrund ihres präsumtiven Einflusses in der ersten Zeit nach der Gründung selbst Entlastung für ihre Haftung erteilen (oder erteilen lassen) und dadurch die strenge Gründungsverantwortlichkeit aushebeln.²⁷⁷² Als eine der „Kautelarvorschriften“, die der Differenzierung zwischen rechtlicher und wirtschaftlicher Selbstständigkeit der Gesellschaft dienen, hat die Sperrfrist naturgemäß grundsätzlich denselben Schutzzweck wie die Haftungsanordnungen, deren Umgehung sie verhüten soll (§§ 39 bis 41 AktG).²⁷⁷³ Dieser Schutzzweck ist die Sicherung der realen Kapitalauf-

2772 AllgM; statt aller Zehetner in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 43 Rz 2; für Deutschland Koch in Koch, AktG¹⁷ § 50 Rz 1; insoweit zutr auch schon RG 19.05.1931, II 434/30 RGZ 133, 33 (38); vgl auch schon oben bei Fn 2761 und die dort zit Nw.

2773 Vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 450 ff.

bringung.²⁷⁷⁴ Die Kapitalaufbringung wiederum dient nach heutigem Verständnis sowohl²⁷⁷⁵ dem Schutz künftiger Aktionäre²⁷⁷⁶ (Anleger) als auch dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger²⁷⁷⁷ (wobei historisch der Anlegerschutz im Vordergrund stand)²⁷⁷⁸.

Es ist aber weiter danach zu differenzieren, welches dieser Schutzinteressen (Anleger- und Gläubigerschutz) die Sperrfrist schützt. Diese trägt nämlich nur den Interessen künftiger Aktionäre (Anleger) Rechnung, nicht aber (auch) dem Gläubigerinteresse. Das zeigt sich daran, dass der gesetzliche Schutz nur befristet ist und nicht nur insoweit greift, als die Gläubiger von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können (materielle Insolvenz).²⁷⁷⁹ Solange die Sperrfrist läuft und Dispositionen deshalb zur Gänze unzulässig sind, werden freilich die Gesellschaftsgläubiger reflexartig mitgeschützt. Darüber hinaus (nach Fristablauf) normiert das Gesetz für Ersatzansprüche aus dem Gründungsstadium jedoch keine speziellen Dispositionsbeschränkungen zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger (vgl aber für die laufende Geschäftsführung § 84 Abs 5 Satz 3 AktG).²⁷⁸⁰ Auf diese Schutzlücke werde ich im Kapitel zum Gläubigerschutz unten noch näher eingehen.²⁷⁸¹

2774 Unstr.; vgl *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 50 Rz 1; *Gerber* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 50 Rz 1 (nun *ders* in BeckOGK AktG § 50 Rz 1 [Stand 01.02.2022]); *Vedder* in *Grigoleit*, AktG² § 50 Rz 1; *Solveen* in *Hölters/Weber*, AktG⁴ § 50 Rz 1; *Vetter/Schulenburg* in *Henssler/Strohn*, GesR⁵ § 50 Rz 1.

2775 Die AmtlBegr zum ADHGB 1884 (abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 447) erwähnen sowohl die Interessen der Aktionäre (Zeichner) als auch der Gesellschaftsgläubiger. So auch zB *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 46 Rz 1, wonach die Kapitalaufbringung bezwecke und dem Schutz der Gläubiger und später hinzukommender Aktionäre diene. So idZ auch *Pentz* in *MüKo AktG*⁵ § 46 Rz 5; *Gerber* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 46 Rz 1 mwN (nun *ders* in BeckOGK AktG § 46 Rz 1 [Stand 01.02.2022]).

2776 Das umfassende Verfügungsverbot während der Sperrfrist zeigt auch, dass nicht eine bereits bestehende Aktionärs minderheit geschützt werden soll. Eine solche würde der Gesetzgeber nämlich durch die Gewährung eines Widerspruchsrechts (wie es nach Ablauf der Sperrfrist vorgesehen ist) schützen. Da alle Gründer präsumtiv zusammenwirken, gibt es vor Ablauf der Sperrfrist aber typischerweise (noch) keine unbefangene Aktionärs minderheit, der die Verfügung über Ersatzansprüche (im Gesellschaftsinteresse) übertragen werden könnte.

2777 S die Nw in Fn 2775; vgl etwa auch *Koppensteiner*, GesRZ 2014, 3 ff.

2778 Vgl *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 144 ff mwN; *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 38, 77; *Hommelhoff* in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 53 (83 f); *Zollner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 6 Rz 7 mwN.

2779 Vgl § 84 Abs 5 Satz 1 AktG (s auch § 10 Abs 6 GmbHG; § 25 Abs 7 GmbHG).

2780 Nur für Ansprüche gem § 84 AktG (s Abs 5 Satz 3); vgl für die GmbH auch § 10 Abs 6 und § 25 Abs 7 GmbHG.

2781 S unten S 861 ff. Um es schon hier kurz vorwegzunehmen: Der gesetzliche Gläubigerschutz ist insofern lückenhaft, als Verzichte und Vergleiche über Ansprüche aus der Verletzung von Kapitalaufbringungsvorschriften *nach* Ablauf der Sperrfrist auch den Gläubigern gegenüber (bei Befriedigungsunmöglichkeit) grundsätzlich voll wirksam sind, während § 10 Abs 6 GmbHG (das GmbHG kennt mangels Fun-

Wie eingangs angesprochen, dient die Sperrfrist (jedenfalls in ihrer ursprünglichen Form) aber nur im Ausmaß des enthaltenen *tempus clausum* dem Schutz vor einer Einflussnahme durch die Gründer (Umgehungsschutz). Denn nach Ablauf des *tempus clausum* ist die Gesellschaft annahmegemäß bereits vom Gründereinfluss befreit und könnte unter dem Aspekt des Umgehungsschutzes über die Gründungsansprüche disponieren. Die Verlängerung der Sperrfrist über das *tempus clausum* hinaus um ein weiteres „Sperrjahr“ beruht, wie erwähnt, auf einer anderen Überlegung, um die es im Folgenden gehen soll. Dabei wird sich – so viel vorweg – die Frage stellen, ob diese „zweite“ Wertung im geltenden Recht überhaupt noch enthalten ist.

ii. Zusätzlich: Verhinderung frühzeitiger Haftungsbefreiungen für Emittenten (§ 40 Z 3 AktG)?

Bei der Untersuchung dieses (weiteren) Regelungsgedankens empfiehlt es sich, zunächst die (ursprüngliche) Rechtslage auf Basis des ADHGB 1884 in den Blick zu nehmen. Denn mit dem dHGB 1897 wurde die Sperrfrist von drei auf fünf Jahre verlängert, was eine Revision der (ursprünglichen) Normzwecke notwendig macht. Da das geltende Recht sich insoweit noch auf dem Stand des dHGB 1897 befindet, scheint es für die richtige Beurteilung des § 43 AktG idGF in seinem gesamten historischen („pfadabhängigen“) Kontext daher zweckmäßig, die Rechtsentwicklung gleichsam von Anfang an – und vor allem die Novellierung durch das dHGB 1897 – genauer zu untersuchen.

1) Die ursprüngliche Konzeption des Art 213d ADHGB 1884

Das zusätzliche, auf das *tempus clausum* aufgeschlagene weitere „Sperrjahr“ begründen die Motive wie erwähnt²⁷⁸² damit, dass andernfalls Emittenten, die der Gesellschaft aufgrund schädigender Angebote vor der Firmenbucheintragung oder während zwei Jahren danach (dh während des *tempus clausum*) gem Art 213b ADHGB 1884 haften, „sonst vielleicht schon wenige Tage nach Erlass des schädigenden Angebots von ihrer Verantwortlichkeit entbunden werden könnten.“²⁷⁸³ Dieser Gedanke geht zurück auf die Verhandlungen der Aktienrechtskommission im Jahr 1882. Der Münchener Universitätsprofessor Dr. *Hermann von Sicherer* hatte darauf aufmerksam gemacht, dass die Sperrfrist für Verzichte und Vergleiche länger bemessen sein müsse als das *tempus clausum*, „da sonst den Emittenten gegenüber schon wenige

gibilität der Geschäftsanteile keine Sperrfrist) Verzichte und Vergleiche zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger für unwirksam erklärt, soweit der Ersatz zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist. Deshalb sind mE das Verfolgungsrecht und die korrespondierenden Dispositionsbeschränkungen § 84 Abs 5 AktG analog auf Ansprüche aus dem Gründungshergang (§ 41 AktG) anzuwenden.

2782 S oben bei Fn 2767.

2783 AmlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 453.

*Tage nach Abschluß des schädigenden Rechtsgeschäfts eine Verzichtleistung erfolgen könne – was allgemein von der Versammlung als Uebelstand bezeichnet wurde.*²⁷⁸⁴ Eine weitergehende Begründung dieses „Uebelstand[s]“ ist soweit ersichtlich nicht überliefert. Die Mitglieder der Aktienrechtskommission scheint der Einwand von Sicherers aber überzeugt zu haben, denn die Sperrfrist wurde letztlich auf drei Jahre erstreckt. Dabei fand die Begründung der Kommission (insb von Sicherers) auch Anklang beim Reformgesetzgeber, wie die ähnliche Diktion der zitierten Motivenstelle indiziert.

Die Verlängerung der Sperrfrist und ihre Begründung sind bei genauerem Hinsehen jedoch durchaus fragwürdig. Vor allem haben die Gesetzesverfasser nicht näher konkretisiert, weshalb eine „sofortige“ Disposition über die Emittentenhaftung ein „Uebelstand“ sein soll. Wie die Begründung nahelegt, waren sie dabei offenbar auch weniger von konkreten Schutzinteressen geleitet als von einem (diffusen) Unrechtsempfinden beim Gedanken an eine rasche Haftungsbefreiung. Vielleicht lag es daran, dass (auch) auf die übrigen Ersatzansprüche aus dem Gründungshergang nicht sofort verzichtet werden konnte, weil diese Ansprüche zwei Jahre lang (*tempus clausum*) „gesperrt“ waren. Vor diesem Hintergrund könnte es den Gesetzesverfassern unbillig erschienen sein, die Emittentenhaftung, die ja auch erst *während* des *tempus clausum* entstehen kann, sofort zur Disposition der Gesellschaft zu stellen. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass das (ursprünglich) zweijährige *tempus clausum* ausschließlich dem Umgehungsschutz dient(e). Damit geht zwar notwendigerweise einher, dass die Gesellschaft nicht sofort über die Haftung disponieren kann, es handelt sich dabei aber nicht um einen eigenständigen Normzweck des *tempus clausum*.²⁷⁸⁵ Geht es dem *tempus clausum* somit nur um Umgehungsschutz, hätte die Gesellschaft unter *diesem* Gesichtspunkt auch über die Emittentenhaftung disponieren können müssen. Denn nach Verstreichen des *tempus clausum* drohte annahmegemäß zumindest keine Umgehung der Emittentenhaftung, weil dann präsumtiv neue, unbefangene Aktionäre die Gesellschaft kontrollierten, deren Dispositionen der Gesetzgeber grundsätzlich billigte. Es wäre daher ohnehin nicht anzunehmen (gewesen), dass die Aktionäre, die die Gesellschaft nach Ablauf des *tempus clausum* beherrschen, (auch) ersatzpflichtige Emittenten ohne guten Grund von ihrer Verantwortung entbinden – zumindest nicht eher als andere Ersatzpflichtige. Dass sie gleichwohl die *Möglichkeit* dazu hätten, ist indes kein Spezifikum des aktienrechtlichen Gründungsrechts (oder der Emittentenhaftung), ja noch nicht einmal des Aktienrechts, sondern entspricht vielmehr dem allgemeinen Schaden-

2784 Verhandlungen der Aktienrechtskommission, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 320.

2785 Zur (mE abzulehnenden) These eines davon unabhängigen Übereilungsschutzes noch unten S 698 ff.

ersatzrecht und der (insoweit uneingeschränkten) Privatautonomie.²⁷⁸⁶ Es müsste aber schon durch aktienrechtliche (und gründungsspezifische) Besonderheiten gerechtfertigt sein, dass bei der Gesellschaftsgründung strengere Voraussetzungen gelten sollen. Solche Besonderheiten sind mE aber nicht ersichtlich.

Das zusätzliche „Sperrjahr“ ist nicht nur für sich genommen problematisch, weil es ohne Rechtfertigung zwingendes Recht schafft und die Privatautonomie einschränkt,²⁷⁸⁷ es steht (naturgemäß) auch in Widerspruch zu anderen aktienrechtlichen Normen, die die grundsätzliche Dispositionsfreiheit (nur) wegen konkreter Schutzinteressen einschränken.²⁷⁸⁸ So konnte die Gesellschaft auch über sonstige Ersatzansprüche (gem Art 241 ADHGB) innerhalb der allgemeinen Schranken grundsätzlich frei verfügen, und zwar auch dann, wenn die schädigende Handlung erst kurz zurücklag.²⁷⁸⁹ Außerdem konnte (und kann) die Gesellschaft durch verbindlichen HV-Beschluss (oder bloße Ermächtigung) schon im Vorhinein die *Entstehung* von Ersatzansprüchen ausschließen (vgl § 84 Abs 4 Satz 1 AktG). Demgemäß kann die Gesellschaft (entsprechend allg Grundsätzen) schon vor dem *Beginn* des schädigenden Verhaltens von der Haftung dispensieren, wohingegen Art 213d ADHGB Dispositionen über die Emittentenhaftung (erst) kurz nach Abschluss der Schädigungshandlung ausschließen sollte. Da eine Umgehungsgefahr nach Ablauf des *tempus clausum* wie gesagt präsumtiv nicht (mehr) besteht, sind Gründe für eine Ungleichbehandlung gegenüber allen anderen Ansprüchen nicht ersichtlich. Aus den genannten Gründen hätte die Beschränkung der Verfügungsbefugnis im Ausmaß eines (weiteren) Jahres als Eingriff in die Pri-

2786 Nach allg Grundsätzen ist eine Disposition auch schon im Voraus möglich und steht nur unter dem Vorbehalt der Sittenwidrigkeit, der indes (nur) einem Vorwegverzicht auf die Vorsatzhaftung entgegensteht (vgl allg Graf in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 879 Rz 304 ff [Stand 01.10.2017]). Dazu kommen im Gesellschaftsrecht zwar der Gläubiger- und Minderheitenschutz, für beide dieser Schutzinteressen existieren aber schon eigene Dispositionsbeschränkungen, die Verzichte und Vergleiche nur beschränken und nicht zur Gänze ausschließen. Auch der Schutz künftiger Aktionäre (Anlegerschutz) kann das *zusätzliche* „Sperrjahr“ wie erwähnt nicht erklären, weil ein solcher Schutz sich (schon) nach Ablauf des *tempus clausum* erübrigt.

2787 Indem Art 213d ADHGB 1884 mit dem zusätzlichen „Sperrjahr“ ohne Rechtfertigung durch Schutzinteressen vom allg Haftpflichtrecht abwich, rückte es die Sperrfrist insoweit in die Nähe einer Pönalisierung des Schädigers, was dem österreichischen Schadenersatzrecht allerdings fremd ist.

2788 Vgl allg zur Rechtfertigung einer Einschränkung der Dispositionsfreiheit durch Schutzinteressen *Möslein*, Dispositives Recht 164 ff, *passim*.

2789 Das hat sich (erst) mit dem AktG 1937/1938 für Ersatzansprüche gem § 84 AktG geändert, weil Verzichte und Vergleiche gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG erst nach fünf Jahren ab Entstehung des Anspruchs zulässig sind („Sperrfrist“). Allerdings beruht diese *allgemeine* Sperrfrist auf einem Irrtum des Gesetzgebers von 1937/1938, weshalb sich Rückschlüsse aus ihr verbieten. S dazu noch ausf im Kap zur Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG unten S 950 ff.

vatautonomie eine (bessere) Begründung erfordert (und ohne eine solche unterbleiben müssen).

Angesichts der Begründung der Aktienrechtskommission und der (daran angelehnten) AmtlBegr ist auch nicht nachvollziehbar, dass das *tempus clausum* nicht nur für Ersatzansprüche gegen Emittenten um ein Jahr verlängert wurde, sondern für *alle* Ansprüche aus dem Gründungshergang (arg: Art 213d ADHGB 1884: „*Artikel 213a bis 213c*“) ²⁷⁹⁰. Denn die übrigen Ansprüche waren bereits mit Eintragung der Gesellschaft entstanden ²⁷⁹¹ und folglich nach Ablauf des *tempus clausum* schon zwei Jahre „alt“. Demgegenüber wurde das zusätzliche Sperrjahr wie erwähnt damit begründet, dass zu diesem Zeitpunkt uU erst die Schädigungshandlung abgeschlossen sein konnte. Die Einbeziehung der übrigen Ansprüche lässt sich wohl allenfalls damit plausibilisieren, dass eine einheitliche Verfügungsschranke eine erhöhte „Anwendungsfreundlichkeit“ und Rechtssicherheit gewährleistet.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das zusätzliche „Sperrjahr“, das dem zweijährigen *tempus clausum* hinzugeschlagen wurde, von Anfang an systemwidrig war. Bei der Beurteilung des geltenden Rechts ist jedoch zu berücksichtigen, dass insoweit weder das österreichische noch deutsche Aktienrecht Art 213d ADHGB 1884 entspricht.

2) Fristverlängerung durch § 205 dHGB 1897 und Schlussfolgerungen für das geltende Recht

Die maßgebende Zäsur zwischen Art 213d ADHGB 1884 und dem geltenden Recht bildete das dHGB 1897. Dieses verlängerte nämlich die Sperrfrist (§ 205) auf fünf Jahre, „*weil doch Fälle vorkommen, in denen die Gründer die Aktien spät in Verkehr setzen; diesenfalls dürften die in Frage stehenden Vergleiche oder Verzichtleistungen nicht schon nach der relativ kurzen Frist von drei Jahren zulässig sein.*“ ²⁷⁹² Unter Normzweckgesichtspunkten rollt diese Fristverlängerung erneut die Frage nach dem Verhältnis von *tempus clausum* und zusätzlichem Sperrjahr auf, denn immerhin wurde die Verlängerung ausschließlich mit dem längeren Inverkehrbringen (also dem *tempus clausum*) begründet. Diese Frage stellt sich (auch) im geltenden österreichischen Recht, das sich insoweit noch immer auf dem Stand des § 205 dHGB 1897 befindet. Da-

²⁷⁹⁰ Vgl auch § 43 AktG idGF: „§§ 39 bis 41“.

²⁷⁹¹ Nach hL entstehen die Ersatzansprüche gem § 41 AktG (erst) mit Eintragung der Gesellschaft: Vgl *Pentz* in MüKo AktG⁵ § 48 Rz 6 mit Hinweis auf den Verjährungsbeginn und die Funktion der Kapitalaufbringung (wie bei § 46 dAktG); *Ehricke* in Großkomm AktG⁵ § 48 Rz 3, 8; *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 48 Rz 2; *Bayer* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG⁴ § 48 Rz 2; *M. Arnold* in KK-AktG⁴ § 48 Rz 3. Abw und für die Anspruchsberechtigung schon der Vorgesellschaft (offenbar aber nur für Ansprüche gem § 39 AktG) die öL: *Ettel* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 39 Rz 9; *Zehetner* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 39 Rz 7.

²⁷⁹² Kommissionsbericht über den Entwurf eines H.G.B., abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 588 (Hervorhebungen durch den Verf.).

gegen hat der deutsche Gesetzgeber die Sperrfrist mit dem dAktG 1965 wieder auf drei Jahre reduziert, um den alten Rechtszustand wiederherzustellen und Verzichte und Vergleiche wegen der kongruenten Verjährungsfrist nicht unmöglich zu machen – er hat die kürzere Sperrfrist aber (ebenfalls) allein mit dem Umgehungsschutz begründet. Seit dem dHGB 1897 stellen sich somit im Hinblick auf den Normzweck zusätzliche, spezielle Fragen, denen im Folgenden jeweils gesondert nachgegangen wird. Dabei wird zunächst nur das österreichische Recht behandelt und im Anschluss gesondert auf die deutsche Rechtslage eingegangen.

Nachdem das dHGB 1897 die Sperrfrist verlängert hatte, scheint (auch im geltenden öAktG) für die fragliche Wertung des ADHGB 1884 iZm dem zusätzlichen „Sperrjahr“ auf den ersten Blick kein Raum zu sein. Denn das dHGB 1897 verlängerte *nur* die Sperrfrist (§ 205), nicht auch die Fristen der anderen „Kautelarvorschriften“ (s noch sogleich unten); insbesondere die – hier relevante – Frist für öffentliche Angebote (iSd Art 213b ADHGB 1884) betrug auch nach dem dHGB 1897 (wie noch heute gem § 40 Z 3 AktG!) weiterhin nur zwei Jahre (§ 203 dHGB 1897). Demgemäß konnten und können Emittenten ohnedies nicht sofort (nämlich noch weitere drei Jahre nicht) von ihrer Haftung entbunden werden; dann gibt es aber auch keinen Grund (mehr) zur Annahme, die Sperrfrist solle insoweit (dh das „letzte Jahr“ der Sperrfrist) vorschnelle Verfügungen über die Gründungsansprüche verhindern.

Gegen diese Schlussfolgerung spricht jedoch wiederum, dass die Frist des Art 213b ADHGB 1884 *planwidrig* nicht (mit-)verlängert wurde. Die erwähnten „Kautelarvorschriften“²⁷⁹³ – das sind (i) die Haftung für öffentliche Angebote (Art 213b [ADHGB 1884]), (ii) die Sperrfrist für Verzichte und Vergleiche (Art 213d) und (iii) die Regulierung von Nachgründungen (Art 213f)²⁷⁹⁴ – bilden nämlich eine normative Einheit.²⁷⁹⁵ Mit diesen Vorschriften unterschied der Reformgesetzgeber von der rechtlichen Existenz der Gesellschaft (mit Eintragung) die wirtschaftliche (mit Unabhängigkeit von den Gründern) und wollte auf diesem Wege die Umgehung der Gründungsvorschriften verhindern. Das dHGB 1897 übernahm all diese Kautelarvorschriften (§§ 203, 205 und 207), verlängerte aber wie erwähnt nur die Sperrfrist auf fünf Jahre. Alle Kautelarvorschriften basieren jedoch auf demselben *tempus clausum*, welches die typische Dauer einer Aktienemission und (damit einhergehend) das Ende des Gründereinflusses repräsentiert. An dieser Prämisse hat das dHGB 1897 nichts geändert. Es trug nur dem Umstand Rechnung, dass „*Fälle vorkommen, in denen die Gründer die Aktien spät in Verkehr setzen*“²⁷⁹⁶. In diesen Fällen müssten neben der Sperrfrist

2793 S zu diesen Vorschriften schon iZm der Haftungskonzentration oben S 83 ff.

2794 S auch schon bei Fn 423 ff.

2795 Vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 450 ff.

2796 Kommissionsbericht über den Entwurf eines H.G.B., abgedr bei Hahn/Mugdan, Materialien 588 (s schon oben bei Fn 2770). Zuvor hatte die Kommission einen ähn-

aber konsequenterweise auch die Fristen der anderen beiden Kautelarvorschriften entsprechend länger sein, denn der Dauer des Inverkehrsetzens entspricht ja genau das *tempus clausum*. Dieser Widerspruch, der wie erwähnt auch noch im geltenden öAktG besteht, spricht dafür, dass der Gesetzgeber des dHGB 1897 diese anderen Fristen (§§ 203 und 207) planwidrig nicht nachgezogen hat. Dementsprechend wären die Fristen in § 40 Z 3 AktG²⁷⁹⁷ und § 45 AktG²⁷⁹⁸ korrigierend ebenfalls zu verlängern.

Dabei würde sich dann (doch) die Frage stellen, ob die alte Wertung, nach der die Sperrfrist wegen der Emittentenhaftung ein Jahr länger sein müsse als das *tempus clausum*, überhaupt noch zu berücksichtigen ist. Falls ja, wäre

lichen Antrag behandelt (Kommissionsbericht aaO 587). Diesem zufolge sehe zwar § 203 des Entwurfs (§ 205 dHGB 1897) eine Frist von drei Jahren seit Eintragung vor, doch sei der Fall denkbar, „daß die Gründer in dieser ganzen Zeitperiode die Aktien behalten, nach Ablauf der drei Jahre einen Vergleich oder eine Verzichtleistung mit den Organen der Gesellschaft vereinbaren unter Zustimmung der Generalversammlung, wozu sie durch die Macht ihres Aktienbesitzes in der Lage seien, und dann die Aktien verkaufen [...]“. Es fehle der genügende Schutz des Publikums, „deshalb sei die Bestimmung nothwendig, daß die Frist bei späterer Einführung der Aktien in den Verkehr erst vom Zeitpunkt der Einführung an laufe. Dann seien die Organe der Gesellschaft in einer anderen, unabhängigeren Lage, und die neuen Aktionäre seien eher geneigt, objektiv die Gründungsvorgänge zu prüfen und etwaige Ansprüche aus denselben herzuleiten, auch bei Vergleichen und Verzichtleistungen nicht ohne Weiteres die Vorschläge der Gesellschaftsorgane zu acceptiren.“ Die Kommission ließ diesen Vorschlag letztlich (nur) fallen, weil die Dreijahresfrist als ausreichend erachtet wurde und zudem der Begriff der Einführung in den Verkehr als unbestimmt kritisiert wurde.

2797 Bei der Frist des § 40 Z 3 AktG könnte man sich (darüber hinaus) auch die Frage stellen, ob sie (*ceteris paribus*) überhaupt korrigierend zu verlängern wäre. Denn die AmtlBegr (dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 452) begründet diese zeitliche Einschränkung der Haftung damit, dass das Publikum danach nicht mehr schutzbedürftig sei: Bei Angeboten nach Fristablauf sei nämlich „anzunehmen, daß der Werth des Unternehmens schon so bekannt oder erkennbar geworden ist, daß es in solche Falle eines besonderen Schutzes des Publikums nicht bedarf.“ Diese Begründung wirft die Frage auf, ob die Erkennbarkeit des Unternehmenswerts mit dem schwindenden Einfluss der Gründer infolge der (mehrheitlichen) Aktienemission zu tun hat (wenn nicht, wäre § 40 Z 3 AktG wohl nicht korrigierend auf fünf Jahre zu verlängern). Da die Motive zum ADHGB 1884 andererseits aber alle Kautelarvorschriften gleichermaßen an das *tempus clausum* samt seiner Implikation knüpfen, wäre diese Frage mE eher zu bejahen (sonst müsste man den Motiven einen Widerspruch unterstellen). Die Motive könnten etwa gemeint haben, dass sich nach der Emission (mindestens der Hälfte) der Aktien an das Publikum bereits ein verlässlicher Börsenpreis gebildet hat (arg: „der Werth des Unternehmens schon so bekannt oder erkennbar geworden ist.“). Weitere Überlegungen in diese Richtung erübrigen sich aber ohnehin, weil das *tempus clausum* der übrigen Kautelarvorschriften ohnehin nicht korrigierend zu verlängern ist (s gleich im Fließtext).

2798 Diese Bestimmung stellt wie § 43 AktG unmittelbar auf den Einfluss der Gründer auf die Gesellschaft (dh ihre Organe) ab (s zum Hintergrund der Nachgründungsphase schon oben Fn 425 mwN).

das *tempus clausum* in den übrigen Kautelarvorschriften korrigierend nur auf vier Jahre zu verlängern. Falls nein, wäre es ebenfalls auf fünf Jahre zu erstrecken. Den gedanklichen Ausgangspunkt bei der Beantwortung dieser Frage bildet die erwähnte Tatsache, dass der Gesetzgeber des dHGB 1897 nur die Sperrfrist, aber nicht das jeweilige (notwendigerweise einheitliche) *tempus clausum* in den übrigen Kautelarvorschriften – insb nicht bei der Emittentenhaftung – verlängert hat. Daraus folgt weiter, dass er an die fragliche Wertung des „Sperrjahres“ gar nicht gedacht haben kann. Hätte der Gesetzgeber nämlich bei der Verlängerung der Sperrfrist den (ursprünglichen) teleologischen Dualismus von Umgehungsschutz und zusätzlichem Sperrjahr im Blick gehabt (und beibehalten wollen), hätte sein Augenmerk *zwangsläufig* auch auf den Zeitraum der Emittentenhaftung fallen müssen und er hätte diese Frist konsequenterweise ebenfalls entsprechend verlängern müssen. Fehlt somit ein bewusster Wille des Gesetzgebers von 1897 in Bezug auf die fragliche Wertung, stellt sich als Nächstes die Frage, ob der Gesetzgeber die Wertung übernommen hätte, wenn er sie erkannt hätte, dh: ob er sie unter objektiven Gesichtspunkten gewollt haben kann. Zwar wollte der Gesetzgeber prinzipiell den Rechtsbestand ADHGB 1884 fortführen, was tendenziell für eine Einbeziehung der fraglichen Wertung spräche, doch ist hierbei auch in Anschlag zu bringen, dass die Wertung des Sperrjahres (Verhinderung von Dispositionen kurz nach Abschluss der Schädigungshandlung) wie erwähnt mit allgemeinen Grundsätzen und speziellen (aktienrechtlichen) Wertungen (insb mit der grundsätzlich möglichen Haftungsfreistellung *ex ante* durch HV-Beschluss)²⁷⁹⁹ in Widerspruch steht und deswegen systemwidrig ist. Da der konkrete gesetzgeberische Wille zweifelhaft ist, sollte dem Gesetzgeber nach einem allgemeinen Auslegungsgrundsatz (im Zweifel) nicht unterstellt werden,²⁸⁰⁰ dass er eine systemwidrige Wertung fortführen und dadurch Wertungswidersprüche perpetuieren habe wollen. Die besseren Gründe sprechen mE daher dafür, dass die (problematische) Wertung des zusätzlichen „Sperrjahres“ mit dem dHGB 1897 nicht fortgeführt worden ist.

Diese Überlegungen werden allerdings nicht (zumindest noch nicht hier)²⁸⁰¹ schlagend, weil eine korrigierende Verlängerung der *tempus-clausum*-Fristen in § 40 Z 3 AktG und § 45 AktG mE ohnedies zu unterbleiben hat. Die Verlängerung der Sperrfrist auf fünf Jahre war nämlich bei genau-

2799 Im hier fraglichen Zeitpunkt (Schaffung des dHGB 1897) waren zudem auch (nachträgliche) Verzichte und Vergleiche grundsätzlich (unter Wahrung des Minderheiten- und Gläubigerschutzes) noch wirksam. Die (allg) Sperrfrist des heutigen § 84 Abs 4 Satz 3 AktG (§ 93 Abs 4 Satz 3 dAktG) wurde wie erwähnt erst später (mit dem dAktG 1937) geschaffen.

2800 Vgl nur F. Bydlinski, Methodenlehre² 444 f, 457 ff; Kramer, Methodenlehre⁶ 123 ff; Kerschner/Kehrer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ §§ 6, 7 Rz 26.

2801 S noch unten S 722 ff.

erer Überlegung selbst planwidrig. Das zeigt sich am eindrucklichsten daran, dass sich die Sperrfrist seitdem vollständig mit der Verjährungsfrist gem § 206 dHGB 1897 deckt.²⁸⁰² Aufgrund dessen konnte (und kann) die Gesellschaft über Ersatzansprüche regelmäßig²⁸⁰³ erst verfügen, wenn diese bereits verjährt sind – ein Zustand, den die Gesetzesverfasser offenbar übersehen²⁸⁰⁴ haben, und der nicht ihrer Absicht entsprochen hat.²⁸⁰⁵ Die Planwidrigkeit der – durch die Fristverlängerung bewirkten – Indisponibilität bestätigen auch die übrigen Wirksamkeitsvoraussetzungen in § 205 dHGB 1897, nämlich die HV-Zustimmung und der fehlende Widerspruch einer Aktionärs-minderheit (vgl § 43 AktG idgF). Diese zusätzlichen Anforderungen setzen nämlich als Regelungsprämisse (noch) die grundsätzliche Verzicht- und Vergleichbarkeit von Ersatzansprüchen (nach Ablauf der Sperrfrist) voraus und verlieren folglich durch die Kongruenz der (längeren) Sperrfrist und Verjährungsfrist ihren Anwendungsbereich. Daraus folgt wie gesagt, dass die Kautelarvorschriften gem § 40 Z 3 und § 45 AktG nicht (ebenfalls) entsprechend zu verlängern und an die Sperrfrist anzupassen sind.²⁸⁰⁶ Konsequenterweise muss man mE aber noch einen Schritt weiter gehen: Erkennt man nämlich die Verlängerung der Sperrfrist auf fünf Jahre als planwidrig, kann (und muss) dieser gesetzgeberische Fehler (schon) *de lege lata* korrigiert und die Sperrfrist gem § 43 AktG auf einen entsprechend kürzeren Zeitraum angewendet werden, sodass Verzichte und Vergleiche gemäß der gesetzgeberischen Absicht (wieder) möglich sind und die erwähnten korrespondierenden Regelungen (HV-Zustimmung und Widerspruchsrecht) wieder einen Anwendungsbereich erhalten. Darauf ist unten²⁸⁰⁷ noch näher einzugehen. Ein abschließendes Urteil über den hier untersuchten Normzweck nötigt freilich dazu, das Ergebnis der Gesetzeskorrektur vorwegzunehmen. Denn bei der korrigierenden „Reduktion“ der Sperrfrist stellt sich (abermals) die Frage, ob auch der alte Gedanke des Art 213d ADHGB 1884 im Hinblick auf das zusätzliche „Sperrjahr“ (noch) zu berücksichtigen ist, oder ob es bei der Sperrfrist allein um den Umgehungsschutz (*tempus clausum*) geht. Diese Frage wurde gerade schon iZm der (zunächst angedachten) korrigierenden Verlängerung der übrigen Kautelarvorschriften (hypothetisch) beantwortet: Die ursprüngliche Wertung des zusätzlichen „Sperrjahres“ (Verhinderung rascher Dispositionen über die Emittentenhaftung [und per Erweiterung über

2802 Vgl auch § 44 AktG idgF.

2803 Abgesehen von einer möglichen Unterbrechung oder Hemmung der Verjährung sowie der (einzigen) gesetzlich geregelten Ausnahme von der Sperrfrist gem § 205 Satz 2 dHGB 1897 (§ 43 Satz 2 AktG idgF).

2804 S dazu die Nw oben in Fn 2771.

2805 Vgl einstweilen nur AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 452 und näher dazu unten S 722 ff.

2806 Vgl aus methodologischer Perspektive allg etwa Kramer, Methodenlehre⁶ 244 (*Quod vero contra rationem iuris receptum est non est producendum ad consequentias*).

2807 S 722 ff.

alle Gründungsansprüche]) ist seit dem dHGB 1897 nicht mehr aufrecht. Dieses Ergebnis wird übrigens auch in der jüngeren Rechtsentwicklung bestätigt, und zwar dort, wo der gründungsrechtliche Umgehungsschutz aus bestimmten Gründen nicht erforderlich ist,²⁸⁰⁸ so etwa bei der (1937 geschaffenen) Gründungsprüferhaftung gem § 42 AktG, auf die die Sperrfrist nach hL²⁸⁰⁹ nicht (analog) anzuwenden ist, weil die Gründungsprüfer gerichtlich bestellt werden (§ 25 Abs 3 AktG) und daher typischerweise nicht in einem (vergleichbaren) Naheverhältnis zu den Gründern stehen wie die übrigen Ersatzpflichtigen (§§ 39 bis 41 AktG). Hätte der Gesetzgeber die Wertung des zusätzlichen „Sperrjahres“ beibehalten wollen, hätte er (auch) für § 42 AktG, wo ein Umgehungsschutz nicht droht, zumindest eine einjährige Sperrfrist anordnen müssen, um gemäß dieser Wertung „sofortige“ Verfügungen über Ersatzansprüche zu verhindern. Das hat er jedoch aus gutem Grund nicht getan. Ähnlich verhält es sich im GmbH-Gründungsrecht: Der GmbH-Gesetzgeber hat sich (nur) jener zwingenden Normen des Aktienrechts entledigt, die durch die Handelbarkeit der Anteile bedingt waren.²⁸¹⁰ Dementsprechend orientierte sich der Gesetzgeber zwar an der gründungsrechtlichen Sperrfrist gem § 205 dHGB 1897, reduzierte sie aber (weil die Kapitalaufbringung neben den Anlegern auch die Gläubiger schützt)²⁸¹¹ auf jenes Maß²⁸¹², das der Gläubigerschutz erfordert (vgl § 10 Abs 6 GmbHG; § 9b Abs 1 dGmbHG).²⁸¹³ Da das dritte „Sperrjahr“ der Sperrfrist aber (zumindest nach der kargen Begründung der Legisten von 1884) offenbar nicht durch die Handelbarkeit der Aktien bedingt war, sondern es sich insoweit um eine rechtsformunabhängige Wertung handelt, hätte (*arguendo*) auch der GmbH-Gesetzgeber diese Wertung übernehmen müssen (übrigens auch in § 25 GmbHG). In diesen beiden Beispielen hat der Gesetzgeber die fragliche Wertung des „Sperrjahres“ freilich wohl nicht *bewusst* aufgegeben, vielmehr zeigen die Beispiele, dass diese Wertung schon sehr bald nach dem ADHGB 1884 (ab der nächsten Novelle mit dem dHGB 1897) in Vergessenheit geraten sein

2808 S auch iZm der These eines Übereilungsschutzes unten S 703 ff.

2809 Vgl hier nur *Zebetner in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 43 Rz 7 und § 42 Rz 40; *Pentz in MüKo AktG*⁵ § 50 Rz 9. S zu den erfassten Ansprüchen noch ausf unten S 708 ff.

2810 Dazu näher oben S 127 ff.

2811 Historisch diente die Kapitalaufbringung zunächst dem Anlegerschutz; der Gläubigerschutz kam erst später hinzu. Vgl hier nur *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 144 ff; *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 38, 77; *Hommelhoff in Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 53 (83 f).

2812 S aber zur Gläubigerschutzlücke in der gründungsrechtlichen Sperrfrist oben bei Fn 2781 und noch unten S 861 ff mwN.

2813 Vgl *AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII* (1890–92), Nr 660 3736: „Auf diesem Grunde beruhen die beschränkenden Vorschriften des dritten Absatzes [sc § 9 Abs 3 in der Stammfassung; entspr § 9b Abs 1 dGmbHG idgF, Anm des Verf]. Sie lehnen sich im Wesentlichen an den Artikel 213d des Aktiengesetzes an, jedoch mit der aus ihrem allgemeinen Zweck sich ergebenden Abweichung, daß die betreffenden Beschränkungen hier nur im Interesse und zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger bestehen sollen.“

dürfte (was zumindest indirekt auch ihre Systemwidrigkeit bestätigt). Insoweit kann auf die obigen Ausführungen zur (systemkonformen) Auslegung/Korrektur im Zweifelsfall verwiesen werden.

Im Ergebnis bleibt daher in teleologischer Hinsicht festzuhalten, dass die Sperrfrist heute (zu der schon angesprochenen Gesetzeskorrektur noch unten) nur noch *einen* Schutzzweck hat, nämlich die Verhinderung von Umgehungen der Gründungshaftung durch „Selbstentlastungen“ der zunächst (während des *tempus clausum*) kontrollierenden Gründer. Der ursprüngliche „zweite“ Schutzzweck des Art 213d ADHGB 1884, die Verhinderung rascher Verfügungen über die Emittentenhaftung, ist seit dem dHGB 1897 nicht mehr Bestandteil des geltenden Rechts.

3) Seitenblick auf die deutsche Parallelnorm § 50 dAktG

Eine Korrektur der Sperrfrist erübrigt sich im deutschen Recht, weil dort zwischenzeitlich der Gesetzgeber auf den Plan getreten ist und die Sperrfrist mit dem dAktG 1965 von fünf Jahren (wieder) auf drei Jahre verkürzt hat. Das erklärte Ziel der Fristverkürzung bestand ausweislich der AmtlBegr darin, den früheren Rechtszustand des Art 213d ADHGB 1884 wiederherzustellen²⁸¹⁴ und dadurch wieder Verzichte und Vergleiche zu ermöglichen.²⁸¹⁵ Die AmtlBegr plausibilisiert die Sperrfrist ausschließlich mit der typischen Dauer des Inverkehrbringens der Aktien (insoweit in Abkehr vom dHGB 1897) und folglich mit dem Übereilungsschutz:

„Eine Frist von drei Jahren erscheint auch ausreichend. Die Gründer werden, wenn sie ihre Aktien nach der Gründung überhaupt veräußern wollen,

²⁸¹⁴ Vgl AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 112: *„Insoweit wird der schon früher bestehende Rechtszustand wiederhergestellt (Art. 213d HGB in der Fassung der Novelle 1884).“*

²⁸¹⁵ Vgl AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 112: *„Eine Frist von fünf Jahren macht der Gesellschaft den Verzicht oder Vergleich praktisch unmöglich, weil nach fünf Jahren ohnehin gegen den Ersatzanspruch die Einrede der Verjährung erhoben werden kann.“* Vgl auch S 132 (zu § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG): *„Die Frist von fünf Jahren ist zu lang, weil regelmäßig nach Ablauf von fünf Jahren der Ersatzanspruch der Gesellschaft bereits verjährt sein wird, so daß ein Verzicht oder Vergleich nicht mehr in Betracht kommt. Für eine Verkürzung der Frist spricht ferner, daß ein Verzicht oder Vergleich auch im Interesse der Gesellschaft liegen kann, weil er einen ungewissen Schwebezustand beendet. Es besteht kein Anlaß, der Gesellschaft den Verzicht auf den Vergleich [sic] praktisch unmöglich zu machen. Der Entwurf schließt deshalb den Verzicht und Vergleich nur in den ersten drei Jahren nach der Entstehung des Anspruches aus (Absatz 4 Satz 3).“* Der Reformgesetzgeber von 1884 hatte die Sperrfrist bewusst so festgesetzt, dass Verzichte und Vergleiche nicht ganz unmöglich gemacht werden; vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 452: *„Es kann nun zwar keineswegs in der Absicht des Entwurfs liegen, eine Erklärung seitens der Gesellschaft über diese Ansprüche und eine Verständigung mit den belasteten Personen durch Vergleich oder Verzicht auszuschließen, oder durch Verschärfung der zur Beschlußfassung erforderlichen Mehrheit so zu erschweren, daß dies einem Ausschlusse gleichkäme.“*

*die schon innerhalb dieser Frist getan haben, so daß die Entscheidung der Hauptversammlung über den Verzicht oder Vergleich nach drei Jahren regelmäßig nicht mehr allein von ihnen abhängt.*²⁸¹⁶

Auf den ersten Blick erübrigen sich daher weitergehende Normzwecküberlegungen. Die AmtlBegr schreiben der Sperrfrist als Normzweck eben ausdrücklich nur den (Umgehungs-)Schutz vor dem Gründereinfluss zu. Und im Übrigen entspricht die verkürzte Sperrfrist plangemäß (zumindest rein äußerlich) auch wieder Art 213d ADHGB 1884 und ermöglicht demgemäß (wieder) Dispositionen über die Gründungshaftung. Bei genauerem Hinsehen stellt sich aber auch hier die Frage, ob der Gesetzgeber des dAktG 1965 die alte Wertung des zusätzlichen „Sperrjahres“ im vorbildhaften Art 213d ADHGB 1884 in das geltende deutsche Aktienrecht mitübernommen hat. Denn Art 213d ADHGB 1884 normierte zwar ebenfalls eine dreijährige Sperrfrist, davon repräsentierte aber nur das enthaltene zweijährige *tempus clausum* die typische Dauer der mehrheitlichen Aktienveräußerung und diente demgemäß dem Umgehungsschutz. Das dritte Jahr der Sperrfrist sollte verhindern, dass die Gesellschaft ersatzpflichtige Emittenten (Art 213b ADHGB 1884; vgl § 47 Z 3 dAktG) schon kurze Zeit nach Abschluss des schädigenden Geschäfts durch einen Verzicht oder Vergleich von der Haftung entbinden kann. Der deutsche Gesetzgeber von 1965 verkürzte die Sperrfrist zwar auf drei Jahre, übersah dabei aber offenbar die damals noch enthaltene zweite Wertung, denn er begründete die gesamte dreijährige Sperrfrist *ausschließlich* mit dem Umgehungsschutz und wähnte sich damit fälschlicherweise im Einklang mit ADHGB 1884. Damit hat der Gesetzgeber unbewusst die teleologische „Zusammensetzung“ der Sperrfrist geändert und damit genau besehen sein Ziel verfehlt, den alten Rechtszustand des ADHGB 1884 zu restituieren. Soweit es bei der Beschränkung von Gesellschaftsdispositionen über Gründungsansprüche wirklich nur um Umgehungsschutz gehen sollte, hätte der Gesetzgeber die Sperrfrist auf zwei Jahre (*tempus clausum*) verkürzen können. Freilich dürfte der Gesetzgeber (wie auch schon der Gesetzgeber des dHGB 1897) die teleologischen Feinheiten des Art 213d ADHGB 1884 gar nicht mehr erkannt haben, ging es ihm doch primär darum, durch die Wiederherstellung des alten Rechtsbestands Verzicht und Vergleiche wieder zu ermöglichen. In der Begründung hat sich der Gesetzgeber dann wahrscheinlich (nur) an das zuvor geltende Recht des dHGB 1897 gehalten (das die Fristverlängerung ebenfalls nur mit dem längeren Inverkehrbringen der Aktien begründet hatte). Aus demselben Grund konnte auch der Gesetzgeber von 1965 wohl nicht erkennen, dass die Sperrfrist nicht alleinsteht, sondern Teil eines normativen Verbunds dreier gründungsrechtlicher „Kautelarvorschriften“ ist (heute § 47 Z 3 und § 52 Abs 1 dAktG). Deshalb verfehlt die verkürzte, dreijährige Sperrfrist des § 50 dAktG nicht nur

2816 AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 112 (Hervorhebungen durch den Verf).

ihr Regelungsvorbild (Art 213d ADHGB 1884), sondern steht auch – im geltenden Recht – in Widerspruch mit jenen erwähnten Kautelarvorschriften (§ 47 Z 3 und § 52 Abs 1 dAktG), die sich insoweit tatsächlich noch auf dem Stand des ADHGB 1884 befinden und demgemäß immer noch ein *tempus clausum* von (nur) zwei Jahren vorsehen. Diese Bestimmungen implizieren, dass die Veräußerung der Aktien nach der Gründung typischerweise (nur) zwei Jahre dauert. Dagegen impliziert die Sperrfrist idF dAktG 1965 wie gesagt eine dreijährige Dauer. Da alle drei Kautelarvorschriften aber wie erwähnt eine (implikatorische) Regelungseinheit bilden, die auf derselben faktischen Prämisse über die Dauer der Aktienveräußerung (*tempus clausum*) basieren, sind die Implikationen der § 47 Z 3 und § 52 dAktG einerseits und § 50 dAktG andererseits paradox.

Fragt man nach dem Normzweck der Sperrfrist, darf man sich somit nicht auf die Aussage der AmtlBegr verlassen. Vielmehr stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber von 1965 auch die alte Wertung des zusätzlichen Sperrjahres in Art 213d ADHGB 1884 – immerhin das Regelungsvorbild des § 50 dAktG – übernommen hätte, wenn er sie denn erkannt hätte. Falls ja, wäre das dritte Jahr der Sperrfrist unter diesem Gesichtspunkt teleologisch neu zu bewerten; falls nein, müsste die gesamte (dreijährige) Sperrfrist dem Umgehungsschutz dienen (was wie erwähnt freilich den übrigen Kautelarvorschriften widersprechen würde). Auch hier ist mE – wie schon zu § 205 dHGB 1897 und § 43 öAktG näher ausgeführt – mangels konkreter Anhaltspunkte für eine solche Regelungsabsicht gemäß allgemeinen Auslegungsgrundsätzen²⁸¹⁷ nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber (trotz seines Bekenntnisses zu Art 213d ADHGB 1884 und der äußeren Wiederherstellung dieser Norm) einen systemwidrigen Wertungsgesichtspunkt (wieder-)eingeführt hat.

Geht es damit (auch) bei § 50 dAktG nur um den Umgehungsschutz, steht wohl auch hier einer Korrektur des gesetzgeberischen Fehlers nichts entgegen.²⁸¹⁸ Fraglich wäre allein, ob unter dem Aspekt des Umgehungsschutzes die Sperrfrist auf zwei Jahre zu reduzieren ist oder aber die entsprechenden Fristen (*tempus clausum*) in den anderen beiden Kautelarvorschriften auf drei Jahre zu verlängern sind. Ging es dem Gesetzgeber von 1965 primär um die Wiederherstellung des Art 213d ADGHB, dessen Normzweck er nur missverstanden, oder vorrangig darum, dass die typische Dauer des Inverkehrbringens der Aktien drei Jahre beträgt. Da den Gesetzgeber kein erkennbares empirisches Motiv geleitet hat (arg AmtlBegr: „Eine Frist von drei Jahren erscheint auch ausreichend“), sondern er sich offenbar bloß an der Normzweckaussage des dHGB 1897 orientierte, sprechen mE die besseren Gründe

2817 Vgl allg F. Bydliński, Methodenlehre² 444 f, 457 ff; Kramer, Methodenlehre⁶ 123 ff; Kerschner/Kehrer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ §§ 6, 7 Rz 26.

2818 Vgl zur Berichtigung gesetzgeberischer Fehler hier einstweilen nur Englisch, Einführung¹² 223 ff; s dazu noch ausf iZm der Korrektur der Sperrfrist gem § 43 öAktG unten S 722 ff.

für die erste Variante. Für sie spricht außerdem, dass das vordringlichste Ziel der Fristverkürzung offenbar (wie bei § 93 Abs 4 Satz 3 AktG) darin bestand, Verzichte und Vergleiche wieder zu ermöglichen. Zu korrigieren ist somit das Missverständnis des Art 213d ADHGB 1884 als „Regelungsvorbild“. Demgemäß wäre die dreijährige Sperrfrist zur Vermeidung von (Wertungs-)Widersprüchen korrigierend auf ein zweijähriges *tempus clausum* zu beschränken. Im Gegensatz zu § 43 öAktG (und vorher schon § 205 dHGB 1897) verhindert die Sperrfrist des § 50 dAktG zwar nicht planwidrig Verzichte und Vergleiche, sie weicht aber wie gesagt entgegen der gesetzgeberischen Absicht (hinsichtlich des intendierten Umgehungsschutzes) von dem falsch verstandenen Art 213 ADHGB 1884 ab und widerspricht zudem den übrigen Kautelarvorschriften im geltenden Recht (§ 47 Z 3 und § 52 dAktG). Eine Eigenwertung droht auch hier nicht, weil mit Art 213d ADHGB 1884 als „Anpassungsziel“ sowie den geltenden Kautelarvorschriften feste Anhaltspunkte für eine Korrektur gegeben sind. Die Korrektur würde daher der nachweislichen gesetzgeberischen Absicht zum Durchbruch verhelfen, Art 213 ADHGB 1884 (eingeschränkt auf den Umgehungsschutz) wiederherzustellen; zugleich würde die gebotene Rechtseinheit mit § 47 Z 3 und § 52 dAktG gewährleistet. In jedem Fall ist eine solche Angleichung *de lege ferenda* zu wünschen (sofern man die typisierende Regelungstechnik der „Kautelarvorschriften“ nicht rechtspolitisch überhaupt überdenken möchte)²⁸¹⁹.

iii. Übereilungsschutz: Verhinderung von Dispositionen vor Überschaubarkeit des Schadensausmaßes?

1) Meinungsstand

Neben²⁸²⁰ der Verhinderung einer Einflussnahme durch die Gründer (Umgehungsschutz) soll die Sperrfrist nach der wohl überwiegenden (vor allem deutschen) Lit²⁸²¹ und nach dem BGH²⁸²² zusätzlich (auch) die Gesellschaft vor übereilten Dispositionen schützen. Die Gesellschaft soll demnach erst zu einem Zeitpunkt über Ersatzansprüche disponieren können, in dem sich die

2819 S iZm § 43 öAktG noch unten bei Fn 2946.

2820 Vgl Pentz in MüKo AktG⁵ § 50 Rz 7 („Hierneben“).

2821 Vgl etwa Zehetner in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 43 Rz 2; M. Arnold in KK-AktG⁴ § 50 Rz 1; Pentz in MüKo AktG⁵ § 50 Rz 7; Koch in Koch, AktG¹⁷ § 50 Rz 1; Bayer in K. Schmidt/Lutter, AktG⁴ § 50 Rz 1, 4; Groß, Innenhaftung 132 ff (unter Hinweis auf RG 19.05.1931, II 434/30 RGZ 133, 33 [dazu sogleich Fn 2823]); für die allg Sperrfrist § 93 Abs 4 Satz 3 AktG und wohl auch für die gründungsrechtliche (§ 50 dAktG) Fleischer, AG 2015, 133 (138); so bereits Schuler, NJW 1960, 601 (601).

2822 BGH 06.12.2011, II ZR 149/10 (BGHZ 191, 364 = NZG 2012, 69) Rz 26: „Die Vorschrift [sc § 50 Satz 1 dAktG] soll insoweit einen Verzicht oder einen Vergleich über die Ansprüche der Gesellschaft zu einem Zeitpunkt verhindern, der noch in der zeitlichen Nähe der Gründung liegt und in dem sich die Auswirkungen der schädigenden Handlung noch nicht abschließend übersehen lassen.“

Folgen der schädigenden Handlung abschließend beurteilen lassen. Schon im Jahr 1931 judizierte das Reichsgericht²⁸²³, dass Verzichte und Vergleiche erst möglich sein sollen, „*wenn seit der Entstehung der Aktiengesellschaft ein so großer Zeitraum verstrichen ist, daß [...] das Vorhandensein von Haftungsansprüchen übersehen werden kann [...]*“. Eine weitergehende Begründung enthält die Entscheidung nicht; auch literarische Stellungnahmen aus dem damaligen Schrifttum gibt es soweit ersichtlich nicht.²⁸²⁴

Vorauszuschicken ist, dass ein solcher Übereilungsschutz für § 43 AktG von vornherein ausscheidet, weil Verzichte und Vergleiche wegen der Kongruenz mit der Verjährungsfrist gem § 44 AktG praktisch ausgeschlossen sind. Wenn Verzichte und Vergleiche demnach ohnehin praktisch kaum möglich sind (außer im Fall einer Unterbrechung oder Hemmung der Verjährung), muss die Gesellschaft auch nicht vor verführten Dispositionen geschützt werden. Da die Sperrfrist schon mit dem dHGB 1897 auf fünf Jahre verlängert wurde (und auch damals die Verjährungsfrist deckungsgleich war), ist somit auch die soeben zitierte RG-Entscheidung aus 1931 (zum dHGB 1897) durchaus fragwürdig.²⁸²⁵ Heute wird die Übereilungsschutzthese denn auch vorwiegend in Deutschland vertreten,²⁸²⁶ wo die Sperrfrist seit dem dAktG 1965 nur drei Jahre beträgt und Dispositionen demgemäß (wieder) möglich sind.²⁸²⁷ In Österreich wäre diese These immerhin denkbar, wenn man – was aber bislang soweit ersichtlich noch nicht vertreten worden ist – mit der hier vertretenen Auffassung eine korrigierende Reduktion der Sperrfrist (*de lege lata*) bejaht (dazu

2823 RG 19.05.1931, II 434/30 RGZ 133, 33 (38) (Hervorhebungen durch den Verf): „*Bei der Vorschrift des § 205 [...] handelt es sich um ein im öffentlichen Interesse erlassenes gesetzliches Verbot. Dieses hat den Zweck, die Aktiengesellschaft dagegen zu schützen, daß die in den §§ 202 bis 204 a.a.O. festgesetzte strenge Haftung der Gründer usw. durch vorzeitige Entlastungsvereinbarungen oder Verzichte von seiten der Organe der Aktiengesellschaft hinfällig gemacht wird. Solche Rechtsakte der Gesellschaftsorgane sollen erst rechtswirksam vorgenommen werden können, wenn seit der Entstehung der Aktiengesellschaft ein so großer Zeitraum verstrichen ist, daß einerseits das Vorhandensein von Haftungsansprüchen übersehen werden kann, andererseits zu vermuten ist, es habe der Einfluß der Gründer auf die Organe der Gesellschaft zugehört oder er werde so geschwächt sein, daß bei einem Vergleich oder Verzicht die Wahrung der Interessen der Gesellschaft tunlichst gewährleistet sei.*“

2824 Vgl etwa Staub, ADHGB³, ⁴ (1896) Einleitung zu Art 213d (S 426); dens, HGB⁸ (1906) Einleitung zu § 205 (S 701); Pinner in Staub, HGB II¹⁴ (1933) Einleitung zu § 205 (S 145).

2825 Dazu auch noch iZm der allg Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG unten S 989 ff bei Fn 3839 ff.

2826 Vgl aber Zehetner in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 43 Rz 2, wonach Verfügungen erst möglich sein sollen, wenn der typischerweise bestehende Einfluss der Gründer auf die Gesellschaftsorgane zurückgegangen ist und eine einigermaßen abschließende Beurteilung über die Folgen der schädigenden Handlungen möglich ist. Vgl ähnlich schon RG 19.05.1931, II 434/30 RGZ 133, 33 (38) bei Fn 2823.

2827 S dazu schon oben S 695 ff.

noch sogleich unten)²⁸²⁸. Auf die Übereilungsschutzthese ist im Folgenden daher näher einzugehen.

2) *Keine Begründung mit dem (angeblichen) Normzweck der allgemeinen Sperrfrist gem § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG*

Soweit das Schrifttum eine Begründung für die Übereilungsschutzthese angibt, pflegt es interessanterweise auf die AmtlBegr zur *allgemeinen* Sperrfrist in § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG zu verweisen.²⁸²⁹ In der Tat begründete der deutsche Gesetzgeber des dAktG 1965 die *allgemeine* Sperrfrist (die das AktG 1937/1938 irrig aus dem Gründungsrecht übernommen hatte; s noch sogleich)²⁸³⁰ mit der Verhütung übereilter Dispositionen: „*Die Vorschrift soll verhindern, daß über einen Verzicht oder Vergleich bereits zu einem Zeitpunkt entschieden wird, in dem sich noch kein abschließendes Bild über die Auswirkungen der schädigenden Handlung gewinnen läßt.*“²⁸³¹

Der Verweis auf (die AmtlBegr zu) § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG taugt mE jedoch nicht als Argument für die These, dass derselbe Normzweck der gründungsrechtlichen Sperrfrist zugrunde liege. Zum einen bezieht sich die zitierte Materialienstelle nur auf die allgemeine Sperrfrist; als Normzweck der *gründungsrechtlichen* Sperrfrist nennt die AmtlBegr zum dAktG 1965 gerade ausschließlich die Verhinderung einer Abhängigkeit von den Gründern (Umgehungsschutz) – von einem Übereilungsschutz, wie ihn die AmtlBegr § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG zuschreibt, ist bei § 50 dAktG keine Rede.²⁸³² Zudem dürfte der Verweis auf § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG (indirekt) zirkulär sein, weil der Gesetzgeber von 1965 insoweit offenbar wiederum nur die Normzweckerwägungen des Reichsgerichts²⁸³³ zur gründungsrechtlichen Sperrfrist gem § 205 dHGB 1897 übernommen hatte.²⁸³⁴ Schließlich beruht die allgemeine Sperrfrist – wie unten²⁸³⁵ noch darzulegen sein wird – auf einem gesetzgeberischen Irrtum, hat (deshalb) keinen Normzweck (auch keinen Übereilungsschutzzweck) und ist systemwidrig. Aus ihr dürfen daher keine Rückschlüsse auf den Normzweck anderer Bestimmungen (hier: § 50 dAktG, § 43 öAktG) gezogen werden.²⁸³⁶ Der Verweis auf die allgemei-

2828 S 722 ff.

2829 So ausdr zB Pentz in MüKo AktG⁵ § 50 Rz 7; Koch in Koch, AktG¹⁷ § 50 Rz 1; M. Arnold in KK-AktG⁴ § 50 Rz 1.

2830 S dazu noch unten insb S 950 ff.

2831 AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 132 (Hervorhebung durch den Verf).

2832 AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 112 (s schon oben Fn 2761).

2833 S Fn 2823.

2834 So Cahn, Vergleichsverbote 35; Fleischer, AG 2015, 133 (134). S auch noch unten S 989 ff.

2835 S 950 ff.

2836 Vgl allg Kramer, Methodenlehre⁶ 244 (*Quod vero contra rationem iuris receptum est non est producendum ad consequentias* [Aus unsachgerechten Normen dürfen nicht

ne Sperrfrist ersetzt daher genau besehen nicht die nötige inhaltliche Begründung der Übereilungsschutzthese.

3) Keine folgenorientierte Normzweckhypothese

Geht man der Übereilungsschutzthese daher weiter nach, scheint ein solcher Normzweck zumindest denkbar, wenn man sich zunächst auf eine oberflächliche, folgenorientierte Betrachtung beschränkt. In der Tat führt nämlich die Sperrfrist tendenziell dazu, dass die Gesellschaft über Ersatzansprüche erst entscheiden kann, wenn das Ausmaß des Schadens überschaubar(er) geworden ist.²⁸³⁷ Denn nach Ablauf der Sperrfrist liegt die Entstehung der Ersatzansprüche schon drei Jahre zurück (das gilt aber – sofern man nicht wie hier von einer Gesetzeskorrektur ausgeht – nicht für die weiterhin fünfjährige Sperrfrist gem § 43 öAktG, bei der ein Übereilungsschutz wegen der weitgehenden Indisponibilität aufgrund der Kongruenz mit der Verjährungsfrist von vornherein ausscheidet; s dazu schon oben). Auch seit der letztmöglichen Schädigungshandlung von Emittenten gem § 47 Z 3 dAktG (§ 40 Z 3 öAktG; vgl schon Art 213b ADHGB 1884) ist dann zumindest schon ein Jahr vergangen, sodass wohl auch diese Schäden idR schon entstanden sein werden. Allerdings vermag eine solche – allein wirkungsorientierte – Betrachtung beinahe jede denkbare Normzweckhypothese zu stützen (zB auch Gläubiger- oder Minderheitenschutz aufgrund der Erhaltung von Ersatzansprüchen im Gesellschaftsvermögen)²⁸³⁸. Entscheidend für die Ermittlung des Normzwecks kann daher nicht allein die Normwirkung sein, sondern, ob eine Normzweckhypothese auch mit den (übrigen) gesetzlichen Wertungen objektiv im Einklang steht.

4) Zwischenergebnis

Da weder der Verweis auf die AmtlBegr zu § 93 Abs 4 Satz 3 AktG noch eine bloße Folgenanalyse weiterführen, ist die Übereilungsschutzthese auf breiterer Basis zu überprüfen. Dabei stellt sich mit Blick auf den (ursprünglichen) Normzweck-Dualismus der Sperrfrist die Frage, ob ein Übereilungsschutz vom *tempus clausum* und/oder dem zusätzlichen „Sperrjahr“ ausgehen soll. Zwar wurde – wie im vorigen Kapitel dargelegt – die zweite Wertung iZm dem zusätzlichen Sperrjahr seit dem dHGB 1897 nicht weitergeführt, weshalb sie auch nicht Bestandteil des geltenden Rechts ist; es scheint aber trotzdem zweckmäßig,

noch weitere Folgerungen abgeleitet werden)). Vgl auch F. Bydliński, Methodenlehre² 440.

2837 Dabei kann es freilich immer nur auf die Entscheidung der Aktionäre ankommen, die die Gesellschaft *nach* Ablauf der Sperrfrist (genauer: des *tempus clausum*) kontrollieren, denn nur sie dürfen nach der gesetzlichen Wertung über die Ansprüche disponieren und könnten daher vor einer übereilten Entscheidung geschützt werden.

2838 S zum Minderheiten- und Gläubigerschutz oben Fn 2776 bzw 2780. Zum (ähnlichen) Normzweckproblem auch im Kap zur (allg) Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG unten S 956 ff.

unter dem Aspekt des (angeblichen) Übereilungsschutzes beide Normkomponenten zu untersuchen, um ggf feststellen zu können, ob ein Übereilungsschutz überhaupt jemals (historisch) im Gesetz angelegt war. Da diese (zweite) Wertung einem Übereilungsschutz wohl noch am ehesten nahekommt, ist auf sie zuerst einzugehen.

5) *Kein Übereilungsschutz durch das zusätzliche Sperrjahr aufgrund der Emittentenhaftung (Art 213b ADHGB 1884)*

Das zusätzliche Sperrjahr wurde wie erwähnt damit begründet, dass haftpflichtige Emittenten „sonst vielleicht schon wenige Tage nach Erlass des schädigenden Angebots von ihrer Verantwortlichkeit entbunden werden könnten“²⁸³⁹, was die Gesetzesverfasser als einen „Uebelstand“²⁸⁴⁰ erachteten. Aus den Protokollen geht indes nicht hervor, dass Dispositionen über Ersatzansprüche „schon wenige Tage nach Abschluß des schädigenden Rechtsgeschäfts“ gerade deshalb verhindert werden sollten, weil die Folgen der schädigenden Handlung noch nicht überschaubar wären. Die Regelungsgedanken mögen sich auf den ersten Blick ähneln, bei genauerem Hinsehen scheint es der Aktienrechtskommission aber weniger um den Schutz der Gesellschaft (vor nachteiligen Dispositionen) als eher um die Verhinderung einer Privilegierung haftpflichtiger Emittenten aufgrund eines diffusen Unrechtsempfindens gegangen zu sein. In jedem Fall lässt sich ein bewusster Übereilungsschutz aus den Materialien nicht ableiten. Das gilt umso mehr für die übrigen Ersatzansprüche aus dem Gründungshergang, die nicht gegen Emittenten gerichtet sind. Unter dem Aspekt eines Übereilungsschutzes wäre es nämlich nicht nötig gewesen, das *tempus clausum* auch für die übrigen Ersatzansprüche zu verlängern, weil diese Ansprüche schon mit Eintragung der Gesellschaft entstanden sind und nach Ablauf des *tempus clausum* schon zwei Jahre bestanden haben. Wie erwähnt kann die Einbeziehung der übrigen Ansprüche insoweit wohl allenfalls mit Rechtssicherheitserwägungen gerechtfertigt werden. Die Annahme eines Übereilungsschutzes versieht die Einschränkung der Privatautonomie zwar im Gegensatz zur (eentlichen) Begründung des zusätzlichen „Sperrjahres“ immerhin mit einer auf Schutzinteressen bezogenen Begründung, auch gegen eine so verstandene Verfügungssperre sprechen allerdings all jene (übrigen) Argumente, die oben schon zur Systemwidrigkeit des zusätzlichen „Sperrjahres“ *per se* angeführt wurden (insb der Wertungswiderspruch mit der Möglichkeit einer Haftungsfreistellung durch HV-Beschluss im Vorhinein), und die im Folgenden noch gegen einen Übereilungsschutzzweck der *Tempus-clausum*-Komponente der Sperrfrist ins Treffen zu führen sind.

2839 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 453.

2840 Verhandlungen der Aktienrechtskommission, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 320.

6) *Kein Übereilungsschutz durch das tempus clausum*

Gegen einen Übereilungsschutzzweck des *tempus clausum* spricht, dass der Gesetzgeber diesem Zeitraum ausdrücklich ein anderes Regelungsmotiv zugrunde legt, nämlich den Schutz vor einer Umgehung der Gründungshaftung (dazu schon ausf oben)²⁸⁴¹. Die Gesellschaft soll erst über Ersatzansprüche disponieren können, wenn sie infolge mehrheitlichen Inverkehrbringens der Aktien präsumtiv vom Einfluss der Gründer befreit ist. Zwar fördert die Verzögerung von Dispositionen wie erwähnt auch die Überschaubarkeit des Schadensausmaßes, dabei dürfte es sich aber um eine bloße Reflexwirkung handeln. Zum einen wäre es doch ein bemerkenswerter Zufall, wenn die Dauer des Inverkehrbringens der Aktienmehrheit genau gleich lang wäre wie die Dauer, die für die Überschaubarkeit von Schadensfällen nötig ist – beide Vorgänge haben faktisch nichts miteinander zu tun. Gegen einen intendierten Übereilungsschutz spricht auch, dass nach Ablauf der Sperrfrist bei Ersatzansprüchen gegen Emittenten (Art 213b ADHGB 1884 [§ 40 Z 3 AktG idgF; § 47 Z 3 dAktG idgF]) seit der Anspruchsentstehung deutlich weniger Zeit verstrichen ist, weil diese Ansprüche auch bis zu zwei Jahre nach der Eintragung (*tempus clausum*) entstehen können. Hätte der Gesetzgeber mit dem *tempus clausum* (zumindest auch) einen Übereilungsschutz bezweckt, hätte er insoweit wohl alle Ansprüche gleichbehandeln und die (vermeintliche) Schutzfrist überall an die Anspruchsentstehung knüpfen müssen. Somit spricht das zusätzliche Sperrjahr implizit dafür, dass das *tempus clausum* ausschließlich dem Umgehungsschutz dient, weil nur *dieser* Schutzzweck auch für Ersatzansprüche gegen Emittenten nach zwei Jahren erfüllt ist.

Ein Übereilungsschutz würde aber nicht nur innerhalb der gründungsrechtlichen Sperrfrist zu Wertungswidersprüchen führen, sondern stünde auch in Widerspruch zu allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen. Allgemein spielt nämlich die Unsicherheit über die Folgen einer Haftungsdisposition nur (unter dem Aspekt der Sittenwidrigkeit) insofern eine Rolle, als Vorausdispositionen für *vorsätzliche* (und ggf krass grob fahrlässige) Schädigungen ausgeschlossen sind.²⁸⁴² Zwar sind im Gesellschaftsrecht Spezialwertungen (insb Minderheiten- und Gläubigerschutz) zu berücksichtigen, auch diese Spezialwertungen gebieten jedoch insoweit kein Abgehen von den allgemeinen Grundsätzen. So konnte die Gesellschaft unter der Geltung des ADHGB 1884 und dHGB 1897 auch über Ersatzansprüche aus der laufenden Geschäftsführung unmittelbar nach Entstehung des Anspruchs verzichten oder sich vergleichen. Das hat sich freilich mit dem dAktG 1937 geändert, wodurch die gründungsrechtliche Sperrfrist in § 84 AktG (wie gesagt irrig) verallgemeinert wurde (wo ihr gerade – mE jedoch zu Unrecht – der hier fragliche Über-

²⁸⁴¹ S 684 ff.

²⁸⁴² Vgl allg hier nur mwN Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 879 Rz 304 ff (Stand 01.10.2017).

eilungsschutz zugeschrieben wird). Wie schon erwähnt ist diese Bestimmung jedoch systemwidrig und erzeugt in § 84 AktG (§ 93 dAktG) dieselben Wertungswidersprüche wie im Gründungsrecht, weshalb aus ihr keine Rückschlüsse zu ziehen sind. Bestätigt wird das vor allem durch die – auch heute noch bestehende – Möglichkeit der Gesellschaft, die Haftung im Vorhinein durch einen HV-Beschluss (Weisung oder Ermächtigung) in Grenzen auszuschießen (vgl § 84 Abs 4 Satz 1 AktG; § 93 Abs 4 Satz 1 dAktG), dh sogar vor der Entstehung des Anspruchs. Diese im Grundsatz unbestrittene Enthaltungsmöglichkeit *ex ante* spricht nicht nur gegen einen Übereilungsschutzzweck der allgemeinen²⁸⁴³, sondern auch der gründungsrechtlichen Sperrfrist. Denn auch bei der Anweisung zu einer von Vorstand oder Aufsichtsrat gem § 103 Abs 2 AktG vorgelegten Geschäftsführungsmaßnahme kann die Gesellschaft regelmäßig noch nicht (typischerweise sogar noch viel weniger!) überblicken, in welchem Ausmaß sie dadurch die Haftpflicht für mögliche (künftige) Schäden ausschließt.

Weitere Argumente gegen den (Neben-)Zweck einer Verhinderung über-eilter Dispositionen finden sich (wie oben schon zum zusätzlichen „Sperrjahr“ ausgeführt) auch dort, wo der Umgehungsschutz aus bestimmten Gründen wegfallen kann. Würde die Sperrfrist zumindest parallel auch einen Übereilungsschutz bezwecken, müsste dieser Normzweck bei Wegfall des Umgehungsschutzes gleichsam „übrigbleiben“ und die Sperrfrist müsste insoweit konsequenterweise auch dort gelten, wo ein Umgehungsschutz nicht nötig ist. Das ist jedoch nicht der Fall: Beispielsweise bezieht sich die Sperrfrist nach hL²⁸⁴⁴ nicht (analog) auf Ersatzansprüche gegen den Gründungsprüfer gem § 42 AktG (diese Bestimmung hat erst das dAktG 1937 geschaffen), weil die Gründungsprüfer gerichtlich bestellt werden (§ 25 Abs 3 AktG) und daher typischerweise nicht in einem solchen Naheverhältnis mit den Gründern stehen wie die anderen ersatzpflichtigen Personen. Eine Umgehung der Haftung droht daher nicht. Würde die Sperrfrist auch dem Übereilungsschutz dienen, müsste sie sich aber trotzdem auf § 42 AktG erstrecken.²⁸⁴⁵ Ein weiteres Beispiel liefert (auch hier) das GmbH-Recht. Dort entledigte sich der Gesetzgeber jener zwingenden Vorschriften des Aktienrechts, die durch die Handelbarkeit der Anteile und die damit verbundenen Gefahren verbunden waren.²⁸⁴⁶ Dementsprechend haben die GmbH-Gesetze (unter anderem) nicht die gründungsrechtliche Sperrfrist (§ 205 dHGB 1897) rezipiert. Da die Kapitalaufbringung

2843 Dazu noch ausf unten S 989 ff.

2844 Vgl hier nur Zehetner in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 43 Rz 7 und § 42 Rz 40; Pentz in MüKo AktG⁵ § 50 Rz 9. S zu den erfassten Ansprüchen noch ausf unten S 708 ff.

2845 Insoweit bestünde auch kein Unterschied im Hinblick auf die Überschaubarkeit der Schadensfolgen, weil sich die Gründungsprüfung naturgemäß auf dieselben Vorgänge bezieht wie die übrige Gründungshaftung.

2846 Dazu näher oben S 127 ff.

neben den Anlegern auch die Gesellschaftsgläubiger schützt,²⁸⁴⁷ lehnten sich die GmbH-Gesetzgeber zwar an § 205 dHGB 1897 an, reduzierten diese (im Anlegerinteresse umfassende) Dispositionsbeschränkung aber auf ihre gläubigerschutzrelevante Komponente²⁸⁴⁸ – das Ergebnis war § 10 Abs 6 GmbHG (§ 9b Abs 1 dGmbHG).²⁸⁴⁹ Wieder gilt: Würde die Sperrfrist (auch) einen Übereilungsschutz bezwecken, hätte sie auch in das GmbH-Recht (und zwar mangels erkennbarer wertungsbedingter Unterschiede umfassend, dh auch in § 25 GmbHG) übernommen, zumindest aber erwähnt werden müssen, weil der Übereilungsschutz nicht durch die Handelbarkeit der Anteile bedingt ist. Demgemäß folgt auch aus dem GmbH-Recht implizit, dass die Sperrfrist nur dem Umgehungsschutz dient. Die beiden genannten Argumente haben insofern großes Gewicht, als § 42 AktG eine besondere Nähe zu § 43 AktG hat und § 10 Abs 6 GmbHG gewissermaßen von Art 213d ADHGB 1884 „abstammt“; in beiden Fällen wäre daher (umso mehr) zu erwarten gewesen, dass der Gesetzgeber einen (angeblichen) Übereilungsschutz berücksichtigt.

Zusammenfassend lässt sich (auch) ein Übereilungsschutz aus den Gesetzesmaterialien nicht nur nicht nachweisen, sondern ist (vor allem in den jüngeren Mat) sogar kontraindiziert. Im Übrigen wäre ein solcher Schutzzweck bei vergleichender Betrachtung des gesamten Aktienrechts auch wertungswidersprüchlich. Die These eines Übereilungsschutzes ist daher abzulehnen.

iv. Fazit

Die Sperrfrist gem § 43 AktG hat – wie schon die „Ur“-Norm Art 213 ADHGB 1884 – (nur) den Zweck, eine Umgehung der Gründungsvorschriften durch die Gründer zu verhindern. Da die Gründer die Gesellschaft in der ersten Zeit nach der Gründung präsumtiv noch kontrollieren, könnten sie sich selbst von ihrer Gründungshaftung freisprechen (lassen). Um solche „Selbstentlastungen“ zu verhindern, schließt das Gesetz Verzichte und Vergleiche über Gründungsansprüche so lange aus, wie es typischerweise dauert, bis die Aktien nach der Gründung mehrheitlich veräußert sind (*tempus clausum*) und die Gesellschaft folglich vom Einfluss der Gründer befreit ist. Danach sind Dispositionen wieder möglich, weil die Gesellschaft (präsumtiv) von neuen, unabhängigen Aktionären kontrolliert wird, die nicht in einem Naheverhältnis zu den Gründern und den übrigen aus dem Gründungshergang verantwortlichen Personen stehen. Demgemäß dient die Sperrfrist letztlich, wie die Gründungs(haftungs)vorschriften, deren Umgehung sie verhüten soll, der realen Kapitalaufbringung, die wiederum dem Anleger- und Gläubigerschutz dient (wovon die Sperrfrist allerdings nur den Anlegerschutz realisiert).

2847 Historisch diente die Kapitalaufbringung zunächst dem Anlegerschutz; der Gläubigerschutz kam erst später hinzu (s die Nw in Fn 2811).

2848 S aber zur Gläubigerschutzlücke in der gründungsrechtlichen Sperrfrist schon oben bei Fn 2781 und noch unten S 861 ff mwN.

2849 Vgl AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3736 (Fn 2813).

Dem Umgehungsschutz diene ursprünglich jedoch nur *ein* Teil der (früher) dreijährigen Sperrfrist, nämlich das darin enthaltene zweijährige *tempus clausum*, das wie erwähnt die Dauer eines mehrheitlichen Aktienverkaufs und damit den präsumtiven Einfluss der Gründer auf die Gesellschaft repräsentiert. In Art 213d ADHGB 1884 enthielt die Sperrfrist daneben noch eine zweite Wertung: Danach müsse die Sperrfrist ein Jahr länger sein als das *tempus clausum*, um zu verhindern, dass Emittenten (Art 213b ADHGB 1884; vgl heute § 40 Z 3 AktG) „sofort“ von ihrer Haftung entbunden werden können. Diese Wertung war jedoch von Anfang an verfehlt, weil sie die Dispositionsfreiheit (Privatautonomie) der Gesellschaft ohne Rechtfertigung durch erkennbare Schutzinteressen einschränkte und deshalb auch im Widerspruch mit zivilrechtlichen Grundsätzen und den an Schutzinteressen orientierten (und folglich weniger einschneidenden) aktienrechtlichen Dispositionsbeschränkungen stand. Das dHGB 1897 hat die Sperrfrist auf fünf Jahre verlängert, um Fällen Rechnung zu tragen, in denen der mehrheitliche Aktienverkauf länger (als zwei Jahre) dauert. Dabei wurde indes übersehen, dass Verfügungen über die Gründungshaftung wegen der kongruenten Verjährungsfrist planwidrig unmöglich gemacht wurden. Zugleich hat der Gesetzgeber von 1897 auch nicht (mehr) erkannt, dass die Sperrfrist ursprünglich auch jenen zweiten Normzweck des zusätzlichen „Sperrjahres“ enthielt. Da diese Wertung jedoch wie erwähnt systemwidrig war, ist im Zweifel nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber sie mitübernommen hätte. Die Wertung ist demgemäß nicht Bestandteil des geltenden Rechts (§ 43 AktG), das sich insoweit noch auf dem Stand des § 205 dHGB 1897 befindet. Dieser Umstand ist bei der *de lege lata* gebotenen korrigierenden Reduktion der Sperrfrist gem § 43 AktG zwecks Ermöglichung von Verzichten und Vergleichen (dazu noch unten) dahingehend zu berücksichtigen, dass die Verfügungsschranke im Einklang mit den übrigen (geltenden) „Kautelarvorschriften“ (§ 40 Z 3 und § 45 Abs 1 AktG) auf einen Zeitraum von zwei Jahren (*tempus clausum*) anzuwenden ist und demgemäß ausschließlich dem Umgehungsschutz dient.

Entgegen verbreiteter Auffassung soll die Sperrfrist neben dem Umgehungsschutz nicht auch verhindern, dass die Gesellschaft über Ersatzansprüche verfügt, noch bevor das ganze Schadensausmaß überschaubar ist (Übereilungsschutz). Die faktische Normwirkung mag diesen Schluss nahelegen, gegen diese These sprechen aber die Gesetzesmaterialien, die der Sperrfrist nur die oben genannten Normzwecke (heute nur noch den Umgehungsschutz durch das zweijährige *tempus clausum*) zuschreiben. Außerdem wäre ein Übereilungsschutz systemwidrig, vor allem, weil die Gesellschaft anerkanntermaßen auch im Vorhinein durch HV-Beschluss von der Haftung dispensieren kann, also zu einem Zeitpunkt, in dem der Ersatzanspruch noch nicht einmal entstanden ist und sich die Schadensfolgen regelmäßig noch viel weniger abschätzen lassen.

b) HV-Zustimmung

Das (weitere) Wirksamkeitserfordernis einer Zustimmung durch die HV erklärt sich ebenfalls im Kontext der historischen Rechtslage:²⁸⁵⁰ Vor der Aktienrechtsreform von 1884 war es möglich und üblich, wesentliche Entscheidungen (zB Satzungsänderungen) auf (andere) Organe oder sonstige Personen zu übertragen. Auf diese Weise konnten sich die Gründer auch lange nach der Entstehung der Gesellschaft einen gewichtigen Einfluss sichern.²⁸⁵¹ Da die Sperrfrist auf die Machtverhältnisse in der HV abstellt, die sich präsumtiv nach Fristablauf geändert haben, würde sie leerlaufen, wenn die Entscheidung über Verzichte oder Vergleiche gar nicht bei der HV läge, sondern auf andere Organe oder Personen übertragen worden wäre. Dann könnte sich der vom Gesetzgeber unterstellte Kontrollwechsel nach Ablauf des *tempus clausum* gar nicht auf die Entscheidung über Ersatzansprüche auswirken. Der Gesetzgeber müsste Verzichte und Vergleiche ganz ausschließen, was er aber bewusst vermeiden wollte. Folglich bedingen einander die Sperr-

2850 S schon iZm dem Prinzip der Haftungskonzentration oben S 83 ff.

2851 Vgl allg AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 452 f: „Ferner dürfen solche Abmachungen [sc Verzichte und Vergleiche] erst zugelassen werden, nachdem die Beherrschung der Generalversammlung durch die Gründer präsumtiv aufgehört hat, damit nicht der Gesellschaft durch die im höchsten Grade beteiligten Gründer oder die von ihnen beherrschten Stimmberechtigten und Gesellschaftsorgane wohlbegründete Ansprüche entzogen werden.“ Vgl iZm dem Erfordernis der HV-Zustimmung va AmtlBegr dAktRNov 1884 aaO 464: „Es widerspricht dem öffentlichen Interesse, daß sich eine Kapitalsvereinigung unter der Form der Aktiengesellschaft bildet, bei der die wesentlichen Gesellschaftsrechte nur in den Händen weniger Personen ruhen, den eigentlichen Aktionären aber alle rechtlichen Befugnisse in Betreff der Leitung der Gesellschaft entzogen sind, so daß sie selbst bei den der Gesellschaft nachtheiligen Gebahrungen ihrer Organe durch eigenes Eingreifen nicht Abhülfe schaffen können. Das bestehende Recht hat diesen Grundsatz vielfach verkannt und die Vertragsfreiheit über die zulässigen Grenzen ausgedehnt. Im Gesellschaftsvertrage konnten die wichtigsten Rechte, sogar die Aenderung der Statuten an Organe oder sonstige Personen übertragen werden. Die Gründer waren dadurch in den Stand gesetzt, sich ihren Einfluß auf die Schicksale der Gesellschaft für lange Zeit zu sichern, während die Aktionäre ruhig zusehen mußten, wie gegen das Interesse der Gesellschaft lediglich zum Nutze einzelner Koterien gewirthschaftet wurde.“ Aus diesem Grund wurden ua auch „Vergleiche und Verzichtleistungen hinsichtlich der Ansprüche aus der Gründung gegen die aus derselben der Gesellschaft verhafteten Personen (Art. 213d)“ zwingend der Generalversammlung zugewiesen. Anders als bei § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG, wonach für die Geltendmachung von Ersatzansprüchen (Gleiches gilt *per analogiam* für Verzichte und Vergleiche) zwingend (Abs 2) die Generalversammlung zuständig ist, soll damit nicht (nur) vermieden werden, dass die Organmitglieder als Richter in eigener Sache über Ansprüche „gegen sich selbst“ disponieren, sondern (darüber hinausgehend) auch, dass sie (und wie erwähnt vor allem die Gründer selbst oder andere Personen durch Entscheidungsdelegation) über Ansprüche gegen die präsumtiv mit ihnen konspirierenden Gründer und Gründergenossen verfügen.

frist und das HV-Zustimmungserfordernis. Nur beide Voraussetzungen gemeinsam können gewährleisten, dass tatsächlich erst jene Aktionäre, die (präsumtiv) in keinem Naheverhältnis zu den Ersatzpflichtigen stehen, über Ersatzansprüche der Gesellschaft aus der Gründung disponieren können. Demgemäß hat das Zustimmungserfordernis denselben Zweck wie die Sperrfrist: Es soll eine Umgehung der strengen Gründungshaftung durch „Selbstentlastungen“ verhindern und dadurch die reale Kapitalaufbringung zum Schutz der künftigen Aktionäre (Anleger) sicherstellen.²⁸⁵²

3. Erfasste Ansprüche

§ 43 AktG gilt kraft ausdrücklicher Anordnung für alle Ansprüche gem §§ 39 bis 41 AktG (arg: „§§ 39 bis 41“). Das sind Ansprüche gegen die Gründer (§ 39 AktG), die neben diesen haftenden Personen (sog Gründergenossen; § 40 AktG) und gegen die Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats (§ 41 AktG). Den Gründern traut der Gesetzgeber Dispositionen im Gesellschaftsinteresse nicht zu, weil sie sich regelmäßig selbst entlasten²⁸⁵³ (lassen) würden.²⁸⁵⁴ Ebenso misstrauisch ist der Gesetzgeber gegenüber Gründergenossen und Organmit-

2852 Vgl nur *Pentz* in MüKo AktG⁵ § 50 Rz 24: Schutz der Aktionäre; s zum Minderheiten- und Gläubigerschutz oben Fn 2776 bzw 2780.

2853 Dann würde ohnedies das gesetzliche Stimmverbot greifen (§ 125 AktG); vgl idZ bereits im älteren Schrifttum *Ring*, ADHGB (1886) Art 213d Anm 1 (S 174); *Staub*, ADHGB^{3,4} (1896) Art 213d Anm § 2. (S 427); *Behrend*, Lehrbuch I (1886) 775 Fn 18.

2854 Zu den früher üblichen Selbstentlastungen schon oben bei Fn 2761.

gliedern^{2855, 2856}. Das scheint sachgerecht, denn bei einer Inanspruchnahme der übrigen an der Gründung beteiligten Personen müssten die Gründer wohl implizit regelmäßig die Rechtmäßigkeit ihres eigenen Handelns in Frage stellen.

2855 Zu beachten ist aber, dass sich die Vorgängerbestimmungen des § 41 AktG bis zum AktG 1937/1938 ausschließlich auf die Gründungsprüfung beschränkten (arg: § 204 dHGB 1897: „*bei der ihnen durch die §§. 192, 193 auferlegten Prüfung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns außer Acht lassen*“). Das AktG 1937/1938 erweiterte die Haftung der Organmitglieder auf sämtliche Pflichtverletzungen (arg: § 41 AktG: „*bei der Gründung ihre Sorgfaltspflicht außer acht lassen*“) und nennt (nur) beispielhaft (s nur *M. Arnold* in KK-AktG⁴ § 48 Rz 9) die Verantwortlichkeit dafür, dass eine zur Annahme von Einzahlungen auf die Aktien bestimmte Stelle hierzu geeignet ist. Darunter fallen seither nach hL nicht nur gründungsspezifische Pflichten (Prüfung der Eignung der Zahlstelle gem § 49 Abs 3 AktG, Gründungsprüfung, Anmeldepflicht), sondern auch allg Organpflichten, wenn sie vor Eintragung der Gesellschaft verletzt werden (vgl *Pentz* in MüKo AktG⁵ § 48 Rz 17 f; *Ehrlicke* in Großkomm AktG⁵ § 48 Rz 14 f; s iZm der [analogen] Anwendung des § 84 Abs 5 AktG auf Ansprüche gem § 41 AktG noch unten Fn 3401). Der Vorstand ist nach hL auch verpflichtet, ggf schon vor FB-Eintragung der Gesellschaft für diese tätig zu werden (vgl nur *Pentz* in MüKo AktG⁵ § 48 Rz 19; *Ehrlicke* in Großkomm AktG⁵ § 48 Rz 15). Insb hat er die Geschäfte zu führen, wenn die Gesellschaft schon vor Eintragung werbend tätig wird (zB wenn ein Unternehmen als Sacheinlage eingebracht wurde); vgl *Zehetner* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 41 Rz 11; *Pentz* in MüKo AktG⁵ § 48 Rz 21; *Ehrlicke* in Großkomm AktG⁵ § 48 Rz 14 f; *Bayer* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG⁴ § 48 Rz 4. Es ist str, ob sich die Haftung dann nach § 41 AktG oder § 84 AktG richtet: Für § 41 AktG *Zehetner* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 41 Rz 11; *Pentz* in MüKo AktG⁵ § 48 Rz 12 ff; aA *Ettel* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 41 Rz 9 f; *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 48 Rz 3; *M. Arnold* in KK-AktG⁴ § 48 Rz 10.

Die besseren Gründe sprechen mE für die Anwendung des § 41 AktG bis zur Eintragung der Gesellschaft. Bei Ersatzansprüchen gegen Organmitglieder wegen Pflichtverletzungen bei der Gründungsprüfung ist besonders einsichtig, weshalb die Gründer nicht verfügbungsbefugt sein sollen: Dabei geht es schließlich um Ersatzansprüche, die daraus resultieren, dass die Organmitglieder es verabsäumt haben, die Tätigkeit der Gründer sorgfältig zu überwachen. Durch eine Geltendmachung müssten sich die Gründer also regelmäßig selbst bezichtigen. Angesichts der persönlichen Gemengelage während des Gründungsstadiums wäre es mE aber nicht lebensnah anzunehmen, dass die Gründer hinsichtlich aller anderen Ansprüche gegen Organmitglieder (aus der Verletzung von allg Organpflichten) objektiv und unbefangen handeln. Obwohl es insoweit nicht um die Kapitalaufbringung zum Schutz künftiger Aktionäre geht, sprechen mE gute Gründe für eine (entspr dem undifferenzierten Wortlaut unmittelbare) Anwendung der Sperrfrist gem § 43 AktG (auch) auf diese Ansprüche gem § 41 AktG. Darüber hinaus nimmt der Gesetzgeber auch außerhalb der Gründung an, dass die Aktionärsmehrheit gegenüber den Organmitgliedern einem Interessenkonflikt unterliegt und nominiert deshalb die Aktionärsminorität als außerordentliches Gesellschaftsorgan zur Durchsetzung der Gesellschaftsinteressen. Eine präsumtiv unbefangene Minderheit existiert im Gründungsstadium allerdings noch nicht, was ebenfalls für die Unwirksamkeit (auch) von Dispositionen über Ersatzansprüche spricht, die aus allg Organpflichten resultieren.

2856 Vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 452: „*Einer gleichen Behandlung sind die Gründungsansprüche der Gesellschaft gegen die sonstigen nach Artikel 213a, 213b verantwortlichen Personen, sowie gegen die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsraths und deren etwaige Stellvertreter ausgesetzt.*“

Darüber hinaus²⁸⁵⁷ ist § 43 AktG kraft Verweises auf die Nachgründung anzuwenden (§ 47 AktG). Weiters ist § 43 AktG nach hL²⁸⁵⁸ analog auf Ersatzansprüche gegen das kontoführende Kreditinstitut gem § 29 Abs 1 AktG anzuwenden, weil auch mit diesem ein Naheverhältnis bestehe.²⁸⁵⁹ Nicht erfasst sind dagegen nach allgM²⁸⁶⁰ Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen den Gründungsprüfer (§ 42 AktG iVm § 275 UGB), weil § 42 AktG in der Aufzählung des § 43 AktG („§§ 39 bis 41“) nicht genannt ist.²⁸⁶¹

2857 § 6a Abs 4 GmbHG erklärt für Sachgründungen ua die §§ 39 bis 44 AktG (darunter auch die Sperrfrist) für „sinngemäß“ anwendbar. S dazu im GmbH-Teil oben S 223 ff.

2858 Vgl *Dellinger*, ÖBA 2002, 633 (637 f); *P. Doralt/Diregger*, MüKo AktG⁴ § 50 Rz 29; im Anschluss daran *Ettel in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 43 Rz 8 f, der zusätzlich die Vorgaben des § 40 Z 2 AktG berücksichtigt und damit iE einen Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit annimmt. Vgl auch *Arlt in MüKo AktG⁵ § 50 Rz 30*; *P. Doralt/Diregger/Winner in MüKo AktG⁴ § 37 Rz 91*; *Heidinger/Schneider in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 29 Rz 19; *Zollner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 29 Rz 38; referierend *Zehetner in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 43 Rz 7.

2859 Die Bank sei zumeist in der Lage, nachträglich eine Freizeichnungserklärung zu erzwingen. Vgl *P. Doralt/Diregger/Winner in MüKo AktG⁴ § 37 Rz 91*; im Anschluss an diese *Heidinger/Schneider in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 29 Rz 19; *Ettel in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 43 Rz 8; *Arlt in MüKo AktG⁵ § 50 Rz 95*. Nun bezieht sich § 43 AktG allerdings nicht unmittelbar auf Ansprüche gegen die Bank (arg: § 43 AktG: „§§ 39 bis 41“). Der Gesetzgeber des AktG 1937/1938 (zT geht § 29 AktG idgF bereits auf § 195 Abs 2 bis 5 dHGB 1897 zurück; vgl auch *Zollner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 29 Rz 3 mwN) machte sich bei der Schaffung des § 29 AktG wohl keine Gedanken über § 43 AktG, sondern aktualisierte nur die Paragraphenaufzählung des § 205 dHGB 1897 („§§. 202 bis 204“) (vgl *AmtlBegr AktG 1937/1938* 165 ff; abgedr auch bei *Klausing*, AktG 25 ff). Vergegenwärtigt man sich, dass § 43 AktG das präsumtive Naheverhältnis der bei der Gründung involvierten Personen sanktioniert, sprechen mE gute Gründe dafür, auch Ersatzansprüche gegen die Bank der Sperrfrist zu unterstellen.

2860 Vgl *Zehetner in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 43 Rz 7 und § 42 Rz 40; *Ettel in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 43 Rz 7; *P. Doralt/Diregger in MüKo AktG⁴ § 50 Rz 29*; *Arlt in MüKo AktG⁵ § 50 Rz 30*; *Losert/Schiemer/Stadler*, AktG (1966) § 43 Anm 1; *Pentz in MüKo AktG⁵ § 50 Rz 9*; vgl bereits *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 43 Anm 1 (S 145).

2861 S die Nw in der vorigen Fn. Dieses Wortlautargument sollte mE nicht überschätzt werden. Nicht aufgezählt sind nämlich zB auch Ansprüche gegen das Kreditinstitut gem § 29 AktG, auf welche die hL § 43 AktG trotzdem anwendet (Fn 2859). Wie auch § 29 AktG wurde § 42 AktG erst mit dem AktG 1937/1938 geschaffen. § 205 dHGB 1897 bezog sich auf „Ansprüche gegen die nach den §§. 202 bis 204 [Anm des Verf: entspr §§ 43 bis 41 AktG idgF] verpflichteten Personen“. Es wäre also auch möglich, dass der Gesetzgeber des AktG 1937/1938 nur die Paragraphenzählung dieser Auflistung aktualisiert hat, ohne sich Gedanken über den wertungsmäßig gebotenen Anwendungsbereich des § 43 AktG gemacht zu haben. Dagegen spricht *prima vista* schon die „Mittelstellung“ des § 42 AktG (zwischen den §§ 39 bis 41 und § 43), die ein Versehen eher unwahrscheinlich macht, andererseits enthalten die *AmtlBegr* zum AktG 1937/1938 keinerlei Erläuterungen zu § 43 AktG. Dass der Gesetzgeber § 42 AktG bewusst von § 43 AktG ausnahm, erhellt aber die Zusammenschau mit der Verjährungsregel des § 44 AktG und dessen Vorgängerbestim-

Die allgemeine Maxime für eine allfällige (analoge) Erweiterung der Sperrfrist gem § 43 AktG lautet somit, dass mit dem Ersatzpflichtigen ein vergleichbar intensiver Interessenkonflikt aufgrund eines Naheverhältnisses bestehen muss, wie ihn der Gesetzgeber im Verhältnis zu den Gründern, Gründergegnossen und Organmitgliedern annimmt. Auf alle anderen Ansprüche ist die Sperrfrist nicht anzuwenden.²⁸⁶²

mung im dHGB 1897: Obwohl sich auch § 206 dHGB 1897 (wie § 205) nur auf „Ansprüche der Gesellschaft gegen die nach den §§. 202 bis 204 verpflichteten Personen“ bezog, erfasste § 44 AktG dann „Ersatzansprüche der Gesellschaft nach den §§ 39 bis 42“. Obwohl § 205 und § 206 dHGB 1897 ursprünglich also dieselben Ansprüche erfassten, zählte der Gesetzgeber von 1937/1938 in § 43 und § 44 AktG unterschiedliche Paragraphen auf, was auf eine bewusste Differenzierung schließen lässt (die freilich in der AmtlBegr nicht erläutert wird). In dieselbe Richtung deuten objektiv-teleologische Erwägungen: Die Gesellschaft (die kontrollierende Aktionärsmehrheit) steht mit dem ausschließlich (explizit AmtlBegr AktG 1937/1938 164; abgedr auch bei *Klausing*, AktG 22) gerichtlich bestellten (§ 25 Abs 3 AktG) Gründungsprüfer typischerweise in keinem vergleichbaren intensiven Naheverhältnis wie mit den (übrigen) Gründern, Gründergegnossen und Organmitgliedern (sowie dem kontoführenden Kreditinstitut [§ 29 AktG]). Vgl idS etwa *Pentz* in MüKo AktG⁵ § 50 Rz 9; zust *Ehrliche* in Großkomm AktG⁵ § 50 Rz 12; so bereits *Ritter*, AktG² (Nachtrag, 1940) § 43 Anm 2 (S 139): „denn von Gründungsprüfern usw. ist schlechter Einfluß im allg. nicht zu erwarten.“. Zudem offenbaren die Mat, dass die Ausschlussgründe des § 25 Abs 5 GmbHG (und §§ 271 und 271a UGB) iW dieselbe Zielsetzung wie § 43 AktG haben: „§ 25 Abs. 5 trägt der verschärften Auffassung von dem Erfordernis der Unabhängigkeit dieser Prüfung Rechnung und schließt alle Personen aus, die möglicherweise unter dem Einfluß der Gesellschaft oder der Gründer oder deren Hintermänner stehen könnten.“ (AmtlBegr AktG 1937/1938 164; abgedr auch bei *Klausing*, AktG 22). Da somit jene Personen, hinsichtlich derer § 43 AktG Verzichte und Vergleiche wegen präsumtiver Befangenheit ausschließt, von vornherein von der Gründungsprüfung ausgeschlossen sind, sodass die von § 43 AktG sanktionierten Ansprüche gar nicht entstehen, erübrigt sich eine Anwendung dieser Bestimmung auf § 42 AktG. Im Übrigen hat § 25 Abs 5 AktG nur klarstellende Wirkung, weil Wirtschaftsprüfer (vgl § 25 Abs 4 AktG) aufgrund ihrer Standesregeln sogar weit umfangreicher zur Ablehnung von Prüfungsaufträgen verhalten sind (*Ettel* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 25 Rz 19).

2862 Vgl *Zebetner* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 43 Rz 6; *Ettel* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 43 Rz 6; vgl aus der älteren Lit *Staub*, HGB⁸ (1906) § 205 Anm 5 (S 702 f); *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 43 Anm 1 (S 144 f). Es verwundert daher, dass das AktG 1937/1938 die gründungsrechtliche Sperrfrist in den allg Haftungstatbestand übernommen – und damit auf die gesamte Vorstandshaftung verallgemeinert – hat. Eine genauere Untersuchung zeigt freilich, dass diese Verallgemeinerung auf einer gesetzgeberischen Fehlvorstellung vom (damals) geltenden Recht beruht (dazu noch ausf unten S 950 ff). Dass die Sperrfrist nicht auf Ersatzansprüche Dritter anzuwenden ist (zB *Gerber* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 50 Rz 3; nun *ders* in *BeckOGK AktG* § 50 Rz 3 [Stand 01.02.2022]), ergibt sich schon (selbstverständlich) daraus, dass niemand über fremde Ansprüche verfügen kann – solche Ansprüche hat § 43 AktG, der (nur) als Korrektiv für die Haftungskonzentration auf die Gesellschaft (Innenhaftung) fungiert, mE von vornherein nicht im Auge.

4. Erfasste Dispositionen

Obwohl das Gesetz nur von Verzichten und Vergleichen spricht, ist § 43 AktG (wie auch vergleichbare gesetzliche Dispositionsbeschränkungen)²⁸⁶³ auf alle wirkungsgleichen Rechtshandlungen (ggf analog)²⁸⁶⁴ anzuwenden. Das erfordert der Normzweck, jedwede Beeinträchtigung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft ohne entsprechende Gegenleistung zu verhindern. Insoweit kann auf die Ausführungen zu § 25 Abs 5 und 7 GmbHG verwiesen werden.²⁸⁶⁵

HV-Beschlüsse („Weisungs“- und Ermächtigungsbeschlüsse) sind nicht von § 43 AktG erfasst, weil diese Bestimmung historisch nur (nachträgliche) Dispositionen der konstituierenden Gesellschafterversammlung über entstandene Ersatzansprüche im Auge hat.²⁸⁶⁶ Aber auch vor Eintragung der Gesellschaft kann die Gründerversammlung²⁸⁶⁷ verbindliche Beschlüsse fassen.²⁸⁶⁸ Beschlüsse, die eine Verletzung der Kapitalaufbringungsvorschriften anordnen (zB die Unterlassung der Gründungsprüfung), sind mE nach beschlussmängelrechtlichen Grundsätzen²⁸⁶⁹ absolut nichtig, weil jene Vorschriften (auch)²⁸⁷⁰ dem Schutz künftiger Aktionäre dienen, die im Verhältnis zu den Gründern Dritte sind.

2863 Vgl § 10 Abs 6 GmbHG; § 25 Abs 5 und 7 GmbHG; § 84 Abs 4 Satz 3 AktG; § 84 Abs 5 Satz 3 AktG; § 136 AktG.

2864 Vgl etwa *Arlt* in MüKo AktG⁵ § 50 Rz 30; *Pentz* in MüKo AktG⁵ § 50 Rz 12 f; *Vedder* in *Grigoleit*, AktG² § 50 Rz 1; vgl bereits *Brodmann*, Aktienrecht (1928) § 205 Anm 2. a) (S 122).

2865 S oben S 440 ff.

2866 Vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 452 rSp: „*Ein Hauptbedenken gegen die konstituierende Generalversammlung des bisherigen Rechts hat man mit Recht aus der Decharge abgeleitet, welche in dieser Versammlung die Gründer sich ertheilen ließen.*“

2867 Auch „Hauptversammlung“ oder „Vor-Hauptversammlung“ genannt (vgl nur *Heidinger* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 41 Rz 59 mwN; nun *ders* in BeckOGK AktG § 41 Rz 63 [Stand 01.07.2023]).

2868 Vgl *Pentz* in MüKo AktG⁵ § 41 Rz 38 f mwN; *Vedder* in *Grigoleit*, AktG² § 41 Rz 14; *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 41 Rz 7; *M. Arnold* in KK-AktG⁴ § 41 Rz 35 ff. Dementspr befürwortet die Lehre auch die analoge Anwendung des § 84 Abs 4 Satz 1 AktG im Gründungsstadium und damit die Haftungsfreistellung der Vorstandsmitglieder bei Befolgung gesetzmäßiger Beschlüsse der Gründerversammlung (vgl *Zehetner* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 41 Rz 7).

2869 Diese sind nach hL schon auf die Vorgesellschaft anwendbar (vgl *Pentz* in MüKo AktG⁵ § 41 Rz 40; *Vedder* in *Grigoleit*, AktG² § 41 Rz 15; *Heidinger* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 41 Rz 63; nun *ders* in BeckOGK AktG § 41 Rz 67 [Stand 01.07.2023]; offenlassend *Böhler* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 34 Rz 54 mwN).

2870 Neben den Gesellschaftsgläubigern (s schon Fn 2775 ff). Die Nichtigkeit, die sich aus dem Schutz künftiger Aktionäre ergibt, geht weiter als jene, die der Gläubigerschutz gebietet (dieser gebietet nämlich Nichtigkeit nur soweit, als die Gläubiger von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können [vgl § 84 Abs 5 Satz 1 AktG]). S dazu noch iZm der Anwendung des § 84 Abs 5 AktG auf Ersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder aus dem Gründungsstadium (§ 41 AktG) unten ab S 867.

5. Verstoßfolgen

§ 43 AktG normiert, dass die Gesellschaft nicht auf Ersatzansprüche verzichten oder sich darüber vergleichen „kann“, wenn die im Gesetz genannten Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Obwohl der Wortlaut somit für alle drei Voraussetzungen (Sperrfrist, HV-Zustimmung, fehlender Widerspruch) eine einheitliche Rechtsfolge (Verstoßfolge) nahelegt, ist im Einzelnen zu unterscheiden:

a) Sperrfrist

§ 43 AktG regelt nicht eindeutig, was gilt, wenn die Gesellschaft schon vor Ablauf der fünfjährigen Sperrfrist über Ersatzansprüche disponiert (insb durch Verzicht oder Vergleich). Nach dem Gesetzeswortlaut „kann“ die Gesellschaft erst nach fünf Jahren auf Ersatzansprüche verzichten oder sich darüber vergleichen; daraus folgt *e contrario*: Vor Fristablauf „kann“ sie es nicht. Eine konkrete(re) Rechtsfolge ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut indes nicht. Der Wortlaut erweckt außerdem den Anschein, ein Verstoß gegen die Sperrfrist hätte dieselbe Rechtsfolge (Verstoßfolge) wie das Fehlen einer HV-Zustimmung oder der Widerspruch einer Minderheit, denn immerhin „teilen“ sich alle drei Voraussetzungen eine Rechtsfolgenanordnung („Die Gesellschaft kann [...]“). Nach hL²⁸⁷¹ sind Verzichte und Vergleiche ohne HV-Zustimmung oder mit Widerspruch der Minderheit schwebend unwirksam, weil diese Voraussetzungen die Vertretungsbefugnis des Vorstands beschränken (nach aA sind Verzichte und Vergleiche zwar nicht nichtig, entfalten aber gegenüber der Gesellschaft keine Wirkung, weil es insoweit an der Einhaltung der besonderen Wirksamkeitsvoraussetzungen fehle; dazu noch näher unten)²⁸⁷². Das Wort „kann“ scheint eine Beschränkung der Vertretungsmacht zumindest nahezu legen.²⁸⁷³ Demgegenüber geht man bei einem Verstoß gegen die Sperrfrist seit jeher²⁸⁷⁴ von der (unheilbaren)

2871 S die Nw in Fn 2904.

2872 S 720 ff.

2873 Vgl zu § 90 Abs 4 GmbHG („kann“) etwa Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 90 Rz 10; OGH 24.02.2004, 5 Ob 89/03d.

2874 Vgl bereits zu Art 213d ADHGB 1884, der erstmals die hier fraglichen Wirksamkeitsvoraussetzungen für Verzichte und Vergleiche (Sperrfrist, HV-Zustimmung und fehlender Widerspruch) einführte, den Bericht der Reichstagskommission (abgedr in Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 5. Legislaturperiode, IV. Session 1884, 4. Band, Anlage 128 S 1009 [1015]): „Anlangend die Ausdrücke zulässig und unzulässig war man allseitig einverstanden, daß Vergleiche und Verzichtleistungen ohne die vorgeschriebenen Erfordernisse nichtig sein sollen.“ Diese Auslegungsfrage stellte sich, weil Art 213d ADHGB 1884 noch normierte, dass Verzichte und Vergleiche erst nach Ablauf von fünf Jahren und nur mit Zustimmung der HV „zulässig“ sind, und darüber hinaus, dass sie „unzulässig“

Nichtigkeit des fristwidrigen (verfrühten) Rechtsgeschäfts aus.²⁸⁷⁵ Die unterschiedlichen Rechtsfolgen sind sachlich gerechtfertigt. Das Erfordernis der HV-Zustimmung (und nach der gesetzlichen Konzeption auch das Erfordernis des fehlenden Widerspruchs einer Minderheit, die insoweit als „außerordentliches Organ“ der Gesellschaft fungiert)²⁸⁷⁶ soll nämlich die Aktionäre schützen (zum Normzweck des Zustimmungserfordernisses schon oben)²⁸⁷⁷.²⁸⁷⁸ Deshalb ist es nur folgerichtig, wenn zustimmungslose Rechtsgeschäfte zunächst (nur) schwebend unwirksam sind und nachträglich durch die Genehmigung der HV wirksam werden, weil diese insoweit nur über „ihren eigenen“ Schutz disponiert.²⁸⁷⁹ Dagegen schützt die Sperrfrist nicht die Aktionäre (Gründer), die während des Fristlaufs die Gesellschaft kontrollieren und deren Dispositionen in Frage stehen, sondern vielmehr die künftigen Aktionäre (Anleger), die die Gesellschaft präsumtiv nach Fristablauf kontrollieren. Aus Sicht

sind, wenn eine Minderheit Widerspruch erhebt. Erst das dAktG 1937 änderte den Wortlaut auf die heutige Formulierung („*Die Gesellschaft kann [...]*“), jedoch ohne (soweit ersichtlich) diese Änderung zu begründen. Denkbar scheint, dass die Gesetzesverfasser sich an der damaligen Lit orientieren, denn immerhin nahm zB *Brod-mann* (Aktienrecht [1928] § 205 Anm 4 [S 123]) schon unter der Geltung des dHGB 1897 eine Beschränkung der (grundsätzlich unbeschränkten) Vertretungsmacht des Vorstands an, die zudem an die Formulierung des § 43 dAktG 1937 erinnert: „*In der Vorschrift, daß die Gesellschaft auf ihren Anspruch wirksam nur mit Zustimmung der Generalversammlung verzichten kann, liegt eine, auch nach außen wirksame Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstandes*“. Allerdings ging die damals – soweit ersichtlich – überwiegende Lit im Anschluss an den oben zitierten Kommissionsbericht von Nichtigkeit aus (s die Nw in Fn 2904).

Vgl aus der älteren Lit zum ADHGB 1886 und dHGB 1897 auch *Ring*, ADHGB (1886) Art 213d Anm 2 (S 174); *Staub*, HGB⁸ (1906) § 205 Anm 3 (S 702).

2875 So die zutr hdl, die von Nichtigkeit gem § 134 BGB ausgeht: *Pentz* in MüKo AktG⁵ § 50 Rz 15, 24; *Vedder* in *Grigoleit*, AktG² § 50 Rz 2; *Solveen* in *Hölters/Weber*, AktG⁴ § 50 Rz 4; *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 50 Rz 4; *Gerber* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 50 Rz 4 (nun *ders* in BeckOGK AktG § 50 Rz 4 ff [Stand 01.02.2022]). Weniger deutlich dagegen die aktuelle öLit, vgl *Zehetner* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 43 Rz 8: „*grundsätzlich unwirksam*“; *Ettel* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 43 Rz 10: „*unmöglich*“; vgl aber auch *S.-F. Kraus/Spendel* in *Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 43 Rz 5; offenlassend wohl *Eckert/Schopper/Caramanica* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} § 43.

2876 Angesichts dieser Konzeption (dazu noch iZm dem Minderheitenschutz unten 734 ff) ist es auch sachgerecht, dass der Widerspruch einer Minderheit dieselbe Rechtsfolge hat wie ein (fehlender) HV-Beschluss. Der Widerspruch ist zwar nicht rechtstechnisch, aber doch funktional dasselbe wie ein HV-Beschluss, weil er (unmittelbar) den Gesellschaftswillen bildet.

2877 S oben S 707 f.

2878 Allg vgl zB *Weber* in *Hölters/Weber*, AktG⁴ § 82 Rz 8.

2879 Zum selben Ergebnis führt die Einordnung verfrühter Rechtsgeschäfte als unwirksam, weil es insoweit an der Einhaltung der besonderen Wirksamkeitsvoraussetzungen fehle, wobei das Geschäft durch die Nachholung der Zustimmung wirksam werde (idS *Spindler* in MüKo AktG⁵ § 50 Rz 24).

der während des Fristlaufs disponierenden Aktionäre (Gründer) geht es somit um den Schutz Dritter. Der Schutz Dritter ist nach allgemeinen Regeln indisponibel (Verbot von Verträgen/Verfügungen zu Lasten Dritter). Daraus folgt, dass die Sperrfrist nicht bloß die Vertretungsmacht des Vorstands beschränken kann (und verfrühte Geschäfte im Übrigen auch nicht durch die Zustimmung der disponierenden Aktionäre heilen können)²⁸⁸⁰, weil andernfalls die Aktionäre durch nachträgliche Genehmigung des zunächst schwebend unwirksamen Geschäfts über den Schutz Dritter verfügen könnten.

Ist folglich nach allgemeinen Regeln von der (unbeschränkten) Vertretungsmacht des Vorstands auszugehen (vgl §§ 71, 74 AktG), stellt sich die Frage, ob und ggf inwieweit ein fristwidriges Rechtsgeschäft unwirksam (nichtig) ist. Nach allgM²⁸⁸¹ ist ein verbotswidriges Geschäft (nur) nichtig, wenn die Nichtigkeit entweder ausdrücklich angeordnet ist oder vom Verbotszweck (Normzweck) verlangt wird. Zuerst stellt sich somit die Frage, ob § 84 Abs 4 Satz 3 AktG eine ausdrückliche Nichtigkeitssanktion enthält, wenn dort angeordnet wird, dass die Gesellschaft erst nach fünf Jahren verzichten oder sich vergleichen „kann“.²⁸⁸² Diese Frage würde die Lit wohl unterschiedlich beantworten. Nach *Krejci*²⁸⁸³ etwa sind Formulierungen wie „darf nicht“ und „kann nicht“ keine ausdrückliche Nichtigkeitssanktion und ließen daher keinen zwingenden Schluss auf die Nichtigkeitsfolge zu. Dagegen bezeugt die Wendung „kann nicht“ nach *Gschnitzer*²⁸⁸⁴ die Nichtigkeit des Aktes (nicht aber die Verbotenheit). Die besseren Gründe sprechen mE dafür, die Formulierung „Die Gesellschaft kann [...]“ des § 84 Abs 4 Satz 3 AktG als eine ausdrückliche Nichtigkeitssanktion zu sehen.

2880 S die vorige Fn.

2881 Vgl allg etwa RS0016454 („Ein Rechtsgeschäft ist mangels ausdrücklicher Nichtigkeitssanktion im Verbotsgesetz nur dann nichtig, wenn dies der Zweck des Verbotsgesetzes verlangt.“). Allg RIS-Justiz RS0016417 („Die Nichtigkeit eines Vertrages tritt nur in jenem Umfang ein, den der Zweck des Verbotsgesetzes erheischt.“). Vgl auch RS0016837 („Ein Rechtsgeschäft ist mangels ausdrücklicher Nichtigkeitssanktion im Verbotsgesetz nur dann nichtig, wenn dies der Zweck des Verbotsgesetzes verlangt.“); RS0016840. Aus der Lit allg etwa *Gschnitzer* in *Klang*, ABGB IV/1² 167; *Welser/Kletečka*, Grundriss I⁵ Rz 566 mwN; *Krejci* in *Rummel*, ABGB⁴ § 879 Rz 21 ff, 509, *passim* mwN; *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 879 Rz 3 mwN (Stand 01.10.2017); *Bollenberger/P. Bydlinski* in *KBB*⁷ § 879 Rz 3; *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 879 Rz 3 mwN; *Kolmasch* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB TK⁵ § 879 Rz 3.

2882 Eine ausdrückliche Nichtigkeitssanktion wird etwa angenommen zB bei § 879 Abs 2 ABGB: „Insbesondere sind folgende Verträge nichtig [...]“; § 1 Abs 3 KartG: „Die nach Abs. 1 verbotenen Vereinbarungen und Beschlüsse sind nichtig.“ Auch § 27 Abs 1 MRG: „Ungültig und verboten sind [...]“. Vgl nur *Bollenberger/P. Bydlinski* in *KBB*⁷ § 879 Rz 3; *Kolmasch* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB TK⁵ § 879 Rz 3.

2883 *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 879 ABGB Rz 25 mwN; vgl für Deutschland zB *Armbrüster* in *MüKo BGB*⁹ § 134 Rz 60 ff.

2884 *Gschnitzer* in *Klang*, ABGB IV/1² 179.

Dass die Gesellschaft einen Verzicht oder Vergleich nicht abschließen „kann“, sagt nämlich – zumindest nach dem Wortlaut (bis zum AktG 1937/1938 sagte § 205 dHGB 1897 nur, dass Verzichte und Vergleiche „unzulässig“ sind) – zweifellos etwas über die Rechtsfolgen eines Verzichts oder Vergleichs aus, der vor Ablauf der Sperrfrist geschlossen wird. Letztlich kommt es auf die Qualifikation der Sperrfrist als (ausdrückliche) Nichtigkeitssanktion aber ohnehin nicht an, weil in jedem Fall der Normzweck die Nichtigkeit entgegenstehender Rechtsgeschäfte erfordert. Es ist auch der Verbotszweck, der über die genauere Konturierung (Art und Reichweite) der Nichtigkeit entscheidet (absolute oder relative Nichtigkeit; Teil- oder Gesamtnichtigkeit, absolute oder relative Unwirksamkeit²⁸⁸⁵, heilbare oder unheilbare Nichtigkeit). Wie oben herausgearbeitet wurde, besteht der Normzweck (Verbotszweck) der Sperrfrist darin, Verfügungen der Gesellschaft über Gründungsansprüche auszuschließen, solange die Gründer die Gesellschaft noch kontrollieren, was in der ersten Zeit nach der Gründung (*tempus clausum*) typisierend angenommen wird. Denn andernfalls könnten die Gründer sich selbst und die anderen Ersatzpflichtigen von der Gründungshaftung freisprechen (lassen) und auf diese Weise die Haftungsbestimmungen und die durch sie geschützte Kapitalaufbringung zu Lasten der künftigen Aktionäre (Anleger) umgehen. Dieser Normzweck verlangt es, dass Dispositionen der Gesellschaft vor Fristablauf, dh präsumtiv Dispositionen der (ersatzpflichtigen) Gründer, wirkungslos (nichtig) sind. Das muss, wie schon angesprochen, aus demselben Grund auch und gerade dann gelten, wenn die HV der verfrühten Disposition (auch widerspruchslös) zugestimmt hat.²⁸⁸⁶ Denn die HV-Zustimmung ist ein *zusätzliches* Tatbestandsmerkmal (arg: „und nur dann“). Außerdem soll die Sperrfrist gerade verhindern, dass die vor Fristablauf kontrollierenden Gründer über die Gründungsansprüche disponieren. Dann kann aber die Zustimmung der HV, die während des Fristlaufs präsumtiv gerade noch von den Gründern kontrolliert wird, nicht zur Heilung der nichtigen Disposition führen. Dadurch würde das Regelungsanliegen der Sperrfrist *ad absurdum* geführt. Wie oben schon ausgeführt, soll das HV-Zustimmungserfordernis (nur) sicherstellen, dass der präsumtive Kontrollwechsel (Ausscheiden der Gründer und Eintritt präsumtiv unbefangener

2885 Vgl iZm der Nichtigkeitsfolge und dem Verbotszweck Kolmasch in Schwimann/Neumayr, ABGB TK⁵ § 879 Rz 3; allg zur Rechtsfolge der absoluten oder relativen Unwirksamkeit allg näher Mayer-Maly, Die relative Unwirksamkeit im österreichischen Recht, in FS Reimer (1976) 67 ff mwN; Strohal, Über die relative Unwirksamkeit, in FS zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (1911) II 474 ff.

2886 Statt vieler Pentz in MüKo AktG⁵ § 50 Rz 15, 24; M. Arnold in KK-AktG⁴ § 50 Rz 25; Ebricke in Großkomm AktG⁵ § 50 Rz 27, 45; vgl bereits Brodmann, Aktienrecht (1928) § 205 Anm 5 (S 123); aA offenbar Ettel in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 43 Rz 1: „Vor Ablauf der Fünf-Jahresfrist ist ein Verzicht oder Vergleich aber dann möglich, wenn die Hauptversammlung dem zustimmt.“

Anleger) sich auch tatsächlich bei der Entscheidung über Ersatzansprüche auswirken kann (was nicht gewährleistet wäre, wenn die Gründer die Entscheidungskompetenz einem anderen Organ übertragen würden, das sie auch nach ihrem Ausscheiden noch kontrollieren könnten). Damit setzt die Voraussetzung einer HV-Zustimmung notwendigerweise voraus, dass die Sperrfrist bereits abgelaufen ist.

Aus dem Verbotszweck ergibt sich wie gesagt auch die Art und Reichweite der Nichtigkeit.²⁸⁸⁷ Danach richtet sich insb, ob ein verbotswidriges Geschäft absolut oder relativ nichtig ist: Wenn die verletzte Verbotsvorschrift öffentliche Interessen schützt, ist das verbotswidrige Geschäft absolut nichtig, dh die Nichtigkeit ist von Amts wegen wahrzunehmen und kann von jedermann geltend gemacht werden.²⁸⁸⁸ Soll die übertretene Norm dagegen nur einen Vertragsteil schützen, ist das Geschäft relativ unwirksam, dh nur der durch das Verbot Geschützte kann die Nichtigkeit geltend machen; er kann das Geschäft aber wahlweise auch gegen sich gelten lassen.²⁸⁸⁹ Bei der Sperrfrist gem § 43 AktG (§ 50 dAktG) wird soweit ersichtlich nicht thematisiert, wer sich auf die Nichtigkeit berufen kann (ob die Nichtigkeit absolut oder relativ ist, und ggf: wem gegenüber). Demgegenüber vertritt die öhM für die allgemeine Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG, der sie (mE unzut) einen Minderheitenschutz (zT auch Gläubigerschutz) zuschreibt, dass (insoweit folgerichtig) nur die Minderheit (und die Gläubiger) die Nichtigkeit von Verzichten und Vergleichen geltend machen können.²⁸⁹⁰ Die gründungsrechtliche Sperrfrist soll wie gesagt verhindern, dass die Gründer, die die Gesellschaft nach der Eintragung präsumtiv noch eine Zeit lang (*tempus clausum*) beherrschen, sich selbst und die anderen Ersatzpflichtigen von der Gründungshaftung entlasten. Die Sperrfrist schützt (wie auch die Gründungshaftung, die sie absichert) die künftig eintretenden Aktionäre (Anleger). Demgemäß können sich nur diese neuen, präsumtiv unbefangenen Aktionäre auf die Nichtigkeit berufen. Sie können Verzichte oder Vergleiche aber auch gegen sich gelten lassen (immerhin ist nicht ausgeschlossen, dass

2887 Vgl nur Kolmasch in Schwimann/Neumayr, ABGB TK⁵ § 879 Rz 3; s auch die Nw in den folgenden Fn.

2888 RIS-Justiz RS0016843; aus der Lit statt vieler jew mwN nur Riedler in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 879 Rz 46; Bollenberger/P. Bydlinski in KBB⁷ § 879 Rz 27.

2889 RIS-Justiz RS0024945; Riedler in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 879 Rz 47 mwN; Bollenberger/P. Bydlinski in KBB⁷ § 879 Rz 28.

2890 Dazu noch näher unten S 1014 ff. Vgl hier daher einstweilen nur RIS-Justiz RS0125097; OGH 03.06.2009, 7 Ob 248/08h SZ 2009/75; J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 84 Rz 491; Kalss in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 455; für eine Geltendmachung der Nichtigkeit nur durch die Gesellschaft Ch. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 84 Rz 31.

die Gründer trotz ihrer präsumtiven Befangenheit sachgerechte Dispositionen tätigen, die auch im Interesse der künftigen Aktionäre liegen).²⁸⁹¹

Was die genauere Konturierung der Nichtigkeit anlangt, stellt sich außerdem die Frage, ob verfrühte – und daher nach dem Gesagten (relativ) nichtige – Dispositionen durch den Ablauf der Sperrfrist (allein) wirksam werden, dh heilen können. Auch die Beantwortung dieser Frage hängt vom Verbotszweck ab. Die Sperrfrist soll nach der Absicht des Gesetzgebers nicht nur bewirken, dass (was zumindest denkbar wäre) beschlossene Verzichte und Vergleiche fünf Jahre lang unwirksam sind und erst danach wirksam werden. Sie soll vielmehr verhindern, dass die vor Fristablauf (präsumtiv) kontrollierenden Aktionäre über Ersatzansprüche disponieren.²⁸⁹² Diese Zielsetzung schließt es aus, dass von den Gründern vereinbarte Geschäfte durch bloßen Zeitablauf wirksam werden. Der bloße Zeitablauf ändert nämlich nichts daran, dass das Geschäft unter dem – gesetzlich missbilligten – Gründereinfluss zustande gekommen ist. Demgemäß sind Verzichte und Vergleiche (sowie wirkungsgleiche Geschäfte), die vor Ablauf der Sperrfrist geschlossen werden, *unheilbar* nichtig. Sie werden folglich nicht durch Fristablauf wirksam, sondern müssen ggf neu abgeschlossen werden (nämlich durch die nach Fristablauf kontrollierenden und präsumtiv unbefangenen Aktionäre).²⁸⁹³ Aus demselben Grund sind auch Geschäfte nichtig, die unter der aufschiebenden Bedingung stehen, dass die Sperrfrist abgelaufen ist.²⁸⁹⁴

2891 Außerdem werden sich wohl auch die (präsumtiv befangenen) Gründer auf Seiten der ersatzberechtigten Gesellschaft auf die Nichtigkeit einer vorherigen Disposition berufen können, wenn sie – entgegen der gesetzgeberischen Annahme – ausnahmsweise doch Ersatzansprüche verfolgen wollen. Vgl idZ auch noch unten bei Fn 2899.

2892 Es geht maW weniger darum, *wann* über Ersatzansprüche verfügt wird, als vielmehr darum, *wer* über Ersatzansprüche verfügt. Mit dem Ausschluss von Verzichten und Vergleichen während eines bestimmten Zeitraums (Sperrfrist) versucht der Gesetzgeber gerade (abstrakt typisierend), bestimmte Personen von der Entscheidung über Verzichte und Vergleiche auszuschließen. Wenn § 43 AktG demgemäß anordnet, dass „[d]ie Gesellschaft“ erst fünf Jahre nach Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch auf Ersatzansprüche verzichten oder sich darüber vergleichen kann, dann ist das zu lesen als: Die Gesellschaft, wie sie nach Ablauf von fünf Jahren seit Eintragung in das Firmenbuch besteht, genauer: auf Aktionärsebene zusammengesetzt ist (kontrolliert wird), darf über Ersatzansprüche verzichten oder sich vergleichen.

2893 Vgl auch *Pentz* in MüKo AktG⁵ § 50 Rz 15; *Gerber* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 50 Rz 7 (nun *ders* in BeckOGK AktG § 50 Rz 7 [Stand 01.02.2022]); *M. Arnold* in KK-AktG⁴ § 50 Rz 27; *Ehrlicke* in Großkomm AktG⁵ § 50 Rz 27. Vgl aus der älteren Lit zB *Teichmann/Koehler*, AktG (1937) § 43 Anm 2 (S 81); *Ritter*, AktG² (Nachtrag, 1940) § 43 Anm 2 (S 139); *Brodmann*, Aktienrecht (1928) § 205 Anm 5 (S 123); *Koenige*, HGB² (1929) § 205 Anm 2 (S 393); *Pinner* in *Staub*, HGB II¹⁴ (1933) § 205 Anm 3 (S 146).

2894 Vgl bereits *Pinner* in *Staub*, HGB II¹⁴ § 205 Anm 3 (S 146); *Brodmann*, Aktienrecht (1928) § 205 Anm 5 (S 123); vgl auch *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 84 Anm 18 (S 312).

Dasselbe gilt wohl auch für Geschäfte, die unter der aufschiebenden Bedingung stehen, dass die HV nach Fristablauf zustimmt.²⁸⁹⁵ Zwar würde dann – insoweit teleologisch konform – erst die (präsumtiv unbefangene) Aktionärsmehrheit nach Ablauf der Sperrfrist²⁸⁹⁶ über die (endgültige) Wirksamkeit entscheiden, allerdings wäre das Geschäft bis zum Bedingungeintritt schwebend wirksam.²⁸⁹⁷ Folglich wäre die Gesellschaft bis zum Fristablauf wohl daran gehindert, die betroffenen Ersatzansprüche durchzusetzen.²⁸⁹⁸ § 43 AktG will zwar in erster Linie verhindern, dass die Gesellschaft ihre Ansprüche nicht vor Fristablauf zum (teilweisen) Erlöschen bringt, aber wohl nur deshalb, weil der Gesetzgeber ohnehin nicht davon ausgeht, dass während des Fristlaufs die (präsumtiv noch kontrollierenden) Gründer (oder die präsumtiv noch unter dem Gründereinfluss stehenden Aktionäre) an einer Anspruchsdurchsetzung „gegen sich selbst“ interessiert sein werden. Ausgeschlossen ist das aber theoretisch nicht. Deshalb verstößt gegen § 43 AktG wohl jede Disposition, die die bloße Möglichkeit einer Anspruchsdurchsetzung beeinträchtigt (nicht nur die Vernichtung des Anspruchs).²⁸⁹⁹ Normzweckkonform und daher wirksam

2895 Pentz in MüKo AktG⁵ § 50 Rz 16; M. Arnold in KK-AktG⁴ § 50 Rz 27; Ehricke in Großkomm AktG⁵ § 50 Rz 28; Bayer in K. Schmidt/Lutter, AktG⁴ § 50 Rz 4; Gerber in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 50 Rz 7 (nun ders in BeckOGK AktG § 50 Rz 7 [Stand 01.02.2022]); so schon Brodmann, Aktienrecht (1928) § 205 Anm 5 (S 123); Ritter, AktG² (Nachtrag, 1940) § 43 Anm 2 (S 139); v. Godin/Wilhelmi, AktG² (1950) § 84 Anm 22.a) (S 366); Gadow in Gadow et al, AktG (1939) § 43 Anm 5 (S 144); abl auch RG 19.05.1931, II 434/30 RGZ 133, 33 (38 f) mit dem Argument, dass auch die vorläufige Bindungswirkung dem Verbotszweck widersprechen würde (s noch Fn 2899). AA und für die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen noch Staub, HGB⁸ (1906) § 205 Anm 3 (S 702); Pinner in Staub, HGB II¹⁴ § 205 Anm 3 (S 146).

2896 Genauer: schon nach Ablauf des *tempus clausum*. S zur korrigierenden Reduktion der Sperrfrist gem § 43 AktG auf das (weiterhin zweijährige [vgl § 40 Z 3, § 45 Abs 1 AktG]) *tempus clausum* noch unten S 722 ff.

2897 Vgl Bayer in K. Schmidt/Lutter, AktG⁴ § 50 Rz 4 (faktische Bindung der Gesellschaft); allg etwa Rummel in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 897 Rz 7.

2898 Deshalb die Zulässigkeit verneinend etwa M. Arnold in KK-AktG⁴ § 50 Rz 27; Pentz in MüKo AktG⁵ § 50 Rz 16; Ehricke in Großkomm AktG⁵ § 50 Rz 28; RG 19.05.1931, II 434/30 RGZ 133, 33 (38 f) (Fn 2895). Vgl idZ auch RIS-Justiz RS0012728.

2899 IdS bereits RG 19.05.1931, II 434/30 RGZ 133, 33 (38 f): „Aus dem Zweck der Vorschrift ergibt sich, daß jede Bindung der Aktiengesellschaft, durch welche sie gehindert wird, die Ansprüche aus der Gründerhaftung jederzeit geltend zu machen, unzulässig ist und nach § 134 BGB. die Nichtigkeit des erstrebten Rechtsgeschäfts zur Folge hat. [...] Wollte man aus diesen Vorschriften herleiten, daß der Vergleich gültig sei, sofern er unter der Bedingung der später zu erklärenden Genehmigung der Generalversammlung geschlossen wurde und die Bedingung eintrat, so würde man übersehen, daß auch die zwischenzeitliche, nur bedingte Bindung der Gesellschaft (§§ 160ffg. BGB.) dem Zwecke des § 205 HGB. widerspricht. Solche Bindung enthält einen Verzicht auf die Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs während der Schwebezeit. Diese würde aber unmittelbar gegen § 205 verstoßen.“ Vgl aus der Lit zB Fischer in Großkomm AktG² (1961) § 43 Anm 12 (S 263), wonach eine irgend-

(praktisch aber unbedeutend) wäre es dagegen wohl, wenn der Ersatzpflichtige gegenüber der Gesellschaft ein bloßes Angebot für einen Verzicht oder Vergleich abgibt, an das der Ersatzpflichtige, aber nicht die Gesellschaft gebunden ist.²⁹⁰⁰

Als einzige Ausnahme von der Sperrfrist nennt § 43 Satz 2 AktG Verzicht und Vergleiche zur Überwindung der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung des Ersatzpflichtigen. Derartige Verfügungen können nämlich nach den Mat²⁹⁰¹ (auch) im Gesellschaftsinteresse liegen.²⁹⁰² Auch in diesem Fall ist aber Voraussetzung, dass die HV zustimmt und nicht eine Aktionärs-minderheit Widerspruch erhebt (arg § 43 Satz 2 AktG: „Die zeitliche Beschränkung gilt nicht“).²⁹⁰³

b) HV-Zustimmung

Die (zweite) Voraussetzung der HV-Zustimmung gem § 43 AktG beschränkt nach hL²⁹⁰⁴ die (grundsätzlich unbeschränkte [§ 74 Abs 2 AktG; § 82

wie geartete Bindung der Gesellschaft vor Ablauf der Sperrfrist unzulässig sei. Innerhalb dieser Frist müsse die Gesellschaft stets die Möglichkeit zur Geltendmachung ihrer Ersatzansprüche haben. Vgl auch oben Fn 2891.

²⁹⁰⁰ S die Nw in Fn 2898. Vgl bereits RG 19.05.1931, II 434/30 RGZ 133, 33 (39): „Denkbar wäre hiernach höchstens ein Vertrag, durch den die Gesellschaft einen endgültigen Verzicht für den Fall der späteren Genehmigung durch die Generalversammlung nur ganz unverbindlich in Aussicht stellte und allein der Vertragsgegner die Gegenleistung bindend zusicherte.“ Ein solcher Vertrag, der mangels gegenseitigen Nachgebens gar kein Vergleich sei, „kommt aber im Geschäftsleben nicht vor“ und sei für die Gesellschaft auch nicht einmal von Vorteil, weil sie den Ersatzpflichtigen zur Verhinderung der Verjährung dennoch klagen müsste (dabei handelt es sich wieder um ein allg Problem der Kongruenz von Sperr- und Verjährungsfrist – dazu noch sogleich unten). Krit auch bereits *Brodmann*, Aktienrecht (1928) § 205 Anm 5 (S 123), nach dem ein solcher Vertrag nur den Sinn haben kann, dass auch die Gesellschaft den aufgegebenen Teil des Anspruchs nicht geltend machen dürfen soll. Ein Vergleich, der den Schuldner allein bindet, könne nur als gewollt angenommen werden, wenn es deutlich zum Ausdruck kommt.

²⁹⁰¹ AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 453 lSp.

²⁹⁰² Dazu näher etwa *Zehetner* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 43 Rz 8; *Pentz* in *MüKo AktG*⁵ § 50 Rz 17 ff.

²⁹⁰³ Vgl nur *Zehetner* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 43 Rz 8; vgl schon *Staub*, HGB⁸ (1906) § 205 Anm 9 (S 703 f).

²⁹⁰⁴ Vgl *Zehetner* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 43 Rz 9; *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 50 Rz 4; *M. Arnold* in *KK-AktG*⁴ § 50 Rz 15 mwN; *Bayer* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG⁴ § 50 Rz 6; *Vedder* in *Grigoleit*, AktG² § 50 Rz 3; *Solveen* in *Hölters/Weber*, AktG⁴ § 50 Rz 5; s auch die Nw in der folgenden Fn. Vgl (ohne weitere Nw) bereits *Brodmann*, Aktienrecht (1928) § 205 Anm 4 (S 123): „In der Vorschrift, daß die Gesellschaft auf ihren Anspruch wirksam nur mit Zustimmung der Generalversammlung verzichten kann, liegt eine, auch nach außen wirksame Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstandes“. Allerdings normierte das Gesetz (hier: § 205 dHGB 1897) vor dem dAktG 1937 noch gar nicht, dass die Gesellschaft nicht verzichten oder sich verglei-

Abs 1 dAktG]) Vertretungsbefugnis des Vorstands.²⁹⁰⁵ Nach aA²⁹⁰⁶ ist das Vorstandshandeln ohne HV-Zustimmung nicht vollmachtlos, sondern das Geschäft unwirksam, weil es sich insoweit um besondere Wirksamkeitsvoraussetzungen handle. In jedem Fall seien Verzichte und Vergleiche, die (nach Ablauf der Sperrfrist) ohne Zustimmung durch die HV abgeschlossen werden, (nur) schwebend unwirksam²⁹⁰⁷ und werden durch die (spätere) HV-Zustimmung wirksam, weil die Gesellschaft dadurch das vollmachtlose Geschäft genehmige bzw die noch fehlende Wirksamkeitsvoraussetzung nach-

chen „kann“, sondern lautete (nur): „Vergleiche oder Verzichtleistungen, welche die der Gesellschaft aus der Gründung zustehenden Ansprüche gegen die nach den §§. 202 bis 204 verpflichteten Personen betreffen, sind erst nach dem Ablaufe von fünf Jahren seit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister und nur mit Zustimmung der Generalversammlung zulässig; sie sind unzulässig, soweit in der Versammlung eine Minderheit, deren Antheile den fünften Theil des Grundkapitals darstellen, Widerspruch erhebt.“ Zum dAktG 1937 etwa Gadow in Gadow et al., AktG (1939) § 43 Anm 4 (S 144); Fischer in Großkomm AktG² (1961) § 43 Anm 13 (S 263 f); Ritter, AktG² (Nachtrag, 1940) § 43 Anm 3 (S 140).

AA und offenbar noch unterschiedslos (wie bei einem Verstoß gegen die Sperrfrist) für Nichtigkeit der Bericht der Reichstagskommission (abgedr in Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 5. Legislaturperiode, IV. Session 1884, 4. Band, Anlage 128 S 1009 [1015]; s schon Fn 2874): „Anlangend die Ausdrücke zulässig und unzulässig war man allseitig einverstanden, daß Vergleiche und Verzichtleistungen ohne die vorgeschriebenen Erfordernisse nichtig sein sollen.“ Für Nichtigkeit eines Geschäfts ohne HV-Zustimmung im älteren Schrifttum (zT unter Berufung auf den Kommissionsbericht) etwa auch Staub, ADHGB^{3, 4} (1896) Art 213d Anm 3 (S 427); ders, HGB⁸ (1906) § 205 Anm 3 (S 702); Pinner in Staub, HGB II¹⁴ (1933) § 205 Anm 3 (S 146); Koenige, HGB² (1929) § 205 Anm 1 (S 393); Lehmann/Ring, HGB² (1913) § 205 Anm 3 (S 58).

Zumindest im Ergebnis dürften diese Ansichten jedoch konvergieren (so auch M. Arnold in KK-AktG⁴ § 50 Rz 15), weil ein zustimmungsloses Geschäft unstreitig durch spätere Zustimmung wirksam (geheilt) werden kann (sei es als nachträgliche Genehmigung zu einem vollmachtlosen Geschäft oder durch Nachholung einer besonderen Wirksamkeitsvoraussetzung). Selbst wenn man somit von Nichtigkeit ausgeht, kann es sich – da es insoweit nur um den Schutz der Gesellschaft geht – nur um heilbare Nichtigkeit handeln (vgl auch Pentz in MüKo AktG⁵ § 50 Rz 24). S auch die folgenden Fn.

2905 Allg mit weiteren Bsp einer gesetzlichen Beschränkung der Vertretungsbefugnis durch Zustimmung der HV Koch in Koch, AktG¹⁷ § 78 Rz 8; Fleischer in BeckOGK AktG § 78 Rz 16 (Stand 01.10.2023); Ch. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 74 Rz 5; Eckert/Schopper/Madari in Eckert/Schopper, AktG-ON^{1.00} § 74 Rz 5.

2906 Pentz in MüKo AktG⁵ § 50 Rz 24.

2907 Vgl etwa Zehetner in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 43 Rz 9; Ettel in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 43 Rz 11; Eckert/Schopper/Caramanica in Eckert/Schopper, AktG-ON^{1.00} § 43 Rz 8; Ehrlicke in Großkomm AktG⁵ § 50 Rz 45; Bayer in K. Schmidt/Lutter, AktG⁴ § 50 Rz 6; Koch in Koch, AktG¹⁷ § 50 Rz 4; Vedder in Grigoleit, AktG² § 50 Rz 3; Solveen in Hölters/Weber, AktG⁴ § 50 Rz 5; so auch Pentz in MüKo AktG⁵ § 50 Rz 21.

hole.²⁹⁰⁸ Das ist im Ergebnis sachgerecht, weil die nach Fristablauf kontrollierenden Aktionäre präsumtiv unbefangen sind und nach der gesetzlichen Wertung über Gesellschaftsansprüche disponieren dürfen.

6. Systemwidrigkeit der (fünfjährigen) Sperrfrist und Korrektur

Wie eingangs angesprochen, hat das dHGB 1897 die Sperrfrist gem Art 213d ADHGB 1884 von drei auf fünf Jahre verlängert (§ 205 dHGB 1897), weil „*Fälle vorkommen, in denen die Gründer die Aktien spät in Verkehr setzen*“²⁹⁰⁹. Dabei haben die Gesetzesverfasser aber wohl übersehen,²⁹¹⁰ dass der Beginn und die Länge der Sperrfrist nun mit der Verjährungsfrist gem § 206

2908 Vgl *Koch in Koch*, AktG¹⁷ § 50 Rz 4; *Bayer in K. Schmidt/Lutter*, AktG⁴ § 50 Rz 6; so auch *Pentz in MüKo AktG*⁵ § 50 Rz 24, nach dem wegen des bezweckten Schutzes der Aktionäre nicht von der unheilbaren Unwirksamkeit (Nichtigkeit) des Verzichts oder Vergleichs auszugehen sei, sondern davon, dass der Vertrag durch die Nachholung eines zustimmenden, nicht mit dem Minderheitswiderspruch versehenen HV-Beschlusses *ex nunc* wirksam wird.

2909 Kommissionsbericht über den Entwurf eines H.G.B., abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 588 (s schon oben bei Fn 2770). Zuvor hatte die Kommission einen ähnlichen Antrag behandelt (Kommissionsbericht aaO 587). Diesem zufolge sehe zwar § 203 des Entwurfs (§ 205 dHGB 1897) eine Frist von drei Jahren seit Eintragung vor, doch sei der Fall denkbar, „*daß die Gründer in dieser ganzen Zeitperiode die Aktien behalten, nach Ablauf der drei Jahre einen Vergleich oder eine Verzichtleistung mit den Organen der Gesellschaft vereinbaren unter Zustimmung der Generalversammlung, wozu sie durch die Macht ihres Aktienbesitzes in der Lage seien, und dann die Aktien verkaufen [...]*“. Es fehle der genügende Schutz des Publikums, „*deshalb sei die Bestimmung nothwendig, daß die Frist bei späterer Einführung der Aktien in den Verkehr erst vom Zeitpunkt der Einführung an laufe. Dann seien die Organe der Gesellschaft in einer anderen, unabhängigeren Lage, und die neuen Aktionäre seien eher geneigt, objektiv die Gründungsvorgänge zu prüfen und etwaige Ansprüche aus denselben herzuleiten, auch bei Vergleichen und Verzichtleistungen nicht ohne Weiteres die Vorschläge der Gesellschaftsorgane zu acceptiren.*“ Die Kommission ließ diesen Vorschlag letztlich (nur) fallen, weil die Dreijahresfrist als ausreichend erachtet wurde und zudem der Begriff der Einführung in den Verkehr als unbestimmt kritisiert wurde.

2910 S auch schon die Nw oben in Fn 2771. Darauf deutet auch die Tatsache hin, dass ein ähnlicher Antrag (s Fn 2796), wonach die Sperrfrist „*bei späterer Einführung der Aktien in den Verkehr erst vom Zeitpunkt der Einführung an laufe*“ in der Kommission letztlich *nur deshalb* abgelehnt wurde, weil die Dreijahresfrist als ausreichend erachtet wurde und zudem der Begriff der Einführung in den Verkehr als unbestimmt kritisiert wurde. Auch hier haben die Kommissionsmitglieder offenbar nicht erkannt, dass die Umsetzung der beantragten Änderung dazu geführt hätte, dass Verzichte und Vergleiche zum Teil gar nicht mehr möglich wären; in diesem Fall könnte die Sperrfrist nicht nur mit der Verjährungsfrist zusammenfallen, sondern sogar (je nach Dauer des Inverkehrbringens der Aktien uU auch lange) über die Verjährungsfrist hinausgehen.

dHGB 1897²⁹¹¹ (§ 44 AktG idgF; § 51 dAktG) zusammenfielen. Infolgedessen waren Verfügungen über Gründungsansprüche regelmäßig erst möglich, wenn die Ansprüche schon verjährt waren. Dispositionen über Naturalobligationen scheinen allerdings kaum regelungsbedürftig.²⁹¹² Mit der Fristverlängerung des dHGB 1897 wurde die ursprünglich temporäre Verfügungssperre faktisch zu einem absoluten Verfügungsverbot.²⁹¹³ Die zeitgenössische Lehre²⁹¹⁴ erkannte diesen Missstand zwar, thematisierte ihn aber kaum.

Eine absolute Verfügungssperre entspricht nicht der Absicht des Gesetzgebers. Die Motive zur Vorgängerregelung, Art 213d ADHGB 1884, betonen noch, dass es „*keineswegs in der Absicht des Entwurfs liegen [kann], eine Erklärung seitens der Gesellschaft über diese Ansprüche und eine Verständigung mit den belasteten Personen durch Vergleich oder Verzicht auszuschließen [...]*“.²⁹¹⁵ Es gibt keine Anzeichen dafür, dass der Gesetzgeber des dHGB 1897

2911 § 206 dHGB 1897: „*Die Ansprüche der Gesellschaft gegen die nach den §§. 202 bis 204 verpflichteten Personen verjähren in fünf Jahren von der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister an.*“

2912 So U. Torggler in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Organhaftung 35 (47); ebenso Pendl, Verjährung 105; ders, RdW 2018, 275 (275).

2913 Im Übrigen war die Fristverlängerung auch für sich genommen kaum sachgerecht. Denn sie erhob einen Ausnahmefall (späteres Inverkehrbringen der Aktien) zum Regelfall (arg: Kommissionsbericht über den Entwurf eines H.G.B. [abgedr bei Hahn/Mugdan, Materialien 588]: „*weil doch Fälle vorkommen*“). IdS merkte auch die Regierung an, dass „*ein praktisches Bedürfnis zu dieser Aenderung nicht anerkannt werden [konnte]*“ (ebenda; s auch schon Fn 2769). Die Verlängerung der Frist verkennt den Normcharakter des Regelungsmechanismus „*tempus clausum*“ als (stark) abstrahierende, typisierende Bestimmung, die (nur) auf die *typische* (durchschnittliche) Dauer einer mehrheitlichen Aktienveräußerung abstellt. Damit nimmt sie naturgemäß in Kauf, dass zum einen auch Fälle erfasst werden, in denen die Aktienmehrheit (ausnahmsweise) schon schneller veräußert wurde (und eine Dispositionsbeschränkung insoweit nicht mehr nötig wäre) und, dass zum anderen Fälle nicht erfasst werden, in denen der Aktienverkauf (ausnahmsweise) länger als das *tempus clausum* in Anspruch nimmt (und insoweit noch eine längere Dispositionsbeschränkung geboten wäre). Die Verlängerung der Sperrfrist auf fünf Jahre erfasste zwar letztere Fälle und ging damit *in puncto* Anlegerschutz „auf Nummer sicher“, allerdings auf Kosten der Privatautonomie, weil eine derart umfassende Dispositionssperre angesichts der *typischen* Sachlage in aller Regel nicht geboten ist.

2914 Vgl ohne nähere Auseinandersetzung etwa Makower, HGB¹² (1898) § 205 Anm III. a. (S 435); Staub, HGB⁸ (1906) § 241 Anm 9 (S 703): „*Doch kann ja die Verjährung unterbrochen sein.*“; Brodmann, Aktienrecht (1928) § 205 Anm 1 (S 121); Pinner in Staub, HGB II¹⁴ (1933) § 205 Anm 9 (S 147); Koenige, HGB² (1929) § 205 Anm 2 (S 393); referierend Fleischer, AG 2015, 133 (134); Pendl, RdW 2018, 275 (278 Fn 39) mwN. Vgl auch bereits RG 19.05.1931, II 434/30 RGZ 133, 33 (39). Vgl zum späteren dAktG 1937 (ebenfalls ohne eingehendere Problematisierung) Teichmann/Koehler, AktG (1937) § 43 Anm 2 (S 81); Schlegelberger et al, AktG³ (1939) § 43 Anm 4 (S 145); Gadow in Gadow et al, AktG (1939) § 43 Anm 3 (S 143 f); Ritter, AktG² (Nachtrag, 1940) § 43 (S 139 ff).

2915 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 452.

von dieser Wertung abweichen wollte. Das ergibt sich unmittelbar schon aus der Sperrfrist selbst. So lautete die Grundaussage des § 205 dHGB 1897 komprimiert: „*Vergleiche oder Verzichtleistungen [...] sind [...] zulässig.*“²⁹¹⁶ Hätte der Gesetzgeber Dispositionen ganz ausschließen wollen, wäre ein kategorisches Verfügungsverbot – wie etwa im österreichischen AktG-Entwurf („Aktiententwurf“)²⁹¹⁷ von 1900 – der zweckmäßigere Weg gewesen als eine Fristen-

2916 Hervorhebung durch den Verf. Ähnlich auch heute § 43 AktG: „*Die Gesellschaft kann auf Ersatzansprüche [...] verzichten oder sich darüber vergleichen.*“ Vgl auch § 84 Abs 4 Satz 3 AktG („*Die Gesellschaft kann [...] erst nach fünf Jahren [...] auf Ersatzansprüche verzichten oder sich darüber vergleichen [...]*“).

2917 Einen anderen Weg ging nur der (nie in Kraft getretene) österreichische Aktiententwurf 1900 (ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420). Er sah ein umfassendes Verzichts- und Vergleichsverbot vor. § 30 Abs 2 des Dezemberentwurfs ordnete im Gründungsrecht an: „*Hinsichtlich dieser Ansprüche haben Vergleiche oder Verzichtleistungen der Gesellschaft keine rechtliche Wirkung.*“ Gleiches galt gem § 41 Abs 5 Satz 2 für Ersatzansprüche aus der laufenden Geschäftsführung: „*Vergleiche oder Verzichtleistungen hinsichtlich solcher Ansprüche haben keine rechtliche Wirkung.*“ Die Denkschrift (ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420 [S 38]) betont – freilich nur zum gründungsrechtlichen Verzichts- und Vergleichsverbot, dass der Entwurf „*Vergleiche und Verzichtleistungen schlechtweg aus[schließt], weil sonst die von dem Gesetze gewollte Haftung nur zu leicht durch Generalversammlungsbeschlüsse – deren Erzielung namentlich in der ersten Zeit des Bestandes einer Gesellschaft kaum auf Schwierigkeiten stoßen dürfte – illusorisch gemacht werden könnte.*“ Vgl S 40 zum allg Haftungsstatbestand: „*Bezüglich der im §. 41 enthaltenen Vertheilung der Beweislast und der Ausschließung von Vergleichen und Verzichtleistungen hinsichtlich der Ersatzansprüche der Gesellschaft ist auf das weiter oben über die Ansprüche aus der Errichtung der Gesellschaft Gesagte zu verweisen.*“

Sowohl der kategorische Ausschluss von Verzichten und Vergleichen als auch die Begründung für diesen Ausschluss sind bei genauerer Überlegung durchaus fragwürdig. Richtig ist, dass Dispositionen über Ersatzansprüche *va „in der ersten Zeit des Bestandes einer Gesellschaft“* insofern leichter durchführbar sind, als in der ersten Zeit nach der Gründung präsumtiv noch die Gründer selbst an der Gesellschaft beteiligt sind und diese folglich eher geneigt sein werden, sich selbst und den übrigen Ersatzpflichtigen Entlastungen zu erteilen. Genau solche „Selbstentlastungen“ zu verhindern war auch der Zweck (zu diesem iZm § 43 AktG ausf oben S 684 ff) der Sperrfrist gem § 205 dHGB 1897 (das Aktienrecht des dHGB 1897 diente dem österreichischen Aktiententwurf immerhin als Regelungsvorbild). Im Unterschied zur Sperrfrist, die Verzichte und Vergleiche nur während einer bestimmten Dauer untersagte, schloss der Aktiententwurf solche Verfügungen allerdings kategorisch aus. Das mag daran gelegen haben, dass die (wohl vorbildhafte) Sperrfrist mit dem dHGB 1897 von drei Jahren (in Art 213d ADHGB 1884) auf fünf Jahre verlängert worden ist, wodurch Verzichte und Vergleiche wegen der ebenso langen Verjährungsfrist (planwidrig) ebenfalls *de facto* ausgeschlossen waren (s dazu im Fließtext). Möglicherweise „übersetzte“ der Aktiententwurf diese Norm – insofern durchaus folgerichtig, aber die Planwidrigkeit der im dHGB 1897 faktisch bewirkten Indisponibilität verkennend – in ein Verfügungsverbot. Schwerer nachvollziehbar ist, warum der Aktiententwurf Verzichte und Vergleiche – *qua* Verweis – auch im allg Haftungsstatbestand kategorisch ausschloss (die *de-facto*-Indisponibilität

durch Kongruenz der Sperr- und Verjährungsfrist entstand allg nämlich erst durch das AktG 1937/1938, das die allg Sperrfrist [freilich irrig] geschaffen hat). Von der Begründung der Denkschrift – die sich freilich unmittelbar ohnehin nur auf das gründungsrechtliche Dispositionsverbot bezieht – bleibt insoweit (nur) die Aussage, dass „sonst die von dem Gesetze gewollte Haftung nur zu leicht durch Generalversammlungsbeschlüsse [...] illusorisch gemacht werden könnte.“ Dass (Ersatz-) Ansprüche für den Anspruchsberechtigten grundsätzlich verzichtbar sind, entspricht freilich allg Grundsätzen. Soll dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, „die von dem Gesetze gewollte Haftung“ als Selbstzweck angeordnet zu haben, stellt sich die – von der Denkschrift offengelassene – Frage, welche Schutzinteressen die Indisponibilität der Vorstandshaftung rechtfertigen. Nicht rechtfertigen lässt sich die Indisponibilität zunächst mit Gläubigerschutzerwägungen. Denn soweit die Gläubiger von der Gesellschaft (noch) Befriedigung erlangen können, müssen Ersatzansprüche nach der gesetzlichen Wertung ihrerwegen nicht zwingend erhalten werden. Das ergibt sich aus dem (grundsätzlich) vorbildhaften § 241 Abs 4 Satz 2 dHGB 1897, aber auch aus dem Aktienentwurf selbst. Die haftungsfreistellende Wirkung von HV-Beschlüssen ist nämlich nur ausgeschlossen, „soweit sie [sc die Gesellschaftsgläubiger] von dieser [sc der Gesellschaft] ihre Befriedigung nicht erlangen können“ (§ 39 Abs 3 Satz 1 idF Juli 1900) und – im Dezemberentwurf 1900 – „[s]oweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist“. Es wäre aber (auch) unter dem Aspekt des Gläubigerschutzes nicht nachvollziehbar, warum die Aktionäre nicht nachträglich auf Ersatzansprüche verzichten oder sich darüber vergleichen, sehr wohl aber im Vorhinein „durch Generalversammlungsbeschlüsse“ die Haftung ausschließen können sollen. Auch der Minderheitenschutz kann kategorische Indisponibilität nicht rechtfertigen. Ihm würde nämlich schon genügen, dass dieselbe Minderheit, die zur Anspruchsverfolgung berechtigt ist (§§ 27 Abs 1, 39 Abs 4 idF Juli 1900; §§ 31 Abs 2, 41 Abs 6 idF Dezember 1900), Verzichte und Vergleiche durch Widerspruch verhindern kann (vgl §§ 205, 270 dHGB 1897). Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass der Aktienentwurf solche Widerspruchsrechte gerade nicht kennt. Ihr Fehlen ist nämlich wohl nur darauf zurückzuführen, dass die Minderheit inzident schon durch die weitergehende Unwirksamkeitsfolge des Verzichts- und Vergleichsverbots geschützt ist (vgl schon iZm § 48 GmbHG Fn 797); notwendig wäre eine derart weitgehende Unwirksamkeit für den Minderheitenschutz aber wie gesagt nicht. Sowohl der Minderheiten- als auch der Gläubigerschutz gebieten somit (wie auch im dHGB 1897) nur eine Einschränkung, aber keinen gänzlichen Ausschluss von Verzichten und Vergleichen über Ersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder. Dafür müsste man schon annehmen, der Gesetzgeber wolle auch die disponierenden Aktionäre gleichsam „vor sich selbst“ schützen. In diesem Sinne wird auch heute zur – insoweit vergleichbaren – allg Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG (§ 93 Abs 4 Satz 3 dAktG) angenommen, diese solle Aktionäre vor übereilten Dispositionen zu einem Zeitpunkt schützen, in dem das Schadensausmaß noch nicht überblickbar ist. Ein solcher (übrigens ohnehin abzulehnender) Übereilungs- und Selbstschutz ließe sich einem kategorischen Verzichts- und Vergleichsverbot allerdings nur unterstellen, wenn man annähme, dass es nach der Vorstellung des Gesetzgebers länger als fünf Jahre dauert, bis das Schadensausmaß überschaubar wird. Wieder stünde die so begründete Unzulässigkeit von (nachträglichen) Verzichten und Vergleichen freilich in Widerspruch zur Möglichkeit einer Haftungsfreistellung *ex ante* durch HV-Beschluss. Denn in diesem Zeitpunkt ist das Schadensausmaß (und auch schon die Schädigung) noch viel weniger überblickbar (vorhersehbar) als nach dem Entstehen

regelung. Insofern ergibt sich die Planwidrigkeit der verlängerten Sperrfrist gem § 205 dHGB 1897 schon aus sich selbst heraus, weil der Gesetzgeber die Regelungstechnik einer Sperrfrist beibehalten und nur die Frist verlängert hat (anstatt Verzichte und Vergleiche überhaupt zu verbieten). Dasselbe folgt auch aus dem Motiv für die Fristverlängerung selbst: Damit wollte der Gesetzgeber Verzichte und Vergleiche (strenger) regulieren, nämlich missbräuchliche Verfügungen aufgrund eines späteren Inverkehrbringens der Aktien verhindern; das setzt aber logisch voraus, dass er Verzichte und Vergleiche überhaupt (noch) für möglich hielt (arg: „*dürften die in Frage stehenden Vergleiche oder Verzichtleistungen nicht schon nach der relativ kurzen Frist von drei Jahren zulässig sein.*“)²⁹¹⁸. Schließlich ergibt sich die Planwidrigkeit in systematischer Hinsicht auch aus jenen Normen, die als Regelungsprämisse weiterhin die Zulässigkeit von Verzichten und Vergleichen voraussetzen und daran anknüpfend weitere Wirksamkeitsvoraussetzungen aufstellen. Gemeint sind die (weiteren) Voraussetzungen einer HV-Zustimmung und eines fehlenden Widerspruchs einer Minderheit in § 205 dHGB 1897. Da diese Anordnungen durch die Verlängerung der Sperrfrist überflüssig geworden sind, hätte der Gesetzgeber sie konsequenterweise streichen müssen, wenn er Verzichte und Vergleiche tatsächlich hätte ausschließen wollen.²⁹¹⁹ Dass er diese Anpassungen unterließ, bestätigt, dass er sich über die Folgen der Fristverlängerung keine Gedanken machte und ein gänzliches Verfügungsverbot nicht gewollt haben kann.

des Ersatzanspruchs. Die bisherigen Überlegungen zeigen, dass der gänzliche Ausschluss von Verzichten und Vergleichen – vor allem neben der nur eingeschränkten Möglichkeit einer Haftungsfreistellung *ex ante* durch HV-Beschluss – nicht zu rechtfertigen ist. Die entsprechende Regelung im Aktienentwurf und die kryptische Begründung der Denkschrift waren daher durchaus fragwürdig. Vgl zu der ähnlich gelagerten Frage nach dem Normzweck der allg. fünfjährigen Sperrfrist (§ 84 Abs 4 Satz 3 AktG), die wegen der Kongruenz mit der Verjährungsfrist (§ 84 Abs 6 AktG) *de facto* ebenfalls auf ein Verfügungsverbot hinausläuft, ausf unten S 956 ff.

2918 Kommissionsbericht über den Entwurf eines H.G.B., abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 588.

2919 Bei widersprüchlichen Normen kann sich natürlich uU die Frage stellen, welche der beiden Normen tatsächlich „planmäßig“ ist. Das muss nicht zwingend jene Norm sein, die unverändert geblieben ist. Denkbar wäre auch umgekehrt, dass der Gesetzgeber die andere(n) Norm(en) planwidrig nicht angepasst hat (hier: die zusätzlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen für Verzichte und Vergleiche nicht gestrichen hat). Dass in unserem Fall die Verlängerung der Sperrfrist planwidrig war, ergibt sich aber wie erwähnt schon aus der Regelungstechnik und dem Regelungsmotiv selbst (s oben). Außerdem machten sich die Gesetzesverfasser des dHGB 1897 auch intensiv Gedanken über den Minderheitenschutz, insb auch das gründungsrechtliche Widerspruchsrecht, was die Plangemäßheit der grundsätzlichen Zulässigkeit von Verzichten und Vergleichen und damit der weiteren Wirksamkeitsvoraussetzungen bestätigt (vgl Denkschrift dHGB 1897, abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 316; dazu noch ausf iZm dem Minderheitenschutz insb unten S 756 f).

In dieser (planwidrigen) Form gelangte die fünfjährige Sperrfrist über § 43 AktG 1937/1938²⁹²⁰ auch in das österreichische Aktienrecht, wo sie insoweit noch immer gilt (§ 43 AktG). Demgegenüber reagierte der deutsche Gesetzgeber mit dem dAktG 1965 auf diesen Missstand, indem er die Sperrfristen in § 43 dAktG 1937 (und auch in § 84 Abs 4 Satz 3) wieder auf drei Jahre verkürzte und so den ursprünglichen Rechtszustand des ADHGB 1884 wiederherstellte.²⁹²¹ Laut AmtlBegr würde eine fünfjährige Sperrfrist Verzichte und Vergleiche „praktisch unmöglich [machen], weil nach fünf Jahren ohnehin gegen den Ersatzanspruch die Einrede der Verjährung erhoben werden kann.“²⁹²² Der österreichische Gesetzgeber verabsäumte wie erwähnt eine solche Korrektur, weshalb das geltende Recht insoweit noch auf dem Stand des dHGB 1897 und AktG 1937/1938 ist. Dementsprechend sind Dispositionen über Ansprüche aus dem Gründungshergang wegen der Fristenkongruenz mit § 44 AktG praktisch ausgeschlossen.²⁹²³ Die öLit schenkt dieser misslichen Rechtslage jedoch nur vereinzelt die gebotene Aufmerksamkeit.²⁹²⁴ Literarische Stellungnahmen beschränken sich regelmäßig auf die Feststellung, dass Verzichte und Vergleiche faktisch unmöglich sind.²⁹²⁵

2920 Verzichte und Vergleiche waren somit auch auf der Grundlage des AktG 1937/1938 praktisch unmöglich. Vgl etwa *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 43 Anm 4 (S 145). Übrigens übernahm das AktG 1937/1938 die Regelung des § 205 dHGB 1897 nicht nur für das Gründungsrecht, sondern auch in den allg Haftungstatbestand (§ 84 Abs 4 Satz 3 AktG). Deshalb sind Verfügungen über Ersatzansprüche gegen Mitglieder des Vorstands (und des Aufsichtsrats [vgl § 99 AktG]) auch im geltenden Aktienrecht praktisch unmöglich. Insoweit ist die Sperrfrist allerdings nicht nur zu lang, sondern überhaupt fehl am Platz. Darauf ist unten noch näher einzugehen (s zu § 84 Abs 4 Satz 3 AktG unten S 950 ff).

2921 Vgl AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 112: „Die Frist, in der ein Verzicht oder Vergleich ausgeschlossen ist, wird von fünf auf drei Jahre verkürzt. Insoweit wird der schon früher bestehende Rechtszustand wiederhergestellt (Art. 213d HGB in der Fassung Novelle 1884).“ Vgl zur (teleologischen) Verfehlung dieses Regelungsziels aber schon oben S 695 ff.

2922 AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 112.

2923 Abgesehen von einer möglichen Unterbrechung oder Hemmung der Verjährung (vgl dazu *Jud/Grünwald*, NZ 1993, 185 [188 f]) und der gesetzlichen Ausnahme von der Sperrfrist gem § 43 Satz 2 AktG.

2924 Darauf eingehend zB *Stölzle*, GesRZ 1979, 22 (25); *P. Doralt/Diregger* in *MüKo AktG*⁴ § 50 Rz 28; *Arlt* in *MüKo AktG*⁵ § 50 Rz 29; *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (47) mwN; *Pendl*, Verjährung 106; *ders*, RdW 2018, 275 (276) jew mwN; aus deutscher Sicht *Ehricke* in *Großkomm AktG*⁵ § 50 Rz 1 („wenig sinnvolle Regelung“). Vgl zum älteren Schrifttum die Nw in Fn 2914.

2925 Wie hier auch *Pendl*, RdW 2018, 275 (277), nach dem man sich mit der resignativen Feststellung begnüge, dass die Verzichtskautelen nur dann anwendbar sind, wenn der Lauf der Verjährung gehemmt oder unterbrochen war oder der Ersatzpflichtige im Streitfall keine Verjährungseinrede erhebt.

Da die Sperrfrist des § 205 dHGB 1897 mit dem AktG 1937/1938 auch in § 84 AktG (Abs 4 Satz 3) übernommen wurde,²⁹²⁶ besteht dasselbe Problem bei der (allgemeinen) Vorstandshaftung (dort wegen der Kongruenz mit der Verjährungsfrist gem § 84 Abs 6 AktG). Die hL²⁹²⁷ und der OGH²⁹²⁸ befürworten (zT erklärtermaßen zur Schaffung einer Verfügungsmöglichkeit) eine Ausnahme von der Sperrfrist bei einstimmiger Beschlussfassung durch alle Aktionäre und stützen sich hierzu auf den (angeblichen) Minderheitenschutz zweck der Sperrfrist. Außerdem qualifizieren die hL²⁹²⁹ und der OGH²⁹³⁰ (bisweilen ebenfalls mit dem erklärten Ziel, Raum für Dispositionen zu schaffen) die Verjährungsfrist gem § 84 Abs 6 AktG (die ihren Fristbeginn anders als § 44 AktG offen lässt), als subjektive Frist, die erst mit Bekanntwerden von Schaden und Schädiger zu laufen beginne. Wie unten²⁹³¹ noch näher zu begründen sein wird, sind beide Ausnahmen abzulehnen. Für die hier untersuchten Ansprüche aus dem Gründungsstadium kommt aber ohnedies keine der beiden Varianten in Frage: Zum einen dient die gründungsrechtliche Sperrfrist (unstrittig) nicht dem Minderheitenschutz (der durch das Widerspruchsrecht gewahrt wird), sondern dem Schutz künftiger Anleger,²⁹³² weshalb Dispositionen vor Fristablauf *auch dann* unwirksam sind, wenn alle Aktionäre zustimmen.²⁹³³ *Zweitens* lässt § 44 AktG den Fristbeginn (anders als § 84 Abs 6 AktG) wie erwähnt nicht unregelt, sondern knüpft ihn ausdrücklich an die Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch.²⁹³⁴

Ist die fünfjährige Sperrfrist somit planwidrig, weil sie Dispositionen über Ersatzansprüche aus der Gründung praktisch ausschließt, ist die Frist jedenfalls *de lege ferenda* zu kürzen. Wie oben zum Normzweck der Sperrfrist schon angesprochen, kann (und muss folglich) die Sperrfrist mE aber schon *de lege lata* entsprechend korrigiert (dh reduziert) werden. Dagegen möchte man vielleicht einwenden, dass der Rechtsanwender nur den Geset-

2926 S zB schon bei Fn 2920.

2927 Vgl hier nur J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 84 Rz 494; Ch. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 84 Rz 29 aE, 34; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, ÖGesR² Rz 3/543; einschr auf AG mit eng geschlossenem Gesellschafterkreis oder einem einzigen Aktionär dies in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 456.

2928 Vgl RIS-Justiz RS0049220; OGH 01.09.2015, 6 Ob 3/15g GesRZ 2016, 47 (62 zust Durstberger).

2929 Vgl hier nur J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 84 Rz 496; Ch. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 84 Rz 39; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, ÖGesR² Rz 3/545.

2930 Vgl hier nur RIS-Justiz RS0034439; RS0034715; OGH 03.07.1975, 2 Ob 356/74 SZ 48/79.

2931 S dazu das Kap zur (allg) Sperrfrist unten S 950 ff.

2932 S iZm dem Schutzzweck der Sperrfrist insb oben bei Fn 2776.

2933 S schon oben bei Fn 2886.

2934 Vgl idZ U. Torggler in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Organhaftung 35 (47); Pendl, Verjährung 106; ders, RdW 2018, 275 (276); allg Zehetner in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 44 Rz 9 ff; Ettel in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 44 Rz 8 f.

zeswortlaut am Maßstab der dahinter stehenden gesetzgeberischen Absicht korrigieren darf, aber nicht *diese Absicht selbst*; an die Absicht des Gesetzgebers ist er gebunden. Diese Formel suggeriert jedoch, dass die Absicht, dh der „Plan“ des Gesetzgebers ein „monolithischer Block“ sei. Tatsächlich kann „die Absicht“ aber aus mehreren Schichten bestehen:²⁹³⁵ Beispielsweise will der Gesetzgeber ein allgemeines, abstraktes Regelungsziel erreichen und erlässt zur Erreichung dieses Ziels (mehrere) Einzelregelungen. Dann kann man sowohl das allgemeine Regelungsziel als auch die Einzelregelungen „die Absicht“ oder „den Plan“ des Gesetzgebers nennen. Ist eine Einzelregelung jedoch ungeeignet, ihren Zweck (das allgemeine Regelungsziel) zu verwirklichen, und irrt der Gesetzgeber über die Eignung der Einzelregelung oder verliert er das Regelungsziel bei der Anordnung oder Änderung der Einzelregelung überhaupt aus den Augen, kann der Plan des Gesetzgebers in Bezug auf die Einzelregelung *selbst planwidrig* (perplex) sein, nämlich in Bezug auf das damit verfolgte allgemeinere Regelungsziel, dem die Einzelregelung teleologisch untergeordnet ist. Im Fall eines solchen „Selbstwiderspruchs“²⁹³⁶ des Gesetzgebers dürfen gesetzgeberische Fehler mE berichtigt werden,²⁹³⁷ weil eine Eigenwertung des Rechtsanwenders gerade nicht droht, sofern die abstrakte(re) Regelungsabsicht als normative Referenz aus dem Gesetz nachweisbar ist. Ein solcher Fall liegt hier zweifellos vor, denn die Verlängerung der Sperrfrist auf fünf Jahre beruht zwar nicht auf einem Redaktionsversehen iSe gesetzgeberischen Erklärungsirrtums;²⁹³⁸ der Gesetzgeber von 1897 wollte die Sperrfrist verlängern, er irrte aber über die Folgen seiner Anordnung und über die Konformität dieser Folgen mit seinen übrigen Regelungszielen.²⁹³⁹ Er irrte konkret darüber, dass durch die Fristverlängerung Verzichte und Vergleiche praktisch ganz unmöglich würden, was ausweislich

2935 Plastisch idZ *Engisch*, Einführung¹² 118: „*Naiv wäre es auch, jeder Rechtsnorm einen bestimmten Zweck zuordnen zu wollen. Es gibt nähere und entferntere, niedrigere und höhere Zwecke. Der Begriff des Zweckes ist elastisch und vielschichtig.*“

2936 *Engisch* (Einführung¹² 238) spricht von einem „*Widerstreit des positiven Rechts mit sich selbst*“ und nennt diese Widersprüche „*immanente Widersprüche der Rechtsordnung*“.

2937 Vgl allg zur Berichtigung gesetzgeberischer Fehler *Engisch*, Einführung¹² 223 ff. *Engisch* (aaO 193) stellt gesetzgeberische „Fehler“ den „Lücken“ gegenüber (wobei die Grenzen fließend sind und hier nicht weiter vertieft werden können) und fasst beide unter dem Begriff des „Mangels“ zusammen. Während die „Lücke“ durch „Rechtsergänzung“ *praeter legem* und *supplendi causa* korrigiert werde, könne der „Fehler“ durch „Gesetzesberichtigung“ behoben werden, wobei der Richter hier *contra legem* und *corrighendi causa* tätig wird. Vgl zu gesetzgeberischen Fehlern auch *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtslehre¹² Rz 827 mwN.

2938 Vgl *F. Bydlinki*, Methodenlehre² 393 mwN („*nachweisliche ‚Erklärungsirrtümer‘ der gesetzgebenden Organe, die einen anderen Wortlaut des Gesetzes beschlossen haben als sie wollten [...]*“).

2939 Vgl idZ *Larenz*, Methodenlehre⁶ 400, der dem Redaktionsversehen den Fall gegenüberstellt (teleologisch begründete Gesetzeskorrektur), dass die Gesetzesredakto-

der Regelungstechnik, des Regelungsmotivs und der ebenfalls angeordneten weiteren Wirksamkeitsvoraussetzungen für Verzichte und Vergleiche nicht der (insoweit abstrakteren) Absicht des Gesetzgebers entsprochen hat.

Es mag auf den ersten Blick vielleicht befremden, *de lege lata* nicht nur (wie bei einem Analogieschluss oder einer teleologischen Reduktion) den Gesetzeswortlaut, sondern darüber hinaus auch die „Absicht“ des Gesetzgebers zu „korrigieren“. Befremden muss das aber wie gesagt nur, soweit dadurch Eigenwertungen des Rechtsanwenders an die Stelle von Wertungen des Gesetzgebers gerückt zu werden drohen. Die Besonderheit der vorliegenden Konstellation besteht jedoch gerade darin, dass die gesetzgeberische Absicht (in Bezug auf die Einzelregelung) gleichsam „perplex“ ist. Maßstab der Korrektur ist hier nicht ein außerrechtliches Kriterium, etwa allgemeine (notwendigerweise subjektive) Sachlichkeits- oder Gerechtigkeitsserwägungen,²⁹⁴⁰ sondern die konkrete Absicht des Gesetzgebers, wenngleich auf einer höheren Abstraktionsstufe, nämlich die grundsätzliche Zulässigkeit von Verzichten und Vergleichen, die durch die Berücksichtigung von Anlagerinteressen (Umgehungsschutz) nicht zur Gänze ausgeschlossen werden soll. Diese „Absicht“ darf freilich nicht zum argumentativen „Platzhalter“ verkommen, sondern muss objektivierbar und nachweisbar sein, um eine Eigenwertung verlässlich auszuschließen. Im vorliegenden Fall ergibt sich die genannte Wertung nicht nur aus den Materialien zur Vorgängerregelung, sondern manifestiert sich (sogar) in Einzelregelungen des geltenden Rechts: So zeigt wie erwähnt die Beibehaltung einer zeitlichen Dispositionsbeschränkung und weiterer Wirksamkeitsvoraussetzungen für Verzichte und Vergleiche (HV-Zustimmung und Unterbleiben eines Widerspruchs), dass der Gesetzgeber kein absolutes Verfügungsverbot schaffen wollte. Da eine fünfjährige Sperrfrist aber ein solches Verfügungsverbot bewirkt, besteht ein Normwiderspruch²⁹⁴¹ mit den erwähnten Dispositionsbeschränkungen. Da diese die grundsätzliche Verzicht- und Vergleichbarkeit voraussetzen, verlieren sie (weitestgehend) ihren Anwendungsbereich, wenn Verzichte und Vergleiche schon durch die Sperrfrist ausgeschlossen werden. Der Maßstab der hier vertretenen Korrektur ist damit unmittelbar im Gesetz angelegt; eine Eigenwertung droht nicht. Die Korrektur verhilft vielmehr in „denken-

ren sich nicht nur im Ausdruck vergriffen, sondern „vielmehr das Problem nicht bis zu Ende durchdacht [haben]“.

2940 *Engisch* (Einführung¹² 238, 247 und *passim*) spricht idZ von Widersprüchen mit transzendentalen Kriterien wie der Rechtsidee. Vgl allg abl *P. Bydlinski*, Grundzüge⁴ 114 f.

2941 Vgl zu dieser Spielart gesetzgeberischer „Fehler“ und ihrer Bereinigung etwa *Engisch*, Einführung¹² 225 ff; *Kramer*, Methodenlehre⁶ 179, 221 f und *passim*; *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 463 ff; *Larenz*, Methodenlehre⁶ 335; *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 6 ABGB Rz 165 ff; *Posch* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 6 Rz 28; *Kerschner/Kehrer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ §§ 6, 7 Rz 107 ff; *Potacs*, Rechtstheorie² 132 ff; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie¹² Rz 274, 770 ff und *passim*.

dem Gehorsam“²⁹⁴² der wahren Intention des Gesetzgebers zum Durchbruch und berücksichtigt dabei Sinn und Zweck der Normen.²⁹⁴³ Zusammenfassend sind gesetzgeberische Fehler wie der vorliegende mE *de lege lata* korrigierbar, wenn dadurch nur dem (nachweisbaren) Willen des Gesetzgebers Rechnung getragen wird. Da diese Voraussetzung erfüllt ist, bestehen mE keine methodologischen Bedenken gegen eine Gesetzesberichtigung durch korrigierende Anwendung des § 43 AktG.

Hat man eine Korrektur somit dem Grunde nach bejaht, stellt sich so gleich die (Folge-)Frage, auf welchen Zeitraum die Verzichts- und Vergleichssperre des § 43 AktG korrigierend anzuwenden ist. Mit Blick auf die Rechtsentwicklung liegt es nahe, die Sperrfrist auf einen Zeitraum von drei Jahren zu reduzieren, denn immerhin entsprach dies der Anordnung des Art 213d ADHGB 1884 vor der Fristverlängerung durch das dHGB 1897. Auch der deutsche Gesetzgeber von 1965 reduzierte die Sperrfrist wie erwähnt (wieder) auf drei Jahre, um zur Ermöglichung von Verzichten und Vergleichen den Rechtszustand des ADHGB 1884 wiederherzustellen. Geht es aber nur darum, die planwidrige Unmöglichkeit von Verzichten und Vergleichen zu korrigieren, würde irgendeine Verkürzung der Sperrfrist (etwa auf vier Jahre) bereits genügen. Die Rückkehr zum vorherigen Rechtszustand ist keineswegs zwingend. Vielmehr kommt es (unter Beibehaltung der typisierenden Regelungstechnik eines *tempus clausum*) darauf an, wie lange eine mehrheitliche Aktienveräußerung heute *typischerweise* dauert. Einen festen Anhaltspunkt dafür bieten im geltenden Recht wie erwähnt die beiden übrigen „Kautelarvorschriften“ (§ 40 Z 3 und § 45 Abs 1 AktG). Diese beiden Vorschriften enthalten (noch immer) ein zweijähriges *tempus clausum* (wie schon auf Grundlage des ADHGB 1884, wobei freilich auch diese beiden Fristen seit dem ADHGB 1884 nicht mehr an die tatsächlichen Gegebenheiten angepasst worden sein dürften). Das *tempus clausum* bildet jedoch nur *eine* Komponente der (ursprünglichen) Sperrfrist. Deshalb stellt sich (auch hier wieder) die Frage, ob der alte Gedanke des Art 213d ADHGB 1884, wonach Ersatzansprüche gegen Emittenten (Art 213b) nicht schon kurz nach dem Abschluss des schädigenden Geschäfts disponibel sein sollen und deshalb die Sperrfrist ein Jahr länger sein müsse als das *tempus*

2942 Vgl. Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz (1914) 51, zitiert nach Engisch, Einführung¹² 247 Fn 132.

2943 Vgl. insb. Engisch, Einführung¹² 247 mwN; vgl. iZm Redaktionsversehen auch Kramer, Methodenlehre⁶ 166 f (korrigierende Interpretation *contra verba legis*); Kerschner/Kehrer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ §§ 6, 7 Rz 101. Vgl. auch P. Bydliński, Grundzüge⁴ 116 f, wonach nachweisliche Tatsachenirrtümer des Gesetzgebers zu übergehen sind, weil in diesem Fall die Wertungsprerogative des Gesetzgebers nicht verletzt werde. Im vorliegenden Fall irrt der Gesetzgeber zwar nicht über Tatsachen, sondern (implizit) über seine eigene Wertung. Indem aber genau diese gesetzliche Wertung zum Maßstab der Korrektur gemacht wird, wird auch hier nicht in die Wertungsprerogative des Gesetzgebers eingegriffen.

clausum, bei einer Korrektur des geltenden Rechts noch zu berücksichtigen ist. Die Antwort auf diese Frage wurde oben²⁹⁴⁴ iZm dem Normzweck schon vorweggenommen (worauf im Übrigen verwiesen wird). Wie dort ausgeführt, war die erwähnte Wertung verfehlt und (mehrfach) wertungswidersprüchlich. Sie ist ab dem dHGB 1897 zwar offenbar in Vergessenheit geraten, doch kann dem Gesetzgeber gemäß dem allgemeinen Auslegungsgrundsatz²⁹⁴⁵ mangels konkreter Anhaltspunkte für eine entsprechende Regelungsabsicht (im Zweifel) nicht unterstellt werden, eine wertungswidersprüchliche Norm angeordnet (übernommen) zu haben. Ist daher die fragliche Wertung aus 1884 nicht mehr zu berücksichtigen und geht es nur noch um die Verhinderung von Umgehungen der Gründungsvorschriften aufgrund des präsumtiven Einflusses der Gründer auf die Geschicke der Gesellschaft während der ersten Zeit nach ihrer Entstehung, ist die Verzichts- und Vergleichsschranke des § 43 AktG in systematischem Einklang mit den korrespondierenden „Kautelarvorschriften“ (§ 40 Z 3 und § 45 Abs 1 AktG), denen als „Regelungspaket“ dieselbe Prämisse (*tempus clausum*) zugrunde liegt, nur auf einen Zeitraum von zwei Jahren ab Eintragung der Gesellschaft anzuwenden.

7. Fazit

Die Sperrfrist und das HV-Zustimmungserfordernis gem § 43 AktG schützen künftige Aktionäre vor nachteiligen Dispositionen durch die (präsumtiv noch von den Gründern beherrschte) Gesellschaft (Umgehungsschutz). Ursprünglich enthielt die Sperrfrist gem Art 213d ADHGB 1884 auch die Wertung, die Sperrfrist müsse ein Jahr länger sein als das *tempus clausum* (welches die typische Dauer des Aktienverkaufes repräsentiert), um zu verhindern, dass die Emittenten (vgl § 40 Z 3 AktG idgF) alsbald von ihrer Haftung entbunden werden können. Diese Wertung war indes verfehlt und ist seit dem dHGB 1897 nicht mehr weitergeführt worden, weshalb die Sperrfrist allein dem oben genannten Umgehungsschutz dient. Entgegen einem Teil der Lehre soll sie auch nicht Dispositionen zu einem Zeitpunkt verhindern, in dem die Schadensfolgen noch nicht absehbar sind.

§ 43 AktG ist anzuwenden auf alle Ansprüche gem §§ 39 bis 41 AktG und darüber hinaus *per analogiam* auf Ersatzansprüche gegen das kontoführende Kreditinstitut gem § 29 Abs 1 AktG (nicht jedoch Ansprüche gem § 42 AktG). Wird vor Ablauf der Sperrfrist ein Verzicht oder Vergleich (oder ein wirkungsgleiches Geschäft) abgeschlossen, ist das Geschäft unheilbar

²⁹⁴⁴ S oben S 686 ff.

²⁹⁴⁵ Vgl nur F. Bydlinski, Methodenlehre² 444 f, 457 ff; Kramer, Methodenlehre⁶ 123 ff; Kerschner/Kehrer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ §§ 6, 7 Rz 26; s oben Fn 2800.

nichtig. Ohne Zustimmung durch die HV ist das Geschäft schwebend unwirksam.

Allerdings sind Dispositionen wegen der gleichlaufenden Verjährungsfrist (§ 44 AktG) ohnehin praktisch kaum möglich, was nachweislich nicht dem gesetzgeberischen Willen entspricht. Daher ist die Sperrfrist des § 43 AktG korrigierend (Gesetzeskorrektur *de lege lata*) im Einklang mit § 40 Z 3 und § 45 Abs 1 AktG nur auf die ersten zwei Jahre nach Eintragung der Gesellschaft (*tempus clausum*) anzuwenden. *De lege ferenda* könnte die Sperrfrist gem § 43 AktG als typisierender²⁹⁴⁶ Regelungsmechanismus überhaupt überdacht werden oder – wollte man eine typisierende Norm mit Hinweis auf ihre leichtere Anwendbarkeit und den daraus resultierenden Rechtssicherheitsgewinn prinzipiell beibehalten – zumindest überprüft werden, ob die Typisierung die faktischen Gegebenheiten (noch) angemessen reflektiert (insb was die Tatsache und Dauer eines typischen Aktienabverkaufs nach der Gründung betrifft). Gleiches müsste dann konsequenterweise für die anderen beiden Kautelarovorschriften (§ 40 Z 3 und § 45 Abs 1 AktG) gelten, die ebenfalls (seit dem ADHGB 1884) typisierend auf ein zweijähriges *tempus clausum* zwecks Trennung der rechtlichen von der wirtschaftlichen Selbst-

2946 Die Regelung ist in mehrerlei Hinsicht typisierend (vgl allg zu diesem Normtyp der „strikten Ordnungsvorschriften“ Canaris, Die Feststellung von Lücken 192 f mwN; vgl speziell zu den Problemen einer Typisierung im Aktienrecht zB Nicolussi, Satzungsstrenge 45 ff und die dortigen weiterführenden Nw). Zunächst setzt sie gemäß dem gesetzlichen Leitbild der AG als börsennotierte Publikumsgesellschaft einen Börsegang voraus, obwohl börsennotierte AG heute nur einen kleinen Anteil aller AG ausmachen. Dass das *tempus clausum* ein Inverkehrbringen der Aktien über die Börse impliziert, geht aus dem Gesetz zwar nicht eindeutig hervor, ergibt sich aber aus zahlreichen Referenzen der Motive zum ADHGB 1884 (vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 447). Aus demselben Grund wäre schon *de lege lata* eine teleologische Reduktion auf börsennotierte AG zumindest überlegenswert (allg zur teleologischen Reduktion von zwingenden Einzelnormen für Realtypen der AG etwa Nicolussi, Satzungsstrenge 57 f). Die Sperrfrist abstrahiert auch hinsichtlich der Dauer des Inverkehrbringens der Aktien. Weiters pauschaliert sie das Gesetz wie erwähnt auch insofern, als es das historisch allein durch § 40 Z 3 AktG bedingte zusätzliche „Sperrjahr“ bei allen § 43 AktG unterliegenden Ersatzansprüchen aufschlägt. Schließlich scheint auch die Wertung des Reformgesetzgebers revisionswürdig, dass ein Verzicht oder Vergleich *während* der Sperrfrist nur dann im Gesellschaftsinteresse liegen kann, wenn er der Überwindung der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung des Ersatzpflichtigen dient (vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 453 Isp). Denn es gibt wohl (gerade bei börsennotierten AG) viele weitere Fälle, in denen eine gütliche Streitbeilegung allen Beteiligten nützen kann. Vgl bereits Esser, Entwurf 35; vgl auch AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 132 (iZm der Verkürzung der allg Sperrfrist gem § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG): „Für eine Verkürzung der Frist spricht ferner, daß ein Verzicht oder Vergleich auch im Interesse der Gesellschaft liegen kann, weil er einen ungewissen Schwebezustand beendet. Es besteht kein Anlaß, der Gesellschaft den Verzicht auf den Vergleich [sic] praktisch unmöglich zu machen.“

ständigkeit der Gesellschaft (infolge des Inverkehrbringens der Aktienmehrheit) abstellen.

B. Minderheitenschutz als Korrektiv für die Haftungskonzentration

Der Reformgesetzgeber von 1884 gewährte einer Aktionärsminderheit von 20% des Grundkapitals das Recht, die Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft gegen deren Organmitglieder zu verlangen (Art 223 ADHGB 1884). Zur Absicherung gegen Mehrheitsdispositionen über geltendzumachende Ansprüche gab er derselben Minderheit das korrespondierende Recht, Verzichte und Vergleiche der Gesellschaft durch Widerspruch zu verhindern (Art 213d ADHGB 1884). Bevor näher auf diese Rechte eingegangen wird, soll zum besseren Verständnis ein Blick auf das gesetzliche Schutzkonzept geworfen werden. Dazu ist abermals²⁹⁴⁷ (diesmal aber vertiefender) eine Rückschau auf die deutsche Aktienrechtsreform von 1884 zweckmäßig, weil die genannten Vorschriften erstmals mit dieser Reform geschaffen wurden.

1. Regelungsinhalt und Entwicklung seit dem ADHGB 1884

Das Verfolgungs- und Widerspruchsrecht einer Aktionärsminderheit lässt sich am besten durch einen vergleichenden Blick auf die vorherige Rechtslage verstehen: Das ADHGB 1861 enthielt noch keine geschriebenen Minderheitenrechte. Trotzdem war im Schrifttum bereits anerkannt, dass sich die Rechte der Aktionäre nicht in der Ausübung jener Befugnisse erschöpfen, die ihnen gemeinsam mit den übrigen Aktionären in der Generalversammlung (nach heutiger Diktion: Hauptversammlung) zustehen.²⁹⁴⁸ Neben diesen *Mitgliedschaftsrechten* hatte sich eine Reihe weiterer Aktionärsrechte herausgebildet, die unabhängig vom Willen der übrigen Aktionäre ausgeübt und nicht durch Mehrheitsbeschluss entzogen werden konnten. Die Reform von 1884 setzte bei der Einsicht an, dass über den Umfang und Inhalt dieser in der Lehre entwickelten Rechte kein Einverständnis bestand.²⁹⁴⁹ Diese Rechte ließen sich in zwei Klassen unterteilen, nämlich in die (eigentlichen) *Sonderrechte* und die *Individualrechte* (die zT ebenfalls als Sonderrechte bezeichnet wurden).²⁹⁵⁰ Den Unterschied sah der Reformgesetzgeber in den

2947 S schon die Einführung im einleitenden Kap zum Prinzip der Haftungskonzentration.

2948 Vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 466 und die dortige Literaturübersicht; vgl auch *Bondi*, Rechte der Aktionäre 121 ff mwN.

2949 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 466.

2950 Vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 466 lSp mwN; vgl auch *Skerlj*, GmbHG² (1909) § 48 Anm I (S 70): „Sonderrechte einer Minorität von Gesellschaftern“.

jeweils wahrgenommenen Interessen: Sonderrechte seien vermögensrechtlichen Inhalts, wobei die Gesellschaft dem berechtigten Aktionär als Verpflichtete gegenüberstehe (zB beim Dividendenanspruch), dagegen solle der Aktionär bei der Ausübung von Individualrechten „*Träger und Vertreter des Gesamtwillens der Aktionäre sein und nicht vermögensrechtliche Ansprüche zu eigenem Vortheile gegen die Gesellschaft, sondern Rechte der Gesellschaft Namens und im Interesse derselben verfolgen.*“²⁹⁵¹ Von den Sonderrechten unterschieden sich die Individualrechte also dadurch, dass sie (wie die Mitgliedschaftsrechte) nicht dem Eigenwohl der Aktionäre, sondern dem Gesellschaftsinteresse dienten.²⁹⁵² Damit wird nach der gesetzlichen Konzeption zugleich das Einzelinteresse mitgeschützt.²⁹⁵³ Dementsprechend fungierten die Aktionäre in dieser Funktion als „*außerordentliches Organ*“ der Gesellschaft (insb bei der Willensbildung).²⁹⁵⁴ Diese Interessenausrich-

2951 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 466.

2952 Vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 466. In den Verhandlungen der Aktienrechtskommission (abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 346) wurde besonders hervorgehoben, dass es sich nicht um „*Sonder- oder Individualrechte der einzelnen Aktionäre*“ handle, sondern um „*Rechte der Gesellschaft, welche nur Namens derselben, wie eine Popularklage, von dem Einzelnen oder von einer gewissen Minderheit ausgeübt würden.*“ Vgl auch Hommelhoff in Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 53 (99).

2953 Vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 466 („*um dadurch zugleich ihr eigenes Recht zu schützen*“). Mit dieser Typisierung wurde (implizit) ausgeschlossen, dass Einzelaktionäre auch vom Gesellschaftswohl divergierende berechnete Interessen haben können (vgl idZ etwa Klein, Entwicklungen 48). Vgl Hommelhoff in Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 53 (100); krit und instruktiv auch Fischer in Ehrenberg, Handbuch III (1916) 200 f: „*Die Aufgabe der aktienrechtlichen Minderheitsrechte besteht nicht darin, die Macht der Mehrheit als solcher zugunsten der Minderheit zu beschränken, vielmehr darin, die Mehrheit zu verhindern, in unlauterer Weise von ihrer Macht zum Schaden der Korporation Gebrauch zu machen. Die Rechtsordnung gibt in gewissen Fällen der Minderheit das Übergewicht, weil voraussichtlich so die Interessen der Korporation besser wahrgenommen werden; das Ziel der Minderheitsrechte ist der Schutz der Korporation durch die Minderheit. Auf einem anderen Gesichtspunkt beruhen diejenigen Minderheitsrechte, die der Minderheit um ihrer selbst willen gewährt werden; neben der Mehrheit soll auch die Minderheit einen Einfluß auf die Gesellschaftsangelegenheiten besitzen.*“ Vgl idZ krit auch Klein, Entwicklungen 45: „*Sie schützen ihrer dogmatischen Idee nach die Mehrheit gegen Selbstbeschädigung, nicht die Minderheit gegen Schädigungen durch die Mehrheit.*“

2954 Vgl Klein, Entwicklungen 45: „*Die Befugnisse, welche die Minderheit besitzt, sind ihr fast ausnahmslos als außerordentlichem, ausnahmsweisem ‚Körperschaftsorgan‘ verliehen. Sie soll eine Art Not- und Aushilfsvertretung sein: wenn alle geborenen und gekorenen Vertreter der Gesellschaft ihre Pflicht versäumen, mag zum Schlusse die Minderheit einspringen.*“ Vgl auch Bondi, Rechte der Aktionäre 143 f: „*Wo der Minderheit durch Gesetz oder Satzung Handlungen übertragen sind, die sonst den Organen des Verbandes oder der Mehrheit zustehen und Handlungen der Minderheit unmittelbar dem Verbande zugerechnet werden, muß der Minderheit wohl die*

tung eint die Individualrechte mit den oben erwähnten Mitgliedschaftsrechten. Von diesen unterscheiden sie sich aber wiederum durch ihr Verhältnis zur Generalversammlung: Während Mitgliedschaftsrechte die Aktionäre im Rahmen der „regelmäßigen Organisation der Gesellschaft“²⁹⁵⁵ auf eine „*antheilige Mitwirkung verweisen*“²⁹⁵⁶, sollten sie durch Individualrechte den „*Willen und [das] Recht der Gesellschaft selbständig und unabhängig von der Generalversammlung geltend machen können*.“²⁹⁵⁷

Die Reformbestrebungen waren vielfach auf eine Erweiterung der Individualrechte gerichtet:²⁹⁵⁸ Eingefordert wurden etwa Rechte des Einzelaktionärs auf Einberufung der Generalversammlung, Anfechtung von Beschlüssen, Beantragung einer Untersuchung der Geschäftslage und auf Verfolgung der Ansprüche der Gesellschaft gegen Verwaltungsorgane. Dagegen hatte die Praxis eine Ausdehnung der Individualrechte als schädlich abgelehnt.²⁹⁵⁹ Auch der Reformgesetzgeber von 1884 erachtete eine Ausdehnung als unzweckmäßig. Grundsätzlich müsse man nämlich davon ausgehen, dass die Gesellschaftsorgane rechtmäßig handeln und auch die Generalversammlung nicht die Sonderinteressen einzelner Aktionäre, sondern das Interesse des Ganzen verfolgt, andernfalls man besser an der Abschaffung der gesamten

Organeigenschaft und somit ihrem Willen die Eigenschaft des Verbandswillens zuerkannt werden. Daher muß z.B. die Minderheit, welche selbst die Versammlung beruft oder namens des Verbandes Ansprüche geltend macht (§§ 268 ff. DHGB.), als Verbandsorgan angesehen werden.“ Vgl auch aaO 253 f iZm der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen. Vgl auch Brodmann, Aktienrecht (1928) § 268 Anm 1 (S 396); ähnlich K. Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften II (1904, Neudruck 1964) 278: „*Stellung eines Körperschaftsorgans für diese Angelegenheit*“. Vgl zur GmbH HHB I 272 BlgHH 17. Session 1905 12: „*Der Gesetzgeber muss daher die Bahn frei machen für die Initiative auch einer bloßen Minderheit der Gesellschafter, der gewisse sozusagen konstitutionelle Rechte eingeräumt werden müssen, Rechte, vermöge deren sie in gewissen Fällen als außerordentliches Organ im Interesse der Gesellschaft einzutreten die Macht hat, wenn die ordentlichen Organe versagen [...]*“.

2955 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 471 rSp.

2956 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 466 rSp.

2957 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 466 rSp. Während die Mitgliedschaftsrechte also maW die Stellung des Aktionärs (bzw einer Aktionärsminorität) als Teil des (ordentlichen) Willensbildungsorgans „Generalversammlung“ durch die Einberufung, Ergänzung der Tagesordnung und qualifizierte Beschlussquoten stärken, stellen die Individualrechte ihn als „außerordentliches Willensbildungsorgan“ der Generalversammlung gleichberechtigt gegenüber. Damit leiten sich die Individualrechte nicht aus dem Recht der Generalversammlung, sondern unmittelbar aus der Aktionärsstellung ab.

2958 Referierend AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 466 rSp.

2959 Vgl die Nw in der AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 466 rSp.

Rechtsform täte.²⁹⁶⁰ In den Individualrechten sah der Gesetzgeber primär eine Gefahr für das Funktionieren der Gesellschaft, weshalb er sie nur ausnahmsweise, soweit eine Gefahr ausgeschlossen schien, zulassen wollte.²⁹⁶¹ Diese Skepsis²⁹⁶² bewog den Reformgesetzgeber dazu, schließlich (nur) drei Individualrechte „in gewisser Beschränkung“²⁹⁶³ zuzulassen.²⁹⁶⁴ das Recht auf (i) Anfechtung gesetz- oder statutenwidriger Beschlüsse (Art 222 iVm Art 190a f), (ii) auf Verfolgung der Ansprüche der Gesellschaft aus der Gründung und Geschäftsführung (Art 223) und (iii) auf Untersuchung von Gesellschaftshergängen (Art 222a).²⁹⁶⁵ Wie schon erwähnt,²⁹⁶⁶ waren außerdem Verzichte und Vergleiche auf Ersatzansprüche aus dem Gründungshergang zwecks Absicherung des Minderheitsverlangens (Art 223 ADHGB 1884)

2960 Vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 466 rSp; vgl auch schon Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 253 f.

2961 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 466 rSp. Angesichts der dramatischen Worte der Motive scheinen sich die Entwurfsverfasser an die warnenden Stimmen aus der Praxis gehalten zu haben: „Jede Ausdehnung sogenannter Individualrechte ist eine Gefahr für die Organisation und das gesunde Funktionieren der Gesellschaft. Sie lähmt die Energie und eine verantwortliche Thätigkeit von Vorstand und Aufsichtsrath, scheucht die tüchtigeren Elemente aus denselben zurück und nimmt den Aktionären das Interesse, ihren Einfluß durch Ausübung der Mitgliedschaftsrechte, auf welche sie eigentlich angewiesen sind, zu gewinnen.“ Vgl auf dieser Linie auch noch die Denkschrift zum (nie in Kraft getretenen) österreichischen AktG-Entwurf idF Dezember 1900 (ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420 [S 18]).

2962 Vgl auch Hommelhoff in Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 53 (97).

2963 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 467 lSp.

2964 Als Ausgleich für seine vorsichtige Zurückhaltung bei den Individualrechten schickte sich der Reformgesetzgeber an, die Mitgliedschaftsrechte zu stärken (s auch Fn 2961 aE). Vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 471 rSp: „Je vorsichtiger hiernach der Entwurf in der Zulassung von sogenannten Individualrechten ist, welche eine Abweichung von der regelmäßigen Organisation der Gesellschaft enthalten, desto mehr muß er darauf Bedacht nehmen, daß dem Aktionär ausreichende Mittel zu Gebote stehen, die Mitgliedschaftsrechte, welche ihm gesetz- und statutenmäßig gebühren, in der Generalversammlung auszuüben.“ So wurde die Schwelle für die Einberufung einer Generalversammlung von 10% (vgl zuvor Art 237 Abs 2 ADHGB 1861) auf 5% gesenkt. Zudem wurde derselben Minderheit das Recht zur Ergänzung der Tagesordnung gewährt. Vgl idZ auch Hommelhoff in Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 53 (100), der von „Hilfsrechten“ zur Absicherung der Mitverwaltungsrechte spricht.

2965 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 467; vgl dort auch S 448: „Die letzteren [sc die Aktionäre] mögen dafür sorgen, daß der Gesellschaftsanspruch geltend gemacht wird, und hierbei schützt der Entwurf durch Gewährung der noch zu erörternden Individualrechte die Minderheit gegen eine unberechtigte Vergewaltigung.“

2966 Dazu schon näher oben S 90 ff iZm dem Prinzip der Haftungskonzentration.

insb nur dann zulässig, wenn nicht eine Minderheit Widerspruch erhob (Art 213d ADHGB 1884).

Das Recht auf Beschlussanfechtung war jedoch kein Novum, sondern musste, wie die Motive selbst konzedieren, „*schon jetzt als bestehendes Recht angesehen werden*.“²⁹⁶⁷ Die beiden anderen Rechte waren zwar neu, konnten aber bei genauerem Hinsehen nicht als echte Individualrechte im obigen Sinn bezeichnet werden. Denn sie standen nicht jedem einzelnen Aktionär zu, sondern nur einer Aktionärsminorität von 10% (Art 222a) bzw 20% (Art 223) des Grundkapitals (so auch Art 213d als Absicherung für Art 223). Die Zusammenfassung dieser Rechte in den Motiven unter der Bezeichnung „*Individualrechte*“²⁹⁶⁸ war dennoch kein Feigenblatt, sondern ein durchaus ernst gemeinter Kompromiss zwischen der rechtspolitisch geforderten Erweiterung (echter) Individualrechte auf der einen Seite und der von den Entwurfsverfassern befürchteten „*Gefahr für die Organisation und das gesunde Funktionieren der Gesellschaft*“²⁹⁶⁹ auf der anderen Seite.²⁹⁷⁰ Diesem Kompromiss ent-

2967 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 467 mwN; vgl auch die Verhandlungen der Aktienrechtskommission, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 347, wo es Unterstaatssekretär a.D. *Jacobi* sogar für bedenklich hielt, das Anfechtungsrecht (wiewohl geltendes Recht) jedem einzelnen Aktionär zu gewähren, weil dadurch Schädigungen der Gesellschaft zu befürchten seien. Vgl referierend *Hommelhoff* in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 53 (97); vgl auch *Fischer in Ebrenberg*, Handbuch III (1916) 196. Vgl idZ auch die Denkschrift zum (nie in Kraft getretenen) österreichischen AktG-Entwurf idF Dezember 1900 (ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420 [S 18]).

2968 Vgl die Abschnittsüberschrift in der AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 465.

2969 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 466 rSp.

2970 Vgl *Bondi*, Rechte der Aktionäre 138 (s noch Fn 2972); s auch noch die Nw in Fn 2973; krit *Renaud*, Busch's Archiv 45 (1884) 169 (298 ff), wonach das Verfolgungsrecht nicht weniger schädlich sei als die vom Gesetzgeber abgelehnte Einzelklagebefugnis. Interessanterweise wendet sich die Kritik *Renauds* nicht auch gegen das Widerspruchsrecht derselben Minorität („*erscheint als wohl gerechtfertigt*“). Es sei nämlich etwas anderes, ob Verzichte und Vergleiche auf bzw über Ersatzansprüche verhindert würden, oder aber die Geltendmachung dieser Ansprüche beschlossen werde. Würden die Ersatzansprüche der Gesellschaft nur erhalten, so könne sich früher oder später eine Generalversammlung finden, die deren Geltendmachung mit einfacher Stimmenmehrheit beschließt und auch die Gläubiger könnten im Wege der Zwangsvollstreckung oder im Konkurs auf diese Ansprüche zugreifen. Das Verfolgungsrecht einer Minorität sei dagegen geeignet, „*die Besetzung von Vorstand und Aufsichtsrath durch tüchtige Kräfte zu erschweren*.“ Diese Kritik würdigt mE aber nicht ausreichend, dass das Widerspruchsrecht nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers gerade als gezielte Absicherung des Verfolgungsrechts fungiert. Auf eine Veränderung der Gesellschafterstruktur, den guten Willen einer neuen Mehrheit oder die Initiative der Gesellschaftsgläubiger (die auch nur tätig werden, wenn sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können, was den Aktionären dann gar nicht mehr zugutekommt) soll die Minorität eben gerade nicht angewiesen sein.

spricht es auch, dass die Rechte auf Revisorenbestellung und Verfolgung von Gesellschaftsansprüchen nicht nur als qualifizierte Mehrheitsquoten, dh als Verstärkung der Mitgliedschaftsrechte konzipiert sind.²⁹⁷¹ Diese Rechte sind zwar ihrer äußeren Erscheinung und ihren Ausübungsvoraussetzungen nach (wie viele Mitgliedschaftsrechte) bloße Minderheitenrechte, ihrem Wesen und ihrer Rechtswirkung nach aber (echte) Individualrechte.²⁹⁷² Über die richtige Bezeichnung für diese janusköpfige Konzeption wurde viel diskutiert,²⁹⁷³

2971 So schon *Behrend*, Lehrbuch I (1886) 799; vgl auch *Brodmann*, Aktienrecht (1928) § 250 Anm 2a (S 303 f), wonach dies die Struktur des rechtlichen Zusammenhangs verkennen würde. Der Unterschied sei: „in letzterem Fall [sc bei dem qualifizierten Mehrheitsquorum] [die] Temperierung der Mehrheitsgewalt, im gegenwärtigen [sc bei den Individualrechten] ihre grundsätzliche Ablehnung, dort negative Auswirkung, Hemmung, hier positiver Eingriff durch eine Aktie oder durch die zusammengekommene Kraft mehrerer, weniger Aktien.“ AA aber wohl *Makower*, HGB § 250 Anm I. a. (S 545); abw wohl auch *Fischer* in *Ehrenberg*, Handbuch III (1916) 133, 199.

2972 Diese Zwitterstellung zeigt sich in den argumentativ sorgfältig abwägenden Motiven zur Ausgestaltung des Verfolgungsrechts. Vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 469 f; vgl auch S 471 zum Recht auf Revisorenbestellung: „Der Entwurf (Art. 222a) hat deshalb zwar die Herbeiführung einer Untersuchung als Individualrecht zugelassen, aber nicht für jeden Aktionär [...]“. Plastisch ist auch die Beschreibung bei *Bondi* (Rechte der Aktionäre 138): „Diese Rechte werden dem Wesen der Gesellschaft nach als Rechte angesehen, die jedem Mitgliede zukommen sollten; aber die Gefahr von Erpressung und Schikane lasse es im Interesse der Gesamtheit ratsam erscheinen, diese Rechte nicht einem einzelnen, sondern nur einem bestimmten Bruchteile der Mitglieder zukommen zu lassen, während bei ausschließlicher Bestimmung durch die Generalversammlungsmehrheit die Gefahr der Unterdrückung der Minderheit zu groß sei; die Minderheitsrechte stellten daher ein [sic] Kompromiß dar.“ Vgl auch *Brodmann*, Aktienrecht § 268 Anm 1 (S 396), wonach mit der Ausgestaltung des Minderheitsverlangens als Individualrecht in Einklang stehe, „daß in § 270 geradezu das Recht der Minderheit zu einem Sonderrecht umgestaltet ist.“ Angesprochen ist damit wohl, dass nach § 270 dHGB 1897 Verzichte auf und Vergleiche auf bzw über Ansprüche, deren Verfolgung die Minderheit verlangt hat, nicht ohne ihre Zustimmung beschlossen werden können. Vgl idZ auch *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 100 („verkürzte Individualrechte“).

2973 Die Janusköpfigkeit dieser Rechte wurde in der zeitgenössischen Lit unterschiedlich beurteilt, wobei sich die Kritik zumindest zT auf die Terminologie bezog (vgl *Brodmann*, Aktienrecht [1928] § 250 Anm 2. a) [S 303]: „Hier herrscht unausgetragener Streit. Schon die Terminologie ist völlig in Unordnung.“; *Behrend*, Lehrbuch I [1886] 799: „nicht glücklich gewählten Bezeichnung der Individualrechte“). *Brodmann* (Aktienrecht [1928] § 250 Anm 2.a) [S 303], § 268 Anm 1 [S 396]) lehnte die Gegenüberstellung von Individual- und Mitgliedschaftsrechten in der AmtlBegr ab. Vielmehr seien die Mitgliedschaftsrechte als Oberbegriff in *Verwaltungsrechte* und die *Vermögensbeteiligung* zu untergliedern, wobei sich innerhalb der Ersteren wiederum *Individualrechte* und *Samtrechte* gegenüberstünden (ähnlich *Makower*, HGB¹² [1898] § 250 Anm I. a. [S 545]). Im Gegensatz zu den – die Regel bildenden – Samtrechten sei der Einzelne bei Individualrechten nicht auf den Mehrheitswillen angewiesen, sondern könne unabhängig davon in die Geschäftsführung eingreifen. Innerhalb der Individualrechte sei dann zwischen *starken* und *abgeschwächten* In-

doch das soll hier nicht weiter thematisiert werden. Bedeutsam ist die gesetzliche Konzeption vor allem für das richtige Verständnis der Ausübungsvoraussetzungen und der Rechtswirkungen der durch die Reform von 1884 eingeführten Rechte (wie auch immer man sie begrifflich einordnen will). Insgesamt war der Vorstoß der Aktienrechtsreform auf dem Gebiet des Individual- und Minderheitenschutzes wegen der restriktiven Grundhaltung des Gesetzgebers eher bescheiden.²⁹⁷⁴ Gleichwohl wurden die damals geschaffenen Rechte wiederholt rezipiert und gehören heute zum geltenden Aktien- und GmbH-Recht.²⁹⁷⁵ Die Konzeption und die Erwägungen des Reformgesetzgebers verdienen daher auch noch bei der Auslegung der geltenden Bestimmungen Beachtung.

Die Entwicklung seit dem ADHGB 1884 ist schnell skizziert:²⁹⁷⁶ Das Minderheitsverlangen gem Art 223 ADHGB 1884 war durch das Widerspruchsrecht gem Art 213d ADHGB 1884 nur unzureichend abgesichert. Denn während sich das Verlangen auf alle Ersatzansprüche bezog, erfasste

dividualrechten zu unterscheiden, je nachdem ob jede einzelne Aktie, oder nur mehrere Aktien zusammen als Anteil des Grundkapitals berechtigt sind. Als starkes Individualrecht sehe das Gesetz nur das Anfechtungsrecht vor. Abgeschwächte Individualrechte seien insb die Rechte auf Revisorenbestellung und Geltendmachung von Gesellschaftsansprüchen. Gegen die Einordnung als Minderheitsrecht spreche insb der Umstand, dass der Antrag auf Rechtsverfolgung in der Generalversammlung auch in dem Fall als abgelehnt zu betrachten sei, dass die Minderheit 10% des Grundkapitals erreicht. Ähnlich betonte *Goldschmit* (Aktienrecht [1932] § 268 Anm 8 [S 185]), dass das Minderheitsverlangen gem § 268 dHGB 1897 *mehr* als ein einfaches Minderheitsrecht sei und man es als ein „*Individualrecht der Minderheit*“ betrachten dürfe. Vgl auch *Ring*, ADHGB (1886) Art 223 Anm 3 (S 482): „*anomale[s] Recht*“; *Koenige*, HGB² (1929) § 269 Anm 1 (S 489): „*Sonderrecht*“; *Puchelt*, ADHGB⁴ (1893) Art 223 Anm 1 (S 574): „*Individualrecht*“. Auch *Bondi* (Rechte der Aktionäre 110 ff) lehnte die Bezeichnung als (beschränkte) „*Individualrechte*“ ab. Er unterschied stattdessen innerhalb der Kategorie der Minderheitsrechte zwischen „*passiven Minderheitsrechten*“ (erhöhte Beschlussmehrheiten) und „*aktiven Minderheitsrechten*“. Letztere gewährten der Minderheit über die bloße Verhinderung von Mehrheitsbeschlüssen hinaus das Recht, „*in gewissen Fällen begehrend aufzutreten, ohne auf den guten Willen der Mehrheit angewiesen zu sein*“ (aaO 137). Die Verwechslungsgefahr der neuen Rechte mit (bloß) qualifizierten Mehrheitserfordernissen werde durch die Unterscheidung aktiver und passiver Minderheitsrechte beseitigt, sodass es der Bezeichnung als (eingeschränkte oder abgeschwächte) Individualrechte nicht bedürfe (aaO 138 Fn 214).

2974 Der Sektionschef des österreichischen Justizministeriums, *Franz Klein*, beschrieb die offenkundig von minderheitsfeindlichen Tendenzen gezeichnete Reformepoche gar als eine Zeit, „*der das Mehrheitsprinzip etwas Heiliges war und die deshalb im Hervorkehren besonderer Minderheitsinteressen vorerst immer Schikane, Erpressung oder ähnliches witterte.*“ (*Klein*, Entwicklungen 47; vgl auch *Hommelhoff* in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 53 [99 f]). Nach *Hommelhoff* (in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 53 [102]) verdient die Reform von 1884 für die diesbezgl Zurückhaltung Kritik, zumal jene auch im geltenden Recht noch „Spätfolgen“ zeitige.

2975 Vgl auch *Hommelhoff* in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 53 (102).

2976 S zum Folgenden noch näher unten S 755 ff.

das Widerspruchsrecht nur Ersatzansprüche aus dem Gründungsstadium. Der Gesetzgeber des dHGB 1897 versuchte diese Lücke durch die Schaffung des § 270 dHGB 1897 zu schließen. Demnach konnte die Gesellschaft auf einen Anspruch (auch aus der laufenden Geschäftsführung), dessen Geltendmachung die Minderheit verlangt hatte, nur verzichten oder sich darüber vergleichen, wenn von den Minderheitsaktionären so viele „zustimmen“, dass die übrigen nicht (mehr) die erforderliche Schwelle erreichen. Die Lückenschließung gelang jedoch nur teilweise, weil § 270 dHGB 1897 nur Dispositionen *nach* Ausübung des Minderheitsverlangens erfasste, obwohl die Minderheit auch gegen vorherige Dispositionen geschützt werden muss. Das Widerspruchsrecht des Art 213d ADHGB 1884 hatte der Gesetzgeber als § 205 dHGB 1897 übernommen. Zugleich erleichterte er die Ausübungsvoraussetzungen der Minderheitenrechte, indem er die Schwelle des Minderheitsverlangens (§ 268 dHGB 1897) von 20% auf 10% des Grundkapitals senkte und auch für die neugeschaffene, korrespondierende Absicherung gem § 270 dHGB 1897 nur eine Beteiligung von 10% des Grundkapitals verlangte. Der Gesetzgeber verabsäumte indessen, auch die Schwelle des gründungsrechtlichen Widerspruchsrechts (§ 205 dHGB 1897) entsprechend herabzusetzen – sie betrug weiterhin 20% des Grundkapitals. Der Aktiengesetzgeber von 1937/1938 übernahm die Minderheitenrechte des dHGB 1897: das gründungsrechtliche Widerspruchsrecht (§ 205 dHGB 1897) als § 43 AktG, das Minderheitsverlangen (§ 268 dHGB 1897) als § 122 AktG und das Erfordernis der Minderheitenzustimmung bei Dispositionen nach ausgeübtem Minderheitsverlangen (§ 270 dHGB 1897) als § 124 AktG. Darüber hinaus „duplizierte“ er die gründungsrechtlichen Verfügungsbeschränkungen des § 205 dHGB 1897 (Sperrfrist²⁹⁷⁷, HV-Zustimmung und fehlender Widerspruch einer Minderheit) in den allgemeinen Haftungstatbestand des § 84 AktG (ehemals § 241 dHGB 1897) als § 84 Abs 4 Satz 3 AktG. Dabei saß der Aktiengesetzgeber allerdings dem Irrtum auf, dass diese Verzichts- und Vergleichsbeschränkungen schon dem damals geltenden Recht entsprochen hätten, während solche Beschränkungen mit § 205 dHGB 1897 tatsächlich nur im Gründungsrecht galten.²⁹⁷⁸ Gleichwohl schloss der Gesetzgeber durch die Verallgemeinerung des Widerspruchsrechts (freilich insoweit versehentlich) jene Minderheitenschutzlücke, die von Art 213d ADHGB 1884 offengelassen worden war und wie erwähnt auch durch § 270 dHGB 1897 nur zum Teil geschlossen wurde. Denn nun war das Minderheitsverlangen auch gegen vorherige (vor Ausübung des Verlangens beschlossene) Dispositionen über Ersatzansprüche aus der laufenden Geschäftsführung abgesichert – aller-

2977 S zur Systemwidrigkeit der (allg) Sperrfrist in § 84 Abs 4 Satz 3 AktG noch auf unten S 1022 ff.

2978 Vgl AmtlBegr AktG 1937/1938 181 (abgedr auch bei *Klausing*, AktG 72): „*Verzichte und Vergleiche der Gesellschaft auf entstandene Ersatzansprüche sind, wie nach geltendem Recht, nur unter erschwerten Bedingungen zulässig.*“

dings wieder nur unzureichend, weil der Gesetzgeber von 1937/1938 mit § 205 dHGB 1897 auch die überhöhte Beteiligungsschwelle iHv 20% des Grundkapitals (statt 10%) in § 84 Abs 4 Satz 3 AktG mitübernahm. Der deutsche Aktiengesetzgeber von 1965 bereinigte diese verworrene Rechtslage dadurch, dass er § 124 dAktG 1937 strich und die Schwellen der Widerspruchsrechte (§ 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 dAktG 1937) im Einklang mit dem Minderheitsverlangen auf 10% des Grundkapitals senkte. Dagegen befindet sich das österreichische Aktienrecht noch immer auf dem Stand des AktG 1937/1938 (vgl § 43, § 84 Abs 4 Satz 3, § 134, § 136 AktG idgF).

In den folgenden Kapiteln werden die Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen des Minderheitsverlangens und des Widerspruchsrechts näher beleuchtet. Dabei werden sich die Erkenntnisse über die (historische, aber immer noch gültige) dogmatische Konzeption der Minderheitenrechte als „eingeschränkte Individualrechte“ als nützlich erweisen. Der gewählte Forschungsschwerpunkt lenkt dabei den Fokus verstärkt auf das Widerspruchsrecht als gesetzliche Beschränkung der grundsätzlichen Verfügungsbefugnis der Gesellschaft über die Organmitgliedshaftung. Dabei wird es zunächst nötig sein, die Genese der Minderheitenschutzvorschriften nachzuvollziehen. Denn ihre Entwicklung ist, wie oben skizziert, durch Schutzlücken und unzulängliche Sanierungsversuche gekennzeichnet, die ein kaum durchschaubares Bündel von Schutzbestimmungen hervorgebracht haben. Im Anschluss an diese historische Aufarbeitung wird eine (neue) Lösung vorgeschlagen, die der Regelungsabsicht des historischen Gesetzgebers, das Minderheitsverlangen effektiv gegen Mehrheitseinflüsse abzusichern, systemkonform Rechnung tragen soll.

2. Das Minderheitsverlangen gem §§ 134 f AktG

Nach § 134 AktG kann eine Aktionärsminorität von 10% des Grundkapitals verlangen, dass die Gesellschaft bestimmte Ansprüche geltend macht, wenn diese nicht offenkundig unbegründet sind.²⁹⁷⁹ Erfasst sind Ansprüche (primär, aber nicht ausschließlich Schadenersatzansprüche)²⁹⁸⁰ der Gesellschaft gegen Aktionäre, gegen die nach den §§ 39 bis 41 und § 47 AktG verpflichteten Personen sowie gegen Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats aus der Geschäftsführung. Wurden in einem Prüfungsbericht²⁹⁸¹ Tatsachen festgestellt,

2979 Vgl zur (va seit dem UMAG 2005) abw deutschen Parallelregelung §§ 147 f dAktG die instruktive Darstellung bei *Rieckers/Vetter* in KK-AktG³ § 147 Rz 10.

2980 *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 134 Rz 7; *Csoklich* in *MüKo AktG*⁵ § 147 Rz 149; vgl bereits *Teichmann/Koehler*, AktG (1937) § 122 Anm 1 (S 201); *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 122 Anm 2 (S 506).

2981 Bericht über die Gründungsprüfung gem § 26 Abs 2 AktG, Nachgründungsbericht gem § 45 Abs 2 AktG, Sonderprüfungsbericht gem § 133 Abs 3 AktG oder Prüfungsbericht über die Abschlussprüfung gem § 273 UGB.

aus denen sich Ersatzansprüche gegen die genannten Personen ergeben, genügen bereits 5% des Grundkapitals.

a) Rechtsnatur

Nach der gesetzlichen Konzeption bildet die Minderheit, wenn sie von der Gesellschaft die Anspruchsdurchsetzung verlangt, den Willen der Gesellschaft und fungiert dabei als außerordentliches Gesellschaftsorgan.²⁹⁸² Demgemäß muss das Minderheitsverlangen grundsätzlich dieselben Rechtsfolgen auslösen wie ein Mehrheitsbeschluss (sogleich unten).²⁹⁸³ Gleichwohl ist das Verlangen weder ein Beschlussantrag²⁹⁸⁴ (weshalb darüber nicht Beschluss zu fassen ist)²⁹⁸⁵ noch ein HV-Beschluss²⁹⁸⁶ (weshalb das Verlangen insb nicht anfechtbar

2982 S dazu schon allg oben bei Fn 2954. Vgl auch *Fischer in Ehrenberg*, Handbuch III (1916) 195: „Das Gesetz bezeichnet die für die Korporation maßgebende, von der Minderheit ausgehende Willensäußerung nicht als Beschluß, sondern als Verlangen. Dies ist nur eine Abweichung in der Terminologie; dem Wesen nach bedeutet das ‚Verlangen‘ dasselbe wie der ‚Beschluß‘ der Mehrheit, nämlich daß hier die Mehrheit, dort die Minderheit Trägerin des Korporationswillens ist.“

2983 IdS schon *Fischer in Ehrenberg*, Handbuch III (1916) 195; *Goldschmit*, Aktienrecht (1932) § 268 Anm 8 (S 185); *W. Horowitz in Horowitz/Ullmann*, Kommentar zum neuen Aktienrecht (1932) § 268 Anm 7 (S 225); *Pinner in Staub*, HGB II¹⁴ (1933) § 268 Anm 3 (S 668): „Nach der ganzen Konstruktion des Gesetzes ist das Minderheitsverlangen einem Mehrheitsbeschluß der Generalversammlung gleichgestellt.“ Das folgt mE auch gesetzessystematisch aus der Gleichstellung beider Tatbestandsalternativen für die Pflicht zur Geltendmachung von Ansprüchen (arg: § 134 Abs 1 Satz 2 AktG: „Das gleiche gilt [...]“).

2984 Vgl so schon *Behrend*, Lehrbuch I (1886) 772 Fn 9.

2985 Vgl *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 134 Rz 17; *S. Bydlinski/Potyka in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 134 Rz 9; s schon *Pinner in Staub*, HGB II¹⁴ (1933) § 268 Anm 3 (S 668); *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 122 Anm 3 (S 506).

2986 Vgl *S. Bydlinski/Potyka in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 134 Rz 9; *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 134 Rz 15, 17; *Csoklich in MüKo AktG⁵ § 147 Rz 153*; *Feltl in Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 9/396. Die Rechtsnatur des Verlangens war im älteren Schrifttum strittig. Für die Einordnung als Beschluss noch *Fischer in Ehrenberg*, Handbuch III (1916) 195 (s Fn 2982); *Goldschmit*, Das neue Aktienrecht (1932) § 268 Anm 6 (S 184); ähnlich *Pinner in Staub*, HGB II¹⁴ (1933) § 268 Anm 3 (S 668), wonach das Verlangen einem Beschluss gleichsteht; aA *Ring*, ADHGB (1886) Art 223 Anm 4 (S 482); *Lehmann/Ring*, HGB² (1913) § 268 Anm 3 (S 182); *Makower*, HGB¹² (1898) § 268 Anm III (S 619); *Koenige*, HGB² (1929) § 268 Anm 2 (S 488), § 271 Anm 4.a) (S 494); *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 122 Anm 3 (S 506); *W. Schmidt in Gadow et al*, AktG (1939) § 122 Anm 6 (S 513).

ist)^{2987, 2988}. Dementsprechend erfordert das Minderheitsverlangen auch kein Stimmrecht.²⁹⁸⁹ Der HV-Leiter hat (wie bei einem HV-Beschluss) die das Verlangen unterstützenden Aktien zu zählen, festzustellen und das Ergebnis zu verkünden.²⁹⁹⁰ Das Ergebnis ist in die Niederschrift aufzunehmen (§ 135 Abs 1 Satz 2 AktG).²⁹⁹¹

b) Voraussetzungen

Für den Eintritt der an § 134 AktG geknüpften Rechtsfolgen (zu diesen sogleich) genügt es nicht, dass die Minderheit in der HV für den auf die Anspruchsdurchsetzung gerichteten Beschlussantrag stimmt.²⁹⁹² Das Verlan-

2987 Vgl Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 134 Rz 17; s auch die Nw in Fn 2986; vgl im älteren Schrifttum noch für Anfechtbarkeit Fischer in Ehrenberg, Handbuch III (1916) 195; Goldschmit, Aktienrecht (1932) § 268 Anm 6 (S 184); Pinner in Staub, HGB II¹⁴ (1933) § 268 Anm 3 (S 668); abl aber bereits Lehmann/Ring, HGB² (1913) § 268 Anm 3 (S 182); Makower, HGB¹² (1898) § 268 Anm III (S 619); Koenige, HGB² (1929) § 268 Anm 2 (S 488); W. Horowitz in Horowitz/Ullmann, Kommentar zum neuen Aktienrecht (1932) § 268 Anm 7 (S 226); Schlegelberger et al, AktG³ (1939) § 122 Anm 3 (S 506).

2988 Die Qualifikation als Beschluss oder Beschlussantrag wäre mE konzeptionell unscharf, weil sich das Minderheitsverlangen nicht aus der Stellung des Aktionärs als Teil der Generalversammlung und mithin aus dem Stimmrecht, sondern unmittelbar aus der Aktionärsstellung ableitet.

2989 S noch sogleich bei Fn 2994.

2990 Vgl Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 134 Rz 17; Csoklich in MüKo AktG⁵ § 147 Rz 153; S. Bydlinski/Potyka in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 134 Rz 9; Reiter in Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 134 Rz 13; W. Schmidt in Gadow et al, AktG (1939) § 122 Anm 6 (S 513 f).

2991 Vgl Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 134 Rz 17; S. Bydlinski/Potyka in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 134 Rz 9; Csoklich in MüKo AktG⁵ § 147 Rz 153; Felzl in Ratka/Rauter, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 9/396. Das folgt mE auch daraus, dass das Verlangen dieselben Rechtswirkungen wie ein Beschluss entfaltet (s bei Fn 2982). Vgl instruktiv Fischer in Ehrenberg, Handbuch III (1916) 195: „Das Gesetz bezeichnet die für die Korporation maßgebende, von der Minderheit ausgehende Willensäußerung nicht als Beschluß, sondern als Verlangen. Dies ist nur eine Abweichung in der Terminologie; dem Wesen nach bedeutet das ‚Verlangen‘ dasselbe wie der ‚Beschluß‘ der Mehrheit, nämlich daß hier die Mehrheit, dort die Minderheit Trägerin des Korporationswillens ist. Deshalb ist das Minderheitsverlangen in der gleichen Weise wie der Mehrheitsbeschluß zu protokollieren und ist mit der Klage der §§ 271 ff. anfechtbar.“ IdS auch W. Horowitz in Horowitz/Ullmann, Kommentar zum neuen Aktienrecht (1932) § 268 Anm 7 (S 225). Zur (mE unzutr) Annahme der Anfechtbarkeit s oben bei Fn 2987.

2992 Vgl Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 134 Rz 15; Csoklich in MüKo AktG⁵ § 147 Rz 153; vgl schon Schlegelberger et al, AktG³ (1939) § 122 Anm 3 (S 506); Behrend, Lehrbuch I (1886) 772 Fn 9; Staub, ADHGB^{3, 4} (1896) Art 223 Anm 3 (S 506); Brodmann, Aktienrecht (1928) § 268 Anm 1 f (S 396); Lehmann/Ring, HGB² (1913) § 268 Anm 3 (S 182); Fischer in Ehrenberg, Handbuch III (1916) 195; Makower, HGB¹² (1898) § 268 Anm III (S 619).

gen muss vielmehr explizit als solches ausgeübt werden.²⁹⁹³ Es ist keine Stimmabgabe und setzt daher kein Stimmrecht voraus.²⁹⁹⁴ Das Verlangen muss aber trotzdem (hinreichend bestimmt)²⁹⁹⁵ in der HV ausgeübt werden.²⁹⁹⁶ Dort kann es nach hM²⁹⁹⁷ aber nicht zu jedem Tagesordnungspunkt

2993 Vgl *Csoklich* in MüKo AktG⁵ § 147 Rz 153 und die Nw in der vorherigen Fn; *Feltl* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 9/395; so schon *Goldschmit*, Aktienrecht (1932) § 268 Anm 7 (S 185); *W. Horowitz* in *Horowitz/Ullmann*, Kommentar zum neuen Aktienrecht (1932) § 268 Anm 7 (S 225); aA *Brodmann*, Aktienrecht (1928) § 268 Anm 2. a) f (S 396 f). Diese Tatbestandsvoraussetzung ergibt sich mE konzeptionell (s oben Fn 2954 und 2972) daraus, dass die Minderheitsaktionäre nicht als Teil des (ordentlichen) Willensbildungsorgans (Generalversammlung), sondern als „außerordentliches“ Organ der Gesellschaft handeln. Sie müssen ihr Handeln und ihre Funktion daher entspr „deklarieren“. Vgl ähnlich iZm dem Widerspruchsrecht (dazu noch unten) *Brodmann*, Aktienrecht (1928) § 205 Anm 3.b) (S 122): „Es handelt sich um verschiedene Entschlüsse. Wer gegen den Verzicht stimmt, vermeint damit in der Mehrheit zu bleiben und mit ihr zu gehen. Daß er auch gegen die Mehrheit vorgehen will, ist damit noch nicht gesagt.“

2994 Vgl *S. Bydlinski/Potyka* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 134 Rz 8; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 134 Rz 14; so bereits *Ring*, ADHGB (1886) Art 223 Anm 4 (S 482); *W. Schmidt* in *Gadow et al*, AktG (1939) § 122 Anm 3 (S 513); *Ritter*, AktG² (1939) § 122 Anm 3.b) (S 389). Daher zählen zB auch Vorzugsaktien ohne Stimmrecht bei der Schwellenberechnung mit (vgl *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 134 Rz 14; *Csoklich* in MüKo AktG⁵ § 147 Rz 153).

2995 Das Verlangen muss nach der Rsp und Lit die Ersatzpflichtigen, den Grund und die Art und Höhe des Anspruchs erkennbar bezeichnen. Vgl OGH 27.07.1962, 5 Ob 153/62 SZ 35/81 = HS 3217; ausf *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 134 Rz 19; *S. Bydlinski/Potyka* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 134 Rz 10; *Feltl* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 9/396.

2996 OGH 27.07.1962, 5 Ob 153/62 SZ 35/81 = HS 3217, wonach § 123 AktG (§ 135 AktG idgF) dies voraussetze und auch notwendig sei, dass die HV Gelegenheit erhält, über die Geltendmachung der Ansprüche zu verhandeln und sie allenfalls selbst zu beschließen. Aus der Lit *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 134 Rz 15; *S. Bydlinski/Potyka* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 134 Rz 8; *Csoklich* in MüKo AktG⁵ § 147 Rz 153; vgl schon *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 122 Anm 3 (S 506); *W. Schmidt* in *Gadow et al*, AktG (1939) § 122 Anm 4 (S 513); krit *Ritter*, AktG² (1939) § 122 Anm 3.a) (S 389); *Behrend*, Lehrbuch I (1886) 772 Fn 9. Diese Tatbestandsvoraussetzung ergibt sich mE auch aus der Notwendigkeit, den solcherart gebildeten Willen der Gesellschaft zu dokumentieren (s sogleich im Fließtext). Systematisch spricht dafür auch, dass die sechsmonatige Präklusivfrist zur Geltendmachung der Ansprüche (§ 135 Abs 1 AktG) an den „Tag der Hauptversammlung“ anknüpft (vgl OGH 27.07.1962, 5 Ob 153/62 SZ 35/81; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 134 Rz 15 mwN; vgl auch *W. Schmidt* in *Gadow et al*, AktG [1939] § 122 Anm 4 [S 513]).

2997 Eine besondere Ankündigung ist nach hA nicht erforderlich, wenn die Tagesordnung der bevorstehenden HV das Verlangen als solches, die Geltendmachung von Ersatzansprüchen oder den Bericht von Sonderprüfern umfasst (wie gesagt genügt aber der Tagesordnungspunkt „Entlastung“ nicht). Vgl aus der Lit *S. Bydlinski/Potyka* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 134 Rz 8; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 134 Rz 10, 16; *Csoklich* in MüKo AktG⁵ § 147 Rz 153; *Ch. Nowotny* in

(insb nicht zum Punkt „Entlastung“, sehr wohl aber zB zum Sonderprüfungsbericht) ausgeübt werden, weshalb die Minderheit ggf die Ergänzung der Tagesordnung verlangen (§ 109 AktG) oder eine neue HV einberufen (§§ 105 ff AktG) muss. Anders als die funktional vergleichbare Minderheitsklage gem § 48 GmbHG setzt das Verlangen gem § 134 AktG nach hL²⁹⁹⁸ nicht voraus, dass zuvor ein Antrag auf Geltendmachung von Ersatzansprüchen abgelehnt wurde.²⁹⁹⁹ Um Missbräuche zu verhindern, ist das Minder-

Kalss/Nowotny/Schauer, ÖGesR² Rz 3/193; *Kalss/Linder*, Minderheits- und Einzelrechte von Aktionären 68; *Felzl in Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 9/395; zu einem Antrag auf Geltendmachung von Ersatzansprüchen OGH 12.03.1991, 4 Ob 1588/90; RIS-Justiz RS0049412. Aus der älteren Lit zB *Ring*, ADHGB (1886) Art 223 Anm 4 (S 482 f), wonach die Aktionärsminorität insoweit nicht besser als die Mehrheit gestellt werden könne; *Förtsch in Puchelt*, ADHGB I⁴ (1893) Art 223 Anm 4 (S 576); *Lehmann/Ring*, HGB² (1913) § 268 Anm 3 (S 182); *Fischer in Ehrenberg*, Handbuch III (1916) 195; *Makower*, HGB¹² (1898) § 268 Anm III (S 619); *Goldschmit*, Aktienrecht (1932) § 268 Anm 6 (S 184); *Pinner in Staub*, HGB II¹⁴ (1933) § 268 Anm 3 (S 668); *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 122 Anm 3 (S 506); *Ritter*, AktG² (1939) § 122 Anm 2.b) (S 388). Vgl in diese Richtung auch schon (iZm der Möglichkeit einer erneuten Geltendmachung von Ersatzansprüchen nach Ablauf der Frist gem Art 223 Abs 2 Satz 1 ADHGB 1884) AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 470: „Der unbenutzte Ablauf der Frist [...] schließt aber natürlich nicht aus, daß, falls von Neuem die Frage der Erhebung oder Beilegung des Anspruchs zur Verhandlung gelangt, die Verfolgung wieder von der Mehrheit beschlossen oder von der Minorität verlangt werden kann.“ AA (Ankündigung der Entlastung genügt) *W. Horowitz in Horowitz/Ullmann*, Kommentar zum neuen Aktienrecht (1932) § 268 Anm 7 (S 225) (s zu den Beweggründen näher noch in Fn 3030).

2998 Vgl nur *S. Bydliński/Potyka in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 134 Rz 6 mwN; *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 134 Rz 15; *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 137 Fn 781; so schon aus der älteren Lit zB *Staub*, ADHGB^{3, 4} (1896) Art 223 Anm 3 (S 506); *Fischer in Ehrenberg*, Handbuch III (1916) 196 (nicht notwendig, auch wenn es der gewöhnlichen Entwicklung der Ereignisse entspricht); *Brodmann*, Aktienrecht (1928) § 268 Anm 2. a) (S 396); *Lehmann/Ring*, HGB² (1913) § 268 Anm 3 (S 182); *Goldschmit*, Aktienrecht (1932) § 268 Anm 6 (S 184); *Pinner in Staub*, HGB II¹⁴ (1933) § 268 Anm 3 (S 668); gewöhnlicher Fall, aber keine notwendige Voraussetzung; *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 122 Anm 3 (S 506). Noch für die Subsidiarität des Verlangens etwa *Behrend*, Lehrbuch I (1886) 772 Fn 9; so wohl auch *Koenige*, HGB² (1929) § 268 Anm 2 (S 488).

2999 Dafür brachte schon *Brodmann* (Aktienrecht [1928] § 268 Anm 2. a) [S 396]) den Vergleich mit § 266 dHGB 1897 (§ 130 Abs 2 AktG idgF) vor, wonach eine Aktionärsminorität von 10% des Grundkapitals die Bestellung von Sonderprüfern beantragen kann, wenn die HV einen Antrag auf Bestellung ablehnt. Dieser Unterschied im Tatbestand beruht auf einer bewussten Differenzierung des historischen Gesetzgebers: Die strengeren Tatbestandsvoraussetzungen rechtfertigen nach der AmtlBegr zu Art 222a ADHGB 1884 (Sonderprüfung) erst die Inanspruchnahme gerichtlicher Hilfe. Vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 471 lSp: „Dieses Recht, die Hülfe des Gerichts in Anspruch zu nehmen, hat naturgemäß zur Voraussetzung, daß ein in der Generalversammlung gestellter Antrag auf Prüfung dort abgelehnt worden ist; denn die Generalversamm-

heitsverlangen schließlich mehrfach eingeschränkt (§ 135 Abs 2 bis 5 AktG), worin sich noch die Skepsis des Reformgesetzgebers³⁰⁰⁰ widerspiegelt.³⁰⁰¹

c) Rechtsfolgen

Das Minderheitsverlangen gem § 134 AktG verpflichtet die Gesellschaft ebenso zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen wie ein (mehrheitlicher) HV-Beschluss.³⁰⁰² Die Gesellschaft kann (und muss) Ersatzansprüche nur

lung erscheint zunächst berufen, die geeigneten Maßnahmen zur Feststellung und Beseitigung eingetretener Mißstände zu treffen.“

3000 Dazu krit etwa K. Lehmann in Verhandlungen des 31. DJT I (1912) 502 (505 f): „Überhaupt wird die ganze Organisation reglementsmäßig durch – vielfach zwingende – Normen mit einer Ängstlichkeit geregelt, die ihresgleichen sucht. Furcht und Mißtrauen bilden die Signatur dieses merkwürdigen Gesetzes [...]“.“

3001 Diese Einschränkungen begründete der Reformgesetzgeber von 1884 damit, dass die Anspruchsverfolgung „der Mehrheit durch die Minderheit aufgezwungen wird“ (AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 470). So normiert § 135 Abs 2 AktG eine Mindestbesitzzeit der Aktien von drei Monaten vor dem Tag der HV und eine Behaltspflicht der Aktien während des Rechtsstreits. Die Behaltspflicht dient ausweislich der AmtlBegr zur dAktRNov 1884 (abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 470) der „Incentivierung“ der Minderheit: „Wird die Minderheit für die Dauer des Prozesses an die Geschicke der Gesellschaft gebunden, so ist zu erwarten, daß sie nur dann von ihrem Minderheitsrechte Gebrauch machen wird, wenn die Verfolgung der Ansprüche in der That dem Interesse der Gesellschaft entspricht und Aussicht auf Erfolg bietet.“ § 135 Abs 3 AktG gewährt dem Beklagten uU einen Sicherstellungsanspruch. Darüber hinaus verpflichtet § 135 Abs 4 AktG die Minderheit zur Tragung der Kosten des Rechtsstreits, die der Gesellschaft zur Last fallen. Schließlich haftet die Minderheit nach § 135 Abs 5 AktG für den dem Beklagten durch (vorsätzliche oder grob fahrlässige) unbegründete Klagsführung entstehenden Schaden. Ausf zu den einzelnen Beschränkungen zB Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 135 Rz 6 ff. Diese Einschränkungen bedeuten insg einen beträchtlichen Aufwand und ein gewisses Risiko für die Minderheit (Saurer aaO Rz 2, 11). Da diese Risiken bislang abschreckend gewirkt haben, erlangte die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gem § 134 AktG noch keine große praktische Bedeutung (Saurer aaO Rz 2).

3002 Die Vertretung der Gesellschaft obliegt grundsätzlich dem Vorstand und richtet sich im Übrigen nach § 97 AktG (§ 134 Abs 2 Satz 3 AktG) (vgl Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 134 Rz 23; zu § 97 AktG s oben Fn 2759). Die HV kann stattdessen aber auch „Sondervertreter“ bestellen (§ 134 Abs 2 Satz 1 AktG). Das kann sinnvoll sein, wenn Ansprüche gegen aktive Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder geltend zu machen sind (weiterführend Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 134 Rz 28). Auch bei einem Minderheitsverlangen sind primär die Organe zuständig. Die Aktionärsminorität kann aber auch verlangen, dass bestimmte Personen als Vertreter der Gesellschaft zur Führung des Rechtsstreits bestellt werden. Das Gericht hat die bezeichneten Personen zu bestellen, wenn der behauptete Anspruch nicht offenkundig unbegründet ist und der Bestellung kein wichtiger Grund entgegensteht (§ 134 Abs 2 Satz 2 AktG; vgl Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 134 Rz 33 ff; Csoklich in MüKo AktG⁴ § 147 Rz 122).

innen sechs Monaten ab dem Tag der HV durchsetzen, in der die Minderheit die Geltendmachung verlangt hat (§ 135 Abs 1 AktG). Zweck der Befristung ist es, einen längeren Schwebezustand für die Organmitglieder zu vermeiden und zugleich die Minderheit vor einer Untätigkeit der Gesellschaftsorgane zu schützen.³⁰⁰³ Es handelt sich um eine materiell-rechtliche Ausschlussfrist³⁰⁰⁴ (arg: „kann“).³⁰⁰⁵ Nach Ablauf der Frist ist eine Geltendmachung der Ansprüche auf Basis des Minderheitsverlangens nicht mehr möglich. Dieselbe (oder eine andere) Minderheit kann mE aber (sofern nicht rechtsmissbräuchlich) erneut gem § 134 AktG die Anspruchsverfolgung (auch mit demselben Inhalt) verlangen und damit (wieder) dieselben Rechtsfolgen auslösen.³⁰⁰⁶

Dieses Recht ist ein Korrelat des Minderheitsverlangens auf Durchsetzungsebene. Vgl idZ AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 470: *„Die Erhebung und Durchführung des Prozesses ist, mag die Mehrheit sie beschlossen oder die Minderheit sie verlangt haben, an sich Sache des Vorstandes oder, gegen diesen, Sache des Aufsichtsrats; auch können die Aktionäre sich in Gemäßheit des Artikels 195 durch Bevollmächtigte vertreten lassen, welche in der Generalversammlung gewählt oder in dem Falle, daß die Wahl gehindert wird, auf Antrag durch das Handelsgericht ernannt werden. Die Mehrheit aber, welche die Verfolgung selbst abgelehnt hatte, könnte in der Generalversammlung Bevollmächtigte wählen, von denen zu besorgen wäre, daß die Art der Verfolgung das Verlangen der Minderheit vereiteln würde, und dieselbe Besorgnis kann gegenüber einer Prozeßführung durch die Gesellschaftsorgane begründet sein.“*

3003 Vgl AmtlBegr dAktRNov 1884 (zu Art 223 ADHGB 1884, der noch eine kürzere Frist vorsah), abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 470: *„Damit aber einerseits durch das Recht der Minderheit die Möglichkeit einer Verfolgung der Ansprüche nicht fortdauernd und lähmend in der Schwebe bleibt, und um andererseits die Minderheit gegen die der Verfolgung etwa widerstrebenden Organe der Gesellschaft zu sichern, verlangt der Entwurf, daß die Klage binnen drei Monaten seit dem Beschlusse der Generalversammlung erhoben werden muß.“*

3004 Auch Fall- oder Präklusivfrist genannt.

3005 Vgl Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 135 Rz 6; S. Bydliński/Potyka in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 135 Rz 4; Csoklich in MüKo AktG⁵ § 147 Rz 157; Losert/Schiemer/Stadler, AktG (1966) § 123 Anm 1. Vgl zur (historisch wechselnden) Rechtsnatur der Frist auch den historischen Abriss in Fn 3006. Vgl auch § 48 Abs 2 GmbHG.

3006 Die richtige Betrachtung erfordert (historische) Kontextualisierung: Schon nach dem ADHGB 1884 war die (anfänglich noch dreimonatige) Frist gem Art 223 Abs 2 Satz 1 ADHGB 1884 als Präklusivfrist ausgestaltet (*„Die Erhebung des Anspruchs auf Verlangen der Minderheit muß binnen drei Monaten seit der Generalversammlung erfolgen“*). Dementsprechend erlosch das Verlangen nach Fristablauf; eine Verfolgung auf seiner Grundlage war nicht mehr möglich. Die Minderheit konnte aber ein neues Verlangen stellen, wie die AmtlBegr dAktRNov 1884 (abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 470) unmissverständlich klarstellt: *„Der unbenutzte Ablauf der Frist beseitigt das von der Minderheit gestellte Verlangen, schließt aber natürlich nicht aus, daß, falls von Neuem die Frage der Erhebung oder Beilegung des Anspruchs zur Verhandlung gelangt, die Verfolgung wieder von der Mehrheit beschlossen oder von der Minderheit verlangt werden kann.“* (Hervorhebung durch

den Verf). Der Gesetzgeber des dHGB 1897 übernahm die Fristregelung in § 269 Abs 1 Satz 1 („Die Geltendmachung eines Anspruchs auf Verlangen der Minderheit muß binnen drei Monaten von dem Tage der Generalversammlung an erfolgen“). Materiell-rechtlich änderte sich dadurch nichts (vgl Denkschrift dHGB 1897, abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 316: „Der § 251 des Entwurfs entspricht, abgesehen von der ergänzenden Verweisung auf den § 105 Z.P.O., dem Abs. 3 des bisherigen Art 223.“). Der Gesetzgeber des AktG 1937/1938 ging dann jedoch offenbar davon aus, dass nach Fristablauf kein erneutes Minderheitsverlangen mehr gestellt werden kann; vgl die AmtlBegr AktG 1937/1938 199 (abgedr auch bei *Klausing*, AktG 109 f): „Seine Geltendmachung kann von der Mehrheit von neuem beschlossen werden, nur das Minderheitsverlangen ist hinfällig geworden und kann nicht erneut gestellt werden.“ Auf Basis dieser Annahme war der Gesetzgeber von 1937/1938 angehalten, die Ausschlussfrist zu beseitigen, weil sich die Befristung andernfalls nur zum Nachteil des Minderheitsverlangens ausgewirkt habe und die Mehrheit versucht habe, das Verlangen „durch Verschleppung zu Fall zu bringen“. Fortan normierte daher § 123 Abs 1 Satz 1 AktG 1937/1938, dass der Ersatzanspruch binnen sechs Monaten geltend gemacht werden „soll“. Vgl dazu AmtlBegr AktG 1937/1938 199 f (abgedr auch bei *Klausing*, AktG 110); *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 123 Anm 1 (S 509); *W. Schmidt in Gadow et al*, AktG (1939) § 123 Anm 1 (S 517 f). AA aber *Teichmann/Koehler*, AktG (1937) § 123 Anm 1 (S 203), die die Frist (entgegen der AmtlBegr) offenbar weiterhin als Präklusivfrist verstanden; krit *Ritter*, AktG² (1939) § 123 Anm 2. a) (S 393), der anscheinend auch schon § 269 Abs 1 Satz 1 dHGB 1897 nicht als Präklusivfrist qualifizierte. Das ungenützte Verstreichen der Frist gem § 123 Abs 1 Satz 1 AktG 1937/1938 machte somit uU (nur) die Organmitglieder ersatzpflichtig, beseitigte aber nicht das Minderheitsverlangen und dessen Rechtsfolgen (referierend *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 135 Rz 6 mwN). So auch noch die Frist gem § 147 Abs 1 Satz 2 dAktG idGF („Der Ersatzanspruch soll binnen sechs Monaten seit dem Tage der Hauptversammlung geltend gemacht werden.“), die dementspr nicht als Ausschlussfrist eingeordnet wird (vgl zB *M. Arnold in MüKo AktG*⁵ § 147 Rz 69; *Rieckers/Vetter in KK-AktG*³ § 147 Rz 254). Anders aber und insoweit (wieder) wie das ältere Aktienrecht (vor dem AktG 1937/1938) das geltende öAktG. Denn der österreichische Gesetzgeber hat die Frist mit dem AktG 1965 wieder in eine Präklusivfrist umgewandelt (arg: § 135 Abs 1 Satz 1 AktG idGF: „Der Anspruch kann nur binnen sechs Monaten [...] geltend gemacht werden“ [Hervorhebung durch den Verf]). Die EBRV (301 BlgNR 10. GP 72) gehen auf diese Änderung jedoch nicht ein. Daher stellt sich im geltenden österreichischen Recht (wieder) die Frage, ob die Aktionärsminorität nach Ablauf der Frist gem § 135 Abs 1 Satz 1 AktG noch einmal die Geltendmachung der(selben) Ersatzansprüche durch die Gesellschaft verlangen kann. Soweit ersichtlich nimmt die öLit dazu kaum ausdr Stellung; bejahend etwa *Adensamer/Sternig/Wöss in Adensamer/Mitterecker*, Gesellschaftsstreit Rz 9/98 (arg kurze Frist); vgl auch *S. Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 135 Rz 4 ff; implizit vielleicht eher abl *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 135 Rz 6 aE, der nur darauf hinweist, dass der Ablauf der Frist gem § 135 Abs 1 AktG nicht ausschließt, dass die Verwaltungsorgane danach noch von sich aus eine Klage erheben, um die Ansprüche der Gesellschaft durchzusetzen. Sogar gegen eine Verfolgungsmöglichkeit der Gesellschaft aber *Reiter in Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 135 Rz 7, nach dem es sich bei der Frist des § 135 Abs 1 Satz 1 AktG um eine Präklusivfrist handelt, was bedeute, dass der Anspruch erlischt, weshalb dieser von niemandem mehr geltend gemacht werden kann (arg: § 135 Abs 1 Satz 1 AktG „kann“; zu

Recht abl Adensamer/Sternig/Wöss in Adensamer/Mitterecker, Gesellschafterstreit Rz 9/98). Dagegen ist mE einzuwenden, dass mit der Formulierung „*kann*“ nur gemeint ist, dass der Anspruch nicht mehr *aufgrund des Minderheitsverlangens* geltend gemacht werden kann; das Verlangen der Minderheit erlischt, nicht der materiell-rechtliche Anspruch als solcher (im Übrigen könnte dieser sonst wohl auch nicht mehr von den Gesellschaftsgläubigern geltend gemacht werden). Vgl insoweit deutlich die oben zitierte AmtlBegr dAktRNov 1884 (abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 470): „*Der unbenutzte Ablauf der Frist beseitigt das von der Minderheit gestellte Verlangen, schließt aber natürlich nicht aus, [...]*“. Richtig ist daher, dass der Anspruch auch nach Ablauf der Frist gem § 135 Abs 1 Satz 1 AktG sowohl von den Gesellschaftsorganen eigeninitiativ als auch von der Aktionärsmehrheit (weiterhin) „freiwillig“ geltend gemacht werden kann. Auf die „Freiwilligkeit“ der Mehrheit (und der von dieser typischerweise kontrollierten Gesellschaftsorgane) soll die Minderheit aber gerade nicht angewiesen sein. Deshalb kann auch die Minderheit die Geltendmachung des Anspruchs erneut verlangen.

Angesichts der klaren Stellungnahme des Reformgesetzgebers von 1884 (arg: „*schließt aber natürlich nicht aus*“; s oben) ist zunächst von Interesse, wie es zur geänderten (gegenteiligen) Auffassung des Gesetzgebers von 1937/1938 gekommen war. Die AmtlBegr gibt einen Hinweis, indem sie zu Beginn ihrer Ausführungen auf die Lehre verweist („*Nach der Auslegung, die diese Vorschrift gefunden hat, [...]*“). Die Ansicht, dass das Minderheitsverlangen nach fruchtlosem Fristablauf nicht noch einmal gestellt werden kann, geht wahrscheinlich zurück auf Behrend (Lehrbuch I [1886] 773 Fn 12). Behrend setzte sich mit den Motiven zum ADHGB 1884 auseinander, wonach der Fristablauf „*natürlich nicht aus[schließt], daß, [...] die Verfolgung wieder [...] von der Minderheit verlangt werden kann.*“ Davon sei aber „*die Einschränkung zu machen, daß die hie eröffnete Möglichkeit nicht zu einer Umgehung der gesetzlichen Fristbestimmung führen darf.*“ Dementspr war nach Behrend ein neues Verlangen (nur) dann unstatthaft, wenn es inhaltlich mit dem vorherigen übereinstimmte. Diese Auffassung hatte im zeitgenössischen Schrifttum breite Gefolgschaft gefunden und war offenbar auch die Basis für die Beseitigung der Präklusivfrist durch das AktG 1937/1938. Vgl im Anschluss an Behrend zB ausdr Staub, ADHGB^{3, 4} (1896) Art 223 Anm § 4 (S 507); Lehmann/Ring, HGB II² (1913) § 269 Anm 2 (S 184) mwN; Brodmann, Aktienrecht (1928) § 269 Anm 1 (S 399) mwN, wonach ein wiederholtes Verlangen nur bei Auftreten neuer Momente gerechtfertigt sei; Pinner in Staub, HGB II¹⁴ (1933) § 269 Anm 3 b) (S 674 f) mwN; Goldschmit, Aktienrecht (1932) § 269 Anm 3 (S 188); strenger Koenige, HGB² (1929) § 269 Anm 1 (S 489), nach dem die Minderheit nach Fristablauf „*ihr Sonderrecht endgültig verloren [hat]*“; aA (die Ansicht Behrends ausdr abl) und mit Verweis auf die Motive Makower, HGB¹² (1898) § 269 Anm II. b. (S 622) mwN.

Bevor hierzu Stellung bezogen wird, sollte noch einmal das *telos* der Befristung des Minderheitsverlangens in Erinnerung gerufen werden. Die AmtlBegr dAktRNov 1884 (zu Art 223 ADHGB 1884, der noch eine kürzere dreimonatige Frist vorsah), abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 470: „*Damit aber einerseits durch das Recht der Minderheit die Möglichkeit einer Verfolgung der Ansprüche nicht fortdauernd und lähmend in der Schwebe bleibt, und um andererseits die Minderheit gegen die der Verfolgung etwa widerstrebenden Organe der Gesellschaft zu sichern, verlangt der Entwurf, daß die Klage binnen drei Monaten seit dem Beschlusse der Generalversammlung erhoben werden muß.*“ Die Befristung des Verlangens hatte also zwei Ziele: Einerseits sollte ein Schwebezustand vermieden werden. Ein solcher hätte sich wohl nachteilig auf die Risikobereitschaft der (potenziell ersatz-

pflichtigen) Organmitglieder ausgewirkt, weil sie kontinuierlich (bis zur Anspruchsverjährung) eine Inanspruchnahme durch die Minderheit fürchten müssten (Dispositionen über den Anspruch konnte die Minderheit durch Widerspruch verhindern). Zum anderen sollte die Minderheit vor einer Verschleppung der Anspruchsverfolgung durch die (dafür primär zuständigen) Gesellschaftsorgane unterbunden werden. Dafür wäre eine Präklusivfrist jedoch wohl gar nicht nötig gewesen. Es hätte genügt, die Gesellschaftsorgane binnen einer bestimmten Frist zur Geltendmachung zu verpflichten (so dann auch das AktG 1937/1938). Dass das Verlangen nach Fristablauf erlischt, lässt sich durch Minderheitenschutzserwägungen wohl nicht begründen. Diese Folge ist daher allein dem ersten Normzweck (Verhinderung eines Schwebezustands) geschuldet. Der Preis dafür ist aber, dass die Minderheit mit Fristablauf ihre Rechtsposition verliert. Nun kann die Minderheit die Ersatzansprüche der Gesellschaft nicht selbst (als Prozessstandschafter) geltend machen (vgl aber § 48 GmbHG, § 148 dAktG), sondern die Geltendmachung nur von der Gesellschaft verlangen und ist deshalb auf die Gesellschaftsorgane angewiesen. Die Gesellschaftsorgane könnten die Frist aber bewusst verstreichen lassen, wenn und weil sie keinen Anreiz zur Geltendmachung von Ansprüchen gegen ihre Kollegen haben (und/oder von der Aktionärsmehrheit, die den Organmitgliedern typischerweise nahesteht, zur Untätigkeit angehalten wird). Vgl iZm der Bestellung von Sondervertretern AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 470 (s schon Fn 3002): *„Die Mehrheit aber, welche die Verfolgung selbst abgelehnt hatte, könnte in der Generalversammlung Bevollmächtigte wählen, von denen zu besorgen wäre, daß die Art der Verfolgung das Verlangen der Minderheit vereiteln würde, und dieselbe Besorgnis kann gegenüber einer Prozeßführung durch die Gesellschaftsorgane begründet sein.“* Vielleicht deshalb spricht die AmtlBegr davon, dass der Fristablauf und die Beseitigung des Minderheitsverlangens „natürlich“ nicht ausschließt, dass die Minderheit ein neues Verlangen stellt. Nun ist dem Argument von Behrend zweifellos zuzugeben, dass eine missbräuchliche „Umgehung der gesetzlichen Fristbestimmung“ zu verhüten ist. Zur Erreichung dieses Ziels wäre es aber überschießend, inhaltsgleiche nochmalige Verlangen derselben Minderheit *in jedem Fall* zu verbieten. Denn ein ungenutztes Verstreichen der Frist muss nicht zwangsläufig durch die (missbräuchliche) Minderheit selbst bedingt sein, es kann auch durch Verschleppungsabsichten der Mehrheit verursacht sein. Verweigert man der Minderheit daher kategorisch die Wiederholung ihres Verlangens, ist damit zwar eine missbräuchliche Fristumgehung verlässlich ausgeschlossen, man ermöglicht aber zugleich eine Verschleppung der Anspruchsverfolgung durch die Mehrheit und entwertet dadurch das Minderheitsverlangen. Die Möglichkeit eines erneuten Verlangens war wie erwähnt gerade der Ausgleich für den Wegfall seiner Rechtsfolgen nach Fristablauf, der wiederum der nötigen Planungssicherheit für die Organmitglieder geschuldet war. Ohne diesen Ausgleich wirkte die Befristung ausschließlich zu Lasten der Minderheit und musste für die Mehrheit geradezu einen Anreiz zur Verschleppung bewirken. Und so kam es dann auch, denn die AmtlBegr zum AktG 1937/1938 beklagte wie erwähnt: *„Damit wirkt sich die Frist des § 269 allein gegen die von der Minderheit gestellten Verlangen auf Geltendmachung von Ersatzansprüchen aus, und es wurde von der Mehrheit versucht, die Minderheitsverlangen durch Verschleppung zu Fall zu bringen.“* Die Lösung des AktG 1937/1938 scheint intuitiv: Perpetuierung des Minderheitsverlangens und seiner Rechtsfolgen auch nach Fristablauf und bloß interne Verpflichtung zur Geltendmachung binnen bestimmter Zeit mit Schadenersatzfolgen. Damit wurde der Schutz der Minderheit wieder reaktiviert, zugleich aber der *andere* Normzweck der

3. Die Dispositionsbeschränkungen gem § 43, § 84 Abs 4 Satz 3 und § 136 AktG

Wie zu Beginn dieses Kapitels schon angesprochen, erfordert das Minderheitsverlangen gem § 134 AktG einen Begleitschutz durch gesetzliche Dispositionsbeschränkungen, um seinen Zweck erfüllen zu können. Andernfalls könnte nämlich die Aktionärsmehrheit das Verlangen der Minderheit nach Belieben aushebeln, indem sie (zB durch Verzicht oder Vergleich) über die geltendzumachenden Ersatzansprüche verfügt. Das Gesetz normiert daher Dispositionsbeschränkungen. Schon das ADHGB 1884 gab der verfolgungsberechtigten Aktionärsminderheit ein Widerspruchsrecht (Art 213d ADHGB 1884) an die Hand, um anspruchsmindernde Mehrheitsdispositionen abwehren zu können. So anschaulich dieser ursprüngliche Regelungszusammenhang noch war, so wenig scheinen die heute geltenden Minderheitenschutznormen ein stimmiges Gesamtbild zu ergeben. Sie wirken bei unbefangener Lektüre vielmehr redundant und geradezu erratisch.³⁰⁰⁷ Ein kurzer Überblick: Das angesprochene „Ur-Widerspruchsrecht“ gem Art 213d ADHGB 1884 hat seinen Weg in § 43 AktG gefunden. Daneben gibt es seit dem AktG 1937/1938 auch ein vergleichbares Widerspruchsrecht einer (ebenfalls) 20%-Minderheit in § 84 Abs 4 Satz 3 AktG, das sich auf alle Ansprüche aus § 84 AktG bezieht. Auch § 136 AktG zielt auf eine Absicherung des Minderheitsverlangens gegen Mehrheitseinflüsse. Danach sind Verzichte und Vergleiche über Ansprüche, deren Geltendmachung die Minderheit gem § 134 AktG verlangt hat, nur wirksam,

Befristung aus den Augen verloren: nämlich einen Schwebezustand und Ungewissheit für die Anspruchsverfolgung zu vermeiden. Der Minderheit hätte von Anfang an eine interne Verpflichtung zur Geltendmachung genügt – die Beseitigung des Verlangens nach Fristablauf war wie erwähnt allein jenem zweiten Regelungsziel geschuldet. Demgemäß wäre die Lösung des Problems richtigerweise nicht in der Abschaffung der Präklusivfrist gelegen, sondern in einem geänderten Verständnis der Befristungsregelung, dh in einer Modifizierung der Prämisse, dass nach Fristablauf ein identisches Verlangen ausgeschlossen ist. Mit Recht hat der österreichische Gesetzgeber die Frist mit dem AktG 1965 wieder in eine Präklusivfrist umgewandelt (wenngleich die Erläuterungen hierzu nicht Stellung nehmen). Insg sprechen mE daher die besseren Gründe dafür, dass ein Minderheitsverlangen auch *nach* Fristablauf (vorbehaltlich Rechtsmissbrauchs) auch mit demselben Inhalt und auch durch dieselbe Minderheit erneut gestellt werden kann.

³⁰⁰⁷ Krit bereits *v Godin/Wilhelmi*, AktG² (1950) § 43 Anm I (S 184) („*verwickelte Regelung*“); vgl auch *Zeheiner* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 43 Rz 3, demzufolge die Abstimmung der Minderheitsrechte des § 43 AktG auf der einen und der §§ 134 und 136 AktG auf der anderen Seite „*nicht besonders gelungen*“ ist. Vgl auch *Ettel* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 43 Rz 13 mit dem praktischen Hinweis, darauf zu achten, dass für den Fall, dass Ersatzansprüche überlegt werden, nicht der Verzicht *vor* dem Verlangen nach Geltendmachung von Ansprüchen beschlossen wird. Auf die nicht übereinstimmenden Quoren weisen auch *Kalss/Eckert* (in *Kalss*, Vorstandshaftung 25 [70]) hin.

wenn von den verlangenden Aktionären so viele zustimmen, dass die verbleibende Minderheit nicht mehr die Beteiligungsschwelle des § 134 AktG erreicht.

Das Verhältnis dieser Minderheitenschutznormen zueinander gilt als eine der (noch) ungeklärten Fragen des Aktienrechts.³⁰⁰⁸ Eine Frage, die schon im älteren Schrifttum kaum thematisiert wurde und (soweit ersichtlich) auch bis dato noch nicht Gegenstand einer eingehenderen Untersuchung war.³⁰⁰⁹ Die vorliegende Untersuchung, die sich der Disponibilität der Organmitgliedschaft (und damit zugleich den gesetzlichen Beschränkungen der grundsätzlichen Disponibilität) verschrieben hat, kann an dieser Frage nicht vorbeigehen. Deshalb wird in den nachfolgenden Kapiteln der Versuch unternommen, das normative „Dickicht“ etwas zu lichten. Rechtshistorische Überlegungen werden in einen eigenen (soweit ersichtlich neuen) Lösungsvorschlag münden. Im Anschluss werden noch die Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolgen der Dispositionsbeschränkungen zugunsten der Minderheitsaktionäre näher beleuchtet.

a) Vorfrage: Verhältnis der Bestimmungen zueinander

i. Problemstellung

Zur Absicherung des Minderheitsverlangens gem § 134 AktG gibt es wie gesagt zwei Widerspruchsrechte einer 20%-Minderheit, wovon sich das eine (§ 43 AktG) nur auf Ersatzansprüche aus dem Gründungsstadium und das andere (§ 84 Abs 4 Satz 3 AktG) auf alle sonstigen Ansprüche (insb aus der Geschäftsführung) bezieht. Die 20%-Schwelle ist allerdings zu hoch, weil § 134 AktG für die Anspruchsverfolgung nur 10% (uU nur 5%) verlangt. Eine solche 10%- bzw 5%-Minderheit wird zwar durch § 136 AktG vor Mehrheitsdispositionen geschützt und diese Bestimmung bezieht sich auch

3008 Vgl zB P. Doralt/Diregger in MüKo AktG⁴ § 50 Rz 27: „*dringend klärungsbedürftig*“. S auch die Nw in Fn 3007; so jetzt auch Arlt in MüKo AktG⁵ § 50 Rz 28.

3009 Vorauszuschicken ist jedoch, dass diese Frage nach der geltenden (zumindest österr) Rechtslage (noch) keine allzu große Bedeutung hat. Da Verzichte und Vergleiche nämlich wegen des Gleichlaufs der Sperrfristen (§ 43 bzw § 84 Abs 4 Satz 3 AktG) mit den Verjährungsfristen (§ 44 bzw § 84 Abs 6 AktG) praktisch ohnehin kaum möglich sind (s die jew Ausführungen zu § 43 bzw § 84 Abs 4 Satz 3 AktG), rennt eine (zusätzliche) Dispositionsbeschränkung zugunsten der Minderheit, die ja die grundsätzliche Disponibilität als Regelungsprämisse voraussetzt, gleichsam offene Türen ein. Praktische Bedeutung hätte das vorliegende Problem wohl erst im Falle einer (gebotenen) Gesetzesänderung. Da nach der hier vertretenen Auffassung die gründungsrechtliche Sperrfrist (§ 43 AktG) korrigierend auf das zweijährige *tempus clausum* zu reduzieren ist (dazu oben insb S 722 ff) und die allg Sperrfrist (§ 84 Abs 4 Satz 3 AktG) Verzichte und Vergleiche wegen des fehlenden Normzwecks zumindest faktisch ohnehin nicht ausschließt und im Übrigen *qua* Derogation unanwendbar ist (dazu unten insb S 1014 ff bzw S 1071 ff), stellen sich all diese Fragen des Minderheitenschutzes aber schon jetzt (umfassend).

auf alle Ansprüche; sie setzt aber voraus, dass das Minderheitsverlangen gem § 134 AktG schon ausgeübt wurde und schützt zudem nur jene Aktionäre, die eine Anspruchsverfolgung verlangt haben (arg „*von den die Minderheit bildenden Aktionären*“). Sofern eine Minderheit die Anspruchsverfolgung verlangt hat, überschneidet sich § 136 AktG darüber hinaus mit den Widerspruchsrechten gem § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG, die gerade nicht nach dem Dispositionszeitpunkt differenzieren und folglich auch Dispositionen *nach* Ausübung des Verlangens erfassen. Das ist vor allem problematisch, weil die Widerspruchsrechte einerseits und § 136 AktG andererseits (abgesehen von den unterschiedlichen Beteiligungsquoten) auch unterschiedliche Anforderungen an die Verhinderung eines (mehrheitlichen) Dispositionsbeschlusses zu stellen scheinen: Während die Minderheit im ersten Fall (aktiv) widersprechen muss, scheint im zweiten Fall schon bloße Untätigkeit zu genügen, weil § 136 AktG für die Wirksamkeit des Dispositionsbeschlusses die Zustimmung der die Anspruchsdurchsetzung verlangenden Aktionäre verlangt (arg „*zustimmen*“).

Gemessen am ursprünglichen Plan des Reformgesetzgebers von 1884, das Minderheitsverlangen (Art 223 ADHGB 1884) durch ein Widerspruchsrecht (Art 213d ADHGB 1884) abzusichern, scheint das vorgefundene „Bouquet“ an geltenden Schutznormen zumindest redundant, wenn nicht sogar (im Bereich der Überschneidungen) widersprüchlich. Noch problematischer ist allerdings, dass offenbar keine dieser Normen eine vollständige Absicherung des Minderheitsverlangens gewährleistet, weil entweder das Quorum zu hoch ist (bei den Widerspruchsrechten) oder nur die „verlangende“ Minderheit nachträglich geschützt wird (durch § 136 AktG).³⁰¹⁰ Beim Versuch einer Entwirrung dieser Normen scheint es zweckmäßig, ganz am Anfang, nämlich bei Art 213d ADHGB 1884, anzusetzen und von dort aus die weitere Rechtsentwicklung chronologisch und mit Blick auf die heutigen Probleme nachzuverfolgen.

3010 Krit aus der Lit zB *Zehetner* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 43 Rz 3: Die Abstimmung der Minderheitsrechte der § 43 AktG auf der einen und §§ 134 und 136 AktG auf der anderen Seite sei „*nicht besonders gelungen*“. Wenn eine fünf- bzw zehnpromzentige Minderheit die Verfolgung von Ansprüchen verlangen könne, dann solle wohl eine gleiche Minderheit einen Verzicht oder Vergleich durch die HV verhindern können. § 136 AktG sehe zwar genau dies vor, erfasste aber nicht den Fall, dass ein Verlangen nach § 134 AktG noch nicht gestellt wurde. Hat die Minderheit noch kein Verlangen auf Geltendmachung gem § 134 AktG gestellt, so wäre ein Verzicht also leichter möglich. Eine Harmonisierung der Minderheitsbestimmungen, etwa durch Reduzierung des erforderlichen Quorums zur Erhebung des Widerspruchs (10% statt 20%) sei daher rechtspolitisch wünschenswert.

ii. Historische Analyse

1) ADHGB 1884: Lückenhaftigkeit des (ursprünglichen) Widerspruchsrechts gem Art 213d

Das Widerspruchsrecht gem Art 213d ADHGB 1884 bezog sich nur auf Ersatzansprüche aus dem Gründungsstadium (arg: „aus der Gründung zustehenden Ansprüche“). Demgegenüber erfasste das Minderheitsverlangen gem Art 223 ADHGB 1884 auch Ersatzansprüche aus der laufenden Geschäftsführung (arg: „aus der Gründung [...] oder aus der Geschäftsführung“). Die unterschiedlichen Anwendungsbereiche waren unbeabsichtigt. Das belegen die Motive zu Art 223, wonach das Minderheitsverlangen ohne Widerspruchsrecht „jede Bedeutung verlieren [würde]“³⁰¹¹ und ihm „der Boden entzogen [wäre]“³⁰¹². Das Verlangen stehe im „nothwendigen Zusammenhange“ mit dem Widerspruchsrecht und habe in diesem „seine Voraussetzung“.³⁰¹³ Wie schon wiederholt erwähnt, könnte die Mehrheit das Recht der Minderheit andernfalls ganz einfach dadurch torpedieren, dass sie (jederzeit) auf die geltendzumachenden Ersatzansprüche verzichtet oder sich darüber vergleicht. Vor diesem Hintergrund war Art 213d insofern planwidrig lückenhaft, als andere Ansprüche als jene aus der Gesellschaftsgründung (insb solche aus der laufenden Geschäftsführung) nicht erfasst waren und insoweit Art 223 gegen Mehrheitsdispositionen über den Anspruch ungesichert war. Das blieb der zeitgenössischen Kommentarliteratur nicht verborgen.³⁰¹⁴ Die Mehrheit der Autoren befürwortete soweit ersichtlich eine rechtsfort-

3011 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 452 rSp.

3012 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 470 lSp.

3013 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 470 lSp.

3014 Staub (HGB³, ⁴ [1896] Art 223 Anm § 3. b) [S 506]) schrieb etwa, „daß das hier gegebene Minderheitsrecht [sc Art 223 ADHGB 1884], genau besehen, wenig Bedeutung hat, da die Mehrheit der Generalversammlung die betreffenden Organe entlasten kann, nur muß diese Mehrheit, im Falle es sich um Gründungsfehler handelt, den Vorschriften des Art 213d entsprechen [...]. Eine gleiche Mehrheit ist für den Fall nicht gefordert, daß es sich um Geschäftsführungsfehler handelt. Wollte man dies gleichwohl annehmen, so wäre die Vorschrift in Art. 213d für Gründungsfehler überflüssig.“ Offenbar zog Staub somit (wie auch Petersen/v. Pechmann, Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaft [1890] 446–448, zitiert nach Förtsch in Puchelt, ADHGB I⁴ [1893] Art 223 Anm 2 [S 576]) aus dem Anwendungsbereich des Art 213d ADHGB 1884 den Umkehrschluss: Diese Norm wäre überflüssig, wenn die Unwirksamkeit von Verzichten und Vergleichen schon allg aus dem Zweck und der erforderlichen Effektivität des Minderheitsverlangens abgeleitet werden könnte. Diese Prämisse schließt eine analoge Anwendung des Widerspruchsrechts freilich nicht aus. Denn die Unwirksamkeit von Anspruchsdispositionen ergäbe sich dann nicht aus der gebotenen Effektivität des Minderheitsverlangens, sondern aus einer (wenn auch analog anzuwendenden) gesetzlichen Dispositionsbeschränkung (dem Widerspruchsrecht).

bildende Korrektur, etwa durch analoge Anwendung des Art 213d auf Ansprüche aus der laufenden Geschäftsführung.³⁰¹⁵

2) dHGB 1897: *Teilweise Lückenschließung durch § 270 und legistischer Fehler bei § 205*

Der Gesetzgeber wollte die Schutzlücke des Art 213d ADHGB 1884 darauf hin mit § 270 dHGB 1897³⁰¹⁶ (§ 262 des Entwurfs) schließen (dabei handelt es sich um die „Ur“-Vorgängerbestimmung des § 136 AktG idGF). Die Denkschrift³⁰¹⁷ erklärte die neue Norm wie folgt:

„Eine Lücke bietet das H.G.B. insofern, als keine Vorsorge getroffen ist, um zu verhindern, daß Ansprüche gegen die für die Geschäftsführung verantwortlichen Personen durch Verzicht oder Vergleich der Gesellschaft beseitigt werden, nachdem die Minderheit die Geltendmachung der Ansprüche verlangt hat. Nur in Bezug auf die Ansprüche aus der Gründung gewährt

3015 Vgl referierend Staub, ADHGB^{3, 4} (1896) Art 223 Anm § 3. b) (S 506 f): „Die Annahme der meisten anderen Ausleger, Rings (Anm. 5) und Förtsch's (Anm. 3), Behrends (§ 126, Anm. 23) daß nach dem Ausspruch des Verlangens ein Vergleich oder Verzicht nur mit Zustimmung jener Minderheit erfolgen kann, hat im Gesetze keinen Ausdruck gefunden [...]“. Behrend (Lehrbuch I [1886] 852 Fn 23) leitete aus dem Minderheitsverlangen direkt ab, dass Art 213d ADHGB 1884 auch auf Ansprüche aus der Geschäftsführung anwendbar sein musste: „Insoweit ist die Bestimmung des Art. 213d [...] auch auf Ansprüche aus der Geschäftsführung anwendbar.“ Nach Ring (ADHGB [1886] Art 223 Anm 4 [S 483]); war durch Art 223 ADHGB 1884 „sinngemäß ausgeschlossen daß die Gesellschaft sich durch gleichzeitiges oder nachfolgendes Benehmen in die Unmöglichkeit einer Durchführung des Prozesses versetzen darf, sofern nicht die ehemals dissentirende Minderheit selbst zustimmt“ (ähnlich ders, ADHGB² [1893] Art 223 Anm 5 [S 484]). Vgl auch Förtsch in Puchelt, ADHGB I⁴ (1893) Art 223 Anm 3 (S 575), wonach nach Ausübung des Minderheitsverlangens ein Verzichts- oder Vergleichsbeschluss einen unzulässigen Eingriff in das Individualrecht der Aktionäre enthielte. Noch weitergehend war Cosack (Lehrbuch² [1895] 635) der Ansicht, dass schon eine 10%-Minderheit einem Verzicht oder Vergleich widersprechen kann, weil dieselbe Minderheit gem Art 222a ADHGB 1884 berechtigt war, eine Untersuchung der Gründung und Geschäftsführung zu fordern (anders noch in der Erstauffl.). Obwohl ein solches Recht nicht im Gesetz vorgesehen sei, wäre andernfalls das Untersuchungsrecht „ohne jeden Wert.“ Soweit sich der eingeforderte Schutz gegen Mehrheitsbeschlüsse nur auf den Zeitraum nach Ausübung des Minderheitsverlangens bezog (vgl insb Staub, ADHGB^{3, 4} [1896] Art 223 Anm § 3. b) [S 506 f]: „[...] nach dem Ausspruch des Verlangens [...]“), hatte diese Einschränkung offenbar Konsequenzen für die weitere Gesetzgebung – s weiter im Fließtext (insb noch bei Fn 3033).

3016 § 270 dHGB 1897: „Bezüglich eines Anspruchs, dessen Geltendmachung die Minderheit auf Grund der Vorschrift des §. 268 Abs. 1 verlangt hat, ist ein Verzicht oder ein Vergleich der Gesellschaft nur dann zulässig, wenn von den die Minderheit bildenden Aktionären so viele zustimmen, daß die Aktien der übrigen nicht mehr den zehnten Theil des Grundkapitals darstellen.“

3017 Denkschrift dHGB 1897, abgedr bei Hahn/Mugdan, Materialien 316 (Hervorhebungen durch den Verf.).

der Art. 213d durch das der Minderheit eingeräumte Recht des Widerspruchs einen gewissen Schutz. Der § 262 des Entwurfs soll diesem Mangel abhelfen. Danach ist ein solcher Verzicht oder Vergleich nur zulässig, wenn von den die Minderheit bildenden Aktionären wenigstens so viele **ihre Zustimmung erklären**, daß die Aktien der übrigen nicht mehr den fünften³⁰¹⁸ Theil des Grundkapitals darstellen. Die Zustimmung sämtlicher die Minderheit bildenden Aktionäre kann nicht gefordert werden, da sonst jeder einzelne die Befugnis hätte, einen dem Interesse der Gesellschaft entsprechenden Ausgleich durch seinen Widerspruch zu verhindern. Daß die Zustimmung nicht mehr nöthig ist, wenn das von der Minderheit erhobene Verlangen einer Geltendmachung des Anspruchs durch den Ablauf der im § 261 Abs. 1 für die Anstellung der Klage bestimmten Frist seine Wirkung verloren hat, braucht als selbstverständlich nicht besonders im Gesetze hervorgehoben werden.“

Der Versuch des Gesetzgebers, die durch Art 213d ADHGB 1884 eröffnete Schutzlücke zu schließen, ist allerdings nicht geglückt, und zwar aus mehreren Gründen:

a. Nur nachträglicher Schutz der die Anspruchsverfolgung verlangenden Minderheit

Erstens war der Anwendungsbereich des § 270 dHGB 1897 zu eng. Denn die Bestimmung schützte nur jene Minderheitsaktionäre, die die Geltendmachung von Ansprüchen bereits gem § 268 dHGB 1897 verlangt hatten, vor (nachträglichen) Verzichten oder Vergleichen durch die Mehrheit.³⁰¹⁹ Demgegenüber erfasste Art 213d ADHGB 1884 (wie dann § 205 dHGB 1897) zum einen auch Dispositionen vor Ausübung des Verlangens und ließ zum anderen für die (nachträgliche) Aufrechterhaltung eines bereits erhobenen Minderheitsverlangens wohl auch einen Widerspruch durch andere Aktionäre als jene, die die Anspruchsverfolgung verlangt haben, genügen. Letzteres ergibt sich aus dem undifferenzierten Wortlaut (arg: „**eine** Minderheit“³⁰²⁰) und den Motiven zu Art 213d ADHGB, denen zufolge zwar einer „statthaften Verfolgung durch eine spätere wirksame Beschlussfassung der Generalversammlung über einen Vergleich oder Verzicht ein Ende gemacht werden kann“, aber „in der späteren Versammlung [...] gegen denselben **die gleiche Minderheit** Widerspruch erheben und dadurch das **Verfolgungsrecht für die Gesellschaft erhalten** [kann und mag]“.³⁰²¹ Die Möglichkeit der Auf-

3018 Diese Schwelle wurde erst in der Reichstagskommission auf 10% gesenkt (dazu noch bei Fn 3050 ff).

3019 Arg § 270 dHGB 1897 „[...] dessen Geltendmachung die Minderheit auf Grund der Vorschrift des §. 268 Abs. 1 verlangt hat [...]“. Vgl auch § 136 AktG idGF: „[...] dessen Geltendmachung die Minderheit gemäß § 134 Abs. 1 verlangt hat [...]“

3020 Hervorhebung durch den Verf.

3021 AmlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 470. Die Motive sprechen – wohl bewusst – von der gleichen (und nicht etwa von derselben) Minderheit und beziehen sich damit (nur) auf die nötige Beteiligung am

rechterhaltung des Verlangens „für die Gesellschaft“ auch durch andere als die verlangenden Aktionäre entspricht auch der gesetzlichen Konzeption,³⁰²² die Gesellschaft (und mittelbar die Minderheit) durch den abstrakten Typus „Minderheit“ in der Funktion als außerordentliches Gesellschaftsorgan zu schützen, und zwar zu jedem Zeitpunkt und unabhängig von konkreten Personen.³⁰²³ Die oben (zuerst) angesprochene Unabhängigkeit des Art 213d ADHGB 1884 von der Ausübung des Minderheitsverlangens ergibt sich (ebenfalls) aus dem undifferenzierten Wortlaut und vor allem aus dem *telos*, das Verfolgungsrecht der Minderheit umfassend und effektiv gegen Mehrheitseinflüsse abzusichern. Oben wurde bei der Lückenhaftigkeit des Art 213d ADHGB 1884 schon festgehalten, dass Verfolgungs- und Widerspruchsrecht einander bedingen. Nach den Motiven würde das Minderheitsverlangen ohne Widerspruchsrecht „jede Bedeutung verlieren“³⁰²⁴ und ihm wäre „der Boden entzogen“³⁰²⁵. Die verfolgungswillige Minderheit muss aber eben nicht nur vor Mehrheitsdispositionen *nach* Ausübung des Verlangens geschützt werden, sondern auch vor Dispositionen vor diesem Zeitpunkt. Das Widerspruchsrecht soll maW die Anspruchsverfolgung nicht nur (nachsorglich) *erhalten*, sondern auch (vorsorglich) überhaupt erst *ermögli-*

Grundkapital. Vgl ebenda: „Die Vorschrift [sc Art 223] steht im notwendigen Zusammenhange mit dem im Artikel 213d der gleichen Minderheit gewährten Widerspruchsrecht gegen den Abschluß von Vergleichen oder die Erklärung von Verzichten.“ (Hervorhebung durch den Verf.). Der Gesetzgeber ging zwar wohl davon aus, dass typischerweise *dieselbe* Minderheit, die einem Verzicht oder Vergleich widerspricht, in der Folge die Anspruchsverfolgung verlangen wird (und dieselbe Minderheit allenfalls auch einen nachträglichen Verzicht oder Vergleich durch Widerspruch abwenden wird) – zwingend ist das aber nicht.

3022 Zur gesetzlichen Konzeption schon oben ab S 734.

3023 In der Lit wurde Art 213d ADHGB 1884 freilich zT noch im gegenteiligen Sinn verstanden, wodurch wohl jenes einseitige Problembewusstsein entstand, das für die Unzulänglichkeit des § 270 dHGB 1897 verantwortlich war (s dazu noch bei Fn 3033 mwN). Später – ab dem dHGB 1897 – wurde jedoch für einen wirksamen Verzicht oder Vergleich betreffend Gründungsansprüche (für die sowohl das Widerspruchsrecht gem § 205 als auch § 270 dHGB 1897 gegolten haben [s auch Fn 3048]) verlangt, dass nach § 270 ausreichend viele der *verlangenden* Aktionäre zustimmen und *zusätzlich* nach § 205 nicht eine (sonstige) Aktionärsminorität Widerspruch erhebt (vgl zB *Brodmann*, Aktienrecht [1928] § 205 Anm 1 [S 402]; *Lehmann/Ring*, HGB² § 270 Anm 1 f [S 186]; deutlich *Schlegelberger et al*, AktG³ [1939] § 124 Anm 2 [S 512]; *Ritter*, AktG² [1939] § 124 Anm 3 [S 398]). Freilich konnte das Widerspruchsrecht gem § 205 insoweit wohl auch gar nicht anders verstanden werden (iSv der *verlangende* Minderheit), weil es (planwidrig) noch eine Minderheitsbeteiligung von 20% des Grundkapitals verlangte, statt wie das Verlangen gem § 268 und wie § 270 dHGB 1897 von nur 10% (dazu noch unten S 767 ff).

3024 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 452 rSp.

3025 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 470 lSp.

chen. Andernfalls wäre die Minderheit gezwungen, einem Dispositionsbeschluss durch die Ausübung des Verlangens selbst zuvorzukommen.³⁰²⁶ Da

³⁰²⁶ Hierzu kann auch auf die Ausführungen zur Rechtslage nach dem AktG 1937/1938 unten (vor)verwiesen werden (s noch unten): Das AktG 1937/1938 übernahm § 205 dHGB 1897 als § 43 AktG. Zusätzlich verallgemeinerte der Gesetzgeber dieses Widerspruchsrecht mit § 84 Abs 4 Satz 3 AktG, wo es sich auf alle Ersatzansprüche (insb aus der laufenden Geschäftsführung) bezog. Demgemäß sah das AktG 1937/1938 (wie auch noch das geltende öAktG) zwar mit § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG 1937/1938 ein Widerspruchsrecht für Gründungsansprüche und sonstige Ersatzansprüche vor, diese Widerspruchsrechte verlangten aber eine Beteiligung von 20% des Grundkapitals (statt wie das Minderheitsverlangen nur 10%). Ursächlich dafür war übrigens ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers von 1897 (dazu und zum selben Problem mit § 205 dHGB 1897 sogleich unten im Text). Deshalb war die verfolgungswillige Minderheit, wenn sie zwar mehr als 10% erreichte (und damit die Anspruchsverfolgung verlangen konnte), aber nicht 20% des Grundkapitals, (ebenfalls) genötigt, der dispositionswilligen Mehrheit mit der Ausübung des Verlangens zuvorzukommen. Der deutsche Aktiengesetzgeber von 1965 hielt diese Rechtslage mit Recht für problematisch. Vgl AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 132: „Eine Minderheit, deren Anteile zusammen nicht 20 v.H. des Grundkapitals erreichen, ist somit gezwungen, sich schon vor der Hauptversammlung, in der über den Vergleich oder Verzicht beschlossen werden soll, zu sammeln und die Geltendmachung der Ersatzansprüche nach § 122 Abs. 1 AktG zu verlangen, bevor der Verzicht oder Vergleich beschlossen wird. Das wird ihr oft nicht möglich sein.“ Deshalb strich das dAktG 1965 den § 124 AktG 1937/1938 (entspricht funktional § 270 dHGB 1897 und § 136 öAktG idgF), weil „die zur Minderheit gehörenden Aktionäre bereits durch andere Vorschriften (vgl. § 47 Satz 1, § 90 Abs 4 Satz 3) hinreichend gegen einen Verzicht oder Vergleich auf den Ersatzanspruch geschützt sind.“ (AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 165). Dafür glich der Gesetzgeber die überhöhten Quoren der Widerspruchsrechte an das Minderheitsverlangen an. Die Überlegungen des deutschen Gesetzgebers von dAktG 1965 zur Notwendigkeit eines präventiven Schutzes gelten umso mehr, als nicht nur das Quorum eines Widerspruchsrechts zu hoch ist, sondern gar kein Widerspruchsrecht, dh gar kein allg präventiver Schutz existiert (weil § 270 dHGB 1897 insoweit lückenhaft war). Denn ohne (irgend)eine präventive Absicherung kann die verfolgungsberechtigte Minderheit Verzichte und Vergleiche (unabhängig von der Beteiligungshöhe) keinesfalls abwehren (auch nicht mit einer Beteiligung über 20% vom Grundkapital). Sie wäre daher *jedenfalls* genötigt gewesen, sich bereits vor der Beschlussfassung zusammenzufinden, um die Geltendmachung von Ansprüchen zu verlangen (s oben). Der Hauptgrund, weshalb dies der Minderheit „oft nicht möglich sein [wird]“, liegt darin, dass die Ausübung des Minderheitsverlangens nach (auch schon damals) hL einen entspr Tagesordnungspunkt voraussetzt. S weiter im Fließtext bei Fn 3027. Außerdem stellt sich vielleicht erst bei der Abstimmung über einen Verzicht oder Vergleich heraus, ob überhaupt eine zur Anspruchsverfolgung ausreichende Minderheit existiert und – wenn ja – welche Aktionäre sich dafür stark machen. Ein (präventives) Widerspruchsrecht gibt Minderheitsaktionären die Möglichkeit, zunächst einmal zu widersprechen und sich danach zu sammeln, um eine Geltendmachung der Ansprüche zu verlangen. Dagegen scheint es schwieriger, eine Geltendmachung schon vor der Beschlussfassung über einen Verzicht oder Vergleich zu koordinieren (vor allem unter Streubesitzaktionären).

das Minderheitsverlangen nach (auch damals) hM³⁰²⁷ jedoch nicht einfach zum Tagesordnungspunkt „Entlastung“ ausgeübt werden kann, müsste die verfolgungswillige Minderheit hierzu zuerst die Ergänzung der Tagesordnung verlangen, was jedoch einer vorherigen Ankündigung bedarf.³⁰²⁸ Diese wird den Minderheitsaktionären jedoch oftmals nicht möglich sein, etwa wenn sie wegen ihres typischen Informationsnachteils³⁰²⁹ erst durch die Tagesordnung oder überhaupt erst in der Versammlung von Pflichtverletzungen und Ersatzansprüchen der Organmitglieder erfahren.³⁰³⁰ Der (Gegen-)

3027 Vgl hier nur *Pinner* in *Staub*, HGB II¹⁴ (1933) § 268 Anm 3 (S 668); *Goldschmit*, Das neue Aktienrecht (1932) § 268 Anm 6 (S 184) mwN; aA jedoch *W. Horowitz* in *Horowitz/Ullmann*, Kommentar zum neuen Aktienrecht (1932) § 268 Anm 7 (S 225); s die weiteren Nw in Fn 2997.

3028 Vgl § 256 Abs 2 dHGB 1897; § 109 öAktG idgF.

3029 Vgl zB *M. Neumayr*, JBl 1990, 273 (280 f).

3030 Ganz idS wendete schon unter der Geltung des dHGB 1897 *W. Horowitz* (in *Horowitz/Ullmann*, Kommentar zum neuen Aktienrecht [1932] § 268 Anm 4 [S 224]; zit auch bei *Pinner* in *Staub*, HGB II¹⁴ [1933] § 268 Anm 3 [S 668]) gegen die hL (Verlangen kann nicht zum Tagesordnungspunkt „Entlastung“ ausgeübt werden) ein, dass das Minderheitsrecht dadurch in vielen Fällen vereitelt würde. So etwa, wenn sich das Bestehen von Ersatzansprüchen erst in der Versammlung oder kurz davor herausstellt. Diesen Einwand tat *Pinner* (in *Staub*, HGB II¹⁴ [1933] § 268 Anm 3 [S 668]) mit dem Hinweis ab, dass die Minderheit durch die Möglichkeit der Vertagung der Generalversammlung (§ 264 dHGB 1897) und der Einberufung einer außerordentlichen Versammlung zum Zweck der Geltendmachung des Minderheitsverlangens „genügend Mittel“ habe, schnell zu reagieren und die Entlastung zu verhindern.

Der Gegeneinwand *Pinner*s überzeugt mE jedoch nicht. Denn dieser Umweg, auf den man eine verfolgungsberechtigte Minderheit ohne (präventives) Widerspruchsrecht schicken müsste, ließe die Verleihung eines gesetzlichen Verfolgungsrechts schon bei oberflächlicher Betrachtung beinahe zynisch erscheinen. Er spricht mE aber entgegen *W. Horowitz* (aaO) nicht gegen das Ankündigungserfordernis, sondern zeigt iSe *argumentum ad absurdum* vielmehr deutlich auf, dass § 270 dHGB 1897 planwidrig zu eng gefasst war, weil er sich nicht auf Dispositionsbeschlüsse vor Ausübung des Minderheitsverlangens bezog. Betrachtet man den von *Pinner* gewiesenen (Um-)Weg genauer, stellt sich dieser sogar als untauglich für eine Absicherung der Minderheitsdisposition heraus. Die Minderheitsrechte, auf die er sich stützt, hatten (und haben) nicht den Zweck, Haftungsfreistellungen durch die Mehrheit zu verhindern. Das Vertagungsrecht gem § 264 dHGB 1897 (vgl ähnlich § 104 Abs 2 öAktG idgF) hing von der Bemängelung bestimmter Ansätze der Bilanz ab (§ 264 dHGB 1897: „[...] auf Verlangen der Minderheit jedoch nur, soweit

Angriff mit dem Minderheitsverlangen war und ist somit kein taugliches Verteidigungsmittel gegen Mehrheitsdispositionen über geltendzumachende Gesellschaftsansprüche. Der Reformgesetzgeber von 1884 erkannte die Notwendigkeit eines präventiven Minderheitenschutzes: Ausweislich der Motive ging er nämlich davon aus, dass „*die Minderheit den Widerspruch nur erhebt, um die Verfolgung der Ansprüche der Gesellschaft herbeizuführen.*“³⁰³¹ Damit kann nur eine spätere Verfolgung gemeint sein. Noch deutlicher ergibt sich das aus folgender Passage: „*Die Verfolgung findet statt, sofern ein Vergleich etc. überhaupt noch nicht zur Verhandlung gelangt oder soweit er in einer früheren oder in derselben Generalversammlung durch die Mehrheit oder den Widerspruch der Minderheit verworfen ist.*“³⁰³²

Der Gesetzgeber des dHGB 1897 verkannte mit § 270 das gerade erläuterte (weitergehende) Schutzbedürfnis der Minderheitsaktionäre, vielleicht bedingt durch ein verkürztes Verständnis des Art 213 ADHGB 1884 und ein demge-

von ihr bestimmte Ansätze der Bilanz bemängelt werden“). Schon deshalb eignete es sich nicht zur Absicherung des (insoweit uneingeschränkten) Minderheitsverlangens gegen Dispositionsbeschlüsse (vgl idZ AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 507: „Soweit die Ansätze nicht von der Minderheit bemängelt sind, tritt eine Vertagung der Verhandlung nicht ein, gilt vielmehr die Entlastung des Vorstandes als erfolgt (Art. 239a Abs. 4).“). Vgl auch Gutachten ROHG (abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 247) zum Vertagungsrecht (dann Art 239a ADHGB 1884): „Es soll damit die bessere Prüfung der Bilanz als richtigen Ergebnisses der tatsächlichen Geschäftsführung behufs der Dividendenfestsetzung gewonnen werden.“

3031 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 470 (Hervorhebungen durch den Verf).

3032 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 470 (Hervorhebungen durch den Verf).

mäß unzureichendes Problembewusstsein in der damaligen Lehre^{3033, 3034}. Jedenfalls hinterließ § 270 dHGB 1897 noch eine (wenngleich geschmälerzte)

3033 Die Denkschrift zum dHGB 1897 (abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 316 [Hervorhebung durch den Verf]) verortete eine Lücke nur darin, dass Ersatzansprüche beseitigt werden konnten, „*nachdem die Minderheit die Geltendmachung der Ansprüche verlangt hat*“ (s auch Fn 3017). Die Gesetzesverfasser übersahen wohl, dass sich Art 213d ADHGB 1884 aus gutem Grund auch auf „vorherige“ Dispositionsbeschlüsse und nicht nur auf die verlangende Minderheit bezogen hatte. Schuld daran könnte der folgende (schon referierte [Fn 3014]) Passus in *Staub's* Kommentierung des Art 213d ADHGB 1884 (*Staub*, ADHGB^{3, 4} [1896] Art 223 Anm § 3 b) [S 506]) gewesen sein: „*Die Annahme der meisten anderen Ausleger, Rings (Anm. 5) und Förtsch's (Anm. 3), Behrends (§ 126, Anm. 23) daß nach dem Ausspruch des Verlangens ein Vergleich oder Verzicht nur mit Zustimmung jener Minderheit erfolgen kann, hat im Gesetze keinen Ausdruck gefunden [...]*“ (Hervorhebungen durch den Verf). Dieses Resümee der damals hL entspricht zwar offenkundig der späteren Anordnung des § 270 dHGB 1897, es ist indes nicht akkurat. Denn nur *Ring* (ADHGB² [1893] Art 223 Anm 5 [S 484 f]) schrieb tatsächlich wie von *Staub* wiedergegeben: „*Nur mit dem Willen der Aktionäre, welche die Klageerhebung durch ihr Verlangen bestimmt haben, darf ein Vergleich oder Verzicht durch die Mehrheit während des Rechtsstreits erfolgen.*“ (Hervorhebung durch den Verf). Vgl auch schon *Ring*, ADHGB (1886) Art 223 Anm 4 (S 483), wonach durch das Minderheitsverlangen sinngemäß ausgeschlossen war, „*daß die Gesellschaft sich durch gleichzeitiges oder nachfolgendes Benehmen in die Unmöglichkeit einer Durchführung des Prozesses versetzen darf, sofern nicht die ehemals dissentirende Minderheit selbst zustimmt*“. Dagegen differenzierte *Behrend* (Lehrbuch I [1886] 852 Fn 23) offenbar nicht nach dem Zeitpunkt des Dispositionsbeschlusses, sondern sprach sich schlicht für eine analoge Ausdehnung des Art 213d ADHGB 1884 auf Ersatzansprüche aus der Geschäftsführung aus (s schon Fn 3015): „*Insoweit ist die Bestimmung des Art. 213d [...] auch auf Ansprüche aus der Geschäftsführung anwendbar.*“ Aus dem Minderheitsverlangen folge, „*daß gegen den Widerspruch einer solchen Minderheit auf den der Gesellschaft zustehenden Ersatzanspruch nicht verzichtet oder ein Vergleich über denselben geschlossen werden kann.*“ Damit entsprach die Meinung *Behrends* wohl auch am ehesten dem ursprünglichen Konzept des Reformgesetzgebers. Die Stellungnahme von *Förtsch* (in *Puchelt*, ADHGB I⁴ [1893] Art 223 Anm 3 [S 575]) ist mE nicht ganz eindeutig. Offenbar wollte auch *Förtsch* auf Dispositionsbeschlüsse nach Ausübung des Verlangens das Widerspruchsrecht gem Art 213d ADHGB 1884 angewendet wissen. In jedem Fall ist der Schutz bloß gegen Dispositionsbeschlüsse *nach* Ausübung des Minderheitsverlangens und hier nur derjenigen Aktionäre, die die Geltendmachung verlangt haben, nicht ausreichend.

3034 Vgl aus der damaligen Lit etwa *Lehmann/Ring* (HGB² [1913] § 270 Anm 1 [S 185 f]): „*Sie [sc die Anordnung des § 270 dHGB 1897] bezweckt zu verhüten, daß die ordentlichen Gesellschaftsorgane die Verfolgung der auf Verlangen der Minderheit erhobenen Ansprüche durch spätere Verzichte (Entlastungen) und Vergleiche durchkreuzen. Ihre Anwendung setzt voraus, daß bereits ein dem § 269 Abs. 1 entsprechendes Minderheitsverlangen vorliegt. Die für Gründungsansprüche in § 205 gegebene Vorschrift ist hier offenbar nicht genügend berücksichtigt [...]*.“ Dass der Gesetzgeber von 1897 bei Dispositionsbeschlüssen *vor* Ausübung des Minderheitsverlangens kein Schutzbedürfnis erkannte, indiziert übrigens auch folgende Passage der Denkschrift (abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 316 [s schon Fn 3017]):

Minderheitenschutzlücke, falls Dispositionsbeschlüsse schon *vor* Ausübung des Minderheitsverlangens gefasst wurden (also zB auch nach Ablauf der Frist zur Geltendmachung)³⁰³⁵ und bei nachträglichen Dispositionen im Hinblick auf andere als die verlangenden Aktionäre. Im damaligen Schrifttum wurde diese Lücke (soweit ersichtlich) kaum thematisiert.³⁰³⁶ Rückblickend wäre mE insoweit (weiterhin) eine analoge Anwendung des § 205 dHGB 1897 angezeigt gewesen (zu dessen mittlerweile überhöhtem Quorum noch sogleich unten)³⁰³⁷.

b. Bedeutung der Zustimmung iSd § 270

Vergleicht man § 270 dHGB 1897 mit § 205 dHGB 1897, stellt sich auch die Frage, welche Anforderungen an die Verhinderung eines (mehrheitlichen) Dispositionsbeschlusses gestellt waren (dieselbe Frage stellt sich heute noch bei § 136 öAktG idGF)³⁰³⁸. Während nämlich § 205 einen (aktiven) Widerspruch verlangte (vgl auch heute § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG), forderte § 270 (scheinbar) nur das Unterlassen einer (aktiven) Zustimmung, ließ also maW (zumindest begrifflich) bloße Untätigkeit der Minderheit genügen, um eine Mehrheitsdisposition abzuwehren. Scheinbar bewirkte die bloße Untätigkeit der Minderheit einmal die Wirksamkeit und das andere Mal die Unwirksamkeit der Mehrheitsdisposition (weil spiegelbildlich für die Wirksamkeit einmal schon ein fehlender Widerspruch und das andere Mal eine positive Zustimmung zu genügen schienen). Der (scheinbar) eindeutige Gesetzeswortlaut³⁰³⁹ („*zustimmen*“) erweist sich mE jedoch bei genauerer Be-

„Daß die Zustimmung nicht mehr nöthig ist, wenn das von der Minderheit erhobene Verlangen einer Geltendmachung des Anspruchs durch den Ablauf der im § 261 Abs. 1 für die Anstellung der Klage bestimmten Frist seine Wirkung verloren hat, braucht als selbstverständlich nicht besonders im Gesetze hervorgehoben werden.“

Erkennt man hingegen die Notwendigkeit (auch) eines präventiven Minderheitenschutzes, bedürfte es auch nach Ablauf der Klagsfrist der Zustimmung durch die Minderheit (durch fehlenden Widerspruch), um ein allfälliges späteres (erneutes) Verlangen der Anspruchsdurchsetzung zu ermöglichen. Die ablehnende Haltung der Denkschrift könnte (zusätzlich) daher rühren, dass der Gesetzgeber nach Ablauf der Präklusivfrist ein inhaltsgleiches Verlangen ablehnte (so immerhin auch das zeitgenössische Schrifttum [s schon Fn 3006]).

3035 S die Ausführungen in Fn 3034.

3036 Vgl aber zB *Lehmann/Ring*, HGB² (1913) § 270 Anm 1 (S 185 f) (Fn 3034).

3037 S 767 ff.

3038 Dazu noch unten S 783 ff.

3039 Mit den *verba legalia* könnte der Gesetzgeber Anleihen an der schon referierten Kommentierung *Staub's* (ADHGB^{3,4} [1896] Art 223 Anm § 3 b) [S 506]) genommen haben. *Staub* schrieb nämlich: „*Die Annahme der meisten anderen Ausleger, Rings (Anm. 5) und Förtsch's (Anm. 3), Behrends (§ 126, Anm. 23) daß nach dem Ausspruch des Verlangens ein Vergleich oder Verzicht nur mit Zustimmung jener Minderheit erfolgen kann, hat im Gesetze keinen Ausdruck gefunden [...]*.“ (Hervorhebung durch den Verf). Vgl idZ auch die ähnliche (wenngleich neutrale) Formulierung bei *Ring*, ADHGB² (1893) Art 223 Anm 5 (S 484 f), wonach „*[n]ur mit dem Willen der Aktionäre [...] ein Vergleich oder Verzicht durch die Mehrheit während*

trachtung als irreführend. Denn er ist offenbar dadurch bedingt, dass die damalige Lit das Widerspruchsrecht gem Art 213d ADHGB 1884 (freilich unzut³⁰⁴⁰) nur als qualifiziertes Mehrheitsquorum, dh den „Widerspruch“ als negative Stimmabgabe durch die Minderheit qualifizierte.³⁰⁴¹ Im Anschluss daran dürfte der Gesetzgeber des dHGB 1897 mit der Zustimmung iSd § 270 die (positive) Stimmabgabe gemeint haben. So verstanden konnte das Zustimmungserfordernis das Verfolgungsrecht der Minderheit allerdings nicht effektiv absichern, weil das Verfolgungsrecht gerade nicht von einem Stimmrecht abhängt.³⁰⁴² Außerdem hieße das Abstellen auf das Stimmrecht (also das Verständnis des Widerspruchsrechts als bloßes qualifiziertes Mehrheitsquorum) zwecks Verhinderung von Mehrheitsdispositionen einen konzeptionellen Bruch, weil auch das Minderheitsverlangen nicht

des Rechtsstreits erfolgen [könnte]“. Die von *Staub* aufgezählten anderen Autoren befürworteten jedoch – wie schon erwähnt (Fn 3015) – zT eine analoge Erweiterung des Widerspruchsrechts gem Art 213d ADHGB 1884 (so insb *Behrend*, Lehrbuch I [1886] 852 Fn 23).

3040 Zur dogmatischen Konzeption des gesetzlichen Minderheitenschutzes schon oben bei Fn 2971.

3041 S schon Fn 3039. Vgl *Staub*, ADHGB^{3,4} (1896) Art 223 Anm § 3 b) (S 506): „*Nicht unerwähnt kann bleiben, daß das hier gegebene Minderheitsrecht [sc Art 223 ADHGB 1884], genau besehen, wenig Bedeutung hat, da die Mehrheit der Generalversammlung die betreffenden Organe entlasten kann, nur muss diese Mehrheit im Falle es sich um Gründungsfehler handelt [sic], den Vorschriften des Art. 213d entsprechen [...]. Eine gleiche Mehrheit ist für den Fall nicht gefordert, daß es sich um Geschäftsführungsfehler handelt. Wollte man dies gleichwohl annehmen, so wäre die Vorschrift in Art. 213d für Gründungsfehler überflüssig. Die Annahme der meisten anderen Ausleger [...], daß nach dem Ausspruch des Verlangens ein Vergleich oder Verzicht nur mit Zustimmung jener Minderheit erfolgen kann, hat im Gesetze keinen Ausdruck gefunden, ebensowenig die Annahme Cosacks (S. 635), daß diejenige Zehntelminderheit, welche nach Art. 222a eine Untersuchung fordern, auch dem Vergleiche widersprechen kann.*“ (Hervorhebungen durch den Verf).

Offenbar verstand *Staub* unter dem „Widerspruch“ der Minderheit iSd Art 213d ADHGB 1884 die (negative) Stimmabgabe gegen den Verzicht oder Vergleich, so dass dessen Wirksamkeit eine entspr (qualifizierte) „Mehrheit“ voraussetzte (arg: „*muss diese Mehrheit*“; „*Eine gleiche Mehrheit*“). Positiv formuliert konnte der fehlende Widerspruch daher wohl als „Zustimmung“ bezeichnet werden. In jedem Fall sollte offenbar nur die Anordnung des Art 213d ADHGB 1884 auf die laufende Geschäftsführung erweitert werden. Vgl idS auch die Diktion Denkschrift zu § 270 dHGB 1897 (abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 316; Hervorhebungen durch den Verf): „*Die Zustimmung sämtlicher die Minderheit bildenden Aktionäre kann nicht gefordert werden, da sonst jeder einzelne die Befugniß hätte, einen dem Interesse der Gesellschaft entsprechenden Ausgleich durch seinen Widerspruch zu verhindern.*“ Auch in den zeitgenössischen Kommentierungen zu § 270 dHGB 1897 (und den Nachfolgerbestimmung § 124 dAktG 1937) wurde die unterlassene Zustimmung iSd *leg cit* zT als Widerspruch bezeichnet (vgl etwa *Brodmann*, Aktienrecht [1928] § 205 Anm 3.c) [S 122 f], § 268 Anm 2.a) [S 397]; *Koenige*, HGB² [1929] § 270 [S 490]; *Teichmann/Koehler*, AktG [1937] § 124 [S 205]).

3042 S oben bei Fn 2994.

schon durch eine positive Stimmabgabe ausgeübt wird; vielmehr handelt es sich nach der gesetzlichen Konzeption um ein beschränktes Individualrecht, das die Minderheit als „außerordentliches Organ“ der Gesellschaft (nicht nur als Teil des ordentlichen Organs, also der HV) geltend macht. Dem widerspräche es, die Minderheit bei der (nötigen) Absicherung ihres Verlangens auf das bloße Stimmrecht in der HV als ordentlichem Gesellschaftsorgan zu beschränken.³⁰⁴³ Das ist dem Gesetzgeber im Zweifel nicht zu unterstellen. Ihm ist auch nicht zu unterstellen, das Minderheitsverlangen nur unzureichend abgesichert haben zu wollen; denn mit § 270 dHGB 1897 wollte er gerade die bisherige Schutzlücke des Art 213d ADHGB 1884 schließen. Beides spricht dafür, dass die Zustimmung iSd § 270 dHGB 1897 ebenfalls als unterbliebener Widerspruch zu verstehen war, sodass die Minderheit auch nach Ausübung ihres Verlangens (aktiv) Widerspruch erheben musste (nicht nur iSv Dagegenstimmen!), um eine Mehrheitsdisposition zu verhindern.³⁰⁴⁴ Nach diesem Verständnis ordnete § 270 dHGB 1897 insoweit für Ansprüche aus der laufenden Geschäftsführung dasselbe an wie Art 213d ADHGB 1884 (und dann § 205 dHGB 1897) für Gründungsansprüche.

c. Planwidrige Erfassung (auch) von Gründungsansprüchen durch § 270

Der Anwendungsbereich des § 270 dHGB 1897 war bei genauerer Betrachtung nicht nur insofern zu eng, als nur die verlangende Minderheit nachträglich geschützt war, sondern gleichzeitig auch insofern zu weit, als § 270 (kraft Verweises auf § 268)³⁰⁴⁵ nicht nur Ansprüche aus der Geschäftsführung,

3043 Plastisch *Brodmann*, Aktienrecht (1928) § 205 Anm 3.b) (S 122): „*Es genügt nicht, daß bei der Abstimmung über den Verzicht die überstimmte Minderheit diese Stärke erreicht. Sie muß auf Grund ihres Minderheitsrechts Widerspruch erheben. [...] Es handelt sich um verschiedene Entschließungen. Wer gegen den Verzicht stimmt, vermeint damit in der Mehrheit zu bleiben und mit ihr zu gehen. Daß er auch gegen die Mehrheit vorgehen will, ist damit noch nicht gesagt*“; s auch § 250 Anm 2a (S 303 f), wonach jenes Verständnis die Struktur des rechtlichen Zusammenhangs verkennen würde („[...] dort negative Auswirkung, Hemmung, hier positiver Eingriff durch eine Aktie oder durch die zusammengenommene Kraft mehrerer, weniger Aktien“).

3044 Indessen ließ die damalige Lit zT auch eine formlose Zustimmung außerhalb der HV genügen. Vgl zB *Pinner in Staub*, HGB II¹⁴ (1933) § 270 Anm 1 (S 678) mwN: „*bedarf keiner Form und braucht nicht etwa in der Generalversammlung erklärt zu werden*“; ebenso *Makower*, HGB¹² (1898) § 270 Anm III (S 624); *Goldschmit*, Aktienrecht (1932) § 270 Anm 2 (S 192). S dazu (auch zum geltenden Recht) noch unten S 774 ff und bei Fn 3123. Soweit eine ausdrückliche Zustimmung gefordert wurde (für die das Fernbleiben von der Abstimmung oder eine Stimmenthaltung nicht genügte; vgl zB *Brodmann*, Aktienrecht [1928] § 205 Anm 1 [S 402]), sollte die Minderheit offenbar auch durch bloße Untätigkeit einen Verzicht oder Vergleich verhindern können. S dazu noch unten insb Fn 3097.

3045 Arg § 270 dHGB 1897: „*auf Grund der Vorschrift des §. 268 Abs. 1^o. Vgl § 268 Abs 1 dHGB 1897: „Die Ansprüche der Gesellschaft aus der Gründung [...] oder aus der Geschäftsführung*“.

sondern auch aus der Gründung erfasste. Für diese Ansprüche galt jedoch bereits § 205 als Nachfolgebestimmung des Art 213d ADHGB 1884. Die Denkschrift zu § 270 legt nahe, dass diese Norm eigentlich nur die Ansprüche aus der laufenden Geschäftsführung erfassen sollte, denn die Gesetzesverfasser erkannten immerhin, dass „in Bezug auf die Ansprüche aus der Gründung der Art. 213d durch das der Minderheit eingeräumte Recht des Widerspruchs einen gewissen Schutz [gewährt]“.³⁰⁴⁶ Es handelt sich somit wohl um ein Redaktionsversehen.

In jedem Fall haben sich § 205 und § 270 überschritten (insoweit, als eine Minderheit bereits die Anspruchsverfolgung verlangt hatte). Das hätte zumindest im Hinblick auf den Schutzmechanismus (nur) zu einer Redundanz geführt, weil die Zustimmung iSd § 270 mE wie erwähnt³⁰⁴⁷ ebenfalls als fehlender Widerspruch zu verstehen gewesen wäre. Darüber hinaus verabsäumte der Gesetzgeber von 1897 es auch, das Quorum des § 205 an die herabgesetzten Quoren der § 268 und § 270 anzugleichen (dh ebenfalls auf 10% des Grundkapitals zu senken) – dazu noch gleich unten. Das zeitgenössische Schrifttum³⁰⁴⁸ pflegte darauf hinzuweisen, dass nun bei einem Verzicht oder Vergleich über Ansprüche aus dem Gründungsstadium (nach Ausübung des

3046 Eine Gesetzeslücke sahen die Legisten nur darin, dass „Ansprüche gegen die für die Geschäftsführung verantwortlichen Personen“ nicht abgesichert waren (Denkschrift dHGB 1897, abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 316 [s schon Fn 3017]). Mit § 270 dHGB 1897 wollten sie (nur) „diesem Mangel abhelfen“ (ebenda), denn „in Bezug auf die Ansprüche aus der Gründung“ gewähre wie erwähnt bereits Art 213d ADHGB 1884 „durch das der Minderheit eingeräumte Recht des Widerspruchs einen gewissen Schutz.“ (ebenda). Der Gesetzgeber von 1897 hatte also gar keinen Anlass, § 270 dHGB 1897 auch auf Ansprüche aus der Gründung zu beziehen. Offenbar übersahen die Gesetzesverfasser schlicht, dass sich § 270 dHGB 1897 kraft Verweises auf § 268 mittelbar auch auf Gründungsansprüche bezog (wo aber eben bereits § 205 dHGB 1897 für einen „gewissen Schutz“ sorgte). Die Denkschrift ist wohl auch nicht so zu verstehen, dass der durch Art 213d ADHGB 1884 gegebene Schutz als unzureichend erachtet wurde (arg: „gewissen Schutz“) und daher durch § 270 dHGB 1897 „verbessert“ werden sollte. Denn in diesem Fall hätte der Gesetzgeber Art 213d ADHGB 1884 vernünftigerweise ersatzlos streichen müssen.

3047 S oben S 763 ff.

3048 Vgl *Makower*, HGB¹² (1898) § 205 Anm IV b aE (S 436), § 270 Anm I a (S 624): „neben“; *Fischer in Ehrenberg*, Handbuch III (1916) 133; *Brodmann*, Aktienrecht (1928) § 205 Anm 1 (S 402): „neben“; *Goldschmit*, Aktienrecht (1932) § 270 Anm 5 (S 192); *Pinner in Staub*, HGB II¹⁴ (1933) § 270 Anm 3 (S 678); *Lehmann/Ring*, HGB² § 270 Anm 1 f (S 186). Vgl dann auch zum dAktG 1937 *Teichmann/Koehler*, AktG (1937) § 43 Anm 8 (S 141); *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 43 Anm 2 (S 145), § 124 Anm 2 (S 512): „neben“; *Ritter*, AktG² (1939) § 43 Anm 8 (S 141), § 124 Anm 3 (S 398): „gesetzestechnischer Fehler“; man dürfe „sich also auf den § 124 nicht verlassen“; *W. Schmidt in Gadow et al*, AktG (1939) § 124 Anm 3 (S 523).

Minderheitsverlangens) die Voraussetzungen des § 205 *und* des § 270 einzuhalten seien.³⁰⁴⁹

d. Unterbliebene Absenkung des Minderheitsquorums in § 205

Der Gesetzgeber von 1897 hat die Schutzlücke des Art 213d ADHGB 1884 im Bereich der laufenden Geschäftsführung mit § 270 dHGB 1897 nicht nur nicht ganz geschlossen, sondern versehentlich auch im Bereich der Gründungshaftung, wo Art 213d ADHGB 1884 von Anfang an ausreichenden Schutz geboten hat, eine (neue) Schutzlücke aufgerissen. Dazu kam es, weil die Reichstagskommission³⁰⁵⁰ beschlossen hatte, die Beteiligungsschwelle für das Minderheitsverlangen gem Art 223 ADHGB 1884 (§ 260 des dHGB-Entwurfs) von 20% auf 10% des Grundkapitals zu senken,³⁰⁵¹ um die Verfolgung von Ersatzansprüchen zu erleichtern.³⁰⁵² Dabei erkannte die Kom-

3049 S auch schon Fn 3023. Die parallele Anwendung der § 205 und § 270 als *kumulative* Voraussetzungen für wirksame Dispositionen über den Anspruch impliziert umgekehrt, dass solche Dispositionen *alternativ* verhindert werden können durch entweder den Widerspruch einer 20%-Minderheit oder durch die verweigerte Zustimmung der Minderheit, die die Anspruchsverfolgung verlangt hat, dh gem § 268 schon 10% des Grundkapitals (ggf indessen *P. Doralt/Diregger* in MüKo AktG⁴ § 50 Rz 27 [offenlassend jetzt *Arlt* in MüKo AktG⁵ § 50 Rz 28], nach denen *auch dann* ein Widerspruch durch eine 20%-Minderheit nötig ist, wenn schon eine 10%-Minderheit die Geltendmachung von Ansprüchen gem § 134 AktG verlangt hat). Freilich ist nicht zu übersehen, dass dadurch noch kein umfassender Minderheitenschutz gewährleistet ist, weil die Quoren der Widerspruchsrechte im Verhältnis zum Minderheitsverlangen überhöht sind. Deshalb wird hier eine Lösung vorgeschlagen, die der gesetzgeberischen Absicht umfassend zum Durchbruch verhilft (zu dieser eigenen Lösung noch näher unten S 774 ff).

3050 Im Entwurf des dHGB 1897 betrugen alle Quoren (mit Ausnahme der Revisorenbestellung) wie auch zuvor im ADHGB 1884 noch 20% des Grundkapitals. Erst in der Reichstagskommission wurde in erster Lesung beantragt, die Quoren zu senken.

3051 Referierend auch *Makower*, HGB¹² (1898) § 205 Anm IV b (S 435).

3052 Vgl den Kommissionsbericht über den Entwurf eines H.G.B., abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 611: „Der Antragsteller hielt eine Minorität, deren Antheile den fünften Theil des Grundkapitals erreichen müssen, für zu hoch gegriffen. Die Verfolgung solcher Ansprüche müsse erleichtert werden, da sonst vielfach die Verfolgung vollständig berechtigter Ansprüche gegen die Gründer und Vorstandsmitglieder angesichts der Thatsache, daß ein großer Theil des Aktienbesitzes sich in wenigen Händen befinden könne, die mit den Gründern und Vorstands- oder Aufsichtsratsmitgliedern verbündet sind, unterdrückt werde; es sei daher statt des fünften Theiles der zehnte Theil des Grundkapitals bereits als genügend zu erachten.“ (Hervorhebung durch den Verf.). Der Beschlussantrag wurde trotz geäußerter Bedenken angenommen (Kommissionsbericht aaO 612). Vgl zu den Bedenken aaO 611 f: „Es wurde dem entgegengehalten, daß allerdings bei der Aufstellung von Revisoren zur Prüfung der Bilanz oder zur Prüfung von Vorgängen bei der Gründung oder Geschäftsführung schon der zehnte Theil des Grundkapitals als genügen erachtet werde. Anders liege aber die Sache hier, wo eine Minderheit der Generalversammlung ihren Willen aufzwingen und Ansprüche verfolgt werden müssen gegen

mission den funktionalen Zusammenhang des Minderheitsverlangens mit § 270 dHGB 1897 (§ 262 des Entwurfs) und senkte dessen Quorum ebenfalls auf 10% des Grundkapitals.³⁰⁵³ Dagegen verkannte die Kommission den Zusammenhang mit dem Widerspruchsrecht gem § 205 dHGB 1897.³⁰⁵⁴ Auch zu *dieser* Bestimmung wurde (in zweiter Lesung) ein Antrag auf entsprechende Reduktion der Beteiligungsschwelle gestellt,³⁰⁵⁵ der folgerichtig mit der Absenkung der Quoren in den §§ 260 ff des Entwurfs begründet wurde;³⁰⁵⁶ dieser Antrag wurde jedoch überraschend abgelehnt,³⁰⁵⁷ obwohl in der Kommission noch vergeblich auf den drohenden Widerspruch mit § 270 dHGB 1897 hingewiesen worden war.³⁰⁵⁸ Ursächlich dafür könnte (neben der systematischen Distanz) vor allem der Umstand gewesen sein, dass sich § 270 wie erwähnt auch auf Gründungsansprüche bezogen hat (obwohl die Entwurfsverfasser damit eigentlich nur Art 213d ADHGB 1884 ergänzen wollten). Möglicherweise gingen die Kommissionsmitglieder deswegen davon aus, dass das Minderheitsverlangen bereits durch § 270 dHGB 1897 *umfassend* abgesichert war, wodurch § 205 dHGB 1897 aus dem Blickfeld verdrängt worden sein könnte.³⁰⁵⁹

den Willen der Mehrheit der Aktionäre; hier sei doch eine erheblich höher zu bemessene Minderheit zu verlangen, um überflüssige Prozesse zu vermeiden. Man erschwere auch den Aufsichtsräthen ihr Amt und werde ängstliche und sorgsame Leute nicht mehr für das Amt gewinnen können, wenn man ihnen die Möglichkeit eines Prozesses zu sehr vor Augen rücke.“ In der zweiten Beratung im Plenum des Reichstags wurde die Debatte um die Beteiligungsschwelle des § 260 erneut entfacht und zT die Rückkehr zu einem Fünftel gefordert. Der entspr Antrag wurde jedoch abgelehnt (Zweite Berathung im Plenum des Reichstags, abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 727 ff).

3053 Vgl den Kommissionsbericht über den Entwurf eines H.G.B., abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 612: „*Im Abs. 2 des § 261 ist als Konsequenz des Beschlusses zu § 260 nunmehr an Stelle des fünften Theils des Grundkapitals der zehnte Theil desselben einzusetzen, desgl. Im § 262.*“ (Hervorhebungen durch den Verf).

3054 Die Entwurfsverfasser hatten diesen Zusammenhang hingegen (noch) gesehen, denn sie wollten mit § 270 dHGB 1897 gerade das als lückenhaft erkannte Widerspruchsrecht gem Art 213d ADHGB 1884 auf die laufende Geschäftsführung erweitern. Nach der Denkschrift (abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 316) gewährt Art 213d „*[n]ur in Bezug auf die Ansprüche aus der Gründung [...] durch das der Minderheit eingeräumte Recht des Widerspruchs einen gewissen Schutz.*“

3055 Referierend *Makower*, HGB¹² (1898) § 205 Anm IV b. (S 435).

3056 Der Antrag wurde ausweislich des Kommissionsberichts (abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 588) damit begründet, „*daß der Schutz der Minorität der Aktionäre hier zu sehr eingeschränkt sei. Man möge konform der Beschlußfassung zu §§ 260, 261 auch hier den zehnten Theil des Grundkapitals zur Geltendmachung von Minoritätsrechten zulassen.*“ (Hervorhebung durch den Verf).

3057 Kommissionsbericht über den Entwurf eines H.G.B., abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 588.

3058 Referierend *Brodmann*, Aktienrecht (1928) § 205 Anm 3c (S 122).

3059 Dass § 270 dHGB 1897 im Gegensatz zu § 205 (planwidrig) nur die verlangende Minderheit vor (nachträglichen) Mehrheitsdispositionen schützte, kann die Kom-

Um das Minderheitsverlangen effektiv gegen Mehrheitsdispositionen abzusichern, muss allerdings *dieselbe* Minderheit, die zur Geltendmachung der Ansprüche berechtigt ist, auch Dispositionen über diese Ansprüche abwehren können. Die Quoren beider Rechte müssen notwendigerweise identisch sein.³⁰⁶⁰ Da das nicht der Fall war, waren in Bezug auf Ersatzansprüche aus dem Gründungsstadium nur die verlangenden Aktionäre gegen (nachträgliche) Dispositionen durch die Mehrheit geschützt, denn insoweit griff § 270 dHGB 1897. Im Übrigen war der Minderheitenschutz unzureichend. Die Minderheit war zwar nicht gänzlich ungeschützt, wie das im Bereich der laufenden Geschäftsführung wegen des insoweit zu schmalen § 270 dHGB 1897 der Fall war, denn es gab mit § 205 immerhin ein Widerspruchsrecht; dieses verlangte allerdings eine Beteiligung von 20% des Grundkapitals. Dadurch verkleinerte sich aber nur das Ausmaß des Problems: Soweit verfolgungswillige Minderheitsaktionäre eine Beteiligung von mehr als 10% des Grundkapitals hielten (und damit die Anspruchsverfolgung verlangen konnten), aber weniger als 20%, waren sie zur Verhinderung einer Haftungsfreistellung gezwungen, der Beschlussfassung durch die Aktionärsmehrheit mit dem Verlangen gem § 268 dHGB 1897 zuvorzukommen. Wie schon bei § 270 dHGB 1897 dargelegt, waren (und sind) Minderheitsgesellschaftler dazu jedoch nicht immer in der Lage.³⁰⁶¹ War die Anspruchsverfolgung schon durch eine Minderheit verlangt worden, bedurfte es zur Aufrechterhaltung des Verlangens durch andere als die verlangenden Aktionäre ebenfalls einer Beteiligung von 20% des Grundkapitals. Mit Recht also wurde die Inkohärenz der Minderheitsquoren schon im zeitgenössischen Schrifttum als „*Mißgestaltung*“³⁰⁶² bezeichnet, die auf einem „*Versehen des Gesetzgebers*“³⁰⁶³ beruht.

e. Zwischenergebnis

Unter der Geltung des ADHGB 1884 war die Rechtslage noch vergleichsweise einfach zu überblicken: Der Anwendungsbereich des Widerspruchsrechts gem Art 213d ADHGB 1884 war zu eng, weil diese Norm – anders als

mission dabei nicht gestört haben, denn dieser (eingeschränkte) Anwendungsbereich beruht wie erwähnt gerade auf einem verkürzten Verständnis des Art 213d ADHGB 1884.

3060 Vgl hierzu die Ausführungen der AmtlBegr zum dAktG 1965 in Fn 3026. Vgl auch die insoweit zutr Begründung zum (nicht in Kraft getretenen) deutschen Regierungsentwurf eines GmbHG von 1971 (RegE-dGmbHG 1971 BT-Drs VI/3088 126 rSp) zum Schutz der Minderheit vor Verzichten und Vergleichen über Ersatzansprüche: „*Hinsichtlich der erforderlichen Minderheit geht der Entwurf davon aus, daß die gleiche Minderheit einen Verzicht oder Vergleich verhindern und die Geltendmachung eines Ersatzanspruchs durchsetzen können muß* (§ 90 Abs. 1).“

3061 Auch hier (s schon Fn 3026) kann wieder auf die Ausführungen zum AktG 1937/1938 verwiesen werden (s sogleich unten im Text).

3062 Pinner in Staub, HGB II¹⁴ (1933) § 205 Anm 2 (S 146).

3063 Brodmann, Aktienrecht (1928) § 205 Anm 3c (S 122).

das Minderheitsverlangen gem Art 223 – nur Ansprüche aus dem Gründungshergang erfasste. Im verbleibenden Bereich (insb laufende Geschäftsführung) war das Minderheitsverlangen nicht gegen Mehrheitseinflüsse gesichert. Das dHGB 1897 versuchte diesen Mangel zu beheben. Das gelang mit § 270 dHGB 1897 indes nur zum Teil, weil diese Norm nur die verlangende Minderheit (nachträglich) vor Dispositionsbeschlüssen nach Ausübung des Verlangens schützte (bewusst anders hingegen noch Art 213 ADHGB 1884), was (wie auch die Terminologie: „*Zustimmung*“) wohl auf einem unzut. (weil verkürzten) Verständnis des Art 213d ADHGB 1884 beruhte. Gleichzeitig entstellte der Gesetzgeber von 1897 die mangelhafte Rechtslage noch weiter, indem er zwar die Quoren des Minderheitsverlangens (§ 268) und des neuen § 270 auf 10% des Grundkapitals senkte, um eine Anspruchsverfolgung durch die Minderheit zu erleichtern, übersah dabei aber offenbar, dass auch § 205 entsprechend angeglichen werden hätte müssen. Da § 205 dHGB 1897 demgemäß weiterhin 20% des Grundkapitals forderte, ergab sich als Zwischenstand folgende Rechtslage:³⁰⁶⁴

Die Stärke und Reichweite des Minderheitenschutzes hing zum einen davon ab, welche Ersatzansprüche geltend gemacht werden sollten, und zum anderen davon, ob die Geltendmachung der Ansprüche schon verlangt worden war. Gesetzlichen Schutz genoss jedenfalls eine Minderheit, die die Geltendmachung von (allgemeinen) Ansprüchen (sowohl aus der Geschäftsführung als auch aus dem Gründungsstadium, insoweit freilich unbeabsichtigt) bereits gem § 268 dHGB 1897 verlangt hat, denn insoweit griff § 270 dHGB 1897.³⁰⁶⁵ Danach konnte ein Verzicht oder Vergleich nur mit Zustimmung (dh mE fehlendem Widerspruch) ausreichend vieler der verlangenden Minderheitsaktionäre wirksam erklärt bzw abgeschlossen werden. Im Übrigen war der gesetzliche Minderheitenschutz unzureichend bis nicht bestehend, je nachdem ob Ansprüche aus der Gründung oder aus der Geschäftsführung geltend gemacht werden sollten. Unzureichend war der Schutz im Bereich der Gründungshaftung, weil § 205 dHGB 1897 (noch) eine überhöhte Beteiligung von 20% des Grundkapitals verlangte. Demgemäß konnte ein bereits erhobenes Minderheitsverlangen durch *andere* als die verlangenden Aktionäre nur aufrechterhalten werden, wenn diese eine Beteiligung von 20% des Grundkapitals hielten. Auch wenn die Geltendmachung von Ansprüchen *noch nicht* verlangt worden ist, waren verfolgungswillige Minderheitsaktionäre durch § 205 dHGB 1897 nur geschützt, sofern sie wenigstens (auch) die Schwelle von 20% erreichten. Eine Minderheit von mehr als 10% aber weniger als 20% war dagegen nicht gegen Mehrheitsdispositionen geschützt, weil sie einem Dispositionsbeschluss typischerweise nicht dadurch zuvorkommen konnte, dass sie präventiv das Verlangen gem § 268 dHGB 1897 ausübte

3064 Auf Basis des Gesetzeswortlauts; zur gebotenen Korrektur im geltenden Aktienrecht noch unten S 774 ff.

3065 Sofern man § 270 den Vorrang vor § 205 einräumte; s dazu oben bei Fn 3049.

(und damit den Schutz des § 270 dHGB 1897 auslöste). Ein gesetzlicher Schutz fehlte schließlich zur Gänze im Bereich der laufenden Geschäftsführung: Hier konnten andere als die verlangenden Aktionäre ein bereits erhobenes Minderheitsverlangen unabhängig von ihrem Beteiligungsausmaß schlechthin nicht aufrechterhalten und eine verfolgungswillige Minderheit konnte Mehrheitsdispositionen vor Ausübung eines Verlangens gar nicht abwenden (auch nicht, wenn sie mindestens 20% des Grundkapitals hielt).

3) *AktG 1937/1938: Teilweise (versehentliche) Lückenschließung durch § 84 Abs 4 Satz 3*

Diese Rechtslage wurde mit dem AktG 1937/1938 fortgeschrieben, indem das Widerspruchsrecht gem § 205 dHGB 1897 als § 43 AktG übernommen wurde, das Minderheitsverlangen gem § 268 dHGB 1897 als § 122 AktG und das Zustimmungserfordernis gem § 270 dHGB 1897 als § 124 AktG. Damit blieben auch alle oben thematisierten Probleme der bisherigen Rechtslage bestehen. Allerdings ergänzte der Aktiengesetzgeber von 1937/1938 den (ohnein schon schwer überschaubaren) Minderheitenschutzkomplex des dHGB 1897 noch um eine weitere Bestimmung: § 84 Abs 4 Satz 3 AktG 1937/1938 normierte nun auch für Verzichte und Vergleiche auf bzw über Ansprüche aus der Geschäftsführung gem § 84 AktG ähnliche Wirksamkeitsvoraussetzungen wie bereits § 205 dHGB 1897 (und dann § 43 AktG 1937/1938) für Ansprüche aus dem Gründungsstadium, nämlich: (i) den Ablauf einer fünfjährigen Sperrfrist, (ii) die Zustimmung der HV und (iii) das Unterbleiben eines Widerspruchs durch eine Aktionärsminorität von 20% des Grundkapitals.

Diese neugeschaffenen Wirksamkeitsvoraussetzungen für alle Ansprüche aus § 84 AktG beruhten allerdings bei genauerem Hinsehen auf einem gesetzgeberischen Irrtum. Die AmltBegr erklärt zu § 84 Abs 4 Satz 3 AktG 1937/1938: „*Verzichte und Vergleiche der Gesellschaft auf entstandene Ersatzansprüche sind, wie nach geltendem Recht, nur unter erschwerten Bedingungen zulässig.*“³⁰⁶⁶ Damit unterlag der Gesetzgeber offenbar einem Irrtum. Denn eine vergleichbare Anordnung, die „erschwerte Bedingungen“ für Verzichte und Vergleiche normierte, gab es unter der Geltung des dHGB 1897 nur im Gründungsrecht (§ 205 dHGB 1897). Unten wird die (allgemeine) Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG näher untersucht und dabei festgestellt werden, dass sie keinem denkbaren Schutzzweck gerecht wird und darüber hinaus systemwidrig ist.³⁰⁶⁷ Das ist auch nicht weiter überraschend, wenn man bedenkt, dass diese Bestimmung ihre Existenz wie gesagt einem gesetzgeberischen Irrtum verdankt.

Das trifft zwar auch auf das in § 84 Abs 4 Satz 3 AktG geregelte Widerspruchsrecht einer Aktionärsminorität zu, mit diesem Recht hat der Gesetz-

3066 AmltBegr AktG 1937/1938 181 (abgedr auch bei *Klausing*, AktG 72; Hervorhebung durch den Verf).

3067 S 950 ff.

geber aber dennoch (wenngleich eben nur „versehentlich“) eine bisherige Minderheitenschutzlücke (teilweise) geschlossen. Diese Lücke wurde oben schon besprochen: Unter der Geltung des dHGB 1897 waren im Bereich der laufenden Geschäftsführung nur jene Aktionäre (nachträglich) gegen Mehrheitsdispositionen geschützt, die die Anspruchsverfolgung verlangt hatten (§ 270). Im Übrigen fehlte ein gesetzlicher Schutz zur Gänze. Die Verallgemeinerung des gründungsrechtlichen Widerspruchsrechts (§ 205 dHGB 1897) auf den Bereich der laufenden Geschäftsführung entspricht daher durchaus dem (ursprünglichen) Regelungsziel des Reformgesetzgebers von 1884 und hat (teilweise) nachgeholt, was der Gesetzgeber von 1897 mit § 270 dHGB 1897 verabsäumt hatte. Auf Basis des AktG 1937/1938 war eine verfolgungswillige Minderheit nun immerhin umfassend gegen Mehrheitsdispositionen geschützt, wenn sie eine Beteiligung von 20% des Grundkapitals hielt. Dann konnte sie nämlich gegen einen Verzichts- oder Vergleichsbeschluss gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG Widerspruch erheben und dadurch den Beschluss (und damit die Disposition) verhindern, um entweder die Anspruchsverfolgung herbeizuführen oder ein bereits erhobenes Minderheitsverlangen aufrechtzuerhalten. Wie oben zu § 205 dHGB 1897 erläutert, genügte das jedoch nicht zur effektiven Absicherung des Minderheitsverlangens (§ 122 AktG 1937/1938), weil *dieselbe* Minderheit, die die Anspruchsverfolgung verlangen kann, auch in der Lage sein müsste, entgegenstehende Dispositionen zu verhindern. Hielt eine Minderheit zwar 10% des Grundkapitals (und war damit gem § 122 AktG 1937/1938 zur Anspruchsverfolgung legitimiert), aber nicht auch 20% des Grundkapitals, hätte sie ein schon erhobenes Minderheitsverlangen nicht mittels Widerspruchs aufrechterhalten können; insofern war die verlangende Minderheit aber immerhin durch das Zustimmungserfordernis des § 124 AktG 1937/1938 geschützt.³⁰⁶⁸ War indessen noch kein Verlangen erhoben worden, hätte die Minderheit zur Gewährleistung der Anspruchsdurchsetzung dem mehrheitlichen Dispositionsbeschluss mit ihrem Verlangen iSd § 122 AktG 1937/1938 zuvorkommen müssen, was ihr aber (wie oben schon zu § 270 dHGB 1897 erläutert) regelmäßig nicht möglich gewesen wäre. Mit dem Widerspruchsrecht gem § 205 dHGB 1897 verallgemeinerte der Gesetzgeber von 1937/1938 eben auch dessen Unzulänglichkeit im Hinblick auf die überhöhte Beteiligungsschwelle (und auch die Überschneidung mit § 270 dHGB 1897, dann § 124 AktG 1937/1938)³⁰⁶⁹. Das AktG 1937/1938 schloss daher wie erwähnt nur teilweise die bisherige Minderheitenschutzlücke im Bereich der laufenden Geschäftsführung. Hinsichtlich der Rechtslage bei Ansprüchen aus der laufenden Geschäftsführung (§ 84 AktG) kann auf die Ausführungen zu Ansprüchen aus dem Gründungsstadium nach dem dHGB 1897 (gem § 205 und § 270) verwiesen werden.

³⁰⁶⁸ S zur Überschneidung der Schutzmechanismen schon oben bei Fn 3049 (iZm § 270 dHGB 1897).

³⁰⁶⁹ Vgl oben ab S 765 und die Nw in Fn 3048.

4) Weitere Entwicklung bis ins geltende Recht

Die Schaffung des § 84 Abs 4 Satz 3 AktG 1937/1938 bildet zugleich den vorläufigen Schlussstein der historischen Entwicklung und schließt damit den Kreis zur eingangs dargestellten geltenden (österreichischen) Rechtslage. Da der österreichische Gesetzgeber seit dem AktG 1937/1938 insoweit untätig geblieben ist, befindet sich das geltende Aktienrecht *in puncto* Minderheitenschutz noch auf dem Stand des AktG 1937/1938 und damit wiederum weitestgehend (mit Ausnahme des § 84 Abs 4 Satz 3 AktG) auf dem Stand des dHGB 1897. Die dargestellte historische Genese schafft somit für die Problemlösung im geltenden Recht den nötigen Kontext.

Demgegenüber hat der deutsche Gesetzgeber die verworrene Rechtslage des AktG 1937/1938 (schon) mit dem dAktG 1965 bereinigt. Er hatte erkannt, dass Minderheitsaktionäre ohne kongruentes Widerspruchsrecht nicht ausreichend gegen Mehrheitsdispositionen geschützt sind. Die Amtl-Begr führt hierzu aus: *„Eine Minderheit, deren Anteile zusammen nicht 20 v.H. des Grundkapitals erreichen, ist somit gezwungen, sich schon vor der Hauptversammlung, in der über den Vergleich oder Verzicht beschlossen werden soll, zu sammeln und die Geltendmachung der Ersatzansprüche nach § 122 Abs. 1 AktG zu verlangen, bevor der Verzicht oder Vergleich beschlossen wird. Das wird ihr oft nicht möglich sein.“*³⁰⁷⁰ Das dAktG 1965 hat daher die überhöhten Quoren der Widerspruchsrechte (§ 50 und § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG idgF) auf jeweils 10% des Grundkapitals gesenkt und sie dadurch an die Erfordernisse des Minderheitsverlangens angeglichen. Gleichzeitig konnte § 124 AktG 1937/1938 (entspricht funktional § 270 dHGB 1897 und § 136 öAktG idgF) ersatzlos gestrichen werden, weil *„die zur Minderheit gehörenden Aktionäre bereits durch andere Vorschriften (vgl. § 47 Satz 1, § 90 Abs 4 Satz 3) [sc § 50 Satz 1 und § 93 Abs 4 Satz 3 des Gesetzes] hinreichend gegen einen Verzicht oder Vergleich auf den Ersatzanspruch geschützt sind.“*³⁰⁷¹ Damit entsprach die (deutsche) Rechtslage (bewusst oder unbewusst) wieder der ursprünglichen Regelungsintention des Reformgesetzgebers von 1884, nämlich, zur Absicherung des Minderheitsverlangens ein Widerspruchsrecht derselben Minderheit vorzusehen. Die Streichung des § 124 dAktG 1937 (vormals § 270 dHGB 1897) war mE konsequent, weil es sich dabei genau besehen um die (wegen unzutr. Regelungsprämissen) misslungene Erweiterung des gründungsrechtlichen Widerspruchsrechts gehandelt hatte, die aber durch die (wenngleich irrige) Verallgemeinerung dieses Widerspruchsrechts durch das AktG 1937/1938 überholt worden war.

³⁰⁷⁰ AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 132.

³⁰⁷¹ AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 165.

iii. Eigene Lösung: Berichtigung der Widerspruchsrechte gem § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG

Die geltende österreichische Rechtslage wurde zu Beginn dieses Kapitels schon dargelegt. Noch einmal kurz zusammengefasst: Das Verlangen gem § 134 AktG ist nicht umfassend gegen Mehrheitsdispositionen abgesichert, weil nur die verlangende Minderheit (nachträglich) vor Dispositionen nach Ausübung des Verlangens geschützt ist (durch § 136 AktG) und im Übrigen die erforderliche Beteiligungsschwelle im Verhältnis zu § 134 AktG zu hoch ist (bei § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG).³⁰⁷² Da das öAktG *in puncto* Minderheitenschutz wie erwähnt noch auf dem Stand des AktG 1937/1938 (und damit weitgehend auf jenem des dHGB 1897) ist, kann auf die Ausführungen dazu verwiesen werden. Auf der Suche nach einer Lösung für diese missliche (geltende) Rechtslage stößt man im Schrifttum (soweit das Problem angesprochen wird) vorwiegend auf Kritik *de lege ferenda*.³⁰⁷³ Bisweilen wird der Minderheit auch „empfohlen“, darauf zu achten, dass Verzichte nicht schon vor der geplanten Anspruchsverfolgung beschlossen werden.³⁰⁷⁴ Die

3072 Eine Sondermeinung vertreten idZ P. Doralt/Diregger (in MüKo AktG⁴ § 50 Rz 27; offenlassend jetzt Arlt in MüKo AktG⁵ § 50 Rz 28), nach denen auch dann ein Widerspruch durch eine 20%-Minderheit erforderlich ist, wenn schon eine 10%-Minderheit die Geltendmachung von Ansprüchen gem § 134 AktG verlangt hat (ausdr abl Zehetner in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 43 Rz 3; so implizit wohl auch Ettel in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 43 Rz 13). S idZ auch oben Fn 3049.

3073 Vgl zB Zehetner in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 43 Rz 3, nach dem eine Harmonisierung der Bestimmungen, etwa durch Reduzierung des erforderlichen Anteils am Grundkapital zur Erhebung des Widerspruchs („10% statt 20%“), rechtspolitisch wünschenswert wäre. Ebenso unter Hinweis auf die deutsche Rechtslage Arlt in MüKo AktG⁵ § 50 Rz 28; vgl auch U. Torggler in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Organhaftung 35 (48), demzufolge das 20%-Quorum des § 84 Abs 4 Satz 3 AktG mit der Entwicklung des Minderheitenrechts gem § 134 AktG, das heute einer 10%-igen oder uU sogar 5%-igen Minderheit zusteht, entgegen den ursprünglichen Intentionen nicht Schritt gehalten hat (mit Verweis auf die Mat zum ADHGB 1884 in Fn 93). Vgl auch Kalss in Jahn, Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat 52 (68), wonach die Regelung gem § 84 Abs 4 AktG (und die Parallelregelungen) als auch § 124 AktG (aF; entspr § 136 AktG idgF) auf die neuen Schwellenwerte für das Minderheitsverlangen anzupassen wären, um das Minderheitsrecht „tatsächlich zu effektivieren“. Es sei allerdings zu überlegen, ob allein dieses Regelungsanliegen verwirklicht werden soll oder ob der mangelnde Widerspruch von 20% der Aktionäre nicht darüber hinaus eine höhere Richtigkeitsgewähr der gefundenen Vereinbarung sicherstellen soll, sodass die bisherigen, jedenfalls angemessen hohen Schwellenwerte aufrechtzuerhalten sind. Außerdem soll nach Kalss die Schwelle des § 84 Abs 4 AktG (und der Parallelregelungen) nur insoweit auf 10% reduziert werden, als die Geltendmachung der Ersatzansprüche unmittelbar auf dem Minderheitsverlangen beruht (die beiden letztgenannten Einschränkungen sind mE abzulehnen [s dazu oben bei S 767 bzw 757]).

3074 Vgl Ettel in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 43 Rz 13 (s schon Fn 3007). Wie erwähnt (Fn 3026), ist den Minderheitsaktionären ein solches Zuvorkommen durch Ausübung des Verlangens idS § 134 AktG aber idR nicht möglich. Ähnlich bereits

Kritik verdient zwar zweifellos Zustimmung, mE kann (und muss) aber noch einen Schritt weiter gegangen und eine Korrektur *de lege lata* überlegt – und bejaht – werden.

Ausgangspunkt (auch) dieser Überlegungen ist der Umstand, dass das Minderheitsverlangen nicht ausreichend gegen Mehrheitsdispositionen abgesichert ist. Eine solche Absicherung entspricht aber zweifellos der Absicht des Gesetzgebers, denn es ist nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber weitgehend funktionslose Bestimmungen (hier: das Minderheitsverlangen) erlässt.³⁰⁷⁵ Schon die Motive zum ADHGB 1884 betonen, dass das Verlangen ohne Absicherung durch ein Widerspruchsrecht „jede Bedeutung verlieren [würde]“³⁰⁷⁶ und ihm „der Boden entzogen [wäre]“³⁰⁷⁷. Dementsprechend be ruht die Unzulänglichkeit der bestehenden Korrekture auf einer Reihe von gesetzgeberischen Fehlern, die sich im Laufe der Rechtsentwicklung ereignet haben. Diese Entwicklung begann mit dem ADHGB 1884, das erstmals ein Verfolgungsrecht einer Minderheit normierte, jedoch das korrespondierende Widerspruchsrecht (Art 213d) planwidrig zu eng auf Ersatzansprüche aus dem Gründungsstadium beschränkte. Wie an anderer Stelle schon angesprochen,³⁰⁷⁸ wäre diese Lücke (wie auch in der zeitgenössischen Lehre³⁰⁷⁹ vertreten) durch analoge Anwendung des Art 213d auf alle Ansprüche, auf die sich auch das Verfolgungsrecht bezieht (insb auch aus der laufenden Geschäftsführung), zu schließen gewesen. Da seit dem ADHGB 1884 aber weitere (sich zT überschneidende) Bestimmungen hinzugekommen sind, stellt sich heute die Frage, welche dieser Bestimmungen bei einer Korrektur heranzuziehen ist. Zunächst sind aber noch methodologische Vorüberlegungen nötig. Während der Reformgesetzgeber von 1884 sich nämlich wohl keine Gedanken über die vom Widerspruchsrecht zu erfassenden Ansprüche gemacht haben dürfte, wollte der Gesetzgeber die später hinzugekommenen Bestimmungen sehr wohl in ihrer jeweiligen Form anordnen, befand sich dabei aber jeweils im Irrtum über die bisherige Rechtslage. So wollte der Gesetzgeber des dHGB 1897 das Zustimmungserfordernis des § 270 auf die verlangende Minderheit nach

W. Horowitz in Horowitz/Ullmann, Kommentar zum neuen Aktienrecht (1932) § 268 Anm 9 (S 227): „Sie [sc die Minderheit] darf es daher nicht zur Entlastung kommen lassen, sondern muß ihr Verlangen vorher stellen.“

3075 Vgl allg F. Bydlinki, Methodenlehre² 444 f, 457 ff; Kramer, Methodenlehre⁶ 123 ff; Larenz, Methodenlehre⁶ 334 mwN; Kodek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 6 ABGB Rz 85 ff mwN; Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 6 Rz 11; Kerschner/Kehrer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ §§ 6, 7 Rz 26 mwN; Potacs, Rechtstheorie² 167, 189 ff, 193 ff; vgl auch OGH 01.03.1971, 4 Ob 363/70; RIS-RS0008845 (T3); s auch RS0010053 (T1).

3076 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 452 rSp.

3077 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 470 lSp.

3078 S oben ab S 755.

3079 S die Nw in Fn 3015.

Ausübung des Minderheitsverlangens beschränken, weil er (wohl auf Grundlage der damaligen Lit) auch Art 213d ADHGB 1884 (den er mit § 270 verallgemeinern wollte) so verstanden hatte und deshalb nur insoweit eine Lücke der bisherigen Rechtslage erkannte (zudem verstand er Art 213d auch als bloßes qualifiziertes Mehrheitserfordernis, weshalb § 270 dHGB 1897 mE ebenfalls als Widerspruchsrecht zu lesen ist)³⁰⁸⁰. Der Gesetzgeber von 1897 *wollte* auch für § 205 ein Quorum von 20% des Grundkapitals normieren, obwohl er die Quoren für das Verlangen gem § 268 und § 270 auf 10% gesenkt hatte,³⁰⁸¹ und zwar nach der Beobachtung eines zeitgenössischen Schriftstellers³⁰⁸² sogar entgegen dem ausdrücklichen Hinweis opponierender Kommissionsmitglieder. Auch hierfür könnte das erwähnte verkürzte Verständnis des Art 213d ADHGB 1884 ursächlich gewesen sein, denn § 270 dHGB 1897 erfasste (ebenfalls planwidrig) auch Ansprüche aus dem Gründungsstadium, sodass vielleicht der Eindruck entstanden sein könnte, dass § 270 auch im Gründungsrecht hinreichenden Schutz gewährleistete.³⁰⁸³ Schließlich *wollte* der Gesetzgeber des AktG 1937/1938 die Bestimmung des vormaligen § 205 dHGB 1897 (unverändert) in den allgemeinen Haftungstatbestand (§ 84 AktG) übernehmen – er irrte lediglich darüber, dass dies nicht schon der bisherigen Rechtslage entsprochen hatte. In all diesen Fällen handelt es sich nicht um „klassische“ Redaktionsversehen, dh um einen „Erklärungsirrtum“ des Gesetzgebers³⁰⁸⁴ (zB den „fünften“ statt den „zehnten“ Teil)³⁰⁸⁵. Vielmehr beruhen die aufgezählten Bestimmungen in ihrer jeweiligen Form auf der Absicht des Gesetzgebers und können daher nach allgemeinen methodologischen Grundsätzen (scheinbar) nicht durch den Rechtsanwender korrigiert werden. Die Bestimmungen stehen jedoch nicht für sich allein, sondern jeweils im Dienste der Zwecke, die der Gesetzgeber mit ihnen verfolgt, und im Verhältnis zu anderen Bestimmungen. Die Besonderheit der vorliegenden Konstellation besteht darin, dass der Wille des Gesetzgebers im Hinblick auf die erwähnte Zweck-Mittel-Relation in sich widersprüchlich (perplex) ist. Denn der Gesetzgeber will primär zweifellos einen effektiven Minderheitenschutz vorsehen, der wiederum eine umfassende Absicherung des Minderheitsverlangens gegen Mehrheitseinflüsse notwendig macht, die zu diesem Zweck erlassenen Korrektive sind aber wie erwähnt nicht geeignet, ihren Zweck zu erfüllen – und darüber

3080 S dazu oben ab S 763.

3081 S dazu oben ab S 767.

3082 Brodmann, Aktienrecht (1928) § 205 Anm 3c (S 122); s bereits Fn 3058.

3083 Dazu oben S 765 ff.

3084 So die Definition des Redaktionsversehens etwa bei F. Bydliński, Methodenlehre² 393 mwN („nachweisliche ‚Erklärungsirrtümer‘ der gesetzgebenden Organe, die einen anderen Wortlaut des Gesetzes beschlossen haben als sie wollten [...]“); Engisch, Einführung¹² 239 f mwN (versehentlich fehlerhafter Gesetzesausdruck); Larenz, Methodenlehre⁶ 400; vgl auch Posch in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 6 Rz 29.

3085 Mit dem AktRÄG 2009 (BGBl I 2009/71) wurde die Formulierung zur Vermeidung von Irrtümern geändert („zwanzig von Hundert“ statt „den fünften Teil“).

befand sich der Gesetzgeber bei der Erlassung der erwähnten Bestimmungen im Irrtum (teleologischer Widerspruch)³⁰⁸⁶. Eine zweckentsprechende Korrektur jener Bestimmungen würde daher die Absicht des Gesetzgebers (wenn gleich auf einer höheren Abstraktionsstufe) verwirklichen, nämlich wie erwähnt einen effektiven Minderheitenschutz zu schaffen. Ich bin oben iZm der Korrektur der gründungsrechtlichen Sperrfrist gem § 43 AktG schon näher auf die (methodologische) Besonderheit der beschriebenen Situation eingegangen und habe die Ansicht vertreten, dass eine Gesetzesberichtigung (*de lege lata*) in diesen Fällen methodologisch zulässig ist, weil dadurch lediglich in „denkendem Gehorsam“³⁰⁸⁷ der wahren Intention des Gesetzgebers zum Durchbruch verholfen wird.³⁰⁸⁸ Eine Eigenwertung droht nicht, weil Maßstab der Korrektur nicht ein (subjektives) außerrechtliches Kriterium ist (das leicht eine Eigenwertung kaschieren könnte), sondern die nachweisliche Absicht des Gesetzgebers selbst (nämlich die Schaffung eines funktionierenden Minderheitenschutzes). Diese Absicht manifestiert sich zum einen unmittelbar in § 134 AktG selbst,³⁰⁸⁹ der ohne Absicherung gegen mehrheitliche Dispositionen wie erwähnt weitgehend funktionslos wäre (was dem Gesetzgeber nicht zu unterstellen ist). Sie ergibt sich aber auch aus der oben schon zitierten Begründung zum ADHGB 1884 („jede Bedeutung verlieren [würde]“³⁰⁹⁰; „der Boden entzogen [wäre]“³⁰⁹¹). Außerdem ergibt sich die gesetzgeberische Absicht auch in Verbindung mit dem Gleichheitssatz aus § 136 AktG,³⁰⁹² weil das Minderheitsverlangen nur insoweit wegen der übereinstimmenden Quoren effektiv abgesichert ist, angesichts der gesetzlichen Wertung aber keine Rechtfertigung für eine Verschiedenbehandlung von Mehrheitsdispositionen vor und nach Ausübung des Verlangens ersichtlich ist. Im Einzelnen wird auf die Ausführungen zur historischen Entwicklung der Minderheitenschutzbestimmungen verwiesen, wo jeweils genauer auf die Erfordernisse eines effektiven Schutzes und die korrespondierenden Unzulänglichkeiten der gesetzlichen Bestimmungen eingegangen wird.

Ist eine Berichtigung gesetzgeberischer Fehler im vorliegenden Fall nach dem Gesagten methodologisch zulässig, stellt sich als Nächstes die Frage, wie die Berichtigung auszusehen hat, dh welche der gesetzlichen Bestimmungen

3086 Darunter reiht *Engisch* (Einführung¹² 230) Fälle, in denen der Gesetzgeber mit bestimmten Normen einen bestimmten Zweck anstrebt, aber durch andere Normen diejenigen Maßnahmen versagt, die allein als Mittel zur Erreichung jenes Zwecks in Betracht kommen. Vgl idZ auch *Larenz*, Methodenlehre⁶ 400.

3087 Vgl *Heck*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz (1914) 51, zitiert nach *Engisch*, Einführung¹² 247 Fn 132.

3088 Vgl insb *Engisch*, Einführung¹² 247 mwN; vgl auch schon oben in Fn 2943.

3089 Vgl allg *Canaris*, Die Feststellung von Lücken 71 und *passim*; *Larenz*, Methodenlehre⁶ 374 („immanente Teleologie“).

3090 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 452 rSp.

3091 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 470 lSp.

3092 Vgl allg *Canaris*, Die Feststellung von Lücken 71 ff; *Larenz*, Methodenlehre⁶ 374 f.

zur Absicherung des Minderheitsverlangens heranzuziehen ist. Um eine effektive Absicherung bewirken zu können, müssen mehrheitliche Dispositionen über den Anspruch wie erwähnt sowohl vor als auch nach Ausübung des Verlangens durch die Minderheit (auch gegenüber anderen als den verlangenden Aktionären) beschränkt sein, weil die Minderheit dem Dispositionsbeschluss regelmäßig nicht mit dem Verlangen zuvorkommen kann. Außerdem muss dieselbe Minderheit, die auch die Geltendmachung von Ansprüchen verlangen kann, Dispositionen über diese Ansprüche verhindern können; die gesetzlichen Quoren müssen also identisch sein. Da jeder der genannten Absicherungsmechanismen (nur) eines dieser Kriterien erfüllt, könnte eine Korrektur grundsätzlich sowohl bei § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG (überhöhte Quoren) als auch bei § 136 AktG (nur Dispositionen nach Ausübung des Verlangens) ansetzen. So könnten die Quoren der Widerspruchsrechte auf 10% (uU 5%) des Grundkapitals reduziert und damit an die Erfordernisse des § 134 AktG angepasst werden. Alternativ könnte die Rechtsfolge des § 136 AktG (schwebende Unwirksamkeit) analog auf Fälle angewendet werden, in denen eine entsprechende Minderheit (nicht nur die verlangenden Aktionäre) Widerspruch erhebt, und zwar auch dann, wenn noch kein Verlangen ausgeübt wurde. Gleichwohl liegt mE die korrigierende Anwendung der Widerspruchsrechte gem § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG vor allem angesichts der historischen Normentwicklung näher. Diese hat nämlich gezeigt, dass das Widerspruchsrecht der „Ur-Bestimmung“ des Art 213d ADHGB 1884 entspricht, die das Minderheitsverlangen umfassend absichern sollte, aber planwidrig auf Gründungsansprüche beschränkt war. Der Widerspruch ist damit das prototypische Absicherungsinstrument für die verfolgungsberechtigte Minderheit, das Zustimmungserfordernis des § 270 dHGB 1897 (§ 136 AktG idgF) indessen historisch gesehen nur der (infolge literarischer Fehldeutungen) misslungene Versuch, das ursprünglich lückenhafte Widerspruchsrecht tatbestandsmäßig auf alle verfolgbaren Ansprüche auszuweiten. Diese gesetzgeberische Stoßrichtung spricht tendenziell dafür, das Widerspruchsrecht als Referenz für die nötige Gesetzeskorrektur zu wählen. Hier ist auch daran zu erinnern, dass die „Zustimmung“ iSd § 136 AktG (vgl schon § 270 dHGB 1897) nach der hier vertretenen Auffassung ebenfalls als unterbliebener Widerspruch zu lesen wäre.³⁰⁹³ Der Gesetzgeber von 1897 wollte das Widerspruchsrecht des Art 213d ADHGB 1884 auf sonstige Ansprüche erweitern, verstand es aber (irrig) als bloßes qualifiziertes Mehrheitsquorum, und folglich (wie den Widerspruch auch) die Verweigerung der „Zustimmung“ als negative Stimmabgabe. Dadurch wäre eine umfassende Absicherung des stimmrechtsunabhängigen Verfolgungsrechts jedoch nicht gewährleistet gewesen (weder vor der Ausübung des Verlangens noch danach).³⁰⁹⁴

3093 S dazu schon iZm § 270 dHGB 1897 oben S 763 ff.

3094 So könnte es bspw im Fall der Ausgabe stimmrechtsloser Vorzugsaktien (vgl § 12a AktG) dazu kommen, dass stimmrechtslose Aktionäre zwar gem § 134 AktG die Geltendmachung von Ersatzansprüchen verlangen können (vgl idZ § 12a

Außerdem entstünde – sofern die Minderheit ihr Verlangen noch nicht ausgeübt hat – durch das Abstellen auf die (negative) Stimmabgabe ein Schwebezustand, der die nötige Risikobereitschaft der Organmitglieder hemmen würde.³⁰⁹⁵ Wäre die Verweigerung der Zustimmung iSd § 136 AktG somit (ebenfalls) als Widerspruch zu verstehen und folglich § 136 AktG qua Korrektur ein Widerspruchsrecht, läge es aber doch näher, für eine Korrektur bei den (bestehenden) Widerspruchsrechten der § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG anzusetzen.

Dagegen könnte freilich eingewendet werden, dass die Zustimmung iSd § 136 AktG nach der Lit³⁰⁹⁶ zT auch formlos und außerhalb der HV möglich sein soll. Dadurch wird in der Tat das Schutzdefizit einer Anknüpfung an Stimmrechte vermieden, allerdings dürfte diese Auslegung nur den Fall vor Augen haben, dass die Minderheit die Geltendmachung von Ersatzansprüchen schon iSd § 134 AktG verlangt hat (vgl § 136 AktG: „[...] *Anspruch, dessen Geltendmachung die Minderheit gemäß § 134 Abs. 1 verlangt hat* [...]“). Hat die Minderheit ihr Verlangen schon ausgeübt, könnte man in der Tat allenfalls eine formlose Zustimmung auch außerhalb der HV genügen lassen (und für die Verweigerung der Zustimmung vielleicht schon bloße Untätigkeit)³⁰⁹⁷, weil die Ersatzpflichtigen ab Ausübung des (befristeten) Verlangens ohnehin mit einer Inanspruchnahme zu rechnen haben (auch das ist aber fraglich; s dazu sogleich). Berücksichtigt man indessen, dass das Minderheitsverlangen auch (präventiv) gegen Mehrheitsdispositionen abgesichert sein muss, wenn es noch nicht ausgeübt wurde, kommt nicht jedwede formlose Verweigerung der Zustimmung außerhalb der HV für die Verhin-

Abs 2 AktG), ihr Verlangen mangels (ausreichender) Stimmberechtigung aber nicht gegen Anspruchsdispositionen absichern können, wodurch das Verfolgungsrecht wertlos würde. Indessen könnte man im GmbH-Recht – zumindest theoretisch – bei der Stimmabgabe auf die dadurch repräsentierte Kapitalbeteiligung abstellen, weil jeder GmbH-Gesellschafter zumindest eine Stimme haben muss (vgl § 39 Abs 2 Satz 2 GmbHG). Auch dadurch ließe sich eine effektive und systemkonforme Absicherung freilich nicht realisieren (s dazu iZm § 48 GmbHG oben S 172 ff).

3095 Dazu schon iZm § 48 GmbHG oben S 172 ff.

3096 Vgl aus der aktuellen Lit etwa Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 136 Rz 6 aE: „*formlos außerhalb der HV*“; Eckert/Schopper/Stritzke in Eckert/Schopper, AktG-ON^{1.00} § 136 Rz 4: „*formlos und als nachträgliche Genehmigung*“; Reiter in Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 136 Rz 6: „*ausdrücklich (im Rahmen der HV oder außerhalb derselben)*“; s auch noch die Nw in Fn 3123.

3097 Das wäre wohl die Konsequenz der Auffassung, dass die Zustimmung iSd § 136 AktG „ausdrücklich“ erklärt werden muss, wofür es nicht genüge, wenn die (einzelne oder alle) verlangenden Minderheitsaktionäre nicht zur Abstimmung erscheinen oder sich bei der Abstimmung ihrer Stimme enthalten (vgl Brodmann, Aktienrecht [1928] § 205 Anm 1 [S 402]; so auch Schlegelberger et al, AktG³ [1939] § 124 Anm 2 [S 512]; so heute Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 136 Rz 6; zust Reiter in Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 136 Rz 6). Bewirkt das Fernbleiben oder die Enthaltung, also die Untätigkeit der Minderheit, nicht eine Zustimmung iSd leg cit, so kann die Minderheit durch dieses (oder ähnliches) Verhalten die Zustimmung verweigern und folglich einen geplanten Verzicht oder Vergleich verhindern.

derung von Anspruchsdispositionen in Betracht (umso weniger bloße Untätigkeit). Das führte aus Sicht der Ersatzpflichtigen (wie bloßes Dagegenstimmen) zu einem wertungswidrigen Schwebezustand. Deshalb wird für einen wirksamen Widerspruch (iSd § 43, § 84 Abs 4 Satz 3 AktG) zu Recht verlangt, dass er ausdrücklich und noch in der HV erklärt wird.³⁰⁹⁸ Es muss deutlich zum Ausdruck kommen, dass widersprochen wird.³⁰⁹⁹ Überträgt man diese – insofern universellen, weil durch den menschlichen Risikoanreiz bedingten – Wertungen auf die formlose (Verweigerung der) Zustimmung iSd Lit, dürfte der Unterschied zum „Widerspruch“ nicht mehr allzu groß sein. Dann liegt es mE aber näher, die Zustimmung iSd § 136 AktG ebenfalls als unterbleibenden Widerspruch zu verstehen, zumal der Gesetzgeber des dHGB 1897 bei der Schaffung des § 270 wie erwähnt das Widerspruchsrecht gem Art 213d ADHGB 1884 im Blick hatte (wenngleich er diese Bestimmung – wohl wegen der damaligen Lit – missverstand). Des Weiteren liegt es dann auch näher, bei der gebotenen Korrektur der Rechtslage sogleich an das Widerspruchsrecht gem § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG anzuknüpfen, statt das missglückte Zustimmungserfordernis des § 136 AktG zuerst korrigierend in ein inhaltsgleiches Widerspruchsrecht umzuformen. Gegen diese Argumentation könnte allenfalls noch eingewendet werden, dass man das Zustimmungserfordernis nicht als Widerspruchsrecht verstehen müsste, wenn man es nur auf den Fall anwendete, dass die Minderheit ihr Verlangen gem § 134 AktG schon ausgeübt hat; dann könnte iSe Kombinationslösung nach der Ausübung des Verlangens § 136 AktG greifen und vor der Ausübung des Verlangens die Widerspruchsrechte. Dafür ließe sich unterstützend darauf hinweisen, dass die formlose Zustimmung auch außerhalb der HV der (geschützten) Minderheit doch außerdem mehr entgegenkomme als die Notwendigkeit der Erhebung eines Widerspruchs in der HV. Entgegenzuhalten wäre jedoch, dass der Reformgesetzgeber von 1884 der verfolgungswilligen Minderheit zumutete, auch *nach* Ausübung ihres Verlangens einen Widerspruch zu erklären, um mehrheitliche Anspruchsdispositionen zu verhindern.³¹⁰⁰ Der Gesetzgeber ging wohl davon aus, dass die Minderheit (nur) mit dem Widerspruch zu erkennen gibt, dass sie nun als außerordentliches Organ tätig wird und nicht etwa nur gegen den Beschlussantrag stimmt (oder anderweitig ihren Unmut gegen den Mehrheitswillen

3098 Vgl zu den Voraussetzungen des Widerspruchs unten S 783 ff und die dort zit Nw.

3099 S dazu noch unten bei Fn 3118.

3100 Vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 470, wonach zwar einer „statthaften Verfolgung durch eine spätere wirksame Beschlussfassung der Generalversammlung über einen Vergleich oder Verzicht ein Ende gemacht werden kann“, aber „in der späteren Versammlung [...] gegen denselben die gleiche Minderheit Widerspruch erheben und dadurch das Verfolgungsrecht für die Gesellschaft erhalten [kann und mag].“

kundtut).³¹⁰¹ Vor allem das bloße Fernbleiben von der Abstimmung oder die Stimmenthaltung könnte auch so verstanden werden, dass die Minderheit jetzt mit der Mehrheit geht. Dass sie zuvor die Geltendmachung von Ersatzansprüchen verlangt hat (§ 134 AktG), schließt das nicht zwingend aus. Denn mit dem Verlangen hat die Minderheit nur die Geltendmachung *durch die Gesellschaft* in Gang gesetzt, nicht aber selbst weitergeführt (vgl demgegenüber § 48 GmbHG). Sie kann ihre Meinung seitdem auch geändert haben. Dementsprechend nahm der Gesetzgeber auch (typisierend) an, „*daß die Minderheit den Widerspruch nur erhebt, um die Verfolgung der Ansprüche der Gesellschaft herbeizuführen.*“^{3102, 3103} Außerdem spricht für das Widerspruchserfordernis auch nach ausgeübtem Minderheitsverlangen – abermals –, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung des Zustimmungserfordernisses vom Widerspruchsrecht gem Art 213d ADHGB 1884 ausging. Alles in allem sprechen mE somit die besseren Gründe dafür, das Zustimmungserfordernis des § 136 AktG (korrigierend) als fehlenden Widerspruch durch die Minderheit zu verstehen, sodass es wie gesagt näher liegt, mit der Gesetzeskorrektur (nur) beim Widerspruchsrecht gem § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG als gesetzlichem „Idealmodell“ anzusetzen.³¹⁰⁴

Gegen diese Weichenstellung zugunsten des Widerspruchsrechts könnte man nun einwenden, dass die Widerspruchsrechte überhöhte Beteiligungsquoten voraussetzen. Allerdings bestehen gegen die berichtigende Reduktion ziffernmäßiger Quoren *de lege lata* mE keine methodologischen Bedenken. Das mag vielleicht kontraintuitiv anmuten, weil es sich um absolut bestimmte Rechtsbegriffe handelt,³¹⁰⁵ entscheidend ist aber, dass durch die Berichtigung nur die nachweisliche Absicht des Gesetzgebers verwirklicht

3101 Vgl iZm dem Widerspruchsrecht und der bloßen Stimmabgabe Brodmann, Aktienrecht (1928) § 205 Anm 3.b) (S 122): „*Es handelt sich um verschiedene Entschließungen. Wer gegen den Verzicht stimmt, vermeint damit in der Mehrheit zu bleiben und mit ihr zu gehen. Daß er auch gegen die Mehrheit vorgehen will, ist damit noch nicht gesagt.*“.

3102 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 470.

3103 Dass die Minderheit ihre Zustimmung auch *nach* ausgeübtem Verlangen noch in der HV verweigern muss, lässt sich (anders als vor der Ausübung des Minderheitsverlangens) vielleicht nicht unbedingt mit dem Rechtssicherheitsbedürfnis der ersatzpflichtigen Organmitglieder begründen (diese müssen ab der Ausübung des Verlangens ohnehin mit einer Inanspruchnahme rechnen, sodass ein Schwebezustand sich zumindest nicht auf ihre Risikobereitschaft auswirken dürfte); zu berücksichtigen wird aber wohl sein, dass, während die Minderheit zuwartet, für die anspruchsführende Gesellschaft uU Prozesskosten anlaufen. Auch der Gesetzgeber von 1897 ging übrigens (naturgemäß) davon aus, dass die dissentierende Minderheit ihre Zustimmung noch in der HV erklärt (oder verweigert), sei es auch, weil er das Widerspruchsrecht unzut. als bloßes Mehrheitserfordernis verstand.

3104 Diesem Lösungsansatz entspricht im Übrigen auch die Vorgehensweise des deutschen Aktiengesetzgebers von 1965 (s dazu schon bei Fn 3070).

3105 Vgl Engisch, Einführung¹² 159.

wird.³¹⁰⁶ Der Gesetzgeber intendierte zweifellos einen effektiven Minderheitenschutz. Er irrte nur darüber, dieses (übergeordnete) Regelungsziel durch die Beibehaltung der unveränderten Beteiligungsquoten erreichen zu können. Ein solcher „teleologischer Widerspruch“ (*Engisch*) ist wie schon erwähnt gemäß der gesetzgeberischen Absicht aufzulösen.³¹⁰⁷ Eine Eigenwertung droht dabei wie gesagt nicht, weil der Maßstab der Korrektur nicht etwa abstrakte Rechtsprinzipien sind oder ein undefinierter „effektiver Minderheitenschutz“, sondern die konkreten ziffernmäßigen Vorgaben einer bestehenden Norm, nämlich die Beteiligungsquoten des § 134 AktG. Demgemäß ist das Widerspruchsrecht mE gem § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG im Einklang mit § 134 AktG berichtigend auf eine Minderheit von nur 10% (uU 5%) des Grundkapitals anzuwenden.³¹⁰⁸

3106 Zudem können auch Redaktionsversehen (dh bloße Erklärungsirrtümer des Gesetzgebers [vgl nur *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 393 mwN]) auf diese Weise korrigiert werden. Gegen eine Korrektur der Quoten bestünden wohl keine oder weniger (intuitive) Bedenken, wenn sie nur „mittelbar“ geschähe. Man stelle sich etwa vor, dass der Gesetzgeber Aktionärsminoritäten, die einen bestimmten Anteilsbesitz auf sich vereinigen, gesetzlich definiert hätte (zB vereinfachend „große“, „kleine“ Minorität). Eine Korrektur würde sich wohl besser „anfühlen“, wenn sich der Gesetzgeber im Einzelfall nur in einer dieser Legaldefinitionen „vergriffen“ hätte. Die methodologische Legitimität kann aber schwerlich davon abhängen, welche Regelungstechnik der Gesetzgeber wählt. Man kann die hier durchgeführte methodologische Operation mit *Canaris* (Die Feststellung von Lücken 91 f) wohl auch als „teleologische Umbildung“ kategorisieren (wobei *Canaris* nicht auf den gesetzgeberischen Fehler als Ursache für die Abweichung des Wortlauts von der gesetzgeberischen Absicht eingeht; vgl dazu insb *Engisch*, Einführung¹² 247).

3107 S schon Fn 3086.

3108 Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, dass die Widerspruchsrechte gem § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG bei berichtigender Anwendung in puncto Beteiligungsquoten mit § 136 AktG (der mE wie gesagt ebenfalls als Widerspruchsrecht zu verstehen ist) konkurrieren, sofern die Minorität ihr Verlangen schon ausgeübt hat. Zwar darf dem Gesetzgeber im Zweifel nicht unterstellt werden, funktionslose Bestimmungen zu erlassen (vgl allg *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 444 f, 457 ff; *Kerschner/Kehrer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ §§ 6, 7 Rz 26; *Kramer*, Methodenlehre⁶ 123 ff; *Potacs*, Rechtstheorie² 167, 189 ff, 193 ff; RIS-RS0008845 [T3]; s auch RS0010053 [T1]), im konkreten Fall ist die Funktionslosigkeit (jedenfalls einer der Bestimmungen) aufgrund der tatbestandsmäßigen Überschneidung aber nicht erst ein Resultat der hier vertretenen Gesetzesberichtigung, sondern beruht schon auf der planwidrigen Bezugnahme des § 270 dHGB 1897 auch auf Gründungsansprüche, obwohl für diese schon § 205 dHGB 1897 gegolten hat (sowie auf der Verallgemeinerung dieser Redundanz in den allgemeinen Haftungstatbestand durch § 84 Abs 4 Satz 3 AktG 1937/1938). Wegen dieser planwidrigen Überschneidung muss insoweit von vornherein jedenfalls eine der Anordnungen leerlaufen. Im vorliegenden Fall ist die genannte Auslegungsprämisse, wonach der Gesetzgeber keine funktionslosen Normen erlässt (die ja nur eine Zweifelsregel ist, weil gesetzgeberische Fehler nicht ausgeschlossen werden können; vgl nur *Kerschner/Kehrer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ §§ 6, 7 Rz 26 [Fn 126 mwN]) somit durch

b) Rechtsnatur

Das Widerspruchserfordernis ist kein (bloß) qualifiziertes Mehrheitserfordernis (konkret von 80% der Stimmen).³¹⁰⁹ Demgemäß ist der Widerspruch iSd § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG (wie das Verlangen³¹¹⁰ iSd § 134 AktG) auch keine Stimmabgabe.³¹¹¹ Er ist auch kein Beschlussantrag (weshalb darüber nicht abzustimmen ist) und kein Beschluss (weshalb insb eine Anfechtung unmöglich ist). Gleichwohl ist der Widerspruch in vielerlei Hinsicht gleich zu behandeln wie ein (mehrheitlicher) HV-Beschluss (zB Protokollierung) und hat auch dieselben Rechtswirkungen (Ablehnung des Beschlussantrags). Diese Charakterisierung folgt aus der Zielsetzung: Nach der gesetzlichen Konzeption³¹¹² bilden die Minderheitsaktionäre durch den Widerspruch (wie durch das Verlangen iSd § 134 AktG) in ihrer Funktion als „außerordentliches Gesellschaftsorgan“ *unmittelbar* den Verbandswillen anstelle der (vom Majoritätsprinzip getragenen) HV als „regulärem“ Willensbildungsorgan der Gesellschaft.³¹¹³ Es handelt sich also um einen Akt der Willensbildung aufgrund spezialgesetzlicher Anordnung. Demgemäß ist der Widerspruch wie ein (mehrheitlicher) HV-Beschluss als Ablehnung des Beschlussantrags zu protokollieren.³¹¹⁴ Das Fehlen eines Widerspruchs ist ebenso wie der Ablauf der Sperrfrist und die Zustimmung der HV (mit einfacher Mehrheit) ein zusätzliches Wirksamkeitserfordernis für das abzuschließende Rechtsgeschäft (insb Verzicht oder Vergleich).

c) Voraussetzungen

Der Widerspruch ist wie gesagt zwar keine Stimmabgabe, er muss aber dennoch in der HV erhoben werden,³¹¹⁵ um die Wirksamkeit des Rechtsge-

die Entstehungsgeschichte widerlegt und steht der hier vertretenen Lösung daher nicht entgegen.

3109 IdS aber offenbar *Toms* in *Hausmaninger/Gratzl/Justich*, Handbuch Aktiengesellschaft² Kap 5 Rz 379; vgl iZm dem (immer noch gültigen) Schutzkonzept des Reformgesetzgebers von 1884 schon oben Fn 2971.

3110 Zur Rechtsnatur des Minderheitsverlangens oben S 743.

3111 Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 84 Rz 113 aE.

3112 S dazu oben S 734 ff.

3113 Vgl insb *Bondi*, Rechte der Aktionäre 143. S oben bei Fn 2954 mwN.

3114 Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 84 Rz 113; idS möglicherweise bereits die AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 452 rSp aE: „Der gegen den Widerspruch der Minorität gefaßte Beschluß der Mehrheit auf Genehmigung des Vergleichs oder Verzichts muß für ungültig erklärt werden.“ Da die Protokollierung nicht der widersprechenden Minderheit obliegt, ist ein Widerspruch auch bei unterbliebener Protokollierung wirksam und kann anderweitig nachgewiesen werden (vgl auch *Zehetner* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 43 Rz 9).

3115 Vgl *Zehetner* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 43 Rz 9; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/274; so wohl auch *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 84

schäfts nicht zu lange in der Schwebe zu lassen. Ein Stimmrecht ist dafür aber nicht erforderlich (sodass zB auch stimmrechtslose Vorzugsaktien mitzählen).³¹¹⁶ Der Widerspruch muss (wie das Verlangen iSd § 134 AktG) explizit als solcher erklärt werden.³¹¹⁷ Dabei muss das Wort „Widerspruch“ zwar nicht ausdrücklich verwendet werden, es muss aber deutlich zum Ausdruck kommen, dass widersprochen wird;³¹¹⁸ bloßes Dagegenstimmen genügt daher nicht.³¹¹⁹ Anders als nach deutschem Recht (§ 50 und § 93 Abs 4

Rz 113; *Losert/Schiemer/Stadler*, AktG (1966) § 84 Anm 17; so schon *Ritter*, AktG² (Nachtrag, 1940) § 43 Anm 3 (S 140); *Behrend*, Lehrbuch I (1886) 775 Fn 19 (Widerspruch könne vor oder nach dem Beschluss erhoben werden, müsse aber in derselben Versammlung erklärt werden). § 205 dHGB 1897 sah noch explizit vor, dass der Widerspruch „in der Versammlung“ erhoben werden muss. Diese Voraussetzung fiel jedoch mit der Umformulierung durch das AktG 1937/1938 weg; das Widerspruchserfordernis wurde nicht mehr negativ („unzulässig, soweit in der Versammlung eine Minderheit [...] Widerspruch erhebt“), sondern positiv formuliert („kann [...] nur dann verzichten oder sich darüber vergleichen, wenn [...] nicht eine Minderheit [...] widerspricht“). Eine materiell-rechtliche Änderung war jedoch nicht intendiert. Vgl schon *Ritter*, AktG² (Nachtrag, 1940) § 43 Anm 3 (S 140), wonach man diese Formulierung wohl deshalb gestrichen habe, weil man es für selbstverständlich gehalten habe, dass in der Versammlung widersprochen werden muss, zumal man doch nicht annehmen könne, dass die Minderheit „noch nach Jahr und Tag widersprechen darf“.

3116 Vgl *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 84 Rz 113; *M. Arnold in KK-AktG⁴* § 50 Rz 18; *Hölters/Hölters in Hölters/Weber*, AktG⁴ § 93 Rz 301; *Losert/Schiemer/Stadler*, AktG (1966) § 84 Anm 17; vgl bereits *Teichmann/Koehler*, AktG (1937) § 43 Anm 3 (S 140); *Ritter*, AktG² (Nachtrag, 1940) § 43 Anm 3 (S 140).

3117 *Zehetner in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 43 Rz 9; *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 84 Rz 113; *M. Arnold in KK-AktG⁴* § 50 Rz 18. Auch hier müssen die Minderheitsaktionäre ihr Handeln dahingehend „deklarieren“, dass sie nicht bloß als Teil des (regulären) Willensbildungsorgans ihr Stimmrecht (dh ein Mitgliedschaftsrecht) ausüben, sondern in ihrer Funktion als „außerordentliches Organ“ tätig werden und von ihrem „beschränkten Individualrecht“ Gebrauch machen (s zur gesetzlichen Konzeption des Individual- und Minderheitenschutzes oben S 734 ff).

3118 Vgl *M. Arnold in KK-AktG⁴* § 50 Rz 18; *Ehrlicke in Großkomm AktG⁵* § 50 Rz 41; *Noack*, AG 1989, 78 (86).

3119 So auch *Zehetner in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 43 Rz 9; *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 479; *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 84 Rz 113; *Pentz in MüKo AktG⁵* § 50 Rz 23; *Losert/Schiemer/Stadler*, AktG (1966) § 84 Anm 17; *Feltl in Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 9/428; *Haas/Wigand in Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 20.71 mwN; so bereits *Teichmann/Koehler*, AktG (1937) § 43 Anm 3 (S 81); *Schlegelberger et al*, AktG (1939) § 84 Anm 17 (S 311); *Baumbach*, AktG³ (1939) § 84 Anm 6 B. (S 175); *Ritter*, AktG² (Nachtrag, 1940) § 43 Anm 3 (S 140); zum dHGB 1897 *Brodmann*, Aktienrecht (1928) § 205 Anm 2. c) (S 122 f); *Fischer in Ehrenberg*, Handbuch III (1916) 133; *Koenige*, HGB² (1929) § 205 Anm 3 (S 393). AA und für bloßes Dagegenstimmen (zu § 43 AktG) *P. Doralt/Diregger in MüKo AktG⁴* § 50 Rz 31 mwN; *Arlt in MüKo AktG⁵* § 50 Rz 32; so bereits *Gadow in Gadow et al*, AktG (1939) § 43 Anm 4 (S 144); *v Godin/Wilhelmi*, AktG² (1950) § 43 Anm 5 (S 185); *Fischer in Großkomm AktG²* (1961) § 43 Anm 16 (S 264); zum

Satz 3 dAktG)³¹²⁰ muss der Widerspruch nicht zur Niederschrift erhoben werden.³¹²¹ Das erübrigt sich mE schon deshalb, weil der Widerspruch (auf-

dHGB 1897 *Makower*, HGB¹² (1898) § 205 Anm IV. b. (S 435); *Lehmann/Ring*, HGB² (1918) § 205 Anm 1 (S 57); *Koenige*, HGB² (1929) § 270 (S 490). Vgl idZ auch den (nicht in Kraft getretenen) deutschen Regierungsentwurf eines GmbHG, der großflächig aktienrechtliche Parallelregelungen nachbildete, für den Minderheitenschutz aber bloßes Dagegenstimmen genügen ließ. So lautete § 75 Abs 5 Satz 2 RegE (RegE-dGmbHG 1971 BT-Drs VI/3088 21): „In den Fällen des Absatzes 3 ist der Verzicht oder Vergleich nur zulässig, wenn nicht eine Minderheit, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des Stammkapitals erreichen, gegen den Verzicht oder Vergleich stimmt.“ Vgl die Begründung dazu (S 126 rSp): „Entsprechend den meist einfacheren Verhältnissen in einer GmbH und den oft formlosen Gesellschafterversammlungen verlangt der Entwurf für die Geltendmachung des Minderheitenrechts keinen ausdrücklichen Widerspruch der Minderheit gegen einen Beschluß der Mehrheit über einen Verzicht oder Vergleich, sondern läßt es genügen, wenn eine Minderheit, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des Stammkapitals erreichten, bei der Beschlußfassung der Gesellschafter gegen den Verzicht oder Vergleich stimmt.“

3120 Dadurch sollte aber ausweislich der AmtlBegr zum dAktG 1965 (BT-Drs IV/171 112 rSp) nur „klargestellt [werden], daß es für den Widerspruch nicht genügt, daß die Minderheit für den Verzicht oder Vergleich stimmt. Vielmehr sei eine besondere Erklärung nötig, die zur Niederschrift abzugeben ist. Damit erledigt sich eine zum geltenden Recht bestehende Zweifelsfrage. Die Neufassung entspricht der Regelung, die das geltende Recht bereits für den Widerspruch gegen die Auswahl der Abschlußprüfer (§ 136 Abs. 2 AktG) und gegen einen Hauptversammlungsbeschluß (§ 198 Abs. 1 Nr. 1 AktG) vorsieht.“ Das Erfordernis einer Erklärung zur Niederschrift wäre mE allerdings zur Erfüllung dieses Klarstellungszwecks nicht erforderlich gewesen, weil der Widerspruch ohnedies (anders als etwa bei der Beschlussanfechtung) im Rahmen der Feststellung des Beschlussergebnisses zu protokollieren ist (s dazu sogleich im Fließtext).

3121 Vgl so bereits *Koenige*, HGB² (1929) § 205 Anm 3 (S 393); *Teichmann/Koehler*, AktG (1937) § 43 Anm 3 (S 81); *Schlegelberger et al*, AktG (1939) § 84 Anm 17 (S 311); *Ritter*, AktG² (Nachtrag, 1940) § 43 Anm 3 (S 140). Dafür spricht, dass das Gesetz zur Wahrung des Anfechtungsrechts gem § 196 Abs 1 Z 1 AktG (so auch § 41 Abs 2 GmbHG) einen Widerspruch gegen den Beschluss „zur Niederschrift“ verlangt (vor dem AktG 1937/1938 hieß es in Art 190a Abs 1 Satz 3 iVm Art 222 ADHGB 1884 sowie § 271 Abs 3 dHGB 1897 noch „zum Protokoll“). So auch die Argumentation von *P. Doralt/Diregger* in *MüKo AktG*⁴ § 50 Rz 31, die auch auf § 244 Abs 1, § 253 Abs 1 öAktG und § 11 SpaltG verweisen (ebenso *Arlt* in *MüKo AktG*⁵ § 50 Rz 32). Vgl bereits *Makower*, HGB¹² (1898) § 205 Anm IV. b. (S 435). Der Reformgesetzgeber begründete die Protokollierungsobliegenheit damit, dass sie – wie auch die kurze Anfechtungsfrist – „Sicherheit darüber [gibt], ob und von wem der Beschluß angefochten werden kann“ (AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 468; vgl auch *Thöni*, Rechtsfolgen 37 ff). Sie sollte maW Aufschluss über die Bestandsfestigkeit des Beschlusses geben. Dafür besteht beim Widerspruch einer verfolgungswilligen Aktionärsminorität indes kein Anlass. Denn während bei der Anfechtung nicht bereits der Widerspruch *per se*, sondern erst die rechtskräftige Anfechtungsklage die Unwirksamkeit des Beschlusses bewirkt, ist es der Widerspruch gem § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG selbst, der das gewünschte Beschlussergebnis begründet (s zur Rechtsfolge eines

grund seiner unmittelbar willensbildenden Wirkung) wie erwähnt ähnlich einem (mehrheitlichen) HV-Beschluss als Ablehnung des Beschlussantrags zu protokollieren ist.³¹²²

Die Zustimmung iSd § 136 AktG kann dagegen nach einem Teil der Lit³¹²³ auch formlos und außerhalb der HV erteilt werden. Indessen hat der Gesetzgeber des dHGB 1897 die Zustimmung iSd leg cit offenbar – von der damaligen Lehre geleitet – als (positive) Stimmabgabe verstanden. Dadurch wäre das Minderheitsverlangen (§ 134 AktG) freilich nur unzureichend gegen Mehrheitsdispositionen abgesichert (was dem Gesetzgeber nicht zu unterstellen ist), weil § 134 AktG ein Stimmrecht gerade nicht voraussetzt.³¹²⁴ Wie schon zu § 270 dHGB 1897 ausgeführt,³¹²⁵ wäre mE auch die „Zustimmung“ iSd § 136 AktG als unterbliebener Widerspruch zu verstehen.³¹²⁶ Im Übri-

wirksamen Widerspruchs sogleich unten ab S 792). Mit dem Widerspruch kündigt die Minderheit nicht bloß die bevorstehende Bekämpfung des vorübergehend gültigen Mehrheitswillens an, sondern sie bildet *selbst* den Verbandswillen in ihrer Funktion als „außerordentliches Organ“ entgegen dem Mehrheitsbeschluss (vgl auch *Bondi*, Rechte der Aktionäre 143). Nochmals anders gewendet gleicht der Widerspruch in der obigen Gegenüberstellung somit funktional eher der Anfechtungsklage *selbst*, als deren Widerspruchsvoraussetzung. Deshalb gibt es insoweit keinen Raum für Ungewissheit darüber, ob ein zunächst rechtswirksamer Beschluss später aufgehoben wird. Zu kurz greift daher mE daher das Argument, dass es keinen Grund gebe, rasch klarzustellen, ob die widersprechenden Aktionäre auch klagsweise vorgehen wollen, wozu sie ohnehin ein Verfahren nach § 134 AktG einleiten müssten (so *P. Doralt/Diregger* aaO; *Arlt* aaO). Denn das Verlangen gem §§ 134 f AktG betrifft (anders als die Anfechtungsklage im hier gezogenen Vergleich) nicht (mehr) die Wirksamkeit des Verzichts- oder Vergleichsbeschlusses (dh die *Erhaltung* von Ersatzansprüchen), sondern die Geltendmachung von Ansprüchen.

3122 S die Nw in Fn 3114.

3123 Vgl *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 136 Rz 6 aE: „*formlos außerhalb der HV*“; *Eckert/Schopper/Stritzke* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} § 136 Rz 4: „*formlos und als nachträgliche Genehmigung*“; *Reiter* in *Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 136 Rz 6: „*ausdrücklich (im Rahmen der HV oder außerhalb derselben)*“; *Csoklich* in *MüKo AktG*⁵ § 147 Rz 163: „*kann auch außerhalb einer Hauptversammlung, formlos erklärt werden*“; für das Genügen einer formlosen Zustimmung auch außerhalb der HV bereits v *Godin/Wilhelmi*, AktG² (1950) § 124 Anm 2 (S 562); *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 124 Anm 2 (S 512): „*in oder außer der Hauptversammlung*“; s auch schon *Pinner* in *Staub*, HGB III¹⁴ (1933) § 270 Anm 1 (S 678) mwN: „*bedarf keiner Form und braucht nicht etwa in der Generalversammlung erklärt zu werden*“; ebenso *Makower*, HGB¹² (1898) § 270 Anm III (S 624); *Goldschmit*, Aktienrecht (1932) § 270 Anm 2 (S 192).

3124 Dazu schon oben iZm § 134 AktG bei Fn 2994.

3125 S oben ab S 763.

3126 In der Lit ist iZm der Verweigerung der Zustimmung iSd § 136 AktG (§ 270 dHGB 1897) zT von einem „Widerspruch“ oder von „widersprechen“ die Rede, wobei nicht immer eindeutig ist, ob damit ein Widerspruch iSd Widerspruchsrechts oder etwas anderes (bloßes Dagegenstimmen oder sonstige ablehnende Äußerung) gemeint ist (zur terminologischen Unklarheit trägt bei, dass der „Widerspruch“ [iSd Widerspruchsrechts] zT als bloße negative Stimmabgabe verstanden wurde und wird;

gen kommt es darauf nach der hier vertretenen Auffassung iE nicht an, weil § 136 AktG neben den (im Einklang mit § 134 AktG berichtigten) Widerspruchsrechten kein Anwendungsbereich verbleibt (dazu näher oben)³¹²⁷.

d) Erfasste Ersatzansprüche

Hinsichtlich der vom Widerspruchsrecht in § 43 AktG erfassten Ansprüche kann auf die Ausführungen zur (gründungsrechtlichen) Sperrfrist in § 43 AktG verwiesen werden. Das (allgemeine) Widerspruchsrecht in § 84 Abs 4 Satz 3 AktG erfasst alle Ansprüche gem § 84 AktG.³¹²⁸

e) Erfasste Dispositionen

i. Verzichte und Vergleiche (sowie wirkungsgleiche Geschäfte)

§ 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG sprechen nur von einem Verzicht oder Vergleich, gelten aber (wie auch die übrigen funktional vergleichbaren Dispositionsbeschränkungen) auch für alle wirkungsgleichen Rechtshandlungen.³¹²⁹ Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die Ausführungen zu § 10 Abs 6 und § 25 Abs 7 GmbHG verwiesen.

vgl hierzu nur *Eckert/Schopper/Caramanica* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} § 43 Rz 7 mwN). Vgl idZ etwa *Kalss/Linder*, Minderheits- und Einzelrechte von Aktionären 70: „[...] bedarf es im Fall der Geltendmachung aufgrund des Minderheitsverlangens des Widerspruchs der 10%-Minderheit, die die Geltendmachung der Ersatzansprüche verlangt hat.“ Vgl auch *Kalss* in *Jahn*, Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat 52 (68), wonach ein Verzicht oder Vergleich gem § 124 AktG (aF; entspricht § 136 AktG idGF) „nur unter der Voraussetzung zulässig ist, dass diesem Vergleich oder Verzicht weniger als 10 % der Minderheit widersprechen.“ *Eckert/Schopper/Stritzke* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} § 136 Rz 4 („widersprechen“); *R. Rastegar*, Gesellschafterklage 322 Fn 1784. Vgl für Nw aus der historischen Lit oben Fn 3041 aE.

3127 S 774 ff.

3128 Anders der (nicht in Kraft getretene) deutsche Regierungsentwurf eines GmbHG von 1971 (BT-Drs VI/3088), der eine Absicherung der Minderheit nur gegen Verzichte und Vergleiche über Ersatzansprüche wegen Verletzung der Kapitalschutzvorschriften gem § 75 Abs 3 RegE (vgl § 84 Abs 3 AktG) vorsah (RegE-dGmbHG 1971 BT-Drs VI/3088 21) und konsequenterweise auch das Minderheitsverlangen gem § 90 RegE auf diese Ersatzansprüche beschränkte (RegE-dGmbHG 1971 BT-Drs VI/3088 26). In der Sache scheint diese Einschränkung aber fragwürdig, weil eine Kollusion zwischen der Gesellschaftermehrheit und den (idR von ihr bestellten) Organmitgliedern (und darauf kommt es für den gesetzlichen Minderheitenschutz an) hinsichtlich *aller* Ersatzansprüche (auch aus bloßer Geschäftsführung) droht. Die Gefahr einer „Verschonung“ wird wohl sogar umso größer sein, je leichter der Pflichtverstoß wiegt.

3129 Vgl statt vieler *Zehe* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 43 Rz 9; *Arlt* in *MüKo AktG*⁵ § 50 Rz 30; *Pentz* in *MüKo AktG*⁵ § 50 Rz 12 f.

ii. Anwendung auf Weisungsbeschlüsse?

Auffallend ist jedoch, dass die Dispositionsbeschränkungen zugunsten der Gesellschaftsgläubiger gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (vgl auch § 25 Abs 5 GmbHG) auch die haftungsfreistellende Wirkung einer Befolgung von HV-Beschlüssen (dh Dispositionen *ex ante*) ausschließen, soweit ein Gläubigerschutzbedürfnis reicht (dh soweit die Gläubiger von der Gesellschaft im Bereich des § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG keine Befriedigung erlangen können). Das wirft die Frage auf, ob diese Differenzierung einen inneren Grund hat, oder ob der gesetzliche Minderheitenschutz lückenhaft ist.³¹³⁰ Immerhin führt auch die Befolgung von Weisungsbeschlüssen (fortan mitgemeint: Ermächtigungsbeschlüssen) dazu, dass ein Ersatzanspruch bei beschlusskonformem Organhandeln gar nicht entsteht. Dafür genügt nach allgemeinen Grundsätzen die einfache Stimmenmehrheit. In diesem Fall ist eine Geltendmachung von (nicht entstandenen) Ersatzansprüchen durch Minderheitsaktionäre ebenso wenig möglich, wie wenn die Gesellschaftermehrheit im Nachhinein auf entstandene Ansprüche verzichtet oder sich über diese vergleicht.³¹³¹ Auch Weisungsbeschlüsse stehen daher im Verdacht, der Mehrheit eine Aushebelung des Minderheitsverlangens durch eine Disposition über den Anspruch zu ermöglichen. Deshalb stellt sich die Frage, ob eine zur Anspruchsdurchsetzung iSd § 134 AktG berechnigte Minderheit nicht ebenfalls (und umso mehr) berechnigt sein muss, einen (haftungsfreistellenden) Weisungsbeschluss durch Widerspruch zu verhindern, um eine (spätere) Durchsetzung von Ersatzansprüchen im Gesellschaftsinteresse zu gewährleisten.

Im Schrifttum wird das Widerspruchsrecht der Minderheit soweit ersichtlich nicht mit Weisungsbeschlüssen in Verbindung gebracht. Die Minderheitsinteressen werden vielmehr durch eine materielle Beschlusskontrolle am Maß-

3130 Zur (Mit-)Regelung von Weisungsbeschlüssen in § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG hatte der Gesetzgeber im Laufe der Rechtsentwicklung vielleicht keine Gelegenheit. So hätte er Weisungsbeschlüsse zunächst mit dem Widerspruchsrecht des Art 213d ADHGB 1884 (§ 205 dHGB 1897) erfassen können. Damit hatte der Gesetzgeber aber offenbar nur Dispositionen der konstituierenden Generalversammlung vor Augen, die naturgemäß vergangenheitsgerichtet waren. Auch mit den Nachfolgerbestimmungen außerhalb des Gründungsrechts griff der Gesetzgeber Weisungsbeschlüsse nicht mehr auf. Allerdings wollte er mit § 270 dHGB 1897 bloß Art 213d ADHGB 1884 auf sonstige Ansprüche ausdehnen und erfasste darüber hinaus nur Dispositionen, die *nach* der Ausübung des Minderheitsverlangens (wenn also Ansprüche schon entstanden waren) beschlossen werden. Auch im (allg) Widerspruchsrecht gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG hätten Weisungsbeschlüsse nicht mitgeregelt werden können, weil der Gesetzgeber des AktG 1937/1938 (auch) mit dieser Bestimmung bloß das gründungsrechtliche Widerspruchsrecht (§ 205 dHGB 1897) verallgemeinerte.

3131 In Spanien etwa wird unter Berufung auf den Minderheitsschutz sogar jede Haftungsfreistellungswirkung von Weisungen abgelehnt (vgl *Kalss/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung* 25 [45]).

stab der gesellschaftlicherlichen Treuepflicht Rechnung gewahrt.³¹³² Treuwidrige Beschlüsse sind anfechtbar und könnten deshalb die Haftung nicht ausschließen (vgl. § 84 Abs 4 Satz 1 AktG)³¹³³. Zu § 48 GmbHG (dem funktional § 134 AktG entspricht) liest man, dass das Verfolgungsrecht der Minderheit das Bestehen eines Ersatzanspruchs voraussetzt und es daher nicht anwendbar sei, wenn ein Anspruch nicht existiert, etwa weil das Organverhalten auf einem wirksamen Weisungsbeschluss beruht.³¹³⁴ Dass ein solcher Beschluss nur die einfache Stimmenmehrheit erfordert und das Gesetz keine weiteren Beschränkungen normiert, wird als Beleg dafür gewertet, dass auch Verzichte und Vergleiche (trotz § 48 GmbHG) keinen besonderen Einschränkungen unterliegen.³¹³⁵ Argumente dieser Art sind jedoch zirkulär, weil sich die Frage nach Dispositionsrestriktionen *prima facie* für *alle* Dispositionsarten (auch solche *ex ante*, wie Weisungen) stellt (was im GmbH-Recht vielleicht schwieriger zu sehen ist, weil dort ja sogar gesetzliche Beschränkungen für Verzichte und Vergleiche fehlen). Sollte ein Schutzbedürfnis bestehen, wäre die Anfechtungsmöglichkeit wegen Treuwidrigkeit zur Absicherung des Minderheitsverlangens ebenso unzureichend wie bei Verzichten und Vergleichen, weil das Verlangen als Ausprägung des formellen Minderheitenschutzes nicht (unmittelbar)³¹³⁶ an das Gesellschaftsinteresse gekoppelt ist und davon abhängig ist (vgl. hierzu die Ausführungen zu § 48 GmbHG)³¹³⁷.

Zunächst ist aber die (Vor-)Frage zu klären, ob überhaupt ein (vergleichbares) Schutzbedürfnis besteht, ob also die zur Geltendmachung von Ansprüchen berechnigte Minderheit gegen Weisungsbeschlüsse auf dieselbe Weise, nämlich durch ihr Widerspruchsrecht (analog), geschützt werden muss, wie gegen Verzichte und Vergleiche. Die oben angesprochene Ähnlichkeit von Weisungsbeschlüssen mit Verzichten und Vergleichen *in puncto* Haftungsfreistellungswirkung begründet nur eine Gesetzeslücke, wenn beide Dispositionsarten gerade im Hinblick auf die gesetzliche Wertung, die dem Widerspruchsrecht zugrunde liegt, ähnlich sind.³¹³⁸ Nun liegt der Zweck des Minderheitsverlangens und des korrespondierenden Widerspruchsrechts derselben Minderheit aber (anders als bei den Dispositionsbeschränkungen zugunsten der Gesellschaftsgläubiger) nicht darin, schlechthin jede Verfügung der Gesellschaft über

3132 Vgl. dazu nur Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, ÖGesR² Rz 3/166 mwN.

3133 Zur Haftungsfreistellungswirkung anfechtbarer Beschlüsse gem. § 84 Abs 4 Satz 1 AktG noch ausf. unten S 899 ff.

3134 Vgl. Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 48 Rz 5, 7; Gellis/Feil, GmbHG⁷ § 48 Rz 4; Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 165 (191).

3135 Vgl. Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 165 (191).

3136 Mittelbar versucht der Gesetzgeber über Korrektive (§ 135 Abs 2 bis 5 AktG) zu verhindern, dass Minderheitsaktionäre aus Schikane die Geltendmachung unbegründeter Ansprüche verlangen (Behaltspflicht, Sicherheitsleistung, Kostentragung, Schadenersatzpflicht für unbegründete Klagen bei zumindest grober Fahrlässigkeit).

3137 S 157 ff.

3138 Vgl. etwa F. Bydlinski, Methodenlehre² 475 f.; Canaris, Die Feststellung von Lücken 71.

Ersatzansprüche gegen ihre Organmitglieder auszuschließen. Die *ratio* der Minderheitenschutzvorschriften ist nuancierter: Der Gesetzgeber will nur Dispositionen ausschließen, die durch das präsuntive Naheverhältnis der Mehrheit zu „ihren“ Organmitgliedern beeinflusst sind und daher potenziell nicht im Gesellschaftsinteresse (und nach der gesetzlichen Konzeption folglich auch nicht im Minderheitsinteresse) liegen. Durch die Konzentration der Organmitgliedschaft bei der Gesellschaft (und damit bei der Aktionärsmehrheit) kann – in den Worten des Reformgesetzgebers von 1884 – „leicht eine Kollusion zu Gunsten Einzelner und eine Schädigung der Gesellschaftsinteressen stattfinden“³¹³⁹. Der Gesetzgeber befürchtet, dass die kontrollierende Mehrheit „ihre“ Organmitglieder tendenziell verschont, dh Ersatzansprüche nicht geltend macht (daher das Minderheitsverlangen) oder sogar auf die Ansprüche verzichtet oder sich über diese vergleicht (daher das Widerspruchsrecht derselben Minderheit).³¹⁴⁰ In diesen Fällen soll nach der gesetzlichen Konzeption die (präsuntiv unbefangene) Aktionärsminderheit als außerordentliches Organ der Gesellschaft anstelle der (vom Mehrheitsprinzip getragenen HV) den Willen der Gesellschaft bilden und im Gesellschaftsinteresse mit den Ersatzansprüchen verfahren.³¹⁴¹

3139 AmlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 469 rSp; vgl zum GmbHG instruktiv HHB I 272 BlgHH 17. Session 1905 13: *Die Mehrheit darf nicht Recht behalten, wenn sie sich über die berechnigte Reklamation der Minderheit einfach hinweggesetzt hat, um so weniger als in der Generalversammlung der Vorstand nur zu oft eine gefügte Mehrheit beherrscht, welche Verletzungen des Gesetzes und des Gesellschaftsvertrages zu decken geneigt ist.*“

3140 Der gesetzliche (formelle) Minderheitenschutz beruht auf der (damaligen) Annahme, dass die Minderheit andernfalls der uneingeschränkten Mehrheitsherrschaft ausgeliefert wäre, weil Mehrheitsentscheidungen über die Geltendmachung von Ansprüchen oder über Dispositionen nicht anfechtbar sind. In den Worten des ROHG-Gutachtens (abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 259): *„Der Beschluß, von einem Ersatzanspruch wegen einer gesetz- oder statutenwidrigen Handlung abzustehen, ist nicht mit einem gesetz- oder statutenwidrigen Beschluß zu identifizieren.“* Vgl auch Fischer in Ehrenberg, Handbuch III (1916) 198: *„Sie [sc die Minderheitsrechte] stellen einen Behelf neben der den Anforderungen der Wahrheit nicht genügenden Anfechtungsklage dar. Der Gesetzgeber hat den Weg, der vereinzelt bei der Gewerkschaft gewählt worden ist, bei der Aktiengesellschaft nicht eingeschlagen, nämlich die Einführung der Anfechtungsklage gegen alle Beschlüsse der Mitgliederversammlung, die der Korporation nachteilig sind.“* Vgl in größerem Zusammenhang auch Klein, Entwicklungen (1903) 46: *„Der Gedanke einer Mehrheitsverantwortlichkeit in solchen und ähnlichen Verhältnissen ist noch ziemlich jung und paßt nicht ganz zum herrschenden Gesellschafts- oder Korporationsbegriff [...]“*. Diese Prämisse des formellen Minderheitenschutzes ist allerdings seit der Anerkennung von Treuepflichten im GmbH-Recht obsolet. Treuwidrige Dispositionsbeschlüsse (Verzicht, Vergleich oder Entlastung) können nämlich angefochten werden. Wie zu § 48 GmbHG ausgeführt, genügt das Anfechtungsrecht aber (aus mehreren Gründen) nicht zur Absicherung des Verfolgungsrechtes einer Minderheit (vgl hierzu die Ausführungen zu § 48 GmbHG oben S 157 ff).

3141 S zur gesetzlichen Konzeption schon oben bei Fn 2954.

Stellt man diese gesetzliche Wertung nun der Haftungsfreistellung mittels Weisungsbeschluss gegenüber, zeigt sich ein entscheidender (tatsächlicher) Unterschied: Während bei der Entscheidung über den Umgang mit *bereits entstandenen* Ersatzansprüchen gegen Organmitglieder (dh deren Geltendmachung oder einen Verzicht oder Vergleich) die Haftungsentlastung der Organmitglieder (wenn auch ggf neben anderen Kriterien) im Vordergrund der Entscheidungsfindung steht, geht es bei der Haftungsfreistellung *ex ante* durch Weisung primär um die Ausführung einer konkreten Geschäftsführungsmaßnahme.³¹⁴² Die Aktionärsmehrheit beschließt eine Weisung typischerweise nicht nur *deshalb*, weil durch deren Befolgung die Haftung der Vorstandsmitglieder ausgeschlossen wird. Vielmehr wird die Haftungsfrestellungswirkung des Beschlusses wohl idR gar nicht in das Bewusstsein der Mehrheitsaktionäre vordringen, weil diese die in Aussicht genommene Maßnahme regelmäßig für sorgfaltsgemäß halten werden. Geht es somit nicht um die konkreten Organwalter, sondern um die Durchführung von Maßnahmen, wirkt sich das angenommene Naheverhältnis der Mehrheit zu den Organmitgliedern nicht aus (zumindest nicht in derselben Intensität wie bei *Ex-post*-Dispositionen). Deshalb bedarf es auch keiner Intervention durch die Aktionärsminderheit als außerordentliches Gesellschaftsorgan. Das Widerspruchsrecht einer Minderheit gem § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG ist daher nicht (analog) auf Weisungsbeschlüsse anzuwenden. Entscheidend für die wertungsmäßige Ungleichheit (und folglich den Umkehrschluss) ist nicht der Umstand, dass Weisungen die Haftung von vornherein ausschließen (*ex ante*), sondern, dass sie sich auf *konkrete* Maßnahmen beziehen. Bei *abstrakten* Vorausdispositionen (zB Haftungsfreizeichnungen) kann das präsumtive Naheverhältnis der Mehrheitsaktionäre zu ihren Organmitgliedern sehr wohl zum Tragen kommen.³¹⁴³ In diesen Fällen stehen nicht konkrete Maßnahmen, sondern die Enthaftung der Organmitglieder im Entscheidungsfokus. Wie schon im GmbH-Teil ausgeführt,³¹⁴⁴ ist daher das Widerspruchsrecht einer Minderheit sehr wohl auf abstrakte Haftungsbeschränkungen im Vorhinein (analog) anzuwenden.³¹⁴⁵

3142 Vgl Heisse, Beschränkung 114, wonach das Ziel einer Weisung regelmäßig die Durchführung einer konkreten Maßnahme und nicht der Ausschluss der Geschäftsführerhaftung sei; im Anschluss daran Sturm, GmbHHR 2003, 573 (576).

3143 Anderes kann wohl – je nach Ausgestaltung und Abstrahierungsgrad – für allgemeinere Direktiven wie zB generelle Weisungen (zB eine Geschäftsordnung) gelten.

3144 S oben ab S 573.

3145 Im Übrigen steht jedem Aktionär bei gesetz- oder statutenwidrigen Beschlüssen nach all Grundsätzen die Erhebung der Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage offen. Auch im Aktienrecht sind die Aktionäre nach hA sowohl gegenüber der Gesellschaft als auch untereinander zur Treue verpflichtet (vgl statt vieler Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 195 Rz 42 mwN; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, ÖGesR² Rz 3/164; Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 195 Rz 29 ff; für

f) Schwebende Unwirksamkeit als Rechtsfolge

Das Erfordernis eines fehlenden Widerspruchs begründet wie erwähnt entsprechend der gesetzlichen Konzeption als „beschränkte Individualrechte“ nicht bloß ein qualifiziertes Mehrheitserfordernis³¹⁴⁶ (hier: von 90% des Grundkapitals; für den Dispositionsbeschluss genügt vielmehr schon nach allgemeinen Grundsätzen die einfache Stimmenmehrheit)³¹⁴⁷, sondern (wie der Ablauf der Sperrfrist und die Zustimmung der HV) ein zusätzliches Wirksamkeitserfordernis³¹⁴⁸ für das abzuschließende Rechtsgeschäft (insb Verzicht oder Vergleich). Dadurch wird nach hL³¹⁴⁹ (ebenfalls)³¹⁵⁰ die grund-

Deutschland statt aller *Schäfer* in MüKo AktG⁵ § 243 Rz 44, 57 ff; *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 53a Rz13 f). Treuwidrige Beschlüsse sind anfechtbar.

3146 Das kommt auch darin zum Ausdruck, dass nicht die sonst für Mehrheitserfordernisse gebräuchliche Formulierung, der Beschluss bedürfe einer bestimmten „Mehrheit“ (vgl Art 213f Abs 3 und Art 215 Abs 2 ADHGB 1884), verwendet wurde; vgl auch die Formulierung der Motive zum ADHGB 1884, wonach ein Verzichts- oder Vergleichsbeschluss „durch die Mehrheit oder den Widerspruch der Minderheit verworfen ist.“ (AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 470).

3147 Vgl *Zehetner* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 43 Rz 9; vgl bereits *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 84 Anm 17 (S 311); *Teichmann/Koehler*, AktG (1937) § 43 Anm 3 (S 81); *Staub*, ADHGB^{3, 4} (1896) Art 213d Anm § 1. 2. (S 427); *Pinner* in *Staub*, HGB II¹⁴ § 205 Anm 2 (S 146); vgl auch AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 452, 464.

3148 Vgl *Zehetner* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 43 Rz 9; *P. Doralt/Diregger* in MüKo AktG⁴ § 50 Rz 30 ff; *Arlt* in MüKo AktG⁵ § 50 Rz 31; *Pentz* in MüKo AktG⁵ § 50 Rz 24; *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 168; vgl bereits *Godin/Wilhelmi*, AktG² (1950) § 43 Anm 6 (S 185); vgl auch *Gadow* in *Gadow et al*, AktG (1939) § 43 Anm 5 (S 144). Das kommt bspw im (seit dem AktG 1937/1938 geänderten) Wortlaut der § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG zum Ausdruck, wonach Verzichte und Vergleiche nur wirksam sind, wenn die HV zustimmt „und“ nicht eine Aktionärsminorität Widerspruch erhebt.

3149 Vgl zum HV-Zustimmungserfordernis *Zehetner* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 43 Rz 9; für Deutschland zur HV-Zustimmung und dem Erfordernis eines fehlenden Widerspruchs ausdr *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 50 Rz 4; *M. Arnold* in KK-AktG⁴ § 50 Rz 15 mwN; vgl bereits *Schlegelberger et al*, AktG² (1939) § 84 Anm 18 (S 312); *Pinner* in *Staub*, HGB II¹⁴ (1933) § 205 Anm 1 (S 146). Diese Ansicht könnte mit dem Schutzbedürfnis der Aktionärsminorität begründet werden: Würde die Vertretungsmacht der Gesellschaftsorgane nicht beschränkt, wären Dispositionen wirksam und würden Organmitglieder allenfalls der Gesellschaft ersatzpflichtig. Die Gesellschaft könnte auf diese Ersatzansprüche erneut verzichten oder sich vergleichen und eine Geltendmachung gleichsam *ad infinitum* vereiteln. AA (iE aber gleich) *Pentz* in MüKo AktG⁵ § 50 Rz 24, wonach das Handeln des Vorstands nicht vollmachtlos sei, weil es sich um besondere Wirksamkeitsvoraussetzungen handle (s Fn 3148 mwN).

3150 Vgl die Nw in der vorigen Fn. Die rechtsfolgenseitige Gleichstellung ist auch konsequent, wenn man bedenkt, dass die Minorität durch die Ausübung des Widerspruchs – nach der Vorstellung des Gesetzgebers – als außerordentliches Gesell-

sätzlich unbeschränkte Vertretungsbefugnis des Vorstands beschränkt. Ein dennoch abgeschlossenes Rechtsgeschäft ist schwebend unwirksam.³¹⁵¹ Die Unwirksamkeit wirkt mE nicht nur gegenüber der widersprechenden Minderheit (relative Unwirksamkeit), sondern (absolut) für die Gesellschaft.³¹⁵² Das entspricht (besser) der konzeptionellen Stellung der Minderheit als außerordentliches Organ der Gesellschaft zur Durchsetzung des Gesell-

schaftsorgan (anstelle der HV als ordentlichem Organ) unmittelbar den Gesellschaftswillen bildet, weshalb ein wirksamer Widerspruch zwar kein HV-Beschluss ist, aber dieselben Rechtswirkungen wie ein HV-Beschluss hat (s dazu oben S 783). S auch die folgende Fn.

3151 AllgM; vgl iZm § 84 Abs 4 Satz 3 AktG *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 84 Rz 113; iZm § 136 AktG *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 136 Rz 7; *Csoklich* in MüKo AktG⁵ § 147 Rz 163; so wohl auch *S. Bydliniski/Potyka in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 136 Rz 1 f. Bisweilen wird die schwebende Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts nur als Konsequenz der fehlenden HV-Zustimmung genannt (vgl *Zehetner in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 43 Rz 9; *Ettel in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 43 Rz 11). Gleiches muss aber für einen erfolgten Widerspruch gelten, weil dieser nach der gesetzlichen Konzeption den (mehrheitlichen) HV-Beschluss gleichsam substituiert (s vorige Fn). Vgl für Deutschland *Koch in Koch*, AktG¹⁷ § 50 Rz 4; *Pentz in MüKo AktG⁵ § 50 Rz 24*; *Ebricke in Großkomm AktG⁵ § 50 Rz 40*; *Hirte/Stoll*, ZIP 2010, 253 (254); zum dAktG 1937 schon *v Godin/Wilhelmi*, AktG² (1950) § 124 Anm 3 (S 561); *Teichmann/Koehler*, AktG² (1939) § 43 Anm 3 (S 81); *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 84 Anm 18 (S 312): „unwirksam“; zum dHGB 1897 *Koenige*, HGB² (1929) § 205 Anm 3 (S 393); so wohl auch *Makower*, HGB¹² (1898) § 205 Anm IV. b. (S 435); *Pinner in Staub*, HGB II¹⁴ § 205 Anm 3 (S 146), § 270 Anm 8 (S 679); zum ADHGB 1884 *Staub*, ADHGB^{3,4} (1896) Art 213d Anm 3 (S 427); *Behrend*, Lehrbuch I (1886) 775; entgegen heute hL zwar für Nichtigkeit, aber eine Heilung durch Nachholung der gesetzlichen Voraussetzungen (was auf eine schwebende Unwirksamkeit hinausläuft) der Kommissionsbericht ADHGB 1884, in Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 5. Legislaturperiode, IV. Session 1884, 4. Band, Anlage 128 S 1009 (1015): „Anlangend die Ausdrücke zulässig und unzulässig war man allseitig einverstanden, daß Vergleiche und Verzichtseleistungen ohne die vorgeschriebenen Erfordernisse nichtig sein sollen.“

3152 So für das funktional ähnliche Zustimmungserfordernis (allerdings ohne nähere Begründung) *R. Rastegar*, RdW 2019, 517 (522), der *de lege ferenda* jedoch für eine bloß relative Unwirksamkeit gegenüber der Minderheit eintritt, weil dadurch dem Minderheitenschutz ausreichend Rechnung getragen würde (s dazu und mit weiteren Argumenten schon oben iZm § 48 GmbHG). Ein Vorteil der relativen Unwirksamkeit sei, dass die Disposition direkt uneingeschränkte Wirkung entfalten kann, wenn die Minderheit den Anspruch nicht (fristgerecht) verfolgt. Dieses Argument berücksichtigt mE allerdings nicht, dass der Gesetzgeber mit den Minderheitenrechten des Aktienrechts (§ 43, § 84 Abs 4 Satz 3, § 136 AktG) nicht (nur) den Schutz dieser Minderheit bewirken wollte, sondern die Verwirklichung des Gesellschaftsinteresses sicherstellen wollte (mit dem sich das Minderheiteninteresse präsumtiv nur deckt). Der Stellung der Minderheit als „außerordentliches Gesellschaftsorgan“ entspricht es eher, wenn Verfügungen der Gesellschaft (dh der Aktionärsmehrheit) absolut – also auch gegenüber der Gesellschaft – unwirksam sind (s sogleich im Fließtext).

schaftsinteresses auch gegen den Willen (aber indirekt auch zugunsten) der präsumtiv befangenen Aktionärsmehrheit.

4. Fazit

Eine Aktionärsminderheit von 10% des Grundkapitals (in bestimmten Fällen schon 5%) hat nach § 134 AktG das Recht, von der Gesellschaft die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen (ua) Vorstandsmitglieder zu verlangen. Dieses Verfolgungsrecht ist ein Korrektiv für die Haftungskonzentration und beruht auf der Annahme, dass die Bündelung aller Ersatzansprüche bei der Gesellschaft (unter Ausschluss einer Direkthaftung gegenüber einzelnen Aktionären) zur Benachteiligung von Minderheitsaktionären führen kann. Denn die kontrollierende Aktionärsmehrheit steht präsumtiv in einem Naheverhältnis zu den (von ihr bestellten) Organmitgliedern und könnte daher geneigt sein, berechnete Ersatzansprüche der Gesellschaft nicht geltend zu machen oder gar auf die Ansprüche zu verzichten oder sich darüber zu vergleichen. Deshalb überträgt der Gesetzgeber einer (präsumtiv unbefangenen) Aktionärsminderheit die Entscheidung über die Anspruchsdurchsetzung, um dadurch das Gesellschaftsinteresse (und mit diesem annahmegemäß zugleich das Minderheitsinteresse) zu verwirklichen. Nach der gesetzlichen Konzeption agiert die Minderheit in dieser Funktion als „außerordentliches Organ“ der Gesellschaft, das anstelle der HV unmittelbar den Gesellschaftswillen bildet. Dogmatisch handelt es sich um ein Individualrecht kraft Aktionärsstellung, das der (historische) Gesetzgeber aber wegen der Befürchtung von Missbräuchen nur einer bestimmten Minderheit gewährt. Diese Konzeption spiegelt sich in den Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Verlangens wider. So setzt das Verlangen insb kein Stimmrecht voraus (muss aber in der HV explizit erklärt werden). Es verpflichtet die Gesellschaft – wie ein (mehrheitlicher) HV-Beschluss – zur Geltendmachung der betreffenden Ansprüche binnen sechs Monaten (§ 135 Abs 1 AktG). Nach Fristablauf erlischt das Verlangen, die Minderheit kann aber (sofern nicht rechtsmissbräuchlich) erneut die Anspruchsverfolgung verlangen.

Ohne ein gesetzliches Korrektiv könnte die Aktionärsmehrheit das Verlangen der Minderheit jederzeit einfach dadurch aushebeln, dass sie auf die (geltendzumachenden) Ansprüche verzichtet oder sich darüber vergleicht. Deshalb gewährt das Gesetz einer Minderheit das Recht, Verzichte und Vergleiche (sowie wirkungsgleiche Geschäfte) durch Widerspruch zu verhindern (§ 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG). Diese Widerspruchsrechte verlangen jedoch im Gegensatz zu § 134 AktG (noch) eine Beteiligung von 20% des Grundkapitals und sind deshalb zur Absicherung des Verlangens unzureichend. Auch § 136 AktG bezweckt eine Absicherung des Minderheitsverlangens und verlangt zwar nur 10% des Grundkapitals, schützt aber nur jene Minderheit, die die Geltendmachung von Ansprüchen bereits verlangt hat.

Das Verlangen gem § 134 AktG ist letztlich durch keinen dieser Schutzmechanismen effektiv gegen Mehrheitsdispositionen abgesichert. Verantwortlich dafür waren mehrere gesetzgeberische Fehler im Laufe der Rechtsentwicklung. Nach der ursprünglichen Konzeption des Reformgesetzgebers von 1884 sollte das Minderheitsverlangen (Art 223) durch ein Widerspruchsrecht (Art 213d) abgesichert sein. Allerdings war Art 213d ADHGB 1884 zu eng gefasst und bezog sich nur auf Ersatzansprüche aus dem Gründungsstadium. Der Gesetzgeber des dHGB 1897 konnte diese Lücke mit § 270 dHGB 1897 (entspricht funktional § 136 öAktG idgF) nur teilweise schließen, weil er (wohl bedingt durch die zeitgenössische Lehre) ein verkürztes Verständnis des Art 213d ADHGB 1884 zugrunde legte. § 270 dHGB 1897 schützte folglich nur die schon „verlangende“ Minderheit vor Mehrheitsdispositionen. Ansonsten war das Minderheitsverlangen (weiterhin) ungesichert, weil es der Minderheit nicht immer möglich war (und ist), einem Dispositionsbeschluss mit ihrem Verlangen auf Anspruchsdurchsetzung zuvorzukommen. Zugleich verabsäumte der Gesetzgeber von 1897, das Quorum des gründungsrechtlichen Widerspruchsrechts gem Art 213d ADHGB 1884 (dann § 205 dHGB 1897) auf 10% des Grundkapitals zu senken und damit an das Minderheitsverlangen (§ 268) und an § 270 dHGB 1897 anzupassen. Diese Verkettung unglücklicher Umstände, die zT durch falsche Regelungsprämissen bedingt war, endete schließlich darin, dass der Gesetzgeber des AktG 1937/1938 das gründungsrechtliche Widerspruchsrecht (ebenfalls irrig) in § 84 AktG verallgemeinerte. Dadurch schloss er zwar (wenngleich unwissentlich) die Lücke des § 270 dHGB 1897 (dann § 124 AktG 1937/1938), übernahm aber zugleich das überhöhte Quorum des § 205 dHGB 1897, wodurch die bisherige Schutzlücke im Bereich der laufenden Geschäftsführung immerhin verkleinert wurde. *De lege ferenda* sollte der Gesetzgeber (wie schon der deutsche Aktiengesetzgeber von 1965) die Quoren der Widerspruchsrechte gem § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG auf 10% des Grundkapitals senken und damit an die Erfordernisse des § 134 AktG angleichen; § 136 AktG wäre dann redundant und könnte ersatzlos gestrichen werden. Dieses Ergebnis lässt sich mE auch schon *de lege lata* durch Gesetzesberichtigung erreichen: Die Widerspruchsrechte sind demnach berichtigend schon auf eine (geringere) gem § 134 AktG verfolgungsberechtigte Aktionärsminorität anzuwenden. Methodologische Bedenken bestehen mE nicht, weil dadurch lediglich dem (unzweifelhaften) Willen des Gesetzgebers, nämlich einen effektiven Minderheitenschutz durch eine umfassende Absicherung des Verlangens gem § 134 AktG zu schaffen, Rechnung getragen wird. Im Ergebnis sind Verzichte und Vergleiche (sowie wirkungsgleiche Geschäfte) auf bzw über Ansprüche gem (insb) §§ 39 bis 41 AktG und § 84 AktG nur wirksam, wenn nicht eine Minderheit von 10% (uU schon 5%) des Grundkapitals Widerspruch erhebt. Ein trotz Widerspruch abgeschlossenes Geschäft ist schwebend unwirksam.

C. Gläubigerschutz als Korrektiv für die Haftungskonzentration

1. Regelungsinhalt und Entwicklung seit dem ADHGB 1884

Bevor die geltende Rechtslage näher untersucht wird, empfiehlt es sich, die wesentlichen Entwicklungslinien im Bereich des Gläubigerschutzes (in seiner Funktion als Korrektiv für die Haftungskonzentration) kurz Revue passieren zu lassen:

Wie eingangs zur Haftungskonzentration schon skizziert, hat der Reformgesetzgeber von 1884 den Gesellschaftsgläubigern als Ausgleich für die Haftungskonzentration das Recht gewährt, bestimmte Ersatzansprüche der Gesellschaft im eigenen Namen geltend zu machen, wenn sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können (Art 241 Abs 4 Satz 1). Dieses Verfolgungsrecht bezog sich auf die Ersatzansprüche gem Art 241 Abs 3, also wegen Einlagenrückgewähr oder Insolvenzverschleppung (vgl § 84 Abs 3 AktG). Zur Absicherung des Verfolgungsrechts ordnete Art 241 Abs 4 Satz 2 an, dass die Ersatzpflicht den Gläubigern gegenüber nicht dadurch ausgeschlossen wird, dass die Schädigungshandlung auf einem Generalversammlungsbeschluss beruht. Gleiches galt nach den Motiven³¹⁵³ für Verzichte und Vergleiche. Ohne diese Dispositionsbeschränkungen würde das Verfolgungsrecht der Gläubiger in den Worten der Motive *„zu einem werthlosen Scheine herabsinken, da die Organe der Gesellschaft es in der Gewalt hätten, den Anspruch zu beseitigen.“*³¹⁵⁴

Das dHGB 1897 modifizierte zwar den Schutz künftiger Aktionäre (s zur Sperrfrist gem § 43 AktG oben) und den Minderheitenschutz, übernahm aber Art 241 ADHGB 1884 (und damit auch die erwähnten Gläubigerschutznormen) im Wesentlichen unverändert. § 241 Abs 4 Satz 2 dHGB 1897 nannte neben Generalversammlungsbeschlüssen nun auch ausdrücklich Verzichte.

Dagegen brachte das AktG 1937/1938 einige tiefgreifende Änderungen. Die wichtigste Neuerung war die veränderte organisations- und haftungsrechtliche Stellung des Vorstands:³¹⁵⁵ Die Geschäftsführung wurde ausschließlich dem Vorstand übertragen und dadurch zugleich die HV-Kompetenzen zurückgedrängt. Als Ausgleich für diese (angeblich)³¹⁵⁶ gesteigerte Machtfülle des Vorstands sollte zugleich seine Verantwortlichkeit empfindlich verschärft werden.³¹⁵⁷ Besonders bedeutsam ist unter dem Aspekt des

3153 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 463.

3154 Ebenda (Fn 3153).

3155 Vgl hier nur *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 317 ff; vgl auch *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 70 Anm 1 (S 232 f).

3156 Krit zu dieser Begründung noch insb unten S 819 ff.

3157 Konkret hat das AktG 1937/1938 den gesetzlichen Sorgfaltsmaßstab von der *„Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns“* (§ 241 Abs 1 dHGB 1897; vgl heute noch § 43 Abs 1 dGmbHG; § 25 Abs 1 öGmbHG) auf die *„Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“* geändert (nach der Absicht des Gesetzgebers

Gläubigerschutzes, dass das AktG 1937/1938 das Verfolgungsrecht der Gesellschaftsgläubiger (§ 84 Abs 5 Satz 1) mitsamt den korrespondierenden Dispositionsbeschränkungen (§ 84 Abs 5 Satz 3) über § 84 Abs 3 hinaus auf jede sonstige grob fahrlässige Pflichtverletzung ausgedehnt hat (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1). Mit dieser „*erhöhte[n] Verantwortlichkeit*“ wollten die Gesetzesverfasser wie erwähnt der „*gehobeneren Stellung*“ des Vorstands Rechnung tragen.³¹⁵⁸ Erfasst waren nun neben HV-Beschlüssen und Verzichten auch explizit Vergleiche der Gesellschaft mit ihren Vorstandsmitgliedern. Außerdem stellte § 84 Abs 5 Satz 3 explizit klar, dass (auch) eine Billigung durch den Aufsichtsrat die Haftung gegenüber den Gläubigern nicht ausschließt. Schließlich ordnete der neue § 84 Abs 5 Satz 4 an, dass während der Dauer eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft der Konkursverwalter das Recht der Gläubiger gegen die Vorstandsmitglieder ausübt.³¹⁵⁹ Diese Regelungen werfen einige Rechtsfragen auf, denen sich die folgenden Kapitel widmen.

2. Das Verfolgungsrecht gem § 84 Abs 5 Sätze 1 und 2 AktG

Nach § 84 Abs 5 Satz 1 AktG können auch die Gläubiger einer AG deren Ersatzanspruch eigenständig geltend machen, soweit sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können.³¹⁶⁰ Das gilt jedoch in anderen Fällen als denen des § 84 Abs 3 AktG nur, wenn die Vorstandsmitglieder die Sorgfalt

damit *verschärft*). Vgl aus dem damaligen Schrifttum *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 84 Anm 1 (S 304 f); *Geßler*, JW 1937, 497 (503), nach dem die veränderte Fassung auch materiellen Inhalt habe. Weiters wurden die schon bisher judizierte Beweislastverteilung in § 84 Abs 2 Satz 2 AktG festgeschrieben und der Katalog der qualifizierten Sorgfaltsverstöße in § 84 Abs 3 AktG erweitert (referierend AmtlBegr AktG 1937/1938 180; abgedr auch bei *Klausning*, AktG 71). Die wohl auffälligste Änderung durch das AktG 1937/1938 ist die Einfügung eines völlig neuen, vierten Absatzes in § 84 AktG. Dieser stellt klar, dass gegenüber der Gesellschaft nur gesetzmäßige HV-Beschlüsse die Vorstandshaftung ausschließen, wobei nach der AmtlBegr nur weder nichtige noch anfechtbare Beschlüsse gesetzmäßig sind. § 84 Abs 4 Satz 2 AktG stellt klar, dass Aufsichtsratsbeschlüsse die Haftung der Vorstandsmitglieder gegenüber der Gesellschaft nicht ausschließen. § 84 Abs 4 Sätze 3 f AktG entsprechen iW § 43 AktG: Danach kann die Gesellschaft erst nach fünf Jahren ab der Entstehung des Anspruchs gem § 84 AktG auf diesen verzichten oder sich darüber vergleichen. Außerdem muss die HV zustimmen und es darf nicht eine Minderheit von 20% des Grundkapitals widersprechen. S zur (str) Haftungsfreistellung durch HV-Beschluss gem § 84 Abs 4 Satz 1 AktG unten S 874 ff und zur Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG unten S 950 ff.

3158 Vgl AmtlBegr AktG 1937/1938 180 (abgedr auch bei *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 656; *Klausning*, AktG 71). Krit dazu noch unten ab S 819.

3159 Damit schrieb der Gesetzgeber des AktG 1937/1938 die bisherige Rsp des RG nieder (dazu unten ab S 851).

3160 Rechtsvergleichend *Kalss/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 25 (70 f).

eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (§ 84 Abs 1 AktG) „gröblich“ verletzt haben (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG). Nachfolgend werden die Rechtsnatur, der Anwendungsbereich und die Bedeutung dieses Verfolgingsrechts näher beleuchtet. Davon ausgehend untersucht werden im Anschluss die Dispositionsbeschränkungen (§ 84 Abs 5 Satz 3 AktG), die eng mit dem Verfolgingsrecht der Gläubiger verwoben sind.

a) Rechtsnatur

i. Meinungsstand

Die dogmatische Einordnung des Verfolgingsrechts wird seit seiner Erschaffung durch die Aktienrechtsreform von 1884 kontrovers diskutiert.³¹⁶¹ Das Meinungsspektrum der älteren Lit umfasste die Einordnung als (i)³¹⁶²

3161 Vgl *Gundlach/Frenzel/Strandmann*, DZWIR 2007, 142 (145); *Habscheid* in FS Weber 197 (199); *Zempel*in, AcP 155 (1956) 209 (238), wonach die dogmatische Natur nicht geklärt, aber von erheblicher praktischer Bedeutung sei; vgl auch schon *Ring*, ADHGB² (1893) Art 226 Anm 7 (S 518), nach dem zweifelhaft ist, ob das Gesetz „ein besonderes, vom Rechte der Gesellschaft unabhängiges Forderungsrecht der Gläubiger statuiert oder nur den fortbestehenden Ersatzanspruch der Gesellschaft den Gläubigern zur Geltendmachung überweist.“

3162 So wohl *Behrend*, Lehrbuch I (1886) 853 f; *Gareis*, Handelsrecht⁷ (1903) 224; *Staub*, ADHGB⁸ (1906) § 241 Anm 11 ff (S 819 ff), wonach eine direkte Haftung des Vorstandsmitglieds gegen die Gläubiger in Höhe des von ihm angerichteten Gesellschaftsschadens entsteht, vergleichbar der Haftung des Kommanditisten für die Schulden der KG und des Aktionärs für die Schulden der AG (vgl § 217 dHGB 1897 [§ 56 AktG idGF]); ähnlich *Pinner* in *Staub*, HGB II¹⁴ (1933) § 241 Anm 11 ff (S 359 f), unklar aber in anderen Anm; *Koenige*, HGB² (1929) § 241 Anm 2 (S 441). Diese Ansicht teilte wohl auch das RG, ohne jedoch ausdr Stellung zu beziehen (referierend *Zempel*in, AcP 155 [1956] 209 [239] mwN; *Habscheid* in FS Weber 197 [199] mwN). Vgl RG 19.05.1897, Rep. I. 16/97 RGZ 39, 62 (63, 65): „das Gesetz gibt den Gläubigern einen selbstständigen Anspruch“; unklar 25.4.1906, Rep. I. 614/05 RGZ 63, 203 (210): „selbstständiges Klagerecht der Gläubiger“; unklar auch 12.12.1910, Rep. I. 400/09 RGZ 74, 428; vgl auch 05.06.1935, II 228/34 JW 1935, 3301 (3301 rSp): „Denn der Gläubiger, der nach § 241 Abs. 4 HGB klagt, übt ein Recht der Gesellschaft aus [...]“. Klarer (zur Genossenschaft) RG 24.04.1900, Rep. VIa. 456/99 RGZ 46, 60 (65): „Es ist also der Anspruch der Genossenschaft selbst, den die Gläubiger nach § 136 geltend machen dürfen, und weil er das ist, würde, wenn das Gesetz nicht das Gegenteil bestimmte, auch für die Gläubiger die Ersatzpflicht der Vorstandsmitglieder dadurch aufgehoben sein, daß die Handlung auf einem Beschlusse der Generalversammlung beruht.“ Auch die Gesetzgeber des dGmbHG von 1892 und des öGmbHG von 1906 verstanden die aktienrechtlichen Verfolgingsrechte (wohl entspr der damaligen Lit und Rsp) als Grundlage einer Direkthaftung gegenüber den Gläubigern und verzichteten deshalb auf die Übertragung in das GmbH-Recht. Vgl AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3750; EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 62. S dazu schon zB iZm der analogen Anwendung des Verfolgingsrechts in der GmbH oben S 201 ff.

unmittelbaren Ersatzanspruch der Gesellschaftsgläubiger, der neben dem Gesellschaftsanspruch besteht und mit diesem nur gewisse Voraussetzungen gemein hat, (ii)³¹⁶³ als Legalzession des (einzigen) Gesellschaftsanspruchs auf die Gläubiger in der Gesellschaftsinsolvenz und (iii)³¹⁶⁴ die Ansicht, dass nur der Gesellschaft ein Ersatzanspruch zusteht, den die Gläubiger nur als „Legitimationszessionare“³¹⁶⁵ selbstständig geltend machen können.³¹⁶⁶ Die letztgenannte Ansicht setzte sich dann in der Lit³¹⁶⁷ zum AktG 1937/1938

- 3163 *Ring*, ADHGB (1884) Art 241 Anm 7; anders aber *ders*, ADHGB² (1893) Art 226 Anm 7 (S 519); im Anschluss daran *Staub*, ADHGB^{3, 4} (1896) Art 226 Anm §§ 8 ff (S 524 ff). Es liege jedoch ein „rechtsverstärkender“ Übergang vor, weil den Gläubigern nicht mehr entgegengehalten werden könne, dass die schädigende Handlung auf einem Beschluss beruht (anders dann aber *Staub*, ADHGB⁸ [1906] § 241 Anm 11 [S 819 ff]). Demnach waren (entgegen den Motiven) in der Gesellschaftsinsolvenz nicht nur Verzichte oder Vergleiche unwirksam, sondern wirkte auch die Zahlung an die Gesellschaft nicht schuldbefreiend (vgl *Staub*, ADHGB^{3, 4} [1896] Art 226 Anm § 11 [S 525]). Weiteres stünde in der Gesellschaftsinsolvenz nur den Gläubigern ein Anspruch zu, der nicht vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden könnte (vgl *Staub* aaO Anm § 13 [S 525 f]).
- 3164 Ausf *Ring*, ADHGB² (1893) Art 226 Anm 7 (S 518 ff) mwN, wonach zwar für die Annahme eines unmittelbaren Ersatzanspruchs der Gläubiger der vom Gesetz gebrauchte Ausdruck „selbstständig“ spreche, aber zwischen den Gläubigern und den Organmitgliedern kein unmittelbares Rechtsverhältnis bestehe und „der Ersatzanspruch“, auf den das Gesetz Bezug nehme, jener der Gesellschaft sei. Dass Gläubiger den Ersatzanspruch geltend machen können, wenn dies der Gesellschaft wegen eines billigen Beschlusses nicht möglich ist, spreche nicht gegen diese Auslegung. Denn die Ersatzpflicht bestehe nach der gesetzlichen Konstruktion in diesem Fall, doch sei nur in ihrer Ausübung durch die Gesellschaft „aufgehoben“. Ähnlich *Lehmann/Ring*, HGB II² (1913) § 241 Anm 7 f (S 124 f); *Brodmann*, Aktienrecht (1928) § 241 Anm 4 (S 267 ff); aaO 267: „Auch in der Hand des Gläubigers ist es der Anspruch der Gesellschaft, welchen zum Zweck eigener Befriedigung geltend zu machen, das Gesetz den Gläubiger legitimiert.“
- 3165 Vgl *Brodmann*, Aktienrecht (1928) § 241 Anm 4.a) (S 267): Hier könnten die Gesellschaft und der Gläubiger, und nicht nur ein Gläubiger, sondern alle nebeneinander zugleich, den Anspruch gegen das Vorstandsmitglied geltend machen. Referierend *Zempelin*, AcP 155 (1956) 209 (238).
- 3166 Die Stellungnahmen der älteren Lit sind jedoch nicht durchwegs eindeutig zuordenbar, was auch an der uneinheitlichen Terminologie liegt. Unklar etwa *Försch* in *Puchelt*, ADHGB I⁴ (1893) Art 204 Anm 8 (S 509); *Makower*, HGB¹² (1898) § 231 Anm III (S 518 ff); *Gareis*, Handelsrecht⁷ (1903) 224; *Ring/Schachian*, Die Praxis der Aktiengesellschaft (1929) 205 f; *Cosack*, Lehrbuch¹² (1930) 83.
- 3167 *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 84 Anm 3 (S 305), Anm 20 ff (S 313 f); *Weipert* in *Gadow et al*, AktG (1939) § 84 Anm 39 ff (S 332 ff); *Teichmann/Koehler*, AktG² (1939) § 84 Anm 5 (S 192 f); *Ritter*, AktG² (1939) § 84 Anm 9 a) (S 281): „von Gesetzes wegen Legitimationszessionar der Gesellschaft“ mit der Besonderheit, dass die Gesellschaft der Legitimation nicht beraubt werde, sondern die Legitimation vervielfältigt wird. Vgl auch *Baumbach*, AktG³ (1939) § 84 Anm 7 (S 173 f); v *Godin/Wilhelmi*, AktG² (1950) § 84 Anm 24 (S 367): „Die Haftung gegenüber den Gläubigern wird hier einzigartig ausgestaltet in der Form einer auch dem Umfange nach bedingten Sachbefugnis der Gläubiger, selbst den Anspruch der Gesellschaft geltend

offenbar durch³¹⁶⁸ (was vielleicht auch durch den geänderten Gesetzeswortlaut³¹⁶⁹ [„Der Ersatzanspruch der Gesellschaft“] bedingt war).

Auch heute sehen die wohl überwiegende öL³¹⁷⁰ und die Rsp³¹⁷¹ in § 84 Abs 5 Satz 1 AktG eine spezielle aktienrechtliche Einziehungsermächtigung, die zur Geltendmachung eines fremden Rechts im eigenen Namen ermächtigt und prozessual eine (gesetzliche) Prozessstandschaft³¹⁷² ist. In Deutschland scheint der Streit indes noch nicht überwunden.³¹⁷³ Während

zu machen [...], um sich daraus zu befriedigen, indem der Gläubiger Zahlung an sich selbst verlangt;“. Vgl auch Schilling in Großkomm AktG² (1961) § 84 Anm 39 ff (S 557 ff); unklar Gefßler, JW 1937, 497 (503).

3168 So auch Zempel in AcP 155 (1956) 209 (239). Retrospektiv auch AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 147 zu § 117 Abs 5 Satz 1 dAktG (§ 101 Abs 1 Satz 1 öAktG): „Gleichwohl wird nahezu allgemein angenommen, daß der Gläubiger nach beiden Vorschriften keinen eigenen Ersatzanspruch hat, sondern nur den Ersatzanspruch der Gesellschaft geltend machen kann.“

3169 Ausdr Schilling in Großkomm AktG² (1961) § 84 Anm 39 (S 557 f), wonach der Gesetzgeber klar zum Ausdruck gebracht habe, dass der Gläubiger nur einen Ersatzanspruch der Gesellschaft, und nicht einen eigenen Anspruch geltend mache.

3170 Vgl J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 84 Rz 428 ff; Eckert/Schopper/Madari in Eckert/Schopper, AktG-ON^{1.00} § 84 Rz 65; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 84 Rz 117; Schiemer, AktG § 87 Anm 19.1 ff (S 299); Losert/Schiemer/Stadler, AktG (1966) § 84 Anm 19; Kalss in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 459 f; dies in Kalss/Nowotny/Schauer, ÖGesR² Rz 3/559; Artmann/Rüffler, GesR² Rz 627; Felzl in Ratka/Rauter, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 9/398; Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 165 (209); Koppensteiner, GES 2015, 379 (379 f); Harrer, Haftungsprobleme 70 mwN; Ostheim in Korinek/Krejci, Der Verein 117 (197); G. Frotz, GesRZ 1982, 98 ff und *passim*; Dellinger in FS Frotz 187 (189); Fasching in FS Reimer 245 (247 ff); Stölzle, GesRZ 1979, 22 (26); so wohl auch Ch. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 84 Rz 35; Schlosser, Organhaftung 133; Herzer/Strobl in Hausmaninger/Gratzl/Justich, Hdb Aktiengesellschaft² Kap 6 Rz 336; nicht eindeutig Duursma/Roth in Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Hdb GesR Rz 3949.

AA und für einen direkten Anspruch offenbar Runggaldier/Schima, Rechtsstellung 226; im Anschluss daran Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 496 f; so offenbar auch Nicolussi, Satzungsstrenge 180 („selbstständiger, autonomer Anspruch“; „direkten, unmittelbaren Gläubigeranspruchs“), jedoch mit Verweis auf Dellinger in FS Frotz 187 ff; zuletzt für einen eigenständigen Ersatzanspruch der Gläubiger Kunz, Die Prozessstandschaft 130 ff.

3171 OGH 31.05.1977, 5 Ob 306/76 EvBl 1978, 19; 27.08.1987, 8 Ob 543/87 SZ 60/151: „Es handelt sich bei Ersatzforderungen, die im Sinne des § 84 Abs 5 AktG von Gläubigern der Gesellschaft gegen deren Vorstandsmitglieder geltend gemacht werden, inhaltlich immer um Forderungen der Gesellschaft.“ So auch 19.11.2014, 6 Ob 122/14f; 22.01.2019, 10 Ob 100/18f ecolex 2019, 342; unklar aber RIS-Justiz RS0049479 („Ersatzansprüche der Gesellschaftsgläubiger“); vgl auch OLG Linz 20.12.2006, 6R 208/06k: „spezielle aktienrechtliche Einziehungsermächtigung in Bezug auf fremde Forderungen [...]“.

3172 Vgl Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 165 (209); Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁹ Rz 354; Kodek/Mayr, Zivilprozessrecht⁵ Rz 299.

3173 Vgl auch Habscheid in FS Weber 197 (199).

in der aktienrechtlichen Lit³¹⁷⁴ der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts offenbar noch die Qualifikation als Einziehungsermächtigung überwog^{3175, 3176}, dürfte sich in der aktuellen Lehre³¹⁷⁷ (insb Kommentarlit)³¹⁷⁸ das Verständnis als unmittelbarer eigener Ersatzanspruch (wieder) durchgesetzt haben.³¹⁷⁹ Der Anspruch ähnele § 171 dHGB (Kommanditistenhaftung) und habe mit dem Gesellschaftsanspruch nur die Höhe gemein („materiell-rechtliche Anspruchsvervielfältigung eigener Art“)³¹⁸⁰.

3174 Referierend *Habscheid* in FS Weber 197 (200) mwN; vgl *Schilling* in Großkomm AktG³ (1973) § 93 Anm 42; *Golling*, Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit 90 f; so wohl auch *Hefermehl* in FS Schilling 159 (161); *ders* in *Geßler et al*, AktG (2. Lfg) § 93 Rz 68; *Baums*, Geschäftsleitungsvertrag 261; aus der Rsp OLG Frankfurt 09.12.1976, 1 U 19/76 WM 1977, 59 (62); LG Köln 13.01.1976, 3 O 243/75 AG 1976, 105 jew mwN; *Hommelhoff* in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 53 (96); tendenziell aa *Mertens*, AG 1977, 66 (67 Fn 10); *Peltzer*, AG 1976, 100 (101); *Zempelin*, AcP 155 (1956) 209 (238 ff), der sich vorrangig darauf stützte, dass ein Urteil gegenüber dem klagenden Gläubiger auch Rechtskraft gegenüber der Gesellschaft entfalte, so dass jener deren Anspruch „verprozessieren“ könne.

3175 So die Beobachtung von *Habscheid* in FS Weber 197 (200); vgl auch *Fasching* in FS Reimer 245 (248 Fn 7).

3176 So auch der deutsche Aktiengesetzgeber von 1965 (AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 147) zu § 117 Abs 5 Satz 1 dAktG (§ 101 Abs 1 Satz 1 öAktG). S dazu noch ausf unten Fn 3210.

3177 Vgl *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 171: „materiell-rechtl. Anspruchsvervielfältigung eigener Art“; *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 331; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 294 (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 357 [Stand 01.10.2023]); *Hopt/Roth* in Großkomm AktG⁵ § 93 Rz 549; *Cahn* in KK-AktG⁴ § 93 Rz 201; *Sailer-Coceani* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG⁴ § 93 Rz 68; *Grigoleit/Tomasic* in *Grigoleit*, AktG² § 93 Rz 156, wonach die Zuweisung eines eigenen Anspruchs die „näherliegende und technisch einfachere Konstruktion“ sei, wenn und weil der Gläubiger Zahlung an sich selbst verlangen können soll; *Ihrig/Schäfer*, Rechte und Pflichten des Vorstands² Rz 1539; *Arnold/Rothenburg* in *Kubis/Semler/Peltzer*, Arbeitshandbuch für Vorstandsmitglieder § 11 Rz 28; *Böcker*, DZWIR 2018, 456 (458 f); tendenziell *Mertens*, AG 1977, 66 (67 Fn 10); tendenziell *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 346 f; so bereits *Zempelin*, AcP 155 (1956) 209 (238 ff). AA zB *Gundlach/Frenzel/Strandmann*, DZWIR 2007, 142 (143 f); *Krieger* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 3.55; *Wellhöfer* in *Wellhöfer/Peltzer/Müller*, Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer § 9 Rz 67, § 2 Rz 98; offenlassend *Haas/Wigand* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 20.75.

3178 S die entspr Nw in Fn 3177.

3179 So auch *Dauner-Lieb* in *Henssler/Strohn*, GesR⁵ § 93 Rz 48 mwN; *Grigoleit/Tomasic* in *Grigoleit*, AktG² § 93 Rz 156; *Hopt/Roth* in Großkomm AktG⁵ § 93 Rz 549 („bL“); *Ihrig/Schäfer*, Rechte und Pflichten des Vorstands² Rz 1539; für das Überwiegen der Gegenansicht tendenziell *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 331.

3180 Vgl etwa *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 171, 173 („Akzessorietät“); *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 294 (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 357 [Stand 01.10.2023]); *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 331; *Cahn* in KK-AktG⁴ § 93 Rz 204.

Zugegeben: Der praktische Anwendungsunterschied zwischen einem eigenen Ersatzanspruch und einer Einziehungsermächtigung mag gering sein.³¹⁸¹ Wie sich aber zeigen wird, sind die jeweils gesetzlich zugrunde gelegten Prämissen hierüber wichtig für das Verständnis der umliegenden Anordnungen in § 84 AktG (auch der Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG). Deshalb soll die Rechtsnatur des Verfolgungsrechts in der Folge näher untersucht werden.

ii. Historische Analyse

Das Verfolgungsrecht der Gläubiger lässt sich am besten im Kontext seiner historischen Entwicklung verstehen,³¹⁸² wobei an der Aktienrechtsreform von 1884 anzusetzen ist. In den Motiven zum ersten Entwurf eines ADHGB aus 1883 hieß es zum Verfolgungsrecht noch kategorisch, dass es *„immer ein Anspruch der Gesellschaft bleibt der von dem Gläubiger verfolgt wird“*.³¹⁸³ Die Entwurfsverfasser hatten zweifellos bloß eine Einziehungsermächtigung vor Augen.³¹⁸⁴ Die Befolgung von Beschlüssen sollte (anders als sonsti-

3181 Vgl zB *Gundlach/Frenzel/Strandmann*, DZWIR 2007, 142 (145): keine oder kaum Unterschiede iE; *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 331: „wenig praxisrelevant“; *Mertens*, AG 1977, 66 (67); aA *Zempel*, AcP 155 (1956) 209 (238): „von erheblicher praktischer Bedeutung“; *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 347 (für die Frage der Wirksamkeit einer Enthaltungsregelung nur „untergeordnete Bedeutung“). Dagegen trifft mE nicht zu, dass statutarische Haftungsmilderungen aufgrund eines (angenommenen) Eigenanspruchs der Gläubiger unproblematischer sind als im GmbH-Recht, wo ein solcher Anspruch nicht existiere (so *Nicolussi*, Satzungsstrenge 180). Denn im GmbH-Recht ergibt sich die Indisponibilität der Geschäftsführerhaftung eben aus den Dispositionsbeschränkungen (§ 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG) als Korrektive für den Ausschluss einer Direkthaftung (Haftungskonzentration).

3182 So auch *Zempel*, AcP 155 (1956) 209 (238).

3183 Entwurf eines Gesetzes betreffend die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaften: Nebst Begründung und Anlagen; Vorgelegt dem Bundesrath am 7. September 1883, abgedr in Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts. N.F. Bd 19 = Bd 44, 1883 (Busch's Archiv Bd 44) S 226 (Hervorhebung durch den Verf.).

3184 So wurde die Anordnung in der zeitgenössischen Lit auch verstanden; vgl *Wiener*, Entwurf (1884) 100: „Nach dem Entwurf haften die Gesellschaftsorgane der Gesellschaft. Daneben findet eine Haftung noch gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, aber nur insofern statt, als dieses in den bezeichneten Fällen [...] den Ersatzanspruch der Gesellschaft selbstständig geltend machen können.“ Vgl auch *Esser*, Entwurf (1884) 43: „[...] so kann insbesondere in den durch die Art. 204, 226 und 241 näher bezeichneten Fällen ein Ersatzanspruch der Gesellschaft auch von deren Gläubigern, soweit sie von dieser ihre Befriedigung nicht erlangen können, selbstständig geltend gemacht werden.“ *Ring*, ADHGB² (1893) Art 226 Anm 7 (S 518 ff); *ders*, *Busch's Archiv* Bd 45 (1884) 72 (119 f), der jedoch aufgrund der Einziehungstechnik annahm, dass auch Verzichte und Vergleiche gegenüber den Gläubigern wirkten: Stehe der Ersatzanspruch der Gesellschaft zu, so „muß auch die an die Gesellschaft erfolgte Zahlung, der mit ihr vereinbarte Vergleich und Verzicht auf das Rechtsver-

ge Einwendungen) die Organmitgliedshaftung zwar gegenüber der Gesellschaft, aber nicht gegenüber den Gläubigern ausschließen (obwohl diese ebenfalls nur den Anspruch der Gesellschaft geltend machen).³¹⁸⁵

Die dogmatische Belastbarkeit dieser Konstruktion wurde jedoch von *Heinrich Wiener*, vormalis Richter und später Senatspräsident beim RG,³¹⁸⁶ in Zweifel gezogen.³¹⁸⁷ Fraglich sei etwa, welche Wirkungen die Entlastung oder Vergleiche der Gesellschaft über ihren Ersatzanspruch gegenüber den Gläubigern haben. Ihre haftungsbefreiende Wirkung mache „das ganze Recht der Gläubiger illusorisch“. ³¹⁸⁸ Wiener schlug daher vor, den Gesellschaftsgläubigern anstelle des Verfolgungsrechts „in den gedachten Fällen, wenn sie von der Gesellschaft Befriedigung nicht erlangen können, einen selbstständigen Ersatzanspruch gegen die schuldigen Organe, soweit diese der Gesellschaft Ersatz noch nicht geleistet haben, zu gewähren.“³¹⁸⁹

Die Gesetzesverfasser teilten die Kritik *Wieners* jedoch nicht. Ihre Ablehnung manifestierte sich zwar nicht in der (unveränderten) Formulierung des zweiten Entwurfs, aber in den Motiven, die nun differenzierter und vor-

*hättniß zwischen den Aufsichtsrathsmitgliedern und den Gläubigern einwirken“ (Ring, ADHGB² [1893] Art 241 Anm 7 [S 519]). Dieses Argument übersieht jedoch, dass die Motive gerade nicht alle Einwendungen gleichsetzten, sondern bewusst zwischen der Erfüllung des Anspruchs (arg: „wirklich geleistet“) und anspruchsausschließenden (Weisungen) und anspruchvernichtenden Einwendungen (Verzicht und Vergleich) differenzierten. Ring (aaO) tat die (ausdr) Motive indes als „unhaltbare“ „Meinung“ ab. Vgl auch *Renaud*, Busch’s Archiv Bd 45 (1884) 222 ff.*

3185 S Fn 3183.

3186 Referierend *Fleischer*, AG 2014, 457 (458).

3187 *Wiener*, Entwurf 100 f. Die Wirkungen der Übertragung des Gesellschaftsanspruchs zur selbstständigen Verfolgung könne „im einzelnen viele Zweifel hervorrufen“ (aaO 100). Krit auch *Ring*, Busch’s Archiv Bd 45 (1884) 72 (120): „Da offenbar der klagenden Gesellschaft gegenüber der Einwand, daß die Generalversammlung das gesetzwidrige Verfahren beschlossen habe, durchdringt, der klagende Gläubiger aber, wie auch die Begründung an anderer Stelle erkennt, in seiner Klage nur einen Anspruch der Gesellschaft geltend macht, ist das Abschneiden der Einrede wohl nicht zu rechtfertigen.“ Vgl auch *Renaud*, Busch’s Archiv Bd 45 (1884) 119 (223 f): „Dies ist inkonsequent, weil es sich in dem einen wie dem anderen Falle um einen Ersatzanspruch der Gesellschaft handelt.“

3188 *Wiener*, Entwurf 100. Die Konstruktion habe „etwas Verzwicktes“. Sie scheine besonders bedenklich bei Verletzungen der Vorschriften über die Vereinigung der Vermögen bei der Fusion und der Leistung von Zahlungen nach bereits eingetretener Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft, weil in diesen Fällen nur die Gläubiger unmittelbar geschädigt seien und ein Anspruch der Gesellschaft nur künstlich konstruiert sei.

3189 *Wiener*, Entwurf 101 (Hervorhebung durch den Verf). Vgl auch *Wieners* Änderungsvorschlag (aaO 105: „[...] selbstständig einen Anspruch auf Ersatz, soweit derselbe an die Gesellschaft noch nicht geleistet ist, erheben, wenn sie von der Gesellschaft ihre Befriedigung nicht erlangen können.“).

sichtiger formuliert lauteten:³¹⁹⁰ „Dem Beklagten muß es überlassen bleiben, wie sonstige Einwendungen gegen den Anspruch, so auch Zahlungen geltend zu machen, welche er auf denselben an andere Gläubiger oder an die Gesellschaft etwa geleistet hat. Aus dem den Gläubigern gegebenen selbstständigen Verfolgungsrechte folgt ferner von selbst, daß der Anspruch, wenngleich er **seinem Wesen nach ein Anspruch der Gesellschaft ist**, nicht durch Verzicht, Erlaß oder Vergleich seitens der Gesellschaft den Gläubigern wirksam entzogen werden kann. Andernfalls würde ihr Verfolgungsrecht zu einem werthlosen Scheine herabsinken, da die Organe der Gesellschaft es in ihrer Gewalt hätten, den Anspruch zu beseitigen. Nur soweit von den Aufsichtsrathsmitgliedern Ersatz der Gesellschaft wirklich geleistet wird, erlischt natürlich der Anspruch auch den Gläubigern gegenüber.“³¹⁹¹

Dass auch Verzichte und Vergleiche gegenüber den Gläubigern unwirksam sind, wurde somit als Selbstverständlichkeit aus dem Verfolgungsrecht abgeleitet (arg: „folgt ferner von selbst“).³¹⁹² Zugleich bekräftigten die Gesetzesverfasser die Rechtsnatur des Verfolgungsrechts als bloße Einziehungsermächtigung und die Rechtsfolge der (bloß) *relativen* Unwirksamkeit³¹⁹³ (gegenüber den Gläubigern):³¹⁹⁴ Der von den Gläubigern geltend gemachte Ersatzanspruch ist eben nur „*seinem Wesen nach*“ ein Anspruch der Gesellschaft, aber nicht auch seinem Bestand oder seiner Höhe nach.³¹⁹⁵ Deshalb können Dispositionen über den Anspruch gegenüber der Gesellschaft und deren Gläubigern sehr wohl unterschiedliche Wirkungen entfalten. Zwischenzeitlich ist festzuhalten, dass der Reformgesetzgeber bloß eine Einzie-

3190 Ähnlich auch die Interpretation von Ring, ADHGB² (1893) Art 226 Anm 7 (S 518): „Offenbar durch angeregte Bedenken veranlaßt – Wiener, Entwurf S. 100 –, nimmt der Entwurf vorsichtigere Stellung.“

3191 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 463 (Hervorhebung durch den Verf). Anders als in den Motiven aus 1883 hieß es nun auch nicht mehr, dass die Gläubiger „den Anspruch derselben“ (der Gesellschaft) geltend machen, sondern bloß, dass sie „den Anspruch“ geltend machen.

3192 Positiviert wurde das erst mit dem dHGB 1897 (Verzichte) und dem AktG 1937/1938 (Vergleiche).

3193 Vgl Habscheid in FS Weber, 197 (202).

3194 Die gegenüber den Motiven aus 1883 („Obgleich es hiernach immer ein Anspruch der Gesellschaft bleibt, [...]“) geänderte Diktion, wonach der von den Gläubigern zu verfolgende Anspruch „*seinem Wesen nach ein Anspruch der Gesellschaft ist*“ ist zwar eine vorsichtigere (Ring, ADHGB² [1893] Art 226 Anm 7 [S 518]), mE aber keine Relativierung oder ein Zugeständnis an die Einwände Wieners, sondern vielmehr eine bestätigende Erklärung der Konstruktion. Anders offenbar Habscheid in FS Weber 197 (200), wonach sich der Gesetzgeber angesichts der geänderten Motive „nicht recht festlegen [wollte]“.

3195 Diese nach dem Gläubigerschutzbedürfnis differenzierende (relative) Unwirksamkeitsfolge war aus der (insoweit kategorischen) Formulierung der vorigen Motive, wonach es „*immer ein Anspruch der Gesellschaft bleibt*“ (Fn 3183), noch nicht gut ersichtlich.

hungsermächtigung im Sinn hatte.³¹⁹⁶ Die Deutung als materiell-rechtliche Anspruchsgrundlage war offenbar das Resultat von Zweifeln, ob *ein und derselbe* Anspruch gegenüber der Gesellschaft und ihren Gläubigern in verschiedener Höhe bestehen kann. Die Motive zum ADHGB 1884 räumten diese Zweifel aus.

In weiterer Folge wurde Art 241 ADHGB 1884 ohne wesentliche Änderungen³¹⁹⁷ als § 241 in das dHGB 1897 übernommen. Erstmals wurden auch Verzichte explizit in die Dispositionsbeschränkung aufgenommen (§ 241 Abs 4 Satz 2 dHGB 1897): „*Die Ersatzpflicht wird ihnen gegenüber weder durch einen Verzicht³¹⁹⁸ der Gesellschaft noch dadurch aufgehoben, daß die*

3196 Dafür spricht (neben der Diktion der Motive und der Gegenüberstellung mit der Drittschuldnerklage) vor allem, dass der Reformgesetzgeber eine Doppelhaftung tunlichst vermeiden wollte, und deshalb eine Haftungskonzentration implementiert hat. Vgl allg *Koppensteiner*, GES 2015, 379 (380); *Habscheid* in FS Weber 197 (200 f), wonach nur die Annahme einer bloßen Einziehungsermächtigung der körperschaftlichen Struktur der AG entspreche, die direkte Rechtsbeziehungen zwischen Organen und Gesellschaftsgläubigern verbiete, es sei denn, es bestehe zwischen ihnen ein besonderes vertragliches oder gesetzliches Schuldverhältnis; vgl bereits *Ring*, ADHGB² (1893) Art 226 Anm 7 (S 518); abl *Mertens*, AG 1977, 66 (67 Fn 10); *Cahn*, Vergleichsverbote 42 f; *ders* in KK-AktG⁴ § 93 Rz 201, wonach das Verfolgungsrecht historisch der Rest einer ursprünglich nach dem ADHGB gegebenen *unmittelbaren* Befugnis der Gläubiger zur Inanspruchnahme der Verwaltungsmitglieder einer AG sei und gewährleisten solle, dass das den Gläubigern haftende Gesellschaftsvermögen nicht durch Beschlüsse oder Vereinbarungen mit den ersatzpflichtigen Organmitgliedern geschmälert wird. Da es eine Art „Restitutionsrecht“ sei, lege die Parallele zu den Tatbeständen des Anfechtungsgesetzes und der Eingriffskondition den Gedanken eines eigenen Anspruchs der Gläubiger nahe. Soweit dieses Argument auf die nach dem ADHGB 1861 noch bestehende *unmittelbare* Haftung der Organmitglieder gegenüber den Gesellschaftsgläubigern rekurriert, lässt es jedoch außer Betracht, dass der Reformgesetzgeber von 1884 von dieser Konzeption bewusst (sogar entgegen dem Vorschlag des ROHG) zugunsten einer Haftungskonzentration abgegangen ist. Hätte der Gesetzgeber den Gläubigern einen unmittelbaren Anspruch gegen die Organmitglieder einräumen wollen, wäre es zumindest sonderbar gewesen, die Ersatzpflicht einerseits ausschließlich gegenüber der Gesellschaft anzuordnen („*haften der Gesellschaft*“), andererseits deren Ersatzanspruch durch eine *weitere* Bestimmung auf die Gläubiger zu übertragen. Sachgerechter wäre es dann wohl gewesen, die Gläubiger als Anspruchsberechtigten in der Haftungsordnung (Art 241 Abs 3 ADHGB 1884) zu nennen, wie es zB das ROHG in seinem Reformgutachten (abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 219) vorgeschlagen hatte (*Die Mitglieder des Vorstandes haften [...] der Gesellschaft und den [...] Gesellschaftsgläubigern*). Vgl auch den Änderungsvorschlag *Wieners* (Entwurf 105): „*können auch [...] Gläubiger [...] einen Anspruch auf Ersatz [...] erheben*“ (s Fn 3189).

3197 Vgl Denkschrift dHGB 1897, abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 307: „*Die Vorschriften des § 236 über die Haftung der Vorstandsmitglieder für eine Verletzung ihrer Obliegenheiten stimmen im Wesentlichen mit dem Inhalt des bisherigen Art. 241 überein.*“

3198 Hervorhebung durch den Verf.

Handlung auf einem Beschlusse der Generalversammlung beruht.“ Dadurch hat der Gesetzgeber festgeschrieben und bekräftigt, was schon die Motive von 1884 beiläufig als Selbstverständlichkeit erwähnten. Gleichwohl war die Rechtsnatur des Verfolgungsrechts (auch) auf Grundlage des dHGB 1897 noch umstritten.³¹⁹⁹

Eine bemerkenswerte Zäsur bildet das AktG 1937/1938. Mit § 84 Abs 5 Satz 1 stellte es (scheinbar) explizit klar, dass Gesellschaftsgläubiger bloß den Gesellschaftsanspruch geltend machen: *„Der Ersatzanspruch der Gesellschaft³²⁰⁰ kann auch von den Gläubigern der Gesellschaft geltend gemacht werden [...]“*^{3201, 3202} Allerdings wird diese Klarstellung in der AmtlBegr³²⁰³ nicht erwähnt, obwohl die Rechtsnatur des Verfolgungsrechts umstritten war. Verständlicherweise haben sich Befürworter einer Einziehungskonstruktion argumentativ vor allem auf den Gesetzeswortlaut gestützt.³²⁰⁴ Tatsächlich schien der Gesetzgeber von 1937/1938 aber einen unmittelbaren Ersatzanspruch der Gesellschaftsgläubiger vor Augen gehabt zu haben. Dafür sprechen § 84 Abs 2 Satz 2 AktG (Beweislastumkehr) und § 84 Abs 4 Satz 2 AktG (Billigung durch den Aufsichtsrat), die in § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 2 AktG bzw § 84 Abs 5 Satz 3 AktG wiederholt werden. Beides deutet darauf hin, dass der Gesetzgeber eine „zweispurige“ Haftung vor Augen hatte. Vor allem spricht dafür der neugeschaffene § 84 Abs 5 Satz 4 AktG,

3199 S zum älteren Meinungsstand oben in Fn 3162 ff. Instruktiv und mE zutr etwa *Lehmann/Ring*, HGB² (1913) § 241 Anm 7 (S 124): *„An sich könnten, da ein Anspruch der Gesellschaft grundsätzlich nicht besteht, wenn die ungesetzliche Vornahme auf einer Anordnung der Generalversammlung oder eines sonstigen dem Vorstand übergeordneten Gesellschaftsorgans beruht [...], in solchen Fällen regelmäßig auch die Gesellschaftsgläubiger den Anspruch nicht erheben. Das Gesetz verfügt abweichend und schützt damit die Gläubiger auch gegen ungesetzliche Anordnungen der Organe, die dem Vorstand Anweisungen zu erteilen haben.“* Vgl auch *Brodmann*, Aktienrecht (1928) § 241 Anm 4.a) (S 267).

3200 Hervorhebung durch den Verf.

3201 Zuvor hieß es in § 241 Abs 4 Satz 1 dHGB 1897 noch unbestimmt *„der Ersatzanspruch“*.

3202 Abw und in Richtung einer Außenhaftung deutend dagegen der österreichische Entwurf eines AktG von 1900 (idF Juli 1900), dessen Verfolgungsrecht in § 39 Abs 3 Satz 1 wie folgt lautete: *„Die unter Z. 1 bis 3 bezeichneten Ersatzansprüche stehen auch den Gläubigern der Gesellschaft zu, soweit sie von dieser ihre Befriedigung nicht erlangen können.“* (ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420). Im darauffolgenden Entwurf aus Dezember 1900 war das Verfolgungsrecht jedoch nicht mehr enthalten. Die Redaktoren hatten es gestrichen, weil sie eine Außenhaftung vermeiden wollten (s dazu ausf oben Fn 1780). Dem entspricht es auch, dass das (aktienrechtliche) Verfolgungsrecht der Gläubiger offenbar (nur deshalb) nicht in das GmbHG übertragen wurde, weil die Legisten es als eine Außenhaftung interpretierten, die sie jedoch ablehnten (dazu näher oben S 203 ff).

3203 AmtlBegr AktG 1937/1938 179 ff (abgedr auch bei *Klausung*, AktG 70 ff).

3204 Vgl insb *Habscheid* in FS Weber, 197 (200, 202); *Golling*, Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit 90.

wonach während der Dauer eines Insolvenzverfahrens der Insolvenzverwalter das „*Recht der Gläubiger gegen die Vorstandsmitglieder*“ ausübt. Mit dem „*Recht der Gläubiger*“ war nämlich ein (angenommener) unmittelbarer Er-satzanspruch³²⁰⁵ der Gesellschaftsgläubiger gemeint.³²⁰⁶ Daraus folgt, dass

3205 Anders die hÖL, wonach (unter der zutr Annahme, § 84 Abs 5 Satz 1 AktG normiere eine Einziehungsermächtigung) durch Abs 5 Satz 4 die günstigere Einwendungslage der Gläubiger auf den Insolvenzverwalter übergeht (vgl hier nur *Schiemer*, AktG [1980] § 84 Anm 22.3; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 84 Rz 126). S dazu noch unten S 851 ff.

3206 Für dieses Verständnis spricht, dass sich der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 84 Abs 5 Satz 4 AktG an § 171 Abs 2 dHGB 1897 orientierte. Nach dieser Norm (die das RG schon zuvor analog auf den Vorstand angewendet hatte; vgl RG 17.12.1910, Rep I 400/09 RGZ 74, 428, 430 [dazu noch bei Fn 3366]) übte während der Dauer eines Insolvenzverfahrens der Insolvenzverwalter das den Gläubigern zustehende Recht (nämlich deren unmittelbaren Anspruch gegen die Kommanditisten gem § 171 Abs 1 dHGB 1897) aus (§ 171 Abs 1 dHGB 1897: „*Der Kommanditist haftet den Gläubigern der Gesellschaft bis zur Höhe seiner Einlage unmittelbar; die Haftung ist ausgeschlossen, soweit die Einlage geleistet ist.*“). Derselben Formulierung bedienten sich auch § 56 Abs 2 und § 101 Abs 5 Satz 3 AktG 1937/1938 (§ 56 Abs 2 und § 101 Abs 1 Satz 3 AktG idgF). Danach wurde „*das Recht der Gesellschaftsgläubiger*“ bzw „*das Recht der Gläubiger*“ während der Dauer eines Konkursverfahrens vom Konkursverwalter ausgeübt. Beide Bestimmungen sahen (ebenfalls) eine *unmittelbare* Haftung der Aktionäre bzw Organmitglieder gegenüber den Gläubigern vor („*Die Aktionäre haften den Gläubigern [...]*“ bzw „*Die Ersatzpflicht besteht auch gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft [...]*“). § 56 AktG 1937/1938 geht auf § 217 dHGB 1897 zurück (vgl AmtlBegr AktG 1937/1938 172 [abgedr auch bei *Klausing*, AktG 53]: „*Der Aktionär haftet den Gläubigern nach § 56 des Entwurfs und der Gesellschaft nach allgemeinen Vorschriften.*“). Zur Historie auch zB *Cahn* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 62 Rz 1 f mwN (nun ders in Beck-OGK AktG § 62 Rz 2 f [Stand 01.10.2023]). Mit § 217 dHGB 1897 (§ 215 des Entwurfs) wurde eine Lücke im Aktienrecht geschlossen, zumal bereits Art 198 ADHGB 1884 (vgl schon Art 197 Abs 3 ADHGB 1861) für die KGaA eine entspr Haftung der Kommanditisten für unrechtmäßig empfangene Zahlungen vorgesehen hatte (vgl Denkschrift dHGB 1897, abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 301 f). Dementspr ist die Aktionärshaftung konzeptionell mit der Kommanditistenhaftung vergleichbar (vgl *E. Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 56 Rz 18). Auch § 217 Abs 2 dHGB 1897 (vgl § 56 Abs 2 AktG), wonach während eines Konkursverfahrens der Konkursverwalter das Recht der Gläubiger ausübte, wurde „*in Uebereinstimmung mit der für die Kommanditgesellschaft getroffenen Vorschrift des § 168 Abs 2 [sc des Entwurfs; entspr § 171 Abs 2 des Gesetzes, Anm des Verf] angeordnet.*“ (Denkschrift dHGB 1897 aaO 302). In Deutschland wurde die Aktionärsaußenhaftung mit § 62 dAktG 1965 nach dem Vorbild des Verfolgungsrechts gem § 84 Abs 5 umgestaltet und wird heute als bloße Einziehungsermächtigung der Gläubiger verstanden (*Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 62 Rz 15; *Bayer* in *MüKo AktG*⁵ § 62 Rz 83 ff); anders die öL zum (unveränderten) § 56 Abs 2 AktG (vgl nur *E. Artmann* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 56 Rz 18; *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 56 Rz 24). § 101 Abs 5 AktG 1937/1938 (§ 101 Abs 1 AktG idgF) wurde unmittelbar dem § 84 Abs 5 AktG nachempfunden. Bemerkenswert ist die ähnliche Diktion, die (ebenfalls) darauf hindeutet, dass der Gesetzgeber von 1937/1938 das Verfol-

der Gesetzgeber von 1937/1938 offenbar von einer unmittelbaren Haftung gegenüber den Gläubigern ausging. Insoweit dürfte er sich wohl an der damaligen Lit und Rsp orientiert haben.³²⁰⁷ Die Formulierung „*Ersatzanspruch der Gesellschaft*“ nahm vermutlich nur auf die Höhe des Gläubigeranspruchs Bezug.³²⁰⁸

Der Gesetzgeber des dAktG 1965 ging indes offenbar (wieder) davon aus, dass das Verfolgungsrecht der Gläubiger nur eine Einziehungsermächtigung ist. Aus diesem Grund hat er insb³²⁰⁹ § 101 Abs 5 Satz 1 AktG 1937/1938 (Haftung für Einflussnahme zur Erlangung gesellschaftsfremder Sonder Vorteile) an die Formulierung des § 84 Abs 5 Satz 1 angeglichen (§ 117 Abs 5 dAktG).³²¹⁰ Außerdem hat er den in § 84 Abs 5 Satz 3 AktG 1937/1938

gungsrecht des § 84 Abs 5 AktG als eigenen Anspruchsgrund verstanden hat. Auch § 101 Abs 5 wurde durch das dAktG 1965 an § 84 Abs 5 Satz 1 angeglichen und wird heute (ebenfalls) als bloße Einziehungsermächtigung verstanden (s sogleich im Fließtext und in Fn 3210 mwN). Zur Bedeutung der Übertragung der „Rechte der Gläubiger“ auf den Insolvenzverwalter unter diesen geänderten Prämissen noch unten Fn 3254.

3207 Vgl die (einflussreiche) Stellungnahme von Pinner in Staub, HGB II¹⁴ (1933) § 241 Anm § 14 (S 359): „*Es entsteht eine unmittelbare Haftung des Vorstandsmitgliedes gegenüber den Gläubigern in Höhe des von ihm angerichteten Gesellschaftsschadens, vergleichbar der Haftung des Kommanditisten für die Schulden der Kommanditgesellschaft und des Aktionärs nach § 217 in Höhe der rechtswidrig erhaltenen Zahlungen.*“ Vgl bereits Staub, ADHGB⁸ (1906) § 241 Anm 14 (S 820).

3208 Vgl Pinner in Staub, HGB II¹⁴ (1933) § 241 Anm § 14 (S 359): *in Höhe des von ihm angerichteten Gesellschaftsschaden* (s schon Fn 3207); Zempel, AcP 155 (1956) 240, wonach man sich zu viel an den Wortlaut des § 93 Abs 5 Satz 1 dAktG gehalten habe, der aber „*nur etwas über den Umfang und einige gemeinsame Voraussetzungen, nichts aber über die rechtliche Natur dieses Anspruchs*“ sage. So wohl schon K. Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften II (1904, Neudruck 1964) 273. S aber noch Fn 3224.

3209 Vgl zur Änderung der Aktionärshaftung gem § 56 AktG 1937/1938 (§ 62 dAktG idGF) schon Fn 3206.

3210 S schon bei Fn 3176. § 101 Abs 5 AktG 1937/1938 lautete noch: „*Die Ersatzpflicht besteht auch gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft, soweit sie von dieser keine Befriedigung erlangen können. Den Gläubigern gegenüber wird die Ersatzpflicht durch einen Verzicht oder Vergleich der Gesellschaft nicht aufgehoben. Ist über das Vermögen der Gesellschaft das Konkursverfahren eröffnet, so übt während dessen Dauer der Konkursverwalter das Recht der Gläubiger aus.*“ Das dAktG 1965 hat diese Bestimmung an § 84 Abs 5 AktG 1937/1938 angeglichen, sodass § 117 Abs 5 Satz 1 dAktG idGF lautet: „*Der Ersatzanspruch der Gesellschaft kann auch von den Gläubigern der Gesellschaft geltend gemacht werden, soweit sie von dieser keine Befriedigung erlangen können.*“ Die AmtlBegr (BT-Drs IV/171 147) erläutert die Änderung instruktiv wie folgt: „*Im geltenden Recht weicht die Fassung des § 101 Abs. 5 Satz 1 AktG von der des § 84 Abs. 5 Satz 1 AktG ab. Gleichwohl wird nahezu allgemein angenommen, daß der Gläubiger nach beiden Vorschriften keinen eigenen Ersatzanspruch hat, sondern nur den Ersatzanspruch der Gesellschaft geltend machen kann. In der Tat liegt kein Grund vor, die Rechte des Gläubigers in § 113 anders zu gestalten als in § 90 des Entwurfs. Der Entwurf gleicht daher die Fassung*

normierten Ausschluss der Haftungsfreistellung bei Billigung durch den Aufsichtsrat im Verhältnis zu den Gläubigern gestrichen, weil dies neben § 84 Abs 4 Satz 2 überflüssig sei.³²¹¹ Das geltende öAktG befindet sich hingegen insoweit noch auf dem Stand des AktG 1937/1938. Dennoch ist das Verfolgungsrecht der Gläubiger gem § 84 Abs 5 Satz 1 öAktG idgF mE (weiterhin) als Einziehungsermächtigung zu qualifizieren. Denn der Gesetzgeber von 1937/1938 hat sich (allenfalls) auf eine (mE unzutreffend, wenngleich damals wohl überwiegende) Literaturmeinung gestützt, ohne die Frage nach der Rechtsnatur des Verfolgungsrechts selbst entschieden (oder nur angesprochen) zu haben. Für diese Frage sind daher (weiterhin) die oben zu Art 241 ADHGB 1884 und § 241 dHGB 1897 genannten Argumente maßgebend, die wie erwähnt für eine Einziehungsermächtigung sprechen. Unter Berücksichtigung dieser Vorgeschichte wird im Folgenden kurz auf die Argumente des Schrifttums eingegangen. Dabei sind die mit dem AktG 1937/1938 neugeschaffenen Vorschriften, die eine „zweispurige“ Haftung vor Augen haben, auszublenden, weil ihre Berücksichtigung (mittelbar) zirkulär wäre.³²¹²

iii. Stellungnahme zu einzelnen Argumenten und eigene Ansicht

Soweit gegen eine Einziehungsermächtigung vorgebracht wird, dass der Ersatzanspruch der Gesellschaft im Fall eines Verzichts oder Vergleichs gar

des Absatzes 5 Satz 1 an die des § 90 Abs. 5 Satz 1 an.“ Der deutsche Gesetzgeber stützte sich hier also auf die (geänderte) Lehre, die von einer bloßen Einziehungsermächtigung ausging. Wie in der AmtlBegr angesprochen, leitet auch die hÖL aus dem unverändert formulierten § 101 Abs 1 öAktG keine direkte Haftpflicht der Organmitglieder gegenüber den Gesellschaftsgläubigern ab, sondern qualifiziert die Norm (nur) als eine mit § 84 Abs 5 AktG (trotz sprachlicher Abweichung) vergleichbare Einziehungsermächtigung (vgl. *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 101 Rz 20; *Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 101 Rz 17 mwN; *Schopper in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 101 Rz 2; *Kalss in MüKo AktG⁶ § 117 Rz 99). Interessanterweise qualifiziert die (aktuelle) hÖL das Gläubigerrecht gem § 117 Abs 5 dAktG als Einziehungsermächtigung (vgl. zB *Grigoleit/Tomasch* in *Grigoleit*, AktG² § 117 Rz 24; *Leuering/Goertz in Hölter/Weber*, AktG⁴ § 117 Rz 15), jedoch das (gleichlautende) Recht in § 93 Abs 5 AktG (nach früher gegenteiliger hÖL), an dessen Formulierung § 117 Abs 5 dAktG gerade angepasst worden war, (weiterhin) als materiell-rechtliche Anspruchsvervielfältigung (s hier nur *Koch in Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 170 f; *Fleischer in Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 294; nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 357 [Stand 01.10.2023]; s die Nw in Fn 3177 ff). Auch das (gleichlautende) Gläubigerrecht in § 62 Abs 2 Satz 1 dAktG („Der Anspruch der Gesellschaft kann auch von den Gläubigern der Gesellschaft geltend gemacht werden [...]“) wird von der hÖL (nur) als Einziehungsermächtigung verstanden (s schon Fn 3206; vgl. *Bayer in MüKo AktG⁵ § 62 Rz 83 ff; *Koch in Koch*, AktG¹⁷ § 62 Rz 15).**

3211 AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 132: „Der Entwurf streicht diese Vorschrift, weil sie überflüssig ist. Daß die Billigung des Aufsichtsrats den Ersatzanspruch nicht berührt, ergibt sich bereits aus Absatz 4 Satz 2.“

3212 S dazu noch unten Fn 3222 ff.

nicht mehr existiert, sodass jener auch nicht eingezogen werden kann,³²¹³ wird auf obige Ausführungen verwiesen. Dieser Einwand lässt außer Acht, dass nachteilige Dispositionen (insb Verzichte und Vergleiche) eben nur gegenüber der Gesellschaft haftungsbefreiend wirken, gegenüber den Gesellschaftsgläubigern aber kraft gesetzlicher Anordnung (relativ) unwirksam sind,³²¹⁴ um das Verfolgungsrecht nicht zum „werthlosen Scheine“³²¹⁵ zu deklassieren.³²¹⁶

3213 Vgl *Zempelin*, AcP 155 (1956) 209 (240 f); *Mertens*, AG 1977, 66 (67 Fn 10); ähnlich *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 294 (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 357 [Stand 01.10.2023]), nach dem die Einordnung als Prozessesstandschaft nicht erklären könne, warum das Verfolgungsrecht der Gläubiger fortbesteht, auch wenn der Anspruch der Gesellschaft durch Verzicht oder Vergleich erlischt. Darauf wäre zu erwidern, dass dies zwar die allg Rechtsfolge eines Verzichts/Vergleichs wäre, diese Dispositionen aber gerade wegen des Verfolgungsrechts der Gläubiger diesen gegenüber unwirksam sind; diese Unwirksamkeit zwecks Absicherung des Verfolgungsrechts bedurfte einer gesonderten gesetzlichen Anordnung in Form der Dispositionsbeschränkungen gem § 93 Abs 5 Satz 3 dAktG (s auch im Fließtext). Vgl auch *Cahn* in KK-AktG⁴ § 93 Rz 201; *Hopt/Roth* in Großkomm AktG⁵ § 93 Rz 551; *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 172; so wohl auch *Kunz*, Die Prozessesstandschaft 133, wonach der Umstand, dass gem § 84 Abs 5 AktG eine Ersatzpflicht der Vorstandsmitglieder gegenüber den Gläubigern unabhängig von einer Ersatzpflicht gegenüber der AG bestehen kann (und umgekehrt), eigenständige Ersatzansprüche der Gläubiger und der Gesellschaft voraussetze; wie hier abl *Habscheid* in FS Weber 197 (202).

3214 So auch *Habscheid* in FS Weber 197 (202); *Fasching* in FS Reimer 245 (247 f); abl *Hopt/Roth* in Großkomm AktG⁵ § 93 Rz 550, wonach das Bestehen mehrerer auf das Gleiche gerichtete Ansprüche weder ungewöhnlich noch in besonderem Maße unerwünscht sei.

3215 Vgl AmltBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 463.

3216 *Cahn* (in KK-AktG⁴ § 93 Rz 201) wendet idZ weitergehend ein, dass die relative Unwirksamkeit zwar als Erklärung für Verzichte und Vergleiche taue, aber nicht für schädigende Handlungen, die auf einem gesetzmäßigen HV-Beschluss beruhen, weil die Gesellschaft dann von vornherein keinen Anspruch gegen das Vorstandsmitglied habe (vgl § 84 Abs 4 Satz 1 AktG). Dieser Einwand basiert (implizit) auf einer unzutr Prämisse, denn § 84 Abs 5 Satz 3 AktG ordnet nicht an, dass Organmitglieder bei Ausführung *gesetzmäßiger* Beschlüsse gegenüber den Gläubigern (indisponibel) haften (zu dieser Ansicht und dem Verhältnis zwischen § 84 Abs 5 Satz 3 und § 84 Abs 4 Satz 1 AktG noch unten S 936 ff mwN). Zum einen bezieht sich § 84 Abs 5 Satz 3 AktG nur auf die in § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG genannten Ansprüche (die nach der gesetzlichen Wertung unmittelbaren Gläubigerschutz bezwecken und daher indisponibel sind). Und zum anderen ist die Prämisse auch in sich widersprüchlich, weil Beschlüsse im Anwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen aufgrund deren Gläubigerschutzimplikation niemals „gesetzmäßig“ sein können (zu dieser Implikation schon iZm dem funktional vergleichbaren § 25 Abs 5 GmbHG oben S 257 ff). Im Übrigen kann es mE im Hinblick auf die Rechtsfolge der relativen Unwirksamkeit wohl auch keinen Unterschied bedeuten, ob Ersatzansprüche der Gesellschaft schon einmal bestanden haben (beim Verzicht/Vergleich) oder nie entstanden sind (bei der Befolgung eines Beschlusses); der Ersatzanspruch der Gesellschaft *entsteht* in diesem Fall eben nur (relativ) im Verhältnis zu den Gesellschaftsgläubigern (zur Haftungsfreistellung durch Befolgung drittschutzwidriger, mE infolgedessen aber nur teilnichtiger HV-Beschlüsse noch unten S 914 ff).

Auch das Argument³²¹⁷, die Qualifikation als Außenhaftung ergebe sich aus den unterschiedlichen Verschuldensgraden (vgl. § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG), die die Ansprüche dem einen oder anderen Berechtigten jeweils entstehen lassen, überzeugt nicht (*non sequitur*). Denn Ersatzansprüche entstehen (nur) der Gesellschaft, und zwar nach allgemeinen Grundsätzen bei *omnis culpa*. Die Gläubiger können aber nur bestimmte Ansprüche der Gesellschaft selbstständig geltend machen. Die Grenze zieht der Gesetzgeber außerhalb des Kapitalschutzes aus Gründen des Risikoverhaltens der Vorstandsmitglieder bei grober Fahrlässigkeit.³²¹⁸ Aus ähnlichen Gründen abzulehnen ist das Argument³²¹⁹, das Wort „soweit“ in § 84 Abs 5 Satz 1 AktG spreche für eine materiell-rechtliche Anspruchsvervielfältigung. Wieder bedarf es zur Erklärung nicht der Annahme einer Außenhaftung. Die Gesellschaftsgläubiger können Ersatzansprüche der Gesellschaft eben *nur soweit* (dh bis zu der Höhe) geltend machen, wie sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können.³²²⁰

3217 Vgl zB *Zempelin*, AcP 155 (1956) 209 (240); *Hopt/Roth* in Großkomm AktG⁵ § 93 Rz 549; so offenbar auch *Mertens*, AG 1977, 66 (67 Fn 10), wonach für einen eigenen Anspruch spreche, dass die Haftungsvoraussetzungen für die Gesellschaft die Gläubiger differieren. So wohl auch *Kunz*, Die Prozessstandschaft 132, nach dem dies bemerkenswert und dogmatisch schwer zu erklären sei. Einerseits gehe das Gesetz offenbar davon aus, dass die Gläubiger einen Anspruch der Gesellschaft einklagen würden, andererseits verändere es die Voraussetzungen des Anspruchs im Vergleich zur Durchsetzung durch die Gesellschaft.

3218 Da das Verfolgungsrecht als Absicherung die zwingende Erhaltung der Ansprüche im Gesellschaftsvermögen durch Dispositionsbeschränkungen voraussetzt, sich aber eine umfassende Erhaltung negativ auf den Risikoanreiz der Vorstandsmitglieder auswirkt (dazu schon ausf. zur GmbH oben S 288 ff und zur AG noch unten S 819 ff), können Gläubiger nicht alle Ansprüche der Gesellschaft selbstständig geltend machen, sondern eben nur jene gem § 84 Abs 3 AktG und darüber hinaus wegen grob fahrlässiger Schädigung. Vgl idZ *Zempelin*, AcP 155 (1956) 209 (241): Die Beschränkung auf „gröbliche Pflichtverletzung“ sei eingeführt worden, um die Initiative des Vorstands nicht zu lähmen. Wenn aber der Gesellschaftsanspruch im Konkurs ebenfalls von einem Dritten, nämlich vom Konkursverwalter, erhoben werden kann, sei nicht erklärlich, weshalb die Gefahr, an die Gläubiger zahlen zu müssen, lähmender wirken soll, als die Gefahr, vom Konkursverwalter in Anspruch genommen zu werden. Dieser Vergleich übersieht mE, dass die zwingende Erhaltung von Ersatzansprüchen auch gegenüber dem Insolvenzverwalter (wenngleich dessen Einziehungsbefugnis im Gegensatz zu jener der Gläubiger umfassend ist) mit grob fahrlässiger Pflichtwidrigkeit außerhalb des Kapitalschutzes begrenzt ist (sei es, weil man in § 84 Abs 5 Satz 4 AktG den Übergang der „Einwendungslage“ oder eines angenommenen Eigenanspruchs der Gläubiger sieht). Für den Risikoanreiz des Vorstands kommt es nicht auf die (bloße) Möglichkeit der Geltendmachung von Ansprüchen an, sondern darauf, inwieweit Ansprüche kraft Dispositionsbeschränkungen zwingend erhalten werden.

3219 Vgl *Grigoleit/Tomasic* in *Grigoleit*, AktG² § 93 Rz 156.

3220 Nur insoweit wären sie ohne Haftungskonzentration (allenfalls) selbst ersatzberechtigt.

Wie schon angesprochen, trägt auch das Argument nicht, dass die Wiederholung der § 84 Abs 2 Satz 2 und § 84 Abs 4 Satz 2 AktG in § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 2 bzw § 84 Abs 5 Satz 3 AktG³²²¹ sinnlos wäre, wenn die Gläubiger nur den Anspruch der Gesellschaft geltend machen würden.³²²² Denn diese Normen wurden mit dem AktG 1937/1938 aufgrund der (gerade fraglichen) Prämisse implementiert, § 84 Abs 5 Satz 1 AktG schaffe eine „zweispurige“ Haftung.³²²³ Gleiches gilt für das Argument³²²⁴, der Wortlaut des § 84 Abs 5 Satz 4 AktG („*das Recht der Gläubiger gegen die Vorstandsmitglieder*“) spreche für eine unmittelbare Haftung.³²²⁵ Schließlich setzt auch die bisweilen betonte³²²⁶ Ähnlichkeit des Verfolgungsrechts mit dem Recht eines KG-Gläubigers, die Kommanditisten bis zur Höhe ihrer Haftsumme unmittelbar in Anspruch zu nehmen (§ 171 Abs 1 dHGB),³²²⁷ eine (fragliche) Außenhaftung schon voraus (*petitio principii*).

Das Hauptargument³²²⁸ gegen die Einordnung des Verfolgungsrechts als Einziehungsermächtigung dürfte aber ohnedies darin bestehen, dass Gesell-

3221 Beachtung verdient idZ, dass mit dem dAktG 1965 der Ausschluss der Haftungs-freistellung bei Billigung durch den Aufsichtsrat im Verhältnis zu den Gläubigern (vgl § 84 Abs 5 Satz 3 öAktG) wieder gestrichen wurde, weil diese Anordnung „überflüssig ist“ und sich „bereits aus Absatz 4 Satz 2 [ergibt]“ (AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 132; s schon Fn 3211).

3222 Zempel, AcP 155 (1956) 209 (241); Hopt/Roth in Großkomm AktG⁵ § 93 Rz 549.

3223 Das ist aber gerade das *thema probandum*, das (auch mittelbar) vorauszusetzen einen Zirkelschluss bedeuten würde.

3224 So zB Grigoleit/Tomasic in Grigoleit, AktG² § 93 Rz 156; Grigoleit/Rachlitz in Grigoleit, AktG² § 62 Rz 8; Hopt/Roth in Großkomm AktG⁵ § 93 Rz 549.

3225 Bei genauerer Betrachtung sind die genannten „Verdoppelungen“ auch dann nicht erklärlich, wenn man das Verfolgungsrecht als eigenen Ersatzanspruch der Gesellschaftsgläubiger versteht. Dann hätten Gläubigeranspruch und Gesellschaftsanspruch nach wohl hL (s Fn 3180 und 3208) immerhin bestimmte Voraussetzungen gemein (zumindest die Höhe [arg „Der Ersatzanspruch der Gesellschaft“]). Wenn sich die Höhe des Gesellschaftsanspruchs kraft gesetzlicher Anordnung aber schon gegenüber der Gesellschaft nicht durch Dispositionen (zB Billigung des Aufsichtsrats) ändert, dann hätte es einer Wiederholung dieser Anordnung gegenüber den Gläubigern ebenso wenig bedurft. Und auch wenn der Gläubigeranspruch vom Gesellschaftsanspruch (ganz) unabhängig wäre, hätte es keiner Dispositionsbeschränkung gegenüber den Gläubigern bedurft, weil diese dann schon aus eigenem Recht geschützt wären.

3226 S schon Fn 3180 mwN; Spindler in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 331; Grigoleit/Tomasic in Grigoleit, AktG² § 93 Rz 156; früher bereits Pinner in Staub, HGB II¹⁴ (1933) § 241 Anm 14 (S 35); Staub, ADHGB⁸ (1906) § 241 Anm 14 (S 820).

3227 S dazu in anderem Zusammenhang schon oben Fn 3206.

3228 IdS Koch in Koch, AktG¹⁷ § 93 Rz 171; Hopt/Roth in Großkomm AktG⁵ § 93 Rz 551; Hölters/Hölters in Hölters/Weber, AktG⁴ § 93 Rz 310; Fleischer in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 93 Rz 294 (nun ders in BeckOGK AktG § 93 Rz 357 [Stand 01.10.2023]); Spindler in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 331; ähnlich hierzulande auch Kunz, Die Prozessstandschaft 130 ff. Die Gläubigerklage sei zwar formal nicht als Prozessstandschaft einzustufen, weise aber ähnliche Gesichtspunkte auf (aaO 205).

schaftsgläubiger mithilfe des § 84 Abs 5 Satz 1 AktG Leistung *an sich selbst* fordern können (und müssen), statt wie bei einer (normalen) Prozessstandschaft an den (weiterhin) materiell Anspruchsberechtigten, hier also an die Gesellschaft.³²²⁹ Ohne die prozessuale Einordnung hier zu vertiefen, zwingt der genannte Unterschied nicht zur Annahme einer Außenhaftung. Denn der Gesetzgeber ist nicht gehindert, bestehende Rechtsinstitute zu modifizieren.³²³⁰ Er ist auch an (wissenschaftlich herausgebildete) dogmatische Kategorien nicht gebunden. Deshalb kann er auch anordnen, dass die Gläubiger eben nicht alle Ersatzansprüche der Gesellschaft geltend machen können (wie bei der Prozessstandschaft normalerweise der Fall)³²³¹, sondern (außerhalb § 84 Abs 3 AktG) nur ab grob fahrlässiger Schädigung (und auch nur insoweit, als von der Gesellschaft keine Befriedigung zu erlangen ist). Im Übrigen erklärt sich die Irregularität des aktienrechtlichen Verfolgungsrechts durch seine Zielsetzung:³²³² Es sollte den Gesellschaftsgläubigern vor allem eine Forderungsexekution ersparen, die der Reformgesetzgeber von 1884 pointiert als „*unnütze [...] Formalität*“³²³³ bezeichnete.³²³⁴ Die Gläubi-

3229 Eine (gesetzliche) Prozessstandschaft bedeutet die Prozessführung im eigenen Namen über ein fremdes Recht (allg *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ Rz 354 mwN; ausf *Kunz*, Die Prozessstandschaft 43 und *passim* mit zahlreichen weiteren Nw). Eine gewillkürte Prozessstandschaft ist dem österreichischen Recht nach hM fremd (vgl RIS-Justiz RS0053157; RS0032788; statt aller *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ Rz 354).

3230 Vgl idZ bereits *Brodmann*, Aktienrecht (1928) § 241 Anm 4. a) (S 267), der die Nähe des Verfolgungsrechts zur „Legitimationszession“ betonte, jedoch dessen Besonderheiten hervorstrich („*nur daß hier Gesellschaft und der Gläubiger und nicht nur ein Gläubiger, sondern alle nebeneinander zugleich den Anspruch gegen das Vorstandsmitglied geltend machen können*“). Vgl auch *Golling*, Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit 89, wonach diese Konstruktion soweit überschaubar einzigartig in der deutschen Rechtsordnung sei; v *Godin/Wilhelmi*, AktG² (1950) § 84 Anm 24 (S 367): „*einzigartig ausgestaltet*“; vgl auch *Habscheid* in FS Weber 197 (202), in etwas anderem Zusammenhang (nämlich dem Anfechtungsrecht), wonach dem Gesetzgeber die Freiheit zugestanden werden sollte, ähnliche Sachverhalte rechtstechnisch nicht unbedingt gleich zu regeln.

3231 Vgl *Kunz*, Die Prozessstandschaft 133: gegen die Qualifikation des § 84 Abs 5 AktG als Prozessstandschaft spreche, dass der Prozessstandschafter typischerweise den inhaltsgleichen Anspruch des Rechtsträgers geltend macht.

3232 Ähnlich schon *Fischer* in *Ehrenberg*, Handbuch III (1916) 233 f Fn 26: „*Das Wesen des Anspruches wird am ehesten im Zusammenhange mit dem vom Gesetzgeber verfolgten Ziele verständlich und damit zugleich, daß der konstruktiven Erfassung erhebliche Hindernisse entgegenstehen.*“

3233 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 463.

3234 Daneben erwähnt die AmtlBegr als Vorzug gegenüber der Forderungsexekution auch, dass das Verfolgungsrecht „*eine gleichmäßige Berücksichtigung der verschiedenen Gläubiger der Gesellschaft ermöglichen*“ könne, indem „*derjenige Gläubiger [...] den Erfolg vor den anderen Gläubigern für sich [hat], der zuerst befriedigt wird*“. Andernfalls (also bei der Forderungsexekution) hätte derjenige Gläubiger den Vorrang, „*welcher im Wege der Zwangsvollstreckung oder des Arrestes zuerst*

ger sollten es „nicht nöthig haben, erst die Gesellschaft zu verklagen und sich den Anspruch der Gesellschaft [...] überweisen zu lassen“³²³⁵. Diesen Umweg³²³⁶ würden sie sich aber nicht ersparen, wenn sie (zunächst) nur Leistung an die Gesellschaft verlangen könnten; dann müssten sie zur Befriedigung ihrer Forderung erst recht die Gesellschaft klagen und allenfalls Exekution führen. *Habscheid*³²³⁷ betont, dass die Stellung des verfolgungsberechtigten Gläubigers jener des Vollstreckungsgläubigers sehr ähnlich sei, denn auch dieser mache einen fremden Anspruch im eigenen Namen geltend und könne Zahlung an sich selbst verlangen.³²³⁸ Der wesentliche Unterschied besteht in der erwähnten Vollstreckungserleichterung. Mit dieser Erleichterung geht jedoch notwendigerweise einher, dass das Organmitglied (mangels Zahlungsverbots) schuldbefreiend weiterhin an die Gesellschaft oder an andere Gläubiger leisten kann und dass die Gesellschaft (mangels Verfügungsverbots) weiterhin über ihren Anspruch verfügen kann (außer durch Verzicht, Vergleich oder ähnliches Geschäft, aber zB durch Abtre-

die Pfändung bewirkt“ (AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 463). Es ist mE jedoch fraglich, ob das Verfolgungsrecht wirklich zur Gläubigergleichbehandlung führt. Während bei der Forderungsexekution der frühere Gläubiger das bessere Recht hat, hängt die Befriedigung beim Verfolgungsrecht allein vom Willen des Schuldners (des Vorstandsmitglieds) ab. Dieses kann sich für einen Gläubiger „entscheiden“ (vgl J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 430; *Spindler* in *MüKo AktG*⁶ § 93 Rz 342). Man kann die AmtlBegr wohl so verstehen, dass das Vorstandsmitglied – mangels exekutionsrechtlichen Zahlungsverbots – zumindest die Möglichkeit hat, (freiwillig) alle Gläubiger gleichmäßig zu befriedigen (arg: „eine gleichmäßige Berücksichtigung [...] zu ermöglichen“). Da es dazu aber (anders als der Insolvenzverwalter) nicht verpflichtet ist, sondern auch schuldbefreiend an jeden anderen Gläubiger oder an die Gesellschaft leisten kann, ist der Beitrag zur Gläubigergleichbehandlung wohl eher zweifelhaft.

3235 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 463.

3236 Vgl iZm § 73 Abs 3 dGmbHG BGH 13.03.2018, II ZR 158/16 Rz 49 („unnötige[r] Umweg“).

3237 *Habscheid* in FS Weber 197 (203 f).

3238 Die Stellung des Überweisungsgläubigers ist durchaus str. Ausgehend vom Wortlaut (arg: § 308 Abs 1 Satz 1 EO: „namens des Verpflichteten“) qualifizieren manche ihn als gesetzlichen Vertreter des Verpflichteten oder einer parteifähigen Sondermasse. Da die Gesetzessystematik dagegen spricht (insb § 310 Abs 1 EO), nehmen andere an, der Überweisungsgläubiger sei selbst Prozesspartei, mache aber eine Forderung des Verpflichteten geltend (Prozessstandschaft). Nach der neuen, überwiegenden Lit verleiht die Überweisung dem Überweisungsgläubiger eine eigene, materiell-rechtliche Einziehungsbefugnis, aufgrund derer er (ähnlich wie ein Zessionar) die überwiesene Forderung kraft eigener Sachlegitimation als Partei im eigenen Namen geltend machen kann. Andere Autoren gehen schließlich von einer Rechtsfigur *sui generis* aus. Vgl weiterführend statt vieler *Kunz*, Die Prozessstandschaft 100 ff; *Oberhammer* in *Angst/Oberhammer*, EO³ § 308 EO Rz 1 ff jew mwN.

tung) und eine Zahlung entgegennehmen kann.³²³⁹ Da das exekutionsrechtliche Doppelverbot (Zahlungs- und Verfügungsverbot) im Bewilligungsbeschluss ausgesprochen wird, das Verfolgungsrecht aber schon die Erwirkung eines Exekutionstitels ersparen soll, ist das Fehlen der exekutionsrechtlichen Sicherheiten gewissermaßen der „Preis“, den die Gläubiger für die erleichterte Anspruchsdurchsetzung zahlen müssen.³²⁴⁰

iv. Fazit

Das Verfolgungsrecht der Gesellschaftsgläubiger gem § 84 Abs 5 Satz 1 AktG (§ 93 Abs 5 Satz 1 dAktG) ist eine spezielle aktienrechtliche Einziehungsermächtigung zur Geltendmachung fremder Forderungen (der Gesellschaft) im eigenen Namen und auf eigene Rechnung.

b) Voraussetzungen

Auch wenn dem Verfolgungsrecht (so viel vorweg) nur bescheidene praktische Bedeutung beigemessen wird, ist die Beschäftigung mit seinen Tatbestandsvoraussetzungen schon deshalb unabdingbar, weil der Gesetzgeber damit ganz allgemein die Bedingungen gesetzlichen Gläubigerschutzes durch (indisponible) Organmitgliedshaftung festlegt. Dass diese Kriterien nur als Voraussetzungen des Verfolgungsrechts genannt werden, erklärt sich dadurch, dass der Reformgesetzgeber von 1884 das (damals geschaffene) Verfolgungsrecht offenbar als absolut vorteilhaften und allein maßgeblichen Modus der Rechtsverfolgung ansah. Die Tatbestandsvoraussetzungen determinieren aber mittelbar auch die Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG, weil diese unmittelbar an das Verfolgungsrecht anknüpfen (arg: „*Den Gläubigern gegenüber*“).

i. Unmöglichkeit der Befriedigung durch die Gesellschaft (§ 84 Abs 5 Satz 1 AktG)

Das Verfolgungsrecht steht den Gläubigern nur offen, soweit sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können.³²⁴¹ Diese Einschränkung (Sub-

3239 Vgl *Habscheid* in FS Weber 197 (203 f); vgl auch *Fasching* in FS Reimer 244 (247); *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 84 Rz 117; *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 337, 312; *de lege ferenda* für die Abschaffung dieser Dispositionsbefugnis *Bachmann*, Gutachten E zum 70. DJT E 108. All dies ist auch während eines Prozesses und nach rechtskräftiger Verurteilung möglich (vgl *Habscheid* in FS Weber 197 [204]).

3240 Vgl auch *Habscheid* in FS Weber 197 (203 f), nach dem die Vollstreckungserleichterung (Ersparnis der Erwirkung eines Exekutionstitels) den Preis habe, dass dem Gläubiger mangels einer vorausgehenden Pfändung keine Bevorrechtigung seiner Forderung eingeräumt werden kann. Vgl auch *Kalss* in *Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, 16. ÖJT II/1 123.

3241 Zur ähnlichen Tatbestandsvoraussetzung der Parallelnormen § 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG („soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist“).

sidiarität) erklärt sich durch die Funktion des Verfolgungsrechts, den gesetzlichen Ausschluss einer Außenhaftung (Haftungskonzentration) auszugleichen. Denn nur soweit die Gläubiger von der Gesellschaft nicht befriedigt werden können, erleiden sie aufgrund des Vorstandsverhaltens einen (mittelbaren) Schaden (Forderungsausfall) und nur insoweit wären sie ohne Haftungskonzentration allenfalls unmittelbar ersatzberechtigt.³²⁴²

Was genau aber bedeutet, dass die Gläubiger von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können? Das überwiegende Schrifttum³²⁴³ versteht darunter seit jeher³²⁴⁴ das objektive Unvermögen zu zahlen, dh Zahlungsunfähigkeit im Rechtssinn (§ 66 IO).³²⁴⁵ Dem gleichzuhalten ist die Überschul-

3242 Etwas abstrakter heißt es in der AmtlBegr zur dAktRNov 1884 (abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 463), dass es „den Rechtsgrundsätzen nicht entsprechen [würde], den Gläubigern auch dann einen Anspruch gegen die Mitglieder des Aufsichtsraths [Anm des Verf. und des Vorstands] einzuräumen, wenn derselbe aus dem Gesellschaftsvermögen vollständige Deckung fände.“ Abw noch Gutachten ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 218: „Von einem Schaden der Gesellschaftsgläubiger kann naturgemäß erst die Rede sein, sobald sie die ihnen zukommenden Beträge aus dem Gesellschaftsfonds nicht mehr erhalten können. Sowie aber die pflichtwidrigen Handlungen der Vorstandsmitglieder in unstatthaften Verwendungen und Verausgabungen von Grundkapital bestehen, muß es den Gesellschaftsgläubigern wie der Gesellschaft zustehen, sofort die Ersetzung des betreffenden Theils des Grundkapitals zu verlangen.“ Vgl auch RegE-dGmbHG 1971 BT-Drs VI/3088 126: „Diese Durchsetzbarkeit der Ansprüche durch die Gesellschaftsgläubiger selbst steht allerdings unter dem Vorbehalt, daß die Gläubiger von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können; denn nur insoweit besteht ein Bedürfnis für die Gläubiger, die Geschäftsführer persönlich in Anspruch zu nehmen.“

3243 Vgl Spindler in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 335; Fleischer in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 93 Rz 296 (nun ders in BeckOGK AktG § 93 Rz 359 [Stand 01.10.2023]); Koch in Koch, AktG¹⁷ § 93 Rz 172; Grigoleit/Tomasic in Grigoleit, AktG² § 93 Rz 153; Lindacher, JuS 1984, 672 (674); Wigand, Haftungsbeschränkungen 348; v Godin/Wilhelmi, AktG² (1950) § 84 Anm 24 (S 367).

3244 Aus dem älteren Schrifttum zB Behrend, Lehrbuch I (1886) 853 Fn 27; Förtsch in Puchelt, ADHGB I⁴ (1893) Art 204 Anm 8 (S 510); Staub, ADHGB^{3,4} (1896) Art 223 Anm § 13 (S 525); Lehmann/Ring, HGB II² (1913) § 241 Anm 7 (S 124); Brodmann, Aktienrecht (1928) § 241 Anm 4 c) (S 268).

3245 Dafür sprechen neben dem Wortlaut (arg: „können“) va die Motive zum ADHGB 1884, wonach ein Verfolgungsrecht nicht statthaft sei, wenn der Anspruch der Gläubiger „im Gesellschaftsvermögen vollständige Deckung fände“ und wonach der Gläubiger nachweisen muss, dass ihn die Gesellschaft nicht befriedigen „könne“ (AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 463). Außerdem betonen die Motive (ebenda), dass das Verfolgungsrecht die gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger ermöglichen würde (s schon Fn 3234); die *par conditio creditorum* ist aber außerhalb der Gesellschaftsinsolvenz (idR) nicht relevant. Als Nachweis für die Befriedigungsmöglichkeit darf nicht erst eine fruchtlose Exekution verlangt werden, weil die Gläubiger dann einen Exekutionstitel gegen die Gesellschaft erwirken müssten, was ihnen der Gesetzgeber aber mit dem Verfolgungsrecht gerade ersparen wollte (AmtlBegr aaO 463). Vgl auch G. Frotz, GesRZ 1982, 98 (100), wonach das Verfolgungsrecht dann nur die (dann nicht sehr beschwerliche) Pfändung und Über-

dung (§ 67 IO) als Insolvenzeröffnungsgrund für juristische Personen.³²⁴⁶ Können die Gläubiger demgemäß von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen, sind idR zugleich die Insolvenzantragsvoraussetzungen erfüllt.³²⁴⁷ Während eines Insolvenzverfahrens würde das Verfolgungsrecht der Gläubiger aber mit dem Einziehungsrecht des Insolvenzverwalters konkurrieren: Jede Anspruchsverfolgung durch einzelne Gläubiger würde die Insolvenzmasse zu Lasten der übrigen Gläubiger verkürzen. Deshalb ordnet § 84 Abs 5 Satz 4 AktG an, dass während eines Insolvenzverfahrens (nur) der Masse- oder Sanierungsverwalter das Recht der Gläubiger ausübt.³²⁴⁸ Da das

weisung erübrigen würde; J. Reich-Robrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 84 Rz 432 mwN; Koch in Koch, AktG¹⁷ § 93 Rz 172; Spindler in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 335.

3246 Ausdr Spindler in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 335.

3247 Vgl J. Reich-Robrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 84 Rz 436; Fleischer in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 93 Rz 293 (nun ders in BeckOGK AktG § 93 Rz 356 [Stand 01.10.2023]); Koch in Koch, AktG¹⁷ § 93 Rz 170; Spindler in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 335; Hölter/Hölter in Hölter/Weber, AktG⁴ § 93 Rz 314; vgl bereits Behrend, Lehrbuch I (1886) 853 Fn 27 (wird sich regelmäßig erst im Fall des Konkurses ergeben); Staub, ADHGB^{3, 4} (1896) Art 226 Anm § 13 (S 525): „Hauptanwendungsfall“; deutlich auch K. Lehmann, Das Recht der Aktiengesellschaften II (1904, Neudruck 1964) 274: „[...] praktisch wird die Bestimmung also wesentlich im Konkurse der Aktiengesellschaft werden.“

3248 Der Reformgesetzgeber von 1884 hat diesen Aspekt möglicherweise übersehen. Allerdings war schon zu § 241 dHGB 1897 (wohl überwiegend) anerkannt, dass während eines Konkursverfahrens ausschließlich der Konkursverwalter zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen legitimiert ist. Vgl Makower, HGB¹² (1898) § 241 Anm III f (S 523); Staub, HGB⁸ (1906) § 241 Anm 16 (S 820), wonach dies zwar nicht in § 241 dHGB 1897, aber in § 171 Abs 2 und § 217 angeordnet sei; Lehmann/Ring, HGB II² (1913) § 241 Anm 9 (S 125) unter Hinweis auf § 171 Abs 2 und § 217 dHGB 1897; Fischer in Ehrenberg, Handbuch III (1916) 233 Fn 26 aE; Ring, ADHGB² (1893) Art 226 Anm 7 (S 519); Pinner in Staub, HGB II¹⁴ (1933) § 241 Anm 16 (S 360); instruktiv (unter Annahme einer Einziehungsermächtigung) Brodmann, Aktienrecht (1928) § 241 Anm 4 e) (S 268), wonach aus der Tatsache, dass der Gläubiger zwar nicht der Form, so doch der Sache nach einen Vermögensgegenstand der Gesellschaft zu seiner Befriedigung in Anspruch nehme, folge, dass er das Recht aus § 241 Abs 4 dHGB 1897 nicht mehr geltend machen könne, sobald über das Vermögen der Gesellschaft der Konkurs eröffnet ist. Nunmehr liege der Anspruch ausschließlich in der Hand des Konkursverwalters, der kraft seiner Stellung sowohl die Rechte der Gesellschaft als auch die der Konkursgläubiger verfolge. Der Vorstand könne auch dem Konkursverwalter gegenüber nicht einwenden, dass er einen Beschluss ausgeführt oder die Gesellschaft auf den Ersatzanspruch verzichtet habe. AA noch Staub, ADHGB^{3, 4} (1896) Art 226 Anm 13 (S 525) und die dortigen Nw, wonach (wegen der Qualifikation des Verfolgungsrechts als *cessio legis* [s schon Fn 3163]) der Konkursverwalter nur zur Geltendmachung des Gesellschaftsanspruchs (soweit ein solcher noch bestand), nicht aber des Ersatzanspruchs der Gesellschaftsgläubiger befugt war. Das RG wendete auf das aktienrechtliche Verfolgungsrecht § 171 Abs 2 dHGB 1897 analog an (vgl RG 17.12.1910, Rep I 400/09 RGZ 74, 428, 430; s schon oben Fn 3206 und noch unten Fn 3366). Danach wird das den

Gesetz den Gläubigern also mit § 84 Abs 5 Satz 4 AktG (fast) wieder nimmt, was es ihnen mit § 84 Abs 5 Satz 1 AktG gegeben hat (weil beide Tatbestände regelmäßig zugleich erfüllt sein werden), hat das Verfolgersrecht nach allgemeinem Dafürhalten nur geringe praktische Bedeutung.³²⁴⁹ Bedeutung hat es nach dem Gesagten jedoch vor allem³²⁵⁰ dann, wenn ein Insolvenzverfahren mangels kostendeckenden Vermögens nicht eröffnet oder wieder eingestellt wird.³²⁵¹

Gläubigern nach § 171 Abs 1 zustehende Recht (unmittelbare Haftung der Kommanditisten) während der Dauer des Konkursverfahrens vom Konkursverwalter ausgeübt. Vgl § 171 Abs 1 dHGB 1897: „Der Kommanditist haftet den Gläubigern der Gesellschaft bis zur Höhe seiner Einlage unmittelbar; die Haftung ist ausgeschlossen, soweit die Einlage geleistet ist.“ Vor dem dHGB 1897 war str, ob der Kommanditist den Gläubigern unmittelbar haftet. § 171 Abs 1 stellte dies klar (vgl Denkschrift dHGB 1897, abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 284). Diese RG-Rsp schrieb der Gesetzgeber des AktG 1937/1938 schließlich mit § 84 Abs 5 Satz 4 nieder.

3249 Vgl *Rüffler*, JBl 2011, 69 (72); *Koch in Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 170; *Hopt/Roth* in *Großkomm AktG*⁵ § 93 Rz 547; *Grigoleit/Tomasic in Grigoleit*, AktG² § 93 Rz 152; *Fleischer in Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 293 (nun *ders* in *BeckOGK AktG* § 93 Rz 356 [Stand 01.10.2023]): „als wenig effektiv erwiesen“; *Ch. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 84 Rz 35; *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 355; *Ihrig/Schäfer*, Rechte und Pflichten des Vorstands² Rz 1539; *Hölters/Hölters in Hölters/Weber*, AktG⁴ § 93 Rz 314; *Biletzki*, NZG 1999, 286 (290); *Gundlach/Frenzel/Strandmann*, DZWIR 2007, 142 (144); *Habscheid in FS Weber 197* (204 f); so schon *v Godin/Wilhelmi*, AktG³ (1967) § 93 Anm 28 (S 471).

3250 Darüber hinaus kann das Verfolgersrecht anwendbar sein, wenn das Insolvenzverfahren beendet wurde, ohne dass der Insolvenzverwalter die Organmitglieder geklagt oder mit ihnen einen Vergleich abgeschlossen hat. Desgleichen, wenn der Insolvenzverwalter gem § 8 IO den Eintritt in den vom Gläubiger bereits angestrebten Rechtsstreit ablehnt und den Ersatzanspruch gegen das Vorstandsmitglied aus der Insolvenzmasse ausscheidet (vgl *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 437 mwN; *Hölters/Hölters in Hölters/Weber*, AktG⁴ § 93 Rz 326).

3251 Vgl *Fasching* in *FS Reimer 244* (248); *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 429, 437; im Anschluss an diese auch OGH 22.01.2019, 10 Ob 100/18f *ecolex* 2019, 342; *Eckert/Schopper/Madari in Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} § 84 Rz 65; *Honsell*, GesRZ 1984, 134 (212 Fn 129); *Spindler in MüKo AktG*⁶ § 93 Rz 335; *Hölters/Hölters in Hölters/Weber*, AktG⁴ § 93 Rz 326; *Grigoleit/Tomasic in Grigoleit*, AktG² § 93 Rz 152; *Gundlach/Frenzel/Strandmann*, DZWIR 2007, 142 (145); *Habscheid in FS Weber 197* (205); *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 355; *Biletzki*, NZG 1999, 286 (290 lSp); so schon *v Godin/Wilhelmi*, AktG³ (1967) § 93 Anm 28 (S 471); *de lege ferenda Kalss in Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, 16. ÖJT II/1 123, wonach die Einziehungsermächtigung auf Fälle eingeschränkt werden solle, in denen die Insolvenzeröffnung mangels Masse abgewiesen wird.

ii. Erfasste Ersatzansprüche

1) Vom Kapitalschutz zur allgemeinen Haftung für grobes Verschulden (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG)

Bis zum AktG 1937/1938 bezogen sich das Verfolgungsrecht der Gesellschaftsgläubiger und die korrespondierenden Dispositionsbeschränkungen zur Absicherung des Verfolgungsrechts – dh im System der Haftungskonzentration: die im Gläubigerinteresse indisponible Vorstandshaftung *per se* – ausschließlich auf die im Gläubigerinteresse qualifizierten Ersatzansprüche wegen einer Verletzung von Kapitalerhaltungsvorschriften oder Zahlungen nach Insolvenzreife gem § 241 Abs 3 dHGB 1897 (zuvor Art 241 Abs 3 ADHGB 1884). Der Gesetzgeber von 1937/1938 erweiterte das Verfolgungsrecht (und mittelbar auch die daran anknüpfenden Dispositionsbeschränkungen) auf alle übrigen Ansprüche gem § 84 AktG, begrenzte es außerhalb des § 84 Abs 3 AktG aber mit zumindest grob fahrlässigen Pflichtverletzungen (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG). Diese Ausweitung der im Gläubigerinteresse indisponiblen Vorstandshaftung bedeutete im Vergleich zum älteren Aktienrecht eine deutliche Haftungsverschärfung. Der Gesetzgeber von 1937/1938 erachtete diese Verschärfung als nötiges Gegengewicht dafür, dass die Leitungsmacht des Vorstands infolge der Abschaffung dessen Weisungsgebundenheit (vgl § 70 AktG) gesteigert worden sei („Eigenverantwortlichkeit“).³²⁵² In den Worten der AmtlBegr zum AktG 1937/1938 müsse dieser „gesteigerten Macht“³²⁵³ und „gehobeneren Stellung“³²⁵⁴ des Vorstands „auch eine erhöhte Verantwortlichkeit entsprechen“.³²⁵⁵ Dieser Aspekt hätte nach der Auffassung der Gesetzes-

³²⁵² Vgl auch *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 84 Anm 1 (S 304), nach denen die Vergangenheit gezeigt hat, dass auch Vorstandsmitglieder mitunter ihre Stellung missbraucht und dadurch die Gesellschaft und die Allgemeinheit geschädigt hätten. Daher müssten Vorkehrungen getroffen werden, dass im Aktienrecht, das die Machtbefugnisse der Vorstandsmitglieder noch vergrößert habe, Übergriffe selbstsüchtiger und zum Schaden der Gesellschaft handelnder Vorstandsmitglieder sowohl zivil- als auch strafrechtlich schärfer geahndet werden als nach bisherigem Recht. Zust *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 504.

³²⁵³ AmtlBegr AktG 1937/1938 155 (abgedr auch bei *Klausing*, AktG 3): „Der gesteigerten Macht des Vorstands entspricht eine verschärfte Verantwortlichkeit gegenüber den Aktionären und Gläubigern der Gesellschaft.“

³²⁵⁴ AmtlBegr AktG 1937/1938 180 (abgedr auch bei *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 656; *Klausing*, AktG 71): „Der Entwurf vergrößert die Rechte des Vorstands und legt namentlich die Leitung der Gesellschaft in seine Hände. Dieser gehobeneren Stellung muß daher auch eine erhöhte Verantwortlichkeit entsprechen.“

³²⁵⁵ Vom Nachdruck derartiger Bestrebungen zeugt die Reformentwicklung: Anfangs ging die Akademie für Deutsches Recht noch davon aus, dass der Vorstand durch die Implementierung des „Führerprinzips“ dieselbe Machtfülle wie ein Einzelunternehmer erlangen würde (was später wieder relativiert wurde). Vgl etwa folgende Passage aus dem Referat des Kölner Universitätsprofessors *Erwin Geldmacher* aus dem Bericht über die 3. Sitzung des Ausschusses vom 10.02.1934, abgedr bei *Schubert/Schmid/Regge*, Akademie für Deutsches Recht I 143: „Wenn wir das Füh-

verfasser prinzipiell sogar eine Ausweitung der indisponiblen Vorstandshaftung auf *alle* Ersatzansprüche aus § 84 AktG gerechtfertigt. Die Gesetzesverfasser erkannten allerdings, dass eine indisponible Haftung auch für bloße „*Obliegenheitsverletzungen*“ – also Pflichtverletzungen außerhalb des § 84 Abs 3 AktG, insb im Bereich der „bloßen“ Geschäftsführung – „*auf das Verantwortungsbewußtsein des Vorstands lähmend wirken und nicht dem Vorteil der Gesellschaft dienen [würde]*“.³²⁵⁶ Deshalb limitierten sie das Verfolgungsrecht (sowie indirekt die korrespondierenden Dispositionsbeschränkungen – und damit wie gesagt die indisponible Haftung als solches) außerhalb des § 84 Abs 3 AktG mit grobem Verschulden. Eine tiefergehende Begründung für die (vermeintliche) Notwendigkeit der Haftungsverschärfung ist soweit ersichtlich nicht dokumentiert. Bemerkenswert ist jedoch, dass die Akademie für Deutsches Recht, die mit der Reformarbeit am AktG betraut war, bis zuletzt als einzige Maßnahme zur Haftungsverschärfung eine Beweislastumkehr angedacht hatte (vgl § 84 Abs 2 Satz 2 AktG).³²⁵⁷

rerprinzip in die Aktiengesellschaft hineinbringen so, wie es heute zum Ausdruck kam, so hat tatsächlich der Führer in der Aktiengesellschaft in Zukunft eine so unbegrenzte Machtfülle wie der freie Unternehmer auch. Um so mehr muß dann auch die Verantwortlichkeit zum Ausdruck kommen, wenn er die Gesellschaft schlecht führt.“ Vgl auch den Bericht von Kiskalt aus April 1934, abgedr bei Schubert/Schmid/Regge aaO 492 ff. „*Es besteht kein Anlaß, den Leiter einer Gesellschaft anderen Haftungsgrundsätzen zu unterwerfen als den Inhaber eines Privatunternehmens, der ja ebenfalls im Falle des Mißerfolges mit seinem ganzen Vermögen einstehen müsse.*“ Letztlich sah man jedoch ein, dass die Stellung des Einzelunternehmers insb wegen seiner umfassenden Gewinnbeteiligung eine andere ist. Vgl auch Schlegelberger et al, AktG³ (1939) § 84 Anm 1 (S 304). In der Akademie war zunächst sogar eine Erfolgshaftung des Vorstands als Instrument der Haftungsverschärfung diskutiert worden. Eine solche wurde aber letztlich wegen ihrer unerwünschten verhaltenssteuernden Wirkung nicht umgesetzt (vgl den Bericht von Kiskalt aus April 1934, abgedr bei Schubert/Schmid/Regge aaO 492 ff; AmtlBegr AktG 1937/1938 180; abgedr auch bei Klausning, AktG 70 f). Instrukтив auch Schlegelberger et al, AktG³ (1939) § 84 Anm 1 (S 304): „*Es ist im übrigen ein gesunder Grundsatz, daß einer großen Machtstellung eine erhöhte Verantwortlichkeit als natürliches Gegengewicht zu entsprechen hat. § 84 trägt diesem Gedanken durch eine Verschärfung der Sorgfaltspflicht und der Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder Rechnung.*“

3256 AmtlBegr AktG 1937/1938 180 (abgedr auch bei Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 656 f; Klausning, AktG 71); s iZm § 25 Abs 5 und 7 GmbHG schon ausf oben S 288 ff; vgl auch Schlegelberger et al, AktG³ (1939) § 84 Anm 1 (S 305): „*[...] damit nicht die Entschlußkraft und die Verantwortungsfreudigkeit der Vorstandsmitglieder Einbuße erleidet.*“

3257 Vgl Bericht von Kiskalt vom April 1934, abgedr bei Schubert/Schmid/Regge, Akademie für Deutsches Recht I 494; Bericht von Kiskalt vom April 1935, abgedr bei Schubert/Schmid/Regge aaO 508; 10. Bericht über die Sitzung vom 22.10.1936, abgedr bei Schubert/Schmid/Regge aaO 432: „*In § 84 hat das Gesetz, entsprechend dem Vorschlage des Ausschusses, die Haftung der Vorstandsmitglieder durch die*

Bei genauerer Überlegung ergeben sich starke Zweifel an der Regelungsprämisse, dass der Vorstand mit dem AktG 1937/1938 durch seine „Eigenverantwortlichkeit“ eine „gehobenere“ Stellung und eine größere Machtfülle erlangt habe, die nach einer Ausdehnung seiner im Gläubigerinteresse indisponiblen Haftung verlangen würde.³²⁵⁸ Gewiss wurde der Vorstand insofern „freier“, als die HV-Zuständigkeit auf punktuelle Angelegenheiten (anstelle der früheren Residualkompetenz) beschränkt wurde. So liegt die Initiative für (verbindliche) HV-Beschlüsse in Geschäftsführungsangelegenheiten nicht mehr bei der HV, sondern beim Vorstand (§ 103 Abs 2 iVm § 74 Abs 1 AktG). Dieser entscheidet selbst, ob er eine in Aussicht genommene Geschäftsführungsmaßnahme der HV vorlegt oder nicht. Ohne eine solche Vorlage kann die HV nicht (mehr) über Angelegenheiten der Geschäftsführung entscheiden. „Eigenverantwortlichkeit“ idS bedeutet somit bei genauerem Hinsehen (nur) eine *Verschiebung* der Initiative für die Fassung von HV-Beschlüssen in Geschäftsführungsfragen. „Gehoben“ wurde die Stellung des Vorstands dadurch nicht gegenüber den Gläubigern, sondern (nur intern) gegenüber den übrigen Organen (insb der HV),³²⁵⁹ und zwar insofern, als der Vorstand die Unternehmenspolitik eigenständig und grundsätzlich unabhängig von den Aktionären festlegen kann. Was sich dabei aber nicht geändert hat, ist die Pflicht des Vorstands, bei der Geschäftsführung die gesetzlich geforderte Sorgfalt einzuhalten.³²⁶⁰ Führt der Vorstand die Geschäfte, ohne die HV zu befassen und deren Bewilligung einzuholen, also „eigenverantwortlich“ (auf eigene Verantwortung), dann kann er (auch weiterhin) nur unter sorgfaltsgemäßen Handlungsoptionen wählen und muss auch bei der Umsetzung einer Geschäftsführungsmaßnahme dem gesetzli-

Umkehrung der Beweislast erheblich verschärft;“. S dazu auch iZm § 84 Abs 4 Satz 3 AktG (Sperrfrist) unten S 1010 f.

3258 AA und eine strengere Haftung aus diesem Grund befürwortend *Haberer*, *Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht* 504.

3259 Vgl aus dem Referat des Berliner „Chefsyndikus“ *H. A. Simon* (Bericht über die 2. Erweiterte Sitzung des Ausschusses vom 09.02.1934, abgedr bei *Schubert/Schmid/Regge*, Akademie für Deutsches Recht I 57): „Wie zeigt sich die gesteigerte Machtbefugnis? Nach zwei Richtungen hin: Gegenüber dem Aufsichtsrat und gegenüber der Generalversammlung.“

3260 Ursprünglich sollte freilich auch die Umformulierung des Sorgfaltsmaßstabs von der „Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns“ (vgl noch § 241 Abs 1 dHGB 1897; so auch – im Anschluss an das dHGB 1897 – auch noch § 43 Abs 1 dGmbHG [„Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes“] und ebenso § 25 Abs 1 öGmbHG) zur „Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ (so auch noch § 93 Abs 1 dAktG und § 84 Abs 1 öAktG) eine Verschärfung der Vorstandshaftung bedeuten (*Schlegelberger et al*, AktG³ [1939] § 84 Anm 1 [S 304 f]; *Geßler*, JW 1937, 497 [503]). Heute werden die GmbH- und aktienrechtliche Maßfigur jedoch gleichgesetzt (statt aller *Fleischer* in MüKo GmbHG⁴ § 43 Rz 10 mwN).

chen Sorgfaltsmaßstab entsprechen.³²⁶¹ Weicht er von diesem Maßstab ab (und handelt folglich sorgfaltswidrig), wird er der Gesellschaft *ceteris paribus* ersatzpflichtig. Der Sorgfaltsmaßstab repräsentiert gerade die präsumtiven Interessen sowie Sorgfalterwartungen der Aktionäre und substituiert gleichsam pauschal-typisierend eine direkte Einflussnahme auf die Geschäftsführung durch Weisungserteilung. Dasselbe gilt grundsätzlich auch in der GmbH, soweit die Gesellschafter (trotz umfassender Residualkompetenz) nicht in die Geschäftsführung eingreifen. Was sich somit letztlich durch das AktG 1937/1938 geändert hat, ist (nur) die Befugnis der Aktionäre (der HV), den Sorgfaltsmaßstab *ex ante* in Bezug auf einzelne Geschäftsführungsmaßnahmen zu *konkretisieren* (dh auch davon in den Grenzen zwingenden Rechts zu dispensieren). Von diesem Standpunkt aus gesehen ist daher nicht recht ersichtlich, wieso wegen der „Eigenverantwortlichkeit“ des Vorstands eine Erweiterung seiner im Gläubigerinteresse indisponiblen Haftung geboten gewesen sein soll.³²⁶²

Die Notwendigkeit einer Haftungsverschärfung wäre allenfalls denkbar, wenn man nicht nur auf die Abschaffung der Weisungsgebundenheit des Vorstands blickt, sondern (auch) die zugrundeliegenden gesetzlichen Regelungsprämissen in Zweifel zieht (der Gesetzgeber hat solche weitergehenden Überlegungen freilich soweit ersichtlich nicht angestellt). Dann ist nämlich die (Weiter-)Geltung des gesetzlichen Sorgfaltsmaßstabs per se kein zwingendes Argument dafür, dass die Disponibilitätsgrenzen unverändert geblieben sind. Wie nämlich zu § 25 Abs 5 und 7 GmbHG schon ausführlich dargelegt wurde,³²⁶³ ist die Haftung außerhalb des Kapitalschutzes (§ 84 Abs 3 AktG) für die Gesellschaft *nur deshalb* disponibel, weil die Gesellschafter/Aktionäre durch die zwingende Eigenkapitalisierung (Kapitalaufbringung und -erhaltung) derart im Umgang mit dem Gesellschaftsvermögen „diszipliniert“ werden, dass sie inzident auch die Gläubigerinteressen

3261 Und auch wenn der Vorstand die HV gem § 103 Abs 2 AktG in die Geschäftsführung involviert und die HV einen Beschluss fasst, muss sich dieser Beschluss innerhalb der Schranken zwingenden Rechts (insb des Gläubigerschutzes) halten, andernfalls er nichtig ist (§ 199 Abs 1 Z 3 AktG) und die Haftung des Vorstands nicht ausschließt (§ 84 Abs 4 Satz 1 und Abs 5 Satz 3 AktG).

3262 Wenn überhaupt, dürfte die Vorstandshaftung aus Gläubigersicht durch die erlangte Eigenverantwortlichkeit eher strenger geworden sein. Denn die Aktionäre (zumal – idealtypisch – rational-apatheische und strategisch wie personell wenig involvierte Kleinaktionäre) werden wohl weniger bereitwillig *post festum* auf bereits entstandene Ersatzansprüche verzichten als im Vorhinein durch HV-Beschluss (Weisung) vom Sorgfaltsmaßstab dispensieren, wenn und weil nicht die Durchführung einer konkreten geplanten Geschäftsführungsmaßnahme, sondern die Enthaltung der Organmitglieder, im Entscheidungs- und Bewusstseinsfokus steht. Das gilt umso mehr, wenn die Gesellschaft wegen der Sperrfrist (§ 84 Abs 4 Satz 3 AktG) *de facto* gar nicht im Nachhinein über Ersatzansprüche disponieren kann (darauf ist hier nicht näher einzugehen; s zum Ganzen näher unten S 950 ff).

3263 S oben insb S 390 ff.

wahren (mittelbarer Gläubigerschutz durch Interessenkongruenz). Da sie durch ihr „Eigenopfer“ etwas zu verlieren haben und folglich selbst intrinsisch daran interessiert sind, dass das Gesellschaftsvermögen sorgfältig (eben mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters) verwaltet wird, wirken sie annahmegemäß – auch im Gläubigerinteresse – auf eine sorgfältige Geschäftsführung durch die Geschäftsleiter hin. Dispositionen der Gesellschaft(er) über die Haftung sind somit nach der gesetzlichen Annahme zugleich im Gläubigerinteresse. Deshalb können der Sorgfaltsmaßstab und die Haftpflicht als Ausprägung des treuhandähnlichen (Binnen-)Verhältnisses zwischen Organwaltern und Gesellschaft verstanden werden, das nur mittelbar *qua* Interessenkongruenz auch den Gläubigern zugutekommt und nicht im Gläubigerinteresse zwingend zu sein braucht. Nach dem Gesagten ließe sich die Annahme, der („äußerlich“ unveränderte) Sorgfaltsmaßstab und die Haftpflicht seien seit dem AktG 1937/1938 genuin im Gläubigerinteresse angeordnet und folglich für die Gesellschaft indisponibel, nur halten, wenn man das Funktionieren einzelner (oder aller) Elemente des beschriebenen mittelbaren Gläubigerschutzmechanismus in Frage stellt. Dazu wäre zu begründen (was der Gesetzgeber wie erwähnt freilich nicht ansatzweise getan hat), dass die Aktionäre aus aktienrechtsspezifischen Gründen – naheliegenderweise durch die Änderungen der aktienrechtlichen Organisationsverfassung mit dem AktG 1937/1938 (Stichwort „Leitungsaufonomie“) oder etwa wegen der dahinterstehenden Ursachen (zu diesen sogleich) – nicht (mehr) ausreichend diszipliniert werden und/oder, dass sie ihr (wenngleich diszipliniertes) Risikoprofil nicht mehr an die Organwalter „weitergeben“ können (oder wollen). Nur dann wäre die Stellung der Vorstandsmitglieder tatsächlich insofern eine „gehobene“, als sie eine Durchsetzung der Haftung nicht mehr zu befürchten hätten, was es rechtfertigen würde, die Haftung im Gläubigerinteresse indisponibel auszugestalten. Dann wäre der gesetzliche Sorgfaltsmaßstab als (indisponible) Repräsentation der *Gläubigerinteressen* (nicht der Aktionärsinteressen) zu verstehen.³²⁶⁴ Insoweit hängt also die Disponibilität der Haftung davon ab, ob und inwieweit diese auch tatsächlich (von der Gesellschaft) durchgesetzt wird.

Was die Prämisse der grundsätzlichen Interessenkongruenz *qua* Eigenkapitalisierung betrifft, gibt es mE keine Anhaltspunkte dafür, dass sich – insb durch die seit 1937/1938 modifizierte Organisationsverfassung – etwas geändert hätte. Auch der Gesetzgeber selbst dürfte daran nicht gedacht haben, hat er doch das überkommene System (insb die Kapitalschutznormen) beibehalten und das damit verbundene mittelbare Schutzkonzept soweit ersichtlich auch nicht hinterfragt. Die insoweit widersprüchliche Haftungs-

3264 Äußerlich wäre der Sorgfaltsmaßstab wohl identisch, denn die (ausreichend disziplinierten) Gesellschafter nehmen ja – was hier freilich zur Diskussion steht – nach dem gesetzlichen Konzept eines mittelbaren Gläubigerschutzes zugleich die (insoweit kongruent verlaufenden) Gläubigerinteressen wahr.

verschärfung zugunsten der Gläubiger durch das AktG 1937/1938 zeigt, dass dieser Verschärfung wahrscheinlich weniger dogmatische als ideologische und „ergebnisorientierte“ Motive zugrunde gelegen haben dürften (dazu noch sogleich unten). Zur Interessenkongruenz kann nach dem Gesagten daher auf die – insoweit allgemeinen – Ausführungen zum GmbH-Recht (§ 25 Abs 5 und 7 GmbHG) verwiesen werden.³²⁶⁵

Bejaht man somit (weiterhin) die grundsätzliche Interessenkongruenz von Aktionären und Gesellschaftsgläubigern, wäre damit freilich nicht viel gewonnen, wenn die Aktionäre ihr (diszipliniertes) Risikoprofil nicht auch auf Organebene durchsetzen könnten. Die Gläubiger hätten maW von der Disziplinierung der Aktionäre nichts, wenn diese die Zügel gar nicht (mehr) in der Hand hielten, vielmehr die Verwaltung vom Aktionärs Einfluss abgekoppelt wäre und der Vorstand die AG gleichsam „absolutistisch“ leiten könnte. In diesem Zusammenhang rückt wieder die geänderte Organisationsverfassung des AktG 1937/1938 in den Fokus, denn mit ihr wurden die Einflussmöglichkeiten der Aktionäre (HV) auf die Verwaltung deutlich eingeschränkt – die Zügel zumindest gelockert. Zu den beschriebenen Befürchtungen bestand (und besteht) indes bei genauerer Überlegung kein Anlass. Die Aktionäre haben zwar kein (eigeninitiatives) Mitspracherecht mehr, wenn es um Geschäftsführungsfragen geht,³²⁶⁶ sie entscheiden aber (nach wie vor) über das Schicksal von einmal entstandenem Ersatzansprüchen, nämlich über deren Geltendmachung³²⁶⁷ (§ 134 Abs 1 AktG; § 147 Abs 1 dAktG) und über eine (nachträgli-

3265 S oben S 390 ff und insb zum (heute geringen) Mindestkapital und zur Mindesteinlage bei Fn 1624 ff.

3266 Darauf hinweisend *Eidenmüller/Grunewald/Noack* in *Lutter*, Das Kapital 17 (27 Fn 31), nach denen die verhaltenssteuernde Wirkung des Mindestkapitals bei AG auch deshalb sehr begrenzt sei, weil eine unmittelbare Einflussnahme der Gesellschafter auf geschäftspolitische Entscheidungen häufig ausgeschlossen sei, sodass der Risikoanreiz der Gesellschafter nicht unmittelbar auch das Verhalten der Geschäftsleiter determiniere. Dagegen mit Hinweis auf die faktische Einflussnahme(-möglichkeit) der Aktionäre (auch im Streubesitz) *Pentz/Priester/Schwanna* in *Lutter*, Das Kapital 42 (51).

3267 *Paefgen* (in *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG³ § 43 Rz 232) führt den weitergehenden Gläubigerschutz in der AG (im Gegensatz zur GmbH) gem § 93 Abs 5 Sätze 1 bis 3 dAktG darauf zurück, dass es in der AG (anders als in der [deutschen] GmbH; vgl hierzulande § 48 GmbHG) kein Einzelklagerecht gebe, weshalb der „mittelbare Gläubigerschutz durch Instrumentalisierung des Gesellschafterinteresses an der Organhaftung“ in der AG nur unvollkommen funktioniere. Dadurch rechtfertigte sich der besondere – im Verhältnis zur GmbH weitergehende – Gläubigerschutz gem § 93 Abs 5 Sätze 1 bis 3 dAktG.

Allerdings – s dazu gleich weiter im Fließtext – kommt es in der AG für die Effektivierung des mittelbaren Gläubigerschutzes durch „Disziplinierung“ der Aktionäre nicht primär darauf an, ob die Aktionäre die Ersatzansprüche der Gesellschaft durchsetzen, weil das Gesetz hierfür (insofern mediatierend) den Aufsichtsrat installiert. Im Übrigen lässt sich auch historisch nicht nachweisen, dass die beschränkte Möglichkeit der Aktionäre zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen

che) Enthaftung durch Verzicht, Vergleich (§ 84 Abs 4 AktG; § 93 Abs 4 dAktG) oder Entlastung (§ 104 Abs 2 Z 3 AktG; vgl insoweit für Deutschland aber § 120 Abs 2 dAktG). Die faktische Unmöglichkeit nachträglicher Dispositionen aufgrund der fünfjährigen (in Deutschland dreijährigen) Sperrfrist (§ 84 Abs 4 Satz 3 AktG; § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG) kann hier vorläufig ausgeblendet werden.³²⁶⁸ Die Aktionäre können mit diesen Mitteln (weiterhin) ihr Risikoprofil auf Organebene durchsetzen, weil es dafür letztlich auf die Durchsetzung der Haftung (der Ersatzansprüche) ankommt. Nur wenn die Vorstandsmitglieder nämlich mit einer tatsächlichen Durchsetzung rechnen müssen, werden sie sich im Einklang mit dem geforderten Sorgfaltsmaßstab verhalten (Präventionswirkung). Das gilt auch – ganz allgemein – für den Fall, dass die Gesellschafter per Weisung eine Geschäftsführungsmaßnahme vorgeben, denn die Organmitglieder werden die Weisung nur befolgen, wenn sie für den Fall der Nichtbefolgung ernsthaft mit einer (Durchsetzung der) Haftung rechnen. Daran zeigt sich, dass die abgeschaffte Weisungsbefugnis der HV an der Durchsetzbarkeit des (disziplinierten) Risikoprofils nichts ändert, weil es dafür eben auf die Geltendmachung von Ersatzansprüchen ankommt.

Nach dem bisher Gesagten besteht weiterhin Interessenkongruenz und die Aktionäre können ihre Risikovorstellungen über die Haftungsdurchsetzung auch weiterhin auf die Organmitglieder übertragen. Dass die Aktionäre ihre Interessen durchsetzen *können* und somit die „Schnittstelle“ zwischen dem Aktionariat und der Verwaltung noch intakt ist, wäre allerdings wirkungslos im Hinblick auf den mittelbaren Gläubigerschutz, wenn die Aktionäre das nicht auch *wollen* (oder um beim oben verwendeten Bild zu bleiben: wenn die Aktionäre die Zügel zwar noch in der Hand haben, sie aber nicht benutzen). Zu dieser Überlegung stößt zwar nicht unmittelbar die abgeschaffte Weisungsbefugnis an, aber uU die dahinterstehenden Motive. Eines der Motive war nämlich die rationale Apathie der Aktionäre (zumal der Kleinaktionäre in der idealtypischen Publikums-AG).³²⁶⁹ Demnach haben die Aktionäre wegen ihrer geringen Beteiligung typischerweise kein In-

gegen den Vorstand in der AG ein (vermeintlich) größeres Gläubigerschutzbedürfnis erzeugen würde. Denn vor dem dAktG 1937 war die Hürde für Aktionäre mit einem Quorum von 20% des Grundkapitals noch höher als heute gem § 148 dAktG (nach § 268 dHGB 1897 10% des Grundkapitals; nach Art 223 ADHGB 1884 sogar noch 20%); und *trotzdem* war die im Gläubigerinteresse indisponible Haftung auf den Kapitalschutz (heute § 93 Abs 3 dAktG; § 84 Abs 3 öAktG) beschränkt – insoweit also gleich wie im (deutschen) GmbH-Recht (§ 43 Abs 3 dGmbHG). Im Übrigen ist auch in Einpersonengesellschaften, wenn eine verfolgungsberechtigte Minderheit also gar nicht existiert, keine Erweiterung der im Gläubigerinteresse indisponiblen Geschäftsführerhaftung anzunehmen (vgl auch *Paefgen* aaO Rz 233 f). Vgl idZ auch die Überlegungen in Fn 1659.

3268 Dazu ausf unten S 950 ff, insb S 1022 ff.

3269 Vgl nur *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 320 f mwN; vgl auch *Klausing*, Aktienrecht 61 (Einleitung Rz 73); allg auch *A. Arnold*, Steuerung 74 mwN.

teresse, an den Geschicken der Gesellschaft teilzunehmen und dazu von ihren Mitgliedschaftsrechten Gebrauch zu machen. Das „zahlt sich für sie nicht aus“, weil sie allein die Kosten ihrer Bemühungen tragen, während alle anderen Aktionäre (kostenlos) mitprofitieren (sog *Collective-Actions-Problem*).³²⁷⁰ Diese kalkulierte Passivität könnte die Aktionäre in der Tat davon abhalten, Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen Organmitglieder zu verfolgen (vgl §§ 134 ff AktG). Zu berücksichtigen ist aber zum einen, dass es heute (entgegen dem historischen Leitbild der AG) faktisch kaum reine Publikumsgesellschaften mit (rational-apathischen) Kleinanlegern gibt.³²⁷¹ Zum anderen darf nicht übersehen werden, dass in der AG der Aufsichtsrat zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft berechtigt (und uU auch verpflichtet!) ist.³²⁷² Der Aufsichtsrat fungiert insoweit als professioneller Intermediär, der die geminderte Handlungsfähigkeit der HV gerade kompensieren soll.³²⁷³ Trotz alledem setzt die Durchsetzung von Ersatzansprüchen naturgemäß voraus, dass die Ersatzansprüche noch existieren. Ein Verzicht oder Vergleich erfordert zwingend die Zustimmung der HV (vgl § 84 Abs 4 Satz 3 AktG). Auch hierauf wirkt sich die rationale Apathie aber wohl nicht nachteilig aus, denn sie mag die Aktionäre zwar davon abhalten, an der HV teilzunehmen und dort ihre (Minderheiten-)Rechte auszuüben, es ist aber nicht davon auszugehen, dass die Aktionäre deswegen auch leichtfertig auf bereits entstandene Ersatzansprüche verzichten (im Übrigen kann die Gesellschaft nach allgM wegen der fünfjährigen Sperrfrist in § 84 Abs 3 AktG faktisch ohnehin kaum über Ersatzansprüche disponieren)³²⁷⁴.³²⁷⁵ Solange die Ersatzansprüche der Gesellschaft somit nur ent- und

3270 Dazu mwN nur *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 321 ff; *A. Arnold*, Steuerung 73 ff mwN.

3271 Vgl dazu nur *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ Allgemeine Einleitung Rz 17 mwN; *J. Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2018, 526 (527).

3272 Unstr, daher nur *Eckert/Schopper/Madari* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} § 84 Rz 63 (Stand 01.07.2021); *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 95 Rz 25; *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 423; für Deutschland etwa *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 111 Rz 7; *Grigoleit/Tomasic* in *Grigoleit*, AktG² § 111 Rz 5 ff.

3273 Vgl nur *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 111 Rz 7.

3274 Dazu noch iZm der Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG unten S 1022 ff.

3275 Das setzt wiederum voraus, dass die Aktionäre von Ersatzansprüchen überhaupt wissen, was zumindest eine wirksame Entlastung grundsätzlich nicht hindert (die Sperrfrist gem § 84 Abs 3 AktG, die eine Verzichtswirkung der Entlastung ausschließt, ist hier wieder auszublenden [dazu näher unten S 1022 ff]), sofern die Ersatzansprüche aus den Unterlagen zumindest erkennbar sind. Von rational-apathischen Aktionären ist gewiss nicht zu erwarten, dass sie die vorgelegten Geschäftsunterlagen (selbst) prüfen. Auch diese Aufgabe übernimmt in der AG aber der Aufsichtsrat in seiner Funktion als Intermediär. Er prüft die Geschäftsführung durch die Vorstandsmitglieder (vgl § 95 AktG) und berichtet an die HV (§ 96 AktG; vgl dazu nur *Kalss/Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 96 Rz 44, 50; *Gruber* in

bestehen, müssen pflichtvergessene Vorstandsmitglieder außerdem auch damit rechnen, zB von einer (neuen) kontrollierenden Mehrheit und allenfalls vom Insolvenzverwalter oder den Gesellschaftsgläubigern belangt zu werden; auch insofern dürften sie also nicht auf die Folgenlosigkeit ihres Handelns vertrauen.³²⁷⁶ Auch dieser (aktienrechtsspezifische) Aspekt, nämlich die (realtypisch ohnehin relativierte) rationale Apathie der Aktionäre, lässt im Ergebnis somit nicht den Schluss zu, dass der mittelbare Gläubigerschutz *qua* typischer Interessenkongruenz in der AG nicht (mehr) funktionieren würde.³²⁷⁷

Nach dem Ausgeführten ist nicht nachvollziehbar, warum der Gesetzgeber von 1937/1938 das Konzept des mittelbaren Gläubigerschutzes, das immerhin das ältere Aktienrecht des dHGB 1897 und die GmbH-Gesetze prägte, nicht berücksichtigte, sondern stattdessen die Sorgfaltspflicht und Haftung des Vorstands zum Schutz der Gläubiger für zwingend erklärte (wenngleich aus Gründen des Risikoanreizes nur bis zur Grenze grober Fahrlässigkeit). Der Gesetzgeber von 1937/1938 hat die Ausweitung des Gläubigerschutzes wie erwähnt auch nicht tiefergehend dogmatisch begründet. Die Protokolle über die Sitzungen des Aktienrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht zwischen 1934 und 1936 zeigen vielmehr, dass die Gesetzesänderungen (wenn auch nicht die Abschaffung der Wei-

Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 104 Rz 59). Die Berichterstattung ermöglicht den Aktionären, bei der Beschlussfassung eine informierte Entscheidung zu treffen.

3276 Eigentlich sollte freilich gerade die jährliche Entlastung dafür sorgen, dass die Verwaltung nach jedem Geschäftsjahr Gewissheit darüber hat, ob eine Inanspruchnahme droht. Diese Planungssicherheit hat der ältere Gesetzgeber noch als notwendig erachtet zur Gewährleistung der nötigen Risikobereitschaft der Vorstandsmitglieder. Deshalb hat er auch den indisponiblen Gläubigerschutz auf grob fahrlässige Schädigungen außerhalb des Vermögensschutzes (§ 84 Abs 3 AktG) beschränkt. Schon das ROHG (Gutachten für die AktRNov 1884; abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 246 f) erkannte nämlich, „*daß im Allgemeinen es als ein gerechtfertigtes Verlangen der Gesellschaftsorgane angesehen werden muß, nach ihrer jährlichen Rechnungslegung an die Gesellschaft entlastet zu werden oder bestimmte Monita gezogen zu sehen.*“ Vgl dazu schon aus insb oben S 288 ff (iZm dem Anwendungsbereich von § 25 Abs 5 und 7 GmbHG) und noch unten S 950 ff (iZm der Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG).

3277 Selbst wenn die Aktionäre keinen Anreiz mehr zur Effektivierung eines (aus Gläubigersicht) ausreichenden Sorgfaltsniveaus mehr hätten und/oder dessen Durchsetzung auf Verwaltungsebene nicht möglich wäre, spräche dies wohl trotzdem nicht zwingend für eine erhöhte Gläubigergefährdung durch die (dann wirklich) „zügellosen“ Vorstandsmitglieder. Denn Geschäftsleiter sind von Haus aus denkbar schlechte Risikoträger (va wegen ihres nicht diversifizierbaren „Humankapitals“) und als solche risikoavers eingestellt (s aus rechtsökonomischer Sicht insb oben Fn 1644; vgl hier nur *Easterbrook/Fischel*, 52 U.Chi.L.Rev. 89 [115]; *Kübler* in FS Heinsius 397 [406]). Vgl auch die Überlegungen oben bei Fn 2581 und Fn 2589.

sungsgebundenheit *per se*)³²⁷⁸ wohl weniger von dogmatischem Kalkül als von der damaligen (insb nationalsozialistisch-geprägten) ideologischen Gesinnung geleitet waren. Das führte dazu, dass die Akademie geradezu ringend nach Möglichkeiten einer Haftungsverschärfung suchte.³²⁷⁹

Aus den genannten Gründen wären mE *de lege ferenda* das Verfolgungsrecht, die Dispositionsbeschränkungen und damit allgemein die im Gläubigerinteresse indisponible Vorstandshaftung (wieder) auf § 84 Abs 3 AktG einzuschränken (wie noch nach Art 241 ADHGB 1884 und § 241 dHGB 1897).³²⁸⁰ Dann wäre auch die wertungsmäßige Kohärenz mit dem GmbH-Recht (das insoweit auf dem älteren Aktienrecht basiert) wiederhergestellt. Denn auch § 25 Abs 5 und 7 GmbHG beziehen sich nach mE zutr Ansicht nur auf die Ersatzansprüche gem § 25 Abs 3 GmbHG (für § 43 Abs 3 dGmbHG ist das ohnehin allgM).³²⁸¹

Bei dieser rechtspolitischen Kritik allein muss (und darf) es aber nicht zwangsläufig bleiben. Hat man den (erweiterten) Anwendungsbereich des § 84

3278 Vgl nur Kropff in *Fleischer/Koch/Kropff/Lutter*, 50 Jahre Aktiengesetz, 1 (2 f) mwN; Koch in *Fleischer/Koch/Kropff/Lutter*, 50 Jahre Aktiengesetz, 65 (66 ff).

3279 Vgl zB die folgenden Auszüge aus Referaten des Vorsitzenden, *Wilhelm Kißkalt* (aus dem Bericht über die 3. Sitzung des Ausschusses vom 10.02.1934, abgedr bei *Schubert/Schmid/Regge*, Akademie für Deutsches Recht I 139): „*Ich habe nicht an eine Erfolgshaftung gedacht, sondern wir suchen nach anderen geeigneten Formen einer Verschärfung der Haftung. Vielleicht suchen wir vergeblich, dann soll es mir auch recht sein; jedenfalls wurde bisher nichts gefunden, was von allen Seiten gebilligt wurde.*“ Vgl auch aaO 145: „*Es ist unser Bestreben gewesen, eine größere und freiere Stellung des Leiters zu schaffen, und der andere Gedankengang ist der, womöglich eine Erhöhung der Haftpflicht zu erreichen. Ich möchte jetzt schon grundsätzlich festgelegt haben, daß wenn man irgendeinen Modus hierfür findet, ich ihn vorschlagen werde, auch wenn die Meinungen darüber nicht vollständig einheitlich sind.*“ S auch schon oben Fn 3255, unten iZm der Sperrfrist (§ 84 Abs 4 Satz 3 AktG) insb S 1010 f und Fn 4540 jew mwN.

3280 Für die Streichung der Einschränkung des Verfolgungsrechts auf grobe Fahrlässigkeit außerhalb des Kapitalschutzes zB *Bachmann*, Gutachten E zum 70. DJT E 40 f, 108. Diese Einschränkung will *Bachmann* aber gleichzeitig in § 84 Abs 5 Satz 3 AktG beibehalten, weil sie insoweit sachgerecht sei. Dieser Vorschlag lässt mE außer Acht, dass Verfolgungsrecht und Dispositionsbeschränkungen gleichlaufen müssen, das Verfolgungsrecht ohne Absicherung durch die Dispositionsbeschränkungen leerliefe und – in den Worten der Motive zu Art 241 Abs 4 ADHGB 1884 (abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 463) – „*zu einem werthlosen Scheine herabsinken [würde]*“. Ebenfalls gegen grobe Fahrlässigkeit als Zäsur schon *Ritter*, AktG² (1939) § 84 Anm 9 (S 281 f), der jedoch jegliche Differenzierung aufgeben und die Dispositionsbeschränkungen auf alle Ansprüche ausweiten wollte, weil die „*Kasuistik*“ „*keinen vernünftigen Sinn*“ habe. Dieser Einwand trifft mE schon deshalb nicht zu, weil eine umfassende zwingende Erhaltung von Ersatzansprüchen im Gesellschaftsvermögen – wie auch der Gesetzgeber von 1937/1938 und zuvor schon der Reformgesetzgeber von 1884 erkannten – unerwünschte Auswirkungen auf die (nötige) Risikobereitschaft der Vorstandsmitglieder hätte.

3281 Dazu ausf oben S 231 ff.

Abs 5 AktG nämlich als systemwidrig erkannt, weil die Indisponibilität der Organhaftung ohne (erkennbare) sachliche Rechtfertigung durch Schutzinteressen ausgedehnt und dadurch zugleich ein Wertungswiderspruch zum GmbH-Recht geschaffen wurde, ergeben sich daraus auch (schon) Implikationen *de lege lata*. Zwar ist § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG in seinem unmittelbaren Anwendungsbereich („Begriffskern“) umfassend anzuwenden, denn insoweit ist der Rechtsanwender wegen der bewussten (wenn auch systemfremden) gesetzlichen Wertung auf rechtspolitische Kritik beschränkt. Die problematische Norm ist aber nicht darüber hinaus (extensiv oder analog) anzuwenden, weil systemwidrige Normen (Wertungen) nach einer allgemeinen Auslegungsmaxime nicht „verbreitert“ werden dürfen (*Quod vero contra rationem iuris receptum est non est producendum ad consequentias*).³²⁸² Wegen dieser unterschiedlichen Handhabung *de lege lata* ist die (zT schwierige) Absteckung der Wortlautgrenze von Bedeutung. Die einschlägige Norm ist wie gesagt § 84 Abs 5 Satz 1 AktG, wonach das Verfolgungsrecht den Gläubigern zusteht für die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gem § 84 Abs 3 AktG und darüber hinaus wegen zumindest grob fahrlässiger Schädigung. Für die Disponibilität kommt es zwar primär auf den Anwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen (§ 84 Abs 5 Satz 3 AktG) an, diese knüpfen aber an das Verfolgungsrecht (§ 84 Abs 5 Satz 1 AktG) an („*Den Gläubigern gegenüber*“) und erhalten dadurch denselben Anwendungsbereich.³²⁸³ Methodisch unzulässig wäre daher eine Einschränkung (teleologische Reduktion) des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG auf die Ersatzansprüche gem § 84 Abs 3 AktG (im Einklang mit § 25 Abs 5 und 7 GmbHG), soweit Gesellschaftsgläubiger die Ersatzansprüche der Gesellschaft mittels Verfolgungsrechts durchsetzen. Die Frage nach dem richtigen wertungsmäßigen Maßstab für die Disponibilitätsgrenzen stellt sich aber in allen anderen Fällen, in denen Ersatzansprüche der Gesellschaft (durch andere Personen oder auf eine andere Art) geltend gemacht werden und *grundsätzlich* ein (Gläubiger-)Schutzbedürfnis nach Indisponibilität der Haftung besteht (die Dispositionsbeschränkungen beziehen sich nämlich nur aus historischen Gründen ausschließlich auf das Verfolgungsrecht; dazu näher unten)³²⁸⁴. Das gilt – wie unten³²⁸⁵ noch näher ausgeführt wird – insb für den Fall, dass Gesellschaftsgläubiger die Ersatzansprüche der Gesellschaft nicht mittels Verfolgungsrechts, sondern exekutiv geltend machen. Hierbei ist freilich nur schwer festzumachen, ob exekutiv vorgehende Gesellschaftsgläubiger – gemäß dem (hier zugrunde gelegten) Drei-Be-

3282 Sinngemäß: Aus unsachgerechten Normen dürfen nicht noch weitere Folgerungen abgeleitet werden (vgl allg dazu *Kramer, Methodenlehre*⁶ 244 mwN). Vgl auch *F. Bydlinski, Methodenlehre*² 440; *P. Bydlinski* in *KBB*⁷ § 6 Rz 3, § 7 Rz 3 (für Ausnahmebestimmungen).

3283 Dazu noch näher unten S 834 ff.

3284 S 834 ff.

3285 S unten S 834 ff.

reiche-Modell³²⁸⁶ – noch in den Begriffshof oder schon in den Begriffskern der Formulierung „*Den Gläubigern gegenüber*“ fallen; je nachdem wäre eine Korrektur nämlich zulässig (restriktive Auslegung) bzw. unzulässig (teleologische Reduktion).³²⁸⁷ Nicht ganz klar ist außerdem, inwieweit die Dispositionsbeschränkungen auch den Insolvenzverwalter (unmittelbar) erfassen, denn nach § 84 Abs 5 Satz 4 AktG „*übt [...] der Masse- oder Sanierungsverwalter das Recht der Gläubiger gegen die Vorstandsmitglieder aus*“ (auch dazu noch näher unten)³²⁸⁸. Vergleichsweise deutlich begrifflich erfasst ist die Gesellschaft, die Ersatzansprüche gegen ihre Vorstandsmitglieder außerhalb eines Insolvenzverfahrens (zugunsten der Gesellschaftsgläubiger) geltend machen kann.³²⁸⁹ Soweit andere Personen und Modi der Rechtsverfolgung nicht unmittelbar (im Begriffskern) erfasst sind, wäre grundsätzlich nach dem eingangs erwähnten Auslegungsgrundsatz zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen als Maßstab die Wertung des GmbH-Rechts (und älteren Aktienrechts) heranzuziehen, sodass grundsätzlich³²⁹⁰ nur die Ersatzansprüche gem § 84 Abs 3 AktG für die Gesellschaft indisponibel wären (umgekehrt hieße das, dass die Gesellschaft außerhalb des Kapitalschutzes grundsätzlich wirksam über die Vorstandshaftung disponieren könnte). Dadurch würde die als systemwidrig erkannte Wertung des § 84 Abs 5 Satz 1 AktG gemäß dem genannten Auslegungsgrundsatz möglichst klein gehalten und zugleich dem (eigentlichen) Willen des Gesetzgebers zum Durchbruch verholfen. Dabei ist aber andererseits nicht zu verkennen, dass man durch diesen Eingriff eine „Zersplitterung“ *in puncto* Disponibilität der Vorstandshaftung schüfe. Denn die Disponibilitätsgrenzen hingen letztlich davon ab, wer Ersatzansprüche der Gesellschaft auf welche Weise verfolgt. Das wäre zwar die natürliche Konsequenz des angewendeten Auslegungsgrundsatzes, nach dem eine „Gleichbehandlung im Unrecht“ zu vermeiden ist.³²⁹¹ Gleichzeitig ist aber fraglich, ob die Ungleichbehandlung verschiedener Personen und Durchsetzungsarten dem präsumtiven Willen des Gesetzgebers tatsächlich (besser) entspricht. Immerhin entsteht dadurch ein gerütteltes Maß an Rechtsunsicherheit: Zum einen wegen der unterschiedlichen Disponibilitätsgrenzen per se; zum anderen sind schon diese Grenzen unsicher, weil sie von der schwierigen Unterscheidung zwischen Begriffskern und Begriffshof abhängen.³²⁹² Letztlich geht es um die Frage, ob die Rechtsrichtigkeit oder Rechtssicherheit Vorrang hat.

3286 Zu diesem statt vieler nur jew mwN *Kramer*, Methodenlehre⁶ 68 ff; *Engisch*, Einführung¹² 159 f; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie¹² Rz 167.

3287 S dazu insb Fn 3355.

3288 S 851 ff.

3289 S 859.

3290 Zu den weiteren Ersatzansprüchen, auf die die Dispositionsbeschränkungen (analog) – insoweit aber im systemkonformen Einklang mit dem mittelbaren Gläubigerschutzkonzept (und dem GmbH-Recht) – anzuwenden sind, s unten S 832 f.

3291 *Kramer*, Methodenlehre⁶ 244 mwN.

3292 Vgl allg statt vieler zB *Kramer*, Methodenlehre⁶ 63 f, 73 f; *Larenz*, Methodenlehre⁶ 322.

Diese Frage lässt sich indes nicht kategorisch beantworten, weil es sich dabei letztlich um eine rechtspolitische Ermessensentscheidung des Gesetzgebers handelt, die im Einzelfall durchaus unterschiedlich ausfallen kann.³²⁹³ Was bei der Problemlösung aber weiterführen kann, ist eine konsequentialistische Perspektive: Wenn die Dispositionsbeschränkungen sich *jedenfalls* bis grobe Fahrlässigkeit erstrecken, sofern Gesellschaftsgläubiger mittels Verfolgungsrechts vorgehen, würde es für die Gesellschaftsgläubiger nur eine „Abkürzung“ bedeuten, wenn man ihnen dieses günstigere Ausmaß an Indisponibilität auch bei der exekutiven Rechtsverfolgung gewährt. Dasselbe gilt für die Rechtsdurchsetzung durch den Insolvenzverwalter und die Gesellschaft (in der masselosen Insolvenz), weil beide letztlich für die Gläubiger tätig werden. Insoweit würde durch eine einheitliche Anwendung der Dispositionsbeschränkungen zudem die Gläubigergleichbehandlung gewährleistet. Umgekehrt müssen Vorstandsmitglieder *jedenfalls* mit einer indisponiblen Haftung bis grobe Fahrlässigkeit rechnen, weil Gesellschaftsdispositionen insoweit jedenfalls bei Geltendmachung mittels Verfolgungsrechts unwirksam sind. Somit dürfte auch in Bezug auf die Risikobereitschaft der Vorstandsmitglieder kein allzu großer Unterschied bestehen. Wenn aber somit die (ausnahmsweise) „Gleichbehandlung im Unrecht“ sowohl für die Gesellschaftsgläubiger als auch für die Vorstandsmitglieder zu keinem wesentlich anderen Ergebnis führt, dafür aber zusätzlich den Vorteil der Rechtssicherheit (und Gläubigergleichbehandlung) hat, scheint dieser Weg durchaus vorzugswürdig. Das nötigt allerdings nicht dazu, auch jene Vorstellungen des Gesetzgebers von 1937/1938 zu berücksichtigen, die keinen Niederschlag im Gesetzestext gefunden haben. Wie eingangs erwähnt, sah der Gesetzgeber in der Abschaffung des Weisungsrechts der HV und der damit entstandenen „Eigenverantwortlichkeit“ des Vorstands nämlich (sogar) eine Rechtfertigung dafür, die *gesamte* Bandbreite der Haftung – also für *omnis culpa* außerhalb des Kapitalschutzes – indisponibel zu gestalten; davon hat er letztlich nur abgesehen, weil eine derart umfassende indisponible Haftung die Risikobereitschaft des Vorstands hemmen würde. Dieser müsste nämlich trotz jährlicher Entlastung (bis zur Verjährung der Ersatzansprüche) mit einer Inanspruchnahme durch die Gesellschaftsgläubiger rechnen.³²⁹⁴ Da die Notwendigkeit einer Einschränkung der

3293 Wohl nur ein scheinbares Indiz für den Vorrang von Rechtssicherheit (und -einheitlichkeit) bietet die Tatsache, dass der Gesetzgeber auch die Haftungsfreistellungswirkung von HV-Beschlüssen denselben Grenzen unterwirft (grobe Fahrlässigkeit außerhalb § 84 Abs 3 AktG; wenngleich insoweit nur deklarativ [s 886 ff]), obwohl die Gründe für diese Einschränkung (indisponible Haftung trotz Entlastung, die wegen der damit verbundenen Unsicherheit die Risikofreude der Vorstandsmitglieder hemmt) bei Enthaltungen *ex ante* gerade nicht gelten. Denn soweit ersichtlich gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber mit der Gleichstellung von vorherigen und nachträglichen Enthaltungsinstrumenten irgendein bestimmtes Regelungsmotiv verfolgt hätte.

3294 Vgl schon zu Art 241 ADHGB 1884 AmltBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 509: Es könne „nicht gefordert werden [...], daß die

Indisponibilität aus Gründen des Risikoanreizes bei einer Haftungsbeschränkung im Vorhinein aber nicht besteht,³²⁹⁵ wären Haftungsbeschränkungen *ex ante* nach der Wertung von 1937/1938 konsequenterweise zur Gänze (nicht nur bis grobe Fahrlässigkeit) unwirksam. Gegen die derartige Erweiterung einer systemwidrigen Wertung spricht nun allerdings in der Tat der eingangs erwähnte Auslegungsgrundsatz (dazu noch iZm abstrakten Haftungsmilderungen unten)³²⁹⁶.

2) Anwendung auf (weitere) Gläubigerschutzvorschriften

Anders als im GmbH-Recht³²⁹⁷ wird eine (ggf analoge) Anwendung des Verfolgungsrechts (und damit der Dispositionsbeschränkungen) auf *weitere* Ansprüche neben den in § 84 Abs 5 Satz 2 AktG genannten offenbar nicht diskutiert. Das könnte daran liegen, dass die (indisponible) Vorstandshaftung schon vergleichsweise streng ist, weil Vorstandsmitglieder auch für (mindestens grob fahrlässige) sorgfaltswidrige Geschäftsführung haften (was rechtspolitisch aber wie gesagt fragwürdig und daher nicht zu verallgemeinern ist [s voriges Kapitel]).

Bei der angesprochenen (analogen) Erweiterung der indisponiblen Haftung (dh des Verfolgungsrechts und der Dispositionsbeschränkungen) – wie sie im GmbH-Recht diskutiert wird – geht es indes um eine punktuelle Ausweitung der indisponiblen Haftung jenseits des § 84 Abs 3 AktG (Kapitalerhaltung, Zahlungsverbot) *unabhängig* vom Verschuldensgrad.³²⁹⁸ Hier geht es also nicht um die Erweiterung der indisponiblen Haftung auf andere Verschuldensgrade, sondern auf andere *Verhaltenspflichten*. Da diese Frage nicht anders liegt als im GmbH-Recht, kann hinsichtlich der Beurteilungskriterien und der einzelnen Vorschriften auf die Ausführungen zu § 25 Abs 5 und 7 GmbHG verwiesen werden. Demgemäß sind das Verfolgungsrecht und die Dispositionsbeschränkungen auch auf existenzgefährdende Maßnahmen des Vorstands anzuwenden (und zwar auch bei leichtem Verschulden!). Außerdem ist § 84 Abs 3 AktG (und damit mittelbar das Verfolgungsrecht und die Dispositionsbeschränkungen) auf § 14 EKEG und (wohl

Mitglieder des Vorstandes sich ungeachtet der ihnen von der Gesellschaft erteilten Entlastung noch nach Jahren Gläubigern gegenüber wegen ihrer Geschäftsführung verantworten sollen. Eine indisponible Haftung auch im Bereich der bloßen Geschäftsführung „würde auf das Verantwortungsbewußtsein des Vorstands lähmend wirken und nicht dem Vorteil der Gesellschaft dienen.“ (AmtlBegr AktG 1937/1938 180; abgedr auch bei Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 656 f; Klausning, AktG 71).

3295 S hier schon Fn 3293 und näher iZm abstrakten Haftungsmilderungen im Vorhinein unten S 1165 ff.

3296 S 1165 ff.

3297 Dazu oben S 420 ff.

3298 Vgl auch § 101 Abs 1 AktG (dazu schon Fn 3210).

auch) § 66a AktG analog anzuwenden.³²⁹⁹ Nur das Verfolgungsrecht gem § 84 Abs 5 AktG ist analog anzuwenden auf die Haftung gem § 22 URG.³³⁰⁰ Schließlich sind das Verfolgungsrecht (und die Dispositionsbeschränkungen) auch analog anzuwenden auf die Ansprüche aus der Gründung gem § 41 AktG, soweit die Ansprüche aus der Verletzung von Kapitalaufbringungsvorschriften resultieren (dazu noch gesondert unten)³³⁰¹.

3. Die Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 Sätze 3 und 4 AktG

Wie erwähnt knüpft § 84 Abs 5 Satz 3 AktG an das Verfolgungsrecht an (arg: „*Den Gläubigern gegenüber*“) und unterliegt daher (mittelbar) ebenfalls den Tatbestandsvoraussetzungen der § 84 Abs 5 Sätze 1 f AktG: Unmöglichkeit der Befriedigung durch die Gesellschaft und Einschränkung auf die Ersatzansprüche gem § 84 Abs 3 AktG sowie darüber hinaus wegen sonst grob fahrlässiger Schädigung. Insoweit kann auf die vorangegangenen Ausführungen zum Tatbestand des Verfolgungsrechts verwiesen werden. Hier ist nun näher zu untersuchen, auf welche Dispositionen sich § 84 Abs 5 Satz 3 AktG bezieht und wem gegenüber die Unwirksamkeit (relativ) gilt.

a) Erfasste Dispositionen

Wie die bislang behandelten Dispositionsbeschränkungen (§ 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG sowie § 43 AktG) erfasst auch § 84 Abs 5 Satz 3 AktG unmittelbar nur Verzichte, Vergleiche und HV-Beschlüsse. Diese Aufzählung ist jedoch (ebenfalls) nicht taxativ, denn andernfalls könnte § 84 Abs 5 Satz 3 AktG seine Funktion (umfassende Absicherung der Gläubigerposition) nicht erfüllen. Nach allgM³³⁰² ist die Norm daher (ggf extensiv oder analog) auf wirkungsgleiche Geschäfte anzuwenden. Das ist mE jedoch insoweit einzuschränken, als die Ausweitung der indisponiblen Haftung (dh des Verfolgungsrechts und der korrespondierenden Dispositionsbeschränkungen) über § 84 Abs 3 AktG hinaus durch das AktG 1937/1938 unsachgerecht war und einen Wertungswiderspruch mit der Geschäftsführerhaftung begründet; diese ist nämlich (nach zutr Ansicht) nur im Bereich

3299 ZT dürfte § 66a AktG schon von § 84 Abs 3 Z 7 AktG erfasst sein („*Kredit gewährt wird*“). Vgl idS wohl J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 84 Rz 332.

3300 S dazu (insb zu den speziellen Dispositionsbeschränkungen des URG) schon zur GmbH mwN oben S 425 ff.

3301 S 861 ff.

3302 Vgl Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 84 Rz 113, 118; Grigoleit/Tomasic in Grigoleit, AktG² § 93 Rz 158; vgl bereits Makower, HGB¹² (1898) § 241 Anm III. b. (S 519 f). Die Lit behandelt die wirkungsgleichen Rechtsgeschäfte vorrangig iZm der Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG (§ 93 Abs 4 Satz 3 dAktG).

des § 25 Abs 3 GmbHG (deutlicher: § 43 Abs 3 dGmbHG) im Gläubigerinteresse zwingend. Um diesen Wertungswiderspruch nicht zu vergrößern, ist § 84 Abs 5 Satz 3 AktG mE daher ggf nur eingeschränkt auf § 84 Abs 3 AktG (nicht darüber hinaus bis grobe Fahrlässigkeit) auf allfällige andere, wirkungsgleiche Dispositionsarten (extensiv oder analog) anzuwenden.³³⁰³ Dasselbe gilt für die Anwendung auf (nicht wirkungsgleiche) abstrakte Haftungsmilderungen im Vorhinein (dazu noch gesondert unten)³³⁰⁴. Im Übrigen kann hinsichtlich der (mit-)erfassten Dispositionen auf die entsprechenden Ausführungen zu § 25 Abs 5 und 7 GmbHG verwiesen werden.

b) Relative Unwirksamkeit als Rechtsfolge

i. Dogmatische Einordnung

Nach § 84 Abs 5 Satz 3 AktG wird die Ersatzpflicht „[d]en Gläubigern gegenüber“ weder durch Verzicht oder Vergleich noch dadurch ausgeschlossen, dass die Handlung auf einem HV-Beschluss beruht. Wir haben es also mit einer gesetzlich angeordneten relativen Unwirksamkeit³³⁰⁵ zu tun.³³⁰⁶ Damit stellt sich die (Folge-)Frage nach der (personalen und sachlichen) Reichweite der Unwirksamkeit.

ii. Erfasste Personen und Modi der Rechtsverfolgung

Die Frage nach der Reichweite der Unwirksamkeitsfolge liegt im Aktienrecht etwas anders als im GmbH-Recht. Denn § 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG normieren die Unwirksamkeit, „soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist“, und erfassen damit jede Form der Geltendmachung von Ansprüchen in der materiellen Gesellschaftsinsolvenz, sei es durch Gesellschaftsgläubiger, den Insolvenzverwalter oder die Gesellschaft selbst.³³⁰⁷ Dagegen erfasst § 84 Abs 5 Satz 3 AktG unmittelbar nur die Rechtsverfolgung der Gesellschaftsgläubiger mittels Verfolgungsrechts (arg: „Den Gläubigern gegenüber“). Deshalb ist durchaus fraglich, ob sich Vorstandsmitglieder auch auf eine haftungsmildernde Gesellschaftsdis-

3303 Vgl dazu iZm den erfassten Arten (und Personen) der Rechtsdurchsetzung schon oben bei Fn 3282.

3304 S unten S 1165 ff bei Fn 4567.

3305 Allg dazu *Feltl*, Beschlussmängel 76 mwN; *Mayer-Maly* in FS Reimer (1976) 67 ff mwN; *Stroh* in FS zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (1911) II 474 ff.

3306 Ausdr *Habscheid* in FS Weber 197 (202); *Fasching* in FS Reimer 245 (247 f): „gesetzlich angeordnete[] relative[] Unwirksamkeit bestimmter Rechtshandlungen der Gesellschaft gegenüber den Gläubigern“; so wohl iE auch *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 345; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 289 (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 352 [Stand 01.10.2023]). S iZm der Rechtsnatur des Verfolgungsrechts schon oben bei Fn 3193.

3307 Dazu im GmbH-Teil oben S 444 ff.

position berufen können, wenn sie von der Gesellschaft in Anspruch genommen werden, oder von den Gläubigern mittels Drittschuldnerklage, oder (was wegen § 84 Abs 5 Satz 4 AktG noch am deutlichsten ist) vom Insolvenzverwalter. Schließlich ist fraglich, ob sich auch die Vorstandsmitglieder auf die Unwirksamkeit berufen können. Angesichts der gesetzlichen Regelung liegt es nahe, bei der Geltendmachung von Ansprüchen durch die Gesellschaftsgläubiger mittels Verfolgungsrechts anzusetzen.

1) *Gesellschaftsgläubiger: Anspruchsverfolgung mittels Verfolgungsrechts*
(§ 84 Abs 5 AktG)

Es ist unzweifelhaft, dass Dispositionen der Gesellschaft gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG gegenüber Gesellschaftsgläubigern nicht wirken, die Ansprüche der Gesellschaft mittels Verfolgungsrechts gem § 84 Abs 5 Satz 1 AktG hereinbringen.³³⁰⁸ Das ergibt sich aus dem Gesetzeswortlaut („*Den Gläubigern gegenüber*“) und aus der systematischen Stellung unmittelbar nach dem Verfolgungsrecht.³³⁰⁹ Es sind aber vor allem teleologische Überlegungen, die diese Auslegung bestätigen: Die Unwirksamkeit anspruchsmindernder Gesellschaftsdispositionen ist für die Funktionsfähigkeit des Verfolgungsrechts zwingend erforderlich. Schon die Motive zur Aktienrechtsreform von 1884 betonen, dass andernfalls das „*Verfolgungsrecht zu einem werthlosen Scheine herabsinken [würde], da die Organe der Gesellschaft es in ihrer Gewalt hätten, den Anspruch zu beseitigen.*“³³¹⁰

Bei genauerem Hinsehen zeigt sich, dass der Reformgesetzgeber bei diesen Überlegungen wohl sogar *ausschließlich* das Verfolgungsrecht³³¹¹ vor Augen hatte. Er dürfte der Ansicht gewesen sein, dass das (neugeschaffene) Verfolgungsrecht gegenüber der Forderungsexekution absolut vorteilhaft ist. Schließlich erspart es den Gesellschaftsgläubigern die Erwirkung eines Exekutionstitels gegen die Gesellschaft, den die Motive als „*unnütze, die Rechtsverfolgung nur erschwerende Formalität*“ bezeichnen.³³¹² Wegen dieser Vollstreckungserleichterung ging der Reformgesetzgeber anscheinend davon aus, die Forderungsexekution mit dem Verfolgungsrecht vollständig „abgelöst“ zu haben (wohl aber ohne jene dadurch verbieten zu wollen). Dementsprechend begründen die Motive die Unwirksamkeit von Verzichten und Vergleichen *nur* mit der Absicherung des Verfolgungsrechts, und nicht etwa (wie die Mat zu den GmbH-Gesetzen, die ein Verfolgungsrecht nicht vorsehen) *allgemein* mit dem Schutz des Befriedigungsinteresses oder der

3308 S hierzu die Nw in Fn 3318.

3309 Gerade aus der systematischen Stellung wird geschlossen, dass sich § 84 Abs 5 Satz 3 AktG sogar *nur* auf das Verfolgungsrecht bezieht (dazu noch insb unten S 837 ff).

3310 AmltBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 463.

3311 Art 241 Abs 4 Satz 1 ADHGB 1884.

3312 AmltBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 463.

Rechtsstellung der Gesellschaftsgläubiger.³³¹³ Dass sich die Formulierung „*Den Gläubigern gegenüber*“ nur auf das Verfolgungsrecht bezieht, bestätigt auch eine weitere Überlegung: Wie schon erwähnt, beschränkte der Aktiengesetzgeber von 1937/1938 die im Gläubigerinteresse indisponible Vorstandshaftung auf grobe Fahrlässigkeit außerhalb des Kapitalschutzes, weil eine indisponible Haftung für jede leicht fahrlässige Pflichtverletzung „*auf das Verantwortungsbewußtsein des Vorstands lähmend wirken und nicht dem Vorteil der Gesellschaft dienen [würde]*“.³³¹⁴ Für diese Wirkung ist nicht die bloße Entstehung von Ersatzansprüchen oder die Möglichkeit ihrer Geltendmachung entscheidend, sondern allein die Unwirksamkeitsfolge, dh die zwingende Erhaltung von Ersatzansprüchen im Gesellschaftsvermögen zum Zweck der *Absicherung* ihrer Geltendmachung (durch die Gläubiger). Gleichwohl befinden sich der Vorbehalt der Befriedigungsunmöglichkeit und die Begrenzung auf bestimmte Ersatzansprüche nicht in den Dispositionsbeschränkungen (§ 84 Abs 5 Satz 3 AktG), die die Grundlage der Unwirksamkeitsfolge und damit der referierten Wertung sind, sondern (nur) im Tatbestand des Verfolgungsrechts (§ 84 Abs 5 Sätze 1 f AktG). Die tatbestandsmäßige Unbeschränktheit des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG spricht maW angesichts der gesetzlichen Wertung dafür, dass der Gesetzgeber diese Norm nur auf das (eingeschränkte) Verfolgungsrecht bezogen hat.

Beim Verfolgungsrecht sind diese Einschränkungen auch notwendig, denn es hätte wenig Sinn gehabt, den Gläubigern ein *umfassendes* Verfolgungsrecht (auch bei Befriedigungsmöglichkeit und *omnis culpa*) zu gewähren, dieses aber zugleich nur durch eine begrenzte Dispositionsbeschränkung (insoweit unzureichend) abzusichern. Denn das Verfolgungsrecht ist ein „künstlich“ geschaffenes Recht, das ohne Absicherung leerliefe und deshalb sinnvollerweise nur soweit gewährt werden kann, wie es auch abgesichert ist. Eine Wiederholung der genannten Einschränkungen in § 84 Abs 5 Satz 3 AktG wäre aber redundant gewesen, weil sich diese Bestimmung nach der gesetzgeberischen Vorstellung ohnehin *nur* auf das Verfolgungsrecht beziehen sollte. Deshalb konnte sich der Gesetzgeber darauf beschränken, die genannten Einschränkungen im Verfolgungsrecht vorzusehen und die Dispositionsbeschränkungen (ihrerseits unbeschränkt) ausschließlich an das Verfolgungsrecht anzuknüpfen („*Gegenüber den Gläubigern*“). Durch diese Anknüpfung gelten die Einschränkungen der § 84 Abs 5 Sätze 1 f AktG *mittelbar* auch für die Un-

3313 Vgl AmtlBegr dGmbHG (zu § 9) 2736: „*Nur ist zu verhindern, daß die Gesellschaft selbst durch Verzichtleistungen oder Vergleiche hinsichtlich ihrer Schadenersatzansprüche den Gläubigern dieses Befriedigungsobjekt entzieht.*“ Ähnlich EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 62: „*In ihrem Rechte dürfen jedoch die Gläubiger durch willkürliche Abmachungen der Gesellschaft nicht verkürzt werden.*“

3314 AmtlBegr AktG 1937/1938 180 (abgedr auch bei Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 656 f; Klausling, AktG 71). S schon Fn 3256.

wirksamkeitsfolge;³³¹⁵ und *nur diese* ist wie erwähnt maßgebend für die obigen Wertungsüberlegungen (Risikoanreiz der Organmitglieder). Die auf das Verfolgungsrecht fixierte Regelungstechnik des Gesetzes darf also nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Voraussetzungen der § 84 Abs 5 Sätze 1 f AktG *allgemeine* Voraussetzungen eines gesetzlich anerkannten Gläubigerschutzbedürfnisses nach indisponibler Organhaftung sind. Mit dem Verfolgungsrecht wollte der Gesetzgeber also richtig besehen auch die Unwirksamkeit von Gesellschaftsdispositionen gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG und damit ganz allgemein die (im Gläubigerinteresse) indisponible Vorstandshaftung beschränken.³³¹⁶ Eindrücklich veranschaulicht wird diese Wertung im GmbH-Recht, das ein Verfolgungsrecht der Gesellschaftsgläubiger nicht vorsieht. Konsequenterweise ordnen die Dispositionsbeschränkungen gem § 10 Abs 6 GmbHG und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG *selbst* die Einschränkungen des gesetzlichen Gläubigerschutzes an, nämlich die Erforderlichkeit des Ersatzes zur Gläubigerbefriedigung und (aus § 25 Abs 5 und 7 GmbHG freilich nicht leicht ersichtlich) die Einschränkung auf Ersatzansprüche wegen einer Verletzung von Kapitalschutzvorschriften oder wegen Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 10 Abs 4 und § 25 Abs 3 GmbHG). Diese Einschränkungen gelten wie erwähnt unabhängig von der Art der Anspruchsdurchsetzung (insb für Überweisungs-gläubiger und den Insolvenzverwalter).

Die soeben skizzierte Prämisse des Reformgesetzgebers von 1884 (absolute Vorteilhaftigkeit des Verfolgungsrechts) und die daraus entstandene, auf das Verfolgungsrecht fokussierte Regelungstechnik des § 84 Abs 5 AktG sind maßgebend für die Frage, inwieweit die Unwirksamkeit gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG auch gegenüber anderen Personen und bei anderen Rechtsdurchsetzungsarten greift.

2) Gesellschaftsgläubiger: Anspruchsverfolgung mittels Drittschuldnerklage (§ 294 iVm § 308 EO)

Nicht einig ist sich das Schrifttum in der Frage, ob sich Gesellschaftsgläubiger auch auf § 84 Abs 5 Satz 3 AktG berufen können, wenn sie Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen ein Vorstandsmitglied auf exekutivem Weg, also mittels Drittschuldnerklage (Einziehungsklage) nach erfolgter Pfändung und Überweisung des Ersatzanspruchs,³³¹⁷ durchsetzen und das Vor-

3315 Vgl auch *Bachmann*, Gutachten E für den 70. DJT E 40.

3316 Vgl insoweit zutr (aber mit mE unzutr Ableitung [dazu noch unten S 837 ff]) *Dellinger* in FS Frotz 187 (199 Fn 45); aA (und mE unzutr) *Runggaldier/Schima*, Rechtsstellung 226, denen zufolge § 84 Abs 5 Satz 2 AktG nur den „unmittelbaren Zugriff“ durch die Gesellschaftsgläubiger beschränke, § 84 Abs 5 Satz 3 AktG sich aber auf jede schuldhaft Schadenzufügung beziehe. S noch Fn 3343.

3317 Hat der Gesellschaftsgläubiger einen Exekutionstitel gegen die Gesellschaft erwirkt, kann er zur Hereinbringung seiner Forderung auch Forderungen (zB Ersatzansprüche) der Gesellschaft pfänden und sich überweisen lassen (Forderungsexekution). Wenn der Drittschuldner (hier: Vorstandsmitglied) den Anspruch des Verpflichteten

standsmitglied ihnen (dem Überweisungsgläubiger) gegenüber im Drittschuldnerprozess eine anspruchsmindernde Gesellschaftsdisposition (zB Verzicht, Vergleich oder HV-Beschluss) einwendet.

a. Meinungsstand

Nach hL³³¹⁸ ist § 84 Abs 5 Satz 3 AktG nur auf das Verfolgungsrecht anwendbar. Demnach könnten Vorstandsmitglieder (in dieser Konstellation: Drittschuldner) dem Gesellschaftsgläubiger (als Überweisungsgläubiger) im Drittschuldnerprozess anspruchsmindernde Dispositionen der Gesellschaft (als die Verpflichtete) erfolgreich entgegenhalten. Das wäre selbst dann möglich, wenn und soweit der Gesellschaftsgläubiger Ersatzansprüche gem § 84 Abs 3 AktG oder wegen sonst grob fahrlässiger Schädigung geltend macht (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG) und von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen kann (§ 84 Abs 5 Satz 1 AktG). Vertreter dieser Ansicht stützen sich vorwiegend auf die systematische Stellung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG.

G. Frotz³³¹⁹ hat dieser Ansicht entgegengehalten, dass die Frage, welche Einwendungen einem Organmitglied offenstehen, eine materiell-rechtliche sei und als solche nicht von der Modalität der Rechtsverfolgung durch den einzelnen Gesellschaftsgläubiger abhängen könne.³³²⁰ Zwar spreche die sys-

(hier: AG) bestreitet, kann der betreibende Gläubiger ohne Titel nicht unmittelbar gegen ihn Exekution führen, sondern muss zuerst ein Urteil gegen den Drittschuldner erwirken (Drittschuldnerklage, Einziehungsklage). Gegenstand dieses Drittschuldnerprozesses ist das Bestehen des Anspruchs des Verpflichteten gegen den Drittschuldner (hier: der Gesellschaft gegen ihr Vorstandsmitglied). Vgl RIS-Justiz RS0003886; weiterführend Kunz, Die Prozessstandschaft 100 mwN; Rauter/Ratka in Ratka/Rauter, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/224; aus praktischer Sicht Rizzi/Zimmermann, ecolex 2014, 492 ff.

3318 Ausf Dellinger in FS Frotz 187 (200 f); Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 84 Rz 121; J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 84 Rz 435; so wohl auch Ch. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 84 Rz 37; Schiemer, AktG² § 84 Anm 21.2; Losert/Schiemer/Stadler, AktG (1966) § 84 Anm 19; Ostheim in Korinek/Krejci, Der Verein 117 (197 f); Fritz in SWK-Spezial Der GmbH-Geschäftsführer² Rz 1129; Niederberger, ecolex 1997, 838 (839); Stölzle, GesRZ 1979, 22 (26); Schlosser, Organhaftung 136; Kunz, Die Prozessstandschaft 133. Für Deutschland Spindler in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 331, 349; Hopt/Roth in Großkomm AktG⁵ § 93 Rz 546; Wigand, Haftungsbeschränkungen 346; Golling, Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit 91; Eßwein, Privatautonome Gestaltung 123 ff; so schon Schlegelberger et al, AktG³ (1939) § 84 Anm 27; v Godin/Wilhelmi, AktG² (1950) § 84 Anm 24 (S 367 f); dies, AktG³ (1967) § 93 Anm 28 (S 471 f); Ritter, AktG² (1939) § 84 Anm 9. g) (S 283), wonach Gläubiger dann auch nicht mehr mittels Verfolgungsrechts vorgehen könnten (krit Zempel, AcP 155 [1956] 209 [240 Fn 72]); Cosack, Lehrbuch¹² (1930) 83.

3319 G. Frotz, GesRZ 1982, 98 (101).

3320 Insoweit zust, aber mit anderem Ergebnis (s sogleich unten im Fließtext) Ostheim in Korinek/Krejci, Der Verein 117 (198); zust auch Mandl, Die Haftung des Vereinsvorstands 128.

tematische Stellung dafür, dass sich § 84 Abs 5 Satz 3 AktG auf das Verfolgungsrecht bezieht, daraus lasse sich aber logisch nicht folgern, dass die Norm nur bei dieser Art der Rechtsverfolgung eingreifen soll. Wertungsmäßig scheine vielmehr das Gegenteil richtig, dass die Dispositionsbeschränkungen unter den genannten Voraussetzungen auch für die Rechtsverfolgung mittels Pfändung und Überweisung gelten muss. In beiden Fällen mache der Gläubiger materiell-rechtlich nicht einen eigenen Anspruch, sondern den Ersatzanspruch der Gesellschaft geltend. Weshalb außerhalb § 84 Abs 3 AktG ein leicht fahrlässig pflichtwidrig handelndes Organmitglied, das nur exekutiv in Anspruch genommen werden kann, wegen des Wegfalls der Dispositionsbeschränkung anders als ein grob fahrlässig handelndes Organmitglied von der Ersatzpflicht möglicherweise ganz frei sein soll, sei unter Gerechtigkeitsgesichtspunkten unverständlich.³³²¹ Dies erst recht, wenn man an die gegenteilige Regelung des GmbH-Rechts denke.³³²² *G. Frotz* kommt zum Ergebnis, dass § 84 Abs 5 Satz 3 AktG ungeachtet der Gesetzessystematik für jede Art der Rechtsverfolgung durch die Gesellschaftsgläubiger gelten muss.³³²³ Eine Einschränkung macht *G. Frotz* jedoch dahingehend, dass die Geltung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG unter der Voraussetzung stehe, dass die Gläubiger von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können (vgl § 84 Abs 5 Satz 1 AktG). Dieser Ansicht haben sich zahlreiche weitere Autoren angeschlossen.³³²⁴

3321 Dieses Bsp – so viel vorweg – ist mE nicht nachvollziehbar. Denn auf leichte Fahrlässigkeit bezieht sich ja auch das Verfolgungsrecht nicht, sodass das Vorstandsmitglied insoweit *jedenfalls* (unabhängig vom Durchsetzungsmodus) von der Haftung frei würde (und zwar aus Gründen der Verhaltenssteuerung zu Recht). Der Vergleich von *G. Frotz* bezieht nicht nur die verschiedenen Modalitäten der Rechtsverfolgung ein (Verfolgungsrecht und Forderungsexekution), sondern vermengt auch zwei Verschuldensgrade (leichte und grobe Fahrlässigkeit). Diese zweitgenannte Differenzierung ist aber wie gesagt sachgerecht: darin kommt die Wertentscheidung des Gesetzgebers zum Ausdruck, aus Gründen des Risikoanreizes die zwingende Erhaltung von Ersatzansprüchen außerhalb des Kapitalschutzes mit grober Fahrlässigkeit zu limitieren. Dagegen wäre eine (wirkliche) Differenzierung nach dem Durchsetzungsmodus (in Bezug auf die qualifizierten Pflichten des § 84 Abs 3 AktG oder grobe Fahrlässigkeit) tatsächlich wertungswidersprüchlich (dazu noch im Fließtext).

3322 *G. Frotz* legt die (mE unzutr) hM zugrunde, nach der sich § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf *sämtliche* Ansprüche aus § 25 Abs 2 GmbHG beziehen (dazu ausf im GmbH-Teil).

3323 *G. Frotz*, GesRZ 1982, 98 (101). Vom Wortlaut sei dies gedeckt (insoweit zust, iE aber abl *Dellinger* in FS Frotz 187 [198]; zust auch *Told/Warto* in *Harrer/Neumayr/Told*, Organhaftung 3 [127]).

3324 *Runggaldier/Schima*, Rechtsstellung 226 (soweit ersichtlich dann aber ohne diesbezgl Stellungnahme *dies*, Manager-Dienstverträge⁴ 204 f); so wohl auch *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 165 (188 ff); *Adensamer* in *Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 84 Rz 54 f, 58; *Eckert/Schopper/Madari* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} § 84 Rz 57, 59 („*unabhängig davon, ob dem Haftungsanspruch grobe oder leichte Fahrlässigkeit zu Grunde liegt*“); zust *Told/Warto* in *Harrer/*

*Ostheim*³³²⁵ teilte zwar den Einwand, die Einwendungslage sei eine materiell-rechtliche Frage und könne nicht vom Modus der Rechtsdurchsetzung abhängen, zog daraus aber andere Schlüsse: Nach hM drohe dem Vorstandsmitglied die exekutive Geltendmachung des Gesellschaftsanspruchs durch die Gläubiger unabhängig von der Erforderlichkeit zur Befriedigung und auch schon bei leichter Fahrlässigkeit. Dass die Drittschuldnerklage nicht dieselben Voraussetzungen wie das Verfolgungsrecht habe, begründe einen Wertungswiderspruch. Diesen wollte *Ostheim* dadurch auflösen, dass er § 84 Abs 5 AktG als abschließende *lex specialis* verstand, die den allgemeinen Grundsätzen über Umfang und Wirkung einer Forderungspfändung vorgehe. Deshalb seien Gesellschaftsgläubiger auch bei exekutiver Geltendmachung von Ersatzansprüchen immer an den Umfang der § 84 Abs 5 Sätze 1 f AktG gebunden (Befriedigungsunmöglichkeit und Einschränkung auf Ersatzansprüche gem § 84 Abs 3 AktG sowie wegen sonst grob fahrlässiger Schädigung).

b. Stellungnahme und eigene Ansicht

Zustimmung verdient zunächst die Prämisse der hL, dass sich § 84 Abs 5 Satz 3 AktG *unmittelbar* nur auf das Verfolgungsrecht bezieht. Wie oben schon dargelegt, dürfte dies tatsächlich der Absicht des historischen Gesetzgebers von 1884 entsprochen haben und kommt demgemäß auch in der Gesetzessystematik zum Ausdruck. Diese Absicht muss aber wiederum im Kontext ihrer Prämissen gesehen werden: Sie basiert wie erwähnt auf der Annahme, dass das Verfolgungsrecht eine Forderungsexekution obsolet mache. Diese Prämisse ist jedoch unrichtig. Das Verfolgungsrecht erspart den Gläubigern zwar die Erwirkung eines Exekutionstitels gegen die Gesellschaft, diese Ersparnis hat aber eine Kehrseite: Ohne ein Exekutionsverfah-

Neumayr/Told, Organhaftung 3 (128): „[N]ach nunmehr wohl überwiegender Ansicht“; so auch *Eckert/Madari* in *Rubmannseder/Wess*, Hdb Corporate Compliance Rz 3.45; so wohl auch *Felzl* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 9/429; so wohl auch (jedoch ohne weitere Begründung) *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 435; *de lege ferenda* auch *Kalss* in *Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, 16. ÖJT II/1 123 mit folgender Empfehlung: „Soweit die Ersatzleistung zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist, sollte sich kein Organmitglied auf einen Hauptversammlungsbeschluss oder einen Verzicht oder Vergleich berufen können.“ Der (angebliche) Wertungswiderspruch mit § 25 Abs 5 und 7 GmbHG solle „zugunsten der GmbH-rechtlichen Regelung aufgelöst werden“. Für Deutschland offenbar bereits *Habscheid* in FS Weber 197 (203) mit Verweis auf *Boeter*, Die Entwicklung des Rechts der Ersatzansprüche der AG gegen ihre Organträger unter besonderer Berücksichtigung der Geltendmachung durch den Gläubiger der AG, Würzburg Diss (1970) 46 f. Abl in Bezug auf Frotz aber *Ostheim* in *Korinek/Krejci*, Der Verein 117 (198 Fn 363): „sicher gesetzwidrig“ (s sogleich im Fließtext).

3325 *Ostheim* in *Korinek/Krejci*, Der Verein 117 (197 f); vgl auch die Darstellung und (abl) Stellungnahme bei *Dellinger* in FS Frotz 187 (195 ff).

ren gibt es auch keinen Bewilligungsbeschluss, in dem ein Zahlungs- und Verfügungsverbot (Doppelverbot) für den Drittschuldner (das Vorstandsmitglied) bzw den Verpflichteten (die Gesellschaft) ausgesprochen werden könnte. Deshalb kann das Vorstandsmitglied weiterhin schuldbefreiend an die Gesellschaft oder an andere Gläubiger leisten und die Gesellschaft kann weiterhin wirksam über den Anspruch verfügen (außer durch Verzicht, Vergleich oder ähnliche Geschäfte).³³²⁶ Diese Unsicherheiten, die mit dem exekutionsrechtlichen Doppelverbot verhindert würden, sind gewissermaßen der „Preis“, den die Gläubiger für die Vereinfachung und Beschleunigung der Anspruchsgeltendmachung zahlen (Zielkonflikt).³³²⁷ Sie ersparen sich zwar einen Exekutionstitel, ihnen entgehen aber auch die damit verbundenen Vorteile. Der Gesetzgeber von 1884 sah zwar die Möglichkeit einer schuldbefreienden Leistung an die Gesellschaft und andere Gläubiger, thematisierte sie aber nicht als Nachteil gegenüber der Forderungsexekution.³³²⁸

Heute ist man sich indessen weitgehend einig, dass das Verfolgungsrecht für die Gesellschaftsgläubiger aus den genannten Gründen nicht absolut vorteilhaft ist.³³²⁹ Vielmehr wird das Verfolgungsrecht im Vergleich zur Forderungsexekution sogar vielfach als nachteilig und schwächer angesehen.³³³⁰

3326 S dazu schon iZm der Rechtsnatur des Verfolgungsrechts oben bei Fn 3239. Ausdr AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 463 rSp: „*Dem Beklagten muß es überlassen bleiben, wie sonstige Einwendungen gegen den Anspruch, so auch Zahlungen geltend zu machen, welche er auf denselben an andere Gläubiger oder an die Gesellschaft etwa geleistet hat. [...] Nur soweit von den Aufsichtsrathsmitgliedern [Anm des Verf: und den Vorstandsmitgliedern] Ersatz der Gesellschaft wirklich geleistet wird, erlischt natürlich der Anspruch auch den Gläubigern gegenüber.*“

3327 Vgl auch *Habscheid* in FS Weber 197 (203 f); *Fasching* in FS Reimer 244 (247); ähnlich v *Godin/Wilhelmi*, AktG³ (1967) § 93 Anm 28 (S 471 f).

3328 Vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 463 rSp (s Fn 3326). Die Möglichkeit, weiterhin an andere Gläubiger schuldbefreiend zu leisten, erachten die Motive offenbar sogar als Vorteil gegenüber der Forderungsexekution, weil nicht der Gläubiger, der zuerst klagt, sondern jener, der zuerst befriedigt wird, im Vorteil sei. Dadurch werde „*eine gleichmäßige Berücksichtigung der verschiedenen Gläubiger der Gesellschaft [ermöglicht]*“ (s schon Fn 3234).

3329 Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 84 Rz 118; *G. Frotz*, GesRZ 1982, 98 (100); *Dellinger* in FS Frotz 187 (190) mwN: „*Schwäche der Position des Einziehungsgläubigers*“; *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 431; *Kunz*, Die Prozessstandschaft 131, 206; *Habscheid* in FS Weber 197 (204): wonach die Bedeutung des Verfolgungsrechts daher nicht allzu hoch eingeschätzt werden darf; *Cahn* in KK-AktG⁴ § 93 Rz 200 (praktische Bedeutung des Verfolgungsrechts deshalb gering); *Grigoleit/Tomasic* in *Grigoleit*, AktG² § 93 Rz 152; *Hölters/Hölters* in *Hölters/Weber*, AktG⁴ § 93 Rz 311. *Adensamer/Eckert* (in *Kalss*, Vorstandshaftung 165 [209]) halten die Einziehungsermächtigung insg für unzweckmäßig, die Pfändung und Überweisung für vorzugswürdig und schlagen daher sogar eine Streichung der Einziehungsermächtigung vor.

3330 S die Nw in Fn 3329.

In der Tat haben beide Rechtsbehelfe ihre Vor- und Nachteile, die jeweils einander bedingen (vergrößert: Einfachheit versus Sicherheit). Was vorteilhaft ist, hängt wohl von der Situation im Einzelfall ab. Dementsprechend rät die Lit den Gläubigern, beide Wege (Verfolgungsrecht und Forderungsexekution) parallel zu beschreiten.³³³¹ Jedenfalls ist die Forderungsexekution entgegen der Annahme des Reformgesetzgebers nicht durch das Verfolgungsrecht obsolet geworden, sondern wird von Gesellschaftsgläubigern (weiterhin) in Anspruch genommen. Ist die historische Regelungsprämisse somit brüchig, muss auch die auf ihrer Basis erlassene Regelung kritisch hinterfragt werden. Jene Prämisse manifestiert sich wie erwähnt in der Gesetzessystematik des § 84 Abs 5 AktG: Die Unwirksamkeitsfolge des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG ist *nur deshalb* allein auf das Verfolgungsrecht bezogen, weil der Gesetzgeber außer diesem keinen anderen Modus der Rechtsdurchsetzung (insb Forderungsexekution) vor Augen hatte. Die Frage lautet also: Hätte der Gesetzgeber die Unwirksamkeitsfolge auch auf die Forderungsexekution bezogen, wenn er davon ausgegangen wäre, dass diese neben dem Verfolgungsrecht (weiterhin) relevant sein würde? Wertungsüberlegungen sprechen mE für die Bejahung dieser Frage und eine Gleichbehandlung beider Rechtsdurchsetzungstechniken. Denn die Anwendbarkeit der Dispositionsbeschränkungen impliziert, dass die betroffenen Vorschriften Schutzgesetze zugunsten der Gläubiger sind (wenngleich eine Außenhaftung gesetzlich ausgeschlossen ist).³³³² Insoweit muss der Gläubigerzugriff auf den Gesellschaftsanspruch daher durch Verfügungsbeschränkungen geschützt werden. Der Reformgesetzgeber hielt die Forderungsexekution wie erwähnt wohl zwar für obsolet („unnütze [...] Formalität“)³³³³, soweit ersichtlich aber nicht für verpönt. Die Gesellschaftsgläubiger sind auch bei der exekutiven Anspruchsverfolgung schutzbedürftig und die Organmitglieder werden durch die Anwendung der Dispositionsbeschränkungen nicht benachteiligt, weil es für ihr (gesetzlich als maßgebend anerkanntes) Planungsinteresse nicht darauf ankommt, *wie* die Gläubiger Ansprüche geltend machen (also auf die Technik), sondern darauf, *dass* die Ansprüche trotz Verfügung der Gesellschaft zwingend im Gesellschaftsvermögen erhalten bleiben (was ohnehin der Fall ist, soweit Ansprüche mittels Verfolgungsrechts durchgesetzt

3331 Vgl G. Frotz, GesRZ 1982, 98 (100 rSp); Dellinger in FS Frotz 187 (190); Harrer, Haftungsprobleme 72; J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 84 Rz 431 bei Fn 895; Adensamer in Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 84 Rz 66; Kunz, Die Prozessstandschaft 206; Cahn in KK-AktG⁴ § 93 Rz 200 („Durchweg muss dem Gläubiger geraten werden [...]“), Rz 202 („empfehlte sich“); Hopt/Roth in Großkomm AktG⁵ § 93 Rz 549; Koch in Koch, AktG¹⁷ § 93 Rz 173 („anzuraten“); vgl auch Ihrig/Schäfer, Rechte und Pflichten des Vorstands² Rz 1539; Sailer-Coceani in K. Schmidt/Lutter, AktG⁴ § 93 Rz 72.

3332 Zu dieser Gläubigerschutzimplikation der Dispositionsbeschränkungen schon auf iZm § 25 Abs 5 GmbHG oben S 257 ff.

3333 Vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 463.

werden). Deshalb wäre es ungerechtfertigt, dem Überweisungsgläubiger den gesetzlichen Schutz vor nachteiligen Gesellschaftsdispositionen zu versagen.³³³⁴ Insgesamt ist daher G. Frotz³³³⁵ und Ostheim³³³⁶ darin zuzustimmen, dass die Einwendungslage von Vorstandsmitgliedern nicht vom Modus der Anspruchsdurchsetzung abhängen kann. Daher ist § 84 Abs 5 Satz 3 AktG mE entgegen der hL auch anwendbar, wenn Gesellschaftsgläubiger mittels Drittschuldnerklage gegen Vorstandsmitglieder vorgehen.

Dass auch Überweisungsgläubiger Schutz vor nachteiligen Gesellschaftsdispositionen verdienen, bedeutet aber nicht, dass nun einfach § 84 Abs 5 Satz 3 AktG unbesehen auf die Forderungsexekution angewendet werden kann. Denn das erste ist eine Frage des „Ob“, das zweite hingegen eine Frage des „Wie“. Erneut ist die gesetzgeberische Prämisse zu beachten, unter deren Eindruck § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (und seine Vorgängerbestimmungen) ausgestaltet wurden. Wie eingangs dargelegt, hat der Reformgesetzgeber von 1884 die Voraussetzungen und den Umfang eines gesetzlich anerkannten Gläubigerschutzbedürfnisses nur als Tatbestandsvoraussetzungen des Verfolgungsrechts formuliert, weil er sich eben auf dessen Regelung beschränkte. Nur deshalb konnte er die Unwirksamkeitsfolge als solche unbeschränkt lassen. Mit dem Verfolgungsrecht wollte er aber auch die Dispositionsbeschränkungen (und damit die im Gläubigerinteresse indisponible Vorstandshaftung) begrenzen.³³³⁷ Da der Gesetzgeber nur das Verfolgungsrecht regelte, wäre eine nochmalige Normierung der Einschränkungen der § 84 Abs 5 Sätze 1 f AktG in Abs 5 Satz 3 redundant gewesen. Hätte er dagegen auch die Forderungsexekution vor Augen gehabt, hätte er sinnvollerweise auch § 84 Abs 5 Satz 3 AktG unter die Voraussetzungen der § 84 Abs 5 Sätze 1 f AktG stellen müssen (wie es der GmbH-Gesetzgeber getan hat). Dabei ist die Voraussetzung der Befriedigungsunmöglichkeit (§ 84 Abs 5 Satz 1 AktG) gewissermaßen „mit freiem Auge“ nachvollziehbar.³³³⁸ Soweit die Gesellschaft (noch) zahlungsfähig ist, sind ihre Gläubiger nämlich gar nicht benachtei-

3334 Insoweit fungieren die Dispositionsbeschränkungen streng genommen nicht mehr als Korrektive für die Haftungskonzentration, sondern gehen darüber noch hinaus. Denn das Problem, dass die Organmitglieder schuldbefreiend an die Gesellschaft oder andere Gläubiger leisten können, hätten die Gläubiger auch unter der Annahme einer Direkthaftung (vorausgesetzt, dass die Organmitglieder nicht mehrfach in Anspruch genommen werden können sollen).

3335 G. Frotz, GesRZ 1982, 98 (101).

3336 Ostheim in Korinek/Krejci, Der Verein 117 (198).

3337 S schon oben Fn 3316.

3338 Vgl allg Dellinger in FS Frotz 187 (198): „sachgerechte Beschränkung“; G. Frotz, GesRZ 1982, 98 (100 f); AmtlBegr zur dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 463, wonach „es den Rechtsgrundsätzen nicht entsprechen [würde], den Gläubigern auch dann einen Anspruch gegen die Mitglieder des Aufsichtsraths einzuräumen, wenn derselbe aus dem Gesellschaftsvermögen vollständige Deckung fände.“ S dazu auch schon bei Fn 3242.

ligt.³³³⁹ Aus gutem Grund übernahm auch *G. Frotz* (bei ansonsten isolierter Anwendung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG auf die Drittschuldnerklage) zumindest *diese* tatbestandsmäßige Einschränkung aus § 84 Abs 5 Satz 1 AktG.³³⁴⁰ Die Notwendigkeit einer Einschränkung auf die in § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG genannten Ersatzansprüche ergibt sich wie erwähnt daraus, dass der Gesetzgeber die (im Gläubigerinteresse) indisponible Vorstandshaftung außerhalb des Kapitalschutzes *bewusst* auf grobe Fahrlässigkeit eingeschränkt hat, weil sich die andernfalls zu strenge Haftung negativ auf den Risikoanreiz der Vorstandsmitglieder auswirken würde.³³⁴¹ Für diese Effekte kommt es wie erwähnt nicht darauf an, *wie* Ansprüche geltend gemacht werden, sondern nur darauf, *dass* sie zwingend im Gesellschaftsvermögen erhalten werden, weil diese Erhaltung die Antizipation einer Inanspruchnahme durch die Organmitglieder bestimmt.³³⁴² Dennoch übernahm *G. Frotz* diese Einschränkung nicht bei der Erweiterung des § 84 Abs 5

3339 Insoweit wären die Gläubiger auch ohne Haftungskonzentration nicht ersatzberechtigt, weshalb Ersatzansprüche der Gesellschaft auch nicht als Korrektiv zwingend erhalten werden müssen.

3340 Vgl *G. Frotz*, GesRZ 1982, 98 (100 f). Es gebe keinen überzeugenden Grund dafür, dass Organmitglieder nur deshalb die Möglichkeit der Einwendung von Verzichten, Vergleichen etc verlieren sollen, weil ein Gläubiger der Gesellschaft, obwohl er von dieser durchaus anderweitig Befriedigung erlangen könnte, den (angeblichen) Ersatzanspruch der Gesellschaft in Exekution zieht. Würde *G. Frotz* nicht diese Voraussetzung der Subsidiarität übernehmen, gingen die aktienrechtlichen Dispositionsbeschränkungen in dieser Hinsicht weiter als ihr GmbH-rechtliches Pendant, was mit der von *G. Frotz* bezweckten „*Rechtsangleichung*“ wohl nicht vereinbar wäre. Insoweit krit auch (freilich „aus Sicht“ der hL) *Dellinger* in FS Frotz 187 (198) mit dem Einwand, dass sich die „sachgerechte Beschränkung“ der Subsidiarität aber *nur* in § 84 Abs 5 Satz 1 AktG finde, weshalb wohl auch *G. Frotz* die Dispositionsbeschränkungen wenigstens vorrangig auf das Verfolgungsrecht beziehen müsse.

3341 AmtlBegr AktG 1937/1938 180 (abgedr auch bei *Klausing*, AktG 71). S dazu schon oben Fn 3256.

3342 Mit anderen Worten ergibt sich die „Strenge“ der Haftung nicht aus einer bestimmten Form der Geltendmachung, sondern allein aus der zwingenden Erhaltung von Ersatzansprüchen im Gesellschaftsvermögen durch § 84 Abs 5 Satz 3 AktG. Deshalb ist aus Sicht der Vorstandsmitglieder eine „unmittelbare“ Inanspruchnahme mittels Verfolgungsrechts auch nicht nachteiliger als eine „mittelbare“ Inanspruchnahme durch Drittschuldnerklage.

Satz 3 AktG auf die Forderungsexekution.^{3343, 3344} Allerdings fehlen bei einer derart umfassenden Anwendung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG entsprechend seinem (insoweit überschießenden) Wortlaut mit dem Verfolgungsrecht als Anknüpfungspunkt auch die dort geregelten Einschränkungen. Dadurch würden Ersatzansprüche über das gesetzlich anerkannte Gläubigerschutzmaß hinaus im Gesellschaftsvermögen erhalten.³³⁴⁵ Die Forderungsexekution würde gegenüber dem Verfolgungsrecht bessergestellt, was ebenso unsachlich wäre

3343 Insoweit zu Recht abl *Dellinger* (in FS Frotz 187 [199]) mit dem Argument, dass § 84 Abs 5 Satz 2 AktG mit der Einziehungsermächtigung zugleich den Einwendungsausschluss und damit ganz iSd Mat auch die Haftung beschränkt (aaO 199 Fn 45 [s schon oben Fn 3316]). Könnten sich Überweisungsgläubiger ebenfalls auf § 84 Abs 5 Satz 3 AktG berufen, dann würde die Beschränkung der Einziehungsermächtigung nach *Dellinger* nur einen rechtsdurchsetzungstechnischen Umweg über die Drittschuldnerklage erforderlich machen, ginge materiell-rechtlich aber ins Leere. Dadurch werde die vom Gesetzgeber bezweckte Beschränkung der „unmittelbaren Haftung“ durch die unbeschränkte „mittelbare Haftung“ unterlaufen. Daraus schließt *Dellinger*, dass die Beschränkung der „unmittelbaren Haftung“ ihren Sinn *nur dann* behalte, wenn man § 84 Abs 5 Satz 3 AktG mit der hL nur auf das Verfolgungsrecht bezieht. Tatsächlich schließt mE die gebotene Beachtung der Beschränkungen in § 84 Abs 5 Sätze 1 f AktG eine Anwendung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG auf die Forderungsexekution nicht aus, solange man eben auch § 84 Abs 5 Satz 3 AktG im Rahmen jener Beschränkungen gem § 84 Abs 5 Sätze 1 f AktG (wertungskonform erweiternd) anwendet.

3344 Die Übertragung zwar der Voraussetzung der Befriedigungsunmöglichkeit aus § 84 Abs 5 Satz 1 AktG, jedoch nicht der Einschränkung auf bestimmte Ersatzansprüche aus § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG, ist offenbar dem Bestreben geschuldet, das AktG insoweit an das GmbH-Recht anzugleichen (s idZ schon Fn 3340). Die (selektive) Nichtübernahme der Einschränkung auf bestimmte Ersatzansprüche führt zudem in einen Widerspruch zu der von *G. Frotz* vorangestellten Prämisse, dass die Einwendungslage nicht vom Modus der Rechtsverfolgung abhängen kann. Zwar wendet er § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (unter der Voraussetzung der Befriedigungsunmöglichkeit) „gleichmäßig“ auf alle Durchsetzungsmodi an, doch ist das Verfolgungsrecht *selbst* auf grob fahrlässige Pflichtverletzungen beschränkt (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG). Dass diese ausdr Einschränkung des Verfolgungsrechts nicht ignoriert werden kann, räumt auch *G. Frotz* (GesRZ 1982, 98 [100]) ein (bezieht sich damit aber nur auf das Verfolgungsrecht). Letztlich hängt also die Einwendungslage der Vorstandsmitglieder wegen der Beschränktheit des Verfolgungsrechts *doch* vom Modus der Rechtsverfolgung ab.

3345 Soweit idZ für eine umfassende Anwendung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG vorgebracht wird, dass sich (angeblich) auch § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf sämtliche Ansprüche beziehen, kann auf die obigen Ausführungen zum GmbH-Recht verwiesen werden. Abzulehnen ist idZ auch das Argument von *Runggaldier/Schima* (Rechtsstellung 226), wonach jede andere Lösung (als die umfassende Anwendung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG nach *Frotz*) einen „unüberbrückbaren Wertungswiderspruch“ mit § 84 Abs 4 Satz 3 AktG schafft, weil diese Bestimmung eine Verzichtsbeschränkung für *jede* Form schuldhafter Schadenszufügung anordnet (konträr *Dellinger* in FS Frotz 187 [202], der in § 84 Abs 4 Satz 3 AktG gerade eine Rechtfertigung dafür sieht, dass sich § 84 Abs 5 Satz 3 AktG im Gegensatz zu § 25 Abs 5 und 7 GmbHG [iSd hM extensiv verstanden] *nicht* auf alle Ersatzansprüche bezieht, sondern mit grober Fahrlässigkeit begrenzt ist [dazu schon in Fn 1264])).

wie die oben behandelte Schlechterstellung durch die hL. Aus den genannten

Das Argument von *Runggaldier/Schima* krankt zunächst daran, dass es einen (angeblichen) Wertungswiderspruch gar nicht zur Gänze auflösen kann, weil § 84 Abs 5 Satz 3 AktG jedenfalls bei Anspruchsdurchsetzung *mittels Verfolgungsrechts* mit grober Fahrlässigkeit außerhalb des § 84 Abs 3 AktG beschränkt ist. Im Übrigen ist nicht ersichtlich, inwiefern die tatbestandsmäßige Angleichung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG mit der Sperrfrist (§ 84 Abs 4 Satz 3 AktG) im Hinblick auf die erfassten Ansprüche zur Wertungskonformität führen soll. Zum einen dient die Sperrfrist anders als § 84 Abs 5 Satz 3 AktG gar nicht dem Gläubigerschutz (implizit wohl auch *Runggaldier/Schima* aaO 226; *G. Schima*, GesRZ 1991, 185 ff; zum [fehlenden] Normzweck [insb Gläubigerschutzzweck] der Sperrfrist noch unten S 986 ff). Zum anderen geht § 84 Abs 5 Satz 3 AktG großteils in § 84 Abs 4 Satz 3 AktG auf und wird dadurch funktionslos: Die Anordnung der relativen Unwirksamkeit von Gesellschaftsdispositionen gegenüber den Gläubigern bei Befriedigungsunmöglichkeit ist überflüssig, wenn diese Dispositionen auch ohne die genannten Einschränkungen *schlechthin* unzulässig und unwirksam sind. Das Gesetz behandelt hier nicht wertungsmäßig Gleiches, sondern *Dasselbe* (denselben Sachverhalt) ungleich. Es handelt sich folglich nicht um einen Wertungs-, sondern um einen Normwiderspruch (zur Abgrenzung etwa *Kramer*, Methodenlehre⁶ 179 ff; *Engisch*, Einführung¹² 226 ff; *Larenz*, Methodenlehre⁶ 335; zu den Folgen noch unten S 1050 ff). Die erweiternde Anwendung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG nach *Frotz* auf alle Ansprüche (*omnis culpa*) verhindert daher (entgegen *Runggaldier/Schima*) nicht einen Wertungswiderspruch, sondern vergrößert den Überschneidungsbereich beider Normen – und damit den Normwiderspruch – nur noch. Tatsächlich beruht die Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG auf gar keiner Wertung, weil der Gesetzgeber des AktG 1937/1938 sie versehentlich geschaffen hat. Er ging ausweislich der Mat irrig davon aus, dass diese Bestimmung schon dem bisher geltenden Recht entsprochen habe, tatsächlich gab es eine vergleichbare Norm aber mit § 205 dHGB 1897 nur im Gründungsrecht (AmtlBegr AktG 1937/1938 181 [abgedr auch bei *Klausing*, AktG 72]; s noch bei Fn 3709). Die Sperrfrist hat nicht nur keinen Schutzzweck (s oben), sondern konfligiert mit all jenen Dispositionsbeschränkungen, die Dispositionen nur eingeschränkt (entspr dem jew Schutzbedürfnis der Minderheitsaktionäre und Gesellschaftsgläubiger) ausschließen (dh beschränken) (vgl insb § 84 Abs 5 Satz 3 AktG), weil die Sperrfrist Verfügungen über Gesellschaftsansprüche wegen der kongruenten Verjährungsfrist (§ 84 Abs 6 AktG) faktisch ganz ausschließt. Damit verstößt die Sperrfrist auch gegen die Wertung des § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG, wonach die indisponible Vorstandshaftung außerhalb des Kapitalschutzes auf grobe Fahrlässigkeit beschränkt wird, weil eine überstrenge (indisponible) Haftung auch für leichte Fahrlässigkeit (insb bloße Geschäftsführung) die (notige) Risikobereitschaft der Vorstandsmitglieder lähmen würde. Während die von *Runggaldier/Schima* als (unbegründete) Referenz herangezogene Sperrfrist sich also auf keine gesetzliche Wertung stützen kann, ist die Wertung des § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 iVm Satz 3 AktG sorgfältig abgewogen und eindeutig dokumentiert. Es ist daher nicht diese Norm, sondern die Sperrfrist, die kritisch zu hinterfragen ist. Aus den genannten Gründen können aus der Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG (insb) keine Rückschlüsse auf den Anwendungsbereich des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG gezogen werden. Gleiches gilt übrigens für die Haftungsfreistellung durch Befolgung eines HV-Beschlusses, die Frage der Zulässigkeit abstrakter Haftungsbeschränkungen im Voraus und den Anwendungsbereich der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG (dazu näher bei den genannten Normen).

Gründen ist § 84 Abs 5 Satz 3 AktG mE nur unter den Tatbestandsvoraussetzungen der § 84 Abs 5 Sätze 1 und 2 AktG und damit wertungskonform im Rahmen des gesetzlich anerkannten Gläubigerschutzbedürfnisses auf die Forderungsexekution anzuwenden.

Die eingangs referierte Meinung von *Ostheim*³³⁴⁶ verfolgt mE insofern den richtigen Ansatz, als sie die Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG auch auf die Drittschuldnerklage anwendet, dabei aber die in § 84 Abs 5 Sätze 1 und 2 AktG normierten Einschränkungen als universelle und „modus-unabhängige“ Wertungen erkennt und berücksichtigt. Sie würdigt, dass der Gesetzgeber mit dem Verfolgungsrecht wie erwähnt auch die Dispositionsbeschränkungen und damit die indisponible Haftung als solche einschränken wollte.³³⁴⁷ Bei diesem richtigen Gedanken lässt sich jene Ansicht aber zu sehr von der Regelungstechnik des § 84 Abs 5 AktG leiten. Denn *Ostheim* wollte offenbar die gesetzliche Konzeption (beschränktes Verfolgungsrecht und dafür unbeschränkte Dispositionsbeschränkungen) auf die Forderungsexekution übertragen: Er schränkte nicht die zwingende Erhaltung von Gesellschaftsdispositionen ein (§ 84 Abs 5 Satz 3 AktG), sondern die Möglichkeit der (exekutiven) *Geltendmachung* von Ansprüchen. Wie erwähnt hat der Gesetzgeber jene Regelungstechnik aber nur wegen ganz bestimmter Verhältnisse gewählt: Er hat zum einen das Verfolgungsrecht selbst beschränkt, weil es sich um ein „künstlich“ geschaffenes Gläubigerrecht handelt, das ohne Absicherung überflüssig wäre („zu einem werthlosen Scheine herabsinken [würde]“)³³⁴⁸ und deshalb nur so weit reichen kann, wie zugleich auch Dispositionen der Gesellschaft ausgeschlossen sind; zum zweiten hat er die Dispositionsbeschränkungen in § 84 Abs 5 Satz 3 AktG nicht (noch einmal) beschränkt, weil er diese nur auf das (seinerseits beschränkte) Verfolgungsrecht bezogen hat. Dagegen ist die exekutive Geltendmachung von Ansprüchen als „Standardmodus“ zur Einziehung fremder Rechte naturgemäß keinen Beschränkungen unterworfen, sondern bezieht sich vielmehr auf den Anspruch des Verpflichteten gegenüber dem Drittschuldner „wie er ist“. Der Zugriff auf das *gesamte* pfändbare Vermögen des Verpflichteten entspricht allgemeinen exekutionsrechtlichen Grundsätzen.³³⁴⁹ Eine Einschränkung der Geltendmachung ist nicht nötig, denn die Möglichkeit der Pfändung und Überweisung ist nicht spezifisch gläubigerschutzorientiert und hat daher auch dann ihre Berechtigung, wenn der Verpflichtete (hier: die Gesellschaft) über geltendzumachende Ansprüche gegen den Drittschuldner (hier: die Vorstandsmitglieder) – wie

3346 *Ostheim* in *Korinek/Krejci*, Der Verein 117 (197 f). S oben bei Fn 3325.

3347 S dazu schon oben bei Fn 3316 mwN.

3348 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 463.

3349 Vgl idZ auch *Dellinger* in FS Frotz 187 (196), wonach Ersatzansprüche der AG gegen ihre Vorstandsmitglieder wie jede andere Forderung zum Gesellschaftsvermögen gehören und der betreibende Gläubiger allg zur Befriedigung seiner Geldforderung auf das gesamte pfändbare Vermögen der AG greifen kann.

grundsätzlich der Fall – wirksam verfügen und dadurch die Geltendmachung verhindern kann. Die Forderungsexekution verfolgt (anders als das Verfolgungsrecht) nicht den Zweck, Gläubigern als Korrektiv für die Haftungskonzentration eine gesicherte Anspruchsverfolgung zu ermöglichen. Gewiss „droht“ den Vorstandsmitgliedern die exekutive Geltendmachung von Gesellschaftsansprüchen durch die Gläubiger daher *unabhängig* von der Befriedigungsmöglichkeit der Gesellschaft und schon bei leichter Fahrlässigkeit (wie jedem Schuldner die Geltendmachung seiner Verbindlichkeiten durch den Gläubiger seines Gläubigers droht). Die bloße *Möglichkeit* der (exekutiven) Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft durch deren Gläubiger bedeutet allerdings (auch wenn sie im Vergleich zum Verfolgungsrecht „unbeschränkt“ ist) keine besondere (zusätzliche) „Gefahr“ für die Vorstandsmitglieder. Eine solche ergäbe sich (erst) dadurch, dass die Geltendmachung durch gesetzliche Anordnung zum Schutz der Gläubiger gegen Gesellschaftsdispositionen *abgesichert* wäre. Für den Schutz der Gesellschaftsgläubiger (spiegelbildlich: für die „Strenge“ der Vorstandshaftung und den wertungsrelevanten Verhaltensanreiz) kommt es wie schon erwähnt nicht auf die bloße Möglichkeit (oder Technik) der Anspruchsverfolgung an, sondern allein darauf, inwieweit Ansprüche der Gesellschaft zur Absicherung der Anspruchsverfolgung zwingend (insb trotz jährlicher Entlastung) im Gesellschaftsvermögen erhalten werden (hier durch § 84 Abs 5 Satz 3 AktG). Da die hL § 84 Abs 5 Satz 3 AktG aber gerade *nicht* auf die Drittschuldnerklage anwendet, begründet deren grundsätzliche „Unbeschränktheit“ entgegen *Ostheim*³³⁵⁰ auch keinen Wertungswiderspruch dahingehend,³³⁵¹ dass Überweisungsgläu-

3350 Vgl. *Ostheim* in *Korinek/Krejci*, Der Verein 117 (197 f).

3351 Ähnlich möglicherweise *Harrer*, Haftungsprobleme 71 iZm der Frage der analogen Anwendung des Verfolgungsrechts auf die GmbH. Der Analogie stehe entgegen, dass das aktienrechtliche Haftungskonzept in Wahrheit nicht hinreichend durchdacht sei. § 84 Abs 5 Satz 1 AktG verfolge zwei Ziele: Gläubigerschutz durch ein unmittelbares Klagerecht und Vermeidung einer zu weitgehenden Haftung. Die Beschränkung auf grobe Fahrlässigkeit (§ 84 Abs 5 Satz 2 AktG) laufe aber im Insolvenzverfahren leer, weil der Insolvenzverwalter auf die Ausübung des Verfolgungsrechts nicht angewiesen sei. Die „Privilegierung“ der Vorstandsmitglieder gehe also ins Leere, weil diese der Gesellschaft für *leichte* Fahrlässigkeit haften und der Insolvenzverwalter diese Ansprüche geltend machen könne. Dass die Haftungsprivilegierung jedoch außerhalb eines Insolvenzverfahrens bei Masseinsuffizienz gegenüber den Gläubigern greife, nicht aber im Insolvenzverfahren gegenüber dem Insolvenzverwalter, sei wertungswidersprüchlich.

Diese Argumentation ist mE nicht nachvollziehbar. *Harrer* scheint (implizit) entweder davon auszugehen, dass sich § 84 Abs 5 Satz 3 AktG auch (unbeschränkt) auf den Insolvenzverwalter bezieht (s dazu noch unten Fn 3360; so etwa auch *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/544 aE), oder aber, was mE wahrscheinlicher ist (wie wohl auch *Ostheim* in *Korinek/Krejci*, Der Verein 117 [197 f] iZm der Forderungsexekution), dass die Möglichkeit der bloßen (unbeschränkten) Geltendmachung von Ansprüchen maßgeblich sei für die (indisponible) Haftungsstrenge (die der Gesetzgeber tatsächlich begrenzen wollte). Das Erste trifft nicht zu, weil

biger gegenüber dem Verfolgungsrecht (angeblich) bessergestellt wären; ein Wertungswiderspruch besteht vielmehr *umgekehrt* in der Schlechterstellung aufgrund der fehlenden Absicherung des Überweisungsgläubigers im Bereich des § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG. Demgemäß ist nicht die exekutive Geltendmachung von Ansprüchen, sondern deren zwingende Erhaltung gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (dh die abgesicherte, indisponible Geltendmachung) einzuschränken auf die Voraussetzungen der § 84 Abs 5 Sätze 1 und 2 AktG. Als Bestätigung hierfür dienen die GmbH-rechtlichen Parallelnormen gem § 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG (vgl auch § 9b Abs 1 und § 43 Abs 3 Sätze 2 f dGmbHG): Denn die GmbH-Gesetze regeln kein Verfolgungsrecht der Gläubiger (wenngleich dieses nach mE zutr Ansicht analog anzuwenden ist)³³⁵² und normieren konsequenterweise die (universellen) Voraussetzungen und Einschränkungen des Gläubigerschutzes in den Dispositionsbeschränkungen selbst, nämlich die Erforderlichkeit des Ersatzes zur Gläubigerbefriedigung (vgl auch § 84 Abs 5 Satz 1 AktG) und die Einschränkung auf Ersatzansprüche wegen der Verletzung unmittelbar gläubigerschützender Geschäftsführerpflichten (wenngleich die Einschränkung der § 25 Abs 5 und 7 auf § 25

dann insb § 84 Abs 5 Satz 4 AktG überflüssig gewesen wäre (s noch bei Fn 3358). Außerdem wären dann (ebenfalls) die Einschränkungen des § 84 Abs 5 Satz 2 AktG zu berücksichtigen (s noch unten S 851 ff). Das Zweite trifft, wie schon erläutert, ebensowenig zu (s im Fließtext). *Harrer* legt dem von ihm festgestellten Wertungswiderspruch zwei verschiedene Dinge zugrunde, nämlich einerseits die (abgesicherte) Geltendmachung der (im Gläubigerinteresse) *indisponiblen* Haftung, die der Gesetzgeber aus Verhaltenssteuerungsgründen auf den Bereich des § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG beschränkt hat, und andererseits die (nicht abgesicherte) Geltendmachung der *disponiblen* Haftung, bei der der Insolvenzverwalter die Ansprüche der Gesellschaft geltend macht, „wie sie sind“. Die bloße Möglichkeit zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen (ohne Absicherung durch Dispositionsbeschränkungen) wollte der Gesetzgeber aber nicht begrenzen (sie wirkt sich auf die Risikobereitschaft der Organmitglieder nicht aus [zumindest nicht iZm der Wertung des § 84 Abs 5 AktG]), sondern nur die Möglichkeit einer indisponiblen, durch Dispositionsbeschränkungen abgesicherten Geltendmachung (mittels Verfolgungsrechts). Bei der Einschränkung des Verfolgungsrechts (und mit ihm der indisponiblen Haftung) handelt es sich nicht um eine „Privilegierung“ der Vorstandsmitglieder, sondern um eine Verschärfung der (indisponiblen) Haftung gegenüber der vorherigen Rechtslage. Außerdem dürfte *Harrer* auch übersehen haben, dass in der masselosen Gesellschaftsinsolvenz auch die Gesellschaftsgläubiger zwar nicht mittels Verfolgungsrechts, aber doch (wie von *Ostheim* behandelt) mittels Forderungspfändung auch auf Ersatzansprüche wegen *leicht* fahrlässiger Schädigung zugreifen können (sofern die Gesellschaft nicht wirksam über diese disponiert hat) – insoweit wäre der Vergleich mit dem Insolvenzverwalter passend gewesen. Vgl idZ auch *Kalss* in *Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, 16. ÖJT II/1 123, wonach unklar bleibe, weshalb der Masseverwalter grundsätzlich auch Haftungsansprüche aufgrund leichter Fahrlässigkeit verfolgen kann, die übrigen Gläubiger wegen der Einschränkung des Verfolgungsrechts auf grobe Fahrlässigkeit dagegen nicht.

³³⁵² S dazu im GmbH-Teil oben S 201 ff.

Abs 3 GmbHG aus dem Gesetz nicht leicht ersichtlich ist;³³⁵³ vgl auch § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG). Der GmbH-Gesetzgeber beschränkt also nicht etwa die Möglichkeit der exekutiven Geltendmachung, sondern (nur) die zwingende Erhaltung von Ansprüchen zur Absicherung der Geltendmachung (dh die Dispositionsbeschränkungen). Das ist nicht nur ausreichend, sondern auch geboten. Die Ansicht von *Ostheim* führt zwar im Bereich des § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG zum selben Ergebnis wie die hier vertretene Ansicht, indem sie (insoweit zutr) auch die Forderungsexekution gegen Gesellschaftsdispositionen absichert. Im verbleibenden Bereich (Befriedigungsmöglichkeit und leichte Fahrlässigkeit) schränkt sie aber (insoweit überschießend) die Gläubigerposition unnötig ein, indem sie nicht nur die Absicherung (Indisponibilität) der Geltendmachung *qua* Dispositionsbeschränkungen vermeidet, sondern überhaupt die Geltendmachung ausschließt. Unter dieser Annahme könnten Ersatzansprüche der Gesellschaft von deren Gläubigern aber nicht einmal *dann* geltend gemacht werden, wenn die Gesellschaft über die Ansprüche gar nicht disponiert hat.³³⁵⁴ Insoweit gebieten die Interessen der Organmitglieder aber wie gesagt keine Einschränkung, weil es für ihre Risikobereitschaft nur auf die zwingende Erhaltung von Ansprüchen (die *indisponible* Geltendmachung) ankommt, und nicht auf die bloße Möglichkeit einer Geltendmachung als solcher (die jedem Schuldner droht).

c. Fazit

Die Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG beziehen sich unmittelbar nur auf das Verfolgungsrecht der Gläubiger (§ 84 Abs 5 Satz 1 AktG), sie sind aber auch auf die Forderungsexekution anzuwenden. Dabei sind jedoch die Einschränkungen der § 84 Abs 5 Sätze 1 und 2 AktG (Befriedigungsunmöglichkeit und Einschränkung auf Ersatzansprüche gem § 84 Abs 3 AktG oder wegen sonst zumindest grob fahrlässiger Schädigung) zu beachten, weil es sich dabei um universelle Voraussetzungen (Einschränkungen) eines gesetzlich anerkannten Gläubigerschutzes durch indisponible Vorstandshaftung handelt, die der Gesetzgeber nur wegen der historischen Fixierung auf das Verfolgungsrecht in § 84 Abs 5 Sätze 1 und 2 AktG ausformuliert hat. Mit dem Verfolgungsrecht wollte der Gesetzgeber demgemäß (auch) die indisponible Haftung als solche beschränken. Um diese Beschränkungen unabhängig vom Modus der Anspruchsdurchsetzung (also insb auch bei der Forderungsexekution) zu verwirklichen, muss nicht etwa die Drittschuldnerklage (wie das Verfolgungsrecht) entsprechend eingeschränkt werden. Denn die Unbeschränktheit der Dispositionsbeschränken gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG ist bloß dadurch bedingt, dass der Gesetzgeber dabei nur das (seinerseits naturgemäß beschränkte, weil „originäre“)

³³⁵³ Dazu ausf schon oben S 231 ff.

³³⁵⁴ Wie *Dellinger* (in FS Frotz 187 [195 ff]) einwendet, würde das wohl auch bedeuten, dass Ersatzansprüche wegen leicht fahrlässiger Schädigung unpfändbar wären und daher auch nicht in die Insolvenzmasse fielen.

Verfolgungsrecht als Durchsetzungsmodus vor Augen hatte (vgl aber § 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG). Demgemäß ist § 84 Abs 5 Satz 3 AktG unter den Einschränkungen der § 84 Abs 5 Sätze 1 und 2 AktG auf die (naturgemäß allg unbeschränkte) Drittschuldnerklage anzuwenden.³³⁵⁵

3) Insolvenzverwalter

Wie eingangs erläutert, sollten sich die Dispositionsbeschränkungen nach dem Reformgesetzgeber von 1884 nur auf das Verfolgungsrecht beziehen. Es wäre aber offenkundig wertungswidersprüchlich, wenn Gesellschaftsdispositionen zwar gegenüber den Gläubigern, aber nicht gegenüber dem Insolvenzverwalter unwirksam wären.³³⁵⁶ Denn der Insolvenzverwalter nimmt gerade die Interessen der Gesellschaftsgläubiger wahr.³³⁵⁷ Diese Lücke des älteren Rechts

3355 In methodologischer Hinsicht dürfte es sich zum einen um eine teleologische Reduktion (iZm den Einschränkungen in § 84 Abs 5 Sätze 1 f AktG) und zum anderen um eine extensive Interpretation handeln, weil § 84 Abs 5 Satz 3 AktG zumindest im Begriffshof (vielleicht auch im Begriffskern) wohl auch die Überweisungsgläubiger erfasst (arg: „*Den Gläubigern gegenüber*“) (vgl zum sog Drei-Bereiche-Modell statt vieler *Kramer*, Methodenlehre⁶ 68 ff; *Engisch*, Einführung¹² 159 f; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie¹² Rz 167). Übrigens misst auch der Gesetzgeber der fast wortgleichen vereinsrechtlichen Dispositionsbeschränkung gem § 26 VerG („*Gläubigern des Vereins gegenüber*“) diese Bedeutung bei, wenn er diese Bestimmung (freilich mangels Verfolgungsrechts im VerG) ausweislich der EBRV (BlgNR 990 21. GP 41) auf exekutiv vorgehende Vereinsgläubiger bezogen wissen will: „*Gläubiger haben daher die Möglichkeit, im Rahmen eines Vollstreckungsverfahrens auch auf die Ersatzansprüche des Vereins gegen Organwalter und Prüfer zu greifen, mag auch der Verein auf diese Ansprüche verzichtet haben.*“ Was die Grenzen in § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG angeht, wurde oben (S 819 ff) dargelegt, dass die Ausweitung der im Gläubigerinteresse indisponiblen Haftung über den Kapitalschutz (§ 84 Abs 3 AktG) hinaus auf alle sonstigen Ansprüche wegen grob schuldhafter Schädigung verfehlt war und einen Wertungswiderspruch mit der (insoweit vergleichbaren) Geschäftsführerhaftung begründet. Deshalb ist diese Wertung grundsätzlich nicht durch extensive oder gar analoge Anwendung weiter zu verbreitern. Sollten Gläubiger, die exekutiv gegen Vorstandsmitglieder vorgehen, nicht mehr vom Begriffskern der Wendung „*Den Gläubigern gegenüber*“ erfasst sein, wäre mE daher grundsätzlich die genannte Wertung des § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG nicht zu übertragen. Dasselbe gilt für andere Personen, die in der Gesellschaftsinsolvenz Ersatzansprüche der Gesellschaft geltend machen können (dazu weiter im Fließtext). Andererseits wäre es aber wertungsmäßig kaum zu rechtfertigen, dass die Gläubiger je nach Modus der Anspruchsverfolgung besser oder schlechter gestellt sein sollten. Insofern ist daher der Gleichbehandlung der Durchsetzungsmodi (und Personen) wohl der Vorzug zu geben vor einer korrigierenden Gleichbehandlung der Geschäftsführer- mit der Vorstandshaftung (dazu näher oben S 819 ff).

3356 Vgl auch *Habscheid* in FS Weber 197 (207), wonach bei Konkurseröffnung zwar kein Bedürfnis mehr nach einem Verfolgungsrecht bestünde, aber „*die Gläubiger hinsichtlich des ihnen verhafteten Vermögens – und dazu gehört der Ersatzanspruch mitsamt Einwendungsausschluss – nicht schlechter gestellt werden dürfen.*“

3357 Vgl idZ schon *Ring*, ADHGB² (1893) Art 226 Anm 7 (S 519 aE): „*Weil der Verwalter den Anspruch für die Gläubigerschaft erhebt, [...]*“.

hat das AktG 1937/1938 mit § 84 Abs 5 Satz 4 AktG geschlossen:³³⁵⁸ „*Ist über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet, so übt während dessen Dauer der Masse- oder Sanierungsverwalter das Recht der Gläubiger*³³⁵⁹ *gegen die Vorstandsmitglieder aus.*“ Diese Bestimmung wird überwiegend³³⁶⁰ so verstanden, dass die aufgrund § 84 Abs 5 Satz 3 AktG günsti-

3358 Vgl idZ *Dellinger* in FS Frotz 187 (199 f), nach dem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG nicht für alle Fälle gelten könne, in denen die Gläubiger zu ihrer Befriedigung auf die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen gegen die Vorstandsmitglieder angewiesen sind, weil sonst § 84 Abs 5 Satz 4 AktG keine Bedeutung hätte. Der Masseverwalter würde dann durch die Einräumung des „Rechtes der Gläubiger“ (worunter *Dellinger* die Einwendungslage der Gläubiger versteht) nichts „dazubekommen“. Da ihm gegenüber die Notwendigkeit der Haftungsdurchsetzung zur Gläubigerbefriedigung unbestreitbar ist, könnte er sich schon aus „eigenem“ Recht auf den Einwendungsauschluss (Anm: Dispositionsbeschränkungen) berufen. Es hätte diesfalls genügt, den Gläubigern während der Dauer des Insolvenzverfahrens die Geltendmachung des Verfolgungsrechts zu untersagen. Dass der Gesetzgeber dem Insolvenzverwalter stattdessen die Ausübung der Einziehungsermächtigung „überträgt“, spreche sehr dafür, dass mit der Einziehungsermächtigung auch ein Vorteil verbunden ist, den der Masseverwalter sonst nicht hätte. Dieser Vorteil könne nun offenbar nicht darin liegen, dass ihm der Umweg über die Klage gegen die Gesellschaft erspart werden soll, weil er die Forderungen der Gesellschaft ohnedies schon kraft seines Amtes einziehen kann. Der Vorteil könne daher nur in der Möglichkeit gesehen werden, sich auf die Dispositionsbeschränkung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG berufen zu können. Dafür spreche zudem die vergleichbare Formulierung des § 171 Abs 2 UGB (aaO 187 [200 Fn 46]). Mit dieser Bestimmung werde dem Insolvenzverwalter ebenfalls ein ihm sonst nicht zustehendes Recht eingeräumt, nämlich das Recht, die den KG-Gläubigern gegenüber bestehende Kommanditistenhaftung gerade auch in jenen Fällen geltend zu machen, in denen die Kommanditisten der KG gegenüber nicht mehr (zB weil sie ausgeschieden sind) zur Einlageleistung verpflichtet sind (s dazu auch bei Fn 3369). Richtig ist wie gesagt, dass sich § 84 Abs 5 Satz 3 AktG unmittelbar weder auf den Insolvenzverwalter noch auf die Forderungsexekution bezieht, sondern nur auf das Verfolgungsrecht. Das daraus resultierende Schutzdefizit wurde mit § 84 Abs 5 Satz 4 AktG 1937/1938 ja gerade beseitigt. Deshalb ist es selbstverständlich, dass der Insolvenzverwalter unter der Annahme, er sei schon unmittelbar von § 84 Abs 5 Satz 3 AktG erfasst, durch § 84 Abs 5 Satz 4 AktG nichts mehr „dazubekäme“. Diese Bestimmung geht gerade von der defizitären Rechtslage aus, dass die Dispositionsbeschränkungen den Insolvenzverwalter unmittelbar *nicht* erfassen. Soweit *Dellinger* mit § 84 Abs 5 Satz 4 AktG darüber hinaus argumentiert, dass sich § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (unmittelbar) auch nicht auf die *Forderungsexekution* bezieht, ist das jedoch ein *non sequitur*. § 84 Abs 5 Satz 4 AktG wäre nämlich nicht überflüssig, wenn sich § 84 Abs 5 Satz 3 AktG ohnedies (unmittelbar) auf Überweisungsgläubiger bezöge (was im Übrigen auch nicht der Fall ist), denn *auch dann* käme der Insolvenzverwalter nicht „automatisch“ in den Genuss der Einwendungslage der Überweisungsgläubiger. Zur Anwendung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG auf die Forderungsexekution schon oben S 837 ff.

3359 Hervorhebung durch den Verf.

3360 *Schiemer*, AktG (1980) § 84 Anm 22.3; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 84 Rz 126; *Dellinger* in FS Frotz 187 (200); *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 438; wohl offenlassend *Ch. Nowotny* in *Doralt/*

gere Einwendungslage der Gesellschaftsgläubiger mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens auf den Insolvenzverwalter übergeht. Qualifiziert man das Verfolgungsrecht der Gläubiger (wie die hL implizit) als bloße Einziehungs-ermächtigung (und nicht als eigenen Ersatzanspruch der Gläubiger), so scheint dieses Verständnis des § 84 Abs 5 Satz 4 AktG durchaus plausibel. Denn auf das Verfolgungsrecht der Gläubiger (das auf den ersten Blick gemeint sein könnte) ist der Insolvenzverwalter nicht angewiesen, weil er schon aus eigenem Recht die Ansprüche der Gesellschaft geltend machen kann. Merkwürdig ist jedoch, dass § 84 Abs 5 Satz 4 AktG vom „*Recht der Gläubiger*“ spricht, obwohl es sich bei der Einwendungslage an sich wohl nicht um ein Recht im technischen Sinn handelt.

Oben habe ich iZm der Rechtsnatur des Verfolgungsrechts schon vorweggenommen,³³⁶¹ dass der Gesetzgeber mit dem „*Recht der Gläubiger*“ ursprünglich einen (angenommenen) unmittelbaren Ersatzanspruch der Gesellschaftsgläubiger gemeint hat (vgl auch § 56 Abs 2 und § 101 Abs 1 Satz 3 AktG)³³⁶². Bestätigt wird das durch die vorangegangene Rechtsentwicklung und Rsp: Das RG hatte in einer Entscheidung³³⁶³ aus dem Jahr 1897 zu beurteilen, ob ein Vergleich, den der Konkursverwalter mit den ersatzpflichtigen Aufsichtsratsmitgliedern einer KGaA abgeschlossen hat, auch gegenüber den Gesellschaftsgläubigern wirkt. Dabei stellte das RG unter Verweis auf § 171 Abs 2 dHGB 1897 klar, dass der Konkursverwalter jedenfalls soweit zur Einziehung zuständig ist, als Ersatzansprüche der Gesellschaft bei Konkurseröffnung noch zustehen, weil die Konkursmasse sonst zulasten der übrigen Gläubiger geschmälert würde. § 171 Abs 2 dHGB 1897 ordnete an, dass das den Gläubigern gem Abs 1 „*zustehende Recht*“ (der unmittelbare Anspruch der Gläubiger gegen die Kom-

Nowotny/Kalss, AktG³ § 84 Rz 35, 38. Für Deutschland *Habscheid* in FS Weber 197 (207); so schon *Teichmann/Koehler*, AktG² (1939) § 84 Anm 5 e) (S 193).

AA *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/544 aE, wonach sich § 84 Abs 5 Satz 3 AktG nicht nur auf das Verfolgungsrecht der Gläubiger, sondern (von vornherein) auch auf den Insolvenzverwalter bezieht, und zwar unabhängig davon, ob dem Haftungsanspruch grobe oder leichte Fahrlässigkeit zugrunde liegt (mit Verweis auf *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 84 Rz 35); zust *Eberhardt/Gurmann* in *Eberhardt/Gurmann*, Managementhaftung in der Praxis 338; so auch *Adensamer* in *Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 84 Rz 54 f, 58, 69 unter Berufung auf den isolierten Wortlaut des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG und die Regelung der GmbH (§ 25 Abs 5 und 7 GmbHG), die die Berufung auf eine Gesellschaftsdisposition den Gläubigern gegenüber auch bei leichter Fahrlässigkeit abschneide (aaO Rz 58). So wohl auch *Eckert/Schopper/Madari* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} § 84 Rz 59, 68; *Eckert/Madari* in *Ruhmannseder/Wess*, Hdb Corporate Compliance Rz 3.45.

3361 S oben bei Fn 3206.

3362 S zu diesen Bestimmungen schon oben in Fn 3206.

3363 RG 19.05.1897, Rep I 16/97 RGZ 39, 62 (64).

manditisten)³³⁶⁴ während der Dauer eines Konkursverfahrens vom Konkursverwalter ausgeübt wird. Die Denkschrift betont hierzu, dass die parallele Geltendmachung durch Gläubiger andernfalls die Einlageforderung der KG verringern würde.³³⁶⁵ In einer weiteren Entscheidung³³⁶⁶ aus dem Jahr 1910 wendete das RG die „Beschränkung des Gläubigerrechts“ gem § 171 Abs 2 dHGB 1897 analog auf das aktienrechtliche Verfolgungsrecht gem § 241 Abs 4 Satz 1 dHGB 1897 an.³³⁶⁷ Mit § 84 Abs 5 Satz 4 AktG wurde iE diese reichs-

3364 § 171 Abs 1 dHGB 1897 stellte klar, dass der Kommanditist den Gläubigern der KG *unmittelbar* haftet, soweit er seine Einlage (heute „Haftsumme“) nicht geleistet hat. Diese unmittelbare Haftung sollte sowohl durch die Leistung der Einlage als auch durch die Befriedigung eines anderen Gläubigers anteilig verringert oder ausgeschlossen werden. Nach der Vorgängerbestimmung (Art 165 ADHGB 1884: *„Für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft haftet der Kommanditist nur mit der Einlage und, soweit diese nicht eingezahlt ist, mit dem versprochenen Betrage.“*) war noch str., ob der Kommanditist unmittelbar haftet. Bei der Klarstellung in § 171 Abs 1 dHGB 1897 hielt sich der Gesetzgeber an die hL und Rsp (vgl RG 29.11.1879, Rep I 227/79 RGZ 1, 69, 71 mwN; 15.12.1893, Rep III 144/93 RGZ 32, 399, wonach die Stellung des Kommanditisten und des OG-Gesellschafters *„nach außen grundsätzlich die gleiche sei“*; 30.05.1896, Rep I 58/96 RGZ 37, 82 [84 f] = JW 1900, 414 Nr 11). Vgl auch Denkschrift dHGB 1897, abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 284: *„Aus der Fassung des die Haftung der Kommanditisten betreffenden Art. 165 H.G.B. ist nicht ohne Weiteres zu erkennen, ob dabei an eine unmittelbare Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern gedacht ist. Gegenwärtig wird die Frage meist im ersteren Sinne beantwortet; auch die Rechtsprechung hat sich dem angeschlossen. [...] Der § 168 des Entwurfs [Anm des Verf: entspr § 171 des Gesetzes] hält demzufolge an der unmittelbaren Haftung der Kommanditisten fest und beseitigt durch eine klare Fassung die in dieser Beziehung gegenwärtig bestehenden Zweifel.“* Vgl zum dHGB 1897 unter Verweis auf die frühere Rsp auch RG 03.04.1900, Rep VIa 455/99 RGZ 46, 352; 12.02.1902, Rep I 333/01 RGZ 51, 33 (36).

3365 Denkschrift dHGB 1897, abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 284: *„Dagegen muss allerdings im Konkurse der Gesellschaft das Recht des einzelnen Gläubigers, sich unmittelbar an den Kommanditisten zu halten, ausgeschlossen werden; denn der Gläubiger, der bei einem Kommanditisten Befriedigung sucht, entzieht dadurch der Konkursmasse den Anspruch auf die rückständige Einlage. Im Abs. 2 des § 168 [Anm des Verf: entspr § 171 des Gesetzes] ist daher bestimmt, daß während des Konkurses der Gesellschaft das den Gesellschaftsgläubigern gegen den Kommanditisten zustehende Recht durch den Konkursverwalter ausgeübt wird“.*

3366 RG 17.12.1910, Rep I 400/09 RGZ 74, 428 (430): *„Da nun das Handelsgesetzbuch in den gleich liegenden Fällen der §§ 171 Abs. 2 und 217 Abs. 2 bestimmt, daß währen der Dauer des Konkursverfahrens das den Gesellschaftsgläubigern zustehende Recht durch den Konkursverwalter ausgeübt wird, so erscheint es gerechtfertigt, die gleiche Beschränkung des Gläubigerrechts auch im Falle des § 241 Abs. 4 als dem Gesetz entsprechend zu erachten. Dies ist vom Reichsgerichte bereits in den Entsch. in Zivils. Bd. 39 S 62 ausgesprochen, und dem ist seither auch die Rechtslehre in überwiegender Mehrheit gefolgt.“* Vgl auch RG 06.05.1911, Rep I 164/10 RGZ 76, 244 (249). S dazu auch schon oben in Fn 3206.

3367 Unter Hinweis auf die zitierte E aus 1897 und die sich der Rsp mittlerweile mehrheitlich angeschlossene Lit. Krit *Ritter*, AktG² (1939) § 84 Anm 9. f) (S 282), wonach in § 241 dHGB 1897 eine entspr Vorschrift gefehlt habe und man aber *„mit dem*

gerichtliche Rsp positiviert. Allerdings hatten das RG und die Denkschrift zu § 171 Abs 2 dHGB 1897 nur einen Teilaspekt dieser Bestimmung im Auge. Sie gingen davon aus, dass sich der Einlageanspruch der KG mit dem Anspruch der Gesellschaftsgläubiger deckt, sodass es also nur darum geht, eine parallele Geltendmachung durch die Gesellschaftsgläubiger auszuschließen („*Sperrfunktion*“)³³⁶⁸. Damit bleiben jedoch jene Fälle außer Betracht, in denen die Einlage des Kommanditisten geringer ist als seine unmittelbare Haftung gegenüber den Gläubigern. Dazu kann es zB kommen, wenn die Haftsumme die Pflichteinlage übersteigt, diese (teilweise) erlassen wurde oder eine Einlagepflicht gar nicht mehr besteht, weil der Kommanditist ausgeschieden³³⁶⁹ ist.³³⁷⁰ Dementsprechend hatte das RG schon vor Inkrafttreten des dHGB 1897 judiziert, dass nicht nur (noch bestehende) Einlageforderungen der KG zur Konkursmasse gehören, sondern auch eine darüber hinausgehende (unmittelbare) Haftung der Kommanditisten gegenüber den Gesellschaftsgläubigern.³³⁷¹ Da der Insol-

(falschen) Scheine der Analogie aus §§ 171, 217 HGB das Versäumte nachgeholt [habe] [...]“ „Falsch“ möglicherweise deshalb, weil Vorstandsmitglieder gegenüber den Gläubigern – anders als Kommanditisten und Aktionäre gem § 217 dHGB 1897 (vgl § 56 AktG idgF) – nicht *unmittelbar* hafteten (was zwar in der dL str ist, aber der hL zum dAktG 1937 entsprach [so auch Ritter]).

3368 Vgl K. Schmidt, GesR⁴ Rz 1594; dens, Einlage und Haftung des Kommanditisten (1977) 125 ff („negative Aussage“ des § 171 Abs 2 dHGB).

3369 Vgl Dellinger in FS Frotz 187 (200 Fn 46) iZm dem Ausscheiden eines Kommanditisten.

3370 Ursächlich für diese einseitige Akzentuierung des Normzwecks war die (damals noch) fehlende Differenzierung zwischen Haftsumme und Pflichteinlage (K. Schmidt, Einlage und Haftung des Kommanditisten 131). Insb die Denkschrift zu § 171 dHGB 1897 spricht nur von der „Einlage“, bis zu deren Höhe der Kommanditist den Gläubigern unmittelbar haftet. Tatsächlich haftet der Kommanditist aber – und das hat auch das RG in der oben referierten E schon erkannt – bis zur Höhe der *im Firmenbuch eingetragenen* „Einlage“ (nach heutiger Diktion also der „Haftsumme“), und zwar unabhängig davon, ob und in welcher Höhe er im Innenverhältnis eine Einlage schuldet (heute „Pflichteinlage“). Daher ist auch die „Dispositionsbeschränkung“ des § 172 Abs 2 UGB („Eine Vereinbarung der Gesellschafter, durch die einem Kommanditisten die Einlage erlassen oder gestundet wird, ist den Gläubigern gegenüber unwirksam“) überflüssig und sagt nur Selbstverständliches (vgl etwa Koppensteiner/Auer in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ § 172 Rz 2 [Stand 01.09.2021]).

3371 Vgl RG 29.11.1879, Rep I 227/79 RGZ 1, 69 (73 f): „Als das Vermögen der Kommanditgesellschaft, über welches deren Zahlungseinstellung nach Art. 170, 123 der Konkurs eröffnet wird, ist nicht bloß die Summe der Rechte, welche der Gesellschaft nach ihren internen Festsetzungen den Kommanditisten gegenüber zustehen, sondern der Haftungsfonds zu verstehen, auf dessen Vorhandensein durch die Erklärungen der Gesellschafter Dritten sowohl der Gesellschaft wie den Gesellschaftern gegenüber ein Recht eingeräumt ist.“ Vgl auch RG 30.05.1896, Rep I 58/96, RGZ 37, 82 (84 ff); „Es unterliegt keinem Zweifel, daß insoweit, als eine Kommanditgesellschaft gegen den Kommanditisten einen Anspruch auf Einlageeinzahlung hat, im Falle des Konkurses der Gesellschaft dieser Anspruch ein Aktivum der Konkursmasse bildet, das vom Konkursverwalter zu realisieren ist. Der auch in der Literatur

venzverwalter zur Rechtsposition der Gesellschaft etwas „hinzubekommt“, spricht man insoweit von der „Ermächtigungsfunktion“ des § 171 Abs 2 dHGB 1897/dHGB.³³⁷² Heute ist daher anerkannt, dass es § 171 Abs 2 UGB/dHGB nicht nur um die Geltendmachung einer verbleibenden Einlagepflicht geht, sondern um die Haftung des Kommanditisten.³³⁷³ Normzweck sei die Gewährleistung einer umfassenden Gläubigergleichbehandlung in der Gesellschaftsinsolvenz.³³⁷⁴

Diese Entwicklung zeigt wie angesprochen, dass der Gesetzgeber bei § 84 Abs 5 Satz 4 AktG einen unmittelbaren Ersatzanspruch der Gesellschaftsgläubiger vor Augen hatte (arg: „Recht der Gläubiger“). Sie spricht außerdem dafür, dass (auch) § 84 Abs 5 Satz 4 AktG neben einer Sperrfunktion eine Ermächtigungsfunktion hat. Auch im Aktienrecht kann der Ersatzanspruch der Gesellschaft niedriger sein als das „Recht der Gläubiger“ (verstanden als Eigenanspruch), etwa wenn jene über ihre Ansprüche disponiert hat (zB durch Verzicht, Vergleich oder vorherigen HV-Beschluss). Allerdings gewährt § 84 Abs 5 Satz 1 AktG den Gesellschaftsgläubigern nach der (mE zutr) öhM³³⁷⁵ keinen eigenen Ersatzanspruch, sondern (bloß) die Ermächtigung, den Gesellschaftsanspruch einzuziehen (Einziehungsermächtigung). Geht man von dieser dogmatischen Einordnung aus, so existiert das von § 84 Abs 5 Satz 4 AktG

vertretenen Meinung aber, daß der Konkursverwalter nur insoweit, als die Gesellschaft einen solchen Anspruch habe, eine Einlageforderung geltend zu machen befugt sei, und eine darüber hinausgehende Haftung des Kommanditisten den Gesellschaftsgläubigern gegenüber nur von diesen selbst zur Geltung gebracht werden könne, ist nicht beizupflichten. Sie genügt nicht dem praktischen Bedürfnisse, entspricht aber auch nicht dem Gesetze.“ Vgl auch RG 12.02.1902, Rep I 333/01 RGZ 51, 33 (37): „Für den Inhalt dieses Rechtes [sc des Konkursverwalters] ist nicht das Recht des persönlich haftenden Gesellschafters, sondern der Umfang des Rechtes, das den Gläubigern zusteht, maßgebend, und hierfür ist nicht der Gesellschaftsvertrag, sondern die Eintragung im Handelsregister insoweit entscheidend, als einerseits die Kommanditisten die Eintragung gegen sich gelten lassen müssen, und andererseits die Gläubiger sich auf sie berufen dürfen.“

3372 Vgl K. Schmidt, Einlage und Haftung des Kommanditisten 127 („positive Aussage“ des § 171 Abs 2 dHGB).

3373 Vgl nur K. Schmidt, Einlage und Haftung des Kommanditisten 124; dens, JR 1976, 278 (278).

3374 Könnten Gläubiger auch während des Insolvenzverfahrens ihre Ansprüche weiterhin geltend machen, würde dies zu einem „Wettlauf“ auf die summenmäßig beschränkte Haftung des Kommanditisten führen (K. Schmidt, GesR⁴ Rz 1594). Anders als beim Komplementär kann die Gläubigergleichbehandlung nicht durch eine Insolvenzeröffnung über das Kommanditistenvermögen erreicht werden, weil dieser weder mit seinem ganzen Vermögen noch gegenständlich beschränkt mit einem sonderungs- und selbstständig insolvenzfähigen Vermögensteil haftet (vgl Häsemeyer, ZHR 149 [1985] 42 [46 f, 50, 54]). Deshalb wird das Vermögen des Kommanditisten bis zur Höhe der Haftsumme haftungsrechtlich wie Gesellschaftsvermögen behandelt (vgl Häsemeyer aaO 45).

3375 S die Nw in Fn 3170 f.

geregelte (ausgeschlossene und übertragene) „*Recht der Gläubiger gegen die Vorstandsmitglieder*“ in dieser Form gar nicht. Unter der Prämisse einer Einziehungsermächtigung werden Gesellschaftsgläubiger und der Insolvenzverwalter nicht durch die Gewährung bzw Übertragung eines eigenen Ersatzanspruchs geschützt, sondern durch die zwingende Erhaltung des (einzigen) Gesellschaftsanspruchs ihnen gegenüber (Dispositionsbeschränkungen), damit sie den Anspruch ungeschmälert (abgesichert) geltend machen können. Demgemäß versteht die hL³³⁷⁶ die Anordnung des § 84 Abs 5 Satz 4 AktG wie eingangs erwähnt dahingehend, dass mit dem „*Recht der Gläubiger*“ die „*Einwendungslage*“ der Gesellschaftsgläubiger (die wegen § 84 Abs 5 Satz 3 AktG idR besser sein wird als jene der Gesellschaft) auf den Insolvenzverwalter übertragen wird. Demnach bestünde die Ermächtigungsfunktion des § 84 Abs 5 Satz 4 AktG in der Erweiterung der Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG von den Gesellschaftsgläubigern („*Den Gläubigern gegenüber*“) auf den Insolvenzverwalter. Mit der geänderten Prämisse über die Rechtsnatur des Verfolgungsrechts ist diese Ermächtigungskonstruktion mE allerdings fragwürdig geworden. Wäre der Gesetzgeber des AktG 1937/1938 von einer bloßen Einziehungsermächtigung ausgegangen, hätte er die Schutzlücke im Insolvenzverfahren wohl nicht durch die Übertragung eines „*Recht[s] der Gläubiger gegen die Vorstandsmitglieder*“ geschlossen, sondern durch die Erweiterung der Unwirksamkeitsfolge des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG auf den Insolvenzverwalter.³³⁷⁷ Auch der GmbH-Gesetzgeber gewährte dem Insolvenzverwalter den nötigen Schutz vor Dispositionen über den Anspruch nicht durch eine Übertragungskonstruktion, sondern vielmehr dadurch, dass er die

3376 S die Nw in Fn 3360.

3377 So offenbar bereits *Brodmann*, Aktienrecht (1928) § 241 Anm 4. e) (S 268) mwN, wonach die Gläubiger gem § 241 Abs 4 dHGB 1897 zwar nicht der Form, doch der Sache nach einen Vermögensgegenstand der Gesellschaft zu ihrer Befriedigung in Anspruch nehmen und daraus folge, dass sie dieses Recht bei Konkurseröffnung nicht mehr ausüben können. Solange der Ersatz zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist, könne der Beklagte auch gegenüber dem Konkursverwalter nicht einwenden, dass er auf einen Beschluss der Generalversammlung hin gehandelt habe oder die Gesellschaft auf den Anspruch verzichtet habe. In § 217 Abs 2 dHGB 1897 habe diese ausschließliche Zuständigkeit des Konkursverwalters positiv bestimmt werden müssen, weil die Aktionäre unmittelbar für die Verbindlichkeiten der Gesellschaften haften, dh ohne Vermittlung eines Anspruchs der Gesellschaft gegen den Aktionär. Dies sei ein Rechtsverhältnis, das an und für sich vom Konkurs der Gesellschaft nicht berührt werde. Vgl auch *Ring*, ADHGB² (1893) Art 226 Anm 7 (S 519 aE), der ebenfalls von einer Einziehungsermächtigung ausging und die (dann) erforderliche Ausdehnung der Dispositionsbeschränkungen auf den Insolvenzverwalter offenbar aus dem Normzweck ableitete: „*Weil der Verwalter den Anspruch für die Gläubigerschaft erhebt, steht ein die rechtswidrige Handlung billigender Generalversammlungsbeschluss nicht im Wege. [...] Eine anderweitige Auffassung kann nur Platz greifen, wenn der Ersatzanspruch der Gläubiger als selbstständiger aufgefaßt wird.*“

Dispositionsbeschränkungen gem § 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG schlicht (auch) auf den Insolvenzverwalter bezog („soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist“).³³⁷⁸ Vor diesem Hintergrund liegt es mE näher, (direkt) § 84 Abs 5 Satz 3 AktG analog³³⁷⁹ auf den Insolvenzverwalter anzuwenden.³³⁸⁰ § 84 Abs 5 Satz 4 AktG verbleibt dann noch die oben genannte Sperrfunktion.³³⁸¹ Auch bei dieser korrigierenden Erweiterung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG auf den Insolvenzverwalter sind (wie schon zur Forderungsexekution erläutert)³³⁸² die Voraussetzungen in § 84 Abs 5 Sätze 1 und 2 AktG zu beachten (Befriedigungsunmöglichkeit und Einschränkung auf Ersatzansprüche gem § 84 Abs 3 AktG und wegen sonst zumindest grob fahrlässiger Schädigung).³³⁸³ Demgemäß sind Dispositionen der Gesellschaft (auch) gegenüber dem Insolvenzverwalter nur im Rahmen der § 84 Abs 5 Sät-

3378 Vgl EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 62: „Einen direkten Anspruch der Gläubiger gegen die Geschäftsführer zu statuieren, könnte zu unlösbaren rechtlichen Komplikationen führen, ist aber auch entbehrlich. Denn im Falle des Konkurses steht der Gläubigerschaft ohnedies die Geltendmachung eines Ersatzanspruchs der Gesellschaft, im Falle der Sonderexekution aber dem einzelnen Gläubiger der Zugriff auf den Ersatzanspruch durch Überweisung zu.“ S dazu auch die entspr Ausführungen im GmbH-Teil. Das GmbH-Recht normiert zwar (unmittelbar) kein Verfolgungsrecht, es sieht aber (wie das AktG) auch keine unmittelbare Haftung gegenüber den Gläubigern vor (als eine solche verstanden die Gesetzesverfasser das aktienrechtliche Verfolgungsrecht offenbar). Im hier behandelten Kontext ist das GmbH-Recht daher mit dem Aktienrecht insofern vergleichbar, als Gläubiger immer nur einen Anspruch der Gesellschaft geltend machen.

3379 Obwohl der Insolvenzverwalter im Interesse der Gläubiger tätig wird und die Vorstandsmitglieder daher im Insolvenzverfahren gewissermaßen (mittelbar) den Gläubigern „gegenüberstehen“, dürfte der Insolvenzverwalter wohl nicht (mehr) von der Formulierung „Den Gläubigern gegenüber“ erfasst sein. Vgl idZ auch die Ausführungen in Fn 3355.

3380 Dagegen ist die „Umdeutung“ des „Recht[s] der Gläubiger“ idS § 84 Abs 5 Satz 4 AktG in deren „Einwendungslage“ insofern ein gedanklicher Umweg, als § 84 Abs 5 Satz 4 AktG nach diesem Verständnis wie erwähnt nur jene Rechtsfolge überträgt, die unmittelbar schon aus § 84 Abs 5 Satz 3 AktG folgt.

3381 Vgl in ähnlichem Zusammenhang (zu § 62 Abs 2 Satz 2 dAktG [entspr § 56 Abs 2 öAktG]) Bayer in MüKo AktG⁵ § 62 Rz 86; Koch in Koch, AktG¹⁷ § 62 Rz 18. Die hL versteht nämlich das Gläubigerrecht in § 62 Abs 2 dAktG (trotz gleicher Formulierung wie in § 93 Abs 5 Satz 1 dAktG) nicht als materiell-rechtliche Anspruchsvervielfältigung, sondern als gesetzliche Prozessstandschaft (vgl nur Bayer aaO; Koch aaO Rz 15; Cahn aaO Rz 30). Das gilt nach der hier vertretenen Ansicht aber (auch) für das Verfolgungsrecht gem § 93 Abs 5 Satz 1 dAktG (§ 84 Abs 5 Satz 1 öAktG).

3382 Oben insb S 840 ff.

3383 Die hL berücksichtigt diese Einschränkungen mittelbar dadurch, dass sie dem Insolvenzverwalter die Einwendungslage der Gläubiger gewährt. Denn die Einwendungslage der Gläubiger wird durch § 84 Abs 5 Sätze 1 f AktG determiniert. Gleiches gilt, wenn man das Verfolgungsrecht als Eigenanspruch qualifiziert und auf den Insolvenzverwalter übergehen lässt, weil auch der Ersatzanspruch der Gläubiger nur im Rahmen der § 84 Abs 5 Sätze 1 f AktG entstände.

ze 1 und 2 AktG unwirksam.³³⁸⁴ Die Voraussetzung der Befriedigungsunmöglichkeit (§ 84 Abs 5 Satz 1 AktG) ist naturgemäß erfüllt, wenn der Insolvenzverwalter Ansprüche der Gesellschaft einzieht. Dispositionen der Gesellschaft sind gegenüber dem Insolvenzverwalter aber nur gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (analog) unwirksam, soweit davon Ansprüche gem § 84 Abs 3 AktG oder wegen sonst zumindest grob fahrlässiger Schädigung betroffen sind.³³⁸⁵

4) Gesellschaft und Vorstandsmitglieder

Wie bei der GmbH-rechtlichen Parallelregelung (§ 25 Abs 5 und 7 GmbHG) könnte auch hier gefragt werden, ob § 84 Abs 5 Satz 3 AktG sich auch auf die Gesellschaft bezieht (hier *per analogiam*)³³⁸⁶, wenn die Voraussetzungen der § 84 Abs 5 Sätze 1 und 2 AktG erfüllt sind. Da rechtsformbedingte Unterschiede nicht ersichtlich sind, kann hierzu auf die Ausführungen im GmbH-rechtlichen Teil verwiesen werden.³³⁸⁷ Gleiches gilt für die Frage, ob sich das Vorstandsmitglied auf die Unwirksamkeit gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG berufen kann.

iii. Fazit

Gläubiger einer AG können deren Ersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder selbstständig gem § 84 Abs 5 Satz 1 AktG geltend machen, soweit sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können (Verfolgungsrecht). Das gilt aber nur für Ansprüche gem § 84 Abs 3 AktG und für sonstige Ansprüche wegen zumindest grob fahrlässiger Schädigung (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG). Zur Absicherung dieses Verfolgungsrechts ordnet § 84 Abs 5 Satz 3 AktG an, dass Dispositionen der Gesellschaft über den Anspruch gegenüber den Gläubigern unwirksam sind. Diese Dispositionsbeschränkungen beziehen sich unmittelbar nur auf das Verfolgungsrecht, weil der historische Gesetzgeber nur diesen Modus der Anspruchsdurchsetzung (den er als

3384 AA *Adensamer/Eckert in Kalss*, Vorstandshaftung 165 (190, 211), wonach Weisungen, Verzichte und Vergleiche gegenüber dem Insolvenzverwalter unabhängig vom Grad der Fahrlässigkeit keine haftungsbefreiende Wirkung haben; vgl auch *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/544, der zufolge § 84 Abs 5 Satz 3 AktG nicht nur auf die Einziehungsermächtigung anwendbar sei, sondern auch auf die Geltendmachung im Weg der Einziehungsermächtigung durch den Insolvenzverwalter, und zwar unabhängig davon, ob dem Haftungsanspruch grobe oder leichte Fahrlässigkeit zugrunde liegt. So auch *Feltl in Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 9/401 und 9/429.

3385 Das Einziehungsrecht des Insolvenzverwalters ist (anders als das Verfolgungsrecht der Gläubiger und wie die Drittschuldnerklage) nicht schon selbst beschränkt. Durch eine unbeschränkte Anwendung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (s die Nw in Fn 3384) schüfe man entgegen der erklärten Absicht des Gesetzgebers auch für jede leicht fahrlässige Pflichtverletzung eine indisponible Haftung. S schon ausf zur Drittschuldnerklage oben S 840 ff.

3386 Vgl idZ auch die Ausführungen in Fn 3355.

3387 S oben S 444 ff.

gegenüber der Forderungsexekution überlegen erachtete) im Auge hatte. Da die Gesellschaftsgläubiger aber (weiterhin) ein berechtigtes Interesse an der exekutiven Durchsetzung von Gesellschaftsansprüchen haben, sind die Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG auch auf Überweisungs-gläubiger anzuwenden. Da die Drittschuldnerklage im Gegensatz zum Verfolgungsrecht (naturgemäß) unbeschränkt ist, darf § 84 Abs 5 Satz 3 AktG aber nur innerhalb der Schranken des Verfolgungsrechts gem § 84 Abs 5 Sätze 1 und 2 AktG angewendet werden. Denn mit dem Verfolgungsrecht wollte der Gesetzgeber wegen der sonst drohenden unerwünschten Effekte auf den Risikoanreiz der Vorstandsmitglieder (mittelbar) auch die Dispositionsbeschränkungen und damit letztlich die im Gläubigerinteresse indisponible Haftung begrenzen (vgl auch § 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG). Die Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG selbst sind nur deshalb unbeschränkt, weil sie sich nach der Auffassung des historischen Gesetzgebers wie erwähnt nur auf das Verfolgungsrecht beziehen und das Verfolgungsrecht seinerseits eingeschränkt ist (§ 84 Abs 5 Sätze 1 und 2 AktG). Darüber hinaus ist § 84 Abs 5 Satz 3 AktG auch auf den Insolvenzverwalter anzuwenden (wieder innerhalb der Schranken gem § 84 Abs 5 Sätze 1 und 2 AktG). § 84 Abs 5 Satz 4 AktG, der das „*Recht der Gläubiger gegen die Vorstandsmitglieder*“ während eines Insolvenzverfahrens auf den Insolvenzverwalter überträgt, hat (wie § 171 Abs 2 dHGB/UGB) einen unmittelbaren Ersatzanspruch der Gläubiger vor Augen. Qualifiziert man das Verfolgungsrecht jedoch (nach mE zutr höL) als bloße Einziehungsermächtigung, ist der Insolvenzverwalter durch analoge Anwendung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG in den Schutzbereich einzu-beziehen (vgl auch § 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG). § 84 Abs 5 Satz 4 AktG beschränkt sich dann auf die Anordnung, dass die Gesellschafts-gläubiger ihr Verfolgungsrecht während der Dauer eines Insolvenzverfahrens nicht ausüben dürfen (Sperrfunktion). Wie im GmbH-Recht kann sich zudem auch die Gesellschaft, nicht aber das Vorstandsmitglied auf die Unwirksamkeit von Gesellschaftsdispositionen gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG berufen. *De lege ferenda* sollte die Regelungstechnik des § 84 Abs 5 AktG revidiert werden. Die Mediatisierung des Gläubigerschutzes durch das Verfolgungsrecht ist durch historische (überholte) Regelungsprämissen bedingt und sollte nicht aufrecht-erhalten werden.³³⁸⁸ Stattdessen könnten die Voraussetzungen der im Gläubi-gerinteresse indisponiblen Haftung (also § 84 Abs 5 Sätze 1 und 2 AktG)³³⁸⁹ mit

3388 IdS hat bereits *Bachmann* in seinem Gutachten E für den 70. DJT (S 41) eine „*Entkoppelung*“ vorgeschlagen, weil „*der fünfte Absatz des § 93 AktG durch die Verquickung von Verfolgungsrecht und Verzichtswirkung schon jetzt verworren geraten ist*“.

3389 Wie oben (S 819 ff) bereits begründet wurde, war mE jedoch die Ausweitung der indisponiblen Vorstandshaftung über den Kapitalschutz (§ 241 Abs 3 dHGB 1897) hinaus auf sonstige Ersatzansprüche wegen zumindest grob fahrlässiger Pflicht-widrigkeit mit der Begründung der Leitungsautonomie des Vorstands durch das AktG 1937/1938 ungerechtfertigt. *De lege ferenda* wäre daher eine Angleichung an

Blick auf § 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG sowie § 43 Abs 3 dGmbHG (auch) direkt in den Dispositionsbeschränkungen verankert werden und diese darüber hinaus (offen formuliert) auf alle Personen bezogen werden, die in der Gesellschaftsinsolvenz zugunsten der Gläubiger (auf welche Weise auch immer) Ansprüche der Gesellschaft gegen Vorstandsmitglieder geltend machen.³³⁹⁰

4. Fehlen eines Verfolgungsrechts und von Dispositionsbeschränkungen für Ersatzansprüche aus dem Gründungsstadium (§ 41 AktG)

Das Verfolgungsrecht und die Dispositionsbeschränkungen in § 84 Abs 5 AktG beziehen sich (nur) auf Ersatzansprüche gem § 84 Abs 3 AktG (Kapitalerhaltung) und darüber hinaus auf Ansprüche wegen sonst grob fahrlässiger Pflichtverletzung (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG). Vergleicht man diese im Gläubigerinteresse indisponible Vorstandshaftung im Hinblick auf die erfassten Ersatzansprüche mit der Haftung von GmbH-Geschäftsführern, so fällt auf, dass jene einerseits insofern breiter ist, als § 84 Abs 5 Satz 3 AktG im Gegensatz zu § 25 Abs 5 und 7 GmbHG über den Kapitalschutz (§ 84 Abs 3 AktG bzw § 25 Abs 3 GmbHG) hinausreicht und auch sonstige Ansprüche (wegen zumindest grob fahrlässiger Schädigung) erfasst (zu den Gründen für diese Ausweitung oben)³³⁹¹. Andererseits fällt auf, dass der Gläubigerschutz in der AG insofern enger ist als das Aktienrecht keine Dispositionsbeschränkungen zugunsten der Gläubiger im Gründungsrecht vorsieht. Während § 10 Abs 6 GmbHG Verzichte und Vergleiche über Gründungsansprüche zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger ausschließt, „soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist“, sind AG-Gläubiger nicht vergleichbar gegen Gesellschaftsdispositionen geschützt. Zwar sind in der AG Verzichte und Vergleiche über Ansprüche (ua) gem § 41 AktG binnen fünf Jahren ab Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch zum Schutz künftiger Aktionäre gänzlich ausgeschlossen (Sperrfrist gem § 43 AktG), wodurch mittelbar auch die Gläubiger mitgeschützt werden. Allerdings ist dieser Schutz wegen seiner Orientierung an Anlegerinteressen (naturgemäß) zeitlich beschränkt.³³⁹² Nach Ablauf der Sperrfrist kann die Gesellschaft auch zu Lasten der Gläubiger über ihre Ersatzansprüche gegen

§ 25 Abs 5 und 7 GmbHG (die sich nach mE zutr Ansicht [ebenfalls] nur auf den Kapitalschutz [§ 25 Abs 3 GmbHG] beschränken) in Betracht zu ziehen.

3390 Dazu könnte § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (wie gesagt mit Blick auf § 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG) wie folgt umformuliert werden: „Soweit der Ersatz gemäß dem dritten Absatz [oder wegen sonst zumindest grob fahrlässiger Schädigung; s Fn 3389] zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist, wird die Ersatzpflicht weder durch einen Verzicht oder Vergleich der Gesellschaft noch dadurch aufgehoben, dass die Handlung auf einem Beschluss der Hauptversammlung beruht.“

3391 S 819 ff.

3392 Zum Schutz künftiger Aktionäre gem § 43 AktG schon oben S 681 ff.

Vorstandsmitglieder disponieren.³³⁹³ Dieser Unterschied zwischen den Rechtsformen wirft die Frage auf, ob das Fehlen von gezielt gläubigerschützenden Dispositionsbeschränkungen im Gründungsrecht der AG planwidrig ist. Immerhin geht es sowohl im GmbH- als auch im Aktienrecht um die Haftung dafür, dass die eingezahlten Beträge zur freien Verfügung der Geschäftsführer bzw des Vorstands stehen (Kapitalaufbringung). Bei der Annäherung an das vorliegende Problem scheint es zweckmäßig, sich zunächst mit der Haftungsanordnung des § 41 AktG vertraut zu machen. Im Anschluss wird § 41 AktG in Relation zu § 84 AktG gesetzt und daraus Schlüsse für die Frage des Gläubigerschutzes gezogen.

a) Die Haftung gem § 41 AktG

Nach § 41 AktG haften der Gesellschaft neben den anderen an der Gründung beteiligten Personen (Gründer und Hintermänner, Gründergenossen, Emittenten und Gründungsprüfer) auch die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder, wenn sie „*bei der Gründung ihre Sorgfaltspflicht außer acht lassen*.“ Diese Haftungsanordnung geht zurück auf Art 213c ADHGB 1884.³³⁹⁴

3393 Praktisch wird sich dies freilich kaum auswirken, weil Verzichte und Vergleiche nach Ablauf der Sperrfrist wegen der kongruent verlaufenden Verjährungsfrist (§ 44 AktG) regelmäßig ausgeschlossen sind (dazu schon oben ab S 722). Da diese Fristenkongruenz jedoch planwidrig ist, ist sie mE zu berichtigen und kann jedenfalls nicht als Rechtfertigung für eine (allfällige) Gläubigerschutzlücke nach Ablauf der Sperrfrist dienen. S dazu noch sogleich unten im Fließtext.

3394 Die Aktienrechtskommission beschloss damals, dass die Haftung der Organmitglieder für das Gründungsstadium „*näher spezialisiert werde*“ (vgl Verhandlungen der Aktienrechtskommission, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 370). Das Resultat war Art 213c ADHGB 1884: „*Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsraths, welchen nachgewiesen wird, daß sie bei der ihnen durch Artikel 209b auferlegten Prüfung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns verletzt haben, haften der Gesellschaft solidarisch für den ihr daraus entstandenen Schaden, soweit der Ersatz desselben von den in Gemäßheit der Artikel 213a und 213b verpflichteten Personen nicht zu erlangen ist.*“ (abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 589). Im Verhältnis zu Art 241 des Entwurfs bestand die von der Kommission beschlossene „Spezialisierung“ offenbar darin, dass Art 213c zum einen die Beweislastumkehr des Art 241 des Entwurfs aus 1884 für die Gründungshaftung ausschloss (arg: „*welchen nachgewiesen wird*“) und zum anderen die Haftung nur subsidiär neben den anderen ersatzpflichtigen Personen anordnete (arg: „*soweit der Ersatz [...] nicht zu erlangen ist.*“). Die Motive (AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 450) führen diese Besonderheiten darauf zurück, dass (im ersten Fall der Beweislast) die Organmitglieder im Gegensatz zu den Gründern nur für Verletzungen ihrer Sorgfaltspflicht haften bzw (im zweiten Fall der subsidiären Haftung), dass die Organmitglieder den Schaden nicht selbst verursacht haben, sondern es nur unterlassen haben, diesen durch pflichtgemäße Prüfung abzuwenden. Allerdings wurde die Beweislastumkehr in Art 241 des Entwurfs nicht in das Gesetz übernommen. Die Reichstagskommission hat die Bestimmung wegen vehementer Kritik der Regierungsvertreter gestrichen, zugleich hält

Während damals die Haftung nur für Pflichtverletzungen bei der Gründungsprüfung angeordnet war,³³⁹⁵ hat das AktG 1937/1938³³⁹⁶ die Haftungsanordnung auf alle Pflichtverletzungen im Gründungsstadium erweitert

der Kommissionsbericht aber fest: „*Man habe den Satz [sc die Beweislastumkehr] als eine Warnung hinstellen wollen, und er entspreche, richtig verstanden, dem geltenden Recht.*“ (Kommissionsbericht ADHGB 1884, in Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 5. Legislaturperiode, IV. Session 1884, 4. Band, Anlage 128 S 1009 [1020]). Erst mit dem AktG 1937/1938 wurde die Beweislastumkehr (wieder) ausdr gesetzlich angeordnet (s noch Fn 3407). Die beiden genannten Besonderheiten (Beweislast und Subsidiarität) wurden jedoch später mit dem dHGB 1897 bzw mit dem AktG 1937/1938 wieder gestrichen (jewe ohne ersichtliche Begründung). Vgl zur Subsidiarität AmtlBegr AktG 1937/1938 167 (abgedr auch bei Klausung, AktG 37): „*Bei der Verantwortlichkeit des Vorstandes und des Aufsichtsrats ist die Subsidiarität ihrer Haftung, die § 204 HGB vorsieht, beseitigt (§ 41). Im übrigen haften sie ebenso wie die Gründer jetzt auch dafür, daß die zur Annahme von Einzahlungen auf die Aktien bestimmte Stelle hierzu geeignet ist.*“ Trotzdem war die Haftungsanordnung des § 41 keine bloße Wiederholung der *lex generalis*, denn nach den Verhandlungen der Reichstagskommission kam eine weitere Besonderheit dazu: Die Kommission ergänzte die Gründungsverantwortlichkeit (im Anschluss an den Reformentwurf *Wieners*) um eine fünfjährige Sonderverjährung, die (wie noch heute) mit der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister zu laufen begann. Dagegen ließ die Kommission den Beginn der ebenfalls fünfjährigen Verjährung im allg Haftungstatbestand (heute § 84 Abs 6 AktG) bewusst offen (dazu noch ausf unten S 1034 ff). Außerdem unterlagen Ansprüche gem Art 213c ADHGB 1884 zum Schutz künftiger Aktionäre den Verzichts- und Vergleichsbeschränkungen des Art 213d (insb Sperrfrist), während Dispositionen über Ansprüche gem Art 241 (nur) zugunsten der Gläubiger beschränkt waren (ein Widerspruchsrecht zum Schutz der Minderheitsaktionäre fehlte planwidrig [s hierzu bereits oben S 755 ff]). Die Beschränkungen des Art 213d (später § 205 dHGB 1897) fanden zwar über das AktG 1937/1938 (irrig [dazu noch ausf unten S 950 ff]) auch Eingang in den allg Haftungstatbestand (§ 84 Abs 4 Satz 3 AktG), jedoch begann und beginnt dort die Sperrfrist (naturgemäß) nicht mit der Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch, sondern mit der Entstehung des Anspruchs. Die (verbleibende) Spezialität des § 41 AktG idgF gegenüber dem allg Haftungstatbestand (§ 84 AktG) ist somit der (abweichende) Beginn der Sperrfrist (§ 43 AktG) und der Verjährungsfrist (§ 44 AktG) jew mit der Eintragung der Gesellschaft (vgl statt vieler Pentz in MüKo AktG⁵ § 48 Rz 26). Diese Besonderheiten sind mE maßgeblich für die Frage, ob Verstöße gegen allg Organpflichten vor Eintragung der Gesellschaft unter § 41 oder § 84 AktG fallen (s dazu sogleich noch in Fn 3402).

3395 Vgl Art 213c ADHGB 1884 („*bei der ihnen durch Artikel 209h auferlegten Prüfung*“); vgl dann auch § 204 dHGB 1897: „*bei der ihnen durch die §§. 192, 193 auferlegten Prüfung*“. Vgl auch die Art 209h ADHGB 1884; §§ 192 f dHGB 1897; §§ 25 f AktG idgF.

3396 Außerdem formuliert § 41 AktG seit dem AktG 1937/1938 die Sorgfaltspflicht der Organmitglieder nicht mehr eigens aus, sondern verweist implizit auf § 84 Abs 1 iVm § 99 AktG (arg: „*ihre Sorgfaltspflicht*“).

(arg: „bei der Gründung“).³³⁹⁷ Beispielhaft³³⁹⁸ nennt § 41 AktG die Verantwortlichkeit dafür, dass eine zur Annahme von Einzahlungen auf die Aktien bestimmte Stelle hierzu geeignet ist.³³⁹⁹ Auch die Gründungsprüfung ist als zentrale Aufgabe im Gründungsstadium weiterhin erfasst. Weiters die Erstellung eines schriftlichen Berichts (§ 26 Abs 2 f AktG) und die Pflicht zur Anmeldung der Gesellschaft (§§ 28 ff AktG).³⁴⁰⁰ Außerdem erfasst § 41 AktG nach hL³⁴⁰¹ nicht nur gründungsspezifische Organpflichten (und zwar unabhängig vom Zeitpunkt der Pflichtverletzung), sondern darüber hinaus auch allgemeine Organpflichten bis zur Eintragung der Gesellschaft.³⁴⁰²

3397 Vgl nur Zehetner in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 41 Rz 9; Ettel in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 41 Rz 7; Pentz in MüKo AktG⁵ § 48 Rz 12; Ehrlicke in Großkomm AktG⁵ § 48 Rz 12.

3398 Vgl zur Parallelnorm § 48 dAktG nur Bayer in K. Schmidt/Lutter, AktG⁴ § 48 Rz 4; M. Arnold in KK-AktG⁴ § 48 Rz 9.

3399 Vgl auch § 49 Abs 3 AktG (Art der Leistung der Bareinlage), § 28 Abs 2 AktG (Zeitpunkt der zu leistenden Einlagen als materielle Voraussetzungen der Eintragung) und § 39 Abs 1 AktG (Gründerhaftung). Vgl im GmbH-Recht auch § 10 Abs 3 GmbHG (dazu noch sogleich im Fließtext).

3400 S die ausf Aufzählung bei Pentz in MüKo AktG⁵ § 48 Rz 13 ff.

3401 Vgl Pentz in MüKo AktG⁵ § 48 Rz 14 ff; Ehrlicke in Großkomm AktG⁵ § 48 Rz 14 f; Koch in Koch, AktG¹⁷ § 48 Rz 3 (außer beim Betrieb eines eingebrachten Unternehmens [s nächste Fn aE]); so bereits v Godin/Wilhelmi, AktG² (1950) § 41 Anm 1 (S 179); aA iZm der Geschäftsführung Ettel in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 41 Rz 10.

3402 So zB die Verschwiegenheitspflicht und Überwachungspflicht des Aufsichtsrats (s die Nw in Fn 3401). Auch die Kapitalerhaltungsvorschriften sind nach verbreiteter (aber str) Ansicht schon im Gründungsstadium (zumindest ergänzend zur Kapitalaufbringung) anzuwenden (vgl etwa Artmann in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 52 Rz 6 mwN; ausf Köppl, Das Verbot der Einlagenrückgewähr 18 f mwN; zur GmbH H. Foglar-Deinhardstein in FAH, GmbHG § 82 Rz 22. Für Deutschland Pentz in MüKo AktG⁵ § 48 Rz 20; Drygala in KK-AktG³ § 57 Rz 22; Cahn/v. Spannenberg in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 57 Rz 51 ff; nun dies in BeckOGK AktG § 57 Rz 55 [Stand 01.10.2023]; abw Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 52 Rz 15; zur GmbH Köppl in U. Torggler, GmbHG § 82 Rz 2). Außerdem ist der Vorstand nach hL ggf auch verpflichtet, die Geschäfte der Gesellschaft zu führen (Pentz in MüKo AktG⁵ § 48 Rz 19; Ehrlicke in Großkomm AktG⁵ § 48 Rz 15; Solveen in Hölters/Weber, AktG⁴ § 48 Rz 7. AA noch unter Berufung auf die unzumutbare Handelndenhaftung [vgl § 34 Abs 1 Satz 2 AktG idgF] Schlegelberger et al, AktG³ [1939] § 41 Anm 2 [S 142]). So zB wenn ein Unternehmen als Sacheinlage eingebracht wurde (vgl Zehetner in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 41 Rz 11; Pentz in MüKo AktG⁵ § 48 Rz 21; Ehrlicke in Großkomm AktG⁵ § 48 Rz 14 f; Bayer in K. Schmidt/Lutter, AktG⁴ § 48 Rz 4). Str ist jedoch, ob dann § 41 oder § 84 AktG anzuwenden ist. Vgl für § 41 AktG etwa Zehetner in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 41 Rz 11; Pentz in MüKo AktG⁵ § 48 Rz 12 ff.

AA Ettel in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 41 Rz 9 f, nach dem der Aufbau und die Weiterführung eines Unternehmens keine Verpflichtungen „bei der Gründung“, sondern bereits ordentliche Verwaltungstätigkeiten und deshalb nach § 84 AktG zu beurteilen seien. § 41 AktG sei ein Sonderhaftungstatbestand, der auf die speziellen Pflichten bei der Gründung eingeschränkt sei. So auch (für die Haftung gem § 93 dAktG

Der Normzweck des § 41 AktG liegt (wie allgemein bei der aktienrechtlichen Gründungsverantwortlichkeit) nach einhelliger Ansicht³⁴⁰³ in der Sicherung der realen Kapitalaufbringung und damit im Schutz künftig eintretender Aktionäre sowie der Gesellschaftsgläubiger.³⁴⁰⁴ Diese Aussage ist mE aber einzuschränken auf gründungsspezifische Organpflichten, wie zB die Pflicht zur Prüfung der Eignung der ausgewählten Stelle iSd § 49 Abs 3 AktG und der Verfügbarkeit der eingezahlten Beträge (§ 41 Hs 2 AktG) sowie die Gründungsprüfung. Dagegen dienen allgemeine Organpflichten (sofern man diese vor Eintragung der Gesellschaft ebenfalls § 41 AktG unterwirft)³⁴⁰⁵ nicht der Kapitalaufbringung (zB die Pflicht zur sorgfältigen Geschäftsführung oder die Aufsichtspflicht).³⁴⁰⁶

bei dem Betrieb eines eingebrachten Unternehmens) *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 48 Rz 3; *M. Arnold* in *KK-AktG*⁴ § 48 Rz 10.

Für die Anwendung des § 41 AktG bis zur Eintragung der Gesellschaft spricht mE, dass mit dieser Bestimmung wie erwähnt eine gründungsrechtliche Sperrfrist (§ 43 AktG) und Verjährungsfrist (§ 44 AktG) mit jew abweichendem Fristbeginn verbunden sind. Aufgrund dieser Besonderheit sind die genannten Anordnungen auch etwa durch § 48 Satz 2 dAktG ausgenommen (arg: „mit Ausnahme von § 93 Abs. 4 Satz 3 und 4 und Abs. 6.“), der ansonsten die Anwendung des allg Haftungstatbestands (§ 93 iVm § 116 dAktG) für die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Organmitglieder bei der Gründung anordnet (s dazu noch bei Fn 3407). Man könnte zwar anzweifeln, ob die Wertung der Sperrfrist, nämlich den schädlichen Einfluss der Gründer auf die junge AG auszuschalten, bei nicht-gründungsspezifischen Organpflichten berechtigt ist (mE wohl eher zu bejahen [näher dazu schon iZm § 43 AktG oben in Fn 2855]). Dass die Verjährung von Ersatzansprüchen aus dem Gründungsstadium erst (frühestens) mit der Eintragung der Gesellschaft zu laufen beginnen soll, ist aber wohl jedenfalls hinzunehmen (wenngleich das *de lege ferenda* ebenfalls hinterfragt werden kann). Der Grund für die Anknüpfung der Verjährung an die Registereintragung (§ 44 AktG) geht nach *Pendl* (Verjährung 96 mwN) aus den Quellen nicht hervor. *Pendl* vermutet als Motiv praktische Gründe und Rechtssicherheit (ebenda). Eine weitere Notiz hierzu: Die Anknüpfung an die Eintragung führt va zu Problemen, wenn die Gesellschaft erst nach Eintragung (durch Verletzung einer gründungsspezifischen Pflicht) geschädigt wird. In diesem Fall ist fraglich, wann die Verjährungsfrist zu laufen beginnt (weiterführend *S.-F. Kraus/Spendel* in *Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 44 Rz 7).

3403 Vgl *Zebetner* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 41 Rz 3; *Ettel* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 41 Rz 1; *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 48 Rz 1; *Pentz* in *MüKo AktG*⁵ § 48 Rz 3; *Ehricke* in *Großkomm AktG*⁵ § 48 Rz 3; *M. Arnold* in *KK-AktG*⁴ § 48 Rz 1; *Gerber* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 48 Rz 1 (nun *ders* in *BeckOGK AktG* § 48 Rz 1 [Stand 01.02.2022]).

3404 Vgl *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 48 Rz 1; *Bayer* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG⁴ § 48 Rz 1; *M. Arnold* in *KK-AktG*⁴ § 48 Rz 1.

3405 S dazu Fn 3402.

3406 S zu diesen Pflichten in Fn 3402 mwN.

b) Anwendung des § 84 Abs 5 AktG?

i. Meinungsstand

Das Gesetz schweigt zum Verhältnis zwischen § 41 und § 84 AktG (iVm § 99 AktG). Anders in Deutschland, wo § 48 Satz 2 dAktG ausdrücklich normiert: „Für die Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats bei der Gründung gelten im übrigen §§ 93 und 116 mit Ausnahme von § 93 Abs. 4 Satz 3 und 4 und Abs. 6.“ Dieser Satz wurde erst mit dem dAktG 1965 eingefügt und sollte die frühere Streitfrage klären, ob § 41 AktG 1937/1938 die Haftung abschließend regelt, oder daneben die §§ 84 und 99 AktG anwendbar sind,³⁴⁰⁷ was laut AmtlBegr vor allem für die – hier behandelte – Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern Bedeutung hat (vgl § 84 Abs 5 AktG).³⁴⁰⁸ Demgemäß ist unstrittig, dass (auch) das Verfolgungsrecht und die Dispositionsbeschränkungen gem § 93 Abs 5 dAktG auf Pflichtverletzungen im Gründungsstadium anzuwenden sind.³⁴⁰⁹ Auch wenn eine § 48 Satz 2 dAktG vergleichbare Klarstellung hierzulande fehlt, nimmt die hÖL³⁴¹⁰ ebenfalls an, dass § 84 AktG (iVm § 99 AktG) subsidiär auf Ansprüche gem § 41 AktG anzuwenden ist. Es seien keine Gründe ersichtlich für eine unterschiedlich strenge Haftung aus dem Gründungshergang einerseits und dem Zeitraum danach andererseits.³⁴¹¹ Subsidiär anzuwenden sind nach hÖL³⁴¹²

3407 Diese Frage stellt sich va seit dem AktG 1937/1938, weil damit (und zT auch später) der allg Haftungstatbestand um weitere Regelungen angereichert wurde. So zB die *Business Judgment Rule* (§ 84 Abs 1a AktG), die Beweislastumkehr (§ 84 Abs 2 Satz 2 AktG), die Haftungsfreistellung durch Befolgung eines HV-Beschlusses und die Sperrfrist jew in § 84 Abs 4 AktG. Außerdem hat das AktG 1937/1938 – hier interessant – das Verfolgungsrecht der Gesellschaftsgläubiger gem § 84 Abs 5 Sätze 1 f AktG (und die korrespondierenden Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 Sätze 3 f AktG) von den Sondertatbeständen des § 241 Abs 3 dHGB 1897 auf sonstige Ersatzansprüche ausgedehnt, soweit diese durch grob fahrlässige Pflichtverletzung entstanden sind (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG).

3408 AmtlBegr dAktG 1965, BT-Drucks 4/171, 111 rSp.

3409 Vgl nur *M. Arnold* in KK-AktG⁴ § 48 Rz 3; *Pentz* in MüKo AktG⁵ § 48 Rz 27; *Bayer* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG⁴ § 48 Rz 2.

3410 *Zeheutner* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 41 Rz 7; *Arlt* in MüKo AktG⁵ § 48 Rz 33 ff; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/267; *Justich* in *Hausmaninger/Gratzl/Justich*, Hdb Aktiengesellschaft² Rz 236; so wohl auch *Ettel* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 41 Rz 1 („speziellere Norm zu § 84 AktG“), implizit auch Rz 13, 14 und *passim*; s zum (insoweit identischen) AktG 1937/1938 die Nw in Fn 3409.

3411 Vgl *Zeheutner* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 41 Rz 6 f.

3412 *Zeheutner* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 41 Rz 7; *Ettel* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 41 Rz 14; *Arlt* in MüKo AktG⁵ § 48 Rz 35; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/267; *Schauer* in *Kalss/Kunz*, Hdb Aufsichtsrat² Kap 45 Rz 73; so auch die hÖL (s Fn 3409). So auch zum dAktG 1937 (das wie das öAktG ebenfalls noch keine Klarstellung enthielt) bereits *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 41 Anm 3 (S 143); abl aber *Gadow* in *Gadow et al*, AktG (1939) § 41 Anm 3 (S 135). S auch noch näher Fn 3414.

demgemäß auch das Verfolgungsrecht (§ 84 Abs 5 Satz 1 AktG) und die Dispositionsbeschränkungen (§ 84 Abs 5 Satz 3 AktG). Denn es gebe keinen Grund, gerade die Ansprüche gem § 41 AktG, die ebenfalls zum Befriedigungsfonds der Gesellschaftsgläubiger gehören, vom Gläubigerschutz des § 84 Abs 5 AktG auszunehmen.³⁴¹³ Sowohl in der österreichischen als auch deutschen Lehre³⁴¹⁴ wird iZm der (subsidiären) Anwendung des § 84 Abs 5 AktG (§ 93 Abs 5 dAktG) jedoch betont, dass hierbei die Beschränkung des § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG (§ 93 Abs 5 Satz 2 Hs 1 dAktG) zu beachten sei, wonach das Verfolgungsrecht (und damit die Dispositionsbeschränkungen [arg „*Den Gläubigern gegenüber*“]) in anderen Fällen als denen des § 84 Abs 3 AktG (§ 93 Abs 3 dAktG) nur anwendbar ist, wenn die gesetzlich geforderte Sorgfalt „*gröblich verletzt*“ wurde (grobe Fahrlässigkeit).

ii. Eigene Ansicht

Es wäre in der Tat wertungswidersprüchlich, die Gläubigerschutznormen des § 84 Abs 5 AktG nicht auch auf Ansprüche gem § 41 AktG anzuwenden, soweit diese Ansprüche aus zumindest grob fahrlässiger Schädigung resultieren (vgl § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG). Denn unter dieser Voraussetzung sind das Verfolgungsrecht und die Dispositionsbeschränkungen ohne weitere Differenzierung auch auf jegliche sonstigen Ansprüche gegen Vorstandsmitglieder anwendbar.³⁴¹⁵ Dieser Vergleich spitzt sich bei jenen *allgemeinen* Organpflichten zu, die nur deshalb § 41 AktG unterfallen, weil sie schon vor der Eintragung der Gesellschaft verletzt wurden. Ein und dieselbe Verhaltenspflicht kann aber schwerlich unterschiedliche gläubigerschutzbezogene Implikationen haben, je nachdem, wann sie verletzt wird. Insoweit verdient die hL also zwar Zustimmung, geht jedoch noch nicht weit genug. Das Verfolgungsrecht und die korrespondierenden Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 AktG sind mE nämlich *unabhängig vom Verschuldensgrad* (auch bei leichter Fahrlässigkeit) analog auf Ansprüche gem § 41 AktG anzuwenden, soweit die verletzten Organpflichten der Sicherung der realen Kapitalaufbringung und damit (neben dem historisch vorrangigen Anlegerschutz

3413 Zehetner in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 41 Rz 7.

3414 Vgl Arlt in MüKo AktG⁵ § 48 Rz 35; P. Doralt/Diregger in MüKo AktG⁴ § 48 Rz 33; so auch Pentz in MüKo AktG⁵ § 48 Rz 27; so iE wohl auch die Lehrmeinungen, nach denen § 84 Abs 5 AktG unter den dort genannten Voraussetzungen auf § 41 AktG anzuwenden ist (vgl Ettel in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 41 Rz 14 [„*Unter den Voraussetzungen des § 84 Abs 5 AktG*“]; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, ÖGesR² Rz 3/267; ähnl Koch in Koch, AktG¹⁷ § 48 Rz 7; Gerber in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 48 Rz 9; nun ders in BeckOGK AktG § 48 Rz 9 [Stand 01.02.2022]; Solveen in Hölters/Weber, AktG⁴ § 48 Rz 11).

3415 Vgl AmtlBegr AktG 1937/1938 180 (abgedr auch bei Klausning, AktG 71): „*Eine unmittelbare Haftung der Vorstandsmitglieder gegenüber den Gläubigern kann nach dem Entwurf stets eintreten, wenn diese ihre Obliegenheiten verletzt haben.*“

auch)³⁴¹⁶ unmittelbar dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger dienen. Insofern sind die Ansprüche gem § 41 AktG wertungsmäßig nicht mit den sonstigen Ansprüchen aus § 84 Abs 2 AktG vergleichbar, deren (indisponible) Geltendmachung mit grober Fahrlässigkeit begrenzt ist, sondern vielmehr mit den Ansprüchen gem § 84 Abs 3 AktG (Kapitalerhaltung).³⁴¹⁷ Denn die Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung bedingen einander³⁴¹⁸ und dienen gleichermaßen unmittelbar dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger^{3419, 3420}.

Dem steht wie erwähnt nicht entgegen, dass die Gesellschaft über Ansprüche gem § 41 AktG ohnedies schon wegen § 43 AktG nur eingeschränkt verfügen kann, nämlich erst fünf Jahre nach Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch. Zwar schützt die Kapitalaufbringung sowohl künftige Gesellschafter als auch Gesellschaftsgläubiger, allerdings erfolgt die Absicherung der Haftung entsprechend der jeweiligen Rechtsposition unterschiedlich. Anleger müssen nur solange vor (präsumtiv nachteiligen) Dispositionen durch die Gründer (deren Einfluss) geschützt werden, bis die Gründer ausgeschieden sind und die Anleger selbst die Gesellschaft kontrollieren. Das tun sie nach der (abstrahierenden) gesetzlichen Wertung präsumtiv nach Ablauf von fünf Jahren ab Eintragung der Gesellschaft. Die Gesellschaftsgläubiger sind dagegen zwar (nur) schutzwürdig, soweit der Ersatz zu ihrer Befriedigung erforderlich ist, ihr Schutzbedürfnis ist aber zeitlich unbeschränkt und besteht, solange der Anspruch existiert (unabhängig von den Beherrschungsverhältnissen). Zwar schützt die Sperrfrist als absolutes Verfügungsverbot wie eingangs angesprochen auch die Gesellschaftsgläubiger mit (weil diese ebenfalls auf erhaltene Ersatzansprüche greifen können), das gilt aber eben nur, solange die Sperrfrist läuft. Nach Ablauf der Sperrfrist könnten die Aktionäre (wenngleich sie präsumtiv nicht mehr unter dem Gründereinfluss stehen)³⁴²¹ wie erwähnt auch zu Lasten der Gläubiger über Ansprüche aus

3416 S dazu noch sogleich in Fn 3428.

3417 Gleiches gilt für die Verletzung von Kapitalerhaltungsvorschriften vor Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch, sofern man deren Anwendung in diesem Stadium bejaht (vgl Fn 3402).

3418 Vgl etwa *Koppensteiner*, GesRZ 2014, 3 (3): „*funktional auf das Engste verklammert*“.

3419 Unstr; allg zur Kapitalaufbringung *Koppensteiner*, GesRZ 2014, 3 (3) mwN; *Ch. Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 4/35; *Zollner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 6 Rz 6; *Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 199 Rz 43.

3420 Auch bei der Verletzung von Kapitalaufbringungsvorschriften wären die Gesellschaftsgläubiger nach allg Grundsätzen (allenfalls) unmittelbar ersatzberechtigt, weshalb im System der Haftungskonzentration ein Verfolgungsrecht und Dispositionsbeschränkungen als Korrektive nötig sind.

3421 Gegen die Notwendigkeit einer Beschränkung von Gesellschaftsdispositionen zum Schutz der Gläubiger spricht mE nicht, dass nach Ablauf der Sperrfrist ohnedies annahmegemäß unbefangene Aktionäre zum Wohl der Gesellschaft (und damit auch der Gläubiger) über Ansprüche disponieren und zusätzlich eine Aktionärs-minderheit als außerordentliches Organ der Gesellschaft zur Wahrung des Gesellschaftsinteresses berufen ist (s schon Fn 2762). Denn auch im Bereich der laufenden

der Verletzung von Kapitalaufbringungsvorschriften disponieren. Darüber darf auch der Umstand nicht hinwegtäuschen, dass sich die Sperrfrist gem § 43 AktG (planwidrig) mit der Verjährungsfrist (§ 44 AktG) deckt, sodass Dispositionen faktisch kaum möglich sind.³⁴²² Aus den genannten Gründen besteht mE nach Ablauf der Sperrfrist eine Gläubigerschutzlücke.³⁴²³ Nur bei der Befolgung von HV-Beschlüssen (die auch schon im Gründungssta-

Geschäftsführung existieren neben den Minderheitenschutzbestimmungen (§ 84 Abs 4 Satz 3, § 136 AktG) *zusätzlich* Dispositionsbeschränkungen zugunsten der Gläubiger (§ 84 Abs 5 Satz 3 AktG). Soweit die Vorstandsmitglieder gegen unmittelbar gläubigerschützende Pflichten verstoßen, abstrahiert der Gesetzgeber also offenbar von einer allfälligen Interessenkongruenz aufgrund der zwingenden Kapitalbindung oder einer aktiven Minderheit (die auch nicht in jedem Fall bestehen muss).

3422 S schon bei Fn 3393. Wie erwähnt (§ S 722 ff), beruht die Verlängerung der Sperrfrist von drei auf fünf Jahre durch das dHGB 1897 auf einem gesetzgeberischen Versehen; sie ist daher korrigierend auf (nur) zwei Jahre ab Firmenbucheintragung (*tempus clausum*) anzuwenden (im Übrigen wurde die Sperrfrist in Deutschland wieder auf drei Jahre reduziert). In jedem Fall sind Verzichte und Vergleiche zumindest im Fall einer Unterbrechung oder Hemmung der Verjährung möglich. Dasselbe Problem besteht im Übrigen auch bei Ansprüchen gem § 84 AktG, weil sich dort (ebenfalls) die Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG und die Verjährungsfrist gem § 84 Abs 6 AktG decken. Allerdings ist die Sperrfrist in § 84 AktG nicht nur planwidrig zu lang, sondern überhaupt fehl am Platz (dazu noch ausf unten S 950 ff).

3423 Daher sind genau besehen auch die Materialien zu § 9b Abs 1 dGmbHG unpräzise, wenn sie ausführen, dass das GmbH-Recht (eines dessen wesentlicher Anliegen die Ersparnis der zwingenden Vorschriften des Anlegerschutzes war) sich an Art 213d ADHGB 1884 (§ 43 AktG idGF) anlehnt und von diesem nur dadurch abweicht, dass Dispositionen der Gesellschaft *nur* zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger beschränkt sind. Vgl AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3736 (zu § 9b Abs 1 dGmbHG; § 9 Abs 3 in der Stamfassung): „*Nur ist zu verhindern, daß die Gesellschaft selbst durch Verzichtleistungen oder Vergleiche hinsichtlich ihrer Schadensersatzansprüche den Gläubigern dieses Befriedigungsobjekt entzieht. Auf diesem Grunde beruhen die beschränkenden Vorschriften des dritten Absatzes. Sie lehnen sich im Wesentlichen an den Artikel 213d des Aktiengesetzes an, jedoch mit der aus ihrem allgemeinen Zweck sich ergebenden Abweichung, daß die betreffenden Beschränkungen hier nur im Interesse und zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger bestehen sollen.*“ Denn die vorbildhafte aktienrechtliche Sperrfrist trug den Gläubigerinteressen wie erwähnt eben gerade nicht Rechnung. Anderes gilt immerhin für das Verhältnis von § 10 Abs 6 öGmbHG und der (ursprünglichen) Vorbildbestimmung im österreichischen Aktienentwurf von 1900. Sowohl dieser als auch (infolgedessen) die ersten GmbH-Entwürfe normierten noch ein gänzlich (unbefristetes) Verzichts- und Vergleichsverbot. Die Entwurfsverfasser schränkten dieses Verbot aber schließlich auf den notwendigen Gläubigerschutz ein, woraus der heutige § 10 Abs 6 GmbHG entstanden ist. In den EBRV (236 BlgHH 17. Session 1904 62) kommt der Entwicklungszusammenhang nicht mehr zum Ausdruck, weil die EBRV das dGmbHG als Referenz vor Augen haben. Instruktiver ist der Entwurf der Erläuternden Bemerkungen zum GmbH-Entwurf aus Juni 1902 (ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg II und P 111–125, Karton 885), der das GmbHG noch dem Aktienentwurf gegenüberstellte: „*Aus demselben Grunde [sc wegen der einfacheren Verhältnisse der GmbH im Vergleich zur AG] wird die*

dium möglich sind)³⁴²⁴ geht der Gläubigerschutz im Anlegerschutz auf, weil der Schutz künftiger Aktionäre die Gesamtnichtigkeit verlangt (keine Haftungsfreistellung).³⁴²⁵

Gegen eine planwidrige Lücke spricht auch nicht, dass der Reformgesetzgeber von 1884 das Verfolgungsrecht der Gläubiger und die Dispositionsbeschränkungen nicht auch im Gründungsrecht angeordnet (wiederholt) hat, obwohl jene Vorschriften in Art 241 Abs 4 (des Entwurfs aus 1882) schon existiert haben,³⁴²⁶ als Art 213c geschaffen³⁴²⁷ wurde. Das erklärt sich nämlich wohl dadurch, dass die Kapitalaufbringung und die strengen Gründungsvorschriften zu ihrer Absicherung damals noch primär als Instrument des Anlegerschutzes, und erst später (auch) des Gläubigerschutzes begriffen wurden.³⁴²⁸ Dieser Paradigmenwechsel wird vor allem durch die Entstehungsbedingungen der GmbH-Gesetze veranschaulicht: Das zentrale Anliegen des Gesetzgebers war es, von den vielen zwingenden Vorschriften des Aktienrechts frei zu werden, die durch die Handelbarkeit der Aktien und die damit einhergehende Missbrauchsgefahr notwendig geworden waren.³⁴²⁹ Zu diesem Zweck schloss der Gesetzgeber die Handelbarkeit der GmbH-Geschäftsanteile durch das Erfordernis der Notariatsaktpflicht aus, wodurch seiner Ansicht nach künftige Gesellschafter ausreichend geschützt waren. Dabei verkannte er nicht, dass die Gründungskautelen des Aktienrechts zwar primär künftige Aktionäre schützten, mittelbar aber auch dem Gläubi-

Wirkung von Verzichten auf bereits vorhandene Ersatzansprüche und von Vergleichen über solche nur soweit beschränkt, als dies das Interesse der Gläubiger erfordert.“

3424 Die Gründer können schon vor Eintragung der Gesellschaft Beschlüsse fassen (s iZm § 43 AktG schon oben Fn 2868 mwN).

3425 S dazu schon iZm dem Schutz künftiger Aktionäre (§ 43 AktG) oben bei Fn 2870. Anderes gilt wohl nur, soweit die Gründerversammlung von sonstigen Vorschriften als den Kapitalaufbringungsvorschriften dispensiert, wenn sie also zB unzumutbare Weisungen im Bereich der bloßen Geschäftsführung beschließt. Insoweit ist wohl Raum für eine Anwendung des § 84 Abs 5 AktG (freilich gem § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG nur bei zumindest grober Fahrlässigkeit).

3426 Vgl Entwurf eines Gesetzes, betreffend die KGaA und AG (1882), abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 282 f. Freilich schloss der Entwurf aus 1882 die Haftungs-freistellungswirkung bei Ausführung eines Generalversammlungsbeschlusses noch gänzlich aus (auch gegenüber der Gesellschaft) und enthielt zudem noch keine Anordnung der Unwirksamkeit von Verzichten und Vergleichen gegenüber den Gläubigern (so erst die AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 463).

3427 S dazu schon Fn 3394.

3428 Vgl schon bei Fn 442 und Fn 2778, instruktiv *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 144 ff; *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 38, 77; *Hommelhoff* in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 53 (83 f).

3429 Damit reagierte der Gesetzgeber auf die Bedürfnisse der Wirtschaftspraxis nach einer Rechtsform mit ausgeschlossener Gesellschafterhaftung, die nicht durch die strengen Vorschriften des Aktienrechts belastet ist. S näher schon oben S 127 ff.

gerschutz dienen.³⁴³⁰ Da sich der Anlegerschutz durch die Immobilisierung der Anteile erübrigte, trat der Gläubigerschutzzweck der Kapitalaufbringungsvorschriften deutlich in den Vordergrund.³⁴³¹ Deshalb sind nach § 10 Abs 6 GmbHG Verzichte und Vergleiche (sowie ähnliche Geschäfte) auf bzw über Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen Geschäftsführer gem § 10 Abs 4 GmbHG unwirksam, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist. Dadurch erhält das GmbHG Ersatzansprüche aufgrund der Verletzung von (wenngleich weniger strengen)³⁴³² Kapitalaufbringungsvorschriften mittels Dispositionsbeschränkungen (unabhängig vom Verschuldensgrad) für den Zugriff der Gläubiger im Gesellschaftsvermögen (insoweit den Ersatzansprüchen gem § 25 Abs 3 GmbHG gleichgestellt, hinsichtlich derer § 25 Abs 7 auf § 10 Abs 6 GmbHG verweist). Es wäre mE nicht nachvollziehbar, dass Gläubiger einer GmbH insoweit gegenüber Gläubigern einer AG bevorzugt werden sollten, obwohl rechtsformbedingte Unterschiede nicht ersichtlich sind. Denn die Dispositionsbeschränkung des § 10 Abs 6 GmbHG entspricht funktional § 84 Abs 5 Satz 3 AktG und die davon erfasste Ersatzpflicht (§ 10 Abs 4 GmbHG) entspricht funktional § 41 AktG.³⁴³³ Demgemäß spricht mE (auch) § 10 Abs 6

3430 Vgl *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 144 f, 148 mwN; *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 38, 77; *Hommelhoff* in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 53 (83 f).

3431 Freilich waren die Kapitalaufbringungsregeln im GmbH-Recht aus Gründen der Praktikabilität weit nicht so streng wie im Aktienrecht. Vor allem verzichtete der GmbH-Gesetzgeber (grundsätzlich) auf eine Gründungsprüfung. Immerhin aber müssen die Geschäftsführer erklären, dass die Bareinlagen eingezahlt sind und dass sich die eingezahlten Beträge sowie die als Sacheinlage eingebrachten Vermögensgegenstände in der freien Verfügung der Geschäftsführer (oder des Treuhänders) befinden (§ 10 Abs 3 GmbHG). Diese Erklärung ist durch § 10 Abs 4 GmbHG haftungsbewährt, wonach die Geschäftsführer für einen durch falsche Angaben verursachten Schaden der Gesellschaft haften.

3432 S Fn 3431.

3433 Eine unterschiedliche Behandlung von GmbH und AG könnte mE auch nicht dadurch gerechtfertigt werden, dass die Kapitalaufbringung im Aktienrecht strenger ist (s schon Fn 3431). Denn die Organmitgliedshaftung für die Verletzung von Kapitalaufbringungsvorschriften wäre (unabhängig von deren relativer Strenge) zahnlos, wenn die Gesellschaft frei über daraus resultierende Ersatzansprüche verfügen könnte. Entscheidend für die Notwendigkeit einer Absicherung ist also nicht die Strenge der Kapitalaufbringung, sondern ihr (Gläubiger-)Schutzzweck. Gegen den Vergleich mit dem GmbH-Recht spricht auch nicht, dass dieses keinen Schutz künftiger Gesellschafter (Anlegerschutz) durch Beschränkung von Gesellschaftsdispositionen (also eine Sperrfrist) vorsieht. Denn wie erwähnt verlaufen Anleger- und Gläubigerschutz wegen der unterschiedlichen Anknüpfungspunkte und Rechtspositionen ohnedies nicht kongruent, weshalb im Aktienrecht trotz vergleichsweise weitgehender Indisponibilität von Gründungsansprüchen im Anlegerinteresse ein Gläubigerschutzbedürfnis (und eine -lücke) besteht. Anders gewendet ist nicht das Fehlen eines Anlegerschutzes in der GmbH der Grund dafür, dass § 10 Abs 6 GmbHG im Gläubigerinteresse die Indisponibilität der Haftung anordnet. Der Wegfall von Publikumsinteressen in der GmbH hat aber dazu beigetragen, dass der Gläubigerschutzaspekt der Kapitalaufbringung hervorgetreten

GmbHG deutlich dafür, den § 84 Abs 5 AktG nicht nur (wie nach hL) bei grob fahrlässiger Schädigung (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG) auf Ansprüche gem § 41 AktG subsidiär anzuwenden, sondern unabhängig vom Verschuldensgrad *analog*, soweit die Ansprüche aus der Verletzung von Kapitalaufbringungsvorschriften resultieren.³⁴³⁴

5. Fazit

Das Verfolgungsrecht der Gesellschaftsgläubiger gem § 84 Abs 5 Satz 1 AktG ist eine spezielle aktienrechtliche Einziehungsermächtigung zur Geltendmachung fremder Ansprüche im eigenen Namen. Es hat nur in der masselosen Gesellschaftsinsolvenz Bedeutung, weil während eines Insolvenzverfahrens nur der Insolvenzverwalter zur Einziehung von Gesellschaftsansprüchen befugt ist (vgl § 84 Abs 5 Satz 4 AktG). Das Verfolgungsrecht (und mit ihm die im Gläubigerinteresse indisponible Vorstandshaftung) bezieht sich seit dem AktG 1937/1938 nicht mehr nur auf die qualifizierten Ersatzansprüche des (heutigen) § 84 Abs 3 AktG, sondern auch auf alle sonstigen Ansprüche gem § 84 AktG, sofern ihnen eine zumindest grob fahrlässige Pflichtverletzung zugrunde liegt (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG). Diese Ausweitung der indisponiblen Haftung ist allerdings (*de lege ferenda*) fragwürdig, weil die Eigenverantwortlichkeit des Vorstands entgegen dem Gesetzgeber von 1937/1938 nicht zu einem erhöhten Gläubigerschutzbedürfnis geführt hat. Die Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG beziehen sich unmittelbar (und ursprünglich) nur auf das Verfolgungsrecht der Gläubiger (arg: „*Den Gläubigern gegenüber*“). Sie sind allerdings (korrigierend) auch anzuwenden, wenn

und für den Gesetzgeber virulent geworden ist. Schließlich steht der Wertungsparallele zum GmbH-Recht auch nicht entgegen, dass das GmbHG (unmittelbar) kein Verfolgungsrecht der Gesellschaftsgläubiger vorsieht. Denn zum einen ist das Verfolgungsrecht nach mE zutr Ansicht ohnehin analog auf die GmbH anzuwenden (dazu oben S 201 ff) und zum anderen impliziert die Dispositionsbeschränkung gem § 10 Abs 6 GmbHG unabhängig vom Modus der Anspruchsdurchsetzung, dass die zugrundeliegenden Geschäftsführerplichten (konkret § 10 Abs 3 GmbHG) unmittelbar dem Gläubigerschutz dienen (zu dieser Gläubigerschutzimplikation der gesetzlichen Dispositionsbeschränkungen schon iZm § 25 Abs 5 GmbHG oben S 257 ff), wengleich dadurch kein Verfolgungsrecht, sondern der exekutive Zugriff durch die Gläubiger gesetzlich zwingend abgesichert wird.

³⁴³⁴ Zu klären bleibt noch, welche von § 41 AktG erfassten Verhaltenspflichten der Kapitalaufbringung dienen. Diese Frage stellt sich erst seit dem AktG 1937/1938, weil sich die Haftung davor (§ 204 dHGB 1897) wie erwähnt (s bei Fn 3395) nur auf die Gründungsprüfung bezog, die unstr der Sicherstellung der Kapitalaufbringung dient. Gleiches gilt (seit dem AktG 1937/1938 beispielhaft eigens ausformuliert) für die Pflicht zu prüfen, „*ob eine zur Annahme von Einzahlungen auf die Aktien bestimmte Stelle (§ 49 Abs. 3) hierzu geeignet ist, namentlich die eingezahlten Beträge zur freien Verfügung des Vorstands stehen.*“

Gesellschaftsgläubiger Ersatzansprüche der Gesellschaft mittels Drittschuldnerklage (exekutiv) geltend machen. Dies allerdings nur im Rahmen der Tatbestandsvoraussetzungen des Verfolgungsrechts gem § 84 Abs 5 Sätze 1 und 2 AktG, dh soweit die Gläubiger von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können und soweit es sich um Ersatzansprüche gem § 84 Abs 3 AktG oder wegen sonst zumindest grob fahrlässiger Schädigung handelt. Denn mit dem Verfolgungsrecht wollte der Gesetzgeber auch die Dispositionsbeschränkungen und damit die (im Gläubigerinteresse) indisponible Vorstandschaftung als solche beschränken (vgl auch § 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG). Darüber hinaus ist § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (ebenfalls nur im Rahmen der § 84 Abs 5 Sätze 1 f AktG) auch auf die Geltendmachung von Gesellschaftsansprüchen durch den Insolvenzverwalter anzuwenden. Die Anordnung des § 84 Abs 5 Satz 4 AktG, wonach während eines Insolvenzverfahrens der Insolvenzverwalter das „*Recht der Gläubiger gegen die Vorstandsmitglieder*“ ausübt, beruht (wie § 171 Abs 2 dHGB/UGB) auf der Annahme eines unmittelbaren Ersatzanspruchs der Gläubiger. Unter der (mE zutr) Prämisse einer (bloßen) Einziehungsermächtigung beschränkt sich die Anordnung auf den Ausschluss des Verfolgungsrechts während eines Insolvenzverfahrens (Sperrfunktion). Das Verfolgungsrecht und die Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 AktG gelten subsidiär auch für Ansprüche aus dem Gründungsstadium gem § 41 AktG. Darüber hinaus sind sie unabhängig vom Verschuldensgrad (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG) analog auf § 41 AktG anzuwenden, soweit die Ansprüche aus der Verletzung von Kapitalaufbringungsvorschriften resultieren (vgl § 10 Abs 6 GmbHG).

Wie im GmbH-Recht bei § 25 Abs 5 und 7 GmbHG lassen sich aus § 84 Abs 5 Satz 3 AktG zwei Umkehrschlüsse ziehen: *Erstens*, dass Dispositionen der Gesellschaft über andere als die in § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG genannten Ansprüche (*ceteris paribus*) die Haftung ausschließen, auch wenn die Gesellschaftsgläubiger von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können (§ 84 Abs 5 Satz 1 AktG), *zweitens*, dass Gesellschaftsdispositionen im Bereich des § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG haftungsfreistellend wirken, soweit die Gläubiger von der Gesellschaft (noch) Befriedigung erlangen können. Die (implizierte) grundsätzliche Haftungsfreistellungswirkung von Verzichten und Vergleichen ist unproblematisch, weil die Gesellschaft grundsätzlich frei über ihr Vermögen (darunter auch Ersatzansprüche) verfügen kann. Wie oben schon bei § 25 Abs 5 GmbHG erläutert, ist (auch) der funktional vergleichbare § 84 Abs 5 Satz 3 AktG in Bezug auf die Befolgung von HV-Beschlüssen jedoch nicht leicht verständlich. Denn die mit § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG korrespondierenden Verhaltenspflichten sind wegen der Gläubigerschutzimplikation der Dispositionsbeschränkungen naturgemäß (zwingende) Gläubigerschutzvorschriften, weshalb davon dispensierende HV-Beschlüsse nach allgemeinen Grundsätzen absolut nichtig sind und nach hM die Haftung von vornherein nicht ausschließen. § 84 Abs 4 Satz 1 AktG ordnet sogar explizit

an, dass nur „gesetzmäßige“ Beschlüsse (dh weder nichtige noch anfechtbare Beschlüsse) die Haftung ausschließen. Die Haftungsfreistellungswirkung von HV-Beschlüssen gem § 84 Abs 4 Satz 1 AktG und § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (*e contrario*) und das Verhältnis dieser Bestimmungen zueinander werden wegen der genannten Besonderheiten im nachfolgenden Kapitel gesondert behandelt.

D. Haftungsfreistellung durch Befolgung eines HV-Beschlusses (§ 84 Abs 4 Satz 1 und § 84 Abs 5 Satz 3 AktG)

1. Regelungen und Entwicklung seit dem ADHGB 1884

Das ADHGB 1884 enthielt nur eine Beschränkung von Generalversammlungsbeschlüssen: Nach Art 241 Abs 4 Satz 2 ADHGB 1884 wurde die Ersatzpflicht den Gläubigern gegenüber nicht dadurch aufgehoben, dass die Schädigungshandlung auf einem Generalversammlungsbeschluss beruht. Diese Anordnung wurde wiederholt rezipiert und entspricht im heutigen Aktienrecht § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (vgl auch § 25 Abs 5 GmbHG). Mit dem AktG 1937/1938 kam eine (weitere) Regelung der Haftungsfreistellung durch Beschlussausführung hinzu: Gem § 84 Abs 4 Satz 1 tritt *gegenüber der Gesellschaft* die Ersatzpflicht nicht ein, wenn die Handlung auf einem gesetzmäßigen HV-Beschluß beruht. Die AmtlBegr stellt klar, dass „gesetzmäßig“ iSd § 84 Abs 4 Satz 1 AktG nur ein „*weder nichtige[r] noch anfechtbare[r] Beschluß*“ ist.³⁴³⁵ Außerdem stellt § 84 Abs 4 Satz 2 AktG klar, dass eine Billigung durch den Aufsichtsrat die Haftung nicht ausschließt.

Diese Anordnungen werfen eine ganze Reihe von Fragen auf, von denen einige schon im GmbH-Teil untersucht wurden.³⁴³⁶ Wie im GmbH-Recht ist auch im Aktienrecht die dogmatische Grundlage der Haftungsfreistellungswirkung umstritten. Noch nicht geklärt ist auch die Implikation des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG, wonach gläubigerschutzwidrige (und damit nach allgemeinen Grundsätzen absolut nichtige) Beschlüsse grundsätzlich die Haftung ausschließen. Wie bei § 25 Abs 5 GmbHG scheint nämlich (auch) diese Einschränkung einer (implizierten) Haftungsfreistellung gegenüber den Gläubigern überflüssig, weil nichtige Beschlüsse nach hM die Haftung ohnedies schon gegenüber der Gesellschaft nicht ausschließen.³⁴³⁷ Trotz dieser

3435 AmtlBegr AktG 1937/1938 181 (abgedr auch bei *Klausing*, AktG 71 f): „*In § 84 Abs. 4 ist klargestellt, daß eine Ersatzpflicht des Vorstands, der seine Obliegenheiten schuldhaft verletzt hat, der Gesellschaft gegenüber nur in dem Falle nicht eintritt, wenn die Handlung auf einem gesetzmäßigen, d. h. weder nichtigen noch anfechtbaren Beschluß der Hauptversammlung beruht.*“

3436 S oben S 450 ff.

3437 Vgl etwa *Grigoleit/Tomasic* in *Grigoleit*, AktG² § 93 Rz 133.

Gemeinsamkeiten wird die Haftungsfreistellungswirkung von Beschlüssen im Aktienrecht zumindest in Teilbereichen anders beurteilt als im GmbH-Recht. Grund dafür ist, dass das Aktienrecht mit § 84 Abs 4 Satz 1 AktG eine weitere Bestimmung enthält, die keine Entsprechung im GmbH-Recht hat. Trotz seiner (wie zu zeigen sein wird) klarstellenden Absichten sorgt § 84 Abs 4 Satz 1 AktG für weitere (aktienrechtsspezifische) Auslegungsschwierigkeiten: Umstritten ist vor allem, ob auch unanfechtbare und unanfechtbar gewordene sowie geheilte nichtige HV-Beschlüsse „gesetzmäßig“ iSd § 84 Abs 4 Satz 1 AktG sind und eine Haftung ausschließen können.³⁴³⁸ Für Irritationen sorgt auch das Verhältnis zwischen § 84 Abs 4 Satz 1 AktG und § 84 Abs 5 Satz 3 AktG.³⁴³⁹ Denn die erwähnte (scheinbare) Implikation des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG, dass gläubigerschutzwidrige Beschlüsse die Haftung (grundsätzlich) ausschließen (andernfalls wäre eine Beschränkung gegenüber den Gläubigern nicht nötig)³⁴⁴⁰, scheint nicht nur durch das allgemeine Beschlussmängelrecht widerlegt (weil diese Beschlüsse nach allgM wie erwähnt ohnehin nichtig sind), sondern auch explizit von § 84 Abs 4 Satz 1 AktG negiert, stellt doch die AmtlBegr hierzu klar, dass nichtige Beschlüsse nicht „gesetzmäßig“ iSd *leg cit* sind.

Bevor diese Probleme näher untersucht werden, soll der Meinungsstand dargestellt werden, um ein Problembewusstsein zu entwickeln. Das aktienrechtliche Schrifttum nähert sich den genannten Problemen nämlich nicht (wie im GmbH-Recht) auf allgemeinem Wege an, sondern nimmt § 84 Abs 4 Satz 1 AktG zum Ausgangs- und Mittelpunkt interpretativer Überlegungen. Das liegt durchaus nahe, denn mit dieser Bestimmung gibt es im Unterschied zum GmbH-Recht wie gesagt eine Norm, die die Haftungsfreistellung von HV-Beschlüssen nicht nur implizit voraussetzt (vgl § 84 Abs 5 Satz 3 AktG, § 25 Abs 5 GmbHG), sondern *unmittelbar* selbst regelt.

2. Meinungsstand

a) Bedeutung des § 84 Abs 4 Satz 1 AktG

Die österreichische Lit (insb Kommentarliteratur) befasst sich – soweit ersichtlich – nicht näher mit dem Regelungszweck des § 84 Abs 4 Satz 1 AktG. Aufschlussreicher ist das deutsche Schrifttum, das bei der Vorgängerbestim-

³⁴³⁸ Vgl etwa *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 84 Rz 29 mwN.

³⁴³⁹ Vgl hier nur *Hefermehl* in FS Schilling 159 (159 f).

³⁴⁴⁰ Vgl idZ (zur Genossenschaft) schon RG 24.04.1900, Rep. VIa. 456/99 RGZ 46, 60 (64): „Eine solche Vorschrift würde der Gesetzgeber nicht für erforderlich erachtet haben, wenn er nicht bezüglich der Ansprüche der Genossenschaft selbst davon ausginge, daß dieser gegenüber der Beschluß der Generalversammlung allerdings in Betracht komme.“

mung § 241 Abs 4 Satz 2 dHGB 1897 ansetzt. Dieser zufolge sei der Vorstand gegenüber der Gesellschaft auch durch die Befolgung *gesetzwidriger* Beschlüsse von der Haftung frei geworden.³⁴⁴¹ Die dogmatische Grundlage hierfür habe man im Grundsatz von Treu und Glauben gesehen.³⁴⁴² Die Gesellschaft hätte arglistig gehandelt, wenn sie ihre Vorstandsmitglieder für die Ausführung eines von der Generalversammlung gefassten Beschlusses auf Schadenersatz in Anspruch genommen hätte.³⁴⁴³ Maßgeblich für die haftungsentlastende Wirkung im Innenverhältnis sei auch die starke Stellung der Generalversammlung als oberstes Willensbildungsorgan gewesen, das gegenüber dem Vorstand weitreichende Weisungsbefugnisse besaß.³⁴⁴⁴ Mit dieser Organisationsverfassung wäre es schwerlich zu vereinbaren gewesen, wenn Vorstandsmitglieder der Gesellschaft gegenüber für Handlungen schadenersatzpflichtig würden, die sie mit Zustimmung ihres obersten Organs vorgenommen haben.³⁴⁴⁵

Mit dem AktG 1937/1938 hätten sich die Verhältnisse jedoch wesentlich geändert, weil seitdem die HV nur noch auf Verlangen des Vorstands in Geschäftsführungsangelegenheiten entscheiden kann und sich ihr Zuständigkeitsbereich vorwiegend auf Fragen zum rechtlichen und wirtschaftlichen Aufbau der Gesellschaft beschränkt.³⁴⁴⁶ Da die Haftung des Vorstands seinem erweiterten Verantwortungsbereich angepasst werden hätte müssen, wäre es nicht mehr gerechtfertigt gewesen, auch einem *pflichtwidrig* handelnden Vorstandsmitglied die haftungsfreistellende Berufung auf einen HV-Beschluss zu gestatten.³⁴⁴⁷ Denn zum einen sei die HV nicht die Gesellschaft selbst, sondern nur eines ihrer Organe, und zum anderen seien ihre Machtbefugnisse durch die grundsätzliche Ausschaltung des unmittelbaren Einflusses auf die Geschäftsführung derart eingeschränkt, dass jeder Versuch der Identifikation mit der Gesellschaft der Rechtswirklichkeit widerspräche.³⁴⁴⁸ Zwar sei die HV das Organ der wertmäßig am Gesellschaftsver-

3441 Vgl *Hefermehl* in FS Schilling 159 (161 f) und die dortigen Nw; *dens* in *Geßler et al*, AktG (2. Lfg) § 93 Rz 47; *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 292; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 264 mwN (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 325 [Stand 01.10.2023]); *dens*, BB 2005, 2025 (2027); *G. Frotz* in FS Wagner 137 (157 f); vgl aus der zeitgenössischen Lit die Nw in Fn 1911; vgl auch AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 463.

3442 S die Nw in Fn 3441; vgl auch *Canaris*, ZGR 1978, 207 (209); *Hefermehl* in FS Schilling 159 (163 f); vgl auch AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 463.

3443 *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 264 (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 325 [Stand 01.10.2023]); *ders*, BB 2005, 2025 (2027); *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 292; *Hefermehl* in FS Schilling 159 (161).

3444 S die Nw in Fn 3443; *Hefermehl* in FS Schilling 159 (162).

3445 *Hefermehl* in FS Schilling 159 (162); *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 292.

3446 *Hefermehl* in FS Schilling 163 f; *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 293.

3447 *Hefermehl* in FS Schilling 159 (163).

3448 *Hefermehl* in FS Schilling 159 (163); *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 293; vgl schon *Teichmann/Koehler*, AktG² (1939) § 84 Anm 4a) (S 192): keine „Verkörpe-

mögen beteiligten Aktionäre, das könne aber wegen der eigenen Verantwortung des Vorstands in Geschäftsführungsfragen und der veränderten Stellung der HV keinesfalls für *gesetzwidrige* Beschlüsse gelten.³⁴⁴⁹ Deshalb sei die Vorstandshaftung im Gegensatz zur Rechtslage des dHGB 1897 bei Befolgung *gesetzwidriger* Beschlüsse auch gegenüber der Gesellschaft nicht mehr ausgeschlossen (§ 84 Abs 4 Satz 1 AktG).³⁴⁵⁰

Die Lit sieht in § 84 Abs 4 Satz 1 AktG (soweit sie sich dazu äußert) also ein unmittelbares Resultat der mit dem AktG 1937/1938 geänderten Organisationsverfassung. Die geschwächte Stellung der HV rechtfertige im Gegensatz zur früheren Rechtslage nicht (mehr) eine Haftungsfreistellung bei Befolgung *gesetzwidriger* Beschlüsse.

b) Dogmatische Einordnung der Haftungsfreistellungswirkung

Auch zur dogmatischen Grundlage der Haftungsfreistellung gibt es hierzulande nur vereinzelt literarische Stellungnahmen, die sich am deutschen Schrifttum orientieren. Die wohl hdM³⁴⁵¹ geht im Anschluss an *Hefermehl*³⁴⁵² davon

„rung“ der AG; ähnlich *Godin/Wilhelmi*, AktG² (1950) § 84 Anm 17 (S 364); *dies*, AktG³ (1967) § 93 Anm 22 (S 467), wonach es sich um einen „Rest der Stellung der Hauptversammlung als oberstem Organ“ handle; ähnlich auch schon *Wiener*, Entwurf 101, wonach „[...] die Generalversammlung keineswegs der Mandant oder Prinzipal, sondern auch nur ein Organ der Gesellschaft mit bestimmter Zuständigkeit in den Grenzen von Gesetz und Statut ist [...]“.

3449 Vgl *Hefermehl* in FS Schilling 159 (163); *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 293; in diese Richtung auch schon *Schlegelberger et al.*, AktG³ (1939) § 84 Anm 15 (S 811); ähnlich *Teichmann/Koehler*, AktG² (1939) § 84 Anm 4a) (S 191), wonach § 84 Abs 4 Satz 1 AktG dem Vorstand die eigenverantwortliche Prüfung hinsichtlich der Gesetzmäßigkeit von Beschlüssen vorbehalte.

3450 *Hefermehl* in FS Schilling 159 (163); *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 293; *Canaris*, ZGR 1978, 207 (209); vgl auch *G. Frotz* in FS Wagner 137 (138 f).

3451 Vgl BGH 10.07.2018, II ZR 24/17 ZIP 2018, 1923 (1926); *Hefermehl* in FS Schilling 159 (166); *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 293 („innerer Zusammenhang“; s auch § 83 Rz 18), s auch § 93 Rz 297; *Cahn* in KK-AktG⁴ § 93 Rz 167, nach dem der Grund der Haftungsbefreiung in der Folgepflicht liegt und jene deshalb allenfalls soweit reichen kann wie diese; *Hopt/Roth* in Großkomm AktG⁵ § 93 Rz 470 f; *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 153; *Grigoleit/Tomasic* in *Grigoleit*, AktG² § 93 Rz 125; *Sailer-Coceani* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG⁴ § 93 Rz 59; *Wolff/Jansen*, NZG 2013, 1165 (1168); *Haas/Wigand* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 20.79: „Kehrseite der Folgepflicht“; ebenso *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 376; *Ihrig/Schäfer*, Rechte und Pflichten des Vorstands² Rz 1570; *Casper*, Heilung nichtiger Beschlüsse 185: „Akzessorietät“; so wohl auch *Hölters/Hölters* in *Hölters/Weber*, AktG⁴ § 93 Rz 279; *Binder*, Grenzen 197 f, die für den *venire*-Einwand einen ausführungspflichtigen (gesetzmäßigen) HV-Beschluss verlangt; wohl offenlassend *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 265 (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 325 f [Stand 01.10.2023]); *ders* in Hdb Vorstandsrecht § 11 Rz 84.

3452 *Hefermehl* in FS Schilling 159 (166): „Beschlüsse der Hauptversammlung, die den Vorstand nicht binden, können ihn, wenn er sie befolgt, nicht von seiner Verantwort-

aus, dass die von § 93 Abs 4 Satz 1 dAktG angeordnete Haftungsfrestellungswirkung (wie auch im GmbH-Recht)³⁴⁵³ ein Korrelat der Folgepflicht (§ 83 Abs 2 dAktG) ist. Demnach könnten nur ausführungspflichtige Beschlüsse eine Haftung ausschließen, bloße (unverbindliche) Ermächtigungen jedoch nicht. Nach der von *Canaris*³⁴⁵⁴ geprägten Gegenauffassung³⁴⁵⁵ ist die Haftungsfrestellungswirkung eine „*Ausprägung oder Weiterentwicklung*“ des Grundsatzes von Treu und Glauben.

Auch das österreichische Schrifttum³⁴⁵⁶ teilt sich in diese beiden Lager. Vor allem *G. Frotz*³⁴⁵⁷ und *Dellinger*³⁴⁵⁸ haben sich ausführlicher mit der Zielsetzung des § 84 Abs 4 Satz 1 AktG auseinandergesetzt. Beide Autoren sehen die Grundlage der Haftungsfrestellungswirkung in Anlehnung an *Canaris* im Grundsatz von Treu und Glauben. Die Anordnung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (Ausschluss einer Haftungsfrestellung gegenüber den Gläubigern) hätte keinen Sinn, wenn die Haftungsfrestellung gegenüber der Gesellschaft von einer Folgepflicht abhinge, weil die Handlung dann auch gegenüber den Gläubigern gerechtfertigt wäre.

c) Anfechtbare Beschlüsse

Dass (noch) anfechtbare Beschlüsse die Vorstandshaftung nicht schon aufgrund ihrer „vorläufigen“ Beschlusswirkung ausschließen, war wie erwähnt schon zum dHGB 1897 überwiegend vertreten worden. Seit dem AktG 1937/1938 dürfte es unstrittig sein, weil (noch) anfechtbare Beschlüsse keinesfalls gesetzmäßig iSd § 84 Abs 4 Satz 1 AktG sind (arg: AmtlBegr: „*weder nichtigen noch anfechtbaren*

tung befreien. Nur den Vorstand bindende Beschlüsse der Hauptversammlung vermögen seine Haftung nach § 93 Abs. 2 AktG auszuschließen.“

3453 S oben S 454 ff.

3454 *Canaris*, ZGR 1978, 207 (209); abl etwa *Cahn* in KK-AktG⁴ § 93 Rz 167, wonach es von diesem Ausgangspunkt her nicht folgerichtig wäre, die Vorstandsmitglieder gegenüber der Gesellschaft für die Ausführung nicht gesetzmäßiger Beschlüsse ohne Berücksichtigung eines Mitverschuldens haften zu lassen.

3455 Vgl *Hölters/Hölters* in *Hölters/Weber*, AktG⁴ Rz 279 mwN; *Binder*, Grenzen 197 f, *passim*; so vielleicht auch *Fleischer*, BB 2005, 2025 (2027); *Dauner-Lieb* in *Henssler/Strohn*, GesR⁵ § 93 Rz 41; *Schug*, Risikoeinschränkung 102 f (Ausprägung bzw Weiterentwicklung des Arglisteinwands); s auch die Nw in Fn 47; *Golling*, Sorgfaltpflicht und Verantwortlichkeit 77; ausdr abl *Cahn* in KK-AktG⁴ § 93 Rz 167.

3456 Für die Folgepflicht als Grundlage zB *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 399; *Schlosser*, Organhaftung 115 f, 119; *Jud/Hauser*, NZ 1995, 121 (126). Zur Gegenmeinung s weiter im Fließtext.

3457 *G. Frotz* in FS Wagner 137 (160) mit Hinweis auf *Golling*, Sorgfaltpflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder für ihre Geschäftsführung innerhalb der nicht konzerngebundenen Aktiengesellschaft (Eine Untersuchung zu § 93 Abs. 1–5 AktG), Köln Diss (1968).

3458 *Dellinger* in FS Frotz 187 (205 ff) im Anschluss an *Canaris*, ZGR 1978, 207 (209).

Beschluß“)³⁴⁵⁹. Demgemäß muss der Vorstand bei einem anfechtbaren oder schon angefochtenen HV-Beschluss sorgfältig und nach pflichtgemäßem Ermessen prüfen, ob der Beschluss auszuführen ist oder nicht.³⁴⁶⁰

Umstritten ist allerdings, ob auch (anfänglich oder nachträglich) unanfechtbare HV-Beschlüsse die Haftung ausschließen können. Soweit ersichtlich setzt sich das Schrifttum vorrangig mit Beschlüssen auseinander, die *nachträglich* (vor allem durch Ablauf der Anfechtungsfrist) unanfechtbar geworden sind.³⁴⁶¹ Die Meinungen hierüber gehen seit jeher auseinander: Nach einer älteren Lehre³⁴⁶² sind unanfechtbar gewordene Beschlüsse zwar grundsätzlich wirksam und haftungsfreistellend, das sollte aber nicht gelten, wenn und weil der Vorstand zur Anfechtung des Beschlusses verpflichtet war.³⁴⁶³

3459 AmtlBegr AktG 1937/1938 181 (abgedr auch bei *Klausing*, AktG 72).

3460 Vgl nur *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 405 mwN; für Deutschland *Spindler* in *MüKo AktG*⁶ § 93 Rz 294.

3461 Referierend etwa *E. Artmann*, GES 2007, 3 (13); vgl auch *Fleischer*, BB 2005, 2025 (2026).

3462 Vgl bereits zum dHGB 1897 *Staub*, HGB I⁸ (1906) § 241 Anm 4 (S 818), wonach der Vorstand von der Haftung nicht durch einen offenbar ungültigen und der Gesellschaft zum Schaden gereichenden Beschluss befreit werde, auch wenn diesen kein Aktionär angefochten hatte, weil in diesem Fall er selbst das Recht und gegenüber der Gesellschaft die Pflicht zur Anfechtung hatte. Ebenso *Pinner* in *Staub*, HGB II¹⁴ (1933) § 241 Anm 4 (S 356). Vgl auch *Lehmann/Ring*, HGB II² (1913) § 241 Anm 6 (S 124), nach denen sich die Gesellschaft darauf berufen könne, dass die beklagten Vorstandsmitglieder den Beschluss ausgeführt haben, obwohl er offenbar ungültig war und seine Beseitigung in Aussicht stand „oder sie durch die Vorstandsmitglieder selbst hätte bewirkt werden können (vgl. § 271 Abs. 4)“. *Fischer* in *Ehrenberg*, Handbuch III (1916) 230: „Auch Beschlüsse, die an sich gegen das Statut verstoßen, aber durch Nichtanfechtung wirksam geworden sind, binden den Vorstand. Unwirksam sind Beschlüsse, [...] durch deren Nichtanfechtung sich das Vorstandsmitglied schadenersatzpflichtig machen würde.“ Vgl zum dAktG 1937 *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 84 Anm 15 (S 310), nach denen sich ein Vorstandsmitglied auch dann nicht auf den Beschluss berufen könne, wenn die Anfechtung unterblieben ist, denn es sei Sache des Vorstandsmitglieds selbst, Anfechtungsklage zu erheben oder auf andere Weise den Beschluss zu beseitigen (zB durch Einberufung einer neuen HV zwecks Aufhebung des Beschlusses). Zur Beseitigung des Beschlusses sei er auch verpflichtet, wenn es sich um einen Beschluss über Geschäftsführungsfragen handle, der auf sein Verlangen gefasst wurde und an den er nach § 74 iVm § 103 Abs 2 AktG gebunden sei. Vgl auch *Gefßler*, JW 1937, 497 (503); *Teichmann/Koehler*, AktG² (1939) § 84 Anm 4a) (S 192), nach denen der Vorstand die Gesetzmäßigkeit eines Beschlusses auf eigene Verantwortung zu prüfen habe und dies auch gelte, wenn der Beschluss anfechtbar war und die Anfechtung unterblieben ist; denn „es war ja Sache des Vorstands selbst, die Anfechtungsklage zu erheben, § 198 Abs. 1 Nr. 5.“; v *Godin/Wilhelmi*, AktG² (1950) § 84 Anm 17 (S 365), wonach sich der Vorstand nicht auf einen unanfechtbar gewordenen gesetzwidrigen Beschluss berufen könne, wenn es seine Pflicht gewesen ist, diesen anzufechten (ein gegen die Satzung verstoßender unangefochtener Beschluss soll hingegen wirksam und „gesetzmäßig“ sein).

3463 Referierend mwN *Fleischer*, BB 2005, 2025 (2027) mwN zu dieser Ansicht in Fn 38; ders in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 273 bei Fn 1544; *Hefermehl* in *FS Schilling* (1973) 159 (167) mwN; *Spindler* in *MüKo AktG*⁶ § 93 Rz 294 mit Nw in Fn 1322;

Da die Vorstandsmitglieder also zur Anfechtung verpflichtet seien, könne ein unanfechtbar gewordener Beschluss nicht gesetzmäßig iSd § 84 Abs 4 Satz 1 AktG sein. Nach der jüngeren HdL³⁴⁶⁴ sind unanfechtbar gewordene Beschlüsse zwar gesetzmäßig iSd § 94 Abs 4 Satz 1 dAktG, der Vorstand könne aber durch die pflichtwidrige Unterlassung der Beschlussanfechtung (trotzdem) ersatzpflichtig werden. Nach dieser Ansicht steht eine allfällige Anfechtungspflicht zwar nicht der (vollen) Beschlusswirksamkeit entgegen, begründet aber eine eigenständige Pflichtverletzung.³⁴⁶⁵ Die jüngere Lehre nimmt eine Anfechtungspflicht jedoch nicht mehr in jedem Fall an, sondern legt sie in das pflichtgemäße Ermessen des Vorstands: Eine Pflicht zur Be-

E. Artmann, GES 2007, 3 (13) mwN, der zufolge insb das ältere Schrifttum davon ausgegangen sei, dass der Gesetzgeber bewusst von „gesetzmäßigen“ und nicht nur von „wirksamen“ Beschlüssen spricht und insofern die materielle Rechtswidrigkeit des Beschlusses nicht durch den formalen Ablauf der Anfechtungsfrist geheilt werde. Vgl auch *Rüffler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 13 (27).

3464 Vgl *Hefermehl* in FS Schilling (1973) 159 (167); *Hopt/Roth* in *Großkomm AktG*⁵ § 93 Rz 486 f; *Spindler* in *MüKo AktG*⁶ § 93 Rz 294 mit Nw auch zur Gegenmeinung; s auch § 83 Rz 21; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 271, 273 (nun *dens* in BeckOGK AktG § 93 Rz 332, 334 [Stand 01.10.2023]); *dens*, BB 2005, 2025 (2027 ff); *Cahn* in *KK-AktG*⁴ § 93 Rz 175; *Hölters/Hölters* in *Hölters/Weber*, AktG⁴ § 93 Rz 286; *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 155 f; *Sailer-Coceani* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG⁴ § 93 Rz 61; *Grigoleit/Tomasic* in *Grigoleit*, AktG² § 93 Rz 128; *Krieger* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 3.41; *Haas/Wigand* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 20.80 (offenbar ohne Anfechtungserfordernis aber Rz 20.49); *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 377; *Ihrig/Schäfer*, Rechte und Pflichten des Vorstands² Rz 1571; *Golling*, Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit 80 ff. Vgl aus der Lit zum dAktG 1937 *Weipert* in *Gadow et al*, AktG (1939) § 84 Anm 33 (S 328), wonach Beschlüsse voll wirksam werden, wenn sie innerhalb der Anfechtungsfrist nicht angefochten werden oder wenn die Anfechtungsklage rechtskräftig abgewiesen wird. Der Vorstand müsse aber „[u]nter Umständen“ von seinem Anfechtungsrecht Gebrauch machen (vgl auch *dens*, aaO § 198 Anm 22 [S 866]); so wohl auch *Baumbach*, AktG (1939) § 84 Anm 6 A. (S 173); nicht ganz eindeutig *Ritter*, AktG² (1939) § 84 Anm 6 (S 280), wonach anfechtbar, dh nicht gesetzmäßig auch ein Beschluss sei, der durch fruchtlosen Ablauf der Anfechtungsfrist unanfechtbar geworden ist. Man werde aber wohl auch annehmen dürfen, dass der Gesetzgeber von 1937 einen unanfechtbar gewordenen Beschluss als von Anbeginn gesetzmäßig hat behandeln wissen wollen. Hat das Vorstandsmitglied den Beschluss unanfechtbar werden lassen, „obgleich gehörige Sorgfalt es verpflichtete, gemäß § 198 Abs 1 Nr. 5 anzufechten“, so habe es mit der Unterlassung der Anfechtung eine neuerliche Handlung begangen, die es zum Ersatz verpflichtet, und die nicht auf einem HV-Beschluss beruhe.

3465 *Plastisch* zB *Ritter*, AktG² (1939) § 84 Anm 6 (S 280): „Hat das Vorstandsmitglied den Beschluß unanfechtbar werden lassen, obgleich gehörige Sorgfalt es verpflichtete, gemäß § 198 Abs. 1 Nr. 5 anzufechten, so hat es mit der Unterlassung der Anfechtung neuerdings eine Handlung begangen, die es zum Ersatz verpflichtet und nicht auf einem Hauptversammlungsbeschluß beruht.“ Vgl auch *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 84 Rz 115; *Hefermehl* in FS Schilling (1973) 159 (168); referierend *E. Artmann*, GES 2007, 3 (13).

schlussanfechtung bestehe nur, wenn die Ausführung des Beschlusses der Gesellschaft erkennbar schaden würde.³⁴⁶⁶ Auf dieser Linie liegt wohl auch die hÖL³⁴⁶⁷. Nach der Gegenmeinung³⁴⁶⁸ sind unanfechtbar gewordene Beschlüsse gesetzmäßig iSd § 84 Abs 4 Satz 1 AktG und schließen die Haftung aus, ohne dass es einer Anfechtung durch den Vorstand bedürfte.

d) Nichtigte Beschlüsse

Nichtige HV-Beschlüsse dürfen nach einhelliger Ansicht³⁴⁶⁹ nicht ausgeführt werden und schließen die Haftung des Vorstands im Fall der Befolgung nicht aus. Nichtig sind vor allem Beschlüsse, die durch ihren Inhalt zwingendes Recht, insb Gläubigerschutzvorschriften, verletzen (vgl § 199 Abs 1 Z 3 AktG).

3466 Ausf *Fleischer*, BB 2005, 2025 (2030); *ders* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 274 (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 334 f [Stand 01.10.2023]); *Hefermehl* in FS Schilling 159 (167); ebenso *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 294; *Cahn* in KK-AktG⁴ § 93 Rz 175, 84; *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 377; *Ihrig/Schäfer*, Rechte und Pflichten des Vorstands² Rz 1571.

3467 Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 84 Rz 115; *dens*, JBl 1990, 477 (483); *Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 195 Rz 121; *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 404; *Feltl* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 9/419; *Kletečka/Kronthaler* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Hdb Vorstand Kap 44 Rz 27; *G. Frotz* in FS Wagner 137 (149 ff); im Anschluss daran *Dellinger* in FS Frotz 187 (206 f); *Schlosser*, Organhaftung 118 f; vgl auch *Told/Warto* in *Harrer/Neumayr/Told*, Organhaftung 3 (121); tendenziell auch *Frankl/Jevtic*, *ecolex* 2016, 882 (885); so bereits *Schiemer*, AktG (1980) § 84 Anm 15; offenlassend und die hÖL referierend *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 84 Rz 29.

3468 Vgl *E. Artmann*, GES 2007, 3 (13 ff); *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 165 (187); *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/541; *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 196 Rz 37; *Eckert/Madari* in *Ruhmannseder/Wess*, Hdb Corporate Compliance Rz 3.43; *U. Torggler* in *Kalss/U. Torggler*, Compliance 97 (104); ohne Relativierung durch eine Anfechtungspflicht auch *Losert/Schiemer/Stadler*, AktG (1966) § 84 Anm 15; so (zumindest für Satzungsverletzungen) offenbar schon *Brodmann*, Aktienrecht (1928) § 241 Anm 1.e): „Das [sc die Deckung des Vorstands durch den Generalversammlungsbeschluss] gilt auch dann, wenn der Beschluss gegen das Statut verstößt und deshalb hätte angefochten werden können.“ Nur für Satzungsverletzungen (s Fn 3462) v *Godin/Wilhelmi*, AktG² (1950) § 84 Anm 17 (S 365).

3469 Vgl OGH 30.01.2014, 12 Os 117/12s (12 Os 118/12p) (Libro; Einlagenrückgewähr); *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 399; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 84 Rz 115; *Feltl* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 9/419; *Schlosser*, Organhaftung 119; *Kletečka/Kronthaler* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Hdb Vorstand Kap 44 Rz 27; *Schima* in FS Reich-Rohrwig 161 (181) für Verstöße gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr; so auch *Told* in FS Koppensteiner (2016) 339 (346). Für Deutschland *Cahn* in KK-AktG⁴ § 93 Rz 174; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 269 (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 330 [Stand 01.10.2023]); *dens*, BB 2005, 2025 (2028) mwN; *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 294; *Hölters/Hölters* in *Hölters/Weber*, AktG⁴ § 93 Rz 285.

Nichtig sind nach hL³⁴⁷⁰ auch Beschlüsse, die außerhalb der Zuständigkeit der HV liegen (zB in Geschäftsführungsangelegenheiten ohne entsprechendes Verlangen des Vorstands; vgl § 103 Abs 2 AktG). Dass nichtige Beschlüsse die Haftung nicht ausschließen, stützt die Lehre auf § 84 Abs 4 Satz 1 AktG und die insoweit ausdrückliche AmtlBegr hierzu;³⁴⁷¹ das war aber auch schon im älteren Schrifttum³⁴⁷² anerkannt. Eine Haftungsfreistellung verneint auch jener Teil der Lehre³⁴⁷³, der die Freistellungswirkung nicht auf die Folgepflicht, sondern auf den Arglisteinwand stützt (anders im GmbH-Recht).

Im Zusammenhang mit nichtigen Beschlüssen problematisiert die Lehre³⁴⁷⁴ auch das Verhältnis zwischen § 84 Abs 5 Satz 3 AktG und Abs 4 Satz 1 AktG. Denn die erste Norm impliziert, dass gläubigerschutzwidrige Beschlüsse die Haftung grundsätzlich ausschließen (sonst hätte die Einschränkung gegenüber den Gläubigern keine Bedeutung). Solches wird aber von § 84 Abs 4 Satz 1 AktG ausgeschlossen. Unklar ist auch das Verhältnis zu § 74 Abs 1 AktG.³⁴⁷⁵ Denn diese Bestimmung verpflichtet den Vorstand zur Ausführung von HV-Beschlüssen (ausdr klarstellend³⁴⁷⁶ § 83 Abs 2 dAktG),³⁴⁷⁷ während § 84 Abs 5 Satz 3 AktG gegenüber den Gläubigern die Haftung für die Beschlussausführung anordnet. Es gelte daher, beide Bestimmungen gegeneinander abzugrenzen.³⁴⁷⁸

Streitig ist schließlich, ob die Heilung der Nichtigkeit (§ 200 AktG) einen (vormals nichtigen) Beschluss gesetzmäßig iSd § 84 Abs 4 Satz 1 AktG werden lässt. Die hierzu vertretenen Meinungen entsprechen im Kern jenen zur Anfechtbarkeit: So sind nach hL³⁴⁷⁹ geheilte nichtige Beschlüsse zwar ge-

3470 Statt vieler *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 391; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/540; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 269 (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 330 [Stand 01.10.2023]); *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 155 jew mwN.

3471 Vgl zB *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 269 (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 330 [Stand 01.10.2023]).

3472 S schon oben Fn 1924. Vgl statt vieler *Staub/Pisko*, ADHGB I² (1908) Art 241 Anm 10 (S 845); *Weipert* in *Gadow et al*, AktG (1939) § 84 Anm 33 (S 328).

3473 Vgl die Nw in Fn 3455.

3474 Vgl zB *Cahn* in *KK-AktG⁴* § 93 Rz 178; vgl auch *Hefermehl* in *FS Schilling* (1973) 159 ff.

3475 Vgl zu § 83 Abs 2 dAktG zB *Hefermehl* in *FS Schilling* (1973) 159 (159 f) mwN; *Spindler* in *MüKo AktG⁶* § 93 Rz 293; *Fleischer*, BB 2005, 2025 (2025 ff).

3476 Vgl nur *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 83 Rz 5 („bat nur klarstellende Bedeutung“).

3477 Vgl nur *Eckert/Schopper/Madari* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} § 74 Rz 8.

3478 Vgl va *Hefermehl* in *FS Schilling* 159 (159 f).

3479 Vgl *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 200 Rz 20; *U. Torggler* in *Kalss/U. Torggler*, Compliance 97 (104); so bereits *Losert/Schiemer/Stadler*, AktG (1966) § 84 Anm 15; *Hopt/Roth* in *Großkomm AktG⁵* § 93 Rz 481 ff; *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 155; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 270 (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 331 [Stand 01.10.2023]); *ders*, BB 2005, 2025 (2028); *Spindler* in *MüKo AktG⁶* § 93 Rz 295; *Hölter/Hölter* in *Hölter/Weber*, AktG⁴ § 93 Rz 285; *Haas/Wigand* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 20.49; *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 376 f; einschränkend auf die erkennbare Schadenseignung des Beschlusses *Ihrig/Schäfer*, Rechte und Pflichten des Vorstands² Rz 1571.

setzungsmäßig iSd § 84 Abs 4 Satz 1 AktG und damit grundsätzlich haftungsaus-schließend, weil die Heilung eine Veränderung der materiellen Rechtslage herbeiführe. Allerdings sollen Vorstandsmitglieder (wie bei anfechtbaren Beschlüssen)³⁴⁸⁰ trotzdem haftbar werden können, wenn sie es pflichtwidrig unterlassen haben, die Nichtigkeitsklage zu erheben und die Heilung zu verhindern.³⁴⁸¹ Nach einer strengeren, vereinzelt vertretenen Ansicht³⁴⁸² scheitert eine Haftungsfreistellung schon daran, dass die Heilung gar nicht die (materielle) Gesetzmäßigkeit des Beschlusses iSd § 84 Abs 4 Satz 1 AktG bewirke, sondern nur die Geltendmachung der Nichtigkeit einschränke.³⁴⁸³

e) Weitere Fragen: Ermächtigung, formlose Billigung und nachträgliche Genehmigung?

Durch seine Formulierung wirft § 84 Abs 4 Satz 1 AktG noch eine Reihe weiterer Fragen zu den Voraussetzungen einer Haftungsfreistellung von HV-Beschlüssen auf, die im GmbH-Recht kaum diskutiert werden. Von diesen soll hier nur auf ein paar ausgewählte näher eingegangen werden:

Anders als im GmbH-Recht ist zunächst umstritten, ob die Vorstandshaftung auch durch eine bloße (unverbindliche) Ermächtigung der HV ausgeschlossen wird. Die hL³⁴⁸⁴, die die Haftungsfrestellungswirkung auf die Fol-

3480 Ausdr *Casper*, Heilung nichtiger Beschlüsse 184; *Schlosser*, Organhaftung 119 f; vgl auch *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 155 f.

3481 Vgl zur Klagepflicht des Vorstands OGH 30.01.2014, 12 Os 117/12s im Anschluss an *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 84 Rz 115; *Schlosser*, Organhaftung 119, wonach sich die Pflicht des Vorstands zur Erhebung der Nichtigkeitsklage und der Verhinderung der Heilung nichtiger Beschlüsse *argumento a minori ad maius* aus der (angenommenen) Pflicht zur Anfechtung ergebe. Wohl offenlassend *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 200 Rz 20 aE. Für Deutschland *Hopt/Roth* in *Großkomm AktG⁵ § 93 Rz 485*; *Cahn* in *KK-AktG⁴ § 93 Rz 174*; *Spindler* in *MüKo AktG⁶ § 93 Rz 295* und § 83 Rz 21; *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 155 f; *Hölters/Hölters* in *Hölters/Weber*, AktG⁴ § 93 Rz 285; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 270, 273 (nun *ders* in *BeckOGK AktG § 93 Rz 331, 334* [Stand 01.10.2023]); *ders*, BB 2005, 2025 (2029); *Grigoleit/Tomasic* in *Grigoleit*, AktG² § 93 Rz 128; *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 376 f; vgl schon *Weipert* in *Gadow et al*, AktG (1939) § 84 Anm 33 (S 328).

3482 Vgl etwa *Hefermehl* in *FS Schilling* 159 (168 f); vgl bereits *Schilling* in *Großkomm AktG² (1965) § 196 Anm 1 (S 244)*, wonach insofern eine „relative Heilung“ eintrete, als die Nichtigkeit von den Beteiligten nicht mehr geltend gemacht werden könne, sondern nur die Löschung durch das Registergericht erfolgen könne, weshalb sich die Nichtigkeit dadurch stark der Anfechtbarkeit annähere. S dazu die weiteren Nw bei *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 270 Fn 1530 (nun *ders* in *BeckOGK AktG § 93 Rz 331 Fn 1608* [Stand 01.10.2023]).

3483 Vgl allg *Casper*, Die Heilung nichtiger Beschlüsse im Kapitalgesellschaftsrecht (1998).

3484 Ausdr *Hefermehl* in *FS Schilling* 159 (166); *Hopt/Roth* in *Großkomm AktG⁵ § 93 Rz 473*; *Cahn* in *KK-AktG⁴ § 93 Rz 167 aE*, 170 mwN; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 267 (nun *ders* in *BeckOGK AktG § 93 Rz 328 aE* [Stand 01.10.2023]); *Spindler* in *MüKo AktG⁶ § 93 Rz 298*; vgl bereits *Schilling* in *Großkomm AktG²*

gepflicht zurückführt, verneint eine Freistellung (naturgemäß). Die Gegenansicht³⁴⁸⁵ bejaht sie und stützt sich hierzu insb auf den Grundsatz von Treu und Glauben.

Uneins ist man sich auch über die Bedeutung des Zeitpunkts eines HV-Beschlusses: Nach hL³⁴⁸⁶ kann sich der Vorstand nicht auf einen HV-Beschluss berufen, der sein Verhalten erst *nachträglich* genehmigt.³⁴⁸⁷ Die Lehre stützt sich hierzu auf den Gesetzeswortlaut und argumentiert, dass eine nachträglich genehmigte Maßnahme nicht auf dem Beschluss *beruhen*³⁴⁸⁸

(1961) § 84 Anm 36 (S 555), wonach der Vorstand an eine Ermächtigung der HV (§ 103 Abs 2 AktG) nicht gebunden sei, aber, wenn er das Geschäft vornimmt, auch nicht von der Haftung gem § 84 Abs 4 Satz 1 AktG befreit sei.

3485 Vgl *Dellinger* in FS Frotz 187 (210); so wohl auch *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 84 Rz 115; *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 84 Rz 29; *Eckert/Schopper/Madari* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} § 84 Rz 53; für Deutschland *Dietz-Vellmer*, NZG 2014, 721 (725 f), wonach unklar sei, weshalb die Haftungsbeziehung in der Lit durchgängig mit einer Ausführungspflicht verknüpft werde und es zu ihrer Begründung richtigerweise keines Rückgriffs darauf bedürfe. Vgl bereits *Ritter*, AktG² (1939) § 84 Anm 6 d) (S 280), wonach es genüge, dass der Beschluss nur (im Voraus) gebilligt wird.

3486 *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 84 Rz 29; *Eckert/Schopper/Madari* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} § 84 Rz 53; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 84 Rz 115 aE; *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 409; *Kletečka/Kronthaler* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Hdb Vorstand Kap 44 Rz 27; *Schlosser*, Organhaftung 116 f; vgl schon *Losert/Schiemer/Stadler*, AktG (1966) § 84 Anm 15. Für Deutschland *Hopt/Roth* in *Großkomm AktG*⁵ § 93 Rz 477; *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 155 mwN; *Cahn* in *KK-AktG*⁴ § 93 Rz 167, 171 mwN; *Spindler* in *MüKo AktG*⁶ § 93 Rz 299; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 266 (nun ders in *BeckOGK AktG* § 93 Rz 328 [Stand 01.10.2023]); *Sailer-Coceani* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG⁴ § 93 Rz 59; *Krieger* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 3.55; *Haas/Wigand* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 20.81; *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 378; *Dauner-Lieb* in *Henssler/Strohn*, GesR⁵ § 93 Rz 41; *Ihrig/Schäfer*, Rechte und Pflichten des Vorstands² Rz 1570; *Dietz-Vellmer*, NZG 2014, 721 (722); *von Falkenhausen*, NZG 2016, 601 (602); *Golling*, Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit 83 ff; so bereits *Ritter*, AktG² (1939) § 84 Anm 6. d) (S 280); *Weipert* in *Gadow et al.*, AktG (1939) § 84 Anm 35 (S 328); *Baumbach*, AktG (1939) § 84 Anm 6 A. (S 173); *Schilling* in *Großkomm AktG*² (1961) § 84 Anm 35 (S 554).

AA *G. Frotz* in FS Wagner 137 (160 f); im Anschluss an diesen *Dellinger* in FS Frotz 187 (209 ff) jew unter Berufung auf Treu und Glauben; so bereits *v. Godin/Wilhelmi*, AktG² (1950) § 84 Anm 17 (S 364); *dies*, AktG³ (1967) § 93 Anm 22 (S 467); zu Art 241 ADHGB 1884 schon *Behrend*, Lehrbuch I (1886) 852.

3487 Eine Ausnahme ist aber anerkannt, wenn die Vorstandsmaßnahme unter dem Vorbehalt eines zust HV-Beschlusses gesetzt wird (zB Abschluss eines aufschiebend bedingten Vertrags); vgl statt vieler *Spindler* in *MüKo AktG*⁶ § 93 Rz 300; *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 155; *Kleinhenz/Leyendecker*, BB 2012, 861 ff; *Schiemer*, AktG (1980) § 84 Anm 15.2.

3488 Vgl § 84 Abs 4 Satz 1 AktG: „auf einem gesetzmäßigen Beschluß der Hauptversammlung beruht“.

könne.³⁴⁸⁹ Außerdem komme die nachträgliche Genehmigung einer (Spezial-)Entlastung im Einzelfall gleich, die gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG (Sperrfrist) aber erst nach fünf Jahren ab Entstehung des Anspruchs wirksam erteilt werden könnte.³⁴⁹⁰

Schließlich ist umstritten, ob die Haftungsfreistellung einen förmlichen HV-Beschluss voraussetzt, oder ob wie bei der GmbH auch eine konkludente Billigung aller Aktionäre³⁴⁹¹ oder des Alleinaktionärs³⁴⁹² ausreicht.³⁴⁹³

3489 Vgl *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 155 mwN; *Spindler* in *MüKo AktG*⁶ § 93 Rz 299; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 267 (nun *ders* in *BeckOGK AktG* § 93 Rz 328 [Stand 01.10.2023]); *Hölters/Hölters* in *Hölters/Weber*, AktG⁴ § 93 Rz 283; *Cahn* in *KK-AktG*⁴ § 93 Rz 171 mwN; *Haas/Wigand* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 20.81; *Weipert* in *Gadow et al*, AktG (1939) § 84 Anm 35 (S 328).

3490 Vgl *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 84 Rz 29; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 84 Rz 115; *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 409; *Losert/Schiemer/Stadler*, AktG (1966) § 84 Anm 15; so schon *Weipert* in *Gadow et al*, AktG (1939) § 84 Anm 35 (S 328); *Schilling* in *Großkomm AktG*² (1961) § 84 Anm 35 (S 554); ähnlich *Thümmel*, Persönliche Haftung⁵ Rz 331a.

3491 Dafür etwa *Schiemer*, AktG (1980) § 84 Anm 15.2 (S 297); *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 393 (wie im GmbH-Recht); *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/540; tendenziell bejahend *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 84 Rz 29 mit dem Argument, dass mit Zustimmung aller Aktionäre ohnedies ad hoc eine HV stattfinden könne; bejahend auch *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016) Rz 253. Vgl auch *Dellinger* in *FS Frotz* 187 (210 f). Vgl bereits *Weipert* in *Gadow et al*, AktG (1939) § 84 Anm 35 (S 329); ebenso dann *Schilling* in *Großkomm AktG*² (1961) § 84 Anm 32 (S 553); *Pinner* in *Staub*, HGB II¹⁴ (1933) § 241 Anm 4 aE (S 356). AA *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 266 (nun *ders* in *BeckOGK AktG* § 93 Rz 327 [Stand 01.10.2023]), nach dem eine formlose Willenskundgabe nicht zur Ausführung verpflichtet (was *Fleischer* offenbar als Voraussetzung der Freistellung erachtet), einer Geltendmachung im Einzelfall aber der Einwand unzulässiger Rechtsausübung entgegenstehen könne. Abl auch *Cahn* in *KK-AktG*⁴ § 93 Rz 168, nach dem sich auch der Alleinaktionär oder die Gesamtheit der Aktionäre nicht über die „aktienrechtliche Unternehmensverfassung“ hinwegsetzen darf.

3492 So *Schiemer*, AktG (1980) § 84 Anm 15.2 (S 297); *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 393 (wie im GmbH-Recht); *Schlosser*, Organhaftung 117.

AA die hL, zB *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 154 mwN unter Berufung auf die Herleitung aus § 83 Abs 2 dAktG (Ausführungspflicht) und (beim Alleinaktionär) die „*interessenplurale Zielkonzeption*“; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 266 (nun *ders* in *BeckOGK AktG* § 93 Rz 327 [Stand 01.10.2023]); *Spindler* in *MüKo AktG*⁶ § 93 Rz 306; *Hölters/Hölters* in *Hölters/Weber*, AktG⁴ § 93 Rz 280 (arg keine Ausführungspflicht); *Cahn* in *KK-AktG*⁴ § 93 Rz 168; *Dauner-Lieb* in *Henßler/Strohn*, GesR⁵ § 93 Rz 41; *von Falkenhausen*, NZG 2016, 601 (602).

3493 Beides abl BGH 10.07.2018, II ZR 24/17 ZIP 2018, 1923 (1926); *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 84 Rz 115; *Felzl* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 9/417.

f) Zusammenfassende Würdigung

Der Meinungsstand zur Haftungsfreistellungswirkung von HV-Beschlüssen ist vorrangig durch die Auslegung des § 84 Abs 4 Satz 1 AktG (und deren Schwierigkeiten) determiniert. Bevor diese Bestimmung näher untersucht wird, ist es aber zweckmäßig, vorab die Bedeutung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG zu klären. Diese ist nämlich die ältere Bestimmung, auf deren Grundlage und unter deren Eindruck § 84 Abs 4 Satz 1 AktG geschaffen wurde. Vorauszuschicken ist noch, dass sich die vorliegende Untersuchung vor allem der (umstrittenen) Haftungsfreistellungswirkung fehlerhafter (anfechtbarer und nichtiger) Beschlüsse mit Blick auf § 84 Abs 4 Satz 1 AktG und § 84 Abs 5 Satz 3 AktG sowie dem Wechselspiel dieser beiden Bestimmungen widmet. Ausgeklammert werden dabei die übrigen (vergleichsweise unproblematischen) Voraussetzungen einer Haftungsfreistellung: Nach allgM³⁴⁹⁴ schließen HV-Beschlüsse die Vorstandshaftung in jedem Fall nur dann aus, wenn der Vorstand den Beschluss nicht pflichtwidrig herbeigeführt hat (zB durch unrichtige oder unvollständige Information) oder wenn sich die Umstände seit der Beschlussfassung derart verändert haben, dass die Ausführung der Gesellschaft schaden würde. Im Folgenden wird angenommen, dass diese Voraussetzungen (ebenfalls) erfüllt sind.

3. Bedeutung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG

Die historische Entwicklung der aktienrechtlichen Vorgängerbestimmungen des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG und ihre (gewandelte) Bedeutung wurden schon iZm § 25 Abs 5 GmbHG dargestellt.³⁴⁹⁵ Hier genügt daher eine kurze Rekapitulation: Nach älterer Ansicht konnte die Gesetz- oder Statutenwidrigkeit von Gesellschafterbeschlüssen nur mittels „Anfechtungsklage“ (die damals zwar nicht geregelt, aber allgemein anerkannt war) aufgegriffen werden. Deshalb waren gesetz- und statutenwidrige Beschlüsse wirksam und verbindlich, sofern und solange sie (noch) nicht angefochten wurden. Allerdings beeinträchtigte die Freistellung der Vorstandsmitglieder infolge Beschlussausführung jene Aktionäre, die (noch) zur Anfechtung des Beschlusses berechtigt waren (eine „Anfechtungsklage“ war unbefristet möglich). Gleiches galt für Dritte (vor allem Gläubiger), die aufgrund des Vorstandshandelns (ohne Beschluss) unmittelbar ersatzberechtigt gewesen wären. Deshalb schlug das ROHG die Anordnung

³⁴⁹⁴ Vgl statt vieler J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 84 Rz 406 ff mwN; Ch. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 84 Rz 30; Ch. Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer, ÖGesR² Rz 3/541; für Deutschland nur Fleischer in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 93 Rz 272, 275 (nun ders in BeckOGK AktG § 93 Rz 333, 336 [Stand 01.10.2023]); Spindler in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 301 ff.

³⁴⁹⁵ S oben S 464 ff.

vor, dass die Haftung der Vorstandsmitglieder gegenüber der Gesellschaft und den Gläubigern (soweit Gläubigerschutzpflichten verletzt werden) nicht dadurch ausgeschlossen ist, dass sie einen Beschluss ausführen. Als Ausgleich dafür sollten einzelne Vorstandsmitglieder zur Anfechtung berechtigt sein. Der erste Gesetzesentwurf aus 1882 übernahm zwar die Haftungsanordnung, nicht aber das Anfechtungsrecht. Da Vorstandsmitglieder mangels Anfechtungsmöglichkeit sowohl für die Ausführung als auch für die Nichtausführung gehaftet hätten („Haftungsdilemma“), beschloss die Aktienrechtskommission, die Haftungsanordnung auf das Verhältnis zu den Gläubigern einzuschränken. Das Resultat war Art 241 Abs 4 Satz 2 ADHGB 1884, der die (indisponible) Haftung nur (noch) gegenüber den Gesellschaftsgläubigern anordnete.³⁴⁹⁶ Diese Einschränkung auf die Gläubiger sorgte im zeitgenössischen Schrifttum für berechtigte Kritik. Denn durch eine Haftungsfreistellung gegenüber der Gesellschaft wurden wie gesagt jene Aktionäre beschnitten, die den Beschluss noch anfechten hätten können. Deshalb setzte sich die Ansicht durch, dass Vorstandsmitglieder die Gesetz- und Statutengemäßheit eines Beschlusses eigenverantwortlich beurteilen müssen. Damit wurde die Anordnung der Haftung gegenüber den Gläubigern (vgl § 84 Abs 5 Satz 3 AktG) überflüssig, zumindest solange der Beschluss noch anfechtbar (das Anfechtungsrecht war nun befristet) und bereits wegen der Beeinträchtigung von Aktionärsinteressen unbeachtlich war. Unter der Geltung des dHGB 1897 setzte sich dann auch allmählich die Einsicht durch, dass drittschutzwidrige Beschlüsse auch durch unterlassene Anfechtung nicht heilen, weil andernfalls die Aktionäre über den Schutz Dritter disponieren könnten. Spätestens nach diesem beschlussmängelrechtlichen Verständniswandel hatte § 241 Abs 4 Satz 2 dHGB 1897 (endgültig) seine ursprüngliche Funktion (Anordnung der indisponiblen Haftung zum Schutz der Gläubiger) verloren und allenfalls klarstellende Bedeutung. Dass Vorstandsmitglieder gegenüber den Gläubigern nicht durch die Ausführung eines Beschlusses von der Haftung befreit werden, ergab sich nämlich schon daraus, dass der Beschluss insoweit absolut nichtig war. Das gilt wie erwähnt auch für § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (§ 93 Abs 5 Satz 3 dAktG).³⁴⁹⁷

³⁴⁹⁶ Vgl später § 84 Abs 5 Satz 3 AktG und § 25 Abs 5 GmbHG.

³⁴⁹⁷ Abw *Dellinger* in FS Frotz 187 (208), demzufolge man meinen könnte, der Gesetzgeber habe mit § 84 Abs 5 Satz 3 AktG lediglich verdeutlichen wollen, dass „nicht gesetzmäßige“ Beschlüsse den Gläubigern gegenüber jedenfalls unbeachtlich sind. Bei einem solchen klarstellenden Charakter hätte diese Variante des „Einwendungsausschlusses“ nach *Dellinger* allerdings keine rechtliche Bedeutung, was nicht vor-schnell angenommen werden solle.

Dieses Argument würdigt den historischen Kontext des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG nicht (ausreichend). Der Gesetzgeber des AktG 1937/1938 hat diese Anordnung zwar übernommen, hat aber erkannt, dass sie nur klarstellenden Charakter hat. Das ergibt sich daraus, dass er ihre Anordnung mit § 84 Abs 4 Satz 1 AktG (erklärer-maßen eine bloße Klarstellung) auf das Verhältnis zur Gesellschaft erweitert hat (dazu sogleich im Fließtext). In der Tat sollte man nach einer allg Auslegungsregel

Welche Schlüsse lassen sich daraus ziehen? Da § 84 Abs 5 Satz 3 AktG funktional § 25 Abs 5 GmbHG entspricht, kann abermals auf die Ausführungen zu dieser Bestimmung verwiesen werden. Wie dort dargelegt, lässt sich aus dieser Anordnung kein Umkehrschluss auf eine Haftungsfrestellungswirkung gegenüber der Gesellschaft ziehen, weil eine solche unter Berücksichtigung der historischen Entwicklung offenblieb. Dennoch schloss ein Teil des älteren aktienrechtlichen Schrifttums aus § 241 Abs 4 Satz 2 dHGB 1897 *e contrario*, dass gesetzwidrige (auch gläubigerschutzwidrige) Beschlüsse die Haftung gegenüber der Gesellschaft (zumindest im Grundsatz) ausschließen, weil eine Anspruchsdurchsetzung durch die Gesellschaft arglistig wäre. Hierzu stützte sie sich vor allem auf die AmtlBegr zu Art 241 Abs 4 Satz 2 AHDGB 1884. Wie erwähnt, würde eine solche bedingungslose Haftungsfrestellungswirkung aufgrund der bloß vorläufigen Beschlusswirksamkeit jedoch die Interessen der (noch) anfechtungsberechtigten Aktionäre beeinträchtigen. Deshalb hat sich in der GmbH-rechtlichen (vor allem deutschen) Lehre die Ansicht³⁴⁹⁸ durchgesetzt, dass die Geschäftsführerhaftung gegenüber der Gesellschaft *nur dann* (aufgrund Treu und Glauben) ausgeschlossen ist, wenn der Beschluss einstimmig durch alle Gesellschafter gefasst wurde (sofern man eine Haftungsfrestellung nicht schon mangels Ausführungspflicht verneint). In diesem Fall seien nämlich auch die Gesellschafterinteressen gewahrt.

Würde man die Haftungsfrestellungswirkung von HV-Beschlüssen im Aktienrecht nur auf Grundlage des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG beurteilen, müsste man (mangels rechtsformbedingter Unterschiede) wohl zum selben Ergebnis wie im GmbH-Recht kommen. Dass die aktienrechtliche Diskussion trotzdem in anderen Bahnen verläuft, liegt wie gesagt an der schwer verständlichen Anordnung des § 84 Abs 4 Satz 1 AktG. Von der Bedeutung dieser Bestimmung hängt ab, ob es beim oben skizzierten, vorläufigen Ergebnis und dem grundsätzlichen Gleichklang mit dem GmbH-Recht bleibt.

im Zweifel eine Norm nicht so auslegen, dass sie funktionslos wird (allg *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 444 f, 457 ff; *Kramer*, Methodenlehre⁶ 123 ff; *Larenz*, Methodenlehre⁶ 334 mwN; *Kerschner/Kehrer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ §§ 6, 7 Rz 26; *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 6 ABGB Rz 85 ff; *Schauer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} § 6 Rz 11; *Potacs*, Rechtstheorie² 167, 189 ff, 193 ff; RIS-RS0008845 [T3]; s auch RS0010053 [T1]). Denn es ist unwahrscheinlich, dass der Gesetzgeber unanwendbare oder sonst zwecklose Bestimmungen erlässt. Dabei kann es sich aber nur um eine Zweifelsregel handeln, weil Fehler nicht ausgeschlossen sind (vgl nur *Kerschner/Kehrer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ §§ 6, 7 Rz 26 [Fn 126 mwN]). Im vorliegenden Fall steht dagegen fest, dass § 84 Abs 5 Satz 3 AktG wegen geänderter beschlussmängelrechtlicher Rahmenbedingungen keinen (konstitutiven) Anwendungsbereich mehr hat.

3498 S dazu im GmbH-Teil oben S 458 ff mwN.

4. Bedeutung des § 84 Abs 4 Satz 1 AktG

a) Amtliche Begründung

§ 84 Abs 4 Satz 1 AktG war (wie der gesamte vierte Absatz des § 84 AktG) eine Neuschöpfung des AktG 1937/1938. Aussagen zum Normzweck dieser Bestimmung sucht man in der AmtlBegr jedoch vergebens, denn dort heißt es nur:

„In § 84 Abs. 4 ist klargestellt, daß eine Ersatzpflicht des Vorstands, der seine Obliegenheiten schuldhaft verletzt hat, der Gesellschaft gegenüber nur in dem Falle nicht eintritt, wenn die Handlung auf einem gesetzmäßigen, d. h. weder nichtigen noch anfechtbaren Beschluß der Hauptversammlung beruht. Ein gesetzwidriger Beschluß der Hauptversammlung oder eine Billigung des Aufsichtsrats hat eine solche Wirkung nicht.“³⁴⁹⁹

Die spärlichen Erläuterungen des Gesetzgebers lassen den Blick auf das zeitgenössische Schrifttum wandern.

b) Zeitgenössisches Schrifttum

Die Kommentatoren des AktG 1937/1938 begründeten § 84 Abs 4 Satz 1 AktG durchweg mit der eigenverantwortlichen Stellung des Vorstands.³⁵⁰⁰ So schrieben *Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl* in ihrem einflussreichen Standardkommentar: *„Auf Beschlüsse, die ein gesetz- oder satzungswidriges Handeln der Verwaltungsmitglieder vorschreiben oder zulassen, können sich die Vorstandsmitglieder niemals berufen. Der Vorstand ist mit selbständiger Verantwortung ausgerüstet und hat vor Ausführung eines Hauptversammlungsbeschlusses stets zu prüfen, ob der Beschluß gesetzmäßig ist.“³⁵⁰¹* Nach *Teichmann/Koehler*³⁵⁰² hat der Vorstand sorgfaltsgemäß „auf eigene Verantwortung“ zu prüfen, ob der HV-Beschluss gesetzmäßig ist und er ihm Folge leisten darf. Da ihm das Gesetz dieses Prüfungsrecht vorbehalten habe, sei er weder durch nichtige noch anfechtbare Beschlüsse gedeckt. Auch *Ritter*³⁵⁰³ zufolge muss der Vorstand sorgfaltsgemäß prüfen, ob er vom Beschluss abzuweichen habe und ob dieser gesetzmäßig ist.

³⁴⁹⁹ AmtlBegr AktG 1937/1938 181 (abgedr auch bei *Klausing*, AktG 71 f; Hervorhebungen durch den Verf).

³⁵⁰⁰ Vgl später für Österreich etwa *Schiemer*, AktG (1980) § 84 Anm 16.1 mit dem Hinweis, dass dadurch die Eigenverantwortlichkeit des Vorstands unterstrichen werde.

³⁵⁰¹ *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 84 Anm 15 (S 310 f); Hervorhebungen durch den Verf.

³⁵⁰² *Teichmann/Koehler*, AktG (1937) § 84 Anm 4. a) (S 147); *dies*, AktG² (1939) § 84 Anm 4. a) (S 192).

³⁵⁰³ *Ritter*, AktG² (1939) § 84 Anm 6 (S 280).

c) Klarstellung einer Lehrmeinung zum älteren Aktienrecht

Diese Begründungen in der Kommentarliteratur erinnern stark an die oben referierte ältere Lehrmeinung³⁵⁰⁴ zu § 241 dHGB 1897, die im Kielwasser der Kritik *Wieners*³⁵⁰⁵ entstanden war. Demnach sollten gesetz- oder statutenwidrige Beschlüsse, die noch angefochten werden konnten, nicht allein aufgrund ihrer vorläufigen Wirksamkeit zur Ausführung verpflichten und die Haftung des Vorstands gegenüber der Gesellschaft ausschließen (gegenüber den Gläubigern war dies ohnehin gesetzlich angeordnet). Vielmehr sollte der Vorstand verpflichtet sein, die Ausführung des Beschlusses zu unterlassen, wenn er dessen Gesetz- oder Statutenwidrigkeit bei sorgfältiger Prüfung erkennen konnte. Insoweit sollte der Vorstand trotz eines Gesellschafterbeschlusses auf eigene Verantwortung handeln.

Anlass zur gegenteiligen Ansicht gaben indes die Motive³⁵⁰⁶ zu Art 241 ADHGB 1884, wonach die Organmitglieder (nur) den Gläubigern gegenüber „*auf eigene Verantwortlichkeit*³⁵⁰⁷ [handelten], wenn sie einen an sich ungültigen Beschluß der Generalversammlung ausführen“. Die Gesellschaft hingegen könnte sich aber „*nicht beschweren, wenn der Aufsichtsrath als ihr Mandatar einen von der Generalversammlung selbst gefaßten Beschluß ausgeführt hat, obgleich derselbe gegen das Gesetz verstieß*“.³⁵⁰⁸

3504 Vgl. *Makower*, HGB¹² (1898) § 271 Anm V c. (S 631), wonach Vorstand und Aufsichtsrat „unter eigener Verantwortung“ zu prüfen hätten, ob sie den Beschluss ausführen bzw seine Ausführung dulden; *Lehmann/Ring*, HGB II² (1913) § 241 Anm 6 (S 124), wonach Vorstandsmitglieder der Gesellschaft haften, wenn sie einen Beschluss ausgeführt haben, obwohl dieser offenbar ungültig war und seine Beseitigung in Aussicht steht oder diese durch die Vorstandsmitglieder selbst hätte bewirkt werden können. Vgl. auch *Fischer in Ehrenberg*, Handbuch III (1916) 232 f (keine Haftungsfreistellung bei „gesetz- und statutenwidrigen Handlungen“); vgl. *Koenige*, HGB² (1929) § 241 Anm 1 f (S 441): „Der Vorstand bleibt daher haftbar, wenn er eine gesetzwidrige oder gegen die Satzung verstoßende Handlung auf Grund eines Generalversammlungsbeschlusses begeht.“ (doch könne es dann am Verschulden mangeln). Vgl. auch *Ring/Schachian*, Aktiengesellschaft (1929) 204: „Der Vorstand ist nicht zum blinden Gehorsam verpflichtet, nicht einmal berechtigt. Er handelt immer auf eigene Verantwortung.“ Die Willensäußerung anderer Gesellschaftsorgane könne lediglich das Verschulden entfallen lassen. Zudem sei zu berücksichtigen, dass die Generalversammlung immer nur ein Organ der Aktiengesellschaft, und nicht diese selbst sei. S. auch die Nw in Fn 1911.

3505 *Wiener*, Entwurf 101. *Wiener* begründete diese mit dem „*nothwendige[n] Schutz des einzelnen Aktionärs, für den die Anfechtung der Beschlüsse illusorisch wird, wenn die Beschlüsse unterdessen vom Vorstande und Aufsichtsrate, ohne daß sie eine Verantwortung trifft, ausgeführt werden durften.*“

3506 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 463.

3507 Hervorhebung durch den Verf.

3508 Dagegen deutlich *Koenige*, HGB² (1929) § 241 Anm 1 f (S 440 f): „§ 241 Abs. 4 zwingt nicht durch Umkehrschluß zu dieser Folgerung, denn er besagt nur, daß ein Beschluß der Generalversammlung die Haftbarkeit ausschließen kann, nicht aber, daß dies

Im Schrifttum war soweit ersichtlich zwar anerkannt, dass Vorstandsmitglieder offensichtlich ungültige Beschlüsse nicht ausführen dürfen, im Einzelnen waren die haftungsrechtlichen Wirkungen rechtswidriger HV-Beschlüsse aber umstritten.³⁵⁰⁹ Offenbar wurde zumindest im Grundsatz eine Haftungsfreistellungswirkung gesetz- und statutenwidriger Beschlüsse angenommen, die mit einem Umkehrschluss aus § 241 Abs 4 Satz 2 dHGB 1897 und der zitierten Motivenstelle begründet wurde.

Diese Ausgangslage vor dem AktG 1937/1938 und die zeitgenössischen Kommentierungen zu § 84 Abs 4 Satz 1 dAktG 1937 legen mE den Schluss nahe, dass der Gesetzgeber von 1937/1938 den referierten Meinungsstreit vor Augen hatte, als er § 84 Abs 4 Satz 1 AktG schuf.³⁵¹⁰ Damit wollte er offenbar jene Ansicht zum Gesetz erklären, die sich zum Schutz der (noch) anfechtungsberechtigten Aktionäre gegen eine „automatische“ Haftungsfreistellung aufgrund der bloß vorläufigen Beschlusswirkung gegenüber der Gesellschaft wandte. In dieselbe Richtung deutet die AmtlBegr, der zufolge „[i]n § 84 Abs. 4 [...] **klargestellt [ist]**“, dass nur gesetzmäßige (weder nichti-

notwendig der Fall sein muss. Auch daß die AG. notwendig arglistig handle, wenn sie sich auf die Ungültigkeit der Beschlüsse ihrer Generalversammlung als ihres obersten Organs berufe, kann nicht zugegeben werden. [...] Bei dieser Sachlage kann ihre Verantwortlichkeit [sc der Organmitglieder] nicht durch jeden Generalversammlungsbeschluß beseitigt werden.“

3509 Vgl statt vieler (s auch die NW in Fn 1911) Pinner in Staub, HGB II¹⁴ (1933) § 241 Anm 4 (S 355) mwN: „Beruht die Handlung auf einem solchen [sc Beschluss der Generalversammlung], so wäre es arglistig von seiten der Gesellschaft, wenn sie ihre Organe für die Ausführung ihres Beschlusses schadensersatzpflichtig machen würde. Sie kann sich weder auf die Schädlichkeit noch auf die angebliche Ungültigkeit ihrer Beschlüsse gegenüber ihren Organen berufen (Umkehrschluß aus Abs. 4; auch Mot. z. Ages. v. 1884 I 226, 364; [...]).“ Der Vorstand könne sich aber nicht auf Beschlüsse berufen, die gegen öffentliches Recht verstoßen oder deren Ungültigkeit so offensichtlich war, dass er sie erkannte oder erkennen musste. Das sei zB der Fall, wenn ein offenbar ungültiger Beschluss von einem Aktionär angefochten wurde und der Vorstand den Beschluss ausführte, ohne den Erfolg der Anfechtung abzuwarten. Aber auch wenn kein Aktionär angefochten hatte, sei er bei einem offenbar ungültigen, der Gesellschaft zum Schaden gereichenden Beschluss nicht befreit, denn diesfalls habe er das Recht und der Gesellschaft gegenüber die Pflicht, den Beschluss anzufechten. Vgl referierend Ring/Schachian, Die Praxis der Aktiengesellschaft (1929) 204.

3510 Vgl auch Teichmann/Koehler, AktG² (1939) § 84 Anm 4a) (S 191), wonach die Bedeutung von Generalversammlungs- und Aufsichtsratsbeschlüssen für die Vorstandshaftung früher zweifelhaft war und hier das neue Recht klärend eingreift. Vgl iSd § 84 Abs 4 Satz 1 AktG etwa schon Lehmann/Ring, HGB II² (1913) § 241 Anm 6 (S 124), denen zufolge der Ersatzanspruch grundsätzlich ausgeschlossen sei, wenn die ungehörige Vornahme „auf einem gültigen [...] Beschluß der Generalversammlung [...] beruht“. So wohl im Ansatz auch G. Frotz in FS Wagner 137 (158).

ge noch anfechtbare) HV-Beschlüsse die Haftung gegenüber der Gesellschaft ausschließen.³⁵¹¹

Nach diesem Verständnis hat § 84 Abs 4 Satz 1 AktG somit nicht neues Recht geschaffen, sondern die umstrittene Auslegung des geltenden Rechts verbindlich klargestellt. Demgemäß handelt der Vorstand, wenn er einen gesetz- oder statutenwidrigen Beschluss ausführt, entgegen der (scheinbaren) Implikation des § 241 Abs 4 Satz 2 dHGB 1897 (gestützt durch die Motive zum ADHGB 1884) nicht nur gegenüber den Gesellschaftsgläubigern „*auf eigene Verantwortlichkeit*“, sondern auch gegenüber der Gesellschaft. Er kann sich *auch* ihr gegenüber nicht auf einen „*an sich ungültigen*“³⁵¹² Beschluss berufen, denn es wäre gerade an ihm gelegen, im Interesse der Aktionäre eigenverantwortlich die Rechtmäßigkeit des beschlussmäßig aufgetragenen Verhaltens zu prüfen.

d) Kein Korrelat der geänderten Organisationsverfassung durch das AktG 1937/1938

Demgemäß war nicht (erst) die mit dem AktG 1937/1938 geänderte Organisationsverfassung, nämlich die „Entmachtung“ der HV (§ 103 AktG) zugunsten des Vorstands (§ 70 AktG), der Grund für den Ausschluss der Haftungsfreistellungswirkung gesetz- oder statutenwidriger Beschlüsse gem § 84 Abs 4 Satz 1 AktG (auch wenn die Lit.³⁵¹³ diesen Eindruck vermittelt).

Denn wie gezeigt, war bereits auf Grundlage des ADHGB 1884 und des dHGB 1897 (mit Recht) die Ansicht³⁵¹⁴ verbreitet, dass gesetz- und statutenwidrige Beschlüsse die Haftung *nicht jedenfalls* ausschließen, sondern die Vorstandsmitglieder die Rechtmäßigkeit des Beschlusses *eigenverantwortlich* prüfen müssen. Damals hatte die HV (früher „Generalversammlung“) noch die Residualkompetenz und konnte beliebig in die Geschäftsführung eingreifen (wie heute noch in der GmbH). Dann kann die Aufhebung der Residualkompetenz durch das AktG 1937/1938 aber nicht maßgebend für die (indisponible) Haftpflicht bei Ausführung gesetz- oder statutenwidriger Beschlüsse gewesen sein.³⁵¹⁵ Dieser Rechtssatz steht in keinem Bedingungs-

3511 AmtlBegr AktG 1937/1938 181 (abgedr auch bei *Klausing*, AktG 71; Hervorhebung durch den Verf).

3512 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 463.

3513 S oben bei Fn 3446 ff.

3514 S die Nw in Fn 3504.

3515 Das bestätigt auch ein rechtsformübergreifender Blick ins GmbH-Recht, das sich insoweit auf dem Stand des älteren Aktienrechts nach dem dHGB 1897 befindet: Da die Generalversammlung die Residualkompetenz hat, müsste man dann konsequenterweise wohl annehmen, dass gesetz- oder statutenwidrige Beschlüsse die Haftung der Geschäftsführer jedenfalls ausschließen (was aber nirgends vertreten wird). Vielmehr nimmt die GmbH-rechtliche Lehre sehr wohl auf die Gesellschafterinteressen Rücksicht, indem eine Haftungsfreistellungswirkung drittschutzwidriger (und deshalb

zusammenhang mit den inhaltlichen Neuerungen des AktG 1937/1938 *in puncto* Organisationsverfassung, sondern galt schon früher und wurde durch das AktG 1937/1938 nur *klargestellt* (wie auch die AmtlBegr betonen).

Die eigenverantwortliche Prüfungsobliegenheit (und die daraus folgende Haftung) sind vielmehr Ausfluss der allgemeinen (unveränderten) Pflicht der Vorstandsmitglieder zu sorgfaltsgemäßigem Verhalten (§ 84 Abs 4 Satz 1 AktG). Diese Pflicht gebietet nach (schon damals) zutreffender Ansicht, einen Beschluss nicht auszuführen, wenn durch die Ausführung Interessen der Aktionäre oder Dritter (insb Gläubiger) verletzt würden. Soweit und solange diese Interessen durch eine Haftungsfreistellung beeinträchtigt würden (dh vor allem während der Anfechtungsfrist), ist die Stellung der Vorstandsmitglieder vergleichbar mit jener, als wäre kein Beschluss gefasst worden. Die eigenverantwortliche Prüfung entspricht in der Sache also dem Handeln auf eigene Verantwortung *ohne* Beschluss. Diese Eigenverantwortlichkeit bei der Ausführung eines gesetz- oder satzungswidrigen Beschlusses darf daher nicht verwechselt werden mit der Eigenverantwortlichkeit, die der Vorstand seit dem AktG 1937/1938 hat. Das AktG 1937/1938 hat nicht die Rechtswirkung von HV-Beschlüssen geändert, sondern bloß die Voraussetzungen (die Kompetenz) für ihr Zustandekommen. Mit anderen Worten hat sich bloß die *Initiative* für Beschlüsse in Geschäftsführungsangelegenheiten verschoben (von der HV zum Vorstand).³⁵¹⁶ In diesen Angelegenheiten kann die HV nicht mehr eigeninitiativ beschließen, sondern gem § 103 Abs 2 AktG nur aufgrund einer Vorlage durch den Vorstand (oder Aufsichtsrat). Seit dem AktG 1937/1938 ist der Vorstand also *insofern* eigenverantwortlich, als er regelmäßig *ohne* Beschluss der HV handelt. Nichts anderes dürfte § 70 Abs 1 AktG meinen, wenn er dem Vorstand die Pflicht zur Leitung der Gesellschaft „*unter eigener Verantwortung*“ auferlegt.³⁵¹⁷ Diese Norm gibt dem Vorstand iSe Zweifelsregel eine Handlungsmaxime an die Hand, weil die HV nicht mehr eigeninitiativ in die Geschäftsführung eingreifen kann.³⁵¹⁸ Die beiden genannten

nichtiger) Beschlüsse gegenüber der Gesellschaft (auf Grundlage von Treu und Glauben) nur bei Zustimmung aller Gesellschafter bejaht wird (s Fn 3498 mwN).

3516 Vgl auch Zollner in FS Reich-Rohrwig 265 (270).

3517 AmtlBegr AktG 1937/1938 174 (abgedr auch bei Klausling, AktG 58): „Dieser [sc der Vorstand] trägt nach § 70 Abs. 1 für die Leitung der Gesellschaft die alleinige Verantwortung. Seine Verantwortung entfällt daher nicht, wenn der Aufsichtsrat einer Geschäftsführungsmaßnahme zugestimmt oder sie geduldet hat.“

3518 IdS wohl auch Ch. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 70 Rz 2, nach dem die Vorgabe des § 70 Abs 1 AktG, die nicht mehr zeitgemäß sei, historisch wohl damit zusammenhänge, dass mit der Abschaffung der Einflussrechte der HV in Fragen der Geschäftsführung dem Vorstand doch eine Handlungsanweisung vorgegeben werden sollte. Das dAktG 1965 hat die Zielvorgaben des § 70 Abs 1 dAktG 1937 gestrichen, denn die Berücksichtigung der Belange der Aktionäre, Arbeitnehmer und der Allgemeinheit „*versteht sich von selbst und braucht deshalb nicht ausdrücklich im Gesetz bestimmt zu werden.*“ (AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 121 lSp).

Begriffe der Eigenverantwortlichkeit meinen also Verschiedenes: Im ersten Fall handelt der Vorstand (unabhängig von Kompetenzfragen) eigenverantwortlich, weil ein gesetz- oder statutenwidriger HV-Beschluss keine Rechtswirkungen entfaltet (wie Handeln ohne Beschluss), im zweiten Fall handelt er tatsächlich (in der Regel) ohne Beschluss, weil die HV zur Beschlussfassung nicht mehr zuständig ist. Die Rechtsstellung des Vorstandsmitglieds mag in beiden Fällen dieselbe sein, wichtig ist aber, dass die bloße Verschiebung der Beschlussinitiative durch das AktG 1937/1938 von der HV zum Vorstand nichts mit der (ausgeschlossenen) Haftungsfrestellungswirkung bei Ausführung gesetz- oder statutenwidriger Beschlüsse zu tun hat: Wenn die HV innerhalb ihrer Kompetenz (dh aufgrund einer Vorlage gem § 103 Abs 2 AktG) einen Beschluss in Geschäftsführungsangelegenheiten fasst, ist dessen Rechtswirkung dieselbe wie im älteren Aktienrecht (und im GmbH-Recht): Die Vorstandsmitglieder sind (unverändert) an den Beschluss gebunden (ausdr klarstellend³⁵¹⁹ § 83 Abs 2 dAktG).³⁵²⁰ Ist der Beschluss jedoch noch anfechtbar und sind daher Aktionärsinteressen berührt, ist der Beschluss unbeachtlich und die Vorstandsmitglieder handeln auf eigene Verantwortung (wie ohne Beschluss).

Abzulehnen ist mE daher iZm § 84 Abs 4 Satz 1 AktG der Erklärungsansatz, dass eine Haftungsfrestellung gesetz- und statutenwidriger Beschlüsse vor dem AktG 1937/1938 wegen der starken Stellung der Generalversammlung möglich gewesen sei, mit der es unvereinbar gewesen wäre, wenn Vorstandsmitglieder für die Ausführung solcher Beschlüsse gehaftet hätten.³⁵²¹ Denn eine „starke Stellung“ hatte die Generalversammlung (wie in der GmbH) nur insofern, als sie allzuständig war. Für die Frage der Haftungs-

3519 *Fleischer in Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 83 Rz 2 (nun *ders* in BeckOGK AktG § 83 Rz 2 [Stand 01.10.2023]); *Koch in Koch*, AktG¹⁷ § 83 Rz 5 („hat nur klarstellende Bedeutung“).

3520 Wie früher (§ 235 Abs 1 dHGB 1897; vgl auch § 20 Abs 1 GmbHG; § 82 Abs 2 dAktG) ist der Vorstand gem § 74 Abs 1 AktG „der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, die Beschränkungen einzuhalten, die die Satzung oder der Aufsichtsrat für den Umfang seiner Vertretungsbefugnis festgesetzt hat oder die sich aus einem Beschluß der Hauptversammlung nach § 103 ergeben.“ Daraus leitet die hL mit Recht eine Bindungswirkung ab (darüberhinausgehend ausdr § 83 Abs 2 dAktG). Vgl etwa *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/817 mwN; *dies* in MüKo AktG⁶ § 83 Rz 30; *Deutsch/Leonhartsberger in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 103 Rz 6; *Bydlinski/Potyka in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 103 Rz 18; *E. Artmann*, GES 2007, 3 (14 f); vgl auch *Zollner* in FS Reich-Rohrwig 265 (270), nach dem sich HV-Beschlüsse in ihrer Wirkung nicht von Generalversammlungsbeschlüssen unterscheiden. In beiden Rechtsformen handeln Organmitglieder nicht pflichtwidrig, wenn sie einen gültig gefassten Beschluss ausführen. Der zentrale Unterschied bestehe aber in der Initiativmöglichkeit. Für Deutschland zB *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 82 Rz 42; *Fleischer in Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 82 Rz 35 (nun *ders* in BeckOGK AktG § 82 Rz 35 [Stand 01.10.2023]); vgl bereits *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 70 Anm 3 (S 234).

3521 So aber *Hefermehl* in FS Schilling 159 (162); *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 292. S schon Fn 3444.

freistellung kommt es aber wie gesagt nicht auf die Initiative für das Zustandekommen eines Beschlusses an, sondern auf dessen Rechtswirkungen.³⁵²² Abzulehnen ist aus denselben Gründen das (Folge-)Argument, eine Haftungsfreistellung bei Ausführung gesetzwidriger Beschlüsse scheide seit dem AktG 1937/1938 aus, weil die Haftung des Vorstands seinem erweiterten Verantwortungsbereich anzupassen war.³⁵²³ Richtig besehen ist nämlich der Verantwortungsbereich nur insofern erweitert, als *nur er* einen HV-Beschluss zu Geschäftsführungsfragen herbeiführen kann. Tut er das aber, und entscheidet die HV folglich innerhalb ihrer Zuständigkeit, ist die HV insoweit (weiterhin) das oberste Willensbildungsorgan und der Vorstand an den HV-Beschluss gebunden.³⁵²⁴ Insoweit hat sich der Verantwortungsbereich des Vorstands also nicht geändert. Der Ausschluss der Haftungsfreistellung ist keine Reaktion auf die (geänderte) Stellung des Vorstands, sondern auf die (unveränderte) Stellung der anfechtungsberechtigten Einzelaktionäre. Ebenso unscharf ist die für § 84 Abs 4 Satz 1 AktG angebotene Erklärung, dass die HV (erst) seit dem AktG 1937/1938 nicht die Gesellschaft selbst, sondern nur eines ihrer Organe sei.³⁵²⁵ Auch darauf haben schon zum dHGB 1897 namhafte Autoren³⁵²⁶ hingewiesen (als die Generalversamm-

3522 Eine Haftungsfreistellungswirkung gesetz- oder statutenwidriger Beschlüsse hätte daher – zugespitzt formuliert – erfordert, dass die Aktionärsmehrheit eine „starke Stellung“ gegenüber dem Einzelaktionär hatte, was aber wie erwähnt richtig besehen schon damals nicht der Fall war (und auch im GmbH-Recht nicht der Fall ist).

3523 So aber Hefermehl in FS Schilling (1973) 159 (163). S die Nw in Fn 3447.

3524 Vgl auch E. Artmann, GES 2007, 3 (14 f); S. Bydlinski/Potyka in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 103 Rz 18; vgl idZ auch Fleischer in BeckOGK AktG § 83 Rz 10 (Stand 01.10.2023): „Im Rahmen ihrer Zuständigkeit bleibt die Hauptversammlung grundsätzlich Herrin ihrer eigenen Entscheidung.“

3525 S oben bei Fn 3448 und die dort zitierten Nw.

3526 Vgl bereits Makower, HGB¹² (1898) § 241 Anm II. b. (S 517), wonach die Haftung gegenüber der Gesellschaft nicht ausgeschlossen ist, wenn der Beschluss wegen Verstoßes gegen Gesetz oder Satzung nichtig oder unverbindlich war, denn in diesen Fällen sei der Beschluss der Generalversammlung, „welche gleichfalls nur Gesellschaftsbehörde, nicht gleichbedeutend mit der Gesellschaft ist“, unwirksam. Vgl auch Koenige, HGB² (1929) § 241 Anm 1 f (S 440 f): „Auch daß die AG. notwendig arglistig handle, wenn sie sich auf die Ungültigkeit der Beschlüsse ihrer Generalversammlung als ihres obersten Organs berufe, kann nicht zugegeben werden. Die Generalversammlung ist nicht die Verkörperung der AG. [...], Vorstand und Aufsichtsrat sind nicht ihre Vertreter, sondern selbstständige Organe, die ihre Befugnisse aus der Satzung ableiten [...]. Bei dieser Sachlage kann ihre Verantwortlichkeit nicht durch jeden Generalversammlungsbeschluß beseitigt werden. Der Vorstand bleibt daher haftbar, wenn er eine gesetzwidrige oder gegen die Satzung verstoßende Handlung auf Grund eines Generalversammlungsbeschlusses begeht.“ Vgl auch Ring/Schachian, Die Praxis der Aktiengesellschaft (1929), wonach die Auffassung einer Haftungsfreistellungswirkung gesetz- und statutenwidriger Beschlüsse vor allem die Stellung der Generalversammlung verkenne. Denn: „Man mag sie als oberstes Willensorgan bezeichnen. Sie ist aber immer nur ein Organ der Aktiengesellschaft und nicht diese selbst.“

lung wohl gemerkt noch allzuständig war).³⁵²⁷ Problematisch an der früher vertretenen Haftungsfreistellung gegenüber der Gesellschaft durch rechtswidrige Beschlüsse war (und ist) weniger die grundsätzliche Gleichsetzung der Generalversammlung (HV) mit der Gesellschaft, denn diese bildet als oberstes Willensbildungsorgan tatsächlich den Willen der Gesellschaft, sofern sie innerhalb ihres Kompetenzbereichs einen Beschluss fasst (das gilt wie gesagt auch seit dem AktG 1937/1938, mit dem wie erwähnt zwar die HV-Kompetenzen stark eingeschränkt wurden, die Rechtswirkungen eines innerhalb jener gefassten Beschlusses aber nicht geändert wurden)³⁵²⁸. Problematisch ist vielmehr die Gleichsetzung eines bloß *vorläufigen* Gesellschaftswillens mit der Gesellschaft, nämlich aufgrund eines noch anfechtbaren Beschlusses (bei angenommener Gesamtnichtigkeit drittschutzwidriger Beschlüsse: aufgrund eines nicht von der Zustimmung aller Gesellschafter getragenen Beschlusses). Dadurch werden wie gesagt die Aktionärsinteressen verletzt. Problematisch ist daher genau besehen die Gleichsetzung des *Mehrheitswillens* mit dem Gesellschaftswillen. Beim Ausschluss der Haftungsfreistungswirkung (auch) gegenüber der Gesellschaft geht es somit im Kern um den gebotenen Individualschutz – ein Aspekt, der aber eben nicht erst seit dem AktG 1937/1938 Beachtung fordert. Es bleibt mE daher beim Auslegungsergebnis, dass § 84 Abs 4 Satz 1 AktG kein Korrelat der geänderten Organisationsverfassung durch das AktG 1937/1938 ist, sondern (bloß) die gesetzliche Klarstellung einer schon zum ADHGB 1884 und dHGB 1897 vertretenen (zutr) Lehrmeinung.

e) Keine Fortführung historischer Regelungsprämissen

Nur am Rande zu erwähnen, weil sie in der Lit soweit ersichtlich nicht diskutiert wird, ist eine weitere mögliche Deutung des § 84 Abs 4 Satz 1 AktG, die sich mit Blick auf die historische Entwicklung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG aufdrängen könnte. Wie oben dargestellt, sollte nach dem Vorschlag des ROHG ursprünglich auch angeordnet werden, dass die Vorstandshaftung *gegenüber der Gesellschaft* durch einen Beschluss der Generalversammlung nicht ausgeschlossen ist, um das Anfechtungsrecht der Aktionäre zu wahren. Allerdings schränkte die Aktienrechtskommission diese Haftungsanordnung – wohl wegen eines legistischen Versehens – auf das Verhältnis zu den Gläubigern ein (daraus entstand § 84 Abs 5 Satz 3 AktG). Vor diesem Hintergrund könnte man in § 84 Abs 4 Satz 1 AktG eine (nachträgliche) Erweiterung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG sehen. Demnach hätte der Gesetzge-

³⁵²⁷ Referierend auch *Teichmann/Koehler*, AktG (1937) § 84 Anm 1 (S 147), wonach die HV „weder nach dem bisherigen noch vollends unter dem neuen Recht“ die AG, dh deren Verkörperung sei, sodass ihre Beschlüsse den Vorstand in vollem Umfang decken.

³⁵²⁸ S schon bei Fn 3524.

ber die Haftung für gesetz- und statutenwidrige Beschlüsse *konstitutiv* angeordnet, weil er (immer noch) die Annahme zugrunde legt, dass Beschlüsse wirksam und haftungsfreistellend sind, sofern und solange sie nicht erfolgreich angefochten wurden. Zu einer solchen Regelung hatte der Gesetzgeber indes keinen Anlass, weil im Schrifttum bereits anerkannt war, dass bloß vorläufige Beschlüsse nicht verbindlich und haftungsausschließend wirken. Deshalb liegt mE die Annahme näher, dass der Gesetzgeber lediglich diese Lehrmeinung als verbindlich klarstellen wollte, wofür wie erwähnt auch die AmtlBegr (arg: „klarstellen“) spricht.³⁵²⁹ Außerdem spricht dafür auch, dass der Gesetzgeber von 1937/1938 bereits die Kategorie nichtiger Beschlüsse anerkannt und geregelt hat.³⁵³⁰ Wie erwähnt hat deshalb § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (ebenfalls) bloß klarstellende Funktion. Die besseren Gründe sprechen daher für die Annahme, dass § 84 Abs 4 Satz 1 AktG die Anordnung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG zwar ergänzen und auf die Gesellschaft erweitern soll, aber eben bloß *deklarativ*. Auf das Verhältnis dieser beiden Bestimmungen zueinander wird noch gesondert zurückzukommen sein.³⁵³¹

f) Fazit

Der Gesetzgeber hat mit § 84 Abs 4 Satz 1 AktG die schon im älteren Aktienrecht vertretene Lehrmeinung klargestellt, wonach gesetz- und statutenwidrige (nichtige und anfechtbare) Beschlüsse entgegen der scheinbaren Implikation des § 241 Abs 4 Satz 2 dHGB 1897 auch *gegenüber der Gesellschaft* nicht jedenfalls die Haftung ausschließen, sondern Vorstandsmitglieder auch ihr gegenüber auf eigene Verantwortung handeln. Die Beurteilungsmaxime lautet deshalb (weiterhin): Eine Haftungsfreistellung ist möglich, sofern und soweit dadurch nicht Interessen anfechtungsberechtigter Aktionäre oder Dritter (insb Gläubiger) beeinträchtigt werden. Die Haftungsfreistellungswirkung ist somit grundsätzlich nicht anders zu beurteilen als im

³⁵²⁹ Soweit Beschlüsse bloß anfechtbar sind, müssten Vorstandsmitglieder diese außerdem andernfalls (sofort) durch Anfechtung beseitigen, um nicht haftpflichtig zu werden. Seit der Befristung des Anfechtungsrechts scheint das aber kaum sachgerecht, weil den Aktionären dadurch die Möglichkeit genommen würde, durch Unterlassen der Anfechtung über den (disponiblen) Beschlussgegenstand zu disponieren (was ihnen zuvor nur durch einstimmige Beschlussfassung, unterlassenen Widerspruch oder Verzicht auf die Anfechtung möglich war). S auch noch zu anfechtbaren Beschlüssen auf unten S 899 ff.

³⁵³⁰ Vgl die AmtlBegr, die der oben (*arguendo*) erwogenen Annahme entgegensteht (AmtlBegr AktG 1937/1938 223; abgedr auch bei *Klausing*, AktG 172): „Auf diese Unterscheidung kann ohne Verstoß gegen allgemein anerkannte und im bürgerlichen Recht gefestigte Grundsätze nicht verzichtet werden. Außerdem würde die Beseitigung der Nichtigkeit dazu führen, daß sich die Hauptversammlung über sämtliche Gesetzesbestimmungen hinwegsetzen kann, wenn die Aktionäre einig sind oder niemand Anfechtungsklage erhebt.“

³⁵³¹ S unten S 936 ff.

GmbH-Recht, wobei § 25 Abs 5 GmbHG funktional § 84 Abs 5 Satz 3 AktG entspricht. Der neu hinzugekommene § 84 Abs 4 Satz 1 AktG steht dem wie gesagt nicht entgegen, sondern will mE genau dies klarstellen. So eindeutig ist diese Bestimmung allerdings nicht, wenn man sie nicht in ihrem historischen Kontext, sondern isoliert liest. Dann stellt sich vor allem die Frage, was genau unter einem gesetzmäßigen Beschluss („*d. h. weder nichtigen noch anfechtbaren Beschluss*“) zu verstehen ist. Der Gesetzeswortlaut und die AmtlBegr lassen vor allem in Randbereichen keine eindeutige Aussage zu, etwa für anfänglich unanfechtbare, später unanfechtbar gewordene oder geheilte nichtige Beschlüsse. Fraglich ist auf Basis der *verba legalia* auch, ob § 84 Abs 4 Satz 1 AktG einer Haftungsfreistellung drittschutzwidriger (und damit grundsätzlich *nichtiger*) Beschlüsse gegenüber der Gesellschaft (wie sie im GmbH-Recht bei Wahrung der Gesellschafterinteressen anerkannt ist) zwingend entgegensteht.

5. Dogmatische Einordnung der Haftungsfreistungswirkung

Der bloß klarstellenden Funktion des § 84 Abs 4 Satz 1 AktG und der (daraus folgenden) grundsätzlich unveränderten Rechtslage entspricht es, dass auch die dogmatische Grundlage der Haftungsfreistungswirkung dieselbe ist wie im GmbH-Recht (das sich insoweit auf dem Stand des älteren Aktienrechts befindet).³⁵³² Demgemäß ist die dogmatische Grundlage eine (beschlussmäßige) Einwilligung der Gesellschaft in die Selbstschädigung („*volenti non fit iniuria*“).³⁵³³ Dieser Rechtfertigungsgrund schließt die Pflichtwidrigkeit des schädigenden Vorstandsverhaltens aus,³⁵³⁴ sodass der Gesellschaft kein Ersatzanspruch entsteht.

Hinsichtlich der übrigen Erklärungen der Haftungsfreistungswirkung kann auf die Ausführungen zur GmbH verwiesen werden. Hier genügt eine kurze Stellungnahme. Abzulehnen ist wie erwähnt die Auffassung, dass die Folgepflicht eine *notwendige* Voraussetzung der Haftungsfreistung sei.³⁵³⁵

3532 S dazu oben S 481 ff.

3533 Vgl allg Resch, Die Einwilligung des Geschädigten (1997); Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ (1997) Rz 4/90 ff; für die Geschäftsführerhaftung insb Rauter/Ratka in Ratka/Rauter, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 2/17; s dazu oben S 481 ff.

3534 Vgl allg Koziol, Haftpflichtrecht I⁴ C/1/120; Resch, Einwilligung 75 ff; vgl im vorliegenden Zusammenhang auch Straube/Rauter, JAP 2007/2008/15, 168 (168).

3535 Nicht überzeugen kann mE auch das dafür vorgebrachte Argument, dass andernfalls (wenn die Folgepflicht keine notwendige Bedingung wäre) nicht folgerichtig wäre, weshalb § 84 Abs 4 Satz 1 AktG die Vorstandsmitglieder gegenüber der Gesellschaft für die Ausführung nicht gesetzmäßiger Beschlüsse haften lässt (für Deutschland Cabn in KK-AktG⁴ § 93 Rz 167). Es übersieht, dass eine Haftungsfreistung auch gegenüber der Gesellschaft nicht zwingend eintritt. Denn geschützte Interessen können nicht nur die Unwirksamkeit der Beschlusswirkung „Folgepflicht“ gebieten, son-

Zu dieser Annahme zwingt auch § 84 Abs 4 Satz 1 AktG nicht, der von „gesetz-mäßigen“ und nicht etwa von „verbindlichen“ oder „ausführungspflichtigen“ Beschlüssen spricht. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Aktiengesetzgeber den allgemeinen schadenersatzrechtlichen Rechtfertigungsgrund der Einwilligung in die Schädigung (partiell) ausschließen wollte (was als Einschränkung der Privatautonomie der Gesellschafter auch einer besonderen Rechtfertigung durch Schutzinteressen bedurft hätte)³⁵³⁶.³⁵³⁷ Abzulehnen ist mE auch die (Gegen-)Ansicht³⁵³⁸, § 84 Abs 4 Satz 1 AktG sei eine „Ausprägung oder Weiterentwicklung“ des Grundsatzes von Treu und Glauben. Diese Erklärung ist nicht erforderlich, soweit es um *gesetzmäßige* Beschlüsse geht,³⁵³⁹ weil deren Befolgung mangels Pflichtwidrigkeit bereits die Entstehung eines Ersatzanspruchs ausschließt; die (Folge-)Frage, ob eine Anspruchsdurchsetzung arglistig wäre, stellt sich dann nicht.³⁵⁴⁰ Was *rechtswidrige* Beschlüsse angeht, wollte der Gesetzgeber eine Haftungsfreistellung durch § 84 Abs 4 Satz 1 AktG gerade ausschließen, soweit geschützte Interessen betroffen sind. Aber auch soweit geschützte Interessen *nicht* betroffen sind, bedarf es keines Rekurses auf außerrechtsgeschäftliche Begründungen, weil sich insoweit eine Haftungsfreistellungswirkung, wie sich noch zeigen wird, ebenfalls rechtsgeschäftlich, nämlich durch die (restwirksame) Einwilligung in die Schädigung, begründen lässt. Für den Grundsatz von Treu und Glauben sowie verwandte Erklärungsansätze gibt es daher mE keinen Raum.

6. Anfechtbare Beschlüsse

Im GmbH-Recht schließen Gesellschafterbeschlüsse die Haftung des Geschäftsführers nur aus, soweit geschützte Interessen nicht beeinträchtigt werden. Daher sind noch anfechtbare oder bereits angefochtene Beschlüsse nicht unbedingt ausführungspflichtig. Vielmehr handeln Geschäftsführer

dern (unabhängig von der dogmatischen Begründung) auch einer Haftungsfreistellung entgegenstehen.

3536 Vgl etwa *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 13, 244 und *passim*; allg *F. Bydlinki*, System und Prinzipien 147 f; vgl auch *Möslein*, Dispositives Recht 164 ff, *passim*; vgl auch RIS-Justiz RS0016837; RS0016417.

3537 Vgl idZ gegen eine Folgepflicht als Voraussetzung für eine Haftungsfreistellung im GmbH-Recht *Rauter*, *ecolex* 2012, 944 (946), wonach die Zustimmung des Geschädigten bereits nach allg Deliktsrecht Haftungsfolgen verhindert.

3538 So va *Canaris*, ZGR 1978, 207 (209). S auch die Nw in Fn 3455.

3539 Vgl aber etwa *Binder*, Grenzen 197 f, der zufolge der Gesellschaft nur der Einwand widersprüchlichen Verhaltens vorgehalten werden könne, wenn sie den Vorstand durch einen gesetzmäßigen Beschluss bindend zur schadensstiftenden Handlung veranlasst hat.

3540 Vgl aber *G. Frotz* in FS Wagner 137 (160), wonach es ein *venire contra factum proprium* wäre, wenn die Gesellschaft von Organmitgliedern Schadenersatz für ein Verhalten verlangen wollte, das die HV rechtmäßig angeordnet hat.

auf eigene Verantwortung und werden uU ersatzpflichtig. Dagegen schließen anfänglich unanfechtbare und nachträglich unanfechtbar gewordene Beschlüsse die Haftung grundsätzlich aus, weil Gesellschafterinteressen insoweit nicht (mehr) berührt sind. Im Aktienrecht ordnet § 84 Abs 4 Satz 1 AktG an, dass die Ersatzpflicht (nur) durch einen „gesetzmäßigen“ HV-Beschluss ausgeschlossen wird. Unproblematisch und deshalb vorweg auszuklammern sind zunächst Beschlüsse, hinsichtlich derer eine Anfechtungsklage rechtskräftig abgewiesen wurde. Solche Beschlüsse sind gesetzmäßig, sodass ihre Ausführung eine Haftung grundsätzlich ausschließt (umgekehrt sind erfolgreich angefochtene Beschlüsse nicht gesetzmäßig, sodass beschlussmäßiges Handeln uU ersatzpflichtig macht)³⁵⁴¹. Was im GmbH-Recht zu (noch) anfechtbaren Beschlüssen gesagt wurde, gilt auch im Aktienrecht (dazu noch sogleich). Denn anfechtbare oder bereits angefochtene Beschlüsse sind unzweifelhaft nicht gesetzmäßig iSd § 84 Abs 4 Satz 1 AktG. Außerdem ist auch nach der AmtlBegr zu § 84 Abs 4 Satz 1 AktG eine Haftungsfreistellung durch anfechtbare Beschlüsse ausgeschlossen. Wertungsmäßig ist das richtig, weil eine Haftungsfreistellung durch Befolgung eines (noch) anfechtbaren (und somit bloß vorläufig wirksamen) HV-Beschlusses das Anfechtungsrecht der Aktionäre unterlaufen und diese vor vollendete Tatsachen stellen würde. Wie oben schon erwähnt, sollte § 84 Abs 4 Satz 1 AktG genau dies klarstellen. Fraglich könnte auf den ersten Blick aber sein, ob auch anfänglich unanfechtbare und unanfechtbar gewordene Beschlüsse die Haftung ausschließen können. Nach dem bisher zu § 84 Abs 4 Satz 1 AktG Ausgeführten wäre diese Frage wie erwähnt nicht anders als im GmbH-Recht zu beantworten, weil durch eine Haftungsfreistellung insoweit keine geschützten (Aktionärs-)Interessen (mehr) beeinträchtigt würden. Ausgehend von dieser These soll im Folgenden in den literarischen Diskurs eingestiegen und die einzelnen Argumente näher untersucht werden.

a) Anfänglich unanfechtbare und nachträglich unanfechtbar gewordene Beschlüsse

Von vornherein unanfechtbar sind gesetz- oder satzungswidrige Beschlüsse, wenn sie etwa vom Alleinaktionär gefasst wurden, in einer Mehrpersonengesellschaft einstimmig durch alle Aktionäre zustande gekommen sind, oder wenn bei mehrstimmiger Beschlussfassung kein Widerspruch zu Protokoll erhoben wurde. Solche Beschlüsse wurden im Schrifttum zum AktG 1937/1938 soweit ersichtlich nicht diskutiert. Ihre Haftungsfreistellung könnte jedoch fraglich sein, wenn man zunächst nur die *verba legalia* und die Mat in den Blick nimmt. Da die genannten Beschlüsse nicht im Einklang mit dem objektiven Recht stehen, sind sie *prima vista* nicht gesetzmäßig iSd § 84 Abs 4

³⁵⁴¹ Vgl G. Frotz in FS Wagner 137 (149).

Satz 1 AktG. Auch die AmtlBegr betont, dass ein „gesetzwidriger“ Beschluss die Haftung nicht ausschließt.³⁵⁴² Andererseits definiert die AmtlBegr einen gesetzmäßigen Beschluss als einen „weder nichtigen noch anfechtbaren“ Beschluss.³⁵⁴³ Ein anfänglich unanfechtbarer Beschluss ist nicht anfechtbar, es sei denn, man versteht unter Anfechtbarkeit iSd AmtlBegr Beschlüsse, die „abstrakt“ anfechtbar sind (dh aufgrund ihrer Rechtswidrigkeit zur Anfechtung berechtigten könnten). Daneben gibt es gesetz- oder statutenwidrige HV-Beschlüsse, die zunächst anfechtbar sind, aber später unanfechtbar werden, weil etwa alle anfechtungsberechtigten Aktionäre auf die Anfechtung verzichten (den Beschluss billigen)³⁵⁴⁴ oder die Anfechtungsfrist ungenutzt verstreichen lassen. Auch solche Beschlüsse stehen zwar nicht im Einklang mit dem objektiven Recht und sind daher *prima vista* nicht gesetzmäßig iSd § 84 Abs 4 Satz 1 AktG. Sie sind aber auch nicht (mehr) anfechtbar iSd AmtlBegr. Für eine Haftungsfreistellungswirkung spricht allerdings auch hier, dass unanfechtbar gewordene Beschlüsse nach allgM³⁵⁴⁵ heilen und dadurch voll (endgültig) wirksam und für den Vorstand beachtlich (dh ggf auszuführen) sind.

Anders als im GmbH-Recht nimmt die aktienrechtliche hL³⁵⁴⁶ wie erwähnt zwar an, dass unanfechtbar gewordene HV-Beschlüsse voll wirksam und haftungsfreistellend sind, der Vorstand allerdings für eine pflichtwidrig unterlassene Anfechtung des Beschlusses haftet. Nach einer anderen (va früher vertretenen) Ansicht³⁵⁴⁷ sind unanfechtbar gewordene Beschlüsse schon gar nicht gesetzmäßig § 84 Abs 4 Satz 1 AktG. Soll es aber wirklich einen Unterschied bedeuten, ob sich die Aktionäre im Vorhinein durch Nichterscheinen, positive Stimmabgabe oder unterlassenen Widerspruch, oder aber erst später durch (uU sogar bewusstes) Verstreichenlassen der Anfechtungsfrist oder Anfechtungsverzicht dem Beschluss „unterwerfen“ und eben auf diese Weise über den Beschlussgegenstand disponieren? Soll der Vorstand bei sonstiger Haftung wirklich verpflichtet sein, den Beschluss des Alleinaktionärs, einen einstimmigen oder unangefochtenen Beschluss zu

3542 AmtlBegr AktG 1937/1938 181 (abgedr auch bei *Klausing*, AktG 72).

3543 AmtlBegr AktG 1937/1938 181 (abgedr auch bei *Klausing*, AktG 72).

3544 Vgl *Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 195 Rz 95; vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 195 Rz 3 (Klagsrücknahme unter Anspruchsverzicht).

3545 Vgl bereits AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 467 rSp: „Mit dem Ablaufe der Frist und folgerweise dem Verluste des Anfechtungsrechts tritt, wenn nicht schon früher ausdrücklich oder durch Ausführung des Beschlusses der Vorstand sich demselben unterworfen hat, die Unterwerfung des Vorstandes unter ihn ein; der Vorstand übernimmt damit dadurch mit der Pflicht zur Ausführung auch die entsprechende Verantwortlichkeit für den Beschluß.“ *Staub*, ADHGB^{3,4} (1896) Art 222 (Art 190a) Anm § 17 (S 498); *Fischer* in *Ehrenberg*, Handbuch III (1916) 230; *Brodmann*, Aktienrecht (1928) § 271 Anm 2.a) (S 406); *Schilling* in *Großkomm AktG*² (1961) § 84 Anm 33 (S 553); vgl auch *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 195 Rz 3; für die hM *Fleischer*, BB 2005, 2025 (2027) mwN.

3546 S die Nw in Fn 3464 ff.

3547 S die Nw in Fn 3462.

beseitigen und die Aktionäre dadurch gleichsam zu ihrem objektiv-gesetzlichen „Glück“ zu zwingen? Kann dann überhaupt noch von Anfechtbarkeit gesprochen werden?

Diese Fragen lassen sich mE nur befriedigend beantworten, wenn man den (ambivalenten) Gesetzeswortlaut und die AmtlBegr hinter sich lässt und sich auf den eingangs dargestellten Regelungszweck des § 84 Abs 4 Satz 1 AktG besinnt. Wie ausgeführt, stellt diese Bestimmung (nur) klar (arg: AmtlBegr: „*klargestellt*“), was in der Lehre zum älteren Aktienrecht schon anerkannt war. Diese Lehre hatte sich gegen die ältere Auffassung gewandt, dass (noch) unangefochtene Beschlüsse jedenfalls, also schon aufgrund ihrer vorläufigen Bestandskraft, die Haftung der Vorstandsmitglieder ausschließen. Durch eine solche Haftungsfreistellung würde nämlich das Anfechtungsrecht der Aktionäre ausgehebelt. Sieht man den Normzweck des § 84 Abs 4 Satz 1 AktG demgemäß darin, eine Haftungsfreistellungswirkung gesetz- oder statutenwidriger Beschlüsse soweit auszuschließen, als (noch) Aktionärsinteressen berührt sind, weil und soweit der Beschluss (noch) anfechtbar ist, dann ist die Gesetzmäßigkeit iSd § 84 Abs 4 Satz 1 AktG extensiv und die Anfechtbarkeit iSd AmtlBegr restriktiv zu lesen. Geht es nämlich (nur) darum, das (Anfechtungs-)Interesse der Einzelaktionäre nicht durch eine Haftungsfreistellung abzuschneiden, ist Begriff der „Gesetzmäßigkeit“ als Voraussetzung für die Freistellungswirkung zu eng gefasst. Individualinteressen können nämlich durchaus auch bei Ausführung gesetz- oder statutenwidriger Beschlüsse gewahrt sein, sofern diese entweder gar nicht anfechtbar sind oder nachträglich unanfechtbar waren.³⁵⁴⁸ Spätestens, seit das Anfechtungsrecht mit der Aktienrechtsreform von 1884 befristet wurde, kann die Gesetz- oder Statutenwidrigkeit eines HV-Beschlusses nicht mehr mit der Beeinträchtigung von Aktionärsinteressen gleichgesetzt werden. Solche Beschlüsse sind zwar gesetz- oder statutenwidrig, können aber nicht mehr angefochten werden, weshalb ihre endgültige Bestandskraft durch Individualinteressen gerechtfertigt ist. Denn Aktionäre, die einen Beschluss nicht anfechten, unterwerfen sich dem Beschluss und disponieren gleichsam durch das Unterlassen der Anfechtung über den (disponiblen) Beschlussgegenstand. Maßgebend für die Haftungsfreistellungswirkung ist also nicht (mehr) die (objektiv-rechtliche) Gesetzmäßigkeit eines Beschlusses, sondern die durch Individualinteressen gerechtfertig-

3548 Den ersten Fall berücksichtigte schon der ROHG-Reformvorschlag nicht, demzufolge die Ausführung gesetz- oder statutenwidriger Beschlüsse die Haftung (auch) gegenüber der Gesellschaft nicht ausschließen. Das mag daran gelegen haben, dass dieser Fall angesichts des Leitbilds der AG als Publikumsgesellschaft sehr unwahrscheinlich war (s schon oben Fn 1919). Heute gibt es aber auch – sogar ganz überwiegend – AG mit wenigen Gesellschaftern und Einpersonen-AG. Nach einer Studie von J. Reich-Rohrwig (ecolex 2018, 526 [527]) haben 40% der AG (*de facto*) einen Aktionär, 7% zwei Aktionäre, 18% drei bis fünf Aktionäre, 9% sechs bis zehn Aktionäre, 5% elf bis 20 Aktionäre, 5% 21 bis 50 Aktionäre, 1% 51 bis 100 Aktionäre, 6% 101 bis 500 Aktionäre und 9% mehr als 500 Aktionäre.

tigte endgültige Wirksamkeit von HV-Beschlüssen (nicht aber auch eine Folgepflicht). Nach diesem Verständnis sind auch (anfänglich) unanfechtbare und nachträglich unanfechtbar gewordene Beschlüsse (extensiv) als gesetzmäßig iSd § 84 Abs 4 Satz 1 AktG zu qualifizieren (wobei diese Bestimmung wie erwähnt ohnedies nur deklarativ ist).³⁵⁴⁹ Führt der Vorstand die genannten Beschlüsse aus, ist eine Haftung (*ceteris paribus*) mangels Pflichtwidrigkeit ausgeschlossen. Da Schutzinteressen insoweit nicht beeinträchtigt werden, bedarf es weder der Anordnung einer indisponiblen Haftung³⁵⁵⁰ (und eines korrespondierenden Anfechtungsrechts) noch einer Anfechtungspflicht einzelner Vorstandsmitglieder. Da Letzteres gleichwohl der hL³⁵⁵¹ entspricht, wird dazu im Folgenden Stellung genommen. Die Ausführungen decken sich mit jenen zur vergleichbaren Rechtslage in der GmbH (wo die hL eine Anfechtungspflicht jedoch ablehnt).

Wie im GmbH-Recht hat eine Stellungnahme sinnvollerweise bei der Frage anzusetzen, unter welchen Voraussetzungen die Vorstandsmitglieder überhaupt zur Anfechtung *berechtigt* sind. Das sind sie gem § 196 Abs 1 Z 5 AktG, wenn sie sich durch „*die Ausführung des Beschlusses strafbar oder ersatzpflichtig machen würden*“. Damit scheinen Vorstandsmitglieder auf den ersten Blick berechtigt, anfechtbare Beschlüsse anzufechten (ähnlich § 41 Abs 3 GmbHG). Die ursprüngliche Funktion dieses Anfechtungsrechts war allerdings eine speziellere. Wie schon mehrfach erwähnt, sollte es den Vorstandsmitgliedern (ursprünglich nur dem Gesamtvorstand; vgl Art 222 iVm Art 190a ADHGB 1884 und noch § 196 Abs 1 Z 4 AktG idgF)³⁵⁵² ermöglichen, sich aus einem Haftungsdilemma zu befreien. Da nach früherer Ansicht rechtswidrige Beschlüsse ausschließlich mit „Anfechtungsklage“ beseitigt werden konnten und jene daher zunächst haftungsfreistellend wirkten, musste der Gesetzgeber zur Wahrung des Individual- und Drittschutzes anordnen, dass Vorstandsmitglieder trotz Beschlussausführung (indisponibel) haften (vgl § 84 Abs 5 Satz 3 AktG). Das Anfechtungsrecht gem § 196 Abs 1 Z 5 AktG ist daher ein (früher) notwendiges Korrelat des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG. Dementsprechend war eine Anfechtung nach der Vorgängerbestimmung § 271 Abs 4 dHGB 1897 möglich, wenn sich das Vorstandsmitglied durch die Beschlussausführung „*den Gläubigern der Gesellschaft haftbar*“ machen würde. Dass § 198 AktG 1937/1938 (und nun § 196 Abs 1 Z 5 öAktG idgF) die Ersatzpflicht nicht mehr auf die Gläubiger einschränkte, hat am bisher Ausgeführten nichts geändert.³⁵⁵³ Denn die Materialien zu § 198 AktG 1937/1938 enthalten keine Hinweise auf eine beabsichtig-

3549 Die von der AmtlBegr als Antithese angeführte Anfechtbarkeit ist demgemäß als „akute“ (noch bestehende), nicht als „abstrakte“ Anfechtbarkeit zu verstehen.

3550 Dazu schon oben S 488 ff.

3551 S die Nw in Fn 3464 ff.

3552 Vgl schon oben bei Fn 1175 mwN.

3553 S zu § 41 Abs 3 GmbHG schon oben S 266 ff.

te Änderung der Rechtslage.³⁵⁵⁴ Wie oben schon erwähnt, haben seit der Anerkennung der absoluten Beschlussnichtigkeit sowohl § 84 Abs 5 Satz 3 AktG als auch § 196 Abs 1 Z 5 AktG ihre ursprüngliche Funktion eingebüßt.³⁵⁵⁵ Denn soweit ein HV-Beschluss Gläubigerinteressen beeinträchtigt, ist er ohnedies absolut nichtig, weshalb ausführende Vorstandsmitglieder nach allgemeinen Grundsätzen haften. Die Anordnung einer disponiblen Haftung durch

3554 Vgl AmtlBegr AktG 1937/1938 225 (abgedr auch bei *Klausing*, AktG 177): „Die Anfechtungsbefugnis ist in § 198 im wesentlichen entsprechend dem geltenden Recht geregelt.“ Im Übrigen sprachen auch Art 190a iVm 222 ADHGB 1884, die erstmals ein Anfechtungsrecht des Vorstands (damals noch des Gesamtorgans) normierten nicht von einer Ersatzpflicht gegenüber den Gläubigern. Gleichwohl ließen die Motive keinen Zweifel daran, dass der Vorstand *nur deshalb* anfechtungsberechtigt sein sollte, weil er uU „den Gläubigern der Gesellschaft sich selbst verantwortlich macht [...]“ (AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 467). Szu möglichen Erklärungen für die Ausweitung des Wortlauts mit dem AktG 1937/1938 oben in Fn 1187.

3555 Am Obliegenheitscharakter und den daraus gezogenen Schlüssen ändert auch der Umstand nichts, dass der deutsche Gesetzgeber mit dem dAktG 1965 klargestellt hat, dass auch Organmitglieder anfechtungsbefugt sind, die *selbst* nicht durch die Ausführung des Beschlusses ersatzpflichtig würden (§ 245 Z 5 dAktG; vgl dazu AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 202 rSp: „Der Entwurf stellt klar, daß auch das Mitglied des Vorstands oder des Aufsichtsrats anfechten kann, das bei einer Ausführung des Beschlusses nicht persönlich strafbar oder ersatzpflichtig werden würde.“). Hierzulande unterblieb eine solche Klarstellung zwar, die hÖL versteht § 196 Abs 1 Z 5 AktG aber trotzdem wie die deutsche Regelung (vgl *Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 196 Rz 53 mwN zum früheren Meinungsstreit; *dens in MüKo AktG³ § 245 Rz 77 mwN*; *Eckert/Schopper in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 196 Rz 37). Diese Auslegung für das öAktG liegt angesichts der Begründung des deutschen Gesetzgebers als bloße Klarstellung zwar nahe, allerdings wird dabei mE übersehen, dass die deutsche Regelung *per se* fragwürdig ist. Denn die Beschlüsse, auf die die Anfechtungsbefugnis der Organmitglieder zielt, sind nach heutigem Beschlussmängelrecht absolut nichtig. Vgl schon *Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit 158 ff; vgl ähnlich auf S 187: „In den Fällen, in denen die Ausführung des Beschlusses eine Haftpflicht den Gläubigern gegenüber zur Folge hat, ist aber der Beschluß auch nicht nur anfechtbar, sondern unheilbar nichtig.“ Wie an anderer Stelle schon ausgeführt, hat diese Anfechtungsbefugnis (§ 196 Abs 1 Z 5 AktG) wie auch § 41 Abs 3 GmbHG (dazu oben S 266 ff) seine ursprüngliche Funktion verloren. Interessanterweise scheint sich diese Einsicht im Aktienrecht – anders als im GmbH-Recht – nicht durchgesetzt zu haben. Hinzu kommt, dass § 196 Abs 1 Z 5 AktG im Gegensatz zu § 41 Abs 3 GmbHG wohl auch keinen Restanwendungsbereich insofern haben dürfte, als damit die Beschlussnichtigkeit in zweifelhaften Fällen *erga omnes* festgestellt werden kann (alternativ zur allg Feststellungsklage gem § 228 ZPO). Denn für diesen Zweck gibt es im Aktienrecht eine eigene Nichtigkeitsklage, die auch jedes Vorstandsmitglied erheben kann (§ 201 Abs 1 AktG), und zwar (sinnvollerweise) ohne die Voraussetzung einer Ersatzpflicht oder Strafbarkeit bei Ausführung (vgl zB *Weipert in Gadow et al*, AktG [1939] § 198 Anm 22 [S 866]: „Aber auch die Nichtigkeit können der Vorstand und die Organmitglieder feststellen lassen, § 200; sie sind insofern nicht auf die Anfechtungsklage innerhalb der Frist des § 199 Abs. 21 angewiesen.“).

§ 84 Abs 5 Satz 3 AktG ist daher überflüssig und hat nur noch klarstellende Funktion. Da sich § 196 Abs 1 Z 5 AktG entsprechend seiner historischen Funktion ausschließlich auf gläubigerschutzwidrige Beschlüsse bezieht, die nach heutiger Ansicht absolut nichtig sind, können die Vorstandsmitglieder damit bloß anfechtbare (Drittinteressen nicht berührende) HV-Beschlüsse *nicht* anfechten.

Damit stellt sich die Frage nach einer Anfechtungsobliegenheit oder -pflicht nicht mehr. Da das Anfechtungsrecht den Charakter einer Obliegenheit hat, wären Vorstandsmitglieder im Übrigen nur anfechtungsberechtigt, wenn sie zur Ausführung unanfechtbarer oder noch unanfechtbarer HV-Beschlüsse verpflichtet wären, aber zugleich für die Ausführung haften würden. Im ersten Fall ist das anerkanntermaßen jedoch nicht der Fall. Denn ein anfänglich unanfechtbarer HV-Beschluss beeinträchtigt keinerlei Schutzinteressen (Drittinteressen werden hier sowieso ausgeklammert), weil das Anfechtungsrecht der Aktionäre mangels Anfechtbarkeit nicht durch eine Haftungsfreistellung beschnitten würde. Eine Haftpflicht trotz Beschlussausführung würde jedoch die Beeinträchtigung von indisponiblen Schutzinteressen implizieren, weshalb der anfänglich unanfechtbare Beschluss genau betrachtet absolut nichtig sein müsste (s oben). Wie oben ausgeführt,³⁵⁵⁶ ordnet auch § 84 Abs 4 Satz 1 AktG keine solche Haftung an (wie noch vom ROHG vorgeschlagen). Beschlüsse, die noch anfechtbar sind (oder schon angefochten wurden), schließen zwar die Haftung ausführender Vorstandsmitglieder nicht aus, sie verpflichten aber auch nicht zur Ausführung. Mangels (Möglichkeit eines) Haftungsdilemmas können Vorstandsmitglieder daher auch solche HV-Beschlüsse nicht mit § 196 Abs 1 Z 5 AktG anfechten.

Die Frage einer Anfechtungspflicht stellt sich daher wie erwähnt nicht. Denn das Anfechtungsrecht ist als Obliegenheit konzipiert,³⁵⁵⁷ um ein Haftungsdilemma aufgrund der gesetzlichen Anordnung einer indisponiblen Haftpflicht zu beseitigen. Schon die Anfechtungsobliegenheit hat heute aber wie gesagt keine Funktion mehr. Gleiches müsste für eine Anfechtungspflicht gelten, weil die dadurch geschützten Interessen bereits unmittelbar die Beschlusswirkung einschränken würden.³⁵⁵⁸ Soweit keine Schutzinteressen berührt sind, bedarf es auch keiner Anfechtungspflicht. Deshalb gäbe es für eine Pflicht der Vorstandsmitglieder zur Anfechtung (bloß) anfechtbarer Beschlüsse auch keine Rechtfertigung, und zwar aus den schon genannten

3556 S 896 f.

3557 Vgl auch für die AG (zu § 245 Z 5 dAktG) *Fleischer* in BeckOGK AktG § 93 Rz 335 (Stand 01.10.2023); *dens*, BB 2005, 2025 (2030).

3558 Selbst wenn es anders wäre, wäre eine Anfechtungspflicht daneben als alternatives Regelungsmodell überflüssig. Wenn nämlich schon das Gesetz zur Wahrung von Individual- und Drittinteressen die Haftpflicht trotz Beschlussausführung anordnen würde, bedürfte es nicht noch einer Anfechtungspflicht aus demselben Grund (die Anfechtung dient dann nur noch den Vorstandsmitgliedern zur Haftungsvermeidung).

Gründen: Eine Pflicht zur Anfechtung anfänglich unanfechtbarer Beschlüsse liefe letztlich auf eine absolute Nichtigkeit solcher Beschlüsse hinaus, die wie erwähnt durch kein Schutzinteresse gerechtfertigt wäre. Dass die Vorstandsmitglieder zur Anfechtung verpflichtet sind, obwohl die Aktionäre über den Beschlussgegenstand disponiert haben und keine Individualinteressen berührt sind, impliziert nämlich, dass der Beschlussgegenstand eben *nicht* disponibel ist.³⁵⁵⁹ Dem entspräche die absolute Nichtigkeit solcher Beschlüsse³⁵⁶⁰ (sodass eine Anfechtungspflicht wie gesagt ohnedies leerliefe). Die Unanfechtbarkeit hätte dann keine Bedeutung mehr. Das würde bedeuten, den gesetzlichen Sorgfaltsmaßstab (einschließlich der Treuepflicht) zu zwingendem Recht zu erklären.³⁵⁶¹ Demgemäß ist die ältere Lehrmeinung, die aufgrund der (angenommenen) Anfechtungspflicht die Haftungsfreistellungswirkung des HV-Beschlusses verneint, eigentlich die konsequente Weiterführung der aktuellen hL, die wie erwähnt zwar eine haftungsfreistellende Wirkung des unanfechtbaren oder unanfechtbar gewordenen Beschlusses annimmt, die Vorstandsmitglieder aber für die pflichtwidrige Unterlassung der Anfechtung (als separate Pflichtverletzung) haften lässt. Diese Ansicht ist genau genommen in sich widersprüchlich. Denn die Annahme einer Anfechtungspflicht impliziert wie gesagt, dass der Beschlussgegenstand indisponibel ist. Zugleich sollen dieselben Beschlüsse aber gesetzmäßig iSd § 84 Abs 4 Satz 1 AktG sein und die Haftung ausschließen. Der Gesetzgeber würde mit der einen Hand nehmen (Haftung für unterlassene Anfechtung), was er mit der anderen gegeben hat (Haftungsfreistel-

3559 Vgl in anderem Zusammenhang (zur Frage der Haftpflicht der Vorstandsmitglieder für die Ausführung gesetzmäßiger Beschlüsse) *Hefermehl* in FS Schilling (1973) 159 (165), nach dem die Verweigerung der Ausführung wegen eigener Haftpflicht darauf hinausliefe, dass die HV in einer ihr vom Gesetz zugewiesenen Angelegenheit keine ausschließliche Kompetenz hätte, sondern auf die Billigung des Vorstands angewiesen wäre. Gerade § 83 Abs 2 dAktG (§ 74 Abs 1 öAktG) zeige aber, dass der Vorstand zur Ausführung von HV-Beschlüssen, die innerhalb der Zuständigkeit gefasst wurden, verpflichtet sein soll.

3560 Ein solches Ergebnis verstieße nicht nur gegen allg zivilrechtliche Grundsätze, sondern auch gegen die 1937/1938 eingeführte Differenzierung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit, wobei Nichtigkeit möglichst die Ausnahme sein sollte. Vgl *AmtlBegr AktG 1937/1938* 223 (abgedr auch bei *Klausing*, AktG 172): „*Er [sc der Entwurf] scheide ausdrücklich zwischen nichtigen und nur anfechtbaren Beschlüssen [...] Im Einklang mit den Ergebnissen der Rechtsprechung beschränkt der Entwurf aber die Fälle der Nichtigkeit, um so einen festen Boden für die Wirtschaft schon nach Ablauf der Anfechtungsfrist zu schaffen.*“

3561 Krit schon *Hefermehl* in FS Schilling 159 (167), wonach der Unanfechtbarkeit nach dieser Auffassung keine praktische Bedeutung zukomme. Dies wäre ein sachwidriges Ergebnis, weil es dem Sinn und Zweck des Anfechtungsrechts entspreche, dass der zunächst nur bedingt wirksame Beschluss bei nicht fristgerechter Anfechtung unbedingt wirksam werde. Ebenso *Spindler* in *MüKo AktG*⁶ § 93 Rz 294; ähnlich *E. Artmann*, *GES* 2007, 3 (15).

lung durch Beschlussausführung gem § 84 Abs 4 Satz 1 AktG).³⁵⁶² Damit liegt der hL genau besehen eine längst überholte beschlussmängelrechtliche Prämisse zugrunde, dass sich nämlich die Beeinträchtigung von Schutzinteressen nicht in der Rechtswirkung des Beschlusses niederschlägt, sondern zu deren Wahrung ein Eingriff des Gesetzgebers nötig ist (sei es die Anordnung einer indisponiblen Haftung trotz Beschlussausführung [vgl § 84 Abs 5 Satz 3 AktG] oder eine Anfechtungspflicht).

Eine innere Rechtfertigung für die durch eine Anfechtungspflicht implizierte Indisponibilität des Beschlussgegenstand ist wie gesagt nicht ersichtlich. Denn die Aktionäre dürfen sich innerhalb der Grenzen zwingenden Rechts auch selbst schädigen.³⁵⁶³ Daher wäre es als Einschränkung der Privatautonomie nicht zu rechtfertigen, dass die Vorstandsmitglieder als Richter über die Aktionärsinteressen auftreten und einen Beschluss beseitigen, den die Aktionäre so gewollt haben.³⁵⁶⁴ Dabei ist unerheblich, auf welche

3562 IdS kritisieren manche Autoren, dass eine Anfechtungspflicht die gesetzliche Haftungsfreistellung gem § 84 Abs 4 Satz 1 AktG weitgehend sinnentleer wäre, wenn Weisungen zu Geschäftsführungsmaßnahmen, die zu einer Haftung führen könnten, ohnedies angefochten werden müssten. Vgl *E. Artmann*, GES 2007, 3 (13 f), nach der dann nur Fälle übrig blieben, in denen ohnedies kein sorgfaltswidriges Handeln vorliege. Zust *Rüffler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 13 (27); *Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 195 Rz 121; vgl auch *Dietz-Vellmer*, NZG 2014, 721 (727), wonach ein Beschluss nach § 119 Abs 2 dAktG angesichts der von der hM vertretenen Einschränkungen der Enthftungswirkung letztlich weder materiell noch prozessual eine verbesserte Haftungssituation des Vorstands zur Folge hätte und die diese Entwertung der gesetzlich ausdr vorgesehenen Enthftungsmöglichkeit des § 93 Abs 4 Satz 1 dAktG nicht befriedigen könne.

3563 Vgl *E. Artmann* (GES 2007, 3 [14]), nach der die Gesellschafter über das Gesellschaftsvermögen – soweit es nicht im Interesse der Gläubiger gebunden ist – disponieren können, selbst wenn dabei die Gesellschaft geringere Gewinne macht oder gar Verlust entstehen. Vgl auch *von Falkenhausen*, NZG 2016, 601 (604) mwN. Vgl auch OGH 29.03.1990, 6 Ob 704/89 ecollex 1990, 419 (s noch Fn 1988).

3564 Vgl *Enzinger* in *Straube*, WK GmbHG § 41 Rz 63 (Stand 01.08.2013), wonach es Sache der Gesellschafter sei, einen wenn auch mangelhaften Beschluss durch unterlassene Anfechtung einer Heilung zuzuführen; ähnlich *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 20 Rz 9, nach denen es nicht Sache der Geschäftsführer sei, Interessen der Gesellschaft gegen den Willen der Gesellschafter durchzusetzen. Vgl auch *Harrer*, Haftungsprobleme, nach dem der Gesetzgeber den Geschäftsführern nicht deshalb ein Anfechtungsrecht eingeräumt habe, damit sie unzumutbare Weisungen der Gesellschafter anfechten können. Zust *Artmann*, DRdA, 2002, 370 (371); vgl auch *dies*, GES 2007, 3 (14 f) mwN, wonach den Geschäftsführern nicht die Aufgabe zukomme, über den Willen der Gesellschafter zu entscheiden, indem sie die (nicht genutzte) Anfechtungsbefugnis der Minderheit an sich ziehen. Haben sich die (Minderheits-)Gesellschafter der Anfechtungsbefugnis begeben, indem sie von ihrer Anfechtungsbefugnis keinen Gebrauch gemacht haben, so könne nicht der Geschäftsführer zum Richter über die Interessen der Gesellschaft gemacht werden. IdS schon *Harrer*, Haftungsprobleme 89, nach dem der Geschäftsführer nicht die Aufgabe habe, die Anfechtungsbefugnis der Minderheit gleichsam an sich zu ziehen. Vgl auch *Diregger* in

Weise sie sich dem (disponiblen) Beschlussgegenstand unterworfen haben, sei es durch positive Stimmabgabe³⁵⁶⁵, unterlassenen Widerspruch, Nichterscheinen (anfängliche Unanfechtbarkeit) oder durch Verstreichenlassen der Anfechtungsfrist oder Verzicht auf die Anfechtung (nachträgliche Unanfechtbarkeit).³⁵⁶⁶ Unerheblich ist auch, dass die Zuständigkeit der HV seit dem AktG 1937/1938 stark eingeschränkt ist (in Geschäftsführungsangelegenheiten nur noch bei Vorlage durch den Vorstand oder Aufsichtsrat). Innerhalb dieser (schmalen) Zuständigkeit ist die HV aber immer noch das oberste Willensbildungsorgan der Gesellschaft,³⁵⁶⁷ sodass sich die Rechtslage insofern nicht von der GmbH unterscheidet. Fasst die HV innerhalb ihrer Zuständigkeit einen Beschluss, sind die Vorstandsmitglieder an diesen Beschluss gebunden.³⁵⁶⁸ Gegen eine Anfechtungspflicht spricht daher auch, dass eine solche die gesetzlich gewährte (ohnehin schmale) HV-Zuständigkeit gem § 103 Abs 2 AktG stark einschränken würde.³⁵⁶⁹ Auch ein vom Interesse aller Aktionäre verschiedenes und unabhängiges Gesellschaftsinteresse, das der Vorstand zu wahren verpflichtet wäre und das ihn zur Anfechtung verhalten könnte, gibt es (auch in der AG) nach mE zutr Ansicht³⁵⁷⁰

Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 195 Rz 121, nach dem ein Anfechtungsrecht den Eigentümer entmündigen würde.

3565 Vgl *E. Artmann*, GES 2007, 3 (14), der zufolge eine Anfechtungspflicht des Geschäftsführers insb bei einstimmiger Beschlussfassung kein gangbarer Weg wäre.

3566 Vgl *E. Artmann*, GES 2007, 3 (14): Es sei unerheblich, ob der Wille der Gesellschafter in Form eines einstimmigen Beschlusses zum Ausdruck gekommen ist, oder dadurch, dass ein (treuwidriger) Mehrheitsbeschluss mangels Anfechtung durch die Minderheit verbindlich wurde. Vgl auch *Harrer*, Haftungsprobleme 89, 145; vgl idZ auch bereits *AmtlBegr dAktRNov 1884*, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 467: „Aber das Schweigen eines anwesenden Aktionärs muß als eine Billigung des Beschlusses gelten. Ebenso muß angenommen werden, daß ein nicht erschienener Aktionär sich im Voraus den Beschlüssen der Generalversammlung unterworfen und damit auf ein Anfechtungsrecht verzichtet hat.“

3567 So überzeugend auch *E. Artmann*, GES 2007, 3 (15) mwN; so iE wohl auch *Rüffler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 13 (27); *Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 195 Rz 121; vgl iZm der Vorstandspflicht zur Ausführung gesetzmäßiger HV-Beschlüsse (auch gem § 103 Abs 2 AktG) bereits *Schilling* in *Großkomm AktG²* (1961) § 84 Anm 36 (S 554 f).

3568 HL; vgl etwa *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/817 mwN; dies in *MüKo AktG⁶* § 83 Rz 30; *Deutsch/Leonhartsberger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 103 Rz 6 f; vgl auch *Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 195 Rz 121; *Bydlinski/Potyka* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 103 Rz 18; *E. Artmann*, GES 2007, 3 (14 f); *G. Frotz* in *FS Wagner* 137 (148 f).

3569 Vgl schon bei Fn 3559.

3570 Vgl im gegebenen Zusammenhang *E. Artmann*, GES 2007, 3 (14) mwN in Fn 117; allg *Koppensteiner*, wbl 1988, 1 (3 f); für Einpersonen-AG *dens*, GES 2015, 5 (8); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 18 Rz 23a, § 61 Rz 5; *Harrer*, Haftungsprobleme 138 ff; *Karollus*, ÖBA 1990, 337 (338). Die Gegenmeinung nimmt zwar grundsätzlich auch keine eigene Interessensphäre der Gesellschaft an, propagiert aber eine Durchbrechung dieses Grundsatzes im Gläubigerinteresse (vgl etwa *U. Torggler*,

JBl 2006, 85 [97 f]; *dens*, JBl 2006, 809 [810]; zust *Winkler/Gruber* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 61 Rz 9; ähnlich auch *Duursma-Kepplinger* in *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Hdb GesR Rz 2071; so wohl auch *Told* in FS Koppensteiner [2016] 339 ff). Für einen Überblick und weitere Nw vgl auch *Aicher/S.-F. Kraus/Spendel* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 61 Rz 9 mwN (Stand 01.12.2022). Unbestritten dürfte demnach sein, dass die Gesellschaft über Interessen Dritter (insb der Gläubiger) nicht wirksam disponieren kann; die Ansichten divergieren offenbar (nur) in der terminologischen Frage, was unter einem „Eigeninteresse“ der Gesellschaft zu verstehen ist (vgl auch *Aicher/S.-F. Kraus/Spendel* aaO).

Meines Erachtens sollte wohl konsequenterweise auf den Begriff des „Eigeninteresses“ verzichtet werden, soweit damit (nur) die „Verkörperung“ von Gläubigerinteressen in der Gesellschaft gemeint sind. Der Begriff des Eigeninteresses indiziert nämlich eine eigene, genuine Interessensphäre der Gesellschaft, die nicht nur von den Interessen der Gesellschafter unabhängig ist, sondern auch von den Interessen Dritter (insb der Gläubiger). Zutreffend ist natürlich, dass es Interessen Dritter (zB Gläubiger, öffentliches Interesse [Sittenwidrigkeitsgrenze, Strafrecht]) gibt, über die sich die Gesellschafter (und folglich auch die Gesellschaft) nicht hinwegsetzen können (etwa durch Gesellschafterbeschluss, der in der Folge absolut nichtig wäre). Dies sind aber eben die Interessen Dritter, und nicht jene der Gesellschaft (anders etwa *Duursma-Kepplinger* in *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Hdb GesR Rz 2071, wonach schon die Qualifikation von gläubigerschutzwidrigen Weisungsbeschlüssen als nichtig, auch die Anerkennung einer vom Willen der Gesellschaftsgesamtheit unterschiedlichen Interessensphäre der Gesellschaft impliziere). Daraus folgt mE nicht, dass sich die Interessen der Gesellschafter nicht mit jenen der Gesellschaft decken würden; denn die zwingende Grenze der Drittinteressen ist ja für die Gesellschaft wie für die Gesellschafter dieselbe (andernfalls müsste man den Gesellschaftern unterstellen, sie würden grundsätzlich in Interessen Dritter eingreifen wollen, was die Gesellschaft aber nicht dürfe; auch sie dürfen es aber nicht). Im Übrigen sei hierzu nur noch eines ergänzt: Zur „Projektion“ von Drittinteressen (insb Gläubigerinteressen) auf die Gesellschaft unter dem Titel eines „Eigeninteresses“ nötigt mE (auch) nicht der Umstand (so aber offenbar *Duursma-Kepplinger* in *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Hdb GesR Rz 2071), dass etwa die Geschäftsführer für die Verletzung von Gläubigerschutzvorschriften *ausschließlich* der Gesellschaft haften (Prinzip der Haftungskonzentration; vgl § 25 Abs 3 GmbHG), wobei § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG bei Zahlungen nach Insolvenzreife sogar einen Gesellschaftsschaden fingiert (statt aller OGH 6 Ob 164/16k; *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 613 [614 ff]), um den Gläubigerschaden konzentriert über das Gesellschaftsvermögen (die Masse) liquidieren zu können (zum Ganzen schon auf oben S 35 ff). Daraus darf nicht der Schluss gezogen werden, dass die Gläubigerinteressen gleichsam in der Gesellschaft (als deren Eigeninteresse) „verkörpert“ wären. Zwar richtet sich die Anspruchszuständigkeit (Passivlegitimation) nach allg Grundsätzen nach dem (insb persönlichen) Schutzzweck der verletzten Verhaltenspflicht, der Ausschluss einer Außenhaftung (insb wegen Schutzgesetzverletzung) zugunsten einer exklusiven Innenhaftung durch § 25 Abs 3 GmbHG – soweit sich der Gesellschafts- und Drittschaden decken (Schadenskongruenz) – ist aber nur eine historisch gewachsene Rechtstechnik (vgl Art 241 ADHGB 1884), die nur einen kongruenten (ggf auch fingierten) Gesellschaftsschaden (dh umgekehrt einen Reflexschaden des Dritten [Gläubigers]) voraussetzt. Über den (Gläubiger-)Schutzzweck der verletzten Verhaltenspflicht oder die Interessenlage sagt sie aber wie gesagt nichts aus. Diese Schutzzweckfrage wird nicht durch die Anspruchszuständigkeit

nicht. Eine Anfechtungspflicht ließe sich auch nicht aus der Pflicht zur Leitung der Gesellschaft mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (§ 84 Abs 1 AktG) oder aus § 70 AktG (§ 76 dAktG)³⁵⁷¹ ableiten.³⁵⁷² Der Sorgfaltsmaßstab gebietet zwar die Unterlassung der Ausführung eines Beschlusses, der die Interessen der (anfechtungsberechtigten) Aktionäre oder Dritter beeinträchtigt, aber nicht, einen Beschluss zu beseitigen oder dessen Heilung zu verhindern, der trotz objektiver Rechtswidrigkeit keinerlei Interessen beeinträchtigt.³⁵⁷³ Der Sorgfaltsmaßstab trägt den

beantwortet, sondern durch gesonderte Dispositionsbeschränkungen (nämlich § 25 Abs 5 und 7 GmbHG iVm § 10 Abs 6 GmbHG), die – als Korrektive zur Haftungskonzentration – jene Ersatzansprüche der Gesellschaft, die aus einer Verletzung von Gläubigerschutzpflichten resultieren, der Dispositionsbefugnis der Gesellschaft (wieder) entziehen und dadurch die Gläubiger iW so stellen, als wären sie unmittelbar (Außenhaftung) ersatzberechtigt (vgl auch das Verfolgungsrecht gem § 84 Abs 5 AktG). Diese gesetzliche Wertung (Haftungskonzentration) gilt auch für die (Gründungs-)Haftung der Gesellschafter (Aktionäre) gem § 39 AktG (vgl dazu und zu den historischen Hintergründen näher *S.-F. Kraus/Spendel in Napo-koj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 39 Rz 1, 4) und der anderen aus der Gründung haftpflichtigen Personen (§§ 39 ff AktG). Nach der gesetzlichen (insoweit mE verallgemeinerbaren) Wertung soll somit *immer dann* ausschließlich die Gesellschaft ersatzberechtigt sein (Innenhaftung, Haftungskonzentration), wenn Dritte nur reflexartig geschädigt werden durch eine Verminderung des Gesellschaftsvermögens (die freilich nicht zwingend auch zu einem Schaden der Gesellschaft führen muss [vgl wie erwähnt nur § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG]), sodass sich der Drittschaden konzentriert durch die (Wieder-)Auffüllung des Gesellschaftsvermögens (die Insolvenzmasse) liquidieren lässt. Auf den Schutzzweck kommt es bei der Zuweisung der Anspruchszuständigkeit zunächst wie gesagt nicht an; diese Frage beantworten – insoweit erst nachgelagert – die gesetzlichen Dispositionsbeschränkungen (genauer: deren Anwendungsbereich). Dasselbe müsste dann (wohl) auch für die Existenzvernichtungshaftung gelten, an der sich der Streit über das „Eigeninteresse“ der Gesellschaft offenbar immerhin entzündet. Der Annahme eines Eigeninteresses der Gesellschaft bedarf daher für eine Innenhaftung insoweit nicht (anders aber etwa *Duursma-Kepplinger in Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth aaO*, nach der die Annahme einer Innenhaftung bei Verneinung einer eigenen Interessensphäre der Gesellschaft „inkonsequent“ wäre).

3571 So aber etwa in der Sache *Hefermehl* in FS Schilling 159 (167); vgl auch *Spindler in MüKo AktG*⁶ § 93 Rz 294; für Österreich noch explizit *Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG¹ § 195 Rz 119, wonach der Vorstand nach § 103 Abs 2 AktG vorgelegte Geschäftsführungsentscheidungen nicht hinnehmen dürfe, wenn sie mit § 70 AktG kollidieren; weniger streng aber ab der Zweitaufll (Rz 121) mit Verweis auf *E. Artmann*, GES 2007, 3 ff; vgl auch *Schlosser*, Organhaftung 34; zu Recht aA *E. Artmann*, GES 2007, 3 (15).

3572 Vgl auch *E. Artmann*, GES 2007, 3 (14 f).

3573 Für eine Anfechtungspflicht sprechen mE auch nicht eine bisweilen herangezogene (vgl *Fleischer*, BB 2005, 2025 [2029]) Aussage der Motive zum ADHGB 1884, wonach der anfechtungsbefugte Vorstand „in erster Linie zur Wahrung des Gesetzes und Gesellschaftsvertrages berufen ist und bei Ausführung eines ungültigen Beschlusses den Gläubigern sich selbst verantwortlich macht [...]“ (AmtlBegr dAktRNov 1884, ab-

präsumtiven Interessen der Gesellschaft als „Treugeberin“ des Gesellschaftsvermögens Rechnung, tritt aber zurück, wenn die Aktionäre als (wirtschaftliche) Treugeber innerhalb ihrer Zuständigkeit (§ 103 Abs 2 AktG) über die Verwaltung dieses Vermögens gesteuern.³⁵⁷⁴ In diesem Sinne weist *E. Artmann*³⁵⁷⁵ überzeugend darauf hin, dass es ein Eingriff in dieses gesetzliche Kompetenzgefüge wäre, wenn man den Vorstand oder Geschäftsführer zum eigentlichen Bewahrer der Gesellschaftsinteressen machen würde. Nichts anderes gilt für § 70 AktG, wonach der Vorstand seine Leitungstätigkeit primär am Unternehmenswohl auszurichten hat. Diese Zielvorgabe ist dadurch bedingt, dass die HV seit dem AktG 1937/1938 nicht mehr eigeninitiativ in Geschäftsführungsangelegenheiten entscheiden kann. Tut sie das anlässlich einer Vorlage durch den Vorstand oder Aufsichtsrat aber ausnahmsweise, ist der Vorstand an den Beschluss gebunden³⁵⁷⁶ (§ 74 Abs 1 AktG); er darf den Beschluss dann nicht unter Berufung auf das Unternehmenswohl korrigieren. Insoweit ist die HV wie erwähnt (immer noch) das höchste Willensbildungsorgan. § 70 AktG ist somit ein Korrelat der Leitungsautonomie des Vorstands und verpflichtet den Vorstand (wie § 84 Abs 1 AktG) auf das präsumtive Gesellschaftsinteresse;³⁵⁷⁷ diese Pflicht tritt zurück, wenn die HV (ausnahmsweise) selbst in Geschäftsführungsangelegenheiten entscheidet.³⁵⁷⁸

Zusammenfassend sind die Vorstandsmitglieder mE nicht einmal zur Anfechtung von (bloß) anfechtbaren HV-Beschlüssen berechtigt. Denn das Anfechtungsrecht war historisch als Korrektiv für eine Haftungskonzentration gedacht, die dadurch entstehen konnte, dass ein gläubigerschutzwidriger

gedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 467). Denn auch diese Bezeichnung rekurriert (wie der zweite Satzteil indiziert) auf die alleinige Selbstschuttfunktion vor einem Haftungsdilemma. Dementspr trug die „*Wahrung des Gesetzes und Gesellschaftsvertrages*“ mE nur dem Umstand Rechnung, dass die Unwirksamkeit gesetzwidriger (auch gläubigerschutzwidriger) Beschlüsse nach älterer Auffassung nicht bereits *ex lege* (absolute Nichtigkeit) eintrat, sondern erst vom Vorstand durch „*Anfechtung*“ herbeigeführt werden musste. Dass der Vorstand zur „*Wahrung des Gesetzes und Gesellschaftsertrages*“ auch *gegen den Willen* der Aktionäre verpflichtet war, lässt sich daraus aber gerade nicht ableiten. Anders offenbar *Fleischer*, BB 2005, 2025 (2030), der auch eine Rechtswahrungsfunktion und eine Schadenabwendungsfunktion des Vorstands iZm rechtswidrigen Beschlüssen annimmt und daher in Grenzen eine Anfechtungspflicht bejaht. Wie hier wie erwähnt *E. Artmann*, GES 2007, 3 (15), wonach sich aus der Motivenstelle wohl keine Verpflichtung des Vorstands zur Klagführung in all jenen Fällen ableiten lasse, in denen die (überstimmten) Gesellschafter selbst von einer Anfechtung absehen.

3574 Vgl *E. Artmann*, GES 2007, 3 (14); zur GmbH *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 19.

3575 *E. Artmann*, GES 2007, 3 (14); zust *Rüffler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 13 (27).

3576 S Fn 3568.

3577 S auch Fn 3518.

3578 Vgl auch *E. Artmann*, GES 2007, 3 (15) iZm der Treuepflicht und dem Gleichbehandlungsgebot.

HV-Beschluss zur Ausführung verpflichtete, aber zugleich die Haftung für die Ausführung angeordnet war (vgl. § 84 Abs 5 Satz 3 AktG). Seit der Anerkennung nichtiger Beschlüsse kann es dazu jedoch nicht mehr kommen, weshalb nicht nur § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (dazu oben), sondern auch das damit korrespondierende Anfechtungsrecht gem § 196 Abs 1 Z 5 AktG seine ursprüngliche Funktion verloren hat. Die Frage nach einer Anfechtungsobliegenheit oder -pflicht stellt sich daher nicht. Solches wäre aber auch nicht gerechtfertigt, weil es die Indisponibilität des Beschlussgegenstands implizieren würde, was auf absolute Beschlussnichtigkeit hinauslaufen würde, obwohl keine Schutzinteressen betroffen sind und die Aktionäre insoweit wirksam über das Gesellschaftsvermögen verfügen können.

b) Noch anfechtbare und schon angefochtene Beschlüsse

Die Beurteilung der Haftungsfreistellungswirkung (noch) anfechtbarer Beschlüsse ist dagegen vergleichsweise unproblematisch. Wie schon im älteren Aktienrecht anerkannt war und wie § 84 Abs 4 Satz 1 AktG nach der hier vertretenen Ansicht klarstellt, sind noch anfechtbare Beschlüsse nicht jedenfalls ausführungspflichtig, weil dadurch die Interessen der (noch) anfechtungsberechtigten Aktionäre beeinträchtigt würde. Vielmehr müssen Vorstandsmitglieder die Gesetz- und Statutengemäßheit eigenverantwortlich und sorgfältig beurteilen. Die Haftung richtet sich zwar nach der endgültigen Bestandskraft des Beschlusses (*ex post*), kann aber nach allgemeinen Grundsätzen bei entschuldbarem Rechtsirrtum entfallen.

c) Fazit zu anfechtbaren Beschlüssen

Sowohl anfänglich unanfechtbare als auch unanfechtbar gewordene Beschlüsse sind gesetzmäßig iSd § 84 Abs 4 Satz 1 AktG und schließen eine Haftung des Vorstands bei Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen aus. Bei noch anfechtbaren und angefochtenen Beschlüssen hat der Vorstand die Gesetz- und Statutengemäßheit des Beschlusses auf eigene Verantwortung sorgfältig zu prüfen. Eine Anfechtungsobliegenheit oder -pflicht trifft die Vorstandsmitglieder nicht. Insgesamt ist die Haftungsfreistellungswirkung anfechtbarer Beschlüsse gleich zu beurteilen wie im GmbH-Recht.

7. Nichtige Beschlüsse

Auch im aktienrechtlichen Schrifttum³⁵⁷⁹ lautet ein verbreitetes Diktum, dass nichtige HV-Beschlüsse nicht zur Ausführung verpflichten und die

3579 S die Nw in Fn 3469.

Haftung der Vorstandsmitglieder daher nicht ausschließen. Nichtig sind vor allem Beschlüsse, die durch ihren Inhalt gegen drittschutzorientierte Verhaltenspflichten (insb Gläubigerschutzvorschriften) verstoßen (vgl § 199 Abs 1 Z 3 AktG, § 241 Z 3 dAktG). In diesen größeren Zusammenhang gehört auch die Anordnung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG. Sie bezieht sich als Absicherung des Verfolgungsrechts (§ 84 Abs 5 Satz 1 AktG) mittelbar (arg: „*Den Gläubigern gegenüber*“) auf HV-Beschlüsse, die gegen die Verhaltenspflichten gem § 84 Abs 3 AktG verstoßen oder sonst ein zumindest grob fahrlässig pflichtwidriges Verhalten anordnen (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG). Für die Ausführung solcher Beschlüsse normiert § 84 Abs 5 Satz 3 AktG, dass die Vorstandsmitglieder durch die Beschlussausführung nicht von ihrer Haftung befreit werden. Da die Verhaltenspflichten im Anwendungsbereich des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG jedoch notwendigerweise dem Gläubigerschutz dienen, sind davon dispensierende Beschlüsse nach moderner Beschlussmängel lehre (insoweit) absolut nichtig. Deshalb hat § 84 Abs 5 Satz 3 AktG wie erwähnt seit der Anerkennung der absoluten Nichtigkeit keine konstitutive, sondern allenfalls noch klarstellende Funktion. Dass HV-Beschlüsse im Bereich des § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG nicht enthaften, soweit die Gläubiger von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können (§ 84 Abs 5 Satz 1 AktG), folgt daher schon direkt aus dem Gläubigerschutzzweck der zugrundeliegenden Verhaltenspflichten.

Hier ist die Frage zu klären, ob drittschutzwidrige (insb gläubigerschutzwidrige) HV-Beschlüsse die Haftung von Vorstandsmitgliedern ausschließen können, soweit die Gläubiger von der Gesellschaft (noch) Befriedigung erlangen können. Wie im GmbH-Recht leitet die wohl hL³⁵⁸⁰, die die Haftungsfreistellung mit der Folgepflicht von Beschlüssen begründet, aus dem Fehlen einer Folgepflicht ab, dass nichtige Beschlüsse die Haftung auch bei Zahlungsfähigkeit nicht ausschließen. Anders als im GmbH-Recht lehnt aber offenbar auch jener Teil der Lehre, der die Haftungsfreistellungswirkung *nicht* auf die Folgepflicht, sondern den Arglisteinwand stützt, eine Haftungsfreistellung zur Gänze ab.³⁵⁸¹ Dies auch dann, wenn der Beschluss einstimmig durch alle Aktionäre gefasst wird und deshalb (auch) Aktionärsinteressen gewahrt sind; und im Spezialfall der Verletzung von Gläubigerschutzvorschriften (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG) auch insoweit, als die Gläubiger von der Gesellschaft (noch) Befriedigung erlangen können. Anlass für diese Verschiedenbehandlung ist wie erwähnt offenbar § 84 Abs 4 Satz 1 AktG,³⁵⁸² wonach nur gesetzmäßige

3580 S die Nw in Fn 3451 und Fn 3469.

3581 S die Nw in Fn 3473.

3582 Vgl nur *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 268 ff (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 329 ff [Stand 01.10.2023]).

Beschlüsse die Haftung ausschließen (wobei die AmtlBegr unmissverständlich klarstellt, dass nichtige Beschlüsse nicht gesetzmäßig sind)³⁵⁸³.

Angesichts dieser (scheinbar) apodiktischen Stellungnahme des Gesetzgebers scheint eine weitere Untersuchung der Haftungsfreistellungswirkung drittschutzwidriger (und daher nichtiger) Beschlüsse auf den ersten Blick kaum ertragreich. Allerdings gilt es zu bedenken, dass § 84 Abs 4 Satz 1 AktG ausweislich der AmtlBegr eine bloße Klarstellung ist (arg: „*klargestellt*“). Der Gesetzgeber von 1937/1938 wollte mit dieser Bestimmung kein neues Recht schaffen, sondern nur die bisherige Rechtslage klarstellen. Damit rückt ein weiteres Mal der literarische Meinungsstand zum älteren Aktienrecht in das Blickfeld. Zugleich fällt der Blick auch auf das GmbH-Recht, das insoweit auf dem älteren Aktienrecht des dHGB 1897 beruht und auf dessen Basis sich immerhin die Ansicht herausgebildet hat, dass drittschutzwidrige Beschlüsse außerhalb der Gesellschaftsinsolvenz (soweit Gläubigerinteressen also nicht berührt sind) gegenüber der Gesellschaft sehr wohl die Haftung ausschließen können. Dass *nichtige* HV-Beschlüsse die Haftung nicht ausschließen, bedeutet zunächst einmal nicht mehr, als dass jene Beschlusswirkung nichtig ist, die als Grundlage der Haftungsfreistellung erachtet wird. Zumindest implizit trafen also sowohl die ältere Lehre als auch die AmtlBegr (klarstellend) eine Aussage über die dogmatische Grundlage der Haftungsfreistellungswirkung. Vor diesem Hintergrund ist eine kritische Untersuchung der Freistellungswirkung drittschutzwidriger HV-Beschlüsse mE durchaus lohnend, zumal die hier (als Vorfrage) vertretene dogmatische Einordnung der Haftungsfreistellungswirkung als (rechtsgeschäftliche) Einwilligung in die Selbstschädigung nicht der hL entspricht.

**a) Haftungsfreistellung durch Ausführung drittschutzwidriger
(insb gläubigerschutzwidriger) Beschlüsse in Grenzen
(trotz § 84 Abs 4 Satz 1 AktG)**

Nachdem sich die Unterscheidung zwischen Anfechtbarkeit und Nichtigkeit durchgesetzt hatte, lautete der Tenor im Schrifttum³⁵⁸⁴ zum älteren Aktienrecht (vor § 84 Abs 4 Satz 1 AktG 1937/1938) schlicht, dass die Ausführung nichtiger Beschlüsse die Haftung nicht ausschließt, wobei als nichtig Verstöße gegen (indisponible, unverzichtbare) öffentlich-rechtliche Vorschriften galten

3583 AmtlBegr AktG 1937/1938 181 (abgedr auch bei *Klausing*, AktG 72): „*gesetzmäßig*“, d.h. *weder nichtigen noch anfechtbaren Beschluß der Hauptversammlung*“.

3584 Vgl zB *Staub/Pisko*, ADHGB I² (1908) Art 241 Anm 10 (S 845); *Brodmann*, Aktienrecht (1928) § 241 Anm 1.e) (S 264), wonach nichtige Beschlüsse insofern ohne Bedeutung sind, als der Vorstand sich nicht auf die darin liegende rechtsgeschäftliche Zustimmung berufen kann. Vgl auch *Ring/Schachian*, Die Praxis der Aktiengesellschaft (1929) 204. Vgl auch *Weipert* in *Gadow et al*, AktG (1939) § 84 Anm 33 (S 328). S auch Fn 3472.

(vgl idS dann auch § 199 Abs 1 Z 3 AktG).³⁵⁸⁵ Dieses Diktum wurde damals soweit ersichtlich nicht weiter begründet. Vor allem legten die zeitgenössischen Autoren ihre Prämisse über die dogmatische Grundlage der Haftungsfreistellungswirkung soweit ersichtlich nicht offen.³⁵⁸⁶ Wie erwähnt sagt die Verneinung der Haftungsfreistellung aufgrund Beschlussnichtigkeit aber implizit (nur), dass jener Beschlussteil mit Nichtigkeit behaftet ist, der für die Freistellungswirkung maßgebend ist. Nähert man sich der Frage allgemein an, kann die Verneinung der Haftungsfreistellung drittschutzwidriger Beschlüsse je nach Prämisse über die Rechtsnatur der Freistellungswirkung mögliche Ursachen haben: *Erstens* könnte die Lehre eine Haftungsfreistellungswirkung abgelehnt haben, weil sie für diese eine Folgepflicht verlangte (aber drittschutzwidrige Beschlüsse nicht zur Ausführung verpflichten);³⁵⁸⁷ *zweitens* könnte sie eine Freistellung verneint haben, weil sie – ohne diese von einer Folgepflicht abhängig zu machen – den Beschluss für gesamtничtig hielt und auch eine anderweitige (außerrechtsgeschäftliche) Haftungsfreistellung verneinte. Beide möglichen Prämissen sind zu hinterfragen.

Richtig ist, dass drittschutzwidrige Beschlüsse nicht zur Ausführung verpflichten. Denn der Drittschutzzweck verlangt die Nichtigkeit der Beschlusswirkung „Folgepflicht“. Erachtet man diese als Grundlage der Haftungsfreistellungswirkung, so ist die Verneinung der Haftungsfreistellungswirkung (insoweit) nichtiger Beschlüsse durchaus folgerichtig. Nach der hier vertretenen Auffassung ist allerdings nicht die Folgepflicht, sondern die in jedem Beschluss enthaltene Ermächtigung (Einwilligung in die Schädigung) der Grund für die Freistellung. Mangels gesellschaftsrechtlicher Spezifika ist nämlich kein Grund ersichtlich, weshalb nicht (bereits) dieser allgemeine schadenersatzrechtliche Rechtfertigungsgrund (subsidiär) anwendbar sein sollte.³⁵⁸⁸ Überdies würde die Voraussetzung einer Folgepflicht die Verfügungsbefugnis der Gesellschaft über ihr Vermögen ohne Rechtfertigung durch geschützte Interessen Dritter empfindlich einschränken.

Geht man also von der Einwilligung in die Schädigung als Ursache der Freistellungswirkung aus, wäre eine solche Wirkung ausgeschlossen, wenn bei drittschutzwidrigen Beschlüssen neben der Folgepflicht auch die Beschlusswirkung „Einwilligung“ nichtig wäre. Auch das ist indes nicht der Fall: Der

3585 Vgl zB Pinner in Staub, HGB II¹⁴ § 272 Anm 17 (S 704) mwN.

3586 Vgl aber Brodmann, Aktienrecht (1928) § 241 Anm 1.e) (S 264) (Fn 3584).

3587 IdS vielleicht Makower, HGB¹² (1898) § 241 Anm II. b. (S 517), demzufolge die Haftung gegenüber der Gesellschaft idR ausgeschlossen ist, wenn die Handlung auf einem Beschluss der Generalversammlung beruht; *nicht* jedoch, wenn der Beschluss wegen Verstoßes gegen Gesetz oder Satzung nichtig oder unverbindlich war, denn in diesen Fällen sei der Beschluss der Generalversammlung „auch als Anweisung unwirksam“.

3588 Vgl idZ gegen eine Folgepflicht als Voraussetzung für eine Haftungsfreistellung im GmbH-Recht Rauter, ecoloX 2012, 944 (946), wonach die Zustimmung des Geschädigten bereits nach allg Deliktsrecht Haftungsfolgen verhindert. S schon iZm der dogmatischen Einordnung der Freistellungswirkung oben Fn 3537.

Schutzzweck verlangt nämlich regelmäßig nicht die Gesamtnichtigkeit, sondern nur die Teilnichtigkeit des Beschlusses. Wie schon im GmbH-Teil ausgeführt, muss zwischen Innen- und Außenhaftung unterschieden werden: Vorstandsmitglieder haften Dritten (Außenhaftung), wenn sie drittschutzorientierte Pflichten verletzen, die an sie selbst adressiert sind. Die Gesellschaft kann nicht über Rechte Dritter verfügen; diese Fälle erfasst § 84 Abs 4 Satz 1 AktG auch gar nicht (arg: „*Der Gesellschaft gegenüber*“). Demgegenüber haften Vorstandsmitglieder grundsätzlich nur der Gesellschaft (Innenhaftung), wenn sie eine Verhaltenspflicht verletzen, die dem Schutz der Gesellschaft dient. Über ihre eigenen Ersatzansprüche, dh über ihr bloßes Vermögen, kann die Gesellschaft grundsätzlich frei verfügen. Das gilt vor allem für Ersatzansprüche wegen leicht fahrlässig sorgfaltswidriger (vgl § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG) bloßer Geschäftsführung (Unternehmensleitung). Gleiches gilt auch, wenn die Gesellschaft ihren Organmitgliedern aufträgt, an die Gesellschaft adressierte Verhaltenspflichten (Aktionsrecht) leicht fahrlässig (vgl § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG) zu verletzen. Denn die Organmitglieder verstoßen dann allenfalls im Innenverhältnis gegen ihre (für die Gesellschaft disponible) Legalitätspflicht (externe Pflichtenbindung)³⁵⁸⁹. Der Schutzzweck der übertretenen Norm erfordert in diesen Fällen zwar die Unverbindlichkeit des Beschlusses, aber nicht die indisponible Vorstandshaftung im Innenverhältnis. Deshalb ist die im Beschluss enthaltene Einwilligung in die Schädigung (rest-)wirksam. Andernfalls müssten insoweit auch Verzichte und Vergleiche unwirksam sein, was jedoch nicht der Fall ist. Sie sind vielmehr nur über Ersatzansprüche gem § 84 Abs 3 AktG und wegen sonst zumindest grob fahrlässiger Schädigung (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG) gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG unwirksam. Damit ist auch bereits ein wichtiger Sonderfall der Innenhaftung angesprochen. Die mit § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG korrespondierenden Vorschriften dienen zwar dem Gläubigerschutz, ihre Verletzung begründet aber wegen der Haftungskonzentration keine Außenhaftung. Da betreffende Ersatzansprüche aber ihrem Wesen nach der Außenhaftung zuzuordnen sind, müssen sie – obwohl Gesellschaftsansprüche – wie unmittelbare Ansprüche der Gläubiger behandelt werden, indem sie von der grundsätzlichen Verfügungsbefugnis der Gesellschaft (über „ihr“ Vermögen) ausgeschlossen werden. Genau dies ordnet § 84 Abs 5 Satz 3 AktG an. Diese Bestimmung markiert die Voraussetzungen und die Reichweite eines gesetzlich anerkannten Gläubigerschutzbedürfnisses. Ein solches besteht demnach nur, (i) soweit die Gläubiger von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können (§ 84 Abs 5 Satz 1 AktG) und (ii) die genannten Ersatzansprüche betroffen sind (vgl § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG). Soweit Gläubiger hingegen auch von der Gesellschaft Befriedigung erlangen können, sind sie nach der gesetzlichen

³⁵⁸⁹ Vgl dazu allg etwa *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 23 ff (nun *ders* in Beck-OGK AktG § 93 Rz 28 ff [Stand 01.10.2023]). S zur GmbH schon oben bei Fn 2027 ff.

Wertung nicht schutzwürdig, weil sie auch ohne Haftungskonzentration mangels Schadens nicht unmittelbar ersatzberechtigt wären.³⁵⁹⁰ Denn Gesellschaftsgläubiger sollen durch die rechtstechnische Bündelung aller kongruenten Ansprüche (Haftungskonzentration) nicht *bessergestellt* werden als bei einer (parallelen) Außenhaftung. Deshalb ist die Haftungsfreistellungswirkung nicht anders zu beurteilen als bei einer Außenhaftung: Dann wären Verfügungen über Ersatzansprüche der Gläubiger unwirksam, während der Ersatzanspruch der Gesellschaft (auch wegen Verletzung von Gläubigerschutzvorschriften) unter der Voraussetzung der Wahrung der Aktionärsinteressen disponibel wäre.³⁵⁹¹ Dementsprechend wurde auch vor der Anerkennung der absoluten Nichtigkeit im Schrifttum zum älteren Aktienrecht die Haftungsfreistellung gegenüber der Gesellschaft nur verneint, weil (und solange) einzelne Aktionäre (noch) anfechtungsberechtigt wären und eine Haftungsfreistellung ihr Anfechtungsrecht illusorisch gemacht hätte. Warum sollte aber die Anerkennung der absoluten Nichtigkeit, dh der Unwirksamkeit von Beschlüssen trotz Unanfechtbarkeit, an dieser Interessenlage etwas geändert haben?³⁵⁹²

Soweit die Gläubiger von der Gesellschaft Befriedigung erlangen können, ist mE bei Beschlüssen im Bereich des § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG die darin enthaltene Einwilligung in die Schädigung restwirksam und schließt die Haftung der Vorstandsmitglieder *ceteris paribus* (vorbehaltlich Schranken des Individualschutzes) aus.³⁵⁹³ Dass insoweit kein Gläubigerschutzbedürfnis (und auch kein sonstiges Schutzbedürfnis) besteht, spricht mE (wie schon zur GmbH ausgeführt) nicht nur für eine (faktische) Haftungsfreistellungswirkung *trotz* angenommener Gesamtnichtigkeit des Beschlusses, etwa weil die Geltendmachung von Ersatzansprüchen treuwidrig wäre, sondern von vornherein für bloße Teilnichtigkeit des Beschlusses und (daraus folgend) die Nicht-Entstehung von Ersatzansprüchen. Denn Gesellschafterbeschlüsse sind nach hL³⁵⁹⁴ (mehrseitige) Rechtsgeschäfte *sui generis*. Demgemäß gilt

3590 Vgl bereits AmlBegr zur dAktRNov 1884 (abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 463), wonach es „den Rechtsgrundsätzen nicht entsprechen [würde], den Gläubigern auch dann einen Anspruch gegen die Mitglieder des Aufsichtsraths [Anm des Verf: und des Vorstands] einzuräumen, wenn derselbe aus dem Gesellschaftsvermögen vollständige Deckung fände.“ S zu dieser Subsidiarität allg oben bei Fn 3242.

3591 Vgl schon zur GmbH oben etwa bei Fn 2070.

3592 Vor allem lässt sich eine Nichtigkeit auch nicht damit begründen, dass auch Verzichte und Vergleiche gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG gegenüber der Gesellschaft unwirksam sind. Denn diese Bestimmung beruht – wie noch genauer zu begründen sein wird (unten S 950 ff) – auf einem gesetzgeberischen Versehen und darf daher nicht in ihrer Implikation verbreitert werden.

3593 Anders möglicherweise aber Brodmann, Aktienrecht (1928) § 241 Anm 1.e) (S 264): „Der nichtige Beschluß ist allerdings insofern ohne Bedeutung, als der Vorstand sich nicht auf die darin liegende rechtsgeschäftliche Zustimmung berufen kann.“

3594 Vgl Dregger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ Vor § 195 Rz 32; Deutsch/Leonhartsberger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 103 Rz 5; Thöni, Rechtsfolgen 59 ff mwN; Noack, Fehlerhafte Beschlüsse 15 mwN; Feltl, Beschlussmängel 49 mwN; vgl bereits Koenige, HGB² (1929) § 271 Anm 1 (S 491).

für sie das Primat der Privatautonomie. Absolute Nichtigkeit ist als gravierendster Eingriff in die Privatautonomie nach allgM³⁵⁹⁵ nur soweit gerechtfertigt, als es der Schutzzweck der übertretenen Norm gebietet. Außerdem gebietet der Schutzzweck auch bloß die relative Unwirksamkeit des Beschlusses.³⁵⁹⁶ Dem steht die undifferenzierte Formulierung des § 199 Abs 1 Z 3 AktG ebenso wenig entgegen wie im bürgerlichen Recht jene des § 879 Abs 1 ABGB (differenzierend hingegen § 134 BGB). Dieser Zwischenbefund, dass geschützte Drittinteressen einer Haftungsfreistellungswirkung (in Grenzen) nicht entgegenstehen, deutet mE darauf hin, dass das ältere Schrifttum eine Freistellungswirkung „nichtiger“ Beschlüsse im oben erstgenannten Sinn (nur) pauschal verneinte, weil es die Folgepflicht als notwendige Voraussetzung der Freistellungswirkung erachtete.

Der Aktiengesetzgeber von 1937/1938 scheint sich dieser Auffassung mit § 84 Abs 4 Satz 1 AktG angeschlossen zu haben.³⁵⁹⁷ Gleichwohl steht § 84 Abs 4 Satz 1 AktG mE der Annahme einer Haftungsfreistellung in den genannten Grenzen (soweit keine Schutzinteressen berührt sind) nicht entgegen. Denn mit § 84 Abs 4 Satz 1 AktG wollte der Gesetzgeber wie erwähnt nicht neues Recht schaffen, sondern nur geltendes Recht klarstellen. Vermutlich ging es ihm vorrangig darum, einem möglichen Umkehrschluss aus § 241 Abs 4 Satz 2 dHGB 1897 vorzubeugen, dass nämlich gesetz- und statutenwidrige HV-Beschlüsse die Haftung *jedenfalls* ausschließen (vgl noch die AmtlBegr zum ADHGB 1884). Dabei dürfte sich der Gesetzgeber wie erwähnt an die zeitgenössische Lehre gehalten haben, wonach „nichtige“ Beschlüsse die Haftung nicht ausschließen (wie erwähnt wohl, weil man die Folgepflicht als eine notwendige Bedingung der Freistellung sah). Da der Gesetzgeber diese (wahrscheinliche) Prämisse nur implizit übernommen hat, ist der Rechtsanwender daran mE nicht gebunden. Unter dem Gesichtspunkt der Rechtfertigung von Indisponibilität durch Schutzinteressen kann es ihm nämlich wohl nur darum gegangen sein (wie auch der älteren Lehrmeinung im Gefolge der Kritik *Wieners*), dass durch eine „automatische“ Haftungsfreistellung gesetzwidriger Beschlüsse gegenüber der Gesellschaft (§ 241 Abs 4 Satz 2 dHGB 1897 *e contrario*) das Anfechtungsrecht der Einzelaktionäre unterlaufen würde. Dem Gesetzgeber sollte aber ohne Anhaltspunkte nicht unterstellt werden, den allgemeinen schadenersatzrechtlichen Rechtfertigungsgrund der Einwilligung in die Schädigung im Aktienrecht

3595 Vgl hier nur RIS-Justiz RS0016417; *Gschnitzer in Klang*, ABGB IV/1² 167; s die weiteren Nw in Fn 2011.

3596 S dazu schon zur GmbH oben bei Fn 2049 und die dort zitierten Nw.

3597 Möglicherweise anklingend in der AmtlBegr zum AktG 1937/1938 181 iZm § 84 Abs 5 Satz 3 AktG: „*Hat der Vorstand einen gesetzmäßigen Beschluß der Hauptversammlung über Geschäftsführungsfragen ausgeführt, an den er nach § 74 Abs. 1 gebunden ist, so kann er allein durch die Ausführung eines solchen Beschlusses seine Obliegenheiten nicht verletzt haben und daher den Gläubigern auch nicht ersatzpflichtig werden.*“

ausgeschlossen und dadurch die Verfügungsbefugnis der Gesellschaft über ihr eigenes Vermögen ungebührlich beschränkt zu haben.³⁵⁹⁸ Ungebührlich deshalb, weil diese Einschränkung der Privatautonomie nicht durch schützenswerte Interessen gerechtfertigt wäre. Gegen die Annahme einer solchen Nichtigkeitssanktion über das Maß des allgemeinen Zivilrechts hinaus spricht vor allem auch, dass der Aktiengesetzgeber die (aktienrechtliche) Nichtigkeit aus Gründen der Rechtssicherheit im Vergleich zur zivilrechtlichen Nichtigkeit sogar stark eingeschränkt hat: Zum einen sind die Nichtigkeitsgründe nach hM³⁵⁹⁹ (anders als im Zivilrecht) im AktG taxativ aufgezählt (arg: § 199 Abs 1 AktG: „nur dann nichtig“). Zum anderen ermöglicht das AktG (anders als das Zivilrecht)³⁶⁰⁰ die Heilung nichtiger Beschlüsse (§ 200 AktG). Angesichts dieser Regelungstendenz wird man kaum annehmen können, der Aktiengesetzgeber habe zugleich mit § 84 Abs 4 Satz 1 AktG die Beschlussnichtigkeit (weit) über das zivilrechtlich gebotene Maß ausdehnen wollen.³⁶⁰¹

Im Ergebnis ist die Haftungsfreistellungswirkung nichtiger Beschlüsse also nicht anders zu beurteilen als im GmbH-Recht. Zu beachten ist freilich der rechtsformbedingte Unterschied, dass sich die Dispositionsbeschränkungen des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (wie auch das Verfolgungsrecht gem § 84 Abs 5 Sätze 1 AktG) nicht nur auf den Kapitalschutz des § 84 Abs 3 AktG (so § 25 Abs 5 GmbHG), sondern darüber hinaus auf sonstige zumindest grob fahrlässige Schädigungen bezieht. Innerhalb dieser Grenzen zwingenden Gläubigerschutzes ist eine Haftungsfreistellung aber grundsätzlich möglich, dh (i) im Bereich des § 84 Abs 3 AktG und bei sonst grob fahrlässiger Schädigung, soweit die Gläubiger von der Gesellschaft (noch) Befriedigung erlangen können

3598 S auch schon bei und in Fn 3588.

3599 Vgl AmtlBegr AktG 1937/1938 223 (abgedr auch bei *Klausing*, AktG 172): „Er [sc der Entwurf] scheide ausdrücklich zwischen nichtigen und nur anfechtbaren Beschlüssen [...]. [...] Im Einklang mit den Ergebnissen der Rechtsprechung beschränkt der Entwurf aber die Fälle der Nichtigkeit, um so einen festen Boden für die Wirtschaft schon nach Ablauf der Anfechtungsfrist zu schaffen.“. Vgl auch RIS-Justiz RS0049464 und die dort genannten E; nur *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 199 Rz 5; *Felzl*, Beschlussmängel 201, 241 mwN. Für Deutschland zB *Englisch* in *Hölters/Weber*, AktG⁴ § 241 Rz 3 mwN; abw *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 241 Rz 1; *Schäfer* in *MüKo AktG*⁵ § 241 Rz 7, wonach die Norm nicht abschließend ist, weil auch andere Normen die Nichtigkeitsfolge anordnen (insb §§ 250, 253, 256 dAktG). Gemeint sei mit der Wendung „nur dann nichtig“ lediglich, dass Beschlussmängel, mit denen nicht ausdr die Nichtigkeitsfolge verbunden ist, der bloßen Anfechtbarkeit vorbehalten werden (vgl *Schäfer* aaO).

3600 *Quod ab initio vitiosum fuit, tractu temporis convalescere nequit* (D 50, 17, 29 [Paulus]; vgl *Felzl*, Beschlussmängel 69 mwN).

3601 Ob die hier vertretene Auffassung vom Gesetzeswortlaut gedeckt ist, erübrigt sich mE, weil § 84 Abs 4 Satz 1 AktG eben bloß eine Klarstellung ist. Im Übrigen erfasst die „Gesetzmäßigkeit“ iSd § 84 Abs 4 Satz 1 AktG bei extensiver Betrachtung (im Begriffshof) mE auch Beschlüsse, die von der Nichtigkeitsfolge nicht erfasst und somit restwirksam (insoweit gesetzmäßig) sind.

(§ 84 Abs 5 Satz 1 AktG), sowie (ii) bei bloß leicht fahrlässiger Schädigung unabhängig von der Vermögenslage der Gesellschaft.³⁶⁰² Drittschutzwidrige Be-

3602 Nur iE ähnlich *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 401, die die Auffassung des OGH, dass ein nichtiger HV-Beschluss die Befreiungswirkung gegenüber dem Vorstand entfallen lässt, auf Fälle grober Fahrlässigkeit der Vorstandsmitglieder einschränken wollen. Denn durch diese Auffassung werde der eigentlich zum Schutz des Vorstands aufgestellte Vertrauenstatbestand ausgehöhlt und von schwierigen Sach- und Rechtsfragen abhängig gemacht, hänge doch die Frage der Rechtmäßigkeit oder Nichtigkeit von HV-Beschlüssen oft von Bewertungsfragen oder von der Beurteilung von Zukunftsaussichten ab. Hierbei seien Vorstandsmitglieder der Gefahr von Rückschaufehlern durch Richter ausgesetzt (dh Entscheidung *de facto ex post* statt gebotener *ex ante* Betrachtung). Im Sinne des gebotenen Verkehrsschutzes sei daher die genannte Einschränkung auf grobe Fahrlässigkeit gerechtfertigt. Wird der HV-Beschluss nicht angefochten, so heile er im Verhältnis zum Vorstand; die Befreiungswirkung entfalle dann nur, wenn die Schadenersatzansprüche zur Befriedigung von Gläubigern gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG notwendig sind.

Diese Ansicht ist differenziert zu betrachten. Zunächst ist zu beachten, dass der OGH eine Haftungsfrestellungswirkung nichtiger Beschlüsse ablehnt, weil diese unverbindlich sind. Sofern man also für eine Haftungsfrestellungswirkung drittschutzwidriger Beschlüsse eintritt und zudem mit dem OGH die Grundlage einer Haftungsfrestellung in der Folgepflicht sieht, müsste man folgerichtig annehmen, dass Beschlüsse, die ein leicht fahrlässig drittschutzwidriges Verhalten anordnen, ausführungspflichtig sind. Die referierte Einschränkung von *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* ist aber wohl so zu verstehen, dass eine Haftungsfrestellung *trotz* fehlender Folgepflicht möglich sein soll (das Verhältnis zu § 84 Abs 4 Satz 1 AktG, der das scheinbar ausschließt, wird soweit ersichtlich nicht problematisiert; diese Bestimmung ist mE aber ohnehin nur eine Klarstellung aufgrund der unrichtigen Prämisse, eine Folgepflicht sei notwendige Voraussetzung für eine Freistellung). *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* kritisieren, dass die Nichtigkeit des HV-Beschlusses die Befreiungswirkung für den Vorstand entfallen lässt, weil dadurch der zum Schutz des Vorstands aufgestellte Vertrauenstatbestand ausgehöhlt werde. Die Kritik lautet aber zunächst: Der Entfall der Befreiungswirkung ist problematisch, weil die nichtige Beschlusswirkung (die Folgepflicht) tatsächlich keine zwingende Voraussetzung der Haftungsfrestellung ist. Nicht die Folgepflicht, sondern die in jedem Beschluss enthaltene Einwilligung in die Schädigung ist wie erwähnt die dogmatische Grundlage der Haftungsfrestellungswirkung. Inwieweit diese (teil)wirksam ist, dh inwieweit drittschutzwidrige (und damit „nichtige“) Beschlüsse haftungsfrestellend wirken können, richtet sich nach dem Verbotszweck. Dieser verlangt zwar, dass drittschutzwidrige Beschlüsse nicht zur Ausführung verpflichten. Er verlangt aber nicht, dass auch die Einwilligung in die Schädigung (zur Gänze) nichtig ist. Diese ist sogar zur Gänze *wirksam*, wenn Vorstandsmitglieder durch die Ausführung eines drittschutzwidrigen Beschlusses intern bloß (leicht fahrlässig; vgl § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG) gegen ihre Legalitätspflicht verstoßen. Im Bereich des § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG (Haftung gem § 84 Abs 3 AktG oder sonst wegen grob fahrlässiger Schädigung) ist die Einwilligung beschränkt wirksam, nämlich soweit die Gläubiger auch von der Gesellschaft Befriedigung erlangen können (§ 84 Abs 5 Satz 1 AktG). Ist das nicht der Fall (in der Gesellschaftsinsolvenz), ist sie nichtig (relativ unwirksam). Nur *insoweit* schließt die „Nichtigkeit“ des HV-Beschlusses die Haftungsfrestellungswirkung aus. Vor diesem Hintergrund rennt die Forderung nach einer Haftungsfrestellung nichtiger Beschlüsse bei leichter Fahrlässigkeit nicht bloß

schlüsse sind zwar nicht ausführungspflichtig, sie schließen aber die Haftung aus, soweit der Verbotszweck nicht (auch) die Nichtigkeit der im Beschluss enthaltenen Einwilligung in die Schädigung verlangt. Die Beschlussnichtigkeit ist somit nur dann eine geeignete Richtschnur für die Reichweite der Haftungsfrestellungswirkung, wenn sie (nach allgemeinen Grundsätzen) vom Verbots-

offene Türen ein (weil Vorstandsmitglieder insoweit bei Befriedigungsmöglichkeit ohnedies nicht indisponibel haften), sondern geht sogar nicht einmal weit genug (weil Vorstandsmitglieder auch ab grober Fahrlässigkeit nur bei Befriedigungsunmöglichkeit indisponibel haften). Die Einschränkung auf die Befriedigungsunmöglichkeit (nicht nur bei leichter Fahrlässigkeit) ergibt sich dabei schon aus dem (Gläubiger-) Schutzzweck. Dieser Schutzzweck, und nicht ein Schutzbedürfnis der Vorstandsmitglieder ist maßgeblich für die Reichweite der Beschlussnichtigkeit, dh – als Kehrseite – für die Reichweite der Frestellungswirkung drittschutzwidriger („nichtiger“) HV-Beschlüsse. Zwar ist zweifellos zutr., dass die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Beschlüssen (dh des darin angeordneten oder gebilligten Verhaltens) schwierige Fragen aufwerfen kann und wegen des Rückschaufehlers immer die Gefahr richterlicher *ex-post*-Entscheidungen droht. Das ist aber zum einen kein Spezialproblem von HV-Beschlüssen und kann zum anderen dort keine Haftungsfreistellung rechtfertigen, wo der Gläubigerschutz einer solchen eigentlich entgegenstünde. Es ist kein Spezialproblem von HV-Beschlüssen, weil diese nicht die Funktion haben, den Vorstand durch einen Vertrauenstatbestand zu schützen und vor schwierigen Sach- und Rechtsfragen zu bewahren. Die Aktionäre könne sich durch die Beschlussfassung nicht über zwingendes Recht hinwegsetzen. Vielmehr müssen die Vorstandsmitglieder sorgfältig und eigenverantwortlich die Rechtmäßigkeit des Beschlusses prüfen. Insoweit ist die Rechtslage nicht anders, als wenn kein Beschluss gefasst worden wäre und die Vorstandsmitglieder „auf eigene Gefahr“ (eigenverantwortlich) handeln. Denkbar wäre eine (nachträgliche) Lücke. Allerdings hat der Gesetzgeber bei der Reichweite der im Gläubigerinteresse indisponiblen Vorstandshaftung (§ 84 Abs 5 Satz 3 iVm Hs 2 AktG) durchaus berücksichtigt, dass die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Vorstandshandelns schwierig sein kann. Genau deshalb erstreckte das AktG 1937/1938 die Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG nur auf grobe Fahrlässigkeit, *da es sich bei den anderen als den in § 84 Abs. 3 genannten Fällen meist um Obliegenheitsverletzungen handeln wird, die im Bereich der Geschäftsführung liegen.*“ Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass leicht fahrlässige Sorgfaltsverstöße im Bereich der bloßen Geschäftsführung nicht einfach zu erkennen sind; anders gilt für die Verletzung starrer Verhaltenspflichten im Bereich des Kapitalschutzes (§ 84 Abs 3 AktG) sowie für grob fahrlässige sonstige Verstöße (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG). Zu beachten ist auch, dass Vorstandsmitglieder nicht haften, wenn ihnen ein unverschuldeter Rechtsirrtum unterläuft, weil sie zB eine vertretbare Rechtsansicht vertreten oder Expertenrat einholen (so *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* aaO Rz 402 und Rz 128, 380 f). Nun scheinen auch *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* keine Freistellung zu propagieren, die mit einem Gläubigerschutzbedürfnis konfligiert. Denn sie wenden ebenfalls § 84 Abs 5 Satz 3 AktG an (aaO Rz 401, 435). Das ist angesichts des erklärten Ziels der Planungssicherheit für den Vorstand mE aber inkonsequent, denn die Schwierigkeit der Beurteilung von Sach- und Rechtsfragen (im Bereich des § 84 Abs 3 AktG, den *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* offenbar primär vor Augen haben, auch schon bei leichter Fahrlässigkeit) wirkt sich dann eben (erst) in der Gesellschaftsinsolvenz aus (dass HV-Beschlüsse *insoweit* aber nicht haftungsfreistellend wirken können, ist wie gesagt durch Gläubigerinteressen zwingend geboten).

zweck abhängig gemacht wird. Maßgebend ist also zusammengefasst, inwieweit geschützte Interessen Dritter verlangen, dass eine Haftungsfreistellung ausgeschlossen ist. Für die Gesellschaftsgläubiger wird das durch § 84 Abs 5 Sätze 1 f AktG vorgegeben. Weitere Voraussetzung der Freistellung innerhalb der Grenzen zwingenden Rechts ist, dass die geschützten Interessen der Aktionäre nicht beeinträchtigt werden. Wie schon im GmbH-Teil ausgeführt, sind drittschutzwidrige Beschlüsse insofern zugleich auch anfechtbar und daher – soweit sie wegen bloßer Teilnichtigkeit restwirksam sind – nicht anders zu beurteilen als (bloß) anfechtbare Beschlüsse.³⁶⁰³ Demnach schließen sie die Vorstandshaftung aus, soweit der (restwirksame) Beschluss anfänglich unanfechtbar war (zB bei einstimmiger Beschlussfassung) oder nachträglich unanfechtbar geworden ist (zB wegen Verstreichen der Anfechtungsfrist).³⁶⁰⁴

b) Geheilte nichtige Beschlüsse

Mit dem AktG 1937/1938 hat der Aktiengesetzgeber nicht nur die (schon vorher anerkannte) Beschlussmängelkategorie der absoluten Nichtigkeit positiviert, sondern zugleich auch ihre Geltendmachung befristet. Die daraus folgende Möglichkeit einer Heilung absolut nichtiger Beschlüsse ist durchaus bemerkenswert, denn sie ist nicht nur eine Besonderheit gegenüber dem allgemeinen Zivilrecht,³⁶⁰⁵ sondern bedeutet in der Sache eine Annäherung an die Anfechtbarkeit.³⁶⁰⁶ Die AmtlBegr rechtfertigt sie damit, dass eine unbefristete Möglichkeit der Geltendmachung der Nichtigkeit zu Unsicherheit in der wirtschaftlichen Praxis geführt hatte, vor allem weil die Grenzzie-

3603 Zu diesen oben S 510 ff.

3604 Vgl ähnlich (bei anderer Ausgangslage; s Fn 3602) J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 84 Rz 401, nach denen der HV-Beschluss gegenüber dem Vorstand heilt, wenn er nicht angefochten wird.

3605 Vgl Feltl, Beschlussmängel 201, 242 mwN unter Hinweis auf den alten Grundsatz „*Quod ab initio vitiosum fuit, tractu temporis convalescere nequit*“; vgl auch Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 879 Rz 7. Die AmtlBegr AktG 1937/1938 223 (abgedr auch bei Klausling, AktG 172) referieren auch die rechtspolitischen Vorschläge für die Regelung der Anfechtbarkeit und Nichtigkeit. Eine Ansicht richtete sich gegen die zeitliche Beschränkung der Nichtigkeit, weil diese „*dem Aufbau unseres gesamten Rechtssystems widerspreche und deshalb nicht verantwortet werden könne*“. Der Gesetzgeber schlug mit der zeitlichen Befristung der Nichtigkeit dennoch einen Mittelweg ein.

3606 Vgl Feltl, Beschlussmängel 242, wonach die Nichtigkeit gem § 199 ff AktG damit in ihrem Kern weit mehr der zivilrechtlichen Anfechtung verwandt sei als der absoluten Nichtigkeit gem § 879 ABGB. Vgl auch schon Schilling in Großkomm AktG² (1965) § 196 Anm 1 (S 244), wonach insofern eine „*relative Heilung*“ eintrete, als die Nichtigkeit von den Beteiligten nicht mehr geltend gemacht werden könne, sondern nur die Löschung durch das Registergericht erfolgen könne, weshalb sich die Nichtigkeit dadurch stark der Anfechtbarkeit annähere.

hung zwischen anfechtbaren und nichtigen Beschlüssen sehr schwierig war und auch die Rsp zu dieser Frage zunächst schwankte.³⁶⁰⁷

Wie eingangs dargestellt, ist die haftungsrechtliche Wirkung geheilter nichtiger Beschlüsse strittig. Der Streit ist zumindest teilweise durch die unterschiedliche dogmatische Einordnung der Heilungswirkung bedingt. Die hL³⁶⁰⁸ qualifiziert geheilte nichtige Beschlüsse zwar als gesetzmäßig iSd § 84 Abs 4 Satz 1 AktG, lässt Vorstandsmitglieder aber trotzdem haften, wenn diese den Beschluss pflichtwidrig nicht mittels Nichtigkeitsklage beseitigt haben. Die Gegenauffassung³⁶⁰⁹ lehnt eine Haftungsfreistellung gleichsam schon einen Schritt vorher ab, weil die Heilung die Nichtigkeit materiell-rechtlich gar nicht beseitigt, sondern nur ihre Geltendmachung ausschließt.

Während die Paragraphenüberschrift „*Heilung der Nichtigkeit*“ eine materiell-rechtliche Heilungswirkung suggeriert, spricht der Gesetzestext („*kann nicht mehr geltend gemacht werden*“) eher für den bloßen Ausschluss der Geltendmachung.³⁶¹⁰ Dass die Nichtigkeit „*nicht mehr geltend gemacht werden [kann]*“ setzt nämlich zumindest begrifflich voraus, dass sie (noch) besetzt.³⁶¹¹ Für die Heilung gem § 200 Abs 2 AktG kommt hinzu, dass es andernfalls keine rechtliche Grundlage für eine amtswegige Löschung durch das FB-Gericht gäbe.³⁶¹² Der Meinungsstreit ist allerdings wenigstens für die Frage der Organhaftungsverhältnisse nicht entscheidend. Zweck der Heilungsvorschrift ist nämlich unstrittig die Schaffung von Rechtssicherheit.³⁶¹³ Daraus folgt, dass die Nichtigkeit weder mit der Nichtigkeitsklage, noch (allgemein) mit Feststellungsklage gem § 228 ZPO noch einredeweise geltend gemacht werden kann.³⁶¹⁴ Kann die Nichtigkeit somit von niemandem und auf keine Weise mehr geltend gemacht werden (und kann die Ge-

3607 Vgl AmtlBegr AktG 1937/1938 222 (abgedr auch bei *Klausing*, AktG 172).

3608 S oben Fn 3479.

3609 S oben Fn 3482.

3610 Vgl auch *Eckert/Schopper in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 200 Rz 20.

3611 Abl *Casper*, Heilung nichtiger Beschlüsse 145 f.

3612 Vgl idS auch *Eckert/Schopper in Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 200 Rz 20; *L. Haider*, Anfechtung, Nichtigkeit und Unwirksamkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen (2006); idS wohl auch schon *Teichmann/Koehler*, AktG² (1939) § 196 Anm 1 (S 408): „*Eine vollkommene Heilung der Nichtigkeit findet demgemäß nicht statt.*“ Vgl auch *v Godin/Wilhelmi*, AktG² (1950) § 196 Anm 2 (S 827); aA *Casper*, Heilung nichtiger Beschlüsse 149 ff.

3613 Vgl AmtlBegr AktG 1937/1938 224 (abgedr auch bei *Klausing*, AktG 174 f): „*Die Regelung dürfte den Vorzug haben, daß die Gesellschaft nach Eintragung und Zeitablauf damit rechnen kann, daß der Beschluß gültig ist; vor allem ist sie vor Nichtigkeitsklagen geschützt.*“ Vgl auch *Fleischer in Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 270 (nun ders in BeckOGK AktG § 93 Rz 331 [Stand 01.10.2023]); *Casper*, Heilung nichtiger Beschlüsse 65, 69 ff, 186.

3614 Vgl *Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 201 Rz 19; *Teichmann/Koehler*, AktG² (1939) § 196 Anm 1 (S 407); *v Godin/Wilhelmi*, AktG² (1950) § 196 Anm 2 (S 827); *Schilling in Großkomm AktG²* (1965) § 196 Anm 9 (S 246).

sellschaft sie damit im Prozess nicht mehr einwenden), so ist der Vorstand im Ergebnis zur Ausführung des Beschlusses ermächtigt (und ggf auch verpflichtet).³⁶¹⁵ Deshalb schließen geheilte nichtige Beschlüsse die Vorstandshaftung unabhängig von der Rechtsnatur der Heilung aus.

Allerdings ist auch § 84 Abs 4 Satz 1 AktG zu beachten. Wie bei unanfechtbaren und unanfechtbar gewordenen HV-Beschlüssen könnte diese Bestimmung so verstanden werden, dass sie die Haftung für die Ausführung geheilter nichtiger Beschlüsse anordnet. Denn man könnte daran zweifeln, dass geheilte nichtige HV-Beschlüsse gesetzmäßig iSd § 84 Abs 4 Satz 1 AktG sind (vor allem, wenn man der Heilung keine materiell-rechtliche Wirkung beimisst). Wie bei unanfechtbaren Beschlüssen sollte man sich aber auch hier den (eentlichen) Zweck des § 84 Abs 4 Satz 1 AktG in Erinnerung rufen, nämlich die Verhinderung einer Haftungsfreistellung *entgegen* schützenswerten Aktionärs- und Drittinteressen (die aufgrund geänderter beschlussmängelrechtlicher Rahmenbedingungen ohnedies nur klarstellenden Charakter haben kann). Wie erwähnt ist dieser Regelungszweck bei unanfechtbaren Beschlüssen erfüllt, weil die geschützten Aktionäre diese nicht mehr anfechten können. Nun sind freilich weder Dritte zur Erhebung der Nichtigkeitsklage berechtigt noch ist die Nichtigkeitsklage befristet³⁶¹⁶. Gleichwohl enthält § 200 AktG eine vergleichbare Interessenbewertung: Bei Bestehen bestimmter vertrauenserzeugender Umstände (Publizität durch FBEintragung und Zeitablauf) bewertet der Gesetzgeber das Vertrauen des Rechtsverkehrs in die Wirksamkeit des Beschlusses und damit die Rechtssicherheit höher als das (eigentlich nach wie vor beeinträchtigte) Interesse der vom Beschlussinhalt betroffenen Dritten. Ist der Heilungstatbestand erfüllt, sind nach der gesetzlichen Wertung somit keine geschützten Interessen mehr beeinträchtigt. Demgemäß steht mE auch § 84 Abs 4 Satz 1 AktG einer Haftungsfreistellung geheilter nichtiger Beschlüsse nicht entgegen.

Würde man geheilte nichtige Beschlüsse dagegen *nicht* als gesetzmäßig iSd § 84 Abs 4 Satz 1 AktG qualifizieren, müsste man (wie bei unanfechtbaren Beschlüssen) wohl annehmen, dass diese Bestimmung die Haftung für die Ausführung eines Beschlusses anordnet, zu dessen Ausführung der Vorstand zugleich verpflichtet ist. Dadurch schüfe man ein Haftungsdilemma, aus dem sich Vorstandsmitglieder zwar durch Erhebung der Nichtigkeitsklage befreien könnten. Gegen diese Ansicht sprechen jedoch all jene Gründe, die oben schon

³⁶¹⁵ Vgl auch *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 200 Rz 20, nach denen eine Nichtigkeit, auf die sich niemand berufen kann, einer vollständig geheilten Nichtigkeit gleichzuhalten sei. Vgl auch *Spindler* in *MüKo AktG*⁶ § 93 Rz 295; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 270 (nun *ders* in *BeckOGK AktG* § 93 Rz 331 [Stand 01.10.2023]); *Weber* in *Hölters/Weber*, AktG⁴ § 83 Rz 7 mwN; aA *Hefermehl* in *FS Schilling* 159 (168).

³⁶¹⁶ Vgl § 201 Abs 1 AktG, der § 197 Abs 2 Satz 1 AktG (Befristung der Anfechtungsklage) vom Verweis gerade ausnimmt (vgl auch *Eckert/Schopper* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 201 Rz 3).

iZm unanfechtbaren Beschlüssen genannt wurden. Vor allem würde dadurch im Ergebnis eine fortdauernde Nichtigkeit geschaffen. Bei anfechtbaren Beschlüssen wurde festgestellt, dass diese implizierte Nichtigkeit dem Wesen der Anfechtbarkeit widersprechen würde (weil die Aktionäre nicht durch Nichtanfechtung über dispositive Beschlussgegenstände verfügen könnten). Nun könnte man einwenden, dass eine fortdauernde Nichtigkeit im Fall der Beeinträchtigung von Drittinteressen durchaus geboten ist. Allerdings ist der Aktiengesetzgeber wie erwähnt von diesem Wesensmerkmal der (zivilrechtlichen) Nichtigkeit bewusst abgegangen. Daher stünde die Annahme, dass geheilte nichtige HV-Beschlüsse die Vorstandshaftung nicht ausschließen, in Widerspruch mit der gesetzliche angeordneten Heilung gem § 200 AktG. Für eine Haftungsfreistellungswirkung spricht übrigens noch ein weiterer Gesichtspunkt: Der auf Rechtssicherheit gerichtete Heilungszweck ist nach mE überzeugender Ansicht³⁶¹⁷ derart umfassend, dass auch eine Auseinandersetzung mit der Nichtigkeit auch auf „Sekundärebene“ verhindert werden soll. Für die Beantwortung der Frage, ob ein geheilter nichtiger Beschluss besteht, der gem § 84 Abs 4 Satz 1 AktG die Haftung nicht ausschließt, müsste im Schadenersatzprozess gegen das Vorstandsmitglied gerade als Vorfrage geprüft werden, ob der Beschluss ursprünglich nichtig war.³⁶¹⁸ All das spricht ebenfalls dafür, dass geheilte nichtige Beschlüsse die Haftung bei Erfüllung der übrigen Voraussetzungen ausschließen können.

Bleibt die Frage, ob der Vorstand dennoch zur Verantwortung gezogen werden kann, wenn und weil er zur Erhebung der Nichtigkeitsklage verpflichtet war und dies pflichtwidrig (und schuldhaft) unterlassen hat. Im Gegensatz zur Anfechtungsklage (§ 196 Abs 1 Z 5 AktG) hängt die Klagsbefugnis der Vorstandsmitglieder zwar nicht von einer Ersatzpflicht oder Strafbarkeit der Ausführung ab (sie hat somit kein Haftungsdilemma vor Augen), sodass Vorstandsmitglieder zumindest klagsberechtigt wären. Allerdings lässt sich aus dem Gesetz mE keine Pflicht ableiten.³⁶¹⁹ Zudem müsste man bei Bejahung einer Klagspflicht wohl konsequenterweise annehmen, dass ein geheilter nichtiger HV-Beschluss schon nicht gesetzmäßig ist und die Haftung *deshalb* nicht ausschließt (was wie gesagt dem Zweck der Heilung zuwiderliefe).³⁶²⁰ Das lehnt die hL aber wie erwähnt ab und stützt

3617 Vgl Casper, Heilung nichtiger Beschlüsse 188 ff.

3618 Vgl Spindler in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 295; Fleischer in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 93 Rz 270 (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 331 [Stand 01.10.2023]); *dens*, BB 2005, 2025 (2027).

3619 Anders die hL (s Fn 3481), vgl ausf va Fleischer, BB 2005, 2025 (2030).

3620 In diese Richtung vielleicht Cahn in KK-AktG⁴ § 93 Rz 174, nach dem nichtige Beschlüsse die Verwaltungsmitglieder auch nicht entlasten, wenn die Nichtigkeit gem § 242 dAktG nicht mehr geltend gemacht werden kann, weil die unterlassene Geltendmachung des Nichtigkeitsmangels regelmäßig ihrerseits eine Pflichtwidrigkeit darstellt, aufgrund derer dem Vorstand die Berufung auf den Beschluss zu versagen sei.

sich dabei zT auf den Rechtssicherheitszweck der Heilung: Dieser Zweck werde unterlaufen, wenn die Gesetzmäßigkeit des Beschlusses als Vorfrage der Ausführungspflicht (welche die hL als Voraussetzung der Freistellungswirkung erachtet) erneut aufgerollt und geprüft werden müsste.³⁶²¹ Dabei wird mE jedoch übersehen, dass die (gleichzeitige) Annahme einer Klagepflicht des Vorstands *ebenso wenig* mit dem Rechtssicherheitsziel der Heilung vereinbar ist. Denn auch bei der Beurteilung einer möglichen Vorstandshaftung aufgrund pflichtwidrig unterlassener Erhebung der Nichtigkeitsklage muss als Vorfrage geprüft werden, ob der streitgegenständliche Beschluss (irgendwann einmal) nichtig war, denn nur dann hätte das Vorstandsmitglied ihn mittels Nichtigkeitsklage beseitigen können (und ggf auch müssen).³⁶²²

Im Ergebnis schließen mE auch geheilte nichtige Beschlüsse die Haftung ausführender Vorstandsmitglieder aus. Eine Obliegenheit oder Pflicht des Vorstands zur Erhebung der Nichtigkeitsklage gem § 201 AktG besteht nicht.

c) Fazit zu nichtigen Beschlüssen

Das verbreitete Diktum, dass drittschutzwidrige (insb gläubigerschutzwidrige) HV-Beschlüsse nichtig sind und die Haftung folglich gem § 84 Abs 4 Satz 1 AktG nicht ausschließen, ist zu undifferenziert. Ihm dürfte die Prämisse zugrunde liegen, dass eine Haftungsfreistellung notwendig eine Ausführungspflicht voraussetzt. Gewiss verpflichten drittschutzwidrige Beschlüsse nicht zur Ausführung, allerdings ist die dogmatische Grundlage der Freistellungswirkung nach der hier vertretenen Auffassung nicht die Folgepflicht, sondern der allgemeine schadenersatzrechtliche Rechtfertigungsgrund der Einwilligung in die Selbstschädigung. Unter dieser Prämisse können (wie im GmbH-Recht) entgegen der hL auch drittschutzwidrige HV-Beschlüsse die Vorstandshaftung (in Grenzen) ausschließen. Der Verbotszweck verlangt zwar wie er-

3621 Vgl Spindler in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 295; Fleischer in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 93 Rz 270 (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 331 [Stand 01.10.2023]); *dens*, BB 2005, 2025 (2027, 2029).

Nach Fleischer (aaO) sei es *eines*, den Vorstand zur Ausführung eines später gesetzmäßig gewordenen Beschlusses anzuhalten, *ein anderes* aber, ihn für die vorher versäumte Beschlussmängelklage zur Verantwortung zu ziehen. Das ist im Allgemeinen zwar richtig. Unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit aufgrund des Ausschlusses der Geltendmachung der Nichtigkeit (§ 200 AktG) ist es aber ein und dasselbe: Ob die Nichtigkeit des Beschlusses als Vorfrage für die Ausführungspflicht oder als Vorfrage für eine Anfechtungspflicht geprüft wird, ist unter dem Aspekt der Rechtssicherheit einerlei.

3622 Vgl Casper, Heilung nichtiger Beschlüsse 188 ff. Vgl allg Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 201 Rz 25, nach denen auch die Geltendmachung der Nichtigkeit durch Einrede oder als Vorfrage nur zulässig sei, solange die Heilung nach § 200 AktG noch nicht eingetreten ist. So auch Driegger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 200 Rz 19, nach dem ebenso wenig festgestellt werden kann, dass der Beschluss bis zum Eintritt der Heilung nichtig war.

wähnt, dass solche Beschlüsse nicht zur Ausführung verpflichten, er fordert aber regelmäßig nicht, dass auch die im Beschluss enthaltene Einwilligung in die Schädigung zur Gänze nichtig ist. Nichtig ist die Einwilligung vielmehr nur, soweit Gläubigerinteressen betroffen sind. Inwieweit das der Fall ist, stellen § 84 Abs 5 Sätze 1 f AktG klar, nämlich (i) soweit die Gläubiger von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können (in der Gesellschaftsinsolvenz) und (ii) soweit Ersatzansprüche gem § 84 Abs 3 AktG oder wegen sonst zumindest grob fahrlässiger Schädigung betroffen sind. § 84 Abs 4 Satz 1 AktG steht dem nicht entgegen, weil es dieser Bestimmung mit Blick auf § 84 Abs 5 Sätze 1 f AktG und gemäß den Grundsätzen der zivilrechtlichen Nichtigkeit sowie der (restriktiveren) aktienrechtlichen Nichtigkeit nur darum geht, eine Haftungsfreistellung auszuschließen, soweit dadurch Interessen der Aktionäre oder Dritter verletzt wären. Das ist jedoch innerhalb der genannten Grenzen nicht der Fall, wenn der (restwirksame) Beschluss unanfechtbar (geworden) ist. Auch geheilte nichtige Beschlüsse schließen die Haftung aus. Die Vorstandsmitglieder sind nicht zur Erhebung der Nichtigkeitsklage verpflichtet.

Insgesamt ist auch die Haftungsfrestellungswirkung drittschutzwidriger (und damit „nichtiger“) HV-Beschlüsse grundsätzlich nicht anders zu beurteilen als im GmbH-Recht. Die Anordnung des § 84 Abs 4 Satz 1 AktG ändert daran wie erwähnt nichts, weil sie nur für das Aktienrecht klarstellen soll, was im älteren Aktienrecht und auch im GmbH-Recht schon zuvor anerkannt war. Diese Bestimmung verleitet freilich durch ihre ambivalente Formulierung zu einer unterschiedlichen Beurteilung der Haftungsfrestellungswirkung, die mangels rechtsforminduzierter Unterschiede aber unberechtigt ist.

8. Weitere Fragen: Ermächtigung, formlose Billigung und nachträgliche Genehmigung

Wie eingangs dargestellt, gibt es eine ganze Reihe weiterer Fragen iZm der Haftungsfrestellungswirkung von HV-Beschlüssen. Die vorgebrachten Einzelargumente und der Vergleich mit dem GmbH-rechtlichen Meinungsstand zeigen, dass (auch) diese Zweifelsfragen durchwegs (erst) durch § 84 Abs 4 Satz 1 AktG aufgeworfen wurden (und werden).³⁶²³ Auf drei ausgewählte Fragen wird in der Folge näher eingegangen.

Wie erwähnt lehnt die hL³⁶²⁴, die die Haftungsfrestellungswirkung auf die Folgepflicht zurückführt, eine Freistellung durch eine bloße (unverbind-

3623 Insoweit zutr zu nachträglichen Zustimmungsbeschlüssen *Dellinger* in FS Frotz 187 (210), der darauf hinweist, dass nachträgliche Zustimmungsbeschlüsse im GmbH-Recht von der hL ohne weiteres als haftungsbefreiend anerkannt werden. Das falle insofern leichter, als die Haftungsbefreiung im GmbH-Recht nicht ausdr geregelt ist, man sich also über den Wortlaut („beruht“) nicht erst hinwegsetzen müsse.

3624 S die Nw in Fn 3484.

liche) Ermächtigung ab. Nach der hier vertretenen Auffassung liegt die dogmatische Grundlage der Haftungsfreistellungswirkung jedoch in der Einwilligung der Gesellschaft in die Selbstschädigung. Problematisch scheint hier weniger die Kompetenz der HV zur Fassung eines Ermächtigungsbeschlusses (wogegen auch § 103 Abs 2 AktG nicht spricht), sondern die Rechtswirkungen eines solchen Beschlusses.³⁶²⁵ Wenn die HV es in der Hand hat, den Vorstand zu einem Verhalten zu verpflichten (§ 74 Abs 1 AktG), muss es ihr *a maiore ad minus* auch möglich sein, ihn bloß zu einer in Aussicht genommenen Maßnahme zu ermächtigen. Auch hier ist nicht ersichtlich, weshalb der Gesetzgeber die allgemeinen schadenersatzrechtlichen Rechtfertigungsgründe eingeschränkt haben soll.³⁶²⁶ Da durch eine Haftungsfreistellung keine geschützten Interessen verletzt werden, kann mE (wie im GmbH-Recht) auch eine bloße Ermächtigung die Vorstandschaft ausschließen.

Auch bei nachträglichen Genehmigungsbeschlüssen stellt sich zunächst die Vorfrage, ob die HV überhaupt zuständig ist. Diese Frage ist mE mit *G. Frotz*³⁶²⁷ zu bejahen, weil Genehmigungsbeschlüsse von § 103 Abs 1 AktG gedeckt sind (arg: „Über Fragen der Geschäftsführung kann die Hauptversammlung nur entscheiden [...]“). Wenngleich die HV seit dem AktG 1937/1938 grundsätzlich nicht in Geschäftsführungsangelegenheiten entscheidet, ist ihre Entscheidungsbefugnis bei Vorlage durch den Vorstand oder Aufsichtsrat (weiterhin) umfassend. Problematisch ist auch hier nicht die Zuständigkeit, sondern die Rechtswirkungen eines Genehmigungsbeschlusses im Hinblick auf § 84 Abs 4 Satz 1 AktG.³⁶²⁸ Diese Bestimmung soll aber wie erwähnt nur *deklarativ* die (scheinbare) Implikation des § 241 Abs 4 Satz 2 dHGB 1897 (§ 84 Abs 5 Satz 3 AktG) ausschließen, weil eine Freistellung gesetz- oder statutenwidriger Beschlüsse gegenüber der Gesellschaft Individualinteressen beeinträchtigen würde. Da § 84 Abs 4 Satz 1 AktG nur die bisherige Rechtslage klarstellen soll, lassen sich daraus keine darüberhinausgehenden Voraussetzungen für eine Haftungsfreistellung ableiten. Daher ist das Wortlautargument, ein (bloß) nachträglich genehmigtes Vorstandshandeln könne nicht auf dem Beschluss „beruhen“,³⁶²⁹ mE nicht nur verkürzend, weil es Wertungsge-

3625 Vgl auch *G. Frotz* in FS Wagner 137 (155) iZm der nachträglichen Genehmigung. *G. Frotz* leitet dies nicht wie hier aus § 74 Abs 1 AktG, sondern aus § 103 AktG iVm § 75 Abs 4 AktG ab: Wenn die HV Vorstandsmitgliedern mit Beschluss das Vertrauen entziehen kann, so müsse sich auch imstande sein, Vorstandsmitgliedern im Hinblick auf eine erfolgte Geschäftsführungsmaßnahme beschlussmäßig das Vertrauen auszusprechen und zu dokumentieren, dass deren Vornahme nach ihrer Rechtsansicht pflichtgemäß war. Vgl auch bereits *Schilling* in Großkomm AktG² (1961) § 84 Anm 36 (S 555), der eine Haftungsfreistellung dennoch ablehnte.

3626 Vgl zur GmbH etwa *Rauter*, *ecolex* 2012, 944 (945); s dazu schon oben bei Fn 3588 und Fn 3598.

3627 *G. Frotz* in FS Wagner 137 (155).

3628 So auch *G. Frotz* in FS Wagner 137 (155).

3629 S die Nw in Fn 3489.

sichtspunkte außer Acht lässt, die eine analoge Anwendung gebieten könnten,³⁶³⁰ sondern vor allem irrelevant, weil § 84 Abs 4 Satz 1 AktG nur eine Klarstellung ist. Im Übrigen dürfte die gesetzliche Diktion der intendierten Klarstellung geschuldet sein. So lautete (auch) § 241 Abs 4 Satz 2 dHGB 1897: „Die Ersatzpflicht wird **ihnen gegenüber** weder durch einen Verzicht der Gesellschaft noch dadurch aufgehoben, daß die Handlung auf einem Beschlusse der Generalversammlung **beruht**.“³⁶³¹ Diese Vorschrift hatte wohl den praktischen „Regelfall“ einer (verbindlichen) Weisung (im Vorhinein) im Auge.³⁶³² Auch § 25 Abs 5 GmbHG spricht davon, dass der Geschäftsführer „in Befolgung eines Beschlusses“ gehandelt hat. Demgemäß spricht auch § 84 Abs 4 Satz 1 AktG von einer Handlung, die auf einem HV-Beschluss „beruht“, weil dadurch § 241 Abs 4 Satz 2 dHGB 1897 auf das Verhältnis zur Gesellschaft erweitert werden sollte. Durch die Haftungsfreistellungswirkung einer nachträglichen Genehmigung wäre kein denkbare Schutzinteresse verletzt. Auch sonst ist mE keine Rechtfertigung ersichtlich, von allgemeinen Schadenersatzrechtlichen Grundsätzen abzuweichen.³⁶³³ Soweit Literaturstimmen³⁶³⁴ eine Haftungsfreistellung unter Berufung auf die Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG verneinen, ist dem entgegenzuhalten, dass zum einen nicht jede nachträgliche Genehmigung einer Vorstandshandlung zwangsläufig zugleich einen Verzicht auf Ersatzansprüche ist; nämlich dann nicht, wenn im Zeitpunkt der Genehmigung³⁶³⁵ noch kein Schaden entstanden ist.³⁶³⁶ Jedenfalls

3630 Insoweit krit auch G. Frotz in FS Wagner 137 (155 ff).

3631 Hervorhebungen durch den Verf.

3632 Ähnlich zu § 25 Abs 5 GmbHG *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 17.

3633 Dies umso mehr, wenn man mit der hier vertretenen Auffassung die Haftungsfreistellungswirkung von nachträglich unanfechtbar gewordenen, aber bereits ausgeführten, Beschlüssen bejaht. Denn insofern kann es wertungsmäßig keinen Unterschied machen, ob die Gesellschaft nachträglich durch die Unterlassung der Beschlussanfechtung oder durch die Fassung eines Genehmigungsbeschlusses über die Haftpflicht disponiert.

3634 S die Nw in Fn 3490.

3635 Dogmatisch könnte man darin eine rückwirkende Vereinbarung über die Rechtfertigung der Schädigungshandlung oder eine Verzeihung sehen (weiterführend etwa *Resch*, Einwilligung 43 ff).

3636 Vgl auch G. Frotz in FS Wagner 137 (162); *Dellinger* in FS Frotz 187 (211); *Schiemer*, AktG (1980) § 84 Anm 15.2; vgl auch *Haas/Wigand* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 20.81, die jedoch eine Haftungsfreistellung unter Berufung auf den Wortlaut („beruhen“) ablehnen. Abl *Cahn* in KK-AktG⁴ § 93 Rz 171, dem zufolge die Verfügungsbefugnis der HV über Ersatzansprüche der Gesellschaft sinnvollerweise nicht von der Frage abhängen könne, ob ein Schaden bereits entstanden ist oder nicht. Dass allein der Zeitpunkt der Pflichtverletzung maßgeblich ist, ergebe sich aus dem Zweck der Regelung. Die Tatsache des *fait accompli*, der bereits in der Pflichtverletzung liege, solle die HV nicht beeinflussen können und müsse daher den entscheidenden Einschnitt bilden.

Diese Argumentation überzeugt mE nicht (allg krit auch G. Frotz in FS Wagner 137 [157] zur ähnlichen Kommentierung von *Mertens* [in KK-AktG § 93 Anm 54 ff]).

insoweit können mE auch nachträgliche Genehmigungsbeschlüsse die Vorstandshaftung ausschließen. Zum anderen berücksichtigt das referierte Argument nicht den Wertungswiderspruch, dass die Gesellschaft (unter Wahrung des Gläubiger- und Aktionärsschutzes) zwar im Vorhinein durch Weisung oder Ermächtigung die Haftung ausschließen kann, dies hingegen nicht mehr möglich sein soll, sobald ein Ersatzanspruch entstanden ist.³⁶³⁷ Gewiss ist doch eine Vorausdisposition über (künftige) Ersatzansprüche die relativ stärker einschneidende Maßnahme, weshalb das Gesetz im Allgemeinen Vorausdispositionen strengerer Voraussetzungen unterwirft als Dispositionen im Nachhinein. Nähme man die Sperrfrist und ihre Implikation ernst, müsste man daher auch jede Haftungsfreistellung durch Weisung (Ermächtigung) verneinen. Wie sich aber unten noch zeigen wird, beruht die Sperrfrist auf einem Irrtum des Gesetzgebers, hat deshalb keinen (bewussten) Schutzzweck und lässt sich auch keinem denkbaren Schutzinteresse friktionslos zuordnen.³⁶³⁸ Deshalb verbietet es sich auch, aus der Sperrfrist Rückschlüsse auf die Zulässigkeit sonstiger Formen von Haftungsfreistellungen zu ziehen.³⁶³⁹

Schließlich führt nach mE zutr Ansicht (wie im GmbH-Recht) auch eine formlose Zustimmung aller Aktionäre oder des Alleinaktionärs zu einer

Da § 84 Abs 4 Satz 3 AktG einen bereits entstandenen Ersatzanspruch voraussetzt (arg: „nach fünf Jahren seit der Entstehung des Anspruchs“), wäre seine Anwendung auf die nachträgliche Genehmigung von Pflichtverletzungen methodologisch gesehen ein Analogieschluss. Es bleibt allerdings offen, warum dieser Sachverhalt planwidrig nicht von § 84 Abs 4 Satz 3 AktG erfasst sein soll. Auch die Vorfrage des Regelungszwecks der Sperrfrist bleibt offen. Dass die HV durch das „*fait accompli*“ der Pflichtverletzung nicht beeinflusst werden sollen (und wer dadurch geschützt werden soll), harrt einer Begründung. Eine Beeinflussung wäre allenfalls insofern denkbar, als es der Aktionärsmehrheit nach einer Pflichtverletzung (und erst recht nach Entstehung eines Ersatzanspruchs) eher um die Enthftung „ihrer“ Organmitglieder als um die Durchführung einer Geschäftsmaßnahme gehen könnte. Das würde aber allenfalls die Einschränkung einer HV-Disposition zum Schutz der verfolgungsberechtigten Aktionärs minderheit, aber nicht eine absolut wirkende Verzichts- und Vergleichssperre rechtfertigen. Wie unten noch zu begründen sein wird, dient die Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG aus ebendiesem Grund (entgegen der hM) nicht dem Minderheitenschutz. Ebenso wenig hat die Sperrfrist die Verhinderung von Dispositionen vor Überschaubarkeit des Schadensausmaßes zum Ziel (so aber die hL; zB auch *Mertens/Cahn* aaO Rz 183). Auch unter dieser (in Deutschland herrschenden) Normzweckprämisse wäre wertungsmäßig aber nicht ersichtlich, weshalb dann ein vor der Pflichtverletzung gefasster HV-Beschluss die Haftung ausschließen können soll. Wie unten noch zu zeigen sein wird, ist die Sperrfrist das Resultat eines gesetzgeberischen Versehens und hat (deshalb) überhaupt keinen Schutzzweck. Daher verbietet sich auch ihre erweiterte Anwendung, etwa in Form eines Analogieschlusses (*Quod vero contra rationem iuris receptum est non est producendum ad consequentias* [aus unsachgerechten Normen dürfen nicht noch weitere Folgerungen abgeleitet werden; vgl allg *Kramer*, Methodenlehre⁶ 244]).

3637 S dazu noch iZm abstrakten Haftungsmilderungen unten S 1087 ff.

3638 Zur Sperrfrist noch ausf unten S 950 ff.

3639 S auch soeben Fn 3636.

Enthaltung des Vorstands.³⁶⁴⁰ Dagegen spricht nicht, dass eine formlose Erklärung den Vorstand nicht zur Ausführung verpflichtet,³⁶⁴¹ denn auf die Folgepflicht kommt es wie gesagt nicht an. Dagegen schließt eine formlose Einwilligung oder Meinungsäußerung durch die HV (nicht aller Aktionäre) oder nur einzelner Aktionäre die Haftung nicht aus.³⁶⁴² Andernfalls liefe nämlich der Minderheiten- und Individualschutz leer, weil dieser an das Bestehen eines formellen Beschlusses anknüpft. Aus demselben Grund schließt auch eine hypothetische Zustimmung³⁶⁴³ die Haftung nicht aus, wobei anderes wohl für einen Alleingesellschafter gelten kann, wenn dessen Wille bekannt ist.³⁶⁴⁴ Auch in diesen Fragen spricht mE nichts dagegen, auf allgemeine schadenersatzrechtliche Grundsätze zu rekurrieren, soweit nicht aktienrechtliche Spezifika etwas anderes gebieten (wie zB der erwähnte Individual- und Minderheitenschutz). § 84 Abs 4 Satz 1 AktG steht dem als deklarative Regelung wie erwähnt nicht entgegen.

9. Synthese

Bislang wurden die einzelnen Normen untersucht, die eine Haftungsfreistellung durch HV-Beschluss regeln, nämlich § 84 Abs 5 Satz 3 AktG und § 84 Abs 4 Satz 1 AktG. Das Schrifttum problematisiert aber auch das Verhältnis dieser Bestimmungen zueinander und darüber hinaus das Verhältnis beider Bestimmungen zu § 74 Abs 1 AktG. Daher scheint es zweckmäßig, diese Normen iSe abschließenden synthetischen Gesamtbetrachtung einander gegenüberzustellen und voneinander abzugrenzen. Eine solche Betrachtung verspricht die weitere Förderung des Normverständnisses. Dabei werde ich vom oben entwickelten eigenen Normverständnis ausgehen, zugleich aber versuchen, im Dialog mit den Prämissen und dem Verständnis des Schrifttums zu bleiben.

3640 S die Nw in Fn 3491 f.

3641 So aber zB *Fleischer in Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 266 (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 327 [Stand 01.10.2023]); *Koch in Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 154 mwN (wegen der Herleitung aus § 83 Abs 2 dAktG).

3642 *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 84 Rz 115; *Kalss in MüKo AktG*⁶ § 93 Rz 454; *Fleischer in Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 266 (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 327 [Stand 01.10.2023]); *Spindler in MüKo AktG*⁶ § 93 Rz 296; *Koch in Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 154; *Hölters/Hölters in Hölters/Weber*, AktG⁴ § 93 Rz 280.

3643 Vgl *Cahn in KK-AktG*⁴ § 93 Rz 168 mwN; *Hefermehl in FS Schilling* 159 (154); *Schilling in Großkomm AktG*² (1961) § 84 Anm 32 (S 553 f).

3644 So schon *v Godin/Wilhelmi*, AktG² (1950) § 84 Anm 17 (S 365).

a) *Verhältnis des § 74 Abs 1 AktG zu den Dispositionsbeschränkungen (§ 84 Abs 4 Satz 1 und Abs 5 Satz 3 AktG)*

Wie erwähnt thematisiert das Schrifttum³⁶⁴⁵ zunächst das Verhältnis von § 74 Abs 1 AktG (§ 82 Abs 2 dAktG) einerseits zu § 84 Abs 4 Satz 1 (§ 93 Abs 4 Satz 1 dAktG) und andererseits zu § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (§ 93 Abs 5 Satz 3 dAktG). Nach der ersten Bestimmung ist der Vorstand gegenüber der Gesellschaft verpflichtet, Beschränkungen einzuhalten, die sich (ua) aus einem Beschluss der HV aufgrund § 103 Abs 2 AktG ergeben. § 83 Abs 2 dAktG normiert (zusätzlich), dass „[d]er Vorstand [...] verpflichtet [ist], die von der Hauptversammlung im Rahmen ihrer Zuständigkeit beschlossenen Maßnahmen auszuführen.“ Hierzulande ist man sich aber auch ohne Parallelnorm und trotz der (engeren) *verba legalia* (vgl auch § 20 Abs 1 GmbHG) einig, dass Vorstandsmitglieder zur Beschlussausführung verpflichtet sind.³⁶⁴⁶ Die zweitgenannten Bestimmungen wurden schon ausführlich behandelt: Ihnen zufolge schließt gegenüber der Gesellschaft nur ein gesetzmäßiger HV-Beschluss die Vorstandshaftung aus (§ 84 Abs 4 Satz 1 AktG); und den Gläubigern gegenüber wird die Haftung nicht dadurch aufgehoben, dass das Vorstands-handeln auf einem HV-Beschluss beruht (§ 84 Abs 5 Satz 3 AktG).

Das aktienrechtliche Schrifttum sieht in diesen Anordnungen einen Widerspruch. Denn Vorstandsmitglieder könnten schwerlich verpflichtet sein, Beschlüsse auszuführen, wenn sie dadurch zugleich gem § 84 Abs 4 Satz 1 AktG oder § 84 Abs 5 Satz 3 AktG ersatzpflichtig werden. Umgekehrt sei eine Haftung nicht vertretbar, wenn die Vorstandsmitglieder verpflichtet sind, den Beschluss auszuführen.³⁶⁴⁷ In diesem Dilemma stelle sich die Frage, wie die Anwendungsbereiche der Vorschriften gegeneinander abzugrenzen sei.³⁶⁴⁸ Der literarische Tenor lautet, dass einerseits eine Ausführungspflicht mit Blick auf § 84 Abs 4 Satz 1 AktG nur bei *gesetzmäßigen* HV-Beschlüssen (iSd § 84 Abs 4 Satz 1 AktG) besteht (weil Vorstandsmitglieder für nicht-gesetzmäßige Beschlüsse der Gesellschaft haften). Andererseits soll die Haftung bei Ausführung eines gesetzmäßigen Beschlusses mit Blick auf § 74 Abs 1 AktG nur ent-

3645 Vgl vor allem *Hefermehl* in FS Schilling (1973) 159 (159 f); *Fleischer*, BB 2005, 2025 (2025 ff); *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 293.

3646 Vgl etwa *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/817 mwN; *dies* in MüKo AktG⁶ § 83 Rz 30; *Deutsch/Leonhartsberger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 103 Rz 6 f; *Bydlinski/Potyka* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 103 Rz 18.

3647 *Hefermehl* in FS Schilling (1973) 159 (159, 164); *Fleischer*, BB 2005, 2025 (2026); *ders* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 83 Rz 8 mwN (nun *ders* in BeckOGK AktG § 83 Rz 8 [Stand 01.10.2023]); *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 293.

3648 Vgl *Hefermehl* in FS Schilling (1973) 159 (159 f) mwN, der von einem Wertungswiderspruch beider Vorschriften spricht; *Fleischer*, BB 2005, 2025 (2026); *ders* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 83 Rz 8 (nun *ders* in BeckOGK AktG § 83 Rz 8 [Stand 01.10.2023]) spricht von einer „*perplexe[n] Pflichtenlage*“, die § 93 Abs 4 Satz 1 dAktG heraufbeschwöre; vgl auch *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 293.

fallen, wenn die HV den Beschluss im Rahmen ihrer Zuständigkeit gefasst hat (weil nur ein solcher zur Ausführung verpflichtet)^{3649, 3650}.

Bevor auf das Normverhältnis näher eingegangen wird, ist die Bedeutung des § 74 Abs 1 AktG (§ 82 Abs 2 dAktG) zu klären. Diese Anordnung geht bereits auf Art 231 ADHGB 1861 zurück. Sie verpflichtet den Vorstand nicht zu „absolutem“ Gehorsam, ja sie ordnet nicht einmal explizit eine Ausführungspflicht an. Eine solche Pflicht ergibt sich vielmehr aus dem HV-Beschluss selbst.³⁶⁵¹ Dementsprechend ist die Wirksamkeit der Beschlusswirkung „Folgepflicht“ nach allgemeinen (rechtsgeschäftlichen) Grundsätzen und ausgehend vom Grundsatz der Privatautonomie danach zu beurteilen, ob ihr geschützte (zwingende) Interessen entgegenstehen. Nichts anderes sagt § 74 Abs 1 AktG, wenn er den Vorstand zur Einhaltung der Beschränkungen verpflichtet, *„die sich aus einem Beschluß der Hauptversammlung nach § 103 ergeben“*. Damit macht § 74 Abs 1 AktG nämlich die Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis von den Rechtswirkungen des konkreten HV-Beschlusses abhängig (arg: *„aus einem Beschluß [...] ergeben“*) und setzt dabei schon voraus, dass sich der HV-Beschluss innerhalb der gesetzlichen und statutarischen Schranken bewegt.³⁶⁵² Noch deutlicher kommt dies in der deutschen Parallelregelung (§ 82 Abs 2 dAktG) zum Ausdruck. Sie verpflichtet seit dem dAktG 1965 zur Einhaltung von Beschränkungen, *„die im Rahmen der Vorschriften über die Aktiengesellschaft“* (ua durch HV-Beschluss) getroffen wurden.³⁶⁵³ Auch § 83 Abs 2 dAktG (der kein Pen-

3649 Vgl Hefermehl in FS Schilling (1973) 159 (166): *„Nur den Vorstand bindende Beschlüsse der Hauptversammlung vermögen seine Haftung nach § 93 Abs. 2 AktG auszuschließen.“* S auch aaO 169, wonach kein Grund bestehe, Vorstandsmitglieder von ihrer Verantwortung zu befreien, wenn die HV zwar einen gesetzmäßigen, aber in keiner Weise bindenden Beschluss gefasst hat.

3650 So Hefermehl in FS Schilling (1973) 159 (159 f, 165 f); Spindler in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 293; Fleischer, BB 2005, 2025 (2025); ders in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 83 Rz 9 f mwN (nun ders in BeckOGK AktG § 83 Rz 8 [Stand 01.10.2023]); vgl auch Weber in Hölters/Weber, AktG⁴ § 83 Rz 7; Sailer-Coceani in K. Schmidt/Lutter, AktG⁴ § 93 Rz 63.

3651 Vgl Fleischer in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 83 Rz 7 (nun ders in BeckOGK AktG § 83 Rz 7 [Stand 01.10.2023]); dens, BB 2005, 2025 (2025).

3652 Vgl zum deutschen Recht zB Spindler in MüKo AktG⁶ § 82 Rz 30, wonach § 82 Abs 2 dAktG keine unmittelbare Rechtsgrundlage zur Beschränkung des Umfangs der Geschäftsführungsbefugnis vorsieht, sondern auf die Vorschriften verweist, die eine solche Beschränkung ermöglichen.

3653 Vgl dazu die AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 124: *„Absatz 2 gibt der Hauptversammlung oder dem Aufsichtsrat nicht das Recht, die Geschäftsführungsbefugnis beliebig zu beschränken. In welchem Umfang sie solche Beschränkungen treffen können, ergibt sich vielmehr aus anderen gesetzlichen Vorschriften (z.B. § 108 Abs 4.). Der Vorstand ist nur an Beschränkungen gebunden, die „im Rahmen der Vorschriften über die Aktiengesellschaft“ zulässig sind (Absatz 2).“* Vgl ähnlich einschränkend zu § 74 Abs 1 AktG 1937/1938 schon AmtlBegr AktG 1937/1938 175 (abgedr auch bei Klausling, AktG 60): *„Nur gegenüber der Gesellschaft kann der Vorstand verpflichtet*

dant im öAktG hat) stellt die Ausführungspflicht des Vorstands lediglich klar.³⁶⁵⁴ Sie trägt damit dem Umstand Rechnung, dass die HV vielfach nicht in der Lage ist, ihre eigenen Beschlüsse umzusetzen, und deshalb auf den Vorstand angewiesen ist.³⁶⁵⁵

Stellt man § 74 Abs 1 AktG den genannten Dispositionsbeschränkungen gegenüber, ist zunächst richtig, dass Vorstandsmitglieder nicht zur Ausführung von Beschlüssen verpflichtet sein können, für deren Ausführung sie nach den § 84 Abs 4 Satz 1 AktG und § 84 Abs 5 Satz 3 AktG gegenüber der Gesellschaft bzw den Gläubigern haften. Entgegen der Lit³⁶⁵⁶ ergibt sich das aber (zumindest nicht primär) aus dem andernfalls drohenden „Haftungsdilemma“ für die Vorstandsmitglieder, sondern unmittelbar aus den Schutzinteressen, die einer Ausführungspflicht entgegenstehen.³⁶⁵⁷ Denn § 84 Abs 4 Satz 1 AktG und § 84 Abs 5 Satz 3 AktG stellen klar, dass eine Haftungsfreistellung durch Ausführung anfechtbarer und nichtiger Beschlüsse ausgeschlossen ist, weil und soweit diese den Interessen der (noch anfechtungsberechtigten) Aktionäre und der Gesellschaftsgläubigern zuwiderlaufen würde. Soweit diese Interessen den Ausschluss einer Haftungsfreistellungswirkung gebieten, muss natürlich auch eine Folgepflicht ausgeschlossen sein, weil diese eine hinreichende Bedingung für die Freistellung ist. Die genannten Schutzinteressen gebieten also die Unwirksamkeit der Beschlusswirkung „Folgepflicht“. Zusammengefasst ergibt sich das Fehlen einer Folgepflicht nicht aus dem Ausschluss der Haftungsfreistellung, sondern *beides* ergibt sich aus dem Schutzzweck der jeweiligen Organpflicht. Dieser Schutzzweck kommt in § 84 Abs 5 Sätze 1 f iVm Satz 3 AktG formal zum Ausdruck. Im älteren Aktienrecht war diese Anordnung noch notwendig, weil nach damaliger Überzeugung rechtswidrige Beschlüsse nur mittels „Anfechtungsklage“ bekämpfbar waren.³⁶⁵⁸ Da sie bis dahin verbindlich und haftungsfreistellend gewesen wären, musste der Gesetzgeber zum Schutz von Individual- und Drittinteressen die Haftung trotz Beschlussausführung

sein, Beschränkungen einzuhalten, die die Satzung, der Aufsichtsrat oder die Hauptversammlung im Falle des § 103 Abs. 2 vorgeschrieben haben.“

3654 Fleischer in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 83 Rz 2 (nun ders in BeckOGK AktG § 83 Rz 2 [Stand 01.10.2023]); ders, BB 2005, 2025 (2025); Koch in Koch, AktG¹⁷ § 83 Rz 5; Spindler in MüKo AktG⁶ § 83 Rz 4; ausdr AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 124: „Absatz 2 stellt klar, daß der Vorstand verpflichtet ist, diese sich aus dem Beschluß der Hauptversammlung ergebenden Ausführungshandlungen vorzunehmen.“

3655 Vgl nur Spindler in MüKo AktG⁶ § 83 Rz 1; Fleischer in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 83 Rz 1 (nun ders in BeckOGK AktG § 83 Rz 1 [Stand 01.10.2023]); AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 124: „Hauptversammlungsbeschlüsse bedürfen bisweilen nicht nur einer Vorbereitung, sondern auch einer Ausführung, um rechtswirksam zu werden. In Betracht kommen etwa eine Anmeldung des Beschlusses zur Eintragung in das Handelsregister oder die Abgabe einer Willenserklärung für die Gesellschaft.“

3656 S oben bei Fn 3648.

3657 Vgl ähnlich schon zu § 25 Abs 5 GmbHG oben S 256 ff.

3658 S dazu insb schon oben S 886 ff.

anordnen. Der im Schrifttum problematisierte Widerspruch existierte somit nur im älteren Aktienrecht, und dort war er ein *bewusster*: Gerade *weil* die Vorstandsmitglieder zur Ausführung (auch rechtswidriger) Beschlüsse verpflichtet waren, hat der Gesetzgeber die Ausführung mit einer Haftung belegt. Von diesem Haftungsdilemma konnten sich die Vorstandsmitglieder durch die Anfechtung des Beschlusses befreien. Seit der Anerkennung absolut nichtiger Beschlüsse hat wie erwähnt sowohl die Haftungsanordnung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (vgl auch § 25 Abs 5 GmbHG) als auch das Anfechtungsrecht einzelner Organmitglieder (§ 196 Abs 1 Z 5 AktG; vgl auch § 41 Abs 3 GmbHG) ihre ursprüngliche Funktion verloren. Daher stellt § 84 Abs 4 Satz 1 AktG für das Verhältnis zur Gesellschaft wie erwähnt auch nur klar, was § 84 Abs 5 Satz 3 AktG gegenüber den Gläubigern anordnet. Nach heutigem Beschlussmängelrecht schlagen indisponible Schutzinteressen unmittelbar auf die Beschlusswirkung durch, weshalb weder anfechtbare noch drittschutzwidrige Beschlüsse ausführungspflichtig sind und die Haftung ausschließen. Daher ergibt sich das Fehlen einer Folgepflicht wie gesagt unmittelbar aus dem Normzweck, der (nur noch deklarativ) in § 84 Abs 5 AktG Ausdruck kommt. Ein Haftungsdilemma kann heute nicht mehr entstehen. Der Lehre ist im Ergebnis daher (nur) darin beizupflichten, dass Beschlüsse, für deren Ausführung die Vorstandsmitglieder ersatzpflichtig werden, nicht gleichzeitig zur Ausführung verpflichtet können (wobei es sich wie gesagt um eine Selbstverständlichkeit handelt).³⁶⁵⁹ Dagegen teile ich zweite Einschränkung der Lit insoweit nicht, als die Haftungsfreistellung von einer Ausführungspflicht abhängig gemacht wird. Wie erwähnt ist die Ausführungspflicht mE zwar eine hinreichende, aber keine notwendige Bedingung der Freistellungswirkung; dies ist vielmehr die enthaltene Einwilligung in die Schädigung.³⁶⁶⁰

3659 Zumindest in Bezug auf nichtige Beschlüsse dürfte die Argumentation auch zirkulär sein. Denn wie oben erläutert, schließt § 84 Abs 4 Satz 1 AktG eine Haftungsfreistellungswirkung nichtiger Beschlüsse gegenüber der Gesellschaft wohl nur deshalb aus, weil nichtige Beschlüsse nicht zur Ausführung verpflichten. Damit dürfte der Gesetzgeber implizit die damalige (und noch heute herrschende) Lehrmeinung übernommen haben, dass eine Freistellung eine Ausführungspflicht voraussetzt. Der Ausschluss einer Freistellung durch nichtige Beschlüsse gem § 84 Abs 4 Satz 1 AktG, dessentwegen die Lit eine Folgepflicht ablehnt, dürfte also das Fehlen einer Folgepflicht schon voraussetzen.

3660 Daraus ergeben sich bei (bloß) anfechtbaren Beschlüssen keine Abweichungen von der hL, weil das Interesse der (noch anfechtungsberechtigten) Aktionäre tatsächlich die Haftung (dh die Unwirksamkeit der Einwilligung in die Schädigung) verlangt. Allerdings gebietet der Verbotszweck bei drittschutzwidrigen Beschlüssen nicht, dass neben der Folgepflicht auch die Einwilligung in die Schädigung (zur Gänze) nichtig ist. Wie schon zu § 84 Abs 4 Satz 1 AktG ausgeführt, stecken § 84 Abs 5 Sätze 1 f AktG die Grenzen ab, innerhalb derer der Gesetzgeber ein Schutzbedürfnis der Gesellschaftsgläubiger an einer indisponiblen Vorstandshaftung anerkennt.

**b) Verhältnis der Dispositionsbeschränkungen zueinander
(§ 84 Abs 4 Satz 1 und Abs 5 Satz 3 AktG)**

Auch das Verhältnis zwischen § 84 Abs 4 Satz 1 AktG und § 84 Abs 5 Satz 3 AktG bereitet Probleme. Die erste Bestimmung wurde mit dem AktG 1937/1938 neu geschaffen, die zweite stammt aus dem älteren Aktienrecht (§ 241 Abs 4 Satz 2 dHGB 1897³⁶⁶¹). Dadurch entstand (scheinbar) ein unlösbarer Widerspruch, denn auf den ersten Blick setzt § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (wie § 25 Abs 5 GmbHG) voraus, dass gläubigerschutzwidrige HV-Beschlüsse die Vorstandshaftung grundsätzlich ausschließen, wäre doch andernfalls der Ausschluss der Haftungsfreistellungswirkung im Verhältnis zu den Gläubigern (bei Befriedigungsunmöglichkeit) überflüssig.³⁶⁶² Nun scheint aber im Aktienrecht § 84 Abs 4 Satz 1 AktG positiv anzuordnen, was im GmbH-Recht nach allgemeinen Grundsätzen für Irritation sorgt, nämlich, dass nichtige HV-Beschlüsse (und das sind gläubigerschutzwidrige Beschlüsse unstrittig) die Haftung schon gegenüber der Gesellschaft (bei Befriedigungsmöglichkeit) nicht ausschließen. Damit stellt sich auch im Aktienrecht die Frage, ob § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (insb angesichts § 84 Abs 4 Satz 1 AktG) überhaupt noch einen Anwendungsbereich hat.³⁶⁶³

Ein in der Lit verbreitetes³⁶⁶⁴ Diktum lautet, dass die Ausführung eines gesetzmäßigen HV-Beschlusses die Haftung gem § 84 Abs 4 Satz 1 AktG nur gegenüber der Gesellschaft ausschließt, aber nicht gegenüber den Gläubigern, weil § 84 Abs 5 Satz 3 AktG die Haftung auch bei Ausführung *gesetzmäßiger* HV-Beschlüsse anordne.³⁶⁶⁵ Immerhin beschränkt sich § 84 Abs 5 Satz 3 AktG

Daher sind mE zwar nur, aber eben nicht *alle* iSd § 84 Abs 4 Satz 1 AktG gesetzmäßigen (haftungsausschließenden) Beschlüsse zugleich verbindlich (Folgepflicht).

3661 „Die Ersatzpflicht wird ihnen gegenüber weder durch einen Verzicht der Gesellschaft noch dadurch aufgehoben, daß die Handlung auf einem Beschlusse der Generalversammlung beruht.“

3662 So zB Hefermehl in FS Schilling 159 (161).

3663 Vgl etwa Dellinger in FS Frotz 187 (208): „Damit stellt sich die Frage, ob der Anwendungsausschluß [sc § 84 Abs 5 Satz 3 AktG] hinsichtlich der Hauptversammlungsbeschlüsse überhaupt irgendeinen Anwendungsbereich hat.“

3664 Vgl schon Dellinger in FS Frotz 187 (208): nicht selten anzutreffende Formulierung.

3665 Vgl schon Geßler, JW 1937, 497 (503); Schlegelberger et al, AktG³ § 84 Anm 25 (S 314 f); v Godin/Wilhelmi, AktG² (1950) § 84 Anm 17 (S 364): „Gegenüber der Gesellschaft, nicht aber gegenüber den Gläubigern, kann sich das Vorstandsmitglied darauf berufen, daß die Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschluß der Hauptversammlung beruht.“ So wohl auch schon Ritter, AktG² (1939) § 84 Anm 6.a) (S 280); Weipert in Gadow e al, AktG (1939) § 84 Anm 31 (S 327). So wohl auch schon Pisko, Lehrbuch (1923) 432; Baumbach, AktG³ (1939) § 84 Anm 6 A. (S 173); Schilling in Großkomm AktG² (1961) § 84 Anm 31 (S 552). Vgl insb Hefermehl in FS Schilling 159 (159): „Den Nichteintritt der Haftung beschränkt das Gesetz auf die Haftung gegenüber der Gesellschaft. Den Gläubigern gegenüber kann eine Ersatzpflicht der Vorstandsmitglieder nach § 93 Abs. 5 Satz 3 AktG auch eintreten, wenn die Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschluß der Hauptversammlung beruht.“

(anders als § 84 Abs 4 Satz 1 AktG) nicht auf gesetzwidrige Beschlüsse, sondern schließt eine Haftungsfrestellungswirkung scheinbar undifferenziert für alle HV-Beschlüsse aus (arg: „auf einem Beschluß der Hauptversammlung“).³⁶⁶⁶ Dieses Verständnis mündet zwangsläufig in einen Widerspruch. Wie oben erläutert, sind nach hL³⁶⁶⁷ *nur ausführungspflichtige* HV-Beschlüsse gesetzmäßig iSd § 84 Abs 4 Satz 1 AktG und damit haftungsfrestellend. Die dL erkennt auch, dass ein Verhalten, zu dem der Vorstand verpflichtet ist, zugleich auch gegenüber den Gläubigern gerechtfertigt ist, weshalb Vorstandsmitglieder ihnen gegenüber nicht gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG haften können.³⁶⁶⁸ Unter dieser Annahme (Folgepflicht als Voraussetzung für die Frei-

Der Ausschluss der Haftung sei für einen gesetzwidrigen Beschluss ohnehin evident, weil durch ihn schon die Haftung gegenüber der Gesellschaft nicht entfalle. Bedeutung gewinne die Verneinung des Haftungsausschlusses (Anm: gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG) demnach nur für gesetzmäßige Beschlüsse. S auch aaO 164, 170 f. Vgl auch *Cahn* in KK-AktG⁴ § 93 Rz 178: „Nach Abs. 5 Satz 3 bleibt die Haftung der Verwaltungsmitglieder gegenüber Gläubigern der Gesellschaft, die berechtigt sind, deren Ersatzanspruch geltend zu machen, auch dann erhalten, wenn ihr Verhalten auf einem gesetzmäßigen Beschluss der Hauptversammlung beruht.“ Der Gesetzgeber halte offenbar nicht für ausgeschlossen, dass ein HV-Beschluss selbst gesetzmäßig ist, obwohl dieser von der Verwaltung ein gläubigerschutzwidriges Verhalten fordert. Vgl auch *Hopt/Roth* in Großkomm AktG⁵ § 93 Rz 492; *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 344 und § 83 Rz 19; *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 172; *Hölters/Hölters* in *Hölters/Weber*, AktG⁴ § 93 Rz 313; *Grigoleit/Tomasic* in *Grigoleit*, AktG² § 93 Rz 133 unter Berufung auf den Wortlaut; allerdings werde dadurch die Vorstandshaftung iE kaum erweitert, weil der Vorstand zur Durchführung gesetzmäßiger HV-Beschlüsse grundsätzlich verpflichtet sei und daher nicht pflichtwidrig handle. *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 413; *Felzl* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 9/420; *Wigand*, Verzicht, Vergleich und sonstige Haftungsbeschränkungen 380 f; *Bank* in *Patzina et al*, Haftung von Unternehmensorganen Kap 17 Rz 10; *Streyl/Schaper*, ZIP 2017, 410 (414); *Golling*, Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit 91; so wohl auch *Dietz-Vellmer*, NZG 2014, 721 (729); *Hämmerle*, Handelsrecht (1959/1960) 565; *Schlosser*, Organhaftung 115: „Abs 5 Satz 3 stellt klar, dass der rechtmäßige Beschluss der Hauptversammlung gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft keine Wirkung hat.“ So wohl auch *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/817; *G. Frotz* in FS Wagner (1987) 137 (160); *G. Frotz* in FS Wagner 137 (160) insb Fn 66: „Gemeint sind hier keineswegs nur gesetzwidrige, sondern auch gesetzmäßige Hauptversammlungsbeschlüsse [...]“. So auch *Dellinger* in FS Frotz 187 (205 ff); *Told/Warto* in *Harrer/Neumayr/Told*, Organhaftung 3 (120).

3666 Vgl zB *Hefermehl* in FS Schilling (1973) 159 (159, 164). S dazu noch in Fn 3680 und die dort zitierten Nw.

3667 S schon Fn 3451 f.

3668 Vgl zB *Hefermehl* in FS Schilling 159 (164 f, 169), demzufolge es an einem pflichtwidrigen Verhalten als Voraussetzung für eine Haftung gegenüber den Gläubigern grundsätzlich mangeln werde, wenn das Vorstandsmitglied einen HV-Beschluss ausführt, zu dessen Ausführung es verpflichtet ist. Vgl auch *G. Frotz* in FS Wagner 137 (160): Dass das Gesetz zugunsten der Gläubiger eine Haftung für pflichtgemäßes, rechtmäßiges Verhalten hätte einführen wollen, sei „eine blasphemische Be-

stellung) habe § 84 Abs 5 Satz 3 AktG keinen nennenswerten Anwendungsbereich mehr.³⁶⁶⁹ Während ein Teil der Lehre³⁶⁷⁰ diese Rechtslage hinzunehmen scheint, nimmt ein anderer Teil³⁶⁷¹ den geschilderten Widerspruch zum An-

hauptung, die man ohne ausdrückliche Bestätigung des Gesetzgebers nicht für richtig halten kann.“ Eine solche Bestätigung gebe es nicht. Vgl auch *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 293, 344 und § 83 Rz 18 f; *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 172; *Grigoleit/Tomasic* in *Grigoleit*, AktG² § 93 Rz 133; *Sailer-Coceani* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG⁴ § 93 Rz 71. Vgl idS auch schon AmlBegr zum AktG 1937/1938 181: „Gegenüber den Gläubigern kann eine Ersatzpflicht des Vorstands, wie im geltenden Recht, auch bestehen, wenn die Handlung auf einem Beschluß der Hauptverhandlung [sic!] beruht. Auch hier ist immer ein Verschulden des Vorstands Voraussetzung der Verantwortlichkeit. Hat der Vorstand einen gesetzmäßigen Beschluß der Hauptversammlung über Geschäftsführungsfragen ausgeführt, an den er nach § 74 Abs. 1 gebunden ist, so kann er allein durch die Ausführung eines solchen Beschlusses seine Obliegenheiten nicht verletzt haben und daher den Gläubigern auch nicht ersatzpflichtig werden.“ Vgl aus der Lit zum dAktG 1937 zB *Schlegelberber et al*, AktG³ § 84 Anm 25 (S 314 f); zum dHGB 1897 bereits *Staub/Pisko*, ADHGB I² (1908) Art 241 Anm 10 (S 845 f). Vgl aber auch *Cahn* in KK-AktG⁴ § 93 Rz 178 aE, nach dem der Gesetzgeber offenbar die Möglichkeit nicht für ausgeschlossen hält, dass ein HV-Beschluss selbst gesetzmäßig ist, obwohl er von der Verwaltung ein gläubigerschutzwidriges Verhalten verlangt. Abl *Dellinger* in FS Frotz 187 (205, 207 f, 209): „Ein Beschluß, der vom Vorstand eine Verletzung gläubigerschützender Pflichten verlangt, kann definitionsgemäß niemals ‚gesetzmäßig‘ sein. Ein solcher Beschluß wäre vielmehr gemäß § 199 Abs 1 Z 3 AktG nichtig.“ (aaO 209).

3669 Vgl zB *Dellinger* in FS Frotz 187 (208), wonach man meinen könnte, der Gesetzgeber habe lediglich verdeutlichen wollen, dass „nicht gesetzmäßige“ Beschlüsse den Gläubigern gegenüber *jedenfalls* unbeachtlich sind. Bei einem solchen klarstellenden Charakter hätte diese Variante des „Einwendungsausschlusses“ *Dellinger* zufolge keine rechtliche Bedeutung, was nicht vorschnell angenommen werden solle. Tatsächlich ergebe die Eingrenzung der haftungsausschließenden Wirkung eines gesetzmäßigen HV-Beschlusses auf das Verhältnis zur AG nur dann einen Sinn, wenn der Haftungsausschluss nicht stets das Bestehen einer Folgepflicht voraussetzt (aaO 210). Nur wenn das schadensstiftende Vorstandsverhalten nicht dadurch allseitig gerechtfertigt war, dass der Vorstand aufgrund eines vorausgehenden gesetzmäßigen HV-Beschlusses verpflichtet war, sich gerade so zu verhalten, wie er es getan hat, könne für die Ersatzpflicht im Verhältnis zur Gesellschaft anderes gelten als im Verhältnis zu den Gläubigern.

3670 Vgl zB *Grigoleit/Tomasic* in *Grigoleit*, AktG² § 93 Rz 133; idS wohl auch *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 344 und § 83 Rz 19. S auch die anderen Nw in Fn 3665.

3671 Vgl insb *Dellinger* in FS Frotz 187 (209) unter Berufung G. Frotz in FS Wagner 137 (155 ff). Nach *Dellinger* bleibt unter der Annahme einer Freistellung durch einen nachträglichen Zustimmungsbeschluss der HV (gestützt auf Treu und Glauben) Raum zB für einen wirklich nur der Gesellschaft gegenüber wirksamen Haftungsausschluss. Dieser von Frotz (aaO) vorgedachten Ansicht sei zu folgen, „[u]m de Einwendungsausschluß des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG einen Sinn zu bewahren“. Dass § 84 Abs 5 Satz 3 AktG ein Anwendungsbereich erhalten werden soll, klingt auch bei Frotz (aaO 160) bereits an. Ihm zufolge sei zweifelhaft, ob die Ansicht *Hefermehls*, wonach die Freistellung ein Korrelat der Folgepflicht voraussetzt, die einschlägige gesetzliche Regelung (Frotz meint wohl § 84 Abs 4 Satz 1 AktG) reibungs-

lass, die Prämisse, nur ausführungspflichtige Beschlüsse könnten die Haftung ausschließen, in Frage zu stellen. Vertreter dieser Strömung wollen dem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG einen Anwendungsbereich durch die Annahme bewahren, dass es unverbindliche Beschlüsse gebe, die die Haftung zwar gegenüber der Gesellschaft gem § 84 Abs 4 Satz 1 AktG ausschließen (also „gesetzmäßig“ sind), die aber zugleich gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG die Haftung nicht gegenüber den Gesellschaftsgläubigern ausschließen. Das soll zB für (nachträgliche) Zustimmungsbeschlüsse und Ermächtigungsbeschlüsse gelten.³⁶⁷² Bisweilen wurde wegen des drohenden Haftungsdilemmas sogar vorgeschlagen, dass der Vorstand gesetzmäßige Beschlüsse nicht ausführen muss.³⁶⁷³ Die literarische Bestandsaufnahme kann mit dem Ergebnis schließen, dass über das Verhältnis von § 84 Abs 4 Satz 1 AktG und § 84 Abs 5 Satz 3 AktG wenig Klarheit besteht.³⁶⁷⁴ Im Folgenden wird der Versuch unternommen, die normativen Fronten zu klären.

Aufgrund der bisherigen Erkenntnisse kann vorweggenommen werden, dass der skizzierte Widerspruch zwischen § 84 Abs 4 Satz 1 AktG und § 84 Abs 5 Satz 3 AktG, wie bereits angedeutet, nur ein scheinbarer ist. Denn § 84 Abs 5 Satz 3 AktG hat heute von vornherein keinen (konstitutiven) Anwendungsbereich mehr. Aus der Norm kann nicht (mehr) abgeleitet werden, dass von ihr erfasste HV-Beschlüsse (§ 84 Abs 5 Sätze 1 f AktG) *grundsätzlich* (dh ohne diese Anordnung) die Haftung der Vorstandsmitglieder ausschließen würden (anders noch die jeweiligen Vorgängerbestimmungen im älteren Aktienrecht, als die absolute Beschlussnichtigkeit noch nicht anerkannt war). Mit der Anerkennung absolut nichtiger Beschlüsse hat § 84 Abs 5 Satz 3 AktG wie

los erklären kann. Dass das Gesetz zugunsten der Gläubiger eine Haftung für pflichtgemäßes, rechtmäßiges Verhalten hätte einführen wollen, sei „*eine blasphemische Behauptung, die man ohne ausdrückliche Bestätigung des Gesetzgebers nicht für richtig halten kann.*“ Eine solche Bestätigung gebe es nicht. Deshalb liege der Grund für die Freistellung im alten Treu-und-Glauben-Gedanken, weshalb auch eine nachträgliche Genehmigung die Haftung ausschließen könne. Diese Ansicht bezeichnete *Dellinger* (in FS Frotz 187 [209]) später als ein „*Ergebnis, welches dem Einwendungsausschluss gegenüber den Gläubigern gemäß § 84 Abs 5 Satz 3 AktG einen Anwendungsbereich erhält.*“

3672 Für beide Beschlussarten *Dellinger* in FS Frotz 187 (210) unter Hinweis auf *G. Frotz* in FS Wagner 137 (155 ff), der eine Haftungsfreistellung durch nachträglichen Zustimmungsbeschluss im Grundsatz bejaht. Tendenziell für eine bloße Billigung auch noch *Grigoleit/Tomasic* in *Grigoleit*, AktG¹ § 93 Rz 76 aE (soweit ersichtlich nicht mehr vertreten in der Folgeaufl [Rz 133]).

3673 Vgl etwa *Godin/Wilhelmi*, AktG² (1950) § 84 Anm 17 (S 365); krit *Schilling* in Großkomm AktG² (1961) § 84 Anm 36a (S 555); vgl (*arguendo*) *Hefermehl* in FS Schilling 159 (165): Wäre ein Vorstandsmitglied auch für den Inhalt und die Wirkungen eines Beschlusses verantwortlich, den die HV im Rahmen ihrer Zuständigkeit erlassen hat, so müsste es auch das Recht haben, zur Vermeidung seiner persönlichen Ersatzpflicht die Ausführung eines solchen Beschlusses zu verweigern. Vgl dazu auch Fn 3559.

3674 Vgl zB *Hopt/Roth* in Großkomm AktG⁵ § 93 Rz 492: „*Die genaue Bedeutung dieser Norm ist unklar.*“

erwähnt seine ursprüngliche (konstitutive) Funktion verloren. Denn die Unwirksamkeit gläubigerschutzwidriger Beschlüsse ergibt sich seitdem nicht mehr konstitutiv aus § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (wenngleich diese Bestimmung die Voraussetzungen und Reichweite des gesetzlich anerkannten Gläubigerschutzes und damit auch die Reichweite der Nichtigkeitsfolge absteckt), sondern allgemein aus dem Verbotszweck der übertretenen Gläubigerschutzvorschriften (vgl § 199 Abs 1 Z 3 AktG; § 879 Abs 1 ABGB). Dass § 84 Abs 5 Satz 3 AktG heute leerläuft und allenfalls Klarstellungsfunktion hat, ist daher bloß dem beschlussmängelrechtlichen „Fortschritt“ zuzuschreiben.³⁶⁷⁵ Daher kann die Anordnung des § 84 Abs 4 Satz 1 AktG auch nicht mit § 84 Abs 5 Satz 3 AktG in Widerspruch stehen. Selbst wenn § 84 Abs 4 Satz 1 AktG die Haftungsfreistellung von HV-Beschlüssen im Anwendungsbereich des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG konstitutiv ausschließen würde (was sie im Übrigen nicht tut; s auch sogleich), hätte § 84 Abs 5 Satz 3 AktG *nicht erst deshalb* keinen Anwendungsbereich mehr; vielmehr hätte dann aus denselben Gründen auch § 84 Abs 4 Satz 1 AktG keinen (konstitutiven) Anwendungsbereich mehr.

Im Übrigen normiert § 84 Abs 4 Satz 1 AktG bei genauerem Hinsehen gar nicht den Ausschluss einer Haftungsfreistellung im Anwendungsbereich des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG. Denn nach § 84 Abs 4 Satz 1 AktG ist die Haftung bei Ausführung eines (gesetzmäßigen) HV-Beschlusses „[d]er Gesellschaft gegenüber“ ausgeschlossen. Gemeint ist damit die Situation, dass die Gläubiger von der Gesellschaft Befriedigung erlangen können. Über eine Haftungsfreistellung im Fall der Befriedigungsunmöglichkeit (§ 84 Abs 5 Satz 1 AktG) trifft § 84 Abs 4 Satz 1 AktG so gesehen keine Aussage. Schon deshalb kann § 84 Abs 4 Satz 1 AktG nicht in Widerspruch zu § 84 Abs 5 Satz 3 AktG stehen (wobei beide Anordnungen wie gesagt ohnedies keinen konstitutiven Anwendungsbereich mehr haben können). Dass sich § 84 Abs 4 Satz 1 AktG nur auf das Verhältnis zur Gesellschaft (Befriedigungsmöglichkeit) bezieht, erklärt sich durch den oben schon herausgearbeiteten Regelungszweck. Wie erwähnt sollte sich die Anordnung der Haftung trotz Beschlussausführung (vgl § 84 Abs 5 Satz 3 AktG) ursprünglich auch auf die

3675 Einen (konstitutiven) Anwendungsbereich könnte man § 84 Abs 5 Satz 3 AktG nur durch die Annahme verschaffen, dass gläubigerschutzwidrige (§ 84 Abs 5 Sätze 1 f AktG) HV-Beschlüsse die Vorstandshaftung (auch bei Befriedigungsunmöglichkeit) grundsätzlich ausschließen (nach der Prämisse der hL also ausführungspflichtig sind; nach der hier vertretenen Ansicht müsste zumindest die Einwilligung in die Schädigung insoweit wirksam sein). Denn das ist die beschlussmängelrechtliche Ausgangslage, die eine Anordnung wie § 84 Abs 5 Satz 3 AktG notwendig gemacht hat (s Fließtext). Das wird natürlich nirgends (mehr) vertreten. Das Schrifttum argumentiert vielmehr, dass sich § 84 Abs 5 Satz 3 AktG nicht auf verbindliche Beschlüsse beziehen kann, weil die Ausführungspflicht das beschlussmäßig angeordnete Verhalten auch gegenüber den Gläubigern legitimiert (genau das müsste man aber wie gesagt annehmen, um § 84 Abs 5 Satz 3 AktG einen [konstitutiven] Anwendungsbereich zu verschaffen).

Gesellschaft beziehen.³⁶⁷⁶ Allerdings schränkten die Entwurfsverfasser diese Anordnung auf das Verhältnis zu den Gläubigern ein (vermutlich weil sie verabsäumten, das Anfechtungsrecht einzelner Vorstandsmitglieder aus dem ROHG-Entwurf zu übernehmen). Diese Einschränkung veranlasste (bestätigt durch die insoweit fragwürdigen Motive) zum Umkehrschluss, dass gegenüber der Gesellschaft auch rechtswidrige Beschlüsse die Haftung ausschließen. Da dies jedoch das Anfechtungsrecht der Aktionäre beschnitten hätte, regte sich in der Lit berechtigte Kritik. Und diese Kritik wollte der Gesetzgeber von 1937/1938 mit § 84 Abs 4 Satz 1 AktG richtig besehen klarstellen (arg: AmtlBegr „*klargestellt*“).³⁶⁷⁷ Allerdings legt § 84 Abs 4 Satz 1 AktG (mE zu Unrecht) zugrunde, dass eine Haftungsfreistellung eine Folgepflicht voraussetzt.³⁶⁷⁸ Die Anordnung und Begründung des § 84 Abs 4 Satz 1 AktG zeigt, dass der Gesetzgeber von 1937/1938 erkannte, dass § 84 Abs 5 Satz 3 AktG nur noch klarstellende Funktion haben konnte (zumal das AktG 1937/1938 erstmals die Nichtigkeit ausdrücklich regelte). Der Gesetzgeber wollte also mit § 84 Abs 4 Satz 1 AktG die Anordnung auf das Verhältnis zur Gesellschaft „spiegeln“ und damit die (früher unvollständige) Rechtslage vervollständigen. Dadurch sollte der unzutr (aber früher gezogene) Umkehrschluss verhindert werden, wonach gesetzwidrige HV-Beschlüsse, für deren Ausführung § 84 Abs 5 Satz 3 AktG die Haftung gegenüber den Gläubigern anordnet, gegenüber der Gesellschaft jedenfalls die Haftung ausschließen.³⁶⁷⁹ Der Grund für

3676 Bereits der Vorschlag des ROHG-Gutachtens (abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 219) und der erste Reformentwurf aus 1882 (abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 283) ordneten an, dass Vorstandsmitglieder nicht von der Haftung frei werden, wenn sie einen gesetz- oder statutenwidrigen Beschluss ausführen (vgl Art 241 Abs 3 des Entwurfs eines Gesetzes, betreffend die KGaA und AG [1882], abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 282 f: „*Mitglieder, welche ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft solidarisch für den dadurch entstandenen Schaden. Die Haftpflicht wird dadurch nicht aufgehoben, daß die Handlung auf einem gesetz- oder statutenwidrigen Beschluß der Generalversammlung beruht.*“). Gleichbedeutend ist die Anordnung, dass nur gesetzmäßige (dh weder nichtige noch anfechtbare) Beschlüsse die Haftung ausschließen.

3677 Vgl AmtlBegr AktG 1937/1938 181 (abgedr auch bei *Klausning*, AktG 71), arg: „*klargestellt*“; so auch *Hopt/Roth* in *Großkomm AktG*⁵ § 93 Rz 470, jedoch mit der (engeren) Begründung, dass der Vorstand für gem § 83 Abs 2 dAktG ausführungspflichtige Beschlüsse ohnedies nicht hafte. Das greift mE zu kurz, weil § 84 Abs 4 Satz 1 AktG auch eine Haftungsfreistellung durch rechtswidrige, nämlich unanfechtbare und (teil)nichtige (dazu noch sogleich unten), Beschlüsse nicht ausschließt.

3678 Zur Haftungsfreistungswirkung drittschutzwidriger („nichtiger“) HV-Beschlüsse trotz § 84 Abs 4 Satz 1 AktG ausf oben S 912 ff.

3679 Allerdings hätte angesichts der Qualifikation des Verfolgungsrechts gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG als Einziehungsermächtigung eine (einzige) Klarstellung gegenüber der Gesellschaft (§ 84 Abs 4 Satz 1 AktG) genügt. Der Gesetzgeber des AktG 1937/1938 hatte jedoch wohl eine zweispurige Haftung vor Augen (s oben bei Fn 802 ff). Die Streichung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG hätte wohl den Umkehrschluss aus § 84 Abs 4 Satz 1 AktG provoziert, dass gläubigerschutzwidrige HV-Beschlüsse gegen-

den Ausschluss der Freistellungswirkung ist somit gegenüber der Gesellschaft (§ 84 Abs 4 Satz 1 AktG) *derselbe* wie gegenüber den Gläubigern (§ 84 Abs 5 Satz 3 AktG). Im Unterschied zu § 84 Abs 5 Satz 3 AktG stammt § 84 Abs 4 Satz 1 AktG nicht aus älteren Rechtsschichten und hat im Laufe der Zeit seinen (konstitutiven) Anwendungsbereich verloren, sondern wurde durch das AktG 1937/1938 *bewusst* als Klarstellung angeordnet. Mit anderen Worten sind diese beiden Anordnungen nicht konstitutiv und einander widersprechend, sondern deklarativ und einander (bewusst) ergänzend.³⁶⁸⁰

über den Gläubigern sehr wohl die Haftung der Vorstandsmitglieder ausschließen. Vgl idZ auch § 24 Abs 3 VerG, der die Ersatzpflicht ähnlich wie (und nach dem Vorbild des) § 84 Abs 4 Satz 1 AktG bereits gegenüber der Gesellschaft nur im Falle eines gesetzmäßigen Beschlusses eines zuständigen Vereinsorgans ausschließt. Da das Vereinsrecht ein Verfolgungsrecht nicht kennt und Vereinsgläubiger folglich nur exekutiv auf den Gesellschaftsanspruch greifen können, enthält die an § 84 Abs 5 Satz 3 AktG angelehnte Dispositionsbeschränkung des § 26 VerG konsequenterweise keine zusätzliche Einschränkung der Haftungsfreistellungswirkung von Weisungsbeschlüssen gegenüber den Gläubigern.

- 3680 Ein Widerspruch existiert wie gesagt schon deshalb nicht, weil § 84 Abs 5 Satz 3 AktG seit der Anerkennung der absoluten Beschlussnichtigkeit ohnedies keinen (konstitutiven) Anwendungsbereich mehr hat. Denn die Unwirksamkeit des Beschlusses (genauer: der enthaltenen Einwilligung in die Schädigung) folgt seitdem unmittelbar aus dem Normzweck der verletzten Organpflicht. Davon abgesehen bezieht sich § 84 Abs 4 Satz 1 AktG wie erwähnt nur auf das Verhältnis zur Gesellschaft (s ebenfalls oben). Auch deshalb besteht wie erwähnt kein Widerspruch. Auch wenn man von alledem absieht, könnte sich § 84 Abs 5 Satz 3 AktG entgegen der Lit aber niemals als iSd § 84 Abs 4 Satz 1 AktG *gesetzmäßige* Beschlüsse beziehen. Wie erwähnt (Fn 3665), geht das allg Normverständnis dahin, dass § 84 Abs 5 Satz 3 AktG die Haftung auch bei Ausführung von iSd § 84 Abs 4 Satz 1 AktG *gesetzmäßigen* Beschlüssen ausschließt, also dass (umgekehrt formuliert) nach § 84 Abs 4 Satz 1 AktG die Haftung bei Ausführung gesetzmäßiger HV-Beschlüsse nur *gegenüber der Gesellschaft* (aber nicht gegenüber den Gläubigern) ausgeschlossen ist. Wortlaut und Systematik der § 84 Abs 4 Satz 1 und Abs 5 Satz 3 AktG scheinen dieses Verständnis auf den ersten Blick zu stützen. Immerhin ordnet § 84 Abs 4 Satz 1 AktG die Haftungsfreistellung nur „[d]er Gesellschaft gegenüber“ an (Hefermehl in FS Schilling 159 [159]; G. Frotz in FS Wagner 137 [160]), weshalb im Umkehrschluss die Ausführung gesetzmäßiger Beschlüsse gegenüber den Gläubigern nicht freizustellen scheint. Damit scheint zu korrespondieren, dass § 84 Abs 5 Satz 3 AktG anders als § 84 Abs 4 Satz 1 AktG (*e contrario* in Zusammenschau mit der AmtlBegr) die Haftungsfreistellung nicht nur für anfechtbare oder nichtige Beschlüsse ausschließt, sondern allg von „*einem Beschluß der Hauptversammlung*“ spricht. Auch darin erkennen manche Autoren ein Indiz dafür, dass sich § 84 Abs 5 Satz 3 AktG auch auf gesetzmäßige Beschlüsse bezieht (vgl Hefermehl aaO 164; G. Frotz aaO 160 insb Fn 66: „*Gemeint sind hier keineswegs nur gesetzwidrige, sondern auch gesetzmäßige Hauptversammlungsbeschlüsse [...]*“). In diese Richtung scheint schließlich auch die Amtl-Begr zum AktG 1937/1938 (S 181) zu weisen, wenn sie zuerst die Freistellung gegenüber der Gesellschaft durch einen *gesetzmäßigen* Beschluss behandelt, und danach ausführt: „*Gegenüber den Gläubigern kann eine Ersatzpflicht des Vorstands, wie im geltenden Recht, auch bestehen, wenn die Handlung auf einem Beschluß der Haupt-*

verhandlung [sic!] beruht.“ Der Schein trügt jedoch. Das zeigt am Eindrücklichsten der oben im Fließtext schon dargestellte Regelungszweck des § 84 Abs 4 Satz 1 AktG im Kontext der Rechtsgeschichte: Diese Norm sollte gerade die Anordnung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (klarstellend) auf die Gesellschaft erweitern, um den verfehlten Umkehrschluss aus § 84 Abs 5 Satz 3 AktG zu unterbinden. Zwar ist § 84 Abs 4 Satz 1 AktG positiv formuliert, aus der AmtlBegr ergibt sich aber, dass (als negative Aussage) eine Haftungsfreistellungswirkung anfechtbarer und nichtiger HV-Beschlüsse gesetzlich ausgeschlossen werden sollte. Als „Spiegelbild“ des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG kann (und soll) § 84 Abs 4 Satz 1 AktG daher gar keinen abweichenden Anwendungsbereich haben. Mit *nichtigen* Beschlüssen sind jene gemeint, für deren Ausführung § 84 Abs 5 Satz 3 AktG die Haftung gegenüber den Gläubigern ausschließt (noch bevor es Nichtigkeit gab). Demgemäß ist die positive Aussage des § 84 Abs 4 Satz 1 AktG so zu verstehen, dass nur solche HV-Beschlüsse gesetzmäßig sind, die nicht von § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (iVm Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG) erfasst sind. Irreführend könnte allenfalls noch sein, dass § 84 Abs 5 Satz 3 AktG anders als Abs 4 Satz 1 (der sich in Beschlussmängelkategorien ausdrückt) seine Aussage nicht auf bestimmte HV-Beschlüsse einschränkt. Allerdings ergibt sich bereits aus der erwähnten Gläubigerschutzimplikation der Dispositionsbeschränkungen, dass sich § 84 Abs 5 Satz 3 AktG nicht auf *gesetzmäßige* HV-Beschlüsse beziehen kann. Ob ein Beschluss gesetzmäßig ist, wird vielmehr (formal klarstellend) durch § 84 Abs 5 Sätze 1 f iVm Satz 3 AktG determiniert. Daher ist die Aussage, § 84 Abs 5 Satz 3 AktG beziehe sich auf gesetzmäßige HV-Beschlüsse, in sich widersprüchlich. Und die Frage, ob sich § 84 Abs 5 Satz 3 AktG auf gesetzmäßige HV-Beschlüsse bezieht, beantwortet sich implizit selbst: Wenn man von der Gesetzmäßigkeit eines Beschlusses ausgeht, hat man zugleich implizit festgestellt, dass dieser Beschluss nicht von § 84 Abs 5 Satz 3 AktG erfasst sein kann. Denn wie oben schon zu § 74 Abs 1 AktG betont, sind die mit § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (iVm Abs 5 Sätze 1 f) korrespondierenden Verhaltenspflichten wegen der Gläubigerschutzimplikation dieser Dispositionsbeschränkung notwendigerweise (zwingende) Gläubigerschutzvorschriften. Die zwingende Erhaltung von Ersatzansprüchen im Gesellschaftsvermögen als Korrektiv für die Haftungskonzentration ist nämlich nur soweit nötig, als Gesellschaftsgläubiger ohne Haftungskonzentration allenfalls unmittelbar ersatzberechtigt wären (was sie nur bei Verletzung von Gläubigerschutzvorschriften sein könnten). Demgemäß kann die Gesetzmäßigkeit nicht isoliert beurteilt werden und dann ins Verhältnis zu § 84 Abs 5 Satz 3 AktG gesetzt werden. Vielmehr ergibt sie sich wie gesagt implizit aus der Anwendung oder Nichtanwendung dieser Dispositionsbeschränkungen. Diese implikatorische Verschränkung beider Fragen besteht unabhängig davon, auf welche Verhaltenspflichten sich § 84 Abs 5 Satz 3 AktG konkret bezieht. Dessen ungeachtet ist der Anwendungsbereich des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG *vorgegeben*, auch wenn das aus der offenen Formulierung („*auf einem Beschluß der Hauptversammlung*“) nicht ersichtlich ist. Allerdings ergibt sich aus der Funktion der Absicherung des Verfolgersrechts, dass damit (nur) HV-Beschlüsse gemeint sind, die gegen die mit § 84 Abs 5 Sätze 1 f AktG korrespondierenden Organpflichten verstoßen oder von ihnen dispensieren (arg: „*Den Gläubigern gegenüber*“). Schon wegen dieser systematischen Verknüpfung mit dem Verfolgersrecht (und dessen Tatbestandsvoraussetzungen) ist eine teleologische Reduktion des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG mE nicht nötig (auch weil es sich um eine Klarstellung handelt). Übrigens sprach die Vorgängerbestimmung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG im ersten Reformentwurf eines ADHGB von 1882 noch von einem „*gesetz- oder statutenwidrigen Beschluß der Generalversammlung*“. Die Aktienrechtskommission schränkte die indisponible Haftung dann wie erwähnt auf das Verhältnis

zu den Gläubigern ein (abgedr. bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 356 [s. schon oben S 886 ff]); so daher heute auch § 84 Abs 5 Satz 3 AktG und beschloss deshalb antragsgemäß, „die Worte ,oder statutenwidrigen“ zu streichen. Weshalb der darauf folgende zweite Reformentwurf von 1884 dann auch auf das Wort „gesetzwidrigen“ verzichtete, bleibt jedoch im Dunkeln (vielleicht auch nur, weil die Anordnung allein aufgrund der beschlossenen Streichung nur von einem „gesetz- Beschuß“ gesprochen hätte). Aus den genannten Gründen können HV-Beschlüsse, die gegenüber den Gläubigern gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG die Haftung ausschließen, niemals zugleich gesetzmäßig iSd § 84 Abs 4 Satz 1 AktG und damit haftungsfreistellend sein (das müssten sie nach dem Verständnis der Lit aber sein, weil sich sonst die „negative“ Aussage des § 84 Abs 4 Satz 1 AktG [keine Haftungsfreistellung durch Befolgung anfechtbarer oder nichtiger Beschlüsse] mit jener des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG decken würde). Das gilt zumindest dann, wenn man entweder (i) mit der hL die Freistellungswirkung von einer Folgepflicht abhängig macht, oder (ii) zwar nicht auf die Folgepflicht abstellt, aber drittschutzwidrige Beschlüsse für gesamtnechtig hält (und auch eine Haftungsfreistellung auf anderer Grundlage ablehnt [wie zB im GmbH-Recht]). Denn die genannten HV-Beschlüsse sind weder ausführungspflichtig noch (zur Gänze) wirksam. Sie können daher nach den genannten Prämissen die Vorstandshaftung nicht ausschließen. Unter der Prämisse (i) hat § 84 Abs 5 Satz 3 AktG wie erwähnt keinen (konstitutiven) Anwendungsbereich, was in der Lit soweit ersichtlich hingenommen wird (s bei Fn 3668). Was die Prämisse (ii) betrifft, sehen manche Autoren (Fn 3671) wie erwähnt die Lösung darin, die Grundlage der Haftungsfreistellung nicht in der Folgepflicht, sondern im Grundsatz von Treu und Glauben zu sehen. Vgl *G. Frotz* in FS Wagner 137 (153 ff); im Anschluss daran *Dellinger* in FS Frotz 187 (208 ff), wonach *G. Frotz* zu einem Ergebnis gelange, das „dem Einwendungsausschluß gegenüber den Gläubigern gemäß § 84 Abs 5 S 3 AktG einen Anwendungsbe- reich erhält“. *G. Frotz* (in FS Wagner 137 [159 ff]) lehnt zunächst die hM (idZ zB *Hefermehl* in FS Schilling 159 [166]) ab, wonach die von § 84 Abs 4 Satz 1 AktG angeordnete Haftungsfreistellung ein Korrelat der Folgepflicht sei. Ein ausführungspflichtiger HV-Beschluss könne nämlich mangels Rechtswidrigkeit niemals (weder der Gesellschaft noch den Gläubigern gegenüber) zur Ersatzpflicht führen, weshalb weder die Beschränkung des § 84 Abs 4 Satz 1 AktG auf das Innenverhältnis (gegenüber der Gesellschaft) noch des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG auf das Außenverhältnis (den Gläubigern gegenüber) unter dieser Annahme einen Sinn hätte (zust *Dellinger* in FS Frotz 187 [210]). Sehe man die *ratio* des § 84 Abs 4 Satz 1 AktG hingegen mit *Canaris* (ZGR 1978, 207 [209]) im alten Treu-und-Glauben-Gedanken, sodass es ein *venire contra factum proprium* wäre, wenn die Gesellschaft von Organmitgliedern Schadenersatz für ein Verhalten fordern würde, das die HV rechtmäßig angeordnet hat, dann ließe sich die Bestimmung konfliktlos erklären. Dann bliebe Raum zB für einen wirklich *nur* der Gesellschaft gegenüber wirksamen Haftungsausschluss durch einen nachfolgenden Zustimmungsbeschluss (referierend *Dellinger* in FS Frotz 187 [210]). Zust *Dellinger* in FS Frotz 187 (210), um § 84 Abs 5 Satz 3 AktG „einen Sinn zu be- wahren“. Nur wenn das schadensstiftende Vorstandsverhalten nicht durch die Folgepflicht „allseitig gerechtfertigt“ werde, könne für die Ersatzpflicht im Verhältnis zur Gesellschaft anderes gelten als im Verhältnis zu den Gläubigern. Es müsse daher ge- nügen, dass die Gesellschaft mit der Anspruchsverfolgung gegen Treu und Glauben handelt und in Widerspruch zu ihrem eigenen Beschlussverhalten treten würde. Diese Sichtweise soll nach *Dellinger* auch für Ermächtigungsbeschlüsse Bedeutung ha- ben (aaO 210 f). Auch durch sie müsse die Haftung für das Verhalten im Verhältnis zur Gesellschaft nach Treu und Glauben ausgeschlossen sein. Die Beschränkung von

HV-Beschlüssen gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG werde nach *Dellinger* allerdings nur dann relevant, wenn das schädigende Verhalten iSd § 84 Abs 5 Satz 2 AktG grob fahrlässig war (aaO 211). Denn würde das Verhalten gegen § 84 Abs 3 AktG verstoßen, dann wäre der Ermächtigungsbeschluss nach *Dellinger* nichtig (§ 199 Abs 1 Z 3 AktG) und die Haftung wäre gem § 84 Abs 4 Satz 1 AktG auch schon der Gesellschaft gegenüber nicht ausgeschlossen. In den Fällen des § 84 Abs 3 AktG könne daher § 84 Abs 5 Satz 3 AktG auch nach dieser Auffassung keinen Anwendungsbereich haben. Dieser Ansicht und ihren Argumenten ist in mehreren Punkten entgegenzutreten. Dass § 84 Abs 5 Satz 3 AktG von vornherein keinen (konstitutiven) Anwendungsbereich (mehr) hat und auch kein Widerspruch mit § 84 Abs 4 Satz 1 AktG besteht, wurde oben schon begründet. Davon abgesehen ist der referierten Ansicht zwar darin zuzustimmen, dass die Folgepflicht keine Voraussetzung für eine Haftungsfreistellung ist, allerdings ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Freistellung mit dem Treu- und Glauben-Gedanken begründet werden muss, wenn doch insoweit keine Gläubigerinteressen berührt sind. Das spricht mE wie erwähnt vielmehr dafür, bloße Teilnichtigkeit des Beschlusses und der enthaltenen Einwilligung in die Schädigung anzunehmen (vgl aber *G. Frotz* in FS Wagner 137 [160]), nach dem es ein *venire contra factum proprium* wäre, wenn die Gesellschaft von Organmitgliedern Schadenersatz für ein Verhalten fordern würde, das sie *rechtmäßig* angeordnet hat. Die auf Treu und Glauben gestützte Haftungsfreistellung gegenüber der Gesellschaft (bei Befriedigungsmöglichkeit) dürfte iE jener zum GmbH-Recht entsprechen und nähert sich iE durchaus auch an die hier vertretene an, wonach eine Haftungsfreistellung jenseits von Gläubigerinteressen möglich ist (freilich mit verschiedener dogmatischer Begründung). Nicht nachvollziehbar ist mE dann aber, dass *Dellinger* eine Haftungsfreistellung letztlich zur Gänze ablehnt, wenn ein HV-Beschluss gegen die Pflichten gem § 84 Abs 3 AktG verstößt, weil der Beschluss dann nichtig sei. Darauf käme es nämlich gar nicht an, wenn man die Freistellung auf den Grundsatz von Treu und Glauben stützt. Gerade *weil* die Lit zur GmbH (Gesamt-)Nichtigkeit des Beschlusses annimmt, rekurriert sie auf Treu und Glauben und gelangt auf diesem Wege (doch noch) zur Haftungsfreistellung, soweit kein Gläubigerschutzbedürfnis besteht (§ 25 Abs 5 GmbHG *e contrario*) und auch die Gesellschafterinteressen gewahrt sind. Im Übrigen ist die Differenzierung zwischen § 84 Abs 3 AktG einerseits und grob fahrlässiger Schädigung andererseits abzulehnen. Sie beruht auf einer unzureichenden Berücksichtigung der Gläubigerschutzimplikation des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG. Diese Bestimmung impliziert nämlich, dass *beide* Pflichtenbereiche gleichermaßen und unmittelbar dem Gläubigerschutz dienen. Deshalb müsste konsequenterweise angenommen werden, dass auch Ermächtigungsbeschlüsse, die ein zumindest grob fahrlässiges Verhalten anordnen, wegen Gläubigerschutzwidrigkeit (§ 199 Abs 1 Z 3 AktG) absolut nichtig sind. Nach der hier vertretenen Auffassung schließen zwar auch drittschutzwidrige HV-Beschlüsse die Haftung gegenüber der Gesellschaft (bei Befriedigungsmöglichkeit) aus, die Freistellung basiert allerdings auf der im Beschluss enthaltenen (aufgrund bloßer Teilnichtigkeit des Beschlusses *restwirksamen*) Einwilligung in die Schädigung. Dadurch kann und soll aber nicht § 84 Abs 5 Satz 3 AktG ein (konstitutiver) Anwendungsbereich verschafft werden (einen solchen hat diese Bestimmung wie erwähnt von vornherein nicht mehr). Vielmehr ergibt sich die Restwirksamkeit der Einwilligung aus allg Grundsätzen, wobei § 84 Abs 5 Satz 3 AktG die Grenzen des zwingenden Gläubigerschutzes und damit die (auch insoweit nach allg Grundsätzen) gebotene Reichweite der Beschlussnichtigkeit (deklarativ) absteckt (s dazu schon ausf oben S 914 ff).

10. Fazit

Das Verständnis der Haftungsfrestellungswirkung von HV-Beschlüssen wird durch eine Vielzahl (scheinbar) kaum miteinander vereinbarer Bestimmungen erschwert (vgl § 74 Abs 1, § 84 Abs 4 Satz 1, § 84 Abs 5 Satz 3 AktG). Dennoch ist diese Frage grundsätzlich nicht anders zu beurteilen als im GmbH-Recht. Die dogmatische Grundlage der Haftungsfrestellungswirkung ist nicht die Beschlussausführungspflicht (Folgepflicht), sondern die in jedem Beschluss enthaltene Einwilligung in die Selbstschädigung. Ausgangspunkt der Haftungsfrestellung ist die Erkenntnis, dass die Gesellschaft grundsätzlich frei über ihr eigenes Vermögen verfügen kann. Die grundsätzliche Verfügungsbefugnis ist aber (nur) eingeschränkt, soweit geschützte Interessen der (noch anfechtungsberechtigten) Aktionäre oder Dritter (insb der Gesellschaftsgläubiger) beeinträchtigt werden. Die entscheidende Frage lautet daher, wo und wie dieser Schutz verläuft.

Demgemäß ist eine Freistellung ausgeschlossen, soweit und solange Aktionäre den HV-Beschluss noch anfechten können, weil andernfalls ihr Anfechtungsrecht illusorisch wäre. Unanfechtbare Beschlüsse schließen die Haftung bei Erfüllung der übrigen Voraussetzungen aus. Eine Haftungsfrestellung kommt nicht in Betracht, soweit (und solange) der HV-Beschluss nichtig ist. Hierbei ist nach den Beschlusswirkungen und dem Schutzzweck der übertretenen Norm zu differenzieren. Nichtig ist der Beschluss nach allgemeinen rechtsgeschäftlichen Grundsätzen, soweit der Verbotszweck dies verlangt. Demnach verpflichten drittschutzwidrige Beschlüsse niemals zur Ausführung. Inwieweit darüber hinaus auch die Einwilligung in die Schädigung nichtig und eine Frestellungswirkung ausgeschlossen ist, kommt in § 84 Abs 5 Sätze 1 f iVm Satz 3 AktG zum Ausdruck. Diese Norm ordnet zum Schutz der Gläubiger die Haftpflicht trotz Beschlussausführung an und stammt aus einer Zeit, in der die absolute Beschlussnichtigkeit noch nicht anerkannt war. Sie hat daher heute zwar keinen (konstitutiven) Anwendungsbereich mehr, stellt aber klar, inwieweit der Gesetzgeber ein unmittelbares Gläubigerschutzbedürfnis anerkennt. Gemäß dieser (unveränderten) Reichweite des gesetzlich anerkannten Gläubigerschutzes ist eine Haftungsfrestellung im Bereich des § 84 Abs 3 AktG und bei sonst zumindest grob fahrlässiger Schädigung (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG) ausgeschlossen, soweit die Gläubiger von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können (§ 84 Abs 5 Satz 1 AktG). Innerhalb dieser Grenzen zwingenden Gläubigerschutzes ist eine Haftungsfrestellungswirkung aber möglich. Da die Vorstandspflichten insoweit aber dem Schutz der Aktionäre dienen, setzt eine Haftungsfrestellung ferner voraus, dass der Beschluss nicht mehr anfechtbar ist. Auch geheilte nichtige Beschlüsse schließen die Haftung aus (auch in der Gesellschaftsinsolvenz). Eine Pflicht oder Obliegenheit zur Erhebung der Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage trifft weder den Vorstand noch einzelne Organmitglieder. Alledem steht § 84 Abs 4 Satz 1 AktG nicht ent-

gegen. Denn diese Bestimmung stellt nur klar, dass – entgegen dem möglichen (und früher gezogenen) Umkehrschluss aus § 84 Abs 5 Satz 3 AktG – rechtswidrige HV-Beschlüsse die Haftung (auch) gegenüber der Gesellschaft nicht jedenfalls ausschließen (weil andernfalls das Anfechtungsrecht der Aktionäre unterlaufen würde). Bei nichtigen Beschlüssen legt § 84 Abs 4 Satz 1 AktG freilich die mE unzutreffende Prämisse zugrunde, dass die Haftungsfreistellung eine Folgepflicht voraussetze, weshalb „nichtigen“ (und damit unverbindlichen) HV-Beschlüssen eine solche Wirkung versagt wird. Da die Norm aber nichts über die Nichtigkeit der enthaltenen Einwilligung in die Schädigung sagt, steht sie einer Haftungsfreistellung nicht entgegen. Aufgrund des klarstellenden Charakters lassen sich aus § 84 Abs 4 Satz 1 AktG auch keine weiteren Restriktionen für eine Haftungsfreistellung ableiten. Deswegen können nach allgemeinen Grundsätzen – und wie im GmbH-Recht – insb auch eine nachträgliche Genehmigung oder eine formlose Einwilligung aller Aktionäre (oder des Alleinaktionärs) die Haftung ausschließen.

Für die Frage der Haftungsfreistellung kommt es nicht primär darauf an, *welche* geschützten Interessen berührt sind. Die Zweiteilung in anfechtbare und nichtige Beschlüsse ist zwar insoweit zweckmäßig, als jeweils verschiedene Interessenträger (Aktionäre und Dritte) betroffen sind und sich deshalb auch die Beschlusswirkungen unterscheiden. Diese Grenzziehung, die auch von § 84 Abs 4 Satz 1 AktG und der AmtlBegr gefördert wird (arg: „*d.h. weder nichtigen noch anfechtbaren Beschluß der Hauptversammlung*“)³⁶⁸¹, droht jedoch den Blick darauf zu verstellen, worauf es bei der Haftungsfreistellung wirklich ankommt. Auf Basis des Gesetzeswortlauts lässt sich nämlich trefflich darüber streiten, ob auch unanfechtbar gewordene oder geheilte nichtige HV-Beschlüsse „gesetzmäßig“ sind. Entscheidend ist aber wie erwähnt allein, ob und inwieweit durch eine fragliche (und intendierte) Haftungsfreistellung geschützte Interessen der Aktionäre oder Dritter berührt werden. Deshalb führt der beschlussmängelrechtliche Status als Kriterium der Haftungsfreistellung nur zu sachgerechten Ergebnissen, wenn er sich mit der Wahrung der genannten Schutzinteressen deckt. Daraus folgt, dass unanfechtbare und unanfechtbar gewordene Beschlüsse die Haftung ausschließen, weil Aktionärsinteressen in beiden Fällen nicht mehr gefährdet sind. Weiters folgt daraus, dass die Nichtigkeitsfolge differenziert entsprechend der Reichweite der Gläubigerinteressen zu beurteilen ist, die wiederum (deklarativ) in § 84 Abs 5 Sätze 1 f iVm Satz 3 AktG zum Ausdruck kommt. Diese differenzierte Beurteilung steht auch im Einklang mit dem allgemeinen Grundsatz, dass die Nichtigkeit angesichts der grundsätzlichen Privatautonomie nicht weiter reichen darf, als es der Verbotszweck erfordert.

³⁶⁸¹ AmtlBegr AktG 1937/1938 181 (abgedr auch bei *Klausing*, AktG 72).

E. Keine Haftungsfreistellung durch Billigung des Aufsichtsrats (§ 84 Abs 4 Satz 2 AktG)

Gem § 84 Abs 4 Satz 2 AktG wird die Ersatzpflicht des Vorstands nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Aufsichtsrat die Handlung gebilligt hat.³⁶⁸² Auch diese Klarstellung³⁶⁸³ wird vor allem in ihrem historischen Kontext verständlich. So war nach älterem Aktienrecht eine statutarische Bindung des Vorstands an Beschlüsse des Aufsichtsrats möglich, deren Befolgung die Haftung der Vorstandsmitglieder ausschloss.³⁶⁸⁴ Seit dem AktG 1937/1938 kann der Vorstand nicht mehr an Weisungen des Aufsichtsrats gebunden werden (vgl § 95 Abs 5 Satz 1 AktG)^{3685, 3686} und zwar weder durch die Sat-

3682 Dass dies sowohl gegenüber der Gesellschaft (§ 84 Abs 4 Satz 2 AktG) als auch gegenüber den Gesellschaftsgläubigern (§ 84 Abs 5 Satz 3 AktG) angeordnet ist, beruht wie erwähnt wohl (ebenfalls) auf der dem AktG 1937/1938 zugrundeliegenden Vorstellung einer „zweispurigen“ Vorstandshaftung. Der deutsche Gesetzgeber hat die Parallelbestimmung in § 93 Abs 5 dAktG ersatzlos gestrichen (vgl AmltBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 132: „Der Entwurf streicht diese Vorschrift, weil sie überflüssig ist. Daß die Billigung des Aufsichtsrats den Ersatzanspruch nicht berührt, ergibt sich bereits aus Absatz 4 Satz 2.“).

3683 Der deklarative Charakter ergibt sich aus dem Kontext der AmltBegr zum AktG 1937/1938 (181), wonach in § 84 Abs 4 Satz 1 klargestellt ist, dass nur ein gesetzmäßiger HV-Beschluss die Haftung ausschließt, ua eine Billigung durch den Aufsichtsrat eine solche Wirkung aber nicht hat.

3684 Vgl Dellinger in FS Frotz 187 (211 Fn 87); Staub, HGB⁸ (1906) § 241 Anm 5 (S 818); Pinner in Staub, HGB II¹⁴ § 241 Anm 5 (S 356), wonach die Berufung auf einen Aufsichtsratsbeschluss den Vorstand nur befreie, wenn er zu dessen Ausführung verpflichtet war; vgl Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 319.

3685 § 95 Abs 5 Satz 1 AktG: „Maßnahmen der Geschäftsführung können dem Aufsichtsrat nicht übertragen werden.“ Vgl AmltBegr AktG 1937/1939 174 (abgedr auch bei Klausling, AktG 57): „Maßnahmen der Geschäftsführung selbst können ihm [sc dem Aufsichtsrat] nach § 95 Abs. 5 nicht mehr übertragen werden; er kann namentlich nicht durch die Satzung zum Vorgesetzten des Vorstands gemacht werden.“

3686 Ausdr schon Geßler, JW 1937, 497 (503 rSp), wonach die ausgeschlossene Haftungsbefreiung eine „selbstverständliche Folge“ der gehobenen Stellung des Vorstands sei; vgl auch Schlegelberger et al, AktG³ (1939) § 70 Anm 2 (S 234), wonach dem Aufsichtsrat abweichend vom bisherigen Recht keine Maßnahmen der Geschäftsführung übertragen werden können; der Aufsichtsrat könne sich nicht mehr zum Vorgesetzten des Vorstands machen. Auch die Satzung könne das dem Vorstand gesetzlich zugewiesene Recht zur Leitung der Gesellschaft nicht dem Aufsichtsrat oder der HV übertragen; W. Schmidt in Gadow et al, AktG (1939) § 74 Anm 1 (S 265); Ch. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 74 Rz 2; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 74 Rz 65; Kalss in MüKo AktG⁶ § 82 Rz 71; Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 95 Rz 30 f; aA offenbar noch Ritter, AktG² (1939) § 84 Anm 7 (S 280 aE), wonach der Aufsichtsrat dem Vorstand nach § 74 AktG Weisungen erteilen könne, die der Vorstand zu befolgen habe, wenn sie nicht rechts-, satzungs- oder sittenwidrig sind. Insb müsse er sie nicht befolgen, wenn sie von ihm verlangen, die Sorgfalt gem § 84 Abs 1 AktG außer Acht zu lassen; diesfalls hafte er der Gesellschaft, was „un-nötigerweise“ in § 84 Abs 4 Satz 2 AktG angeordnet sei. Vgl den Bericht von Kießkalt

zung noch durch einen Beschluss des Vorstands oder Aufsichtsrats.³⁶⁸⁷ Weiterhin zulässig ist seitdem nur (aber immerhin) die Mitwirkung des Aufsichtsrats im Rahmen der gesetzlichen Zustimmungsvorbehalte des § 95 Abs 5 Satz 2 AktG,³⁶⁸⁸ die durch Satzungsregelung oder Aufsichtsratsbeschluss erweitert werden können (Mindestkatalog)³⁶⁸⁹. § 84 Abs 4 Satz 2 AktG stellt ausdrücklich klar, dass eine solche Zustimmung (Billigung) des Aufsichtsrats die Haftung der Vorstandsmitglieder nicht ausschließt.³⁶⁹⁰ Das ist die notwendige Konsequenz der Leitungsautonomie³⁶⁹¹ des Vorstands und (damit ein-

vom April 1934, abgedr bei Schubert/Schmid/Regge, Akademie für Deutsches Recht I 490: „Aus dem Führerprinzip wurde gefolgert, daß der Aufsichtsrat den Vorstand nur zu beraten hat, ihm aber keine Weisungen erteilen darf [...]. [...] Es muß verhütet werden, daß auf Grund dieser Bestimmung dem Aufsichtsrat etwa durch die Satzung, also durch die Generalversammlung, Rechte eingeräumt werden, die in die Führerstellung des Vorstands eingreifen.“

3687 Vgl Habersack in MüKo AktG⁶ § 111 Rz 110; Spindler in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 111 Rz 62 (ders in BeckOGK AktG § 111 Rz 81 [Stand 01.10.2023]); vgl in Bezug auf die Satzung auch AmltBegr AktG 1937/1938 174 (abgedr auch bei Klausling, AktG 57): „[E]r [sc der Aufsichtsrat] kann namentlich nicht durch die Satzung zum Vorgesetzten des Vorstands gemacht werden.“

3688 Vgl AmltBegr AktG 1937/1938 174 (abgedr auch bei Klausling, AktG 57): „Zugelassen ist allein für einzelne Fälle eine gesetzliche oder satzungsmäßige Mitwirkung bei der Geschäftsführung des Vorstands (vgl. z.B. §§ 80, 95 Abs. 5 Satz 2, § 169 Abs. 3 Satz 2).“

3689 Vgl Eckert/Schopper in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 95 Rz 39.

3690 Vgl nur Habersack in MüKo AktG⁶ § 111 Rz 146; deutlich Koch in Koch, AktG¹⁷ § 111 Rz 71, § 93 Rz 157, wonach § 93 Abs 4 Satz 2 dAktG mit § 111 Abs 1 und 4 dAktG korrespondiert; Grigoleit/Tomasic in Grigoleit, AktG² § 111 Rz 77; vgl bereits Schlegelberger et al, AktG³ (1939) § 70 Anm 3 (S 234); Schilling in Großkomm AktG² (1961) § 84 Anm 30 (S 552). Auch § 74 Abs 1 AktG meint übrigens jene Zustimmungsvorbehalte, wenn angeordnet wird, dass der Vorstand gegenüber der Gesellschaft verpflichtet ist, Beschränkungen einzuhalten, die (ua) der Aufsichtsrat für den Umfang seiner Vertretungsmacht festgesetzt hat (vgl etwa Kalss in MüKo AktG⁶ § 82 Rz 68. Für Deutschland [§ 82 Abs 2 dAktG] Spindler in MüKo AktG⁶ § 82 Rz 40, § 93 Rz 304; Koch in Koch, AktG¹⁷ § 82 Rz 12).

3691 AmltBegr AktG 1937/1938 174 (abgedr auch bei Klausling, AktG 58): „Dieser [sc der Vorstand] trägt nach § 70 Abs. 1 für die Leitung der Gesellschaft die alleinige Verantwortung. Seine Haftung entfällt daher nicht, wenn der Aufsichtsrat einer Geschäftsführungsmaßnahme zugestimmt oder sie geduldet hat.“ Vgl auch den Bericht über die (abschließende) 10. Sitzung des Ausschusses der Akademie für Deutsches Recht vom 22. Oktober 1936 (abgedr bei Schubert/Schmid/Regge, Akademie für Deutsches Recht I 430), in welcher der erarbeitete Gesetzesentwurf nochmals diskutiert wurde. Der Vorsitzende Kißkalt führte zur Vorstandshaftung aus: „Der Vorstand ist Führer der Gesellschaft; dieser großen und freien Stellung müssen auch entsprechende Pflichten und Verantwortungen gegenüberstehen, und ich begrüße es, daß hiernach der Vorstand auf eigene Verantwortung zu handeln hat und demgemäß auch durch einen zustimmenden oder sogar ihm die Maßnahme vorschreibenden Beschluß des Aufsichtsrates nicht gedeckt wird, wie dies überdies in § 84 Abs. 4 nochmals besonders ausgesprochen ist.“ Vgl auch Geßler, JW 1937, 497 (503 rSp).

hergehend) dessen organisationsverfassungsrechtlichen Trennung vom Aufsichtsrat.³⁶⁹²

F. Die Dispositionsbeschränkung gem § 84 Abs 4 Sätze 3 und 4 AktG („Sperrfrist“)

1. Regelungsinhalt und Entstehungsgeschichte

Gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG kann die Gesellschaft erst nach fünf Jahren seit der Entstehung des Anspruchs gem § 84 AktG und nur dann auf diesen verzichten oder sich darüber vergleichen, wenn die HV zustimmt und nicht eine Minderheit widerspricht, deren Anteile 20% des Grundkapitals erreichen.³⁶⁹³ Das Widerspruchsrecht, das der Absicherung des Minderheitsverlangens gem §§ 134 f AktG dient, wurde oben schon näher beleuchtet.³⁶⁹⁴ Nun soll die Fünfjahresfrist (idF kurz „Sperrfrist“³⁶⁹⁵) als weitere Wirksamkeitsbeschränkung von Gesellschaftsdispositionen im Fokus stehen. Da diese Beschränkung nicht eindeutig einem der bisher untersuchten Schutzinteressen zuzuordnen ist und ihr Regelungszweck gerade fraglich ist, wird sie hier als eigenständige Dispositionsschranke behandelt.

Die Sperrfrist wurde (wie der gesamte vierte Absatz des § 84 AktG) erst durch das AktG 1937/1938 geschaffen. Das vorherige Aktienrecht des dHGB 1897 (und ADHGB 1884) sah eine vergleichbare Beschränkung von Verzichten und Vergleichen über einen bestimmten Zeitraum mit § 205 (bzw Art 213d ADHGB 1884) nur im Gründungsrecht vor (vgl § 43 AktG idGF).

3692 Vgl *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 84 Rz 116, wonach mit dieser Regelung die vom Gesetz beabsichtigte Unabhängigkeit des Vorstands vom Aufsichtsrat und damit seine Eigenverantwortlichkeit auch in der Haftungsfrage konsequent verwirklicht werde; *Schiemer*, AktG² § 84 Anm 16.1; für Deutschland *Hopt/Roth* in *Großkomm AktG⁵ § 93 Rz 496*; *Spindler* in *MüKo AktG⁶ § 93 Rz 304*; *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 157; *Grigoleit/Tomasic* in *Grigoleit*, AktG² § 93 Rz 124; vgl bereits *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 84 Anm 16 (S 311); *Schilling* in *Großkomm AktG² (1961) § 84 Anm 30* (S 552); vgl auch *Teichmann/Koehler*, AktG² (1939) § 84 Anm 4a) (S 191), wonach Vorstand und Aufsichtsrat selbstständige und gleichwertige Verwaltungsträger seien und die Zustimmung des Aufsichtsrats zu einer bedenklichen Maßnahme diesen selbst belasten, nicht aber den Vorstand entlasten könne.

3693 Vgl auch § 100 Abs 4 AktG und § 49 Abs 6 VAG.

3694 S oben 752 ff.

3695 Auch „Wartefrist“ genannt (*U. Torggler in Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 [44 ff]); vgl *G. Frotz* in *FS Wagner* 137 (152), der die Frist als „Zeitbremse“ bezeichnet. Allerdings wird weder der Verlauf der Zeit noch Verzichte und Vergleiche „gebremst“ (was zunächst eine Restwirkung indiziert), sondern ihre Wirksamkeit wird während eines Zeitraums von fünf Jahren schlicht ausgeschlossen. Vgl auch die Bezeichnungen bei *Cahn* (Vergleichsverbote 35) als „Karenzfrist“ und bei *Schaub* (DStR 1992, 986 [1987]) als „Karenzzeit“.

Diese (gründungsrechtliche) Sperrfrist sollte verhindern, dass die Gesellschaft über Ersatzansprüche aus der Gründung verzichten kann, solange sie präsumtiv noch von den (ersatzpflichtigen) Gründern beherrscht wird, die sich sonst selbst entlasten und die strenge Gründungsverantwortlichkeit leicht umgehen könnten. Weitere Verfügungsbeschränkungen sah das damalige Aktienrecht als Absicherung der Verfolgungsrechte einer Aktionärsminorität und der Gesellschaftsgläubiger vor. Diese waren jedoch naturgemäß nicht als absolute Verfügungsbeschränkungen ausgestaltet, sondern korrespondierten mit den tatbestandlichen Anforderungen der jeweiligen Verfolgungsrechte.

Betrachtet man angesichts dieser unterschiedlichen Rechtslage den Zeitraum zwischen dem dHGB 1897 und dem AktG 1937/1938 näher, rückt zunächst die Aktienrechtsreform der Weimarer Zeit in den Fokus. Denn eine der heutigen Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG vergleichbare allgemeine Verfügungsbeschränkung wurde soweit ersichtlich erstmals³⁶⁹⁶ im Zuge dieser Reformen, und zwar in den Verhandlungen des Arbeitsausschusses des Vorläufigen Reichswirtschaftsrats zur Beratung des Entwurfs eines Gesetzes über AG und KGaA vorgeschlagen.³⁶⁹⁷ Der Vorschlag dazu stammte von *Friedrich Baltrusch*, seines Zeichens geschäftsführendes Vorstandsmitglied der christlichen Gewerkschaften.³⁶⁹⁸ Allerdings lehnte der Vorsitzende, *Max Hachenburg*, den Vorschlag mit dem Hinweis ab, dass eine Aktionärsminorität von 10% bzw 5% ohnedies bereits durch ihr gesetzliches Verfolgungsrecht geschützt sei und daher ein Verzicht oder Vergleich, der mit einer Mehrheit von 90% bzw 95% beschlossen wird, wirksam sein müsse.³⁶⁹⁹ *Baltrusch* zog sei-

3696 Der (nie in Kraft getretene) österreichische Aktienentwurf von 1900 enthielt ein (unbefristetes) Verzichts- und Vergleichsverbot (s dazu insb schon Fn 623).

3697 Protokolle der Verhandlungen des Arbeitsausschusses des Vorläufigen Reichswirtschaftsrats zur Beratung des Entwurfs eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Die Aktienrechtsreform am Ende der Weimarer Republik (1987) 101, (190 f, insb 193 f). Vgl idZ auch *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (47).

3698 Vgl *Schubert* in *Schubert/Hommelhoff*, Die Aktienrechtsreform 9 (50).

3699 Protokolle der Verhandlungen des Arbeitsausschusses des Vorläufigen Reichswirtschaftsrats zur Beratung des Entwurfs eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Die Aktienrechtsreform am Ende der Weimarer Republik (1987) 100 (194). Die Aussage betreffend die Wirksamkeit bei neunzig- bzw fünfundneunzigprozentiger Mehrheit ist indes nicht ganz zutr, weil das Widerspruchsrecht der Minorität seinem Charakter als „beschränktes Individualrecht“ entspr kein bloßes qualifiziertes Mehrheitserfordernis ist, sondern eine zusätzliche Wirksamkeitsvoraussetzung (s dazu insb oben bei Fn 2971).

nen Antrag später zurück.³⁷⁰⁰ Demgemäß enthielt der Entwurf eines Gesetzes über AG und KGaA von 1931 (noch) keine vergleichbare Sperrfrist.³⁷⁰¹

Nach der Ernennung Hitlers zum Reichskanzler galt der in der Notverordnung 1931 nicht umgesetzte Teil des Entwurfs als politisch nicht mehr tragfähig.³⁷⁰² Die mit der weiteren Reformarbeit betraute Akademie für Deutsches Recht räumte dem Vorstand – entsprechend der schon bisherigen Stoßrichtung der Weimarer Reform³⁷⁰³ und dem nunmehr forcierten „Führerprinzip“ – eine weitgehende Selbstständigkeit ein. Zugleich bemühte sie sich als Gegengewicht um eine empfindliche Verschärfung der Verantwortlichkeit. Sogar eine Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft (!) und eine Erfolgshaftung wurden diskutiert, letztlich aber als zu streng abgelehnt.³⁷⁰⁴ Als einzige Maßnahme der Haftungsverschärfung befürwortete der Ausschuss, dessen Ergebnisse in zwei Berichten zusammengefasst wurden,³⁷⁰⁵ vorerst (nur) eine Beweislastumkehr (vgl. § 84 Abs 2 AktG).³⁷⁰⁶ Sonstige Verschärfungen wurden im Aktienrechtsausschuss der Akademie soweit ersichtlich nicht diskutiert. Auch die weitere legistische Entwicklung enthält soweit ersichtlich keine Anhaltspunkte für die Absicht des Gesetzgebers, eine (absolute) Verzehrs- und Vergleichsbeschränkung zu schaffen.³⁷⁰⁷

3700 Protokolle der Verhandlungen des Arbeitsausschusses des Vorläufigen Reichswirtschaftsrats zur Beratung des Entwurfs eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, abgedr. bei *Schubert/Hommelhoff*, Die Aktienrechtsreform am Ende der Weimarer Republik (1987) 100 (739).

3701 Vgl. § 73 des Entwurfes eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Oktober 1931), abgedr. bei *Schubert/Hommelhoff*, Die Aktienrechtsreform am Ende der Weimarer Republik (1987) 849 (863 f.).

3702 *Bayer/Engelke* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel I 619 (624); *Schubert/Schmid/Regge*, Akademie für Deutsches Recht I XXV ff.

3703 *Schubert/Schmid/Regge*, Akademie für Deutsches Recht I XLVI.

3704 Vgl. resümierend den Bericht von *Kißkalt* vom April 1934, abgedr. bei *Schubert/Schmid/Regge*, Akademie für Deutsches Recht I 492 f.; vgl. auch den Bericht von *Kißkalt* vom April 1935, abgedr. bei *Schubert/Schmid/Regge*, Akademie für Deutsches Recht I 507 f. S. dazu schon oben Fn 3255.

3705 *Bayer/Engelke* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel I 619 (625).

3706 Bericht von *Kißkalt* vom April 1934, abgedr. bei *Schubert/Schmid/Regge*, Akademie für Deutsches Recht I 494; Bericht von *Kißkalt* vom April 1935, abgedr. bei *Schubert/Schmid/Regge* aaO 508. Vgl. idZ auch *Pendl*, Verjährung 109 Fn 683. Eine Beweislastumkehr hätte wie bereits das ADHGB 1884 vorsehen sollen. Darauf wurde aber (erst) in der Reichstagskommission wegen vehementen Widerstands verzichtet, nicht aber ohne zugleich klarzustellen, dass eine Beweislastumkehr ohnedies „richtig verstanden, dem geltenden Recht [entspreche].“

3707 Nach der Vorlage des zweiten Ausschussberichts arbeitete das Reichsjustizministerium im Jahre 1935 einen Entwurf eines Aktiengesetzes in enger Anlehnung sowohl an die Arbeiten der Weimarer Republik und die Novelle von 1931 als auch an die Beschlüsse des Akademieausschusses aus (*Schubert/Schmid/Regge*, Akademie für Deutsches Recht I XL ff.). Dieser Entwurf, der den Großteil der Vorschläge der Akademie übernommen hatte (*Bayer/Engelke* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel I 619 [639]) blieb idF iW unverändert (*Schubert/Schmid/Regge* aaO XLI).

Angeichts dieser legistischen Vorgeschichte überrascht es, dass das AktG 1937/1938 in § 84 Abs 4 Satz 3 AktG dennoch eine Sperrfrist für Verzichte und Vergleiche vorsieht. Unfreiwillig aufschlussreich für deren Ursache ist die AmtlBegr zu § 84 AktG 1937/1938,³⁷⁰⁸ wo es heißt:

Nach einigen inhaltlichen Zugeständnissen insb an das Reichswirtschaftsministerium und einer weitgehenden Entideologisierung infolge der berühmten Rede *Schachts* (*Schubert/Schmid/Regge* aaO XXXIV ff; *Bayer/Engelke* aaO 642 f) einigte man sich im Jahr 1936 auf eine Entwurf-Neufassung. Während dieser neugefasste Entwurf, der inhaltlich und in der Paragraphenzählung schon weitgehend mit dem AktG 1937/1938 übereinstimmte, sodann auch im Aktienrechtsausschuss der Akademie (allerdings ohne Beisein von Vertretern des Justizministeriums) gebilligt worden war (10. Bericht über die Sitzung vom 22.10.1936, abgedr bei *Schubert/Schmid/Regge* aaO 423 ff), meldete der Vertreter des Ministeriums Hess umfangreiche Änderungswünsche an (*Schubert/Schmid/Regge* aaO XLIII). So sollte etwa geregelt werden, für welche Gewerbe die Rechtsform AG zulässig sein sollte, und für welche nicht. Zudem sollte das Konzessionssystem eingeführt (!) und der Einfluss des Staates gegenüber AG erweitert werden. Im gegebenen Zusammenhang verdient Erwähnung, dass sich die Verschärfung der Vorstandshaftung auch nach diesem finalisierten Entwurf des Jahres 1936 ausweislich des Berichts im Aktienrechtsausschuss offenbar noch auf die Beweislastumkehr beschränkt hatte (10. Bericht über die Sitzung vom 22.10.1936, abgedr bei *Schubert/Schmid/Regge* aaO 432: „In § 84 hat das Gesetz, entsprechend dem Vorschlage des Ausschusses, die Haftung der Vorstandsmitglieder durch die Umkehrung der Beweislast erheblich verschärft; hiernach hat der Vorstand nachzuweisen, daß er die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt habe.“). Den Vertretern des Reichswirtschafts- und Reichsjustizministeriums gelang es schließlich, die Vertreter des Ministeriums Hess zur Aufgabe fast all ihrer Forderungen zu bewegen (*Schubert/Schmid/Regge* aaO XLIV). Nach weiteren Einwänden des Ministeriums Hess wurde der Entwurf mit den vom Reichswirtschafts- und Reichsjustizministerium vorgeschlagenen Änderungen im Jänner 1937 vom Kabinett gebilligt und im Februar im Reichsgesetzblatt veröffentlicht (*Schubert/Schmid/Regge* aaO XLIV f). Auch *Schlegelberger et al* (AktG³ [1939] § 84 Anm 1 [S 304 f]) nennen als Maßnahmen zur Verschärfung der Vorstandshaftung nur die Verschärfung des Sorgfaltsmaßstabs gem § 84 Abs 1 AktG („Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“), die Beweislastumkehr gem § 84 Abs 2 AktG und die Ausdehnung der Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG über den Katalog des § 84 Abs 3 AktG hinaus (beschränkt mit mindestens grober Fahrlässigkeit). Allerdings war die Sperrfrist nach *Pendl* (Die Verjährung 109 bei Fn 680; *ders*, RdW 2018, 275 [278 bei Fn 42]) bereits im Gesetzesentwurf aus 1935 (aus den Aktenstücken R 3001/20541 und R 3007/20542 des deutschen Bundesarchivs; zitiert nach *Pendl* aaO) enthalten (dieser Entwurf liegt mir nicht vor). Auch *Pendl* (ebenda mwN) kommt jedoch zum Ergebnis, dass über die dahinterstehende Motivation nur spekuliert werden kann. In jedem Fall bleiben daher die Beweggründe der Gesetzesverfasser für die Implementierung der Sperrfrist unklar.

3708 AmtlBegr AktG 1937/1938 181 (abgedr auch bei *Klausing*, AktG 72); vgl idZ auch *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (47); *G. Schima*, GesRZ 1991, 185 (194); *Fleischer*, AG 2015, 133 (134); *Cahn*, Vergleichsverbote 35.

„Verzichte und Vergleiche der Gesellschaft auf entstandene Ersatzansprüche sind, wie nach geltendem Recht, nur unter erschwerten Bedingungen zulässig.“³⁷⁰⁹

Dass die „erschwerten Bedingungen“ (womit offenbar die genannten Wirkksamkeitsvoraussetzungen gemeint sind, darunter auch der Ablauf der Sperrfrist) schon im damals geltenden Recht (dh dHGB 1897) gegolten hätten, war aber ein Irrtum des Gesetzgebers.³⁷¹⁰ Denn eine vergleichbare Bestimmung

3709 AmtlBegr AktG 1937/1938 181 (abgedr auch bei *Klausing*, AktG 72; Hervorhebung durch den Verf). Dass sich dieser Passus auf § 84 Abs 4 Satz 3 AktG bezieht, folgt aus dem Aufbau der AmtlBegr. Diese behandelt vor dem zitierten Passus – der Gesetzessystematik entspr – § 84 Abs 4 Sätze 1 und 2 AktG und bespricht im Anschluss das in § 84 Abs 5 AktG geregelte Verhältnis gegenüber den Gesellschaftsgläubigern; dementspr beginnt der auf den Passus folgende Satz mit „Gegenüber den Gläubigern“. Zudem wird am Ende der AmtlBegr explizit auf die Beschränkung von Verzichten und Vergleichen gegenüber Gesellschaftsgläubigern Stellung bezogen: „Verzichte und Vergleiche der Gesellschaft sind den Gläubigern gegenüber unwirksam (Abs. 5).“ (AmtlBegr AktG 1937/1938 181 aE; abgedr auch bei *Klausing*, AktG 72). Daraus folgt, dass mit dem zitierten Passus („Verzichte und Vergleiche der Gesellschaft auf entstandene Ersatzansprüche sind, wie nach geltendem Recht, nur unter erschwerten Bedingungen zulässig.“) – zumindest neben § 84 Abs 4 AktG auch, wenn nicht ausschließlich – die Verzichts- und Vergleichsbeschränkungen gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG gemeint sein müssen.

3710 IdS auch *Cahn*, Vergleichsverbote 35 (Fn 76) mit Verweis auf *Zimmermann* in FS Duden 773 (776, 789): „unzutreffende Annahme“; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 277 (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 339 [Stand 01.10.2023]); „irrig als geltendes Recht deklariert“; *ders*, AG 2015, 133 (134); *Eßwein*, Privatautonome Gestaltung 86; *Harbarth* in *Liber Amicorum M. Winter* 215 (226); *Groß*, Innenhaftung 132 (unzutreffende Annahme); in Österreich erstmals *Stölzle*, GesRZ 1979, 22 (25): „legistischer Fehler“; *U. Torggler*, GesRZ 2009, 369 (372); *ders* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (48); *Pendl*, Verjährung 110; *ders*, RdW 2018, 275 (277): „Irrtum“; *Simonishvili*, Entlastungsbeschlüsse 76 bei Fn 459, der den gesetzgeberischen Irrtum zwar erkennt, aber an anderer Stelle (aaO 78) trotzdem bemerkt, dass die Sperrfrist einen anderen Schutzzweck als den Minderheitenschutz habe, „[w]eil man dem Gesetzgeber nicht unterstellen darf, dass er sinnlose Regelungen schafft [...]“. Dazu ist mE nur zu bemerken, dass diese Auslegungsregel eine Zweifelsregel ist: dem Gesetzgeber darf ohne Anhaltspunkte nicht unterstellt werden, eine sinnlose Regelung zu schaffen (vgl nur *Kerschner/Kehrer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ §§ 6, 7 Rz 26 [Fn 126 mwN]). Diese Regel kann nicht gelten, wenn es – wie im vorliegenden Fall – gewichtige Anhaltspunkte gibt, denn schließlich können gesetzgeberische Fehler niemals ganz ausgeschlossen werden. Deutlich schon *v Godin/Wilhelmi*, AktG² (1950) § 84 Anm 22 (S 366), wonach „fast an eine gesetzgeberische Entgleisung zu denken ist“; ausdr abl *Schima*, GesRZ 1991, 185 (191) mit dem Argument, dass die Verjährungsfrist entspr allg Regeln (§ 1489 ABGB) mit Kenntnis von Schaden und Schädiger zu laufen beginne, weshalb sie nicht mit der Sperrfrist übereinstimme, sodass auch kein legistischer Fehler vorliege. Dieses Argument ignoriert mE die eindeutige AmtlBegr zu § 84 AktG. Im Übrigen ist es auch unrichtig, weil die Sperrfrist keinem Schutzzweck gerecht wird (s unten S 956 ff) und die Verjährungsfrist gem § 84 Abs 6 AktG keine subjektive Frist ist (unten S 1024 ff). Auch ein (angenommener) subjektiver Verjährungsbeginn wäre aber kein überzeugendes Argument gegen ein gesetzgeberisches

hatte das ältere Aktienrecht (seit der Aktienrechtsreform 1884) wie erwähnt nur im Gründungsrecht vorgesehen (Art 213d ADHGB 1884 bzw § 205 dHGB 1897).³⁷¹¹ Demzufolge waren Verzichte und Vergleiche über Ersatzansprüche aus dem Gründungshergang (ebenfalls) während drei Jahren (und ab dem dHGB 1897 während fünf Jahren) ab der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister unwirksam (vgl § 43 AktG idgF). Der Gesetzgeber des AktG 1937/1938 verallgemeinerte diese Bestimmung (wie gesagt irrig) vom Gründungsrecht in die allgemeine Vorstandshaftung.³⁷¹² Diese Ausdehnung war in den vorangegangenen Beratungen der Weimarer Reformen wie erwähnt noch vehement abgelehnt worden war.³⁷¹³ Auch im damaligen Schrifttum zu Art 213d ADHGB 1884 und § 205 dHGB 1897 war noch gemahnt worden, dass die Beschränkungen nicht über die Gründungsansprüche hinaus erstreckt werden dürften.³⁷¹⁴

Das Versehen des Gesetzgebers hatte sowohl positive als auch negative Auswirkungen auf den Haftungstatbestand des § 84 AktG. Positiv hervorzuheben ist, wie schon bei § 43 AktG angesprochen,³⁷¹⁵ die Schließung einer bisherigen Minderheitenschutzlücke, die darin bestand, dass § 205 dHGB 1897 (§ 43 AktG idgF) nur Gründungsansprüche erfasste. Diese Lücke hätte schon mit § 270 dHGB 1897 (§ 136 AktG idgF) geschlossen werden sollen, diese

Versehen, weil der Raum für Verzichte und Vergleiche trotzdem sehr schmal und so wohl kaum intendiert wäre. Und im Übrigen ist das referierte Argument auch zirkulär, denn den subjektiven Beginn der Verjährungsfrist leitet *G. Schima* va aus § 84 Abs 4 Satz 3 AktG ab, somit jener Bestimmung, deren Plangemäßheit gerade in Frage steht (aaO 191).

3711 Darauf hinweisend auch *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (48); *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 277 (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 339 [Stand 01.10.2023]); *Zimmermann* in FS Duden 773 (774); *Pendl*, Verjährung 110; vgl bereits *Weipert* in *Gadow et al*, AktG (1939) § 84 Anm 37 (S 330).

3712 Vgl *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 43 Anm 2 (S 144 f); vgl auch *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (47). Die genaue Ursache dieses Versehens bleibt insb wegen der vergleichsweise spärlichen Dokumentierung der finalen (und wohl auch hitzigen) Verhandlungen zwischen den beteiligten Ministerien und der Akademie für Deutsches Recht bedauerlicherweise (zumindest auf Grundlage der gesichteten Dokumente) im Dunkeln. Wann und weshalb genau die Sperrfrist Eingang in den Entwurf gefunden hat, bleibt daher offen.

3713 Protokolle der Verhandlungen des Arbeitsausschusses des Vorläufigen Reichswirtschaftsrats zur Beratung des Entwurfs eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Die Aktienrechtsreform am Ende der Weimarer Republik (1987) 193 f, 230 f; zitiert nach *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (47); vgl auch *Pendl*, Verjährung 109.

3714 Vgl etwa *Staub*, ADHGB^{3, 4} (1896) Art 213d Anm § 3. (S 427); *dens*, HGB⁸ (1906) § 205 Anm 5 (S 702 f); *Lehmann/Ring*, HGB II² (1913) § 205 Anm 4 (S 58); *Pinner* in *Staub*, HGB II¹⁴ (1933) § 205 Anm 5 (S 146); referierend auch *Pendl*, Verjährung 109 mwN.

3715 S oben S 771 ff.

Norm bezog sich aber (planwidrig zu eng) nur auf Dispositionen *nach* Ausübung des Minderheitsverlangens. Mit § 84 Abs 4 Satz 3 AktG 1937/1938 hat der Aktiengesetzgeber diese Schutzlücke gleichsam versehentlich geschlossen (wobei er freilich zugleich das überhöhte Quorum des § 205 dHGB 1897 von 20% des Grundkapitals verallgemeinert hat). Und noch eine weitere Unzulänglichkeit des § 205 dHGB 1897 wurde mit § 84 Abs 4 Satz 3 AktG verallgemeinert: Seit der Erhöhung der (gründungsrechtlichen) Sperrfrist auf fünf Jahre durch das dHGB 1897 deckt sich diese mit der Verjährungsfrist, sodass Verzichte und Vergleiche praktisch unmöglich sind. Darauf wird unten noch zurückzukommen sein.³⁷¹⁶

Zunächst soll der Frage nachgegangen werden, ob die Sperrfrist überhaupt irgendeinen Regelungszweck haben kann, wenn sie doch ihre Existenz einem gesetzgeberischen Versehen verdankt. Das Beispiel des Widerspruchsrechts in § 84 Abs 4 Satz 3 AktG lehrt freilich, dass auch eine irrig geschaffene Norm (objektiv) eine Schutzlücke schließen und damit einen (wenngleich dem Gesetzgeber unbewussten) Regelungszweck haben kann. Demgemäß könnte auch die Sperrfrist eine Lücke schließen oder zumindest irgendeine sinnvolle Funktion haben. Das ist durch objektiv-teleologische Auslegung zu klären. Dabei sind anhand der Normwirkung mögliche Normzweckhypothesen zu bilden und zu untersuchen, ob und ggf inwieweit der Gesetzgeber die Normwirkung angesichts der übrigen gesetzlichen Bestimmungen und Wertungen (objektiv) gewollt haben kann. Zweifel sind aber durchaus berechtigt, wenn man bedenkt, dass der Regelungsmechanismus „Sperrfrist“ – anders als das Widerspruchsrecht einer Aktionärsminorität – eigentlich auf die Verhältnisse bei der Gesellschaftsgründung zugeschnitten ist, wo diese Frist die präsumtive Dauer einer mehrheitlichen Aktienemission und (infolgedessen) die Unabhängigkeit der Gesellschaft von den Gründern abbildet. Diesen Fragen soll im Folgenden vertiefend nachgegangen werden.

2. Normzweck

Die *ratio legis* der Sperrfrist lässt sich nach dem gerade Gesagten nicht durch subjektiv-historische Interpretation ermitteln. Wohl deshalb ist das österreichische Schrifttum vor allem durch objektiv-teleologische Normzweck-

³⁷¹⁶ Auf den Zweck und die Legitimität der weiteren Wirksamkeitsvoraussetzung für Verzichte und Vergleiche, nämlich die Zustimmung durch die HV (welche ja ebenfalls irrtümlich aus dem Gründungsrecht übernommen wurde), muss hier nicht näher eingegangen werden, weil diese Zustimmung jedenfalls die nötige Grundlage für das (gebotene) Widerspruchsrecht einer Aktionärsminorität bildet. Nach allgM soll die HV-Zustimmung eine „Selbstenthaltung“ oder (gegenseitige) „kollegiale Verschonung“ von Vorstand und Aufsichtsrat verhindern (vgl aus der Kommentarlit nur *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 311 mwN; vgl auch etwa *Mertens* in FS Fleck 209 [210]; *Eßwein*, Privatautonome Gestaltung 111).

überlegungen geprägt. In Deutschland liegt die Sache anders, denn der Aktiengesetzgeber von 1965 nahm ausdrücklich Stellung zum Normzweck der Sperrfrist. Hierzulande mag wie gesagt zwar ein Rekurs auf den objektiven Zweck der Regelung unumgänglich sein, dies birgt aber eine nicht zu unterschätzende Gefahr: Da die Sperrfrist Verzichte und Vergleiche umfassend verbietet, ließe sich mit einer bloß folgenorientierten Betrachtung wohl jede Normzweckhypothese rechtfertigen. Neben einer objektiven Wirkungsbetrachtung muss daher kritisch überprüft werden, ob die Folgen der Sperrfrist auch mit den übrigen gesetzlichen Wertungen vereinbar sind. Zum Beispiel könnte die Sperrfrist vordergründig dem Schutz der Minderheitsaktionäre oder der Gesellschaftsgläubiger dienen, indem sie ihnen die Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft erleichtert; dann muss aber hinterfragt werden, ob die Sperrfrist diese Funktion *besser* erfüllt als die dafür (eigentlich schon) vorgesehenen, bestehenden Dispositionsbeschränkungen. Auch ein Übereilungsschutz ist denkbar, hat doch die Gesellschaft dank der Sperrfrist länger Zeit, sich einen Verzicht oder Vergleich genau zu überlegen; dann muss aber geprüft werden, ob ein solcher Übereilungsschutz mit Blick auf andere Ansprüche und Gesellschaftsentscheidungen wertungskonform ist. Zusammengefasst muss sich die Sperrfrist reibungslos in das gesetzliche Wertungsgefüge einpassen (wie etwa das Widerspruchsrecht in § 84 Abs 4 Satz 3 AktG).

Nachfolgend wird zuerst der (umfangreiche) Meinungsstand referiert. Dazu werde ich jeweils nach Schutzinteressen gegliedert Stellung beziehen und gleichzeitig meine eigene Ansicht darlegen. Diese lautet – so viel kann nach der angedeuteten Skepsis vorweggenommen werden – dass die Sperrfrist *keinem* denkbaren Schutzinteresse befriedigend gerecht wird.

a) Meinungsstand

i. Österreich

Die hL³⁷¹⁷ sieht den Zweck der Sperrfrist im Anschluss an eine ältere Entscheidung des OGH³⁷¹⁸ aus dem Jahr 1975 (der sich wiederum am BGH orientierte)³⁷¹⁹ im Minderheitenschutz. Vertreter dieser Ansicht folgern konsequent, dass die Sperrfrist keine Berechtigung habe, wenn eine Entlastung (Gleiches gelte für Verzichte und Vergleiche)³⁷²⁰ von allen Aktionären erteilt wird (Universalsammlung).³⁷²¹ Eine einstimmig von allen Aktionären beschlossene

3717 Schiemer, AktG² § 104 Anm 1.2; Ch. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 84 Rz 34; S. Bydlinski/Potyka in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 104 Rz 31; J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 84 Rz 494; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, ÖGesR² Rz 3/543 f; dies in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 455 f, jedoch einschränkend auf AG, die nicht dem gesetzlichen Leitbild der Publikumsgesellschaft entsprechen, sondern nur einen Aktionär oder einen eng geschlossenem Gesellschafterkreis haben; Kastner, GesRZ 1975, 106 (108); Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriß⁵ 239; G. Frotz in FS Wagner 137 (153); Ostheim in Korinek/Krejci, Der Verein 117 (188 f); Dellinger in FS Frotz 187 (202) mit Hinweis auch auf mittelbaren Gläubigerschutz; so iE wohl auch U. Torggler in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Organhaftung 35 (48); tendenziell auch Koppensteiner, GES 2015, 5 (11); Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung, 165 (190); Niederberger, ecolex 1997, 838 (839 Fn 19); Nicolussi in Nueber/Przeszlowska/Zwirschmayr, Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel 21 (33 f); dies, Satzungsstrenge 176, wonach die Gesetzesgenese zeige, dass die Verzichtsregelung allg und die Sperrfrist im Besonderen klar auf den Schutz der Minderheitsaktionäre ziele (worunter Nicolussi offenbar auch künftige, binnen des Sperrfristlaufs eintretende Kleinaktionäre versteht).

AA G. Schima, GesRZ 1991, 185 (192); Runggaldier/Schima, Rechtsstellung 225, 243 f; dies, Manager-Dienstverträge⁴ 186, 204 f; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ §§ 84 Rz 112; Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 503; E. Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 104 Rz 67; so wohl auch Wendt in MüKo AktG⁵ § 120 Rz 66 ff.

3718 OGH 03.07.1975, 2 Ob 356/74 SZ 48/79 = EvBl 1976/66; bestätigt durch 08.05.2008, 6 Ob 28/08y Pkt 5.1 HS 39.036 = GesRZ 2008, 304 (Schmidt); RIS-Justiz RS0049220; bestätigend, zT aber abw auch 03.06.2009, 7 Ob 248/08h SZ 2009/75 = HS 40.034 = RWZ 2009, 263 (krit Wenger) = GesRZ 2009, 369 (krit U. Torggler) = ZFR 2010, 40 (Linder). In dieser E hat der OGH neben dem Schutz der Minderheitsaktionäre im Anschluss an die dL auch den Schutz „des Gesellschaftsvermögens (und damit den Gläubigerschutz)“ als Regelungsziel des § 84 Abs 4 Satz 3 AktG angenommen (anders noch in der oben genannten E 2 Ob 356/74, wonach die Gläubiger von einem Verzicht der Gesellschaft nicht berührt werden, weil sie ohnedies nach § 84 Abs 5 Satz 3 AktG vorgehen können).

3719 BGH 12.03.1959, II ZR 180/57 BGHZ 29, 385 (390) = NJW 1959, 1082.

3720 Ausdr etwa Ch. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 84 Rz 34.

3721 Grundl OGH 03.07.1975, 2 Ob 356/74 SZ 48/79; dazu RIS-Justiz RS0049220 und die zit E (s auch Fn 3718); bestätigend OGH 01.09.2015, 6 Ob 3/15g GesRZ 2016, 47 (62 zust Durstberger); zust J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 84 Rz 494; Eckert/Schopper/Madari in Eckert/Schopper, AktG-ON^{1.00} § 84 Rz 58; Eckert/Madari in Ruhmannseder/Wess, Hdb Corporate Compliance Rz 3.43; für Einpersonen-AG und AG mit geschlossenem Gesellschafterkreis auch

Entlastung sei daher ausnahmsweise auch *vor* Ablauf der Sperrfrist wirksam (vorbehaltlich des Gläubigerschutzes gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG). Demgegenüber nimmt insb *G. Schima*³⁷²² einen weitergehenden Normzweck an: Die Sperrfrist schütze nicht nur die im Zeitpunkt des Verzichts oder Vergleichs bestehende Aktionärs minderheit, sondern auch die innerhalb der Fünfjahresfrist eintretenden Aktionäre vor nachteiligen Dispositionen der (Alt-)Aktionäre, was insb bei Alleinaktionären oder Familiengesellschaften geboten sei.³⁷²³ Diese Auffassung hat in der Lit³⁷²⁴ breite Gefolgschaft gefunden. Wieder andere Stimmen schließlich sehen die *ratio legis* in der Verhinderung eines schädlichen Zusammenwirkens zwischen dem kontrollierenden Aktionär und den Organmitgliedern,³⁷²⁵ in einer Verhinderung vorschneller Dispositionen noch vor Bekanntwerden des gesamten Schadensausmaßes vorschnell (Übereilungsschutz)³⁷²⁶ oder – wie auch der 7. Senat des OGH ver-

Kalss in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 456 (weil die Sperrfrist auch künftige Aktionäre schütze [s Fn 3724]); *dies* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/543; *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 84 Rz 29 aE, 34; *Gurmann/Eberhardt*, GES 2012, 119 (120 f); *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 165 (190); *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (48); *Feltl* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 9/429; *I. Welser*, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2016, 219 (231); *Adensamer/Sternig/Wöss* in *Adensamer/Mitterecker*, Gesellschafterstreit Rz 9/83; für nicht-börsennotierte AG *Nicolussi*, Satzungsstrenge 176 f; *Told/Warto* in *Harrer/Neumayr/Told*, Organhaftung 3 (127). Abl *G. Schima*, GesRZ 1991, 185 (189 ff); *Krejci* in GedS Helm 775 (783 f); *E. Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 104 Rz 66 f.

3722 *G. Schima*, GesRZ 1991, 185 ff; *ders*, GesRZ 2021, 310 (324); vgl auch *dens*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016) Rz 600, 607; vgl auch *Runggaldier/Schima*, Rechtsstellung 244.

3723 Vgl *G. Schima*, GesRZ 1991, 185 (194 ff); *Runggaldier/Schima*, Rechtsstellung 244.

3724 *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 84 Rz 112; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/544; *dies* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 456; *Krejci* in GedS Helm 775 (783 f); *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 503; *Runggaldier/Schima*, Rechtsstellung 244; *Schlosser*, Organhaftung 125; *Simonishvili*, Entlastungsbeschlüsse 79 und *passim*; *Artmann*, Anm zu OGH 04.08.2009, 9 Ob 149/08i, GesRZ 2010, 55 (56); so wohl auch *Nicolussi*, Satzungsstrenge 176 (Schutz auch später beitretender Kleinaktionäre); abl *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (46): „wenig überzeugend“.

3725 *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (48); vgl auch *M. Gruber*, GesRZ 2012, 93 (95) im Anschluss an *Thomas*, Haftungsfreistellung 104, wonach die Sperrfrist zum Schutz der Minderheitsaktionäre und Gesellschaftsgläubiger sicherstellen soll, dass die Haftung nicht vorschnell im Wege „kollegialer“ Verschonung ausgeschlossen wird. Vgl auch *I. Welser*, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2016, 219 (231).

3726 *Eckert/Linder*, eolex 2005, 449 (450); *Schlosser*, Organhaftung 122, der sich jedoch an anderer Stelle (S 125) unter Verweis auf *G. Schima*, GesRZ 1991, 185 ff für den Schutz neu eintretender Aktionäre ausspricht; *Simonishvili*, Entlastungsbeschlüsse 76 ff, der auf S 79 auch Sympathie für den Schutz künftiger Aktionäre bekundet (mit Verweis auf *G. Schima*, GesRZ 1991, 185 [188 ff, 196 ff]); *Reis*, RdW 2007, 652 (653)

trat – neben dem Minderheitenschutz im Schutz des Gesellschaftsvermögens und damit im Schutz der Gesellschaftsgläubiger³⁷²⁷.

mit dem mE nicht nachvollziehbaren Argument, die Sperrfrist würde „im Zusammenhang mit der Verjährungsfrist gesehen“ vor übereilter Entscheidung schützen. Dazu ist zu bemerken, dass Verzichte und Vergleiche gerade wegen derselben Fristlänge der Sperr- und Verjährungsfrist praktisch ausgeschlossen sind, weshalb es nichts mehr gibt, dessentwegen vor Übereilung geschützt werden könnte. Nicht überzeugend ist auch die Mutmaßung, das GmbHG kenne keine vergleichbare Sperrfrist, weil „für den Gesellschafterschutz die fünfjährige Verjährungsfrist des § 25 Abs 6 GmbHG ausreichend erscheint.“ Davon abgesehen, dass ja auch das Aktienrecht mit § 84 Abs 6 AktG eine identische Verjährungsfrist enthält, bezweckt die (verkürzte) Fünfjahresfrist gerade den Schutz der ersatzpflichtigen Organmitglieder, und nicht der Gesellschaft (oder ihrer Gesellschafter). Offen bleibt auch, wie die Verjährungsfrist allein überhaupt einen der Sperrfrist vergleichbaren (angenommenen) Schutz vor Übereilung gewährleisten soll, wenn dies doch im Aktienrecht – nach Reis – „im Zusammenhang“ mit der Sperrfrist geschieht, und – was wohl auch nicht gemeint ist – aus der Verjährung allein nicht folgt, dass die Gesellschaft über ihre Ansprüche nicht verfügen darf. Krit zu der Argumentation von Reis schon oben Fn 2694 und Spengel, wbl 2021, 121 (133 Fn 104). Abl gegenüber einem Übereilungsschutz G. Schima, GesRZ 1991, 185 (192 ff); Runggaldier/Schima, Rechtsstellung 244; U. Torggler in Artmann/Rüffler/U. Torggler, 35 (45 f).

3727 OGH 7 Ob 248/08h (s dazu schon Fn 3718); so auch J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 84 Rz 491 („Schutz der Aktionäre und des Gesellschaftsvermögens [und damit den Gläubigerschutz“]); Dellinger in FS Frotz 187 (202); ähnlich E. Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 104 Rz 67; wohl zust Wendt in MüKo AktG⁵ § 120 Rz 72; implizit für Gläubigerschutz auch Kalss in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 455, der zufolge Ein gegen § 84 Abs 4 Satz 3 AktG verstoßender Verzicht relative Nichtigkeit zugunsten der betroffenen Minderheitsaktionäre und betroffenen Gesellschaftsgläubiger bewirke, sodass sich Minderheitsgesellschafter und Gläubiger auf die Nichtigkeit des Verzichts berufen könnten. Das impliziert wie gesagt, dass der Normzweck der Sperrfrist auf Minderheiten- und Gläubigerschutz zielt (so ausdr auch die verwiesene OGH-E 7 Ob 248/08h: „Schutz der Aktionäre und des Gesellschaftsvermögens (und damit den Gläubigerschutz)“). Damit steht freilich in Widerspruch, wenn Kalss (aaO Rz 424) zugleich gem der stRsp (wenngleich eingeschränkt auf *close corporations*) eine Ausnahme von der Sperrfrist für einstimmige Verzichte durch alle Aktionäre annimmt. Diese Ausnahme (teleologische Reduktion) beruht nämlich auf der Prämisse, dass die Sperrfrist *nur* dem Minderheitenschutz diene; über einen Gläubigerschutzzweck könnten sich auch alle Aktionäre im Einvernehmen nicht hinwegsetzen (auch der OGH nimmt in der grundl E 2 Ob 356/74 SZ 48/79 an, dass die Sperrfrist nur dem Minderheitenschutz diene, weil der Gläubigerschutz – insoweit zutr – schon durch § 84 Abs 5 Satz 3 AktG gewährleistet werde; s dazu oben Fn 3718).

ii. Deutschland

Auch die ältere *hdL*³⁷²⁸ zum AktG 1937/1938 sah den Zweck der Sperrfrist im Anschluss an die oben schon erwähnte BGH-Entscheidung³⁷²⁹ noch ausschließlich im Minderheitenschutz. Dementsprechend bejahte sie ebenfalls eine Verzichtswirkung einstimmiger Verfügungen aller Aktionäre. Der Minderheitenschutz zweck entspricht auch der wohl noch überwiegenden³⁷³⁰ Meinung³⁷³¹ im aktuellen deutschen Schrifttum. Einhellig anerkannt³⁷³² ist wegen der insoweit eindeutigen *AmtlBegr* zum dAktG 1965 außerdem, dass die Sperrfrist auch Verfügungen über Ersatzansprüche verhindern soll, so lange sich das Schadensausmaß noch nicht absehen lässt.³⁷³³ Daneben wer-

3728 *Schönle*, ZHR 126 (1964) 199 (221); *Neflin*, NJW 1959, 1666 (1667); vgl zuvor bereits *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 84 Anm 17 (S 311); in der (übrigen) deutschen Kommentarliteratur wurde der Normzweck der Sperrfrist – soweit ersichtlich – nicht eigens behandelt; abl *Schuler*, NJW 1960, 601 ff; *Brox*, BB 1960, 1226 (1227 ff); *Zöllner* in KK-AktG¹ (1985) § 120 Anm 31; *Eßwein*, Privatautonome Gestaltung 112.

3729 BGH 12.03.1959, II ZR 180/57 BGHZ 29, 385, 390 = NJW 1959, 1082.

3730 So *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 276 (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 338 [Stand 01.10.2023]); „bM“.

3731 *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 276 (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 338 [Stand 01.10.2023]); Schutz des Gesellschaftsvermögens und der Minderheitsaktionäre; ebenso *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 307; *Dendl*, Disposition 112 mwN; *Haas/Wigand* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 20.65 mwN; *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 327, 333; für Gläubiger- und Minderheitenschutz *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 158.

3732 Vgl *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 158 („allgM“); ebenso *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 309.

3733 Zuerst (noch vor dem dAktG 1965) wohl *Schuler*, NJW 1960, 601 (601) nach dem die Länge der Frist zeige, dass einem vorschnellen Verzicht oder Vergleich vorgebeugt werden soll und dass er erst statthaft sein soll, wenn die weitere Entwicklung der Verhältnisse die richtige Beurteilung der Vorkommnisse und ihrer Folgen ermöglicht, und die Amtszeit der beteiligten Vorstandsmitglieder, deren Stellung das AktG außerordentlich verstärkte, sicherlich inzwischen abgelaufen war. Vgl auch bereits *Zöllner* in KK-AktG¹ (1985) § 120 Rz 31, wonach dies gerade bei der AG „wegen ihrer auch für Aktionäre schwer durchschaubaren Verhältnisse“ sinnvoll sei; vgl auch; *Zimmermann* in FS Duden 773 (774) mwN; *Hefermehl* in *Geßler et al*, AktG (2. Lfg) § 93 Rz 59; *Cahn* in KK-AktG⁴ § 93 Rz 183; *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 309; *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 158; *Hölters/Hölters* in *Hölters/Weber*, AktG⁴ § 93 Rz 297; *Sailer-Coceani* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG⁴ § 93 Rz 65; *Grigolet/Tomasic* in *Grigolet*, AktG² § 93 Rz 135; *Link* in *Wachter*, AktG⁴ § 93 Rz 87; *Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaften⁶ § 14 Rz 105; *Haas/Wigand* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 20.65; *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 327; *Schug*, Risikoeinschränkung 107; *Unmuth*, Vergleich und Verzicht 43 ff (als gesetzgeberische Entscheidung hinzunehmen); *Hirte/Stoll*, ZIP 2010, 253 (253); *Haßler*, AG 2016, 388 (391); *Harbarth* in Liber Amicorum M. Winter 215 (227) unter Hinweis auf die typische Informationsasymmetrie zwischen HV und Vorstand; idS auch *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 172; *Kilian*, Reform 97; *Groß*, Innenhaftung 134; krit *Bachmann*, Gutachten E zum 70. DJT

den auch der Schutz des Gesellschaftsvermögens³⁷³⁴ und der Gläubiger³⁷³⁵ angeführt. Nach manchen Autoren³⁷³⁶ soll die Bestimmung überdies vermeiden, dass der Verzichts- oder Vergleichsabschluss zu Zeiten einer „personellen Gemengelage“ erfolgt, zB aufgrund eines Naheverhältnisses zwischen der Verwaltung und dem Mehrheitsaktionär. Denn innerhalb von drei Jahren könne es zu einem Wechsel in der Aktionärsstruktur und auch in der Aufsichtsratsbesetzung kommen.³⁷³⁷ Wieder andere Autoren³⁷³⁸ verstehen die Sperrfrist als Ausprägung des gesetzgeberischen Bestrebens, die Haftung des Vorstands als Ausgleich zu dessen (seit dem AktG 1937/1938) gesteigerter Macht zu verschärfen.

E 49 ff, wonach die Sperrfrist dann auch für andere, ebenfalls schwer überschaubare Schadensfälle gelten müsste.

3734 *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 276 (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 338 [Stand 01.10.2023]); *Hopt/Roth* in *Großkomm AktG*⁵ § 93 Rz 503; *Dendl*, Disposition 112; *Hasselbach*, DB 2010, 2037 (2039): „Schutz der Gesellschaft“; so auch *Haas/Wigand* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 20.65; *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 327; *Hirte/Stoll*, ZIP 2010, 253 (253); *Binder*, Grenzen 172.

3735 Vgl etwa *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 158; *Bürgers* in *Bürgers/Körber/Lieder*, AktG⁵ § 93 Rz 36; so schon *Zöllner* in *KK-AktG*¹ (1985) § 120 Anm 31; *Rust*, Der Aufsichtsrat 2014, 36 (37); abl *Eßwein*, Privatautonome Gestaltung 112; *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 174.

3736 *Mertens* in *FS Fleck* 209 (211), nach dem die Verzichts- und Vergleichsbeschränkung einen Beitrag zum Schutz des Unternehmensinteresses der juristischen Person vor Dispositionen leiste, die sich außerhalb des „aktienrechtlichen Regelungssystems“ bewegen; *Cahn* in *KK-AktG*⁴ § 93 Rz 183; *Hopt/Roth* in *Großkomm AktG*⁵ § 93 Rz 518; *Bachmann*, Gutachten E zum 70. DJT E 50, wonach die Sperre der naheliegenden Versuchung der Verwaltung vorbeugen solle, allzu eifertig einen Schlussstrich unter eigene Verfehlungen zu ziehen; *Hölters/Hölters* in *Hölters/Weber*, AktG⁴ § 93 Rz 297; ähnlich *Zimmermann* in *FS Duden* 773 (776); *Fleischer*, AG 2015, 133 (138 f); *Schug*, Risikoeinschränkung 107; *Habersack*, ZHR 177 (2013), 782 (804); *Haßler*, AG 2016, 388 (391); *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 327; *Binder*, Grenzen 172; *Unmuth*, Vergleich und Verzicht 45 f; tendenziell abl *Harbarth* in *Liber Amicorum M. Winter* 215 (227 f); abl auch *Eßwein*, Privatautonome Gestaltung 113.

3737 S die Nw in der vorigen Fn und krit zu diesem Argument bei und in Fn 3786.

3738 Vgl *Brox*, BB 1960, 1226 (1228 lSp), demzufolge der Gesetzgeber die Haftung der Verwaltungsträger aufgrund ihrer umfangreicheren Befugnisse zugunsten der Gesellschaft und Aktionäre verschärfen wollte. Ähnlich *Zimmermann* in *FS Duden* 773 (776 f), nach dem sich mangels sonstiger hinreichender Anhaltspunkte für die Erstreckung der für die Gründer geltenden Haftungsmaßstäbe, insb der Sperrfrist, auf die Vorstandsmitglieder nur die allg Erwägung ins Feld führen lasse, dass der durch das AktG 1937/1938 gesteigerten Macht des Vorstands eine strengere Haftung entsprechen müsse. Vgl auch bereits *Weipert* in *Gadow et al*, AktG (1939) § 84 Anm 37 (S 330).

b) Stellungnahme

Wenig überraschend ist der Meinungsstand zum Normzweck der fünfjährigen (in Deutschland dreijährigen) Sperrfrist sehr divergent. Da der Gesetzgeber des AktG 1937/1938 die Sperrfrist wie erwähnt irrtümlich geschaffen hat, gibt es in den (älteren)³⁷³⁹ Materialien nämlich naturgemäß keine Aussage zum Regelungsziel der Bestimmung. Das Widerspruchsrecht in § 84 Abs 4 Satz 3 AktG demonstriert wie erwähnt gleichwohl, dass auch eine irrig geschaffene Norm unbewusst eine bestehende Schutzlücke gleichsam „zufällig“ schließen kann. Im Folgenden ist daher anhand der in der Lit vertretenen Normzweckhypothesen zu untersuchen, ob auch die Sperrfrist eine Schutzlücke schließt oder ihr zumindest sonst eine sinnvolle Funktion zugeschrieben werden kann.

i. Zum Minderheitenschutz

1) Formale Kritik

Noch bevor auf inhaltliche Einzelargumente eingegangen wird, ist in formaler Hinsicht zu beanstanden, dass der angebliche Minderheitenschutzzweck im Schrifttum soweit ersichtlich inhaltlich kaum begründet wird. Vielmehr wird regelmäßig (nur) auf die erwähnte OGH-Entscheidung³⁷⁴⁰ aus dem Jahr 1975 verwiesen, in der es heißt:

„Im allgemeinen kann sicherlich die von der Hauptversammlung beschlossene Entlastung des Vorstandes in Hinblick auf die durch § 84 Abs. 4 Satz 3 AktG 1937 (nun ebendort AktG 1965) getroffene Regelung, daß die Gesellschaft vor Ablauf von 5 Jahren nicht auf Ersatzansprüche gegen den Vorstand verzichten könne, nicht die Wirkung eines Verzichtes auf Schadenersatzansprüche oder das Anerkenntnis des Nichtbestehens solcher Ansprüche haben, weil durch die angeführte Norm die Bedeutung der Entlastung für das Gebiet des Aktienrechtes eingeschränkt wird auf die Billigung der Geschäftsführung und den Ausdruck des Vertrauens in sie. Wenn jedoch die Entlastung von allen Aktionären erteilt wird, so kann § 84 Abs. 4 Satz 3 AktG (1937 und 1965) nicht als Grund dafür hinreichen, der Entlastung im Verhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Vorstand die Wirkung eines Anspruchsverzichtes auf Ersatzleistung aus pflichtwidriger Geschäftsführung vorzuenthalten. Dieser [sic] Vorschrift dient dem Schutz der Minderheitsaktionäre³⁷⁴¹ und hat dann keine Berechtigung, wenn alle Gesellschafter die Entlastung des Vorstandes beschlossen haben.“

3739 Vgl aber die Aussage der AmtlBegr zum dAktG 1965 (BT-Drs IV/171 132 ISp) und dazu noch krit unten S 989 ff.

3740 OGH 03.07.1975, 2 Ob 356/74 SZ 48/79; vgl auch RIS-Justiz RS0049220.

3741 Hervorhebung durch den Verf.

Auch diese OGH-Entscheidung liefert jedoch keine inhaltliche Begründung, sondern verweist ihrerseits lediglich auf eine ältere Entscheidung³⁷⁴² des BGH aus dem Jahr 1959.³⁷⁴³ Darin heißt es beinahe gleichlautend:

„Bei der GmbH wirkt die Entlastung wie ein Verzicht auf Ersatzansprüche oder das Anerkenntnis des Nichtbestehens derartiger Ansprüche (BGH NJW 1959, 192). Diese Wirkung kann die gemäß § 104 Abs 1 AktG von der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft beschlossene Entlastung im Hinblick auf die in § 84 Abs. 4 Satz 3 AktG getroffene Regelung im allgemeinen nicht haben. Nach dieser Bestimmung darf die Aktiengesellschaft auf Ersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder innerhalb von fünf Jahren seit Entstehung des Anspruchs überhaupt nicht und nach Ablauf dieser Frist nur unter bestimmten Voraussetzungen verzichten. Damit wird die Bedeutung der Entlastung für das Gebiet des Aktienrechts eingeschränkt. Die Hauptversammlungsbeschlüsse von Aktiengesellschaften, die dem Vorstand Entlastung erteilen, bringen nichts weiter als die Billigung der Geschäftsführung und das Vertrauen in sie zum Ausdruck [...]. Wird die Entlastung jedoch von allen Aktionären erteilt, so kann § 84 Abs. 4 Satz 3 AktG nicht als Grund dafür ausreichen, der Entlastung im Verhältnis zwischen der Gesellschaft und dem Vorstand die Wirkung eines Anspruchsverzichts vorzuenthalten. Diese Vorschrift dient dem Schutze der Minderheitsaktionäre.³⁷⁴⁴ Das ist ein Gesichtspunkt, der bei einer von allen Gesellschaftern beschlossenen Entlastung entfällt.“

Auch der BGH blieb eine weitergehende Begründung für den angenommenen Minderheitenschutz zweck schuldig. Die Tatbestandsausnahme für den Fall eines einstimmigen Verzichts- oder Vergleichsbeschlusses war im vorangegangenen Schrifttum soweit ersichtlich auch nicht vertreten worden (was auch das Fehlen einschlägiger Literaturnachweise in der Entscheidungsbegründung erklären könnte). Allein *Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Gefßler/Hefermehl*³⁷⁴⁵ hatten in der dritten Auflage ihres Standardkommentars zum AktG schon im Jahr 1939 die Ansicht vertreten, dass die Sperrfrist dem Schutz der Minderheitsaktionäre diene. Sie begründeten diese These jedoch ebenfalls nicht (und postulierten im Übrigen auch keine Ausnahme für einstimmige Universalbeschlüsse).³⁷⁴⁶

Von dieser Begründungsschwäche abgesehen, berücksichtigte der OGH auch nicht, dass die vorbildhafte Rsp des BGH in der Zwischenzeit bereits durch den

3742 BGH 12.03.1959, II ZR 180/57 BGHZ 29, 385, 390 = NJW 1959, 1082; abl *Brox*, BB 1960, 1226 (1227); *Schuler*, NJW 1960, 601 (601); zust *Schönle*, ZHR 126 (1964) 199 (221 f).

3743 Vgl hierzu auch *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 501 ff.

3744 Hervorhebung durch den Verf.

3745 *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 84 Anm 17 f (S 311 f).

3746 Denkbar ist mE, dass die Sperrfrist schlicht mit dem gemeinsam geregelten – und tatsächlich dem Minderheitenschutz dienenden – Widerspruchsrecht einer Aktionärsminorität teleologisch „über einen Kamm geschert“ wurde.

deutschen Gesetzgeber überholt worden war.³⁷⁴⁷ Denn das dAktG 1965 hatte die Sperrfrist von fünf (wieder) auf drei Jahre verkürzt und in der Begründung beiläufig klargestellt, dass sie dem Schutz vor verfrühten Dispositionen dient (*nota bene*: nicht dem Minderheitenschutz!).³⁷⁴⁸

*„Die Vorschrift soll verhindern, daß über einen Verzicht oder Vergleich bereits zu einem Zeitpunkt entschieden wird, in dem sich noch kein abschließendes Bild über die Auswirkungen der schädigenden Handlung gewinnen läßt. Dafür erscheint jedoch eine Frist von drei Jahren ausreichend. Es kann angenommen werden, daß sich im allgemeinen schon nach drei Jahren die Folgen der Handlung übersehen lassen.“*³⁷⁴⁹

Zugleich hat der deutsche Gesetzgeber in § 120 Abs 2 dAktG unmissverständlich klargestellt, dass eine Entlastung (aber nicht ein sonstiger Verzicht) keine Verzichtswirkung hat (*„Durch die Entlastung billigt die Hauptversammlung die Verwaltung der Gesellschaft durch die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats. Die Entlastung enthält keinen Verzicht auf Ersatzansprüche.“*).³⁷⁵⁰ Dies sollte (mE jedoch nicht überzeugend) sogar nach Ablauf der Sperrfrist gelten (dazu noch unten)³⁷⁵¹; umso weniger konnte die Entlastung daher – zumindest bei Anlehnung an das deutsche Recht – schon vor Ablauf der Sperrfrist, wenn auch bei einstimmiger Beschlussfassung aller Aktionäre, Verzichtswirkung entfalten (was ohnedies auch nicht von einem Übereilungsschutz gedeckt wäre). Jedenfalls nach der geänderten deutschen Rechtslage – der österreichische Gesetzgeber hat weder die Sperrfrist verkürzt noch eine § 120 Abs 2 dAktG entsprechende Norm erlassen – hätte die Entscheidung des OGH daher eine eigenständige Begründung verdient.

2) Inhaltliche Kritik

Auch in der Sache sprechen die besseren Argumente gegen einen Minderheitenschutz.³⁷⁵² Zur Orientierung ist es zweckmäßig, zunächst zu fragen, wer denn überhaupt wie vor wem geschützt werden soll. Das „Wie“ ist durch die Sperrfrist vorgegeben. Was das „Wer“ und „vor wem“ betrifft: Überprüft man einen (angeblichen) Schutz der Aktionärsminorität, so liegt damit auf

3747 Vgl auch Zimmermann in FS Duden 773 (778); Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 502.

3748 Interessanterweise dürfte sich der deutsche Gesetzgeber bei dieser Normbegründung in der AmtlBegr nicht an der – damals rezenten – E des BGH aus 1959 orientiert haben, sondern vielmehr an einer E des RG aus dem Jahr 1933 zur gründungsrechtlichen Sperrfrist (§ 205 dHGB 1897; vgl § 43 AktG; § 50 dAktG). Dazu noch näher iZm dem Übereilungsschutz unten S 989 ff.

3749 AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 132 (Hervorhebung durch den Verf).

3750 AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 148 lSp.

3751 S unten bei Fn 4099.

3752 Vgl auch die eingehenden krit Stellungnahmen von G. Schima, GesRZ 1991, 185 (189 ff) und Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 501 ff.

der Hand, dass diese vor der Aktionärsmehrheit geschützt werden soll.³⁷⁵³ Offen bleibt damit aber noch das „Kräfteverhältnis“: Was versteht man unter „der Minderheit“? Die Klärung dieser Frage ist wichtig, weil der Gesetzgeber nicht *irgendeine* Minderheit schützt, sondern nur eine bestimmte Minderheit, indem er dieser bestimmte Rechte einräumt. Diese Rechte sind zum einen das Recht einer Minderheit von 10% (uU nur 5%) des Grundkapitals, von der Gesellschaft die Geltendmachung von Ersatzansprüchen zu verlangen (§§ 134 f AktG); zum anderen dient der Absicherung dieses Verlangens das Recht derselben³⁷⁵⁴ Minderheit, Verzicht und Vergleiche der Gesellschaft (sowie wirkungsähnliche Verfügungen) durch einen Widerspruch zu verhindern (§ 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG). Diese Rechte schützen die Minderheit dafür, dass die Mehrheit aufgrund deren präsumtiven Naheverhältnisses zu „ihren“ Gesellschaftsorganen bei Dispositionen über (ua) Organhaftungsansprüche das Gesellschaftsinteresse „aus den Augen verliert“. ³⁷⁵⁵ Die Untersuchung eines allfälligen Minderheitenschutzes *qua* Sperrfrist kann daher nur von diesen (bestehenden) Minderheitenrechten ihren Ausgang nehmen. Die Erhaltung von Ersatzansprüchen im Gesellschaftsvermögen, die die Sperrfrist bewirkt, nützt einer Aktionärsminderheit auch nur dann etwas, wenn diese Minderheit die Ansprüche anschließend auch geltend machen kann (§§ 134 f AktG). Andernfalls könnte die verzichtswillige Mehrheit die Ansprüche schlicht verjähren lassen, was aus Sicht der Minderheit zumindest *de facto* einem Vergleich gleichkäme. Anspruchserhaltung und Anspruchsverfolgung müssen daher sinnvollerweise also Hand in Hand gehen. Ob die Sperrfrist dem Minderheitenschutz dient, hängt folglich davon ab, ob sie das Minderheitsverlangens gem §§ 134 f AktG effektiv gegen (anspruchsmindernde oder -vernichtende) Mehrheitsdispositionen abzusichern vermag.

Eine effektive Absicherung des Minderheitsverlangens muss jedoch schon bei oberflächlicher Betrachtung bezweifelt werden, denn der Gesetzgeber hat mit dem Widerspruchsrecht gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG eben schon eine Bestimmung vorgesehen, die genau diesen Zweck verfolgt.³⁷⁵⁶ Dieses Wider-

3753 Insoweit scheidet auch ein Schutz der (Minderheits-)Aktionäre vor sich selbst aus (zum „Selbstschutz“ vor übereilten Verfügungen noch unten S 989 ff), weil ein solcher Schutz sich konsequenterweise auf alle Aktionäre erstrecken müsste.

3754 Das Gesetz verlangt für den Widerspruch gem § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG zwar eine Beteiligung von 20% des Grundkapitals, diese Normen sind mE aber korrigierend auf dieselbe Minderheit anzuwenden, die zur Geltendmachung von Ansprüchen gem § 134 AktG berechtigt ist (dh eine Minderheit von 10% und uU schon 5% des Grundkapitals). Denn die Widerspruchsrechte dienen gerade der Absicherung des Minderheitsverlangens vor (anspruchsvernichtenden) Mehrheitsdispositionen und würden – entgegen der Absicht des Gesetzgebers – ihren Zweck verfehlen, wenn sie nicht dasselbe Beteiligungsquorum voraussetzen würden. S dazu ausf oben S 774 ff.

3755 Vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 469. S dazu näher oben S 734 ff.

3756 Bewusst vorgesehen und begründet hat der Gesetzgeber das Widerspruchsrecht zwar nur im Gründungsrecht (vgl § 43 AktG). Das Fehlen eines Widerspruchsrechts für den Bereich der laufenden Geschäftsführung war aber eine planwidrige

spruchsrecht ist allerdings erst nach Ablauf der Sperrfrist anwendbar. Soll nun neben dem Widerspruchsrecht auch die Sperrfrist dem Minderheitenschutz dienen, stellt sich die Frage, weshalb die Minderheit zuerst durch ein *absolutes* Verfügungsverbot und danach „nur“ durch ein Widerspruchsrecht geschützt sein soll. Demnach wäre entweder die Sperrfrist überschießend oder das Widerspruchsrecht unzureichend. Beide Bestimmungen könnten nur dann gleichermaßen dem Minderheitenschutz dienen, wenn sich nach Ablauf von fünf Jahren seit der Entstehung des Anspruchs die tatsächlichen Umstände derart geändert hätten, dass der Schutz der Minderheit einen anderen Regelungsmechanismus (nämlich dann nur noch ein Widerspruchsrecht) erfordern würde. Dafür gibt es jedoch keine Anhaltspunkte.³⁷⁵⁷ Daran zeigt sich freilich, dass der Gesetzgeber die Sperrfrist eben nur irrtümlich aus dem Gründungsrecht übernommen hat.³⁷⁵⁸ Anders als das Widerspruchsrecht in § 84 Abs 4 Satz 3 AktG hat die Sperrfrist jedoch nur im Gründungsstadium einen sinnvollen Anwendungsbereich: Im Gründungsrecht nimmt der Gesetzgeber tatsächlich (typisierend) an, dass die Gesellschaft binnen einer bestimmten Zeit (*tempus clausum*) nach ihrer Entstehung präsumtiv noch von den Gründern kontrolliert wird.³⁷⁵⁹ Um zu verhindern, dass sich die Gründer kraft ihres Einflusses selbst die Entlastung erteilen (lassen) und dadurch die Gründungshaftung umgehen, schließt das Gesetz Verfügungen über Ersatzansprüche so lange aus, bis der Einfluss der Gründer präsumtiv aufgehört hat. Dies ist nach der gesetzlichen Annahme nach Ablauf von fünf Jahren ab Eintragung der Gesellschaft der Fall, weil es typischerweise fünf Jahre dauert, bis die Mehrheit der Aktien an das Publikum

Lücke (s näher oben S 755 f). Der Gesetzgeber des AktG 1937 hat diese Lücke mit dem Widerspruchsrecht in § 84 Abs 4 Satz 3 AktG geschlossen (wenngleich unbewusst, weil er wie erwähnt annahm, es würde sich bereits um geltendes Recht handeln). Der Schutzmechanismus des Widerspruchsrechts ist in § 84 Abs 4 Satz 3 AktG aber derselbe wie im Gründungsrecht; und auch das Minderheitsverlangen bezieht sich seit jeher auf alle Ansprüche (vgl schon Art 223 ADHGB 1884).

3757 Außerdem wird diese Implikation auch paradox, wenn es mehrere Schädigungen gibt, weil die Sperrfrist gesondert mit der Entstehung jedes einzelnen Ersatzanspruchs (neu) zu laufen beginnt. S dazu noch iZm dem Schutz künftiger Aktionäre unten S 1005 ff.

3758 Dazu ausf oben S 950 ff. Vgl idZ *Groß*, Innenhaftung 132, die zwar von einer „*unzutreffenden Annahme*“ des Gesetzgebers spricht, aber den (angeblichen) Schutzzweck der allg Sperrfrist (Übereilungsschutz) trotzdem aus der gründungsrechtlichen Sperrfrist, weil der Gesetzgeber – auch wegen derselben Fassung der Normen – von denselben Erwägungen ausgegangen sein könnte, die ihn zu Beschränkungen bei der Gründungshaftung veranlasst haben. Freilich geht *Groß* (aaO 132 f) – insofern folgerichtig (mE aber unzut) – davon aus, dass auch die gründungsrechtliche Sperrfrist den Zweck hat, Verfügungen vor Überschaubarkeit des Schadens zu verhindern (dazu krit noch iZm der Übereilungsschutzthese unten S 989 ff).

3759 Zum Normzweck der gründungsrechtlichen Sperrfrist gem § 43 AktG schon oben S 684 ff.

gelangt ist, wodurch die Gesellschaft von neuen (unbefangenen) Aktionären kontrolliert und zugleich vom Einfluss der Gründer befreit wird. In diesem Fall ist es sachgerecht und unumgänglich, Dispositionen über Ersatzansprüche aus dem Gründungshergang ganz auszuschließen, weil präsumtiv alle Gründer zusammenwirken und daher naturgemäß (noch) keine unbefangene Aktionärsminorität existiert, die das Gesellschaftsinteresse (auch zum Schutz später eintretender Aktionäre) wahrnehmen könnte.³⁷⁶⁰ Demgemäß schützt die (gründungsrechtliche) Sperrfrist nicht eine Minorität vor der Mehrheit, sondern künftige Aktionäre vor der (gegenwärtigen) Aktionärs-gesamtheit (konkret: vor den Gründern). Da es per Implikation wie gesagt noch keine (präsumtiv unbefangene) Minorität gibt, *kann* die Sperrfrist gar nicht dem Minoritätenschutz dienen. Erst nach Ablauf der Sperrfrist besteht annahmegemäß ein Minoritätenschutzbedürfnis, dem das Gesetz durch das Minoritätsverlangen und das korrespondierende Widerspruchsrecht (§ 43 AktG) Rechnung trägt.³⁷⁶¹ Im Gründungsrecht kommt es somit nach Ablauf der Sperrfrist tatsächlich zu einer Änderung der Umstände, die zwei unterschiedliche Regelungsmechanismen erforderlich macht. Wie sich gezeigt hat, ist der Schutzmechanismus „Sperrfrist“ speziell auf die besonderen Verhältnisse bei der Gesellschaftsgründung zugeschnitten und funktioniert nach der Gründung – in der „lebenden“ Gesellschaft – nicht. Hier besteht das Regelungsproblem nämlich nicht darin, dass die Mehrheit und die Minorität *gemeinsam* – wie (präsumtiv) die Gründergemeinschaft – zulasten später eintretender Aktionäre zusammenwirken, um sich zu bereichern.³⁷⁶² Vielmehr muss (nur) die Minorität (und nach der gesetzlichen

3760 Die absolute Unwirksamkeit von Dispositionen ist Übrigen auch (wenn auch umfänglich entspr eingeschränkt) gegenüber den Gesellschaftsgläubigern unumgänglich (innerhalb der Grenzen eines gesetzlich anerkannten Schutzbedürfnisses; vgl § 84 Abs 5 Sätze 1 f AktG), weil die Gläubiger naturgemäß nicht an der Willensbildung der Gesellschaft teilnehmen und daher Dispositionen über Ersatzansprüche nicht selbst (etwa durch einen Widerspruch) verhindern können.

3761 Zur implikatorischen Unschärfe dieses Schutzmechanismus aber oben Fn 2762.

3762 Vgl aber *Groß*, Innenhaftung 133, nach der die Interessenlage von Vorstandsmitgliedern „weitgehend vergleichbar“ mit der Situation bei der Gründung sei. Wie bei den haftenden Gründern stehe nämlich auch bei den haftenden Vorstandsmitgliedern „ein Misstrauen hinsichtlich der Einflussmöglichkeiten auf ihre Enthftung im Raum“. Dagegen ist – wie im Fließtext erläutert – jedoch einzuwenden, dass sich das „Misstrauen“ im Gründungsstadium gegen alle Gründer (die Gründergemeinschaft) bezieht, denn nur dadurch rechtfertigt sich eine (befristete) absolute Verfügungssperre (zum Schutz künftiger Aktionäre). Dagegen sind außerhalb der Gründung nur die Minoritätsaktionäre durch nachteilige Einflüsse der Mehrheit gefährdet – dafür sieht das jedoch Gesetz (nur) ein Widerspruchsrecht dieser Minorität vor. *Groß* betont zwar, dass „zudem“ bei der Vorstandshaftung die Gefahr bestehe, dass durch einen Mehrheitsbeschluss der HV die Interessen der Aktionärsminorität übergangen werden. Allerdings schließen der Schutz künftiger Aktionäre und der (gegenwärtigen) Minoritätsaktionäre einander logisch aus, denn einmal ist die Minorität (ebenfalls) vom Misstrauen des Gesetzgebers erfasst (so bei

Konzeption mit ihr die Gesellschaft) davor geschützt werden, dass die Mehrheit – unter dem Einfluss ihres Interessenkonflikts gegenüber den Gesellschaftsorganen – auf Ersatzansprüche verzichtet oder sich vergleicht und dadurch die Gesellschaft (und mit ihr die Minderheit) schädigt. Hierfür bedarf es aber keines absoluten Verfügungsverbots nach Art der Sperrfrist. Es genügt, dass die Minderheit Ersatzansprüche gegen Organmitglieder gegen den Mehrheitswillen geltend machen kann und dieses Verfolgungsrecht durch ein Widerspruchsrecht derselben Minderheit abgesichert ist. Insoweit entsprechen die tatsächlichen Verhältnisse dem Zeitraum nach dem Ablauf der Sperrfrist im Gründungsstadium.

Aufgrund der bisherigen Überlegungen steht bereits jetzt fest, dass die Sperrfrist wegen ihres gründungsrechtlichen Zuschnitts und den daraus folgenden gründungsspezifischen Implikationen für einen Minderheitenschutz, dh für die Absicherung des Minderheitsverlangens gem § 134 AktG, einerseits wegen ihrer Befristung unzulänglich ist (mag auch danach das Widerspruchsrecht greifen), andererseits wegen ihrer umfassenden Sperrwirkung überschießend ist (dazu näher sogleich). Der Vollständigkeit halber und um zu den Argumenten des Schrifttums Stellung nehmen zu können, soll im Folgenden trotzdem im Einzelnen dargelegt werden, warum die Sperrfrist nicht dem Minderheitenschutz dient (dienen kann). Auf Folgefragen der geschilderten gründungsrechtlichen Herkunft der Sperrfrist wird dann iZm der These eines Schutzes künftiger Aktionäre noch gesondert eingegangen.³⁷⁶³

In der Lit wird für die Minderheitenschutzthese ins Treffen geführt, dass die Sperrfrist der verfolgungsberechtigten Aktionärsminorität insofern nütze, als Ersatzansprüche zwingend im Gesellschaftsvermögen erhalten werden, sodass die Minderheit diese Ansprüche anschließend während der Sperrfrist geltend machen könne.³⁷⁶⁴ In der Tat nützt die Sperrfrist (ua) der Minderheit durch die Erhaltung von Ersatzansprüchen im Gesellschaftsvermögen, dh durch die Schaffung von „Haftungsmasse“, weil die Minderheit die erhaltenen Ansprüche

der Gründergemeinschaft), das andere Mal ist sie gerade Schutzsubjekt. Die Gefahr von Benachteiligungen der Minderheit durch die Mehrheit rechtfertigt wie gesagt auch keine absolute Verfügungssperre nach Art der Sperrfrist (wie sie im Gründungsrecht auch tatsächlich gerechtfertigt ist), sondern wird schon durch das Widerspruchsrecht einer Aktionärsminorität in § 84 Abs 4 Satz 3 AktG (§ 93 Abs 4 Satz 3 dAktG) ausreichend berücksichtigt.

³⁷⁶³ S unten S 1005 ff.

³⁷⁶⁴ Vgl G. Frotz in FS Wagner 137 (153), der sich auf Zöllner (in KK-AktG¹ [1985] § 120 Rz 31) stützt. Diesem zufolge kann die Prämisse des BGH (Minderheitenschutz-zweck der Sperrfrist) nicht zutreffen, weil der Minderheit die Geltendmachung von Ersatzansprüchen binnen dieser Frist nicht immer möglich sein werde. Anders verhalte es sich nach G. Frotz im österreichischen Aktienrecht, weil die Frist des § 84 Abs 4 Satz 3 AktG nicht drei, sondern fünf Jahre beträgt. G. Frotz attestiert der Sperrfrist also offenbar Minderheitenschutzcharakter, weil die Fünfjahresfrist der Minderheit die Verfolgung von Ersatzansprüchen erleichtert; abl G. Schima, GesRZ 1991, 185 (190); s dazu noch sogleich unten im Fließtext.

in weiterer Folge geltend machen (lassen) kann (§ 134 AktG). Aus dieser faktischen Interessenförderungswirkung lässt sich aber nicht zwingend auf einen gesetzlich *beabsichtigen* Schutz schließen, denn immerhin nützt die Erhaltung von Ersatzansprüchen (naturgemäß) allen *Stakeholdern* – auch den Gesellschaftsgläubigern (zu diesen noch gesondert unten). Die Beantwortung der Frage, ob die Sperrfrist einen Minderheitenschutz tatsächlich *intendiert*, kommt es – mangels eines ausdrücklichen Normzweckbekenntnisses des Gesetzgebers – vor allem darauf an, ob die angesprochene Interessenförderungswirkung auch passgenau auf die Erfordernisse des Minderheitenschutzes zugeschnitten ist. Wie erwähnt geht es bei „dem Minderheitenschutz“ nicht um irgendeine Minderheit (oder gar um einzelne Aktionäre), sondern nach der gesetzlichen Wertung (ausschließlich) um das Verfolgungsrecht gem §§ 134 f AktG, das es gegen Mehrheitsdispositionen abzusichern gilt. Dieser Absicherungsfunktion wird die Sperrfrist zwar insofern durchaus gerecht, als sie Dispositionen der Mehrheit nicht nur ausschließt, wenn die Minderheit das Verlangen gem § 134 AktG bereits ausgeübt hat (insofern ist § 136 AktG defizitär, weil Verzicht und Vergleiche der Gesellschaft sowohl *vor* Ausübung des Minderheitsverlangens beschränkt sein müssen, um das Verlangen überhaupt zu ermöglichen, als auch *nach* Ausübung des Verlangens, um die geltendzumachenden Ansprüche zu erhalten und dadurch eine Aushebelung des Verlangens zu verhindern).³⁷⁶⁵ Die Sperrfrist stellt zwar nicht auf ein bereits ausgeübtes Verlangen ab und sichert das Minderheitsverlangen somit auch präventiv gegen Mehrheitsinflüsse,³⁷⁶⁶ diese Absicherung ist aber aus einem anderen Grund unzureichend: Oben habe ich schon angesprochen, dass die Sperrfrist die erforderliche Absicherung insofern nicht erfüllen kann, als der von ihr ausgehende Schutz nur befristet ist (auf fünf Jahre ab Entstehung des Ersatzanspruchs). Demgegenüber ist das Minderheitsverlangen nicht befristet. Es kann so lange ausgeübt werden, wie ein (durchsetzbarer) Ersatzanspruch der Gesellschaft besteht (dh von der Entstehung bis Verjährung). Dagegen mag man vielleicht einwenden, dass die Sperrfrist ohnedies mit der Verjährungsfrist gleichläuft, sodass wirksame Dispositionen über Ersatzansprüche regelmäßig erst möglich sind, wenn die Ansprüche schon verjährt sind (dh praktisch unmöglich sind), und dass die Sperrfrist daher (doch) einen umfassenden Schutz gewährleiste. Freilich qualifiziert die hM die Verjährungsfrist gem § 84 Abs 6 AktG als (im Gegensatz zur Sperrfrist) kenntnisabhängige (subjektive) Frist, zT mit dem erklärten Ziel, eine Diskrepanz zur Sperrfrist zu schaffen und dadurch Anspruchsdispositionen

³⁷⁶⁵ Zur Notwendigkeit einer zeitlich umfassenden Absicherung und dem insoweit unzulänglichen älteren Aktienrecht schon insb oben S 755 ff.

³⁷⁶⁶ Eine Schutzlücke könnte allenfalls bestehen, wenn die Gesellschaft (Mehrheit) im Vorhinein auf Ersatzansprüche verzichtet oder sich über diese vergleicht (sofern man die Sperrfrist nicht *a fortiori* auf solche Fälle extensiv [ggf analog] anwendet; s zu den erfassten Dispositionen noch unten S 1012 ff).

zu ermöglichen.³⁷⁶⁷ Sofern man der hM folgt, kann die Sperrfrist das Minderheitsverlangen gem § 134 AktG nicht umfassend gegen Mehrheitsdispositionen absichern (dasselbe gilt für die [seit dem dAktG 1965 nur noch] dreijährige Sperrfrist des § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG, der der deutsche Gesetzgeber freilich – insoweit konsequent – ohnedies keinen Minderheitenschutz zuschreibt)³⁷⁶⁸. Aber auch, wenn man sich der (mE zutr) Gegenmeinung anschließt, die die Verjährung – wie die Sperrfrist – mit der Entstehung des Anspruchs beginnen lässt, lässt sich aus der Fristenkongruenz nicht auf einen (intendierten) umfassenden Minderheitenschutz durch die Sperrfrist schließen. Der Gleichlauf mit der Verjährungsfrist und die daraus resultierende Indisponibilität der Haftung sind nämlich planwidrig, wie vor allem die weiteren Wirksamkeitsvoraussetzungen in § 84 Abs 4 Satz 3 AktG (HV-Zustimmung, fehlender Widerspruch einer Minderheit) und die Dispositionsbeschränkungen zugunsten der Gläubiger (§ 84 Abs 5 Satz 3 AktG) zeigen.³⁷⁶⁹ Demgemäß darf aus der (wie gesagt planwidrigen) weitgehenden Indisponibilität kein Rückschluss auf einen tauglichen (und beabsichtigen) Minderheitenschutz gezogen werden. Außerdem könnte auch unter der Annahme der Fristenkongruenz eine Schutzlücke immerhin dann entstehen, wenn die Verjährung gehemmt oder unterbrochen wird.³⁷⁷⁰ Dass diese Schutzlücke praktisch klein sein mag, tut nichts zur Sache, denn die Sperrfrist ist schon dadurch, dass die überhaupt einen befristeten Schutz vorsieht, für einen vermeintlichen Minderheitenschutz konzeptionell verfehlt. Einen ausreichenden Schutz könnte (*ceteris paribus*) nur ein unbefristetes Verfügungsverbot entfalten, das direkt an die Möglichkeit einer (mehrheitlichen) Disposition (um die es ja letztlich gehen muss) anknüpft. Nimmt man als „Referenz“ wieder das Widerspruchsrecht in § 84 Abs 4 Satz 3 AktG in den Blick, zeigt sich, dass durch dieses Recht die Absicherung des Minderheitsverlangens (besser) erreicht wird. Denn der Widerspruch kann immer dann und so lange ausgeübt werden, wie ein Verzicht oder Vergleich beschlossen werden kann (dh solange ein Ersatzanspruch existiert und die Minderheit den Anspruch verfolgen könnte).

In die gegenteilige Richtung argumentierte G. Schima³⁷⁷¹: Er entgegnete der Aussage, die Sperrfrist erleichtere die Anspruchsverfolgung durch die Minderheit, dass eine fünfjährige Frist hierfür massiv überschießend sei, weil die Durchsetzung von Ansprüchen gem § 135 Abs 1 AktG ihrerseits an die viel

3767 S dazu mwN ausf unten S 1024 ff.

3768 S dazu oben Fn 3733 und – zum Übereilungsschutz – ausf unten S 989 ff.

3769 Vgl die Planwidrigkeit der gründungsrechtlichen Sperrfrist ab dem dHGB 1897 (§ 205), die durch das dAktG 1937 (wie gesagt irrig) in § 84 verallgemeinert wurde (dazu näher oben S 722 ff). S ausf zur Systemwidrigkeit der (allg) Sperrfrist auch noch unten S 1022 ff.

3770 Zudem nimmt die hM (mE freilich zu Unrecht) an, dass die Verjährungsfrist eine subjektive Frist sei – dann bliebe umso mehr Raum für das beschriebene Szenario. S dazu noch unten ab S 1024 mwN.

3771 G. Schima, GesRZ 1991, 185 (190).

kürzere Frist von sechs³⁷⁷² Monaten geknüpft ist. Dieses Argument mag auf den ersten Blick einleuchten, es beruht aber auf unzutr. Prämissen. Zum einen scheint es nur den Fall vor Augen zu haben, dass die Minderheit die Geltendmachung von Ersatzansprüchen schon im Zeitpunkt ihrer Entstehung (oder relativ kurz danach) verlangt (was praktisch freilich selten sein wird, zumal die Minderheit typischerweise einen Informationsnachteil hat). Soweit die Sechsmonats- und die Fünfjahresfrist ungefähr zugleich beginnen, ist *G. Schimas* Argument zwar stringent, ein solcher Gleichlauf ist aber keineswegs zwingend. Denn die Sechsmonatsfrist beginnt nicht wie die Sperrfrist mit der Entstehung des Anspruchs (was wie gesagt auch sachwidrig wäre, weil die Anspruchsentstehung noch keineswegs bekannt sein muss), sondern erst mit dem Tag der HV, in der die Minderheit die Anspruchsverfolgung verlangt hat (§ 135 Abs 1 AktG). Die Minderheit kann die Geltendmachung von Ansprüchen so lange verlangen, wie die betreffenden Ansprüche existieren (dh von der Entstehung bis zur Verjährung). Je später die Minderheit die Verfolgung verlangt, desto schwächer wird das referierte Argument, weil sich die (verbleibende) Sperrfrist und Sechsmonatsfrist immer mehr annähern. Schließlich versagt das Argument ganz, wenn die Minderheit die Anspruchsverfolgung erst weniger als sechs Monate vor oder sogar erst nach Ablauf der Sperrfrist verlangt (was freilich nur in Sonderkonstellationen der Fall sein wird). In diesem Fall wäre die Sperrfrist sogar zu kurz, um das Minderheitsverlangen abzusichern. Da die Sechsmonatsfrist des § 135 Abs 1 Satz 1 AktG somit *irgendwann* innerhalb der Sperrfrist in Gang gesetzt werden kann, kommt es nicht auf die absolute Länge der Sperrfrist an, sondern darauf, wie viel von ihr nach Ausübung des Minderheitsverlangens noch „übrig“ ist; anders gesagt kommt es nicht auf die (kürzere) Verfolgungsfrist des § 135 AktG an, sondern auf die „Lage“ dieser Frist innerhalb der Sperrfrist. Demgemäß kann aus § 135 AktG nicht geschlossen werden, dass die Sperrfrist zur Absicherung des Minderheitsverlangens (viel) zu lang wäre.³⁷⁷³ Vielmehr ist die Sperrfrist, wie oben dargelegt, für die erforder-

3772 Bis zum AktG 1937/1938 betrug die Frist für die Geltendmachung noch drei Monate. Mit dem AktG 1937/1938 wurde sie als Reaktion auf die verbreitete Verschleppung der Anspruchsverfolgung durch die Aktionärsmehrheit auf sechs Monate verlängert (vgl AmlBegr AktG 1937/1938 199 f; abgedr auch bei *Klausning*, AktG 109 f).

3773 Selbst wenn man annähme, dass die Minderheit die Anspruchsdurchsetzung früh verlangt, wäre ein weiterlaufender Schutz nicht überflüssig, sondern (weiterhin) zum Schutz der Minderheit geboten. Insoweit scheint die Argumentation *G. Schimas* aber vorauszusetzen, dass nach dem ungenützten Ablauf der Sechsmonatsfrist ein (erneutes) Minderheitsverlangen gem §§ 134 f AktG nicht (mehr) möglich ist; denn nur dann wäre die darüberhinausgehende Aufrechterhaltung von Ersatzansprüchen unter Minderheitenschutzgesichtspunkten überflüssig. Tatsächlich kann aber die Aktionärsminorität (soweit nicht rechtsmissbräuchlich) nach Ablauf der Sechsmonatsfrist ein neues Verlangen stellen, das die Gesellschaft (erneut) zur Anspruchsverfolgung verpflichtet (s dazu näher oben bei Fn 3006). Die Befristung der Geltendmachung gem § 135 AktG hat insofern (nur) den Zweck, dass die Anspruchsverfolgung „nicht fortdauernd und lähmend in der Schwebe bleibt“ (vgl AmlBegr dAktRNov 1884,

liche Absicherung des § 134 AktG sogar zu kurz und im Übrigen wegen ihrer Befristung überhaupt konzeptionell verfehlt.

Bis hierhin wurde unter dem Aspekt der (scheinbaren) Erleichterung der Anspruchsverfolgung vorausgesetzt, dass die Aktionärsminorität Ersatzansprüche der Gesellschaft auch tatsächlich geltend machen will. Nur dann müssen diese Ersatzansprüche schließlich im Gesellschaftsvermögen erhalten werden. Eine Anspruchsdurchsetzung liegt aber nicht immer im Gesellschafts- und Minoritätsinteresse. Für die Gesellschaft kann es aus verschiedenen Gründen (zB Prozessrisiko, mediale Berichterstattung, Ressourcenbindung) auch vorzugswürdig sein, sich mit den Organmitgliedern zu vergleichen und die Rechtslage zu bereinigen. Während die Sperrfrist nach dem oben Gesagten in zeitlicher Hinsicht unzureichend ist, geht sie in ihrer Schutzwirkung insofern zu weit, als Verfügungen *auch dann* verboten sind, wenn die Minorität die betreffenden Ansprüche gar nicht durchsetzen will, sondern ebenfalls – gemeinsam mit der Mehrheit – an einer Bereinigung interessiert ist.³⁷⁷⁴ Diese absolute Verbotswirkung der Sperrfrist auch gegen den Willen des (angeblich) Geschützten widerspricht somit dem gesetzlichen (formellen) Minoritätenschutzkonzept: Nach diesem Konzept soll die Minorität als „außerordentliches Gesellschaftsorgan“ das Gesellschaftsinteresse (das sich nach der gesetzlichen Annahme mit dem Minoritätsinteresse deckt) notfalls gegen den Willen der Mehrheit durchsetzen können.³⁷⁷⁵ Die Betonung liegt hier auf „können“, denn die Minorität ist in ihrer Entscheidung frei. Davon zeugen auch die disziplinierenden Korrektive des § 135 Abs 2 AktG (Behaltspflicht, Sicherheitsleistung, Kostentragung, Schadenersatzpflicht), die die Minorität (zusätzlich und als Korrelat der Stereotypisierung) zur Objektivität anhalten sollen.³⁷⁷⁶ Der Gesetzgeber geht davon aus, dass die annahmegemäß unbefangene Minorität – anders als die Mehrheit, die den Organwaltern präsumtiv nahesteht – typischerweise besser entscheiden kann, ob die Geltendmachung

abgedr. bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 470; näher oben Fn 3006). Da das Minoritätsverlangen somit richtigerweise wiederholbar ist, setzt jedes (weitere) Verlangen (das wie erwähnt bis zur Anspruchsverjährung möglich ist) erneut eine (ebenso lange) präventive Absicherung durch eine Verfügungsbeschränkung voraus. Dafür erweist sich die Sperrfrist aber wie erwähnt als ungeeignet: Sie ist entgegen *G. Schima* nicht zu lang, sogar zu kurz (präziser: wegen ihrer Befristung – unabhängig von der konkreten Fristlänge – konzeptionell verfehlt).

3774 Dagegen kann mE nicht eingewendet werden, dass es der Minorität in diesem Fall freisteht, die betreffenden Ansprüche nicht mittels Minoritätsverlangens zu verfolgen, sondern diese schlicht verjähren zu lassen („faktischer Verzicht“). Denn unter Gesichtspunkten der Rechts- und Planungssicherheit der involvierten Akteure – insb für die Vorstandsmitglieder – bedeutet es sehr wohl einen Unterschied, ob Ersatzansprüche zum Erlöschen gebracht oder bloß (vorläufig) nicht geltend gemacht werden. Außerdem wäre die Sperrfrist (auch) insoweit mit dem Einwand konfrontiert, dass sie die Privatautonomie ohne ersichtliches Schutzinteresse beschränkt.

3775 S zur gesetzlichen Minoritätenschutzkonzeption insb oben S 734 ff.

3776 S dazu schon oben S 744 bei Fn 3001.

von Ersatzansprüchen oder aber ein Verzicht oder Vergleich im Gesellschaftsinteresse liegt. Diesem gesetzlichen Konzept entspricht das Widerspruchsrecht besser, weil es wie bei der Anspruchsverfolgung der Minderheit *selbst* die Entscheidung überlässt, ob und wieweit eine (Mehrheits-)Disposition im Gesellschaftsinteresse liegt. Durch die Sperrfrist werden Ersatzansprüche demgegenüber wie gesagt auch gegen den Willen der Minderheit im Gesellschaftsvermögen erhalten – auch wenn dies gar nicht im Gesellschaftsinteresse liegt. Naturgemäß erhält die Sperrfrist Ersatzansprüche sogar dann, wenn eine (gesetzlich geschützte) Minderheit von 10% (uU 5%) des Grundkapitals gar nicht existiert. In diesem Fall ist mit der Sperrfrist (zumindest gegenwärtig) niemandem geholfen (zur These eines Schutzes erst künftig eintretender Aktionäre noch unten)³⁷⁷⁷. Wenn es nämlich keine verfolgungsberechtigte Minderheit (vgl. § 134 AktG) gibt, kann die Mehrheit die Ansprüche schlicht verjähren lassen.

All das kann freilich nicht überraschen, denn hier zeigt sich bloß, was eingangs schon angesprochen wurde: Die Sperrfrist wurde irrtümlich aus dem Gründungsrecht übernommen. Gemäß ihrer Implikation konspirieren daher *alle* Aktionäre (ursprünglich die Gründer) gemeinsam zulasten später hinzutretender (Publikums-)Aktionäre. Demnach gibt es per Implikation gerade keine (präsumtiv unbefangene) Aktionärsminderheit, die Ersatzansprüche zum Wohl der Gesellschaft erhalten und durchsetzen könnte. Der Sperrfrist geht es wie gesagt funktional – dh nach ihrem Regelungsmechanismus – nicht um den Schutz einer (gegenwärtigen) Minderheit vor der Mehrheit, sondern um den Schutz künftiger Aktionäre vor der (gegenwärtigen) Aktionärs*gesamtheit*. Daraus folgt naturgemäß, dass Dispositionen über Ersatzansprüche unabhängig davon unwirksam sind, ob eine Minderheit überhaupt existiert oder eine bestehende Minderheit einen Verzicht oder Vergleich billigt. Die Unwirksamkeitsfolge der Sperrfrist ist daher unter dem Aspekt des Minderheitenschutzes notwendigerweise überschießend.

Aus den genannten Gründen abzulehnen sind mE daher Argumente dahingehend, dass die Sperrfrist vor einem nachteiligen Zusammenwirken der Aktionärsmehrheit mit den Gesellschaftsorganen schützen solle. Auf dieser Linie liegt etwa das Argument³⁷⁷⁸ (soweit es denn auf Minderheitenschutz zielt)³⁷⁷⁹, dass die Sperrfrist entsprechend ihrer Entstehung aus dem Grün-

3777 S unten S 1005 ff.

3778 Vgl *U. Torggler in Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (48), der auf die Genese aus dem Gründungsrecht und eine objektiv-teleologische Auslegung hinweist (s sogleich).

3779 *U. Torggler* (aaO) sagt soweit ersichtlich nicht explizit, wessen Schutz die Sperrfrist bezweckt und welchem Schutzinteresse die teleologische Reduktion bei Wegfall der „Verdachtslage“ Rechnung trägt. Nachdem die Gefahr aber offenbar von der Aktionärsmehrheit ausgeht und *U. Torggler* einen Übereilungsschutz ebenso ablehnt wie einen Gläubigerschutz oder Schutz künftiger Aktionäre (aaO 45 f), bleibt wohl nur die Aktionärsminderheit übrig. Dem entspricht auch, dass *U. Torggler* (aaO 49) mit

dungsrecht den „Generalverdacht“ zugrunde lege, dass Vorstand, Aufsichtsrat und Aktionärsmehrheit gewissermaßen „unter einer Decke stecken“. Eine teleologische Reduktion der Sperrfrist habe folglich dort anzusetzen, wo diese Verdachtslage aufgrund objektiver und feststellbarer Kriterien nicht gegeben sei (etwa im Fall eines Kontrollwechsels nach der Entstehung von Ersatzansprüchen, bei Vergleichen durch den Insolvenzverwalter oder bei vorzeitiger Beendigung des Mandats des Haftpflichtigen durch die Gesellschaft mit HV-Zustimmung).³⁷⁸⁰ In dieselbe Kerbe schlägt die (insb in Deutschland vertretene) These³⁷⁸¹, die Sperrfrist solle Dispositionen zu Zeiten einer „personellen Gemengelage“ aufgrund eines Naheverhältnisses zwischen der Verwaltung und dem Mehrheitsaktionär verhindern, weil sich binnen drei Jahren die Aktionärsstruktur ändern könne (auch diese These lässt nicht klar erkennen, um wessen Schutz es dabei gehen soll; auch sie verortet jedoch das Gefahrenpotenzial in einer Allianz der Aktionärsmehrheit mit der Verwaltung)³⁷⁸².

Richtig ist wie erwähnt, dass die Sperrfrist eine „Verdachtslage“ vermutet. Der Verdacht richtet sich jedoch, wie oben dargelegt, nicht (nur) gegen die Aktionärsmehrheit, sondern gegen *alle* Aktionäre (ursprünglich die Gründergemeinschaft). Der Mechanismus „Sperrfrist“ impliziert – da er auf die Verhältnisse bei der Gründung zugeschnitten ist – nicht nur, dass die Aktionärs*mehrheit* mit den Gesellschaftsorganen konspiriert, sondern sogar, dass

der hA eine Ausnahme für einstimmige Verzichtsbeschlüsse aller Aktionäre befürwortet. Denn immerhin basiert diese hA zum einen auf der Prämisse, dass die Sperrfrist die Minderheit schütze (s die Nw oben in Fn 3717 und Fn 3721) und setzt zum anderen einen Minderheitenschutz auch zwingend voraus, weil eine Ausnahme von der Sperrfrist weder bei einem Übereilungs- noch bei einem Drittschutz (Gläubiger, künftige Aktionäre) sachgerecht wäre. Allerdings bemerkt *U. Torggler* zugleich, dass auch Minderheitsinteressen die Sperrfrist zumindest auf den ersten Blick nicht so recht erklären können, weil eine Minderheit von 20% gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG die Möglichkeit hat, durch Widerspruch die Wirkungen des Verzichtsbeschlusses aufzuheben, insb wenn sie sich „überfahren“ fühlt. Dementspr betont *U. Torggler*, dass der Minderheitenschutz dort, wo eine Verdachtslage nicht besteht und Verzichte folglich *qua* teleologischer Reduktion zulässig sein sollen, durch die Widerspruchsmöglichkeit des § 84 Abs 4 Satz 3 AktG erreicht wird. Damit bleibt aber wohl offen, wer durch die Sperrfrist geschützt werden soll. Das (irrig) gründungsrechtliche Vorbild jedenfalls (vgl § 43 AktG idgF) schützt die künftigen Aktionäre (was *U. Torggler* trotz des Hinweises auf die gründungsrechtliche Provenienz des § 84 Abs 4 Satz 3 AktG aber wie erwähnt ablehnt).

3780 Abl (allerdings wegen angenommenen Übereilungsschutzes) *Fleischer*, AG 2015, 133 (139); *ders*, ZIP 2014, 1305 (1308 f).

3781 S die Nw in Fn 3736.

3782 Hier wird daher zur (impliziten) Minderheitenschutzthese Stellung bezogen. Soweit es um die Verschärfung der Vorstandshaftung durch eine Steigerung der Präventionswirkung ohne Rekurs auf ein (sonstiges) Schutzinteresse gehen soll (idS verstehend etwa *Harbarth* in *Liber Amicorum M. Winter* 215 [227]) kann auf die entspr Ausführungen unten auf S 1010 f verwiesen werden (s dazu auch noch sogleich in Fn 3786).

die Aktionärs*gesamt*heit (ursprünglich die Gründer) im Verhältnis zur Verwaltung befangen ist.³⁷⁸³ Folglich geht es nicht um den Schutz einer Minderheit vor der Mehrheit, sondern um den Schutz künftiger Aktionäre vor der (gegenwärtigen) Aktionärs*gesamt*heit. Nur dadurch rechtfertigt sich ein absolutes Verfügungsverbot. Soweit die Gefahr dagegen – wie in den referierten Argumenten – (nur) in der Aktionärs*mehr*heit gesehen wird und es folglich (wohl) nur um den Schutz der Minderheit gehen kann,³⁷⁸⁴ bedarf es gerade keiner absoluten Verfügungssperre. Eine solche Sperre wirkt für Zwecke des Minderheitenschutzes wie gesagt zwangsläufig überschießend (insb auch gegen den Willen der angeblich geschützten Minderheit) und ist zugleich wegen ihrer Befristung unzureichend. Zum Schutz der Minderheit vor der Mehrheit sieht das Gesetz vielmehr – was die oben zweitgenannte Lehrmeinung³⁷⁸⁵ zu übersehen scheint – eigene Schutzmechanismen vor, nämlich das Minderheitsverlangen und das korrespondierende Widerspruchsrecht (§ 134 bzw § 84 Abs 4 Satz 3 AktG; vgl § 148 bzw § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG). Die Minderheit soll gerade nicht auf die Hoffnung verwiesen sein, dass es in den nächsten drei (in Österreich fünf) Jahren zu einem Aktionärswechsel kommen könnte und die Gesellschaft von einer neuen, nun verfolgungswilligen Mehrheit gelenkt werde.³⁷⁸⁶ Die Minderheit muss nicht abwarten, bis

3783 Insoweit ist der Verweis auf den gründungsrechtlichen Ursprung des § 84 Abs 4 Satz 3 AktG unpassend.

3784 S auch Fn 3779.

3785 S die Nw in Fn 3736.

3786 Abzulehnen ist auch das damit verwandte Argument, wonach pflichtvergessene Vorstandsmitglieder sich auch bei Rückendeckung durch einen Groß- oder Alleinaktionär nicht in Sicherheit wännen sollen, weil sie im Fall eines möglichen Kontrollwechsels innerhalb von drei Jahren (hierzulande wären es fünf Jahre) einer Inanspruchnahme rechnen müssen (idS etwa *Mertens* in FS Fleck 209 [211]; *Cahn* in KK-AktG⁴ § 93 Rz 183; *Hopt/Roth* in Großkomm AktG⁵ § 93 Rz 518; zust *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 327; *Fleischer*, AG 2015, 133 [138]; referierend unter dem Aspekt der Verhaltenssteuerung für den Vorstand [selbst aber abl] *Eßwein*, Privat-autonome Gestaltung 112 f).

Dieses Argument wäre wohl plausibel, wenn die Minderheit keine Rechte in Bezug auf die Anspruchsverfolgung hätte und ganz von der jew Mehrheit abhängig wäre. Selbst dann wäre eine umfassende Dispositionssperre aber keine sachgerechte Lösung zum Schutz der Minderheit, weil die (angeblich geschützte) Minderheit (welche?) dann nicht über ihren eigenen Schutz disponieren könnte. Insoweit wäre die Sperrfrist jedenfalls überschießend. Außerdem würde eine umfassende Indisponibilität die Risikobereitschaft der Verwaltung beeinträchtigen, was nicht nur der Aktionärs*mehr*heit zum Nachteil gereichen würde, sondern auch der Minderheit sowie den Gesellschaftsgläubigern und außerdem die (gesamtwirtschaftliche) Zielsetzung haftungsbeschränkter Rechtsformen – Überwindung der menschlichen Risikoaversion – in Frage stellen würde (s auch noch sogleich). Tatsächlich (und das dürfte das referierte Argument übersehen; s auch im Fließtext unter dem Aspekt des Minderheitenschutzes) ist eine Anspruchsdurchsetzung gar nicht allein von der Aktionärs*mehr*heit abhängig, weil eben auch eine Minderheit von 10% (uU 5%) des

Grundkapitals gem § 134 AktG gegen den Mehrheitswillen Ersatzansprüche durchsetzen (lassen) kann. Die Vorstandsmitglieder müssen daher auch damit rechnen und befürchten, von einer bloßen Aktionärs*minderheit* belangt zu werden. Die Minderheit erfüllt insoweit dieselbe Funktion wie eine unbefangene (etwa nach einem Kontrollwechsel bestehende) Aktionärs*mehrheit*. Übrigens hat genau diese unsichere Lage der Organmitglieder und die daraus resultierende (unerwünschte!) Abschreckungswirkung schon den Reformgesetzgeber von 1884 dazu bewogen, nur einer Minderheit (statt jedem einzelnen Aktionär) das Recht auf Anspruchsdurchsetzung zu gewähren (vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 469: „[...] *Sicher kann nicht erwartet werden, daß tüchtige Geschäftsleute die Stellung von Mitgliedern des Vorstandes und Aufsichtsraths übernehmen, wenn sie gewärtigen müßten, wegen ihrer Verwaltungsakte von jedem der zahlreichen Aktionäre, dessen Auffassung über das, was der Gesellschaft zum Schaden gereicht, von der der Generalversammlung abweicht, mit Klage bedroht oder belangt zu werden.*“). S dazu schon oben S 90 ff. Außerdem hat der Gesetzgeber auch die Rechtsfolgen des (erhobenen) Minderheitsverlangens zeitlich beschränkt, „[d]amit [...] durch das Recht der Minderheit die Möglichkeit einer Verfolgung der Ansprüche nicht fortdauernd und lähmend in der Schwebe bleibt [...]“ (AmtlBegr dAktRNov 1884 aaO 470). Demgemäß ist das Szenario, das die referierte Ansicht vor Augen hat, nämlich die Deckung der Verwaltung durch einen Großaktionär, nur denkbar, wenn nicht einmal eine Minderheit von 10% (oder 5%) existiert. Es ist jedoch unwahrscheinlich, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung der Sperrfrist genau diesen Spezialfall im Blick hatte, zumal dies gerade jenem idealtypischen Leitbild widersprechen würde, auf dem die Minderheitenrechte gem §§ 134 f, § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG beruhen. Gegen das referierte Argument spricht außerdem, dass auch die Gesellschaftsgläubiger im Bereich des § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG (§ 93 Abs 5 Satz 2 Hs 1 dAktG), dh bei der Haftung nach § 84 Abs 3 AktG und darüber hinaus wegen sonstiger grob schuldhafter Schädigung, Ersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder – entgegen einer Disposition der Gesellschaft (auch bei Billigung der Aktionärs*minderheit*) – bis zur Anspruchsverjährung geltend machen (wenn auch nur insoweit, als die Gläubiger von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können, was aber unter dem Aspekt des Verhaltensanreizes für den Vorstand keinen großen Unterschied bedeuten dürfte). Schon deshalb können die Vorstandsmitglieder insoweit von vornherein nicht auf eine (beständige) Enthftung durch einen ihnen ggf wohlgenossenen Mehrheitsaktionär vertrauen. Folglich kann es dem referierten Argument von vornherein nur um den Bereich leichter Fahrlässigkeit außerhalb des Kapitalschutzes bei Fehlen einer (ausreichenden) Aktionärs*minderheit* gehen. Insoweit stellt sich aber die Frage, *wer* überhaupt geschützt werden soll durch die (zusätzliche) dreijährige Indisponibilität *qua* Sperrfrist und die von ihr ausgehende Präventionswirkung im Hinblick auf die Einhaltung des gesetzlichen Sorgfaltsmaßstabs.

Soweit es dem referierten Argument ohne Rekurs auf Schutzinteressen ausschließlich um die Verschärfung der Vorstandshaftung durch „Abschreckung“ der Vorstandsmitglieder gehen sollte (s dazu auch noch unten S 1010 f), ist dies, wie eingangs schon angesprochen, zumindest problematisch. Dadurch würde nämlich (als Kehreseite der Haftungsverschärfung) die allg Dispositionsfreiheit der Aktionäre über ihr Vermögen (nämlich das ihnen wirtschaftlich zugeordnete Gesellschaftsvermögen, zu dem auch Ersatzansprüche gegen Organmitglieder gehören), ohne Rechtfertigung durch konkrete Schutzinteressen empfindlich eingeschränkt. Zwingendes Recht bedarf als schärfste Einschränkung der (grundsätzlichen) Privatauto-

nomie jedoch immer einer besonderen Rechtfertigung. Überlegt man daher, welches Schutzinteresse eine dreijährige Indisponibilität der Haftung rechtfertigen könnte, scheidet zunächst der Schutz der Aktionäre und der Minderheit aus, weil die Haftung auch gegen den Willen dieser Personen(-gruppen) indisponibel ist. Außerdem wäre die Schutzwirkung der Sperrfrist überschießend, weil nur eine bestimmte Minderheit Ersatzansprüche der Gesellschaft verfolgen kann (dazu schon ausf oben im Fließtext). Ein Übereilungsschutz dieser Personen(gruppen) – gleichsam „vor sich selbst“ und daher auch gegen ihren Willen – wäre zwar grundsätzlich denkbar, hätte aber nicht den (hier *arguendo* unterstellten) Zweck, die Präventionswirkung der Haftung zu erhöhen, sondern die Überschaubarkeit des Schadens zu gewährleisten (dazu unten S 989). Als mögliche Schutzadressaten bleiben daher nur Dritte übrig, insb künftige Aktionäre und die Gläubiger der Gesellschaft. Sie könnten zumindest abstrakt tatsächlich dadurch geschützt werden, dass die Vorstandsmitglieder auf die gesetzliche Sorgfalt verpflichtet werden, indem verhindert wird, dass die Aktionäre von diesem Sorgfaltsmaßstab privatautonom dispensieren. Ein solcher Schutz ist allerdings nicht nötig, weil der Gesetzgeber bereits die Aktionäre durch die zwingende Eigenkapitalisierung dazu anhält – auch im Interesse der Gläubiger (dazu iZm der Sperrfrist noch unten S 986 ff) (und künftiger Aktionäre [dazu noch unten S 989 ff]) –, nicht grundlos über Ersatzansprüche gegen Organmitglieder zu disponieren, sondern für eine sorgfältige Geschäftsführung zu sorgen (Interessenkongruenz; dazu ausf oben S 390 ff). Der gesetzliche Sorgfaltsmaßstab ist gerade Ausdruck des „disziplinierten“ Investitionsprofils der Aktionäre; er wurzelt zwar im Innenverhältnis, kommt über die Disziplinierung der Aktionäre aber mittelbar auch den Gläubigern (und künftigen Aktionären) zugute (weshalb mE auch schon die Ausweitung des indisponiblen Gläubigerschutzes über den Kapitalschutz hinaus [§ 84 Abs 3 AktG] hinaus verfehlt war [s dazu krit oben S 819 ff]). Wollte man nun *qua* Sperrfrist den gesetzlichen Sorgfaltsmaßstab für zwingend erklären, ließe sich das folglich nur mit der Annahme begründen, dass die Anreizsetzung die Vermögensbindung auf Aktionärebene dysfunktional (geworden) ist. Sofern man solches jedoch nicht annehmen will, müsste man eben anerkennen, dass es durchaus gute Gründe gibt, von der Haftung (auch pauschal im Vorhinein) zu dispensieren. Selbst wenn man die Indisponibilität der gesetzlichen Sorgfalt für geboten hält, könnte daraus nach der gesetzlichen Wertung zudem nie folgen, dass (auch) die Haftung für *leicht fahrlässige* Schädigung außerhalb des § 84 Abs 3 AktG indisponibel wäre. Schon zweimal – 1884 und 1937 – hat der Gesetzgeber nämlich die typische Interessenkongruenz kraft Vermögensbindung verkannt und die Notwendigkeit einer im Gläubigerinteresse umfassenden indisponiblen Haftung angenommen (einmal wegen der ausgeschlossenen Gesellschafterhaftung und das andere Mal wegen der Weisungsfreiheit des Vorstands). In *beiden* Fällen hat der Gesetzgeber gleichwohl erkannt, dass eine indisponible Haftung auch für bloß leicht fahrlässige Geschäftsführung die Risikobereitschaft des Vorstands (zum Nachteil aller) hemmen würde (oder fähige Personen sogar von vornherein von der Ausübung der Organfunktion abhalten würde). Aus diesem Grund hat er die indisponible Haftung (dh das Verfolgungsrecht und die Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 AktG) außerhalb der Vermögensbindung (§ 84 Abs 3 AktG) mit grober Fahrlässigkeit begrenzt. S dazu ausf schon allg oben einleitend S 14 ff, zur GmbH oben S 288 ff, aus rechtsökonomischer Perspektive insb Fn 1644; iZm der Sperrfrist noch sogleich unten S 986 ff und *passim*. Vgl hier daher nur AmtlBegr AktG 1937/1938 180 (abgedr auch bei *Klausing*, AktG 71): „Diese Einschränkung des Verschuldensmaßstabs [s auf grobe Fahrlässigkeit außerhalb des Kapitalschut-

die gegenwärtige Mehrheit ausscheidet, sondern kann gegen den Willen *die-
ser* Mehrheit Ersatzansprüche der Gesellschaft verfolgen³⁷⁸⁷ und zu diesem
Zweck auch Dispositionen über die betreffenden Ersatzansprüche verhin-
dern. Im Übrigen impliziert die Sperrfrist (freilich wie gesagt funktional
zum Schutz künftiger Aktionäre [ursprünglich nach der Gründung]) nicht
nur, dass es zu einem Wechsel der Aktionärsmehrheit kommen *könnte* – sie

*zes] ist notwendig, da es sich bei den anderen als den in § 84 Abs. 3 genannten Fällen
meist um Obliegenheitsverletzungen handeln wird, die im Bereich der Geschäfts-
führung liegen. Eine unmittelbare Haftung gegenüber den Gläubigern auch in die-
sem [sic] Fällen für leichtere Verletzungen der Sorgfaltspflicht eintreten zu lassen,
würde auf das Verantwortungsbewußtsein des Vorstands lähmend wirken und nicht
dem Vorteil der Gesellschaft dienen.“* Treffend erkannte schon das ROHG, „daß im
Allgemeinen es als ein gerechtfertigtes Verlangen der Gesellschaftsorgane angesehen
werden muß, nach ihrer jährlichen Rechnungslegung an die Gesellschaft entlastet zu
werden oder bestimmte Monita gezogen zu sehen.“ Man dürfe „hier den Gesichts-
punkt wieder nicht aus den Augen verlieren, daß das Gesetz in eigenen Angelegen-
heiten sorgsame Personen nicht abschrecken soll, die Functionen der Mitglieder von
Gesellschaftsorganen zu übernehmen. Dies geschieht aber, wenn sich dieselben noch
nach Jahren Gläubigern gegenüber auf den bloßen Vorwurf kulposer Geschäftsfüh-
rung vertheidigen sollen.“ (ROHG aaO).

Nach der gesetzlichen Wertung hat der Vorstand somit ein berechtigtes Interesse
daran, nach der jährlichen Entlastung Gewissheit über eine in Zukunft drohende
Inanspruchnahme zu haben. Er soll sich also nach der sachgerechten Wertung des
Gesetzgebers sehr wohl – innerhalb der gesetzlichen Grenzen – „in Sicherheit wä-
nen“ dürfen (vgl aber *Fleischer*, AG 2015, 133 [138]). Diese Planungssicherheit nützt,
wie nicht genug betont werden kann, nicht nur dem Vorstand selbst, sondern *allen*
Beteiligten, weil eine risikoaverse Geschäftsleitung auch nicht im Interesse der Ge-
sellschaft wäre (und damit auch nicht im Interesse der [wirtschaftlich beteiligten]
Gesellschafter und Gläubiger); sie würde wie gesagt sogar die Legitimation haf-
tungsbeschränkter Rechtsformen (Überwindung der Risikoaversion der Gesell-
schafter und Schaffung ökonomisch erwünschter Investitionsanreize) in Frage
stellen (s dazu insb schon einleitend oben S 14 ff). Zusammenfassend ist eine
(umfassende) zwingende Erhaltung von Ersatzansprüchen zwecks „Disziplinie-
rung“ des Vorstands nicht notwendig und (daher) systemwidrig.

³⁷⁸⁷ Gegen dieses Verfolgungsrecht der Minderheit richtete sich übrigens bereits die
Kritik *Renauds* (Busch's Archiv 45 [1884] 169 [298 ff]; s schon Fn 2970). *Renaud*
argumentierte (insoweit ähnlich wie die referierte Lit), dass es etwas anderes sei, ob
Verzichte und Vergleiche verhindert werden, oder aber die Geltendmachung der
Ansprüche beschlossen wird. Würden die Ersatzansprüche der Gesellschaft nur er-
halten werden, so könne sich früher oder später eine Generalversammlung finden,
die deren Geltendmachung mit einfacher Stimmenmehrheit beschließt und könnten
auch die Gläubiger im Wege der Zwangsvollstreckung oder im Konkurs auf diese
Ansprüche zugreifen. Das Verfolgungsrecht einer Minderheit sei dagegen geeignet,
„die Besetzung von Vorstand und Aufsichtsrath durch tüchtige Kräfte zu erschwe-
ren.“ Dieser Einwand *Renauds* ist mE zwar abzulehnen, weil die Mehrheit die be-
treffenden Ersatzansprüche praktisch oft verjähren lassen könnte, immerhin wür-
den nach *Renaud* Ersatzansprüche aber nur dann im Gesellschaftsvermögen erhal-
ten, wenn die Minderheit dies (insoweit systemkonform) als im Gesellschaftsinter-
esse zweckmäßig erachtet.

impliziert vielmehr (typisierend), dass es zu einem Wechsel *kommt* (ursprünglich durch Inverkehrbringen der Aktien nach der Gründung). Das ist aber eine Implikation, die außerhalb der Gesellschaftsgründung nicht die Realität widerspiegelt.³⁷⁸⁸ Denn es ist nicht ersichtlich, wieso typisierend angenommen werden sollte, die Mehrheit werde regelmäßig binnen fünf Jahren nach Entstehung des Ersatzanspruchs (was ja oftmals längere Zeit gar nicht bekannt sein wird) ihre Beteiligung abstoßen. Eine solche Regel wäre rein spekulativ und nicht einmal als typisierende gesetzliche Anordnung plausibel. Außerdem ist der Fristbeginn mit der Anspruchsentstehung paradox, wenn es mehrere Ansprüche gibt (dazu noch unten iZm der These eines Schutzes künftiger Aktionäre)³⁷⁸⁹. Nimmt man somit richtigerweise den gesetzlichen Minderheitenschutz (§ 134 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG) als normative Referenz für eine Absicherungsfunktion, ist die Sperrfrist in ihrer Schutzwirkung überschießend.

Die referierte teleologische Reduktion bei punktuelltem Wegfall der „Verdachtslage“³⁷⁹⁰ geht mE zwar insofern in die richtige Richtung, als sie Dispositionen über Ersatzansprüche ermöglicht, soweit ein Minderheitenschutzbedürfnis (zumindest formal) nicht besteht und eine Verfügungssperre daher überschießend wirkt. Allerdings ermöglicht dieser Vorschlag Verzicht und Vergleiche nur dann, wenn dies für die Minderheit schon aus formalen Gründen, dh aufgrund objektiver und feststellbarer Kriterien (zB bei einem Kontrollwechsel), unbedenklich ist. In diesen Fällen wären freilich (*arguendo*) auch das Minderheitsverlangen und das Widerspruchsrecht der Minderheit nicht nötig, weil diese beiden Normen ebenfalls auf der typisierenden Annahme eines „Generalverdachts“ gegen die Aktionärsmehrheit und die Verwaltung beruhen.³⁷⁹¹ Die vorgeschlagene teleologische Reduktion könnte wohl – soll die Norm weiterhin einigermaßen rechtssicher anwendbar sein – nicht alle

3788 Die fünfjährige „Verdachtslage“ lässt sich außerhalb der Gründung auch nicht mit der Funktionsperiode der Gesellschaftsorgane sinnvoll erklären (vgl aber *Schuler*, NJW 1960 601 [601]). Bei einem Verzicht oder Vergleich kommt es nämlich nicht auf die Organe, sondern auf den Einfluss der Aktionärsmehrheit auf die Organe an. Die für den nächsten Zyklus gewählten Organmitglieder sind *ceteris paribus* ebenso befangen wie die ersten, wenn sie von derselben Aktionärsmehrheit gewählt worden sind.

3789 S unten S 1005 ff.

3790 Vgl *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (48); s oben Fn 3778.

3791 Zunächst würde die teleologische Reduktion dazu führen, dass das Minderheitsverlangen gem § 134 AktG – soll es durch die (minderheitenschützende) Sperrfrist abgesichert werden – nicht abgesichert wäre, weil die Sperrfrist insoweit ja nicht angewendet wird (teleologische Reduktion). Allerdings bemerkt *U. Torggler* (aaO 48), dass insoweit der Minderheitenschutz durch die Widerspruchsmöglichkeit einer 20%-Minderheit gewahrt ist. Das zeigt mE aber doch, dass ein (zusätzlicher) Minderheitenschutz durch die Sperrfrist gar nicht nötig ist (wobei *U. Torggler* einen solchen auch nicht explizit annimmt [s schon Fn 3779]). Das (vermeintliche) Schutzdefizit erübrigt sich aber wie gesagt (*arguendo*) ohnehin dadurch, dass dann konsequenterweise auch das Widerspruchsrecht und das Minderheitsverlangen *qua* teleologischer Reduktion nicht anzuwenden wären, weil sie derselben typisierenden Prämisse beruhen (s weiter im Fließtext).

Fälle erfassen, in denen ein Minderheitenschutzbedürfnis (formal) nicht besteht, sodass die Sperrfrist in Teilbereichen immer noch (wenngleich weniger) überschießend wäre. Der Aspekt der Rechtssicherheit spricht allerdings wohl von vornherein gegen eine Reduktion. Denn es handelt sich (*arguendo*) um eine typisierende Regelungsprämisse zur Erleichterung der Rechtsanwendung, die eine planwidrige Lücke ausschließt.³⁷⁹² Dementsprechend enthalten auch das Minderheitsverlangen und das Widerspruchsrecht, die unstreitig dem Minderheitenschutz dienen, keine entsprechenden Ausnahmetatbestände, obwohl der Gesetzgeber gewiss den möglichen Fall nicht verkannt hat, dass die Mehrheit ausnahmsweise in keinem Naheverhältnis zur Verwaltung steht. Unter dem Aspekt des Minderheitenschutzes geht es somit nicht darum, die gesetzliche Typisierung (ganz oder teilweise) zu beseitigen, sondern darum, im Rahmen der Typisierung Mehrheitsdispositionen auszuschließen, soweit die Rechte der Minderheit gefährdet sind. Und insoweit geht die Sperrfrist (wie oben dargelegt) immer noch zu weit – und die vorgeschlagene Korrektur

3792 Eine teleologische Reduktion der Sperrfrist steht mE (ganz allg) vor dem (methodologischen) Problem, dass es sich bei dieser Norm – zumindest ihrem Wesen nach – um eine typisierende Anordnung handelt (dazu auch noch unten S 1067 ff). Das gilt jedenfalls für das Gründungsrecht, wo die Sperrfrist die typische Dauer des mehrheitlichen Inverkehrbringens der Aktien widerspiegelt. Es gilt aber (*arguendo*) auch für die allg Sperrfrist, die nach *U. Torggler* (wie das Minderheitsverlangen und das Widerspruchsrecht einer Minderheit gem §§ 134 f bzw § 84 Abs 4 Satz 3 AktG) auf der Vermutung eines „Generalverdachts“ gegenüber der Gesellschaftermehrheit und den Gesellschaftsorganen basiert. Als typisierende Norm nimmt die Sperrfrist (hier wie dort [wie gesagt *arguendo*, das trifft aber auf die [tatsächlichen] Minderheitenschutznormen zu]) zugunsten der Rechtssicherheit und Anwendungsfreundlichkeit bewusst in Kauf, dass ihre Annahme nicht immer mit den tatsächlichen Verhältnissen übereinstimmt (vgl allg zu diesem Normtyp der „*strikten Ordnungsvorschriften*“ iZm der teleologischen Reduktion statt vieler weiterführend *Canaris*, Die Feststellung von Lücken 192 f; *Larenz*, Methodenlehre⁶ 392 f; iZm der Sperrfrist gem § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG thematisierend etwa *Harbarth* in *Liber Amicorum M. Winter* 215 [228] und iZm der gründungsrechtlichen Sperrfrist gem § 43 AktG s oben Fn 2946). Im vorliegenden Fall heißt das: Die Sperrfrist vermutet (nach der Annahme *U. Torgglers*), dass der beschriebene „Generalverdacht“ binnen fünf Jahren ab Entstehung des Anspruchs besteht (und nach Fristablauf wegfällt). Da diese Annahme offenkundig typisierend ist und der Gesetzgeber erkannt hat, dass dies nicht immer der Fall sein wird (können), kann es keine planwidrige (Ausnahme-)Lücke begründen, wenn der „Generalverdacht“ ausnahmsweise schon vor Fristablauf weggefallen ist. Nun wurde die (allg) Sperrfrist in § 84 Abs 4 Satz 3 AktG richtig besehen zwar irrtümlich geschaffen (aus dem Gründungsrecht übernommen) und enthält daher naturgemäß keine *bewusste* Typisierung. Allerdings dürfte die Typisierung schon in der Regelungstechnik *selbst* (Fristenregelung) begründet liegen. In jedem Fall sollte der Sperrfrist mE aber nicht mit einer teleologischen Interpretation begegnet werden, weil diese Operation Reduktion definitionsgemäß einen teleologisch sachgerechten (planmäßigen) Restanwendungsbereich voraussetzt, auf den die betreffende Norm eingeschränkt wird. Zur Behandlung der Sperrfrist *de lege lata* (insb durch teleologische Reduktion) noch unten S 1067 ff.

(teleologische Reduktion) greift dementsprechend zu kurz. Sie greift auch insofern zu kurz, als Dispositionen über Ersatzansprüche nicht schon deshalb automatisch unsachgerecht sind, weil die Mehrheit sie beschlossen hat. Die Mehrheit kann *trotz* ihres typischen Naheverhältnisses zu den (von ihr ausgewählten) Organen – und entgegen der gesetzlichen Typisierung – im Interesse der Gesellschaft (und damit annahmegemäß der Minderheit) disponieren. Verzichte und Vergleiche müssten folglich auch möglich sein, wenn zwar nach formalen Kriterien, nicht aber material (tatsächlich) eine Minderheitsgefährdung besteht. Insoweit ginge die Schutzwirkung der Sperrfrist (immer noch) zu weit. Auf der anderen Seite geht sie – bei rein formaler Betrachtung – nicht weit genug. Ein Verzicht oder Vergleich kann nämlich wohl auch trotz Fehlens eines (formalen) Minderheitenschutzbedürfnisses (ausnahmsweise) nachteilig für die Gesellschaft sein, sodass es einer Verfügungsbeschränkung bedürfte. Sogar wenn ein Minderheitenschutzbedürfnis formal nicht besteht und ein Verzicht oder Vergleich tatsächlich (material) im Gesellschaftsinteresse liegt, geht ein *Ex-lege*-Verfügungsverbot aber zu weit. Denn auch in diesem Fall muss die Minderheit den Verzicht oder Vergleich verhindern und die betreffenden Ersatzansprüche (entgegen dem Gesellschaftsinteresse) durchsetzen können. Andernfalls würde man nämlich den missbrauchsverhütenden Korrektiven der § 135 Abs 2 ff AktG ihre Funktion entziehen.³⁷⁹³ Diese sollen gerade die Minderheit an das Gesellschaftsinteresse binden, setzen aber als Regelungsprämisse voraus, dass die Minderheit in ihrer Entscheidung grundsätzlich frei ist. Nicht zuletzt diese Korrektive verdeutlichen, dass die Minderheit selbst subjektiv und autonom – nicht der Rechtsanwender objektiv – darüber entscheiden können soll, ob und wie über Ansprüche disponiert wird. Nach der gesetzlichen Konzeption eines formellen Minderheitenschutzes soll nämlich die Aktionärsminorität als „außerordentliches Organ“ der Gesellschaft beurteilen, ob ein Verzicht oder Vergleich im Gesellschaftsinteresse liegt oder nicht.³⁷⁹⁴ Dabei hat die Minderheit gleichsam das Recht auf Unrecht, wie die genannten Korrektive zeigen. Abzulehnen wäre aus diesem Grund auch eine – folgerichtig weitergedachte – teleologische Reduktion dahingehend, dass eine Ausnahme von der Sperrfrist immer dann zuzulassen sei, wenn ein Verzicht oder Vergleich (material) im Gesellschaftsinteresse gelegen ist.³⁷⁹⁵ Genau darauf kommt es dem gesetzlichen Minderheitenschutz zwar letztlich an, der Gesetzgeber erreicht dieses Ziel aber eben auf anderem Wege. Systemkonform müsste man die Sperrfrist daher dahingehend teleologisch reduzieren, dass Verzichte und Vergleiche über Ersatzansprüche nur dann unwirksam sind, wenn eine verfolgungsberechtigte Aktionärsminorität dies kraft ihrer Stel-

3793 Vgl idZ auch ein ähnliches Problem im GmbH-Recht (zu § 48 GmbHG) oben S 157 ff bei Fn 761.

3794 Vgl dazu schon zur GmbH (§ 48 GmbHG) oben S 157 ff.

3795 Insoweit vergleichbar mit der materiellen Beschlusskontrolle am Kriterium der gesellschaftsinneren Treupflicht (vgl hierzu die Nw in Fn 4127).

lung als „außerordentliches Organ“ verlangt, und zwar unabhängig davon, ob die Disposition (oder die Anspruchsverfolgung) nach objektiven Gesichtspunkten im Gesellschaftsinteresse liegt. Eine solche Lösung³⁷⁹⁶ käme funktional (kaum überraschend) dem Widerspruchsrecht gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG schon recht nahe.

Dass die Aktionärsminderheit über Dispositionen entscheiden und über ihren eigenen Schutz disponieren können muss, berücksichtigt im Ansatz die öhM³⁷⁹⁷, der zufolge Verzichte und Vergleiche ausnahmsweise – *qua* teleologischer Reduktion – wirksam sind, wenn alle Aktionäre dies einstimmig beschließen. Dieser Auffassung liegt der Gedanke zugrunde, dass es eines Minderheitenschutzes nicht bedarf, wenn alle Aktionäre in den Verzicht oder Vergleich einwilligen und sich dadurch ihres Schutzes begeben.³⁷⁹⁸ Wenngleich diese Ansicht *in puncto* Entscheidungskompetenz der Minderheit das Richtige trifft, ist der aus ihr folgende Schutz bei näherer Betrachtung zum einen unzulänglich und zum anderen weit überschießend. Unzureichend ist der Schutz nach der öhM für die Absicherung des Minderheitsverlangens insofern, als das Abstellen auf einen einstimmigen Universalbeschluss Aktionäre ohne Stimmrecht außer Acht lässt, obwohl auch stimmrechtslose Aktionäre zur Ausübung des Verlangens gem § 134 AktG berechtigt sind.³⁷⁹⁹ Folglich könnten nicht stimmberechtigte Aktionäre zwar am Verlangen gem § 134 AktG teilnehmen, aber nicht an der Abwehr eines Verzichts oder Vergleichs, um ihr Verlangen zu schützen. Unzureichend ist auch die Rechtsfolge der öhM: Wird der Verzichts- oder Vergleichsbeschluss trotz negativer Stimmabgabe (zumindest) eines Aktionärs zu Unrecht als wirksam zustande gekommen protokolliert, wäre der Beschluss „nur“ anfechtbar. Demgegenüber führt ein Widerspruch iSd § 84 Abs 4 Satz 3 AktG direkt zur Ablehnung des Beschlussantrags (die auch ohne Protokollierung nachgewiesen werden kann), weil die Minderheit nach der gesetzlichen Konzeption als außerordentliches Organ (anstelle der HV als ordentlichem Organ) unmittelbar den Gesellschaftswillen bildet.³⁸⁰⁰ Auf der anderen Seite ist das Einstimmigkeitserfordernis wie erwähnt überschießend. Es führt nämlich dazu, dass *jeder einzelne* (dafür aber wie gesagt nur stimmberechtigte) Aktionär durch seine Gegenstimme Gesellschaftsdispositionen verhindern kann. Damit impliziert die öhM, dass die Sperrfrist jeden einzelnen Aktionär schützen will (weshalb es insoweit eigentlich um Individualschutz anstelle von Minderheitenschutz ginge). Die zwingende Erhaltung von Ersatz-

3796 Vgl dazu auch noch unten S 1067 ff iZm der teleologischen Reduktion der Sperrfrist.

3797 S die Nw in Fn 3717 ff.

3798 Vgl va OGH 03.07.1975, 2 Ob 356/74 SZ 48/79: „Dieser [sic] Vorschrift dient dem Schutz der Minderheitsaktionäre und hat dann keine Berechtigung, wenn alle Gesellschafter die Entlastung des Vorstandes beschlossen haben.“

3799 Das ist durch die Konzeption der Minderheitenrechte als „beschränkte Individualrechte“ bedingt (s oben S 744 mwN).

3800 S dazu schon oben bei Fn 3114 f.

ansprüchen ist jedoch kein Selbstzweck, sondern kann nur der Absicherung der Verfolgung ebendieser Ersatzansprüche dienen. Das Minderheitsverlangen gem § 134 AktG steht allerdings nicht *irgendeiner* Aktionärsminorität oder gar jedem einzelnen Aktionär offen, sondern einer Minorität von 10% (uU nur 5%) Prozent des Grundkapitals. Folglich muss und darf auch die Erhaltung von geltendzumachenden Ersatzansprüchen nur derselben Minorität offenstehen.³⁸⁰¹ Eine weitergehende Beschränkung von Mehrheitsdispositionen nützt der verfolgungsberechtigten Minorität nicht einmal: Zwar könnte dann jeder einzelne Aktionär Dispositionen der Gesellschaft verhindern, indem er gegen den Beschluss stimmt, aber in weiterer Folge könnte diese Ansprüche

3801 Ähnlich bereits *Brox*, BB 1960, 1226 (1227), nach dem die Verzichtswirkung (neben der vom BGH judizierten Einstimmigkeit) auch dann eintreten müsste, wenn für die Entlastung mehr als vier Fünftel des Grundkapitals gestimmt haben, weil dann zwar eine Minorität vorhanden sei, diese aber nach der Wertung des § 84 Abs 4 Satz 3 AktG nicht schutzwürdig sei, weil sie weniger als ein Fünftel des Grundkapitals ausmache. So auch *Schuler*, NJW 1960 601 (601); ebenso *Zimmermann* in FS Duden 773 (779), wonach – wenn man mit dem Gedanken des Minoritätenschutzes Ernst mache – schon eine Mehrheit von mehr als 90% der Stimmen genügen müsste, um einem Verzicht oder Vergleich Wirksamkeit zu verleihen; insoweit zutr auch *G. Schima*, GesRZ 1991, 185 (192); im Anschluss daran auch *Aumüllner/Heiter* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Hdb Vorstand Kap 45 Rz 13.

Diese Einwände sind mE in ihrer Stoßrichtung berechtigt, weil der Gesetzgeber eben wie erwähnt nur eine bestimmte Minorität schützt (vgl auch die Protokolle der Verhandlungen des Arbeitsausschusses des Vorläufigen Reichswirtschaftsrats zur Beratung des Entwurfs eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Die Aktienrechtsreform am Ende der Weimarer Republik [1987] 100 [194]). Darüber hinaus dürfte es aber wie erwähnt nicht auf eine bloße qualifizierte Stimmenmehrheit ankommen, weil dem Verfolgungsrecht dadurch nicht entsprochen würde. *Brox* und *Schuler* gehen zudem von der 20%-Minorität des § 84 Abs 4 Satz 3 AktG aus und übersehen dabei wohl, dass dieses Quorum planwidrig nicht an jenes des Verfolgersrechts gem § 134 AktG (10% vom Grundkapital) angeglichen worden war (s dazu ausf oben S 767 ff). Diesem Einwand hielt *Schönle* (ZHR 126 [1964] 199 [222]) wiederum entgegen, dass der Gesetzgeber erst *nach* Ablauf der Sperrfrist eine Minorität von weniger als einem Fünftel nicht mehr für schützenswert halte, weshalb *während* des Fristlaufs nur ein einstimmiger Entlastungsbeschluss wirksam sein könne und ebenfalls während des Fristlaufs bereits gem § 122 Abs 1 AktG (entspricht § 134 AktG idgF) sogar eine Minorität von 10% bzw 5% des Grundkapitals zur Geltendmachung der Ersatzansprüche berechtigt sei. Dieser (Gegen-)Einwand erkennt jedoch den Funktionszusammenhang zwischen dem Verfolgersrecht und dem Widerspruchs- und Zustimmungsrecht (s oben im Fließtext) – zwischen der Verfolgung von Ansprüchen und der Absicherung dieser Verfolgung durch Dispositionsbeschränkungen. Denn gerade *weil* (auch während der Sperrfrist) nur eine Minorität von 10% (uU 5%) des Grundkapitals Ersatzansprüche verfolgen kann, kann es im selben Zeitraum nicht auf Einstimmigkeit (und auch nicht eine Beteiligung von 20%) ankommen. Ein effektiver Minoritätenschutz erfordert nämlich (nur, aber jedenfalls) die tatbestandsmäßige Kongruenz des Verfolgersrechts und der Absicherung dieses Rechts (durch Widerspruch).

nur eine Minderheit durchsetzen. Kommt eine Minderheit nicht zustande, könnte die verzichtswillige Mehrheit die Ansprüche schlicht verjähren lassen, was faktisch auf einen Verzicht hinausläufe. Demgemäß dürfen die Voraussetzungen einer zwingenden Erhaltung von Ersatzansprüchen zum Schutz der Minderheit zwar nicht zu eng sein, weil das Verfolgungsrecht sonst (teilweise) leerliefe, sie dürfen aber eben auch nicht zu weit sein. Beide Behelfe müssen vielmehr tatbestandsmäßig, dh insb hinsichtlich der nötigen Beteiligungsquoten, deckungsgleich sein. Darüber darf auch die Tatsache nicht hinwegtäuschen, dass die Widerspruchsrechte der § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG (noch) 20% des Grundkapitals verlangen und damit gerade *nicht* mit § 134 AktG gleichlaufen. Dabei handelt es sich nämlich um das (ebenfalls) korrekturbedürftige Resultat eines Fehlers des Gesetzgebers von 1897.³⁸⁰² Wie eingangs erwähnt, wurde – insoweit folgerichtig – auch schon in den Weimarer Reformarbeiten der Vorschlag eines absoluten Verzichts- und Vergleichsverbots mit dem Argument abgelehnt, dass Verzichte und Vergleiche mit Blick auf das Verfolgungsrecht einer Aktionärsminorität schon dann wirksam sein müssten, wenn sie mit einer Mehrheit von 90% (uU 95%) beschlossen werden (wobei das Verständnis als qualifiziertes Mehrheitserfordernis aus den genannten Gründen immer noch unzureichend wäre).³⁸⁰³

Berücksichtigt man all diese Anforderungen des Minderheitsverlangens gem §§ 134 f AktG, so müsste *dieselbe* Minderheit, die die Geltendmachung von Ersatzansprüchen verlangen kann (§ 134 AktG), auch die unbefristete Möglichkeit haben, Dispositionen der Gesellschaft über (dieselben) Ersatzansprüche unmittelbar zu verhindern. Wenig überraschend erhielt man eine Regelung, die genau dem (hinsichtlich des Quorums freilich zu korrigierenden) Widerspruchsrecht gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG entspricht.³⁸⁰⁴ Immerhin wurde diese Bestimmung gerade als Korrelat des Minderheitsverlangens geschaffen. Die Sperrfrist bewirkt wegen ihres gründungsrechtlichen Zu-

3802 S ausf dazu insb oben S 767 ff.

3803 Protokolle der Verhandlungen des Arbeitsausschusses des Vorläufigen Reichswirtschaftsrats zur Beratung des Entwurfs eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Die Aktienrechtsreform am Ende der Weimarer Republik (1987) 100 (194). S dazu oben bei Fn 3699 mwN.

3804 Vgl idZ auch *U. Torggler in Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (46), wonach Minderheitsinteressen die Sperrfrist auf den ersten Blick nicht so recht erklären können, weil eine Minderheit von 20% gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG die Möglichkeit hat, durch Widerspruch die Wirkungen des Verzichtsbeschlusses aufzuheben, insb wenn sie sich „überfahren“ fühlt (s aber auch in Fn 3779). Vgl auch *Habersack*, ZHR 177 (2013) 782 (804); implizit auch *Bachmann*, Gutachten E zum 70. DJT E 52, nach dem die (deutsche) Sperrfrist *de lege ferenda* ersatzlos gestrichen werden kann, wenn als Schutzmechanismus die Wirkung des Verzichts – etwa wie in Österreich – von einem Widerspruch einer hinreichend hohen Minderheit abhinge (wie erwähnt ist das Quorum von 20% allerdings zu hoch und muss korrigierend angewendet werden). Vgl auch *Ehricke* in *Großkomm AktG*⁵ § 50 Rz 2.

schnitts keine taugliche Absicherung des Verlangens gem §§ 134 f AktG und kann folglich nicht dem Minderheitenschutz dienen.³⁸⁰⁵ Sie dient ihrem Mechanismus nach vielmehr dem Schutz künftiger Aktionäre (ursprünglich: dem Anlegerpublikum nach der Gründung) vor der gegenwärtigen Aktionärsversammlung (ursprünglich: vor der Gründergemeinschaft). Daraus ließe sich allenfalls ein Schutz künftiger Aktionäre ableiten (zu diesem sogleich unten).

ii. Zum Gläubigerschutz

Auch bei der Überprüfung der Gläubigerschutzthese³⁸⁰⁶ greift als Argument zu kurz, dass die von der Sperrfrist ausgehende zwingende Erhaltung von Ersatzansprüchen den Gesellschaftsgläubigern insofern nütze, als deren Zugriff (sei es mittels Verfolgingsrechts oder Drittschuldnerklage) erleichtert werde. Das hieße nämlich, nur auf die faktische Normwirkung zu blicken. Auszugehen ist vielmehr (auch hier) von den bestehenden Wertungen des Gläubigerschutzes. Denn der Schutz der Gläubiger *qua* Unwirksamkeit von Dispositionen über Ersatzansprüche und die daraus folgende Erhaltung von Ansprüchen im Gesellschaftsvermögen können sinnvollerweise nur an das Recht der Gläubiger anknüpfen, solche Ersatzansprüche geltend zu machen (§ 84 Abs 5 Satz 1 AktG). Ohne die Möglichkeit zur Geltendmachung hätten die Gläubiger nämlich recht wenig von der Erhaltung der Ersatzansprüche. Ein Gläubigerschutz durch Dispositionsbeschränkungen muss daher (wie beim Minderheitenschutz) tatbestandsmäßig mit dem Recht auf Anspruchverfolgung gleichlaufen. Die Gläubiger können Ersatzansprüche der Gesellschaft selbstständig geltend machen (Verfolgingsrecht), (i) soweit sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können (§ 84 Abs 5 Satz 1 AktG) und (ii) es sich um Ersatzansprüche gem § 84 Abs 3 AktG oder darüber hinaus wegen zumindest grob fahrlässiger Schädigung handelt (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG)³⁸⁰⁷. Wie beim Minderheitenschutz ist auch hier zu bedenken, dass der Gesetzgeber mit den Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG bereits ein Instrument vorsieht, das gezielt für die Absicherung des Verfolgingsrechts konzipiert ist. Die Dispositionsbeschrän-

3805 Vgl dagegen *Nicolussi*, Satzungsstrenge 220, der zufolge die Gesetzesgenese (gründungsrechtliche Sperrfrist) zeige, dass die Verzichtsregelung allg und die Sperrfrist im Besonderen „klar auf den Schutz der Minderheitenaktionäre zielen“. Darunter versteht *Nicolussi* offenbar auch den Schutz künftig eintretender Aktionäre. Tatsächlich schützt die gründungsrechtliche Sperrfrist wie erwähnt seit jeher *nur* künftig eintretende Aktionäre; nur das Widerspruchsrecht schützt die (erst dann) bestehende Aktionärsminorität.

3806 Für einen Gläubigerschutzzweck der Sperrfrist zB *Dellinger* in FS Frotz 187 (202); ähnlich *E. Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 104 Rz 67; wohl zust *Wendt* in *MüKo AktG*⁵ § 120 Rz 72; für Deutschland etwa *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 158; *Rust*, Der Aufsichtsrat 2014, 36 (37).

3807 Krit zur Ausdehnung des Verfolgingsrechts (und mit ihm der Dispositionsbeschränkungen) über den Kapitalschutz (§ 84 Abs 3 AktG) hinaus schon oben S 819 ff.

kungen gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG knüpfen direkt an das Verfolgungsrecht an (arg: „*Den Gläubigern gegenüber*“) und teilen dadurch deren Tatbestandsvoraussetzungen. Anders als im Gründungsrecht greifen die Sperrfrist und § 84 Abs 5 Satz 3 AktG nicht (nur) konsekutiv, sondern parallel, sodass von vornherein nur eines dieser beiden Instrumente dem Gläubigerschutz dienen kann. Nach den bisherigen Ausführungen steht freilich schon fest, dass nur die Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG dem Gläubigerschutz dienen. Denn die Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG wurde irrtümlich aus dem Gründungsrecht übernommen, weshalb sie konzeptionell (außerhalb der Gründung jedoch sachwidrig) auf den Schutz künftiger Aktionäre vor der (gegenwärtigen) Aktionärs Gesamtheit abzielt. Naturgemäß ist sie daher (auch) weit überschießend für Gläubigerschutzzwecke, dh für die Absicherung des (nur eingeschränkten) Verfolgungsrechts der Gläubiger gegen Gesellschaftsdispositionen. Andererseits ist die Sperrfrist wie beim (vermeintlichen) Minderheitenschutz wegen ihres zeitlich begrenzten Schutzes unzureichend.³⁸⁰⁸ Insoweit kann auf die Ausführungen zum Minderheitenschutz verwiesen werden.

Dagegen könnte man einwenden, dass die Gesellschaftsgläubiger bei der Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft – anders als eine Aktionärs minderheit (vgl § 134 AktG) – nicht auf das Verfolgungsrecht beschränkt sind, sondern Gesellschaftsansprüche auch exekutiv mit Drittschuldnerklage geltend machen können. Bei der exekutiven Verfolgung sind sie nicht an die Restriktionen des § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG gebunden. Davon ausgehend argumentiert ein Teil der Lit³⁸⁰⁹, dass die Sperrfrist den Gläubigern insofern einen Vorteil bringe, als sie auch Ersatzansprüche wegen bloß leicht fahrlässiger Schädigung für den exekutiven Zugriff der Gläubiger erhalte; und zwar auch insoweit, als die Gläubiger auch (noch) von der Gesellschaft Befriedigung erlangen

3808 Entgegen dem ersten Anschein wäre die Sperrfrist unter dem Aspekt des Gläubigerschutzes (*arguendo*) aber nicht *deshalb* unzureichend, weil sie (im Gegensatz zu § 84 Abs 5 Satz 3 AktG) nicht auch die Haftungsfreistellung durch (vorherigen) HV-Beschluss erfasst (und eine Haftungsfreistellung auf diese Weise ausschließt). Insoweit ist die Anordnung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG nämlich bloß deklarativ. Sie stammt aus einer Zeit, in der eine solche Anordnung noch (konstitutiv) nötig war, weil die Unwirksamkeit einer gläubigerschutzwidrigen Gesellschafterweisung (noch) nicht aus dem Gesetz folgte (absolute Nichtigkeit), sondern nur mit „Anfechtungsklage“ geltend gemacht werden konnte (weshalb die Vorstandsmitglieder – sofern der Beschluss [noch] nicht durch „Anfechtungsklage“ beseitigt worden war – ohne eine ausdr Haftungsanordnung nicht für die Beschlussausführung gehaftet hätten). S dazu näher oben S 886 ff und zur Parallelnorm § 25 Abs 5 GmbHG oben S 464 ff.

3809 IdZ argumentieren etwa *Dellinger* (in FS Frotz 187 [202]), *E. Gruber* (in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 104 Rz 67) und wohl auch *Wendt* (in *MüKo AktG*⁵ § 120 Rz 72), dass die Sperrfrist gerade *deswegen* den Gläubigern nütze, weil sie auch Ersatzansprüche wegen bloß leicht fahrlässiger Schädigung im Gesellschaftsvermögen erhält; denn auf diese Ansprüche hätten die Gläubiger andernfalls keinen „geschützten“ Zugriff.

können. Diesem Einwand ist jedoch wieder entgegenzuhalten, dass der gesetzliche Sorgfaltsmaßstab und die daraus resultierende Haftung außerhalb des Kapitalschutzes (§ 84 Abs 3 AktG) nicht – wie die Sperrfrist impliziert – im Gläubigerinteresse indisponibel zu sein brauchen. Die Aktionäre werden nämlich aufgrund der disziplinierenden Wirkung der Eigenkapitalisierung („Interessenkongruenz“) ohnedies typischerweise kein Interesse an einem (unbegründeten) Dispens von der gesetzlichen Sorgfalt haben, wodurch nach der gesetzlichen Konzeption³⁸¹⁰ mittelbar auch die Gläubiger mitgeschützt werden (deshalb war wie erwähnt auch die Erstreckung des indisponiblen Gläubigerschutzes gem § 84 Abs 5 AktG über den Kapitalschutz hinaus durch das dAktG 1937 nicht geboten)³⁸¹¹. In jedem Fall würde man, wollte man entgegen dem Gesagten die umfassende Sperrwirkung des § 84 Abs 4 Satz 3 AktG in den Dienst des Gläubigerschutzes stellen, immer noch verkennen, dass der Gesetzgeber des AktG 1937/1938 mit dem Verfolgungsrecht auch die indisponible Haftung des Vorstands *per se* auf grobe Fahrlässigkeit eingeschränkt hat,³⁸¹² weil sich eine überstrenge Haftung negativ auf den Risikoanreiz der Vorstandsmitglieder auswirken würde.³⁸¹³ Daher sind die Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG – wie oben³⁸¹⁴ schon ausf dargelegt – (entgegen der hM)³⁸¹⁵ zwar analog auf die Drittschuldnerklage anzuwenden, jedoch unter den einschränkenden Voraussetzungen des § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG (Befriedigungsunmöglichkeit und Begrenzung mit grober Fahrlässigkeit außerhalb § 84 Abs 3 AktG).³⁸¹⁶ Dabei handelt es sich nämlich dem Wesen nach um *universelle* Einschränkungen der im Gläubigerinteresse indisponiblen Organhaftung, die nur aus historischen Gründen ausschließlich iZm dem Verfolgungsrecht normiert worden sind. Demgemäß steht den Gläubigern eine „geschützte“ (dh durch Dispositionsbeschränkungen abgesicherte) Anspruchsverfolgung (auf welche Weise auch immer) immer nur zu (i) bei Befriedigungsunmöglichkeit (§ 84 Abs 5 Satz 1 AktG) und (ii) hinsichtlich Ersatzansprüchen gem § 84 Abs 3 AktG sowie wegen sonst zumindest grob

3810 Dazu schon ausf zur GmbH oben insb S 390 ff. S auch zur Implikation der (für die Disziplinierungswirkung verantwortlichen) Mindesteinlage speziell in der AG bei Fn 1628.

3811 Dazu krit schon oben S 819 ff.

3812 Insoweit zutr *Dellinger* in FS Frotz 187 (199 Fn 45). S dazu schon oben etwa bei Fn 3316.

3813 S schon insb oben S 819 ff. Außerdem wären die genannten „Vorteile“ der Sperrfrist gegenüber § 84 Abs 5 Satz 3 AktG auch zeitlich begrenzt, ohne dass eine Verschiedenbehandlung gegenüber der Geltendmachung von Ersatzansprüchen *nach* Ablauf der Sperrfrist zu rechtfertigen wäre.

3814 S oben S 834 ff.

3815 S oben Fn 3318.

3816 Eine umfassende Anwendung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (dh auch bei leicht fahrlässiger Schädigung) wird zT gerade unter Berufung auf die Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG befürwortet (s dazu krit oben insb Fn 3345). Desgleichen wird bisweilen eine umfassende Anwendung der GmbH-rechtlichen Parallelregelung (§ 25 Abs 5 und 7 GmbHG) mit der Sperrfrist begründet (s dazu krit oben S 303 ff).

fahrlässiger Schädigung (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG). Die Sperrfrist ist demgemäß – unabhängig von der Form der Anspruchsgeltendmachung (insb auch bei exekutiver Rechtsverfolgung) – insofern überschießend, als sie nicht unter diesen einschränkenden Voraussetzungen steht (Befriedigungsunmöglichkeit und Einschränkung auf grobe Fahrlässigkeit außerhalb § 84 Abs 3 AktG). Da sie Ersatzansprüche somit auch im Gesellschaftsvermögen erhält, wenn und soweit ein gesetzlich anerkanntes Gläubigerschutzbedürfnis nicht besteht, widerspricht sie der gesetzlichen Gläubigerschutzwertung.³⁸¹⁷

Es bleibt daher festzuhalten, dass der Schutz der Gesellschaftsgläubiger vor nachteiligen Dispositionen der Gesellschaft bereits (wertungskonform) durch die bestehenden (ihrerseits rechtsfortbildend korrigierten) Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG gewährleistet wird.³⁸¹⁸ Für einen zusätzlichen Gläubigerschutz durch die Sperrfrist ist kein Raum.

iii. Zum Übereilungsschutz

Nach einem Teil der öLit³⁸¹⁹ und der hdM³⁸²⁰ soll die Sperrfrist die Aktionäre gleichsam „vor sich selbst“ schützen, indem sie voreilige Verfügungen über Ersatzansprüche erst zulässt, wenn das Ausmaß des Schadens abschätzbar geworden ist. Diese These muss für die österreichische Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG allerdings von vornherein ausscheiden, weil Verzichte und Vergleiche wegen der Kongruenz mit der (nach zutr Ansicht kenntnisunabhängigen)³⁸²¹ Verjährungsfrist gem § 84 Abs 6 AktG praktisch ohnehin nicht möglich sind, sodass es nichts gibt, wovor die Gesellschaft und

3817 Für die dadurch beeinträchtigte Planungssicherheit der Vorstandsmitglieder und die unerwünschten verhaltenspsychologischen Konsequenzen ist irrelevant, wie und zu wessen Gunsten die Außenwirksamkeit von Verzichten (insb der jährlichen Entlastung) und Vergleichen ausgeschlossen ist. Auch die Tatsache, dass die Indisponibilität mit § 84 Abs 4 Satz 3 AktG „nur“ auf fünf Jahre befristet ist, spielt keine Rolle, weil es für die Planungssicherheit des Vorstands insb auf die jährliche Entlastung ankommt. Im Übrigen ist die Sperrfrist auch insofern überschießend, als ihre Unwirksamkeitsfolge nicht nur relativ, sondern absolut eintritt (s zur relativen Unwirksamkeit als Rechtsfolge des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG oben S 834 ff).

3818 Insoweit ist dem OGH und dem BGH beizupflichten. Vgl OGH 03.07.1975, 2 Ob 356/74 SZ 48/79; anders dann aber 03.06.2009, 7 Ob 248/08h SZ 2009/75 (s Fn 3718), wonach die Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG neben dem Minderheitenschutz den Schutz „des Gesellschaftsvermögens (und damit den Gläubigerschutz)“ bezwecke. Vgl BGH 12.03.1959, II ZR 180/57 BGHZ 29, 385, 390 = NJW 1959, 1082. Vgl aus der Lit (gegen einen Gläubigerschutzzweck) U. Torggler, GesRZ 2009, 369 (372); dens in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Organhaftung 35 (46); Ostheim in Korinek/Krejci, Der Verein 117 (188 f); Wigand, Haftungsbeschränkungen 337 f; Bayer/P. Scholz, ZIP 2015, 149 (150 f); Eßwein, Privatautonome Gestaltung 112.

3819 S die Nw in Fn 3726.

3820 S die Nw in Fn 3732.

3821 Dazu noch näher unten S 1024 ff.

ihre Aktionäre geschützt werden könnten.³⁸²² Die These eines Übereilungsschutzes wird auch vorwiegend in der deutschen Lit vertreten.³⁸²³ Hierzulande käme ein Übereilungsschutz allenfalls in Frage, wenn man die Verjährungsfrist gem § 84 Abs 6 AktG mit der (mE unzutr hM) als subjektive Frist qualifiziert (dazu noch ausf unten)³⁸²⁴, um durch das regelmäßig bewirkte Auseinanderfallen von Sperr- und Verjährungsfrist Verzichte und Vergleiche zu ermöglichen.

Auf den ersten Blick scheint die Übereilungsschutzthese durchaus plausibel, denn sie trägt zunächst dem Umstand Rechnung, dass die Sperrfrist weder die Gläubiger noch Minderheitsaktionäre schützt (zum Schutz künftiger Aktionäre noch unten). Als Schutzsubjekt bleiben dann nur die (gegenwärtigen) Aktionäre selbst übrig. Und es scheint *prima vista* auch nicht abwegig, dass diese Aktionäre davor bewahrt werden sollen, vorschnell über Ersatzansprüche zu disponieren. Immerhin führt die zeitliche Sperre für Verzichte und Vergleiche tendenziell dazu, dass die dispositionswilligen Aktionäre zu einer „Nachdenkpause“ gezwungen werden, bis zu deren Ablauf sich der Staub allmählich gelegt hat und das Ausmaß des Schadens besser überschaubar geworden ist.³⁸²⁵ Die Befristung des Schutzes würde sich demgemäß da-

3822 Vgl gleichwohl die Nw in Fn 3726 und die dortige Anm. Vgl auch zu § 205 dHGB 1897, der ebenfalls schon eine fünfjährige Sperrfrist vorsah, RG 19.05.1931, II 434/30 RGZ 133, 33 (38); vgl zum dAktG 1937 *Schuler*, NJW 1960, 601 (601).

3823 Vgl idZ die entspr AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 132 (s sogleich im Fließtext).

3824 S unten S 1024 ff.

3825 Nicht zwingend gegen einen Übereilungsschutz sprechen mE der Beginn und die Dauer der Sperrfrist. Gegen die Übereilungsschutzthese hat *G. Schima* (GesRZ 1991, 185 [192 f]) eingewendet, dass die objektive Frist, die unabhängig von der Kenntnis von Schaden und Schädiger zu laufen beginnt, als „Nachdenkpause“ eher ungeeignet sei. Wollte der Gesetzgeber tatsächlich vor Übereilung schützen, hätte er sinnvollerweise eine subjektive Frist vorsehen müssen. Dieses Argument ist aber nicht zwingend, denn zum einen muss es sich nicht um eine „Nachdenkpause“ nach Kenntnis der relevanten Umstände handeln, sondern es könnte auch um einen Zeitraum gehen, in dem der Schaden und dessen Ausmaß (die Folgen der schädigenden Handlung) gerade erst (objektiv) *erkennbar* werden. Zum anderen könnte ein Übereilungsschutz auch aus Gründen der Rechtssicherheit abstrakt und typisierend ausgestaltet sein (vgl allg zu diesem Normtyp der „*strikten Ordnungsvorschriften*“ *Canaris*, Die Feststellung von Lücken 192 f mwN; *Larenz*, Methodenlehre⁶ 392 f). Daher spricht mE auch das weitere Argument von *G. Schima* (aaO 192) nicht zwingend gegen einen Übereilungsschutz. Nach diesem greife das Argument mit dem Schutz vor unüberlegtem Handeln gerade in jenen Fällen nicht, in denen die Aktionäre ganz bewusst, zB zur Vermeidung negativer Publizität, auf Schadenersatzansprüche verzichten oder sich in Kenntnis schadensstiftenden Verhaltens von Vorstands- bzw Aufsichtsratsmitgliedern mit diesen zur Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten vergleichen. Dass die Regelung im Einzelfall, nämlich bei (frühzeitiger) voller Information, überschießend wirkt, ist jedoch nicht unbedingt ein Argument gegen diese Normzweckhypothese, sondern ein Nachteil jeder abstrahierend-typisierenden Norm (dem wie erwähnt frei-

durch erklären, dass nach einer gewissen Zeit eben typischerweise das Schadensausmaß hinreichend klar ist, um eine informierte Dispositionsentscheidung zu ermöglichen. Auch der weite Umfang des Schutzes (gänzliche Unwirksamkeit) stünde mit einem Übereilungsschutz durchaus in Einklang. Insgesamt scheinen (anders als beim Minderheiten- und Gläubigerschutz) somit zumindest die Normwirkungen mit der Normzweckhypothese zusammenzupassen. Im Gegensatz zum Minderheiten- und Gläubigerschutz gibt es auch sonst keine tradierten Normen mit demselben oder einem ähnlichen Schutzzweck, sodass die Sperrfrist mit solchen Normen auch nicht kollidieren und schon auf diese Weise ihre Systemwidrigkeit offenbaren kann. Dass die Sperrfrist unter dem Übereilungsgesichtspunkt nicht schon mit dem ihr zgedachten Normzweck und/oder mit umliegenden Normen konfligiert, bedeutet jedoch nicht, dass diese Normzweckhypothese als bestätigt gelten kann. Immerhin ließe sich ein Übereilungsschutz auch der gründungsrechtlichen Sperrfrist gem § 43 AktG zuschreiben, denn auch sie führt (inzident) dazu, dass sich im Zeitpunkt, in dem über den Ersatzanspruch verfügt werden kann, die Schadensfolgen tendenziell besser überblicken lassen. Wie oben herausgearbeitet, handelt es sich dabei jedoch (jedenfalls im Gründungsrecht) nur um eine Reflexwirkung des mit der Sperrfrist eigentlich beabsichtigten Umgehungsschutzes.³⁸²⁶ Bei der Beurteilung der allgemeinen Sperrfrist ist daher darauf zu achten, dass ihr nicht „mangels Alternativen“ (ein Umgehungsschutz kommt nur im Gründungsrecht in Betracht) eine Normwirkung als gesetzlich intendierter Schutzzweck zugeschrieben wird, die faktisch mit *jeder* Befristung von Verfügungen über Ansprüche untrennbar verbunden ist. Die bessere Überschaubarkeit der Schadensfolgen als normimmanenter Nebeneffekt des Mechanismus „Sperrfrist“ darf maW bei § 84 Abs 4 Satz 3 AktG, wo ein Umgehungsschutz ausscheidet, nicht leichtfertig zum Normzweck gekürt werden. Daher genügt es nicht, dass die Sperrfrist nicht schon selbstwidersprüchlich ist oder mit anderen Normen kollidiert. Von ihr ist vielmehr zu verlangen, dass sie sich gemessen an anderen Bestimmungen, die ebenfalls die Haftungsfreistellung von Organmitgliedern regeln, teleologisch reibungslos in das Gesamtsystem einfügt. Dabei ist, erinnert man sich an die fragwürdige Entstehungsgeschichte der Sperrfrist, aber durchaus Skepsis am Platz.

Die Notwendigkeit einer kritischen Prüfung und die fragwürdige Entstehungsgeschichte drohen indes leicht in Vergessenheit zu geraten, wenn man auch die jüngeren Gesetzesmaterialien zu Rate zieht. Neben der grundsätzlichen Kompatibilität von Normwirkung und Normzweckhypothese besticht

lich der Vorteil erhöhter Rechtssicherheit und Anwendungsfreundlichkeit gegenübersteht).

³⁸²⁶ S dazu schon iZm § 43 AktG oben S 701. Dort wurde auch schon angesprochen, dass ein Übereilungsschutz der allg Sperrfrist dieselben Wertungswidersprüche wie im Gründungsrecht schaffen würde – dazu noch sogleich unten im Fließtext.

der Gedanke eines Übereilungsschutzes nämlich vor allem dadurch, dass er das ausdrückliche Bekenntnis des deutschen Gesetzgebers auf seiner Seite hat. So lautet die AmtlBegr zu § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG 1965 anlässlich der Verkürzung der Sperrfrist von fünf auf drei Jahre: *„Die Vorschrift soll verhindern, daß über einen Verzicht oder Vergleich bereits zu einem Zeitpunkt entschieden wird, in dem sich noch kein abschließendes Bild über die Auswirkungen der schädigenden Handlung gewinnen läßt.“*³⁸²⁷ Die Verkürzung der Sperrfrist von fünf auf drei Jahre sei gerechtfertigt, weil *„sich im allgemeinen schon nach drei Jahren die Folgen der Handlung übersehen lassen.“*³⁸²⁸

In der Lit wird diese Normzweckaussage – soweit ersichtlich – nicht hinterfragt. Für Kritik gibt es, wie oben dargestellt, zumindest auf den ersten Blick auch keinen offensichtlichen Anlass. Und immerhin nannte der deutsche Gesetzgeber von 1965 als Normzweck der (ebenfalls von fünf auf drei Jahre verkürzten) gründungsrechtlichen Sperrfrist (§ 50 dAktG) zutreffend³⁸²⁹ den Schutz vor einer Umgehung der Gründungshaftung durch die präsumtiv befangene Gründergemeinschaft und unterscheidet davon die allgemeine Sperrfrist (§ 93 Abs 4 Satz 3 AktG), der er einen eigenen Normzweck zuschreibt. Gleichwohl sollte die Aussage des Gesetzgebers nicht unkritisch zum Anlass genommen werden, die Normzweckfrage schon als *causa finita* abzulegen. Denn es darf hinterfragt werden, wie der Gesetzgeber von 1965 auf den Übereilungsschutz gekommen ist. Immerhin schweigen die Materialien zum dAktG 1937 noch zur *ratio legis*. Und das aus gutem Grund, denn wie erwähnt verdankt die Sperrfrist ihre Existenz dem Irrtum des Gesetzgebers von 1937, lediglich bestehendes Recht fortgeführt zu haben. Dieser Umstand macht es auch unwahrscheinlich, dass die Sperrfrist von Anfang an (schon auf Grundlage des dAktG 1937) dem Übereilungsschutz gedient hat – wovon die AmtlBegr zu § 93 Abs 4 Satz 3 idF dAktG 1965 jedoch auszugehen scheint.³⁸³⁰ Unabhängig vom gesetzgeberischen Willen spricht gegen einen ursprünglichen Übereilungsschutz wie erwähnt auch, dass die Sperrfrist des § 84 Abs 4 Satz 3 dAktG 1937 wegen ihrer Länge (fünf Jahre) – wie schon zuvor in § 205 dHGB 1897 und heute in § 43 öAktG idGF – gar nicht in der Lage war, verfrühte Dispositionen zu verhüten, weil sie solche Dispositionen (wie bereits der vorbildhafte § 205 dHGB 1897)³⁸³¹ prak-

3827 AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 132 lSp aE (Hervorhebung durch den Verf).

3828 AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 132 lSp aE (Hervorhebung durch den Verf).

3829 S zum Normzweck der gründungsrechtlichen Sperrfrist ausf oben S 684 ff. S jedoch zur Unschärfe der AmtlBegr zum dAktG 1965 oben S 695 ff.

3830 Vgl AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 132 lSp: *„Nach geltendem Recht [sc nach dem dAktG 1937] kann die Gesellschaft erst fünf Jahre nach dem Entstehen des Anspruchs auf Ersatzansprüche verzichten oder sich über sie vergleichen (§ 84 Abs. 4 Satz 3 AktG). Die Vorschrift soll verhindern, daß über einen Verzicht oder Vergleich bereits zu einem Zeitpunkt entschieden wird, in dem sich noch kein abschließendes Bild über die Auswirkungen der schädigenden Handlung gewinnen läßt.“*

3831 S dazu oben S 689 ff.

tisch ohnehin ganz ausschloss;³⁸³² die Verjährungsfrist gem § 84 Abs 6 idF dAktG 1937 wurde damals auch noch als objektive Frist verstanden.³⁸³³ Gleichwohl wurde ein (allgemeiner) Übereilungsschutz auch im Schrifttum zum dAktG 1937 vereinzelt vertreten, nämlich soweit ersichtlich von *Schuler*³⁸³⁴ (jedoch ohne weitere Begründung und Nachweise). Nach *Schuler* zeigt die Länge der Frist (!), dass einem vorschnellen Verzicht oder Vergleich vorgebeugt werden soll, und dass ein Verzicht oder Vergleich erst möglich sein soll, „*wenn die weitere Entwicklung der Verhältnisse die richtige Beurteilung der Vorkommnisse und ihrer Folgen ermöglicht*“. Mit dieser These stand *Schuler* jedoch soweit ersichtlich allein. Gut zwei Jahrzehnte vorher, im Jahr 1939, hatten *Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl*³⁸³⁵ in der dritten Auflage ihres Standardkommentars zum Aktiengesetz noch geschrieben, dass die Sperrfrist dem Schutz der Minderheitsaktionäre diene. Die übrige Kommentarliteratur zum dAktG 1937 äußerte sich soweit ersichtlich nicht zur Normzweckfrage.³⁸³⁶ Dass der Gesetzgeber des dAktG 1965 in dieser Frage nicht der einflussreichen Kommentarmeinung von *Schlegelberger et al* folgte, ist vor allem deshalb bemerkenswert, weil *Schlegelberger* und *Quassowski* maßgeblichen Einfluss auf die Gesetzwerdung des dAktG 1965 hatten.³⁸³⁷ Auch der BGH³⁸³⁸ judizierte in einer Entscheidung aus 1959 noch (ohne Begründung, aber vielleicht im Anschluss an *Schlegelberger et al*), dass die Sperrfrist – *nota bene* – dem Minderheitenschutz diene. Angesichts dieser Ausgangslage muss es verwundern, dass die AmtlBegr von 1965 die Sperrfrist gerade mit einem Übereilungsschutz begründete.

Interessanterweise verortet das heutige Schrifttum³⁸³⁹ das Normzweckvorbild für die AmtlBegr zum dAktG 1965 bei einer älteren Entscheidung³⁸⁴⁰ des RG. Diese Entscheidung aus dem Jahr 1931 bezog sich allerdings auf die *gründungsrechtliche* Sperrfrist gem § 205 dHGB 1897 (die allgemeine Sperrfrist wurde erst mit dem dAktG 1937 geschaffen). Nach Ansicht des RG ver-

3832 S schon bei Fn 3822 mwN.

3833 Vgl hier nur *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 84 Anm 19 (S 312 f); *Teichmann/Koehler*, AktG² (1939) § 84 Anm 6 (S 194). S noch näher unten bei Fn 3951 mwN.

3834 *Schuler*, NJW 1960, 601 (601).

3835 *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 84 Anm 17 f (S 311 f).

3836 Vgl jew ohne Aussage zum Normzweck *Ritter*, AktG² (1939) § 84 Anm 8 (S 281); *Weipert in Gadow et al*, AktG (1939) § 84 Anm 37 (S 330); v *Godin/Wilhelmi*, AktG² (1950) § 84 Anm 22; *Teichmann/Koehler*, AktG² (1939) § 84 Anm 4.b) (S 192); *Baumbach*, AktG³ (1939) § 84 Anm 6 B. (S 173); s auch schon oben Fn 3728.

3837 Vgl *Luther* in FG Hengeler 167 (169); *Spindler* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 24.

3838 BGH 12.03.1959, II ZR 180/57 BGHZ 29, 385, 390; abl *Brox*, BB 1960, 1226 (1227); *Schuler*, NJW 1960, 601 (601); zust *Schönle*, ZHR 126 (1964) 199 (221 f). S auch schon oben bei Fn 3742.

3839 So *Cahn*, Vergleichsverbote 35; *Fleischer*, AG 2015, 133 (134); *Harbarth* in *Liber Amicorum M. Winter* 215 (226); schon iZm § 43 AktG oben bei Fn 2834.

3840 RG 19.05.1931, II 434/30 RGZ 133, 33 (38).

folgte die (gründungsrechtliche) Sperrfrist den Zweck, „die Aktiengesellschaft dagegen zu schützen, daß die in den §§ 202 bis 204 a.a.O. festgesetzte strenge Haftung der Gründer usw. durch vorzeitige Entlastungsvereinbarungen oder Verzicht von seiten der Organe der Aktiengesellschaft hinfällig gemacht werden.“³⁸⁴¹ Deshalb müsse ein so großer Zeitraum verstrichen sein, „daß einerseits das Vorhandensein von Haftungsansprüchen übersehen werden kann, andererseits zu vermuten ist, es habe der Einfluß der Gründer auf die Organe der Gesellschaft aufgehört oder er werde so geschwächt sein, daß bei einem Vergleich oder Verzicht die Wahrung der Interessen der Gesellschaft tunlichst gewährleistet sei.“³⁸⁴²

Sollte der Gesetzgeber des dAktG 1965 sich tatsächlich (ohne es explizit zu erwähnen) an der referierten RG-Entscheidung orientiert haben, wäre das aus mehreren Gründen bemerkenswert. Zum einen ging es in der Entscheidung wie erwähnt um eine andere Bestimmung, nämlich die *gründungsrechtliche* Sperrfrist. Zum anderen hatte der BGH wie erwähnt noch im Jahr 1959 judiziert, dass die (tatsächlich einschlägige) allgemeine Sperrfrist gem § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG dem Minderheitenschutz diene. Und schließlich wäre die Orientierung am RG-Judikat auch deshalb bemerkenswert, weil die AmtlBegr zum dAktG 1965 insoweit paradox wäre. Denn auf der einen Seite würde die AmtlBegr den Übereilungsschutz in § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG gemäß der RG-Entscheidung aus der gründungsrechtlichen Sperrfrist ableiten, auf der anderen Seite begründet sie aber gerade die (ebenfalls von fünf auf drei Jahre verkürzte) gründungsrechtliche Sperrfrist (§ 50 dAktG) selbst *nur* mit dem Umgehungsschutz, ohne dort einen Übereilungsschutz zu erwähnen.³⁸⁴³

In jedem Fall ist die Entscheidungsbegründung des RG ihrerseits fragwürdig. Sie ist schon in formaler Hinsicht insofern fragwürdig, als sie (so weit ersichtlich) weder durch die Erläuterungen zum ADHGB 1884 noch zum dHGB 1897 gedeckt ist. Auch in der älteren Lit³⁸⁴⁴ war der angedeutete Übereilungsschutz soweit ersichtlich nicht vertreten worden, weshalb sich die „Spur“ dieser These hier auch verliert. Ein Übereilungsschutz dürfte der zeitgenössischen Lit freilich aus gutem Grund nicht zu entnehmen sein, denn ab dem dHGB 1897 betrug die Sperrfrist fünf Jahre (wie auch heute

3841 RG 19.05.1931, II 434/30 RGZ 133, 33, 38 (Hervorhebung durch den Verf).

3842 RG 19.05.1931, II 434/30 RGZ 133, 33, 38 (Hervorhebung durch den Verf).

3843 Sollten sich die Verfasser des dAktG 1965 entgegen dem Anschein nicht an der referierten RG-E und (folglich) am Gründungsrecht orientiert haben (so aber wie erwähnt auch Cahn, Vergleichsverbote 35; Fleischer, AG 2015, 133 [134]) wäre die AmtlBegr zwar insoweit nicht widersprüchlich, sie hätte aber ein (umso größeres) Begründungsdefizit, hatte doch – soweit ersichtlich – im Vorfeld nur Schuler (NJW 1960, 601 [601]) einen Übereilungsschutz propagiert.

3844 Vgl bspw Staub, ADHGB^{3, 4} (1896) Einleitung zu Art 213d (S 426); dens, HGB⁸ (1906) Einleitung zu § 205 (S 701); Pinner in Staub, HGB II¹⁴ (1933) Einleitung zu § 205 (S 145).

gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG), weshalb Verzichte und Vergleiche wegen der kongruenten Verjährungsfrist (die auch schon im dHGB 1897 zutr als objektive Frist qualifiziert wurde)³⁸⁴⁵ ohnehin *de facto* ausgeschlossen waren. Inhaltlich lenkt die Entscheidungsbegründung des RG den Blick auf den Normzweck der gründungsrechtlichen Sperrfrist (§ 43 AktG; § 50 dAktG). Dazu wurde oben³⁸⁴⁶ jedoch schon herausgearbeitet, dass die Sperrfrist in § 43 AktG (und § 50 dAktG) *ausschließlich* dem Schutz vor Umgehungen der Gründungshaftung durch die präsumtiv noch kontrollierenden Gründer dient. Ein Übereilungsschutz ging und geht weder vom *tempus clausum* noch von der Wertung des zusätzlichen „Sperrjahres“ aus (das im Übrigen auch nicht mehr Bestandteil des geltenden Rechts ist).³⁸⁴⁷ Zur Vermeidung von Wiederholungen wird insoweit auf die Ausführungen zur gründungsrechtlichen Sperrfrist verwiesen.

Umso weniger kann die (angenommene) Übereilungsschutzthese vom Gründungsrecht auf den allgemeinen Haftungstatbestand (§ 84 AktG; § 93 dAktG) übertragen werden. Wollte man einen solchen Schutz aus jenem Teil der gründungsrechtlichen Sperrfrist ableiten, der dies noch am ehesten zulässt – nämlich die Wertung des zusätzlichen „Sperrjahres“ (die nach dem dHGB 1897 wie erwähnt aber ohnedies nicht mehr fortgeführt wurde) –, so ist zu beachten, dass es in der laufenden Geschäftsführung anders als im Gründungsrecht keine mit § 40 Z 3 AktG vergleichbare Haftung gibt, derentwegen ein (ohnehin nicht existenter) Umgehungsschutz verlängert werden könnte. Im Übrigen wäre ein so begründeter Übereilungsschutz dann länger als im Gründungsrecht. Insoweit besteht zwar eine gewisse Parallele zu den übrigen Gründungsansprüchen gem §§ 39 bis 41 AktG, die bereits mit Eintragung der Gesellschaft entstehen, allerdings dient (auch) das *tempus clausum* wie erwähnt nicht einem Übereilungsschutz (sondern dem Umgehungsschutz), was sich (ebenfalls) aus dem andernfalls ergebenden Wertungswiderspruch mit der Emittentenhaftung ergibt. Insoweit sprechen gegen einen Übereilungsschutz der allgemeinen Sperrfrist dieselben Argumente, die schon im Gründungsrecht thematisiert wurden. Demgemäß begründet die Sperrfrist unter dem Aspekt eines Übereilungs-

3845 Vgl hier nur *Staub*, HGB I⁸ (1906) § 241 Anm 19 (S 821); *Lehmann/Ring*, HGB II² (1913) § 241 Anm 11 (S 126); mehr Nw aus der Lit und RG-Rsp unten bei Fn 3948.

3846 S 698 ff.

3847 Zum Normzweck der gründungsrechtlichen Sperrfrist ausf oben S 684 ff. Zur Erinnerung: Die (ursprünglich) dreijährige Sperrfrist gem Art 213d ADHGB setzte sich aus zwei Überlegungen zusammen: Zum einen beruht sie auf einem zweijährigen *tempus clausum*, nach dessen Ablauf präsumtiv die Mehrzahl der Aktien an das Publikum gelangt ist und die Gesellschaft folglich vom Einfluss der Gründer befreit ist. Die Verlängerung des *tempus clausum* um ein *weiteres* Jahr hatte dagegen ausschließlich Ersatzansprüche gegen Emittenten im Auge (Art 213b ADHGB 1884; vgl § 40 Z 3 AktG; § 47 Z 3 dAktG). Sie sollte ausweislich der Protokolle der Aktienrechtskommission verhindern, dass die Gesellschaft die Emittenten schon kurze Zeit nach Abschluss des schädigenden Geschäfts von der Haftung entbinden kann.

schutzes auch einen Wertungswiderspruch mit den sonstigen Fällen, in denen das Gesetz die Haftungsfreistellung von Organmitgliedern (sei es durch Verzicht, Vergleich oder Weisung) regelt und in Grenzen zulässt. Das gilt vor allem für die Haftungsfreistellung von Vorstandsmitgliedern durch Befolgung eines HV-Beschlusses (vgl § 84 Abs 4 Satz 1 AktG; § 93 Abs 4 Satz 1 dAktG).³⁸⁴⁸ Unter der Annahme eines allgemeinen Übereilungsschutzes müsste eine Haftungsfrestellungswirkung *ex ante* mittels HV-Beschluss nämlich ausscheiden.³⁸⁴⁹ Denn auch bei der Anweisung zu einer vom Vorstand oder Aufsichtsrat gem § 103 Abs 2 AktG (§ 119 Abs 2 dAktG) vorgelegten Geschäftsführungsmaßnahme kann die Gesellschaft (die Aktionäre) regelmäßig noch nicht (tendenziell sogar noch umso weniger) überblicken, in welchem Ausmaß sie dadurch die Haftpflicht für mögliche Schäden ausschließt. Gleichwohl darf die Gesellschaft im Vorhinein von der Haftung dispensieren, obwohl die schädigende Handlung noch nicht einmal begonnen hat, geschweige denn der Ersatzanspruch entstanden ist. Damit passt schlicht nicht zusammen, dass die Gesellschaft gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG (§ 93 Abs 4 Satz 3 dAktG) nicht einmal nach der Entstehung des Anspruchs über diesen disponieren darf, weil (angeblich) die Schadensfolgen noch nicht überschaubar (genug) sind.³⁸⁵⁰ Macht man mit der Übereilungsschutzthese ernst, müsste man daher – was in der Lit wohl übersehen wird – konsequenterweise jede Haftungsfreistellung durch Befolgung eines HV-Beschlusses ablehnen. Im Übrigen spricht gegen einen Übereilungsschutz auch (wie schon zu § 43 AktG ausgeführt), dass das Gesetz einen

3848 Zum Ganzen ausf oben S 874 ff. Darauf hinweisend schon (jedoch mit mE unzutr Schlussfolgerung [Anwendung der Sperrfrist nur auf § 84 Abs 3 AktG]) schon *v Godin/Wilhelmi*, AktG² (1950) § 84 Anm 22.c) (S 366): „Warum kann die AG sofern sie nicht vorher um Zustimmung gefragt wurde, nachträglich nur unter den Erschwerungen des Abs. 3 auf Ansprüche verzichten [...] Der Widerspruch ist so schwer zu lösen, daß fast an eine gesetzgeberische Entgleisung zu denken ist.“

3849 Vgl ähnlich iZm § 24 Abs 3 und § 26 VerG schon im GmbH-Teil oben bei Fn 1302. Vgl aus etwas anderer Perspektive *Artmann*, Anm zu OGH 04.08.2009, 9 Ob A 149/08i, GesRZ 2010, 55 (56), wonach einer analogen Anwendung der Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG auf die GmbH (die ohnehin nicht erwogen werde) das Weisungsrecht der Generalversammlung entgegenstünde. Da es der Generealversammlung möglich ist, dem Geschäftsführer verbindliche Weisungen zu erteilen, die innerhalb der Schranken des § 25 Abs 5 GmbHG zur Entlastung führen, müsse es auch zulässig sein, dass die Gesellschafter die Geschäftstätigkeit im Nachhinein billigen und so eine Haftungsfreistellung herbeiführen. Dem ist mE noch hinzuzufügen, dass die dogmatische Grundlage der Haftungsfreistellung nicht in der Ausführungspflicht (Folgepflicht) einer Weisung liegt, sondern in der enthaltenen Einwilligung in die (Selbst-)Schädigung; die Folgepflicht ist zwar keine notwendige, aber eine hinreichende Voraussetzung für die Freistellung von der Haftung (vgl insb oben S 481 ff). Das entscheidende Argument gegen die Sperrfrist ist daher nicht das Weisungsrecht der Gesellschafter, sondern die Haftungsfrestellungswirkung von – wie auch immer initiierten – Beschlüssen, und eine solche Frestellungswirkung besteht eben auch in der AG (vgl § 84 Abs 4 Satz 1 AktG).

3850 Zu diesem Wertungswiderspruch noch insb unten S 1050 ff und S 1087 ff.

solchen auch nicht vorsieht für Ersatzansprüche gem § 42 AktG und (mangels ersichtlicher rechtsformbedingter Unterschiede)³⁸⁵¹ für Ersatzansprüche der GmbH gegen ihren Geschäftsführer. Schließlich wird in der Lehre³⁸⁵² mit Recht darauf hingewiesen, dass für wesentlich weitreichendere Entscheidungen im „Leben“ einer Aktiengesellschaft keine vergleichbare „Bedenkfrist“ besteht.

Hierzulande führt die Sperrfrist wegen ihrer (noch) fünfjährigen Dauer nicht nur zu den gerade genannten Wertungswidersprüchen, sondern sogar zu Normwidersprüchen, indem sie Verzichte und Vergleiche wegen der Kongruenz mit der Verjährung (§ 84 Abs 6 AktG) praktisch ganz ausschließt. Dadurch macht sie – wie auch im Gründungsrecht (§ 43 AktG)³⁸⁵³ – jene Normen obsolet, die die grundsätzliche Disponibilität (noch) als Regelungsprämisse voraussetzen, insb das Widerspruchsrecht der Minderheit in § 84 Abs 4

3851 Für eine Verschiedenbehandlung der AG und der GmbH wurde in der Lit zT vorgebracht, ein Übereilungsschutz sei gerade in der AG erforderlich „wegen ihrer auch für Aktionäre schwer durchschaubaren Verhältnisse“ (Zöllner in KK-AktG¹ [1985] § 120 Rz 31; folgend *Simonishvili*, Entlastungsbeschlüsse 79, 82 f).

Es mag zwar zutreffen, dass sich die Schadensfolgen in einer AG allein schon wegen des typischerweise größeren Unternehmensbetriebs schwerer durchschauen lassen. Das erklärt allerdings nicht, dass die AG durch HV-Beschluss im Vorhinein über die Vorstandshaftung disponieren kann (vgl § 84 Abs 4 Satz 3 AktG). Unabhängig davon wäre ein Übereilungsschutz – so er denn im geltenden Recht angelegt ist – trotzdem auch in der GmbH zu erwarten gewesen. Den Beweis dafür liefert das GmbH-rechtliche Minderheitenschutzrecht: Ursprünglich sahen die GmbH-Gesetzesverfasser von einem gesetzlichen Minderheitenschutz ab, weil die Gesellschafter ihren eigenen Schutz aufgrund der idealtypisch personalistischen Ausgestaltung auch selbst im Gesellschaftsvertrag regeln könnten (vgl AmltBegr dGmbHG RT-Drs VIII [1890–92], Nr 660 3732 [so noch das dGmbHG idgF]; EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 68). Hierzulande schuf die Herrenhauskommission letztlich aber doch gesetzliche Schutzvorschriften, weil mangels einer Maximalzahl an Gesellschaftern nicht ausgeschlossen werden könne, dass sich die GmbH realtypisch (ausnahmsweise) kapitalistisch konstituiere und sich dadurch an die (idealtypische) AG annähere, in welchem Fall sie auch aktienrechtliche Schutzvorschriften benötige. Konsequenterweise orientierten sich die Gesetzesverfasser denn auch am Minderheitenschutz der AG (zu alledem näher oben S 133 ff). Daraus folgt, dass der GmbH-Gesetzgeber aus demselben Grund konsequenterweise auch einen Übereilungsschutz schaffen hätte müssen, selbst wenn dieser durch die (idealtypischen) Eigenheiten der AG bedingt wäre.

3852 Vgl *U. Torggler in Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (46), nach dem zwingender Übereilungsschutz aus diesem Grund eine „beispiellose Absonderlichkeit“ wäre. Ähnlich *Bachmann*, Gutachten E zum 70. DJT E 50; *ders.*, GesRZ 2014, 149 (154 f), wonach die Sperrfrist angesichts des von der AmltBegr zum dAktG 1965 genannten Schutzzwecks der Verhinderung übereilter Dispositionen auch für andere ebenfalls schwer überschaubare Schadensfälle gelten müsste. Krit auch *G. Schima*, GesRZ 1991, 185 (192); *Runggaldier/Schima*, Rechtsstellung 244; *Nicolussi*, Satzungsstrenge 175, nach der eine vergleichbare Überlegungsfrist auch für sonstige Drittansprüche – mögen deren Auswirkungen auf das Gesellschaftsvermögen auch noch so unvorhersehbar groß oder gar nachteilig sein – nicht angeordnet ist. Diesen Einwand tendenziell abl *Fleischer*, AG 2015, 133 (138).

3853 S dazu oben S 722 ff.

Satz 3 AktG und die Dispositionsbeschränkungen zugunsten der Gläubiger gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG. Der *De-facto*-Ausschluss von Verzichten und Vergleichen steht auch einem Übereilungsschutz von vornherein entgegen; anderes könnte (eingeschränkt) wie erwähnt nur dann gelten, wenn man die Verjährungsfrist mit der – mE aber unzut – hM³⁸⁵⁴ als subjektive Frist qualifiziert. So verhält es sich jedenfalls in Deutschland, wo das dAktG 1965 die Sperrfrist wieder auf drei Jahre verkürzt hat, und zwar erklärtermaßen, um Verzichte und Vergleiche (wieder) zu ermöglichen.³⁸⁵⁵ Die (bloße) Möglichkeit von Verzichten und Vergleichen bedeutet freilich nicht, dass die (verkürzte) Sperrfrist dadurch schon wertungskonform ist. Bei genauerem Hinsehen zeigt sich nämlich, dass (irgend)eine Disponibilität nicht ausreicht. Nach der gesetzlichen Wertung muss die Gesellschaft vielmehr *jederzeit* auf Ersatzansprüche – zumindest wegen leicht fahrlässiger Schädigung außerhalb des Kapitalschutzes – verzichten oder sich über sie vergleichen können. Diese Prämisse kommt vor allem in § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG (§ 93 Abs 5 Satz 2 Hs 1 dAktG) zum Ausdruck. Damit hat der Gesetzgeber die im Gläubigerinteresse indisponible Vorstandshaftung (dh im System der Haftungskonzentration: das Verfolgungsrecht und die Dispositionsbeschränkungen), die er wegen der neuen Weisungsfreiheit des Vorstands eigentlich sogar als umfassend gerechtfertigt erachtete, gleichwohl außerhalb des Kapitalschutzes (§ 84 Abs 3 AktG) auf grobe Fahrlässigkeit beschränkt,³⁸⁵⁶ weil eine darüberhinausgehende Aufrechterhaltung von Ersatzansprüchen die Risikobereitschaft der Vorstandsmitglieder beeinträchtigen würde. Ohne diese Einschränkung müssten nämlich die Vorstandsmitglieder bis zur Anspruchsverjährung damit rechnen, im Insolvenzfall sogar wegen leicht fahrlässiger Pflichtverstöße (was nicht einfach zu beurteilen ist) von den Gläubigern der Gesellschaft oder vom Insolvenzverwalter in Anspruch genommen zu werden. Dadurch würden sie – so die Befürchtung – angesichts des unkalkulierbaren Haftungsrisikos zu einem risikoaversen Vermeidungsverhalten übergehen, was nicht im Interesse der Gesellschaft (und ihrer Gläubiger) läge. Genau diesen Effekt hat jedoch die Sperr-

3854 Dazu noch auf unten S 1024 ff.

3855 AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 132. S auch noch sogleich im Fließtext.

3856 Dazu schon auf oben S 288 ff. Vgl hier etwa AmtlBegr AktG 1937/1938 180 (abgedr auch bei *Klausing*, AktG 71): „Diese Einschränkung des Verschuldensmaßstabs [sc auf grobe Fahrlässigkeit außerhalb des Kapitalschutzes] ist notwendig, da es sich bei den anderen als den in § 84 Abs. 3 genannten Fällen meist um Obliegenheitsverletzungen handeln wird, die im Bereich der Geschäftsführung liegen. Eine unmittelbare Haftung gegenüber den Gläubigern auch in diesem [sic] Fällen für leichtere Verletzungen der Sorgfaltspflicht eintreten zu lassen, würde auf das Verantwortungsbewusstsein des Vorstands lähmend wirken und nicht dem Vorteil der Gesellschaft dienen.“ Vgl schon Gutachten ROHG, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 217 f, wonach „im Allgemeinen es als ein gerechtfertigtes Verlangen der Gesellschaftsorgane angesehen werden muß, nach ihrer jährlichen Rechnungslegung an die Gesellschaft entlastet zu werden oder bestimmte Monita gezogen zu sehen.“

frist,³⁸⁵⁷ wenn sie (alle) Ersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder zwingend im Gesellschaftsvermögen erhält (sei es auch nur drei Jahre lang), und zwar über § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG hinaus auch für den Fall, dass die Gläubiger von der Gesellschaft (noch) Befriedigung erlangen können. Folglich müssen die Vorstandsmitglieder nicht nur gewärtigen, im Insolvenzfall von den Gläubigern auch für leichte Fahrlässigkeit belangt zu werden, sondern auch außerhalb der Insolvenz durch die Gesellschaft oder Gläubiger. Selbst wenn die Sperrfrist einen Übereilungsschutz bezwecken solle, was wegen der bisher angeführten Wertungswidersprüche ausscheidet, müsste sie somit nach der gesetzlichen Wertung jedenfalls Ansprüche wegen nur leicht fahrlässiger (bloßer) Geschäftsführung aussparen (vgl § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG).³⁸⁵⁸ Insoweit ist die Wertung des Gesetzgebers nämlich universell, weil sie ausschließlich durch die menschliche (natürliche) Risikoaversion bedingt ist.³⁸⁵⁹ Übrigens dachte der Gesetzgeber bei der Einschränkung der indisponiblen Vorstandshaftung zur Wahrung der nötigen Risikobereitschaft vor allem an die jährliche

3857 Die AmtlBegr (BT-Drs IV/171 132) betont zwar iZm der Verkürzung der Verjährungsfrist auf drei Jahre, „daß ein Verzicht oder Vergleich auch im Interesse der Gesellschaft liegen kann, weil er einen ungewissen Schwebezustand beendet“, tatsächlich besteht ein solcher Schwebezustand (für die Vorstandsmitglieder) aber kontinuierlich und auch schon während des Laufs der (verkürzten) Sperrfrist.

3858 Es wäre inkonsequent, wenn der Gesetzgeber die unter dem Aspekt des Gläubigerschutzes ausreichend sichergestellte Risikobereitschaft ausgerechnet zum Schutz der Gesellschaft(er) über Bord werfe, profitieren davon doch auch (und gerade) die Gesellschafter. Richtig besehen muss die Gewährleistung von Planungssicherheit und die Aufrechterhaltung der (nötigen) Risikobereitschaft *in jedem Fall* sonstigen Schutzinteressen vorgehen, weil eine risikoaverse Unternehmensleitung mittel- und langfristig weder im Gesellschafts- noch im Gläubigerinteresse wäre und sogar die Zielsetzung und Legitimationsgrundlage haftungsbeschränkter Rechtsformen zu lasten volkswirtschaftlicher (Allgemein-)Interessen aushebeln würde (dazu schon einleitend oben S 14 ff). Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, dass im Gründungsrecht sehr wohl eine Sperrfrist existiert, die Ersatzansprüche (auch wegen leichter Fahrlässigkeit) für längere Zeit aufrechterhält. Denn dabei handelt es sich nicht um Ansprüche aus der Geschäftsführung (die Kapitalaufbringung steht insoweit den Ersatzansprüchen gem § 84 Abs 3 AktG [Kapitalerhaltung] gleich). Demgemäß resultieren die Gründungsansprüche anders als bei der laufenden Geschäftsführung aus einem singulären Ereignis (der Gründung), weshalb hier kein vergleichbares Bedürfnis nach (jährlicher) Planungssicherheit besteht (vgl idS schon Weipert in Gadow et al, AktG [1939] § 84 Anm 37 [S 330]: „Im Rahmen des § 84 hat die Beschränkung von Verzicht und Vergleich eine viel größere Bedeutung als bei der entsprechenden Vorschrift des § 43 über die Gründerhaftung. Bei dieser handelt es sich nur um einmalige Vorgänge, im Falle des § 84 aber um Vorgänge, die während der ganzen Dauer des Bestehens der Gesellschaft möglich sind, und um Handlungen der Geschäftsführung, deren Beurteilung viel mehr vom Ermessen abhängt, und bei denen auch erhebliche Gründe für eine baldige Klarstellung der Verantwortlichkeit sprechen.“).

3859 S dazu auch schon iZm § 25 Abs 5 und 7 GmbHG oben S 285 ff und zu § 84 Abs 5 AktG insb oben S 837 ff.

Entlastung.³⁸⁶⁰ Auch wenn es der heutigen Lehre zuwiderläuft: Bis zur Schaffung der Sperrfrist mit dem dAktG 1937 war unstreitig,³⁸⁶¹ dass die Entlastung Verzichtswirkung hat.³⁸⁶² Dem mag man allgemeine (zivilrechtliche) Einwände entgegenhalten (auf die hier nicht näher eingegangen werden kann). Tatsache ist aber, dass der Gesetzgeber der Entlastung – wie man sie auch dogmatisch einordnen mag – implizit noch immer Verzichtswirkung beimisst (vgl für Deutschland jedoch § 120 Abs 2 dAktG). Andernfalls hätte kaum Anlass bestanden, etwa ein Stimmverbot für den zu Entlastenden zu normieren (§ 125 Satz 1 AktG). Auf das Verhältnis von Entlastung und Sperrfrist ist unten noch zurückzukommen.³⁸⁶³ Hier soll als (Hilfs-)Argument gegen die Übereilungsschutzthese genügen, dass der Gesetzgeber – unabhängig von der Art der Disposition – jedenfalls voraussetzt, dass die Gesellschaft jederzeit über Organhaftungsansprüche (sei es durch Entlastung oder sonstigen Verzicht) in den sonstigen Grenzen disponieren kann. Zusammenfassend begründet die Sperrfrist daher unabhängig von ihrer Länge einen Wertungswiderspruch³⁸⁶⁴ in Bezug auf die (jederzeitige) Verfügungsmöglichkeit zwecks Gewährleistung der nötigen Risikobereitschaft der Vorstandsmitglieder.

All diese Unstimmigkeiten dürfen dem Gesetzgeber des dAktG 1965 freilich nicht aufgefallen sein. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich nämlich, dass der deutsche Gesetzgeber die Sperrfrist lediglich nachträglich teleologisch „legitimiert“ haben dürfte, ohne dabei tiefergehende Überlegungen anzustellen. Zunächst nahmen die Gesetzesverfasser von 1965 wie erwähnt an, schon die Sperrfrist des dAktG 1937 habe einen Übereilungsschutz bezweckt,³⁸⁶⁵ obwohl die fünfjährige Sperrfrist – aus den Mat offen ersichtlich – irrig aus dem Gründungsrecht (§ 205 dHGB 1897) verallgemeinert

3860 S dazu noch näher unten Fn 4108.

3861 Vgl hier nur Denkschrift dHGB 1897, abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 312: „Befreiung des Vorstandes von seiner Verantwortlichkeit für die zurückliegende Geschäftsführung“; *Staub*, HGB⁸ (1906) § 260 Anm 13 (S 885): „Zunächst kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Entlastung einen Verzicht auf weitere Ansprüche enthält [...]“; retrospektiv zum AktG 1937/1938 v *Godin/Wilhelmi*, AktG² (1950) § 84 Anm 20 (S 366), § 104 Anm 4; *Weipert* in *Gadow et al*, AktG (1939) § 84 Anm 37 (S 331); s weitere Nw unten bei Fn 4095.

3862 Im Gegensatz zum hier untersuchten Übereilungsschutz genügt für die Entlastung nach hA, dass Ersatzansprüche aus den Unterlagen zumindest erkennbar sind – Ersatzansprüche müssen also noch nicht einmal bekannt sein, geschweige denn das Schadensausmaß überschaubar sein (vgl zur GmbH *Enzinger* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 35 Rz 39 [Stand 01.09.2021]; allg auch *U. Torggler*, GesR II Rz 504; vgl zum dHGB 1897, also vor Schaffung der allg Sperrfrist, *Staub*, HGB⁸ [1906] § 260 Anm 14 [S 885] mwN zur stRp des RG).

3863 S unten S 1050 ff.

3864 Zugleich begründet sie einen Normwiderspruch mit jenen flankierenden Bestimmungen, die wie erwähnt noch eine Verzichtswirkung der Entlastung zugrunde legen (dazu noch näher unten S 1050 ff).

3865 So zuvor auch *Schuler*, NJW 1960, 601 (601).

worden war, dementsprechend dieselbe Länge wie § 205 dHGB 1897 hatte und folglich (ebenfalls) wegen ihres Gleichlaufs mit der Verjährungsfrist einen solchen Übereilungsschutz gar nicht leisten konnte (und kann). Nicht ersichtlich ist außerdem, warum es gerade fünf Jahre gedauert haben soll, bis das Schadensausmaß für die Gesellschaft überschaubar geworden ist und wieso dies exakt gleich lang dauern soll, wie der mehrheitliche Aktienverkauf nach der Gründung (wie es § 205 dHGB 1897 implizierte). Nimmt man gleichwohl *arguendo* den Standpunkt des Gesetzgebers von 1965 ein, vermisst man auch eine Begründung dafür, dass es seit dem Jahr 1965 plötzlich nicht mehr fünf, sondern nur noch drei Jahre dauern soll, bis die Folgen der Schädigung überschaubar geworden sind. Es ist immerhin nicht evident, dass sich die Dauer der Schadensaufklärung zwischen 1937 und 1965 (etwa durch technologischen Fortschritt) signifikant verkürzt hätte. Daran dachte der Gesetzgeber wohl auch nicht, denn die Dreijahresfrist stammt offenbar aus dem Gründungsrecht, wo der Gesetzgeber die (gründungsrechtliche) Sperrfrist ebenfalls von fünf auf drei Jahre verkürzt hat. Im Gründungsrecht hat diese Frist wie erwähnt allerdings eine andere Bedeutung, nämlich die typische Dauer eines mehrheitlichen Aktienverkaufs nach der Gründung. Dementsprechend wurde die Fristverkürzung im Gründungsrecht damit plausibilisiert, dass eine Frist von drei Jahren ausreichend sei, weil die Gründer ihre Aktien schon nach Ablauf dieser Frist veräußert haben würden. Dagegen genüge nach der AmtlBegr in § 93 dAktG, eine Frist von drei Jahren, weil sich die Folgen der Handlung im Allgemeinen schon nach drei Jahren überblicken ließen. Wieder ist aber nicht ersichtlich, weshalb nach der gesetzlichen Wertung die typische Dauer eines mehrheitlichen Aktienverkaufs nach der Gründung einerseits und die typische Dauer der Schadensaufarbeitung andererseits exakt gleich lang sein sollten. Diese beiden Vorgänge stehen in keinem tatsächlichen Zusammenhang. Es ist auch nicht ersichtlich, warum sich die typische Dauer beider Vorgänge von 1937 bis 1965 in exakt demselben Ausmaß (von fünf auf drei Jahre) verkürzt haben soll. Die gleichförmige Verkürzung der beiden Sperrfristen basierte offensichtlich nicht auf evidenzbasierten Überlegungen zu den jeweils zugrundeliegenden Vorgängen (Aktienverkauf bzw. Überschaubarkeit des Schadens), sondern war (insoweit eher ergebnisorientiert) primär eine Reaktion auf das Problem, dass Verzichte und Vergleiche wegen der kongruenten Verjährungsfrist *de facto* unmöglich waren. So erklärt denn auch die AmtlBegr zu beiden Sperrfristen,³⁸⁶⁶

3866 AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 112 (zu § 50 dAktG), 132 (zu § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG): „Die Frist von fünf Jahren ist zu lang, weil regelmäßig nach Ablauf von fünf Jahren der Ersatzanspruch der Gesellschaft bereits verjährt sein wird, so daß ein Verzicht oder Vergleich nicht mehr in Betracht kommt. Für eine Verkürzung der Frist spricht ferner, daß ein Verzicht oder Vergleich auch im Interesse der Gesellschaft liegen kann, weil er einen ungewissen Schwebezustand beendet. Es besteht kein Anlaß, der Gesellschaft den Verzicht auf den Vergleich [sic] praktisch unmög-

dass fünf Jahre zu lang sei, weil ein Verzicht oder Vergleich wegen der gleichlaufenden Verjährung unmöglich sei. Während die allgemeine Sperrfrist (§ 84 Abs 4 Satz 3 AktG) schon mit diesem Makel geschaffen wurde, war das Fristenproblem bei der gründungsrechtlichen Sperrfrist erst mit dem dHGB 1897 entstanden: Das dHGB 1897 hatte die zuvor dreijährige Sperrfrist des Art 213d ADHGB 1884 auf fünf Jahre verlängert. Die Dreijahresfrist des Art 213d ADHGB 1884 hatte Verzichte und Vergleiche (wie die Mat eigens betonten)³⁸⁶⁷ noch ermöglicht. Dementsprechend bestand die Lösung des dAktG 1965 für das Fristenproblem im Gründungsrecht – und damit indirekt für die Haftungsgeneralklausel (§ 93 dAktG) – erklärtermaßen darin, den Rechtszustand des Art 213d ADHGB 1884 wiederherzustellen.³⁸⁶⁸ Zwar erklärt die AmtlBegr wie erwähnt (auch), dass für den Aktienverkauf einerseits und die Überschaubarkeit andererseits jeweils drei Jahre genügen würden, tatsächlich dürfte die Dreijahresfrist primär daher rühren, dass sie sich im Hinblick auf die Ermöglichung von Verzichten und Vergleichen historisch bereits „bewährt“ hatte.

Wie diese Überlegungen zeigen, ist die Dreijahresfrist in § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG (auch in ihrer verkürzten Fassung) der gründungsrechtlichen Sperrfrist nachgebildet, die zwecks Ermöglichung von Dispositionen und nach dem Vorbild des Art 213d ADHGB 1884 wieder auf drei Jahre verkürzt wurde. Diese Nachbildung des Gründungsrechts ist jedoch (zumindest ohne inhaltliche Begründung) verfehlt, weil die beiden Sperrfristen unterschiedliche (und unkorrelierte) Implikationen haben.³⁸⁶⁹ Bei keiner der Sperrfristen hat sich der Gesetzgeber offenbar mit der typischen Dauer des tatsächlichen Vorgangs auseinandergesetzt, den die Frist jeweils repräsentiert (Aktienverkauf, Überschaubarkeit des Schadens). Mit anderen Worten ist (vor allem) die Dreijahresfrist des § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG angesichts ihres vor-

lich zu machen. Der Entwurf schließt deshalb den Verzicht und Vergleich nur in den ersten drei Jahren nach der Entstehung des Anspruches aus (Absatz 4 Satz 3).“

3867 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 452, wonach es „keineswegs in der Absicht des Entwurfs liegen [kann], eine Erklärung seitens der Gesellschaft über diese Ansprüche und eine Verständigung mit den belasteten Personen durch Vergleich oder Verzicht auszuschließen [...]“.

3868 Diese Wiederherstellung ist freilich missglückt. Der Gesetzgeber von 1965 hat die gründungsrechtliche Sperrfrist, da es ihm lt der AmtlBegr *nur* um Umgehungsschutz ging, wie schon erwähnt (oben S 695 ff), um ein Jahr zu lang bemessen, weil die übrigen „Kautelarovorschriften“ noch ein *tempus clausum* von zwei Jahren vorsahen (und auch heute vorsehen).

3869 Dass beide Sperrfristen ursprünglich dieselbe Länge hatten, war nur dadurch bedingt, dass der Gesetzgeber von 1937 die gründungsrechtliche Sperrfrist (irrig!) auf die gesamte Vorstandshaftung verallgemeinert hat. Attestiert man der allg Sperrfrist (dennoch) einen Übereilungsschutz, wie es der Gesetzgeber von 1965 tat, und korrigiert ihre Länge, um Verzichte und Vergleiche zu ermöglichen, dann besteht wegen der verschiedenen Implikationen kein erkennbarer Anlass, die Frist *wieder* dem Gründungsrecht anzugleichen.

geblichen Normzwecks schlichtweg willkürlich bemessen.³⁸⁷⁰ Mit der „Nacherationalisierung“ der Sperrfrist ist bedauerlicherweise zugleich die Chance vergeben worden, diese Norm grundlegend in Frage zu stellen (und wegen der aufgezeigten Systemwidrigkeit konsequenterweise ersatzlos zu streichen – wie es später dann auch zunehmend *de lege ferenda* gefordert wurde).

Bei alledem trifft ein möglicher Vorwurf indes nicht (nur) den Gesetzgeber, der sich bei der Ausgestaltung des dAktG 1965 offenbar durchwegs eng an den wissenschaftlichen Meinungsstand in der Lit anlehnte. Kritisch zu würdigen ist (vielleicht primär) das zeitgenössische Schrifttum, das die Sperrfrist trotz ihrer weitreichenden und – angesichts der damals noch fünfjährigen Länge – noch deutlicher systemwidrigen Folgen überwiegend als gegeben akzeptiert hatte.³⁸⁷¹ Soweit in der Lit³⁸⁷² überhaupt Stellung bezogen wurde, konstatierte man bloß, dass Dispositionen wegen der kongruenten Verjährung (wie schon nach § 205 dHGB 1897 und dann § 43 dAktG 1937)³⁸⁷³ praktisch unmöglich seien. Weitere (präskriptive) Schlussfolgerungen zog man aus diesem offensichtlich planwidrigen Befund aber überwiegend nicht. Auch zum Normzweck der Sperrfrist traf die überwiegende Lit (zumindest die Kommentarlit) bezeichnenderweise keine Aussage.³⁸⁷⁴ Obwohl die Sperrfrist zwar vereinzelt auch kritisiert und ein gesetzgeberischer Fehler zumindest angedacht wurde,³⁸⁷⁵ blieb eine grundlegendere kritische Auseinandersetzung der damals

3870 Zutr auch *Cahn*, Vergleichsverbote 36, nach dem sich schon wegen des mehrfachen (noch dazu synchronen) „Wechsels“ zwischen drei- und fünfjähriger Sperrfrist der rein spekulative Charakter der zugrundeliegenden Annahmen über den (angeblich) zur Schadensaufklärung erforderlichen Zeitraum aufdrängt.

3871 Außerdem war im damaligen Schrifttum noch unstr., dass die Verjährungsfrist – wie die Sperrfrist – mit der Entstehung des Ersatzanspruchs (objektiv) zu laufen beginnt; vgl nur *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 84 Anm 19 (S 312 f); *Teichmann/Koehler*, AktG² (1939) § 84 Anm 6 (S 194); *Schilling* in *Großkomm AktG*² (1961) § 84 Anm 58 (S 564 f). S noch weitere Nw unten in Fn 3951.

3872 Vgl soweit ersichtlich nur *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 84 Anm 17 (S 311): „In der Regel wird dann auch der Anspruch bereits nach Abs. 6 verjährt sein [...]“.

3873 Vgl hier nur *Staub*, HGB⁸ (1906) § 241 Anm 9 (S 703) zu § 205 dHGB 1897; *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 43 Anm 4 (S 145) zu § 43 dAktG 1937; s die weiteren Nw oben in Fn 2914.

3874 S die Nw in Fn 3836.

3875 Vgl insb *v Godin/Wilhelmi*, AktG² (1950) § 84 Anm 22.c) (S 366): „Warum kann die AG sofern sie nicht vorher um Zustimmung gefragt wurde, nachträglich nur unter den Erschwerungen des Abs. 3 auf Ansprüche verzichten [...]? Der Widerspruch ist so schwer zu lösen, daß fast an eine gesetzgeberische Entgleisung zu denken ist.“ Allerdings führen *v Godin/Wilhelmi* ihren Verdacht nicht konsequent zu Ende, sondern lösen den Widerspruch (mE unzut) dadurch, dass sie die Sperrfrist nur auf die Ersatzansprüche gem § 84 Abs 3 AktG anwenden. Dagegen spricht freilich (wie *v Godin/Wilhelmi* auch selbst einräumen), dass die Ersatzansprüche gem § 84 Abs 3 AktG zumindest unter dem Aspekt des Gläubigerschutzes sonstigen Ansprüchen wegen groben Verschuldens gleichgestellt sind (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG). Außerdem löst die Einschränkung der Sperrfrist auf § 84 Abs 3 AktG den festge-

neuen Norm soweit ersichtlich aus. Angesichts dieses „billigenden Schweigens“ in der Lit sah der Gesetzgeber von 1965 wohl keinen Anlass, die Sperrfrist „im Alleingang“ aufzugeben. Als Regelungsproblem blieb ihm daher wohl nur die offensichtliche (und schon aus dem Gründungsrecht bekannte) Tatsache, dass Verzichte und Vergleiche wegen der parallelen Verjährung *de facto* unmöglich waren. Ging der Gesetzgeber demgemäß von der prinzipiellen Legitimität der Sperrfrist aus (was einen Normzweck impliziert) und verkürzte er die Frist gleichwohl zwecks Ermöglichung von Dispositionen, so war er wohl zu einer Aussage darüber genötigt, worin der zugrunde gelegte Normzweck besteht und dass dieser Zweck auch durch die kürzere Frist ausreichend gewahrt bleibt. Während der Normzweck der gründungsrechtlichen Sperrfrist historisch mit dem Umgehungsschutz aufgrund des präsumtiven Gründerinflusses vorgezeichnet war (zuletzt durch das dHGB 1897), hatte der Gesetzgeber bei der „neuen“ allgemeinen Sperrfrist zwar naturgemäß keinen historischen Anhaltspunkt für einen telos, dafür hatte er aber mit Blick auf die (insoweit spärliche) zeitgenössische Lit wohl die „Wahl“ zwischen Minderheitenschutz³⁸⁷⁶ und Übereilungsschutz³⁸⁷⁷. Vielleicht fiel die Wahl auf den Übereilungsschutz, weil die Minderheitenschutzthese, die der BGH noch im Jahr 1959 vertreten hatte,³⁸⁷⁸ in der Lit³⁸⁷⁹ – noch vor der Schaffung des dAktG 1965 – auf Ablehnung gestoßen war; vielleicht auch deshalb, weil ein Übereilungsschutz im Gegensatz zum Minderheitenschutz, dem offensichtlich bereits (auch?) das Widerspruchsrecht in *derselben* Norm (§ 84 Abs 4 Satz 3 AktG) diene, mangels Konflikt mit teleologisch gleichgerichteten Normen leichter zu argumentieren war und sich außerdem wohl eher mit einer Verkürzung der (schützenden) Frist vereinbaren ließ. Das Fehlen ähnlicher Normen hatte indes gute Gründe, denn ein Übereilungsschutz war (und ist) dem geltenden Recht in dieser Form schlicht fremd – das offenbart jedoch (erst) ein Blick in § 84 Abs 4 Satz 1 AktG

stellten Widerspruch nicht auf, sondern verkleinert ihn nur, weil die Zustimmung der HV (in den Grenzen des Gläubigerschutzes, dh soweit die Gläubiger von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können) ja auch die Haftung gem § 84 Abs 3 AktG ausschließt (dazu oben im Kap zu § 84 Abs 4 Satz 1 AktG).

3876 Vgl BGH 12.03.1959, II ZR 180/57 BGHZ 29, 385, 390; so zuvor *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 84 Anm 17 f (S 311 f).

3877 Vgl *Schuler*, NJW 1960, 601 (601); zuvor RG 19.05.1931, II 434/30 RGZ 133, 33 (38). In beiden Fällen spricht gegen den Übereilungsschutz jedoch wie erwähnt, dass die Sperrfrist jew (schon) fünf Jahre betrug und Dispositionen der Gesellschaft folglich praktisch zur Gänze ausgeschlossen hat. Gegen die Anlehnung an *Schuler* (aaO) spricht, dass dieser den Übereilungsschutz gerade mit der (fünfjährigen) Dauer der Frist begründete („Die Länge der Frist zeigt, [...]“). Gegen die Orientierung an der gründungsrechtlichen Sperrfrist (gem der zit RG-E) spricht wie erwähnt auch, dass der Gesetzgeber des dAktG 1965 die gründungsrechtliche Sperrfrist gerade nicht mit Übereilungsschutz, sondern nur (insoweit zutr) mit Umgehungsschutz begründete. S zu alledem schon oben im Fließtext.

3878 BGH 12.03.1959, II ZR 180/57 BGHZ 29, 385, 390.

3879 *Brox*, BB 1960, 1226 (1227); *Schuler*, NJW 1960, 601 (601).

(wie jedoch nur vereinzelt von zeitgenössischen Beobachtern³⁸⁸⁰ eingewendet worden war). Die Aussagen in der Lit zum Übereilungsschutz konnten sich jedoch naturgemäß nur auf die Fünfjahresfrist des AktG 1937 beziehen. Für die Klarstellung, dass für den Übereilungsschutz auch die kürzere Dreijahresfrist genügt, hatte der Gesetzgeber keine literarische „Vorlage“ – und hielt sich vielleicht deshalb kurzerhand auch hier an die Ausführungen zur *gründungsrechtlichen* Sperrfrist.

Als Ergebnis ist festzuhalten, dass die Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG nicht dazu dient (und gar nicht dazu dienen kann), Dispositionen vor Überschaubarkeit des Schadens zu verhindern. Anders verhält es sich in Deutschland. Da die AmltBegr die Sperrfrist gem § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG idF 1965 ausdrücklich mit einem Übereilungsschutz begründet, ist diese Normzweckaussage *de lege lata* hinzunehmen. Demgemäß sind daraus auch im unmittelbaren Anwendungsbereich der Sperrfrist die entsprechenden Schlüsse zu ziehen (insb bei der Verstoßfolge). Da der Übereilungsschutz (und damit auch die AmltBegr) jedoch unabhängig von der Fristlänge systemwidrig ist, wäre die Normzweckaussage jedenfalls *de lege ferenda* zu revidieren – was sich freilich insofern erübrigt, als die Sperrfrist *de lege ferenda* überhaupt ersatzlos zu streichen wäre. Aus demselben Grund dürfen mE aus der Normzweckaussage der AmltBegr – schon *de lege lata* – außerhalb des unmittelbaren Anwendungsbereichs der Sperrfrist keine weiteren Schlüsse in Bezug auf andere Normen gezogen werden. Die als systemwidrig erkannte Wertung des Übereilungsschutzes ist maW nicht durch extensive oder gar analoge Anwendung weiter auf ähnliche Sachverhalte zu erweitern (*Quod vero contra rationem iuris receptum est non est producendum ad consequentias*).³⁸⁸¹ Demgemäß ist aus der Sperrfrist insb nicht zu schließen, dass auch abstrakte Voraussetzungen über die Vorstandshaftung ausgeschlossen wären (dazu noch näher unten III.)³⁸⁸².

iv. Zum Schutz künftiger Aktionäre

Da die bestehenden Auslegungsergebnisse *G. Schima*³⁸⁸³ nicht überzeugen, gelangt dieser – und ihm folgend einige weitere Autoren³⁸⁸⁴ – zur Auffassung, dass die Sperrfrist auch künftige Aktionäre schützt. Dies ergebe sich bei gesetzessystematischer Betrachtung aus dem Umstand, dass das GmbHG und das GenG keine vergleichbare Sperrfrist kennen. Daher stelle sich – so *G. Schima* – die Frage, welches Strukturmerkmal der AG eine solche Be-

3880 Vgl *v Godin/Wilhelmi*, AktG² (1950) § 84 Anm 22.c) (S 366); s schon Fn 3875.

3881 Aus unsachgerechten Normen dürfen nicht noch weitere Folgerungen abgeleitet werden. Vgl allg *Kramer*, Methodenlehre⁶ 244 mwN; *F. Bydliński*, Methodenlehre² 440; *P. Bydliński* in KBB⁷ § 6 Rz 3, § 7 Rz 3 (für Ausnahmebestimmungen).

3882 Dazu noch unten S 1087 ff.

3883 *G. Schima*, GesRZ 1991, 185 (194 ff).

3884 S die Nw in Fn 3724.

stimmung rechtfertigen könnte.³⁸⁸⁵ Hier biete sich die gesetzliche Regelung der Begründung und Beendigung sowie des Wechsels der Gesellschafter- bzw. Mitgliederstellung geradezu an: Während die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen durch die Notariatsaktpflicht erschwert ist, können Aktien grundsätzlich frei übertragen werden.³⁸⁸⁶ Deswegen schütze die Sperrfrist – wenn auch vom Gesetzgeber uU nicht konkret bedacht³⁸⁸⁷ – auch jene Personen, die im Zeitpunkt des Verzichts- bzw. Vergleichsbeschlusses noch nicht Aktionäre sind, aber vor Ablauf der Fünfjahresfrist in die Gesellschaft eintreten.³⁸⁸⁸ Damit werde vor allem auch Missbräuchen des Alleinaktionärs oder der Aktionäre einer Familiengesellschaft begegnet, wie sie etwa im Fall eines geplanten Börsengangs auftreten könnten.³⁸⁸⁹

Richtig ist, wie oben zum Minderheitenschutz schon ausgeführt, dass der Mechanismus „Sperrfrist“ *per se* tatsächlich inhärent künftige Aktionäre schützt. Er tut dies aber im Fall von § 84 Abs 4 Satz 3 AktG an der falschen Stelle. Das verwundert nicht, hat doch der Gesetzgeber des AktG 1937 die Sperrfrist irrtümlich aus dem Gründungsrecht (§ 43 AktG) in den allgemeinen Haftungstatbestand verallgemeinert. Wie schon dargelegt, hat dieser Schutzmechanismus seinen (ursprünglichen) Platz und seine Daseinsberechtigung nur im Gründungsrecht. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird hier auf die bisherigen Ausführungen zum Minderheitenschutz verwiesen.³⁸⁹⁰ Im Gründungsstadium repräsentiert die Sperrfrist die typisierende Annahme, dass die Gesellschaft präsumtiv binnen dieser Zeit (*tempus clausum*) noch von den Gründern beherrscht wird und es idR fünf Jahre dauert, bis die Mehrheit der Aktien nach der Eintragung der Gesellschaft an das Publikum gelangt

3885 G. Schima, GesRZ 1991, 185 (194); vgl. auch Runggaldier/Schima, Rechtsstellung 244.

3886 Das ist (nur) insofern richtig, als die GmbH-Gesetzgeber wegen der Immobilisierung der Geschäftsanteile auf eine Sperrfrist zum Schutz künftiger Gesellschafter verzichten konnten (wobei der Verzicht auf zwingende Normen aufgrund der Handelbarkeit das erklärte Ziel dieser Rechtsform war), sodass eine solche Sperrfrist auch nicht später irrtümlich in den allg. Haftungstatbestand Eingang finden konnte, wie es im Aktienrecht geschehen ist. Die Rechtfertigung der Sperrfrist mit dem genannten Rechtsformunterschied verkennt aber, dass der Gesetzgeber des AktG 1937/1938 diese Bestimmung irrtümlich erlassen hat und sich deshalb auch keine Gedanken über eine rechtsformbedingte Rechtfertigung machen konnte (demggü. lehnt G. Schima [aaO 191] einen gesetzgeberischen Fehler ab [s. dazu schon in Fn 3710 aE]).

3887 Da alle anderen Auslegungsvarianten G. Schima (GesRZ 1991, 185 [195]) zufolge nicht überzeugen, könne die Verzichtssperre durchaus so interpretiert werden, dass der Schutz sämtlicher im Fünfjahreszeitraum zu Aktionären gewordenen Personen bezweckt ist. Das folge zwar nicht aus einer subjektiv-historischen Interpretation, ergebe sich aber aus „anderen Auslegungskriterien“ und sei der von der hM vertretenen teleologischen Reduktion vorzuziehen.

3888 G. Schima, GesRZ 1991, 185 (194); Runggaldier/Schima, Rechtsstellung 244.

3889 G. Schima, GesRZ 185 (194) verweist hierzu auf seinen Beispielfall (aaO 185), dass die Aktionäre einer Familien-AG vor dem geplanten Börsengang auf Ersatzansprüche gegenüber dem ihnen nahestehenden Vorstandsmitglied einstimmig verzichten.

3890 S. oben S 963 ff.

sind, wodurch die Gesellschaft vom Gründereinfluss befreit wird. Demgemäß schützt die Sperrfrist künftige Aktionäre (Anleger) vor der (präsumtiv befangenen) Gründergemeinschaft. Außerhalb der Gründung entsprechen dieser Schutzmechanismus und seine Implikationen aber nicht einmal bei typisierender Betrachtung den wirklichen Verhältnissen.

Außerhalb des Gründungsvorgangs besteht zunächst schon kein vergleichbares Schutzbedürfnis künftig in die Gesellschaft eintretender Aktionäre. Denn nach Ablauf der (gründungsrechtlichen) Sperrfrist existiert nach dem idealtypischen Leitbild gerade eine Aktionärsminderheit, die bei der Disposition über Ersatzansprüche präsumtiv als „außerordentliches Organ“ den Gesellschaftswillen bildet und dadurch das Gesellschaftsinteresse (und annahmegemäß zugleich ihr eigenes Interesse) wahrt, wodurch reflexiv auch künftige Aktionäre mitgeschützt werden. Ein (zusätzlicher) Schutz künftiger Aktionäre vor Gesellschaftsdispositionen ist demnach nicht nötig. Ein besonderes Schutzbedürfnis ist auch dann nicht erkennbar, wenn es keine ausreichende Minderheit geben sollte. Außerhalb der Gründung besteht das Regelungsproblem nämlich „nur“ darin, dass die Mehrheit wegen ihres präsumtiven Naheverhältnisses gegenüber „ihren“ Organmitgliedern bei Dispositionen über Ersatzansprüche gegen diese Organe nicht das Gesellschaftsinteresse im Blick hat, sondern uU die Organmitglieder „schont“. Damit kaum vergleichbar sind die gründungsspezifischen Gefahren (Auszehren der Gesellschaft durch überhöhten Gründungsaufwand oder überbewertete Sacheinlagen); und zwar auch nicht bei dem von *G. Schima*³⁸⁹¹ genannten Beispielfall, dass eine nicht-börsennotierte AG (zB eine Familien-AG) später (also nicht wie § 43 AktG typisierend annimmt: unmittelbar nach der Eintragung) an die Börse geht. Denn im Gegensatz zum Gründungsszenario werden die Aktionäre immerhin durch die zwingende Eigenkapitalisierung im Umgang mit dem Gesellschaftsvermögen (auch mit Ersatzansprüchen der Gesellschaft) diszipliniert und auf das Gesellschaftswohl verpflichtet (Interessenkongruenz)³⁸⁹² Da „schonende“ Verzichte und Vergleiche über Ersatzansprüche gegen Organmitglieder sich zuerst auf das Eigenkapital (Residualanspruch) der Aktionäre auswirken, werden diese typischerweise kaum Interesse haben, grundlos auf Ersatzansprüche zu verzichten oder sich zu vergleichen. Dies ist der wesentliche Unterschied zum Gründungsstadium. Dort geht es darum, dass die Aktionäre das Gesellschaftsvermögen aufbringen (Kapitalaufbringung), weshalb sie typischerweise sehr wohl ein Interesse haben, sich *selbst* von dieser Verpflichtung (oder daraus resultierenden Ersatzansprüchen) freizusprechen. Dementsprechend sollte die Sperrfrist historisch gerade die damals grassierende Praxis sog „Selbstentlastungen“ durch die Gründer verhüten.³⁸⁹³ Ähnliche Anreize haben die Gründer bei Dispositionen über Ersatzansprüche gegen Organmitglieder (die ebenfalls

3891 *G. Schima*, GesRZ 1991, 185 (185); vgl auch *Runggaldier/Schima*, Rechtsstellung 244.

3892 S dazu schon *ausf* oben S 390 ff.

3893 S dazu oben S 684 ff.

von § 43 AktG erfasst sind). Denn eine Inanspruchnahme der Organmitglieder würde regelmäßig implizieren, dass die Gründer selbst ihre Gründungspflichten verletzt haben.³⁸⁹⁴ Bei Ersatzansprüchen aus § 84 AktG gibt es jedoch keine vergleichbaren Anreize zur Enthftung, weil die Aktionäre nicht wie bei der Gründung selbst operativ tätig werden und dabei von den Organmitgliedern überwacht werden. Aus den genannten Gründen ist ein allgemeines Schutzbedürfnis künftiger Aktionäre bei Dispositionen über Ersatzansprüche daher nicht anzuerkennen.³⁸⁹⁵

Selbst wenn man ein Schutzbedürfnis annähme, wäre ein Schutz jedenfalls nicht mit einer typisierenden Befristungsregelung wie der geltenden Sperrfrist zu erreichen, sondern müsste allenfalls auf ein konkretes Schutzbedürfnis abstellen. Die Befristung des Schutzes und ihre Implikation eines Wegfalls der Gefährdungslage im Zeitverlauf ergeben außerhalb der Gründung schlicht keinen Sinn. Während die Sperrfrist im Gründungsrecht mit der Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch läuft und damit die Dauer des Inverkehrbringens der Aktien abbildet, beginnt die Frist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG mit „*der Entstehung des Anspruchs*“ gem § 84 AktG. Dieser Zeitpunkt könnte deshalb gewählt worden sein, weil die Ersatzansprüche

3894 S dazu schon oben S 708 ff bei Fn 2855 f.

3895 Bei genauerem Hinsehen stellt sich freilich unter dem Aspekt der Wertungskohärenz die Frage, warum zwar eine Aktionärsminorität, aber nicht künftige Aktionäre (und übrigens auch nicht die Gläubiger [s oben Fn 1659]) davor geschützt werden, dass die Aktionärsmehrheit die Organmitglieder, denen sie präsumtiv nahestehen, durch Verzicht und Vergleiche über Ersatzansprüche zulasten der Gesellschaft (und ihrer *stakeholder*) „schonen“. Die Interessenkongruenz *qua* Vermögensbindung allein kann das – zumindest nach der gesetzlichen Implikation – offenbar nicht verhindern, sonst bedürfte es keines besonderen Minderheitenschutzes mehr. Dieser (zusätzliche) Schutz der Minorität lässt sich gegenüber den Gläubigern vielleicht noch dadurch rechtfertigen, dass die Aktionäre mit ihrem Residualanspruch unmittelbarer von Veränderungen des Gesellschaftsvermögens (zB aufgrund Dispositionen über Ersatzansprüche) betroffen sind, dieser Aspekt trifft aber nicht auf künftige Aktionäre zu. Soweit man nicht annimmt (was hier nicht vertieft werden kann), dass künftige Aktionäre ohnehin schon im Wege der Preisbildung durch den Börse- oder Vertragsmechanismus geschützt werden, hat man es zumindest vordergründig mit einem Wertungswiderspruch zu tun. Dies rechtfertigt mE aber (*de lege lata*) noch nicht einen Schutz künftiger Aktionäre in Form der Unwirksamkeit von Gesellschaftsdispositionen (der ohnedies nicht durch den Mechanismus der Sperrfrist sinnvoll erreichbar wäre – s dazu weiter im Fließtext). Einerseits ist es zwar möglich, dass der Gesetzgeber dieses Problem nie im Blick hatte, weil er stets den Idealtypus der Publikums-AG mit einer aktiven Aktionärsminorität vor Augen hatte (vgl auch hierzu schon Fn 1659). Andererseits hat der Gesetzgeber auch personalistische Kapitalgesellschaften und speziell Einpersonengesellschaften zugelassen, ohne den weggefallenen „Minoritätenaktivismus“ und dessen reflexive Schutzwirkung durch einen zusätzlichen Schutz der Gesellschaftsgläubiger (und bei der AG auch künftiger Aktionäre) zu substituieren. Mangels fester Anhaltspunkte muss ein solcher Schutz daher (zumindest *de lege lata*) verneint werden.

auch im Gründungsrecht nach hL³⁸⁹⁶ mit der Eintragung der Gesellschaft entstehen.³⁸⁹⁷ Allerdings geht es im Gründungsrecht bei der Fristimplikation nur um die Entstehung *der Gesellschaft*, mit der eben auch die Ansprüche entstehen. Dass die allgemeine Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG den Fristlauf (mangels Eintragung) nur an die Anspruchsentstehung knüpft, ergibt dagegen unter dem Aspekt eines Schutzes künftiger Aktionäre keinen Sinn. Damit impliziert die Frist nämlich, dass die Aktionärsmehrheit fünf Jahre nach Entstehung des Anspruchs aus der Gesellschaft ausscheidet. Diese Implikation hat jedoch wie gesagt, anders als im Gründungsrecht, wo die Gründer (präsumtiv) ab dem Zeitpunkt der Entstehung der Gesellschaft den mehrheitlichen Abverkauf ihrer Anteile an das Publikum initiieren, keine faktische Entsprechung und ist maW schlicht willkürlich. Im Übrigen führt der Fristbeginn mit der Entstehung des Ersatzanspruchs auch zu paradoxen Implikationen. Im Gegensatz zur Entstehung der Gesellschaft als Anknüpfungspunkt der gründungsrechtlichen Sperrfrist handelt es sich bei der Entstehung von Ansprüchen nämlich nicht um ein singuläres, sondern ein (potenziell) wiederkehrendes Ereignis. Mit *jeder* Schädigung der Gesellschaft wird eine „eigene“ Fünfjahresfrist in Gang gesetzt und jedes Mal aufs Neue impliziert, dass die jeweils bestehende Aktionärsmehrheit fünf Jahre später aus der Gesellschaft ausscheidet. Schädigt der Vorstand die Gesellschaft innerhalb der Fünfjahresfrist aber nur ein weiteres Mal, impliziert die Sperrfrist folglich für dieselbe Aktionärsmehrheit im Hinblick auf ihr Ausscheiden aus der Gesellschaft Widersprüchliches. Daran zeigt sich abermals, dass der Regelungsmechanismus „Sperrfrist“, der einem bestimmten Zeitraum (*tempus clausum*) einen gewissen tatsächlichen Vorgang zugrunde legt, nur bei Anknüpfung an ein einmaliges Ereignis (etwa die Firmenbucheintragung) zu sinnvollen Ergebnissen führen kann.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass für einen allgemeinen Erwerberschutz *qua* Verfügungsverbot außerhalb des Gründungsstadiums kein Bedürfnis besteht. Außerdem funktioniert der Regelungsmechanismus „Sperrfrist“ wegen seiner gründungsspezifischen Implikation ohnehin nur im Gründungsrecht (§ 43 AktG), wo er an ein singuläres Ereignis – die Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch – anknüpft und davon ausgehend die typische Dauer des Inverkehrbringens der Aktienmehrheit repräsentiert.

3896 Vgl statt vieler nur S.-F. Kraus/Spendel in Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 39 Rz 7 bei Fn 33 mwN.

3897 Dass die Gesetzesverfasser (immerhin) die Diktion der gründungsrechtlichen Sperrfrist an die Erfordernisse des allg Haftungsstatbestands angepasst haben, schließt aber nicht aus, dass die Sperrfrist auf dem Irrtum beruht, dies habe schon dem bisherigen Recht entsprochen (s Fn 3710). Offenbar glaubten die Legisten nämlich trotzdem, kein neues Recht zu schaffen – wie die AmltBegr (arg: „*wie nach geltendem Recht*“) und die offensichtlich unterbliebenen Überlegungen zur Fristimplikation verdeutlichen.

v. Zur Verschärfung der Vorstandshaftung

Wie eingangs angesprochen, haben einige Autoren³⁸⁹⁸ aus der Unzulänglichkeit der übrigen Deutungsvarianten den Schluss gezogen, der Gesetzgeber habe mit der Sperrfrist lediglich eine Verschärfung der Vorstandshaftung als Gegengewicht zu dessen (angeblich)³⁸⁹⁹ gesteigerter Macht im Sinn gehabt.³⁹⁰⁰ In der Tat war die Verschärfung der Vorstandshaftung ein zentrales Anliegen der Reformarbeiten im Anschluss an das dHGB 1897, insbesondere der Akademie für Deutsches Recht, die das AktG 1937/1938 ausgearbeitet hat. Wie eingangs erwähnt, wurde schon in den Weimarer Reformen der Vorschlag eines absoluten Verzichts- und Vergleichsverbots diskutiert, allerdings wieder verworfen. Die Reformarbeiten der Akademie für Deutsches Recht waren regelrecht durchzogen vom Bestreben einer Haftungsverschärfung. Den dringenden Anlass dafür sah die Akademie in der Einschränkung der HV-Zuständigkeit, die ihrer Ansicht nach eine Machtkonzentration beim Vorstand zur Folge hatte (mE wie erwähnt fragwürdig). Allerdings finden sich in den Reformarbeiten der Akademie soweit ersichtlich keinerlei Spuren einer Sperrfrist iSd § 84 Abs 4 Satz 3 AktG, vielmehr beschränkte sich das Vorhaben einer Verschärfung der Vorstandshaftung – trotz anfangs (viel) weitergehender Vorschläge³⁹⁰¹ – bis zuletzt auf die Implementierung einer Beweislastumkehr (vgl § 84 Abs 2 AktG).

Dass die Sperrfrist zweifellos die Vorstandshaftung verschärft und dies auch (allgemein) der Absicht des Gesetzgebers von 1937/1938 entsprochen hat, bedeutet aber nicht zwingend, dass der Sperrfrist ein solcher Regelungszweck zugrunde liegt. In den Materialien finden sich wie erwähnt (soweit ersichtlich) keine Anhaltspunkte dafür. Gegen eine solche Regelungsabsicht spricht auch, dass der Gesetzgeber wie erwähnt davon ausging, mit der Sperrfrist lediglich geltendes Recht fortzuschreiben. Dieser Gedanke der Kontinuität schließt eine intendierte Veränderung (Verschärfung) naturgemäß aus. Im Übrigen könnte die Sperrfrist als Einschränkung der Privatautonomie nur durch schützenswerte Interessen gerechtfertigt werden. Auch die Legisten der Weimarer Reform verstanden die Haftungsverschärfung aber nicht als Selbstzweck, denn

3898 S die Nw in Fn 3738.

3899 S krit oben S 819 ff.

3900 Vgl *Brox*, BB 1960, 1226 (1228 lSp), wonach der Gesetzgeber die Haftung der Verwaltungsträger wegen ihrer umfangreicheren Befugnisse zugunsten der Gesellschaft und Aktionäre verschärfen wollte. Ähnlich *Zimmermann* in FS Duden 773 (776 f). Vgl idZ auch das Argument, wonach pflichtvergessene Vorstandsmitglieder sich auch bei Rückendeckung durch einen Groß- oder Alleinaktionär nicht in Sicherheit wähen sollen, weil sie im Fall eines möglichen Kontrollwechsels innerhalb der (in Deutschland) dreijährigen Sperrfrist Jahren einer Inanspruchnahme rechnen müssen (idS etwa *Mertens* in FS Fleck 209 [211]; *Cahn* in KK-AktG⁴ § 93 Rz 183; *Hopt/Roth* in Großkomm AktG⁵ § 93 Rz 518; zust *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 327; *Fleischer*, AG 2015, 133 [138]; s dazu schon oben in Fn 3786).

3901 S dazu oben bei Fn 3704.

das vorgeschlagene Verfügungsverbot stieß, wie eingangs erwähnt, gerade wegen seiner überschießenden Wirkung im Verhältnis zum erforderlichen Minderheitenschutz auf Ablehnung. Die Akademie für Deutsches Recht verstand die Verschärfung der Vorstandshaftung vorrangig als Reaktion auf die (vermeintlich) gesteigerte Macht des Vorstands infolge der Einschränkung der HV-Zuständigkeiten. Als Gegengewicht wurde vor allem die im Gläubigerinteresse indisponible Haftung, dh das Verfolgungsrecht und die korrespondierenden Dispositionsbeschränkungen (§ 84 Abs 5 AktG) ausgeweitet (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG). Die Grenze zog der Gesetzgeber aber wie erwähnt (außerhalb des § 84 Abs 3 AktG) bei grober Fahrlässigkeit, weil eine darüber hinausgehende indisponible Haftung (auch für leicht fahrlässig sorgfaltswidrige Geschäftsführung) die nötige Risikobereitschaft des Vorstands beeinträchtigen würde. Der Widerspruch der Sperrfrist mit dieser (universellen) Wertung spricht dagegen, dass der Gesetzgeber mit der umfassenden Sperrwirkung die Vorstandshaftung (insoweit wie gesagt systemwidrig) verschärfen wollte, sondern zeigt vielmehr, dass die Sperrfrist irrtümlich geschaffen wurde und der Gesetzgeber sich folglich über die Wertungskonformität dieser Regelung keine Gedanken machen konnte.

Zusammenfassend kann die Sperrfrist auch nicht mit einer (gewollten) Verschärfung der Vorstandshaftung begründet werden.

c) Fazit: Kein Normzweck

Die Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG (§ 93 Abs 4 Satz 3 dAktG) wurde seit ihrer Schaffung durch das AktG 1937/1938 mit verschiedenen Regelungszwecken versehen. Da die Sperrfrist ausweislich der AmtlBegr eine irrige Neuschöpfung war, ist dies auch nicht weiter verwunderlich. Wie oben darzulegen versucht wurde, wird die Sperrfrist jedoch keinem vorstellbaren Normzweck reibungslos gerecht. Entweder bestehen bereits feiner abgestimmte Schutzmechanismen (beim Minderheiten- und Gläubigerschutz)³⁹⁰² oder Schutzzweckhypothesen lassen sich nicht mit den bestehenden Wertungen des Aktienrechts in Einklang bringen (beim Übereilungsschutz und Schutz künftiger Aktionäre). Es wäre auch ein erstaunlicher Zufall gewesen, wenn die versehentliche Implementierung einer Vorschrift mit derartigem Wirkungsgrad nicht zu Interferenzen mit anderen Normen und Wertungen geführt hätte. Der Grund für die „Zwecklosigkeit“ der Sperrfrist liegt darin, dass ihr Regelungsmechanismus speziell auf die Verhältnisse bei und nach der Gesellschaftsgründung zugeschnitten ist, wo die Gesellschaft nach ihrer Eintragung präsumtiv noch einige Zeit unter dem Einfluss der Gründer steht, sodass wäh-

3902 IdS auch *Eßwein*, Privatautonome Gestaltung 111, nach dem die dreijährige Sperrfrist bezogen auf die für die Organhaftung relevanten Schutzrichtungen überflüssig sei, weil sie in keine dieser Schutzrichtungen wirke und überdies die bestehenden gesetzlichen Regelungen ausreichen würden.

rend dieser Zeit Dispositionen der Gesellschaft über ihre Ersatzansprüche aus der Gründung zum Schutz des Anlegerpublikums (vor Umgehungen der strengen Gründungsvorschriften) absolut unwirksam sein müssen. Die Prämissen dieses Mechanismus haben bei Dispositionen über Ersatzansprüche gem § 84 AktG jedoch keine faktische Rechtfertigung, weil ein allgemeiner Erwerberschutz wegen der anderen Verhältnisse nach der Gründung nicht nötig ist. Im Übrigen ist die Implikation der Sperrfrist in § 84 Abs 4 Satz 3 AktG auch widersprüchlich, weil diese nicht wie in der Gründung einheitlich mit Eintragung der Gesellschaft, sondern mit der Entstehung des (jeweiligen) Ersatzanspruchs (neu) zu laufen beginnt. Von einer teleologischen „Nachrationalisierung“ der Norm sollte aus den genannten Gründen Abstand genommen werden. Die praktische Unmöglichkeit von Verzichten und Vergleichen infolge des Gleichlaufs mit der Verjährungsfrist (dazu sogleich) ist zweifellos beklagenswert. Dennoch sollte mE konsequenterweise der Schluss gezogen werden, dass die Sperrfrist keinen Normzweck hat (auch wenn das bedeutet, dass eine teleologische Reduktion ausscheidet und die Sperrfrist *ceteris paribus* umfassend anzuwenden ist). Was das für die Handhabung der Sperrfrist *de lege lata* bedeutet, wird auch unten noch näher beleuchtet.³⁹⁰³

3. Erfasste Ansprüche

Die Sperrfrist erfasst nach ihrem Wortlaut und der Systematik alle aus § 84 AktG resultierenden Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen Vorstandsmitglieder.³⁹⁰⁴ Insoweit bereitet ihr Anwendungsbereich keine Schwierigkeiten. Da § 84 AktG als Haftungsgeneralklausel die (Innen-)Haftung für jedwede Pflichtverletzung regelt, stellt sich auch nicht die Frage einer (ggf analogen) Ausdehnung der Sperrfrist (eine solche wäre im Übrigen wegen des fehlenden Schutzzwecks und der festgestellten Systemwidrigkeit der Sperrfrist zu verneinen)³⁹⁰⁵.

4. Erfasste Dispositionen

Wie schon bei der gründungsrechtlichen Sperrfrist gem § 43 AktG (von der die allgemeine Sperrfrist in § 84 Abs 4 Satz 3 AktG immerhin – wenngleich

³⁹⁰³ S unten S 1067 ff.

³⁹⁰⁴ Vgl nur *Strasser* in *Strasser/Jabornegg*, AktG⁵ § 84 Rz 112; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 285 (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 348 [Stand 01.10.2023]); *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 307; *Bastuck*, Enthftung 96.

³⁹⁰⁵ *Quod vero contra rationem iuris receptum est non est producendum ad consequentias* (Aus unsachgerechten Normen dürfen nicht noch weitere Folgerungen abgeleitet werden). Vgl allg *Kramer*, Methodenlehre⁶ 244. Vgl iZm der Verjährungsfrist (dazu noch unten S 1031 ff) auch *Pendl*, Verjährung 110 f; *dens*, RdW 2018, 275 (279); *P. Bydlinski* in KBB⁷ § 6 Rz 3, § 7 Rz 3 (für Ausnahmebestimmungen).

irrtümlich – abstammt) und den übrigen Dispositionsbeschränkungen erläutert, ist die Nennung von Verzichten und Vergleichen nicht taxativ. Dementsprechend wendet die hM³⁹⁰⁶ auch die allgemeine Sperrfrist (ggf analog) auf alle wirkungsgleichen Rechtsgeschäfte an.

Das ist mE abzulehnen, denn eine extensive oder analoge Anwendung der Sperrfrist scheitert schon daran, dass die Sperrfrist – wie oben dargelegt – keinen Normzweck (Schutzzweck) hat; und ohne Normzweck gibt es keine Determinante für die Frage, ob die Sperrfrist restriktiv oder extensiv auszulegen oder gar analog anzuwenden ist. Ohne Normzweck fehlt auch die teleologische Referenz für die Beurteilung der Plangemäßheit des Gesetzeswortlauts und damit für die Feststellung einer Gesetzeslücke als notwendige Voraussetzung eines Analogieschlusses (oder einer teleologischen Reduktion als „Ausnahmenlücke“). Eine extensive oder analoge Anwendung scheidet im Übrigen auch deshalb aus, weil die Sperrfrist systemwidrig ist (insoweit kann auf die Ausführungen oben verwiesen werden). Erkennt man die Sperrfrist nämlich als systemwidrig, ist nicht nur *de lege ferenda* ihre Streichung zu fordern, sondern sie ist bereits *de lege lata* nur so weit anzuwenden, wie es ihr unmittelbarer Anwendungsbereich erfordert, damit Wertungswidersprüche möglichst gering gehalten werden.³⁹⁰⁷ Das schließt eine extensive Auslegung oder gar analoge Anwendung auch in Bezug auf die erfassten Dispositionen aus.³⁹⁰⁸ Insbesondere ist

3906 Statt aller Ch. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 84 Rz 34; G. Schima, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016) Rz 599 mwN; Fleischer in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 93 Rz 287 (nun ders in BeckOGK AktG § 93 Rz 350 [Stand 01.10.2023]); Koch in Koch, AktG¹⁷ § 93 Rz 162 ff; Spindler in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 321 ff; Dendl, Disposition 113; ausf Unmuth, Vergleich und Verzicht 65 ff; differenzierend Eßwein, Privatautonome Gestaltung 89 ff.

3907 S hierzu die Nw in Fn 3905.

3908 IdZ könnte man auch überlegen, ob die Entlastung überhaupt in den Begriffskern von „verzichten“ und „vergleichen“ fällt (vgl zum sog Drei-Bereiche-Modell statt vieler Kramer, Methodenlehre⁶ 68 ff; Engisch, Einführung¹² 159 f; Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie¹² Rz 167). Falls man das verneint, und die Entlastung nur im Begriffshof (dem grammatischen Unschärfbereich) oder überhaupt außerhalb der Wortlautgrenze verortet, wäre die – als systemwidrig erkannte – Sperrfrist auf die Entlastung nicht anzuwenden (restriktive Auslegung bzw unterlassene analoge Anwendung [vgl allg nur P. Bydlinski in KBB⁷ § 6 Rz 3]). Wahrscheinlich fällt die Entlastung aber sogar in den Begriffskern, denn sie hatte vor Schaffung der Sperrfrist immerhin unstr Verzichtswirkung. Auf die dogmatische Einordnung der Entlastung (die schon früher umstr war) käme es dabei wohl nicht an, weil der Verzicht (auch „Entsagung“) nach hA ein Verfügungsgeschäft ist (statt vieler Dullinger in Rummel, ABGB³ § 1444 Rz 1; P. Bydlinski in KBB⁷ § 1444 Rz 3; Heidinger in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 1444 Rz 5 mwN), das (unabhängig vom jew Titelgeschäft) auf den Untergang eines (verzichtbaren) Rechts gerichtet ist (Erlösungsgrund). Auch der historische Gesetzgeber des ADHGB 1884 wollte mit dem Begriffspaar der Verzichte und Vergleiche wohl primär alle denkbaren anspruchsvernichtenden oder -vermindernden Gesellschaftsdispositionen (Verfügungen) erfassen. Ursprünglich verwendete er diese Begriffe nämlich in Art 213d ADHGB 1884

daher, wie schon erwähnt, aus der Sperrfrist nicht zu schließen, dass abstrakte Voraussetzungen über die Vorstandshaftung unzulässig wären (dazu noch unten III.).³⁹⁰⁹ Das gilt mE auch für die deutsche Sperrfrist gem § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG, weil der ihr zugeschriebene Übereilungsschutz angesichts der Möglichkeit einer Haftungsfreistellung *ex ante* durch HV-Beschluss (vgl § 93 Abs 4 Satz 1 dAktG) wertungswidersprüchlich ist (auch insoweit kann auf die Normzwecküberlegungen oben verwiesen werden).

5. Verstoßfolge

Sind der (mE fehlende) Normzweck und die einzelnen Tatbestandselemente der Sperrfrist untersucht, bleibt noch die Rechtsfolge eines Verstoßes zu klären. Dabei stellt sich die Frage, was genau die Anordnung bedeutet, dass die Gesellschaft „erst nach fünf Jahren seit der Entstehung des Anspruchs [...] auf Ersatzansprüche verzichten oder sich darüber vergleichen [kann]“. Anders gewendet: Welche Rechtswirkungen (wenn überhaupt welche) hat ein Verzicht oder Vergleich, den die Gesellschaft bei Einhaltung der übrigen Voraussetzungen (mit HV-Zustimmung und ohne Widerspruch der Minderheit) schon vor Fristablauf vereinbart? Nach öhM³⁹¹⁰ sind vorzeitige Verzicht und Vergleiche (sofern sie nicht einstimmig durch alle Aktionäre beschlossen werden)³⁹¹¹ relativ nichtig, wobei die Nichtigkeit nur von den Minderheitsgesellschaftern und Gläubigern geltend gemacht werden könne; nach hdL³⁹¹² sind Verzicht und Vergleiche dagegen – ausgehend von der in Deutschland vorherrschenden Übereilungsschutzthese – absolut nichtig (näher zum Meinungsstand noch sogleich).

(„Vergleiche oder Verzichtleistungen“; entspr iW § 43 AktG; § 50 dAktG), womit die Praxis der sog „Selbstentlastungen“ erfasst werden sollte. Dabei ging es nicht nur um „Entlastungen“ der Verwaltung, sondern aller haftpflichtigen Personen aus dem Gründungshergang (auch der Gründer selbst). Die hier aufgeworfene Frage kann aber schon deshalb offen bleiben, weil die Sperrfrist nach der hier vertretenen Auffassung wegen des fehlenden Normzwecks Verzichten und Vergleichen (sowie wirkungsgleichen Geschäften) zumindest faktisch ohnehin nicht entgegensteht und im Übrigen aufgrund ihrer Derogation durch konfligierende Dispositionsbeschränkungen (insb § 84 Abs 5 Satz 3 AktG) unanwendbar ist (näher unten S 1014 ff bzw S 1071 ff).

3909 Vgl hier einstweilen nur – iE wie hier – für Deutschland iZm der vertraglichen Vereinbarung von Haftungshöchstgrenzen *Grunewald*, AG 2013, 813 (816), nach der eine analoge Anwendung der Sperrfrist auf Haftungshöchstgrenzen zwar erwägenswert sei, diese Bestimmung allerdings rechtspolitisch allg als verfehlt angesehen werde und daher nicht extensiv verstanden werden solle. Zust (hilfsweise) *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 173.

3910 S sogleich unten bei Fn 3930 mwN; hier einstweilen nur RS0125097; *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/544.

3911 Zu dieser Ausnahme (teleologischen Reduktion) oben bei Fn 3721 mwN.

3912 S noch Fn 3930 aE; hier nur *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 314.

Der Gesetzeswortlaut („*kann*“) macht – wie bei der gründungsrechtlichen Sperrfrist gem § 43 AktG – den Anschein, als normierten alle drei Voraussetzungen des § 84 Abs 4 Satz 3 AktG dieselbe Rechtsfolge. Die Untersuchung des § 43 AktG hat jedoch gezeigt,³⁹¹³ dass der (erst mit dem AktG 1937/1938 geänderte) Wortlaut Ungleiches vermengt. Ein Verstoß gegen die Sperrfrist des § 43 AktG führt nämlich – was auch seit jeher vertreten wurde³⁹¹⁴ – zur Nichtigkeit des verführten Geschäfts, während die fehlende HV-Zustimmung oder der Widerspruch einer Aktionärsminorität die Vertretungsmacht des Vorstands beschränkt. Die Beschränkung der Vertretungsmacht ist für diese beiden Voraussetzungen auch sachgerecht, weil sie die Gesellschaft und Aktionäre schützen sollen.³⁹¹⁵ Dagegen schützt die Sperrfrist des § 43 AktG künftige Aktionäre, dh es geht insoweit um den Schutz Dritter. Nun dient die *allgemeine* Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG zwar – wie oben bereits ausführlich dargelegt – nicht dem Schutz künftiger Aktionäre, weil sie überhaupt keinen Normzweck (Schutzzweck) hat. Daraus folgt aber nicht, dass sie deswegen (ebenfalls) die Vertretungsmacht des Vorstands beschränkt, denn die Sperrfrist dient (mangels Normzwecks) eben auch nicht dem Schutz der Gesellschaft und/oder ihrer Aktionäre. Dann ist mE mangels gegenteiliger Anhaltspunkte aber von dem allgemeinen Grundsatz³⁹¹⁶ auszugehen, dass die Vertretungsbefugnis des Vorstands unbeschränkt ist (§§ 71, 74 AktG).³⁹¹⁷

Wird die Vertretungsbefugnis des Vorstands somit nicht durch die Sperrfrist beschränkt, stellt sich die Frage, ob und ggf inwieweit verführte Dispositionen (un)wirksam sind. Wie schon zur gründungsrechtlichen Sperrfrist ausgeführt, ist ein verbotswidriges Geschäft nach allgM³⁹¹⁸ (nur) nichtig, wenn

3913 S oben S 713 ff.

3914 S oben Fn 2874 f.

3915 S oben S 713 ff.

3916 Dazu statt vieler RIS-Justiz RS0059720; J. Reich-Rohrwig/Pesendorfer in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 71 Rz 11.

3917 Abw (freilich unter der Prämisse eines Übereilungsschutzes) etwa Spindler in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 314, der die Rechtsfolge der Nichtigkeit aus der insoweit fehlenden Vertretungsbefugnis ableitet. Insoweit zust Eckert/Schopper/Madari in Eckert/Schopper, AktG-ON^{1.00} § 84 Rz 58, nach denen die Unwirksamkeit aus einem Vertretungsmangel folgt; Eckert/Madari in Ruhmannseder/Wess, Hdb Corporate Compliance Rz 3.44.

3918 Nach allgM ist ein Rechtsgeschäft nichtig, wenn die Nichtigkeit entweder ausdr angeordnet ist oder der Verbotszweck die Nichtigkeit des Geschäfts verlangt. Vgl allg etwa RS0016454 („*Ein Rechtsgeschäft ist mangels ausdrücklicher Nichtigkeits-sanktion im Verbotsgesetz nur dann nichtig, wenn dies der Zweck des Verbotsgesetzes verlangt.*“). Allg RIS-Justiz RS0016417 („*Die Nichtigkeit eines Vertrages tritt nur in jenem Umfang ein, den der Zweck des Verbotsgesetzes erheischt.*“). Vgl auch RS0016837 („*Ein Rechtsgeschäft ist mangels ausdrücklicher Nichtigkeits-sanktion im Verbotsgesetz nur dann nichtig, wenn dies der Zweck des Verbotsgesetzes verlangt.*“); RS0016840. Aus der Lit allg etwa Gschnitzer in Klang, ABGB IV/1² 167; Welser/Kletečka, Grundriss I¹⁵ Rz 566 mwN; Krejci in Rummel, ABGB⁴ § 879 Rz 21 ff, 509, *passim* mwN; Graf in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.04} § 879 Rz 3

die Nichtigkeit entweder ausdrücklich angeordnet ist oder vom Verbotszweck (Normzweck) verlangt wird. Zuerst stellt sich somit die Frage, ob § 84 Abs 4 Satz 3 AktG eine ausdrückliche Nichtigkeitssanktion enthält, wenn er anordnet, dass die Gesellschaft erst nach fünf Jahren verzichten oder sich vergleichen „*kann*“.³⁹¹⁹ Diese Frage würde in der Lit wohl unterschiedlich beantwortet werden. So sind etwa nach *Krejci*³⁹²⁰ Formulierungen wie „*darf nicht*“ und „*kann nicht*“ keine ausdrückliche Nichtigkeitssanktion und ließen daher keinen zwingenden Schluss auf die Nichtigkeitsfolge zu. Nach *Gschnitzer*³⁹²¹ hingegen bezeugt die Wendung „*kann nicht*“ die Nichtigkeit des Aktes (nicht aber die Verbotenheit). Verneint man eine ausdrückliche Nichtigkeitssanktion in § 84 Abs 4 Satz 3 AktG, die als *lex specialis* einen Rekurs auf § 879 ABGB erübrigen würde, wäre für die Beurteilung der Nichtigkeitsfolge der Verbotszweck entscheidend. Allerdings wurde hier bereits herausgearbeitet, dass die (allgemeine) Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG (die deutsche Parallelregelung ist insoweit auszuklammern) – im Gegensatz zu ihrem gründungsrechtlichen Pendant – *keinen* Normzweck hat; diese Norm wurde irrtümlich geschaffen und lässt sich (deshalb) auch keinem der in der Lit vorgeschlagenen Schutzzweck wertungskonform zuordnen. Ein solcher kann daher (auch bei verneinter expliziter Nichtigkeitsanordnung) nicht die Nichtigkeit verlangen. Demnach dürfte Nichtigkeit nicht angenommen werden und die Anordnung, dass die Gesellschaft erst nach fünf Jahren über Ersatzansprüche verzichten oder sich über sie vergleichen „*kann*“, hätte keinerlei Rechtsfolgen. Die Sperrfrist wäre eine *lex imperfecta*. Verzichte und Vergleiche wären folglich auch vor Fristablauf voll wirksam. Eine solche Regelung hätte der Gesetzgeber wohl kaum bewusst erlassen. Und nach einem allgemeinen Auslegungsgrundsatz soll zwar grundsätzlich (im Zweifel) eine Auslegung vermieden werden, die einer Norm keinen (realen) Anwendungsbereich belässt;³⁹²² dabei handelt es sich aber um eine Zweifelsregel, die auf der Prämisse beruht, dass der Gesetzgeber *typischerweise* keine sinnlosen Normen erlässt.³⁹²³ Diese Annahme

mwN (Stand 01.10.2017); *Bollenberger/P. Bydlinski* in KBB⁷ § 879 Rz 3; *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 879 Rz 3 mwN; *Kolmasch* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB TK⁵ § 879 Rz 3.

3919 Eine ausdrückliche Nichtigkeitssanktion wird etwa angenommen zB bei § 879 Abs 2 ABGB: „*Insbesondere sind folgende Verträge nichtig [...]*“; § 1 Abs 3 KartG: „*Die nach Abs. 1 verbotenen Vereinbarungen und Beschlüsse sind nichtig.*“ Auch § 27 Abs 1 MRG: „*Ungültig und verboten sind [...]*“. Vgl nur *Bollenberger/P. Bydlinski* in KBB⁷ § 879 Rz 3; *Kolmasch* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB TK⁵ § 879 Rz 3.

3920 *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 879 ABGB Rz 25 mwN; vgl für Deutschland zB *Armbrüster* in *MüKo BGB*⁹ § 134 Rz 60 ff.

3921 *Gschnitzer* in *Klang*, ABGB IV/1² 179.

3922 Vgl nur allg *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 444 f, 457 ff; *Kramer*, Methodenlehre⁶ 123 ff; *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 6 ABGB Rz 85 ff mwN.

3923 Vgl nur *Kerschner/Kehrer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ §§ 6, 7 Rz 26 (Fn 126 mwN).

ist als Auslegungshypothese auch durchaus sinnvoll, wenn es keine abweichenden Anhaltspunkte gibt. Lässt sich aber im Einzelfall – wie hier für die Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG – der Nachweis erbringen, dass der Gesetzgeber tatsächlich – zB wie hier irrtümlich – eine objektiv zwecklose Norm geschaffen hat, und lässt sich dadurch die typisierende Prämisse jenes Auslegungsgrundsatzes widerlegen, steht einer entsprechenden Auslegung nichts entgegen. Die Sinnlosigkeit der Norm ist nicht erst das Resultat der Auslegung, sondern schon der Norm selbst immanent. Die (fehlende) Verstoßfolge ist bloß das Ergebnis einer konsequenten Berücksichtigung des (fehlenden) Normzwecks nach der allgM zu § 879 ABGB auf Rechtsfolgenebene.

Gleichwohl sprechen mE ohnehin die besseren Gründe dafür, in dem Wort „*kann*“ des § 84 Abs 4 Satz 3 AktG eine ausdrückliche Nichtigkeitssanktion zu sehen. Dass die Gesellschaft einen Verzicht oder Vergleich nicht abschließen „*kann*“, sagt nämlich – zumindest nach dem Wortlaut (bis zum AktG 1937/1938 sagte § 205 dHGB 1897 nur, dass Verzichte und Vergleiche „unzulässig“ sind) – zweifellos etwas über die Rechtsfolgen eines Verzichts oder Vergleichs aus, der vor Ablauf der Sperrfrist geschlossen wird. Diese Anordnung kann *de lege lata* wohl nicht einfach ignoriert werden. Auch wenn man demgemäß eine ausdrückliche Nichtigkeitssanktion annimmt, darf der Normzweck nicht völlig ausgeblendet werden. Er kann es nämlich zB erfordern, die ausdrückliche Nichtigkeitssanktion teleologisch zu reduzieren.³⁹²⁴ Die Nichtigkeit tritt daher immer nur in dem Umfang ein, in dem es der Normzweck (Verbotszweck) erfordert. Das entspricht insoweit allgemeinen Grundsätzen. Nimmt man demgemäß eine ausdrückliche Nichtigkeitssanktion des § 84 Abs 4 Satz 3 AktG an, würde der (fehlende!) Verbotszweck gleichwohl gegen Nichtigkeit sprechen. Eine solche Korrektur der ausdrücklichen Nichtigkeitssanktion am Maßstab des (abweichenden oder besser: fehlenden) Normzwecks darf aber wohl nicht so weit gehen, dass die Nichtigkeitssanktion ganz unangewendet bleibt und „wegreduziert“ wird.³⁹²⁵ Hat man eine ausdrückliche Nichtigkeitssanktion – und damit die Nichtigkeit „dem Grunde nach“ – bejaht, kann der Normzweck somit nur innerhalb dieses Rahmens den Ausschlag geben.

Bei der näheren Konturierung der Nichtigkeit innerhalb dieses Rahmens wird man vom fehlenden Normzweck allerdings wieder eingeholt. Aus § 84 Abs 4 Satz 3 AktG folgt nämlich (allenfalls), *dass* verfrühte Verzichte und Vergleiche nichtig sind. Daraus folgt indessen nichts für die Frage des *Wie*, dh für die Art und Reichweite der Nichtigkeit (absolute oder relative Nichtigkeit;

3924 Vgl *Krejci in Rummel*, ABGB⁴ § 879 Rz 23.

3925 Eine teleologische Reduktion „auf Null“ – hier freilich auf Rechtsfolgenebene – ist dem Rechtsanwender nach zutr allgM verwehrt (vgl dazu zB *Kramer*, Methodenlehre⁶ 259 ff und noch unten bei Fn 4136 f).

Teil- oder Gesamtnichtigkeit, absolute oder relative Unwirksamkeit³⁹²⁶, heilbare oder unheilbare Nichtigkeit). Diese Fragen können nur durch den Norm- und Verbotszweck beantwortet werden, wobei ausgehend von grundsätzlicher Privatautonomie im Zweifel die weniger oder nicht einschneidende Rechtsfolge anzunehmen ist.³⁹²⁷ Für die erste Unterscheidung heißt das etwa: Schützt eine Verbotsnorm demnach öffentliche Interessen, ist das verbotswidrige Geschäft absolut nichtig, dh die Nichtigkeit ist von Amts wegen wahrzunehmen und kann von jedermann geltend gemacht werden.³⁹²⁸ Soll die übertretene Norm hingegen nur einen Vertragsteil schützen, ist das Geschäft relativ unwirksam, dh nur der durch das Verbot Geschützte kann die Nichtigkeit geltend machen; er kann das Geschäft aber wahlweise auch gegen sich gelten lassen.³⁹²⁹ In diesem Sinne qualifiziert die öHM vorzeitige Verzichte und Vergleiche als nichtig,³⁹³⁰ wobei die Nichtigkeit nur von den (Minderheits-)Aktio-

3926 Vgl iZm der Nichtigkeitsfolge und dem Verbotszweck *Kolmasch* in *Schwimann/Neumayr*, ABGB TK⁵ § 879 Rz 3; allg zur Rechtsfolge der absoluten oder relativen Unwirksamkeit allg näher *Mayer-Maly*, Die relative Unwirksamkeit im österreichischen Recht, in FS Reimer (1976) 67 ff mwN; *Strohal*, Über die relative Unwirksamkeit, in FS zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches (1911) II 474 ff.

3927 S die Nw in Fn 3918; s auch insb *Gschnitzer* in *Klang*, ABGB IV/1² 167, nach dem § 879 ABGB (anders als § 878 ABGB) keinen Hinweis auf die Rechtsfolgen enthalte, weshalb der Spielraum für die Auslegung groß sei. Die völlige Unwirksamkeit des Geschäfts, seine rückwirkende Vernichtung von Amts wegen, die absolute Wirkung gegenüber jedermann, die Unmöglichkeit der Verjährung, das müsse so lange als möglich vermieden werden und sei nur die *ultima ratio*. Die Nichtigkeit dürfe nicht weiter reichen, als sie durch den erkennbaren Zweck der Norm gerechtfertigt erscheint. Dementsprechend versuche man zuerst alle Mittel, um die Ungültigkeit zu vermeiden: Umdeutung und Heilung der Ungültigkeit. Ist sie aber unvermeidlich, lasse man ihre Wirkung nicht weiter reichen als unbedingt notwendig: Nichtigkeit nur eines Teiles, regelmäßige keine Geltendmachung von Amts wegen.

3928 RIS-Justiz RS0016843; aus der Lit statt vieler jew mwN nur *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 879 Rz 46; *Bollenberger/P. Bydlinski* in KBB⁷ § 879 Rz 27.

3929 RIS-Justiz RS0024945; *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 879 Rz 47 mwN; *Bollenberger/P. Bydlinski* in KBB⁷ § 879 Rz 28.

3930 RIS-Justiz RS0125097; OGH 03.06.2009, 7 Ob 248/08h SZ 2009/75; *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 491 mwN; *Strasser* in *Strasser/Jabornegg*, AktG⁵ § 84 Rz 112; *Kalss* in *MüKo AktG⁶ § 93 Rz 455; *dies* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/544; *Schlosser*, Organhaftung 124; *Adensamer/Sternig/Wöss* in *Adensamer/Mitterecker*, Gesellschafterstreit Rz 9/83; weitergehend offenbar *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 84 Rz 31, nach dem der Abschluss einer Generalvereinbarung trotzdem zulässig sei, wenn sie im Interesse der Gesellschaft liege und bei Einhaltung des Verfahrens, insb bis zum Abwarten des Ablaufs der Verbotsfrist, nicht zustande kommen würde. Das dürfte sich zumindest iE mit der hM decken, weil sich die Gesellschaft typischerweise nicht auf die Nichtigkeit einer für sie vorteilhaften Vergleichslösung berufen wird. AA *Eckert/Schopper/Madari* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} § 84 Rz 58, nach denen die Unwirksamkeit aus einem Vertretungsmangel folgt, auf den sich auch das Vor-*

nären und (nach manchen Literaturstimmen³⁹³¹ und einer vereinzelter OGH-E³⁹³²) von den Gesellschaftsgläubigern geltend gemacht werden könne (relative Nichtigkeit).³⁹³³ Dem liegt die (Normzweck-)Prämisse zugrunde, dass die Sperrfrist (nur) die Minderheit und (nach manchen) auch die Gläubiger schützt.³⁹³⁴ Dieser Normzweckannahme entspricht es auch, dass vorzeitige Dispositionen nach öhM nicht durch den Ablauf der Sperrfrist heilen (dazu noch unten).³⁹³⁵ Da nach öhM wie erwähnt nur die Minderheitsaktionäre (und Gläubiger) die Nichtigkeit geltend machen können, sind Verzichte und Vergleiche zumindest *de facto* möglich, sofern und soweit Aktionäre (und Gläubiger) die Nichtigkeit nicht aufgreifen, sondern das Geschäft gegen sich gelten lassen. Diese (einseitige) faktische Verfügungsmöglichkeit verschafft den (vermeintlich) ersatzpflichtigen Vorstandsmitgliedern freilich nicht die nötige Rechtssicherheit, weil sie stets damit rechnen müssen, dass bis zur Verjährung (doch) jemand die Nichtigkeit geltend machen werde.³⁹³⁶ Sie haben erst nach

standsmitglied berufen könne; so auch *Eckert/Madari* in *Ruhmannseder/Wess*, Hdb Corporate Compliance Rz 3.44.

Auch die hdM nimmt Nichtigkeit an (jedoch mit zT abweichendem Meinungsbild zum Normzweck); vgl für Deutschland statt vieler *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 288 (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 351 [Stand 01.10.2023]); *Cahn* in KK-AktG⁴ § 93 Rz 194; *Grigoleit/Tomasic* in *Grigoleit*, AktG² § 93 Rz 134; *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 314, der die Nichtigkeit aus der insoweit fehlenden Vertretungsbefugnis ableitet.

3931 Vgl *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 491; *Kalss* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 455; abl *Eckert/Schopper/Madari* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} § 84 Rz 58, nach denen die Unwirksamkeit aus einem Vertretungsmangel folgt; *Eckert/Madari* in *Ruhmannseder/Wess*, Hdb Corporate Compliance Rz 3.44.

3932 Vgl RIS-Justiz RS0125097; OGH 03.06.2009, 7 Ob 248/08h SZ 2009/75 (s dazu oben Fn 3718).

3933 S die Nw in Fn 3931; vgl zudem (für die Geltendmachung der Nichtigkeit nur durch die Gesellschaft) *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 84 Rz 31; vgl auch *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/544. Für absolute Nichtigkeit offenbar die hdL (s Fn 3930).

3934 Vgl den Meinungsstand zum Normzweck der Sperrfrist und die dort zit Nw oben S 958 ff.

3935 Vgl *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 491 mwN; *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 84 Rz 31; *Schlosser*, Organhaftung 124; *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 314; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 288 (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 351 [Stand 01.10.2023]); *Cahn* in KK-AktG⁴ § 93 Rz 194.

3936 Vgl dazu *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 490, wonach es dem Vorstandsmitglied bleibe, darauf zu vertrauen, dass die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen aufgrund von nachteiligen Wirkungen für die Gesellschaft unterbleibt. Vgl auch *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 84 Rz 31 (wechselseitiges Vertrauen).

Ablauf der Verjährungsfrist Gewissheit über ihre Haftungsverhältnisse – eine Rechtslage, die wie erwähnt nicht dem Willen des Gesetzgebers entspricht³⁹³⁷.

Die öhM ist zwar angesichts des angenommenen Normzwecks in sich durchaus folgerichtig, jedoch trifft diese Prämisse über den Normzweck mE nicht zu. Die Sperrfrist hat nach der hier vertretenen Ansicht nämlich überhaupt keinen Normzweck; insb dient sie nicht dem Minderheiten- oder Gläubigerschutz, weil das Gesetz dafür schon passende(re) Dispositionsbeschränkungen normiert (vgl das Widerspruchsrecht in § 84 Abs 4 Satz 3 AktG bzw § 84 Abs 5 Satz 3 AktG).³⁹³⁸ Ohne Normzweck gibt es auch keine Determinante für die Art und Reichweite der (angenommenen) Nichtigkeit. Konsequenterweise kann es sich dann *weder* um absolute *noch* um relative Nichtigkeit handeln, weil die Sperrfrist eben weder allgemeine noch bestimmte Interessen zu schützen bezweckt. Verfrühte Dispositionen sind (*arguendo*) zwar nichtig (sofern man das wie gesagt überhaupt aus § 84 Abs 4 Satz 3 AktG ableitet), jedoch kann niemand die Nichtigkeit geltend machen.³⁹³⁹ Demnach wäre die Sperrfrist zumindest *de facto* eine *lex imperfecta*. Auch hier gilt das oben Gesagte: Dem Gesetzgeber ist zwar grundsätzlich nicht zu unterstellen, eine derart sinnlose Anordnung zu erlassen, diese typisierende Annahme kann aber im Einzelfall widerlegt werden, wenn der Gesetzgeber – wie bei § 84 Abs 4 Satz 3 AktG – tatsächlich eine sinnlose Norm (irrtümlich) geschaffen hat. Die genannte Verstoßfolge ist dann lediglich das Ergebnis einer konsequenten Berücksichtigung des fehlenden Schutzzwecks auf Rechtsfolgenebene und beruht insofern auf derselben (für sich wie gesagt folgerichtigen) dogmatischen Überlegung wie die öhM, nur eben mit abweichender Normzweckprämisse.

Darüber hinaus stünde ein verfrühter (und damit *arguendo* nichtiger) Verzicht oder Vergleich jedenfalls einer Durchsetzung des Ersatzanspruchs entgegen. Grund dafür ist abermals das Fehlen eines Normzwecks (Verbotszwecks) als Determinante für die Nichtigkeitsfolge. Nach dem Normzweck richtet sich nämlich auch, ob eine verfrühte Disposition (nur) durch Fristablauf wirksam werden, also heilen kann. So wird etwa für die gründungsrechtliche Sperrfrist (§ 43 AktG) zu Recht vertreten, dass vor Fristablauf geschlos-

3937 Aus ebendiesem Grund hat schon der Gesetzgeber des AktG 1937/1938 wie erwähnt (s ausf oben S 819 ff) die im Gläubigerinteresse indisponible Haftung außerhalb des Kapitalschutzes mit (zumindest) grober Fahrlässigkeit begrenzt (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG), denn eine überstrenge Haftung würde den Risikoanreiz der Vorstandsmitglieder hemmen. Die Sperrfrist verstößt wie erwähnt (ua) gegen diese gesetzliche Wertung (dazu schon oben S 1050 ff).

3938 Dazu ausf oben S 963 ff.

3939 Insoweit ist die Rechtslage zB vergleichbar mit der Heilung nichtiger Beschlüsse (§ 200 AktG), bei der die Nichtigkeit (nach einem Teil der Lit) bestehend bleibt, aber nicht mehr geltend gemacht werden kann (vgl dazu oben S 883 ff; hier nur *Hefermehl* in FS Schilling 159 [168 f]; Nw bei *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 270 Fn 1530; nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 331 [Stand 01.10.2023]).

sene Verzichte oder Vergleiche (und wirkungsgleiche Geschäfte) unheilbar nichtig sind, dh nicht durch Fristablauf wirksam werden.³⁹⁴⁰ Das ergibt sich aus dem Normzweck, der im Gründungsrecht auf die Verhinderung von Dispositionen durch die präsumtiv noch befangenen Gründer gerichtet ist (Umgehungsschutz).³⁹⁴¹ Die gründungsrechtliche Sperrfrist soll demnach nicht nur verhindern, dass vorzeitige Dispositionen binnen fünf Jahren ab der Firmenbucheintragung ihre Wirkung entfalten, sondern sie soll verhindern, dass die Gründer, die die Gesellschaft während des Fristlaufs präsumtiv noch kontrolliere, über Ersatzansprüche aus dem Gründungsstadium disponieren. Aus dem bezweckten Ausschluss des Gründereinflusses folgt, dass Dispositionen der Gründer nicht durch bloßen Zeitablauf wirksam werden können, weil der Gesetzgeber eben nicht nur den Zeitablauf, sondern den Gründereinfluss missbilligt (dieser ändert sich durch den Zeitablauf nicht). Dementsprechend muss die nach Fristablauf kontrollierende (präsumtiv unbefangene) Aktionärsmehrheit ggf erneut über die Disposition beschließen. Demgegenüber gibt es bei der allgemeinen Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG – ohne Schutzsubjekt – keine Rechtfertigung für die Annahme, dass Verzichte und Vergleiche, die während des Fristlaufs geschlossen werden, durch Fristablauf nicht wirksam werden könnten, dh ebenfalls unheilbar nichtig wären. Von der allgemeinen Sperrfrist kann ja im Gegensatz zu ihrem gründungsrechtlichen Pendant gerade nicht gesagt werden, dass die während des Fristlaufs kontrollierenden Aktionäre nicht über Ersatzansprüche disponieren können sollen. Dass die Gesellschaft „erst nach fünf Jahren seit der Entstehung des Anspruchs [...] auf Ersatzansprüche verzichten oder sich darüber vergleichen [kann]“, kann deshalb nicht so gelesen werden, dass die Gesellschaft (beherrscht durch neue Aktionäre) nach Fristablauf erneut über Dispositionen beschließen muss. Vielmehr kann § 84 Abs 4 Satz 3 AktG mangels darüber hinausgehender Schutzzweckerfordernisse nur der Normgehalt beigemessen werden, dass Verzichte und Vergleiche eben erst nach fünf Jahren wirksam sein (werden) können. Demgemäß normiert die Sperrfrist „nur“ eine gesetzliche Befristung der Wirksamkeit bestimmter Rechtsgeschäfte. Ein Verzicht oder Vergleich, der schon vor Fristablauf abgeschlossen wird und folglich unter der gesetzlichen Befristung steht, stünde dann aber wohl auch einer Anspruchsdurchsetzung durch die Gesellschaft entgegen, weil er auf Heilung ausgelegt ist und zumindest vorläufige Rechtswirkungen entfaltet.³⁹⁴² Auch bei diesem Ergeb-

3940 S dazu oben S 713 ff.

3941 Dazu oben S 684 ff.

3942 Vgl zu einer solchen Bindungswirkung eines *bedingt* (durch die Zustimmung der HV nach Ablauf der gründungsrechtlichen Sperrfrist) abgeschlossenen Verzichts oder Vergleichs im Gründungsrecht oben S 713 ff. Für eine (gesetzliche) Befristung kann mE wohl nichts anderes gelten. Vgl idZ auch allg *Ehrenzweig*, System I/1⁶ 234, 236, wonach im Fall einer Bedingung zwar noch nicht das Recht, aber bereits eine Anwartschaft bestehe, die nicht vereitelt werden dürfe.

nis handelt es sich (*arguendo*) wieder um nichts anderes als eine konsequente Anwendung der allgemein anerkannten normzweck-orientierten Nichtigkeitslehre.

Zusammenfassend folgt aus dem Fehlen eines Normzwecks (Verbotszwecks) der Sperrfrist, dass Verzichte oder Vergleiche, die vor Fristablauf geschlossen werden, einer Anspruchsdurchsetzung durch die Gesellschaft gleichwohl entgegengehalten werden können. Denn zum einen könnte eine (angenommene) Nichtigkeit mangels Schutzsubjekt von niemandem geltend gemacht werden und zum anderen stünde ein nichtiger, aber mit Fristablauf heilender Verzicht oder Vergleich einer Anspruchsdurchsetzung entgegen. Die Sperrfrist ist somit – qualifiziert man sie als ausdrückliche Nichtigkeitsanktion – zwar nicht *de jure*, wegen des fehlenden Normzwecks aber zumindest *de facto* eine *lex imperfecta*. Verzichte und Vergleiche sind trotz Sperrfrist faktisch möglich (wie übrigens auch – wenngleich unter engeren Voraussetzungen – nach der öhM, die den Normzweck der Sperrfrist im Minderheiten- und zT im Gläubigerschutz sieht).

Dieser Zwischenbefund zur (relativierten) Rechtsfolge der Sperrfrist erübrigt grundsätzlich eine weitere Auseinandersetzung mit ihrer Wertungs- und Systemwidrigkeit, die durch den – bisher angenommenen – faktischen Ausschluss von Verzichten und Vergleichen aufgrund der Kongruenz mit der Verjährungsfrist entsteht. Da Verzichte und Vergleiche nämlich (doch) zumindest *de facto* wirksam sind, führt die Sperrfrist (faktisch) nicht zu den schon angesprochenen Widersprüchen. Gleichwohl soll auf diese Wertungswidersprüche im Folgenden genauer eingegangen werden. Soweit ersichtlich wird nämlich (sonst) nirgends vertreten, dass die Sperrfrist (auch objektiv) keinen Normzweck hat. Ordnet man die Sperrfrist (irgend)einem denkbaren Normzweck zu, entstehen jedoch, wie oben gezeigt, Wertungswidersprüche (weshalb ein Normzweck mE gerade zu verneinen ist). Insoweit dienen die folgenden Ausführungen einerseits der Absicherung der hier vertretenen These einer „Normzwecklosigkeit“ der Sperrfrist, andererseits sollen sie die Auseinandersetzung mit den (übrigen) Positionen und Argumenten des Schrifttums vervollständigen, insb zur Korrektur der Sperrfrist durch teleologische Reduktion. Dazu soll bei den folgenden Ausführungen das oben herausgearbeitete Zwischenergebnis ausgeblendet werden, wonach Dispositionen trotz der Sperrfrist faktisch wirksam sind.

6. Systemwidrigkeit der Sperrfrist und Schlussfolgerungen

Wie schon angesprochen, hat die Sperrfrist wegen ihrer Kongruenz mit der Verjährungsfrist (§ 84 Abs 6 AktG) zur Folge, dass Verzichte und Vergleiche über Ersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder gem § 84 AktG praktisch ausgeschlossen sind. Dient ein Vergleich nicht der Überwindung der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung des ersatzpflichtigen Vorstandsmit-

glieds (§ 84 Abs 4 Satz 4 AktG), so sind Verfügungen (wie im Gründungsrecht gem §§ 43 f AktG) nur möglich, wenn die Verjährung unterbrochen oder gehemmt wird.³⁹⁴³ Der Bereich möglicher Verfügungen ist damit denkbar schmal. Praktisch bedeutet die Sperrfrist daher ein absolutes Verfügungsverbot. Das ist ein Problem, das nicht erst durch die (wie erwähnt irrtümliche) Schaffung der allgemeinen Sperrfrist in § 84 Abs 4 Satz 3 AktG entstanden ist; schon die gründungsrechtliche Sperrfrist (§ 43 AktG) ist mit diesem Problem belastet, seit der Gesetzgeber des HGB 1897 die Frist von drei auf fünf Jahre verlängert hat. Mit § 84 Abs 4 Satz 3 AktG hat der Gesetzgeber des AktG 1937/1938 dieses Problem jedoch verallgemeinert.³⁹⁴⁴

Gleichwohl gibt es einen wesentlichen Unterschied zwischen § 84 AktG und dem Gründungsrecht: Während die gründungsrechtliche Verjährungsfrist (§ 44 AktG) ihren Fristbeginn selbst anordnet, nämlich mit Eintragung der Gesellschaft im Firmenbuch, lässt § 84 Abs 6 AktG ihn offen. Wenig überraschend ist der Beginn der Fünfjahresfrist gem § 84 Abs 6 AktG daher umstritten. Da die hM § 84 Abs 6 AktG als kenntnisabhängige (subjektive) Frist versteht – vor allem weil Dispositionen wegen der Sperrfrist sonst weitgehend unmöglich wären (dazu sogleich) –, verdient die (bislang vorausgesetzte) Fristenkongruenz durchaus eine tiefergehende Auseinandersetzung. Vorauszuschicken ist jedoch, dass die Sperrfrist auch unter der Annahme einer subjektiven Fünfjahresverjährung keineswegs als systemkonform bezeichnet werden könnte. Zwar ermöglicht diese Ansicht den Abschluss wirksamer Verzichte und Vergleiche, und zwar je nach Zeitpunkt des Bekanntwerdens von Schaden und Schädiger mehr oder weniger weitgehend, doch stünde die Sperrfrist – wie oben iZm der Übereilungsschutzthese³⁹⁴⁵ ausgeführt – immer noch in Widerspruch zu der gesetzlichen Wertung, dass Verzichte und Vergleiche nicht nur (irgendwann) möglich, sondern *jederzeit* möglich sein müssen (insb durch jährliche Entlastung), um den Vorstands-

3943 Vgl. U. Torggler in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Organhaftung 35 (47); Schopper/Walch, ÖBA 2013, 418 (421 Fn 27); Dellinger in FS Frotz 187 (203); so bereits Losert/Schiemer/Stadler, AktG (1966) § 84 Anm 17, die jedoch hinsichtlich des Verjährungsbeginns auf § 1489 ABGB verweisen (Anm 22). Soweit damit ein (subjektiver) Fristbeginn ab Bekanntwerden von Schaden und Schädiger gemeint sein sollte, wäre das im Verhältnis zur vorgenannten Aussage unstimmtig. Vgl. auch bereits zu § 205 dHGB 1897 Staub, HGB⁸ (1906) § 241 Anm 9 (S 703): „Doch kann ja die Verjährung unterbrochen sein.“ Vgl. zur Unterbrechung oder Hemmung im vorliegenden Zusammenhang etwa Jud/Grünwald, NZ 1993, 185 (188 f).

3944 Wie zu § 43 AktG dargelegt (s oben insb S 689 ff), ist die Fristenkongruenz das Resultat eines Fehlers der Gesetzesverfasser des dHGB 1897. Sie wollten die Sperrfrist von drei auf fünf Jahre verlängern, um länger dauernden Aktienemissionen Rechnung zu tragen, haben aber wohl den dadurch hergestellten Gleichlauf mit der Verjährungsfrist übersehen. Deshalb ist die Sperrfrist gem § 43 AktG mE berichtigend auf nur zwei Jahre ab Eintragung (*tempus clausum*) anzuwenden (s dazu oben S 722 ff).

3945 S oben S 989 ff.

mitgliedern die gebotene Planungssicherheit zu gewähren (vgl § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG *e contrario*)³⁹⁴⁶.

a) Vorfrage: Beginn der Verjährungsfrist³⁹⁴⁷

i. Meinungsstand

Nach dem einhelligen älteren Schrifttum³⁹⁴⁸ und der Rsp des RG³⁹⁴⁹ begann die Verjährungsfrist des § 241 Abs 5 dHGB 1897 mit der Entstehung des Ersatzanspruchs zu laufen (objektive Frist). Obwohl diese Interpretation seit dem AktG 1937/1938 wegen der gleichlaufenden Sperrfrist die Unmöglichkeit von Verzichten und Vergleichen bedeutet hätte,³⁹⁵⁰ wurde soweit ersichtlich auch § 84 Abs 6 AktG 1937/1938 in der Kommentarliteratur³⁹⁵¹ noch als objektive Frist qualifiziert.

Erst im jüngeren österreichischen Schrifttum setzte sich die Auffassung³⁹⁵² durch, dass die Verjährungsfrist nicht mit der Entstehung des Anspruchs, son-

3946 Dazu insb oben bei Fn 3856.

3947 Ausf dazu *Pendl*, Die Verjährung von Schadenersatzansprüchen gegen Organmitglieder und Abschlussprüfer (2018). Eine Randnotiz hierzu: Dieses Kapitel war in meiner Dissertation bereits enthalten. Im Zeitpunkt der Einreichung war mir aber noch nicht bekannt, dass *Pendl* kurz zuvor eine umfassende und beeindruckende Dissertation zur Frage des Fristbeginns (auch) der Verjährung gem § 84 Abs 6 AktG vorgelegt hatte (die Dissertation *Pendl*s wurde erst einige Monate nach der Einreichung meiner Arbeit veröffentlicht). Den Hinweis darauf verdanke ich Univ.-Prof. Dr. *Ulrich Torggler*. Der Vollständigkeit halber und weil ich mich in meinen Überlegungen bestätigt fühle, habe ich mich entschlossen, dieses Kapitel (das eine maßgebende Vorfrage der gewählten Forschungsfrage betrifft) auch in der nun veröffentlichten Fassung meiner Dissertation beizubehalten. Für die Veröffentlichung habe ich es noch einmal überarbeitet und im Einzelnen jew auf *Pendl* verwiesen.

3948 Vgl *Staub*, HGB I⁸ (1906) § 241 Anm 19 (S 821); *Lehmann/Ring*, HGB II² (1913) § 241 Anm 11 (S 126); *Koenige*, HGB² (1929) § 241 Anm 4 (S 442); *Pinner* in *Staub*, HGB II¹⁴ (1933) § 241 Anm 19 (S 361).

3949 RG 24.04.1897, Rep I 444/96 RGZ 39, 48 (49); zuvor schon RG 22.03.1892, Rep. III. 294/91 RGZ 29, 26 (28); 11.12.1913, Rep II 505/13 RGZ 83, 354.

3950 Ausdr etwa *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 84 Anm 17 (S 311): „In der Regel wird dann der Anspruch bereits nach Abs. 6 verjährt sein“.

3951 Vgl *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 84 Anm 19 (S 312 f); *Teichmann/Koehler*, AktG² (1939) § 84 Anm 6 (S 194); *Weipert* in *Gadow et al*, AktG (1939) § 84 Anm 58 (S 337); *Ritter*, AktG² (1939) § 84 Anm 10 (S 283); *Baumbach*, AktG³ (1939) § 84 Anm 8 (S 175); *Schilling* in *Großkomm AktG²* (1961) § 84 Anm 58 (S 564 f).

3952 Vgl *Schiemer*, AktG² § 84 Anm 23.2; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 84 Rz 170; *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 496; *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 84 Rz 39; *Kalss* in *MüKo AktG⁶* § 93 Rz 457; *dies* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/545; *Krejci* in *GedS Helm* 775 (775 f); *Artmann/Rüffler*, GesR² Rz 628; *Duursma/Roth* in *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Hdb GesR Rz 3948; *Felzl* in *Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 9/136 ff; *G. Schima*, GesRZ 1991, 185 (190 ff); *Runggaldier*/

dern (erst) mit dem Bekanntwerden³⁹⁵³ von Schaden und Schädiger zu laufen beginnt (subjektive Frist)³⁹⁵⁴. Auch der OGH teilt diese Ansicht in stRsp³⁹⁵⁵. Sie wird damit begründet, dass die Fünfjahresfrist des § 84 Abs 6 AktG nur die subjektive Dreijahresfrist des (subsidiär anwendbaren) § 1489 ABGB verdrängt, die objektive dreißigjährige (nach manchen vierzigjährige)³⁹⁵⁶ Frist

Schima, Rechtsstellung 244 f; *Kalss/Linder*, Minderheits- und Einzelrechte von Aktionären 69; *Jud/Grünwald*, NZ 1993, 185 (187); *Dellinger* in FS Frotz 187 (204); *Schlosser*, Organhaftung 126 ff; *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 165 (193 ff); *Eckert/Linder*, *ecolex* 2005, 449 ff; *Schopper/Kapsch*, *ecolex* 2007, 41 ff; *Stölzle*, *GesRZ* 1979, 22 (25 f); *Kletečka/Kronthaler* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Hdb Vorstand Kap 44 Rz 30 ff; *Haarmann* in FS Hügel 93 (110); *Durstberger*, Anm zu OGH 01.09.2015, 6 Ob 3/15g, *GesRZ* 2016, 47 (61); *Arlt* in *Bergmann/Kalss*, Rechtsformwahl Rz 14/72.

3953 Der Gesetzeswortlaut („bekannt geworden“; vgl auch §§ 226, 933 Abs 3 Satz 2 [dazu *S.-F. Kraus/Spendel*, *ecolex* 2022, 266 ff]; 1395 Satz 2 ABGB) deutet zwar darauf hin, dass es auf die tatsächliche (subjektive) Kenntnis des Geschädigten ankomme. Tatsächlich genügt nach (wohl zutr) hM bereits die bloße (objektive) Erkennbarkeit von Schaden und Schädiger (wobei die Lit begrifflich nicht immer differenziert), sodass den Geschädigten eine Erkundigungsobliegenheit trifft (statt vieler RIS-Justiz RS0034327; RS0034374; RS0034686; RS0034603 [T 2, T 7, T 9]; *Dehn* in KBB⁷ § 1489 Rz 3; *Vollmaier* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 1489 Rz 12 ff; idS wohl schon *Zeiller*, *Commentar IV* [1813] 250: „bekannt seyn konnte (§. 1478)“; vgl iZm der Organhaftung *Krejci* in *GedS Helm* 775 ff). Dadurch ändert sich freilich nichts im Hinblick auf den Beginn der Sperrfrist. Denn unabhängig davon, ob die Verjährungsfrist (§ 84 Abs 6 AktG; § 25 Abs 6 GmbHG) nun mit Kenntnis oder schon mit Erkennbarkeit beginnt, liegt ihr Beginn typischerweise nach der Entstehung der Ersatzansprüche und damit nach dem Beginn der Sperrfrist. Deshalb hätte die Gesellschaft (*arguendo*) in jedem Fall Raum für Verzichte und Vergleiche, weil die Sperr- und Verjährungsfrist auseinanderfallen (können). In jedem Fall bedarf die Dreijahresfrist auch einer (absoluten) Höchstfrist (vgl § 1489 Satz 2 ABGB), weil – trotz gewisser Objektivierung – (auch) der Eintritt der Umstände, die Schaden und Schädiger erkennbar machen, nicht vorhersehbar sind. Damit wird der Fristbeginn der Dreijahresfrist gem § 1489 Satz 1 ABGB in keinem Fall den (teleologischen) Anforderungen der Gegenansicht gerecht, nach der die Verjährungsfrist schon (objektiv) mit dem Entstehen des Ersatzanspruchs beginnt (s weiter im Fließtext).

3954 Beginnt die Dreijahresfrist gem § 1489 Satz 1 AktG nicht mit tatsächlicher Kenntnis, sondern mit bloßer Erkennbarkeit des Schadens und Schädigers (s vorige Fn), ist der Fristbeginn freilich zumindest objektiviert (vgl zB *Vollmaier* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 1489 Rz 13). Die dreißigjährige Höchstfrist des § 1489 Satz 2 ABGB sollte daher vielleicht besser eine (objektive und va) „absolute“ Frist genannt werden. Der Einfachheit halber wird in der Folge gleichwohl das Begriffspaar „subjektiv-objektiv“ beibehalten (vgl idS allg auch *Vollmaier* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 1478 Rz 44).

3955 OGH 03.07.1975, 2 Ob 356/74 SZ 48/79; OGH 31.05.1977, 5 Ob 306/76; 10.01.1978, 3 Ob 536/77 *GesRZ* 1978, 36; 14.07.1994, 8 Ob 629/93 HS 25.110; 01.09.2015, 6 Ob 3/15g *GesRZ* 2016, 47 (61 zust *Durstberger*); vgl auch RIS-Justiz RS0034439; RS0034715.

3956 § 1485 iVm § 1472 ABGB. Vgl hierzu nur *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 357 mwN (Stand 01.09.2022); *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit 218 mwN; krit *Pendl*, Verjährung 80 ff.

gem § 1489 Satz 2 ABGB oder § 1478 ABGB jedoch unberührt lasse.³⁹⁵⁷ Der Gesetzgeber habe mit § 84 Abs 6 AktG keinen abschließenden Verjährungstatbestand geschaffen.³⁹⁵⁸ Ein weiteres, zentrales (systematisch-logisches) Argument der hM lautet, dass die Sperrfrist bei Annahme eines objektiven Verjährungsbeginns ins Leere ginge, weil Verzichte und Vergleiche erst möglich wären, wenn die Ansprüche schon verjährt sind.³⁹⁵⁹ Der OGH³⁹⁶⁰ und die wohl noch hL³⁹⁶¹ qualifizieren (interessanterweise) auch die GmbH-rechtliche

3957 Indessen qualifiziert der OGH (wie Teile der Lit) die fünfjährige Verjährungsfrist für die (Fahrlässigkeits-)Haftung des Abschlussprüfers (§ 275 Abs 5 UGB: „Die Ansprüche aus diesen Vorschriften verjähren in fünf Jahren.“) als objektive Frist, die also (schon) mit der Entstehung des Anspruchs beginnt (vgl hier nur RS0119141 [T1] und die dort genannten E; referierend zB *Gelter in Aschauer/Bertl/Fröhlich/Mandl*, Handbuch zum Rechnungslegungsrecht [23. Lfg, 2020] Rz 105 ff mwN). Als Begründung wird ua (wie auch bei der Organhaftung; s dazu noch unten) auf den Zweck des Rechtsfriedens hingewiesen, der einen objektiven Fristlauf voraussetzt (vgl referierend und mwN nur *Rünzler/U. Torggler*, Tempora mutantur et praescriptiones mutantur in illis – Zur Verjährung der Abschlussprüferhaftung, in FS Steckel [2017] 291 [296 ff]).

3958 Schlosser, Organhaftung 129.

3959 So etwa *G. Schima*, GesRZ 1991, 185 (191); *Runggaldier/Schima*, Rechtsstellung 245; *Jud/Grünwald*, NZ 1993, 185 (188); *Eckert/Linder*, ecolex 2005, 449 (450); *dies in Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/545 Fn 1910 aE; *Schlosser*, Organhaftung 128; zust wohl *Eypeltauer*, DRdA 2007, 484 (487); abl *U. Torggler in Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (47); *Pendl*, Verjährung 105 ff.

3960 OGH 27.09.2006, 9 Ob A 148/05p wbl 2007, 141 = ecolex 2007, 41 (zust *Schopper/Kapsch*) = DRdA 2007, 484 (abl *Eypeltauer*) im Anschluss an *Eckert/Linder*, ecolex 2005, 449 ff; vgl auch RIS-Justiz RS0121358; RS0034715; so schon OGH 03.07.1975, 2 Ob 356/74; SZ 48/79.

3961 *Eckert/Linder*, ecolex 2005, 449 ff; *Schopper/Kapsch*, ecolex 2007, 41 (42); *J. Reich-Rohrwig in Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 356 (Stand 01.09.2022); *F. Hörlsberger in FAH*, GmbHG § 25 Rz 20; *Arlt in Bergmann/Kalss*, Rechtsformwahl Rz 14/69; für eine subjektive Frist bereits *Kornfeld/Scheu*, GmbHG (1906) § 25 Anm III (S 42) unter Berufung auf § 1489 ABGB. Zu dieser Ansicht zu zählen sind auch jene Autoren, die § 25 Abs 6 GmbHG zwar als objektive Frist verstehen, aber zusätzlich beide Fristen des § 1489 ABGB anwenden, wenn diese später ablaufen, um eine Privilegierung der Geschäftsführer zu vermeiden: Vgl *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 23; *Gellis/Feil*, GmbHG⁷ § 25 Rz 30; *Ch. Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 4/242. Hierzu nur eine Notiz vorab: Wie sich unten noch zeigen wird ist die kritisierte Privilegierung der Organmitglieder gegenüber der allg Verjährung gerade das zentrale Ziel der fünfjährigen Sonderverjährung. Außerdem wollen die genannten Autoren auf Ersatzansprüche gem § 24 GmbHG die Sonderverjährung gem § 24 Abs 4 GmbHG anwenden. Auch hier müsste dann aber konsequenterweise kritisiert werden, dass es keinen Grund für eine Privilegierung des Geschäftsführers gibt. Schließlich wird an der hM (subjektive Fünfjahresfrist) kritisiert, dass sie zu einer beträchtlichen Verlängerung der Verjährung gegenüber dem ABGB führe, ohne dass dafür ein sachlicher Grund erkennbar wäre (zB *Koppensteiner/Rüffler* aaO). Das trifft in den ersten fünf Jahre nach Entstehung des Anspruchs aber auch auf die Kombination mit § 1489 ABGB zu, wofür ebenfalls kein sachlicher Grund erkennbar ist.

Verjährungsfrist (§ 25 Abs 6 GmbHG) als subjektive Frist, obwohl das GmbHG keine Sperrfrist kennt.³⁹⁶²

Die Gegenansicht³⁹⁶³, nach der § 84 Abs 6 AktG eine objektive Frist statuiert, ist heute in der Minderheit. Vertreter³⁹⁶⁴ dieser Ansicht argumentieren, dass der Normzweck ausweislich der historischen Entwicklung auf Rechtsfrieden gerichtet sei und dieser Regelungszweck einen subjektiven Fristlauf ausschließe. Außerdem weisen sie auf die wertungsmäßige Ähnlichkeit des § 84 Abs 6 AktG mit den § 79 Abs 3 AktG und § 24 Abs 4 GmbHG hin, die jeweils eine objektive Verjährung (Entstehen des Anspruchs) anordnen. Die methodologischen Begründungen dieser Position variieren: Während manche eine Analogie zu sonderprivatrechtlichen objektiven Fristen

AA und für eine objektive Frist aber monographisch und sehr ausf. *Pendl*, Verjährung 25 ff, 60 f, 100 f, 169 f und *passim*; *Rünzler*, Verjährung 217 ff; *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit 218 ff; zuvor schon *Walter Doralt*, ÖBA 2005, 260 (263); *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 35 mwN; *U. Torggler*, GesRZ 2013, 38 (44): Analogie zu § 113 Abs 3 UGB; *Schopper/Walch*, ÖBA 2013, 418 (420 ff) mit Hinweis auf § 24 Abs 4 GmbHG; *Artmann/Rüffler*, GesR² Rz 969; *Rauter*, Anm zu OGH 6 Ob 112/22x, GesRZ 2023, 195; für eine (zumindest grundsätzlich) objektive Frist jetzt auch (anders noch in der Voraufll [Rz 135]) *Fehl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 135, jedoch für eine subjektive Frist bei vorsätzlicher Schädigung; so auch *Told/Warto* in *Harrer/Neumayr/Told*, Organhaftung 3 (151 ff). Vgl bereits *J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 139; *ders*, GmbH-Recht I² Rz 2/423; so auch schon *Skerlj*, GmbHG² (1909) § 25 Anm 12 (S 35); *Hachenburg*, GmbHG⁵ (1927) § 43 Anm 21 (S 100).

3962 Insoweit zutr. *Eypeltauer*, DRdA 2007, 484 (486 f), der jedoch in der möglichen Anwendbarkeit des DHG auf den GmbH-Geschäftsführer eine Rechtfertigung für die Verschiedenbehandlung zum Aktienrecht sieht („kann [...] kein Zweifel mehr bestehen“). Diese Erklärung ist mE nicht nachvollziehbar. Warum sollte der GmbH-Geschäftsführer bei gleicher Interessenlage nur deshalb verjährungsrechtlich bevorzugt werden, weil er (*arguendo*) auch schadenersatzrechtlich durch die Anwendung des DHG bessergestellt ist? Die kurze fünfjährige Verjährungsfrist sollte gerade ein Gegengewicht für die besondere Strenge der Organverantwortlichkeit sein (s dazu noch unten). Daher wäre es wertungswidersprüchlich, die (angenommene) Schädigerfreundlichkeit der Verjährung (wegen einer objektiven Frist) mit der milderen Haftung (aufgrund des DHG) zu erklären. Das Fehlen einer Sperrfrist nicht berücksichtigend *Reis*, RdW 2007, 652 (652), demzufolge der OGH das GmbH- und Aktienrecht „zutreffend angeglichen“ habe, zumal es sich bei § 84 Abs 6 AktG nach Rsp und hL um eine subjektive Frist handle.

3963 Ausf. *Pendl*, Verjährung 25 ff, 60 f, 100 f, 169 f und *passim*; so schon *Kastner*, GesRZ 1975, 106 (106 f); *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II³ (1978) 268; *Walter Doralt*, ÖBA 2005, 260 (263); *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (47); *ders*, GesRZ 2013, 43 (44); *E. Artmann*, GesRZ 2013, 55 (56); s auch (insb zum Stiftungsvorstand) *Eder/C. Gruber/R. Rastegar*, PSR 2019, 132 (135 ff); *Told/Warto* in *Harrer/Neumayr/Told*, Organhaftung 3 (151 f); s auch *Schamberger*, Anmerkung zu OGH 8 Ob 123/22d, GesRZ 2023, 130 (132).

3964 Sehr ausf. *Pendl*, Verjährung 25 ff; *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (47); s auch die (insoweit ebenfalls einschlägigen) Nw zu § 25 Abs 6 GmbHG in Fn 3961.

(§ 113 Abs 3 UGB³⁹⁶⁵, § 24 Abs 4 GmbHG³⁹⁶⁶) befürworten, tritt (soweit ersichtlich nur) *Pendl*³⁹⁶⁷ für die subsidiäre Anwendung des § 1478 ABGB (objektive Dreißigjahresfrist) ein und gelangt damit zum entgegengesetzten Ergebnis wie die hM (die für die Frage des Fristbeginns die allgemeine subjektive Dreijahresfrist subsidiär anwendet).

Das deutsche Schrifttum³⁹⁶⁸ ist sich indes (mittlerweile)³⁹⁶⁹ weitgehend einig, dass die Verjährungsfrist des § 93 Abs 6 dAktG (§ 43 Abs 4 dGmbHG) gem § 200 BGB³⁹⁷⁰ ab Entstehung des Anspruchs läuft. Zwar hat das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz 2001³⁹⁷¹ mit § 195 iVm § 199 Abs 1 BGB eine kenntnisabhängige (subjektive) dreijährige Regelverjährung eingeführt (§ 195, § 199 Abs 1 BGB). Mit dem Gesetz zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz³⁹⁷² 2004 stellte der deutsche Gesetzgeber aber klar, dass die organhaftungsrechtliche Fünfjahresfrist eine „Privilegierung“³⁹⁷³ der Organmitglieder gegenüber den bürgerlich-rechtlichen (objektiven) Höchstfristen von zehn bzw dreißig Jahren (§ 199 Abs 2 bis 4 BGB) bedeutet.³⁹⁷⁴ Die Begründung geht dahin, dass die Organmitglieder, die sich insb für unternehmerische Entscheidungen verantworten müssen, nach objektiven Kriterien Gewissheit darüber haben sollen, ab wann ihnen für ein bestimmtes Verhalten keine Inanspruchnahme mehr droht.³⁹⁷⁵ Damit hat er eine Rechtsansicht festgeschrieben, die früher schon das RG judiziert hat-

3965 Vgl *U. Torggler*, GesRZ 2013, 38 (44); *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 35.

3966 *Schopper/Walch*, ÖBA 2013, 418 (420 ff).

3967 *Pendl*, Verjährung 101.

3968 *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 177; *Spindler* in *MüKo AktG*⁶ § 93 Rz 355 mwN; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 303 (nun *ders* in *BeckOGK AktG* § 93 Rz 367 [Stand 01.10.2023]); *ders*, AG 2014, 457 (460); *Baums*, ZHR 174 (2010) 593 (600); so schon *v Godin/Wilhelmi*, AktG³ (1967) § 93 Anm 31 (S 472 f). Aus österreichischer Sicht referierend *Pendl*, Verjährung 11 ff; *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit 224 f; s zum GmbH-Recht statt vieler nur *Fleischer* in *MüKo GmbHG*⁴ § 43 Rz 398 ff.

3969 Nach der Reform kam es kurzzeitig zu Irritationen, weil einige Literaturstimmen für die Bestimmung des Fristbeginns der gesellschaftsrechtlichen Sonderverjährung auf § 199 Abs 1 BGB (nF) zurückgriffen und auf dieser Basis einen subjektiven Fristbeginn befürworteten (referierend *Fleischer*, AG 2014, 457 [460] mwN; *ders* in *BeckOGK AktG* § 93 Rz 367 [Stand 01.10.2023]).

3970 § 200 BGB: „Die Verjährungsfrist von Ansprüchen, die nicht der regelmäßigen Verjährungsfrist unterliegen, beginnt mit der Entstehung des Anspruchs, soweit nicht ein anderer Verjährungsbeginn bestimmt ist. § 199 Abs. 5 findet entsprechende Anwendung.“

3971 dBGBI I S 3138.

3972 dBGBI I S 3214.

3973 BT-Drucks 15/3653 12.

3974 Vgl weiterführend *Fleischer*, AG 2014, 458 ff mwN; *dens* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 302 (nun *ders* in *BeckOGK AktG* § 93 Rz 365 [Stand 01.10.2023]).

3975 Vgl BT-Drucks 15/3653 12; s noch unten in Fn 4030.

te.³⁹⁷⁶ Demgemäß wendet die hM auf die gesellschaftsrechtlichen Fünfjahresfristen nicht § 199 Abs 1 BGB (der nur für die Regelverjährung gilt), sondern § 200 BGB an und gelangt so im Einklang mit dem Gesetzgeberwillen zu einem objektiven Fristbeginn. Freilich ist der Konflikt zwischen Sperr- und Verjährungsfrist in Deutschland von vornherein weniger prekär, weil der Gesetzgeber bereits mit dem dAktG 1965 die Sperrfrist des § 93 Abs 4 Satz 3 AktG (wie jene des Gründungsrechts gem § 50 dAktG) wieder auf drei Jahre verkürzt hat. Die AmtlBegr³⁹⁷⁷ nennt als Regelungszweck, dass Verzichte und Vergleiche nicht unmöglich gemacht werden sollen.

ii. Systematisch-logische Überlegungen

Da eine Regelung über den Fristbeginn gerade fehlt, liegt für die Auslegung die Systematik des Gesetzes, etwa vergleichbare Regelungen, am nächsten. Einige Autoren sehen allerdings gerade im Fehlen einer ausdrücklichen Anordnung einen Anhaltspunkt für den Fristbeginn:

1) *Kein Rückschluss aus dem Fehlen einer Anordnung des Fristbeginns*

So argumentierten *Hämmerle/Wünsch*³⁹⁷⁸, dass der Gesetzgeber, wenn er eine subjektive Frist vorschreibt, auch eine objektive Frist festsetze (wie in § 1489 ABGB drei bzw dreißig Jahre). Ist hingegen nur *eine* Verjährungsfrist angegeben, könne es sich wohl aus Gründen der Rechtssicherheit nur um eine objektive Frist handeln.³⁹⁷⁹ Richtig ist, dass die Rechtssicherheit eine objektive Frist als Rahmen für eine subjektive erfordert (vgl § 1489 ABGB), nach deren Ablauf Ansprüche keinesfalls mehr durchgesetzt werden können. Das heißt aber nicht zwingend, dass § 84 Abs 6 AktG eine solche objektive Frist ist. Denn das genannte Argument übersieht die Möglichkeit, eine objektive Verjährungsfrist zusätzlich subsidiär oder analog anzuwenden.³⁹⁸⁰ Dass § 84 Abs 6 AktG nur *eine* Frist vorsieht, spricht also noch nicht zwingend für eine objektive Frist.

Auch die Argumentation von *Eypeltauer*³⁹⁸¹ (zum insoweit identischen GmbH-Recht) beruht auf dem Fehlen einer gesetzlichen Anordnung: Das GmbHG sehe im Zusammenhang mit anderen Verjährungsfristen ausdrücklich einen bestimmten Zeitpunkt als Fristbeginn vor (§ 10 Abs 5, § 24 Abs 4,

3976 S noch unten Fn 4029. Vgl auch *Pendl*, Verjährung 11.

3977 AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 132: „Die Frist von fünf Jahren ist zu lang, weil regelmäßig nach Ablauf von fünf Jahren der Ersatzanspruch der Gesellschaft bereits verjährt sein wird, so daß ein Verzicht oder Vergleich nicht mehr in Betracht kommt.“

3978 *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II³ (1978) 268.

3979 Zur Haftung des Abschlussprüfers tendenziell wohl auch *Walter Doralt*, ÖBA 2005, 260 (263), der Zweifel an einem „selektiven Rückgriff“ auf § 1489 ABGB äußert.

3980 Ähnlich *Jud/Grünwald*, NZ 1993, 185 (187 f).

3981 *Eypeltauer*, DRdA 2007, 484 (487).

§ 26 Abs 2 GmbHG), bei § 25 Abs 6 GmbHG aber gerade nicht.³⁹⁸² Für den Gesetzgeber sei es ein Leichtes gewesen, auch für die Verjährungsfrist des § 25 Abs 6 GmbHG einen konkreten Fristbeginn, nämlich iSd § 1489 ABGB das Bekanntwerden von Schaden und Schädiger, festzulegen. Die Nichtfestlegung eines solchen Fristbeginns spreche für das systematische Interpretationsergebnis, dass es sich um eine objektive Frist handelt. In der Tat wäre es für den Gesetzgeber ein Leichtes gewesen, eine subjektive Frist anzuordnen; es wäre aber auch ein Leichtes gewesen, eine objektive Frist anzuordnen. Dass der Gesetzgeber auch keine objektive Frist angeordnet hat, müsste dann nach dieser Argumentation für eine subjektive Frist sprechen. Für welche Art von Fristbeginn das Fehlen eines ausdrücklichen Fristbeginns (scheinbar) spricht, hängt allein davon ab, welche (andere) Verjährungsfrist man als Referenzpunkt in den Blick nimmt – und das ist eben beliebig. Das referierte Argument übersieht mW, dass sich § 25 Abs 6 GmbHG durch das Fehlen eines Fristbeginns nicht nur von § 1489 ABGB, sondern gerade auch von den genannten Verjährungsregeln des GmbHG unterscheidet. Der Rekurs auf die bloße *Möglichkeit* des Gesetzgebers, eine (irgendeine) Anordnung zu treffen, führt nicht weiter, weil es eben nicht nur *eine* Regelungsmöglichkeit gibt. Dass der Gesetzgeber gerade im GmbHG (also im selben Gesetz!) an anderer Stelle sehr wohl den Fristbeginn (objektiv) ausdrücklich geregelt hat, und in § 25 GmbHG nicht, indiziert mE entgegen *Eypeltauer* sogar eher den Umkehrschluss als einen Analogieschluss.³⁹⁸³ Abschließend lässt sich das rein systematisch-logisch aber eben gar nicht beurteilen, weshalb zusätzlich eine teleologische Betrachtung erforderlich ist.

2) Vergleich mit § 79 Abs 3 AktG (§ 24 Abs 4 GmbHG)

Betrachtet man die genannten Verjährungsbestimmungen und ihr Verhältnis zur Haftungsgeneralklausel (§ 25 GmbHG) näher, so zeigt sich aber, dass jene Bestimmungen eher für einen *objektiven* Fristbeginn (auch) des § 25 Abs 6 GmbHG sprechen (das gilt auch für § 84 Abs 6 AktG). *Schopper/Walch*³⁹⁸⁴ haben sich für eine objektive Verjährung etwa auf § 24 Abs 4 GmbHG gestützt (vgl auch § 79 Abs 3 AktG). Diese Bestimmung ordnet für Ersatzansprüche aus der Verletzung des Wettbewerbsverbots explizit an, dass die (ebenfalls) fünfjährige Verjährungsfrist mit der Entstehung des Anspruchs beginnt. Wie die genannten Autoren³⁹⁸⁵ und *Walch* betonen, ist das Wettbe-

3982 Vgl auch *J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht 139; *ders*, GmbH-Recht I² Rz 2/423, wonach sich der objektive Fristbeginn aus einer systematischen Interpretation ergebe (mit Hinweis auf § 10 Abs 5; § 24 Abs 4; § 26 Abs 2 GmbHG). Zust *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 23; *Feltl/Told* in *Gruber/Harrer*, GmbHG² § 25 Rz 135.

3983 Vgl auch die Nw in Fn 3982.

3984 *Schopper/Walch*, ÖBA 2013, 418 (420 f).

3985 Vgl *Schopper/Walch*, ÖBA 2013, 418 (420) und die dortigen Nw; *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit 222 f.

werbsverbot bloß eine Konkretisierung der allgemeinen Treuepflicht und § 24 GmbHG somit *lex specialis* zu § 25 GmbHG (der auch die Treuepflicht erfasst). Folglich wäre es wertungswidersprüchlich, wenn Ersatzansprüche gem § 24 GmbHG objektiv verjähren, aber Ersatzansprüche wegen anderer Treuepflichtverletzungen erst subjektiv (ab Bekanntwerden von Schaden und Schädiger).³⁹⁸⁶ Gleiches gilt auch für das Verhältnis von § 79 Abs 3 AktG und § 84 Abs 6 AktG.

Das Verhältnis von § 24 GmbHG zu § 25 GmbHG ist allerdings nur ein Indiz. Denn jeder Schluss von einem Teil (Spezialtatbestand) auf das Gesamte (Generalatbestand) ist ein induktiver Schluss und damit nicht zwingend. Das gilt genau betrachtet auch für die angesprochenen übrigen Treuepflichtverletzungen. Denn die objektive Verjährung des § 24 Abs 4 GmbHG könnte etwa auf einer Wertung beruhen, die speziell auf das Wettbewerbsverbot zugeschnitten ist (wenngleich das mit Blick auf die anderen objektiven Fristen unwahrscheinlich ist). In jedem Fall kommt man nicht umhin, nach dem *telos* hinter der objektiven Fünfjahresfrist zu fragen,³⁹⁸⁷ denn nur dann lässt sich abschließend beurteilen, ob die Haftung gem § 25 GmbHG jener gem § 24 GmbHG (im Hinblick auf diese Wertung) ähnlich ist. Darauf wird gleich noch näher einzugehen sein.

3) *Kein Rückschluss aus der Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG*

Eines der zentralen³⁹⁸⁸ Argumente der hM stützt sich wie erwähnt nicht auf das Fehlen einer Anordnung oder andere Verjährungsregeln, sondern auf die Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG: Die Annahme einer objektiven Verjährung hätte zur Folge, dass Verzichte und Vergleiche praktisch ausgeschlossen sind.³⁹⁸⁹ Auf den ersten Blick besticht dieses Argument. Ginge man nämlich von einer objektiven Verjährung aus, wäre § 84 Abs 4 Satz 3 AktG in der Tat weitgehend sinnentleert. Verfügungen über Naturalobligationen sind weder praktisch bedeutsam noch regelungsbedürftig.³⁹⁹⁰ Ein Ergebnis, das vom Gesetzgeber nicht gewollt sein kann. Folglich müsste man dem Gesetzgeber unter der Annahme einer objektiven Verjährungsfrist – so das Argument – einen legistischen Fehler unterstellen.³⁹⁹¹ Da solches nach den Regeln der Ge-

3986 Vgl. *Schopper/Walch*, ÖBA 2013, 418 (421); *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit 222; vorsichtiger *Pendl*, Verjährung 97 f; aA *Eckert/Linder*, *ecolex* 2005, 449 (450).

3987 So dann auch *Schopper/Walch*, ÖBA 2013, 418 (421 f).

3988 Referierend auch *Pendl*, Verjährung 104 f (eine der Begründungen für den subjektiven Verjährungsbeginn).

3989 S die Nw oben in Fn 3959. Abl. *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (47); *Pendl*, Verjährung 105 ff.

3990 So *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (47); ebenso *Pendl*, Verjährung 105; *ders*, RdW 2018, 275 (275).

3991 *G. Schima*, GesRZ 1991, 185 (191).

setzesinterpretation aber nicht angenommen werden dürfe³⁹⁹², sei jene Auslegung vorzuziehen, die ein sinnvolles Nebeneinander von Gesetzesbestimmungen ermöglicht. Ein solches Ergebnis werde durch das Verständnis der Verjährungsfrist als subjektive Frist erzielt. Formal handelt es sich dabei um eine *reductio ad absurdum*. Damit soll nicht die These (subjektive Frist) bewiesen, sondern ihr Gegenteil (objektive Frist) widerlegt (*ad absurdum* geführt) werden, indem daraus ein erkennbarer Widerspruch abgeleitet wird. Dieser Widerspruch ist hier die praktische Unmöglichkeit von Verfügungen, weil dem Gesetzgeber wie gesagt nicht zugesonnen werden könne, Verzichte und Vergleiche praktisch unmöglich zu machen.

Allerdings ist daran zu erinnern, dass die Sperrfrist ausweislich der AmtlBegr das Produkt eines gesetzgeberischen Irrtums ist. Der Gesetzgeber konnte sich daher keine Gedanken über die Kompatibilität der Sperr- und Verjährungsfrist machen (was auch das Schweigen der AmtlBegr erklärt).³⁹⁹³ Daher lässt sich aus der Existenz der Sperrfrist nicht ableiten, dass der (jüngere) Gesetzgeber der Verjährungsfrist einen subjektiven Fristbeginn zugrunde gelegt hätte (und deshalb die Sperrfrist für systemkonform halten durfte). Ebenso gut ist es möglich, dass die Verjährungsfrist von Anfang³⁹⁹⁴ an kenntnisunabhängig (objektiv) sein sollte, und das Fristenproblem schlicht eine Folge der „Irrtümlichkeit“ der Sperrfrist ist. Das oben referierte Argument greift daher zu kurz. Ein gesetzgeberischer Fehler wird nicht erst durch die Annahme eines objektiven Verjährungsbeginns unterstellt, sondern ergibt sich schon deutlich (und unabhängig vom Fristenproblem) aus der AmtlBegr zum AktG 1937/1938. Mit anderen Worten wird die (Anti-)These eines objektiven Verjährungsbeginns nicht durch die daraus folgende Indisponibilität *ad absurdum* geführt, weil die „Absurdität“ der Sperrfrist ohnehin schon unabhängig von dieser Konsequenz besteht. Als Befürworter einer objektiven Frist verstößt man somit auch nicht gegen den anerkannten Auslegungsgrundsatz, dass sich im Zweifel eine Auslegung verbietet, die eine Bestimmung funktionslos werden lässt, weil es unwahrscheinlich ist, dass der Gesetzgeber unanwendbare oder sonst zwecklose Be-

3992 Ähnlich argumentierend *Eckert/Linder*, *ecolex* 2005, 449 (450), wonach dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden dürfe, wirkungslose und daher überflüssige Regelungen schaffen zu wollen.

3993 Überzeugend *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, *Organhaftung* 35 (47) mit dem Hinweis, dass bei der Schaffung der Sperrfrist „*offensichtlich der Überblick fehlte*“, weshalb sich Rückschlüsse auf die Verjährungsregelung des Abs 6, insb der Schluss auf eine subjektive Frist, verbieten, zumal ein derartiger Schluss nach dem Wortlaut der Parallelregelungen der §§ 43, 44 AktG von vornherein ausgeschlossen sei und va auch dem auf Rechtsfrieden gerichteten Zweck der gesellschaftsrechtlichen Verjährungsverkürzung zuwiderlaufen würde. Vgl auch *Pendl*, *Verjährung* 110 f.

3994 Die fünfjährige Verjährungsfrist wurde bereits durch die deutsche Aktienrechtsreform von 1884 erstmals gesetzlich niedergeschrieben. Hingegen fand die (allg) Sperrfrist erst mit dem AktG 1937/1938 Eingang in das Gesetz.

stimmungen erlässt.³⁹⁹⁵ Diese Auslegungsprämisse ist nämlich eine Zweifelsregel, die eine typisierende Annahme über das gesetzgeberische Normsetzungsverhalten trifft; diese Annahme kann jedoch im Einzelfall widerlegt werden.³⁹⁹⁶ Da diese Voraussetzung im vorliegenden Fall erfüllt ist, kann dem Gesetzgeber (ausnahmsweise) eben schon zugesonnen werden, eine systemwidrige Norm geschaffen zu haben.³⁹⁹⁷ Dass Verzichte und Vergleiche praktisch unmöglich wären, ist daher für sich genommen kein Argument gegen einen objektiven Fristbeginn.

Ist somit die Antithese einer objektiven Frist nicht widerlegt, gibt es (*ceteris paribus*) auch keine Anhaltspunkte für die Richtigkeit der These einer subjektiven Frist. Vielmehr lässt sich auch über die subjektive Frist sagen, was Vertreter der hM einem objektiven Fristbeginn vorwerfen. Denn auch unter der Annahme eines subjektiven Fristbeginns kann wohl kaum von einem sinnvollen Nebeneinander der Sperr- und Verjährungsfrist gesprochen werden.³⁹⁹⁸ Der Raum für wirksame Verzichte und Vergleiche ist auch unter der Annahme einer subjektiven Verjährungsfrist schmal. Jenen schon angesprochenen Normen, die eine (sofortige) Verzichts- und Vergleichsmöglichkeit voraussetzen (insb die Dispositionsbeschränkungen),³⁹⁹⁹ wird dadurch ebenso wenig Rechnung getragen wie durch ein gänzlich Verfügnungsverbot. Die misslichen Konsequenzen einer objektiven Verjährung drohen allerdings den Blick dafür zu verstellen, dass auch die Annahme einer subjektiven Frist zu einem Ergebnis führt, das der Gesetzgeber wohl kaum hätte anordnen wollen. Richtig betrachtet müsste man dem Gesetzgeber also wohl nicht nur bei Annahme einer objektiven, sondern auch einer subjektiven Frist einen legistischen Fehler unterstellen. Die *reductio ad absurdum* lässt sich also auch mit guten Gründen umdrehen. Demnach wäre sowohl These als auch die Antithese unrichtig. Die naheliegende Auflösung dieses scheinbaren Dilemmas liegt darin, dass die Sperrfrist eben nachweislich auf einem legistischen Fehler beruht, an dessen Auswirkungen die unterschiedlichen Ansichten über den Verjährungsbeginn nur wenig zu ändern vermögen. Dass sowohl eine objektive als auch (etwas weniger) subjektive Verjährungsfrist zu einem unsachgemäßen Zustand führt, liegt maW nicht am Verjährungsbeginn, sondern an der Sperrfrist selbst. Insgesamt lässt sich aus der Sperrfrist nicht auf den Verjährungsbeginn rück-

3995 S oben bei Fn 3992; vgl allg F. Bydliński, Methodenlehre² 444 f, 457 ff; Kramer, Methodenlehre⁶ 123 ff; Kodek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 6 ABGB Rz 85 ff; vgl auch Potacs, Rechtsatheorie² 167, 189 ff, 193 ff; RIS-RS0008845 (T3); s auch RS0010053 (T1).

3996 Vgl idZ zB Kerschner/Kehrer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ §§ 6, 7 Rz 26 (Fn 126 mwN).

3997 Darauf zutr hinweisend Pendl, RdW 2018, 275 (279).

3998 Vgl aber G. Schima, GesRZ 1991, 185 (191); im Anschluss an diesen Jud/Grünwald, NZ 1993, 185 (188), wonach die Möglichkeit der HV-Zustimmung infolge der Verschiebung der Verjährungsfrist einen „sinnvollen Anwendungsbereich“ erhalte.

3999 S zu diesen Normen noch näher unten S 1050 ff.

schließen, weder in die eine noch in die andere Richtung.⁴⁰⁰⁰ Der Beginn der Verjährungsfrist muss daher isoliert von der Sperrfrist beurteilt werden.⁴⁰⁰¹ Dazu ist es zweckmäßig, in der historischen Entwicklung der Fünfjahresverjährung nach Hinweisen zu suchen.

iii. Entstehungsgeschichte und Normzweck

Die Spurensuche (die sich auf die wesentlichen Entwicklungslinien beschränkt)⁴⁰⁰² führt einmal mehr zur deutschen Aktienrechtsreform von 1884, mit dem die fünfjährige Sonderverjährung erstmals festgeschrieben wurde. Schon in den Vorarbeiten zur Reform hatte das ROHG in seinem Gutachten aus dem Jahr 1877

4000 Zutr *Pendl*, Verjährung 110 f; *ders*, RdW 2018, 275 (279), der dem referierten Argument mit § 84 Abs 4 Satz 3 AktG den Paulianischen Auslegungsgrundsatz entgegenhält, wonach aus einer wertungsmäßig unvernünftigen Norm nicht noch weitere Folgerungen abgeleitet werden sollen (*Quod vero contra rationem iuris receptum est non est producendum ad consequentias*; allg *Kramer*, Methodenlehre⁶ 244).

4001 Der Versuch einer Harmonisierung der Sperr- mit der Verjährungsfrist *kann* im Übrigen zu gar keinem anderen Ergebnis als der Annahme einer subjektiven Verjährung führen. Denn der Beginn der Sperrfrist ist methodologisch unverrückbar mit der „Entstehung des Anspruchs“ festgelegt; anders im Gründungsrecht, wo auch der Beginn der Verjährungsfrist (objektiv) mit der Firmenbucheintragung festgelegt ist (§ 44 AktG), weshalb aus der Sperrfrist gem § 43 AktG nicht abgeleitet werden kann (und auch nicht wird), dass die Verjährung subjektiv ist (darauf hinweisend *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 [47]; *Pendl*, Verjährung 106). Schon deshalb müsste eigentlich besonders sorgfältig begründet werden, weshalb die Frist des § 84 Abs 6 AktG gerade subjektiv sein soll. Die Annahme einer subjektiven Verjährungsfrist hat freilich den „Vorteil“, dass sie Verzichte und Vergleiche in einem (zumindest größeren) Bereich ermöglicht. Wenigstens zum Teil dürfte darin auch die Motivation für die Annahme eines subjektiven Fristbeginns liegen. Aus ebendiesem Grund hat immerhin der deutsche Gesetzgeber von 1965 die Sperrfristen auf drei Jahre reduziert. In dieser Intervention des deutschen Gesetzgebers sehen *Jud/Grünwald* (NZ 1993, 185 [188]) ein Argument für den subjektiven Fristbeginn: Es sei nämlich nicht sinnvoll, eine Bestimmung in einer Weise (nämlich als objektive Frist) auszulegen, deren anerkannte Unzulänglichkeit in Deutschland gerade zu einer Änderung der einschlägigen Rechtsvorschriften geführt habe. Das mag rechtspolitisch richtig sein, das Argument berücksichtigt indes nicht, dass das Tätigwerden des deutschen Gesetzgebers gerade erforderlich geworden ist, weil sich die Unmöglichkeit von Verzichten und Vergleichen (zumindest nach Ansicht des deutschen Gesetzgebers) *de lege lata* nicht „beheben“ lässt (die hL ging damals von einer objektiven Frist aus). Demgemäß indiziert die Gesetzesänderung in Deutschland vielmehr ganz (im Gegenteil), dass *jene* Rechtslage, die in Deutschland das Einschreiten des Gesetzgebers erforderte, nicht durch den (österr) Rechtsanwender *de lege lata* erreicht werden kann. Vgl idZ ähnlich krit *Pendl*, Verjährung 107.

4002 Vgl ausf zur historischen Entwicklung *Pendl*, Verjährung 25 ff mwN; für Deutschland *Sturm*, Die Verjährung von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegen Leitungsorganmitglieder gemäß §§ 93 Abs. 6 AktG, 43 Abs. 4 GmbHG, 34 Abs. 6 GenG (2005) 47 ff; *Fleischer*, AG 2014, 457 ff. Darauf hinweisend zB *Verse* in *Scholz*, GmbHG¹² § 43 Rz 11.

eine fünfjährige Verjährungsfrist für alle Ansprüche gegen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder empfohlen.⁴⁰⁰³ Sie sollte mit der Einreichung des Generalversammlungsbeschlusses über die Billigung der Jahresbilanz zum Handelsregister beginnen. Eine Begründung enthält das Gutachten nicht.⁴⁰⁰⁴ Das Reichsjustizamt übernahm den Vorschlag jedoch nicht in den Gesetzesentwurf.

Etwas später wiederholte *Heinrich Wiener*, vormals Richter und später Senatspräsident beim RG, in seinem einflussreichen Reformentwurf den Vorschlag einer Fünfjahresverjährung⁴⁰⁰⁵. Dieser bezog sich zum einen auf die Haftung der Gründer und der übrigen aus der Gründung ersatzpflichtigen Personen gem Art 213a ff ADHGB⁴⁰⁰⁶, darunter auch Organmitglieder (Art 213c). Zum anderen bezog er sich auf die allgemeine Haftung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder gem Art 241⁴⁰⁰⁷ bzw Art 226⁴⁰⁰⁸.⁴⁰⁰⁹ Die Vorschläge *Wieners* enthielten auch Regelungen für den Fristbeginn: Die Verjährung von Ansprüchen aus der Gründung (Art 213d) sollte „mit dem Zeitpunkte der Eintragung des Gesellschaftsvertrages in das Handelsregister“⁴⁰¹⁰ beginnen; jene der Ansprüche gem Art 241 und 226 ADHGB „mit dem Ablauf des Geschäftsjahres, in welchem der Schaden oder in den Fällen des Absatz 2 die gesetzwidrige Handlung eingetreten ist“⁴⁰¹¹. Die kurze fünfjährige Verjährungsfrist sollte nach *Wiener* dem Umstand Rechnung tragen, dass die Beweisführung mit voranschreitender Zeit immer schwieriger wird. Der Gesetzesentwurf regle nämlich nicht, bis wann die Gesellschaft ihre Ansprüche geltend machen muss, weshalb es bei der allgemeinen Verjährungsfrist bleibe. Diese erschien *Wiener* jedoch „viel zu lang.“⁴⁰¹² Die strenge Verantwortlichkeit der Gründer und Gesellschaftsorgane gem Art 213a ff sei „nur erträglich, wenn die Ansprüche auf Grund derselben in einer verhältnismäßigen kurzen Frist erlöschen.“⁴⁰¹³ Denn die ersatzpflichtigen Gründer könnten sich „nicht für ungemessene Zeit ihre Verteidigungsweise [sic] aufbewahren.“⁴⁰¹⁴ Auch für die Organmitgliedshaftung gem Art 226 und Art 241 empfahl *Wiener*, „ins-

4003 Gutachten ROHG, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 250.

4004 So auch *Pendl*, Verjährung 34.

4005 *Wiener*, Der Aktiengesetz-Entwurf, Betrachtungen und Vorschläge (1884).

4006 *Wiener*, Entwurf 55, 65.

4007 Vgl *Wiener*, Entwurf 107.

4008 Vgl *Wiener*, Entwurf 101 ff.

4009 *Fleischer*, AG 2014, 457 (458).

4010 Vgl den Änderungsvorschlag zu Art 213d bei *Wiener*, Entwurf 65.

4011 Vgl den Änderungsvorschlag zu Art 226 bei *Wiener*, Entwurf 105.

4012 Vgl *Wiener*, Entwurf 55.

4013 *Wiener*, Entwurf 55.

4014 *Wiener*, Entwurf 55.

besondere wegen der den Gesellschaftsorganen obliegenden Beweispflicht, für alle diese Ersatzansprüche eine kürzere Verjährungsfrist festzusetzen.^{4015, 4016}

Diese Anregungen fanden bei der vom Reichstag eingesetzten Abgeordnetenkommission Anklang. Sie schlug nämlich dem Plenum eine fünfjährige Verjährungsfrist vor, „um nicht die verantwortlichen Personen *in zu langer Schwebe vor der Besorgniß einer Verfolgung zu lassen.*“⁴⁰¹⁷ Aber nicht alle Vorschläge *Wieners* wurden umgesetzt. Während die Kommission für die Gründungsverantwortlichkeit sowohl die Fünfjahresfrist als auch den Fristbeginn übernahm (Art 213e ADHGB 1884⁴⁰¹⁸; vgl § 44 AktG idGF; § 10 Abs 5 GmbHG),⁴⁰¹⁹ übernahm sie bei Art 226 und Art 241 nur die (fünfjährige) Fristlänge, aber nicht den Vorschlag zum Fristbeginn. Diesen ließ die Kommission jedoch, wie der Kommissionsbericht dokumentiert, ganz bewusst offen:

*„Die Kommission hat in 2. Lesung auch hier wie in Artikel 213dd und zu Artikel 241 eine Bestimmung hinzugefügt, inhalts welcher die Ansprüche in fünf Jahren verjähren. Der Beginn des Laufes der Verjährung ist hier nach dem bürgerlichen Recht zu bestimmen.“*⁴⁰²⁰

4015 *Wiener*, Entwurf 101 f. Die kürzere Verjährungsfrist sei nicht nur bei der Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern erforderlich, der eine Entlastung nicht entgegenstehen sollte, sondern auch bei jener gegenüber der Gesellschaft. Denn die jährliche Entlastung könne angefochten werden, wodurch Ersatzansprüche wieder aufleben würden. Deshalb rechtfertige sich auch hier eine zeitliche Beschränkung.

4016 Noch weiter ging der Entwurf des Kölner Rechtsanwalts *Robert Esser* (Der Entwurf eines Gesetzes betreffend die Commanditgesellschaften auf Actien und die Actiengesellschaften unter besonderer Berücksichtigung der vom Deutschen Handelstage dazu gestellten Fragen [1884] 43). *Esser* schlug die Rückgängigmachung der Beweislastumkehr und eine Verkürzung der Verjährungsfrist auf drei Jahre vor. Referierend *Fleischer*, AG 2014, 457 (458).

4017 Kommissionsbericht ADHGB 1884, in Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 5. Legislaturperiode, IV. Session 1884, 4. Band, Anlage 128 S 1009 (1015); Hervorhebung durch den Verf. Ebenda heißt es auch: „[...] während man von der in einer Kritik über den Entwurf vorgeschlagenen Unterscheidung rücksichtlich des Beginnes der Verjährung aus praktischen Gründen glaubte Abstand nehmen zu können.“ Mit der Kritik über den Entwurf war wohl die Schrift *Wieners* gemeint. Vgl aus dem Schrifttum etwa *Lehmann/Ring*, HGB II² (1913) § 206 (S 58).

4018 Art 213e ADHGB 1884: „Die Ansprüche der Gesellschaft gegen die in Gemäßheit der Artikel 213a bis 213c verpflichteten Personen verjähren in fünf Jahren seit Eintragung des Gesellschaftsvertrages in das Handelsregister.“

4019 Die geltenden Bestimmungen sprechen nicht mehr von der Eintragung des „Gesellschaftsvertrages“, sondern von der „Gesellschaft.“

4020 Kommissionsbericht ADHGB 1884, in Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 5. Legislaturperiode, IV. Session 1884, 4. Band, Anlage 128 S 1009 (1020); Hervorhebung durch den Verf. Vgl auch Kommissionsbericht S 1015 des Kommissionsberichts zur gründungsrechtlichen Verjährung: „[...] während von der in einer Kritik über den Entwurf vorgeschlagenen Unterscheidung rücksichtlich des Beginnes der Verjährung aus praktischen Gründen glaubte Abstand nehmen zu können.“

Diese Reformvorschläge von *Wiener* und der Reichstagskommission sind im historischen Kontext zu sehen: Vor Inkrafttreten des BGB im Jahr 1900 gab es keine einheitliche Kodifikation des bürgerlichen Rechts im deutschsprachigen Raum. Vielmehr galt noch Partikularrecht. Sowohl *Wiener* als auch die Kommission hatten daher eine lange, dreißigjährige objektive Regelverjährung als Referenz vor Augen.⁴⁰²¹ Diese befanden sie wie erwähnt für zu lang und ersetzten sie durch die kurze Fünfjahresfrist, um den Organmitgliedern als Ausgleich für die strenge Haftung (insb die Beweislastverteilung) vergleichsweise rasch Rechtssicherheit zu gewähren.⁴⁰²² Der Kommissionsbericht schweigt zwar zum *telos* der Fünfjahresfrist, man kann aber wohl davon ausgehen, dass die Kommission auch die Wertungsüberlegungen von *Wiener* (Ausgleich für die strenge Haftung, insb wegen der Beweislastumkehr) übernommen hat (arg: „um nicht die verantwortlichen Personen in zu langer Schwebe zu lassen.“⁴⁰²³).⁴⁰²⁴ Zugleich sollte die Fünfjahresverjährung die partikularrechtlichen Verjährungsbestimmungen vereinheitlichen.⁴⁰²⁵ Der historische Regelungskontext erklärt auch die Nicht-Regelung

4021 Vgl ausf zur damaligen zivilrechtlichen Verjährung mwN *Pendl*, Verjährung 27 f; *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit 220; vgl auch *Gebhard* in *Schubert*, Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (1981) 29 (zit nach *Fleischer*, AG 2014, 457 [457 Fn 6]): „Gemeinrechtlich verjähren Ansprüche der Regel nach in 30 Jahren (I. 3 Cod. De praescr. 7, 39). Ebenso nach dem österr. G.B. (§§ 1479, 1486), dem preuß. A.L.R. (I. 9 §. 546) [...]“. Vgl auch *Baums*, ZHR 174 (2010) 593 (598).

4022 Vgl auch *Pendl*, Verjährung 59 f.

4023 Kommissionsbericht ADHGB 1884, in Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 5. Legislaturperiode, IV. Session 1884, 4. Band, Anlage 128 S 1009 (1015).

4024 So wohl auch *Schubert* in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 1 (19); s Fn 4025. Gegen diese Deutung spricht entgegen dem möglichen Eindruck nicht, dass die Kommission die im zweiten Entwurf aus 1884 noch enthaltene Beweislastumkehr nach vehementer Kritik der Regierungsvertreter wieder strich, während sie die Fünfjahresfrist (die *Wiener* insb mit der Beweislastumkehr gerechtfertigt hatte) beibehielt. Denn der Kommissionsbericht stellt klar: „Man habe den Satz [sc die Beweislastumkehr] als eine Warnung hinstellen wollen, und er entspreche, richtig verstanden, dem geltenden Recht.“ (Kommissionsbericht ADHGB 1884, in Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 5. Legislaturperiode, IV. Session 1884, 4. Band, Anlage 128 S 1009 [1020]).

4025 Vgl *Schubert* in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 1 (19): „Die vorgeschlagenen kurzen Verjährungsfristen sollten insbesondere das partikulare Recht vereinheitlichen und gleichzeitig die Verantwortlichkeit der Beteiligten zeitlich beschränken.“ So auch *Pendl*, Verjährung 59 f, der die Regelungszwecke konzis zusammenfasst mit Verkürzung, Rechtssicherheit und Vereinheitlichung. Der Vereinheitlichungsgedanke lässt sich mE auch aus dem Kommissionsbericht herauslesen (in Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 5. Legislaturperiode, IV. Session 1884, 4. Band, Anlage 128 S 1009 [1015]), wonach mit der Fünfjahresverjährung des Art 213e ADHGB 1884 „eine völlige Uebereinstimmung des Rechts nicht erreicht werde, weil die die Verjährung beherrschenden allgemeinen Grund-

des Fristbeginnes durch die Reichstagskommission. Denn diese hatte wie gesagt eine zivilrechtliche objektive Regelverjährung vor Augen; deren Fristbeginn sollte offenbar subsidiär anwendbar sein und die (bewusste) „Lücke“ der Sonderverjährung auffüllen.⁴⁰²⁶

iv. Schlussfolgerung: Der Normzweck erfordert eine objektive Verjährung

Der soeben referierte gesetzgeberische Wille ist zwar vergleichsweise alt, die damals geschaffene Fünfjahresverjährung wurde aber bis in das geltende Recht (kommentarlos) rezipiert, was (weiterhin) für die Beachtlichkeit der damaligen Wertungsüberlegungen spricht.⁴⁰²⁷ Der Regelungszweck lässt daher ein Urteil über den Fristbeginn des § 84 Abs 6 AktG (§ 25 Abs 6 GmbHG) zu. So haben Befürworter⁴⁰²⁸ einer objektiven Frist wiederholt darauf hin-

sätze z.B. diejenigen über die Unterbrechung und das Ruhen der Verjährung partikularrechtlich verschieden seien.“ Im Übrigen – so könnte man schließen – wird eine Vereinheitlichung des partikularrechtlichen Verjährungsregimes aber erreicht. Vgl zur Bedeutung der Beweislast für die Verjährung und deren Regelungsanliegen eines Schutzes des vermeintlichen Schuldners *Baums*, ZHR 174 (2010) 593 (606 ff). Vgl aus dem zeitgenössischen Schrifttum *Simon*, ZHR 30 (1884) 445 (461): „*Gemeinsame Verjährungsgrundsätze sind nicht aufgestellt, dürften aber jedenfalls erforderlich sein, theils um die Verschiedenheit der partikularrechtlichen Normen auszugleichen, theils weil es vielfach zweifelhaft erscheinen kann, ob eine kontraktliche oder außerkontraktliche Schadensersatzpflicht vorliegt.*“

4026 Vgl idZ RG 24.04.1897, Rep I 444/96 RGZ 39, 48 (50), wonach aus dem Kommissionsbericht hervorgehe, dass absichtlich davon abgesehen worden sei, eine Bestimmung über den Beginn des Laufes der Verjährung zu treffen, weil diese Bestimmung dem bürgerlichen Recht entnommen werden sollte.

4027 *Pendl*, Verjährung 60. Vgl auch die dortige ausf Darstellung der weiteren Entwicklung vom ADHGB 1884 bis ins geltende GmbH- und Aktienrecht auf S 41 ff.

4028 *Pendl*, Verjährung 60 und *passim*; *Rünzler*, Verjährung 217 ff; *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit 219 f; *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (47); *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 35; *Schopper/Walch*, ÖBA 2013, 418 (422) zu § 25 Abs 6 GmbHG: „*Nur eine kenntnisunabhängige Frist wird dem Zweck des § 25 Abs 6 GmbHG und den besonderen gesellschaftsrechtlichen Wertungen gerecht.*“ Zu § 25 Abs 6 GmbHG *Walter Doralt*, ÖBA 2005, 260 (263), wonach die Absicht, die Zeiträume der Unklarheit für die potenziell verpflichteten Entscheidungsträger möglichst kurz zu halten, eher für einen objektiven Fristlauf spricht. Ebenfalls zu § 25 Abs 6 GmbHG *Eypeltauer*, DRdA 2007, 484 (487 f), der jedoch § 84 Abs 6 AktG wegen der Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG als subjektive Frist qualifiziert (aaO 486 f) und außerdem sowohl den Rechtsfrieden als Verjährungszweck als auch dessen Überwiegen gegenüber der Erkennbarkeit durch die geschädigte Gesellschaft ohne weitere Nachweise (für einen entspr gesetzgeberischen Willen) annimmt. Vgl für Deutschland auch *Sturm*, GmbHR 2003, 573 (575 und *passim*); *Verse* in *Scholz*, GmbHG¹² § 43 Rz 11; vgl schon *Fischer* in *Ehrenberg*, Handbuch III/1 (1916) § 241 Anm 4 (S 234) Fn 30: „*Die Ansprüche aus §§ 823 f. BGB. konkurrieren nicht mit denjenigen aus § 241 HGB. Selbst wenn aber eine derartige Konkurrenz stattfände, würde § 852, wonach der Lauf der Verjähr-*

gewiesen, dass sich die *ratio* der Fünfjahresverjährung nur mit einem *objektiven* Fristbeginn verträgt.⁴⁰²⁹ Mit einem Fristlauf (erst) ab Bekanntwerden

rung erst mit der Kenntnis des Beschädigten vom Schaden beginnt, außer Betracht zu bleiben haben. Damit würde die Vorschrift in § 241 Abs. 5 nicht verträglich sein. Sie gewährt mit Rücksicht auf die beschränkte Tragweite, die dem Entlastungsbeschlusse der Generalversammlung beizumessen ist [...] den Vorstandsmitgliedern die Möglichkeit, die durch die Entlastung nicht gedeckten Schadensansprüche der Gesellschaft und von deren Gläubigern nach Ablauf bestimmter Zeit abzuwehren. Herrsch. Mein.: [...]“; vgl in Anlehnung an die Überlegungen der Aktienrechtsreform 1884 (ohne hierzu Bezug zu nehmen) auch RegE-dGmbHG 1971 BT-Drs VI/3088 12 im Anschluss an Thiessen, ZHR 168 (2004) 503 (538); vgl hierzu referierend Fleischer in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 93 Rz 302 mwN (nun ders in BeckOGK AktG § 93 Rz 365 [Stand 01.10.2023]); ders, AG 2014, 457 (459).

- 4029 Die Notwendigkeit eines objektiven Fristbeginns betonte bereits das RG auf Grundlage des Allgemeinen Landrechts für die Preußischen Staaten (ALR) bzw des ADHGB 1884 in einer E aus dem Jahr 1897 mit auch heute noch beeindruckender Prägnanz (RG 24.04.1897, Rep I 444/96 RGZ 39, 48 [49]; vgl zuvor bereits RG 22.03.1892, Rep. III. 294/91 RGZ 29, 26 [28]). Das RG schloss sich dem Berufungsgericht an. Diesem zufolge war die kürzere Verjährungsfrist eingeführt worden, um die verantwortlichen Gesellschaftsorgane nicht „in zu langer Schwebe der Besorgnis einer Verfolgung zu lassen“ (RG 24.04.1897, Rep I 444/96 RGZ 39, 49 [50]; vgl die ähnliche Diktion des Kommissionsberichts zum ADHGB 1884, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 5. Legislaturperiode, IV. Session 1884, 4. Band, Anlage 128 S 1009 [1015]: „um nicht die verantwortlichen Personen in zu langer Schwebe zu lassen.“). Daraus folge, dass der Gesetzgeber eine objektive Frist vorsehen wollte. Das damals subsidiär anwendbare bürgerliche Recht sah in § 54 ALR I 6 für außervertragliche Schädigungen eine kurze dreijährige Verjährungsfrist vor, die erst mit Wissen vom Schaden und Schädiger begann: „Wer einen außerhalb dem Falle eines Contrakts erlittenen Schaden innerhalb dreier Jahre, nachdem das Daseyn und der Urheber desselben zu seiner Wissenschaft gelangt sind, gerichtlich einzuklagen vernachlässigt, der hat sein Recht verloren.“ Entgegen dem Erstgericht könne diese Bestimmung dem Zweck der fünfjährigen Frist aber nicht gerecht werden, weil andernfalls die Möglichkeit bestehe, „daß infolge einer Unkenntnis des Beschädigten noch nach Jahrzehnten eine Inanspruchnahme“ der Gesellschaftsorgane stattfinden könne (RG 24.04.1897, Rep I 444/96 RGZ 39, 49, [51]). Anzuwenden seien vielmehr die Bestimmungen über den Fristlauf der *ordentlichen* Verjährung. Demgemäß stützte sich das Berufungsgericht auf die §§ 512 ff ALR I 9: Nach § 512 konnte die Verjährungsfrist nicht zu laufen beginnen, wenn der Berechtigte von seinem Recht keine Kenntnis hat. Gleichzeitig wurde aber gem § 513 nicht vermutet, dass „jemand von seinem Rechte keine Nachricht erhalten“ kann. Da die Klägerin im konkreten Fall ein den Beginn der Verjährungsfrist ausschließendes Hindernis nicht dargetan habe, sei die Verjährungsfrist abgelaufen. Das RG ergänzte die Ausführungen des Berufungsgerichts dahingehend, dass § 54 ALR I 6 insofern „ein Ganzes“ bildet, als die dreijährige Frist mit dem fristauslösenden Ereignis der Kenntnisnahme in einem „inneren Zusammenhang“ stehe. Gerade wegen der kurzen dreijährigen Frist sei ausnahmsweise die Unkenntnis des Berechtigten als Hindernis der Rechtsverfolgung berücksichtigt worden. Die Übernahme der Bestimmungen über den Fristlauf sei daher mangels entspr Anhaltspunkte in den Materialien nicht schon deshalb gerechtfertigt, weil beide Bestimmungen von außervertraglichen Schadenersatzansprü-

von Schaden und Schädiger stehe sie in Widerspruch.⁴⁰³⁰ Denn eine subjektive Frist würde zwingend eine (längere) objektive Frist als Rahmen voraussetzen, die gem § 1489 ABGB dreißig Jahre betragen würde. Dann hätten Organmitglieder aber während dieser gesamten Zeit keine Gewissheit darüber, ob sie in Anspruch genommen werden.⁴⁰³¹ Sie müssten dreißig Jahre hindurch mit einer Inanspruchnahme rechnen, gegen die sie sich im Zeitablauf immer schwerer verteidigen könnten, vor allem weil sie nach Amtsende den Zugriff auf Verteidigungsmittel verlieren.⁴⁰³² Die Beweislastumkehr verstärkt diesen Effekt.⁴⁰³³ Für die vom Gesetzgeber intendierte Rechts- und Planungssicherheit kommt es also nicht auf eine allfällige subjektive Frist, sondern ausschließlich auf den *objektiven* Fristlauf an. Deshalb sollen nach der Wertung des Gesetzgebers (vermeintlich)⁴⁰³⁴ ersatzpflichtige Organmit-

chen handeln. Nach den Materialien zur Aktienrechtsnovelle 1884 sei zudem nicht an die Erstreckung einer kürzeren, sondern vielmehr die Verkürzung einer längeren Verjährungsfrist gedacht worden. In einer weiteren E aus dem Jahr 1913 bekräftigte das RG diese Rsp auf Grundlage des mittlerweile geltenden BGB und dHGB 1897 (RG 11.12.1913, Rep II 505/13 RGZ 83, 354). Vgl dazu auch *Pendl*, Verjährung 43 mwN.

4030 Vgl die instruktive Begründung zum deutschen Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung von Verjährungsvorschriften an das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts (BT-Drucks 15/3653 12; s schon oben bei Fn 3972: „*Zum anderen geht es aber insbesondere bei der Organhaftung um die Folgen unternehmerischer Entscheidungen. Geschäftsführer sowie Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder benötigen für ihre Tätigkeit nach objektiven Kriterien Gewissheit, ab wann ihnen für ein bestimmtes Verhalten keine Inanspruchnahme mehr droht. Eine Fristenspanne, die in Ausnahmefällen von drei bis zehn oder gar 30 Jahren [sic] reicht, entspricht diesem Bedürfnis nicht.*“).

4031 Vgl RG 24.04.1897, Rep I 444/96 RGZ 39, 48 (50 f); vgl auch *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit 220 f.

4032 Vgl *Baums*, ZHR 174 (2010) 593 (606 f); *Fleischer*, AG 2014, 457 (469). Vgl in ähnlichem Zusammenhang, nämlich zur jährlichen Entlastung Gutachten ROHG, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 246 f: „*Allein andererseits darf man doch nicht vergessen, daß den Gesellschaftsorganen bei der Legung gehöriger Rechnung auch ein Recht auf Abnahme, bez. auf Erklärung, ob und was beanstandet wird, und auf Entlastung, falls keine Monita zu ziehen sind, zur Seite steht und stehen muß. Es kann ihnen nicht zugemuthet werden, sich auf weite Zeiträume hinaus der Belege für ihre Geschäftsführung wie aller sonst erforderlichen Beweismittel zu versichern. Sie können zu diesem Zwecke gerichtliche Abnahme der Rechnung eventuell fordern. Dieses allgemeine Recht kann man für die Verwaltung des Vermögens von Actiengesellschaften nicht aufheben wollen, zumal wenn man erwägt, daß ausscheidende Mitglieder der Gesellschaftsorgane sich die Belege nicht mitnehmen können und daß jede Fortsetzung der Geschäftsführung die Scheidung zwischen den Wirkungen der bisherigen Thätigkeiten und den darauf folgenden erschwert.*“

4033 Vgl dazu etwa *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit 221. S auch das in Fn 4032 zitierte Gutachten des ROHG.

4034 Vgl *Baums*, ZHR 174 (2010) 593 (606), wonach Verjährungsfristen auch den Zweck hätten, einen nur *vermeintlichen* Schuldner, gegen den iE kein begründeter Anspruch besteht, vor einer Klage zu schützen, gegen die er sich schon wegen des Zeit-

glieder nach Ablauf von fünf Jahren (kenntnisunabhängig) *jedenfalls* Gewissheit darüber haben, dass eine Inanspruchnahme nicht mehr droht.⁴⁰³⁵ Dem entspricht mit Blick auf die Rechtsentwicklung, dass der Reformgesetzgeber als zivilrechtliche „Referenzrechtslage“ wie erwähnt eine dreißigjährige *objektive* Regelverjährung vor Augen hatte. Er wollte nur die Dauer der Frist auf fünf Jahre reduzieren, im Übrigen aber den objektiven Fristbeginn subsidiär anwendbar wissen. Dagegen führt die hM paradoxerweise zu einer Verlängerung der bürgerlich-rechtlichen Verjährung,⁴⁰³⁶ obwohl der Gesetzgeber zum Schutz der Organmitglieder wie gesagt gerade eine Verkürzung der allgemeinen Verjährung im Sinn hatte.⁴⁰³⁷

v. Bestätigung durch die Wertung des § 79 Abs 3 AktG (§ 24 Abs 4 GmbHG)

Dieses Auslegungsergebnis wird bestätigt durch die Verjährungsregelung für die Haftung wegen Wettbewerbsverstößen.⁴⁰³⁸ Wie oben schon in systematisch-logischem Zusammenhang erwähnt, sind die Haftungsanordnung gem § 79 AktG und § 24 GmbHG *leges specialis* zu § 84 AktG bzw § 25 GmbHG. Deshalb ist es wertungskonform, dass Ersatzansprüche nach § 79 Abs 3 AktG und § 24 Abs 4 GmbHG (ebenfalls) objektiv verjähren, nämlich in fünf Jahren ab Entstehung des Anspruchs. Die Wertung der fünfjährigen Sonderverjährung für Organmitglieder ist nämlich unabhängig von der Art der verletzten Verhaltenspflicht, sondern stellt allgemein auf die

ablaufts seit den vermeintlich die Klage begründenden Vorgängen nicht mehr hinreichend zur Wehr setzen könne.

4035 Vgl *Sturm*, GmbHR 2003, 573 (573). Dass dadurch mitunter Vorstandsmitglieder begünstigt werden, denen es gelingt, den Schaden aus einem pflichtwidrigen Verhalten möglichst (über fünf Jahre) zu verbergen (vgl *Schopper/Kapsch*, *ecolex* 2007, 41 [42]; schon diese Prämisse abl *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit 224), ist ein allg Problem einer jeden objektiven Verjährungsfrist (auch zB § 24 Abs 4 GmbHG, § 79 Abs 3 AktG), das der Gesetzgeber als Ergebnis einer Interessenabwägung hin- nimmt. Dieser Einwand spricht somit nicht gegen das Auslegungsergebnis.

4036 Ausdr für eine Verlängerung etwa *Durstberger*, Anm zu OGH 01.09.2015, 6 Ob 3/15g, *GesRZ* 2016, 47 (61).

4037 IdS krit *Pendl*, Verjährung 60; *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit 219 f; *Eypeltauer*, *DRdA* 2007, 484 (488); *Sturm*, GmbHR 2003, 573 (573); so schon RG 24.04.1897, Rep I 444/96 *RGZ* 39, 48 (52); vgl idS auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 25 Rz 23 (Verlängerung gegenüber dem ABGB ohne ersichtlichen Grund), die aber wie erwähnt die Verjährungsfrist gem § 1489 ABGB anwenden wollen, wenn diese später abläuft, weil für eine Privilegierung des Geschäftsführers gegenüber allg Grundsätzen kein Grund ersichtlich sei. Anders G. *Schima*, *GesRZ* 1991, 185 (192), demzufolge die Annahme einer objektiven Frist zum „etwas eigenartigen Ergebnis“ führen würde, dass der gegenüber allg zivilrechtlichen Vorschriften *verschärften* Sorgfalt von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern eine *kürzere* Verjährungsfrist gegenüberstünde. Wie gesagt ist eine kürzere Verjährungsfrist als Ausgleich für die – insb wegen der Beweislastverteilung – strenge Haftung gerade gesetzlich beabsichtigt.

4038 Vgl *Pendl*, Verjährung 97 ff; *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit 222.

Beweisschwierigkeiten mit voranschreitender Zeit ab (insb wegen der Beweislastumkehr). Diese Wertung erfasst auch Wettbewerbsverstöße. Gründe für eine Verschiedenbehandlung (etwa eine Beweiserleichterung) sind nicht ersichtlich. Dass die Sonderverjährungen für Wettbewerbsverstöße nicht nur äußerlich wertungskonform sind, sondern ihnen tatsächlich derselbe Gedanke wie § 84 Abs 6 AktG und § 25 Abs 6 GmbHG innewohnt, zeigt abermals die Rechtsgeschichte:

Die Verjährungsregel des § 79 Abs 3 AktG geht zurück auf § 236 dHGB 1897, der sich laut Denkschrift an das Konkurrenzverbot bei der OG anschloss (§ 113 dHGB 1897⁴⁰³⁹; vgl § 113 UGB idGF).⁴⁰⁴⁰ Auch der GmbH-Gesetzgeber schloss sich beim Wettbewerbsverbot „an die Vorschriften des Artikels 96 H.G.B. für die offene Handelsgesellschaft an“⁴⁰⁴¹. Allerdings regelte der damals in Österreich geltende Art 96 AHGB (Art 96 ADHGB 1861) nur das Wettbewerbsverbot als solches. Die Verjährung war in Art 97 AHGB (Art 97 ADHGB 1861) geregelt, wo jedoch nur eine kenntnisabhängige Präklusivfrist von drei Monaten normiert war. Daher dürfte die (zusätzliche) fünfjährige Verjährungsfrist des § 24 Abs 4 GmbHG entweder (ebenfalls) auf § 113 dHGB 1897 zurückgehen oder aus dem österreichischen AktG-Entwurf („Aktienentwurf“) von 1900 (§ 40 Abs 5 idF Dezember 1900) übernommen worden sein. Dieser wiederum hatte das deutsche Aktienrecht des dHGB 1897 zum Vorbild, das wie erwähnt für Wettbewerbsverstöße des Vorstands in § 236 dHGB 1897⁴⁰⁴² ebenfalls eine objektive Fünfjahresfrist vorsah. Auf die genaue Abstammungslinie kommt es aber nicht an, denn sowohl § 113 als auch § 236 dHGB 1897 geht auf die objektive Fünfjahresverjährung von Ersatzansprüchen gegen den Handlungsgehilfen zurück (§ 61 dHGB 1897).⁴⁰⁴³ Diese Verjährungsregelung sollte ausweislich der Denk-

4039 § 113 Abs 3 dHGB 1897: „Die Ansprüche verjähren in drei Monaten von dem Zeitpunkt an, in welchem die übrigen Gesellschafter von dem Abschlusse des Geschäfts oder von der Theilnahme des Gesellschafters an der anderen Gesellschaft Kenntniß erlangen; sie verjähren ohne Rücksicht auf diese Kenntniß in fünf Jahren von ihrer Entstehung an.“

4040 Denkschrift dHGB 1897, abgedr bei Hahn/Mugdan, Materialien 306: „In den Art. 232 [sc § 236 des Gesetzes], 196 H.G.B. ist die Verpflichtung der Vorstandsmitglieder, sich des eigenen Handelsbetriebs und der Betheiligung an einer anderen Handelsgesellschaft zu enthalten, im Anschluß an die für die Mitglieder einer offenen Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften geregelt [...]“.

4041 EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 66.

4042 Davor Art 232 iVm Art 196a iVm Art 96 f ADHGB 1884.

4043 Für § 113 dHGB 1897 vgl Denkschrift dHGB 1897, abgedr bei Hahn/Mugdan, Materialien 259: „Die letzteren verfolgen in der Hauptsache den Zweck, die thunlichste Übereinstimmung mit den die Handlungsgehilfen betreffenden Vorschriften der §§ 59, 60 herzustellen. [...] Neben dieser dreimonatigen Verjährung sieht übrigens der Entwurf für die Ersatzansprüche der Gesellschaft, entsprechend der in § 60 bezüglich der Handlungsgehilfen getroffenen Bestimmung, noch eine Verjährung von fünf Jahren vor, deren Lauf, ohne Rücksicht auf die Kenntniß der Mitgesellschafter, mit dem Zeit-

schrift (ähnlich wie schon Art 241 Abs 5 ADHGB 1884) dem (vermeintlichen) Schädiger nach fünf Jahren unbedingte Gewissheit über eine drohende Inanspruchnahme gewähren:

*„Um den Gehülften unter allen Umständen gegen die Geltendmachung von Forderungen wegen lange zurückliegender Vorkommnisse zu schützen, ist weiter bestimmt, daß die Ansprüche des Prinzipals ohne Rücksicht auf dessen Kenntniß in fünf Jahren von dem Abschlusse des Geschäfts an verjähren.“*⁴⁰⁴⁴

Damit bestätigen die Sonderverjährungsvorschriften der § 79 Abs 3 AktG und § 24 Abs 4 GmbHG, was sich auch aus der historischen Entwicklung der § 84 Abs 6 AktG (und § 25 Abs 6 GmbHG) ergibt, nämlich, dass die Verjährung unabhängig vom Bekanntwerden des Schadens und Schädigers (objektiv) zu laufen beginnt. Da die beiden Bestimmungen zugrunde liegende Wertung, nämlich Rechtssicherheit für (vermeintlich) ersatzpflichtige Organmitglieder, wie gesagt eine *allgemeine* Wertung ist (dh unabhängig von der verletzten Pflicht), steht die hM (subjektive Frist) nicht nur in Widerspruch zur subjektiv-historisch begründeten *ratio* der Fünfjahresverjährung, sondern begründet auch einen Wertungswiderspruch⁴⁰⁴⁵ mit § 79 Abs 3 AktG und § 24 Abs 4 GmbHG.

vi. Fristbeginn mit Anspruchsentstehung und methodologische Begründung

Steht somit als Auslegungsergebnis fest, dass die Verjährungsfrist gem § 84 Abs 6 AktG (und § 25 Abs 6 GmbHG) unabhängig vom Bekanntwerden des Schadens und Schädigers (objektiv) beginnt, bleibt noch zu klären, wann genau und auf welcher Rechtsgrundlage sie zu laufen beginnt.

Bei der ersten Frage sind sich Vertreter eines objektiven Fristbeginns einig: Sie treten für einen Verjährungsbeginn mit Entstehung des Ersatzanspruchs ein und stützen sich hierzu auf § 79 Abs 3 AktG und § 24 Abs 4 GmbHG.⁴⁰⁴⁶ Dem ist zuzustimmen, weil die genannten Bestimmungen – wie oben dargelegt – denselben Zweck verfolgen wie § 84 Abs 6 AktG und § 25 Abs 6 GmbHG

punkt der Entstehung der Ersatzansprüche beginnt.“ Für § 236 dHGB 1897 vgl Denkschrift dHGB 1897, abgedr bei Hahn/Mugdan, Materialien 306: „Es erscheint indessen zutreffender, hier das Verhältnis der Handlungsgehilfen zu Grunde zu legen; [...]“

4044 Vgl Denkschrift dHGB 1897, abgedr bei Hahn/Mugdan, Materialien 236 aA (Hervorhebung durch den Verf). Darauf hinweisend auch Pendl, Verjährung 98 bei Fn 630. Das ADHGB 1861 hatte für den Handlungsgehilfen noch keine Frist vorgesehen. Dabei orientierte sich der Gesetzgeber am Konkurrenzverbot im Recht der OG; vgl ebenda: „Auf dem Vorbilde des Art. 97 [sc ADHGB] beruht ferner die Vorschrift über die Frist für die Erhebung der Ansprüche des Prinzipals (§ 60 Abs. 2); [...]“ Wie gesagt sah aber Art 97 ADHGB 1861 nur die kurze Präklusivfrist vor. Die objektive Fünfjahresfrist ist daher ein Produkt der Handlungsgehilfenhaftung.

4045 Vgl auch Walch, Die subsidiäre Anwendbarkeit 222; Schopper/Walch, ÖBA 2013, 418 (420 f).

4046 Vgl Pendl, Verjährung 101; Walch, Die subsidiäre Anwendbarkeit 222.

und für einen Teilausschnitt der Organmitgliedshaftung einen konkreten (objektiven) Verjährungsbeginn vorsehen. Wie oben erwähnt, lässt sich die Ähnlichkeit aber nicht *nur* systematisch-logisch begründen,⁴⁰⁴⁷ denn die objektive Frist könnte auch durch Besonderheiten der Haftung wegen Wettbewerbsverstößen bedingt sein. Die Ähnlichkeit ergibt sich aus dem oben herausgearbeiteten *telos* der objektiven Fünfjahresverjährung, der unabhängig von der Art der Pflichtverletzung an die Schwierigkeiten bei der Beweisführung anknüpft (insofern ist also ein tatsächlicher Unterschied wertungsmäßig unbeachtlich). Daher lassen sich § 79 Abs 3 AktG und § 24 Abs 4 GmbHG als gesetzliche Konkretisierungen dieses *telos* auch für die allgemeine Organmitgliedshaftung begreifen (anders zB im Gründungsrecht).⁴⁰⁴⁸ Auch hier sind keine Gründe für eine Verschiedenbehandlung von Wettbewerbsverstößen bzw Treuepflichtverletzungen einerseits und sonstigen Pflichtverletzungen andererseits ersichtlich. Für den Fristbeginn mit Anspruchsentstehung iSd § 79 Abs 3 AktG und § 24 Abs 4 GmbHG spricht auch die zivilrechtliche Regelverjährung, die der Reformgesetzgeber von 1884 wie erwähnt ursprünglich vor Augen hatte. Auch im geltenden Recht beginnt diese Regelverjährung gem § 1478 Satz 2 ABGB grundsätzlich mit der erstmaligen (objektiven) Möglichkeit der Geltendmachung des Rechts, die regelmäßig mit der Entstehung des Anspruchs eintritt.⁴⁰⁴⁹ Die Verjährung beginnt demnach, wenn der Rechtsausübung kein rechtliches Hindernis mehr entgegensteht.⁴⁰⁵⁰

Naheliegenderweise ziehen Vertreter eines objektiven Fristbeginns die genannten sonderprivatrechtlichen Verjährungsregeln auch für die metho-

4047 S oben Fn 3982.

4048 IdS auch *Pendl*, Verjährung 99 aA, wonach mit der *ratio* der durch das dHGB 1897 geschaffenen Fünfjahresfrist ab Anspruchsentstehung ein wesentlich allgemeinerer Gesichtspunkt (als die subjektive Dreimonatsfrist) angesprochen sei, der auch bei anderen gesellschaftsrechtlichen Fünfjahresfristen Erwähnung finde und bei der Organmitgliedshaftung ganz generell trage.

4049 Vgl statt aller RIS-Justiz RS0034248; RS0034343 (T5); RS0034382; RS0034236; *R. Madl in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.06} § 1478 Rz 16; *Vollmaier in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 1478 Rz 45 f; *Mader/Janisch in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 1478 Rz 6; vgl im vorliegenden Zusammenhang *Pendl*, Verjährung 68 mwN, 101, wonach es für den Verjährungsbeginn auf die Anspruchsentstehung ankomme; noch deutlicher *ders* aaO 169 (Ingangsetzung mit dem Datum der Anspruchsentstehung). Erwähnenswert idZ scheint, dass auch das deutsche Schrifttum unter der Entstehung des Anspruchs iSd § 200 BGB (erst) die Möglichkeit zur Geltendmachung des Rechts versteht. Vgl zB *Grothe in MüKo BGB*⁹ § 200 Rz 2, § 199 Rz 4; *Dörner in Schulze et al*, BGB¹¹ § 200 Rz 1, § 199 Rz 3; *Baums*, ZHR 174 (2010) 593 (600); *Fleischer*, AG 2014, 457 (460). Da die § 79 Abs 3 AktG und § 24 Abs 4 GmbHG (mittelbar) auf das dHGB 1897 zurückgehen, und dieses wiederum zugleich mit dem BGB ausgearbeitet wurde, sprechen mE gute Gründe dafür, unter der Anspruchsentstehung (auch) der erstgenannten Bestimmungen im Einklang mit § 1478 Satz 2 ABGB auf die erstmalige (objektive) Möglichkeit zur Anspruchs-durchsetzung abzustellen. Das soll hier aber nicht weiter vertieft werden.

4050 Vgl nur *Vollmaier in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 1478 Rz 45.

dologische Begründung der Lückenschließung heran.⁴⁰⁵¹ So stützen sich *U. Torggler*⁴⁰⁵², *S.-F. Kraus*⁴⁰⁵³ und zuletzt *Rünzler*⁴⁰⁵⁴ auf eine Analogie zu § 113 Abs 3 UGB über die Verjährung von Schadenersatzansprüchen wegen einer Verletzung des Wettbewerbsverbots für OG-Gesellschafter und Komplementäre einer KG. Dagegen rekurren *Schopper*⁴⁰⁵⁵ und *Walch*⁴⁰⁵⁶ auf § 24 Abs 4 GmbHG als Analogiebasis. Ihnen zufolge ist die in § 24 Abs 4 GmbHG zum Ausdruck kommende Regel der lückenhaft geregelten Verjährung in § 25 Abs 6 GmbHG wesentlich näher als § 1489 ABGB und verdränge diese Bestimmung daher.

Im Ergebnis ist dem mE wie gesagt zu folgen, die methodologische Begründung eines Analogieschlusses zu sonderprivatrechtlichen Verjährungsregeln kann aber hinterfragt werden. Denn ein Analogieschluss setzt (unabhängig von der gewählten Analogiebasis) eine Gesetzeslücke voraus, also eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes.⁴⁰⁵⁷ Wie die historische Entwicklung zeigt, ist die Unvollständigkeit hinsichtlich des Fristbeginns aber offenbar nicht planwidrig. Der Reformgesetzgeber von 1884 hat den Fristbeginn vielmehr *bewusst* offengelassen, um diese Frage dem (subsidiären) bürgerlichen Recht vorzubehalten (arg Kommissionsbericht: „*Der Beginn des Laufes der Verjährung ist hier nach dem bürgerlichen Recht zu bestimmen*“) ⁴⁰⁵⁸. Das ist auch noch für das geltende Recht anzunehmen, wenn und weil das bürgerliche Recht passende Normen enthält (vgl §§ 1478 f ABGB). Aus gutem Grund tritt daher auch *Pendl*⁴⁰⁵⁹ für die subsidiäre Anwendung des § 1478 ABGB als verjährungsrechtliche Auffangregel ein, die der „methodologisch kürzere Weg“ zum selben Ergebnis sei.

4051 Vgl *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit 224, wonach § 24 GmbHG nicht nur dazu diene, die verdeckte Lücke des § 25 Abs 6 GmbHG aufzudecken, sondern sogleich die Regelung vorgebe, die an die Stelle des verdrängten § 1489 ABGB treten solle. Eine verdeckte Lücke nimmt *Walch* an, weil der (grundsätzlich subsidiär anwendbare) § 1489 ABGB wertungsmäßig nicht für das GmbH-Recht passe (womit *Walch* offenbar auf den subjektiven Fristbeginn der Dreijahresverjährung Bezug nimmt). S aber noch sogleich im Fließtext. Offenbar ohne Rekurs auf konkrete (analog anzuwendende) Normen *Eder/C. Gruber/R. Rastegar*, PSR 2019, 132 (136 f), die eine subsidiäre Anwendung des allg Zivilrechts (die zu einer subjektiven Frist führe) einer „*Heranziehung spezifischer gesellschaftsrechtlicher Wertungen*“ gegenüberstellen (was zu einer objektiven Frist führe). S dagegen aber noch sogleich im Fließtext.

4052 Vgl *U. Torggler*, GesRZ 2013, 38 (44); *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 35.

4053 Vgl *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 35.

4054 *Rünzler*, Verjährung 218 ff.

4055 *Schopper/Walch*, ÖBA 2013, 418 (421).

4056 *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit 222 ff.

4057 Vgl nur *Canaris*, Die Feststellung von Lücken 16 und *passim*; *Larenz*, Methodenlehre⁶ 373; *Kramer*, Methodenlehre⁶ 214.

4058 Kommissionsbericht ADHGB 1884, in *Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages*, 5. Legislaturperiode, IV. Session 1884, 4. Band, Anlage 128 S 1009 (1020).

4059 *Pendl*, Verjährung 101, 169 f.

In der Tat entspricht dieser Weg (besser) der Intention des (historischen) Gesetzgebers, der sich wie erwähnt insoweit für einen Rückgriff auf das bürgerlich-rechtliche Verjährungsregime entschied.⁴⁰⁶⁰ Eine Analogie scheidet daher mangels Lücke aus.⁴⁰⁶¹ In diesem Zusammenhang wäre allenfalls noch zu überlegen, statt § 1478 ABGB den Fristbeginn der Dreißigjahresfrist in § 1489 Satz 2 ABGB subsidiär anzuwenden.⁴⁰⁶² Immerhin regelt § 1489 ABGB nämlich (allgemein) die Verjährung von Schadenersatzansprüchen und ist damit *lex specialis* zu § 1478 ABGB (und im Verhältnis zu § 84 Abs 6 AktG [§ 25 Abs 6 GmbHG] gleichsam die „speziellere“ *lex generalis*). Dagegen spricht jedoch, dass § 1489 Satz 2 ABGB nach der (wohl zutr) Lehre⁴⁰⁶³ nur die Grundregel des § 1478 Satz 2 ABGB für Schadenersatzansprüche wiederholt, also insoweit keine (konstitutive) *lex specialis*, sondern nur eine deklarative Norm ist. Demgemäß beginnt die Dreißigjahresfrist des § 1489 Satz 2 ABGB nach hL⁴⁰⁶⁴ ebenfalls mit dem Eintritt des Schadens (Entstehung [und Fälligkeit] des Anspruchs). Dagegen knüpfen der OGH in stRsp⁴⁰⁶⁵ und die Mindermeinung⁴⁰⁶⁶ in der Lehre den Beginn der Dreißigjahresfrist in § 1489 Satz 2 ABGB an die schädigende

4060 Anderes müsste man wohl allenfalls annehmen, wenn sich die (zivilrechtliche) Lage seit der Aktienrechtsreform 1884 derart geändert hätte, dass die vom Gesetzgeber als angenommene (damals partikularrechtliche) objektive, lange Regelverjährungsfrist heute nicht mehr (in dieser Form) existieren würde. Dann könnte der gesetzgeberische Plan nämlich nicht (mehr) durch Rekurs auf das anwendbare Zivilrecht verwirklicht werden, und man müsste nach anderen Lösungswegen zur Verwirklichung des Gesetzgeberwillens Ausschau halten (wobei dann eine Analogie zu Sonderverjährungen nahe läge). Ein solches Szenario ist indes nicht eingetreten (was nicht überrascht, weil subjektive Fristen ohne objektiven Rahmen kaum sachgerecht wären). Die dreißigjährige Regelverjährung des § 1478 ABGB sieht (weiterhin) einen objektiven Fristbeginn vor, nämlich die objektive Möglichkeit der Geltendmachung (vgl. *Pendl*, Verjährung 67 ff; allg. *Dehn* in KBB⁷ § 1478 Rz 2; *Vollmaier* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 1478 Rz 44 ff).

4061 So auch *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit 29 f.

4062 Krit *Pendl*, Verjährung 102.

4063 Vgl. *Pendl*, Verjährung 78, 80 mwN; *R. Madl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.07} (Stand 01.01.2022) § 1489 Rz 2 mwN in Fn 15; jüngst zB *Pock*, ÖJZ 2021, 1077 (1079 f) mwN; vgl. schon *Zeiller*, Commentar IV (1813) 250 (Pkt 4): „Eine Ausnahme von der kürzeren Verjährungsfrist macht stets ein durch Verbrechen [...] verursachter Schaden, welcher auch noch in der ordentlichen Verjährungszeit eingeklagt werden kann (§. 1478.).“ Dazu auch näher *Pock* aaO 1079.

4064 Vgl. ausf. mwN *N. Brandstätter*, Verjährung und Schaden 263 ff; *R. Madl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.07} § 1489 Rz 24 mwN zum Meinungsstand; *Vollmaier* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ § 1489 Rz 48 mwN; *Mader/Janisch* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB⁴ § 1489 Rz 25; vgl. auch *M. Bydlinski* in *Rummel*, ABGB³ § 1489 Rz 6. Vgl. auch die Meinungsübersicht in OGH 26.11.2020, 4 Ob 178/20k.

4065 Vgl. nur RIS-Justiz RS0034502, RS0034504; zuletzt bestätigend OGH 26.11.2020, 4 Ob 178/20k. Weiterführend – auch zu den zwischenzeitlich gegenteiligen Tendenzen der Rsp – *N. Brandstätter*, *ecolex* 2021, 422 ff; ausf. *dies*, Verjährung und Schaden 268 ff.

4066 Vgl. die Nw bei *R. Madl* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.07} § 1489 Rz 24.

Handlung, weil diese Norm (verstanden als „Haftungsschranke“) gerade eine Ausnahme von der Regelverjährung statuieren.⁴⁰⁶⁷ Die Streitfrage muss hier jedoch nicht (abschließend) geklärt werden. Denn auch wenn man die stRsp für richtig hielte, würde (*arguendo*) die Fünfjahresverjährung gem § 84 Abs 6 AktG (§ 25 Abs 6 GmbHG) mE mit der Entstehung (und Fälligkeit) des Ersatzanspruchs beginnen. Die *ratio* der Fünfjahresverjährung verlangt – wie oben herausgearbeitet – aus Gründen der Rechtssicherheit zwar nur einen objektiven Fristbeginn und ließe insoweit beide Zeitpunkte zu; allerdings gibt hier § 79 Abs 3 AktG (§ 24 Abs 4 GmbHG) – mag er mE wie erwähnt mangels Lücke zwar nicht analog anzuwenden sein – den Fristbeginn mit Anspruchsentstehung (gem § 1478 ABGB) systematisch-teleologisch vor, weil sonst ein Wertungswiderspruch entstünde (insoweit würde diese [Spezial-]Wertung die subsidiäre Anwendung des § 1489 Satz 2 ABGB also ausschließen).⁴⁰⁶⁸

4067 Vgl hier nur OGH 26.11.2020, 4 Ob 178/20k und die Nw in den vorigen Fn.

4068 In jedem Fall kann man sich noch die (Zusatz-)Frage stellen, ob die dreijährige subjektive Frist iSe „3-in-5-Lösung“ innerhalb der (objektiven) Fünfjahresfrist subsidiär anwendbar ist (dazu soweit ersichtlich nur [krit] *Pendl*, Verjährung 88, 102; implizit wohl abl *S.-F. Kraus/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG § 25 Rz 35, nach denen die Fünfjahresfrist „beide Fristen“ des § 1489 ABGB ersetzt). Diese Frage stellt sich auch, wenn man mit der hL (hinsichtlich des Fristbeginns) § 1478 ABGB (nicht § 1489 Satz 2 ABGB) subsidiär auf die gesellschaftsrechtliche Fünfjahresverjährung anwendet, denn jedenfalls die (subjektive) Dreijahresfrist des § 1489 Satz 1 ABGB ist *lex specialis* zu § 1478 ABGB (vgl nur *Pock*, ÖJZ 2021, 1077 [1080 aA] mwN) und zugleich *lex generalis* im Verhältnis zu § 84 Abs 6 AktG (§ 25 Abs 6 GmbHG). Gegen eine subsidiäre Anwendung (auch) der Dreijahresfrist spricht wohl auch nicht, dass die Reichstagskommission nur den „*Beginn des Laufes der Verjährung*“ dem bürgerlichen Recht vorbehalten wollte (Kommissionsbericht ADHGB 1884, in Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 5. Legislaturperiode, IV. Session 1884, 4. Band, Anlage 128, S 1009 [1020]). Denn die Kommission hatte damals wohl nur eine objektive, lange Regelverjährung vor Augen. Gegen die Kombinationslösung sprechen aber wohl Normzwecküberlegungen: Die dreijährige subjektive Frist des § 1489 Satz 1 ABGB fungierte ausweislich der EBRV der III. TN zum ABGB aus dem Jahr 1907 als Ausgleich dafür, dass es „*bei der Ersatzklage sehr komplizierter Feststellungen [bedürfe], gegen die sich der Belagte nach längerer Zeit nur beim Zusammentreffen sehr günstiger Umstände erfolgreich verteidigen kann.*“ (EBRV 29 BlgHH 18. Session [1907] 161). Nur „*aus Billigkeitsgründen*“ sollte die Verjährung so lange nicht zu laufen beginnen, als der Geschädigte nicht Kenntnis vom Schaden hat (EBRV 29 BlgHH 18. Session [1907] 161). Vgl zur Vorgängerbestimmung I 6 § 54 ALR *Pendl*, Verjährung 71. Die dreijährige subjektive Frist ist also ähnlich wie schon die (ältere) gesellschaftsrechtliche Fünfjahresfrist als Korrektiv für die im Zeitverlauf zunehmenden Beweisschwierigkeiten des Schädigers gedacht. Fraglich scheint allein, wie das Regelungsziel des Rechtsfriedens durch eine dreijährige *subjektive* Frist überhaupt gewährleistet sein soll. Denn für potenzielle künftige Beweisschwierigkeiten kommt es wie erwähnt auf die *objektive* (dreißigjährige) Frist an. Unabhängig davon liefe eine „3-in-5-Lösung“ aber wohl Gefahr, den(selben) Schutzzweck „doppelt“ (und zu-

Die subsidiäre Anwendung der (objektiven) Regelverjährung gem § 1489 Satz 2 ABGB (wohl besser: § 1478 Satz 2 ABGB) ist somit entgegen dem möglichen Anschein kein Argument aus dem Lager der Anhänger einer subjektiven Frist.⁴⁰⁶⁹ Genau genommen ist sie gar kein Argument, weder für die eine noch die andere Position. Denn § 1489 ABGB enthält sowohl eine subjektive (dreijährige) als auch eine objektive (dreißigjährige) Verjährungsfrist (und § 1478 ABGB nur eine objektive Frist). Welche Verjährungsfrist hinsichtlich des Fristbeginns subsidiär anzuwenden ist, um die „Lücke“ der gesellschaftsrechtlichen Fünfjahresfrist aufzufüllen, wird aber durch § 1489 ABGB und § 1478 ABGB gerade nicht beantwortet, sondern setzt ein Urteil über den Beginn der Fünfjahresverjährung bereits voraus. Mit der subsidiären Anwendung der allgemeinen Verjährungsregeln ließen sich daher *beide* Positionen begründen. Sie ist deshalb kein Argument, sondern nur die (jeweils wertungskonforme) methodologische *Umsetzung* eines (bereits gefundenen) Auslegungsergebnisses. Demgemäß müsste die hM eigentlich begründen, weshalb sie den Fristbeginn gerade der Dreijahresfrist, und nicht der Dreißigjahresfrist subsidiär heranzieht. Eine Begründung mag auf den ersten Blick der Umstand erübrigen, dass die Dreijahresfrist der Fünfjahresfrist in ihrer Länge ähnlicher ist als die Dreißigjahresfrist.⁴⁰⁷⁰ Die Ähnlichkeit der Fristlänge ist aber bestenfalls ein Indiz bei oberflächlicher Betrachtung.⁴⁰⁷¹ Ein Indiz, das durch eine tiefergehende (vor allem subjektiv-historische) Auslegung entkräftet wird. Diese fördert nämlich zu Tage, dass der Gesetzgeber tatsächlich die dreißigjährige objektive Frist zum Schutz der Organmitglieder (drastisch) auf fünf Jahre verkürzen wollte (und will). Daher ist der objektive Fristbeginn der Verjährung gem § 84 Abs 6 AktG das natürliche Resultat einer (wertungskonformen) subsidiären Anwendung allgemeinerer Normen. Von der hM unterscheidet sich diese Ansicht wie gesagt nicht in der methodologischen Begründung, sondern nur in der (gegenteiligen) Beantwortung der *Vorfrage* (objektive oder subjektive Frist). Wer eine objektive Frist annimmt, muss daher entgegen mancher Stimmen (selbstverständlich) auch nicht etwa deutsches Zivilrecht analog anwenden.⁴⁰⁷² Die deutsche Provenienz der Fünfjahresverjährung (wie aber des Aktienrechts überhaupt) und ihre dortige Ver-

dem unterschiedlich) zu berücksichtigen. Auch nähere Überlegungen dazu können hier aber unterbleiben.

4069 Vgl aber *Jud/Grünwald*, NZ 1993, 185 (187), nach denen die subsidiäre Geltung des § 1489 ABGB als „Grundkonzeption“ des österreichischen Verjährungsrechts für Schadenersatzansprüche, an dem es festzuhalten gelte, gegen einen objektiven Fristbeginn des § 84 Abs 6 AktG spricht.

4070 Vgl in diese Richtung gehend etwa *Haarmann* in FS Hügel 93 (110), wonach man bei Betrachtung des § 1489 ABGB nicht umhin komme festzustellen, „dass der Gesetzgeber den Beginn kurzer Verjährungsfristen grundsätzlich von der Kenntnis des Schadens sowie der Person des Schädigers abhängig macht.“

4071 Zutr etwa *Walch*, Die subsidiäre Anwendbarkeit 218 f (lediglich ein erster Schritt).

4072 So aber OGH 31.5.1977, 5 Ob 306/76 EvBl 1978, 19 (näher *Pendl*, Verjährung 65 bei Fn 367); so auch *Jud/Grünwald*, NZ 1993, 185 (187), wonach die Annahme einer

knüpfung mit der (deutschen) zivilrechtlichen Regelverjährung darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Wille des Gesetzgebers, die Organmitglieder durch eine kurze objektive Verjährung zu schützen, vom österreichischen Gesetzgeber in das österreichische Recht übernommen⁴⁰⁷³ worden ist und daher *de lege lata* zu beachten ist. Fraglich könnte wie gesagt nur sein, ob sich dieser gesetzgeberische Wille hierzulande – wie ursprünglich legistisch beabsichtigt und in Deutschland vertreten – ebenfalls durch einen Rückgriff auf die zivilrechtliche Regelverjährung verwirklichen lässt. Das ist wie gesagt zu bejahen, weil die zivilrechtliche Regelverjährung eine objektive Frist vorsieht (und wenn es anders wäre, müsste der Wille des Gesetzgebers eben durch Analogie, etwa zu den Wettbewerbsverboten, realisiert werden). Dabei handelt es sich aber wie gesagt um eine Frage der *Umsetzung* eines durch Auslegung ermittelten (vorausgesetzten) gesetzgeberischen Willens, und nicht um eine Frage des gesetzgeberischen Willens selbst.⁴⁰⁷⁴ Die These einer objektiven Verjährungsfrist bedient sich so-

objektiven Verjährungsfrist auf einer analogen Anwendung ausländischen Rechts, nämlich des deutschen Zivilrechts, beruhen würde.

4073 Näher *Pendl*, Verjährung 51 ff, 57. Abw *Eckert/Linder*, *ecolex* 2005, 449 (449), nach denen sich ein objektiver Fristbeginn der § 84 Abs 6 AktG nicht mit der durch das AktG 1937/1938 angestrebten (aktienrechtlichen) Rechtseinheit mit Deutschland begründen lasse. Denn das AktG 1965 habe sich von dieser Zielsetzung gelöst, indem der österreichische Gesetzgeber zahlreiche Änderungen des dAktG 1965 nicht nachvollzogen hatte. Vor allem aber habe das öGmbHG in § 25 Abs 6 eine gleich lautende Regelung geschaffen, und wiege die „Rechtseinheit“ innerhalb der österreichischen Rechtsordnung jedenfalls schwerer. Allerdings gibt es mE für eine Distanzierung von der § 84 Abs 6 AktG zugrunde liegenden Wertung keine belastbaren Anhaltspunkte. Dass der Gesetzgeber mit dem AktG 1965 zahlreiche Bestimmungen des dAktG 1965 nicht mitvollzogen hat (*Eckert/Linder*, *ecolex* 2005, 449 [449 Fn 11]), heißt noch nicht, dass er sich von der § 84 Abs 6 AktG zugrunde liegenden Wertung entfernen wollte (vgl *Pendl*, Verjährung 52 f). Dagegen spricht übrigens auch, dass der österreichische Aktiengesetzgeber auch § 79 Abs 3 AktG, der die Verjährung ausdr an die Entstehung des Anspruchs knüpft, beibehalten hat, weshalb die Annahme einer subjektiven Verjährungsfrist wertungswidersprüchlich wäre (s oben). Wem auch das noch nicht genügt, der sei auf § 24 Abs 4 GmbHG verwiesen. Diese Bestimmung, die bereits in der Stammfassung von 1906 enthalten war, hat der österreichische Gesetzgeber nämlich aus freien Stücken geschaffen (s oben). Mittelbar – nämlich über das öGmbHG – hat sich der österreichische Gesetzgeber in der Verjährungsfrage also schon am deutschen Recht orientiert, lange bevor das dAktG 1937 hierzulande in Kraft trat. Im Übrigen spricht auch die Regelung des § 25 Abs 6 GmbHG nicht gegen einen objektiven Fristbeginn des § 84 Abs 6 AktG, denn § 25 Abs 6 GmbHG lässt den Fristbeginn *ebenfalls* offen. Hier stellt sich diese Frage nach dem Fristbeginn vielmehr in derselben Weise wie bei § 84 Abs 6 AktG; ein Rekurs auf § 25 Abs 6 GmbHG wäre daher (mittelbar) zirkulär.

4074 Der Wille des Gesetzgebers war (und ist) nicht etwa einfach darauf gerichtet, dass die Fünfjahresverjährung dann beginnt, „wann auch immer“ das nach dem (gerade geltenden) Zivilrecht der Fall ist. Daher skeptisch zu betrachten ist die Argumentation von *Jud/Grünwald* (NZ 1993, 185 [187]), wonach die Annahme einer subjektiven Verjährungsfrist gerade die Folge einer deckungsgleichen Methode der Lücken-

mit – nur unter entgegengesetzten Vorzeichen – *derselben* methodologischen Begründung (subsidiäre Anwendung des Zivilrechts), wie der historische (deutsche) Gesetzgeber und die österreichische hM, die diesen Lösungsweg gleichwohl für sich zu beanspruchen scheint.

vii. Ergebnis

Weitere Einzelheiten der Anspruchsverjährung können für die Zwecke dieser Untersuchung dahinstehen. Maßgeblich ist die Erkenntnis, dass die Verjährungsfrist gem § 84 Abs 6 AktG unabhängig vom Bekanntwerden des Schadens und Schädigers (also objektiv) mit der Entstehung des Ersatzanspruchs beginnt. Was das Verhältnis zur Sperrfrist angeht, wurde eingangs schon angesprochen, dass auch die (Um-)Qualifizierung der Verjährungsfrist als subjektive Frist und die dadurch gewonnene (schmale) Verzicht- und Vergleichbarkeit (ebenso wie die verkürzte Sperrfrist in § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG) immer noch wertungswidersprüchlich sind, weil die Haftung nach der gesetzlichen Wertung (in den übrigen Grenzen) *jederzeit* disponibel sein muss (insb durch die jährliche Entlastung), um die Planungssicherheit und Risikobereitschaft der Vorstandsmitglieder zu wahren (vgl insb § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG *e contrario*). Die hM ändert nicht nur nichts an diesem Zustand, wenn sie die Verjährungsfrist als subjektive Frist versteht – sie verschlimmert ihn unter dem Aspekt der Risikobereitschaft sogar: Denn auch der objektiven (kurzen) Fünfjahresverjährung liegt der Gedanke zugrunde, dass die Vorstandsmitglieder (vor allem wegen zunehmender [Gegen-]Beweisschwierigkeiten) möglichst rasch Gewissheit darüber haben sollen, ob sie noch mit einer Inanspruchnahme rechnen müssen.⁴⁰⁷⁵ Der Zugewinn an Disponibilität, den die hM durch das Hinausschieben der Verjährung erzielt (der regelmäßig ohnehin gering sein wird), geht somit voll zulasten der Organinteressen (und damit indirekt auch zulasten der Gesellschaft und ihrer Gläubiger) – und das nur, um eine Norm zu „legitimieren“, die ebendiese Interessen von vornherein negiert.

b) Resümee: Wertungs- und Normwidersprüche

Bevor die Sperrfrist abschließend beurteilt wird und Stellungnahmen *de lege lata* und *de lege ferenda* abgegeben werden, empfiehlt es sich, *in puncto* Systemwidrigkeit noch einmal Bilanz zu ziehen. Angesichts der Genese der Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG liegt es nahe, mit dem (vielleicht auch offensichtlichsten) Problem der Sperrfrist zu beginnen: Die Sperrfrist schließt Verzichte und Vergleiche über Ersatzansprüche gem § 84 AktG praktisch zur Gänze aus, weil sie mit der (nach zutr Ansicht objektiven) Verjährungsfrist gem § 84 Abs 6 AktG zusammenfällt (außer im Fall des § 84 Abs 4 Satz 4 AktG und

füllung sei, nämlich durch analoge Anwendung der allg Verjährungsregeln des jew Landes.

4075 S dazu noch näher unten Fn 4108.

einer Unterbrechung oder Hemmung der Verjährung). Für die Zwecke der folgenden Ausführungen soll ausgeblendet werden, dass die Sperrfrist nach der hier vertretenen Auffassung (ohnehin) wegen des fehlenden Normzwecks Verzichte und Vergleiche zumindest faktisch (doch) zulässt (s dazu oben zur Verstoßfolge)⁴⁰⁷⁶. Der (angenommene) Ausschluss von Verzichten und Vergleichen ist wie gesagt kein originäres Problem des § 84 Abs 4 Satz 3 AktG, sondern eines, das schon vorher im Gründungsrecht bestanden hat (§§ 205, 206 dHGB 1897) – und noch heute besteht (§§ 43, 44 AktG). Der Gesetzgeber des dHGB 1897 hat die (gründungsrechtliche) Sperrfrist von ursprünglich drei Jahren (Art 213d ADHGB 1884) auf fünf Jahre verlängert, um auch Fälle zu erfassen, in denen das (mehrheitliche) Inverkehrbringen der Aktien länger dauert als (typisierend angenommene) drei Jahre.⁴⁰⁷⁷ Dabei übersahen die Legisten, dass die Sperrfrist nun mit der Verjährungsfrist gleichlief. Das AktG 1937/1938 hat dieses Problem vom Gründungsrecht auf alle Ansprüche aus der laufenden Geschäftsführung (§ 84 AktG) verallgemeinert. Oben wurde schon herausgearbeitet,⁴⁰⁷⁸ dass die Fristenkongruenz im Gründungsrecht systemwidrig war (und weiterhin ist). Denn schon der Reformgesetzgeber von 1884 betonte ausdrücklich, dass Verzichte und Vergleiche nicht ganz ausgeschlossen werden sollten.⁴⁰⁷⁹ Das bestätigt zum einen die Formulierung der Sperrfrist (vgl § 205 dHGB 1897: „*Vergleiche oder Verzichtleistungen [...] sind [...] zulässig*“; ähnlich § 43 AktG: „*Die Gesellschaft kann [...] verzichten oder sich darüber vergleichen*“), zum anderen – vor allem – die weiteren Wirksamkeitsvoraussetzungen für Verzichte und Vergleiche in § 43 AktG (HV-Zustimmung und fehlender Widerspruch einer Minderheit), die sinnlos wären, wenn Dispositionen ohnehin unzulässig wären. Dementsprechend erklären auch die Mat zu § 84 Abs 4 Satz 3 dAktG 1937, dass Verzichte und Vergleiche „nach geltendem Recht“ (insoweit freilich irrig) „*nur unter erschwerten Bedingungen zulässig [sind]*“.⁴⁰⁸⁰ Es ging also nur um eine Erschwerung, nicht um einen Ausschluss von Dispositionen. Mit dieser Aussage bezogen sich die Mat zwar eigentlich auf die gründungsrechtliche Sperrfrist gem § 205 dHGB 1897, weil nur diese eine solche Erschwerung von Verzichten und Vergleichen anordnete, die Redaktoren gingen aber eben (wie gesagt irrtümlich) davon aus, dass dies auch für den allgemeinen Haftungstatbestand (§ 84 AktG) gegolten hätte. Insofern war der Irrtum des Gesetzgebers von 1937 also ein zweifacher (bloße Erschwerung von Verfügungen und allgemeine Geltung dieser Norm). Dementsprechend lautet auch § 84 Abs 4 Satz 3 AktG „*Die Gesellschaft kann [...] verzichten oder*

4076 S 1014 ff.

4077 Vgl Kommissionsbericht über den Entwurf eines H.G.B., abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 588.

4078 Dazu ausf oben S 722 ff.

4079 Vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 452.

4080 AmtlBegr AktG 1937/1938 181 (abgedr auch bei *Klausing*, AktG 72).

sich darüber *vergleichen*, wenn [...]“.⁴⁰⁸¹ Und auch § 84 Abs 4 Satz 3 AktG normiert als weitere Wirksamkeitsvoraussetzungen für einen Verzicht oder Vergleich die HV-Zustimmung und das Fehlen eines Widerspruchs der Minderheit. Diese *zusätzlichen* Wirksamkeitsvoraussetzungen laufen wie gesagt leer, wenn Verzichte und Vergleiche schon durch die Sperrfrist (als erste der drei Wirksamkeitsvoraussetzungen) kategorisch ausgeschlossen sind. Dasselbe gilt wie erwähnt für die Dispositionsbeschränkungen zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG.⁴⁰⁸² Diese schränken Gesellschaftsdispositionen über Ersatzansprüche ein (dh schließen sie nur partiell aus) und setzen damit als Regelungsprämisse notwendig voraus (*e contrario*), dass Dispositionen *grundsätzlich* wirksam sind. Da Verzichte und Vergleiche aber schon durch die Sperrfrist kategorisch (absolut) ausgeschlossen werden, rennt § 84 Abs 5 Satz 3 AktG gleichsam offene Türen ein und ist folglich neben der Sperrfrist (weitestgehend) obsolet.

Im Gründungsrecht lässt sich die beschriebene Normkollision dadurch auflösen, dass die Sperrfrist (wieder) verkürzt wird. Dementsprechend hat der deutsche Gesetzgeber des dAktG 1965 die (gründungsrechtliche wie allgemeine) Sperrfrist auf drei Jahre reduziert, um – erklärtermaßen – Verzichte und Vergleiche (wieder) möglich zu machen.⁴⁰⁸³ Dem liegt die Annahme zugrunde, dass für das Inverkehrbringen der Aktien und die damit einhergehende Befreiung der Gesellschaft vom Gründereinfluss idR (wie nach dem ADHGB 1884) eine Frist von drei Jahren „*ausreichend erscheint*“.^{4084, 4085} In Österreich beträgt die gründungsrechtliche Sperrfrist dagegen immer noch fünf Jahre (wie gem § 205 dHGB 1897). Sie ist nach der hier vertretenen Auffassung korrigierend und im Einklang mit den (immer noch zweijährigen) übrigen „Kautelarvorschriften“ (§ 40 Z 3 und § 45 Abs 1 AktG) auf einen Zeitraum von zwei Jahren (*tempus clausum*) anzuwenden. Diese Korrektur(-möglichkeit) im Gründungsrecht würde nahelegen, dass auch die allgemeine Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG – angesichts ihrer Genese aus § 205 dHGB 1897 – auf diese Weise, also durch eine Verkürzung der Fünfjahresfrist, korrigiert werden könnte. Und tatsächlich hat der deutsche Aktiengesetzgeber von 1965 wie erwähnt auch die *allgemeine* Sperrfrist (§ 93 Abs 4 Satz 3 dAktG) auf drei Jahre reduziert, um – auch hier – Verzichte und Vergleiche zu ermöglichen.⁴⁰⁸⁶ Solches wird (wegen der Untätigkeit des öster-

4081 § 84 Abs 4 Satz 4 AktG nennt die Sperrfrist eine „*zeitliche Beschränkung*“.

4082 Im Gründungsrecht gibt es keine funktional vergleichbare Gläubiger-Dispositionsbeschränkungen. Zur Schließung dieser planwidrigen Lücke oben S 861 ff.

4083 Dazu näher oben S 695 ff.

4084 AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 112 (Hervorhebungen durch den Verf).

4085 S aber zur teleologischen Unschärfe des § 50 dAktG oben S 695 ff.

4086 Vgl AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 132 lSp („*Die Frist von fünf Jahren ist zu lang, weil regelmäßig nach Ablauf von fünf Jahren der Ersatzanspruch der Gesellschaft bereits verjährt sein wird, so daß ein Verzicht oder Vergleich nicht mehr in Betracht kommt.*“).

reichischen Gesetzgebers) *de lege ferenda* auch für § 84 Abs 4 Satz 3 AktG gefordert.⁴⁰⁸⁷ Und auch die Annahme eines subjektiven Verjährungsbeginns (der mE abzulehnen ist), soll wie erwähnt Raum für Verzichte und Vergleiche schaffen, indem durch den (uU) späteren Verjährungslauf die Sperrfrist effektiv (in Relation zur Verjährungsfrist) „verkürzt“ wird. Wie aber schon iZm Normzwecküberlegungen herausgearbeitet wurde, wäre auch eine kürzere Sperrfrist (immer noch) systemwidrig, weil die (allgemeine) Sperrfrist – im Gegensatz zu ihrem gründungsrechtlichen Pendant – nicht nur zu lang ist, sondern gar keinen Schutzzweck hat! Das folgt zwar wie erwähnt nicht zwingend schon aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber die Sperrfrist irrtümlich geschaffen hat. Wie nämlich das Beispiel des Widerspruchsrechts einer Aktionärsminderheit in derselben Norm (§ 84 Abs 4 Satz 3 AktG) lehrt, kann auch eine irrtümlich geschaffene Norm (zufällig) eine Schutzlücke schließen. Das gilt aber eben nicht für die Sperrfrist (insoweit bestand also keine Schutzlücke). Ihr gründungsrechtlicher Ursprung würde zwar nahelegen, dass sie (ebenfalls) dem Schutz künftiger Aktionäre vor nachteiligen Gesellschaftsdispositionen über Ersatzansprüche (bei § 43 AktG: durch die präsumtiv konspirierende Gründergemeinschaft) dienen solle; immerhin ist die Sperrfrist in § 84 Abs 4 Satz 3 AktG (bis auf den abweichenden Fristbeginn) auch identisch mit § 43 AktG. Und tatsächlich schützt der Mechanismus „Sperrfrist“ künftige Aktionäre vor der gegenwärtigen Aktionärs-gesamtheit, denn nur so rechtfertigt sich eine befristete, absolute Verfügungssperre. Allerdings besteht außerhalb der Gründung kein (allgemeines) Anlegerschutzbedürfnis, weil zum einen (idealtypisch) eine Minderheit besteht (die nach der gesetzlichen Konzeption als „außerordentliches Organ“ das Gesellschaftsinteresse durchsetzt) und es zum anderen nicht um „Selbstentlastungen“ durch die (alle) Gründer geht. Auch wenn man dennoch ein Schutzbedürfnis annähme, könne die Sperrfrist einen solchen Schutz gar nicht leisten. Da sie mit ihrer Befristung und deren Implikation („*tempus clausum*“) nämlich auf das singuläre Ereignis der Firmenbucheintragung im Gründungsstadium zugeschnitten ist, führt sie bei (sich potentiell wiederholenden) fristauslösenden Ereignissen (nach § 84 Abs 4 Satz 3 AktG: die Entstehung des Ersatzanspruchs) zu paradoxen Implikationen. Hier zeigt sich deutlich, dass die (allgemeine) Sperrfrist eben irrtümlich aus dem Gründungsrecht verallgemeinert wurde. Sie kann auch weder dem Minderheiten- noch dem Gläubigerschutz dienen (schon wegen der Befristung; umso weniger nach einer Fristverkürzung), weil es dafür schon passende(re) Dispositionsbeschränkungen gibt, nämlich das Widerspruchsrecht einer Minderheit in § 84 Abs 4 Satz 3 AktG bzw die Beschränkung im Gläubigerinteresse gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG. Die Rechtsfolge der Sperrfrist ist im Vergleich dazu (weit) überschießend, denn sie schützt wie erwähnt funktional künftige Ak-

4087 S die Nw in Fn 4112 (dazu noch unten an dieser Stelle).

tionäre vor der gegenwärtigen Aktionärs Gesamtheit (ursprünglich: der Gründergemeinschaft). Die deutsche (dreijährige) Sperrfrist gem § 93 Abs 4 Satz 3 AktG wird denn auch vorwiegend mit einem Übereilungsschutz begründet (Verhinderung von Dispositionen vor Erkennbarkeit des Schadensausmaßes). Allerdings kann die Frist (die Fünfjahresfrist wegen ihrer umfassenden Sperrwirkung von vornherein nicht) entgegen der AmtlBegr zum dAktG 1965 auch nicht sinnvoll mit einem solchen Übereilungsschutz begründet werden, insb weil die Gesellschaft ja auch im Vorhinein wirksam durch HV-Beschluss die Haftung ausschließen kann (vgl § 93 Abs 4 Satz 1 dAktG; § 84 Abs 4 Satz 1 AktG). Zur Vermeidung von Wiederholungen kann an dieser Stelle auf die obigen Ausführungen zum (fehlenden) Normzweck verwiesen werden. Ohne einen Schutzzweck ist somit auch eine kürzere (etwa wie in Deutschland dreijährige) Sperrfrist insofern systemwidrig, als sie die grundsätzliche Dispositionsfreiheit der Gesellschaft – und damit die grundsätzliche Privatautonomie – einschränkt, ohne dass diese Einschränkung durch Schutzinteressen gerechtfertigt wäre (das gilt auch für die These, wonach die Sperrfrist die Vorstandshaftung verschärfen solle). Die (auch kürzere) Sperrfrist verstößt aber auch gegen spezielle, gesellschaftsrechtliche Wertungen. Oben wurde iZm dem (angeblichen) Übereilungsschutz schon dargelegt,⁴⁰⁸⁸ dass es nicht genügt, dass die Gesellschaft in Grenzen (zwischen Ablauf der Sperrfrist und Verjährung) auf Ansprüche verzichten oder sich darüber vergleichen kann; auch wenn die Dispositionsbeschränkungen dadurch wieder einen (schmalen) Anwendungsbereich erhalten. Die Gesellschaft muss nämlich nach der gesetzlichen Wertung – jedenfalls bei bloß leicht fahrlässiger bloßer Geschäftsführung – vielmehr *jederzeit* verzichten oder sich vergleichen können. Das kommt besonders deutlich zum Ausdruck in § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG (§ 93 Abs 5 Satz 2 Hs 1 dAktG): Mit dieser Bestimmung hat der Aktiengesetzgeber von 1937/1938 die im Gläubigerinteresse indisponible Vorstandshaftung (dh im System der Haftungskonzentration: das Verfolgungsrecht und die Dispositionsbeschränkungen) außerhalb des Kapitalschutzes (Abs 3 der *leg cit*) auf grobe Fahrlässigkeit beschränkt,⁴⁰⁸⁹ obwohl er prinzipiell eine *umfassende* indisponible Haftung als im Gläubigerinteresse erforderlich erachtete (also trotz eines angenommenen Drittschutzinteresses, das die weitergehende Einschränkung der Dispositionsfreiheit gerechtfertigt hätte). Der Gesetzgeber erkannte nämlich, dass eine weitergehende (über leichte Fahrlässigkeit hinausgehende) Aufrechterhaltung von Ersatzansprüchen bis zur Anspruchsverjährung die Risikobereitschaft der Vorstandsmitglieder beeinträchtigen würde. Die Vorstandsmitglieder sollten nicht bis zur Verjährung Ungewissheit über die Haftungsverhältnisse haben, sondern schon früher abschätzen können, ob ihnen eine Inanspruchnahme noch droht. Dabei

4088 S 989 ff insb bei Fn 3856.

4089 Vgl hier nur AmtlBegr AktG 1937/1938 180 (abgedr auch bei *Klausing*, AktG 71).

hat der Gesetzgeber, wie ebenfalls schon angesprochen,⁴⁰⁹⁰ hauptsächlich an die (jährlich zu beschließende [§ 104 Abs 2 Z 3 AktG]) Entlastung gedacht.

Dieser Gedanke leitet gleich über zu der wohl prominentesten (Neben-) Wirkung der Sperrfrist: Sie schließt eine Verzichtswirkung (Präklusionswirkung) der Entlastung aus.⁴⁰⁹¹ Nach heutigem Verständnis bedeutet die Ent-

4090 Dazu oben bei Fn 3860 und noch ausf unten Fn 4108.

4091 Vgl BGH, 12.03.1959, II ZR 180/57 BGHZ 29, 385, 390: „Bei der GmbH wirkt die Entlastung wie ein Verzicht auf Ersatzansprüche oder das Anerkenntnis des Nichtbestehens derartiger Ansprüche (BGH NJW 1959, 192). Diese Wirkung kann die gemäß § 104 Abs 1 AktG von der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft beschlossene Entlastung im Hinblick auf die in § 84 Abs. 4 Satz 3 AktG getroffene Regelung im allgemeinen nicht haben. Nach dieser Bestimmung darf die Aktiengesellschaft auf Ersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder innerhalb von fünf Jahren seit Entstehung des Anspruchs überhaupt nicht und nach Ablauf dieser Frist nur unter bestimmten Voraussetzungen verzichten. Damit wird die Bedeutung der Entlastung für das Gebiet des Aktienrechts eingeschränkt. Die Hauptversammlungsbeschlüsse von Aktiengesellschaften, die dem Vorstand Entlastung erteilen, bringen nichts weiter als die Billigung der Geschäftsführung und das Vertrauen in sie zum Ausdruck [...]“. Im Anschluss daran auch OGH 03.07.1975, 2 Ob 356/74 SZ 48/79: „Im allgemeinen kann sicherlich die von der Hauptversammlung beschlossene Entlastung des Vorstandes in Hinblick auf die durch § 84 Abs. 4 Satz 3 AktG 1937 (nun ebendort AktG 1965) getroffene Regelung, daß die Gesellschaft vor Ablauf von 5 Jahren nicht auf Ersatzansprüche gegen den Vorstand verzichten könne, nicht die Wirkung eines Verzichtes auf Schadenersatzansprüche oder das Anerkenntnis des Nichtbestehens solcher Ansprüche haben, weil durch die angeführte Norm die Bedeutung der Entlastung für das Gebiet des Aktienrechtes eingeschränkt wird auf die Billigung der Geschäftsführung und den Ausdruck des Vertrauens in sie“. Vgl auch 08.05.2008, 6 Ob 28/08y HS 39.014 Pkt 5.1: „Im Hinblick auf § 84 Abs 4 Satz 3 AktG [...] bedeutet die Entlastung aber nicht einen Verzicht auf derartige Ansprüche [...]“. Vgl aus der Lit etwa Baumbach, AktG³ (1939) § 84 Anm 6 B. (S 173): „Diese Vorschrift gibt der Entlastung des Vorstands die Bedeutung eines bloßen Vertrauensauspruchs [...]“.

Aus der Lit W. Schmidt in Gadow et al, AktG (1939) § 124 Anm 1 (S 522); Neflin, NJW 1959, 1666 (1667); Schönle, ZHR 126 (1964) 199 (220): „Das Aktiengesetz von 1937 hat also die Entlastung sehr entwertet.“; Losert/Schiemer/Stadler, AktG (1966) § 84 Anm 17: „Aus dieser Anordnung folgt, daß die Entlastung von Verwaltungsträgern durch die HV [...] nicht schon einen Verzicht auf Ersatzansprüche bedeutet.“ Vgl Aumüller/Heiter in Kalss/Frotz/Schörghofer, Hdb Vorstand Kap 45 Rz 9, wonach § 84 Abs 4 Satz 3 AktG in systematisch-logischer Interpretation auf § 104 AktG „ausgestrahlt“ habe und die bis dahin vertretene Annahme einer Verzichtswirkung der Entlastung daher „nicht mehr eins-zu-eins“ aufrechterhalten werden konnte. Um der Entlastung eine Verzichtswirkung zu belassen, nahmen v Godin/Wilhelmi (AktG² [1950] § 84 Anm 22 [S 366 f]) an, § 84 Abs 4 Satz 3 AktG beziehe sich nur auf Ersatzansprüche gem § 84 Abs 3 AktG. Diese Auffassung wurde allerdings zu Recht mehrheitlich abgelehnt (vgl etwa Schuler, NJW 1960, 601 [601 FN 8]; Schönle, ZHR 126 [1964] 199 [220 f]). Vgl auch Gurmann/Eberhardt, GES 2012, 119 (120 f). In der Folge war auch str, ob die Entlastung ohne Verzichtswirkung überhaupt noch eine praktische Bedeutung haben kann. Vgl dazu v Godin/Wilhelmi, AktG² (1950) § 84 Anm 17 (S 264): „kaum irgendeine Bedeutung“;

lastung in der AG (außer: nach hM⁴⁰⁹² bei Einstimmigkeit aller Aktionäre) nicht mehr als eine Billigung der Verwaltung für die Vergangenheit und eine Vertrauenskundgabe für die Zukunft.⁴⁰⁹³ Darin liege ein wesentlicher Unterschied zur GmbH.⁴⁰⁹⁴ Bemerkenswerterweise stand aber bis zur Schaffung der Sperrfrist durch das AktG 1937/1938 sowohl in Schrifttum⁴⁰⁹⁵ als auch Rsp⁴⁰⁹⁶ ganz außer Frage, dass die Entlastung grundsätzlich⁴⁰⁹⁷ als Verzicht

Schönle, ZHR 126 (1964) 199 (220): „äußerst gering“; Brox, BB 1960, 1226 (1229): „geringe Bedeutung“; differenzierter Schlegelberger et al, AktG³ (1939) § 104 Anm 3. a) (S 432 ff): „Bedeutung nicht völlig eingebüßt“. Vgl auch den (nicht in Kraft getretenen) deutschen Regierungsentwurf eines GmbHG, der die aktienrechtliche Sperrfrist bei sonstiger Nachbildung des § 93 Abs 5 dAktG mit folgender Begründung (s RegE-dGmbHG 1971 BT-Drs VI/3088 126 rSp) nicht übernahm: „Eine Sperrfrist würde dazu führen, daß die Entlastung eine andere Bedeutung erhielte als nach geltendem Recht.“ Das heutige Schrifttum betont die psychologische Bedeutung der Entlastung (vgl nur Simonishvili, Entlastungsbeschlüsse 25 mwN).

4092 Vgl OGH 03.07.1975, 2 Ob 356/74 SZ 48/79; aus der Lit hier nur Bydlinski/Potyka in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 104 Rz 31; abl zB E. Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 104 Rz 66 f; vgl auch die Nw in Fn 3721.

4093 Vgl die Nw in Fn 4091 und darüber hinaus etwa Schiemer, AktG² § 84 Anm 17.1, § 104 Anm 1.2 und § 211 Anm 5.2; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 84 Rz 112; Ch. Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 104 Rz 59; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, ÖGesR² Rz 3/542; dies in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 456; Wendt in MüKo AktG⁵ § 120 Rz 64 f; Simonishvili, Entlastungsbeschlüsse 23 mwN; für Deutschland zB Kubis in MüKo AktG⁵ § 120 Rz 14; Koch in Koch, AktG¹⁷ § 120 Rz 2.

4094 Vgl etwa M. Neumayr, JBl 1990, 273 (273); Krause, BB 2009, 1370 (1374).

4095 Vgl zum dHGB 1897 etwa Brodmann, Aktienrecht (1928) § 241 Anm 1 e) (S 264); Ring/Schachian, Die Praxis der Aktiengesellschaft (1929) 207 ff: „Die Entlastung ist das Gegenstück zur Haftung.“; Pinner in Staub, HGB II¹⁴ (1933) § 241 Anm 6 (S 356); Staub, HGB⁸ (1906) § 260 Anm 13 (S 885): „Zunächst kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Entlastung einen Verzicht auf weitere Ansprüche enthält [...]“; vgl auch Denkschrift dHGB 1897, abgedr bei Hahn/Mugdan, Materialien 312: „Befreiung des Vorstandes von seiner Verantwortlichkeit für die zurückliegende Geschäftsführung“; vgl retrospektiv zum AktG 1937/1938 Weipert in Gadow et al, AktG (1939) § 84 Anm 37 (S 331); v Godin/Wilhelmi, AktG² (1950) § 84 Anm 20 (S 366), § 104 Anm 4: „Nach früherer, fast allgemeiner Rechtsmeinung und Rechtsprechung [...] galt die Entlastung als ein abstraktes negatives [sic] Anerkenntnis, welches den Verzicht auf irgendwelche Rechtsansprüche bedeutete, auch wenn sie aus der Geschäftsführung entstanden waren [...]“; Neflin, NJW 1959, 1666 ff; Schuler, NJW 1960, 601 (601); Schönle, ZHR 126 (1964) 199 (219 ff).

4096 Vgl RG 02.02.1923, II 147/22 RGZ 106, 258 (262); 19.11.1926, II 403/25 RGZ 115, 246 (250).

4097 Die dogmatische Grundlage und die Verzichtswirkung der Entlastung wurden bisweilen auch schon unter der Geltung des dHGB 1897 und AktG 1937/1938 in Frage gestellt (vgl hierzu weiterführend nur v Godin/Wilhelmi, AktG² ([1950]) § 104 Anm 4 [S 468 f]). Als ausschlaggebende Zäsur für den Paradigmenwechsel ist aber wohl dennoch die Schaffung der Sperrfrist auszumachen, die eine Verzichtswirkung jedenfalls ausschließt. Vgl idS auch Schönle, ZHR 126 (1964) 199 (200): „Der Meinungsstreit über die rechtliche Bedeutung des Entlastungsbeschlusses entstand vor allem seit Inkrafttreten des Aktiengesetzes von 1937. § 84 Abs. 4 S 3 und

der Gesellschaft auf erkennbare Ersatzansprüche wirkt.⁴⁰⁹⁸ Allgemeine (zivilrechtliche) Einwände gegen eine Verzichtswirkung der Entlastung bleiben hier außer Betracht; hier soll es nur darum gehen, dass eine Verzichtswirkung früher nach allgM bestand und durch die Sperrfrist (jedenfalls) ausgeschlossen wurde. Das deutsche Aktienrecht nimmt idZ eine Sonderstellung ein, denn § 120 Abs 2 dAktG⁴⁰⁹⁹ stellt unmissverständlich klar, dass die Entlastung keinen Verzicht auf Ersatzansprüche bedeutet, sondern nur eine Billigung der Verwaltung durch die HV (das öAktG kennt keine vergleichbare Anordnung). Die AmtlBegr zum dAktG 1965 führt diese Rechtsfolge explizit auf die Sperrfrist zurück: *„Die Bedeutung der Entlastung ist nach geltendem Recht zweifelhaft. Fest steht, daß sie keinen Verzicht auf Ersatzansprüche der Gesellschaft enthält, weil die Gesellschaft erst fünf Jahre nach der Entstehung des Ersatzanspruchs auf ihn verzichten kann (§ 84 Abs. 4 Satz 3 AktG).“*⁴¹⁰⁰

§ 99 AktG bestimmen, daß die Gesellschaft erst nach fünf Jahren seit einer Sorgfaltspflichtverletzung der Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder auf den daraus entstandenen Anspruch verzichten kann [...].“

4098 Ausf etwa *Simonishvili*, Entlastungsbeschlüsse 6 ff; referierend auch *E. Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 104 Rz 66.

4099 § 120 Abs 2 dAktG: *„Durch die Entlastung billigt die Hauptversammlung die Verwaltung der Gesellschaft durch die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats. Die Entlastung enthält keinen Verzicht auf Ersatzansprüche.“*

4100 AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 148 lSp. Unverständlich ist daher, dass es in der AmtlBegr (1965 BT-Drs IV/171 148 rSp) kurz darauf weiter heißt: *„Er [sc der Entlastungsbeschluss] enthält, wie Absatz 2 Satz 2 klarstellt, keinen Verzicht auf Ersatzansprüche. Das gilt auch dann, wenn die in § 90 Abs. 4 Satz 3 vorgesehene Sperrfrist für den Verzicht in dem Zeitpunkt des Entlastungsbeschlusses bereits verstrichen ist.“* Einerseits begründet die AmtlBegr die mangelnde Verzichtswirkung mit der (dreijährigen) Sperrfrist, andererseits soll eine Verzichtswirkung auch ausscheiden, wenn die Sperrfrist abgelaufen ist. „Reguläre“ Verzichte oder Vergleiche sollen dann aber sehr wohl Verzichtswirkung haben, obwohl die Sperrfrist unmittelbar nur von Verzichten und Vergleichen spricht. Krit bereits *Schönle*, ZHR 126 (1964) 199 (223): *„aus unersichtlichen Gründen“*; ähnlich *Brox*, BB 1960, 1226 (1227). Anders *Simonishvili*, Entlastungsbeschlüsse 73, wonach der deutsche Reformgesetzgeber einen anderen Grund als die Sperrfrist des § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG vor Augen hatte, als er im Zuge der Aktienreform 1965 mit § 120 Abs 2 Satz 2 dAktG klarstellte, dass der Entlastungsbeschluss im Aktienrecht keine Verzichtswirkung hatte. Allerdings würdigt *Simonishvili* offenbar nur den zweiten der oben zitierten Auszüge aus der AmtlBegr zum dAktG 1965, denn aus dem ersten ergibt sich deutlich, dass sich der deutsche Gesetzgeber auf die Sperrfrist stützte (arg: *„weil die Gesellschaft erst fünf Jahre nach der Entstehung des Ersatzanspruchs auf ihn verzichten kann (§ 84 Abs. 4 Satz 3 AktG)“*; AmtlBegr aaO 148 lSp). Für das insoweit noch auf dem Stand des AktG 1937/1938 befindliche österreichische Aktienrecht hat § 120 Abs 2 dAktG mE keine Bedeutung. Eine Verzichtswirkung von Entlastungen wäre deshalb nach Ablauf der Sperrfrist (was freilich praktisch freilich kaum vorkommen wird) gem allg Grundsätzen zu beurteilen. Für eine Verzichtswirkung der Entlastung nach Ablauf der Sperrfrist zum dAktG 1937 schon ausdr *Ritter*, AktG² (1939) § 84 Anm 8 (S 281); ebenso *Schönle*, ZHR 126 (1964) 199 (222 f): *„Der*

Der Ausschluss der Verzichtswirkung führt zwar nicht zu unmittelbaren Widersprüchen, weil nirgends gesetzlich angeordnet ist, dass die Entlastung eine solche Wirkung hat. Die Sperrfrist führt aber insoweit *mittelbar* zu Widersprüchen, als andere Normen eine grundsätzliche Verzichtswirkung der Entlastung als Regelungsprämisse (noch) voraussetzen. Das gilt bspw für § 125 Satz 1 AktG. Danach kann niemand „für sich oder für einen anderen das Stimmrecht ausüben, wenn darüber Beschluss gefasst wird, ob er **zu entlasten** oder von einer Verbindlichkeit zu befreien ist“⁴¹⁰¹ oder ob die Gesellschaft gegen ihn einen Anspruch geltend machen soll.“⁴¹⁰² Der Zweck des Stimmverbots liegt – wie auch die Paragrafenüberschrift verrät – in der Vermeidung von Interessenkonflikten bei der Stimmrechtsausübung.⁴¹⁰³ Niemand soll Richter in eigener Sache sein können.⁴¹⁰⁴ Schon *v Godin/Wilhelmi*⁴¹⁰⁵ bemerkten, dass die Anordnung eines Stimmverbots und die Gleichstellung mit der Befreiung von einer Verbindlichkeit sinnlos wären, wenn die Entlastung keinerlei Rechtswirkungen hätte.⁴¹⁰⁶ Ein allfälliger Interessenkonflikt könnte sich dann nämlich nicht nachteilig auswirken (zumindest

Entlastungsbeschluss hat dann wieder seine natürliche Bedeutung [...] und entfaltet Verzichtswirkung [...]“.

4101 Aus der zweiten Tatbestandsalternative (Befreiung von einer Verbindlichkeit) ist mE nicht *e contrario* zu schließen, dass die Entlastung *nicht* von einer Verbindlichkeit befreien würde. Denn die Befreiung von einer Verbindlichkeit ist der weitere Begriff. Entlastet werden können nämlich nur Organmitglieder, von einer Verbindlichkeit kann jeder Aktionär befreit werden. Das bestätigt die GmbH-rechtliche Parallelbestimmung (§ 39 Abs 4 GmbHG), wonach ein Stimmrecht nicht hat, wer ua „durch die Beschlussfassung von einer Verpflichtung befreit, oder wem ein Vorteil zugewendet werden soll“. Die EBRV (236 BlgHH 17. Session 1904 70) stellen hierzu klar, dass die Entlastung davon mitumfasst ist: „Die Abweichungen von dem Wortlaute des § 47 des deutschen Gesetzes bezwecken nicht einen meritorisch verschiedenen Inhalt, sondern nur die schärfere Auszeichnung der Fälle, in denen das Stimmrecht versagt wird. Die Gegenüberstellung von Vorteil und Verbindlichkeit ermöglicht es einerseits, das Wörtchen ‚entlastet‘ zu entbehren, das bei Gesellschaften mit einfachen Verhältnissen möglicherweise ganz unverständlich wäre.“.

4102 Hervorhebung durch den Verf. Vgl den ähnlichen Regelungszweck des § 130 Abs 1 Satz 2 AktG.

4103 Vgl erstmals Art 190 Abs 3 ADHGB 1884 und die Motive hierzu (AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 465): „Daß der Entwurf (Art. 221, Art. 190 Abs. 3) einem Jeden, welcher durch die Beschlussfassung entlastet, von einer Verpflichtung befreit oder mit welchem ein Rechtsgeschäft abgeschlossen werden soll, es versagt, bei der betreffenden Beschlussfassung ein Stimmrecht für sich selbst oder für Andere auszuüben, wird einer Rechtfertigung kaum bedürfen; von einem selbst Beteiligten kann nicht erwartet werden, daß er das eigene Interesse dem Interesse der Gesellschaft nachstellt.“

4104 Vgl A. Heidinger, GesRZ 1997, 237 (240) mwN.

4105 Vgl *v Godin/Wilhelmi*, AktG² (1950) § 84 Anm 22 (S 366).

4106 Dagegen könnte eingewendet werden, dass ein Interessenkonflikt schon wegen der sonstigen mit einer verweigerten Entlastung verbundenen negativen Folgen besteht. Dies entspricht aber – wie auch die zwei anderen Fallvarianten zeigen – wohl nicht der Absicht des Gesetzgebers.

nicht in derselben Intensität, wie in den anderen Tatbestandsvarianten). Eine andere Bestimmung, die durch den Ausschluss einer Verzichtswirkung obsolet geworden ist, ist § 104 Abs 2 Z 3 AktG.⁴¹⁰⁷ Danach ist jährlich eine HV einzuberufen, die (unter anderem) zwingend über die Entlastung der Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats zu beschließen hat. Die *ratio* der periodischen (jährlichen) Entlastung wurde oben schon angesprochen: Die Vorstandsmitglieder haben ein berechtigtes Interesse daran, nach jedem Geschäftsjahr bei Vorlage des Jahresabschlusses und der übrigen Unterlagen (unter Wahrung des Gläubiger- und Minderheitenschutzes) Gewissheit darüber zu haben, ob sie in Zukunft (bis zur Verjährung) allenfalls mit einer Inanspruchnahme rechnen müssen.^{4108, 4109}

4107 Vgl auch *v Godin/Wilhelmi*, AktG² (1950) § 84 Anm 22 (S 366). Das ADHGB 1884 enthielt noch keine ausdr Regelung zur jährlichen Beschlussfassung über die Entlastung (vgl aber Art 239a Abs 3). Ursprünglich war die Entlastungsentscheidung Bestandteil der Rechnungslegung. Als solcher hatte sie die Bedeutung einer Quittungserteilung (vgl etwa *Kubis* in MüKo AktG⁵ § 120 Rz 14 mwN; *Simonishvili*, Entlastungsbeschlüsse 6 ff; vgl auch Gutachten ROHG, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 246). Erst allmählich emanzipierte sich die Entlastung vom Jahresabschluss und avancierte zum eigenständigen Rechtsinstitut und Beschlussgegenstand (s die vorigen Nw). Der heutige § 104 Abs 2 Z 3 AktG geht (erst) auf § 260 dHGB 1897 zurück, der ausweislich der Denkschrift (abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 312) aber nur klarstellen sollte, dass die Entlastung zwingend in die Kompetenz der Generalversammlung fällt, es sich also um eine reine Organisationsvorschrift handelt (vgl auch *Simonishvili*, Entlastungsbeschlüsse 10 Fn 52): „Im Eingange des § 252 [sc § 260 des Gesetzes] ist klarer zum Ausdruck gebracht, daß ausschließlich die Generalversammlung berufen ist, über [...] die Entlastung des Vorstandes zu beschließen.“

4108 Vgl bereits AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 507 (zur Rechnungslegungspflicht des Vorstands iZm dem Vorschlag, die Entlastung gar nicht eintreten zu lassen): „Den Mitgliedern des Vorstandes kann nicht zugemuthet werden, sich die Belege für ihre Geschäftsführung auf die ganze Dauer der Verjährungsfrist zu sichern, ja es würde dies ihnen bei der jederzeitigen Widerprüflichkeit der Bestellung vielfach unmöglich sein; auch darf bezweifelt werden, daß tüchtige Geschäftsleute bereit sein werden, das Amt eines Vorstandsmitgliedes zu übernehmen, wenn sie gewärtigen müßten, nach unbemängelt gebliebener Rechnungslegung während der ganzen Dauer der Verjährung außer wegen Arglist auch wegen Irrthums oder wegen eines Rechenfehlers aus der Geschäftsführung in Anspruch genommen zu werden.“ Vgl auch Gutachten ROHG aaO 246 f (iZm der Rechnungslegung und Entlastung [s auch Fn 4032]): „Allein andererseits darf man doch nicht vergessen, daß den Gesellschaftsorganen bei der Legung gehöriger Rechnung auch ein Recht auf Abnahme, bez. auf Erklärung, ob und was beanstandet wird, und auf Entlastung, falls keine Monita zu ziehen sind, zur Seite steht und stehen muß. Es kann ihnen nicht zugemuthet werden, sich auf weite Zeiträume hinaus der Belege für ihre Geschäftsführung wie aller sonst erforderlichen Beweismittel zu versichern.“ S schon bei Fn 4032. Dieses anerkannte Rechtssicherheitsinteresse der Vorstandsmitglieder hat sich auch auf den Umfang der im Gläubigerinteresse in disponiblen Vorstandshaftung ausgewirkt. Das ROHG erachtete wegen der ausgeschlossenen Gesellschafterhaftung und der damit einhergehenden Gläubigergefährdung zwar eine umfassende (Außen-)Haftung der Vorstandsmitglieder (auch für „kulpöse“ Geschäftsführung) als angemessen, empfahl eine Haftung aber den-

noch nur für „Gesetzes- und Statutenverletzungen“, und nicht für kulpöse Geschäftsführung. Vgl ROHG, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 217, wonach es „im Allgemeinen [...] als ein gerechtfertigtes Verlangen der Geschäftsorgane angesehen werden muß, nach ihrer jährlichen Rechnungslegung an die Gesellschaft entlastet zu werden oder bestimmte Monita gezogen zu sehen.“ Vgl dazu schon ausf oben S 288 ff. Der Reformgesetzgeber von 1884 schloss sich diesen Überlegungen an. Vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 509: „Offenbar würde es zu weit gehen, würde man die Mitglieder des Vorstandes auch für eine bloße kulpöse Geschäftsführung und für jedes statutenwidrige Handeln den Gesellschaftsgläubigern verantwortlich erklären, da nicht gefordert werden kann, daß die Mitglieder des Vorstandes sich ungeachtet der ihnen von der Gesellschaft erteilten Entlastung noch nach Jahren Gläubigern gegenüber wegen ihrer Geschäftsführung verantworten sollen.“ Derselbe Gedanke liegt im geltenden Recht § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG zugrunde. Auch der Aktiengesetzgeber von 1937/1938 hielt aus Gründen des Gläubigerschutzes zwar grundsätzlich eine umfassende indisponible Vorstandshaftung für erforderlich (diesmal aber wegen der abgeschafften Weisungsgebundenheit des Vorstands). Auch er begrenzte aber die indisponible Haftung (auf grobe Fahrlässigkeit außerhalb § 84 Abs 3 AktG), weil eine Haftung auch für leicht fahrlässig pflichtwidrige Geschäftsführung „auf das Verantwortungsbewußtsein des Vorstands lähmend wirken und nicht dem Vortheil der Gesellschaft dienen [würde].“ (AmtlBegr AktG 1937/1938 180 [abgedr auch bei Klausung, AktG 71]; dazu noch sogleich unten). Die Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG sprechen zwar (insoweit unspezifisch) von Verzichten und Vergleichen, sie gehen aber im Kern zurück auf das ADHGB idF der Aktienreform von 1884 (wo auf die Rechtswirkungen von Dispositionen zunächst nur in den Motiven hingewiesen worden war [ausf zur Genese oben S 802 ff]). Nach den Motiven (AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 463) versteht es sich „von selbst, daß der Anspruch, wenngleich er seinem Wesen nach ein Anspruch der Gesellschaft ist, nicht durch Verzicht, Erlaß oder Vergleich seitens der Gesellschaft den Gläubigern wirksam entzogen werden kann“, weil „[a]ndernfalls [...] ihr Verfolgungsrecht zu einem werthlosen Scheine herabsinken [würde]“. Und diese Aussage wiederum (die in der Vorversion der Motive noch nicht enthalten war) war eine Reaktion auf die zwischenzeitliche Kritik Wieners (Entwurf 100 f) an dem Konzept der Haftungskonzentration auf die Gesellschaft und dem korrespondierenden Verfolgungsrecht der Gläubiger (vgl § 84 Abs 5 Satz 1 AktG), das damals noch nicht durch flankierende Dispositionsbeschränkungen abgesichert war; die Kritik Wieners lautete: „Die Wirkungen dieser Übertragung des Gesellschaftsanspruchs an die Gesellschaftsgläubiger zur selbständigen Verfolgung können im einzelnen viele Zweifel hervorrufen. Erlischt die Möglichkeit dieser Verfolgung, wenn die Gesellschaft den Organen Decharge [sc Entlastung] erteilt hat? Bejaht man dies, so ist dies ganze Recht der Gläubiger illusorisch. Wie sollen die Gläubiger dazu kommen, bereits im Laufe des Geschäftsjahres der Gesellschaft durch Arreste die Dechargeerteilung zu untersagen? Die Konstruktion hat etwas Verwickeltes.“ Da die Ersatzansprüche der Gesellschaft freilich nicht nur durch die Entlastung, sondern auch durch (sonstige) Verzichte oder Vergleiche zulasten der verfolgungsberechtigten Gläubiger vernichtet werden konnten, spricht die AmtlBegr (und später auch das Gesetz) wohl – insoweit allgemeiner – von Verzichten und Vergleichen (und vom „Erlaß“). Davon war nach damaligem Verständnis gerade auch die Entlastung erfasst, die nach allgM (bis zur Schaffung der Sperrfrist durch das dAktG 1937) Verzichtswirkung hatte (s die Nw in Fn 4095 f).

Das Bedürfnis nach einer periodischen Haftungsbefreiung lehnt etwa *Simonishvili* (Entlastungsbeschlüsse 19 mwN) ab. Nach *Simonishvili* ist nicht ersichtlich, worin das Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach einer periodisch wiederkehrenden Haftungsbefreiung liegt. Dass ein Sachverhalt nach längerer Zeit nicht mehr aufklärbar ist, könne nicht überzeugen, denn dies sei keine Eigentümlichkeit der Entlastung. Derartige Gegebenheiten würden im Allgemeinen durch die Verjährungsfristen Rechnung getragen. Klare Verhältnisse zwischen Gesellschaft und Geschäftsführung iSe Haftungsbefreiung könnten zudem durch den Abschluss eines Generalbereinigungsvertrages geschaffen werden, wobei die Reichweite der bereinigenden Wirkung dem Parteiwillen unterliege. Daher könne die Funktion der Entlastung nicht in der Befreiung von Schadenersatzansprüchen liegen.

Diesem Einwand ist mE aus mehreren Gründen nicht zu folgen. Richtig ist zunächst, dass die Fünfjahresverjährung (wie oben dargelegt) den Zweck hat, „die verantwortlichen Personen [nicht] in zu langer Schwebe vor der Besorgniß einer Verfolgung zu lassen.“ (Kommissionsbericht ADHGB 1884, in Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 5. Legislaturperiode, IV. Session 1884, 4. Band, Anlage 128 S 1009 [1015]). Vorauszuschicken ist aber, dass die Verjährung die angesprochene Funktion (Rechtsfrieden) nur erfüllen kann, wenn man sie – entgegen der hM und mit der zutr Mindermeinung – als objektive (dh kenntnisunabhängige) Frist qualifiziert (soweit ersichtlich offenlassend *Simonishvili*, Entlastungsbeschlüsse). Gleichwohl lässt sich schon bei unbefangener Betrachtung nicht sagen, dass durch die Verjährung die klärende Funktion der Entlastung (wie sie sich aus den oben zitierten Mat ergibt) hinfällig würde. Denn die Rechtsfolgen beider Institute sind durchaus unterschiedlich: Die Entlastung verschafft schon nach einem Jahr (jährlich) Sicherheit, dafür steht diese Sicherheit unter dem Vorbehalt von Minderheits- und Gläubigerinteressen. Die Verjährung verschafft erst nach fünf Jahren Sicherheit, dafür wirkt diese Sicherheit absolut und setzt sich auch gegen Minderheits- und Gläubigerinteressen durch. Schon deshalb lassen sich aus der Verjährungswirkung keine Schlüsse auf die Funktion oder Bedeutung der Entlastung ziehen. Außerdem hat der Reformgesetzgeber von 1884 sowohl Art 241 Abs 4 ADHGB (in dem die Bedeutung der Entlastung für die Vorstandsmitglieder wie erwähnt zum Ausdruck kommt) als auch Art 241 Abs 5 (Verjährung) in das Gesetz übernommen. Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, dass die Verjährungsregelung erst nachträglich durch die Reichstagskommission eingefügt wurde (näher oben S 1034 ff), denn ein gesetzgeberisches Versehen sollte nicht ohne Grund angenommen werden (außerdem hat sich die Kommission auch mit dem übrigen Inhalt des Art 241 auseinandergesetzt). Fragt man weiter nach dem Verhältnis von Entlastung und Verjährung, erfährt man jedoch weder aus dem Gesetz noch aus den Materialien Genaueres. Die Antwort auf diese Frage ergibt sich vielmehr (erst) aus dem Reformgutachten von *Heinrich Wiener*, dem „Begründer“ der gesellschaftsrechtlichen Fünfjahresverjährung, dessen Vorschlag von der Reichstagskommission umgesetzt wurde. *Wiener* (Entwurf 102 f) befasste sich in erstaunlicher Klarheit auch mit dem Wechselspiel von Entlastung und Verjährung: „Geboten erscheint ferner auch hier, insbesondere gerade wegen der den Gesellschaftsorganen obliegenden Beweispflicht, für alle diese Ersatzansprüche eine kürzere Verjährungsfrist festzusetzen. Dies gilt insbesondere gegenüber den Ansprüchen der Gesellschaftsgläubiger, welchen doch wohl nach der Intention des Entwurfes die jährliche Decharge [sc Entlastung] der Gesellschaft nicht entgegenstehen soll. Solche kürzere Verjährung erscheint aber angemessen und billig auch den Ansprüchen der Gesellschaft gegenüber, da die jährliche Decharge nicht die Anfechtung derselben wegen

Irrtums oder Auslassungen in den Bilanzen oder den Geschäftsberichten ausschließt, in welchem Falle die Ansprüche wieder auflieben würden. Auch Beunruhigungen mit Ansprüchen auf Grund solcher Anfechtungsversuche müssen nach einer kürzeren Zeit unmöglich sein. [Hervorhebungen durch den Verf]“. Die fünfjährige Verjährung war demgemäß konzipiert als zweiter „Schutzwall“ der Rechtssicherheit, wenn und soweit die Entlastung aus Gründen des Individual-/Minderheiten- oder Gläubigerschutzes keine Wirksamkeit entfalten konnte. Dass die Haftung vor allem im Gläubigerinteresse nicht durch einen Verzicht oder Vergleich (oder eine Entlastung) ausgeschlossen wird, ergibt sich heute aus § 84 Abs 5 Satz 3 AktG. Diese Anordnung geht, wie oben erwähnt, ebenfalls zurück auf einen krit. Einwand *Wieners* gegenüber der gesetzlichen Einziehungskonstruktion (*Wiener*, Entwurf 100 f; dazu näher iZm dem Verfolgungsrecht oben S 802 ff), darauf war aber damals im ADHGB 1884 nur in den Mat hingewiesen worden (AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 463); erst später wurde diese Dispositionsbeschränkung auch ausdr im Gesetzestext ausformuliert (erstmal in § 241 Abs 4 dHGB 1897 – neben einem vorherigen HV-Beschluss – auch für einen „Verzicht“; dann mit dem dAktG 1937 auch für den „Vergleich“). Die kürzere (fünfjährige) Verjährung sei nach *Wiener* aber auch sachgerecht bei „*Ansprüchen der Gesellschaft gegenüber*“ (womit Ersatzansprüche gemeint sind, die nicht vom Verfolgungsrecht der Gläubiger erfasst sind, dh grundsätzlich unter dem Aspekt des Gläubigerschutzes disponibel sind), denn die Vorstandsmitglieder könnten sich selbst im Fall der erteilten Entlastung nie ganz sicher sein, ob sie künftig noch zur Verantwortung gezogen werden, weil der Entlastungsbeschluss später noch angefochten werden könnte, wodurch die Haftung wiederaufleben würde. Auch in diesen Fällen ist daher Rechtssicherheit durch Maximalfrist nötig. Demgemäß macht die Verjährung die Haftungsbefreiungswirkung der Entlastung nicht obsolet (so aber *Simonishvili* aaO). Andernfalls hätte die Entlastung mit der Schaffung der (kürzeren) Verjährung entfallen können. Vielmehr setzt die Verjährung die Entlastung – wie gezeigt – notwendig voraus und *ergänzt* sie nur um eine absolut wirkende Rechtssicherheit, die nicht bedingt ist durch die genannten Schutzinteressen (dafür aber auch erst später einsetzt). Es handelt sich daher um *komplementäre* Rechtsinstitute. Da der Gesetzgeber sowohl die Entlastung (und begleitende Regelungen) als auch die Fünfjahresverjährung bis in das heutige Recht fortgeführt hat, ist mangels gegenteiliger Anhaltspunkte davon auszugehen, dass die von *Wiener* formulierten *Rationes* auch dem geltenden Recht zugrunde liegen. Daran ändert auch die zT abw „Referenzrechtslage“ im Zeitpunkt der Verfassung des Entwurfs von *Wiener* nichts. Als *Wiener* seit Gutachten verfasste, enthielt der Reformentwurf von 1883, auf den sich *Wiener* bezog, in Art 190a iVm Art 222 noch eine Anfechtungsfrist von drei Monaten (Entwurf eines Gesetzes betreffend die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaften: Nebst Begründung und Anlagen; Vorgelegt dem Bundesrath am 7. September 1883, abgedr in Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts. N.F. Bd 19 = Bd 44, 1883). *Wiener* billigte diese Anfechtungsfrist (Entwurf 115). Sie wurde danach, mit dem ADHGB 1884 jedoch ein Monat verkürzt. Das ändert aber wohl nichts an der von *Wiener* betonten Berechtigung der kurzen Fünfjahresverjährung (auch) für grundsätzlich disponible (Gesellschafts-)Ansprüche. Zum einen ist der Unterschied in der Fristlänge gering und wird kaum eine spürbare Auswirkung auf die (insoweit unerwünschte) Antizipation einer Anfechtung (und damit eines Haftungsrisikos) haben. In jedem Fall hat der Gesetzgeber von 1884 die Fünfjahresverjährung für *alle* Ersatzansprüche angeordnet, womit er implizit ein

Rechtssicherheitsbedürfnis auch bei bloß anfechtbaren Beschlüssen anerkannt hat (so auch noch im geltenden Recht). Was den Gläubigerschutz betrifft, ist unklar, ob sich die Gesetzesverfasser nach der Einarbeitung des Gutachtens *Wieners* noch mit dem Umfang der indisponiblen Vorstandshaftung beschäftigt haben. Zuvor haben die Verfasser (entspr den Vorarbeiten des ROHG) die indisponible Haftung (ursprünglich die Außenhaftung) ja auf den Kapitalschutz (Art 241 Abs 3 ADHGB 1884) eingeschränkt, ua weil eine Haftung auch für leicht fahrlässige „kulpöse Geschäftsführung“ die nötige Risikobereitschaft der Vorstandsmitglieder beeinträchtigen würde (AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 509). Dabei hatten die Redaktoren (und das ROHG) wohl noch eine 30-jährige Regelverjährung vor Augen (s dazu iZm § 84 Abs 6 AktG oben S 1034 ff). Da die im Gläubigerinteresse indisponible Vorstandshaftung (dh das Verfolgungsrecht und die Dispositionsbeschränkungen gem Art 241 Abs 4 ADHGB 1884; entspr iW § 84 Abs 5 Satz 3 AktG idgF) auch *nach* Implementierung der Fünfjahresverjährung weiterhin auf den Kapitalschutz (Art 241 Abs 3) beschränkt war, ist wohl davon auszugehen, dass auch eine Aufrechterhaltung der Haftung binnen fünf (statt 30 Jahren) nachteilige Folgen für die Risikobereitschaft hat – maW: dass die jährliche Haftungsfreistellungswirkung *qua* Entlastung auch neben einer Fünfjahresverjährung weiterhin erforderlich ist. Dies hat der Gesetzgeber des dAktG 1937 etwas später (wenn auch unter etwas anderen Prämissen) eindrucksvoll bestätigt: Wie schon das ROHG und der Reformgesetzgeber von 1884 ging der Aktiengesetzgeber von 1937 davon aus, dass der Gläubigerschutz eine umfassende indisponible Vorstandshaftung verlangt (dh eine umfassende Anwendung des Verfolgungsrechts und der Dispositionsbeschränkungen auf alle Ersatzansprüche). Den Grund dafür sah er indes nicht (allg) in der ausgeschlossenen Gesellschafterhaftung, sondern – insoweit aktienspezifisch – in der (angeblichen) Gläubigergefährdung aufgrund der neuen Leitungsautonomie des Vorstands (dazu krit oben S 819 ff). Deshalb erweiterte der Gesetzgeber die indisponible Haftung über den Kapitalschutz (§ 241 Abs 3 dHGB 1897) hinaus auf alle sonstigen Ersatzansprüche, limitierte sie aber gleichwohl mit grober Fahrlässigkeit. Denn er erkannte, dass eine indisponible Haftung auch für leicht fahrlässige „bloße Geschäftsführung“ (in den Worten des ROHG: „kulpöse Geschäftsführung“) „auf das Verantwortungsbewusstsein des Vorstands lähmend wirken und nicht dem Vorteil der Gesellschaft dienen [würde].“ (AmtlBegr AktG 1937/1938 180; abgedr auch bei *Klausing*, AktG 71). Die Antizipation einer potenziellen Inanspruchnahme, oder in den Worten *Wieners*: die „*Benunruhigungen mit Ansprüchen*“, bis zur Anspruchsverjährung würde also die (nötige) Risikobereitschaft der Vorstandsmitglieder hemmen. Damit hat der Gesetzgeber somit nicht nur das Bedürfnis einer Haftungsfreistellung durch Entlastung neben der Fünfjahresverjährung implizit anerkannt (indem er die Entlastung beibehalten hat); er hat auch klargestellt, dass die Entlastungswirkung nicht nur als „Residuum“ fungiert, deren Umfang durch die Minderheits- und Gläubigerinteressen determiniert wird – vielmehr determiniert die Entlastungswirkung umgekehrt jene Schutzinteressen! Denn eigentlich würde das Gläubigerinteresse nach Ansicht des Gesetzgebers ja eine umfassende indisponible Vorstandshaftung rechtfertigen. Diese Haftung musste aber dem Rechtssicherheitsbedürfnis der Vorstandsmitglieder zwecks Gewährleistung der Risikobereitschaft weichen, für das auch die Fünfjahresverjährung nicht ausreichte. Insofern ist die Entlastungswirkung und die (nur) dadurch erreichte Risikobereitschaft ein eigenständiges Schutzinteresse, das auch dem Gläubigerinteresse vorgeht. Offenbar hat die Entlastung also Bedeutung für jenen Haftungsbereich (leichte Fahrlässigkeit), in dem sich nur schwer einschätzen

Dieses Bedürfnis hat der Gesetzgeber wie erwähnt auch bei der Einschränkung von Dispositionen über die Vorstandshaftung im Gläubigerinteresse (§ 84 Abs 5 AktG) berücksichtigt. Dort hat der Gesetzgeber klargestellt, dass im Bereich leichter Fahrlässigkeit (außerhalb des Kapitalschutzes gem § 84 Abs 3 AktG) das Bedürfnis nach Rechts- und Planungssicherheit auf Seiten der Organmitglieder insb durch die (jährliche) Entlastung dem (angenommenen) Gläubigerschutzbedürfnis nach indisponibler Haftungsmasse *qua* Haftung vorgeht (wobei natürlich die Erhaltung der nötigen Risikobereitschaft der Vorstandsmitglieder mittelbar-langfristig auch den Gläubigern zugutekommt). Bedeutet die Entlastung nun aber nicht mehr als eine Billigung der Geschäftsführung, dürften Organmitglieder auch kein (vergleichbar)⁴¹¹⁰ dringendes Interesse an einer jährlichen Beschlussfassung gem § 104 Abs 2 Z 3 AktG haben.⁴¹¹¹ In jedem Fall – unabhängig von der

lässt, ob ein Verhalten pflichtwidrig war. Dagegen geht es bei der Verjährung va darum, dass Vorstandsmitglieder eine Haftung (mag diese auch zunächst – ab grober Fahrlässigkeit – leichter erkennbar sein) nach einer gewissen Zeit nicht mehr durch Gegenbeweise entkräften können. Der Vorrang der Entlastungswirkung lässt sich dadurch erklären, dass die „*Lähmung*“ des „*Verantwortungsbewusstseins*“, die nach der AmtlBegr (nur) „*nicht dem Vorteil der Gesellschaft dienen [würde]*“, mittelbar auch nicht im Interesse der Gläubiger liegen kann, denn das Gläubigerinteresse hängt gleichsam am Schicksal der Gesellschaft (wie auch der Begriff des *stakeholders* veranschaulicht). Die Gläubiger sind daher ebenfalls daran interessiert, dass die Gesellschaft mittel- bis langfristig prosperiert, was ohne eine gewisse Risikobereitschaft der Verwaltung aber nicht möglich ist. Dieses längerfristige Gläubigerinteresse muss daher dem kurzfristigen Interesse an der Schaffung von (indisponibler) Haftungsmasse vorgehen. Außerdem trifft die Gewährleistung der Risikobereitschaft auch die Legitimationsgrundlage der institutionellen „Haftungsbeschränkung“, deren Ziel es ist, die natürliche Risikoaversion der Gesellschafter zu überwinden; ein Ziel, dass durch die Schaffung von Risikoaversion auf Ebene der Agenten (Vorstand) wieder unterminiert würde (dazu schon oben einleitend S 14 ff). Die Gewährleistung der Risikobereitschaft der Vorstandsmitglieder ist daher das oberste Prinzip bei der Frage der Disponibilität(sgrenzen) der Organhaftung.

4109 Deshalb kritisch zu hinterfragen ist mE auch der Vorschlag, die Verzichtswirkung der Entlastung in der GmbH abzuschaffen (*J. Reich-Rohrwig/Ph. Kinsky/S.-F. Kraus*, Austrian Limited 101, 103). Das ist mE zumindest nicht erforderlich unter dem Gesichtspunkt des Minderheitenschutzes (dh zur Absicherung des Minderheitenklagerechts gem § 48 GmbHG gegen mehrheitliche Dispositionen über den Erstatzanspruch, weil dafür schon die [analoge] Einräumung des aktienrechtlichen Widerspruchsrechts genügt, mit dem die verfolgungswillige Minderheit [ua] eine mehrheitlich beschlossene Entlastung verhindern kann; s dazu schon die Stellungnahme in Fn 716).

4110 Rechtstatsächlich hat die Entlastung freilich weiterhin (auch ohne Verzichtswirkung) allein wegen ihrer „prestigeschädigenden“ Wirkung sehr große (psychologische) Bedeutung (vgl nur *Kubis* in MüKo AktG § 120 Rz 2; *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 120 Rz 2).

4111 IdS bereits *v Godin/Wilhelmi*, AktG² (1950) § 84 Anm 22 (S 366); auf den Widerspruch zwischen § 104 AktG und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG hinweisend auch *Neflin*, NJW 1959, 1666 (1667 lSp).

Entlastung, der Länge der Sperrfrist und dem ihr zugedachten Normzweck – ist die Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG wie gesagt auch insofern wertungswidersprüchlich, als Dispositionen über Ersatzansprüche zumindest im Bereich bloß leicht fahrlässiger Schädigung außerhalb § 84 Abs 3 AktG (*ceteris paribus*) wirksam sein müssen.

c) Empfehlung de lege ferenda

Ein Teil des Schrifttums tritt wie erwähnt dafür ein, die Sperrfrist – wie in Deutschland seit dem dAktG 1965 – auf drei Jahre zu verkürzen.⁴¹¹² Das ist mE aus den oben genannten Gründen abzulehnen. Dadurch würden zwar Verzichte und Vergleiche (in Grenzen) ermöglicht und den oben genannten Dispositionsbeschränkungen wieder ein Anwendungsbereich verschafft. Die allgemeine Sperrfrist ist allerdings – im Gegensatz zu ihrem gründungsrechtlichen Pendant (§ 43 AktG) – nicht nur zu lang, sondern überhaupt fehl am Platz. Sie lässt sich keinem denkbaren Schutzzweck zuordnen und widerspricht auch in gekürzter Form den tradierten, sorgfältig begründeten gesetzlichen Wertungen (insb § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG).

Nach vorzugswürdiger Ansicht⁴¹¹³ sollte die Sperrfrist daher ersatzlos gestrichen werden. Zu Recht hat auch der 70. DJT 2014⁴¹¹⁴ mit großer Mehrheit die Streichung der Sperrfrist beschlossen.⁴¹¹⁵ Im Schrifttum⁴¹¹⁶ wird dieser

4112 So etwa *Wenger*, RWZ 2009, 263 (264); *Walch* in *Nueber/Przeszlowska/Zwirschmayr*, Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel 93 (112 Fn 84); *Schopper/Walch*, ÖBA 2013, 418 (421 Fn 27) soweit ersichtlich ohne Stellungnahme zum Normzweck. Im Übrigen müsste eine Verkürzung der Sperrfrist (*arguendo*) unter Zugrundelegung der hM, die den Schutzzweck der Sperrfrist im Minderheitenschutz (und zT auch Gläubigerschutz) sieht (s oben S 958 ff), darlegen, ob und inwieweit diese Schutzzwecke auch durch eine kürzere Frist erreicht werden können. Der bloße Hinweis auf die Vorteilhaftigkeit von Vereinigungen für die Gesellschaft würde die erwähnten Schutzinteressen nicht (ausreichend) berücksichtigen.

4113 So iE auch *Cahn*, Vergleichsverbote 143; für Vergleiche *Cahn* in KK-AktG⁴ § 93 Rz 183; *Grigoleit/Tomasic* in *Grigoleit*, AktG² § 93 Rz 135 mwN; *Fleischer*, WM 2005, 909 (918 f) mwN; vgl auch *dens*, AG 2015, 133 (140); *Hopt/Roth*, Großkomm AktG⁵ § 93 Rz 505; *Bachmann*, Gutachten E zum 70. DJT E 49 ff, E 122; zust *Bayer*, NJW 2014, 2546 (2548); *Haarmann/Weiß*, BB 2014, 2115 (2123); *Habersack*, ZHR 177 (2013) 782 (804) mwN; *Dietz-Vellmer*, NZG 2011, 248 (249), *Haarmann* in FS Hügel 93 (109 f); *Eßwein*, Privatautonome Gestaltung 114 f; *Binder*, Grenzen 370 ff; (nur) wegen kartellrechtlicher Erwägungen einschränkend (im Übrigen aber *de lege ferenda* tendenziell billigend) *Harbarth* in *Liber Amicorum M. Winter* 215 (232 ff); tendenziell auch *U. Torggler*, GesRZ 2009, 369 (372); unentschieden unter Hinweis auf den Vermögensschutz *Unmuth*, Vergleich und Verzicht 50.

4114 DJT, Beschlüsse der Abteilung Wirtschaftsrecht des 70. DJT 2014, I. 7 a).

4115 Referierend und weiterführend *Bachmann*, GesRZ 2014, 149 (154 f) mwN.

4116 Vgl *U. Torggler*, GesRZ 2009, 369 (372); *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 284a (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 347 [Stand 01.10.2023]); *Hölters/Hölters* in *Hölters/Weber*, AktG⁴ § 93 Rz 292; *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 165;

Appell an den Gesetzgeber regelmäßig damit begründet, dass die Sperrfrist Generalvereinbarungen erschwert, die auch im Gesellschaftsinteresse liegen können. Das trifft praktisch zwar zu, allerdings gibt es auch keine Rechtfertigung für einen Ausschluss von Dispositionen, die *nicht* im Gesellschaftsinteresse liegen. Die Gesellschaft muss gemäß allgemeinen Grundsätzen das Recht haben, bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit nachteilige Dispositionen zu tätigen und sich selbst zu schädigen. Auch insoweit gibt es keine Rechtfertigung für eine Einschränkung der grundsätzlichen Privatautonomie. Dabei kommt es wie erwähnt weniger auf die Vorteilhaftigkeit einzelner Dispositionen an als – mit Blick auf die Risikobereitschaft der Vorstandsmitglieder – auf die grundsätzliche (und jederzeitige) Dispositionsmöglichkeit. Denn dadurch wird die nötige Risikobereitschaft der Vorstandsmitglieder gewährleistet, die letztlich auch der Gesellschaft (wie ihren Gläubigern) zugutekommt und die ausgeschlossene Gesellschafterhaftung („Haftungsbeschränkung“) überhaupt erst legitimiert.⁴¹¹⁷ Insoweit geht die Funktionsfähigkeit der Kapitalgesellschaft anderen, unmittelbaren Schutzinteressen (wie § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG zeigt: sogar den Gläubigerinteressen) vor. Würde der Gesetzgeber die Sperrfrist demnach streichen (s aber noch sogleich unten zu der hier vertretenen Korrektur *de lege lata*), wäre (auch) für die Entlastung im Aktienrecht zumindest grundsätzlich wieder eine Verzichtswirkung denkbar (anders freilich in Deutschland wegen § 120 Abs 2 dAktG).⁴¹¹⁸ Das gilt freilich vorbehaltlich möglicher allgemeiner Einwände⁴¹¹⁹, die aber zumindest die hM⁴¹²⁰ implizit nicht zu teilen scheint, wenn sie einer einstimmigen Entlastung durch alle Aktionäre ausnahmsweise (durch teleologische Reduktion der Sperrfrist) Verzichtswirkung beimisst. Für Deutschland gilt es auch zu beachten, dass im Fall der (gebotenen) Streichung der Sperrfrist zugleich der nötige Minderheitenschutz gewährleistet werden muss. Die Minderheitsaktionäre wurden bisher zumindest teilweise reflexiv durch die Sperrfrist mitgeschützt. Das für den Minderheitenschutz aber eigentlich vorgesehene Widerspruchsrecht in § 93

Grigoleit/Tomasic in *Grigoleit*, AktG² § 93 Rz 135; *Krieger* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 3.42; *Bachmann*, GesRZ 2014, 149 (154) mwN; *Haarmann* in FS Hügel 93 (109 f); *Binder*, Grenzen 370 ff; vgl die Auseinandersetzung mit den einzelnen Argumenten bei *Bachmann*, Gutachten E zum 70. DJT E 49 ff.

4117 Vgl schon einleitend oben S 14 ff.

4118 Vgl schon *Brox*, BB 1960, 1226 (1229): „Dann hat die Entlastung im Aktienrecht wieder die Bedeutung, die sie auch sonst im Gesellschaftsrecht hat.“; so auch *Schönle*, ZHR 126 (1964) 199 (222 f): „Der Entlastungsbeschluss hat dann wieder seine natürliche Bedeutung [...] und entfaltet Verzichtswirkung [...]“. Vgl auch *U. Torggler*, GesRZ 2009, 369 (372), demzufolge spätestens bei einer Streichung des § 84 Abs 4 Satz 3 AktG die Verzichtswirkung der Entlastung neu überdacht werden sollte (mit Verweis auf § 120 Abs 2 Satz 2 dAktG).

4119 Vgl auf etwa *Simonishvili*, Entlastungsbeschlüsse 69 ff, der eine Verzichtswirkung der Entlastung verneint, weil die HV keine Kompetenz habe, Verzichte und Vergleiche abzuschließen, sondern diesen nur zustimmen könne.

4120 S dazu die Nw in Fn 3721; hier nur (grundl) OGH 03.07.1975, 2 Ob 356/74 SZ 48/79.

Abs 4 Satz 3 dAktG hat jedoch nicht – noch weniger als hierzulande⁴¹²¹ – mit dem erforderlichen Quorum für die Anspruchsdurchsetzung mitgehalten (vgl § 148 Abs 1 dAktG).⁴¹²²

d) Anwendung de lege lata

Weniger diskutiert wurde bislang die Frage, wie mit der Sperrfrist *de lege lata* umzugehen ist. Angesichts der breiten Kritik *de lege ferenda* überrascht es aber nicht, dass sich manche Autoren auch schon *de lege lata* für eine Einschränkung der Sperrfrist aussprechen.

i. Teleologische Reduktion?

In Österreich entspricht eine solche Einschränkung sogar der hM⁴¹²³. Danach sollen Verzichte und Vergleiche (sowie Entlastungen) ausnahmsweise vor Ablauf der Sperrfrist wirksam sein, wenn der Beschluss einstimmig durch alle Aktionäre gefasst wird. Methodologisch bedeutet das eine teleologische Reduktion des § 84 Abs 4 Satz 3 AktG, weil die Sperrfrist auf Sachverhalte (Universalbeschluss), die sie (im Begriffskern)⁴¹²⁴ erfasst, nicht angewendet wird. Dem liegt die Annahme zugrunde, dass die Sperrfrist dem Minderheitenschutz diene, und dieser sich erübrige, wenn alle Aktionäre zustimmen.⁴¹²⁵ U. Torggler⁴¹²⁶ befürwortet eine teleologische Reduktion für die Fälle eines Kontrollwechsels in der HV und der vorzeitigen Beendigung des Organmandats mit Zustimmung der HV. Diese Reduktion beruht auf der Prämisse, dass Vorstand, Aufsichtsrat und Gesellschaftermehrheit gewissermaßen „unter einer Decke stecken“. Die Sperrfrist sei folglich nicht anzuwenden, soweit dieser „Generalverdacht“ aufgrund objektiv feststellbarer Kriterien (nämlich in den genannten Fällen) nicht gegeben sei. Noch weitergehend nehmen manche Autoren eine Ausnahme (teleologische Reduktion) für den Fall an, dass eine Generalbereinigung im Gesellschaftsinte-

4121 Zur Korrektur der nicht (mehr) korrespondierenden Minderheitsquoten ausf insb oben S 774 ff.

4122 Vgl Spindler in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 312 („Fremdkörper“); Dose, Aktionärsklage 215 ff, 323 f und *passim*; Fleischer in BeckOGK AktG § 93 Rz 342 (Stand 01.10.2023); Habersack, AG 2014, 553 (553); Schug, Risikoeinschränkung 22, 106; Döring, Durchsetzung 80 f; abw Unmuth, Vergleich und Verzicht 64 f.

4123 S oben Fn 3721.

4124 Vgl zu dem hier zugrunde gelegten Drei-Bereiche-Modell statt vieler Kramer, Methodenlehre⁶ 68 ff; Engisch, Einführung¹² 159 f; Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie¹² Rz 167.

4125 S oben Fn 3717 f.

4126 U. Torggler in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Organhaftung 35 (48); abl Fleischer, AG 2015, 133 (139). S dazu schon oben bei Fn 3779.

resse⁴¹²⁷ liegt oder – unter der Prämisse eines Übereilungsschutzes – schon vor Ablauf der Sperrfrist Klarheit über das Schadensausmaß besteht.⁴¹²⁸ Derartige (zumindest in Deutschland vereinzelte) Vorschläge einer teleologischen Reduktion stoßen soweit ersichtlich mehrheitlich auf Kritik und Ablehnung.⁴¹²⁹ In der Praxis behelfen sich Gesellschaften laut Kommentarliteratur offenbar damit, den Ersatzanspruch an einen Dritten zu übertragen, der den Verzichts- und Vergleichsbeschränkungen (außer bei Umgehungsabsicht) nicht unterliegen soll.⁴¹³⁰

Da die Sperrfrist nach der hier vertretenen Auffassung keinen (Norm-) Zweck hat, muss konsequenterweise jede teleologische Reduktion von vornherein ausscheiden. Denn eine teleologische Reduktion setzt definitionsgemäß einen teleologisch-plangemäßen Restanwendungsbereich voraus, auf den die (insoweit überschießende) Norm reduziert wird. Einen solchen Restanwendungsbereich hat die Sperrfrist aber nicht (insb dient sie entgegen

4127 *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 84 Rz 31 für den Fall, dass eine Generalbereinigung im Gesellschaftsinteresse liegt und bei Zuwarten bis zum Fristablauf nicht zustande kommen würde. Abl etwa *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (45) der darauf hinweist, dass § 84 Abs 4 AktG offensichtlich eine typisierende „starre“ Schranke aufstelle, bei der es gerade nicht auf flexible Besonderheiten des Einzelfalls ankommen solle. Eine teleologische Reduktion sei daher nur denkbar in klar umgrenzten Fällen, was Klarheit über den Regelungszweck voraussetze. Vgl für Deutschland etwa *Grigoleit/Tomasic* in *Grigoleit*, AktG² § 93 Rz 147, die eine teleologische Reduktion der Dreijahresfrist für den Fall erwägen, dass die fristbedingte Verzögerung im Einzelfall auf eine unverhältnismäßige Belastung des Gesellschaftsinteresses hinauslaufen würde. Zwar weise die gesetzliche Regelung dem Informationsinteresse der HV grundsätzlich Vorrang gegenüber entgegenstehenden Aspekten des Gesellschaftsinteresses zu. Dieser Priorisierung liege aber die Prämisse zugrunde, dass die bloße Verzögerung der Disposition das Gesellschaftsinteresse idR nicht schwerwiegend belastet. Ist diese Prämisse widerlegt, weil der Zeitablauf absehbar nicht zu einer weiterreichenden Haftungsdurchsetzung führen, aber erhebliche Nachteile auslösen würde, solle dem Gesellschaftsinteresse Vorrang gegenüber der Karenzfrist eingeräumt werden.

4128 Für beide Varianten etwa *Eßwein*, Privatautonome Gestaltung 115.

4129 Vgl zu der in Deutschland vereinzelt vertretenen Ausnahme für den Fall, dass eine Bereinigung im Gesellschaftsinteresse liegt (iZm der kartellrechtlichen Kronzeugenregelung) *Fleischer*, AG 2015, 133 (139); erwägend, aber iE ebenso abl *Harbarth* in *Liber Amicorum M. Winter* 215 (229 ff); *Wacker*, Persönliche Schadensersatzhaftung 309 f; allg abl auch *Cahn* in *KK-AktG*⁴ § 93 Rz 183 aE; *Hopt/Roth* in *Großkomm AktG*⁵ § 93 Rz 505; zurückhaltend auch *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 165; eine teleologische Reduktion unter Berücksichtigung des Unternehmensinteresses abl auch *Zimmermann*, DB 2008, 687 (688); zust *Schug*, Risikoeinschränkung 107; vgl auch *Bachmann*, Gutachten E zum 70. DJT E 51 mwN für die Einmann-AG und gerichtlich abgeschlossene Vergleiche.

4130 Vgl statt vieler hier nur *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 163 mwN (bei nachweislicher Umgehungsabsicht unzulässig, sonst aber nicht grds untersagt); vgl auch *Hölters/Hölters* in *Hölters/Weber*, AktG⁴ § 93 Rz 305; *Haarmann/Weiß*, BB 2014, 2115 (2123).

der öhM nicht dem Minderheitenschutz)⁴¹³¹. Wie erwähnt, kommt anders als im Gründungsrecht auch nicht eine (*de lege lata*) korrigierende Reduktion der Frist in Frage, weil außerhalb der Gründung kein allgemeines Erwerberschutzbedürfnis durch ein *tempus clausum* besteht. Demgemäß wäre das Ergebnis einer teleologischen Reduktion immer noch planwidrig. Selbst wenn man einen plangemäßen (Rest-)Anwendungsbereich annähme, wie man es wohl für § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG wegen der klaren (wenngleich mE verfehlten) Normzweckaussage in der AmtlBegr zum dAktG 1965 *de lege lata* tun muss, steht einer teleologischen Reduktion wohl regelmäßig entgegen, dass es sich bei der Sperrfrist um eine typisierende „Formalvorschrift“ handelt.⁴¹³² Eine teleologische Reduktion scheidet daher (mangels Planwidrigkeit) zumindest insoweit aus, als es um *bewusst* typisierende Regelungsannahmen geht. Typisierend wird wohl (*arguendo*) die Annahme sein, dass das Schadensausmaß erst drei Jahre nach Entstehung des Anspruchs überschaubar ist (arg AmtlBegr: „*Es kann angenommen werden, daß sich im allgemeinen schon nach drei Jahren die Folgen der Handlung übersehen lassen.*“)⁴¹³³ und dass ein Verzicht oder Vergleich vor Überschaubarkeit des Schadensausmaßes nicht im Interesse der Gesellschaft⁴¹³⁴ liegen kann.⁴¹³⁵

Die Ablehnung jedweder teleologischen Reduktion ist mE zwar die strenge Konsequenz aus dem fehlenden Schutzzweck, und folglich fehlenden plange-

4131 Ausf oben S 963 ff. U. Torggler (in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Organhaftung 35 [48]) nimmt zwar nicht Minderheitenschutz an, es gehe aber um eine Konspiration der Aktionärsmehrheit mit der Verwaltung, sodass wohl nur die Minderheit als Schutzsubjekt in Frage kommt (dazu schon oben in Fn 3779).

4132 S dazu schon oben Fn 3792. Vgl allg zum Normtypus der „strikten Ordnungsvorschriften“ (wozu auch Fristvorschriften zu zählen seien) Canaris, Die Feststellung von Lücken 192 f mwN; Larenz, Methodenlehre⁶ 392 f; iZm der Sperrfrist gem § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG thematisierend etwa Harbarth in Liber Amicorum M. Winter 215 (228) und iZm der gründungsrechtlichen Sperrfrist gem § 43 AktG s oben Fn 2946.

4133 AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 132 (Hervorhebung durch den Verf). Bei dieser typisierenden Regelungstechnik nimmt der Gesetzgeber (zur Erreichung von Rechtssicherheit bei der Anwendung) bewusst in Kauf, dass die Regelungsprämisse nicht immer erfüllt ist; dh hier: dass sich die Folgen der Handlung im Einzelnen auch schon vor oder nach drei Jahren überblicken lassen. Ist dies tatsächlich einmal der Fall, liegt demgemäß keine planwidrige Lücke vor.

4134 Gewiss kann eine Bereinigung auch schon vor Sperrfristablauf im Gesellschaftsinteresse liegen (und zwar auch dann, wenn sich die Schadensfolgen gerade noch nicht absehen lassen). Aber auch daran hat der Gesetzgeber offenbar gedacht (eine teleologische Reduktion daher ablehnend Zimmermann, DB 2008, 687 [688]; Schug, Risikoeinschränkung 107; Unmuth, Vergleich und Verzicht 75); nur hat er aus diesem Grund die Sperrfrist lediglich gekürzt (von fünf auf drei Jahre), um Verzichte und Vergleiche nicht ganz unmöglich zu machen (vgl AmtlBegr aaO 112: „Für eine Verkürzung der Frist spricht ferner, daß ein Verzicht oder Vergleich auch im Interesse der Gesellschaft liegen kann [...]. Der Entwurf schließt deshalb den Verzicht und Vergleich nur in den ersten drei Jahren nach der Entstehung des Anspruches aus (Absatz 4 Satz 3).“).

4135 Vgl aber die Nw in Fn 4127 f.

mäßen (Rest-)Anwendungsbereich der Sperrfrist, sie führt freilich zu dem rechtspolitisch gerade unbefriedigenden Ergebnis, dass die Sperrfrist voll anzuwenden ist. Zum einen sollten derartige Kriterien aber ohnehin dem Bereich der Rechtspolitik vorbehalten bleiben und zum anderen bedeutet die Ablehnung einer Reduktion mitnichten, dass die Sperrfrist sachlich legitimiert wäre; im Gegenteil: Dass die Sperrfrist keinen plangemäßen Restanwendungsbe- reich hat, sondern als Ganzes ein systemwidriger Fremdkörper ist, spräche nämlich vielmehr dafür, sie *gar nicht* anzuwenden. Denn nach dem Plan des Gesetzgebers dürfte diese Bestimmung nicht existieren. Gleichwohl kommt eine schlichte Nichtanwendung – zumindest in Form einer teleologischen Reduktion „auf null“ – *de lege lata* nicht in Frage. Eine solche Reduktion (Total- korrektur)⁴¹³⁶ ist nämlich nach einhelliger Ansicht methodologisch unzuläs- sig.⁴¹³⁷ Demgemäß bleibt (auf den ersten Blick) nur die schon erhobene rechts- politische Forderung, dass die Sperrfrist ersatzlos gestrichen werde – eine Forderung, die man übrigens konsequenterweise nicht erheben kann, wenn man *de lege lata* für eine teleologische Reduktion der Sperrfrist eintritt, müs- ste man doch sonst (insofern widersprüchlich) die Abschaffung eines als plan- gemäß erkannten Restbereichs fordern (jener Bereich, auf den man die Norm teleologisch reduziert hat). Noch einmal sei hier außerdem daran erinnert, dass die Schutzzwecklosigkeit der Sperrfrist – mag sie auch zu einer umfassen- den Anwendung zwingen – gleichzeitig die Rechtsfolgenseite (Verstoßfolge) der Norm empfindlich relativiert (dazu schon näher oben)⁴¹³⁸.

Als Gesetzeskorrektur könnte allenfalls noch überlegt werden, die Sperr- frist so weit einzuschränken, dass sie tatbestands- und rechtsfolgenmäßig dem Widerspruchsrecht⁴¹³⁹ einer Minderheit (§ 84 Abs 4 Satz 3 AktG) oder der Dispositionsbeschränkung zugunsten der Gläubiger (§ 84 Abs 5 Satz 3 AktG) entspricht. Zwar hat die Sperrfrist wie gesagt *per se* keinen plangemäßen (Rest-) Anwendungsbereich (insb wie erwähnt nicht Minderheiten- oder Gläubiger-

4136 Vgl etwa *Kramer*, Methodenlehre⁶ 259.

4137 Vgl insb *Canaris*, Die Feststellung von Lücken 189 ff: die gänzliche Derogierung sei nicht Aufgabe des Richters, sondern müsse dem Gesetzgeber vorbehalten bleiben. Es gehöre keineswegs zu den Aufgaben und Befugnissen des Richters, das Gesetz an je- den „Wandel der Normsituation“ anzupassen (aaO 189). Vgl auch *Kramer*, Methoden- lehre⁶ 259 ff, wonach eine teleologische Reduktion als Partialkorrektur abzugrenzen sei von einer (unzulässigen) teleologisch fundierten „Totalkorrektur“ nach der *Maxime cessante legis ratione cessat lex ipsa*; vgl auch im Anschluss daran (iZm Richtlinien- konformität) *Hochleitner/Wolf/Großrichter*, WM 2002, 529 ff: eine Reduktion „auf null“ sei methodisch evident unzulässig und sei in Wahrheit eine Derogation, die dem Gesetzgeber vorbehalten sei (aaO 529). Vgl auch *F. Bydliński*, Grundzüge² 56; *Kodek in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 7 ABGB Rz 66 mwN; vgl auch RIS-Justiz RS0008979.

4138 S 1014 ff.

4139 Vgl dazu schon iZm dem Minderheitenschutz oben bei Fn 3796. Diese Lösung entsprä- che sogar iW der hM (Ausnahme bei einstimmigen Universalbeschlüssen), mit dem Unterschied, dass sie mE konsequent(er) auf den Tatbestand des Minderheitsverlan- gens, das es schließlich abzusichern gilt, zugeschnitten ist (s dazu oben bei Fn 3801).

schutz), es entspricht aber zumindest doch abstrakt der gesetzgeberischen Absicht, das Minderheitsverlangen und das Verfolgungsrecht der Gläubiger gegen Mehrheitsdispositionen abzusichern. Da es dafür schon besondere Dispositionsbeschränkungen (Widerspruchsrecht gem § 84 Abs 4 Satz 3, § 84 Abs 5 Satz 3 AktG) gibt, hätte eine derartige Korrektur der Sperrfrist zur Folge, dass die bestehenden Dispositionsbeschränkungen keinen Anwendungsbereich⁴¹⁴⁰ mehr hätten. Sie haben allerdings *auch dann* keinen Anwendungsbereich mehr, wenn man die Sperrfrist nicht korrigierend einschränkt, sondern umfassend anwendet – an der Anwendungslosigkeit der genannten Normen würde sich also nichts ändern. Für eine Korrektur spräche somit, dass die Absicht des Gesetzgebers verwirklicht würde (Einschränkung der Dispositionsfreiheit nur insoweit, als es konkrete Schutzinteressen – nämlich Minderheiten- und Gläubigerschutz – verlangen), und zwar ohne dass zugleich der Anwendungsbereich anderer Normen (weiter) eingeschränkt würde. Vergegenwärtigt man sich noch einmal die oben genannten Widersprüche der Sperrfrist mit anderen Normen, bietet sich aber noch eine andere Lösung an, die im Ergebnis ähnlich, aber methodologisch wohl vorzugswürdig scheint.

ii. Normwiderspruch und Derogation?

Wie erwähnt, kommt eine Nichtanwendung der Sperrfrist unter dem „Titel“ einer teleologischen Reduktion nicht in Frage. Im vorliegenden Fall geht es indes nicht (nur) darum, eine Norm nicht mehr anzuwenden, weil ihre *ratio* weggefallen ist (*cessante legis ratione cessat lex ipsa*)⁴¹⁴¹. Vielmehr hatte die Norm (Sperrfrist) von Anfang an keine *ratio*. Mehr noch, sie steht auch in Widerspruch zu aktienrechtlichen Normen, die zum einen eine Verzichtswirkung der Entlastung voraussetzen (§ 104 Abs 2 Z 3 AktG, § 125 Satz 1 AktG) und zum anderen Verzichte und Vergleiche gemäß konkreten Schutzinteressen (nur) beschränken, woraus jeweils im Umkehrschluss folgt, dass die Haftung ausgeschlossen werden kann, sofern und soweit Minderheiten- und Gläubigerinteressen nicht berührt sind (§ 84 Abs 4 Satz 3 AktG bzw § 84 Abs 5 Satz 3 AktG). Das dAktG 1937 hat die Sperrfrist nicht im „rechtsfreien Raum“ geschaffen, sondern in einen Rechtsbereich eingesetzt, in dem schon ein engmaschiges Norm- und Wertungsgeflecht existierte. Sie steht daher mit den genannten Normen in Widerspruch, wenn sie eine Verzichtswirkung der Entlastung verhindert und Verzichte und Vergleiche *de facto* ausschließt (näm-

4140 Die Dispositionsbeschränkung gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG hätte nur insoweit noch einen (Rest-)Anwendungsbereich, als sie (anders als die Sperrfrist) neben Verzichten und Vergleichen auch die Haftungsfreistellung durch (vorangehenden) HV-Beschluss erfassen. Andererseits haben die Dispositionsbeschränkungen insoweit von vornherein nur deklarativen Charakter, weil die Beschlussnichtigkeit (nach moderner Dogmatik) schon allg aus dem zwingenden (Gläubiger-)Schutzzweck folgt (dazu näher S 886 ff).

4141 Vgl hier nur *Kramer*, Methodenlehre⁶ 259 ff; vgl auch *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 588 ff; *Larenz*, Methodenlehre⁶ 350 ff.

lich gerade auch dann, wenn keine Schutzinteressen berührt sind). Demgemäß begründet die Sperrfrist mE einen gesetzgeberischen „Fehler“ in der Form eines Normwiderspruchs⁴¹⁴² (Normkollision, Antinomie)^{4143 4144}.

In diesem Fall ist die (gänzliche) Nichtanwendung einer Norm legitim, weil sie mit einer anderen Norm in Widerspruch steht, und nicht beide Normen zugleich angewendet werden können.⁴¹⁴⁵ Dagegen ließe sich mE nicht einwenden, dass die Dispositionsbeschränkungen auch bei voller Anwendung der Sperrfrist nach dem Gesetzeswortlaut einen Restanwendungsbereich haben können, nämlich im Ausnahmefall des § 84 Abs 4 Satz 4 AktG und im Fall einer Hemmung oder Unterbrechung der Verjährungsfrist. Denn zunächst ist der Ausnahmetatbestand des § 84 Abs 4 Satz 4 AktG nach wohl zutr hL⁴¹⁴⁶ auf die gläubigerschützenden Dispositionsbeschränkungen (§ 84 Abs 5 Satz 3 AktG) analog anzuwenden.⁴¹⁴⁷ Im Übrigen ließen sich

4142 Vgl zu dieser Spielart gesetzgeberischer „Fehler“ und ihrer Bereinigung etwa *Engisch*, Einführung¹² 225 ff.

4143 Vgl allg auch *Kramer*, Methodenlehre⁶ 179, 221 f und *passim*; *F. Bydliniski*, Methodenlehre² 463 ff; *Larenz*, Methodenlehre⁶ 335; *Kelsen*, Reine Rechtslehre² (1960, 2000) 209 ff; *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 6 ABGB Rz 165 ff; *Posch* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁵ § 6 Rz 28; *Kerschner/Kehrer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ §§ 6, 7 Rz 107 ff; *Potacs*, Rechtstheorie² 132 ff; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie¹² Rz 274, 770 ff und *passim*.

4144 Vgl zur ähnlichen Rechtslage im Gründungsrecht (§§ 43 f AktG) schon oben S 722 ff bei Fn 2941.

4145 Dagegen spricht mE im vorliegenden Fall auch nicht, dass die übrigen genannten Normen einen Verzicht oder Vergleich nicht explizit für zulässig erklären, sondern (nur) die Folgen eines solchen Verzichts und Vergleichs regeln (insb deren Rechtswirkung gemäß konkreter Schutzinteressen einschränken). Denn dadurch setzten sie die grundsätzliche Zulässigkeit von Verzichten und Vergleichen als Regelungsprämisse implizit zwingend voraus. Die Zulässigkeit von Verzichten und Vergleichen musste nämlich im Gesellschaftsrecht nicht besonders angeordnet werden, weil sie sich schon allg aus dem (insoweit subsidiär anwendbaren) Zivilrecht und der grundsätzlichen Privatautonomie ergibt. Davon ausgehend modifiziert das (Kapital-)Gesellschaftsrecht die allg Dispositionsfreiheit, indem es sie zum Schutz bestimmter Schutzinteressen (hier: der Gläubigerinteressen) punktuell einschränkt (Dispositionsbeschränkungen). Insoweit kann nicht die bloße Regelungstechnik einer Norm über die methodologische Zulässigkeit ihrer Berichtigung entscheiden. Maßgebend ist, dass die genannten Normen (insb die Dispositionsbeschränkungen zugunsten der Gläubiger und Minderheit) keinen Anwendungsbereich mehr haben, wenn man die Sperrfrist (voll) anwendet.

4146 Vgl nur mwN *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 434; *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 84 Rz 37; *Spindler* in *MüKo AktG*⁶ § 93 Rz 345; *Sailer-Coceani* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG⁴ § 93 Rz 71.

4147 Für eine analoge Anwendung des § 84 Abs 4 Satz 4 AktG (oder entspr teleologische Reduktion des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG) spricht der Normzweck. Die Ausnahme rechtfertigt sich dadurch, dass es für die Gesellschaft idR immer noch besser ist, sich mit einem zahlungsunfähigen Vorstandsmitglied zu vergleichen als nach einem Insolvenzverfahren nur die Insolvenzquote zu bekommen (vgl *Spindler* in *MüKo AktG*⁶ § 93 Rz 316: Sicherung wenigstens eines Teils der Gesellschaftsansprüche).

beide Normen (Sperrfrist und Dispositionsbeschränkungen) zwar theoretisch nebeneinander anwenden, ein derart marginaler Restanwendungsbereich der Dispositionsbeschränkungen kann aber wohl nicht aufwiegen, dass diese ihre Funktion weitestgehend einbüßen. Bei der Derogationsfrage geht es nämlich nicht darum, ob den betreffenden Normen *irgendein* (marginaler) Anwendungsbereich verbleibt, sondern es geht darum, ob ihnen ein Anwendungsbereich verbleibt, den der Gesetzgeber gewollt haben kann. Im vorliegenden Fall ist aber gerade evident, dass die übrigen Dispositionsbeschränkungen nicht nur für den Fall gelten sollen, dass die Gesellschaft sich mit ihrem Vorstandsmitglied zwecks Abwendung dessen Insolvenz arrangiert. Wie schon erwähnt, geht es somit (jedenfalls im Überschneidungsbereich) auch bei der Sperrfrist nicht nur um die Nichtanwendung einer Norm, sondern zugleich – damit untrennbar verbunden – um die Anwendung anderer Normen. Da diese Normen einander (implizit) widersprechen, können sie nicht alle gleichzeitig angewendet werden. Wer die Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG anwendet, muss daher die Nichtanwendung der übrigen genannten Normen (insb der Dispositionsbeschränkungen) vertreten.⁴¹⁴⁸ Wenn somit jedenfalls nicht beide (alle) Normen zugleich angewendet werden können und die Nichtanwendung einer (oder mehrerer) Normen folglich unausweichlich ist, stellt sich die Frage, welche Norm(en) anzuwenden sind und welche nicht. Anders gesagt stellt sich die Frage, zugunsten welcher Norm die festgestellte Normkollision aufzulösen ist. Bei der Auflösung eines Normwiderspruchs soll im Allgemeinen versucht werden, die konfligierenden Normen durch Auslegung so miteinander in Ausgleich zu bringen, dass keine der Normen ganz ohne (bedeutsamen) Anwendungsbereich verbleibt, weil grundsätzlich nicht anzunehmen ist, dass der Gesetzgeber

vor der Zahlungsunfähigkeit des Organmitglieds). Was für die Gesellschaft vorteilhaft ist, ist allerdings auch für deren Gläubiger vorteilhaft. Die wertungsmäßige Gleichartigkeit spricht daher für eine Analogie. Bei der Ausgestaltung der Dispositionsbeschränkungen zugunsten der Gläubiger (§ 84 Abs 5 Satz 3 AktG) konnte der ältere Gesetzgeber die wertungsmäßig passende Ausnahme des § 84 Abs 4 Satz 4 AktG wohl deshalb noch nicht im Blick haben, weil jene Dispositionsbeschränkungen ursprünglich nur die Haftungsfreistellung durch HV-Beschluss *ex ante* erfasste und in Bezug auf Verzichte und Vergleiche sukzessive als bloße Klarstellungen positiviert wurden (zur Genese der Dispositionsbeschränkungen näher oben S 796 ff). Außerdem war der fragliche Ausnahmetatbestand vor dem AktG 1937/1938 nur iZm der gründungsrechtlichen Sperrfrist geregelt. Der Gesetzgeber regelte ihn zwar auch im allg Haftungsstatbestand, meinte dabei aber irrigerweise, nur bestehendes Recht fortzuschreiben (dazu schon oben S 950 ff), weshalb er an eine Anpassung der Dispositionsbeschränkungen des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG wohl ebenfalls nicht denken konnte.

4148 Der Widerspruch dürfte dabei wohl nicht erkannt werden, etwa wenn die ausgeschlossene Verzichtswirkung infolge der Sperrfrist hingenommen und als aktienrechtliches Charakteristikum bezeichnet wird (auf den Widerspruch mit den Dispositionsbeschränkungen wird soweit ersichtlich nicht eingegangen).

funktionslose Bestimmungen erlässt.⁴¹⁴⁹ Wenn die Auslegung zu keinem Ergebnis führt, darf keine der einander widersprechenden Normen angewendet werden, weil eine Anwendung notwendigerweise willkürlich wäre; durch die Nichtanwendung beider Normen entsteht dann eine Kollisionslücke, die nach allgemeinen Regeln zu schließen ist.⁴¹⁵⁰ Für Auflösung von Normkollisionen hat die Rechtswissenschaft im Laufe der Zeit auch (typisierende) Derogationsregeln herausgebildet (zB die *Lex-specialis*- oder die *Lex-posterior*-Regel).⁴¹⁵¹ Im vorliegenden Fall ist ein Rückgriff auf solche Kollisionsregeln jedoch nicht nötig, denn diese Regeln beruhen wie gesagt auf Prämissen über die anzunehmende, typische Absicht des Gesetzgebers in einer bestimmten Situation. Im vorliegenden Fall ergibt sich schon durch Auslegung, also gerade nicht durch eine (notwendig willkürliche) Eigenwertung,⁴¹⁵² dass der Widerspruch nicht zugunsten jener Bestimmung aufzulösen ist, die nachweislich irrtümlich geschaffen wurde und systemwidrig ist (nämlich der Sperrfrist), sondern vielmehr zugunsten der tradierten und sorgfältig begründeten übrigen Normen, im vorliegenden Fall also zugunsten der Dispositionsbeschränkungen.

Im Ergebnis ist die Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG mE wegen des Vorliegens eines Normwiderspruchs unanwendbar. Noch einmal ist daran zu erinnern, dass dieses Ergebnis, nämlich die Nichtanwendbarkeit (irgend) einer Norm wegen der Normkollision unvermeidbar ist: Wer die Sperrfrist voll anwendet, muss die Nichtanwendung anderer Normen (der Dispositionsbeschränkungen) billigen. Die Kollision ist zugunsten der bestehenden, durch Schutzinteressen begründeten Dispositionsbeschränkungen aufzulösen, nicht zugunsten einer Bestimmung (§ 84 Abs 4 Satz 3 AktG), die ausweislich der Mat das Resultat eines gesetzgeberischen Irrtums ist, (dementsprechend) keinen Schutzzweck hat und darüber hinaus systemwidrig ist. Lehnt man gleichwohl eine Derogation ab, könnte man wie erwähnt zu einem ähnlichen Ergebnis gelangen, indem man die Sperrfrist korrigierend auf das „Schutzniveau“ des Widerspruchsrechts in § 84 Abs 4 Satz 3 AktG oder der Dispositionsbeschränkungen zugunsten der Gläubiger in § 84 Abs 5 Satz 3 AktG einschränkt.

4149 Vgl etwa F. Bydłinski, Methodenlehre² 463 f; Larenz, Methodenlehre⁶ 334 ff; Kodek in Rummel/Lukas⁴ § 6 Rz 165 ff; Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 6 Rz 11; Posch in Schwimann/Kodek, ABGB⁵ § 6 Rz 28; Kerschner/Kehrer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ §§ 6, 7 Rz 107 ff; RIS-RS0008845 (T3); s auch RS0010053 (T1).

4150 Vgl Englisch, Einführung¹² 227 mwN; Larenz, Methodenlehre⁶ 335; F. Bydłinski, Methodenlehre² 464; Potacs, Rechtstheorie² 133 ff.

4151 Vgl dazu nur Englisch, Einführung¹² 226 f; F. Bydłinski, Methodenlehre² 463 ff; Kramer, Methodenlehre⁶ 125 ff.

4152 Vgl etwa Englisch, Einführung¹² 226 f; vgl auch Potacs, Rechtstheorie² 134, wonach der jew Konfliktlösungsmechanismus durch Interpretation der positiven Rechtsvorschriften zu ermitteln ist.

Auch wenn man die Sperrfrist entgegen der hier vertretenen Auffassung tatbestandsseitig voll anwenden sollte, sind im Hinblick auf die Rechtsfolge (Verstoßfolge) – denkt man das Fehlen eines Schutzzwecks konsequent weiter – trotz Sperrfrist Vereinbarungen zwischen der Gesellschaft und ihren Vorstandsmitgliedern möglich, die einer Durchsetzung der betreffenden Ersatzansprüche entgegenstehen. Insoweit ist zumindest *de facto* ein Verzicht oder Vergleich möglich (wie übrigens auch nach der öhM, wenn und soweit sich die Minderheit oder die Gläubiger nicht auf die Nichtigkeit berufen). Damit handelt es sich freilich faktisch auch nicht um einen Normwiderspruch. Oben wurde aber schon darauf hingewiesen, dass trotz (stark) relativierter Verstoßfolge der Vollständigkeit halber dennoch (insoweit *ceteris paribus*) auf die tatbestandsmäßige Anwendung der Sperrfrist *de lege lata* eingegangen werden soll. Das dazu Ausgeführte versteht sich daher als hilfsweise Argumentation und Stellungnahme für den Fall, dass man die hier vertretene Position zur (faktisch fehlenden) Verstoßfolge nicht teilen sollte.

In jedem Fall aber können und dürfen aus der Sperrfrist keine weiteren Schlussfolgerungen für anderweitige Dispositionen über Ersatzansprüche gegen Organmitglieder gezogen werden. Solche Schlussfolgerungen können bei genauer Betrachtung schon deshalb nicht aus der Sperrfrist gezogen werden, weil diese keinen Normzweck (dh keine Wertung) hat; deshalb fehlt von vornherein die maßgebende Determinante für eine allfällige extensive oder gar analoge Anwendung. Im Übrigen verbieten sich Schlussfolgerungen aus der Sperrfrist auch, weil diese (unabhängig vom fehlenden Normzweck) systemwidrig ist. Und als systemwidrig erkannte Normen sind nach einem anerkannten Auslegungsgrundsatz nicht zu verallgemeinern (*Quod vero contra rationem iuris receptum est non est producendum ad consequentias*).⁴¹⁵³ Dementsprechend sind Wertungswidersprüche wegen des Postulats der Einheit der Rechtsordnung möglichst zu vermeiden, und, wenn sie nicht vermieden werden können, zumindest möglichst gering zu halten.⁴¹⁵⁴ Dieser Aspekt wurde insb bei der Untersuchung anderer Bestimmungen schon angesprochen, bei deren Auslegung in der Lit zT Rückschlüsse aus § 84 Abs 4 Satz 3 AktG gezogen werden (insb bei der Frage nach dem Anwendungsbe-

4153 Vgl iZm dem Verhältnis von Sperr- und Verjährungsfrist *Pendl*, Verjährung 110 f mwN; *dens*, RdW 2018, 275 (278); allg zu diesem Grundsatz *Kramer*, Methodenlehre⁶ 244 mwN; *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 440.

4154 Statt vieler hier nur *Kramer*, Methodenlehre⁶ 99 ff, 110 ff, 179 ff, 244, *passim*. Plastisch *Reichel*, Gesetz und Richterspruch (1915) 105 (zit nach *Kramer*, Methodenlehre⁶ 244 Fn 687): „Hat der Gesetzgeber einen Fehler gemacht, so tut der Richter dem Staat einen schlechten Dienst, wenn er sich beeilt, ihn zu verdoppeln.“ Die bloße Zweifelhaftigkeit der *ratio legis* berechtigt dabei nicht zur Qualifikation als „Fehler“ und folglich zur Ablehnung eines Analogieschlusses (*Kramer* aaO 227 Fn 721). Im vorliegenden Fall ist die Systemwidrigkeit der Sperrfrist mE jedoch alles andere als zweifelhaft, sondern sowohl durch die AmtlBegr als auch systematisch-teleologische Argumente erwiesen.

reich der Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG⁴¹⁵⁵ und § 84 Abs 5 Satz 3 AktG sowie bei der Frage des Beginns der Verjährungsfrist gem § 84 Abs 6 AktG⁴¹⁵⁶ [und § 25 Abs 6 GmbHG]). Aus demselben Grund steht die Sperrfrist auch einer abstrakten Haftungsmilderung *ex ante* nicht entgegen;⁴¹⁵⁷ darauf wird unten noch zurückzukommen sein.⁴¹⁵⁸

iii. Seitenblick auf § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG

In Deutschland liegen die Dinge etwas anders. Zum einen beträgt die Sperrfrist gem § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG seit dem dAktG 1965 nur noch drei statt fünf Jahre. Zum anderen hat der Gesetzgeber des dAktG 1965 die Sperrfrist zugleich mit einem Normzweck versehen. Sie solle verhindern, dass die Gesellschaft schon zu einem Zeitpunkt über Ersatzansprüche disponieren kann, in dem „*sich noch kein abschließendes Bild über die Auswirkungen der schädigenden Handlung gewinnen lässt*.“⁴¹⁵⁹ Aus diesem Normzweck folgt, dass sich die Verstoßfolge an dieser (wenngleich mE verfehlten) Normzweckzuschreibung zu orientieren hat. Demgemäß sind Verfügungen vor Fristablauf unheilbar nichtig. Aus dem Normzweck folgt weiters, dass eine teleologische Reduktion nicht (wie mE in Österreich) am Fehlen eines plangemäßen (Rest-)Anwendungsbereichs scheitert, aber regelmäßig an der typisierenden Natur der Regelung (s dazu oben). Schließlich folgt aus der Verkürzung auf drei Jahre, dass die deutsche Sperrfrist zumindest keinen umfassenden (Norm-)Widerspruch mit den übrigen Dispositionsbeschränkungen (Widerspruchsrecht gem § 93 Abs 4 Satz 3 und Schranken in § 93 Abs 5 Satz 3 dAktG) begründet. Allerdings ist auch die auf drei Jahre verkürzte Sperrfrist wie erwähnt immer noch systemwidrig, weil Dispositionen nach der gesetzlichen Wertung jedenfalls im Bereich leichter Fahrlässigkeit außerhalb des Kapitalschutzes (§ 93 Abs 3 dAktG) gem § 93 Abs 5 Satz 2 Hs 1 dAktG *e contrario* jederzeit wirksam sein müssen (vgl für die Entlastung aber § 120 Abs 2 dAktG), um nicht die nötige Risikobereitschaft der Vorstandsmitglieder zu beeinträchtigen. Außerdem steht der Übereilungsschutz bei nachträglichen Dispositionen (Verzichten und Vergleichen) in Widerspruch zu der anerkannten Möglichkeit einer *Ex-ante*-Haftungsfreistellung durch HV-Beschluss (vgl § 93 Abs 4 Satz 1 dAktG). Die Sperrfrist ist insoweit zwar wertungswidersprüchlich, jedoch scheidet eine Nichtanwendung *qua* Derogation aus. Vielmehr ist die Sperrfrist gem § 93

4155 S oben S 303 ff.

4156 S oben bei Fn 3345.

4157 Vgl hier einstweilen nur – iE wie hier – für Deutschland iZm der vertraglichen Vereinbarung von Haftungshöchstgrenzen *Grunerwald*, AG 2013, 813 (816), nach der eine analoge Anwendung der Sperrfrist auf Haftungshöchstgrenzen zwar erwägenswert sei, diese Bestimmung allerdings rechtspolitisch allg als verfehlt angesehen werde und daher nicht extensiv verstanden werden solle. Zust (hilfsweise) *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 173.

4158 S 1087 ff.

4159 AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 132 lSp aE.

Abs 4 Satz 3 dAktG gemäß dem ihr zugeordneten Normzweck (Übereilungsschutz) jedenfalls in ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich *de lege lata* voll anzuwenden. Eine teleologische Reduktion scheitert wie erwähnt an der typisierenden Natur des der Sperrfrist zugrunde gelegten Übereilungsschutzes. *De lege ferenda* ist mE aber auch die deutsche Sperrfrist ersatzlos zu streichen (s dazu schon oben). Hat man die Sperrfrist als systemwidrige Norm erkannt, hat dieser Befund aber – wie schon zu § 84 Abs 4 Satz 3 AktG ausgeführt – auch Konsequenzen *de lege lata*: Die Sperrfrist ist zwar in ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich uneingeschränkt anzuwenden, aus ihr dürfen aber nicht weitere Schlüsse gezogen werden, um die zugrunde liegende systemwidrige Wertung nicht (extensiv oder analog) zu verbreitern.⁴¹⁶⁰ Das gilt sowohl für die erfassten Ansprüche als auch die Dispositionsarten. Dementsprechend ist aus der Sperrfrist – auch in Deutschland – nicht zu schließen, dass insb abstrakte (vertragliche) Vorausbeschränkungen der Vorstandshaftung unwirksam wären. Die Sperrfrist wird neben der Satzungsstrenge immerhin als zentraler Grund dafür genannt,⁴¹⁶¹ dass abstrakte Haftungsmilderungen im Aktienrecht (anders als im GmbH-Recht) unzulässig seien (darauf wird unten noch zurückzukommen sein).⁴¹⁶² Bei der gebotenen einschränkende Anwendung der Sperrfrist stellt sich dann die zT schwierige Frage, wie genau die Wortlautgrenze verläuft. Fraglich ist für die Anwendbarkeit der Sperrfrist konkret, ob das Wort „Verzicht“ im Begriffskern (nicht nur im Begriffshof, weil dann restriktiv auszulegen wäre) auch noch Vorausverzichte erfasst. Nicht vom Begriffskern erfasst ist dagegen wohl die Haftungsfreistellung in Form einer (pauschalen) Einwilligung in die Schädigung, weil es sich dabei um einen Rechtfertigungsgrund handelt.⁴¹⁶³ Insofern hängt die Anwendbarkeit der Sperrfrist – und mit ihr die Disponibilität der Vorstandshaftung – von der rechtstechnischen Ausgestaltung der Haftungsmilderung ab.

7. Fazit

Die Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG ist das Resultat eines gesetzgeberischen Irrtums. Der Gesetzgeber des AktG 1937/1938 ging fälschlicherweise davon aus, dass diese Vorschrift schon im damals geltenden Aktienrecht des dHGB 1897 bestanden habe; eine vergleichbare Anordnung gab es aber nur im Gründungsrecht (§ 205). Die Sperrfrist hat (dementsprechend) keinen Schutzzweck und lässt sich objektiv keiner denkbaren Normzweckhypothese friktionsfrei zuordnen. Sie ist auf den gründungsspezifischen Sachver-

4160 Vgl dazu die Nw in Fn 4153.

4161 S die Nw in Fn 4157.

4162 S 1087 ff.

4163 Näher dazu iZm der Haftungsfreistellung durch Weisungsbeschluss oben S 481 ff.

halt einer Aktienemission nach der Gesellschaftsgründung zugeschnitten und hat keinen Anwendungsfall nach der Gründung.

Mangels Schutzzweck (Verbotszweck) hat die Sperrfrist wenigstens faktisch keine Rechtsfolgen. Sie ist *de facto* eine *lex imperfecta*, die Verzichten und Vergleichen nicht entgegensteht. Selbst wenn man in der gesetzlichen Anordnung, wonach die Gesellschaft erst nach fünf Jahren über Ersatzansprüche disponieren „kann“, eine ausdrückliche Nichtigkeitssanktion sieht und folglich grundsätzlich von der Nichtigkeit verfrühter Dispositionen ausgeht, kann sich die genauere Konturierung (Art und Reichweite) dieser Nichtigkeit nur aus dem (fehlenden) Normzweck ergeben. Da die Sperrfrist jedoch keinen Normzweck und kein Schutzsubjekt hat, kann sich niemand auf eine (angenommene) Nichtigkeit berufen (weder absolute noch relative Nichtigkeit). Außerdem kann die Sperrfrist mangels Normzweck – anders als § 43 AktG – nur als gesetzliche Befristung verstanden werden. Demgemäß heilen verfrühte (befristet wirksame) Dispositionen der Gesellschaft mit Fristablauf und stehen einer Durchsetzung der betreffenden Ersatzansprüche entgegen.

Sieht man (*arguendo*) von dieser relativierten Rechtsfolge ab, schließt die Sperrfrist Verzichte und Vergleiche *de facto* kategorisch aus, weil sie sich mit der Verjährungsfrist gem § 84 Abs 6 AktG deckt. Diese beträgt nämlich ebenfalls fünf Jahre und beginnt nach zutr Ansicht ebenfalls mit der Anspruchsentstehung. Diese Rechtswirkung setzt die Sperrfrist in (Norm-)Widerspruch mit (älteren) Regelungen, die eine jederzeitige Dispositionsmöglichkeit der Gesellschaft notwendig voraussetzen, indem sie Verzichte und Vergleiche (und auch die jährliche Entlastung) zum Schutz der Minderheitsaktionäre und Gesellschaftsgläubiger nur einschränken. Die angesprochenen Regelungen sind das Widerspruchsrecht gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG und die Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG. Diese Normkollision ist mE durch Auslegung – dh wegen der festgestellten Systemwidrigkeit der Sperrfrist – zugunsten der Dispositionsbeschränkungen aufzulösen, weshalb die Sperrfrist unanwendbar ist (Derogation). Eine (zT vertretene) teleologische Reduktion ist abzulehnen, weil diese einen plangemäßen Restanwendungsbereich impliziert. In jedem Fall dürfen aus der Sperrfrist (*de lege lata*) keine weiteren Schlüsse gezogen werden, insb auf den Anwendungsbereich anderer Dispositionsbeschränkungen (vgl § 25 Abs 5 und 7 GmbHG, § 84 Abs 5 Satz 3 AktG), den Beginn der Verjährungsfrist nach § 84 Abs 6 AktG (und § 25 Abs 6 GmbHG) oder die Unzulässigkeit abstrakter Vorausdispositionen über die Vorstandshaftung (dazu sogleich näher). *De lege ferenda* ist die Sperrfrist ersatzlos zu streichen (das gilt auch für § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG).

III. Dispositionsschranken für abstrakte Haftungsmilderungen im Voraus

Auch im Aktienrecht stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen im Vorhinein. Zur Abgrenzung dieser Dispositionsart von den gesetzlich geregelten Dispositionen (Verzicht, Vergleich und HV-Beschluss) sowie zu den allgemeinen Voraussetzungen und Wirkungen abstrakter Haftungsmilderungen kann auf die insoweit verallgemeinerbaren Ausführungen im GmbH-rechtlichen Teil verwiesen werden.⁴¹⁶⁴ Bei allen grundsätzlichen Gemeinsamkeiten sind im Aktienrecht jedoch einige Besonderheiten zu beachten, mit denen sich die nachfolgenden Kapitel beschäftigen. Neben der gerade untersuchten Sperrfrist scheint nämlich (auch) die aktienrechtliche Satzungsstrenge abstrakten Haftungsmilderungen kategorisch entgegenzustehen und weitere (inhaltliche) Überlegungen, wie sie im GmbH-Recht angestellt werden, zu erübrigen. Bevor auf die einzelnen Argumente näher eingegangen wird, soll der Meinungsstand skizziert werden.

A. Meinungsstand

1. Ältere Lehre

Die ältere Lehre lehnte Haftungsmilderungen kategorisch ab. Sie ließ sich dabei vor allem von folgender Aussage im Bericht der Reichstagskommission von 1884 leiten:

„Gelegentlich der Berathung des Artikels 204 ist zur Sprache gekommen, ob die Vorschriften über das Maaß der vom Aufsichtsrath und vom Vorstande anzuwendenden Sorgfalt durch Gesellschaftsvertrag abgeändert werden könnten. Darauf ist unter Hinweis auf die Technik des Gesetzes, in welchem in allen Fällen, welche eine anderweitige Normirung durch den Gesellschaftsvertrag zulassen, hinzugefügt ist, sofern der Gesellschaftsvertrag nicht andere Erfordernisse feststellt⁴¹⁶⁵, erwidert, daß die bezüglichlichen Vorschriften, welche auch das Interesse der Gläubiger berücksichtigen, derartig öffentlichen Rechtes seien, daß sie nicht gemindert werden könnten; die Frage, ob sie verschärft werden könnten, sei nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden.“⁴¹⁶⁶

4164 S oben S 518 ff.

4165 Im Originaltext ist dieser Einschub durch Sperrung hervorgehoben.

4166 Kommissionsbericht ADHGB 1884, in Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 5. Legislaturperiode, IV. Session 1884, 4. Band, Anlage 128, 1009 (1020); Hervorhebungen durch den Verf. S schon iZm der Geschäftsführerhaftung oben bei Fn 2248.

Im Anschluss daran formulierte das überwiegende Schrifttum⁴¹⁶⁷, dass das Maß der vom Vorstand anzuwendenden Sorgfalt durch den Gesellschaftsvertrag verschärft, aber nicht gemildert werden kann.

Es gab aber durchaus Widerspruch: *Makower*⁴¹⁶⁸ zufolge etwa sollte die Vorstandshaftung gegenüber der Gesellschaft durch Vereinbarung in der Satzung oder im Anstellungsvertrag zB auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit eingeschränkt werden können. Nur die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern sei öffentliches Recht. *Koenige*⁴¹⁶⁹ kritisierte die Auffassung, wonach der Sorgfaltsmaßstab durch Vereinbarung nicht im Voraus gemildert werden kann: Dies könne „in dieser Allgemeinheit nicht geteilt werden“. Wenn der Vorstand schon durch die Satzung, durch Generalversammlungsbeschlüsse oder im Anstellungsvertrag von der Erfüllung einzelner Verpflichtungen ganz entbunden werden kann, müsse es auch zulässig sein, seine Haftung für „Versehen“ bei Erfüllung dieser Verpflichtungen zu verringern. Zwar könne die Haftung für Vorsatz selbstverständlich gem § 276 Abs 2 BGB aF (vgl § 276 Abs 3 BGB idgF) nicht ausgeschlossen werden, man müsse aber eine Haftungsbeschränkung im Übrigen für zulässig erachten, sofern sie sich nicht auf Pflichten bezieht, auf deren Erfüllung die AG nicht wirksam verzichten kann.

4167 Vgl *Ring*, ADHGB (1886) Art 226 Anm 2; *Staub*, ADHGB^{3, 4} (1896) Art 226 Anm § 1. 1. (S 522) mit Verweis auf den Kommissionsbericht; *dens*, HGB⁸ (1906) § 241 Anm I. (S 817) mit Verweis auf den Kommissionsbericht und die RG-E RGZ 46, 61 (s noch sogleich unten). Zwar könne gem § 276 Abs 2 BGB die Haftung wegen „Versehens“ vertraglich aufgehoben werden, doch habe § 241 dHGB 1897 im allg Interesse das „Gedeihen der AG“ im Auge und sei daher zwingend. Vgl *Lehmann/Ring*, HGB II² (1913) § 241 Anm 2 (S 123) mit Verweis auf den Kommissionsbericht; *Fischer in Ehrenberg*, Handbuch III (1916) 231, wonach die Gesellschaft – und auch dies nur unter Beschränkungen – Ersatzansprüche nur durch Weisung nicht entstehen lassen könne und auf bereits entstandene Ersatzansprüche verzichten könne; *K. Lehmann*, Das Recht der Aktiengesellschaften II (1904, Neudruck 1964) 266 f; *Pinner in Staub*, HGB II¹⁴ (1933) § 241 Anm 1 (S 354) mit Verweis auf den Kommissionsbericht und RGZ 46, 60; *Ring/Schachian*, Die Praxis der Aktiengesellschaft (1929) 203; *Brodmann*, Aktienrecht (1928) § 241 Anm 1. e) (S 264), wonach zwar gem § 276 BGB dem Schuldner die Haftung wegen Fahrlässigkeit im Voraus erlassen werden könne, dies aber hier ausgeschlossen sei, weil § 241 dHGB 1897 zwingendes Recht sei (mit Verweis auf RGZ 46, 61). Das entsprach auch der hL zum AktG 1937/1938: vgl *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 84 Anm 5 (S 306); *Ritter*, AktG² (1939) § 84 Anm 2. e) (S 277) mit Verweis auf den Kommissionsbericht und RGZ 46, 61; *Weipert in Gadow et al*, AktG (1939) § 84 Anm 8 (S 319); *Teichmann/Koehler*, AktG² (1939) § 84 Anm 1 (S 189); v *Godin/Wilhelmi*, AktG² (1950) § 84 Anm 2 (S 360).

4168 *Makower*, HGB¹² (1898) § 241 Anm II. b (S 517 aE).

4169 *Koenige*, HGB² (1929) § 241 Anm 1 (S 440), § 235 Anm 3 f (S 431 f).

2. Rechtsprechung des Reichsgerichts zur Genossenschaft

Neben der zitierten Stelle im Kommissionsberichts stützte sich das ältere Schrifttum⁴¹⁷⁰ auch auf eine Entscheidung⁴¹⁷¹ des RG aus dem Jahr 1900. Darin ging es zwar um die Frage, ob der Vorstand einer Genossenschaft mit unbeschränkter Haftung durch die Befolgung eines Generalversammlungsbeschlusses, der ihm die teilweise Verteilung des Reservefonds als Gewinn auftrag, von seiner Haftung freigestellt wird.⁴¹⁷² Das RG führte hierbei auch aus, „daß die Vorschriften des § 32 nicht lediglich im privaten Interesse der Genossenschaft, sondern **auch im Interesse der Allgemeinheit und insbesondere der Gläubiger gegeben sind**“.⁴¹⁷³ Es müsse davon ausgegangen werden, „daß es **wider die öffentliche Ordnung sein würde, wenn das Statut einer Genossenschaft oder ein Beschluß der Generalversammlung im voraus bestimmen wollte, daß die Mitglieder des Vorstandes von der in § 32 ihnen auferlegten Sorgfalt und von der Haftbarkeit für die Verletzung derselben entbunden sein sollten.**“⁴¹⁷⁴

3. Jüngere Lehre

Auch im jüngeren (sowohl österreichischen als auch deutschen) Schrifttum⁴¹⁷⁵ werden abstrakte Abmilderungen der Vorstandshaftung *ex ante* fast einhellig

4170 S die Nw in Fn 4167.

4171 RG 24.04.1900, Rep. VIa. 456/99 RGZ 46, 60, 61 f.

4172 Vgl dazu schon iZm der Geschäftsführerhaftung oben S 568 f.

4173 Hervorhebung durch den Verf.

4174 Hervorhebung durch den Verf.

4175 Vgl *Runggaldier/Schima*, Rechtsstellung 224 f; *dies*, Manager-Dienstverträge⁴ 185 f mit Verweis auf § 84 Abs 4 Satz 3 AktG; zust *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 414 (ebenfalls mit Verweis auf § 84 Abs 4 Satz 3 AktG); *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 84 Rz 99 mit der Begründung, dass die Haftungsbestimmungen des § 84 AktG zwingend seien; *Kalss* in *MüKo AktG*⁶ § 93 Rz 454 mit Hinweis auf § 84 Abs 4 Satz 3 AktG; *dies* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/548; *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 84 Rz 2 (ohne Begründung); *Eckert/Schopper/Madari* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} § 84 Rz 2; *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 500 ff; *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (41) mit Hinweis auf die Satzungsstrenge; *Artmann/Rüffler*, GesR² Rz 624; *Dellinger* in *FS Frotz* 187 (198) zum Sorgfaltsmaßstab; *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 165 (196); *Felzl* in *Ratka/Ranter*, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 9/145 (zum Sorgfaltsmaßstab), Rz 9/136 (zur Verjährungsfrist) und Rz 9/422 (allg zur Unzulässigkeit vertraglicher Haftungsbeschränkungsvereinbarungen); *Told/Warto* in *Harrer/Neumayr/Told*, Organhaftung 3 (52): mit der „Gläubigerschutzfunktion der Vorstandshaftung unvereinbar“; *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016) Rz 598.

Für Deutschland *Bastuck*, Enthaltung 95 mwN; *Heisse*, Beschränkung 101 ff; *Hopt/Roth* in *Großkomm AktG*³ § 93 Rz 47 f; *Spindler* in *MüKo AktG*⁶ § 93 Rz 27;

abgelehnt.⁴¹⁷⁶ Nur vereinzelt werden solche Gestaltungen schon *de lege lata* für zulässig gehalten.⁴¹⁷⁷ *De lege ferenda* hingegen besteht ein breiter Konsens

ders, AG 2013, 889 (890); *Pentz* in MüKo AktG⁵ § 23 Rz 164; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 3 f (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 4 [Stand 01.10.2023]) mit Hinweis auf die Satzungsstrenge (§ 23 Abs 5 dAktG), den Kommissionsbericht von 1884, die eigenverantwortliche Stellung des Vorstands und die Gläubigerschutzfunktion der Vorstandshaftung; *ders*, Hdb Vorstandsrecht § 11 Rz 5 ff; *ders*, ZIP 2014, 1305 ff; *ders*, WM 2005, 909 (914); *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 4 („ganz hM“), Rz 182; *ders*, AG 2014, 513 (524); *Cahn* in KK-AktG⁴ § 93 Rz 8, 222; *A. Arnold* in KK-AktG⁴ § 23 Rz 146, 152; *Hölters/Hölters* in *Hölters/Weber*, AktG⁴ § 93 Rz 11 f (Hinweis auf § 23 Abs 5 dAktG); *Sailer-Coceani* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG⁴ § 93 Rz 3; *Dauner-Lieb* in *Henssler/Strohn*, GesR⁵ § 93 Rz 3; *Link* in *Wachter*, AktG⁴ § 93 Rz 5, 74; *U. H. Schneider* in FS Werner 795 (803 f); *Lutter* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 1.19; *Krieger* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 3.44; *Haas/Wigand* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 20.62 (Hinweis auf § 93 Abs 5 dAktG); ebenso *Wigand*, Haftungsbeschränkungen 413, wonach abstrakte Haftungsmilderungen in der AG wegen des dadurch ausgelösten Eingriffs in das Verfolgungsrecht der Gläubiger gem § 93 Abs 5 dAktG nicht zulässig sind; *Schug*, Risikoeinschränkung 95 ff; *Hirte/Stoll*, ZIP 2010, 253 (254); *Vetter*, NZG 2014, 921 ff; *Habersack*, ZHR 177 (2013) 782 (794); *ders*, NZG 2015, 1297 (1298); *P. Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung 106 ff; *Brommer*, Beschränkung 178 ff; *Binder*, Grenzen 189 ff; *Schmitt*, Organhaftung 79; *Paefgen*, AG 2014, 554 (569 f), mit Verweis auf § 23 Abs 5 dAktG, aus dem er einen Grundsatz der unbegrenzten Organhaftung ableitet; *Ek/Kock*, Haftungsrisiken für Vorstand und Aufsichtsrat³ Rz 427; *Illhardt* in *Melot de Beauregard/Lieder/Liersch*, Managerhaftung § 5 Rz 48; *Reese*, DStR 1995, 532 (535) mit der Begründung, dass es sich bei der AG um eine „*rechtlich verselbstständigte Vermögensmasse [handle], deren Bestandserhaltung im Vordergrund der Tätigkeit des Vorstands steht.*“ So wohl auch *Wellhöfer* in *Wellhöfer/Peltzer/Müller*, Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer § 7 Rz 15 (der vom GmbH-Geschäftsführer spricht); nur für eine statutarische Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs (nicht für Haftungshöchstsummen) auch *Rust*, Der Aufsichtsrat 2014, 36 (37); tendenziell auch *Dendl*, Disposition 25.

Vgl für die Schweiz gegen eine Haftungsmilderung statt vieler *Daeniker* in FS Forstmoser 523 (536) mwN; rechtsvergleichend *Fleischer*, WM 2005, 909 ff; *Lutter*, ZSR 124 (2005) II, 415 (434 ff); vgl auch *Gerner-Beuerle/Paech/Schuster*, Study on Directors' Duties and Liability 172 ff, im Internet abrufbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/board/2013-study-analysis_en.pdf.

4176 Das gilt für die meisten europäischen Rechtsordnungen, zB für England, Frankreich, Italien, Österreich, Deutschland, Niederlande, Schweiz, Tschechien (referierend *Kalss/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 25 [50]). Rechtsvergleichend auch *Drygala* in *Lutter*, Das Kapital 277 (285 ff), der für alle untersuchten Rechtsordnungen (Deutschland, Frankreich, Niederlande, Belgien, Italien, Spanien, Portugal, England, Polen) zum Ergebnis kommt (aaO 298), dass eine Haftungsfreistellung des Managements bereits vor Begehung der Handlung, also zB in der Satzung oder im Anstellungsvertrag, unzulässig sei.

4177 Vgl aus der öLit für die Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen noch *Schiemer*, AktG² § 84 Anm 1.1; *Kalss*, GesRZ 2017, 87 (93 f) für Haftungsbeschränkungen auf grobe Fahrlässigkeit und Haftungshöchstsummen für *close corporations*; ähnlich für

darüber, dass privatautonome Haftungsbeschränkungen rechtspolitisch sinnvoll sind und daher zugelassen werden sollten.⁴¹⁷⁸ So lautete etwa der mit überwältigender Mehrheit gefasste Beschluss des 70. DJT in Hannover aus 2014: „*Es sollte im Grundsatz unter Wahrung berechtigter Informationsinteressen möglich sein, die aktienrechtliche Innenhaftung der Organmitglieder durch die Satzung zu begrenzen.*“⁴¹⁷⁹

Das jüngere Schrifttum stützt die (überwiegende) Ablehnung von Haftungsmilderungen *de lege lata* bemerkenswerterweise auf andere Argumente als noch die ältere Lehre. Diese hatte wie erwähnt vorrangig auf den Kommissionsbericht von 1884 und die zitierte RG-Entscheidung zum Genossenschaftsvorstand hingewiesen. Diese ältere aktienrechtliche Situation (vor allem unter Geltung des dHGB 1897) entspricht übrigens im Wesentlichen dem geltenden GmbH-Recht. Und die GmbH-rechtliche Lehre und Rsp haben sich wie erwähnt von einer kategorischen Ablehnung abstrakter Haftungsmilderungen, die früher (ebenfalls) noch mit dem Kommissionsbericht und der insoweit ähnlichen AmtlBegr zum dGmbHG begründet worden

nicht-börsennotierte AG Nicolussi in *Nueber/Przeszłowska/Zwirschmayr*, Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel 21 (35); *dies*, Satzungsstrenge 178 ff (allg Grenzen), 181 ff (Herabsetzung des Verschuldensmaßstab), 183 f (Haftungshöchstgrenzen); zust *Walter Doralt*, GesRZ 2019, 213 (215).

Für Deutschland für eine vertragliche Herabsetzung des Sorgfaltsmaßstabs *G. M. Hoffmann*, NJW 2012, 1393 (1395); jew nur für die Zulässigkeit statutarischer Haftungshöchstsummen grundl *Grunewald*, AG 2013, 813 (815 ff); *Rust*, Der Aufsichtsrat 2014, 36 (37); *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 126 ff. Eine neuere Strömung in der deutschen Lit tritt für eine Haftungsbeschränkung („Regressreduzierung“) auf Grundlage der gesellschaftsrechtlichen Fürsorge- und Treuepflicht ein (vgl statt aller nur *Koch*, AG 2012, 429 ff, *dens*, AG 2014, 513 ff; referierend und mwN *Kilian*, Reform 159, 170 ff).

4178 Vgl etwa *Bachmann*, Gutachten E zum 70. DJT E 58 ff; referierend *ders*, BB 2015, 771 (775 f); *Kilian*, Reform 213 ff; zum Meinungsstand auch ausf *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 123; *Hopt/Roth* in Großkomm AktG³ § 93 Rz 47, 401; *Sailer-Coceani* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG⁴ § 93 Rz 3 mwN; *Link* in *Wachter*, AktG⁴ § 93 Rz 74; *Krieger* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 3.45; *Habersack*, ZHR 177 (2013) 782 (803 f); *Reichert*, ZHR 177 (2013) 756 (780); *G. Wagner*, ZHR 178 (2014) 227 (277); *Spindler*, AG 2013, 889 ff; für gesetzliche Haftungshöchstgrenzen bei jeder Fahrlässigkeit *Bayer/P. Scholz*, NZG 2014, 926 ff mwN; so auch *P. Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung 361 ff, 376 ff. S dazu auch noch unten bei Fn 4560 mwN. Referierend, selbst aber wegen der Präventionswirkung der Haftung nur für die Zulässigkeit nachträglicher Haftungsmilderungen *Eßwein*, Privatautonome Gestaltung 275 ff.

4179 DJT, Beschlüsse der Abteilung Wirtschaftsrecht des 70. DJT 2014, 2; referierend *Bachmann*, BB 2015, 771 (775 f). Dieser Beschluss wurde mit 74:7:6 Stimmen angenommen. Konkret sollte die Satzung dabei „*die Innenhaftung der Organmitglieder für einfache Fahrlässigkeit ausschließen können* (ggf. *ab einer bestimmten Schadenssumme*“ (angenommen 60:14:11) und/oder „*Haftungshöchstgrenzen einführen können*“ (angenommen 63:16:6). Abl gegenüber der Öffnung der Satzung für Enthafungsklauseln etwa *P. Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung 368 ff.

war, gelöst und differenzieren vielmehr nach dem Schutzzweck der einzelnen Organpflichten.⁴¹⁸⁰ Wäre es bei der damaligen Rechtslage geblieben, hätte sich ein ähnlicher Paradigmenwechsel vielleicht auch im Aktienrecht vollzogen. Allerdings stützt sich das jüngere aktienrechtliche Schrifttum auf Normen und Dogmen, die sich erst in der weiteren Aktienrechtsentwicklung herausgebildet haben. Im Wesentlichen lassen sich zwei Hauptargumente ausmachen:

Zum einen wird die Unzulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen mit der Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG (§ 93 Abs 4 Satz 3 dAktG) begründet.⁴¹⁸¹ Wenn nämlich schon Verzichte und Vergleiche (also *Ex-post*-Disposi-

4180 S dazu auch noch unten S 1150.

4181 Vgl *Kalss* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 454; *J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 84 Rz 414; *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 500; *Runggaldier/Schima*, Rechtsstellung 224 f; *dies*, Manager-Dienstverträge⁴ 185 f; *Ostheim* in *Korinek/Krejci*, Der Verein 117 (188); für Deutschland *Schug*, Risikoeinschränkung 96 f; *P. Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung 372 ff; *Brommer*, Beschränkung 179; *Binder*, Grenzen 190 ff, 207 ff; *Unmuth*, Vergleich und Verzicht 83 f; *U. H. Schneider* in FS Werner 795 (802 f); *ders* in *Scholz*, GmbHG¹¹ § 43 Rz 258; *Krieger* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 3.44; *ders* in RWS-Forum Gesellschaftsrecht 1995 (1996) 149 (162); *Thümmel*, Persönliche Haftung⁵ Rz 350; *Reese*, DStR 1995, 532 (535); *Ebenroth/Lange*, GmbHR 1992, 69 (76); *Fleischer*, WM 2005, 909 (916); *Joussen*, GmbHR 2005, 441 (447); *Krause*, BB 2009, 1370 (1374); *Bachmann*, BB 2015, 771 (776); *Bank* in *Patzina et al*, Haftung von Unternehmensorganen Kap 17 Rz 63.

AA *Grunewald*, AG 2013, 813 (816) (s noch Fn 4199); *Rust*, Der Aufsichtsrat 2014, 36 (37); vgl auch *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandschaft 172, nach dem die (angenommene) *ratio* der Dreijahresfrist durch eine vertragliche Haftungshöchstsumme nicht tangiert werde, weil die Aktionäre bei einer Haftungsbeschränkung im Vorhinein insofern in einer vollkommen anderen Situation seien, als sie – anders als nach Entstehen eines Ersatzanspruchs – keinen strukturellen Informationsnachteil gegenüber dem Vorstand hätten. Diese Argumentation mag stringent sein, wenn man die *ratio* der Dreijahresfrist *ausschließlich* in der Überwindung eines Informationsnachteils gegenüber dem Vorstand sieht. Das setzt freilich (kaum realitätsnah und [daher] wohl auch als typisierende Annahme nicht sachgerecht) voraus, dass der Vorstand stets von Anfang an über die (schuldhafte) Schädigung und das Schadensausmaß Bescheid weiß. Im Übrigen soll es aber auch nach *N. Fischer* – und insoweit ist dessen Normzweckhypothese nicht eindeutig erkennbar – mit der allgM darum gehen, dass zu einem Zeitpunkt über Ersatzansprüche disponiert wird, „in welchem das wahre Schadensausmaß noch nicht ersichtlich ist“ (*N. Fischer* aaO 171). Geht es aber zumindest *auch* um die Überschaubarkeit des Schadensausmaßes, die sich erst im Laufe der Zeit ergibt, dann befinden sich die Aktionäre mE auch bei einer abstrakten Vorausdisposition im Vorhinein in derselben Situation, weil in einem solchen Fall das Schadensausmaß noch viel weniger überblickbar sein wird. Pointiert: Auch wenn niemand – auch nicht der Vorstand – im Vorhinein das Schadensausmaß überblicken kann und insofern *kein* Informationsungleichgewicht besteht, bleibt noch immer das (angeblich regelungsbedürftige) Problem, dass jedenfalls auch die Gesellschaft die Schadensfolgen nicht überschauen kann (sofern es denn darum [auch] gehen soll). Vgl auch für nicht-börsennotierte AG bei Universal-

tionen) unwirksam sind, dann müssten – so das verbreitete Argument – umso mehr abstrakte *Ex-ante*-Haftungsmilderungen unwirksam sein, weil solche Dispositionen relativ eingriffsintensiver sind und der Schaden (und schon die Pflichtverletzung) im Vorhinein noch viel weniger abschätzbar seien. Da die Sperrfrist *de lege ferenda* zwar (zu Recht) kritisiert wird, *de lege lata* aber nur vereinzelt und punktuell durch teleologische Reduktion relativiert wird,⁴¹⁸² lässt sich an der aus ihr implizit folgenden Unzulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen (scheinbar)⁴¹⁸³ nicht rütteln.⁴¹⁸⁴

Als zweites zentrales Argument gegen die Zulässigkeit (statutarischer)⁴¹⁸⁵ Haftungsbeschränkungen wird vor allem im deutschen Schrifttum⁴¹⁸⁶ die aktienrechtliche Satzungsstrenge angeführt:⁴¹⁸⁷ Nach § 23 Abs 5 dAktG kann die Satzung von den Vorschriften des Gesetzes nur abweichen, wenn dies ausdrücklich zugelassen ist; statutarische Ergänzungen gesetzlicher Regeln sind zulässig, soweit das Gesetz keine abschließende Regelung enthält. Eine Beschränkung oder Verschärfung der Vorstandshaftung würde nach allgemeinem Dafürhalten eine Abweichung von § 93 dAktG bedeuten, obwohl diese Norm hierfür keine Ermächtigung vorsieht. In diesem Sinn spricht etwa *Fleischer*⁴¹⁸⁸ von einem „*unverrückbaren Datum*“. Obwohl das öAktG keine dem

beschließen auch *Nicolussi*, Satzungsstrenge 177 f; *dies* in *Nueber/Przeszlowska/Zwirchmayr*, Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel 21 (35).

4182 S dazu iZm der Sperrfrist oben S 1067 ff.

4183 Zur Sperrfrist als (vermeintliches) Argument gegen abstrakte Haftungsmilderungen schon krit oben S 950 ff und noch unten S 1087 ff.

4184 Vgl etwa *Bachmann*, BB 2015, 771 (776), nach dem sich im Bereich strikter Regeln, wie der Sperrfrist, *de lege lata* wenig machen lasse. Zur Gegenansicht vgl die entspr Nw in Fn 4181.

4185 Vereinzelt wird auch vertreten, dass eine Haftungsbeschränkung (wie im GmbH-Recht verbreitet angenommen) auch im Anstellungsvertrag vereinbart werden könne (§ 23 Abs 5 dAktG regelt nur abweichende oder ergänzende Bestimmungen in der Satzung). Vgl für eine Regelung im Anstellungsvertrag *G. M. Hoffmann*, NJW 2012, 1393 (1395, 1397); abl jedoch die beinahe einhellige dL, vgl nur *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 93 Rz 4; *Hölters/Hölters* in *Hölters/Weber*, AktG⁴ § 93 Rz 11; *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 219 ff mwN.

4186 Vgl *Bastuck*, Enthaftung 95; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 3 ff (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 4 [Stand 01.10.2023]); *dens*, ZIP 2014, 1305 (1305); *dens*, WM 2005, 909 (914); zur Haftung der Aufsichtsratsmitglieder *dens*, Der Aufsichtsrat 2014, 100 (100); *Hölters/Hölters* in *Hölters/Weber*, AktG⁴ § 93 Rz 11; *Haas/Wigand* in *Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³ Rz 20.62; *U. H. Schneider* in FS Werner 795 (803 f); *Schall*, JZ 2001 455 (456); *Bayer/P. Scholz*, NZG 2014, 926 (928); *Brommer*, Beschränkung 179; *Binder*, Grenzen 189 f; so nur bei Herabsetzung des Sorgfalts- oder Verschuldensmaßstabs.

AA jedoch *G. M. Hoffmann*, NJW 2012, 1393 (1395); für statutarische Haftungshöchstgrenzen *Grunewald*, AG 2013, 813 (815); *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 126 ff; *Rust*, Der Aufsichtsrat 2014, 36 (37); zwf auch *Eßwein*, Privatautonomie Gestaltung 126 f.

4187 Zur Satzungsstrenge in Österreich noch ausf unten S 1091 ff.

4188 *Fleischer*, ZIP 2014, 1305 (1305 f).

§ 23 Abs 5 dAktG vergleichbare Bestimmung kennt, ist das Dogma der Satzungsstrenge auch in Österreich grundsätzlich anerkannt.⁴¹⁸⁹ Er ist jedoch gegenüber seinem deutschen Pendant abgeschwächt. Nach öhM⁴¹⁹⁰ kann sich die Zulässigkeit abweichender Satzungsbestimmungen auch ohne eine explizite Einzelermächtigung aus der (insb teleologischen) Auslegung der betreffenden Einzelnorm ergeben. Damit unterscheidet sich das (österreichische) Aktienrecht insoweit nicht vom GmbH-Recht, wo zwar § 4 Abs 2 GmbHG eine „Gesellschaftsvertragsstrenge“ anzuordnen scheint, von der (mE zutr) hM aber nur als Rechtsfolgenanordnung verstanden wird.⁴¹⁹¹

Mitunter wird der (angenommene) zwingende Charakter des § 84 AktG (§ 93 dAktG) auch (zusätzlich zu den genannten Hauptargumenten) damit begründet, dass der Vorstand im Gegensatz zum GmbH-Geschäftsführer weisungsfrei ist.⁴¹⁹² Die Weisungsfreiheit sei als Ausprägung der eigenverantwortlichen Leitungsaufgabe das Gegenstück zur strengen Vorstandshaftung.⁴¹⁹³ Damit sei eine Milderung des Sorgfalts- und Verschuldensmaßstabs nicht in Einklang zu bringen. Schließlich stützen manche Autoren⁴¹⁹⁴ den

4189 Vgl hier nur *Haberer/Zehetner* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 62 Rz 9; *Heidinger/Schneider* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 17 Rz 5; *Arlt* in *MüKo AktG*⁵ § 23 Rz 232; *E. Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 17 Rz 2, 5, 33; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/57 ff; zum Ganzen ausf *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 22 ff; dazu noch ausf unten S 1091 ff. Vgl im gegebenen Zusammenhang auch *U. Torggler* in *Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung 35 (41), der dies mit einem Größenschluss aus dem GmbH-Recht begründet (§ 4 Abs 2 GmbHG), weil die Satzungsautonomie in Bezug auf die Vorstandshaftung jedenfalls nicht weiter reiche als bei der GmbH (zur [mE abw] Bedeutung des § 4 Abs 2 GmbHG schon oben S 597 ff).

4190 Vgl etwa *Heidinger/Schneider* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 17 Rz 5; *Arlt* in *MüKo AktG*⁵ § 23 Rz 232; *E. Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 17 Rz 2, 33; *Kalss*, *ecolex* 2012, 559 (559).

4191 S dazu schon oben S 597 ff.

4192 *Spindler* in *MüKo AktG*⁶ § 93 Rz 32; *ders.*, AG 2013, 889 (890); *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33 (67); *Mack*, Regresshaftung 122, wonach der eigenverantwortlichen Stellung des Vorstands als Korrelat eine Haftung für jeden Fahrlässigkeitsgrad gegenüberstehe; ähnlich wohl auch *Hölters/Hölters* in *Hölters/Weber*, AktG⁴ § 93 Rz 12 („verbietet sich aus dem Zweck der Leitungsfunktion“). Nach *Hölters/Hölters* (aaO) lässt sich außerdem „schwerlich darlegen, dass ein Vorstand nicht die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters walten lassen soll.“ (Dieses Argument verkennt aber, dass angesichts der im Privatrecht grundsätzlich geltenden Privatautonomie nicht die Disponibilität einer Norm, sondern ihre Indisponibilität besonders zu begründen ist). Vgl auch *Binder*, Grenzen 201 f; so wohl schon *Bastuck*, Enthftung 95 mwN; *Kilian*, Reform 161 f; abl *Eßwein*, Privatautonome Gestaltung 120 f. Zu diesem Argument noch krit unten S 1154 ff.

4193 *Kilian*, Reform 162; so wohl auch *Binder*, Grenzen 353, 357 und *passim*.

4194 Vgl etwa *Spindler* in *MüKo AktG*⁶ § 93 Rz 31 mwN; zust *Mack*, Regresshaftung 122 mwN; *Illhardt* in *Melot de Beauregard/Lieder/Liersch*, Managerhaftung § 5 Rz 48; so wohl auch *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33 (67); abl *G. M. Hoffmann*, NJW 2012, 1393 (1395). S zu den Implikationen des Gläubigerschutzes gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (§ 93 Abs 5 Satz 3 dAktG) für die Frage der Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen noch unten S 1165 ff.

zwingenden Charakter der Vorstandshaftung auch auf den Gläubigerschutz gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (§ 93 Abs 5 Satz 3 dAktG).

4. Zusammenfassende Würdigung

Die ältere aktienrechtliche Meinungslandschaft zeigte noch ein ähnliches Bild wie im älteren GmbH-Recht: das Schrifttum stützte sich vor allem auf den Kommissionsbericht von 1884 und ein inhaltlich ähnliches RG-Urteil zur Genossenschaft. Während sich die GmbH-rechtliche Lehre und Rsp von der kategorischen Ablehnung abstrakter Haftungsmilderungen auf ähnlicher (vor allem subjektiv-historischer) Basis losschlagen konnte und heute nach der Schutzfunktion einzelner Organpflichten differenziert, lautet der Tenor im Aktienrecht immer noch auf Indisponibilität. Die Gründe dafür sind aber andere als früher: nämlich zum einen (erst) mit dem AktG 1937/1938 eingeführte fünfjährige Sperrfrist für Verzichte und Vergleiche und zum anderen die Doktrin der aktienrechtlichen Satzungsstrenge.

Angesichts dieser speziellen Ausgangslage im Aktienrecht (das GmbH-Recht kennt weder eine Sperrfrist noch eine Satzungsstrenge) wird die nachfolgende Untersuchung dementsprechend anders aufgebaut. Zuerst werden die beiden zentralen Gegenargumente (Sperrfrist und Satzungsstrenge) einer genaueren Untersuchung unterzogen, weil sie abstrakten Haftungsbeschränkungen unüberwindbar entgegenzustehen scheinen und dadurch weitere inhaltliche Überlegungen zur Zulässigkeit von Haftungsbeschränkungen, wie sie im GmbH-Recht angestellt werden, (scheinbar) überflüssig machen. Wie sich herausstellen wird, steht jedoch keines der beiden Argumente einer vertraglichen Abmilderung der Vorstandshaftung entgegen (was für die Sperrfrist oben schon vorweggenommen wurde). Ist der Weg für abstrakte Haftungsmilderungen damit offen, ist die Ausgangslage im Wesentlichen dieselbe wie im GmbH-Recht. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird daher (nur) zum einen die wertungsmäßige Parallelität mit dem GmbH-Recht und (daraus folgend) die Übertragbarkeit der GmbH-rechtlichen Diskussion für das Aktienrecht überprüft; zum anderen werden die (wenigen) aktienrechtlichen Besonderheiten beleuchtet und daraus abschließend Schlussfolgerungen für die Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen gezogen.

B. Die Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG als (vermeintliche) Restriktion

Wie oben dargestellt, ist die Sperrfrist (§ 84 Abs 4 Satz 3 AktG, § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG) neben der Satzungsstrenge *das* Argument gegen die Zulässigkeit abstrakter Haftungsbeschränkungen im Aktienrecht. Wenn nämlich sogar nachträgliche Verzichte und Vergleiche erst nach einigen Jahren wirk-

sam sind, dann könnten kaum abstrakte *Ex-ante*-Haftungsmilderungen wirksam vereinbart werden.

Die Stellungnahme zu diesem Argument kann kurz ausfallen, weil die Sperrfrist und ihre Implikationen oben⁴¹⁹⁵ schon kritisch untersucht wurden. Diese Untersuchung hat gezeigt, dass die (allgemeine) Sperrfrist irrtümlich geschaffen wurde, (daher) keinen Normzweck hat und systemwidrig ist. Da die Sperrfrist keinen Normzweck hat, steht sie Verzichten und Vergleichen zumindest faktisch nicht entgegen.⁴¹⁹⁶ Sieht man davon ab, sind Verzichte und Vergleiche ausgeschlossen, weil die Sperrfrist mit der Verjährungsfrist (§ 84 Abs 6 AktG) parallel läuft. Dadurch werden die zusätzlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen und Dispositionsbeschränkungen (§ 84 Abs 4 Satz 3 bzw § 84 Abs 5 Satz 3 AktG) funktionslos. Diese Normkollision (Antinomie) wird nach der hier vertretenen Auffassung durch (materielle) Derogation zugunsten der tradierten, teleologisch sorgfältig begründeten Wirksamkeitsvoraussetzungen und Dispositionsbeschränkungen aufgelöst. Auch deshalb kann die Sperrfrist der Zulässigkeit abstrakter Haftungsbeschränkungen nicht entgegenstehen. Zu diesem Schluss gelangt auch, wer die hier vertretene (relativierte) Verstoßfolge und Derogation der Sperrfrist ablehnt, aber die Sperrfrist immerhin als systemwidrig erkennt. Systemwidrig ist die Sperrfrist wie gesagt nicht nur, weil sie Verfügungen ganz ausschließt, sondern auch, weil sie keinen Schutzzweck hat und im Übrigen einen Wertungswiderspruch mit § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG begründet (jederzeitige Dispositionsmöglichkeit – insb durch Entlastung – im Bereich leichter Fahrlässigkeit außerhalb § 84 Abs 3 AktG). Auch dieser Befund verbietet Schlussfolgerungen auf (auch) die (Un-)Zulässigkeit abstrakter Vorausdispositionen.⁴¹⁹⁷ Denn aus unsachgerechten (zumal systemwidrigen) Normen dürfen nicht noch weitere Folgerungen abgeleitet werden (insb nicht durch extensive oder analoge Anwendung). Dasselbe gilt mE für die deutsche Sperrfrist gem § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG. Diese hat der Aktiengesetzgeber von 1965 zwar auf drei Jahre reduziert (damit die erwähnte Normkollision entschärft) und überdies mit einem Übereilungsschutz versehen. Auch diese verkürzte Sperrfrist widerspricht indes (unabhängig von ihrem Schutzzweck) der Wertung des § 93 Abs 5 Satz 2 Hs 1 dAktG; und auch der gesetzlich deklarierte Übereilungsschutz (dessen Genese im Übrigen fragwürdig ist)⁴¹⁹⁸ ist wertungswidersprüchlich, denn er steht in Widerspruch mit der Möglichkeit der Gesellschaft, die Vorstandshaftung im Vorhinein durch HV-Beschluss auszuschließen (§ 93 Abs 4 Satz 1 AktG). Daher kann auch aus der deutschen Sperrfrist nicht der Schluss gezogen werden, dass abstrakte *Ex-ante*-Beschränkungen der Vorstandshaftung unwirksam wären

4195 Insb oben S 1067 ff.

4196 Zur Verstoßfolge der Sperrfrist oben S 1014 ff.

4197 *Quod vero contra rationem iuris receptum est non est producendum ad consequentias.*
Vgl dazu die Nw in Fn 4153.

4198 Dazu insb oben S 989 ff.

(wobei die Zulässigkeit von der konkreten Ausgestaltung der Haftungsbeschränkung abhängen wird, je nachdem, ob das fragliche Rechtsgeschäft noch in den Begriffskern der Sperrfrist [„*verzichten oder [...] vergleichen*“] fällt).⁴¹⁹⁹

Steht die Sperrfrist abstrakten Vorausdispositionen somit nicht kategorisch entgegen, spricht die grundsätzliche Dispositionsfreiheit (Privatautonomie) der Gesellschaft – vorbehaltlich der Satzungsstrenge – zunächst (vorläufig) für die Disponibilität der Vorstandshaftung. Dasselbe lässt sich – freilich wieder nur vorläufig – rückschließen aus den gesetzlichen Dispositionsbeschränkungen, aus denen *e contrario* die Disponibilität im übrigen Bereich folgt (und mit denen die Sperrfrist daher wie gesagt in Widerspruch steht). Das gilt vor allem für die Möglichkeit, die Haftung – ebenfalls im Vorhinein, wenngleich nur im Hinblick auf konkrete Geschäftsführungsmaßnahmen – durch HV-Beschluss in bestimmten Grenzen⁴²⁰⁰ auszuschließen.⁴²⁰¹ Vorläufig ist dieser Rückschluss,

4199 So iE für Deutschland (iZm der vertraglichen Vereinbarung von Haftungshöchstgrenzen) auch *Grunewald*, AG 2013, 813 (816), nach der eine analoge Anwendung der Sperrfrist auf Haftungshöchstgrenzen zwar erwägenswert sei, diese Bestimmung allerdings rechtspolitisch allg als verfehlt angesehen werde und daher nicht extensiv verstanden werden solle. Zust (hilfsweise) *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 173. S auch die Nw in Fn 4181. Auf die Möglichkeit einer Analogie nicht eingehend *Rust*, Der Aufsichtsrat 2014, 36 (37): Eine Haftungshöchstsumme falle nicht unter die Sperre, weil der Anspruch (in bestimmter Höhe) gar nicht entstanden sei. Insofern würde es auch nicht zu einem Verzicht kommen, auch wenn man einwenden möge, dass die Vereinbarung einer Haftungshöchstgrenze gewissermaßen prophylaktisch erfolge. Abw etwa *Nicolussi*, Satzungsstrenge 176 ff, die der Sperrfrist unter Berufung auf die Gesetzesgenese als Zweck den Schutz (auch künftiger) Minderheitsaktionäre attestiert. Dementspr lässt *Nicolussi* bei nicht-börsennotierten AG, in der die Fluktuation der Aktionäre nur eine eingeschränkte Rolle spiele, auch abstrakte Haftungsmilderungen *ex ante* zu, sofern (analog zu nachträglichen Verzichten oder Vergleichen) alle Aktionäre zustimmen (Universalbeschluss; s zu dieser vom OGH und der hL angenommenen ungeschriebenen Ausnahme von der Sperrfrist schon oben bei Fn 3721). Vgl die (abl) Stellungnahme zur Minderheitenschutzthese oben S 963 ff.

4200 Ausf dazu oben S 874 ff. Die Grenzen der Disponibilität gibt das Verfolgungsrecht der Gesellschaftsgläubiger gem § 84 Abs 5 AktG vor, weil dieses Recht vor anspruchsmindernden Gesellschaftsdispositionen gesichert werden muss. HV-Beschlüsse schließen daher die Haftung aus im Bereich des § 84 Abs 3 AktG und darüber hinaus wegen sonst zumindest grob fahrlässiger Schädigung, soweit das Gesellschaftsvermögen zur Gläubigerbefriedigung ausreicht (vgl § 84 Abs 5 Sätze 1 f AktG). Für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen außerhalb des § 84 Abs 3 AktG (analog) haften die Vorstandsmitglieder unabhängig von der Finanzlage der Gesellschaft nicht, wenn ihr Handeln von einem HV-Beschluss gedeckt ist. Zum Schutz der (anfechtungsberechtigten) Aktionäre muss ein HV-Beschluss zudem unanfechtbar (geworden) sein, um eine Haftungsfreistellungswirkung zu entfalten. Aus dieser gesetzlichen Wertung lässt sich ableiten, dass die Gesellschaft (zumindest in Bezug auf konkrete Geschäftsführungsmaßnahmen) die Haftung von Vorstandsmitgliedern durch Beschluss ausschließen kann, soweit Gläubiger- und Minderheitsinteressen nicht berührt sind.

4201 Abw iZm Haftungsbeschränkungen *de lege ferenda* *Kilian*, Reform 223, der zufolge § 93 Abs 4 Satz 1 dAktG im Umkehrschluss gegen die Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen spreche. Aus § 93 Abs 4 Satz 1 dAktG könne nämlich *e con-*

wie schon im GmbH-Teil dargelegt,⁴²⁰² weil abstrakte Vorausdispositionen wegen ihrer Abstraktheit eine höhere „Enthaftungsintensität“ haben als die gesetzlich geregelten Dispositionsarten. Deshalb wäre noch zu prüfen, ob sie den gesetzlich geregelten Enthaftungsmöglichkeiten wertungsmäßig ähnlich sind.

trario entnommen werden, dass anderweitige Haftungsmilderungen, die zeitlich vor der Pflichtverletzung vereinbart werden, unzulässig sind (*Kilian* aaO 162 mwN ohne weitere Begründung im Hinblick auf die gesetzliche Wertung, jedoch mit – insoweit unzutreffend – Verweis auf *Krieger* in RWS-Forum Gesellschaftsrecht 1995/1996, 149 [162] und *U. H. Schneider* in FS Werner 795 [803], die jedoch die [angenommene] Unzulässigkeit abstrakter Vorausdispositionen – insoweit folgerichtig – aus Satz 3 des § 93 Abs 4 dAktG [Sperrfrist] ableiten).

Dieser Argumentation ist mE zunächst entgegenzuhalten, dass es *de lege ferenda* gerade keine Rolle spielt, ob eine Wertung im Gesetz schon angelegt ist. Dadurch würde der Gesetzgeber eben – selbst wenn man § 93 Abs 4 Satz 1 AktG als abschließende Norm verstünde – eine weitere Dispositionsmöglichkeit schaffen. Im Übrigen ist nicht ersichtlich, weshalb die Zulässigkeit einer Haftungsfreistellung durch HV-Beschluss für eine konkrete Geschäftsführungsmaßnahme durch § 93 Abs 4 Satz 1 AktG eine abschließende Regelung sein sollte. Zum einen ist diese Norm wie erwähnt (s oben S 889 ff) wie auch § 93 Abs 5 Satz 3 dAktG ohnehin nur deklarativ (arg: AmtlBegr AktG 1937/1938 181 [abgedr auch bei *Klausing*, AktG 71 f]: „In § 84 Abs. 4 ist klargestellt [...]“) und war historisch nur deshalb notwendig, dass früher die Beschlussmängelkategorie der absoluten Nichtigkeit (noch) nicht anerkannt war. § 93 Abs 4 Satz 1 AktG stellt nur klar, dass gläubigerschutzwidrige HV-Beschlüsse (entgegen dem möglichen Umkehrschluss aus dem [ebenfalls nur deklarativen] § 93 Abs 5 Satz 3 dAktG) die Haftung auch gegenüber der Gesellschaft nicht in jedem Fall ausschließen (nämlich nicht insoweit, als dadurch das Anfechtungsrecht der Aktionäre beschnitten würde). Da es sich somit richtigerweise um eine deklarative Norm handelt, kann aus ihr auch kein Umkehrschluss gezogen werden. Vielmehr ergibt sich die Haftungsfreistellungswirkung von HV-Beschlüssen aus der allg Dispositionsfreiheit (Privatautonomie) der Gesellschaft, weshalb sich die Frage stellt (und diese Frage wäre im Übrigen auch zu beantworten unter der Annahme einer *konstitutiven* Norm bei der Entscheidung zwischen einem Umkehr- und Analogieschluss), ob die Einschränkung der Dispositionsfreiheit, die in § 93 Abs 4 und 5 dAktG zum Ausdruck kommt, auch wertungsmäßig passt für andere fragliche Dispositionsarten (hier: abstrakte Vorausdispositionen). Wie oben zur GmbH schon argumentiert (S 628 ff), sind abstrakte Vorausdispositionen (wegen ihrer Abstraktheit gerade umso mehr) von der gesetzlichen Wertung (mittelbarer Gläubigerschutz durch typische Interessenskongruenz) mitumfasst (s zur AG auch noch ergänzend unten S 1150 ff). Soweit *Kilian* (aaO 223 f) abstrakte Haftungsbeschränkungen (*de lege ferenda*) ablehnt, weil dies der Wertung der Sperrfrist gem § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG (die im Schutz vor Dispositionen vor Überschaubarkeit des Schadensausmaßes liege) widerspreche, wird mE auch übersehen, dass diese Wertung der (allg) Sperrfrist ihrerseits in Widerspruch zur Haftungsfreistellung durch HV-Beschluss im Vorhinein (§ 93 Abs 4 Satz 1 dAktG) steht, weil in diesem Fall ebenfalls regelmäßig (typischerweise umso weniger) nicht absehbar sein wird, wie hoch das Ausmaß des (künftigen) Schadens sein wird (s dazu oben im Fließtext und näher iZm der Übereilungsschutzthese oben S 989 ff).

4202 Vgl oben S 584 ff.

Dazu wurde im GmbH-Teil schon ausgeführt,⁴²⁰³ dass dieser Unterschied (die Abstraktheit) wertungsmäßig keine Verschiedenbehandlung erfordert. Hier bleiben daher nur noch aktienrechtliche Besonderheiten zu würdigen, die allenfalls zu einem abweichenden Ergebnis führen könnten. Vorher ist aber noch das zweite wesentliche Gegenargument – die Satzungsstrenge – einer kritischen Prüfung zu unterziehen.

C. Satzungsstrenge im österreichischen Aktienrecht?

Jahrzehntelang folgten die österreichische Lehre und Judikatur der in Deutschland schon seit gut einem Jahrhundert vorherrschenden Auffassung vom Grundsatz der Satzungsstrenge.⁴²⁰⁴ Während dieser Grundsatz in Deutschland mit § 23 Abs 5 dAktG festgeschrieben ist, kennt das öAktG keine vergleichbare Regelung. Ähnliche Anordnungen enthalten in Österreich § 4 Abs 2 GmbHG⁴²⁰⁵ (den die hM⁴²⁰⁶ allerdings zutr als bloße Rechtsfolgenanordnung versteht)⁴²⁰⁷ und § 11 GenG⁴²⁰⁸.

Die nachfolgenden Ausführungen beginnen mit einer Darstellung des Meinungsstands, wobei die deutsche Rechtslage wegen der ausdrücklichen Anordnung des § 23 Abs 5 dAktG vorangestellt wird. Daran schließt eine (weitere)⁴²⁰⁹ kritische Untersuchung der Satzungsstrenge, die die dogmengeschichtlichen Entwicklungslinien und die Legitimation der „Satzungsstrenge“ fokussiert. Davon hängt immerhin ab, ob (statutarische) abstrakte Haftungsmilderungen (auch) im Aktienrecht zulässig sind. Es handelt sich also um eine maßgebliche Vorfrage, die eine tiefergehenden Auseinandersetzung erfordert.

4203 Dazu oben insb S 630 ff.

4204 Vgl Brugger, NZ 2014, 145 (145).

4205 § 4 Abs 2 GmbHG: „Bestimmungen, die den Vorschriften dieses Gesetzes widersprechen, dürfen im Gesellschaftsvertrage nicht getroffen werden und haben keine rechtliche Wirkung.“

4206 Vgl hier statt vieler Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 4 Rz 19 mwN; aA insb U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 4 Rz 8; dens in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Organhaftung 35 (39); dens, GesRZ 2010, 185 ff.

4207 S zur Bedeutung dieser Bestimmung schon im GmbH-rechtlichen Teil oben S 597 ff.

4208 § 11 GenG: „Das Rechtsverhältniß der Genossenschaft unter einander richtet sich zunächst nach dem Genossenschaftsvertrage. Letzterer darf von den Bestimmungen dieses Gesetzes nur in denjenigen Punkten abweichen, bei welchen dieß ausdrücklich für zulässig erklärt ist.“

4209 Vgl für Österreich schon Ch. Nowotny, Satzungsstrenge im österreichischen Aktienrecht? In FS Doralt 411; Kalss in Kalss/Schauer, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, 16. ÖJT II/1 51 ff; monographisch Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht (2009) 22 ff; Nicolussi, Die Satzungsstrenge im Aktienrecht (2018).

1. Meinungsstand

a) Deutschland

Das deutsche Aktienrecht normiert mit § 23 Abs 5 dAktG eine (positivierte) Satzungsstrenge: „Die Satzung kann von den Vorschriften dieses Gesetzes nur abweichen, wenn es ausdrücklich zugelassen ist. Ergänzende Bestimmungen der Satzung sind zulässig, es sei denn, daß dieses Gesetz eine abschließende Regelung enthält.“ Eine statutarische Abweichung vom Gesetz ist nach hL⁴²¹⁰ nur dann iSd leg cit „ausdrücklich zugelassen“, wenn das Gesetz eine klare und positive Aussage enthält (was ggf durch Auslegung zu ermitteln ist). Eine Ergänzung ist zulässig, wenn das Gesetz keine abschließende Regelung enthält, was ebenfalls durch Auslegung zu ermitteln sei.⁴²¹¹

Historisch gesehen ist die Anordnung des § 23 Abs 5 dAktG vergleichsweise jung. Die Norm wurde erst mit dem dAktG 1965 geschaffen. Dazu erläutert die AmtlBegr, dass die Regelung *abweichender* Satzungsbestimmungen (Satz 1) der hL entspricht.⁴²¹² Zur Zulässigkeit *ergänzender* Satzungsbestimmungen (Satz 2) ergebe die Rsp laut AmtlBegr kein einheitliches Bild. Deshalb und da beide Fragen, also die Zulässigkeit abweichender und ergänzender Vereinbarungen, das gesellschaftsrechtlich sehr wichtige Verhältnis von Gesetz und Satzung betreffen, scheine eine ausdrückliche Klarstellung angebracht.⁴²¹³ Ganz so unumstritten, wie die AmtlBegr glauben machen, war die Satzungsstrenge allerdings schon damals nicht.⁴²¹⁴ Entwickelt wurde sie in einer Reihe reichsgerichtlicher Entscheidungen zu Beginn des 20. Jahrhunderts. Diese Entscheidungen waren und blieben jedoch heftig umstritten. Darauf wird unten noch genauer einzugehen sein.⁴²¹⁵

Der Normzweck der Satzungsstrenge liegt nach heute einhelliger Ansicht⁴²¹⁶ in der gesteigerten Verkehrsfähigkeit der Aktie und in der Schaffung von Rechtssicherheit durch die „Standardisierung“ der Mitgliedschaft.

4210 Vgl statt vieler nur *Pentz* in MüKo AktG⁵ § 23 Rz 161; *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 23 Rz 35.

4211 Vgl nur *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 23 Rz 37 f; *Vedder* in *Grigoleit*, AktG² § 23 Rz 38 ff.

4212 AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 105, abgedr auch bei *Kropff*, Aktiengesetz (1965) 44: „Der neue Absatz 4 entspricht der herrschenden Lehre.“

4213 Vgl AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 105.

4214 Vgl *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 64 mwN; *Kalss/Fleischer*, AG 2013, 693 (693, 699); *A. Arnold* in KK-AktG⁴ § 23 Rz 132; *Hey*, Gestaltung 168 f.

4215 S ausf sogleich unten S 1107 ff.

4216 AllgM; vgl zB *A. Arnold* in KK-AktG⁴ § 23 Rz 133; *Limmer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 23 Rz 28 (nun *ders* in BeckOGK AktG § 23 Rz 50 [Stand 01.07.2023]); *Röbriecht/Schall* in Großkomm AktG⁵ § 23 Rz 174 (hochgradig standardisiertes Serienprodukt); *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 23 Rz 1, 34; *Pentz* in MüKo AktG⁵ § 23 Rz 158; *Solveen* in *Hölters/Weber*, AktG⁴ § 23 Rz 29; *Vedder* in *Grigoleit*, AktG² § 23 Rz 36; *Kalss/Fleischer*, AG 2013, 693 (694); *Eßwein*, Privatautonome Gestaltung 21 ff.

Jeder (auch zukünftige) Aktionär solle sich darauf verlassen können, dass die Satzung keine ungewöhnlichen (und für ihn nachteiligen) Bestimmungen enthält. Wer für diese sog Standardisierungsthese eine Stütze in den Mat sucht, wird jedoch nicht fündig. Die AmtlBegr jedenfalls gibt keinen Aufschluss über den Normzweck. Ebenso wenig lässt sich aus der älteren Lehre und Rsp erfahren.⁴²¹⁷ Genau besehen wurde die Satzungsstrenge erst später, vor allem von rechtsökonomischer Seite, durch den Standardisierungsgedanken „nachrationalisiert“.⁴²¹⁸

In jüngerer Zeit werden die Satzungsstrenge und Standardisierungsthese unter dem Eindruck von Deregulierungstendenzen und mit Blick auf liberalere Rechtsordnungen zunehmend in Frage gestellt.⁴²¹⁹ Der Standardisierungsfunktion wird entgegengehalten, dass sie primär auf börsennotierte Publikums-AG abzielt, die große Mehrheit der AG aber nicht börsennotiert sei.⁴²²⁰ Die rechtspolitische Kritik nahm Mitte der Neunziger-Jahre sprunghaft zu und erreichte auf dem 67. DJT 2008 in Erfurt einen vorläufigen Höhepunkt.⁴²²¹ Der Juristentag beriet über eine stärkere Differenzierung zwischen börsennotierten und nicht-börsennotierten AG.⁴²²² Er schloss sich allerdings nicht dem Vorschlag des Gutachters *Bayer*⁴²²³ an, § 23 Abs 5 dAktG für nicht-börsennotierte AG zwar grundsätzlich beizubehalten, aber punktuelle Deregulierungen in Betracht zu ziehen.⁴²²⁴ Zum Teil wird die Satzungsstrenge auch schon *de lege lata* relativiert, etwa iZm der Frage der hier behandelten Disponibilität der Vorstandshaftung.⁴²²⁵ Wie aber schon erwähnt,

4217 Vgl auch *Hirte* in *Lutter/Wiedemann*, Gestaltungsfreiheit 61 (64); *A. Arnold* in *KK-AktG*⁴ § 23 Rz 132 f.

4218 So *Spindler*, AG 2008, 598 (600) mwN; vgl auch *Brugger*, NZ 2014, 145 (145).

4219 Vgl *Spindler* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 46 mwN; *Hirte* in *Lutter/Wiedemann*, Gestaltungsfreiheit 61 (96); *Mertens*, ZGR 1994, 426 (428); *Hey*; Gestaltung 181 ff; *Eidenmüller*, JZ 2001, 1041 (1046) mwN, der darauf hinweist, dass rechtliche Regelungen durch Informationsintermediäre bepreist würden, weshalb das Argument der Standardisierungsthese simplifizierend sei; weiterführend etwa *Kalss/Fleischer*, AG 2013, 693 (700 ff); vgl auch *A. Arnold* in *KK-AktG*⁴ § 23 Rz 134 f mwN.

4220 Vgl dazu nur *Koch* in *Koch*, AktG¹⁷ § 23 Rz 34 mwN.

4221 Referierend *Kalss/Fleischer*, AG 2013, 693 (694) mwN.

4222 Vgl Beschlüsse des 67. DJT, Abteilung Wirtschaftsrecht, I. 2, II. A.4, II.D.19; krit *Spindler*, AG 2008, 598 ff.

4223 *Bayer*, Gutachten E für den 67. DJT E 81 ff, 96 ff.

4224 Abl auch *Pentz* in *MüKo AktG*⁵ § 23 Rz 158; vgl auch *A. Arnold* in *KK-AktG*⁴ § 23 Rz 138, nach dem auch bei nicht-börsennotierten AG ein weitreichender Verzicht auf zwingendes Recht nicht sinnvoll sei, weil ein hinreichender Abstand zum GmbH-Recht gewahrt werden müsse und andernfalls der Übergang von der nicht-börsennotierten zur börsennotierten AG unnötig erschwert würde.

4225 Vgl allg *Hopt/Roth* in *Großkomm AktG*⁵ § 93 Rz 47, wonach zu Recht erwogen werde, § 23 Abs 5 dAktG speziell iZm § 93 dAktG schon *de lege lata* restriktiv auszulegen (mit Verweis auf *Fleischer*, AG 2014, 457 [471]), der die Möglichkeit einer Verlängerung der Verjährungsfrist *de lege lata* nur durch individualrechtliche Ver-

sieht die ganz überwiegende deutsche Lehre⁴²²⁶ jedenfalls in der Sperrfrist immer noch ein unüberwindbares Hindernis für statutarische Modifikationen der gesetzlichen Vorstandshaftung.

b) Österreich

Das öAktG kennt wie gesagt keine § 23 Abs 5 dAktG vergleichbare Norm. Gleichwohl war im älteren Schrifttum⁴²²⁷ in Anlehnung an die deutsche Rechtslage noch die Überzeugung verbreitet, dass die Satzung vom Gesetz nur abweichen kann, wenn es ausdrücklich zugelassen ist. Andernfalls hätte die Vereinbarung keine rechtliche Wirkung.⁴²²⁸ Ergänzungen gesetzlicher Vorschriften hielt man für zulässig, wenn es keine abschließende gesetzliche Regelung gibt. Für Satzungsbestimmungen, die weder vom Gesetz abweichen noch ein allgemeines Verbot verletzen, sei die Schranke des „Wesens der AG“ zu beachten.⁴²²⁹ Dieses Rechtsverständnis entsprach im Wesentlichen der Anordnung des § 23 Abs 5 dAktG. Da eine solche Anordnung aber fehlt, bedurfte es einer besonderen Rechtfertigung. *Schiemer*⁴²³⁰ verwies auf die zahlreichen Ermächtigungen, die fakultative Satzungsbestimmungen auf gesetzlicher Basis vorsehen. Gäbe es für Satzungsbestimmungen keine Grenzen, bedürften sie keiner gesetzlichen Grundlage, wodurch erhärtet werde, was § 23 Abs 5 Satz 1 dAktG ausdrücklich anordnet.

einbarung bejaht [S 471], aber als Satzungsregel wegen § 23 Abs 5 dAktG ausdr ablehnt [S 463]).

4226 S Fn 4175 und Fn 4181.

4227 Vgl *Schiemer*, AktG² § 17 Anm 1.2; so wohl auch *Kastner*, Grundriß¹ 128; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß⁵ 178; im Anschluss daran *M. Heidinger*, Aufgaben und Verantwortlichkeit von Aufsichtsrat und Beirat der GmbH (1988) 29, wonach dieser Grundsatz in § 23 Abs 5 dAktG „mit deutscher Gründlichkeit ausdrücklich festgehalten [wird]“; vgl aber *Losert/Schiemer/Stadler*, AktG (1966) § 17 Anm 1: „Über den notwendigen Inhalt der Satzung hinaus darf diese das Gesellschafterverhältnis beliebig bis zur Schranke zwingender gesetzlicher Vorschriften gestalten“.

4228 Vgl *Schiemer*, AktG² § 17 Anm 1.2 mit Verweis auf § 4 Abs 2 GmbHG.

4229 Vgl *Schiemer*, AktG² § 17 Anm 1.2.

4230 *Schiemer*, AktG² § 17 Anm 1.2.

Das jüngere Schrifttum⁴²³¹ und der OGH⁴²³² messen dem Fehlen einer Parallelbestimmung zu § 23 Abs 5 dAktG eine größere Bedeutung bei. Einigkeit besteht darüber, dass ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten zwingenden Rechts nicht zum österreichischen Rechtsbestand gehört.⁴²³³ In diesem Sinne formuliert die aktuelle Lehre etwas zurückhaltender, dass der Grundsatz der Satzungsstrenge trotz Fehlens einer expliziten Anordnung auch hierzulande „anerkannt“ sei oder jener Grundsatz das österreichische Aktienrecht „präge“. ⁴²³⁴ Das österreichische Prinzip der Satzungsstrenge gelte im Vergleich zu seinem deutschen Pendant nur „mit gewissen Einschränkungen“⁴²³⁵ und „nicht

4231 Vgl Brix, Die Satzung der AG (2011) Rz 1/28, Rz 4/2 f; P. Doralt/Diregger in MüKo AktG⁴ § 23 Rz 222; Arlt in MüKo AktG⁵ § 23 Rz 232; E. Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 17 Rz 2, 5, 33; ausf Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 22 ff; Haberer/Zehetner in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 62 Rz 9; Heidinger/Schneider in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 17 Rz 5; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, ÖGesR² Rz 3/57 f; ähnlich dies in Kalss/Schauer, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, 16. ÖJT II/1 51 (vom Grundsatz der materiellen Satzungsstrenge geprägt); dies, GesRZ 2017, 87 (87); Kalss/Nicolussi, GesRZ 2017, 203 (203); Kalss/Probst, Familienunternehmen Rz 4/5 (Stand April 2013); monographisch ausf Nicolussi, Die Satzungsstrenge im Aktienrecht (2018); dies in Kalss/Frotz/Schörghofer, Hdb Vorstand Kap 38 Rz 8; dies in Nueber/Przeszłowska/Zwirschmayr, Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel 21 (21); dies, GesRZ 2013, 308 (308); G. Frotz in FS Wagner 137 (139 f); Hausmaninger/Taufner in Hausmaninger/Gratzl/Justich, Hdb AG² Kap 2 Rz 36; Schulz in MüKo AktG⁵ § 68 Rz 145; rechtsvergleichend Elsner/Hössl/U. Torggler, GesRZ 2017, 78 ff.

4232 Vor nicht allzu langer Zeit folgte auch der OGH (08.05.2013, 6 Ob 28/13f – unter Beifall der Lehre – aus dem Fehlen einer ausdr Anordnung, dass „eine Auslegung des AktG dahingehend, dass eine Satzungsbestimmung immer nur dann zulässig ist, wenn sie vom AktG ausdrücklich so vorgesehen ist oder die Zulässigkeit abweichender Regelungen ausdrücklich vom AktG gestattet ist, nicht in jedem Fall geboten [ist].“ (OGH 08.05.2013, 6 Ob 28/13f Pkt 3.1; vgl auch RIS-Justiz RS0128830). S auch noch die Nw in Fn 4246 f.

4233 Vgl nur Ch. Nowotny (in FS Doralt 411 ff), nach dem ein „Schwarz-weiß-Konzept“ nach Art des § 23 Abs 5 dAktG hierzulande nicht verankert ist; zust Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 68; vgl auch Kalss/Fleischer, AG 2013, 693 (696): „Ja-oder-Nein-Sicht“; ähnlich auch U. Torggler, GesRZ 2010, 185 (186 Fn 14), wonach die hA von der aktienrechtlichen Satzungsstrenge „auf schwachen Beinen“ stehe und im Aktienrecht in Wahrheit gar kein Regel-Ausnahme-Verhältnis bestehen dürfte. Möglich sei aber ein Größenschluss von einzelnen zwingenden (nicht dispositiven) Vorschriften auf die Indisponibilität der aktienrechtlichen Parallelbestimmungen (vgl auch dens in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Organhaftung 35 [41]).

4234 Vgl zB Nicolussi, Satzungsstrenge 1, 8; dies in Bergmann/Kalss, Rechtsformwahl Rz 10/80; Kalss/Nicolussi, GesRZ 2017, 203 (203); Schulz in MüKo AktG⁵ § 68 Rz 134; Kalss/Schauer, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, 16. ÖJT II/1 51; G. Frotz in FS Wagner 137 (139 f), wonach dies zwar nicht ausdr geregelt, aber eine durchaus gesicherte Erkenntnis sei; referierend auch OGH 08.05.2013, 6 Ob 28/13f Pkt 1. und 1.2.1.1.1.

4235 Vgl E. Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 17 Rz 2.

schränkenlos⁴²³⁶. Das hiesige Aktienrecht sei im Vergleich zur deutschen Rechtslage „flexibler“⁴²³⁷. Der „prinzipiell zwingende Charakter“⁴²³⁸ (womit jedoch offenbar kein formales Regel-Ausnahme-Verhältnis gemeint ist)⁴²³⁹ ergebe sich hierzulande zwar nicht kraft gesetzlicher Anordnung, aber implizit aus der Regelungssystematik des Gesetzes, das zahlreiche Ermächtigungen zu abweichenden oder ergänzenden Satzungsbestimmungen vorsieht.⁴²⁴⁰

Derartige Formulierungen stiften auf den ersten Blick wegen ihrer Assoziation mit der deutschrechtlichen Satzungsstrenge (immer noch) etwas Verwirrung. Gemeint ist damit aber bloß, dass abweichende Vereinbarungen *nicht* nur bei Bestehen einer ausdrücklichen Ermächtigung zulässig sind, sondern

4236 *Haberer/Zehetner* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 62 Rz 9.

4237 *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/57; *Nicolussi*, Satzungsstrenge 18.

4238 Vgl *Heidinger/Schneider* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 17 Rz 5; *E. Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 17 Rz 33; ebenso *E. Gruber/H. Foglar-Deinhardstein*, GesRZ 2014, 73 (77); ähnlich auch *Eckert/Schopper* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} § 17 Rz 22; zust auch *Simonishvili* in *Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG § 17 Rz 17.

4239 Zusammenfassend und referierend OGH 08.05.2013, 6 Ob 28/13f Pkt 1, wonach unter dem Prinzip der Satzungsstrenge im Allgemeinen verstanden werde, dass aufgrund der Regelungssystematik des AktG, nämlich der ausdr. Normierung von bestimmten Abweichungs- oder Ergänzungsmöglichkeiten vom AktG zum fakultativen Satzungsinhalt, das Aktienrecht prinzipiell zwingend ist und daher Satzungsbestimmungen, die von zwingenden Vorschriften des AktG abweichen, unwirksam sind. Bei der Lektüre des Schrifttums fällt idZ auf, dass der Hinweis auf den „prinzipiell zwingenden Charakter“ des Gesetzes (s Fn 4238) durch den Zusatz relativiert wird, dass sich die Zulässigkeit von Abweichungen oder Ergänzungen nicht nur „formal“ aus einer gesetzlichen Ermächtigung, sondern auch durch teleologische Auslegung der jew. Bestimmung ergeben könne (s im Fließtext). Referierend zB *Kalss/Probst*, Familienunternehmen Rz 4/5 mwN (Stand April 2013), wonach generell vom grundsätzlich zwingenden Charakter des Aktienrechts ausgegangen werde. Ein prinzipiell zwingender Charakter iSe formalen Regel-Ausnahme-Verhältnisses würde sich freilich nicht mit der Notwendigkeit einer teleologischen Auslegung im Einzelfall vertragen (außer zwecks analoger Anwendung einer Ermächtigung). Tatsächlich ist wohl nur die Terminologie unglücklich, weil mit dem „prinzipiell zwingenden“ Charakter keine formale Satzungsstrenge gemeint ist, sondern nur, dass das Aktienrecht vergleichsweise viele zwingende Vorschriften enthält. Vgl aber *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 271, der aus der „*hohen Regelungsdichte*“ des Aktienrechts ableitet, dass nicht das Primat der Vertragsfreiheit gelte, sondern vielmehr eine „*widerlegliche Vermutung*“, dass das Aktiengesetz „*im Zweifel zwingend*“ ist.

4240 *Heidinger/Schneider* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 17 Rz 5 mit Verweis auf *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß⁵ 178; *E. Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 17 Rz 33; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/54, 3/57; vgl auch OGH 30.8.2000, 6 Ob 167/00b SZ 73/131; abl *Ch. Nowotny* in FS Doralt 411 (414 f), wonach aus dieser – gegenüber privatrechtlichen Regelungen ungewöhnlichen – Bestimmung nicht einfach geschlossen werden könne, dass allein deshalb im Zweifel stets zwingendes Recht anzunehmen ist. Vielmehr sei auch hier jew. zu prüfen, ob besondere Gründe für die Einschränkung der privatautonomen Gestaltung sprechen. Krit auch *Nicolussi*, Satzungsstrenge 14 ff; referierend OGH 08.05.2013, 6 Ob 28/13f Pkt 1.

auch dann, wenn sich dies im Einzelfall durch (insb teleologische) Auslegung ergibt.⁴²⁴¹ Nach diesem Verständnis dürfen also Satzungsbestimmungen nicht gegen zwingendes Recht verstoßen (vgl § 4 Abs 2 GmbHG).⁴²⁴² Zwingende Schranken seien vor allem der Aktionärs- und Gläubigerschutz, das öffentliche Interesse und das „Wesen der AG“.⁴²⁴³ Ob eine Norm danach zwingend ist, müsse aber durch Auslegung im Einzelfall geprüft werden. Wegen der Notwendigkeit einer materiellen Prüfung einzelner Vorschriften auf ihre Disponibilität spricht man auch von einer *materiellen Satzungsstrenge*, die der in Deutschland gem § 23 Abs 5 dAktG geltenden *formellen Satzungsstrenge* gegenübergestellt wird (dort ergibt sich die Disponibilität rein formal aus dem Bestehen einer gesetzlichen Ermächtigung).⁴²⁴⁴ Gemeint ist mit dem Begriff der materiellen (österreichischen) Satzungsstrenge (oder dem prinzipiell zwingenden Charakter des Aktienrechts)⁴²⁴⁵ somit offenbar (nur), dass das Aktienrecht vergleichsweise viele zwingende Vorschriften enthält. Auch der OGH hat eine so verstandene materielle Satzungsstrenge in zwei älteren Entschei-

4241 Ch. Nowotny in FS Doralt 411 (415); Arlt in MüKo AktG⁵ § 23 Rz 232; so schon P. Doralt/Diregger in MüKo AktG⁴ § 23 Rz 222; E. Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 17 Rz 2, 33; Heidinger/Schneider in Artmann/Karollus, AktG³ § 17 Rz 5; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, ÖGesR² Rz 3/57; dies, ecolex 2012, 559 (559); Simonishvili in Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka, AktG § 17 Rz 17.

4242 Vgl OGH 30.08.2000, 6 Ob 167/00b: „Satzungsbestimmungen, die von zwingenden Vorschriften des Aktienrechts abweichen, sind wirkungslos.“; RIS-Justiz RS0114152; 08.05.2013, 6 Ob 28/13f. Aus der aktienrechtlichen Lit E. Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 17 Rz 33 mit Verweis auf das herrschende Verständnis des § 4 Abs 2 GmbHG als bloße Rechtsfolgenanordnung; Heidinger/Schneider in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 17 Rz 5; Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 325 f („zwingende Wertungsprinzipien des Gesetzes“); Hausmaninger/Taufner in Hausmaninger/Gratzl/Justich, Hdb AG² Kap 2 Rz 36.

4243 Vgl Heidinger/Schneider in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 17 Rz 5; E. Gruber in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG³ § 17 Rz 33; Arlt in MüKo AktG⁵ § 23 Rz 232; zuvor schon P. Doralt/Diregger in MüKo AktG⁴ § 23 Rz 222; Haberer/Zehetner in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 62 Rz 9; Brugger, NZ 2014, 145 (154); Nicolussi, Satzungsstrenge 9 und *passim*; dies in Bergmann/Kalss, Rechtsformwahl Rz 10/80; Hausmaninger/Taufner in Hausmaninger/Gratzl/Justich, Hdb AG² Kap 2 Rz 36; vgl auch 08.05.2013, 6 Ob 28/13f Pkt 3.2.

4244 Vgl statt vieler Nicolussi, Satzungsstrenge 8 ff mwN.

4245 S dazu schon Fn 4239.

dungen aus 1995⁴²⁴⁶ bzw 2000⁴²⁴⁷ im Grundsatz anerkannt,⁴²⁴⁸ ohne näher darauf einzugehen.

Als Grund und Rechtfertigung für die vielen zwingenden Normen im Aktienrecht sieht auch die österreichische Lehre⁴²⁴⁹ das Bedürfnis nach der Standardisierung des Produkts „Aktie“ bei (idealtypischen) börsennotierten Publikumsgesellschaften, weil dadurch der Handel erleichtert und der Schutz (außenstehender) Aktionäre gesichert werde. Jeder Aktionär solle sich darauf verlassen können, dass die Satzung keine ungewöhnlichen Bestimmungen enthält.⁴²⁵⁰ Da diese Begründung nur für (heute seltene) börsennotierte AG zutrifft, gewährt das Schrifttum⁴²⁵¹ auch hierzulande nicht-börsennotierte AG grundsätzlich mehr Satzungsautonomie. Auch der OGH hat sich dieser liberaleren Strömung in einer vielbeachteten jüngeren Entscheidung⁴²⁵² aus dem Jahr 2013 angeschlossen

4246 OGH 29.08.1995, 1 Ob 586/94, 595 SZ 68/144. Darin ging es um die Zulässigkeit einer Satzungsklausel, die die Aufhebung eines Dividendenvorzugs vom Eintritt einer auflösend gemischten Bedingung abhängig machte, nämlich Beendigung einer stillen Gesellschaft.

4247 OGH 30.08.2000, 6 Ob 167/00b SZ 73/131. In dieser E ging es um eine Satzungsklausel, die ein Ruhen der Stimmrechte bei Verstoß gegen Meldepflichten über die Beteiligung vorsah.

4248 Referierend etwa *Nicolussi*, Satzungsstrenge 16 ff; offenbar abw *Ch. Nowotny* in FS Doralt 411 (412 Fn 7), demzufolge der OGH in den genannten E für Abweichungen vom Gesetz eine ausdr Ermächtigung durch die gesetzliche Regelung verlangt habe (formale Satzungsstrenge); so auch *Brugger*, NZ 2014, 145 (147). Tatsächlich hielt der OGH die streitgegenständliche Satzungsklauseln (trotz Fehlens einer § 23 Abs 5 dAktG entspr Bestimmung) für unzulässig, weil sie zwingendem Recht (und im Fall der E 1 Ob 586/94 auch dem Wesen der AG) widersprechen. Der OGH hat sich also *nur* formal auf das Fehlen einer gesetzlichen Ermächtigung gestützt, sondern den zwingenden Charakter der betreffenden Vorschriften material begründet. Demgemäß ging er nicht von einer formalen, sondern von einer materiellen Satzungsstrenge (wie im Fließtext oben erläutert) aus (so wohl dann auch [referierend] 08.05.2013, 6 Ob 28/13f Pkt 1.2.1.2.).

4249 *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/59; *dies* in *Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, 16. ÖJT II/155; vgl auch *E. Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 17 Rz 2; ausf *Nicolussi*, Satzungsstrenge 19 ff; *dies* in *Nueber/Przeszłowska/Zwirchmayr*, Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel 21 (23); *dies* in *Bergmann/Kalss*, Rechtsformwahl Rz 10/81; offenlassend *Ch. Nowotny* in FS Doralt 411 (415).

4250 *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/59 mwN; *Nicolussi*, Satzungsstrenge 19 f mwN; *E. Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 17 Rz 2.

4251 *Ch. Nowotny* in FS Doralt 411 (416); *Kalss/Probst*, Familienunternehmen Rz 4/6 ff (Stand April 2013); *Kalss* in *Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, 16. ÖJT II/1 51 ff; *dies* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/60; *Heidinger/Schneider* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 17 Rz 5; *Arlt* in *MüKo AktG*⁵ § 23 Rz 232; so schon *P. Doralt/Diregger* in *MüKo AktG*⁴ § 23 Rz 222; *Nicolussi*, Satzungsstrenge 20 ff, 44 ff. Das aktienrechtliche Normgefüge sei demnach typgerecht ausulegen, dh abhängig von seinem Zweck und seiner Funktion je nach Gesellschafterstruktur (*Nicolussi* aaO 48 mwN).

4252 OGH 08.05.2013, 6 Ob 28/13f GesRZ 2013, 189 (*Kalss/Winner*, Judikaturübersicht) = GesRZ 2013, 212 (*Schopper*) = wbl 2013, 193 (*Edelmann*) = ecolex 2013, 709 (*Schörg-*

und einer nicht-börsennotierten AG mit vinkulierten Namensaktien mehr Gestaltungsfreiheit zugesprochen (*in casu*: statutarische Vereinbarung eines Vorkaufsrechts).

2. Historische Analyse

Will man sich mit den Entwicklungslinien der Satzungsstrenge auseinandersetzen, die wie erwähnt maßgeblich durch die Rsp des RG determiniert sind, empfiehlt sich zunächst eine Kontextualisierung. Dazu werden zuerst die wesentlichen gesetzlichen Entwicklungsetappen im Hinblick auf Satzungsautonomie skizziert.⁴²⁵³ Im Anschluss werden die angesprochenen RG-Judikate und ihre Rezeption im zeitgenössischen Schrifttum näher beleuchtet. Daran schließt eine kurze Darstellung der weiteren (gesetzlichen) Entwicklung bis ins geltende Recht, die sich dann wieder mit den Ausführungen in der Einleitung treffen wird.

a) Entwicklung vom ADHGB 1861 bis zum dHGB 1897 und österreichische Entwicklung

Weder das ADHGB 1861 noch das AHGB 1862 enthielten eine allgemeine Anordnung über die Disponibilität des Aktienrechts.⁴²⁵⁴ Die organisationsverfassungsrechtlichen Regelungen dieser Gesetzeswerke waren lückenhaft und rudimentär.⁴²⁵⁵ Es waren daher die Statuten, die als zentrale Rechtsquelle des Aktienrechts fungierten.⁴²⁵⁶ Detaillierte gesetzliche Regelungen wa-

hofer/Gruber) = RWZ 2013, 283 (*Wenger*) = AnwBl 2013, 624 (*E. Gruber/H. Foglar-Deinhardstein*) = GesRZ 2014, 73 (*Brugger*). Konkret ging es um die Frage, ob die Regelung eines Vorkaufsrechts in der Satzung wirksam ist. Der OGH bejahte diese Frage. Bislang konnten derartige Vereinbarungen nur in Syndikatsverträgen wirksam getroffen werden.

4253 Vgl allg zur historischen Entwicklung des Aktienrechts *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung des österreichischen Aktienrechts (2002); für Deutschland *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel I (2007). Zur historischen Entwicklung der Satzungsstrenge für Österreich insb *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 22 ff; *Kuntz*, Gestaltung 425 ff; *Ch. Nowotny* in FS Doralt 411 (412 ff); für Deutschland insb *Spindler* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 (S 995 ff) mit zahlreichen weiteren Nw.

4254 Vgl auch *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 24.

4255 *Spindler* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 7; *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 24.

4256 *K. Lehmann*, Das Recht der Aktiengesellschaften I (1898, Neudruck 1964) 104 (wichtiges Erkenntnismittel für das geltende Aktienrecht); *Pohlmann*, Das Aktienrecht des 19. Jahrhunderts (2007) 48; *Spindler* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 7.

ren damals auch entbehrlich, weil der Konzessionszwang⁴²⁵⁷ dem Staat ermöglichte, Satzungen im Einzelfall zu prüfen.⁴²⁵⁸ Der Konzessionszwang selbst sollte nach damaligem Verständnis hinreichenden Gläubiger- und Anlegerschutz gewährleisten.⁴²⁵⁹ Dass es gleichwohl auch im Konzessionssystem schon gesetzliche Regeln gab, war der liberalen Forderung nach festen Regeln für eine Konzessionserteilung geschuldet.⁴²⁶⁰ Diese Regeln waren anfangs bloß interne Vorgabe für die Behörden („Innenrecht“). Sie wurden später aber durch gesetzliche Voraussetzungen für die Konzessionserteilung ersetzt,⁴²⁶¹ die man „Normativbestimmungen“ nannte.⁴²⁶² Damit war der Übergang vom Konzessions- zum Normativsystem bereits vorgezeichnet. Insgesamt war das Aktienrecht⁴²⁶³ des ADHGB 1861 und AHGB 1862 von weitgehender Gestaltungsfreiheit geprägt.⁴²⁶⁴ Das galt vor allem für die in-

4257 Die Konzessionspflicht für Aktiengesellschaften wurde erst mit der Aktienrechtsnovelle 1870 aufgehoben und durch ein Normativsystem ersetzt; s. sogleich im Fließtext.

4258 Vgl. Kuntz, Gestaltung 426; Spindler in Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 10.

4259 Spindler in Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 10; Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 23.

4260 Kießling in Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel I Kap 7 Rz 47.

4261 Vgl. Kießling in Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel I Kap 7 Rz 47.

4262 Kießling in Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel I Kap 7 Rz 47.

4263 Diese Gestaltungsfreiheit entsprach auch der Tradition der aktienrechtlichen Gesetzeswerke vor dem ADHGB, wie etwa das preußische Aktiengesetz von 1843 (dazu Kießling in Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel I Kap 7 Rz 69) und der Code de Commerce (dazu Deutsch in Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel I Kap 3 Rz 1).

4264 Pahlow in Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel I Kap 8 Rz 59, 61; Lieder in Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel I Kap 10 Rz 14; Spindler in Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 7, 10, 13; Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 24; vgl. bereits Flechtheim im Vorwort zu Flechtheim/Wolff/Schmulewitz, Die Satzungen der deutschen Aktiengesellschaften (1929). Ganz im Sinne dieser weitgehenden Satzungsautonomie mahnte bereits Renaud in seinem aktienrechtlichen Standardwerk (Actiengesellschaften [1863] 240 f; gleichlautend in der Zweitaufg. [1875] 298 f) zu gesetzgeberischer Zurückhaltung. Denn es könne nicht Aufgabe einer aktienrechtlichen Gesetzgebung sein, „die Verfassung aller derartigen Vereine, die sich nur unter deren Herrschaft bilden, zu regeln, oder sie auch nur subsidiär, d. h. für den Fall, dass es an einer besonderen Festsetzung derselben für eine gegebene Actienverbindung fehlen sollte, zu bestimmen. Vielmehr liegt es einer solchen Gesetzgebung in dieser Hinsicht nur ob, indem sie die mannigfachen Gestaltungen, welche die Verschiedenheit der Verkehrsbedürfnisse mit sich bringt, autonomischer Bestimmung überlässt, einerseits darauf hinzuwirken, dass die besonderen Satzungen, durch welche die Verfassung eines jeden einzelnen Actienvereins festzustellen ist, dies in genügender Weise thun, andererseits dafür zu sorgen, dass diese besonderen Normen nichts enthalten, was mit dem Wesen der Actiengesellschaft unverträglich oder entschieden zu einem Missbrauche dieser Vereinsform führen könnte.“ Diese Ausführungen sollte sich der Gesetzgeber später tatsächlich zu Herzen nehmen (vgl. AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr. bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 433).

nere Organisation der Aktiengesellschaft.⁴²⁶⁵ Diese Gestaltungsfreiheit barg jedoch auch die Gefahr von Missbräuchen,⁴²⁶⁶ worin zugleich die Grundlage für weitere Anpassungen lag. Eine ausdrückliche Regelung über die grundsätzliche (In-)Disponibilität des Gesetzes enthielt das ADHGB 1861 nicht.⁴²⁶⁷

In Deutschland wurde das Aktienrecht in den Jahren 1870 und 1884 grundlegend reformiert. Die Novelle 1870⁴²⁶⁸ schaffte das Konzessionssystem ab und ersetzte es durch ein Normativsystem.⁴²⁶⁹ Anlass waren unter anderem die enttäuschten Erwartungen an das Konzessionssystem. Dieses hatte die Schädigung von Gesellschaftsgläubigern und Aktionären wider Erwarten nicht verhindern können.⁴²⁷⁰ Deshalb wurde es fortan als Hemmnis einer effektiven Selbstkontrolle gestraft.⁴²⁷¹ Denn das Konzessionserfordernis habe geradezu trügerische Sicherheit darüber vermittelt, dass der Staat schon keine zwielichtigen und schwindelhaften Unternehmungen zulassen werde.⁴²⁷² Als einzige Garantie gegen Verluste erachtete man nun die eigene Vorsicht.⁴²⁷³ Diese Über-

4265 Pablow in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel I Kap 8 Rz 59, 61, 99. Meist gingen die gesetzlichen Vorschriften nicht von verbindlichen oder gar zwingenden organisatorischen Strukturen der Gesellschaft aus (aaO Rz 59, 61). So konnten die Gründer etwa weitere Organe und Institutionen statutarisch vorsehen (aaO Rz 99).

4266 Pablow in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel I Kap 8 Rz 99; *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 29.

4267 Vgl auch *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 24.

4268 Gesetz, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, Bundes-Gesetzblatt des Norddeutschen Bundes 1870, S 375, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 107 ff; vgl die auf Darstellung der Entstehung bei *Schubert*, ZGR 1981, 285 ff und bei *Lieder* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel I Kap 10 (S 318 ff); vgl auch *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 141 ff.

4269 Bereits das ADHGB 1861 hatte eine Optierung zum Normativsystem ermöglicht. Hiervon hatten im Bereich des Norddeutschen Bundes nur die Hansestädte, Oldenburg und weitgehend auch Sachsen Gebrauch gemacht (*Schubert*, ZGR 1981, 285 [287]). Auch nach der Novelle 1870 blieben Konzessionen wegen eines bestimmten (als gefährlich geltenden) Unternehmensgegenstands bestehen, wie zB Eisenbahnbau, Versicherungsgeschäfte (vgl *Lieder* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel I Kap 10 Rz 13).

4270 *Schubert*, ZGR 1981 285 (287); *Spindler* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 11.

4271 Vgl Motive, Drucksache Nr 86/1869 des Bundesrates des Norddeutschen Bundes S 12, zitiert bei *Schubert*, ZGR 1981, 285 (287): „Dadurch aber, daß das Publikum auf die vom Staate ihm verheißene Fürsorge sich verläßt und in diesem Vertrauen der eigenen Mühe und Sorge sich entschlagen zu können glaubt, wird jene unerfüllbare Verheißung geradezu schädlich.“

4272 *Lieder* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel I Kap 10 Rz 6; *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 29.

4273 *Schubert*, ZGR 1981, 285 (287). Die Hauptaufgabe der Novelle müsse darin bestehen, „zum Schutze des Publikums gegen Übervorteilung und Täuschung einen geeigneten Ersatz zu schaffen für diejenige Fürsorge, welche bisher in der Form der Konzessionsbedingungen bei der staatlichen Prüfung und Feststellung des einzelnen Statuts geübt wurde“. An die Stelle der „bisher im Verwaltungswege bewirkten Si-

legungen waren durchwegs vom liberalen Gedanken der Selbsthilfe und Selbstkontrolle getragen.⁴²⁷⁴ Das Kernstück der Novelle war der fortan obligatorische Aufsichtsrat als Ausgleich für den weggefallenen Konzessionszwang.⁴²⁷⁵ Die anderen, neugeschaffenen Normativbestimmungen betrafen vor allem die Kapitalaufbringung, Kapitalerhaltung und Bilanzvorschriften.⁴²⁷⁶ Sie waren jedoch vielfach halbherzig und wirkungslos, weil sie nicht gegen Umgehungen gesichert waren.⁴²⁷⁷ Nur drei Jahre später wurden daher Forderungen nach einer Nachbesserung laut.⁴²⁷⁸ Insgesamt bewirkten die neuen Normativbestimmungen der Novelle 1870 eine Einschränkung der bislang unter dem Konzessionszwang bestehenden Satzungsautonomie, indem sie zahlreiche zwingende Vorgaben für den Satzungsinhalt machten.⁴²⁷⁹

Die Novelle von 1884⁴²⁸⁰ baute das 1870 angelegte System „gesetzlicher Normativ- und Kautelarvorschriften für die Entstehung und die Verwaltung der Aktiengesellschaften“ weiter aus und verfeinerte das Regelungsnetz.⁴²⁸¹

cherheit [müssten] gewisse, ein für allemal maßgebende gesetzliche Normativbestimmungen treten, welche sich theils auf die Begründung, theils auf die fortlaufende Verwaltung der Gesellschaften zu beziehen haben“. Vgl. Motive, Drucksache Nr 86/1869 des Bundesrates des Norddeutschen Bundes S 15, zitiert bei Schubert, ZGR 1981, 285 (288).

4274 Vgl. idZ Wiener, Gutachten über das Actiengesellschaftswesen (1873) 1 (1 ff.).

4275 Teichmann, Gestaltungsfreiheit 73; Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 144; Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 30; Spindler in Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 12. Von der nun zwingenden Einrichtung abgesehen wurden die Regelungen über den Aufsichtsrat inhaltlich jedoch nicht geändert (Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 144).

4276 Spindler in Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 7.

4277 Vgl. Lieder in Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel I Kap 10 Rz 119; vgl. etwa Wiener, Gutachten über das Actiengesellschaftswesen (1873) 5 und *passim*.

4278 Vgl. die drei Gutachten zur Reform des Actiengesellschaftswesen auf Veranlassung der Eisenacher Versammlung von Wiener, Goldschmidt und Behrend aus dem Jahr 1873; referierend Lieder in Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel I Kap 10 Rz 119 mwN.

4279 Schubert, ZGR 1981, 285 (313); Spindler in Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 13.

4280 Gesetz, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaft vom 18.07.1884, RGBl 123–170, abgedr. bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 560 ff.; vgl. auch die instruktive AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr. bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 387 ff.; ausf. dazu Hofer, 11. Kap: Das Aktiengesetz von 1884 – ein Lehrstück für prinzipielle Schutzkonzeptionen, in Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel I (S 388 ff.); Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 144 ff.; Goldschmidt, ZHR 30 (1884) 69 ff. Anlass der Reform war die sog. „Gründerkrise“ im Jahre 1873, mit der die seit 1871 andauernden „Gründerjahre“ abrupt geendet hatten (vgl. Hofer in Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel I Kap 11 Rz 2).

4281 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr. bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 416. Vgl. ebenda: „Die richtigen Grundgedanken haben in der Novelle nur nicht ihre vollständige Entwicklung gefunden, und diese fortzubilden, muß die Aufgabe der Reform sein.“ Vgl. bereits Gutachten ROHG, abgedr. bei Schubert/Hommelhoff,

Auch diese Novelle verschrieb sich dem Grundsatz der Selbsthilfe.⁴²⁸² Anlass waren die sog Gründungsschwindel.⁴²⁸³ Ihnen begegnete der Gesetzgeber von 1884 mit einem neuem Gründungsrecht, Änderungen im Organisationsrecht und einem zwingenden Minderheitenschutz.⁴²⁸⁴ Beim zwingenden Recht übte sich der Gesetzgeber unter Hinweis auf die Vorarbeiten *Renauds*⁴²⁸⁵ jedoch in Zurückhaltung. Zwingende Normativbestimmungen sollten vielmehr nur geschaffen werden, soweit es im öffentlichen Interesse erforderlich ist.⁴²⁸⁶ Dementsprechend rechtfertigten die Motive⁴²⁸⁷ (punktu-

Aktienrecht 163. Vgl auch *Spindler* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 13.

4282 *Hofer* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel I Kap 11 Rz 25; AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 416 rSp: „Gegen Täuschung und Irrthum, Illusion und Leichtsinn muß wesentlich die eigene Sorgfalt des Betheiligten sichern. Das Gesetz hat dieser nur die Wege zu öffnen und ihr schützend zur Seite zu stehen.“

4283 Diese waren insb durch die unzureichenden Gründungsvorschriften der ersten Novelle ermöglicht worden (vgl den Überblick über die Spielarten im Gutachten des ROHG, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 160 f). Das Grundkapital vieler Aktiengesellschaften war entweder nicht ordnungsgemäß eingezahlt oder es war für eingebrachte Sacheinlagen ein übertriebener Wert angesetzt worden (vgl *Hofer* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel I Kap 11 Rz 2). Unternehmen waren oft bloß zum Zweck der „Agiotage“ errichtet worden, sodass die vom Publikum erworbenen Aktien vielfach wertlos waren (ebenda).

4284 Ausf zu den einzelnen Normativbestimmungen *Hommelhoff* in *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 53 ff; *Hofer* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel I Kap 11 Rz 25 ff; *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 144 ff.

4285 *Renaud*, Actiengesellschaften² (1875) 298 f.

4286 Vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 433 (Überschrift: „Normalstatut oder Normativbestimmungen“): „Dagegen hat es der Entwurf vermieden, selbst eine Verfassung für den Fall zu geben, daß es an einer besonderen Feststellung für die Gesellschaft fehlen sollte. [...] Jede Aktiengesellschaft erhält durch ihren besonderen Zweck ein ihr eigenthümliches individuelles Gepräge, so daß die Aufstellung eines Normalstatuts, welches die verschiedenen Besonderheiten der einzelnen Gesellschaft unmöglich berücksichtigen kann, der Entwicklung des Gesellschaftszwecks Hindernisse bereiten muß. Gerade die Pflege des individuellen Zwecks, wie er sich bei der Verschiedenheit der Verkehrsbedürfnisse in so mannigfacher Gestaltung geltend macht, muß der autonomen Bestimmung überlassen werden. Aufgabe der Gesetzgebung kann es allein sein, diejenigen Bedingungen als Normativbestimmungen aufzustellen, welche im öffentlichen Interesse für alle Gesellschaften maßgebend sein sollen. Ein derartiges Verfahren hat vor der Aufstellung eines Normalstatuts den Vorzug, daß es innerhalb der gesetzlich weitgezogenen Schranken jeder einzelnen Gesellschaft diejenige freie Bewegung gestattet, die für sie ihrem besonderen Zweck gemäß zu einem gedeihlichen Bestehen nothwendig ist.“

4287 So etwa bei der Wahl des Vorstands und Aufsichtsrats: AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 458: „Unter Ausnutzung der gewährten Vertragsfreiheit machten sich deshalb vielfach unlautere Einflüsse bei der Bestellung beider Organe geltend; [...] Der Entwurf läßt deshalb eine Beschränkung der Vertragsfreiheit eintreten.“ Vgl auch iZm der str Frage einer Emission neuer (junger) Aktien:

elle) Einschränkungen der (grundsätzlichen) Privatautonomie jeweils nur bei den betreffenden Einzelnormen.⁴²⁸⁸ Auch auf ein (dispositives) Normalstatut verzichtete der Reformgesetzgeber, um den Gesellschaften innerhalb des zwingenden gesetzlichen Rahmens eine freie Gestaltung entsprechend ihren individuellen Bedürfnissen zu ermöglichen. Insgesamt schränkte die Zunahme und Ausdifferenzierung der Normativbestimmungen die statutarische Gestaltungsfreiheit weiter ein.⁴²⁸⁹ Obwohl der Gedanke der Vertragsfreiheit durch die damaligen Missstände, die durch punktuelle Einschränkungen behoben werden sollten, in Misskredit geraten waren,⁴²⁹⁰ stießen die zahlreichen Normativbestimmungen auf Widerstand. Kritiker befürchteten, dass sie die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit der Aktiengesellschaft behindern könnten.⁴²⁹¹ Eine Aussage über die grundsätzliche Disponibilität des Gesetzes enthielt das ADHGB auch nach der Novelle 1884 nicht.

Daran ändert auch das dHGB 1897 nichts, das in Deutschland mit dem BGB am 1. Jänner 1900 in Kraft trat. Es enthielt keine grundlegenden inhalt-

AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 454: „Die Frage hat, wie sich aus beiden Ansichten ergibt, eine vorwiegend wirtschaftliche Bedeutung, der gegenüber Rücksichten auf die Vertragsfreiheit nicht entscheidend sein dürfen.“

4288 So auch *Kuntz*, Gestaltung 430. Vgl auch überzeugend aaO 437, wonach eine solche punktuelle Rechtfertigung der Einschränkung der Vertragsfreiheit bei Geltung einer grundsätzlichen Satzungsstrenge nicht erforderlich gewesen wäre. Vgl idZ auch AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 497 (zum Aufsichtsrat): „Die Bestellung eines Aufsichtsraths (Nr. 6) ist vom Entwurf gesetzlich vorgeschrieben (Art. 209e, 210 Nr. 3, Art. 225, 191, 192). Nur soweit das Gesetz Abweichungen gestattet, giebt der Gesellschaftsvertrag für sie Raum.“ Diese Aussage bezieht sich allerdings nur auf die Vorschriften zum Aufsichtsrat. Das ergibt der Kontext der gesamten Textpassage: Zuvor heißt es: „Die übrigen Bestimmungen, welche in gleicher Weise, um für die Gesellschaft Kraft zu erlangen, der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag bedürfen, werden besser in Verbindung mit den gesetzlichen Vorschriften an betreffender Stelle erwähnt. Dies gilt insbesondere von den Nummern 6, 7, 10 in Artikel 209 der bisherigen Fassung. Die Bestellung eines Aufsichtsraths (Nr. 6) ist vom Entwurf gesetzlich vorgeschrieben [...]. Nur soweit das Gesetz Abweichungen gestattet, giebt der Gesellschaftsvertrag für sie Raum. Dies gilt auch von demjenigen Theil der bisherigen Nummer 8, welcher nicht in Nummer 5 von Artikel 209 des Entwurfs aufgenommen ist [...].“ Dieser Satz schließt wieder an die Aufzählung der materiellen Satzungsbestimmungen an, weshalb sich die Aussage über die Zulässigkeit von Abweichungen nur auf die dazwischen liegenden Ausführungen zum Aufsichtsrat beziehen kann. Hätte damals eine grundsätzliche Satzungsstrenge gegolten, wäre die Rechtfertigung prinzipiell zwingender Einzelbestimmungen nicht nötig gewesen (so auch *Kuntz* aaO 437).

4289 *Spindler* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 13.

4290 *Hofer* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel I Kap 11 Rz 14.

4291 Der Sektionschef des österreichischen Justizministeriums, *Franz Klein*, bemerkte etwa, dass „auch die Epoche der freien Aktiengesellschaft im Begriffe [sei], ein Zwangsrecht zu schaffen, das der Gestaltungs- und Verfügungsfreiheit der Gesellschaft mehr nahetritt, als Konzession und Staatsaufsicht.“ (*Klein*, Entwicklungen 58).

lichen Änderungen, sondern zeichnete sich vor allem durch eine stärkere Systematik und einen einheitlichen (an das BGB angepassten) Sprachstil aus.⁴²⁹² Die Gesetzesverfasser des dHGB 1897 kannten den Zielkonflikt⁴²⁹³ einer gebotenen Missbrauchsprävention einerseits und der Notwendigkeit wirtschaftlicher Freiräume zur Gewährleistung der volkswirtschaftlichen Attraktivität der AG als Rechtsform andererseits. Die Regelungen des dHGB 1897 sollten sich dementsprechend darauf beschränken, „den noch vorhandenen Mißbräuchen nach Möglichkeit entgegenzutreten“, soweit dies nicht ohnehin durch das hierfür besser geeignete, neue Börsengesetz von 1896 gewährleistet werde.⁴²⁹⁴ Auch das dHGB 1897 enthielt noch keine § 23 Abs 5 dAktG vergleichbare Anordnung. Es ist für die vorliegende Frage aber insofern von Bedeutung, als unter seiner Geltung erstmals eine Diskussion über die (grundsätzliche) Disponibilität des Aktienrechts geführt wurde.⁴²⁹⁵ Den Anstoß hierfür gab, wie schon erwähnt, eine Reihe von Entscheidungen⁴²⁹⁶ des RG sowie ein Beschluss des Kammergerichts (KG), die sich in Widerspruch zur zeitgenössischen Rechtsauffassung über das Verhältnis zwischen Gesetz und Satzung begaben⁴²⁹⁷ und dadurch eine literarische Kontroverse ausgelöst haben.⁴²⁹⁸

Bevor darauf näher eingegangen wird, ist noch ein kurzer Blick auf die österreichische Rechtsentwicklung zu werfen: In Österreich waren die beiden großen Novellen der Jahre 1870 und 1884 aus politischen Gründen nicht mitvollzogen worden, sodass sich das hiesige Aktienrecht bis zur Einführung des dAktG 1937 im Wesentlichen auf dem Stand des AHGB 1862 befand.⁴²⁹⁹ Zwar gab es auch hierzulande legislative Impulse, wie etwa die Entwürfe der Jahre 1869, 1874 und 1882, diese Entwürfe kamen aber nicht über das Stadium von Regierungsvorlagen hinaus.⁴³⁰⁰ Das Aktienregulativ 1899⁴³⁰¹ näherte die Rechtslage – wenngleich

4292 Dennoch war die Revision des Aktienrechts mit 145 Änderungen die umfangreichste im gesamten dHGB 1897 (vgl Pablow in Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel I Kap 8 Rz 1, 44). Vgl auch Denkschrift dHGB 1897, abgedr bei Hahn/Mugdan, Materialien 288: „Grundlegende Aenderungen im Systeme des geltenden Aktienrechts kommen hiernach nicht in Frage.“ Vgl auch Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 153; Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 42 f.

4293 Vgl Pablow in Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel I Kap 8 Rz 15: „Dilemma des Gesetzgebers“.

4294 Denkschrift dHGB 1897, abgedr bei Hahn/Mugdan, Materialien 288.

4295 Vgl Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 44.

4296 S sogleich ausf S 1107 ff.

4297 Fischer in Ehrenberg, Handbuch III (1916) 84 mwN.

4298 Vgl Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 44; Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 324 Fn 2190.

4299 Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 36; Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 140.

4300 Vgl Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 162; Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 36.

4301 Zur Bedeutung für die Satzungsautonomie Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 36 ff.

nur mittelbar und innerhalb des weiter geltenden Konzessionssystems – im Wege von Regelungsaufträgen an das deutsche Aktienrecht an.⁴³⁰² Schließlich gab es noch den Entwurf eines österreichischen AktG („Aktienentwurf“) von 1900, der als selbstständiges Gesetz mit dem parallel ausgearbeiteten öGmbHG in Kraft treten und mit diesem auch inhaltlich eine Einheit bilden sollte.⁴³⁰³ Auch ihm war jedoch kein Erfolg beschieden – er trat niemals in Kraft.⁴³⁰⁴ Trotzdem verdient dieser Entwurf besondere Beachtung, weil er in seinem § 4 Abs 3 (idF Juli 1900) eine formale Satzungsstrenge anordnete:⁴³⁰⁵

*„Bestimmungen, die den Vorschriften dieses Gesetzes widersprechen, dürfen im Statute nicht getroffen werden, soweit nicht das Gesetz eine Abweichung ausdrücklich für zulässig erklärt. Bestimmungen, die hienach unzulässig sind, haben keine rechtliche Wirkung.“*⁴³⁰⁶

Den Stellungnahmen von Wissenschaft und Praxis folgend, sollte sich der Aktienentwurf aus 1900 weitgehend am geltenden deutschen Aktienrecht orientieren.⁴³⁰⁷ Dementsprechend verscrieb auch er sich der Balance zwischen effektiver Missbrauchsprävention und wirtschaftlich notwendigem Spielraum (eine formale Satzungsstrenge schien den Entwurfsverfassern dabei offenbar nicht übertrieben)⁴³⁰⁸. Es überrascht durchaus, dass es soweit ersichtlich keine späteren (vor allem gesetzgeberischen) Bezugnahmen auf den Aktienentwurf von 1900 gab.

4302 Klein, Entwicklungen 53; vgl Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 36 ff.

4303 S dazu schon iZm § 25 Abs 5 und 7 GmbHG oben S 334 ff.

4304 Zu den vielfältigen Gründen für das Scheitern des Entwurfs Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 205 ff.

4305 S dazu schon bei § 4 Abs 2 GmbHG ab S 601 ff.

4306 Vgl Entwurf eines österreichischen Aktiengesetzes (1900), ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420, S 3. Im Entwurf idF Dezember 1900 lautete die Bestimmung dann – in der heute von § 4 Abs 2 GmbHG bekannten Diktion – wie folgt: *„Bestimmungen, die den Vorschriften dieses Gesetzes widersprechen, dürfen im Statute nicht getroffen werden und haben keine rechtliche Wirkung.“* Vgl hierzu die insoweit deutliche Denkschrift (ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420, S 22): *„Der Entwurf hat es bei jedem Rechtssatze klar zum Ausdrucke gebracht, wenn ihm nur die Bedeutung einer ergänzenden Vorschrift zuerkannt werden wollte, einer Vorschrift also, die durch den Willen der Parteien wieder beseitigt werden kann und nur dann anwendbar ist, wenn eine Willenserklärung der Parteien darüber nicht vorliegt. Überall dort dagegen, wo es nicht angemessen erschien, ein solches Wahlrecht zuzulassen, verlangt der Entwurf, dass seine Vorschriften unbedingt zur Anwendung kommen. Dies ist die Bedeutung der in § 4 Absatz 3 enthaltenen Anordnung, dass Bestimmungen, die den Vorschriften dieses Gesetzes widersprechen, nicht getroffen werden dürfen und keine rechtliche Wirkung haben [...]“*

4307 Denkschrift zum Aktienentwurf 1900, ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420, S 4.

4308 Vgl die Denkschrift zum Aktienentwurf 1900, ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420, S 12: *„Das Bestreben, Missbräuche thunlichst zu verhindern, darf also nicht in eine Unterbindung des gerade auf wirtschaftlichem Gebiete bis zu einem gewissen Grade nothwendigen freien Spieles der Kräfte ansarten.“*

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass die zwingenden Normativbestimmungen seit der Abschaffung des Konzessionssystems – vor allem als Reaktion auf Missbräuche – angewachsen sind und inhaltlich immer ausdifferenzierter wurden. Die grundsätzliche Satzungsautonomie wurde dadurch sukzessive eingeschränkt.⁴³⁰⁹ Ein formales Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten zwingenden Rechts galt aber nicht. Ein solches entwickelte auf der dargestellten gesetzlichen Grundlage erst die Rechtsprechung. Im Zeitraum von 1901 bis 1930 haben das Reichsgericht (RG) und das Kammergericht (KG) in nur vier Entscheidungen – vermutlich ohne deren Tragweite zu überblicken – einen Paradigmenwechsel zum Verhältnis von Satzung und Gesetz losgetreten. Diese Entscheidungen und die zugrunde liegenden Rechtssätze werden nun genauer beleuchtet:

b) Die Entscheidungen des Reichsgerichts und des Kammergerichts

Alles begann mit einer Entscheidung⁴³¹⁰ des RG vom 25. September 1901. Das Gericht war mit einer Satzungsbestimmung befasst, nach der jeder Aktionär durch Generalversammlungsbeschluss und gegen Zahlung des Nominalbetrags aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden konnte, sobald er nicht mehr Mitglied des „Bundes der Landwirte“ war.⁴³¹¹ Es ging also um die Frage, ob die Satzung ein Ausschlussrecht für den Fall vorsehen konnte, dass Aktionäre bestimmte persönliche Eigenschaften nicht mehr erfüllen.⁴³¹²

Das RG sah darin die Auferlegung einer nicht vermögensrechtlichen Leistung, die „dem Gesetz und dem Wesen der Aktiengesellschaft“ widerspreche und zur Nichtigkeit der Klausel führe. Das gesetzlich festgelegte Wesen der AG bestehe „in der Vereinigung von Vermögen oder vermögensrechtlichen Leistungen zu den Zwecken der Gesellschaft.“⁴³¹³ Auf die „Vereinigung von Personen zu gemeinsamer Tätigkeit für einen bestimmten individuellen, nur von bestimmten Einzelpersonen zu erreichenden oder nur solchen dienenden Zweck“ sei die AG nicht angelegt. Dafür stelle das Gesetz andere Gesellschafts-

4309 Teichmann, Gestaltungsfreiheit 68 f.

4310 RG 25.09.1901, Rep I 142/01 RGZ 49, 77 = JW 1901, 754 (14); vgl dazu auch Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 44; Limmer in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 23 Rz 28 (ders in BeckOGK AktG § 23 Rz 50 [Stand 01.07.2023]).

4311 Die Satzung bestimmte zudem, dass dem auszuschließenden Aktionär der Nominalbetrag zu leisten sei und er selbst verpflichtet sein sollte, die Aktien an einen vom Aufsichtsrat oder der Generalversammlung genannten Dritten zu übertragen.

4312 Vgl auch Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 44.

4313 Das RG verwies auf die Art 207 und 219 ADHGB 1884 sowie §§ 178, 211 und 212 dHGB 1897. Der Zweck der Gesellschaft könne immer nur einer sein, der durch Vermögen oder vermögensrechtliche Leistungen erreicht werden kann. Nach dem Begriff der AG, wie das Gesetz sie gestaltet hat, erschöpfe sich die Verpflichtung des Aktionärs in vermögensrechtlichen Leistungen. Die Person des Aktionärs, seine persönliche Leistung und seine persönliche Qualifikation treten ganz zurück.

formen zur Verfügung und biete durch die Namensaktie und die Möglichkeit, deren Übertragung an die Zustimmung der Gesellschaft zu binden (Vinkulierung), auch der AG einen Weg, ihren Bestand mit einem gewissen Personenkreis zu verbinden. Für eine anders gestaltete „*Verbindung von Verein und Aktiengesellschaft*“ lasse das Gesetz keinen Raum.⁴³¹⁴ Damit hänge auch zusammen, dass das Gesetz über das Ausscheiden von Aktionären keinerlei Bestimmungen enthalte und den Ausschluss von Aktionären nur bei Verzug bei Zahlung der Einlage, im Falle der Herabsetzung des Grundkapitals und der Auslosung regle. Dem Gesetz sei nicht zu entnehmen, dass es andere Fälle des unfreiwilligen Ausscheidens von Aktionären einer Regelung in der Satzung überlassen will.⁴³¹⁵ Anlässlich dieser Fallgestaltung traf das RG folgende grundlegende Aussage zum Verhältnis zwischen Gesetz und Satzung:

*„Weder das alte noch das neue Handelsgesetzbuch bestimmt für die Aktiengesellschaft, wie für die offene Handelsgesellschaft, daß das Rechtsverhältnis der Aktionäre zu der Aktiengesellschaft sich zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage richte. Die Vorschriften über die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter und der Aktiengesellschaft sind vielmehr dispositiver Natur nur soweit, als das Gesetz es ausdrücklich zuläßt [...]“*⁴³¹⁶

Obwohl diese Entscheidung im damaligen Schrifttum kaum beachtet wurde,⁴³¹⁷ wird sie heute als „Geburtsstunde“ der Satzungsstrenge angeführt.⁴³¹⁸ Spindler bezeichnet sie als „*Kehrtwende mit letztlich großer, damals indes kaum zu erkennender Tragweite*“.⁴³¹⁹ Erstmals kritisch besprochen wurde die Entscheidung erst im Jahr 1927 von Dietz.⁴³²⁰ Dieser resümierte mit Blick auf die rechtstatsächliche Entwicklung seit der Entscheidung, dass trotz dem Hinweis des RG, dass die Rechtsform der AG nicht gewählt werden müsse, in der wirtschaftlichen Praxis zahlreiche auf politische, religiöse oder sonstige ideelle Zwecke ausgerichtete Gesellschaften und auch Familiengesellschaften immer wieder die Form der AG gewählt oder

4314 Das RG erkannte zwar das praktische Problem, obstruktive Aktionäre nicht „loszuwerden“, hielt dies aber für unmaßgeblich (RGZ 49, 77, 80). Denn derartige Fälle seien so selten, dass sie die Rsp nicht zwingen könnten, „*die Rechtsfolgerungen aufzugeben, die durch die ganz bestimmte, geschlossene Struktur, die das Gesetz der Aktiengesellschaft verliehen hat, notwendig gemacht werden*“. Die Form der Aktiengesellschaft brauche nicht gewählt zu werden. Wer dies aber tut, habe auch die rechtlichen Folgen der gewählten Form zu übernehmen (RGZ 49, 77, 81).

4315 Insoweit zust. Goldschmit, JW 1928, 2619.

4316 RGZ 49, 77, 80 (Hervorhebungen durch den Verf).

4317 Referierend auch Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 45.

4318 Vgl. Limmer in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 23 Rz 28 (ders in BeckOGK AktG § 23 Rz 50 [Stand 01.07.2023]); Spindler in Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 16, wonach damit der „Grundstein“ für das deutsche Prinzip der Satzungsstrenge gelegt worden sei; ders, AG 2008, 598 (598) spricht von einem „Sündenfall“ aus Sicht der Privatautonomie.

4319 Spindler in Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 14.

4320 Vgl. Goldschmit, JW 1928, 2619; Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 45.

beibehalten hätten. Dabei hätten sie sich zur Kontrollierung des Mitgliederkreises durch ebensolche Vorschriften zu sichern versucht, die das RG für nichtig befunden hatte. Gerade bei solchen Gesellschaften sei es absolut notwendig, für die Aufnahme und die Beibehaltung ihrer Aktionäre bestimmte Voraussetzungen aufzustellen, wenn der Zweck der Gesellschaft erfüllt werden soll.⁴³²¹ Das RG habe nicht berücksichtigt, dass die Satzung die Grundlage der Existenz der Gesellschaft sei, dass sie vorbehaltlich zwingenden Rechts durch den Willen der Aktionäre bestimmt werde und dass diesen keine gesetzlichen Beschränkungen dahingehend auferlegt sind, wen sie in ihren Kreis aufnehmen und an welche persönlichen Eigenschaften sie diese Aufnahme knüpfen. Das RG habe mit dem Ausspruch, dass der Zweck der Gesellschaft *immer nur* durch vermögensrechtliche Leistungen erreicht werden können muss, eine angebliche Rechtsregel aufgestellt, die das dHGB 1897 in dieser Allgemeinheit nicht enthalten habe.⁴³²² Da das Gesetz ein striktes Verbot der statutarischen Berücksichtigung persönlicher Eigenschaften nicht aufstelle, seien solche Satzungsbestimmungen auch nicht unzulässig.

In der nächsten Entscheidung⁴³²³ vom 12. Jänner 1907 hatte das RG eine Klausel zu beurteilen, die für Generalversammlungsbeschlüsse neben der gesetzlich vorgesehenen notariellen Beurkundung zusätzlich die Unterzeichnung durch drei Aktionäre verlangte. Streitgegenstand war ein Beschluss, demgegenüber nur von *zwei* Aktionären unterzeichnet und deshalb angefochten worden war. Entgegen der Ansicht der Vorinstanzen sah das RG in § 259 dHGB 1897 (Formerfordernisse für Generalversammlungsbeschlüsse) eine „absolute“ Bestimmung, die weder ergänzt noch geändert werden kann. Vor allem sei gem § 259 Abs 4 Satz 2 dHGB 1897 die Zuziehung von Zeugen explizit nicht erforderlich. Diesen Sachverhalt nahm das Gericht zum Anlass, seine oben zitierte Formel aus 1901 weiter auszubauen:

„Das Handelsgesetzbuch sagt nicht, daß für die Rechtsverhältnisse der Aktiengesellschaft an erster Stelle der Gesellschaftsvertrag maßgebend sei, wie dies grundsätzlich für die offene Handelsgesellschaft, die Gesellschaft m. b. H. und die Genossenschaft gilt. Für die Aktiengesellschaft entscheidet vielmehr an erster Stelle das Gesetz, der Gesellschaftsvertrag nur insoweit, als das Gesetz auf ihn verweist, ihm abändernde oder ergänzende Bestimmungen überläßt, wie z. B. im § 275 Abs 2 H.G.B. und zahlreichen anderen Vorschriften des Abschnittes über die Aktiengesellschaft. [...] Überall, wo in dem Abschnitt über die Aktiengesellschaft dem Gesellschaftsvertrage keine ergänzende oder abändernde Macht eingeräumt ist, sind die Vorschriften des

4321 Dietz, ZBfHR 1927, 176 (177).

4322 Dietz, ZBfHR 1927, 176 (178).

4323 RG 12.01.1907, Rep I 542/06 RGZ 65, 91.

*Abschnitts als absolute anzusehen, die durch den Gesellschaftsvertrag weder ergänzt, noch abgeändert werden können.*⁴³²⁴

Mit diesem *obiter dictum* verschärfte das RG seine Formel aus 1901.⁴³²⁵ Denn zum einen weitete es die angenommene Indisponibilität vom „*Rechtsverhältnis der Aktionäre zu der Aktiengesellschaft*“ auf die „*Rechtsverhältnisse der Aktiengesellschaft*“⁴³²⁶ aus.⁴³²⁷ Zum anderen differenzierte das RG nun zwischen Abänderungen und Ergänzungen. Damit setzte es sich mit der (früher noch gebilligten)⁴³²⁸ hM in Widerspruch.⁴³²⁹ Umso mehr überrascht es, dass auch diese Entscheidung im Schrifttum relativ wenig und – wie bereits *Fischer*⁴³³⁰ vermerkte – nicht diejenige Aufmerksamkeit auf sich zog, die sie wegen ihrer prinzipiellen Bedeutung eigentlich verdiente. Die literarische Reaktion beschränkte sich auf einige wenige Stellungnahmen.⁴³³¹ Für den weiteren Verlauf der Rsp und die literarische Debatte ist die Entscheidung aus 1907 aber wohl die wichtigste, was sich auch daran zeigt, dass immer wieder auf sie verwiesen wurde.⁴³³²

4324 RGZ 65, 91, 92 (Hervorhebungen durch den Verf.). Das gelte auch für den entscheidungsgegenständlichen § 259, „*obgleich in der handelsrechtlichen Literatur darüber abweichende Ansichten bestehen.*“

4325 *Fischer in Ehrenberg*, Handbuch III (1916) 84 Fn 6.

4326 Der Rekurs auf § 109 dHGB 1897 war insoweit unpräzise. Denn diese Bestimmung sprach – wie auch in der E aus 1901 noch richtig wiedergegeben – vom „*Rechtsverhältnis der Gesellschafter*“.

4327 Dies bemerkte bereits *Wenck*, Einberufung 29: „*Das Reichsgericht hat neuerdings, zuerst in einem Prozesse der Deutschen Tageszeitung allein für den zweiten Titel des Aktienrechts, dann in einer Entscheidung im 65. Bande unbeschränkt ausgesprochen, daß Aktienstatutarrecht nur insoweit zulässig sei, als das Gesetz ausdrücklich auf den Gesellschaftsvertrag verweise.*“ Retrospektiv auch *Spindler in Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 15; *Kuntz*, Gestaltung 433.

4328 Vgl etwa RG 05.06.1882, Rep I 291/82, zitiert bei *Fischer in Ehrenberg*, Handbuch III (1916) 85 Fn 8. In dieser E erklärte das RG eine Satzungsbestimmung für zulässig, der zufolge der Aufsichtsrat die Auflösung der Gesellschaft herbeiführen konnte.

4329 *Fischer in Ehrenberg*, Handbuch III (1916) 84 mwN; *Pinner in Staub*, HGB II¹⁴ (1933) § 182 Anm 38 (S 49).

4330 *Fischer in Ehrenberg*, Handbuch III (1916) 84.

4331 Referierend *Spindler in Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 16 (Fn 74). Vgl aus der zeitgenössischen Lit den kurzen Aufsatz von *Altschul* (Sächs-ArchRpfl 1908, 49 ff). *Altschul* konstatierte, dass viele der in der Praxis üblichen Satzungsbestimmungen nach der Rsp des RG unwirksam sein müssten, stellte die postulierte Satzungsstrenge *per se* aber nicht in Frage. Vgl auch *Wenck*, Einberufung 29 ff; *Fischer in Ehrenberg*, Handbuch III (1916) 85 f. S zu diesen noch sogleich im Fließtext.

4332 Auch in jüngerer Zeit finden sich, vor allem in der Debatte um die Legitimation des § 23 Abs 5 dAktG, vereinzelt noch inhaltliche Stellungnahmen zur reichsgerichtlichen Rsp, vor allem zur E aus 1907. So sei nach *Hirte* (in *Lutter/Wiedemann*, Gestaltungsfreiheit 61 [85]) nicht ersichtlich, wie die entscheidungsgegenständliche Satzungsklausel die Interessen von Gläubigern und (künftigen) Aktionären beeinträchtigen hätte können (*Hirte* mutmaßt pointiert, dass hier eher der Schutz des Notars

Unter den zeitgenössischen Beobachtern verdient mE vor allem *Wenck*⁴³³³, besonders hervorgehoben zu werden. Er kritisierte, dass die Rsp des RG nicht genügend bekämpft worden sei. Das sei aber nötig geworden, weil „jene Rechtsprinzipien, die man nur zur Begründung richtiger Einzelentscheidungen aufgestellt hatte, mehrfach zur Grundlage weiterer Entscheidungen gemacht [...] worden sind.“⁴³³⁴ Als einer von wenigen setzte sich *Wenck*⁴³³⁵ auch mit den einzelnen Argumenten des RG auseinander. So sei der Hinweis auf das Fehlen einer § 109 dHGB 1897 entsprechenden Bestimmung nicht stichhaltig, weil eine solche „Generalverweisung“ für das Aktienrecht angesichts der vielen zwingenden, aber nicht ausdrücklich als zwingend erklärten Einzelbestimmungen eine geradezu unrichtige Darstellung der Sachlage wäre. Man könnte zudem ebenso gut aus dem Fehlen einer § 18 dGenG⁴³³⁶ entsprechenden Bestimmung auf den dispositiven Charakter des Gesetzes schließen. Auch der Umkehrschluss aus den einzelnen Ermächtigungen überzeugte *Wenck* nicht. Oft seien diese nämlich nur „ein paar gelegentliche Worte“, die die Zulässigkeit von Statutarrecht nicht selbst aussprechen wollen, sondern bereits voraussetzen.⁴³³⁷ Dieses Verständnis entspreche auch der historischen Entwicklung: Diese habe erst allmählich überhaupt gesetzliche Beschränkungen des Statuteninhalts gebracht, wobei allerdings nie die Absicht kundgemacht worden sei, eine derartige Fesselung der Statuten einzuführen. Ganz im Gegenteil sei durch die Novelle 1884 sogar die Absicht hervorgetreten, die Schaffung eines Normalstatuts als zu große Einengung zu vermeiden.⁴³³⁸ Es gäbe auch keinen rechtspolitischen Grund, entgegen der sonstigen Privatautonomie alle Vorschriften des Gesetzes für zwingend zu erklären. Die Sicherheit des Rechtslebens, der das Normativsystem dienen soll, fordere nur gewisse „Minimalkautele“, nicht aber eine solche Starrheit der Gesellschaftsverfassung bis in alle Einzelheiten hinein. Nötig sei es auch, die Möglichkeit der Anpassung des Statuts an die konkrete Unternehmung offen zu halten.⁴³³⁹ Dazu käme eine Hemmung der

gegen eine „Verwässerung“ seiner Amtstätigkeit im Vordergrund gestanden haben könnte). Auch *Haberer* (Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 46) bezieht in seiner umfangreichen Untersuchung zum zwingenden Kapitalgesellschaftsrecht Stellung zur reichsgerichtlichen Judikatur. Die E aus 1907 hält er für verfehlt, weil es iSe schutzzielorientierten Ansatzes keine Rechtfertigung für ein Verbot der statutarischen „Verbesserung“ der Protokollierung gebe – es seien schlicht keine Schutzinteressen gefährdet.

4333 *Wenck*, Einberufung 29.

4334 Vgl *Wenck*, Einberufung 29 f und die auf S 30 in Fn 1 genannten Entscheidungen.

4335 *Wenck*, Einberufung 30 f.

4336 § 18 dGenG 1889: „Das Rechtsverhältnis der Genossenschaft und der Genossen richtet sich zunächst nach dem Statut. Letzteres darf von den Bestimmungen dieses Gesetzes nur insoweit abweichen, als dies ausdrücklich für zulässig erklärt ist.“

4337 *Wenck*, Einberufung 31.

4338 Vgl auch oben S 1099 ff.

4339 *Wenck*, Einberufung 31 mit Verweis auf *Renaud*, Actiengesellschaften (1863) 298.

Weiterentwicklung des objektiven Aktienrechts, das doch zum guten Teil nur den Niederschlag von Statutarrecht bilde.⁴³⁴⁰ *Wenck* resümierte, dass neben und anstelle der gesetzlichen Vorschriften auch autonome Satzungsbestimmungen treten können, soweit nicht aus dem Zweck der einzelnen Gesetzesbestimmung und (soweit hieraus kein sicherer Schluss möglich sei) aus dem Zusammenhang mit unzweifelhaft zwingenden Vorschriften etwas anderes folge. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass nicht jede Vorschrift notwendigerweise zweiseitig zwingend sei.

Auch *Fischer*⁴³⁴¹ zweifelte an der Gegenüberstellung des Aktienrechts mit dem Recht anderer Rechtsformen als taugliches Argument. Jene sei jedenfalls für das ADHGB in seiner ursprünglichen Form unhaltbar. Denn die Aktienrechtsnovelle von 1884 werde nur durch die *gegenteilige* Auslegung des ADHGB verständlich: Gerade *weil* das Gesetz wenig zwingende Vorschriften enthalten und damit einen weiten Gestaltungsspielraum eröffnet habe, sei es zu Missbräuchen⁴³⁴² gekommen, denen man laut den Motiven ein Ende bereiten haben wollte. Darüber jedoch, dass der Gesetzgeber der Aktiengesellschaft ihr bisher anerkanntes Selbstbestimmungsrecht überhaupt habe entziehen wollen, verlautete nichts. Die Aufhebung der Satzungsautonomie in einzelnen Punkten bedeute wohl eine Beschränkung, aber noch keine Beseitigung des Selbstbestimmungsrechts.⁴³⁴³

Vergleichsweise aufsehenerregend war dann aber eine Entscheidung⁴³⁴⁴ des RG vom 17. Februar 1928, die schon als fortschrittliche Abkehr von der bisherigen Judikaturlinie gehandelt wurde.⁴³⁴⁵ Gestritten wurde über eine Satzungsbestimmung, nach der die ausgegebenen Aktien im Wege einer jährliche Auslosung gegen Zahlung des Ausgabepreises (zuzüglich eines Aufschlags) auf den hamburgischen Staat übergehen sollten, der selbst nicht Gründer der AG war.⁴³⁴⁶ In einer Generalversammlung im Jahr 1924, als Hamburg bereits sie-

4340 Beispielhaft nennt *Wenck* (Einberufung 32 Fn 4) die Einzelheiten des Rechts des Aufsichtsrats, das Recht der Kaduzierung und das Recht des Reservefonds.

4341 *Fischer in Ehrenberg*, Handbuch III (1916) 85 f; zust *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 47.

4342 So sei es üblich gewesen, die Kompetenzen insb der Generalversammlung zugunsten des Aufsichtsrats zu verschieben und das Stimmrecht erheblich zu beschränken.

4343 Gegen die Ansicht des RG spreche va die Tatsache, dass die Organe durch das dHGB 1897 nicht erschöpfend geregelt worden seien, weshalb im Statut noch weitere Organe vorgesehen werden könnten, soweit sie nicht mit den obligatorischen Organen (Generalversammlung, Vorstand und Aufsichtsrat) in Widerspruch geraten.

4344 RG 17.02.1928, II 275/27 RGZ 120, 177 = JW 1928, 1556 (*Pinner*), 2617 ff (*Nord, Simon, Goldschmit*); vgl auch *Netter*, JW 1930, 3692 (3693 rSp).

4345 So ausdr *Goldschmit* in seiner Entscheidungsanmerkung (JW 1928, 2618) in Bezug auf die E vom 12.01.1907 (RGZ 65, 92); zust *Netter*, JW 1930, 3692 (3693 rSp); rückblickend *Spindler* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 17.

4346 Hintergrund war ein Vertrag zwischen der Norddeutschen Bank und dem hamburgischen Staat, in dem sich die Bank verpflichtet hatte, die beklagte AG ins Leben zu rufen. Die Auslosung wurde ausschließlich mit den Mitteln eines eigens eingerich-

ben Achtel des Grundkapitals hielt, wurde die erwähnte Satzungsbestimmung dahin abgeändert, dass der Auslosungspreis nur noch die Hälfte des Ausgabepreises betragen sollte. Dagegen wendete die Klägerin ein, dass eine derartige Auslosung aktienrechtlich unzulässig und die Satzungsbestimmung daher unwirksam sei. Allerdings erklärten beide Vorinstanzen und das RG die Klausel für zulässig. In den Entscheidungsgründen weist das RG zunächst daraufhin, dass die Auslosung zwar eine sonst nicht gebräuchliche Regelung sei, aktienrechtlichen Grundsätzen aber nicht zuwiderlaufe. Die maßgebliche Frage, ob das Gesetz eine solche Ausgestaltung überhaupt gestatte,⁴³⁴⁷ sei zu bejahen. Die Auslosung mit der Wirkung, dass der Aktionär das Recht aus der Aktie verliert, sei eine Maßnahme, die § 227 dHGB 1897 ausdrücklich zulasse. Freilich sei dort nur von einer Auslosung zum Zweck der Einziehung (Amortisation) die Rede, während die Auslosung hier nicht zum Untergang der Aktienrechte, sondern nur zu ihrem Übergang auf eine andere Person führen sollte. Gleichwohl stünden der Klausel keine aktienrechtlichen Bedenken entgegen. Eine Gläubigergefährdung sei dadurch ausgeschlossen, dass die Mittel zur Einlösung nicht solche der Gesellschaft sind. Auch der Gleichbehandlungsgrundsatz sei nicht verletzt, weil die besondere Stellung des hamburgischen Staats eine notwendige Folge des Rechtsverhältnisses zwischen ihm und der Gesellschaft sei. Schließlich sei auch der Grundsatz nicht verletzt, dass Umstände, die nur in den persönlichen Verhältnissen des einzelnen Aktionärs liegen, nicht zur Entziehung der Aktienrechte führen können.⁴³⁴⁸ Damit wandte sich das RG in der Tat von der strengen Formel aus 1907 ab, wonach Abweichungen *und Ergänzungen* nur bei Bestehen einer gesetzlichen Ermächtigung zulässig seien.⁴³⁴⁹ Aus gutem Grund also fand die Entscheidung das Interesse des zeitgenössischen Schrifttums. Sie wurde gleich vier Mal glossiert,⁴³⁵⁰ wobei die Autoren durchaus geteilter Ansicht waren:

*Pinner*⁴³⁵¹ hielt die Entscheidung für richtig. Zwar sei in § 227 dHGB 1897 nur von der Berechtigung zur Auslosung anlässlich der Einziehung von Aktien (Amortisation) die Rede, es bestünden aber keine Bedenken, deren Zu-

teten Ankaufsfonds finanziert, der wiederum aus den Dividenden des hamburgischen Staates gespeist wurde.

4347 Diese Frage bezeichnet *Goldschmit* (JW 1928, 2618) als „Kernstück“ der Entscheidung.

4348 RG 17.02.1928, II 275/27 RGZ 120, 177, 180. Damit rekurrierte das RG auf die von der Klägerin ins Treffen geführte E aus 1901, bemerkte hierzu allerdings lapidar (ebenda): „Das von der Klägerin in diesem Zusammenhang angezogene Urteil RGZ. Bd. 49 S. 77, das die Gültigkeit einer die Verpflichtung zur Übertragung des Aktienrechts festsetzenden Bestimmung der Satzung verneint, behandelt einen anderen Fall. Dort war der Generalversammlung die Befugnis zum Ausschluß von Aktionären eingeräumt, die aufhören sollten, Mitglieder einer bestimmten Vereinigung zu sein.“

4349 S oben bei Fn 4324.

4350 Vgl JW 1928, 1556 ff und 2617 ff mit Entscheidungsbesprechungen von *Pinner* (1556 ff), *Nord* (2617 f), *Simon* (2618) und *Goldschmit* (2618 f).

4351 JW 1928, 1556.

lässigkeit auch für den Fall zu bejahen, in dem der Verlust des Mitgliedschaftsrechts nicht dessen Untergang, sondern nur den Übergang auf eine andere Person zur Folge hat. Denn für den betroffenen Aktionär sei das weitere Schicksal des Aktienrechts bedeutungslos. Auch Interessen der Gesellschaftsgläubiger seien nicht gefährdet, weil die Auslosung jeweils nur nach Maßgabe der Höhe des Ankaufsfonds erfolge.

*Nord*⁴³⁵² kritisierte die Bezugnahme zur Amortisation. Denn im Gegensatz zu dieser gehe das Aktienrecht hier nicht unter, sondern bloß auf eine andere Person über. Tatsächlich handle es sich dabei nicht um eine Ausgestaltung des bestehenden Rechts, sondern um eine aktienrechtliche Neuschöpfung. Deshalb bedeute die Entscheidung einen Bruch mit der Auffassung, dass die Vorschriften des Aktienrechts zwingend und Abänderungen und Ergänzungen nur möglich sind, wenn es das Gesetz ausdrücklich zulässt.⁴³⁵³

Für *Simon*⁴³⁵⁴ war die Anknüpfung an die Amortisation schwer verständlich. In Wirklichkeit lege die Satzung dem durch das Los bestimmten Aktionär nämlich die Verpflichtung auf, seine Aktie einem Dritten abzutreten. Eine solche Verpflichtung könne einem Aktionär aber gem § 211 dHGB 1897⁴³⁵⁵ nicht auferlegt werden. Das von der AG verfolgte Ziel könne nur durch Kapitalherabsetzung durch Auslosung und gleichzeitige Kapitalerhöhung unter Übernahme der neuen Aktien durch den Staat erreicht werden.⁴³⁵⁶

*Goldschmidt*⁴³⁵⁷ verstand die Entscheidung als Abkehr von der früheren strengen Judikaturlinie. Die Bezugnahme auf die Amortisation sei aber unrichtig. Man habe eher an eine Verwandtschaft mit der Kaduzierung denken sollen. Diese bedeute die Ausschließung des Aktionärs unter Wahrung des Aktienrechts. Beides sei nach herrschender und wohl auch zutreffender Auffassung erschöpfend geregelt. Gleichwohl werde man sich dem Gericht iE wohl anschließen müssen. Denn der vorliegende Fall unterscheide sich von der Kaduzierung dadurch, dass diese den *unfreiwilligen* Ausschluss aus der AG betrifft. Da es sich hier aber um eine vertragliche Verpflichtung des Aktionärs auf *freiwilliger* Basis handle, sei die Satzungsbestimmung zulässig.⁴³⁵⁸

4352 JW 1928, 2617 (2618).

4353 Eine Abkehr von der bisherigen Rsp wollte *Nord* dem RG offenbar auch gar nicht unterstellen („[...] und das war doch wohl nicht die Absicht des RG. [...]“).

4354 JW 1928, 2618.

4355 § 211 dHGB 1897: „Die Verpflichtung des Aktionärs zur Leistung von Kapitaleinlagen wird durch den Nennbetrag der Aktie und, falls der Ausgabepreis höher ist, durch diesen begrenzt.“

4356 In seiner knappen Entscheidungsanmerkung warf *Simon* dem RG sogar einen Verstoß „gegen einen der elementarsten Grundsätze des Aktienrechts“ vor.

4357 JW 1928, 2618; ebenso *Schlegelberger et al*, AktG³ (1939) § 16 Rz 27.

4358 Der in der E aus 1901 zu beurteilende Sachverhalt sei diesem ähnlicher, als das RG zugeben möchte. Denn auch die dort beurteilte Satzungsbestimmung habe die Verpflichtung des Aktionärs enthalten, seine Aktien gegen Zahlung des Nennbetrags an einen Dritten zu übertragen. Das RG habe die Ungültigkeit dieser Klausel auch

Die Verkündung eines Judikaturwandels sollte sich als vorschnell erweisen. Denn schon am 6. März 1930⁴³⁵⁹ knüpfte das Kammergericht (KG) wieder an die strenge Linie des RG an und verschärfte diese sogar. Die Generalversammlung einer Lebensversicherungs-AG hatte eine Satzungsbestimmung beschlossen, der zufolge der Aufsichtsrat berechtigt war, „für den nicht eingezahlten Betrag der Aktien Sicherheit zu verlangen, wenn der Anspruch der Gesellschaft auf weitere Einzahlung durch eine Veränderung in den Verhältnissen des Aktionärs nach Ermessen des Aufsichtsrats gefährdet ist.“ Bei Säumnis mit der Sicherheitenbestellung sollte der Aktionär nach Ablauf einer vom Vorstand anzudrohenden Frist sein Anteilsrecht und die geleisteten Einlagen verlieren, wobei sich das weitere Verfahren nach den Regeln der Kaduzierung richten sollte. Das KG erklärte diese Regelung für unzulässig. Die Beschwerdeführerin räumte sogar ein, dass eine Kaduzierung gem § 219 dHGB 1897 nur für den Fall vorgesehen sei, dass der Aktionär den auf die Aktien zu leistenden Betrag nicht zahlt. Gleichwohl stehe einer statutarischen Ausdehnung des Kaduzierungsverfahrens über den vom Gesetz geregelten Fall hinaus nichts im Wege. Da dies vom Gesetz nämlich nicht verboten werde, sei es erlaubt. Das KG sah das anders:

*„Indessen kann dieser von der BeschwF. aufgestellte [...] Satz, daß im Aktienrecht erlaubt sei, was das Gesetz nicht verbiete, als Rechtssatz nicht anerkannt werden, weil er mit dem Wesen des Aktienrechts in Widerspruch steht. Das deutsche Aktienrecht ist keineswegs in dem Umfange nachgiebiges Recht, wie es die BeschwF. hinstellt. Seine Bestimmungen sind vielmehr grundsätzlich zwingend. Wenn Flechtheim [...] sagt, das HGB. räume der AktG. weitgehende Autonomie bei der Festsetzung des Inhalts der Satzung ein, so ist das nur in dem Sinne richtig, daß das Gesetz selbst in vielen Fällen der Satzung überläßt, sei es das Gesetz ausfüllende, ergänzende, sei es vom Gesetz abweichende Bestimmungen zu treffen. Soweit ein solcher Vorbehalt nicht gemacht ist, ist sie grundsätzlich auszuschließen. Diese Auffassung entspricht der Rspr. und dem Schrifttum [...]“*⁴³⁶⁰,⁴³⁶¹

damit begründet, dass das Gesetz das *unfreiwillige* Ausscheiden des Aktionärs erschöpfend geregelt habe.

4359 KG 06.03.1930, 1b X 6/30 JW 1930 2712.

4360 Als Begründung heißt es: „vgl. RG. 49, 70 (80); 65, 91 (92); OLG. Karlsruhe: JFG. 1, 213 (217); Staub-Pinner, 5 zu § 178 HGB.“

4361 Hervorhebungen durch den Verf. Die Beschwerdeführerin bemerkte auch, dass sich viele Einrichtungen herausgebildet hätten, die von Rsp und Wissenschaft anerkannt würden, ohne eine gesetzliche Grundlage zu haben. Überraschend affirmativ ist die Entgegnung des KG: „Es ist allerdings richtig, daß sich das Leben der AktG. in Bahnen bewegt, die nicht durchweg vom Gesetz vorgesehen sind. Aus dieser Tatsache läßt sich aber nicht die Folgerung herleiten, daß die Gestaltung des Gesellschaftslebens, auch wenn sie nicht auf gesetzlichen Vorschriften beruht, schlechthin mit dem Gesetz zu vereinbaren sei. Es ist vielmehr im Einzelfalle zu prüfen, ob sich eine Einrichtung, insbes. Eine Satzungsbestimmung, mit Sinn und Zweck des Gesetzes, das ja nicht alle

Nach Ansicht des KG sei es nicht gerechtfertigt, das Kaduzierungsverfahren in den Dienst der Sicherung der Gesellschaft gegen die Nichtzahlung ausstehender Einlagen zu stellen. Denn das Gesetz habe die Kaduzierung, die eine zwangsweise Ausschließung von Aktionären sei, nur für die Fälle der Nichtzahlung einer Einlage, der Herabsetzung des Grundkapitals und der Auslosung vorgesehen. Andere Fälle des unfreiwilligen Ausscheidens habe das Gesetz nicht dem Gesellschaftsvertrag überlassen wollen.⁴³⁶²

*Pinner*⁴³⁶³ nannte den Beschluss des KG einen solchen von „*weittragender Bedeutung*“. Dies waren jedoch keine lobenden Worte. *Pinner* kritisierte den Beschluss als „*einen beklagenswerten Rückschritt gegen die Rechtsauffassung, wie sie sich jetzt herausgebildet hat*“. Das KG habe beim Rekurs auf die frühere RG-Judikatur nicht berücksichtigt, dass sich Theorie und Praxis mittlerweile auf einem anderen Standpunkt befänden, wodurch die ältere Judikatur „*absolut überholt*“ sei – auch durch die RG-Entscheidung aus 1928,⁴³⁶⁴ mit der sich das KG hätte auseinandersetzen müssen. Diese Entwicklung werde durch *praeter legem* etablierte Rechtsinstitute belegt.⁴³⁶⁵ Es gehe nicht an, aus Gründen juristischen Formalismus das Wirtschaftsinteresse beiseitezustellen.

möglich werdenden Gesellschafterverhältnisse vorhersehen und regeln kann, in Einklang bringen läßt.“ (JW 1930, 2713). Demgemäß hielt das KG auch Sicherungsmaßnahmen, die die AG dagegen schützen sollen, ausstehende Einlagen zu verlieren, für „*zulässig, obgleich sie vom Gesetz nicht vorgesehen sind.*“ (ebd).

⁴³⁶² Daran könne auch der Umstand nichts ändern, dass gleichartige Bestimmungen in den Satzungen von Aktiengesellschaften oft vorkommen (JW 1930, 2714 mit Verweis auf *Flechtheim/Wolff/Schmulewitz*, Satzungen 22 ff). Wenn die Registergerichte derartige Satzungsbestimmungen unbeanstandet lassen, könne daraus noch nicht auf einen Gerichtsgebrauch geschlossen werden, der auch allein nicht geeignet sei, Recht zu schaffen. Erwähnenswert ist hier auch, dass das KG im selben Beschluss auch eine Satzungsbestimmung für unwirksam erklärte, die die Bezeichnung „Hauptversammlung“ anstelle des damals noch gesetzlich vorgesehenen Begriffs „Generalversammlung“ verwendete. Nach Ansicht des KG könnten gesetzliche Ausdrücke wie jener der Generalversammlung jedoch schon aus Gründen der Rechtssicherheit nicht durch andere ersetzt werden (JW 1930, 2715).

⁴³⁶³ JW 1930, 2712 ff.

⁴³⁶⁴ Auf Grundlage der liberaleren Rsp aus 1928, der zufolge nur zu fragen sei, ob eine Satzungsbestimmung zwingenden Vorschriften des Aktienrechts oder grundsätzlichen aktienrechtlichen Wertungen widerspreche, wäre die fragliche Satzungsbestimmung zulässig gewesen.

⁴³⁶⁵ *Pinner* nennt als Bsp das Genussrecht und Vorrechts- und Vorratsaktien. Vgl dazu *Netter*, JW 1930, 3692 (3693), der neben Vorratsaktien *convertible bonds* und die Konzernbildung nannte. Dafür habe sich in der neueren Lehre der Begriff des „lebenden Aktienrechts“ entwickelt (referierend auch *Spindler* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 21).

c) Rezeption in der Weimarer Zeit und weitere Entwicklung bis ins geltende Recht

Eine breite und kritischere Auseinandersetzung mit der Rsp setzte erst im Schrifttum – nicht aber in den Gesetzgebungsprozessen⁴³⁶⁶ – der Weimarer Zeit ein.⁴³⁶⁷ Der strengen alten Linie schlossen sich vor allem die Instanzgerichte an.⁴³⁶⁸ Das überwiegende Schrifttum hingegen folgte der Rsp – soweit ersichtlich – nur dahingehend, dass *Abweichungen* vom Gesetz einer gesonderten Ermächtigung bedürfen. In Bezug auf *Ergänzungen* des Gesetzes hielt das einhellige Schrifttum die alte Rsp des RG aus 1907 mittlerweile einhellig für überschießend und hielt sich stattdessen an die liberalere Entscheidung aus 1928.⁴³⁶⁹

Anlass dieser (differenzierten) Kritik war vor allem die befürchtete Hemmung der Weiterentwicklung des objektiven Aktienrechts (Stichwort „le-

⁴³⁶⁶ Im Zuge der Reformen der Weimarer Zeit fand keine ausdr Diskussion der Satzungsautonomie statt (näher *Spindler* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 22). Dementspr brachte auch das Aktiengesetz 1937/1938, das erstmals seit dem AHGB 1862 wieder eine rechtliche „Synchronisierung“ des österreichischen mit dem deutschen Aktienrecht bewirkte, keine ausdr Regelung des Verhältnisses von Gesetz und Satzung (s gleich im Fließtext).

⁴³⁶⁷ Vgl *Spindler* in *Bayer/Habersack* Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 17; *dens*, AG 2008, 598 (599).

⁴³⁶⁸ Vgl *Spindler* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 17 f mit zahlreichen Rsp-Nw in Fn 80 und 87.

⁴³⁶⁹ Vgl *Ring/Schachian*, Die Praxis der Aktiengesellschaft (1929) 360 f, wonach die Auffassung des RG, dass der Gesellschaftsvertrag nur dort ergänzend oder abändernd eingreifen könne, wo es das Gesetz besonders zulasse, im Gesetz keine Stütze finde. Der „engherzigen“ E des RG aus dem Jahre 1907 sei wenigstens insoweit nicht beizupflichten, als es sich um durch das Gesetz nicht ausgeschlossene Ergänzungen handelt (*Ring/Schachian*, aaO 42). Auch nach *Koenige* (HGB² [1929] § 182 Anm 4 [S 345]) sollten Ergänzungen nicht bloß bei Bestehen einer gesetzlichen Ermächtigung zulässig sein, sondern auch dann, wenn die Fassung der betreffenden Vorschrift dies „mit Sicherheit erkennen läßt“. Ähnlich betonte *Pinner* (in *Staub*, HGB II¹⁴ [1933] § 178 Anm 6 [im Anschluss an RGZ 65, 91], relativierend § 182 Anm 38), dass die strenge Ansicht des RG in Bezug auf Ergänzungen zu weit gehe, weil sie den Grundsatz des Selbstbestimmungsrechts der Gesellschaft verletze. Es müsse davon ausgegangen werden, dass zwar Abänderungen gesetzlicher Vorschriften nur zulässig sind, soweit es das Gesetz gestattet, dass aber die gesetzliche Regelung Ergänzungen nicht im Weg steht (*Pinner* aaO § 182 Anm 38). Referierend *Spindler* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 20, nach dem die E des RG aus 1901 und 1907 und der daraus abgeleitete Grundsatz der Satzungsstrenge in der Lit der Weimarer Zeit überwiegend auf Ablehnung gestoßen sei.

bendes Aktienrecht“)⁴³⁷⁰.⁴³⁷¹ Diesen praktischen Bedürfnissen entsprechend empfand man möglicherweise die Unzulässigkeit von *Ergänzungen* als relativ störender, zumal *Abweichungen* vom Gesetz wegen der ohnedies großteils zwingenden Normativbestimmungen wohl geringere Bedeutung hatten.⁴³⁷² Deshalb gab sich das Schrifttum vielleicht mit dem „Etappensieg“ *in puncto* Gesetzesergänzungen durch die Entscheidung aus 1928 zufrieden, obwohl eine formale Satzungsstrenge auch in Bezug auf Abweichungen vom Gesetz niemals haltbar war. Interessanterweise hielt sich aber die kautelarjuristische Praxis nicht annähernd an die strengen Vorgaben des RG.⁴³⁷³ Massenhafte Anpassungen bestehender Satzungen, die vielleicht zu erwarten gewesen wären, blieben aus.⁴³⁷⁴ Auch deshalb fühlte man sich möglicherweise nicht zu rechtsdogmatischer Grundsatzkritik bemüht. Die kollektive Hinnahme der Unzulässigkeit von statutarischen Abweichungen und das

4370 Vgl auch *Netter*, JW 1930, 2692 (3693 rSp), wonach die AG des Gesetzes infolge eines Strukturwandels nicht identisch mit der AG der Praxis und ihren eigentlichen Betätigungsformen sei. Zwar müsse den veränderten wirtschaftlichen Bedürfnissen innerhalb des Aktienrechts dadurch Rechnung getragen werden, dass auch Beschlüsse als rechtswirksam erachtet werden, die im Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen keine Deckung finden, dies könne aber nicht zur Rechtswirksamkeit von Beschlüssen führen, die gegen zwingende gesetzliche Vorschriften verstoßen. Nach der Einschätzung *Netters* hat sich die strenge Rsp des RG der Jahre 1901 und 1907 „zweifelloso unter dem bereits erörterten Einfluß der Strukturwandlung“ in der aktienrechtlichen Gestaltung der Praxis nicht aufrechterhalten lassen. Referierend auch *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 49 ff mwN; vgl *Spindler* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 21.

4371 Es gab jedoch auch vollinhaltliche Zustimmung (vgl etwa *Nord*, JW 1928, 2617 [2618]).

4372 Vgl idZ *Wenck*, Einberufung 31, nach dem eine völlige Ausdifferenzierung der einzelnen Statuten wegen der vielen Normativbestimmungen unmöglich sei, „auch wenn man sich nicht auf den Standpunkt des Reichsgerichts stellt.“

4373 Vgl *Fischer* in *Ehrenberg*, Handbuch III (1916) 85 f; *Ring/Schachian*, Die Praxis der Aktiengesellschaft (1929) 42.

4374 Vgl *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 47. Bezeichnenderweise lesen sich die Ausführungen zur reichsgerichtlichen Rsp etwa bei *Fischer* (in *Ehrenberg*, Handbuch III [1916] 85 f) keineswegs als unbedingte gestalterische Schranken, sondern eher als optionale Richtschnur: „Für die Praxis der Statutenerrichtung ergeben sich verschiedene Gesichtspunkte, je nachdem man dem Urteile des RG. Folgt oder nicht. Auf Grund des Urteils würde eine statutarische Regelung vielfach unterbleiben, die sonst erfolgen würde. Wenn nämlich nicht feststeht, ob sich eine Statutenbestimmung aus dem Gesetze herleiten läßt, würde man von der Aufnahme der betreffenden Bestimmung in das Statut absehen. Denn eine Bestimmung erlangt ja nie bloß um deswillen Gültigkeit, weil sie in das Statut aufgenommen ist. Wenn aber eine Bestimmung mit dem Gesetze im Einklange steht, gilt sie ohnedies; für ihre Wirksamkeit bedarf es daher der Aufnahme in das Statut nicht; allerdings kann ihre Aufnahme nicht selten aus anderen Gründen, denen der Klarheit und der größeren Sicherheit [...] empfehlenswert erscheinen. Bisher freilich haben diese Erwägungen keine Bedeutung zu erlangen vermocht, da, wie erwähnt, die Ansicht des Reichsgerichtes unbeachtet geblieben ist.“

Ausbleiben von Grundsatzkritik sollte der deutsche Aktiengesetzgeber von 1965 später wohl als Zustimmung interpretieren und in der AmtlBegr knapp vermerken, dass § 23 Abs 5 dAktG „*der herrschenden Lehre [entspricht]*“⁴³⁷⁵.

Auch unter der Geltung des AktG 1937/1938 (das ebenfalls noch keine explizite Aussage zur Disponibilität vorsah)⁴³⁷⁶ hielt das Schrifttum an der (nur ergänzungsfreundlichen) Rsp des RG fest.⁴³⁷⁷ Insgesamt schränkte das AktG 1937/1938 durch eine Vielzahl neuer Vorschriften die statutarische Gestaltungsfreiheit (weiter) ein.⁴³⁷⁸

In der weiteren Entwicklung bis zum Inkrafttreten des dAktG 1965 und in der Reformdiskussion konzentrierte man sich auf inhaltliche Fragen des Aktienrechts. Eine Debatte zur Satzungsstrenge fand nicht statt.⁴³⁷⁹ Auch Entscheidungen aus dieser Zeit sind nicht verzeichnet.⁴³⁸⁰ Wie eingangs dargestellt, setzte der Gesetzgeber des dAktG 1965 mit § 23 Abs 4 dAktG (heute Abs 5) schließlich den Schlussstein der vorgezeichneten Entwicklung, und

4375 Vgl AmtlBegr dAktG 1965 BT-Drs IV/171 105. S schon oben Fn 4212.

4376 Auch die AmtlBegr enthält keine Anhaltspunkte. Bedeutend ist idZ allerdings die Kodifizierung des Verstoßes gegen das „Wesen der AG“ in § 195 Z 3 AktG 1937/1938 (§ 199 Abs 1 Z 3 AktG idGF; § 241 Nr 3 dAktG idGF) als Nichtigkeitsgrund, die eine Schranke der Satzungsautonomie bildet (vgl *Ch. Nowotny* in FS Doralt 411 [414]).

4377 Vgl statt vieler nur die repräsentativen Ausführungen im einflussreichen Kommentar von *Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl* (AktG³ [1939] § 16 Anm 27): „Die Rechtsverhältnisse der Aktiengesellschaft regeln sich, anders als z. B. die der offenen Gesellschaft (§ 109 HGB), in erster Linie nach dem Gesetz und erst dann nach der Satzung. Abweichen kann die Satzung von den gesetzlichen Bestimmungen nur, wo dies ausdrücklich vorgesehen ist; es fragt sich, inwieweit sie sie ergänzen kann. Das Reichsgericht will das nur zulassen, wo das Gesetz selbst auf die Satzung verweist, ihr ergänzende Bestimmungen ausdrücklich überläßt (so RGZ 65, 91; in der Entscheidung RGZ 120, 127 scheint es allerdings an dieser Auffassung nicht festzuhalten). Die Gerichte sind dieser Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht durchweg gefolgt, auch im Schrifttum hat sie Widerspruch gefunden. In der Tat ist diese Auffassung wohl zu eng. Satzungsbestimmungen können die gesetzlichen Vorschriften nicht nur ergänzen, wo dies ausdrücklich vorgesehen ist, sondern auch überall dort, wo es ohne Verstoß gegen grundsätzliche Vorschriften oder gegen hinter den Vorschriften stehende Rechtsgrundsätze über das Wesen der Aktiengesellschaft möglich ist; welche Ergänzungen danach getroffen werden können, muß im einzelnen Fall geprüft werden.“ An diesen Ausführungen, die der damals hL entsprechen, wird ersichtlich, wie stark die Lehre auch nach Inkrafttreten des AktG 1937/1938 noch von der Argumentation des RG geprägt war.

AA und für die Zulässigkeit von Abweichungen auch ohne Ermächtigung *Knur*, DNotZ 1938, 139 (zit nach *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 62 Fn 358).

4378 Vgl *Spindler* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 26; vgl auch Rz 16, wonach das dHGB 1897 (auf dessen Grundlage das RG die Satzungsstrenge postuliert hatte) im Vergleich zum heutigen AktG insg nur wenige Vorschriften zur AG aufwies, sodass die Satzung (trotz angenommener Satzungsstrenge), nach wie vor einen großen Spielraum genoss. Vgl auch *dens*, AG 2008, 598 (599); *dens*, AG 1998, 53 (55); *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 62; *Kuntz*, Gestaltung 428.

4379 *Spindler* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 28.

4380 So *Spindler* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 25, 28.

zwar der harschen Kritik der Spitzenverbände der Wirtschaft⁴³⁸¹ und Anregungen im parlamentarischen Verfahren zum Trotz.⁴³⁸² Beachtung verdient dabei der Umstand, dass niemand Geringere als *Schlegelberger* und *Quassowski* erkennbar maßgeblichen Einfluss auf die Gesetzgebung hatten.⁴³⁸³ Diese hatten in ihrem einflussreichen Standardkommentar zum dAktG 1937 in Bezug auf Gesetzesänderungen an der strengen Rsp des RG aus 1907 festgehalten, und diese (wie die hL) nur bei Ergänzungen des Gesetzes als zu streng abgelehnt.⁴³⁸⁴ Genau diese Ansicht wurde dann auch mit § 23 Abs 5 dAktG in Gesetz gegossen.

Die Schlagkraft dieses Rechtssatzes war auch deshalb noch um einiges stärker als im älteren Recht, weil mit dem dAktG 1965 (und auch bereits mit dem AktG 1937/1938)⁴³⁸⁵ viele neue Einzelbestimmungen hinzugekommen sind.⁴³⁸⁶ Dadurch kam es zu einer Verschiebung von (grundsätzlich frei möglichen) Ergänzungen zu (grundsätzlich unzulässigen) Abweichungen.⁴³⁸⁷ Selbst wenn man der AmtlBegr darin Glauben schenkt, nur geltendes Recht positiviert zu haben,⁴³⁸⁸ war die Satzungsstrenge schon wegen des starken Normenzuwachses (indirekt) eine Novität.⁴³⁸⁹

Hierzulande ist eine Kodifizierung der Satzungsstrenge bekanntermaßen unterblieben. Deshalb sind weiterhin jene Überlegungen maßgeblich, die bereits auf Grundlage des AktG 1937/1938 und dHGB 1897 angestellt wur-

4381 Durch § 23 Abs 5 dAktG würden rund 300 Paragraphen des Gesetzes zu zwingendem Recht. Rsp und Praxis wäre die Möglichkeit genommen, die Rechtsentwicklung zu fördern. Welche Vorschriften zwingend sind, sollte der Rsp überlassen bleiben (vgl Anlageband zur Gemeinsamen Denkschrift zum Referentenentwurf eines AktG, S 10 ff, zitiert nach *Geßler* in FS Luther [1976] 69 [72]); referierend auch *Spindler* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 31.

4382 Näher *Spindler*, AG 2008, 598 (599); *dens* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 31 jew mwN; *Geßler* in FS Luther 69 (72); *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 64.

4383 Vgl *Luther* in FG Hengeler 167 (169); *Spindler* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 24.

4384 S Fn 4377.

4385 Vgl Fn 4378.

4386 *Luther* in FG Hengeler 167 (169); *Kuntz*, Gestaltung 436; allg *A. Arnold* in KK-AktG⁴ § 23 Rz 132. Konkret sah das dAktG 1965 106 Vorschriften mehr vor, als noch das AktG 1937/1938 (*Kuntz*, Gestaltung 436, 438 mit Verweis auf *Bahrenfuss*, Die Entstehung des Aktiengesetzes von 1965 [2001] 289 ff).

4387 Ähnlich *Luther* in FG Hengeler 169 f.

4388 So etwa *Barz* in Großkomm AktG³ (1973) § 23 Anm 18, der die Satzungsstrenge aber dadurch wieder relativiert, dass dem Wort „ausdrücklich“ nicht zu große Bedeutung beigemessen werden sollte und auch eine „*sinngemäße Gesetzesauslegung*“ eine Abweichung rechtfertigen könne; abl *Geßler* in FS Luther 69 (70 f).

4389 Vgl *Luther* in FG Hengeler 167 (169); *Spindler* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 32 (vgl auch die Aufzählung der Satzungsermächtigungen in Rz 33); *dens*, AG 2008, 598 (599); *Kuntz*, Gestaltung 436. Gleiches gilt für den erwähnten Normenzuwachs durch das AktG 1937/1938.

den.⁴³⁹⁰ Daher genügt es für die Ablehnung einer formalen Satzungsstrenge in Österreich nicht, sich auf das Fehlen einer § 23 Abs 5 dAktG entsprechenden Anordnung zu berufen.⁴³⁹¹ Denn der Gedanke einer formalen Satzungsstrenge wurde bereits auf Grundlage des dHGB 1897 entwickelt und mit § 23 Abs 5 dAktG nur gesetzlich klargestellt. Will man also die Frage nach der Existenz einer (formalen) Satzungsstrenge in Österreich beantworten, kommt an nicht daran vorbei, sich (auch) mit den inhaltlichen Argumenten des RG auseinanderzusetzen.

3. Stellungnahme zu den (historischen) Argumenten für eine Satzungsstrenge

Das RG und – ihm folgend – das damalige Schrifttum stützen sich im Wesentlichen auf zwei Argumente, nämlich (i) das Fehlen einer die grundsätzliche Disponibilität anordnenden Bestimmung im Aktienrecht und (ii) den (auch von Teilen des aktuellen Schrifttums vorgebrachten)⁴³⁹² Umkehrschluss aus den einzelnen gesetzlichen Ermächtigungen.

a) Zum Fehlen einer Generalermächtigung im Aktienrecht

Das RG argumentierte im Jahr 1901 und noch deutlicher im Jahr 1907, dass das dHGB 1897 für das Rechtsverhältnis der Aktionäre zur AG bzw für die Rechtsverhältnisse der AG – anders als für die OG – nicht ausdrücklich den Vorrang des Gesellschaftsvertrags anordnet.⁴³⁹³ Gemeint war damit § 109

4390 Vgl *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 68; *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklungen 325 f; *Kalss/Fleischer*, AG 2013, 693 (695).

4391 So auch *Kalss/Fleischer*, AG 2013, 693 (696); *Schopper*, Anm zu OGH 6 Ob 28/13f, GesRZ 2013, 212 (216).

4392 Vgl noch *Schiemer*, AktG² § 17 Anm 1.2.; *E. Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 17 Rz 33; *Heidinger/Schneider* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 17 Rz 5 mit Verweis auf *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß⁵ 178; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/57; aA *Ch. Nowotny* in *FS Doralt* 411 (414 f); referierend *Nicolussi*, Satzungsstrenge 14 mwN.

4393 Vgl dazu RG 25.09.1901, Rep I 142/01 RGZ 49, 77 (80): „Weder das alte noch das neue Handelsgesetzbuch bestimmt für die Aktiengesellschaft, wie für die offene Handelsgesellschaft, daß das Rechtsverhältnis der Aktionäre zu der Aktiengesellschaft sich zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage richte.“ Vgl auch RG 12.01.1907, Rep I 542/06 RGZ 65, 91 (92): „Das Handelsgesetzbuch sagt nicht, daß für die Rechtsverhältnisse der Aktiengesellschaft an erster Stelle der Gesellschaftsvertrag maßgebend sei, wie dies grundsätzlich für die offene Handelsgesellschaft, die Gesellschaft m. b. H. und die Genossenschaft gilt.“

Diese Aussage ist freilich unpräzise, weil § 109 dHGB 1897 den Vorrang des Gesellschaftsvertrages (also die Disponibilität des Gesetzes) nicht etwa – wie der zitierte Passus implizit suggeriert – für die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft anordnete,

dHGB 1897⁴³⁹⁴ (vgl § 108 UGB; § 109 dHGB idgF; vgl auch § 1181 ABGB). Vergleichbare Bestimmungen, die das RG in der Entscheidung aus 1907 ebenfalls nannte, waren § 47 dGmbHG⁴³⁹⁵ (vgl § 45 dGmbHG idgF)⁴³⁹⁶ und § 18 dGenG⁴³⁹⁷ (vgl § 11 öGenG⁴³⁹⁸; § 18 dGenG idgF). Diese Bestimmungen normieren den Vorrang des Gesellschaftsvertrags vor dem Gesetz, also die Disponibilität der betreffenden Gesetzesvorschriften. Nur soweit der Gesellschaftsvertrag zu einer Frage keine Bestimmungen enthält, soll das (dispositive) Gesetzesrecht über die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander bzw zur Gesellschaft anwendbar sein. Aus dem Fehlen einer vergleichbaren Bestimmung im Aktienrecht leitete das RG ab, dass dort das Gesetz Vorrang hat, dieses also zwingend ist. Diese Schlussfolgerung ist allerdings unrichtig, weil ihre wesentliche Prämisse unrichtig ist.

i. § 109 dHGB 1897

Diese Prämisse lautet, dass § 109 dHGB 1897 die Disponibilität des betreffenden Regelungsabschnitts konstitutiv (nicht bloß deklarativ) anordnet, dass also die darin enthaltenen Vorschriften ohne eine solche Generalermächtigung

sondern nur für einen (einzelnen) Regelungsabschnitt betreffend das „*Rechtsverhältnis der Gesellschafter unter einander*“. Außerdem ist zweifelhaft, ob das Rechtsverhältnis der Gesellschafter einer OG, GmbH oder Genossenschaft *untereinander* mit dem zwischen der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern überhaupt vergleichbar ist (abl schon *Fischer in Ehrenberg*, Handbuch III [1916] 85 f; so auch *Kuntz*, Gestaltung 433). Auf die Vergleichbarkeit kommt es mE allerdings gar nicht an. Versteht man § 109 dHGB 1897 nämlich als (General-)Ausnahme von einer Satzungsstrenge, dann wären alle übrigen Regelungsabschnitte und Vorschriften zwingend, soweit sie nicht eine Einzelermächtigung enthalten. Das hätte dann auch für die übrigen Abschnitte des Personengesellschaftsrechts gegolten. Dieses ist freilich unstr vorwiegend dispositiv (weil kein vergleichbarer Gläubiger- und Anlegerschutz erforderlich ist), was bereits Zweifle am Argument des RG schüren muss. Tatsächlich ergibt sich aus den Gesetzesmaterialien, dass aus § 109 dHGB 1897 nicht der Schluss auf den zwingenden Charakter aller übrigen Vorschriften gezogen werden sollte. S dazu noch ausf sogleich im Fließtext.

4394 § 109 dHGB 1897: „*Das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander richtet sich zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage; die Vorschriften der §§ 110 bis 122 finden nur insoweit Anwendung, als nicht durch den Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt ist.*“ Vgl ähnlich für die KG § 163 dHGB 1897.

4395 § 45 dGmbHG (seit der Urfassung wurden nur die Paragraphenzählung geändert): „*In Ermangelung besonderer Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags finden die Vorschriften der §§ 46 bis 51 Anwendung.*“

4396 Eine Parallelbestimmung im öGmbHG fehlt.

4397 § 18 dGenG: „*Das Rechtsverhältnis der Genossenschaft und ihrer Mitglieder richtet sich zunächst nach der Satzung. Diese darf von den Bestimmungen dieses Gesetzes nur insoweit abweichen, als dies ausdrücklich für zulässig erklärt ist.*“ Der zweite Satz statuiert allerdings eine formale Satzungsstrenge (s noch näher unten S 1128 f).

4398 § 11 GenG: „*Das Rechtsverhältnis der Genossenschafter unter einander richtet sich zunächst nach dem Genossenschaftsvertrage. Letzterer darf von den Bestimmungen dieses Gesetzes nur in denjenigen Punkten abweichen, bei welchen dieß ausdrücklich für zulässig erklärt ist.*“

zwingend wären.⁴³⁹⁹ Nur diese Prämisse erlaubt den Schluss, das Gesetz wäre iSe formalen Satzungsstrenge prinzipiell zwingend. Diese Annahme leuchtet im ersten Moment ein: Wenn das Gesetz nämlich grundsätzlich dispositiv wäre, müsste § 109 dHGB 1897 die Disponibilität nicht noch einmal für einzelne Regelungsabschnitte (und Einzelnormen) gesondert anordnen. Dem liegt die weitere Prämisse zugrunde, dass § 109 dHGB 1897 nur als Markierung dispositiver Normen eine sinnvolle Funktion haben kann. Nach diesem Verständnis setzt § 109 dHGB 1897 notwendig voraus, dass das Gesetz prinzipiell zwingend ist (iSe formalen Satzungsstrenge). Demgemäß wären bei grundsätzlichlicher Disponibilität keine solchen Ermächtigungen zu erwarten; dass diese aber doch existieren, spricht – so das Argument – gegen grundsätzlichliche Disponibilität und damit für eine formale Satzungsstrenge. Die Annahme verkennt aber, dass auch die bloße Klarstellung der Disponibilität eines Abschnitts durchaus angezeigt sein kann, wenn nämlich die darin enthaltenen Bestimmungen andernfalls den Anschein erwecken könnten, zwingender Natur zu sein. Wie eine historische Spurensuche zu Tage fördert, verhielt es sich so mit § 109 dHGB 1897. Denn schon die Vorgängerbestimmung (Art 90 ADHGB 1861)⁴⁴⁰⁰ sollte erklärtermaßen (nur) deklarativ sein, und das gilt auch für § 109 dHGB 1897.

Zunächst aber noch einen Schritt zurück, nämlich zu Art 113 des preußischen Entwurfs⁴⁴⁰¹, der Vorgängerbestimmung des Art 90 ADHGB 1861: Die Motive zu Art 113 des preußischen Entwurfs erklärten noch, dass dadurch der zwingende Charakter der übrigen Abschnitte ersichtlich werde (was ja auch in etwa dem Verständnis des RG entsprochen hätte).⁴⁴⁰² Die Nürnberger Verhandlungen des ADHGB 1861 orientierten sich zwar vorrangig am preußischen Entwurf, die Auffassung von der Unabänderlichkeit der übrigen Bestimmungen stieß jedoch auf Ablehnung. Die Debatte um die Zweckmäßigkeit einer Art 113 entsprechenden Anordnung entbrannte im Zusammenhang mit der Frage, ob und wie die Disponibilität bestimmter

4399 IdS wohl auch *Eßwein*, Privatautonome Gestaltung 20.

4400 Art 90 ADHGB 1861: „Das Rechtsverhältniß der Gesellschafter unter einander richtet sich zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage. Soweit über die in den nachfolgenden Artikeln dieses Abschnitts berührten Punkte keine Vereinbarung getroffen ist, kommen die Bestimmungen dieser Artikel zur Anwendung.“

4401 Art 113 des preußischen Entwurfs (abgedr bei *Lutz*, Protokolle Beilagenband I 21): „Die Bestimmungen dieses Abschnittes kommen nur insoweit zur Anwendung, als nicht von den Gesellschaftern vertragsmäßig ein Anderes bestimmt ist.“

4402 Nach den Motiven ist es „rathsam, dies ausdrücklich auszusprechen, weil dadurch zugleich schärfer hervorgehoben werde, dass rücksichtlich der übrigen Abschnitte, welche das Verhältniß der Gesellschaft nach aussen hin betreffen, nur die Vorschriften des Gesetzes massgebend seien, und vertragsmäßige Abänderungen derselben nur insoweit in Betracht kämen, als das Gesetz auf sie verweist.“ (Motive zum Entwurf eines HGB für die preußischen Staaten 1857, Seite 62, abgedr auch bei *von Hahn*, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch I³ [1877] Art 90 Anm § 1 [S 316]).

Vorschriften im vierten und fünften Abschnitt des Rechts der OG (Erster Titel des Zweiten Buches) – betreffend die Auflösung der Gesellschaft und den Austritt einzelner Gesellschafter bzw die Liquidation der Gesellschaft – gesetzlich angeordnet werden sollte.⁴⁴⁰³ Gegenstand der Beratungen war ein Antrag, demzufolge die dispositiven Vorschriften dieser Abschnitte jeweils an ihrem Ende genannt werden sollten.⁴⁴⁰⁴ Die Meinungen der Abgeordneten gingen stark auseinander:

Einige Mitglieder hielten Hinweise auf die Disponibilität andernfalls zweifelhafter Gesetzesvorschriften zwar zweckmäßig, befürchteten aber, dass dann bei jedem Titel bzw Abschnitte eine zeitraubende Diskussion darüber entbrennen könnte. Außerdem hatte man auch Sorge, dass *„wenn einmal ein nach dieser Rücksicht zu behandelnder Artikel übersehen würde, man annehmen werde, es sei hier jede Abänderung durch Vertrag unzulässig“*.⁴⁴⁰⁵ Man schlug daher vor, zwar die Redaktionskommission zur Implementierung einzelner Hinweise auf (zweifelhaft) dispositive Vorschriften zu veranlassen, aber zugleich zum ersten Artikel des Gesetzes den Zusatz zu machen, dass *„in allen Fällen, in welchen es sich nicht um streng gebietende oder verbietende Bestimmungen handle, die vertragsmäßigen Normen vor allem, und nur in ihrer Ermangelung die Sätze des Gesetzes entscheidend sein sollten“*.⁴⁴⁰⁶ Andere Mitglieder pflichteten der Zweckmäßigkeit einzelner Ermächtigungen bei, wendeten aber gegen den vorgeschlagenen programmatischen Hinweis zu Beginn des Gesetzes ein, dass dieser *„ganz ohne Werth und überflüssig sei“*.⁴⁴⁰⁷ Er sei *„in allen Civilgesetzgebungen enthalten, und verstehe sich für das Handelsrecht demzufolge von selbst.“* Dieser Satz entscheide auch gar nichts, weil der Richter ohnedies im Einzelfall festzustellen habe, ob eine Vorschrift dispositiv oder zwingend ist. Wieder andere Mitglieder richteten sich auch gegen die Markierung von dispositiven Vorschriften in Zweifelsfällen. Denn von den Gerichten könne eine richtige Entscheidung über die Disponibilität in jedem Fall erwartet werden. Außerdem müssten solche Abänderungsermächtigungen, *„wenn man nur einigermaßen erschöpfend zu Werke gehen wolle, fast bei jedem Artikel wiederholt werden“*.⁴⁴⁰⁸

An diese Punkt verlagerte sich die Debatte über auf den oben erwähnten Art 113 des preußischen Entwurfs. Würde man der letztgenannten Ansicht folgen, so müsste man Kritikern zufolge auch Art 113 streichen. Denn *„alsdann sei auch dieser Artikel selbstverständlich, er werde aber, wenn er allein im Gesetz verbleibe, sehr leicht zu der irrigen Ansicht führen, als sollten alle*

4403 Lutz, Protokolle I 270 ff (XXXI. Sitzung vom 7. März 1857).

4404 Vgl Lutz, Protokolle I 272 f.

4405 Lutz, Protokolle I 270.

4406 Lutz, Protokolle I 270 f.

4407 Lutz, Protokolle I 271.

4408 Lutz, Protokolle I 271.

*Bestimmungen, die nicht im zweiten Abschnitte des zweiten Titels ständen, streng gebietend und nicht durch Privatwillkühr abänderlich sein.*⁴⁴⁰⁹

Diese Bedenken konnten sich letztlich nicht durchsetzen. Denn es könne „gar nicht verkannt werden [...], daß das Gesetz nicht bezweckt habe, alle außerhalb des mehrberegten II. Abschnittes liegenden Rechtssätze als streng- gebietende einzuführen.“⁴⁴¹⁰ Die Beibehaltung des Art 113 sei außerdem durch einen anderen „nicht unbedeutenden Nützlichkeitsgrund“ geboten: „[D]ie Bestimmungen des II. Abschnittes seien nämlich von der Art, daß gerade bei ihnen leicht Zweifel darüber entstehen könnten, ob sie der Privatwillkühr Raum ließen, und es sei sehr wünschenswerth, diese Zweifel von vorn herein zu beseitigen.“⁴⁴¹¹

Diese gemäßigten Stimmen konnten sich schließlich durchsetzen – der Antrag auf Streichung des Art 113 wurde mit 11 gegen 4 Stimmen abgelehnt.⁴⁴¹² Die Vorschrift wurde sodann der Redaktionskommission zur weiteren Überarbeitung überlassen, jedoch nicht ohne noch einmal hervorzuheben, dass „mit dieser Abstimmung keineswegs ausgesprochen sein [soll], daß nun in Betreff aller anderen Bestimmungen außer den im II. Abschnitte des II. Titels enthaltenen die Zulässigkeit vertragsmäßiger Abänderung verneint sei.“⁴⁴¹³

Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich also deutlich, dass Art 90 ADHGB 1861 die Disponibilität des zweiten Titels („Rechtsverhältniß der Gesellschafter unter einander“) nicht konstitutiv anordnete, sondern sie nur klarstellte, weil die Disponibilität der enthaltenen Vorschriften sonst zweifelhaft sein könnte.

Dass diese Regelungsabsicht auch der Nachfolgerbestimmung, nämlich dem für die RG-Judikatur maßgeblichen § 109 dHGB 1897 zugrunde lag, ergibt sich aus der Denkschrift: „Das H.G.B. [sc ADHGB] hebt im Art. 90 ausdrücklich hervor, daß sich das Rechtsverhältniß der Gesellschafter unter-

4409 Lutz, Protokolle I 271 (Hervorhebungen durch den Verf).

Ein Mitglied hielt gar für ratsam, „daß man im Gesetze nur diejenigen Stellen hervorheben solle, bei welchen eine vertragsmäßige Abänderung nicht zugelassen werden könne.“ (Lutz, Protokolle I 272).

4410 Lutz, Protokolle I 272 (Hervorhebung durch den Verf).

4411 Lutz, Protokolle I 272 (Hervorhebungen durch den Verf). Diese Überlegungen waren es, die der Anordnung des Art 113 des preußischen Entwurfs (s Fn 4401) auch ihr späteres und heutiges Gepräge gaben. Ein Mitglied schlug nämlich „in der Absicht, jeden Zweifel über die Bedeutung des Art. 113 zu beseitigen, vor, denselben in einer minder entscheidenden Weise aufzunehmen, demgemäß denselben am Schlusse des II. Abschnittes zu streichen, dagegen an den Anfang des II Abschnittes den Satz zu stellen, daß die Wirkungen des Gesellschaftsverhältnisses unter den Gesellschaftern zunächst nach ihren Gesellschaftsverträgen zu beurtheilen seien, und daß nur in deren Ermangelung die folgenden Vorschriften gelten sollten.“ (ebenda).

4412 Lutz, Protokolle I 272.

4413 Lutz, Protokolle I 272 (Hervorhebungen durch den Verf). Ein Mitglied wollte der Redaktionskommission zu bedenken geben, ob nicht an irgendeiner Stelle ein allg Satz über den Vorbehalt vertragsmäßiger Abänderungen aufzunehmen und dagegen die einzelnen derartigen Bestimmungen zu beseitigen seien.

*einander zunächst nach dem Gesellschaftsvertrage richtet und daß die Art. 91 bis 109 nur in Ermangelung besonderer Vereinbarungen zur Anwendung kommen. Da dieser Hinweis auf den dispositiven Charakter der fraglichen Vorschriften das richtige Verständniß des Gesetzes wesentlich erleichtert, so ist er auch in den Entwurf übernommen (§ 107) [sc § 109 des Gesetzes].*⁴⁴¹⁴

Was bedeutet dieser rechtshistorische Befund nun für den Rückschluss des RG auf einen grundsätzlich zwingenden Charakter des Aktienrechts? Zunächst hätte das RG (wenngleich nicht entscheidungsgegenständlich) aus dem Fehlen einer Generalermächtigung konsequenterweise (auch) schließen müssen, dass *alle* Regelungsabschnitte des dHGB 1897 ohne eine solche Ermächtigung prinzipiell zwingend sind, also nicht nur einzelne (oder alle) Abschnitte zum Aktienrecht, sondern auch jene zum OG- und KG-Recht. Ein Ergebnis, das zumindest Zweifel hätte aufkommen lassen müssen, weil sich eine formale Satzungsstrenge im Personengesellschaftsrecht noch viel weniger rechtfertigen ließe. Insoweit war der Rückschluss des RG (unabhängig von seiner aufgezeigten Unrichtigkeit) möglicherweise allzu ergebnisorientiert. Was aber viel wichtiger ist: Die Schlussfolgerung des RG war unrichtig, weil die Prämisse unrichtig ist, dass eine Generalermächtigung nach Art des § 109 dHGB 1897 notwendigerweise eine formale Satzungsstrenge voraussetzt und andernfalls sinnlos wäre. Das Gegenteil ist der Fall: Mit der bloßen Markierung der Disponibilität in Zweifelsfällen setzte § 109 dHGB 1897 entgegen dem RG notwendig voraus, dass das Gesetz grundsätzlich dispositiv ist. Denn andernfalls hätte die Disponibilität der betreffenden Vorschriften gar nicht zweifelhaft sein können (dann käme es ja nur formal auf das Bestehen einer Ermächtigung an). Außerdem hätte sich der Gesetzgeber andernfalls auch nicht darauf beschränken können, nur Abweichungen von jenen Vorschriften zu gestatten, deren Disponibilität *zweifelhaft* sein könnte (also nur auf einen Teilbereich aller dispositiven Vorschriften). Hätte er eine formale Satzungsstrenge implementieren wollen und die Ermächtigungen als Ausnahmen davon verstanden, dann hätte er vielmehr *alle* (auch unzweifelhaft) dispositiven Gesetzesvorschriften mit einer Ermächtigung versehen müssen. Entgegen der reichsgerichtlichen Ansicht war (und ist) die Anordnung des § 109 dHGB 1897 daher kein Argument *für*, sondern *gegen* eine formale Satzungsstrenge und mithin ein Argument für die grundsätzliche Disponibilität des Gesetzes.

Da es richtig besehen keine formale Satzungsstrenge gab, wäre die Disponibilität jeweils im Einzelfall durch Auslegung zu ermitteln gewesen. Aus § 109 dHGB 1897 ließen sich angesichts des oben herausgearbeiteten Regelungszwecks freilich nur zum Teil deduktive Schlüsse ziehen. Zwar waren (und sind) alle Vorschriften, die von § 109 dHGB 1897 erfasst waren (§§ 110 bis 122 dHGB 1897), notwendigerweise dispositiv. Aber nicht alle Vorschrif-

⁴⁴¹⁴ Denkschrift dHGB 1897, abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 257 (Hervorhebungen durch den Verf).

ten gehören zu einem Regelungsabschnitt, in dem alle Vorschriften zweifelhaft dispositiv sind. Eine Generalermächtigung an den Satzungsgeber ist somit eine hinreichende, aber keine notwendige Voraussetzung für die Disponibilität einer Einzelschrift. Aus dem Fehlen einer Generalermächtigung nach Art des § 109 dHGB 1897 lässt sich demgemäß nur ableiten, dass im betreffenden Regelungsabschnitt *nicht* alle Vorschriften zweifelhaft dispositiv sind. Demgemäß lässt sich daraus nur ableiten, dass im betreffenden Regelungsabschnitt mindestens eine Vorschrift zweifellos dispositiv oder zweifellos zwingend ist.⁴⁴¹⁵ Für die Disponibilität einer Einzelschrift lässt sich aus dem Fehlen einer Generalermächtigung also gar nichts ableiten. Hierfür könnte es allenfalls auf das Bestehen einer Einzelermächtigung ankommen. Allerdings sollten auch diese (wohl gar nicht taxativ aufgezählten) Ermächtigungen in Einzelschriften – wie die oben referierten Materialien nahelegen – bloß die Disponibilität klarstellen, wenn diese sonst zweifelhaft sein könnte. Auch aus dem Fehlen einer Einzelermächtigung konnte daher nicht deduktiv auf den zwingenden Charakter einer Vorschrift geschlossen werden. Auf die Bedeutung der einzelnen Ermächtigungen im Aktienrecht werde ich unten⁴⁴¹⁶ noch eingehen.

Angesichts des Regelungszwecks des § 109 dHGB 1897 verwundert auch nicht, dass eine solche Generalermächtigung im Aktienrecht nicht existierte. Denn das Aktienrecht enthielt vorwiegend zwingende Normativbestimmungen, soweit es zur Verhütung von Missbräuchen nötig war. Auf ein (dispositives) Normalstatut hatte der Reformgesetzgeber wie gesagt bewusst verzichtet. Demgemäß enthielt das Aktienrecht des ADHGB 1861 auch keinen Abschnitt über die Rechtsverhältnisse der Aktionäre untereinander (wohl auch, weil solche Rechtsbeziehungen nach damaliger Auffassung nicht bestanden).⁴⁴¹⁷ Wie schon *Wenck*⁴⁴¹⁸ zutreffend bemerkte, wäre eine § 109 HGB entsprechende

4415 Vorausgesetzt, der Gesetzgeber hat jene Regelungsabschnitte, deren Disponibilität zweifelhaft sein könnte, überhaupt abschließend markiert. Wäre das nicht der Fall, könnte das Fehlen einer Ermächtigung auch bedeuten, dass ein Regelungsabschnitt dispositive Vorschriften enthält, deren Disponibilität zweifelhaft sein könnte, der Gesetzgeber für diesen Abschnitt aber eben (bewusst) keine Generalermächtigung vorgesehen hat.

4416 S 1132 ff.

4417 Interessanterweise enthielt aber noch das preußische Aktiengesetz von 1843 einen Abschnitt über die Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander. In § 10 ordnete es an: „*So weit das Statut über die Rechte und Pflichten der Aktionäre gegeneinander keine besonderen Bestimmungen enthält, kommen die am Sitz der Gesellschaft geltenden gesetzlichen Vorschriften über Gesellschaftsverträge zur Anwendung.*“ (Baums, Gesetz über die Aktiengesellschaften für die königlichen preußischen Staaten vom 9. November 1843, Text und Materialien [1981] 211 [215]).

4418 *Wenck*, Einberufung 30 f. In den Worten *Wencks* (aaO 30): „*Mit Rücksicht auf diese Vorschriften [sc die zwingenden Normativvorschriften], nicht aber um jede Vorschrift des Aktienrechts als im Zweifel zwingend hinzustellen, unterblieb die Generalverweisung.*“

Regelung im Aktienrecht eine unrichtige Darstellung der Sachlage gewesen.⁴⁴¹⁹ Dass das Aktienrecht vorwiegend zwingende Vorschriften enthält, ist freilich etwas anderes als ein formales Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten zwingenden Rechts. Das Fehlen einer (General-)Ermächtigung mag vielleicht den zwingenden Charakter einer Vorschrift indizieren, dieser lässt sich aus jenem aber nicht deduktiv ableiten.

Die Redaktionsgeschichte des § 109 dHGB 1897 zeigt eindrücklich, dass Gegner dieser Anordnung sogar genau jenen (verfehlten) Umkehrschluss antizipierten, den das RG wenige Jahrzehnte später ziehen sollte. Das Gegenargument, es könne „gar nicht verkannt werden“,⁴⁴²⁰ dass durch diese Anordnung nicht das übrige Gesetz für zwingend erklärt werden sollte, erwies sich als zu optimistisch. Aus gutem Grund also weisen etwa die Erläuternden Bemerkungen zu § 1181 ABGB zur GesbR (der § 108 UGB nachgebildet ist)⁴⁴²¹ ausdrücklich darauf hin, dass die Anordnung der grundsätzlichen Disponibilität des zweiten Abschnittes „aber nicht den Umkehrschluss [rechtfertigt], dass die Bestimmungen der übrigen Abschnitte zwingend wären.“⁴⁴²²

ii. § 18 dGenG 1889

Während sich das RG im Jahr 1901 noch auf den Vergleich mit der OG beschränkte, erweiterte es sein Argumentarium im Jahr 1907 und verwies darüber hinaus auf die GmbH und die Genossenschaft. Auch diese beiden Zusatzargumente sollen näher beleuchtet werden. Zumindest beim Verweis auf die Genossenschaft dürfte sich dem RG nämlich argumentativ vergriffen haben. Zwar ordnet § 18 Abs 1 dGenG ähnlich wie § 109 dHGB 1897 an, dass sich das Rechtsverhältnis der Genossenschaft und ihrer Mitglieder primär nach der Satzung richtet. Diese Anordnung wird jedoch durch § 18 Abs 2 dGenG (systematisch missglückt)⁴⁴²³ wieder entwertet, wenn es dort heißt:

„Letzteres [sc das Statut] darf von den Bestimmungen dieses Gesetzes nur insoweit abweichen, als dies ausdrücklich für zulässig erklärt ist.“

Damit normiert § 18 Abs 2 dGenG eine formale Satzungsstrenge. Für das Aktienrecht bedeutet das: Wie sich aus dem Fehlen einer § 109 dHGB 1897 (oder § 18 Abs 1 dGenG) entsprechenden Anordnung (freilich nur scheinbar) auf den zwingenden Charakter des Aktienrechts schließen ließe, so könnte

4419 Referierend Spindler in Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 20 mwN.

4420 Lutz, Protokolle I 272.

4421 EBRV 270 BlgNR 25. GP 12 („§ 1181 ist § 108 UGB nachgebildet.“).

4422 EBRV 270 BlgNR 25. GP 12. Weiter heißt es dort: „Deren zwingender Charakter muss sich vielmehr entweder aus dem Gesetzestext (§ 1205 Abs. 5: Zwingendstellung der Abs. 1 bis 4; § 1209 Abs. 2: Nichtigkeit der Beschränkung des ordentlichen Kündigungsrechts; § 1210 Abs. 3: Nichtigkeit der Beschränkung des außerordentlichen Kündigungsrechts) oder aus dem jeweiligen Normzweck ergeben.“ Vgl auch den Hinweis auf die EBRV zu § 1181 ABGB bei Nicolussi, Satzungsstrenge 15.

4423 Vgl auch Staufer, Beschränkung 24 („widersprüchlich“).

man ebenso gut aus dem Fehlen einer § 18 Abs 2 dGenG entsprechenden Norm auf seine prinzipielle Disponibilität schließen. Demgemäß ist § 18 dGenG – wie schon *Wenck*⁴⁴²⁴ bemerkte – aber eher ein Argument *für* als gegen die Disponibilität des Aktienrechts. Der vom RG gezogene Umkehrschluss aus § 18 dGenG ist daher unrichtig.⁴⁴²⁵

4424 *Wenck*, Einberufung 30 f, demzufolge „man fast mit demselben Recht, wie aus dem Fehlen einer Generalverweisung auf die Statuten auf die absolute Natur der Paragraphen des Aktienrechts geschlossen wird, aus dem Fehlen einer Generalbeschränkung nach Art des § 18 Gen.-Ges. das Gegenteil schließen [könnte].“ Zust *Spindler* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 20.

4425 Allenfalls ließe sich fragen, ob sich aus dem Regelungszweck des § 18 dGenG etwas für das Aktienrecht gewinnen lässt. Könnte die genossenschaftsrechtliche Satzungsstrenge also wertungsmäßig (analog) auf die AG übertragbar sein? Damit stellt sich die Frage nach der *ratio legis* des § 18 dGenG. Diese sah *von Sicherer* (Genossenschaftsgesetzgebung in Deutschland [1782] § 9 Anm I [S 205 f]) im Gläubigerschutz (abl aber *Staufer*, Beschränkung 52 f, *Teichmann*, Gestaltungsfreiheit 83). Denn auch diejenigen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags, die sich auf das Rechtsverhältnis untereinander beziehen, würden zumindest mittelbar einen Einfluss auf die Gestaltung des Gesellschaftsvermögens ausüben, das wiederum das einzige Befriedigungsmittel für Genossenschaftsgläubiger sei. In denjenigen Gesellschaftsformen, bei denen sich die Gesellschaftsgläubiger in erster Linie an das Vermögen der einzelnen Mitglieder halten können (OG und KG), sei die Gestaltung des inneren Verhältnisses der freien Vereinbarung der Gesellschafter überlassen. Bei Gesellschaftsformen hingegen, deren Gläubiger entweder ausschließlich oder doch vorzugsweise auf das Gesellschaftsvermögen verwiesen sind (AG und die KGaA) seien die Bestimmungen des dHGB auch für das Rechtsverhältnis nach innen zwingende. Ob diese Satzungsstrenge eine eigene Grundlage im Aktienrecht hat, oder etwa eine Analogie zu § 18 dGenG erfordern würde, ließ *von Sicherer* offen. Allerdings wurden bis in jüngste Zeit die unterschiedlichsten Erklärungen für den Regelungszweck des § 18 Abs 2 dGenG angeboten (*Staufer*, Beschränkung 29). Mit der Gläubigerschutzthese blieb *von Sicherer* – soweit ersichtlich – jedoch vereinzelt (so auch die Wahrnehmungen bei *Staufer*, Beschränkung 52). Die Unsicherheit über den Zweck des § 18 Abs 2 dGenG ist wohl auch dadurch bedingt, dass diese Anordnung (die inhaltlich bereits in dem von *Schulze-Delitzsch* anno 1863 im preußischen Parlament eingebrachten Entwurf enthalten war) nie wirklich begründet oder diskutiert worden war. Ihre Entstehungsgeschichte spricht eher dafür, den Regelungszweck im Schutz unerfahrener Mitglieder und in der Beschränkung der Rechtsform auf den im GenG festgelegten Typus (Typenzwang) zu sehen (so *Großfeld/Aldejohann* in *Schubert*, 100 Jahre Genossenschaftsgesetz [1989] 1 [9] zur Typizität im Anschluss an *Paulick*, Das Recht der eingetragenen Genossenschaft [1956] 104; vgl auch *dens*, Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung [1954]; s auch *Staufer*, Beschränkung 36, 43; *Teichmann*, Gestaltungsfreiheit 82 f, 87 f). Auch politische Vorsicht dürfte eine Rolle gespielt haben. *Schulze-Delitzsch* wollte mit dem Zugeständnis einer starren Innenorganisation nach dem Vorbild der AG (!) das staatliche Misstrauen gegenüber der neuen Rechtsform beseitigen (*Teichmann*, Gestaltungsfreiheit 83 mwN). Im Übrigen kommt *Staufer* (Beschränkung 66) in seiner umfassenden Untersuchung zur Entstehungsgeschichte und Legitimation der Autonomiebeschränkung ebenso wie *Teichmann* (Gestaltungsfreiheit 85, 90) zum Ergebnis, dass die historischen Gründe für die

iii. § 47 dGmbHG 1892

Mit dem Verweis auf die GmbH in der RG-Entscheidung aus 1907 war wohl § 47 dGmbHG in der Urfassung (§ 45 dGmbHG idgF) angesprochen:

„Die Rechte, welche den Gesellschaftern in den Angelegenheiten der Gesellschaft, insbesondere in Bezug auf die Führung der Geschäfte zustehen, sowie die Ausübung derselben bestimmen sich, soweit nicht gesetzliche Vorschriften entgegenstehen, nach dem Gesellschaftsvertrag. In Ermangelung besonderer Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags finden die Vorschriften der §§. 47 bis 52 Anwendung.“

Wie schon zu § 109 dHGB 1897 erläutert, spricht auch gegen einen Rückschluss aus § 47 dGmbHG, dass diese Anordnung nur einen schmalen (wenngleich wichtigen) Teilbereich des dGmbHG erfasste und daher nicht als Basis eines Umkehrschlusses auf das gesamte Aktienrecht taugte. Darüber hinaus gibt es mE gute Gründe dafür, dass auch diese Anordnung nur ein deklarativer Hinweis ist. Dafür spricht vor allem⁴⁴²⁶ die nicht eindeutige Regelungssyste-

ursprüngliche Anordnung des § 18 Abs 2 dGenG *nicht* mehr gegeben sind und sich auch aus heutiger Sicht keine Gründe für eine Legitimation anführen lassen (so auch etwa Hey, Gestaltung 169 f).

- 4426 Für die grundsätzliche Disponibilität des Innenverhältnisses der GmbH spricht auch allg die Anlehnung an das Personengesellschaftsrecht (vgl *Teichmann*, Gestaltungsfreiheit 92). Grundsätzlich ist die GmbH – wenngleich konzeptionell stets eine Kapitalgesellschaft auf Basis der AG („vereinfachte AG“) (vgl hier nur AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII [1890–92], Nr 660 3727 ff; *Straube/Ratka* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG Einführung Rz 16 [Stand 01.08.2020]; *Fleischer* in *MüKo GmbHG*⁴ Einl Rz 22, 67 ff, 72) – zwischen den Personengesellschaften und der AG positioniert (vgl EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 50: „*Aktiengesellschaft ohne Aktien, Kommanditgesellschaft ohne persönlich haftenden Gesellschafter*“; AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII [1890–92], Nr 660 3728: „*Mittelstellung zwischen den streng individualistischen Gesellschaftsformen und der Aktiengesellschaft*“). Dabei ist sie in Bezug auf das Außenverhältnis näher an der AG, in Bezug auf das Innenverhältnis aber näher an den Personengesellschaften (vgl *Zöllner* in FS 100 Jahre GmbH-Gesetz 85 [88]; *Teichmann*, Gestaltungsfreiheit 90 f: „[...] eine Gesellschaftsform, die nach außen die charakteristischen Züge einer Aktiengesellschaft, nach innen die einer OHG trägt“; insb aaO 92: „*Im Innenverhältnis gilt der Kernsatz der Personalgesellschaften, daß sich die Beziehungen der Mitglieder untereinander in erster Linie nach dem Gesellschaftsvertrag richten, § 45 GmbHG*“). Die (daraus folgende) Verwandtschaft des § 47 dGmbHG (Stammfassung) mit § 109 dHGB 1897 (vgl *Liescher* in *MüKo GmbHG*⁴ § 45 Rz 2) legt nahe, dass auch jene Bestimmung nur deklarativ ist. Auch hier könnte der klarstellende Hinweis geboten sein, weil bei den korrespondierenden Vorschriften „*leicht Zweifel darüber entstehen könnten, ob sie der Privatwillkür Raum ließen*“ (vgl *Lutz*, Protokolle I 270 ff). Vgl auch AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3733 (zu § 3 Abs 2): „*Im Entwurf selbst ist verschiedentlich darauf hingewiesen, daß Abweichungen von dispositiven Normen des Gesetzes nur durch den Gesellschaftsvertrag festgesetzt werden können, und auch im Uebrigen ist davon auszugehen, daß die Rechte und Pflichten der Gesellschafter als solcher, soweit sie nicht im Gesetz geregelt sind, ausschließlich nach dem Gesellschaftsvertrage sich bestimmen.*“; s auch

matik des dGmbHG.⁴⁴²⁷ Das Gesetz weist nämlich in Einzelbestimmungen manchmal auf den dispositiven, manchmal auf den zwingenden Charakter hin.⁴⁴²⁸ Ein Beispiel für die erste Gruppe ist § 47 dGmbHG (§ 45 dGmbHG idgF). Was die zweite Gruppe betrifft, normierte § 25 dGmbHG bereits in der Urfassung (wie auch idgF), dass die Gesellschafter von den in den §§ 21–24 dGmbHG bezeichneten Rechtsfolgen nicht befreit werden können, dass diese Normen also zwingend sind. Die §§ 21–24 dGmbHG regeln die Kaduzierung, die Haftung der Rechtsvorgänger, die Versteigerung des Geschäftsanteils und die Ausfallhaftung der Gesellschafter für Fehlbeträge – sie dienen somit der Aufbringung des Stammkapitals zum Schutz der Gläubiger.⁴⁴²⁹ Aus der AmtlBegr ergibt sich, dass § 25 dGmbHG bloß den zwingenden Charakter klarstellen sollte, der sich bereits teleologisch aus der Gläubigerschutzorientierung der Norm ergibt: „*Es empfiehlt sich, dies durch eine entsprechende Bestimmung außer Zweifel zu setzen.*“⁴⁴³⁰ Jedenfalls § 25 dGmbHG ist also eine bloße Klarstellung.⁴⁴³¹ Wären die Vorschriften des dGmbHG nun, wie das RG argumentierte, schon formal wegen des Fehlens einer (General-)Ermächtigung (unabhängig vom Normzweck) zwingend, dann hätten Zweifel am zwingenden Charakter der §§ 21–24 aber gar nicht aufkommen können.⁴⁴³² Eine Klarstellung durch § 25 dGmbHG hätte sich dann erübrigt (aber arg: „*außer Zweifel zu setzen*“).⁴⁴³³

Daraus folgt, dass der GmbH-Gesetzgeber von grundsätzlicher Gestaltungsfreiheit ausging und zwingendes Recht nur einsetzte, wo Schutzinteressen es gebieten. Die einzelnen Hinweise auf den dispositiven oder zwingenden Charakter statuieren keine Ausnahmen von einem grundsätzlichen Regel-Ausnahme-Verhältnis.⁴⁴³⁴ Sie stellen vielmehr im Einzelfall in die eine

aaO 3751 (zu § 45): „*Die Bestimmungen sind, wie der an die Spitze gestellte §. 46 zum Ausdruck bringt, nur dispositiver Natur [...].*“

4427 Vgl Zöllner in FS 100 Jahre GmbH-Gesetz 85 (89).

4428 Vgl die Übersicht bei Zöllner in FS 100 Jahre GmbH-Gesetz 85 (89 Fn 7, 8); Lieb-scher in MüKo GmbHG⁴ § 45 Rz 58 ff.

4429 So ausdr AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3742; vgl aus der dL nur Ebbing in Michalski et al, GmbHG⁴ § 25 Rz 1 mwN.

4430 AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3742.

4431 Vgl auch Leuschner in Habersack/Casper/Löbke, GmbHG³ § 25 Rz 1; Schütz in MüKo GmbHG⁴ § 25 Rz 1 mwN.

4432 Auf den Gläubigerschutzzweck käme es dann gerade nicht (vorrangig) an, sondern nur (formal) auf das Nichtbestehen einer Ermächtigung.

4433 So auch Heisse, Beschränkung 113; Zöllner in FS 100 Jahre GmbH-Gesetz 85 (89).

4434 Entgegen dem möglichen Anschein bedeuten die Klarstellungen „in beide Richtungen“ mE auch kein *non liquet* in Bezug auf die Frage des Regel-Ausnahme-Verhältnisses. Man wäre vielleicht geneigt zu argumentieren: § 45 dGmbHG wäre bei grundsätzlicher Disponibilität überflüssig; und § 25 dGmbHG wäre bei grundsätzlicher Indisponibilität überflüssig – deshalb lässt sich daraus kein Verdikt ableiten. Die erste Prämisse wäre mE jedoch unzut. Denn wie sich oben gezeigt hat, hatte § 109 dHGB 1897 (und Gleiches gilt für das dGmbHG) sehr wohl eine Funktion,

oder andere Richtung klar,⁴⁴³⁵ was (bei grundsätzlicher Privatautonomie) eigentlich auch aus dem Regelungszweck folgt, ohne besondere Klarstellung aber zweifelhaft sein könnte. Daher ließ sich auch aus § 47 dGmbHG (Stammfassung) nicht ableiten, dass das Aktienrecht prinzipiell zwingend wäre.

iv. Fazit

Die Begründung der Satzungsstrenge durch das RG mit dem Fehlen einer Anordnung, die die grundsätzliche Disponibilität des Gesetzes anordnet, ist verfehlt. Zum einen ist sie ungültig, weil das Aktienrecht gar keinen vergleichbaren Regelungsabschnitt kennt und das RG seinen Umkehrschluss später zudem auf das gesamte Aktienrecht ausweitete. Zum anderen ist sie unrichtig, weil ihre Prämisse unrichtig ist, dass nämlich § 109 dHGB 1897 (und ähnliche Anordnungen) konstitutiv ist und ohne formale Satzungsstrenge keine Funktion hätte. Denn diese Anordnung regelt nicht unmittelbar die Disponibilität, sondern setzt diese bereits voraus und erfasst nur den Teilausschnitt jener Normen (Abschnitte), deren Disponibilität sonst zweifelhaft sein könnte. Demgemäß impliziert sie nicht eine Satzungsstrenge, sondern die grundsätzliche Disponibilität des Gesetzes. Aus § 18 dGenG folgt sogar das Gegenteil dessen, was das RG mit seinem Argument bezweckte.

b) Zum Umkehrschluss aus den einzelnen Ermächtigungen

Der zweite wesentliche Argumentationsstrang der Proponenten⁴⁴³⁶ einer – wenn auch „gelockerten“ – Satzungsstrenge ist im Kern ein *argumentum ad absurdum*: Die Ermächtigungen in einzelnen Gesetzesbestimmungen, von diesen in der Satzung abzugehen, wären nicht erforderlich, wenn das Gesetz ohnehin grundsätzlich dispositiv wäre.⁴⁴³⁷ Diese Ermächtigungen hätten

auch wenn das Gesetz prinzipiell disponibel ist, nämlich die Funktion einer Zweifelsregel. Umgekehrt gilt das aber *nicht* für Regelungen nach Art des § 25 dGmbHG unter der Annahme einer formalen Satzungsstrenge. Denn Zweifel können dann gar nicht entstehen, weil sich die Disponibilität ja ausschließlich formal aus dem Bestehen oder Nichtbestehen einer Ermächtigungsklausel ergibt. Der Unterschied ist also: Ohne Satzungsstrenge ergibt sich die Disponibilität durch Auslegung, dh aus dem *jew* Normzweck; mit Satzungsstrenge ergibt sie sich formal aus dem Gesetz selbst. Im ersten Fall gibt es Raum für Zweifelsregeln, im zweiten nicht (andernfalls würde die formale Satzungsstrenge ihren Rechtssicherheitszweck verfehlen).

⁴⁴³⁵ Vgl auch *Zöllner* in FS 100 Jahre GmbH-Gesetz 85 (89), wonach sich aus dem Schweigen des Gesetzes kein Prinzip ableiten lasse, weil das Gesetz Klarstellungen in beide Richtungen enthalte.

⁴⁴³⁶ Vgl aus der aktuellen Lit auch *E. Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³ § 17 Rz 33; *Heidinger/Schneider* in *Artmann/Karollus*, AktG⁶ § 17 Rz 5 mit Verweis auf *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß⁵ 178; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR² Rz 3/57; aA *Ch. Nowotny* in FS Doralt 411 (414 f). S ähnlich zu § 4 Abs 2 GmbHG oben S 617 ff.

⁴⁴³⁷ Vgl etwa *Schiemer*, AktG² § 17 Anm 1.2., demzufolge es keiner gesetzlichen Grundlage bedürfte, wenn es für Satzungsbestimmungen keine Grenzen gäbe.

nur eine sinnvolle Funktion, wenn man von formaler Satzungsstrenge ausgehe. Deshalb müsse das Gesetz grundsätzlich zwingend sein und Abweichungen eben nur dort möglich, wo es das Gesetz ausdrücklich zulässt.

Allerdings ist die Prämisse dieses Arguments, dass einzelne Ermächtigungen bei angenommener grundsätzlicher Disponibilität sinnlos wären, nicht zwingend. Oben wurde zu § 109 dHGB 1897 (und vergleichbaren Anordnungen) nämlich schon erläutert, dass solche (General-)Ermächtigungen an den Satzungsgeber nicht konstitutiv zu sein brauchen, sondern auch bloß in Zweifelsfällen die (aus allgemeinen Grundsätzen folgende) Disponibilität von Bestimmungen oder Regelungsabschnitten klarstellen können. Dem entspricht, dass auch das Recht der OG, KG und GmbH jeweils vergleichbare Ermächtigungen enthält, obwohl diese Rechtsgebiete unstrittig *nicht* prinzipiell zwingend sind. Schon dieser möglichen Normfunktion wegen lässt sich (ohne weitere Prämisse) aus den einzelnen Ermächtigungen nicht deduktiv folgern, dass im Aktienrecht eine formale Satzungsstrenge gilt.

Diese Zweifel erhärten sich schließlich zu einer Widerlegung der eingangs formulierten Prämisse, wenn man sich näher mit der (eigentlichen) Funktion der einzelnen Ermächtigungen im Aktienrecht auseinandersetzt. Denn wie gleich darzulegen ist, sind diese Ermächtigungen weder (primär) Kennzeichnungen der Disponibilität einzelner Bestimmungen noch sind sie taxativ.

i. (Unvollständige) Kennzeichnung materieller Satzungsbestandteile

Der Regelungszweck der einzelnen aktienrechtlichen Ermächtigungsklauseln wurde in dieser Form soweit ersichtlich erstmals in der Aktienrechtsreform von 1884 ausformuliert. Der Reformgesetzgeber unterschied zwei Arten von Satzungsvereinbarungen: Neben dem *notwendigen* Satzungsinhalt gem Art 209a ADHGB⁴⁴³⁸ 1884 („Essentialien“) gestattete er in zahlreichen Einzelbestimmungen auch Vereinbarungen, die zwar nicht getroffen werden *müssen*, die aber nur in der Satzung wirksam vereinbart werden können („Akzidentalien“).⁴⁴³⁹ In der heutigen Diktion spricht man von materiel-

4438 Diese Bestimmung wurde mit dem dHGB 1897 jedoch wieder gestrichen, weil sie ohnehin nicht abschließend sei (vgl Denkschrift dHGB 1897, abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 290).

4439 Dazu allg AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 433 f, 496 f. Ob die Ermächtigungen des ADHGB 1861 durch die Aktienrechtsnovelle 1884 einen Bedeutungswandel erfahren haben, lässt sich nicht eindeutig feststellen. Die AmtlBegr zur Novelle 1884 bespricht die Ermächtigungen ausschließlich unter dem Aspekt der notwendigen Vereinbarung im Statut (Akzidentalien). In der Aufzählung der im Gesetz verteilten Ermächtigungen (AmtlBegr dAktRNov 1884 [zu Art 209a], abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 497: „Ähnliche Bezugnahmen auf die Statuten finden sich noch an mehreren Stellen des Entwurfs, vergl. Z. B. Artikel 215a Absatz 1, 215d Absatz 2, 217 Absatz 2, 219 Absatz 2, 236, 237“) befinden sich auch solche, die nicht erst mit der Novelle 1884 eingeführt wurden (namentlich Art 219 Abs 2 ADHGB, der auf Art 220 ADHGB 1861

len (oder korporativen) Satzungsbestandteilen.⁴⁴⁴⁰ Auch das GmbHG enthält solche Regelungen – sie wurden oben⁴⁴⁴¹ bei § 4 Abs 2 GmbHG schon untersucht.

zurückgeht). Andererseits enthält die Aufzählung von Ermächtigungen durch das RG in seiner E aus 1907, die den Umkehrschluss stützen sollte („Für die Aktiengesellschaft entscheidet vielmehr an erster Stelle das Gesetz, der Gesellschaftsvertrag nur insoweit, als das Gesetz auf ihn verweist, ihm abändernde oder ergänzende Bestimmung überläßt, wie z. B. im § 275 Abs 2 H.G.B. und zahlreichen anderen Vorschriften des Abschnitts über die Aktiengesellschaft. (Vgl. außer § 275, die §§ 214, 218, 222, 227, 238, 243, 252 Abs. 1 und 4, §§ 253, 255 Abs. 2 und 3, §§ 276, 298 Abs. 3.)“ auch einige jener Satzungsbestimmungen, die die AmtlBegr zur Novelle 1884 als Akzidentalien aufzählt (§ 218 [entspricht Art 219 Abs 2 iVm Art 184 des Entwurfs 1884], § 227 [entspricht Art 215d Abs 2 des Entwurfs] und § 253 [entspricht Art 221 Abs 2 iVm Art 190 des Entwurfs]). Wie sich die Kennzeichnung materieller Satzungsbestandteile zur vorher möglicherweise (wie im OG-Recht) intendierten Klarstellung von Zweifelsfällen verhält, bleibt auf Grundlage der gesichteten Materialien unklar. Aus den Protokollen der Nürnberger Verhandlungen des Aktienrechts ergibt sich – soweit ersichtlich – auch nicht, welche Funktion die einzelnen Ermächtigungen haben sollten. Diese Frage stellte sich wohl auch deshalb nicht in vergleichbar dringender Weise, weil das Aktienrecht wenige dispositive Vorschriften enthielt. Wie eingangs erwähnt, waren detaillierte gesetzliche Vorschriften damals entbehrlich, weil der Konzessionszwang ohnedies eine inhaltliche Überprüfung der Satzungen ermöglichte (s bei Fn 4258). Die erwähnten Regelungsanliegen wären übrigens durchaus miteinander vereinbar: Nach der einen Interpretation haben Ermächtigungen deklarativen Charakter, weil sie Normen betreffen, deren dispositiver Charakter zweifelhaft sein könnte. Zweifelhafte könnte die Zulässigkeit vor allem jener Satzungsbestimmungen sein, die eine weitreichende Bedeutung insb für künftige Gesellschafter oder Gesellschaftsgläubiger haben und aus diesem Grund auch der Aufnahme in die Satzung bedürfen (als Akzidentalien). Eine nähere Untersuchung der Ermächtigungen muss hier allerdings unterbleiben. Für unsere Zwecke genügt aber auch die Erkenntnis, dass sich aus den einzelnen Ermächtigungen kein gültiger Umkehrschluss ziehen lässt, weil sie die Disponibilität der betreffenden Bestimmung (in jedem Fall) bereits voraussetzen und lediglich eine Folgefrage, dh einen Ausschnitt zum Regelungsgegenstand haben (s auch so gleich im Fließtext).

4440 Vgl statt vieler Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, ÖGesR² Rz 3/35 ff.

4441 S oben S 617 ff. Vgl dazu EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 56: „An die im ersten Absatze aufgezählten Bestimmungen [sc der Mindestinhalt gem § 4 Abs 1 GmbHG] reiht das Deutsche Gesetz an der entsprechenden Stelle einige solche, die zwar nicht im Gesellschaftsvertrage getroffen werden müssen, aber doch nur im Wege des Gesellschaftsvertrages getroffen werden dürfen, so daß eine außerhalb des Vertrages über den betreffenden Punkt unter den Gesellschaften zustande gekommene Vereinbarung unverbindlich ist. Auch der Entwurf kennt eine Anzahl solcher Bestimmungen. Aber da ihre Aufzählung an dieser Stelle ebensowenig vollständig sein könnte wie jene des Deutschen Gesetzes, schien es besser, zur Vermeidung von Irrtümern überhaupt darauf zu verzichten und an jeder einzelnen Stelle des Gesetzes es besonders hervorzuheben, wenn die Gültigkeit einer Festsetzung der Gesellschafter von der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag abhängen soll.“ Vgl auch AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3733.

Demgemäß trifft der Gesetzgeber mit den Einzelermächtigungen keine konstitutive Aussage über die Disponibilität, sondern setzt diese bereits voraus.⁴⁴⁴² Andernfalls würde sich die Folgefrage nach dem Regelungsort (in oder außerhalb der Satzung) gar nicht stellen und der Gesetzgeber könnte sich nicht darauf beschränken, nur diesen Teilausschnitt zu regeln. In diesem Sinne wendete *Wenck*⁴⁴⁴³ bereits vor über hundert Jahren gegen einen Umkehrschluss ein: „*Sehr oft ist dieser ‚Verweis‘ auf Statutarrecht in Wahrheit nur ein paar gelegentliche Worte, deren ganze Fassung erkennen läßt, daß sie nicht erst ihrerseits die Zulässigkeit von Statutarrecht aussprechen wollen, derartige Zulässigkeit vielmehr bereits voraussetzen.*“ Das normative Kriterium der Ermächtigungen ist nicht die Disponibilität, sondern die Folgefrage des Regelungsorts für eine Abänderung oder Ergänzung (welche Disponibilität notwendigerweise voraussetzt). Der Gesetzgeber ordnet damit nicht Ausnahmen von einem vermeintlichen Grundsatz zwingenden Rechts an, sondern – ausgehend von grundsätzlicher Privatautonomie – Ausnahmen vom Grundsatz der Vertragsfreiheit in seiner Ausprägung als Wahlfreiheit des Regelungsorts (Formfreiheit). Diese Differenzierung zeigt sich auch daran, dass das Gesetz in einzelnen Bestimmungen (auch) dazu ermächtigt, statutarische *Ergänzungen* vorzusehen.⁴⁴⁴⁴ Nähme man den Umkehrschluss aus den einzelnen Ermächtigungen aber ernst, müsste man konsequenter auch Ergänzungen nur dort für zulässig halten, wo das Gesetz sie zulässt.⁴⁴⁴⁵ Ergänzungen sind aber unstrittig auch ohne gesetzliche Ermächtigung (in-

4442 *Plastisch Behrend*, Lehrbuch I (1886) 720: „*Festlegungen, hinsichtlich deren die Privatautonomie freie Hand hat, die aber nur dann rechtliche Geltung erlangen, wenn sie in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen sind.*“ So auch *Wenck*, Einberufung 31 (s. gleich im Fließtext). Referierend vgl. *Spindler* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 20.

4443 *Wenck*, Einberufung 31.

4444 Vgl. *Spindler* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 26 f und die dortige Übersicht auf Grundlage des dAktG 1937.

4445 Dieser Schluss wäre auch (wie die alte Rsp des RG) verfehlt und wird zu Recht nicht mehr gezogen. Denn nach den Motiven zur Novelle von 1884 war man bemüht, die gesetzlichen Vorschriften auf einen dem Schutz öffentlicher Interessen dienenden Kernbestand zu reduzieren, aber die Ausgestaltung des eigentümlichen und individuellen Gepräges zur bestmöglichen Verfolgung des individuellen Gesellschaftszwecks der „autonomischen Gestaltung“ der Gesellschaft zu überlassen (AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr. bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 433; vgl. bereits *Renaud*, Actiengesellschaften [1863] 240 f; *dens*, Actiengesellschaften² [1875] 298 f). Zur Ermöglichung eines wohlstandsfördernden aktienrechtlichen Pluralismus verzichtete man wie erwähnt auf ein Normalstatut (*Wenck*, Einberufung 31). Entgegen der Rsp des RG waren Ergänzungen des normativen Kernbestands von der damaligen Rechtslage also weder verpönt noch verboten, sondern sogar *ausdrücklich erwünscht*. Dabei spielt es auch keine Rolle, ob es sich bei einer Satzungsbestimmung um eine aktienrechtliche Neuschöpfung oder eine bloße Ergänzung bereits bestehender Vorschriften handelt. Beides entspricht dem gesetzgeberischen Wunsch, die Ausgestaltung der konkreten Gesellschaft nach ihrem individuellen Zweck zu

nerhalb allgemeiner Schranken) zulässig (vgl auch § 23 Abs 5 Satz 2 dAktG). Das entspricht auch der historischen Ausrichtung: Wie erwähnt⁴⁴⁴⁶ beschränkte der Reformgesetzgeber von 1884 das Maß gesetzlicher Normen auf ein notwendiges Mindestmaß (Normativbestimmungen), um den Gesellschaften innerhalb dieses Rahmens größtmögliche Bewegungsfreiheit und Individualität zu ermöglichen.⁴⁴⁴⁷ Unter Berücksichtigung des Normzwecks sind die einzelnen Ermächtigungen somit entgegen der reichsgerichtlichen Entscheidungsbegründung kein Argument für, sondern gegen eine formale Satzungsstrenge (und mithin für grundsätzliche Disponibilität).

Der gerade erläuterte (spezielle) Regelungszweck der Ermächtigungen bringt es mit sich, dass zwar alle mit einer Ermächtigung versehenen Vorschriften dispositiv sind, aber nicht alle dispositiven Vorschriften einer Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag bedürfen und daher eine Ermächtigung enthalten. Das eine ist eine Teilmenge des anderen. Die Disponibilität ist daher eine notwendige, aber keine hinreichende Voraussetzung für die Wirksamkeit einer Satzungsbestimmung. Umgekehrt ist das Bestehen einer Ermächtigung zwar eine hinreichende (weil Disponibilität voraussetzende), aber keine notwendige Voraussetzung für die Disponibilität einer Norm. Das Fehlen einer Ermächtigung kann demnach zweierlei heißen: Es kann heißen, dass die betreffende Norm zwingend und eine abweichende Vereinbarung nicht einmal in der Satzung möglich ist oder aber dass sie dispositiv und derart unwesentlich ist, dass eine Abweichung von ihr auch außerhalb der Satzung wirksam vereinbart werden kann.⁴⁴⁴⁸ Ein abschließendes Verdikt über die Disponibilität einer Norm lässt sich aus dem Fehlen einer Ermächtigung allein also nicht ableiten. Das Fehlen einer Ermächtigung kann allenfalls ein Indiz für die Indisponibilität sein, setzt aber ein entsprechendes Vorverständnis von der jeweiligen Vorschrift voraus: Je wichtiger die Vorschrift ist, je stärker Gläubiger und künftige Gesellschafter von einer Abweichung betroffen wären, desto

ermöglichen. Als Gestaltungsschranke war nach allg Grundsätzen (nur) zwingendes Rechts zu beachten.

4446 S schon oben bei Fn 4286.

4447 Vgl AmltBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 433: „Aufgabe der Gesetzgebung kann es allein sein, diejenigen Bedingungen als Normativbestimmungen aufzustellen, welche im öffentlichen Interesse für alle Gesellschaften maßgebend sein sollen. Ein derartiges Verfahren hat vor der Aufstellung eines Normalstatuts den Vorzug, daß es innerhalb der gesetzlich weitgezogenen Schranken jeder einzelnen Gesellschaft diejenige freie Bewegung gestattet, die für sie ihrem besonderen Zweck gemäß zu einem gedeihlichen Bestehen nothwendig ist.“

4448 Dementspr unterteilte *Cosack* (Lehrbuch³ [1895] 623 ff) den Satzungsinhalt dreifach: Erstens gebe es den (absolut) notwendigen Satzungsinhalt, dessen Fehlen zur Nichtigkeit des Statuts führe. Zweitens gebe es die erwähnten „relativ notwendigen“ Bestimmungen, die zwar nicht vereinbart werden müssen, aber zu ihrer Wirksamkeit der Aufnahme in das Statut bedürfen. Alle anderen Bestimmungen seien entweder unabhängig von ihrem Regelungsort entweder gänzlich unzulässig oder unabhängig vom Regelungsort zulässig.

eher wird das Fehlen einer Ermächtigung für den zwingenden Charakter sprechen. Diese Indizwirkung war auf Grundlage des ADHGB 1884 wohl noch vergleichsweise stark, weil der Reformgesetzgeber wie erwähnt auf ein Normalstatut verzichtete und nur einen nötigen Rahmen (zwingender) Mindestvoraussetzungen (Normativvorschriften) schuf, innerhalb derer Bewegungsfreiheit herrschte.⁴⁴⁴⁹ Normen, von denen nicht abgewichen werden konnte, waren damals wohl typischerweise zwingend (ein formales Regel-Ausnahme-Verhältnis galt aber nicht). Die Lage änderte sich aber spätestens mit dem AktG 1937/1938 und den Aktiengesetzen von 1965, durch welche die Zahl der – nicht zur zwingenden – Gesetzesbestimmungen stark zugenommen hat.⁴⁴⁵⁰

4449 Mit diesem Vorverständnis ist mE wohl auch der folgende Passus des Berichts der Reichstagskommission von 1884 zu lesen: „*Gelegentlich der Berathung des Artikels 204 ist zur Sprache gekommen, ob die Vorschriften über das Maaß der vom Aufsichtsrath und vom Vorstande anzuwendenden Sorgfalt durch Gesellschaftsvertrag abgeändert werden könnten. Darauf ist unter Hinweis auf die Technik des Gesetzes, in welchem in allen Fällen, welche eine anderweitige Normirung durch den Gesellschaftsvertrag zulassen, hinzugefügt ist sofern der Gesellschaftsvertrag nicht andere Erfordernisse feststellt, erwidert, daß die bezüglichen Vorschriften, welche auch das Interesse der Gläubiger berücksichtigen, derartig öffentlichen Rechtes seien, daß sie nicht gemindert werden könnten;*“ (Kommissionsbericht ADHGB 1884, in Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 5. Legislaturperiode, IV. Session 1884, 4. Band, Anlage 128, 1009 [1020]). Das Fehlen einer Ermächtigung ist für die Kommission nur ein Hilfsargument (arg: „*unter Hinweis auf die Technik des Gesetzes*“); der wesentliche Grund für die Ablehnung einer Herabsetzung der Diligenzpflicht war für sie aber das Bestehen von Gläubigerinteressen. Unter der Annahme einer Satzungsstrenge bedürfte es des Rekurses auf den Normzweck allerdings gar nicht, dann würde schon rein formal das Fehlen einer Ermächtigung ausreichen. Allerdings kann das Fehlen einer Ermächtigung wie erwähnt bei entspr Vorverständnis ein Indiz für den zwingenden Charakter sein: Da die Diligenzpflicht nach Ansicht der Kommission auch dem Gläubigerschutz dient, wäre eine obligatorische Regelung in der Satzung zu erwarten gewesen, wenn die Vorschrift disponibel wäre. Dass eine Ermächtigung fehlt, spricht dann tatsächlich tendenziell für den zwingenden Charakter. Wie sich oben im Kap zu abstrakten Haftungsmilderungen im GmbH-Recht gezeigt hat, ist die Prämisse eines *umfassenden* Gläubigerschutzes der Sorgfaltspflicht aber in Zweifel zu ziehen (s oben S 551). Anders als hier *Geßler* in FS Luther 69 (93), der aus der zitierten Berichtspassage schließt, dass § 23 Abs 5 Satz 1 dAktG bloß anordne, was sich schon im Jahr 1884 aus der Regelungssystematik ergeben habe.

4450 Vgl *Luther* in FG Hengeler 167 (169); *Kuntz*, Gestaltung 436; vgl *Spindler* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 32. Dagegen könnte man einwenden, dass die Satzungsstrenge bereits in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts unter der Geltung des dHGB 1897 entwickelt und in der Lit verbreitet war, sodass davon ausgegangen werden könnte, dass der Gesetzgeber des AktG 1937/1938 und (jedenfalls) des dAktG 1965 die neu eingefügten Regelungen schon aus dem Blickwinkel eines formalen Regel-Ausnahme-Verhältnisses erlassen haben. Wie erwähnt, spielte die Frage der Satzungsstrenge in der legislativen Tätigkeit zunächst allerdings keine Rolle und war auch bei der Ausarbeitung des dAktG 1965 noch str (s dazu schon oben bei Fn 4378 und 4386).

Im Hinblick auf die Disponibilität können die einzelnen Ermächtigungen nach dem Gesagten schon wegen ihrer speziellen Funktion (Regelungsort als Folgefrage) nicht abschließend sein. Im Übrigen waren und sind sie aber ausweislich der Materialien⁴⁴⁵¹ auch nicht einmal in *dieser* Funktion (Vorgabe der Satzung als Regelungsort) abschließend. Das zeigt sich auch daran, dass es wie gesagt auch für statutarische Ergänzungen gesetzliche Ermächtigungen gibt,⁴⁴⁵² die aber wegen der vielfältigen kautelarjuristischen Möglichkeiten gar nicht abschließend sein können. Neben den zwei schon erwähnten Deutungsvarianten kann das Fehlen einer Ermächtigung demnach *auch* bedeuten, dass eine Vorschrift disponibel ist und eine Abweichung nur in der Satzung möglich ist (materieller Satzungsbestandteil), dass der Gesetzgeber diese Vorschrift aber trotzdem nicht mit einer Ermächtigung versehen hat. Da die Einzelermächtigungen somit (naturgemäß) nicht taxativ sind (weil sie vor allem auch gar nicht die Disponibilität kennzeichnen), erlauben sie keinen Rückschluss auf die Disponibilität der Norm. Deduktiv lässt sich allein aus dem Fehlen einer Ermächtigung gar nichts ableiten. Ginge man dennoch von einem prinzipiell zwingenden Charakter des AktG aus (oder würde einen solchen gesetzlich anordnen), würden sich die (bestehenden) Ermächtigungen nach dem Gesagten nicht als Ausnahmen für dispositive Vorschriften eignen. Vielmehr würde man damit neben den tatsächlich zwingenden Normen auch all jene dispositiven Normen für zwingend erklären, die nur wegen der erwähnten Unvollständigkeit nicht gesetzlich gekennzeichnet sind.⁴⁴⁵³ Um ein derart wertungswidersprüchliches Ergebnis zu vermeiden, müsste man den (wie auch immer begründeten) Rechtssatz einer Satzungs-

4451 So wurde die vormalige Aufzählung der „Akzidentalien“ in Art 209a ADHGB 1884 durch das dHGB 1897 mit folgender Begründung gestrichen: *„Die Aufzählung ist indessen keineswegs vollständig und wird daher in dieser Form am besten beseitigt.“* (Denkschrift dHGB 1897, abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 290). ME ist nicht anzunehmen, dass die in Einzelnormen enthaltenen Ermächtigungen dennoch taxativ sind (was wie gesagt unter dem Blickwinkel der Disponibilität ohnedies nicht sein können), denn geändert hat sich nur die Regelungstechnik. Gleiches gilt übrigens für die Ermächtigungen im GmbHG. Vgl EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 56: *„Auch der Entwurf kennt eine Anzahl solcher Bestimmungen. Aber da ihre Aufzählung an dieser Stelle ebensowenig vollständig sein könnte wie jene des Deutschen Gesetzes, schien es besser, zur Vermeidung von Irrtümern überhaupt darauf zu verzichten und an jeder einzelnen Stelle des Gesetzes es besonders hervorzuheben, wenn die Gültigkeit einer Festsetzung der Gesellschafter von der Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag abhängen soll.“* S dazu schon die Ausführungen im GmbH-Teil zu § 4 Abs 2 GmbHG.

4452 Vgl *Spindler in Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 26 f und die dortige Übersicht; vgl auch *Koch in Koch*, AktG¹⁷ § 23 Rz 37.

4453 Das sind wie gesagt (i) vergleichsweise unbedeutende Vorschriften, die deshalb keine Abweichung in der Satzung erfordern und (ii) bedeutende Vorschriften, die zwar eine Satzungsvereinbarung erfordern, die aber keine Ermächtigung enthalten, weil diese notorisch unvollständig im Gesetz verteilt sind.

strenge auf die wirklich zwingenden Normen einschränken, was eine Auslegung im Einzelfall erfordern würde.⁴⁴⁵⁴ Auch von alledem abgesehen käme man – wie eingangs erwähnt – um eine Einzelfallbetrachtung schon deshalb nicht umhin, weil der Gesetzgeber auch einfach auf eine Ermächtigung vergessen haben könnte oder es zu einem Funktionswandel gekommen sein könnte. Die Satzungsstrenge hätte dann als Zweifelsregel nur im Fall eines *non liquet* Bedeutung.⁴⁴⁵⁵ Dass zumindest § 23 Abs 5 dAktG im Hinblick auf das Bestehen einer Abweichungsermächtigung wesentlich restriktiver gehandhabt wird,⁴⁴⁵⁶ hat mit der eingangs schon erwähnten Standardisierungsfunktion zu tun, die das heutige Schrifttum der Satzungsstrenge zuschreibt. Darauf werde ich gleich noch zurückkommen.⁴⁴⁵⁷

Aus den genannten Gründen scheidet ein Rückschluss aus den Einzelermächtigungen auf einen prinzipiell zwingenden Charakter des Aktienrechts aus. Die Prämisse dieses *argumentum ad absurdum*, dass nämlich die einzelnen Ermächtigungen bei angenommener prinzipieller Disponibilität sinnlos wären und deshalb eine Satzungsstrenge notwendig voraussetzen würden, ist nicht nur nicht zwingend (weil die Ermächtigungen auch bloß Klarstellungen in Zweifelsfällen sein könnten). Sie ist auch widerlegt durch den Regelungszweck der Ermächtigungen als (notorisch unvollständige) Markierungen materieller Satzungsbestandteile. Damit ist nachgewiesen, dass die einzelnen Ermächtigungen vielmehr die grundsätzliche *Disponibilität* notwendig voraussetzen, weil sie sich andernfalls nicht auf die Regelung der Folgefrage des Regelungsorts beschränken könnten.

ii. Bloße Kennzeichnung erlaubter Abschwächungen des Schutzniveaus

Auch ohne eine gesetzliche Ermächtigung konnte (und kann) mE zudem in der Satzung von Gesetzesvorschriften abgewichen werden, wenn dadurch der gesetzliche Schutz *verstärkt* wird.⁴⁴⁵⁸ Wie schon oben erwähnt, beschränkte der

4454 Nach hdL ist § 23 Abs 5 dAktG seinem Normzweck entspr auf materielle Satzungsbestandteile beschränkt sei; formelle Satzungsbestandteile, die den späteren Aktionär idR nicht interessieren, unterliegen demnach nicht den Einschränkungen der *leg cit* (vgl statt vieler Pentz in MüKo AktG⁵ § 23 Rz 158; A. Arnold in KK-AktG⁴ § 23 Rz 140 mwN).

4455 S schon oben bei Fn 2491.

4456 Ausdrücklich iSd § 23 Abs 5 dAktG („nur abweichen, wenn es ausdrücklich zugelassen ist“) ist nach hdL (zB Pentz in MüKo AktG⁵ § 23 Rz 161 mwN; A. Arnold in KK-AktG⁴ § 23 Rz 142; Koch in Koch, AktG¹⁷ § 23 Rz 35) eine klare (eindeutige) und positive Aussage, die ggf durch Auslegung zu ermitteln sei. Aus dem Aspekt der Rechtssicherheit ergebe sich das Erfordernis einer engen Auslegung des Begriffs.

4457 S insb unten S 1141 ff.

4458 So möglicherweise iZm Gläubigerinteressen Ch. Nowotny in FS Doralt 411 (413); anders das allg Verständnis des § 23 Abs 5 dAktG (vgl statt vieler Koch in Koch, AktG¹⁷ § 23 Rz 35 f; Pentz in MüKo AktG⁵ § 23 Rz 164); abw etwa Hirte in Lutter/Wiedemann, Gestaltungsfreiheit 61 (86), demzufolge aus § 23 Abs 5 dAktG als Sozialschutznorm nur folge, dass er im Verhältnis zu den geschützten Bezugsgruppen

Reformgesetzgeber von 1884 das zwingende Recht zugunsten größtmöglicher Satzungsflexibilität auf jenes Maß, das zur Missbrauchsverhütung unbedingt erforderlich war. Indisponibel sind für die Gesellschaft (ihre Aktionäre) aber nur jene Interessen, die der Gesetzgeber mit den Normativbestimmungen schützen möchte. Demgemäß darf eine Satzungsbestimmung den gesetzlichen Schutz nicht mindern. Es spricht aber nichts dagegen, das gesetzliche (Mindest-)Schutzniveau durch statutarische Vereinbarung zu verstärken. Die gesetzlichen Normativbestimmungen schaffen bloß einen gesetzlich gewährleisteten „Minimalschutz“ und sind aus Sicht der Gesellschaft daher (nur) einseitig zwingend.⁴⁴⁵⁹

Dieses Verständnis wird gestützt durch den Bericht der Reichstagskommission, demzufolge zwar eine Milderung des Sorgfaltsmaßstabs – auch wegen des Fehlens einer gesetzlichen Ermächtigung – abgelehnt wird,⁴⁴⁶⁰ nicht aber eine Verschärfung der Vorstandshaftung: „[D]ie Frage, ob sie verschärft werden könnten, sei nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden.“⁴⁴⁶¹ Dass Art 241 ADHGB 1884 keine gesetzliche Ermächtigung zur statutarischen Abweichung enthielt („sofern der Gesellschaftsvertrag nicht andere Erfordernisse feststellt“)⁴⁴⁶², stand nach Ansicht der Reichstagskommission also nur einer Herabsetzung der Sorgfaltsmaßstabs entgegen, aber nicht einer Verschärfung der Haftung als Erhöhung des gesetzlich vorgesehenen Schutzniveaus.⁴⁴⁶³

Da sich die gesetzlichen Ermächtigungen also von vornherein nur auf Abschwächungen des gesetzlichen Schutzniveaus beziehen, lässt sich aus ihnen (auch deshalb) keine Aussage über die grundsätzliche (beidseitige) Indisponibilität des Gesetzes ziehen.⁴⁴⁶⁴

lediglich Mindeststandards setze. Nach *Hirte* dürfen daher entgegen der bislang hM auch die Bestimmungen über Minderheitenrechte zugunsten der Aktionäre *erweitert* werden.

4459 So schon *Wenck*, Einberufung 31, 33: „*Minimalkautelen*“.

4460 S dazu schon oben in Fn 4449.

4461 Kommissionsbericht ADHGB 1884, in *Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages*, 5. Legislaturperiode, IV. Session, 1884, 4. Band, Anlage 128, 1009 (1020).

4462 Kommissionsbericht ADHGB 1884, in *Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages*, 5. Legislaturperiode, IV. Session, 1884, 4. Band, Anlage 128, 1009 (1020).

4463 Relativierend aber *Geßler* in FS Luther 69 (83 f).

4464 Die fragwürdigen Konsequenzen, die mit der Qualifikation aller Normativbestimmungen als *zweiseitig* zwingend einhergingen, zeigt die E des RG aus 1907 (s oben Fn 4323). Darin erklärte das RG eine Satzungsbestimmung für unwirksam, die die gesetzlichen Formerfordernisse für Generalversammlungsbeschlüsse verschärfte. Wie *Hirte* (in *Lutter/Wiedemann*, Gestaltungsfreiheit 61 [85]) und *Haberer* (Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 46) bemerken, ist hier aber keine Gefährdung von Schutzinteressen ersichtlich.

iii. Fazit

Auch der Rückschluss aus den zahlreichen (einzelnen) Ermächtigungen in gesetzlichen Vorschriften auf einen prinzipiell zwingenden Charakter des Gesetzes ist unzut.⁴⁴⁶⁵ Entgegen der impliziten Prämisse dieses Arguments sind solche Ermächtigungen nämlich auch ohne formale Satzungsstrenge sinnvoll. Sie markieren jene Vorschriften, von denen nur im Gesellschaftsvertrag abgewichen werden kann (materielle Satzungsbestandteile). Damit geben sie (nur) den Regelungsort vor und setzen die Disponibilität notwendig voraus. Zudem sind die Ermächtigungen im Hinblick auf die Disponibilität schon wegen dieses (speziellen) Regelungszwecks, aber auch in ihrer Funktion der Kennzeichnung materieller Satzungsbestandteile notorisch unvollständig, sodass ein Umkehrschluss auch deshalb ungültig wäre. Darüber hinaus sprechen gute Gründe dafür, dass auch ohne eine Ermächtigung zumindest eine Verstärkung des gesetzlichen Schutzes möglich ist, weil die gesetzlichen Normativnormen nur einseitig zwingend sind.

c) Kritische Notizen zur Standardisierungsthese

Wie eingangs referiert, sieht die dLit den Zweck der Satzungsstrenge heute vor allem in der Gewährleistung der Verkehrsfähigkeit der Aktie und damit in der Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes.⁴⁴⁶⁶ Auch die öLit⁴⁴⁶⁷ nennt die Standardisierung der Aktie als Rechtfertigung für zwingendes Aktienrecht (wobei die Disponibilität einer Norm im Einzelfall und unabhängig vom Bestehen einer Ermächtigung zu ermitteln sei). Künftige Aktionäre sollen sich darauf verlassen können, dass die Satzung keine überraschenden, für sie nachteiligen Klauseln enthält. Die Satzungsstrenge schaffe Rechtssicherheit dadurch, dass die Disponibilität nicht bei jeder Regelung einzeln über-

4465 So iE auch *Ch. Nowotny* in FS Doralt 411 (415); vgl mit einem anderen Argument auch *Nicolussi*, Satzungsstrenge 14 (so auch schon 08.05.2013, 6 Ob 28/13f Pkt 3.5.4.), die auf die Materialien zum GesRÄG 2004 (BGBl I 2004/67; EBRV 466 BlgNR 22. GP 5) hinweist, wo der Gesetzgeber überlegte, über die Vinkulierung hinausgehende Verfügungsbeschränkungen zu ermöglichen. Die Materialienstelle lautet: „Diese Vorschläge bedürften jedoch vor ihrer allfälligen Umsetzung noch weiterer Diskussion, insbesondere um unbeabsichtigte gegenteilige Effekte einer Einschränkung der bereits bestehenden Satzungsautonomie einerseits und eine Beeinträchtigung des auch gemeinschaftsrechtlich vorgegebenen Gleichbehandlungsgrundsatzes (§ 47a AktG) andererseits zu vermeiden.“ Darin kommt die Befürchtung zum Ausdruck, dass aus einer einzelnen Satzungsöffnung falsche Umkehrschlüsse gezogen werden könnten. Auch nach (zut) Ansicht des jüngeren Gesetzgebers kann somit aus dem Fehlen einer Ermächtigung nicht auf den zwingenden Charakter einer Norm geschlossen werden.

4466 S die Nw in Fn 4216.

4467 S die Nw in Fn 4249.

prüft werden müsse.⁴⁴⁶⁸ Ein Teil des Schrifttums⁴⁴⁶⁹ zieht diese Standardisierungsthese allerdings mit beachtlichen Argumenten in Zweifel. Danach werde der informationelle Schutz bei börsennotierten AG auch durch die Prospektpflicht gewährleistet.⁴⁴⁷⁰ Zum Teil wird daher gefordert, den Anleger-schutz vollständig in das Kapitalmarktrecht zu transferieren, weil eine Satzungsstrenge auch gar nicht geeignet sei, die Anlegerinteressen zu befriedigen.⁴⁴⁷¹ Ob künftige Anleger tatsächlich ein schützenswertes Bedürfnis nach einer standardisierten Mitgliedschaft haben, kann nicht hier abschließend untersucht werden.⁴⁴⁷² Ich möchte nur auf ein paar Aspekte hinweisen, die mE gegen die Standardisierung als Legitimation für zwingendes Recht *de lege lata* sprechen.

Beachtung verdient zunächst der Umstand, dass der Standardisierungsgedanke in der historischen Entwicklung der Satzungsstrenge soweit ersichtlich keine Rolle gespielt hat.⁴⁴⁷³ Die formale Begründung des RG und KG scheint eher auf die Einhaltung eines Typenzwangs abzielen als auf konkrete Schutzinteressen. Erst als die Satzungsstrenge in Deutschland bereits kodifiziert (und hierzulande anerkannt) war, wurde sie mit dem Standardisierungskalkül gleichsam nachträglich legitimiert.⁴⁴⁷⁴ Diese Chrono-

4468 Referierend A. Arnold in KK-AktG⁴ § 23 Rz 133 mwN.

4469 Pointiert Mertens, ZGR 1994, 426 (428); Spindler, AG 1998, 53 (59 f) und *passim*; dens, AG 2008, 598 (600) mwN; vgl auch Hirte in Lutter/Wiedemann, Gestaltungsfreiheit 61 (82 f), der § 23 Abs 5 dAktG nur als „Sozialschutznorm“ versteht und für eine teleologische Reduktion bei börsennotierten (!) AG eintritt, weil hier ausreichend Präventivkontrolle durch einen funktionierenden Kapitalmarkt gegeben sei. Vgl auch Hey, Gestaltung 173 f; Kuntz, Gestaltung 345 ff, 515 f; krit Brugger, NZ 2014, 145 (149); Kapitalgesellschaftsrecht 256 ff; referierend (selbst aber offenlassend) Nicolussi, Satzungsstrenge 23 ff.

4470 Vgl iZm statutarischen Haftungsmilderungen *de lege ferenda* etwa Bachmann, Gutachten für den 70. DJT E 61. Der Reformgesetzgeber von 1884 hat sich dafür entschieden, die Prospekthaftung nicht im Aktienrecht zu regeln, sondern dem Börsengesetz 1896 vorzubehalten (vgl AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei Schubert/Hommelhoff, Aktienrecht 452: „Eine allgemeine Abhülfe gegen alle aus solchen Manipulationen hervorgehenden Übelstände, welche sich nicht auf das Gebiet des Aktienwesens beschränken, sondern auf alle Börseneffekten erstrecken, kann [...] wirksam nicht in dem Rahmen eines Aktienreformgesetzes erfolgen, sondern muß einem allgemeinen Börsengesetz vorbehalten werden.“).

4471 Vgl Spindler, AG 1998, 53 ff; vgl auch Brugger, NZ 2014, 145 (150 ff), nach dem angesichts des Kapitalmarktrechts gar kein Bedarf mehr nach einer Standardisierung durch das österreichische Gesellschaftsrecht (AktG) bestehe. Außerdem erfülle die Satzungsstrenge nicht die gewünschte Aufgabe einer „Sicherheit“ am Kapitalmarkt. Vgl auch Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 160 f.

4472 Offenlassend etwa auch Nicolussi, Satzungsstrenge 23 ff.

4473 Vgl auch Hirte in Lutter/Wiedemann, Gestaltungsfreiheit 61 (85); Mertens, ZGR 1994, 426 (428); iZm der Aktienrechtsreform von 1884 auch Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 325 mwN.

4474 Vgl Spindler, AG 2008, 598 (600) mwN; Brugger, NZ 2014, 145 (145). S schon oben Fn 4218.

logie lässt zumindest zweifelhaft erscheinen, ob der Standardisierungsgedanke tatsächlich im geltenden Recht angelegt ist.

Gegen eine solche Regelungsabsicht spricht aber vor allem, dass künftige Anleger vor unüblichen Satzungsvereinbarungen im geltenden Recht nicht durch deren Nichtigkeit,⁴⁴⁷⁵ sondern durch die Publizität der Vereinbarung in der Satzung geschützt werden.⁴⁴⁷⁶ Wie oben⁴⁴⁷⁷ ausgeführt, statuieren die einzelnen Ermächtigungen zu abweichender oder ergänzender Satzungsgestaltung keine Ausnahmen von einer vermeintlichen Satzungsstrenge, sondern markieren jene Vorschriften, bei denen eine abweichende oder ergänzende Vereinbarung nur in der Satzung wirksam vereinbart werden kann (materielle Satzungsbestandteile). Nach den Motiven zum ADHGB 1884 handelte es sich dabei um „*an sich nicht nothwendige, aber für das Wesen der Gesellschaften so wichtige Abweichungen von Naturalien der gewöhnlichen Art, daß die Aufnahme solcher Akzidentalien in den Gesellschaftsvertrag nicht entbehrt werden kann, um für die Gesellschaft verbindlich zu sein.*“⁴⁴⁷⁸ Zu beachten ist, dass das ADHGB 1884 (noch viel mehr als heute) vom gesetzlichen Leitbild der AG als börsennotierte Publikumsgesellschaft geprägt war (was damals wohl auch noch eher als heute dem Realtypus entsprach). Auch im Hinblick auf die Zugänglichkeit des Satzungsinhalts verdient die damalige Wertung heute umso mehr Beachtung, als die Einsicht in die Satzung mit den modernen technologischen Möglichkeiten viel einfacher, rascher und kostengünstiger ist als damals.⁴⁴⁷⁹ Die Satzung ist nämlich in die Urkundensammlung des Firmenbuchs aufzunehmen und kann dort von je-

4475 Krit gegenüber der Rechtfertigung eines Anlegerschutzes durch zwingendes Aktienrecht va angesichts des aktienrechtlichen Realtypus auch *Elsner/Hössl/U. Torggler*, GesRZ 2017, 78 ff; zwf iZm Publikumsgesellschaften auch *U. Torggler*, GesRZ 2010, 185 (188); vgl auch *Kuntz*, Gestaltung 425, wonach der Anlegerschutz nicht geeignet sei, § 23 Abs 5 dAktG in seiner Breite zu legitimieren.

4476 Vgl etwa *Spindler*, AG 2008, 598 (600), wonach die Frage berechtigt sei, ob die der Satzungsstrenge zuge dachte Schutzfunktion heute nicht ebenso gut oder gar effektiver durch (insb) eine Stärkung der Transparenz im Aktienwesen erreicht werden könne; vgl auch *Vetter*, NZG 2014, 921 (923 f); *Mertens*, ZGR 1994, 426 (232). Vgl bereits *Gierke*, ZHR 45 (1896) 441 (490) zur Zulässigkeit der auf Rübenlieferungen zugeschnittenen Auferlegung nicht in Geld bestehender Leistungen gem § 212 dHGB 1897: „*Warum aber sollte eine solche Abwandlung der Kapitalgenossenschaft verboten sein? Jeder möglichen Gefahr wird dadurch vorgebeugt, daß die ausgegebenen Urkunden ihre Verkehrsfähigkeit ersichtlich machen müssen.*“.

4477 S 1133 ff.

4478 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 496 (Hervorhebung durch den Verf.).

4479 *Ch. Nowotny* (in FS Doralt 411 [415 f] mwN) betont idZ, dass sich die Bedeutung des Arguments eines Schutzes vor unangenehmen Überraschungen angesichts der Tatsache verringere, dass heute durch modernere Informationstechnologie der Zugang zum aktuellen Satzungsinhalt wesentlich rascher und kostengünstiger gegeben sei, als noch vor einigen Jahren und dadurch Transaktionskosten gesenkt würden. So auch Kapitalgesellschaftsrecht 257.

dermann eingesehen werden.⁴⁴⁸⁰ Diese Wertung verbietet es mE, Gesetzesvorschriften (die nicht ohnehin wegen anderer Schutzinteressen zwingend sind) allein unter Berufung auf das Vertrauen künftiger Aktionäre auf einen bestimmten Satzungsinhalt für zwingend zu erklären, wenn sie keine Ermächtigung an den Satzungsgeber enthalten. Vielmehr spricht die Wertung dafür, Abweichungen zuzulassen, sofern sie in der Satzung vereinbart werden.⁴⁴⁸¹ Wäre im geltenden Recht ein Schutz künftiger Aktionäre durch Standardisierung der Mitgliedschaft verankert, wäre wohl zu erwarten, dass es *gar keine* gesetzlichen Abweichungsermächtigungen gibt.

Es ist außerdem fraglich, ob eine Satzungsstrenge mitsamt dazugehöriger Einzelermächtigungen den gewünschten Vertrauensschutz überhaupt gewährleisten kann. Das ist mE zu verneinen, weil sie einen Blick in die Satzung nicht erübrigt. Zum einen sind die Ermächtigungen wie erwähnt unvollständig, sodass sich Anleger nie sicher sein könnten, ob die Satzung vielleicht *ohne* eine Ermächtigung (rechtmäßig) eine vom Gesetz abweichende Vereinbarung vorsieht. Selbst wenn die Satzungermächtigungen vollständig wären (und auch eine analoge Anwendung ausscheiden würde), könnten sich die Anleger einen Blick in die Satzung wohl nicht ersparen, wenn sie Überraschungen vermeiden wollen. Denn nur so könnten sie erfahren, ob von einem Regelungsfreiraum tatsächlich Gebrauch gemacht wurde und *wie* die Abänderung des Gesetzes konkret ausgestaltet ist.⁴⁴⁸² Das muss umso mehr gelten, wenn es – wie nach öhM – auf eine Ermächtigung im Einzelfall gar nicht ankommen soll. Wenn es für die Disponibilitätsfrage stattdessen auf die Auslegung im Einzelfall ankommen soll, müsste man auf Grundlage des Standardisierungsgedankens entweder jede Norm für zwingend erklären, oder diese These aber ganz verwerfen. Schließlich ist auch nicht erklärlich, weshalb die grundsätzliche Zulässigkeit von Ergänzungen des Geset-

4480 Vgl § 12 Abs 1 FBG; vgl dazu allg *Kodek in Kodek/Nowotny/Umfahrer*, FBG § 12 Rz 6; *Zib in Zib/Dellinger*, Großkomm UGB § 12 Rz 2.

4481 Unter der Annahme einer formalen Satzungsstrenge wäre man nach dem Gesagten mit Wertungswidersprüchen konfrontiert, weil die bestehenden Ermächtigungen nicht alle dispositiven Vorschriften erfassen (können). Zum einen würde man dann jene Vorschriften für zwingend erklären, die eigentlich dispositiv sind, aber von denen wegen ihrer untergeordneten Bedeutung nicht in der Satzung abgewichen werden muss. In diese Fall wären künftige Aktionäre vor *unwesentlichen* Abweichungen durch Nichtigkeit geschützt, vor *wesentlichen* Abweichungen aber (für die das Gesetz eine Ermächtigung vorsieht) „nur“ durch die Publizität der Vereinbarung in der Satzung. Zum anderen sind die Ermächtigungen wie erwähnt auch im Hinblick auf materielle Satzungsbestandteile notorisch unvollständig. Ginge man von einer Satzungsstrenge aus, würde an daher dispositive Vorschriften für zwingend erklären, nur weil der Gesetzgeber sie nicht mit einer Ermächtigung versehen hat. Welche Vorschriften zwingend und welche dispositiv wären, hinge dann mehr oder weniger vom Zufall ab.

4482 Vgl ähnlich krit *Brugger*, NZ 2014, 145 (149) iZm dem vom OGH in 6 Ob 28/13f aufgestellten Erfordernis der Vinkulierung.

zes, die keine besondere Ermächtigung erfordert, mit der Standardisierung vereinbar sein soll. Denn Anleger können wohl auch durch (bloß) ergänzende, nachteilige Satzungsklauseln überrascht werden.

Insgesamt sprechen mE die besseren Gründe dafür, die Standardisierungsthese zu verwerfen. Das Problem ist dabei weniger, dass dieser angebliche Regelungszweck auf dem Leitbild einer börsennotierten Publikumsgesellschaft basiert und nicht mehr mit der Rechtstatsächlichkeit übereinstimmt.⁴⁴⁸³ Vielmehr widerspricht diese These den Wertungen des geltenden Rechts, wonach künftige Aktionäre vor unüblichen Vereinbarungen nicht durch Nichtigkeit, sondern durch (Satzungs-)Publizität geschützt werden.

4. Abschließende Würdigung der Genese

Der Grundsatz der Satzungsstrenge hat im älteren Aktienrecht nicht gegolten, sondern wurde durch das RG und KG in einer Reihe kontroverser Entscheidungen Anfang des 20. Jahrhunderts aus der Taufe gehoben. Diese Entscheidungen waren nicht nur inkohärent⁴⁴⁸⁴, sondern durch die damalige *lex lata* nicht gedeckt. Ihre zentralen inhaltlichen Argumente, nämlich das Fehlen einer Parallelbestimmung zu § 109 dHGB 1897 und der Rückschluss aus den (missverstandenen) einzelnen Ermächtigungen, sind bei genauerem Hinsehen unrichtig. Denn diese Ermächtigungen ordnen die Disponibilität der betreffenden Regelungsabschnitte und Einzelbestimmungen gar nicht konstitutiv und abschließend an, sondern verfolgen andere Zwecke und setzen die Disponibilität jeweils schon voraus. Das RG hat seine formalistische Argumentation auch nie durch teleologische Überlegungen plausibilisiert.⁴⁴⁸⁵ Vielmehr scheint das Dogma grundsätzlich zwingenden Aktienrechts historisch als Legitimation einer überhöhten Wesensabgrenzung gedient zu haben,⁴⁴⁸⁶ die eher an einen gesellschaftsrechtlichen Typenzwang als an eine durchdachte Schutzkonzeption erinnert. Aber nicht nur die Sachargumente des RG und KG waren verfehlt, sondern auch ihre Weiterentwicklung ist fragwürdig. Denn der Gedanke prinzipiell zwingenden Aktienrechts wurde im Laufe der Zeit gewissermaßen verklausuliert und hat sich offenbar verselbstständigt.⁴⁴⁸⁷ So hat das RG den angeblich zwingenden Charakter des Gesetzes zunächst (beinahe

4483 Vgl idZ etwa Nicolussi in Nueber/Przeszlowska/Zwirchmayr, Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel 21 (23 f).

4484 Vgl auch Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 54; Kalss/Fleischer, AG 2013, 693 (696); Geßler in FS Luther 69 (70); A. Arnold in KK-AktG⁴ § 23 Rz 132; Spindler, AG 1998, 53 (55) spricht von einem „zwiespältigen Eindruck“.

4485 Vgl Spindler in Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 16; Kuntz, Gestaltung 433, 438; Eßwein, Privatautonome Gestaltung 21.

4486 Vgl zum Wesensbegriff als Instrument zur Sicherung eines gesellschaftsrechtlichen Typenzwangs weiterführend etwa Nicolussi, Satzungsstrenge 80 ff mwN.

4487 IdS auch Eßwein, Privatautonome Gestaltung 20.

unbemerkt) vom „*Rechtsverhältnis der Aktionäre zu der Aktiengesellschaft*“ auf die „*Rechtsverhältnisse der Aktiengesellschaft*“ ausgedehnt. Davon ausgehend gewann er derart an Eigendynamik, dass das KG im Jahr 1930 sogar davon sprach, dass nicht etwa eine Satzungsklausel, sondern die Annahme grundsätzlicher Disponibilität des Gesetzes „*mit dem Wesen des Aktienrechts in Widerspruch steht*“. Während der Umfang zwingenden Aktienrechts früher noch durch einen rechtsformspezifischen Wesensbegriff determiniert war, scheint damit die Satzungsstrenge *selbst* zum Wesensmerkmal der AG avanciert zu sein. Zwingendes Recht wurde vom Mittel zum (Selbst-)Zweck.

Angesichts dieser Auswüchse ist es bedauerlich, dass sich die zeitgenössische Kommentarliteratur mit Stehsätzen und Verweisen auf die Rsp des RG begnügt hat. Literarische Stellungnahmen wiesen zwar auf einen wirtschaftlich und praktisch vollzogenen Strukturwandel hin („lebendes Aktienrecht“),⁴⁴⁸⁸ sie stellten dabei aber die Zulässigkeit von Ergänzungen des Gesetzes in den Fokus. Diese empfand man wohl als dringlicher, zumal Abweichungen von den vorwiegend unstreitig zwingenden Normativvorschriften wohl ohnedies selten beabsichtigt waren. Vielleicht deshalb blieben tiefergehende rechtsdogmatische Auseinandersetzungen die Ausnahme.⁴⁴⁸⁹ Dass die zeitgenössische Lehre die Judikatur zur Satzungsstrenge zumindest dem Grunde nach stillschweigend hinnahm, zeitigte insofern Folgewirkungen, als der Gesetzgeber gefestigte Lehrmeinungen und Judikaturlinien sukzessive zu kodifizieren pflegte. Das begann mit der Aufnahme des „Wesensverstoßes“ in den Katalog der Nichtigkeitsgründe durch das AktG 1937/1938 und gipfelte in § 23 Abs 5 dAktG 1965. Dabei konnte sich der Gesetzgeber auf den beiläufigen Hinweis beschränken, bloß die hL niederzuschreiben. Nur die uneinheitliche Rsp zur Zulässigkeit von Ergänzungen (nämlich wohl durch das RG einerseits und das KG andererseits) bedurfte einer Bemerkung. Man könnte es daher fast als einen Glücksfall bezeichnen, dass der österreichische Gesetzgeber § 23 Abs 5 dAktG weder mit dem öAktG 1965 noch später eingeführt hat (obwohl er viele Einzelregelungen des dAktG 1965 sukzessive durch spätere Novellen nachgebildet hat)⁴⁴⁹⁰.

Resümierend kann festgehalten werden, dass eine formale Satzungsstrenge nie im geltenden Recht angelegt war. Ebenso schonungslos wie zutreffend fällt daher so manche Retrospektive über die historische Legitimation der Satzungsstrenge aus. So etwa das Verdikt von *Spindler*, nach dem § 23 Abs 5 dAktG „*mehr oder minder historischen Zufällen zu verdanken [ist]*“⁴⁴⁹¹ und aus „*einer Art Zufälligkeit der Rechtsprechung*“⁴⁴⁹² entstanden sei. Die Satzungsstrenge sei

4488 Vgl etwa *Netter*, JW 1930, 3692 (3693); referierend *Spindler* in *Bayer/Habersack*, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 21.

4489 Vgl aber insb *Wenck*, Einberufung 30 f; *Fischer* in *Ehrenberg*, Handbuch III (1916) 85 f.

4490 Vgl *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 346.

4491 *Spindler*, AG 2008, 598 (598).

4492 *Spindler*, AG 2008, 598 (600).

„bei Lichte besehen nicht viel mehr als die Abfolge einer mehr oder minder zufälligen Kette von reichsgerichtlichen Entscheidungen“, die durch die Schaffung immer neuer aktienrechtlicher Normen ohne ausdrückliche Erklärung der Disponibilität immer fragwürdiger wurde.⁴⁴⁹³ Sie sei ein „Sündenfall“ aus Sicht der Privatautonomie.⁴⁴⁹⁴ Nach Kuntz beruht die Satzungsstrenge „in gewisser Weise auf einem gesetzgeberischen Unfall“⁴⁴⁹⁵ und sei „letztlich eine Erfindung des Reichsgerichts“⁴⁴⁹⁶.

5. Schlussfolgerungen

Was bedeutet dieser Befund nun für das österreichische Aktienrecht, das sich insoweit noch auf dem Stand des AktG 1937/1938 (und damit im Wesentlichen jenem des dHGB 1897)⁴⁴⁹⁷ befindet? Wenn der prinzipiell zwingende Charakter des AktG weder ausdrücklich gesetzlich angeordnet ist noch durch Einzelermächtigungen oder das Fehlen einer Generalermächtigung impliziert wird, dann muss es mE beim allgemeinen Grundsatz der Privatautonomie bleiben. Eine formale Satzungsstrenge existiert in Österreich nicht. Diese Erkenntnis ist natürlich nicht neu, sondern entspricht in der Sache schon lang der hM⁴⁴⁹⁸. Begrifflich konsequent sollte man auf den Begriff der Satzungsstrenge dann vielleicht überhaupt verzichten, um sich von der Assoziation mit dem deutschen Aktienrecht zu lösen.⁴⁴⁹⁹ Eine (formale) Satzungsstrenge deutscher Prägung ist hierzulande auch nicht (mehr) „anerkannt“ (auch nicht mit Einschränkungen).⁴⁵⁰⁰ Das Aktienrecht ist dann auch nicht „prinzipiell zwingend“. Es enthält zwar mehr zwingende Vorschriften als etwa das GmbH-Recht (oder

4493 Spindler in Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel II Kap 22 Rz 47.

4494 Spindler, AG 2008, 598 (598).

4495 Kuntz, Gestaltung 437. Damit sei iE eine Rechtsprechungslinie des RG fortgesetzt worden, die weitgehend argumentationsfrei ein System perpetuiere, das auf der Möglichkeit umfassender staatlicher Kontrolle beruhe.

4496 Kuntz, Gestaltung 517.

4497 Vgl auch Schopper, Anm zu OGH 6 Ob 28/13f, GesRZ 2013, 212 (216).

4498 So insb bereits Ch. Nowotny in FS Doralt 411 ff; Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 22 ff; U. Torggler, GesRZ 2010, 185 (186 Fn 14) jew mwN.

4499 Man könnte allenfalls von „materieller Satzungsstrenge“ sprechen (Nicolussi in Nueber/Przeszlowska/Zwirchmayr, Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel 21 [21]) oder – noch besser – von „Gesetzesstrenge“ (vgl Seibt in K. Schmidt/Lutter, AktG⁴ § 23 Rz 53; Nicolussi, Satzungsstrenge 7 Fn 31); oder aber, um eine Assoziation mit § 23 Abs 5 dAktG ganz zu vermeiden, schlicht von (relativ geringer) Gestaltungsfreiheit. Man könnte auch einfach sagen, dass es im Aktienrecht viel zwingendes Recht gibt (was angesichts der vielen Schutzinteressen, die zwingendes Recht als Ausnahme von der Privatautonomie rechtfertigen, an sich noch keinen Systembruch bedeutet).

4500 S oben bei Fn 4234 ff.

gar das OG- und KG-Recht).⁴⁵⁰¹ Dies ist vor allem der Handelbarkeit der Aktien geschuldet, die zB bei der Gründung Missbrauchspotenziale eröffnet. Dass aktienrechtliche Normen „im Zweifel“ zwingend sind, war früher (und vielleicht auch noch heute) gewiss eine probate Faustregel, weil das Aktienrecht eben vorwiegend zwingende Normativvorschriften vorsah. Eine solche Heuristik ist aber etwas anderes als eine gesetzliche Zweifelsregel, die im Fall eines *non liquet* den Ausschlag gäbe;⁴⁵⁰² einen solchen Rechtssatz hat es wie gesagt nie gegeben und er hätte auch keine sachliche Rechtfertigung. Demgemäß ist die Disponibilität aktienrechtlicher Vorschriften nach allgemeinen Regeln durch Gesetzesauslegung im Einzelfall zu ermitteln. Dabei ist auf dieselben Schutzinteressen Rücksicht zu nehmen wie im GmbH-Recht. Ein besonderes Vertrauen künftiger Anleger auf eine „standardisierte“ Mitgliedschaft ist dabei mE nicht zu berücksichtigen.⁴⁵⁰³ Denn diesen Schutz gewährleistet das geltende Recht nicht durch Nichtigkeit, sondern durch Satzungspublizität. Damit erübrigt sich nach der hier vertretenen Auffassung auch die Folgefrage nach der Differenzierung zwischen verschiedenen realtypischen Ausgestaltungen der AG (mit allen damit verbundenen Abgrenzungsschwierigkeiten).

Mit diesem Ergebnis ist auch im Aktienrecht das Tor zur grundsätzlichen Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen aufgestoßen. Teilt man die hier vertretene Auffassung zur Satzungsstrenge nicht, könnte man abstrakte Haftungsmilderungen gemäß der hL und OGH-Judikatur (immerhin) für nicht-börsennotierte AG (allenfalls mit vinkulierten Aktien) in Betracht ziehen (dieser Gesellschaftstypus wird wohl – schon wegen seiner großen Verbreitung – ohnehin das praktische Haupteinsatzfeld statutarischer Haftungsbeschränkungen sein). Anderes gilt naturgemäß für das deutsche Aktienrecht, in dem § 23 Abs 5 dAktG einer statutarischen Abweichung von

4501 Bei dem im Aktienrecht vergleichsweise große Umfang zwingenden Rechts handelt es sich aber nicht um ein „Prinzip“ oder einen „Grundsatz“ (vgl aber etwa *Nicolussi* in *Nueber/Przeszłowska/Zwirchmayr*, Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel 21 [21]). Denn unter einem Prinzip versteht man gemeinhin ein Optimierungsgebot (vgl etwa *Sieckmann*, Begriff und Struktur von Regeln, Prinzipien und Elementen im Recht, in *Schilcher/Koller/Funk*, Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts [2000] 69 ff mwN).

4502 IdS aber *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 271 (s oben bei Fn 4239).

4503 Liefte man ein solches Schutzinteresse in die objektiv-teleologische Auslegung im Einzelfall einfließen, könnte eine (verkappte) Satzungsstrenge mittelbar (doch noch) Einzug in das österreichische Aktienrecht halten. Eine ähnliche Gefahr birgt der Nichtigkeitsgrund des „Wesensverstoßes“ gem § 199 Abs 1 Z 3 AktG, weil auch auf diesem Weg eine Satzungsstrenge „durch die Hintertür“ herbei interpretiert werden könnte. Das „Wesen“ der AG kann nämlich alles Mögliche bedeuten und leicht als „Kryptoargument“ missbraucht werden. Im vorliegenden Zusammenhang hat etwa *Ch. Nowotny* (in FS Doralt 411 [414]) vor einem Zirkelschluss gewarnt. Ähnlich *Koppensteiner*, GES 2015, 5 (9); allg *Scheuerle*, Das Wesen des Wesens, AcP 163 (1964) 429 ff. Vor allem ist die Satzungsstrenge kein Teil des „Wesens“ der AG (vgl *Ch. Nowotny* in FS Doralt 411 [414]; *Brugger*, NZ 2014, 145 [154]).

§ 93 dAktG wohl entgegenstehen dürfte. Da der Schwerpunkt der vorliegenden Untersuchung auf dem österreichischen Recht liegt, wird die Auslegung des § 23 Abs 5 dAktG und dessen Implikationen für eine Beschränkung der Vorstandshaftung *de lege lata* nicht weiter behandelt. Hier sei nur daran erinnert, dass die deutsche Lehre eine statutarische Haftungsbeschränkung unter Hinweis auf § 23 Abs 5 dAktG (beinahe) einhellig für unzulässig hält.⁴⁵⁰⁴ Daran dürfte *de lege lata* auch tatsächlich kein Weg vorbeiführen. Auch eine entsprechende Regelung im Anstellungsvertrag wird fast einhellig abgelehnt, weil (sofern dies nicht ohnehin mit § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG begründet wird) dies die Satzungsstrenge und die dadurch gewährleistete Publizität umgehen würde.⁴⁵⁰⁵ *De lege ferenda* empfiehlt sich mE jedoch nicht nur eine Öffnungsklausel für die Beschränkung der Vorstandshaftung (so die hL)⁴⁵⁰⁶, sondern angesichts der fragwürdigen Dogmengeschichte der Satzungsstrenge und der bestehenden Wertungsmuster (insb des Schutzes künftiger Aktionäre durch Satzungs*publizität*) auch eine (erneute) kritische Diskussion über den Nutzen (insb die „Standardisierungsfunktion“) und die Wertungskonformität der Satzungsstrenge als Ganzes.⁴⁵⁰⁷

D. Zwischenergebnis

Wie oben dargelegt wurde, erweisen sich die zwei zentralen Argumente gegen abstrakte Haftungsmilderungen im Aktienrecht, nämlich die Sperrfrist und die Satzungsstrenge, als nicht tragfähig. Damit kann nun auch im Aktienrecht die Frage nach der Zulässigkeit abstrakter Vorausbeschränkungen der Vorstandshaftung *de lege lata* gestellt werden. Eine Frage, die wegen der genannten, scheinbar unverrückbaren Gegenargumente bislang kaum⁴⁵⁰⁸ gestellt wurde.

4504 S oben Fn 4175 und Fn 4186.

4505 Für eine Regelung im Anstellungsvertrag *G. M. Hoffmann*, NJW 2012, 1393 (1395, 1397); dagegen etwa *Kutscher*, Organhaftung 235 f; *Grunewald*, AG 2013, 813 (816); *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 219 ff. Nach der hier vertretenen Auffassung wird die Publizität freilich nicht durch die Unwirksamkeit abweichender Vereinbarungen erreicht, sondern durch die Vereinbarung in der Satzung (materielle Satzungsbestandteile; s im Fließtext oben).

4506 S oben Fn 4178.

4507 *De lege ferenda* für die Aufgabe der Satzungsstrenge etwa *Eidenmüller* in FS Helldrich 581 (592) mwN.

4508 Vgl aber die Nw in Fn 4177.

E. Grundsätzliche Wertungsparallele zum GmbH-Recht

Gleichwohl erfordert die Beantwortung jener Frage keine (erneute) umfassende Untersuchung der Vorstandshaftung. Denn im Aktienrecht bestehen grundsätzlich dieselben Wertungsmuster wie im GmbH-Recht (historisch ist es freilich umgekehrt, weil die GmbH als „vereinfachte“ oder „kleine“ AG konzipiert war, wenngleich mit personalistischen Elementen; s sogleich unten)⁴⁵⁰⁹.⁴⁵¹⁰ August von Pitreich, der Referent bei der Ausarbeitung des österreichischen GmbH-Gesetzesentwurfs, fasste das Verhältnis von GmbH- und Aktienrecht in seinem Gutachten für den 31. Deutschen Juristentag in Wien so zusammen: „*Man ist darüber einig, daß die Grundprinzipien der Gesellschaft m. b. H. die gleichen sind, wie die der Aktiengesellschaft.*“⁴⁵¹¹ Daher kann im Wesentlichen auf die Untersuchungsergebnisse aus dem GmbH-rechtlichen Teil verwiesen werden; die Ausführungen zur AG können sich darauf beschränken, aktienrechtliche Besonderheiten hervorzuheben (zu diesen sogleich unten). Da die grundsätzliche Vergleichbarkeit von GmbH- und Aktienrecht in puncto Organhaftung jedoch vereinzelt angezweifelt wird, soll vorher auf das Postulat der (grundsätzlichen) Wertungsparallelität und die dagegen vorgebrachten Argumente näher eingegangen werden.

1. Entstehung der GmbH aus der AG (ohne Anlegerschutz)

Für eine grundsätzlich einheitliche Beurteilung von GmbH und AG spricht vor allem die Rechtsentwicklung: Die Schöpfer der GmbH-Gesetze nahmen

4509 Vgl dazu nur AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3727 ff; *Straube/Ratka* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG Einführung Rz 16 (Stand 01.08.2020); *Fleischer* in *MüKo GmbHG*⁴ Einl Rz 22, 67 ff, 72; *J. Schmidt* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ Systematische Darstellung 1 Rz 52; *H. P. Westermann/Wicke* in *Scholz*, GmbHG¹³ Einl Rz 2; vgl auch *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen 28, 36 ff, 44 ff, 49 ff; *Peter Doralt*, GesRZ-Spezial 2006, 5 (7 ff): „*dereguliertes Aktienrechtsmodell*“; „*corporatistische[s] Vereinsmodell*“; vgl schon *Ofner/Thorsch*, GmbHG (1907) Einl S 5.

4510 Für die Gleichbehandlung von GmbH und AG bei der Beurteilung abstrakter Haftungsmilderungen auch *Told*, GES 2015, 60 (68); *dies* in *Nueber/Przeszłowska/Zwirchmayr*, Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel 67 (84), weil beiden Rechtsformen dieselben Wertungen zugrunde liegen. So vielleicht auch *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 504, der abstrakte Haftungsmilderungen im Aktienrecht zwar wegen der Sperrfrist (§ 84 Abs 4 Satz 3 AktG) ablehnt (deren Zweck er auch im Schutz künftiger Aktionäre sieht), aber Haftungsmilderungen wenn überhaupt nur in dem eingeschränkten Ausmaß wie bei der GmbH für möglich hält. In diese Richtung auch *G. M. Hoffmann*, NJW 2012, 1393 (1397 f); *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 181 ff. Vgl schon *Pisko*, Lehrbuch (1923) 422: „*Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist der Aktiengesellschaft nahe verwandt*“; „*Die Struktur der Ges. m. b. H. ist der der Aktiengesellschaft stark angelehnt*.“

4511 V *Pitreich* in Verhandlungen des 31. DJT II (1912) 314 (317).

sich im Wesentlichen das zeitgenössische Aktienrecht als Regelungsvorbild, wobei sie – entsprechend den praktischen Bedürfnissen nach einer einfach strukturierten Rechtsform mit ausgeschlossener Gesellschafterhaftung – vor allem auf jene zwingenden Normen verzichteten, die durch die Handelbarkeit der Mitgliedschaft bedingt waren (Anlegerschutz).⁴⁵¹² Zur Vermeidung von Wiederholungen kann hierzu auf die Ausführungen im GmbH-Teil zur aktienrechtlichen „Abstammung“ der GmbH und ihrer rechtspolitischen Positionierung verwiesen werden.⁴⁵¹³ Daraus lässt sich für die hier untersuchte Frage zunächst die Erkenntnis gewinnen, dass die GmbH und AG wegen ihrer historischen Verklammerung jedenfalls eine breite gemeinsame Wertungsgrundlage haben.⁴⁵¹⁴

4512 Vgl. AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII (1890–92), Nr 660 3725; EBRV 236 BlgHH 17. Session 49. Vgl. differenzierend und vor einer vereinfachenden Parallelität mit der AG warnend aber *Straube/Ratka* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG Einführung Rz 9 mwN (Stand 01.08.2020). Die dort referierten Vorbehalte beruhen aber soweit ersichtlich auf der Annahme, dass das Aktienrecht im Gegensatz zum flexiblen (Innen-)Recht der GmbH vom Grundsatz der Satzungsstrenge beherrscht ist – eine Prämisse, die mE aber (jedenfalls für das öAktG) abzulehnen ist. Da das Dogma der Satzungsstrenge auf die Rsp des RG (erst) Anfang des 20. Jahrhunderts zurückgeht (näher unten S 1107 ff), war die GmbH historisch (nur) konzipiert als „kleine“ AG mit ausgeschlossener Handelbarkeit der Anteile und mit einer idealtypisch „nicht ganz geringe(n)“ Zahl an Gesellschaftern (AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII [1890–92], Nr 660 3728 *passim*), die je nach praktischem Bedürfnis mehr personalistisch oder kapitalistisch ausgestaltet werden könnten sollte und sich demnach mehr den Personengesellschaften oder der AG annähern kann (das Spektrum der privatautonomen Gestaltung konzis umreißen EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 50: „*Aktiengesellschaft ohne Aktien, Kommanditgesellschaft ohne persönlich haftenden Gesellschafter*.“). Die GmbH besetzt demnach eine „*Mittelstellung zwischen den streng individualistischen Gesellschaftsformen und der Aktiengesellschaft*“ (AmtlBegr dGmbHG aaO). Bei aller Flexibilität in der praktischen Anwendung der Rechtsform bleibt die GmbH aber stets eine auf dem Aktienrecht fußende Kapitalgesellschaft – eine Grundlegung im Personengesellschaftsrecht lehnten die Gesetzesverfasser dezidiert ab (vgl. nur AmtlBegr dGmbHG aaO 3727 f). Lehnt man den Gedanken der Satzungsstrenge mit der hier vertretenen Ansicht ab, so ist an dieser konzeptionellen Einordnung der GmbH festzuhalten. Daran ändert auch nichts, dass heute die meisten GmbH ihrem Realtypus nach personalistisch (oder gar als Einpersonengesellschaften) ausgestaltet sind (vgl. zB *Straube/Ratka* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG Einführung Rz 13 f [Stand 01.08.2020]). Im Übrigen gilt das auch für die AG (vgl. weiterführend zB *J. Reich-Rohrwig*, *ecolex* 2018, 526 [527]).

4513 S oben allg S 126 ff, zum (nichtbestehenden) Schutz künftiger Gesellschafter im GmbH-Recht oben S 127 ff und zum Anwendungsbereich von § 25 Abs 5 und 7 GmbHG oben S 323 ff.

4514 Vgl. etwa *J. Schmidt* in *Michalski et al*, GmbHG⁴ Systematische Darstellung 1 Rz 41 („*stimmen in ihren wesentlichen Strukturmerkmalen überein*“). Unterschiede (aaO Rz 42 f) bestehen demnach in der Finanzverfassung, weil die AG ein höheres Mindestkapital und (in Deutschland) einen strengeren Kapitalschutz vorsehe; außerdem seien Aktien im Gegensatz zum GmbH-Geschäftsanteil handelbar.

Der zentrale Unterschied besteht wie erwähnt darin, dass im GmbH-Recht wegen der Immobilisierung der Geschäftsanteile auf einen besonderen Anlegerschutz verzichtet werden konnte.⁴⁵¹⁵ Dementsprechend enthält das GmbH-Recht keine Sperrfrist zum Schutz künftiger Gesellschafter im Gründungsstadium (vgl § 43 AktG).⁴⁵¹⁶ Im Übrigen sind aber entsprechend der historischen Ausgangsposition in beiden Rechtsformen dieselben Schutzinteressen zu beachten. Hier wie da wird eine Gesellschafterminderheit vor nachteiligen Dispositionen der Mehrheit geschützt. *In puncto* Minderheitenschutz kennt das GmbHG (anders als das dGmbHG)⁴⁵¹⁷ sogar ein Klagerecht (§ 48 GmbHG), das (mit Blick auf – ausnahmsweise – realtypisch kapitalistisch ausgestaltete GmbH) bewusst an das Aktienrecht angelehnt worden ist (§§ 134 ff AktG).⁴⁵¹⁸ Die im GmbH-Recht fehlende Absicherung des Klagerechts gegen Mehrheitsdispositionen hat daher nach der hier vertretenen Ansicht konsequenterweise durch analoge Anwendung des aktienrechtlichen Widerspruchsrechts zu erfolgen (§§ 43, 84 Abs 4 Satz 3 AktG).⁴⁵¹⁹ Auch der Gläubigerschutz war im Aktien- und GmbH-Recht zunächst im Wesentlichen gleich geregelt. Der wesentliche Unterschied bestand hier darin, dass der GmbH-Gesetzgeber auf ein Verfolgungsrecht der Gläubiger (§ 84 Abs 5 Satz 1 AktG) verzichtete. Nach mE zutr Ansicht ist das Verfolgungsrecht jedoch analog auf die GmbH anzuwenden.⁴⁵²⁰ Die Dispositionsbeschränkungen zum Schutz der Gläubiger vor nachteiligen Verfügungen der Gesellschaft (§ 10 Abs 6, § 25 Abs 5 und 7 GmbHG) entsprachen hingegen von Anfang an dem älteren Aktienrecht. Vor allem bezogen und beziehen sie sich nach zutr Ansicht (ebenfalls) nur auf die qualifizierten Ersatzansprüche wegen Verletzungen der Kapitalerhaltungspflicht oder wegen Zahlungen nach Insolvenzreife (§ 25 Abs 3 GmbHG), was im österreichischen GmbH-Recht freilich nicht sofort ersichtlich ist.⁴⁵²¹ In diesem Punkt ist die aktienrechtliche Parallelregelung allerdings (später) vom GmbH-Recht abgewichen, weil der Gesetzgeber des AktG 1937/1938 den indisponiblen Gläubigerschutz (dh das Verfolgungsrecht und die korrespondierenden Dispositionsbeschränkungen) über den Kapitalschutz (§ 84 Abs 3 AktG) hinaus auf sonstige grob schuldhaft verursachte Schäden ausgeweitet hat. Anlass dafür war die Abschaffung der Weisungsgebundenheit des Vorstands und die daraus folgende Leitungsautonomie (mE wie erwähnt jedoch keine überzeu-

4515 Vgl v Pitreich in Verhandlungen des 31. DJT II (1912) 314 (318), nach dem „[d]ie Beseitigung der Aktienform“ „der grundlegende charakteristische Unterschied von der Aktiengesellschaft“ ist, „aus welchem sich die sonst zumeist angeführten Unterscheidungsmerkmale als Folgerungen ergeben“.

4516 S oben S 127 ff.

4517 S oben S 133 ff.

4518 S oben S 139 ff.

4519 Dazu ausf oben S 144 ff, S 190 ff.

4520 S oben S 201 ff.

4521 Dazu ausf oben S 231 ff.

genden Gründe für eine Ausweitung des Gläubigerschutzes).⁴⁵²² Im Übrigen blieb die Funktionsweise des Gläubigerschutzes dieselbe. Das AktG 1937/1938 hat – als weiteren wesentlichen Unterschied – außerdem die Sperrfrist in § 84 Abs 4 Satz 3 AktG (wie erwähnt basierend auf einem Irrtum über die damals geltende Rechtslage) geschaffen. Insoweit kann jedoch auf die obigen Ausführungen zur Sperrfrist verwiesen werden.⁴⁵²³ Auf sonstige Rechtsformunterschiede, die nicht die Organhaftung betreffen, ist hier nicht weiter einzugehen.

Auch nach diesem skizzenhaften Rechtsformvergleich kann somit festgehalten werden, dass für die GmbH und die AG wegen ihrer historischen Verschränkung zumindest im Hinblick auf die (Disponibilität der) Organhaftung im Wesentlichen dieselben Wertungen gelten. Mit Ausnahme des Anlegerschutzes geht es in beiden Rechtsformen um dieselben Schutzinteressen, nämlich insb den Minderheitenschutz und Gläubigerschutz. Diese Schutzinteressen werden in beiden Rechtsformen auch durch ähnliche Instrumente gewahrt. Allein der Gläubigerschutz wurde durch das AktG 1937/1938 in seinem Anwendungsbereich wie erwähnt (mE freilich zu Unrecht) erweitert, blieb funktional jedoch unverändert. Das AktG 1937/1938 schuf zudem die (allgemeine) Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG – eine Neuerung, die mE aber (ebenfalls) verfehlt war und der Wirksamkeit abstrakter Haftungsmilderungen deshalb nicht entgegensteht. Vorbehaltlich einer genaueren Untersuchung der skizzierten Abweichungen (s noch gesondert unten) liegt es daher nahe, im Aktienrecht (auch) abstrakte Haftungsmilderungen nicht anders zu beurteilen als im GmbH-Recht, für das abstrakte Haftungsmilderungen (in Deutschland sogar ganz überwiegend) zugelassen werden. Dass die Lit diesen Schritt nie getan hat, ist wohl (lediglich) dem Lauf der Dinge geschuldet: Unter der Geltung des Aktienrechts des dHGB 1897, dem wie gesagt im Wesentlichen die Geschäftsführerhaftung der GmbH-Gesetze nachgebildet worden war, ließ ein Teil der Lit abstrakte Haftungsmilderungen noch zu.⁴⁵²⁴ Sofern Haftungsmilderungen abgelehnt wurden,⁴⁵²⁵ geschah dies vorwiegend unter Berufung auf den Reichstagskommissionsbericht; also mit ähnlichen Argumenten, wie noch im älteren GmbH-rechtlichen Schrifttum, das auf eine ähnliche Passage der AmtlBegr zu § 43 dGmbHG zu verweisen pflegte. Die jüngere GmbH-rechtliche Lehre, die abstrakte Haftungsmilderungen in Grenzen zulässt, hat sich von der apodiktischen Ablehnung abstrakter Vorausdispositionen auf Grundlage von (in Wahrheit ambivalenten) Gesetzesmaterialien jedoch lösen können und differenziert nun nach dem Schutzzweck der einzelnen Verhaltenspflichten. Dieser Ansatz ist mE richtig, weil sich aus den (insoweit wie gesagt ambivalenten) Gesetzesmaterialien nicht eindeutig ableiten lässt, dass der Gesetzgeber abstrakten Haf-

4522 Dazu krit oben S 819 ff.

4523 S 1087 ff.

4524 S oben bei Fn 4168 f.

4525 S oben bei Fn 4167.

tungsmilderungen kategorisch ablehnend gegenübergestanden wäre.⁴⁵²⁶ Unter diesen Voraussetzungen wären abstrakte Haftungsmilderungen vielleicht (konsequenterweise) auch im älteren Aktienrecht befürwortet worden. Dass es dazu nie kam, ist wohl primär zwischenzeitlichen Änderungen im Aktienrecht (nicht etwa im GmbH-Recht) geschuldet, die abstrakten Vorausdispositionen über die Vorstandhaftung scheinbar kategorisch entgegenstehen. Die Rede ist von der Sperrfrist und der Satzungsstrenge.⁴⁵²⁷ Wie oben aber herausgearbeitet wurde, spricht (jedenfalls in Österreich) weder das eine noch das andere Argument gegen die Wirksamkeit abstrakter Vorausbeschränkungen. Was gleichsam übrig bleibt, sind die oben genannten Unterschiede zum GmbH-Recht, nämlich der Anlegerschutz und der weitergehende Gläubigerschutz. Diese Unterschiede rechtfertigen auf den ersten Blick aber nur eine entsprechend weitergehende Einschränkung der grundsätzlichen Dispositionsfreiheit, nicht aber die völlige Indisponibilität der Vorstandhaftung. Demgemäß müssten abstrakte Haftungsmilderungen *ex ante* auch im Aktienrecht – hier freilich in entsprechend engeren Grenzen – zulässig sein.⁴⁵²⁸ Bevor die unterschiedlichen Grenzen und die daraus folgenden Implikationen gleich noch genauer beleuchtet werden,⁴⁵²⁹ ist zunächst noch auf jene Einwände einzugehen, die sich (mit anderen Argumenten) bereits – gleichsam eine Stufe davor – gegen die soeben dargelegte *grundsätzliche* Wertungsparallelität zwischen GmbH- und Aktienrecht richten.

2. Keine Verschiedenbehandlung wegen der eigenverantwortlichen Stellung des Vorstands

Gegen eine einheitliche Beurteilung von GmbH und AG spreche nach manchen Stimmen⁴⁵³⁰ aus dem (deutschen) Schrifttum die eigenverantwortliche Stellung und Weisungsfreiheit des Vorstands (vgl. § 70 AktG; § 76 dAktG).

Dieser Einwand lässt allerdings schon nicht erkennen, *wessen* Schutz die angenommene zwingende Haftung aufgrund der Eigenverantwortlichkeit dienen soll. Soweit damit den Gläubigerinteressen Rechnung getragen werden soll, trifft das Argument nicht zu. Mit dem Argument der Eigenverantwortlichkeit hat der Gesetzgeber des AktG 1937/1938 nämlich (lediglich) die Dispositionsbeschränkungen zugunsten der Gesellschaftsgläubiger (§ 84 Abs 5

4526 Zu subjektiv-historischen Argumenten (insb zum Kommissionsbericht aus 1884) schon im GmbH-rechtlichen Teil oben S 551 ff.

4527 Dazu oben S 1087 ff bzw S 1091 ff.

4528 S aber zur (latenten) Schutzimplikation des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG noch unten S 1165 ff.

4529 S 1161 ff.

4530 Vgl idZ *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 32; *Hölters/Hölters* in *Hölters/Weber*, AktG⁴ § 93 Rz 12 („Leitungsfunktion“); *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33 (67); *Binder*, Grenzen 201 f, 353, 357 und *passim*; *Mack*, Regresshaftung 122; *Kilian*, Reform 161 f; s dazu oben bei Fn 4192; abl *G. M. Hoffmann*, NJW 2012, 1393 (1395): „Worthülse“.

Satz 3 AktG; § 93 Abs 5 Satz 3 dAktG) vom Kapitalschutz (so heute noch § 43 Abs 3 Sätze 2 f dGmbHG und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG) auf alle sonstigen Ersatzansprüche wegen zumindest grob fahrlässiger Schädigung ausgedehnt, weil der „gesteigerten Macht“⁴⁵³¹ und „gehobeneren Stellung“⁴⁵³² des Vorstands „auch eine erhöhte Verantwortlichkeit entsprechen“ müsse.⁴⁵³³ Wie oben zu § 84 Abs 5 AktG schon ausgeführt, war diese Ausweitung der Dispositionsbeschränkungen mE jedoch verfehlt, weil die „Leitungsautonomie“ (Weisungsfreiheit) nur die Weisungsinitiative von der HV zum Vorstand (vgl § 103 Abs 2 AktG; § 119 Abs 2 dAktG) verschiebt, aber kein zusätzliches Gläubigerschutzbedürfnis eröffnet. Die Verschärfung der (indisponiblen) Haftung zugunsten der Gläubiger aufgrund der Eigenverantwortlichkeit des Vorstands war daher ungerechtfertigt. Aus dieser Wertung sind folglich auch keine weiteren Schlüsse zu ziehen – etwa auf den zwingenden Charakter der Haftung und die daraus folgende generelle Unzulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen (dazu noch unten)⁴⁵³⁴. Demgemäß spricht die bloße (wenn auch ausgedehnte) Beschränkung der Disponibilität *ceteris paribus* (vorbehaltlich anderer Argumente als der Eigenverantwortlichkeit) zunächst dafür, dass abstrakte Vorausdispositionen unter dem Aspekt des Gläubigerschutzes eben nur entsprechend stärker eingeschränkt, aber nicht ganz unwirksam zu sein brauchen. Dasselbe folgt aus den Dispositionsbeschränkungen (Widerspruchsrechten) zum Schutz einer Aktionärsminorität gem § 43, § 84 Abs 4 Satz 3 AktG (§ 50, § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG) und aus der gründungsrechtlichen Sperrfrist zum Schutz künftiger Aktionäre gem § 43 AktG (§ 50 dAktG). All diese Dispositionsbeschränkungen wären überflüssig, wenn die Haftung ohnedies umfassend zwingend wäre – dann wären nämlich jegliche Dispositionen von vornherein ausgeschlossen. Auch deshalb kann § 84 AktG (§ 93 dAktG) nicht schlechthin zwingendes Recht sein. Allein die (allgemeine) Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG

4531 AmltBegr AktG 1937/1938 155 (abgedr auch bei *Klausing*, AktG 3): „Der gesteigerten Macht des Vorstands entspricht eine verschärfte Verantwortlichkeit gegenüber den Aktionären und Gläubigern der Gesellschaft.“

4532 AmltBegr AktG 1937/1938 180 (abgedr auch bei *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 656; *Klausing*, AktG 71).

4533 Insoweit geht der Verweis von *Kilian* (Reform 162 Fn 1041 f) auf den Willen des historischen Gesetzgebers und auf die zit. Materialienstelle fehl, denn die Verschärfung der Haftung bestand nur in einer Ausweitung des Anwendungsbereichs der Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG. Die Mat sind kein Beleg für den grundsätzlich (umfassend) zwingenden Charakter des § 84 AktG. Im Gegenteil: Die (bloße) Beschränkung von Dispositionen zum Schutz der Gläubiger impliziert, dass solche Dispositionen zumindest grundsätzlich zulässig sind, was aber nicht möglich wäre, wenn die Haftung ohnedies zwingend wäre. Die Unzulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen ließe sich allenfalls mit einer anderen Qualität von Vorausdispositionen begründen, die in § 84 Abs 5 Satz 3 AktG nicht berücksichtigt ist. Auch das ist aber – aus den schon im GmbH-Teil angeführten Gründen – abzulehnen (dazu noch unten S 1165 ff).

4534 S schon oben S 819 ff und noch unten S 1165 ff.

scheint zu implizieren, dass die Vorstandshaftung tatsächlich umfassend zwingend sei. Das liegt aber – wie oben schon ausf. dargelegt – nur daran, dass die Sperrfrist irrtümlich geschaffen wurde und deshalb gerade mit den zuvor genannten Dispositionsbeschränkungen in unauflösbarem Widerspruch steht. Hierzu kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.⁴⁵³⁵

Soweit die indisponible Haftung Aktionärsinteressen schützen soll, liegt dem offenbar die Prämisse zugrunde, dass die Aktionäre (anders als GmbH-Gesellschafter) durch die eigenverantwortliche Leitungskompetenz des Vorstands zusätzlich gefährdet wären.⁴⁵³⁶ Diese Prämisse trifft jedoch nicht zu. Denn wie erwähnt verschiebt die Eigenverantwortlichkeit nur die Initiative der Weisungsbefugnis von der HV zum Vorstand. Damit verlor die HV zwar weitgehend ihre Einwirkungsmöglichkeit auf die laufende Geschäftsführung, eine zusätzliche, haftungsrelevante Gefährdung ist dadurch aber nicht entstanden. Die gesetzlichen Sorgfalts- und Verhaltenspflichten sowie die daran anknüpfende Haftung sind – hier wie da – Ausfluss der Stellung des Vorstands als Verwalter fremden Vermögens und schützen die Aktionäre vor den (mit jeder Fremdgeschäftsführung verbundenen) Gefahren eines *Principal-agent*-Konflikts.⁴⁵³⁷ Der Sorgfaltsmaßstab repräsentiert gerade die präsumtiven Sorgfalterwartungen der Aktionäre; durch den Wegfall der Weisungsinitiative können die Aktionäre nur nicht mehr von sich aus von dieser typisierenden Sorgfalterwartung dispensieren, weshalb die Haftung für Verletzungen der gesetzlichen Sorgfalt – wenn überhaupt – strenger geworden sein dürfte.⁴⁵³⁸ Die Verlagerung der Initiative für Dispositionen darf somit nicht verwechselt werden mit der Disponibilität selbst. Zwar kann die HV nur über Geschäftsführungsmaßnahmen entscheiden, wenn der Vorstand (oder Aufsichtsrat) es verlangt (§ 103 Abs 2 AktG; § 119 Abs 2 dAktG). Liegt ein solches Verlangen aber einmal vor, kann die HV (insoweit wie die GmbH-Generalversammlung) wirksam über die Haftung disponieren (vgl. § 84 Abs 4 Satz 1 AktG; § 93 Abs 4 Satz 1 dAktG).⁴⁵³⁹ Desgleichen kann sie in den Grenzen des Gläubiger- und Minderheitenschutzes auf Ersatzansprüche verzichten oder sich darüber vergleichen (sieht man von der planwidrigen Sperrfrist ab). Und auch wenn man in der Eigenverantwortlichkeit des Vorstands entgegen dem Gesagten einen Grund für die (anderweitige) Ausdehnung des Aktionärsschutzes sehen wollte,⁴⁵⁴⁰ wäre nicht ersichtlich, wie-

4535 S oben S 950 ff und S 1087 ff.

4536 IdS wohl etwa *Binder*, Grenzen 201 f, 353, 357 und *passim*.

4537 Vgl etwa *Eßwein*, Privatautonome Gestaltung 71 ff mwN; *Kutscher*, Organhaftung 28 ff; *Dose*, Aktionärsklage 41 ff; *Schug*, Risikoeinschränkung 44 f.

4538 S idZ schon iZm § 84 Abs 5 AktG oben bei Fn 3261.

4539 S dazu schon iZm der Haftungsfreistellung durch HV-Beschluss (§ 84 Abs 4 Satz 1 AktG) oben S 892 ff bei Fn 3520.

4540 So sah es noch die Akademie für Deutsches Recht bei der Ausarbeitung des dAktG 1937 (näher dazu oben S 950 ff und S 1010 ff). Rechtspolitisch ist das mE wie erwähnt nicht nachvollziehbar. Die Verschärfungstendenzen der Akademie

so die Aktionäre dann nicht *trotzdem* nach allgemeinen Grundsätzen (Privatautonomie) über diesen (ihren) Schutz innerhalb der Sittenwidrigkeitsgrenze (und unter Wahrung des Individual-, Minderheiten und Gläubigerschutzes) disponieren können sollen. Der Individual- und Minderheitenschutz verlangt auch in der AG nicht mehr als die Möglichkeit der Mitbestimmung des Aktionärs bzw der Aktionärs minderheit (nicht aber die gänzliche Unwirksamkeit von Dispositionen über die Vorstandshaftung).

Zusammenfassend ist die Haftung gem § 84 AktG (§ 93 dAktG) nicht (umfassend) zwingend, insb nicht wegen der Eigenverantwortlichkeit und Weisungsfreiheit des Vorstands. Eine andere Frage ist, ob die Haftung insofern zwingend ist, als sie (nur) durch abstrakte Voraussetzungen nicht gemildert werden kann – mit dieser Frage befindet man sich jedoch wieder im Gleichklang mit dem GmbH-Recht, für das die grundsätzliche Möglichkeit von Haftungsmilderungen zutr bejaht wird. Demgemäß sind auch im Aktienrecht abstrakte Haftungsmilderungen innerhalb der Grenzen zwingenden Rechts zulässig. Es bleibt nur die (Folge-)Frage zu klären, ob diese zwingenden Grenzen im Aktienrecht anders verlaufen als im GmbH-Recht (dh, ob es weitere Schranken gibt; dazu sogleich unten).

3. Keine Verschiedenbehandlung wegen der umfassenden Vermögensbindung im (deutschen) Aktienrecht

Der nächste Einwand bezieht sich unmittelbar nur auf das deutsche Aktienrecht und sein Verhältnis zum dGmbHG, er wurde aber in ähnlicher Form auch schon zum öGmbHG (im Verhältnis zum dGmbHG) behandelt, worauf hier auch verwiesen werden kann.⁴⁵⁴¹ So wird gegen die grundsätzliche Gleichbehandlung der Vorstands- mit der Geschäftsführerhaftung vorgebracht, dass zwischen GmbH und AG erhebliche Unterschiede bestehen in Bezug auf die

dürften denn auch eher von einem diffusen Streben nach besonderer (auch pathetischer) Hervorhebung der Verantwortung des „Führers“ der AG getragen gewesen sein als von dem Bemühen um eine systematisch-kohärente Berücksichtigung konkreter Schutzinteressen. In jedem Fall sah die Akademie als (dokumentierte) Verschärfungen nur vor (i) den Sorgfaltsmaßstab (der nach damaliger Ansicht gegenüber dem älteren Aktienrecht [und damit gegenüber § 25 Abs 1 GmbHG und § 43 Abs 1 dGmbHG] materiell strenger sein sollte [s Fn 3157]), (ii) die Beweislastumkehr und (iii) die erweiterte indisponible Haftung zugunsten der Gläubiger (§ 84 Abs 5 Satz 3 AktG [§ 93 Abs 5 Satz 3 dAktG]) (s schon Fn 3707); die Entstehungsgeschichte der Sperrfrist ist im Detail unklar. Gerade aus § 84 Abs 5 Satz 3 AktG folgt außerdem wie erwähnt, dass die Vorstandshaftung *e contrario* grundsätzlich disponibel ist (s oben im Fließtext).

⁴⁵⁴¹ Vgl oben S 280 ff zu dem Argument, dass die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG (entspr der öhM) weiter reichen würden als die deutsche Parallelnorm (§ 43 Abs 3 Sätze 2 f dGmbHG), weil das öGmbHG im Vergleich zum dGmbHG eine umfassendere Vermögensbindung normiere.

Möglichkeiten der Gesellschafter, über das Gesellschaftsvermögen zu verfügen.⁴⁵⁴² Während bei der GmbH aus § 43 Abs 3 Satz 2 dGmbHG *e contrario* folge, dass die Gesellschaft im Übrigen auf Ersatzansprüche gegen ihre Geschäftsführer verzichten oder sich darüber vergleichen darf, unterliegen Verzicht und Vergleiche in der AG erheblichen Beschränkungen: Nach § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG sind Verzicht und Vergleiche nur nach drei Jahren ab Entstehung des Ersatzanspruchs möglich und auch dann nur, wenn die HV zustimmt und nicht eine Minderheit widerspricht. Auch die Kapitalerhaltung sei in der AG strenger als in der GmbH. Während in der GmbH das Gesellschaftsvermögen nur bis zur Stammkapitalziffer gebunden sei, dürfe in der AG nur der Bilanzgewinn ausgeschüttet werden. Der Gläubigerschutz in der AG sei damit auch durch die Kapitalschutzvorschriften stärker als in der GmbH. Diese Unterschiede ließen – so die Argumentation – insgesamt die Aussage zu, dass in der AG das Gesellschaftsvermögen unabhängig vom dem Zweck, zu dem es verfügt werden kann, anders als in der GmbH einer umfassenden Bindung unterliege, auch im Dienst des Gläubigerschutzes.⁴⁵⁴³

Richtig ist daran zunächst, wie schon erwähnt, dass die Haftungsfreistellung durch Verzicht, Vergleich oder Weisung im Aktienrecht weitergehenden und zT anderen Dispositionsbeschränkungen unterliegt als im GmbH-Recht. Das gilt vor allem für den Anlegerschutz aufgrund der (gründungsrechtlichen) Sperrfrist (§ 50 dAktG). Die Dispositionsbeschränkungen zugunsten der Gläubiger (§ 93 Abs 5 Satz 3 dAktG) erfassen wie erwähnt nicht nur Ersatzansprüche aus § 93 Abs 3 dAktG (vgl § 43 Abs 3 dGmbHG), sondern darüber hinaus auch alle sonstigen Ersatzansprüche wegen groben Verschuldens (§ 93 Abs 5 Satz 2 Hs 1 dAktG).⁴⁵⁴⁴ Zum Schutz der Minderheitsaktionäre ist ein Verzicht oder Vergleich nur zulässig, wenn (neben einer HV-Zustimmung) nicht eine Minderheit von 10% des Grundkapitals Widerspruch erhebt. Dieses Recht war ursprünglich zur Absicherung des Minderheitsverlangens gem § 147 Abs 3 dAktG aF (entspricht iW § 134 öAktG) konzipiert, hat mit der Rechtsentwicklung jedoch nicht schrittgehalten und ist wegen seines (viel) zu hohen Quorums für die Absicherung des heutigen § 148 dAktG unzureichend.⁴⁵⁴⁵ Während im öGmbHG (nach der hier vertretenen Auffassung) die aktienrechtlichen Widerspruchsrechte analog zur Absicherung des Klagerechts gem § 48 GmbHG (das dem Aktienrecht nachempfunden ist) anzuwenden sind,⁴⁵⁴⁶ wird der erforderliche Minderheitenschutz im dGmbHG (das von vornherein auf einen gesetzlichen Minderhei-

4542 Vgl *Binder*, Grenzen 202 ff.

4543 *Binder*, Grenzen 206.

4544 Dazu krit oben S 819 ff.

4545 Vgl nur *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 312 mwN; *Schug*, Risikoeinschränkung 108; *N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung 166; zur insoweit ähnlichen Rechtslage in Österreich oben S 752 ff.

4546 Dazu oben S 190 ff.

tenschutz verzichtete)⁴⁵⁴⁷ durch die Beschlussanfechtung am Maßstab der Treuepflicht erreicht.⁴⁵⁴⁸ Auch hier geht es aber um dasselbe Schutzziel (Minderheitenschutz), das (aus historischen Gründen) lediglich auf unterschiedlichem Wege erreicht wird. Der wesentliche Unterschied zwischen GmbH- und Aktienrecht liegt freilich in der Sperrfrist gem § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG, die Verzichte und Vergleiche binnen drei Jahren überhaupt zur Gänze ausschließt – eine Bestimmung, die dem GmbH-Recht fremd ist. Oben wurde allerdings dargelegt,⁴⁵⁴⁹ dass die Sperrfrist (da sie auf einem gesetzgeberischen Irrtum beruht) systemwidrig ist, dass zudem auch die Nachrationalisierung des Gesetzgebers des dAktG 1965 mit dem Schutz vor übereilten Verfügungen wertungswidersprüchlich ist, folglich diese Wertung nicht verallgemeinert werden darf und demgemäß (auch) nicht einer abstrakten Vorausbeschränkung der Vorstandshaftung entgegensteht (das weitere Argument der Satzungsstrenge bleibt iZm dem hier behandelten Argument außer Betracht). Folglich sind abstrakte Haftungsmilderungen im Aktienrecht (vorbehaltlich einer genaueren Untersuchung der aktienrechtsspezifischen Dispositionsbeschränkungen; s. sogleich unten) grundsätzlich – wenn auch in engeren Grenzen – *ebenfalls* wirksam, nämlich insb *in puncto* Gläubigerschutz (nur) im Bereich leichter Fahrlässigkeit außerhalb des § 93 Abs 3 dAktG (vgl § 93 Abs 5 Satz 2 Hs 1 dAktG *e contrario*). Sieht man all das anders und verallgemeinert die Wertung, die der Sperrfrist zugrunde liegt (Übereilungsschutz), ist eine Beschränkung der Vorstandshaftung mit diesem Argument tatsächlich ausgeschlossen.⁴⁵⁵⁰ Bis hierhin ist die oben referierte Argumentation auch zumindest folgerichtig.

Zu unterscheiden von den gesetzlichen Beschränkungen der Dispositionen über die Vorstandshaftung ist indes der Aspekt der Vermögensbindung. Obwohl sich beide Bereiche abstrahierend unter dem Titel „Möglichkeiten der Verfügung über das Gesellschaftsvermögen“ zusammenfassen ließen, geht es bei der Vermögensbindung nicht um jedweden Abfluss von Gesellschaftsvermögen (bei Dispositionen über Organhaftungsansprüche letztlich an die Organmitglieder), sondern um die Frage, unter welchen Voraussetzungen Gesellschafts-

4547 Die Gesetzesverfasser des GmbHG hielten einen gesetzlichen Minderheitenschutz zunächst für entbehrlich, weil – wegen des typischerweise kleinen Gesellschafterkreises – „[d]ie Wahrung des Interesses der Gesellschaft als solcher und ihrer Mitglieder [...] den Beteiligten selbst überlassen bleiben [kann]“ (AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII [1890–92], Nr 660 3734). Den erforderlichen Schutz entwickelten Lehre und Rsp erst später durch Rechtsfortbildung (insb wie erwähnt die Treuepflicht). Auch die RV des öGmbHG sah noch keinen Minderheitenschutz vor; erst die Herrenhauskommission schuf derartige Normen (darunter § 48 GmbHG), weil die GmbH (ausnahmsweise) auch kapitalistisch ausgestaltet sein könne und sich dadurch „in ihrer Struktur der Aktiengesellschaft nähere“ (HHB I 272 BlgHH 17. Session 1905 12). S. näher zur Entwicklung des Minderheitenschutzes in der GmbH oben S 133 ff.

4548 Dazu oben S 133 ff insb bei Fn 647 ff.

4549 Dazu oben S 989 ff und S 1076 ff.

4550 IdS auch *Binder*, Grenzen 190 ff, 207 ff.

vermögen *an die Gesellschafter* zurückfließen darf. Ein solcher Rückfluss ist zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger nur beschränkt möglich. Diese Voraussetzungen sind – wie oben beschrieben – im Aktienrecht (und übrigens auch im öGmbHG) tatsächlich strenger als im dGmbHG.⁴⁵⁵¹ Und da die Vermögensbindung die Gläubiger schützt, müssen Dispositionen über Ersatzansprüche aus ihrer Verletzung zum Schutz der Gläubiger auch eingeschränkt sein. Insoweit ist die strengere Vermögensbindung bei der Disponibilitätsfrage allerdings gar nicht „sichtbar“, weil sie bereits in § 93 Abs 3 dAktG (iVm § 57 dAktG) enthalten ist, sodass sich die Dispositionsbeschränkungen gem § 93 Abs 5 Satz 3 dAktG – insofern nicht anders als in § 43 dGmbHG – (weiterhin nur) auf § 93 Abs 3 dAktG beziehen können. Die strengere Vermögensbindung ändert nur den Inhalt des § 93 Abs 3 dAktG, aber nicht die Reichweite der Dispositionsbeschränkungen. Aus der (strengeren) Vermögensbindung folgt dagegen *nicht*, dass Verzichte und Vergleiche außerhalb des § 93 Abs 3 dAktG weitergehend eingeschränkt sein müssten. Das Gegenteil ist der Fall: Die Vermögensbindung ist gerade der Grund, weshalb Dispositionen der Gesellschaft über die übrige Vorstandshaftung (dh außerhalb § 93 Abs 3 dAktG) *nicht* zum Schutz der Gläubiger indisponibel sein müssen. Dieses mittelbare Gläubigerschutzkonzept qua Interessenkongruenz wird freilich (mE eben zu Unrecht)⁴⁵⁵² dadurch negiert, dass § 93 Abs 5 dAktG sich seit dem dAktG 1937 über § 93 Abs 3 dAktG hinaus auf sonstige Ersatzansprüche wegen grob schuldhafter Schädigung bezieht. Da die Gesellschafter aber durch die Vermögensbindung im Umgang mit dem Gesellschaftsvermögen (dh auch mit Ersatzansprüchen) „diszipliniert“ werden und dadurch inzident auch die Gläubigerinteressen wahrnehmen (Interessenkongruenz), müssten sie nach dem gesetzlichen Konzept eines mittelbaren Gläubigerschutzes frei über die Vorstandshaftung verfügen können. Dieser Zusammenhang zwischen Vermögensbindung und Disponibilität der (übrigen) Vorstandshaftung dürfte sogar umso stärker sein, je strenger die Vermögensbindung ist, weil durch eine strengere Vermögensbindung tendenziell mehr Eigenkapital gebunden wird. Demgemäß spricht die strengere Vermögensbindung nicht gegen, sondern – wenn überhaupt – tendenziell *für* die Disponibilität der Vorstandshaftung im verbleibenden Bereich.⁴⁵⁵³ Vollständig verdeckt wird dieser Zusammenhang allerdings durch die Sperrfrist, die implizit alle Ansprü-

4551 Zu den Gründen EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904 89 und schon näher oben S 280 ff bei Fn 1200.

4552 Dazu krit oben S 819 ff.

4553 Die behauptete Indisponibilität der Haftung lässt sich daher nicht durch die (strengere) Vermögensbindung begründen. Sie ließe sich (allenfalls) nur damit begründen, dass die Disziplinierungswirkung und damit das mittelbare Schutzsystem – *trotz* der (strengeren) Vermögensbindung – in der AG nicht (mehr) funktioniert. Dafür gibt es mE jedoch keine Anhaltspunkte (s dazu schon oben S 819 ff). Vgl auch allg zum Zusammenhang zwischen der Vermögensbindung und dem Anwendungsbereich der gläubigerschützenden Dispositionsbeschränkungen (§ 25 Abs 5 und 7 GmbHG) zur GmbH oben S 280 ff insb bei Fn 1203.

che aus § 93 dAktG für zwingend erklärt. Damit verstößt sie aber wie erwähnt insb gegen die Wertung des § 93 Abs 5 Satz 3 dAktG: Selbst, wenn man der Sorgfaltspflicht und Haftung der Vorstandsmitglieder (insofern die mittelbare Schutzwirkung der Interessenkongruenz verkennend) einen umfassenden Gläubigerschutzzweck zuschriebe, könnte die indisponible Haftung aus Gründen der Verhaltenssteuerung (Gewährleistung der nötigen Risikobereitschaft der Vorstandsmitglieder) auf keinen Fall weiter reichen als bis grobe Fahrlässigkeit (außerhalb des Vermögensschutzes).⁴⁵⁵⁴

Zusammenfassend spricht gegen eine Gleichbehandlung des GmbH- und Aktienrechts auch nicht, dass die Vermögensbindung im Aktienrecht strenger ist als im GmbHG-Recht.⁴⁵⁵⁵ Der Verweis auf die (strengere) Vermögensbindung wäre für das referierte Argument richtig besehen gar nicht nötig. Vielmehr entwertet die Vermögensbindung sogar jene Argumente, aus denen *tatsächlich* (im Fall der Sperrfrist freilich nur scheinbar) eine Einschränkung der grundsätzlichen Disponibilität der Vorstandshaftung folgt. Es handelt sich somit entgegen dem ersten Anschein im Hinblick auf die Disponibilitätsfrage nicht um komplementäre, sondern um konträre Argumente.

F. (Aktienrechtliche) Dispositionsschranken und (rest-)disponibler Bereich

Soeben wurde dargelegt, dass die Vorstandshaftung wertungsmäßig im Wesentlichen mit der Geschäftsführerhaftung in der GmbH übereinstimmt und deshalb im Aktienrecht grundsätzlich auf die Lit, Rsp und Sachargumente zur Geschäftsführerhaftung zurückgegriffen werden kann. Gleichwohl gibt es einige – oben schon angesprochene – aktienrechtliche Unterschiede, die es dabei im Auge zu behalten gilt. Zum Teil sind diese Unterschiede schon in der (historischen) konzeptionellen Rechtsformausrichtung angelegt (kein Anlegerschutz in der GmbH). Zum Teil sind sie aber auch dadurch bedingt, dass sich die historische Verklammerung beider Rechts-

⁴⁵⁵⁴ Dazu iZm der Sperrfrist oben insb S 1050 ff mwN.

⁴⁵⁵⁵ In ihrer Schlussfolgerung stützt sich *Binder* (Grenzen 205 f) auf Gläubigerinteressen. Damit ist wohl nicht die Sperrfrist gemeint, der *Binder* (aaO 210) soweit ersichtlich nicht den Gläubigerschutz als Normzweck zuschreibt. Soweit damit auf die Dispositionsbeschränkungen zugunsten der Gesellschaftsgläubiger gem § 93 Abs 5 Satz 3 dAktG rekurriert wird, folgt daraus nur eine (weitergehende) Einschränkung der grundsätzlichen Disponibilität (dh eine geringere Restdisponibilität der Vorstandshaftung), aber keine gänzliche Unwirksamkeit abstrakter Vorausdispositionen; im Übrigen folgt daraus die prinzipielle Wertungsparallelle mit dem GmbH-Recht, wo es eine funktional identische Bestimmung mit (lediglich) schmälerem Anwendungsbereich gibt. Soweit *Binder* aber mit dem Hinweis auf Gläubigerinteressen (auch) auf die strengere Vermögensbindung im Aktienrecht rekurriert, ist dieses Argument, wie dargestellt, ein *non sequitur* und deshalb abzulehnen.

formen im Laufe der Zeit durch eigenständige Novellen (insb der Vorstands-haftung) zunehmend gelockert hat. Vor allem das AktG 1937/1938 hat die Organisationsverfassung durch die Abschaffung der Weisungsgebundenheit des Vorstands tiefgreifend umgestaltet und (korrespondierend) auch die Haftungsverfassung geändert, insb durch eine Ausweitung des indisponiblen Gläubigerschutzes gem § 84 Abs 5 AktG (§ 93 Abs 5 dAktG) und durch die Schaffung der Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG (§ 93 Abs 4 Satz 3 dAktG). Im Folgenden werden die – allgemeinen und aktienrechts-spezifischen – Dispositionsschranken für abstrakte Haftungsmilderungen nach Schutzinteressen gegliedert dargestellt. Aus ihnen kann dann (wie im GmbH-Recht) jeweils auf einen disponiblen Restbereich der Vorstandshaftung geschlossen werden, innerhalb dessen abstrakte Vorausdispositionen zulässig und wirksam sind.

1. Allgemeine Dispositionsschranke: § 879 ABGB (§ 276 Abs 3 BGB) – Selbstschutz des Disponierenden

Die allgemeine Sittenwidrigkeitsschranke für Vorausdispositionen über die Haftung gilt subsidiär im Aktienrecht. Daher sind (auch hier) Haftungsmilderungen in Bezug auf Ersatzansprüche wegen vorsätzlicher (oder krass grob fahrlässiger) Schädigung gem § 879 ABGB unwirksam (vgl für Deutschland ausdr § 276 Abs 3 BGB).

2. Besondere Dispositionsschranken

a) Schutz künftiger Aktionäre: § 43 AktG

Anders als im GmbH-Recht spielt im Aktienrecht wie erwähnt auch der Schutz künftiger Aktionäre (Anlegerschutz) eine Rolle. Grund dafür ist die Handelbarkeit der Aktien und die damit einhergehenden Missbrauchspotenziale; vor allem die Möglichkeit, die Aktien nach der Gründung an das Publikum loszuschlagen. Schon der Reformgesetzgeber von 1884 normierte als Reaktion auf die damaligen Schwindelgründungen eine Reihe strenger Gründungsvorschriften, die im Wesentlichen noch heute gelten. Was die Disponibilität der Gründungshaftung angeht, gilt zum Schutz künftiger Aktionäre auch heute noch eine Sperrfrist für Verzichte und Vergleiche betreffend Ersatzansprüche aus dem Gründungsstadium (§ 43 AktG; § 50 dAktG). Sie soll verhindern, dass sich die Gründer, die die Gesellschaft binnen dieses Zeitraums präsumtiv noch kontrollieren, für ihre Gründungspflichten selbst Entlastung erteilen (lassen) oder die Organmitglieder von der Haftung entbinden. Aus demselben Grund verlangt das Gesetz auch die Zustimmung der HV. Im Ein-

zelen kann auf die Ausführungen zu § 43 AktG verwiesen werden.⁴⁵⁵⁶ Im Ergebnis ist der Ausschluss oder die Beschränkung der Haftung (auch der Organmitglieder) aus § 41 AktG gem § 43 AktG im Voraus unheilbar unwirksam (und wird auch nicht nach Ablauf der Sperrfrist wirksam).

Weitere aktienrechtsspezifische Einschränkungen ergeben sich dagegen, wie oben⁴⁵⁵⁷ bereits dargelegt, nicht etwa aus einem Schutz künftiger Aktionäre vor unüblichen Vereinbarungen (daraus ergibt sich aber sehr wohl die Satzung als zwingender Regelungsort). Das gilt freilich nur für das österreichische Aktienrecht, denn in Deutschland gilt der Grundsatz der Satzungsstrenge (§ 23 Abs 5 dAktG), der von der einhelligen Lehre gerade mit der „Standardisierungsthese“ plausibilisiert wird.⁴⁵⁵⁸ Dagegen ist eine Satzungsstrenge iSe formalen Regel-Ausnahme-Verhältnisses im hiesigen Aktienrecht nicht verwirklicht, sodass die Disponibilität einer Norm ganz allgemein durch Auslegung zu ermitteln ist. Und dabei ist nach der hier vertretenen Auffassung ein Interesse künftiger Aktionäre an der „Standardisierung“ der Mitgliedschaft nicht zulasten der grundsätzlichen Disponibilität in Anschlag zu bringen. Denn der Gesetzgeber trägt diesem Interesse nicht durch Nichtigkeit Rechnung, sondern durch die gebotene Publizität materieller Satzungsbestandteile in der Satzung.⁴⁵⁵⁹ Auch bei börsennotierten AG besteht mE kein Anlass (und angesichts der prinzipiellen Privatautonomie auch keine Rechtfertigung) für weitergehende Einschränkungen der grundsätzlichen Dispositionsfreiheit. Gegen eine weitergehende Einschränkung bei börsennotierten Gesellschaften spricht auch, dass jene deutschen Autoren⁴⁵⁶⁰, die sich *de lege ferenda* für die Möglichkeit statutarischer Haftungsmilderungen stark machen, durchwegs nicht nach der Börsennotiz oder sonst nach der realtypischen Ausgestaltung unterscheiden. Vielmehr sieht man das entscheidende Kriterium in der hinreichenden Transparenz und Publizität solcher Vereinbarungen.⁴⁵⁶¹ So fasste der 70. DJT im Jahr 2014 folgenden Be-

4556 S oben S 681 ff.

4557 S oben S 1141 ff.

4558 S dazu oben im Kap zur Satzungsstrenge bei Fn 4216 mwN.

4559 Dazu schon iZm der Satzungsstrenge oben S 1141 ff.

4560 Vgl *Bachmann*, Gutachten E zum 70. DJT E 58 ff; *Hopt/Roth* in *Großkomm AktG*⁵ § 93 Rz 47, 401; *Krieger in Krieger/U. H. Schneider*, *Hdb Managerhaftung*³ Rz 3.45; *dens* in *RWS-Forum Gesellschaftsrecht* 1995/1996, 149 (162); *Vetter*, *NZG* 2014, 921 ff, wonach sich der Vorschlag der Gewährung von Gestaltungsfreiheit bei der Regelung der Organhaftung unabhängig davon verstehe, ob die Gesellschaft börsennotiert ist, oder nicht (aaO 923 f); *Habersack*, *ZHR* 177 (2013) 782 (803 f); *Reichert*, *ZHR* 177 (2013) 756 (780); *G. Wagner*, *ZHR* 178 (2014) 227 (277); *Haarmann* in *FS Hugel* 93 (106 ff); *Bayer/P. Scholz*, *NZG* 2014, 926 ff; zwf aber *Bayer*, *NJW* 2014, 2546 (2547 f), demzufolge sich das deutsche Aktienrecht bewusst für das Modell gesetzlich standardisierter Satzungen entschieden habe.

4561 Vgl etwa *Vetter*, *NZG* 2014, 921 (923 f), nach dem eine Differenzierung zwischen kapitalmarktorientierten und börsfernen AG (wie in der Deregulierungsdebatte) für die Frage der Organhaftung ohne Belang sei, weil infolge der transparenten Satzungs-

schluss: „Es sollte im Grundsatz unter Wahrung berechtigter Informationsinteressen möglich sein, die aktienrechtliche Innenhaftung der Organmitglieder durch die Satzung zu begrenzen.“⁴⁵⁶² Deshalb sprechen tatsächlich gute Gründe dafür, dass dem informationellen Schutz künftiger Aktionäre durch die Vereinbarung abstrakter Haftungsmilderungen in der Satzung (materielle Satzungsbestandteile) Genüge getan wird.⁴⁵⁶³ Dabei handelt es sich nämlich zweifellos um „für das Wesen der Gesellschaften [...] wichtige Abweichungen von Naturalien der gewöhnlichen Art“.⁴⁵⁶⁴

Zusammenfassend werden künftige Aktionäre im Aktienrecht daher (nur) im Anschluss an die Gesellschaftsgründung und durch die Sperrfrist gem § 43 AktG (§ 50 dAktG) geschützt.

b) Individual- und Minderheitenschutz: §§ 195 ff bzw § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG

Der Minderheitenschutz liegt in der (österreichischen) AG wie erwähnt nicht anders als im GmbH-Recht. Denn nach der hier vertretenen Auffassung sind zur Absicherung des Minderheitsklagerechts gem § 48 GmbHG die aktien-

regelung Schutzinteressen gegenwärtiger und künftiger Aktionäre sowie der Gläubiger nicht berührt würden. Die mit der Börsennotiz typischerweise verbundene Erwartung des Kapitalmarkts nach Standardisierung der Aktie und des Regelwerks der AG verlange nicht zwingend eine einheitliche Organhaftung. Für die Einbeziehung börsenotierter AG spricht nach *Bachmann* (Gutachten für den 70. DJT E 61) auch, dass exorbitante Haftungsrisiken und damit der Bedarf nach Haftungsmilderungen vor allem bei „großen“ Gesellschaften bestehe, bei denen alternative Steuerungsmittel (Reputationsverlust, Kurseinbußen etc) in größerem Maße korrigierend wirken. Um künftigen Anlegern und potenziellen Vertragspartnern eine aufgeklärte Entscheidung zu ermöglichen, müsse die Haftungsbeschränkung aber deutlich sichtbar im Prospekt und eventuell sogar in der Firma oder auf Geschäftsbriefen ausgewiesen werden. Vgl auch *Reichert*, ZHR 177 (2013) 756 (780).

4562 DJT, Beschlüsse der Abteilung Wirtschaftsrecht des 70. DJT 2014, 2; referierend *Bachmann*, BB 2015, 771 (775 f).

4563 Wie schon zur GmbH ausgeführt (s oben S 665 ff), wird dieses Ergebnis auch durch den Bericht der Reichstagskommission und die AmltBegr zum dGmbHG indiziert, die zwar eine gesetzliche Ermächtigung zu einer statutarischen Herabsetzung der Diligenzpflicht ablehnten, dabei aber offenbar eine solche Regelung im Gesellschaftsvertrag implizit voraussetzten. Vgl Kommissionsbericht ADHGB 1884, in stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages, 5. Legislaturperiode, IV. Session, 1884, 4. Band, Anlage 128, 1009 (1020): „[...] ob die Vorschriften über das Maaß der [...] anzuwendenden Sorgfalt durch Gesellschaftsvertrag abgeändert werden könnten.“ Ähnlich AmltBegr dGmbHG (RT-Drs 1890/1892, Aktenstück Nr 660, S 3750): *Der Entwurf gestattet deshalb auch keine Abschwächung der gesetzlichen Diligenzpflicht durch den Gesellschaftsvertrag*. Vgl allg zum Ersatz inhaltlicher Beschränkungen der Dispositionsfreiheit durch prozedurale Vorgaben (insb Informationspflichten) *Möslein*, Dispositives Recht 166 ff mwN.

4564 AmltBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 496.

rechtlichen Widerspruchsrechte gem § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG analog auf die GmbH anzuwenden. In ihrem unmittelbaren (aktienrechtlichen) Anwendungsbereich dienen die Widerspruchsrechte der Absicherung des Minderheitsverlangens gem § 134 AktG. Auf die Ausführungen dazu kann verwiesen werden.⁴⁵⁶⁵ Im Ergebnis sind abstrakte Haftungsmilderungen (auch in der AG) nur wirksam, wenn nicht eine gem § 134 AktG verfolgungsberechtigte Aktionärsminorität Widerspruch erhebt. Unabhängig davon kann jeder Aktionär einen gesetz- oder statutenwidrigen Beschluss nach allgemeinen Regeln anfechten. Im Übrigen kann auf die entsprechenden Ausführungen zur GmbH verwiesen werden.

c) Gläubigerschutz: § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (analog)

Der Gläubigerschutz ist im Aktienrecht (seit dem AktG 1937/1938) wie erwähnt umfassender als im GmbH-Recht: Während sich die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG nach mE zutr Ansicht nur auf den Kapitalschutz (§ 25 Abs 3 GmbHG) beziehen – und nur punktuell darüber hinaus *per analogiam* auf weitere einzelne Gläubigerschutzpflichten iZm dem Vermögensschutz –, hat das AktG 1937/1938 die entsprechenden Dispositionsbeschränkungen samt dem Verfolgungsrecht der Gläubiger (vormals § 241 Abs 4 dHGB 1897) über den Kapitalschutz (§ 84 Abs 3 AktG) hinaus ausgeweitet auf alle sonstigen Ersatzansprüche wegen zumindest grob fahrlässiger Schädigung (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG). Der Gesetzgeber von 1937/1938 begründete diesen (mE freilich fragwürdigen)⁴⁵⁶⁶ Schritt mit der (angeblich) gesteigerten Leitungsautonomie des Vorstands infolge der Einschränkung der HV-Kompetenzen (vgl § 103 Abs 2 AktG; § 119 Abs 2 dAktG). Diese Änderung der Organisationsverfassung hätte nach Ansicht des Gesetzgebers sogar eine umfassende Ausdehnung der im Gläubigerinteresse indisponiblen Haftung auf alle Pflichtverstöße gerechtfertigt. Allerdings hätte eine (indisponible) Haftung auch für jede leicht fahrlässige Schädigung die Risikobereitschaft der Vorstandsmitglieder gehemmt, weshalb der Gesetzgeber die indisponible Haftung mit grober Fahrlässigkeit begrenzt hat. Dementsprechend sind abstrakte Haftungsmilderungen im Aktienrecht – wenngleich mE rechtspolitisch verfehlt⁴⁵⁶⁷ – auch unwirksam außerhalb des Kapitalschutzes

⁴⁵⁶⁵ S oben S 734 ff.

⁴⁵⁶⁶ S krit oben S 819 ff.

⁴⁵⁶⁷ Dazu näher oben S 819 ff. Da systemwidrige Normen grundsätzlich nicht durch extensive oder gar analoge Anwendung zu verallgemeinern sind (vgl allg *Kramer*, Methodenlehre⁶ 244 mwN; *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 440; *P. Bydlinski* in KBB⁷ § 6 Rz 3, § 7 Rz 3 [für Ausnahmegestaltungen]), ist § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG mE nur insoweit zu berücksichtigen, als abstrakte Haftungsmilderungen nicht vom Begriffskern des anwendbaren Tatbestandselements (§ 84 Abs 5 Satz 3 AktG: „*Verzicht oder Vergleich*“ oder „*Beschluß der Hauptversammlung*“) erfasst sind (vgl zum sog Drei-Bereiche-Modell statt vieler *Kramer*, Methodenlehre⁶ 68 ff; *Engisch*,

(§ 84 Abs 3 AktG) im Bereich des § 84 Abs 2 AktG (insb der bloßen Geschäftsführung) bei zumindest grob fahrlässiger Schädigung (bei vorsätzlicher Schädigung sind sie ohnedies sittenwidrig).⁴⁵⁶⁸

Einführung¹² 159 f; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie¹² Rz 167; s zu den von § 84 Abs 5 Satz 3 AktG erfassten Dispositionsarten schon oben S 833 f). Das wird aber wohl eher zu bejahen sein, sofern die abstrakte Vorausdisposition in Form eines Vorausverzichts (Haftungsfreizeichnung) erfolgt (vgl idZ schon Fn 2348). Anderes (Einschränkung auf § 84 Abs 3 AktG) könnte allenfalls gelten, wenn die Vorausdisposition als Einwilligung in die Schädigung konzipiert ist, weil die Gesellschaft dann nicht auf künftige Ersatzansprüche verzichtet, sondern schon von den betreffenden Organpflichten dispensiert (zur Abgrenzung bei Fn 1958).

4568 Das übersieht wohl *Rust* (Der Aufsichtsrat 2014, 36 [37]), der die Gläubigerinteressen schon dadurch gewahrt sieht, dass die Beschränkung der Vorstandshaftung (in Form statutarischer Haftungshöchstgrenzen) nicht den Haftungsbereich des § 93 Abs 3 dAktG erfassen. Im Übrigen ist das Ergebnis von *Rust* auch insofern inkonsistent, als er (auch) der Sperrfrist gem § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG (mE jedoch zu Unrecht) einen Gläubigerschutzzweck beimisst, aber gleichwohl eine analoge Anwendung der Sperrfrist auf Vorausdispositionen nicht in Betracht zieht (obwohl *Rust* immerhin bemerkt, dass der Verzicht durch die Haftungshöchstgrenze „*gewissermaßen prophylaktisch erfolgte*“). Offenbar erkennt *Rust* hier nicht die Schutzzweckimplikation der gesetzlichen Dispositionsbeschränkungen gem § 93 Abs 4 Satz 3 und § 93 Abs 5 Satz 3 dAktG im Hinblick auf die davon erfassten Organpflichten (die Beschränkung von Dispositionen über Ersatzansprüche im Gläubigerinteresse ist nur dann geboten und gerechtfertigt, wenn insoweit die haftungsbegründenden Verhaltenspflichten zwingend im Gläubigerinteresse [Schutzgesetze] angeordnet sind); vielmehr qualifiziert *Rust* § 93 Abs 3 dAktG offenbar nur deshalb als (allein) „*wahrscheinlich regressmäßig nicht begrenzbare*“, weil die Gläubigerschutzfunktion der mit § 93 Abs 3 dAktG korrespondierenden Organpflichten gewissermaßen geradezu offensichtlich ist (wie *Rust* bemerkt: „*weil der Gesetzgeber diesen Pflichten eine hervorgehobene Bedeutung insbesondere für den Gläubigerschutz zugemessen hat*“).

Anders als hier auch *Nicolussi* in *Nueber/Przeszłowska/Zwirschmayr*, Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel 21 (36), nach der die Interessen der Gläubiger durch eine Haftungshöchstgrenze nicht beeinträchtigt würden, weil die Gläubiger ohnehin gem § 84 Abs 5 AktG einen von den Ansprüchen der Gesellschaft unabhängigen, autonomen Ersatzanspruch gegen die Vorstandsmitglieder hätten. Nach mE zutr Ansicht gewährt § 84 Abs 5 AktG den Gläubiger jedoch keinen eigenen Anspruch, sondern (nur) das Recht auf Einziehung des Gesellschaftsanspruchs (Einziehungsermächtigung). S dazu schon oben S 798 ff. Auch nach insoweit abhM ist das Gläubigerrecht zwar materiell-rechtlich ein eigener Anspruch, der aber *in puncto* Bestand und Höhe an den Gesellschaftsanspruch gekoppelt (akzessorisch) ist – andernfalls wären nämlich übrigens die Dispositionsbeschränkungen (die ja Dispositionen über den Anspruch *der Gesellschaft* zum Schutz der Gläubiger in bestimmten Grenzen einschränken) ganz überflüssig (auch dazu oben aaO insb bei Fn 3180); dass über fremde Ansprüche nicht disponiert werden darf, ist nämlich selbstverständlich (und war ausweislich der Mat auch nicht der Gedanke hinter § 84 Abs 5 Satz 3 AktG und dessen Vorgängernormen). Demgemäß berührten auch Haftungshöchstgrenzen (wie jede andere Ausformung einer Haftungsbeschränkung) die Gläubigerinteresse – soweit dieses eben reichen (vgl § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG).

Insoweit steht die allgemeine Vorstandshaftung dem Haftungskatalog des § 84 Abs 3 AktG gleich (freilich eingeschränkt auf grobes Verschulden), weshalb (auch) für diesen Bereich das zu § 25 Abs 3 GmbHG Gesagte gilt. So sind nach der hier vertretenen Auffassung auch abstrakte Vorausdispositionen nicht schlechthin unwirksam, sondern nur, soweit die Gesellschafts-gläubiger von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können (§ 84 Abs 5 Satz 1 AktG).⁴⁵⁶⁹ Trotz der umfassenderen indisponiblen Haftung im Gläubigerinteresse ist darüber hinaus – auch im Aktienrecht – die qualifizierte Haftungsanordnung des § 84 Abs 3 AktG und mit ihr mittelbar auch § 84 Abs 5 AktG analog auf § 14 EKEG anzuwenden, und zwar *unabhängig* vom Verschuldensgrad (dh auch schon bei leichter Fahrlässigkeit und insofern § 84 Abs 3 AktG gleichgestellt). Weiters sind das Verfolgungsrecht und die Dispositionsbeschränkungen analog anzuwenden auf das Verbot existenzgefährdender Maßnahmen (ebenfalls schon bei leichtem Verschulden, das in diesen Fällen freilich wohl in aller Regel nicht gegeben sein wird). Darüber hinaus sind das Verfolgungsrecht und die Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 AktG mE (ebenfalls) unabhängig vom Verschuldensgrad analog anzuwenden auf Ersatzansprüche aus der Verletzung von gründungsspezifischen Organpflichten gem § 41 AktG, weil die Kapitalaufbringungsvorschriften (die historisch allerdings im Zeichen des Anlegerschutzes standen) im Gründungsstadium teleologisch den Kapitalerhaltungsvorschriften gem § 84 Abs 3 AktG gleichstehen. Dieser Analogieschluss schafft auch die wertungsmäßige Kohärenz mit dem GmbH-Recht, das mit § 10 Abs 6 GmbHG eine entsprechende gläubigerschutzorientierte Dispositionsbeschränkung für Ansprüche aus der Verletzung der (im GmbH-Recht freilich gelockerten) Kapitalaufbringungsvorschriften vorsieht (insoweit wirkt sich die Dispositionsbeschränkung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG allerdings faktisch nicht aus, weil Vorausdispositionen über die Haftung gem § 41 AktG aufgrund der Kongruenz von Sperr- und Verjährungsfrist von vornherein ausgeschlossen sind; s hierzu oben beim Schutz künftiger Aktionäre).

Zum GmbH-Recht wird in der überwiegenden (jüngeren) Lehre aus den funktional vergleichbaren Dispositionsbeschränkungen rückgeschlossen, dass die Haftung im verbleibenden Bereich (grundsätzlich) disponibel ist.⁴⁵⁷⁰ Das hieße für das Aktienrecht, dass abstrakte Vorausdispositionen unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes im Bereich leichter Fahrlässigkeit grundsätzlich zulässig wären. Allerdings besteht im Aktienrecht ein gewichtiger konzeptioneller Unterschied zum GmbH-Recht. Denn der Gesetzgeber des AktG 1937/1938 erachtete die neugeschaffene Eigenverantwortlichkeit des Vorstands wie erwähnt sogar als hinreichenden Grund dafür, die im Gläubigerinteresse indisponible Vorstandshaftung auf *alle* Ansprüche außerhalb des § 84 Abs 3 AktG auszudehnen. Er machte wie erwähnt *nur deshalb* bei grober

⁴⁵⁶⁹ S dazu ausf im GmbH-Teil oben S 577 ff.

⁴⁵⁷⁰ S oben insb S 584 ff.

Fahrlässigkeit Halt, weil eine indisponible Haftung auch wegen bloß leichter Fahrlässigkeit die (nötige) Risikobereitschaft des Vorstands hemmen würde. Dieser (eigentlichen) Regelungstendenz liegt die Implikation zugrunde, dass das gesamte Spektrum der Vorstandshaftung unmittelbaren Gläubigerschutz bezwecke. Daher könnte diese Wertung es rechtfertigen, abstrakte Haftungsmilderungen im Aktienrecht *zur Gänze* auszuschließen.⁴⁵⁷¹ Denn der Aspekt der Risikofreudigkeit, der die Begrenzung auf grobe Fahrlässigkeit bedingte, dürfte bei abstrakten Vorausdisposition nicht dasselbe Gewicht haben wie bei den gesetzlich geregelten Dispositionsarten (insb nachträglichen Verzicht),⁴⁵⁷² ging es doch vor allem darum, dass Vorstandsmitglieder trotz beschlossener Entlastung bis zur Anspruchsverjährung weiterhin mit einer Inanspruchnahme rechnen müssen.⁴⁵⁷³ Dagegen dient im GmbH-Recht wie gesagt nur der Kapitalschutz dem unmittelbaren Gläubigerschutz; im übrigen Bereich werden Gläubiger hinreichend *mittelbar* durch die grundsätzliche Interessengleichschaltung aufgrund der „disziplinierenden“ Funktion der Vermögensbindung geschützt.⁴⁵⁷⁴ Wie aber oben schon dargelegt,⁴⁵⁷⁵ war die Ausweitung der indisponiblen Haftung (§ 84 Abs 5 Satz 3 AktG) durch das AktG 1937/1938 auf Basis der (angeblich) gesteigerten Machtfülle des Vorstands ungerechtfertigt, weil die Abschaffung der Residualzuständigkeit der HV nur die Entscheidungsinitiative verschoben, aber kein zusätzliches Gläubigerschutzbedürfnis eröffnet hat. Auch im Aktienrecht hätte außerhalb des § 84 Abs 3 AktG (wie im GmbH-Recht) mittelbarer Gläubigerschutz *qua* typischer Interessenkongru-

4571 IdS wohl *Spindler* in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 31, nach dem § 93 Abs 5 dAktG belege, dass der Anspruch der Gesellschaft auch zugunsten der Gläubiger besteht. Die entspr Diskussion im GmbH-Recht zur Milderung der Haftung des Geschäftsführers durch Klauseln im Anstellungsvertrag könne daher nicht auf die AG übertragen werden. Zwar werde § 93 Abs 5 dAktG gerade zur Haftungsbegrenzung als Gegenargument herangezogen, weil diese Norm einen Gläubigeranspruch erst ab grober Fahrlässigkeit zulässt. Jedoch liege der Zweck der Begrenzung auf gröbliche Verletzungen allein darin, die Entschlusskraft und Verantwortungsfreudigkeit der Vorstandsmitglieder nicht zu vermindern, keineswegs aber in einer allg (und nicht nur punktuellen) Haftungserleichterung.

4572 S dazu auch schon zur GmbH oben S 628 ff und zur AG Fn 3293.

4573 Vgl schon zu Art 241 ADHGB 1884 AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 509: Es könne „*nicht gefordert werden [...], daß die Mitglieder des Vorstandes sich ungeachtet der ihnen von der Gesellschaft erteilten Entlastung noch nach Jahren Gläubigern gegenüber wegen ihrer Geschäftsführung verantworten sollen*“. Eine indisponible Haftung auch im Bereich der bloßen Geschäftsführung „würde auf das Verantwortungsbewußtsein des Vorstands lähmend wirken und nicht dem Vorteil der Gesellschaft dienen.“ (AmtlBegr AktG 1937/1938 180; abgedr auch bei *Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 656 f; *Klausing*, AktG 71).

4574 S dazu schon iZm § 25 Abs 5 und 7 GmbHG oben S 390 ff und iZm abstrakten Haftungsmilderungen S 628 ff.

4575 S 819 ff.

enz genügt.⁴⁵⁷⁶ Die daher verfehlte und folglich im Verhältnis zur Geschäftsführerhaftung wertungswidersprüchliche implizite Wertung eines umfassenden (unmittelbaren) Gläubigerschutzzwecks darf nicht dahingehend verallgemeinert werden, dass abstrakte Haftungsmilderungen zur Gänze unwirksam wären. Nach einem anerkannten Auslegungsgrundsatz dürfen nämlich systemwidrige Wertungen nicht noch verbreitert werden.⁴⁵⁷⁷ Daher sind abstrakte Vorausdispositionen über die Vorstandshaftung (insoweit wie im GmbH-Recht) – vorbehaltlich weiterer aktienrechtsspezifischer Schranken – jenseits der Schranken des § 84 Abs 5 AktG zulässig.

Abgesehen von dem (wie gesagt fragwürdigen) weiteren Anwendungsbereich der gläubigerschützenden Dispositionsbeschränkungen (§ 84 Abs 5 Satz 3 AktG) gilt mE im Hinblick auf den Gläubigerschutz dasselbe wie im GmbH-Recht. Vor allem sind keine weiteren Einschränkungen des verbleibenden disponiblen Bereichs (hier: leichte Fahrlässigkeit außerhalb § 84 Abs 3 AktG [analog]) erforderlich, weil die Gläubiger wegen der grundsätzlichen Interessenkongruenz schon dadurch mitgeschützt werden, dass die Aktionäre typischerweise keinen Anreiz haben werden, die Vorstandshaftung auf ein nachteiliges Maß zu reduzieren. Gerade weil abstrakte Vorausdispositionen relativ eingriffsintensiver sind als die gesetzlich geregelten Dispositionsarten, sind sie umso mehr vom mittelbaren Gläubigerschutzmechanismus *qua* Interessenkongruenz erfasst (Größenschluss). Die Funktionsfähigkeit der Interessenkongruenz als mittelbarer Schutzmechanismus wird bereits durch die punktuelle (analoge) Erweiterung des unmittelbaren Gläubigerschutzes jenseits des § 84 Abs 3 AktG gewährleistet (insb auf das Verbot existenzgefährdender oder -vernichtender Vorstandsmaßnahmen als „Verlängerung“ des gesetzlichen Kapitalschutzes). Im Übrigen kann hierzu auf die entsprechenden Ausführungen im GmbH-Teil verwiesen werden.

d) Noch einmal: Keine Einschränkung durch die Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG

Eine weitere aktienrechtsspezifische Dispositionsschranke ergibt sich auf den ersten Blick aus der Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG, die (nachträgliche) Verzichte und Vergleiche in den ersten fünf Jahren ab Entstehung des Ersatzanspruchs verbietet. Diese Norm wurde wegen ihrer (scheinbaren)

⁴⁵⁷⁶ Vgl idZ auch *Paefgen* in *Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG³ § 43 Rz 232, wonach die Organinnenhaftung auch bei der AG den Gläubigerschutz auf mittelbare Weise bewirkt. Vgl zur disziplinierenden Wirkung des (geringen) Mindestkapitals und der Mindesteinlagen speziell bei der AG schon oben S 390 ff insb bei Fn 1624 ff.

⁴⁵⁷⁷ *Quod vero contra rationem iuris receptum est non est producendum ad consequentias* (vgl dazu allg *Kramer*, Methodenlehre⁶ 244 mwN); vgl auch *F. Bydlinski*, Methodenlehre² 440.

dispositionsausschließenden Implikation oben⁴⁵⁷⁸ schon vorgezogen abgehandelt. Da sie wie erwähnt auf einem gesetzgeberischen Irrtum beruht, (deshalb) keinen Schutzzweck hat und darüber hinaus systemwidrig und normwidersprüchlich ist, steht sie Verzichten und Vergleichen zumindest faktisch nicht entgegen⁴⁵⁷⁹ und ist im Übrigen wegen der (materiellen) Derogation⁴⁵⁸⁰ durch die zusätzlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen in § 84 Abs 4 Satz 3 AktG und die gläubigerschützenden Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG sogar unanwendbar. In jedem Fall ist ihre (scheinbare) Wertung aber nicht verallgemeinerungsfähig, weil systemwidrige Normen nicht (extensiv oder analog) verbreitert werden dürfen. Im Ergebnis steht die Sperrfrist abstrakten Haftungsmilderungen daher nicht entgegen. Hierzu kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

Das Ausgeführte lässt sich indes nicht einfach auf die deutsche Parallelnorm gem § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG übertragen. Der deutsche Gesetzgeber des dAktG 1965 hat die Sperrfrist nämlich auf drei Jahre verkürzt und zugleich mit einem Übereilungsschutz plausibilisiert – und damit auch ihre Existenz legitimiert. Da dieser Normzweck jedoch (ebenfalls) systemwidrig ist,⁴⁵⁸¹ dürfen aus ihm keine weiteren Schlüsse auf die Zulässigkeit anderer Dispositionen gezogen werden. Demgemäß hängt die Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen davon ab, ob das Rechtsgeschäft (noch) in den Begriffskern des § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG („*verzichten oder sich über sie vergleichen*“) fällt, was wohl – anders als bei einem Vorausverzicht – nicht bei der Ausgestaltung als Einwilligung in die (Selbst-)Schädigung anzunehmen sein wird (s hierzu schon iZm der Sperrfrist oben)⁴⁵⁸².

G. Fazit

Entgegen der hM steht (in Österreich) weder die Sperrfrist (§ 84 Abs 4 Satz 3 AktG) noch der Grundsatz der Satzungsstrenge der Zulässigkeit abstrakter Vorausbeschränkungen der Vorstandshaftung entgegen. Die Sperrfrist steht Verzichten und Vergleichen (sowie wirkungsgleichen Geschäften) wegen ihres fehlenden Normzwecks schon im unmittelbaren Anwendungsbereich zumindest faktisch nicht entgegen. Im Übrigen ist sie nach der hier vertretenen Auffassung sogar unanwendbar, weil ihr derogiert wird durch die zusätzlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen für Verzichte und Vergleiche (§ 84 Abs 4 Satz 3 AktG) sowie die Dispositionsbeschränkungen, die die grundsätzliche Disponibilität der Haftung als Regelungsprämisse vorausset-

4578 S 1087 ff.

4579 Zu dieser (stark relativierten) Verstoßfolge der Sperrfrist oben S 1014 ff.

4580 Dazu oben S 1071 ff.

4581 S dazu iZm der Sperrfrist oben S 989 ff.

4582 S 1076 f.

zen (§ 84 Abs 5 Satz 3 AktG). In jedem Fall darf aus der Sperrfrist – und das gilt auch für § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG – nicht verallgemeinernd geschlossen werden, dass abstrakte Haftungsmilderungen unwirksam wären, weil eine systemwidrige Wertung nicht (extensiv oder analog) verbreitert werden darf (*Quod vero contra rationem iuris receptum est non est producendum ad consequentias*)⁴⁵⁸³. Demgemäß wird die Zulässigkeit von der konkreten Ausgestaltung der Haftungsbeschränkung abhängen. Die Unzulässigkeit abstrakter Haftungsbeschränkungen folgt auch nicht aus dem (vermeintlichen) Grundsatz der Satzungsstrenge, weil es einen solchen Grundsatz (iSe formalen Regel-Ausnahme-Verhältnisses nach Art des § 23 Abs 5 dAktG) im öAktG nicht gibt. Ob eine Norm zwingend oder dispositiv ist, ergibt sich nach allgemeinen Grundsätzen (wie im GmbH-Recht) durch Gesetzesauslegung. Dabei wird das Interesse künftiger Aktionäre nicht durch Nichtigkeit, sondern systemkonform durch die Publizität abweichender Satzungsregeln geschützt (materielle Satzungsbestandteile). In Deutschland ist die Satzungsstrenge zwar in § 23 Abs 5 dAktG positiviert, was statutarische Haftungserleichterungen ausschließt, jedoch sollte diese Anordnung schon wegen der fragwürdigen Dogmengeschichte kritisch revidiert werden.

Gibt es somit (jedenfalls in Österreich) keine Norm, die abstrakten Vorausbeschränkungen der Vorstandshaftung *kategorisch* entgegenstehen würde,⁴⁵⁸⁴ stellt sich – wie im GmbH-Recht – die Frage nach den Zulässigkeitsgrenzen von Vorausbeschränkungen. Dabei kann auf die (reichhaltigere) Diskussion zur GmbH rekuriert werden, weil die AG und die GmbH im Wesentlichen dieselben Wertungsmuster haben. An aktienrechtlichen Besonderheiten zu berücksichtigen sind jedoch der Schutz künftiger Aktionäre

4583 Vgl allg Kramer, Methodenlehre⁶ 244 mwN; F. Bydliński, Methodenlehre² 440.

4584 Hielte man dagegen die Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG für (wertungsmäßig) maßgeblich und würde zudem eine (wenngleich „gelockerte“) Satzungsstrenge im österreichischen Aktienrecht (etwa auf Grundlage der Standardisierungsthese) anerkennen, könnte man zur Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen immerhin wohl noch gelangen, wenn man mit der öhM eine Ausnahme von der Sperrfrist bei einstimmigen Universalbeschlüssen annimmt und (ebenfalls mit der öhM) nicht-börsennotierten AG (allenfalls mit vinkulierten Aktien) größere Satzungsautonomie zugesteht. Vgl so iE Nicolussi Satzungsstrenge 222 ff; dies in Nueber/Przesłowska/Zwirchmayr, Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel 21 (34 ff); für eine solche Öffnung grundsätzlich auch Told, GES 2015, 60 (68), die Haftungsmilderungen aber sowohl im GmbH- als auch im Aktienrecht ablehnt; *de lege ferenda* für *close corporations* Kalss, GesRZ 2017, 87 (93 f). Der beschriebene Restbereich ist faktisch nur scheinbar schmal. Da die allermeisten AG personalistisch ausgestaltet sind (zB Einpersonengesellschaften, Familiengesellschaften, Konzerngesellschaften, Vorratgesellschaften; vgl dazu etwa die Studie von J. Reich-Rohrwig, eolox 2018, 526 [527]), können einstimmige Beschlüsse aller Aktionäre wohl leichter zustande kommen als man vielleicht annehmen würde. Die Unterschiede zur hier vertretenen (weitergehenden) Auffassung dürften also zumindest in der rechtstatsächlichen Auswirkung eher gering sein.

durch die (gründungsrechtliche) Sperrfrist gem § 43 AktG (§ 50 dAktG) für Ersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder aus dem Gründungsstadium gem § 41 AktG (§ 48 dAktG) sowie die weitergehende indisponible Vorstandshaftung im Gläubigerinteresse (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG; § 93 Abs 5 Satz 2 Hs 1 dAktG). Demnach sind Dispositionen zum Schutz der Gläubiger nicht nur im Bereich des Kapitalschutzes (§ 84 Abs 3 AktG; vgl § 25 Abs 3 GmbHG [§ 93 Abs 3 dAktG; § 43 Abs 3 dGmbHG]) ausgeschlossen, sondern darüber hinaus auch bei zumindest grob fahrlässiger Schädigung. Diese Erweiterung der im Gläubigerinteresse indisponiblen Vorstandshaftung durch das AktG 1937/1938, die nur zur Erhaltung des nötigen Risikoanreizes auf grobe Fahrlässigkeit beschränkt wurde, war mE in der Sache nicht gerechtfertigt (sie wurde mit der Weisungsfreiheit des Vorstands begründet) und ist daher *de lege ferenda* kritisch zu hinterfragen.

Demgemäß ist ein Ausschluss oder eine Beschränkung der Vorstandshaftung unwirksam im Bereich des § 41 AktG (§ 48 dAktG) (*Schutz künftiger Aktionäre*). Ansonsten können abstrakte Haftungsmilderungen grundsätzlich bis zur allgemeinen Sittenwidrigkeitsgrenze (*Selbstschutz*) wirksam in der Satzung vereinbart werden. Im Bereich des § 84 Abs 3 AktG (§ 93 Abs 3 dAktG) (analog) und darüber hinaus bei sonstiger zumindest grob fahrlässiger Schädigung (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG; § 93 Abs 5 Satz 2 Hs 1 dAktG) ist eine Haftungsmilderung allerdings nur wirksam, soweit die Gläubiger von der Gesellschaft (noch) Befriedigung erlangen können, die Gesellschaft also nicht insolvent ist (§ 84 Abs 5 Satz 1 AktG; § 93 Abs 5 Satz 1 dAktG) (*Gläubigerschutz*). Im verbleibenden Bereich der Fahrlässigkeitshaftung (bei leichter Fahrlässigkeit) sind Haftungsmilderungen unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes unabhängig von der Finanzlage der Gesellschaft zulässig und wirksam. In jedem Fall aber sind sie aus Gründen des Minderheiten- und Individualschutzes nur wirksam, soweit nicht eine gem § 134 AktG verfolgungsberechtigte Aktionärsminderheit (von 10% des Grundkapitals) gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG Widerspruch⁴⁵⁸⁵ erhebt (*Minderheitenschutz*)⁴⁵⁸⁶ oder der Beschluss – insb wegen Treuwidrigkeit – angefochten wird (*Individualschutz*). Inhaltlich können Haftungsbeschränkungen innerhalb der genannten Grenzen grundsätzlich beliebig ausgestal-

4585 Nach § 93 Abs 4 Satz 3 dAktG steht das Widerspruchsrecht einer Minderheit von 10% des Grundkapitals zu, allerdings sind die Anforderungen an die Anspruchsdurchsetzung (viel) niedriger (§ 148 AktG). Auf eine mögliche Korrektur und Angleichung der Beteiligungsquoten *de lege lata* – wie im österreichischen Aktienrecht – wurde in dieser Untersuchung nicht eingegangen.

4586 Anders Nicolussi in Nueber/Przeslowska/Zwirchmayr, Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel 21 (35); dies, Satzungsstrenge 179, die in Anlehnung an die überwiegend angenommene Ausnahme von der Sperrfrist bei Universalbeschlüssen dafür eintritt, dass der Beschluss über die Deckelung der Haftsumme *einstimmig* gefasst werden müsse, weil nur so der Minderheitenschutz gewahrt werde.

tet werden. Sie können aber nur in der Satzung wirksam vereinbart werden. Im Übrigen kann auf die Ausführungen zur GmbH verwiesen werden.

H. Exkurs: Zulässigkeit einer Haftungsverschärfung?

Auch im Aktienrecht besteht praktisch kein Bedürfnis nach einer privatautonomenen Verschärfung der (ohnehin strengen) Vorstandshaftung. Der Vollständigkeit halber und wegen der Diskussion über solche Verschärfungen in der (va älteren) Lit soll darauf aber auch hier kurz eingegangen werden.

Während das ältere Schrifttum⁴⁵⁸⁷ eine Verschärfung der Vorstandshaftung noch weitgehend für zulässig hielt, lehnt das aktuelle Schrifttum⁴⁵⁸⁸ sie überwiegend ab. Wie im GmbH-Recht wird darauf hingewiesen, dass eine Haftungsverschärfung in Richtung einer Erfolgshaftung gehe und die Vorstandsmitglieder zu risikoscheuem Verhalten veranlassen würde, was ihrem unternehmerischen Leitungsauftrag zuwiderliefe.⁴⁵⁸⁹ Die deutsche Lehre

4587 S die Nw oben in Fn 4167.

4588 Vgl J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 84 Rz 17; Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 504; ähnlich U. Torggler in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Organhaftung 35 (41 f); Feltl in Ratka/Rauter, Hdb Geschäftsführerhaftung² Rz 9/146; vgl auch Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 84 Rz 99, nach denen § 84 AktG andernfalls eine einseitig zu Gunsten der AG zwingende Bestimmung wäre, „wofür so gut wie nichts spricht“. Für Deutschland BGH 05.06.1975, II ZR 156/73 BGHZ 64, 325, 326 = NJW 1975, 1475 (zum Aufsichtsrat); Hopt/Roth in Großkomm AktG⁵ § 93 Rz 49 mwN; Fleischer in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 93 Rz 5 (nun ders in BeckOGK AktG § 93 Rz 6 [Stand 01.10.2023]); ders, Hdb Vorstandsrecht § 11 Rz 7; Hölters/Hölters in Hölters/Weber, AktG⁴ § 93 Rz 12; Spindler in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 35. AA U. H. Schneider in FS Werner 795 (803); nur für eine Verlängerung der Verjährungsfrist *de lege lata* Fleischer, AG 2014, 457 (471); zust Hopt/Roth in Großkomm AktG⁵ § 93 Rz 49.

4589 Vgl Fleischer in Spindler/Stilz, AktG⁴ § 93 Rz 5 (nun ders in BeckOGK AktG § 93 Rz 6 [Stand 01.10.2023]); Spindler in MüKo AktG⁶ § 93 Rz 35; so auch J. Reich-Rohrwig/K. Grossmayer in Artmann/Karollus, AktG⁶ § 84 Rz 17, nach denen eine Haftungsverschärfung (in Richtung einer Erfolgshaftung) sich psychologisch nachteilig auf die Handlungsbereitschaft der Vorstandsmitglieder auswirken und aus Vorsichtsgründen zu einem noch stärker risikoaversen Verhalten führen würde. Ähnlich Haberer, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 504 f, demzufolge eine Erfolgshaftung das Funktionieren der Gesellschaft ernstlich gefährden und zu einem risikoaversen Verhalten führen würde, das nicht im Interesse der Gesellschaft liegen könne. Vgl auch U. Torggler in Artmann/Rüffler/U. Torggler, Organhaftung 35 (41 f), wonach die Haftung andernfalls in die Nähe einer Garantiehaftung gerückt würde, die vom historischen Gesetzgeber gerade abgelehnt worden sei, um dem Vorstand nicht jeden „Mut zur Tat“ zu nehmen. In dieselbe Richtung weise auch die intendierte „Standardisierung“ der Corporate Governance bei einer auf Publikumsbeteiligung ausgerichteten Gesellschaftsform. Vgl auch Geßler in FS Luther 69 (84), nach dem eine – als Verschärfung der Haftung allein denkbare – Erfolgshaftung dem allg Rechtsgrundsatz widersprechen würde, dass Haftung grundsätzlich Verschulden voraussetzt. S auch die übrigen Nw in Fn 4588.

argumentiert unter Hinweis auf § 23 Abs 5 dAktG auch (wie gegen eine Milderung der Haftung), dass § 93 Abs 2 dAktG eine abschließende Regelung sei.⁴⁵⁹⁰

Meines Erachtens wäre jedoch (wie im GmbH-Recht) auch eine Verschärfung der Vorstandshaftung zulässig. Denn zum einen sind die bestehenden Dispositionsbeschränkungen nur auf Milderungen der Haftung anwendbar. Zum anderen werden die Gesellschaftsgläubiger (auch) vor den Nachteilen einer Haftungsverschärfung mittelbar hinreichend durch die grundsätzliche Interessenkongruenz aufgrund der zwingenden Vermögensbindung geschützt. Nach der gesetzlichen Wertung werden die Aktionäre durch diesen Mechanismus nämlich dazu angehalten, für ein sachgerechtes (dh auch nicht zu strenges) Haftungsniveau zu sorgen und dadurch zugleich die Interessen der Gesellschaftsgläubiger zu wahren. Dieser mittelbare Steuerungsmechanismus funktioniert „in beide Richtungen“. Im Übrigen kann auf die Ausführungen im GmbH-rechtlichen Teil verwiesen werden.⁴⁵⁹¹

4590 Vgl *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG⁴ § 93 Rz 5 (nun *ders* in BeckOGK AktG § 93 Rz 6 [Stand 01.10.2023]); *Spindler* in *MüKo AktG*⁶ § 93 Rz 35; *Geßler* in FS Luther 69 (84).

4591 S oben S 671 ff.

§ 5. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

I. Grundsatz der Haftungskonzentration

Das Prinzip der Haftungskonzentration geht auf die deutsche Aktienrechtsreform von 1884 zurück und prägt seitdem das Kapitalgesellschaftsrecht. Nach diesem Prinzip haften Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder grundsätzlich nur der Gesellschaft (Innenhaftung; vgl § 25 Abs 2 f GmbHG bzw § 84 Abs 2 f AktG). Eine Haftung gegenüber Dritten (Außenhaftung), insb gegenüber Gesellschaftern oder Gesellschaftsgläubigern, wird dadurch zwar nicht ausgeschlossen, bedarf aber einer besonderen Rechtsgrundlage. Die Besonderheit der Haftungskonzentration besteht vor allem darin, dass sie auch greift, wenn die verletzte Organpflicht dem Schutz Dritter (insb Gesellschaftsgläubiger) und nicht der Gesellschaft dient. Entscheidend ist nur, dass der Dritte durch die Verminderung des Gesellschaftsvermögens einen (mittelbaren) Schaden erleidet (Reflexschaden), sodass sich der Drittschaden insoweit mit einem Gesellschaftsschaden deckt (Schadenskongruenz). In diesem Fall soll nach der gesetzlichen Konzeption nur der (unmittelbare) Schaden der Gesellschaft ersetzt werden, weil dadurch zugleich das Gesellschaftsvermögen wieder aufgefüllt wird und auch der mittelbare Drittschaden wegfällt. Die konzentrierte Schadensliquidation kongruenter Schäden über das Gesellschaftsvermögen (Haftungskonzentration) kommt daher mittelbar auch den Gesellschaftern und Gesellschaftsgläubigern zugute.

Die dogmatische Besonderheit dieses Haftungskonzepts besteht somit darin, dass eine allfällige Außenhaftung, die nach allgemeinen Grundsätzen (insb aufgrund Schutzgesetzverletzung) bestehen könnte, gesetzlich ausgeschlossen wird. Der Ersatz von Reflexschäden der Gesellschafter wäre freilich schon nach allgemeinen Grundsätzen ausgeschlossen, vor allem, weil das im Gläubigerinteresse gebundene Vermögen dadurch ausgehöhlt würde. Bei Gläubigerschäden wäre die Rechtslage weniger eindeutig, wie auch der Meinungsstreit im älteren aktienrechtlichen Schrifttum zeigt. Für eine Direkthaftung gegenüber den Gläubigern auf allgemeiner Grundlage (neben einer Innenhaftung) fehlen aber wohl (zumindest flächendeckend) die erforderlichen Begleitbestimmungen, die eine mehrfache Schadensliquidation verhindern und die Gläubigergleichbehandlung während eines Insolvenzverfahrens gewährleisten. In jedem Fall räumt die gesetzliche Anordnung der exklusiven Innenhaftung (Haftungskonzentration) mögliche Zweifel über den Anspruchsberechtigten aus und schafft dadurch Rechtssicherheit. Eine weitere Besonderheit der Haftungskonzentra-

tion besteht darin, dass bei (grundsätzlich inkongruenten) Schäden der Gläubigergesamtheit infolge Insolvenzverschleppung (Quotenschäden, zB wegen Erfüllung von Gesellschaftsverbindlichkeiten) ein Gesellschaftsschaden gesetzlich fingiert wird (vgl § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG; § 84 Abs 3 Z 6 AktG), um auch solche Schäden gleichmäßig und konzentriert über das Gesellschaftsvermögen (die Insolvenzmasse) abwickeln zu können.

Die Haftungskonzentration als rechtstechnische Liquidation von Drittschäden über das Gesellschaftsvermögen funktioniert naturgemäß nur, soweit sich der Drittschaden mit dem Gesellschaftsschaden deckt (Schadenskongruenz). Soweit dem Drittschaden jedoch kein Gesellschaftsschaden entspricht (und ein solcher auch nicht fingiert werden kann, weil nicht die Gläubigergesamtheit gleichmäßig geschädigt ist, sondern – zB durch Falschinformation – nur einzelne Gläubiger), ist eine Schadensabwicklung über die Gesellschaft nicht durchführbar. Die Liquidation derartiger inkongruenter (Einzel-)Schäden behält das Gesetz weiterhin dem bürgerlichen Recht vor. Insoweit kommt nach allgemeinen Grundsätzen eine Außenhaftung (insb wegen Verletzung von Schutzgesetzen) in Frage.

Soweit kongruente Drittschäden über die Gesellschaft liquidiert werden (Haftungskonzentration), verändert dies allerdings nicht den Schutzzweck der verletzten Organpflicht(en), sondern nur die haftungsrechtliche Implikation (Ausschluss einer möglichen Außenhaftung). Da die Gesellschaft nach allgemeinen Grundsätzen frei über ihre Ansprüche verfügen kann (Vollrecht, Anspruchszuständigkeit), wären durch die Haftungskonzentration vor allem Gläubiger benachteiligt. Denn wie erwähnt führt nach dem gesetzlichen Konzept auch die Verletzung von Gläubigerpflichten – Schadenskongruenz vorausgesetzt – zu einer exklusiven Innenhaftung. Als Ausgleich dafür beschränkt der Gesetzgeber Dispositionen der Gesellschaft über ihre Ersatzansprüche, soweit diese aus der Verletzung von Gläubigerschutzvorschriften resultieren (und ohne Haftungskonzentration allenfalls eine Außenhaftung begründet hätten). Soweit die Gläubiger einen (Ausfall-)Schaden erleiden würden – und folglich ohne Haftungskonzentration ggf ersatzberechtigt wären – schließt das Gesetz Dispositionen der Gesellschaft gegenüber den Gesellschaftsgläubigern aus (§ 10 Abs 6, § 25 Abs 5 und 7 GmbHG und § 84 Abs 5 Satz 3 AktG). Insoweit behandelt der Gesetzgeber Innenhaftungsansprüche *in puncto* Disponibilität wie Außenhaftungsansprüche (die für die Gesellschaft nach allg Regeln indisponibel wären). Außerdem haben die Gläubiger einer AG das korrespondierende Recht, Ersatzansprüche der Gesellschaft, die aus der Verletzung von Gläubigerschutzvorschriften resultieren (Vermögensschutz, Zahlungen nach Insolvenzreife), aber wegen der Haftungskonzentration gleichwohl zu einer Innenhaftung führen, selbstständig geltend zu machen, soweit sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können (Verfolgungsrecht; § 84 Abs 5 Sätze 1 f AktG). In der GmbH fehlt ein solches Verfolgungsrecht zwar, jedoch sichern die genannten Dispositionsbeschränkungen (§ 10

Abs 6, § 25 Abs 5 und 7 GmbHG) die jedenfalls mögliche exekutive Anspruchsverfolgung durch die Gesellschaftsgläubiger. Im Übrigen ist das aktienrechtliche Verfolgungsrecht nach zutr Ansicht analog auf die GmbH anzuwenden. Im Gegensatz zu den Gesellschaftsgläubigern wären einzelne Gesellschafter ohne Haftungskonzentration zwar nicht unmittelbar ersatzberechtigt, allerdings sind sie nach der gesetzgeberischen Wertung trotzdem schutzwürdig, weil die Anspruchszuständigkeit der Gesellschaft *qua* Haftungskonzentration das rechtliche Schicksal der Organhaftungsansprüche entsprechend allgemeinen Regeln (Majoritätsprinzip) in die Hände der Gesellschaftermehrheit legt. Zum Schutz der Minderheit vor einer „Mehrheits-herrschaft“ und damit ebenfalls als Korrektiv für die Haftungskonzentration gewährt das Gesetz auch einer Gesellschafterminderheit das Recht, die Ersatzansprüche der Gesellschaft geltend zu machen (Verfolgungsrecht) und – als Absicherung dieses Rechts – entgegenstehende (Mehrheits-)Dispositionen zu verhindern. So kann in der AG eine Aktionärsminorität gem §§ 134 f AktG verlangen, dass die Gesellschaft Ersatzansprüche gegen (ua) Organmitglieder durchsetzt. In der GmbH hat eine Gesellschafterminderheit sogar ein eigenes Klagerecht (§ 48 GmbHG). Zur Absicherung des Verfolgungsrechts gewährt das Aktienrecht der verfolgungsberechtigten Minorität das Recht, gegen einen Verichts- oder Vergleichsbeschluss (und wirkungsgleiche Geschäfte) Widerspruch zu erheben (§ 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG), um die Anspruchsdurchsetzung abzusichern (oder präventiv zu ermöglichen). Dieses Widerspruchsrecht ist analog auf die GmbH anzuwenden, um das Minderheitenklagerecht gem § 48 GmbHG abzusichern. Neben diesen Dispositionsbeschränkungen zugunsten der Minderheitsgesellschafter und Gesellschaftsgläubiger erfordert die Haftungskonzentration (nur in der AG; zur GmbH gleich unten § 5.II.A.1) außerdem ein Korrektiv für künftige Aktionäre (Anleger). Denn nach der (typisierenden) gesetzlichen Annahme beherrschen die Gründer die Gesellschaft in der ersten Zeit nach deren Entstehung noch und könnten kraft ihres Einflusses sich – und insb den ihnen präsumtiv nahestehenden Organmitgliedern – Entlastung für Pflichtverletzungen im Gründungsstadium erteilen (lassen). Um solche „Selbstentlastungen“ und die damit verbundene Umgehung der Gründungshaftung (damit letztlich der Kapitalaufbringung) zu verhindern, sind Dispositionen über Ersatzansprüche aus dem Gründungsstadium zum Schutz künftiger Aktionäre binnen fünf Jahren (mE zu korrigieren auf zwei Jahre) ab der Eintragung der Gesellschaft ausgeschlossen (Sperrfrist, § 43 AktG). Nach der (typisierenden) Annahme des Gesetzes steht die Gesellschaft nämlich bis zum Ablauf dieser Frist, die der durchschnittlichen Dauer des Inverkehrbringens der Aktienmehrheit entspricht, unter dem Einfluss der Gründer. All diese Dispositionsbeschränkungen können als Korrekture für die Haftungskonzentration begriffen werden.

Die Haftungskonzentration ist rechtspolitisch kein alternativloses Konzept. Zum selben Ergebnis könnte eine Direkthaftung (Außenhaftung) gegenüber

den Gesellschaftsgläubigern führen, wenn diese von (verfahrensrechtlichen) Bestimmungen begleitet wäre, die einerseits eine mehrfache Schadensliquidation verhindern und andererseits die Gläubigergleichbehandlung während eines Insolvenzverfahrens gewährleisten müssten. Solche Bestimmungen gibt es jedoch nicht (flächendeckend). Davon abgesehen beruht das Prinzip der Haftungskonzentration auf einer bewussten konzeptionellen Entscheidung des Gesetzgebers, von der *de lege lata* nicht abgegangen werden kann. Ein Abgehen rechtfertigen weder Durchsetzungshemmungen der Gesellschaft noch (vermeintliche) Durchsetzungsschwierigkeiten in der masselosen Gesellschaftsinsolvenz. Beide Probleme hat der Gesetzgeber nämlich erkannt und dafür Vorsorge getroffen: Zum einen hat er einer Gesellschaftermindererheit ein Verfolgungsrecht gewährt, das gerade auf der Erkenntnis beruht, dass von der Gesellschaftsmehrheit typischerweise nicht zu erwarten ist, dass sie gegen „ihre“ Organmitglieder vorgeht. Zum anderen sind Gesellschaftsgläubiger berechtigt, Ersatzansprüche der Gesellschaft selbstständig geltend zu machen, um sich die Erwirkung eines Exekutionstitels gegen die Gesellschaft zu ersparen. Diese Schutzbestimmungen sind wie erwähnt als Korrektive für die Haftungskonzentration konzipiert und würden durch die Annahme einer (parallelen) Außenhaftung weitgehend funktionslos. Aus den genannten Gründen scheidet mE (entgegen der hM) auch eine Direkthaftung der Organmitglieder wegen Verletzung der Insolvenzantragspflicht (und vergleichbarer insolvenzbezogener Verhaltenspflichten) auf Schutzgesetzbasis aus, soweit das Gesetz eine (durch Dispositionsbeschränkungen abgesicherte) Haftung gegenüber der Gesellschaft normiert (insb gem § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG; § 84 Abs 3 Z 6 AktG).

Für die Forschungsfrage ist der Grundsatz der Haftungskonzentration als Vorfrage insofern von Bedeutung, als sich die Frage nach der Disponibilität (und ihren Grenzen) nur im Bereich der ausschließlichen Innenhaftung stellt. Dass die Gesellschaft nicht einseitig über Ansprüche Dritter (zB auf Grundlage einer Außenhaftung) verfügen kann, ergibt sich nämlich schon aus allgemeinen Grundsätzen, weil darin eine (unzulässige) Verfügung zu Lasten Dritter läge.

II. GmbH

A. Bestehende Dispositionsschranken für Verzicht, Vergleiche und Weisungsbeschlüsse

1. Kein (besonderes) Schutzbedürfnis künftiger Gesellschafter in der GmbH

In der GmbH bedarf es – anders als im Aktienrecht – keines besonderen Schutzes künftig eintretender Gesellschafter durch Dispositionsbeschränkungen (Sperr-

frist; vgl § 43 AktG), weil die Handelbarkeit von GmbH-Geschäftsanteilen durch die Notariatsaktpflicht weitgehend ausgeschlossen ist (§ 76 Abs 2 GmbHG). Deshalb konnte der GmbH-Gesetzgeber – entsprechend der rechtspolitischen Forderung nach einer einfacheren Gesellschaftsform – auf jene zwingenden Normen des Aktienrechts verzichten, die durch die Fungibilität der Mitgliedschaft bedingt sind. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers werden künftige GmbH-Gesellschafter bereits ausreichend durch den Vertragsmechanismus geschützt. Nicht erforderlich ist im GmbH-Recht demgemäß insb ein befristeter Ausschluss anspruchsmindernder Gesellschaftsdispositionen über Ersatzansprüche aus dem Gründungsstadium während der Dauer des präsumtiven Gründerinflusses (vgl § 43 AktG). Im GmbH-Recht sind *in puncto* Disponibilität der Organhaftung vielmehr neben den allgemein-zivilrechtlichen Schranken (Sittenwidrigkeit) „nur“ die Minderheits- und Gläubigerinteressen zu berücksichtigen.

2. Minderheitenschutz als Korrektiv für die Haftungskonzentration

Wie oben bei der Haftungskonzentration angesprochen (§ 5.I), gewährt das Gesetz einer Gesellschafterminderheit als Korrektiv für die Haftungskonzentration das Recht, Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen Organmitglieder zu verfolgen und entgegenstehende Dispositionen zu verhindern.

a) Die Minderheitenklage gem § 48 GmbHG

Nach § 48 GmbHG ist eine Gesellschafterminderheit von 10% des Stammkapitals (oder einem Nennbetrag von EUR 700.000 oder einem gesellschaftsvertraglich vereinbarten geringeren Betrag) berechtigt, Ansprüche der Gesellschaft (ua) gegen Geschäftsführer klagsweise im eigenen Namen geltend zu machen (gesetzliche Prozessstandschaft). Das Klagerecht beruht, wie das funktional vergleichbare Minderheitsverlangen gem § 134 AktG, auf der Annahme, dass die Bündelung aller Ersatzansprüche bei der Gesellschaft (Haftungskonzentration) die Minderheitsgesellschafter benachteiligen kann, weil die Gesellschaftermehrheit präsumtiv in einem Naheverhältnis zu den (von ihr bestellten) Geschäftsführern steht und daher typischerweise nicht geneigt sein wird, entstandene Ersatzansprüche durchzusetzen. Der Gesetzgeber überträgt daher der (präsumtiv unbefangenen) Gesellschafterminderheit die Entscheidung über die Anspruchsdurchsetzung, um das Gesellschaftsinteresse – und annahmegemäß zugleich das Minderheitsinteresse – zu wahren. Nach der gesetzlichen Konzeption fungiert die Minderheit dabei als „außerordentliches Organ“ der Gesellschaft. Dogmatisch handelt es sich um ein Individualrecht kraft Gesellschafterstellung, das aber – aus Sorge vor Missbräuchen – nur einer Minderheit von Gesellschaftern gewährt wurde.

b) Fehlen einer Dispositionsbeschränkung zur Absicherung der Minderheitsklage

Was die nötige Absicherung des minderheitlichen Verfolgungsrechts betrifft, räumt das AktG einer Minderheit ein Widerspruchsrecht ein (§ 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG). Im GmbHG fehlt eine vergleichbare gesetzliche Absicherung des Klagerechts gem § 48 GmbHG. Für eine effektive Absicherung genügt nicht etwa die (allgemeine) Möglichkeit einer Anfechtung des Dispositionsbeschlusses (zB wegen Treuwidrigkeit), denn das Klagerecht gem § 48 GmbHG ist – als Ausprägung eines „formellen“ Minderheitsschutzes – nicht an das Gesellschaftsinteresse geknüpft, sondern wahrt es nachgelagert durch disziplinierende Verhaltensanreize (§ 48 Abs 3 ff GmbHG). Außerdem ist die einjährige Klagsfrist gem § 48 Abs 2 GmbHG nicht darauf ausgelegt, dass zuvor ein Anfechtungsstreit durchgeföchten wird. Die nötige Unwirksamkeit mehrheitlicher Dispositionsbeschlüsse lässt sich aber auch nicht unmittelbar aus § 48 GmbHG ableiten (zB ab der Anmeldung von Ansprüchen gem § 38 Abs 3 GmbHG iVm § 48 Abs 1 GmbHG). Deshalb bedeutet das Fehlen einer besonderen Dispositionsbeschränkung eine Gesetzeslücke. Die Lücke ergibt sich auch aus der gebotenen Effektivität des Minderheitsklagerechts und aus dem Vergleich mit dem AktG, das entsprechende Bestimmungen zur Absicherung des Minderheitenverlangens enthält und immerhin als Vorbild für das Klagerecht gem § 48 GmbHG diene. Ohne gesetzliche Absicherung könnte die Gesellschaftermehrheit das Klagerecht der Minderheit durch zwischenzeitige Dispositionen über den geltendzumachenden Anspruch leicht aushebeln. Zur Schließung dieser Lücke eignet sich jedoch nicht die in der Lit vorgeschlagene Analogie zu § 136 AktG. Die Lücke ist vielmehr durch analoge Anwendung der aktienrechtlichen Widerspruchsrechte gem § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG zu schließen. Die Widerspruchsrechte ermöglichen der Minderheit eine effektive und umfassende Verteidigung gegen (mehrheitliche) Dispositionsbeschlüsse, und zwar insb auch vor der Ausübung des Verlangens und ohne vorherige Ankündigung. Gemäß der zugrundeliegenden Wertung der Widerspruchsrechte, das Verfolgungsrecht effektiv abzusichern, ist bei der analogen Anwendung auf die GmbH freilich zu berücksichtigen, dass der Widerspruch derselben Gesellschafterminderheit zustehen muss, die auch gem § 48 GmbHG klagsberechtigt ist. Demgemäß sind Verzichte und Vergleiche (sowie wirkungsgleiche Geschäfte) unwirksam, wenn eine gem § 48 GmbHG klagsberechtigte Gesellschafterminderheit dagegen Widerspruch erhebt. Ein wirksamer Widerspruch bewirkt die Ablehnung des Beschlussantrags und die (absolute) schwebende Unwirksamkeit eines dennoch abgeschlossenen Geschäfts.

3. Gläubigerschutz als Korrektiv für die Haftungskonzentration

a) Fehlen eines Verfolgungsrechts im GmbH-Recht

Nach § 84 Abs 5 Satz 1 AktG können die Gläubiger einer AG – als Korrektiv zur Haftungskonzentration – die Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen deren Vorstandsmitglieder im eigenen Namen und auf eigene Rechnung selbstständig geltend machen, soweit sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können (dh in der Gesellschaftsinsolvenz). Voraussetzung dafür ist, dass die betreffenden Ansprüche aus § 84 Abs 3 AktG oder sonst aus einer zumindest grob fahrlässigen Schädigung resultieren (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG). Damit soll den Gläubigern die Erwirkung eines Exekutionstitels gegen die Gesellschaft erspart werden, mit dem sie exekutiv auf deren Ersatzansprüche greifen könnten. Das GmbH-Recht kennt kein § 84 Abs 5 Satz 1 AktG vergleichbares Verfolgungsrecht der Gesellschaftsgläubiger. Gleichwohl besteht auch im GmbH-Recht (mangels rechtsformbedingter Unterschiede) ein Bedürfnis nach erleichterter Rechtsdurchsetzung. Der GmbH-Gesetzgeber hat das Verfolgungsrecht der Gläubiger – bei grundsätzlicher Orientierung am älteren Aktienrecht – offenbar nur deshalb nicht übernommen, weil er es (fälschlicherweise) als Anordnung einer Direkthaftung (Außenhaftung) gegenüber den Gläubigern verstand. Da es keinen sachlichen Grund für eine Differenzierung gibt, besteht eine planwidrige Gesetzeslücke, die durch analoge Anwendung des aktienrechtlichen Verfolgungsrechts zu schließen ist.

Das Verfolgungsrecht ist jedoch nur auf jene Ersatzansprüche analog anzuwenden, die im Gläubigerinteresse indisponibel sind und daher von den Dispositionsbeschränkungen gem § 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG erfasst sind. Nur dabei handelt es sich nämlich per Implikation um Ansprüche aufgrund der Verletzung unmittelbar gläubigerschützender Pflichten, die ohne Haftungskonzentration eine Außenhaftung begründen könnten und daher im geltenden Haftungskonzept Korrektive verlangen (dazu noch sogleich unten). Die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG beziehen sich (anders als § 84 Abs 5 Satz 3 AktG und wie noch im älteren Aktienrecht [vgl § 241 Abs 4 dHGB 1897]) nach zutr Ansicht nur auf die Ersatzansprüche gem § 25 Abs 3 GmbHG (und nur punktuell auf weitere Gläubigerschutznormen *per analogiam*). Die Erweiterung des indisponiblen Gläubigerschutzes im Aktienrecht durch das AktG 1937/1938 auf sonstige Ersatzansprüche außerhalb der qualifizierten Tatbestände des (heutigen) § 84 Abs 3 AktG (entspricht iW § 25 Abs 3 GmbHG) wegen zumindest grob fahrlässiger Schädigung hatte nämlich aktienrechtsspezifische Gründe (konkret: die Abschaffung der Weisungsgebundenheit des Vorstands durch das AktG 1937/1938; dazu noch unten § 5.III.A.3). Daher hat § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG bei der Analogie ebenso außer Betracht zu bleiben wie § 84 Abs 5 Satz 3 AktG (vgl schon § 25 Abs 5

und 7 GmbHG). Analog anzuwenden (falls nicht ohnehin nur klarstellend) ist aber § 84 Abs 5 Satz 4 AktG, wonach die Gesellschaftsgläubiger ihr Verfolgungsrecht während der Dauer eines Insolvenzverfahrens nicht ausüben können.

Das Verfolgungsrecht der Gläubiger wäre – wie auch jenes der Minderheitsgesellschafter – weitgehend wertlos, wenn es nicht gegen Gesellschaftsdispositionen über den (geltend zu machenden) Anspruch abgesichert wäre. Da die Verfasser des GmbHG (wie erwähnt zu Unrecht) auf ein Verfolgungsrecht verzichteten (s oben), ging es ihnen zwar nicht um die Absicherung der dadurch erleichterten Rechtsverfolgung, aber immerhin um die Sicherung von Ersatzansprüchen im Gesellschaftsvermögen als Befriedigungsobjekt einer exekutiven Anspruchsverfolgung durch die Gesellschaftsgläubiger. Das GmbHG normiert Dispositionsbeschränkungen einerseits für Ersatzansprüche aus dem Gründungsstadium (§ 10 Abs 6 GmbHG) und andererseits aus der laufenden Geschäftsführung (§ 25 Abs 5 und 7 GmbHG).

b) Die Dispositionsbeschränkung gem § 10 Abs 6 GmbHG

§ 10 Abs 6 GmbHG schützt Gesellschaftsgläubiger vor Dispositionen (Verzichten oder Vergleichen sowie wirkungsgleiche Geschäfte) der Gesellschaft über Ersatzansprüche, die aus unmittelbar gläubigerschützenden Geschäftsführerplichten im Gründungsstadium (Kapitalaufbringung) resultieren. Sie fungiert damit wie erwähnt als Korrektiv für die Haftungskonzentration. § 10 Abs 6 GmbHG erfasst insb Ansprüche gegen den Geschäftsführer gem § 10 Abs 4 GmbHG und gem § 6a Abs 4 GmbHG iVm § 41 AktG. Soweit die Gesellschafter (schon) im Gründungsstadium *ex ante* durch Weisungs- oder Ermächtigungsbeschluss von den betreffenden Verhaltenspflichten dispensieren, schließt die Befolgung des Beschlusses die Haftung nicht aus, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist (vgl § 25 Abs 5 GmbHG).

c) Die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG

Die (allgemeinen) Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG schützen die Gesellschaftsgläubiger ebenfalls vor nachteiligen Dispositionen der Gesellschaft. Anders als bei § 10 Abs 6 GmbHG ist der Anwendungsbereich von § 25 Abs 5 und 7 GmbHG jedoch sehr umstritten. Aus dem Anwendungsbereich dieser Bestimmung ergibt sich zugleich implizit, welche Geschäftsführerplichten (unmittelbar) dem Gläubigerschutz dienen, weil nur in diesem Fall eine zwingende Erhaltung der Ersatzansprüche im Gesellschaftsvermögen als Korrektiv für die Haftungskonzentration erforderlich ist. Nach der zutr (Minder-)Meinung erfassen die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG unmittelbar nur die Ersatzansprüche gem § 25 Abs 3 GmbHG, dh wegen Verletzungen der Kapitalerhaltungspflicht und wegen Zahlungen nach Insolvenzreife.

Dieser (eingeschränkte) Anwendungsbereich ergibt sich vor allem aus einer Analyse der legislativen Vorarbeiten zum GmbHG. Der Zusammenhang zwischen den Sonderhaftungstatbeständen des § 25 Abs 3 GmbHG und den Dispositionsbeschränkungen (nach damaliger – jedoch unzutreffend – Ansicht auch der Verjährungsregel gem § 25 Abs 6 GmbHG) wurde im Zuge der Redaktionsarbeit zum einen dadurch verwischt, dass die Reihenfolge der Verzichts- und Vergleichsbeschränkung (§ 25 Abs 7 GmbHG) sowie der Verjährungsregel (§ 25 Abs 6 GmbHG) im Vergleich zu den früheren Entwurfsfassungen umgedreht wurde, um den GmbH-Entwurf an die Normstruktur des (nie in Kraft getretenen) Entwurfs eines österreichischen AktG (genannt „Aktienentwurf“) von 1900 anzugleichen. Zum anderen wurde später die (ebenfalls aus dem Aktienentwurf entnommene) Haftungsanordnung für Inschlaggeschäfte (§ 25 Abs 4 GmbHG) in den heutigen § 25 GmbHG zwischen die Sondertatbestände und die Dispositionsbeschränkungen (samt Verjährungsregel) eingeschoben, wo sie jedoch nur klarstellende Funktion haben sollte. Der ursprünglich von den Ministerialvertretern nachweislich erkannte und ausdrücklich betonte Konnex der Dispositionsbeschränkungen mit § 25 Abs 3 GmbHG ist in der anschließenden – vor allem am Aktienentwurf orientierten – Entwurfsredaktion in Vergessenheit geraten. Er kommt heute nur noch darin zum Ausdruck, dass § 25 Abs 3 GmbHG und § 25 Abs 5 GmbHG vom „Ersatz“ sprechen.

Aus systematisch-teleologischer Sicht spricht für die Einschränkung der indisponiblen Haftung auf § 25 Abs 3 GmbHG die aktienrechtliche Parallelnorm des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG. Danach schließen Verzichte, Vergleiche und HV-Beschlüsse die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern nicht aus, wenn diese von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können. Diese Bestimmung bezieht sich – anders als § 25 Abs 5 und 7 GmbHG – (*qua* Anknüpfung an das Verfolgungsrecht gem § 84 Abs 5 Satz 1 AktG) auf Ersatzansprüche gem § 84 Abs 3 AktG *und* auf sonstige Ansprüche wegen zumindest grob fahrlässiger Schädigung (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG). Im älteren Aktienrecht (bis zum AktG 1937/1938) bezogen sich dagegen das Verfolgungsrecht, die Dispositionsbeschränkungen und damit (im System der Haftungskonzentration) die im Gläubigerinteresse indisponible Haftung als solche noch ausschließlich auf die Sondertatbestände des § 241 Abs 3 dHGB 1897 (entspricht iW § 84 Abs 3 öAktG idGF; § 25 Abs 3 öGmbHG idGF). Die spätere Erweiterung auf alle anderen Ansprüche (bis grobe Fahrlässigkeit) durch das AktG 1937/1938 begründete der Gesetzgeber damals mit der (angeblich) gesteigerten Machtfülle des Vorstands infolge der Abschaffung dessen Weisungsgebundenheit (Leitungsautonomie, Eigenverantwortlichkeit). Dieser gehobeneren Stellung des Vorstands müsse eine verschärfte Haftung gegenüberstehen. Obwohl nach Ansicht des Gesetzgebers demnach eine Ausweitung der im Gläubigerinteresse indisponiblen Haftung auf *omnis culpa* gerechtfertigt gewesen wäre, zog er die Grenze bei grober

Fahrlässigkeit, weil eine indisponible Vorstandshaftung auch für leichte Fahrlässigkeit (vor allem im Bereich der „bloßen“ Geschäftsführung) die nötige Risikobereitschaft der Vorstandsmitglieder lähmen würde und nicht im Interesse der Gesellschaft läge. Daraus lassen sich zumindest zwei zwingende Rückschlüsse ziehen. *Erstens* kann die im Gläubigerinteresse indisponible Geschäftsführerhaftung keinesfalls weiter reichen als die (indisponible) Vorstandshaftung, dh bis grobe Fahrlässigkeit außerhalb des Kapitalschutzes (§ 25 Abs 3 GmbHG). Denn die gesetzliche Wertung, die dieser Begrenzung zugrunde liegt, wurzelt unmittelbar in der psychologischen Risikoeinstellung natürlicher Personen als Organwalter und ist als solche unabhängig von der Rechtsform und von der rechtstechnischen Art der Anspruchsdurchsetzung verallgemeinerbar. Die Wahrung der nötigen Risikobereitschaft der Geschäftsleiter geht nach der gesetzlichen Wertung jedem anderen denkbaren Schutzinteresse (sogar dem Gläubigerschutzinteresse) vor, war sich dadurch erklären lässt, dass die negativen verhaltenssteuernden Effekte einer überstrengen Haftung allen Interessenträgern (langfristig auch den Gläubigern) schaden würde. Folglich können (entgegen der hM) auch die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG außerhalb des § 25 Abs 3 GmbHG nicht alle Ersatzansprüche gem § 25 GmbHG erfassen. *Zweitens* folgt aus § 84 Abs 5 AktG, dass die indisponible Geschäftsführerhaftung – dh die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG – nicht einmal *ebenfalls* bis grobe Fahrlässigkeit (außerhalb § 25 Abs 3 GmbHG) reichen können. Denn wie erwähnt begründete der Aktiengesetzgeber von 1937/1938 die Ausdehnung der indisponiblen Haftung von den qualifizierten Fällen des Kapitalschutzes (so noch § 241 Abs 4 dHGB 1897) auf alle sonstigen Ersatzansprüche (hier freilich begrenzt mit grober Fahrlässigkeit) mit der Weisungsfreiheit (Eigenverantwortlichkeit) des Vorstands. Damit stellte der Gesetzgeber zugleich implizit klar, dass eine erweiterte indisponible Organhaftung über den Kapitalschutz hinaus *ceteris paribus* ausgeschlossen ist, wenn die Geschäftsleiter weisungsgebunden sind – wie in der GmbH der Fall (vgl § 20 Abs 1 GmbHG). Anderweitige GmbH-spezifische Gründe für eine Erweiterung sind ebenfalls nicht erkennbar. Mehr noch: Selbst wenn auch der Geschäftsführer weisungsfrei wäre, müsste sich § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf § 25 Abs 3 GmbHG beschränken. Denn die referierte Wertung, die der Ausweitung der indisponiblen Vorstandshaftung zugrunde lag (Weisungsfreiheit erfordert strengere Haftung) ist verfehlt, weil die Abschaffung der Weisungsgebundenheit nur die Initiative für HV-Beschlüsse in Geschäftsführungsangelegenheiten von der HV zum Vorstand (ggf zum Aufsichtsrat) verschoben hat (§ 103 Abs 2 AktG), wodurch aber wegen des weiterhin funktionierenden mittelbaren Gläubigerschutzes *qua* typischer Interessenkongruenz außerhalb der Vermögensbindung (§ 84 Abs 3 AktG) kein zusätzliches Gläubigerschutzbedürfnis entstanden ist. Will man einen Wertungswiderspruch mit § 84 Abs 5 AktG vermeiden, ist daher § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf Ersatzansprü-

che gem § 25 Abs 3 GmbHG einzuschränken, was sich mit dem subjektiv-historischen Auslegungsergebnis deckt.

Schließlich ist die eingeschränkte Anwendung der § 25 Abs 5 und 7 GmbHG auf die Ersatzansprüche gem § 25 Abs 3 GmbHG auch aus objektiv-teleologischer Perspektive sachgerecht. Nach der gesetzlichen Konzeption dienen nämlich nur die Kapitalschutzvorschriften und das Verbot von Zahlungen nach Insolvenzreife *unmittelbar* (originär) dem Gläubigerschutz. Im verbleibenden Bereich des § 25 GmbHG (insb im Bereich der „bloßen“ Geschäftsführung) werden die Gesellschaftsgläubiger dagegen „nur“ *mittelbar* dadurch geschützt, dass die Gesellschafter durch die zwingende Eigenkapitalisierung (Kapitalaufbringung und -erhaltung; Vermögensbindung) im Umgang mit dem Gesellschaftsvermögen „diszipliniert“ werden. Durch ihr „Eigenopfer“ werden sie auch intrinsisch angehalten, auf Organebene die gebotene Sorgfalt durchzusetzen und nicht grundlos auf Ersatzansprüche zu verzichten (oder durch wirtschaftlich unvernünftige Weisungen schon deren Entstehen zu verhindern). Da die Gesellschafter außerhalb der Insolvenz mit ihrem Residualanspruch wirtschaftlich stärker (unmittelbarer) von Verminderungen des Gesellschaftsvermögens betroffen sind, geht das Gläubigerinteresse im Gesellschafterinteresse auf (Interessenkongruenz) und die Gesellschafter nehmen, indem sie ihre eigenen finanziellen Interessen verfolgen, annahmegemäß zugleich die Gläubigerinteressen wahr – etwa bei der Disposition über die Geschäftsführerhaftung. Da der Gesetzgeber gleichsam das (disziplinierte) Eigeninteresse der Gesellschafter mittelbar für Gläubigerschutzzwecke instrumentalisiert, brauchen Dispositionen außerhalb § 25 Abs 3 GmbHG nicht im Gläubigerinteresse indisponibel zu sein und eine besondere Dispositionsbeschränkung (§ 25 Abs 5 und 7 GmbHG) ist folglich insoweit dem Aspekt des Gläubigerschutzes nicht erforderlich.

Die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG beziehen sich somit unmittelbar (ursprünglich) nur auf § 25 Abs 3 GmbHG. Darüber hinaus sind sie aber auch auf weitere, ebenfalls unmittelbar gläubigerschützende Verhaltenspflichten (ggf analog) anzuwenden, die von § 25 Abs 5 und 7 GmbHG aus verschiedenen Gründen nicht (mehr) erfasst sind (und deren Verletzung Schadenskongruenz begründet). Demgemäß ist § 25 Abs 3 GmbHG – und damit auch § 25 Abs 5 und 7 GmbHG – analog auf Ersatzansprüche gegen den Geschäftsführer gem § 14 EKEG (iVm § 25 Abs 2 GmbHG) anzuwenden. Außerdem sind § 25 Abs 5 und 7 GmbHG insb analog auf existenzgefährdende und -vernichtende Geschäftsführungsmaßnahmen anzuwenden. Dadurch wird (korrigierend) berücksichtigt, dass die typische Kongruenz zwischen Gesellschafter- und Gläubigerinteresse nicht erst in der materiellen Insolvenz beseitigt ist (weil die Gesellschafter „*nichts mehr zu verlieren*“ haben), sondern schon davor mit sinkendem Eigenkapitalbestand verdünnt ist, weil sich aus dem jeweiligen Eigenkapitalstand das für die Gesellschaft implizit „erlaubte“ Risiko verringert, dessen Überschreitung – ohne Haftungskorrektiv – eine (unkompen-

sierte) Externalisierung des Geschäftsrisikos auf die Gläubiger ermöglichen und die Legitimität der ausgeschlossenen Gesellschafterhaftung infrage stellen würde.

Die Dispositionsbeschränkungen gem § 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG führen zur Unwirksamkeit entgegenstehender Dispositionen. Die Unwirksamkeit wirkt nur gegenüber denjenigen Personen (relative Unwirksamkeit), die in der Gesellschaftsinsolvenz zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen der Gesellschaft (zugunsten der Gesellschaftsgläubiger) berechtigt sind. Diese Rechtswirkung entspricht jener des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG, wonach Verzichte, Vergleiche und HV-Beschlüsse „[d]en Gläubigern gegenüber“ unwirksam sind.

4. Im Besonderen: Haftungsfreistellung durch Befolgung eines Gesellschafterbeschlusses

Führen die Geschäftsführer eine Gesellschafterweisung aus oder ist ihr Verhalten durch die Gesellschafter (konkulent) gebilligt worden, haften sie grundsätzlich nicht. Die dogmatische Grundlage dieser haftungsfreistellenden Wirkung von Gesellschafterbeschlüssen ist (entgegen der hM) nicht etwa die Pflicht zur Beschlussausführung (Folgepflicht), sondern der allgemeine schadenersatzrechtliche Rechtfertigungsgrund der (rechtsgeschäftlichen) Einwilligung der Gesellschaft in die Selbstschädigung an ihrem Vermögen, die in jedem Beschluss – unabhängig von einer allfälligen „zusätzlichen“ Ausführungspflicht (Folgepflicht) – enthalten ist. Soweit die Gesellschaft als (potenziell) Geschädigte über das beeinträchtigte Rechtsgut (ihr Gesellschaftsvermögen) wirksam verfügen kann, schließt die enthaltene Einwilligung die Pflichtwidrigkeit des schädigenden Verhaltens und damit die Ersatzpflicht des Schädigers (des Geschäftsführers) aus. Eine Folgepflicht ist zwar eine hinreichende, aber keine notwendige Voraussetzung für die Haftungsfreistellung (deshalb schließt auch eine unverbindliche Billigung die Haftung aus). Ein Rückgriff auf außerrechtsgeschäftliche Erklärungen (zB Treu und Glauben, Verbot des *venire contra factum proprium*) ist nicht erforderlich. Denn nicht erst die Geltendmachung von (angenommenen) Ersatzansprüchen ist durch Umstände außerhalb des Beschlusses gehindert, sondern schon das Entstehen von Ersatzansprüchen wird durch die Beschlusswirkung selbst, nämlich die enthaltene Einwilligung, von vornherein ausgeschlossen.

Die Haftungsfreistellungswirkung lässt sich auch nicht *e contrario* aus § 25 Abs 5 GmbHG (für den übrigen Bereich) ableiten. Diese Vorschrift ist – zumindest mit dem heutigen Vorverständnis – nicht einfach zu verstehen. Sie beruht nämlich auf der älteren Überzeugung, dass die Gesetz- und Statutenwidrigkeit von Gesellschafterbeschlüssen nur durch die im älteren Aktienrecht noch nicht geregelte, aber bereits anerkannte, zeitlich unbeschränkte „Anfechtungsklage“ geltend gemacht werden konnte, sodass auch gläubi-

gerschutzwidrige Beschlüsse verbindlich und haftungsausschließend wirkten, solange der Beschluss noch nicht erfolgreich „angefochten“ worden ist. Da somit Organmitglieder für die Ausführung eines gläubigerschutzwidrigen Beschlusses, der (noch) nicht angefochten wurde, nach allgemeinen Grundsätzen nicht gehaftet hätten, musste der Gesetzgeber mit Art 241 Abs 4 Satz 2 ADHGB 1884 ausdrücklich die Haftung für die Ausführung gesetzwidriger Beschlüsse anordnen. Dieser Anordnung entspricht heute noch § 25 Abs 5 GmbHG, der eine Haftungsfreistellungswirkung somit bereits voraussetzt, ohne selbst eine Aussage über sie zu treffen. Nach moderner Beschlussmängeldogmatik ergibt sich die Unwirksamkeit von gläubigerschutzwidrigen Gesellschafterbeschlüssen freilich unabhängig von einer „Anfechtung“ schon *ex lege* aus dem Schutzzweck (absolute Nichtigkeit), sodass die Geschäftsführer bereits nach allgemeinen Grundsätzen trotz Beschlussausführung für die Verletzung von Gläubigerschutzvorschriften haften. Demgemäß hat § 25 Abs 5 GmbHG mit der Anerkennung der absoluten Beschlussnichtigkeit im GmbH-Recht seine (ursprüngliche) Funktion verloren. Gleichwohl hat § 25 Abs 5 GmbHG insofern eine – durchaus wichtige – klarstellende Wirkung, als diese Norm die Grenzen eines gesetzlich anerkannten Gläubigerschutzbedürfnisses absteckt und damit die Reichweite der Nichtigkeitsfolge vorgibt (s. noch sogleich unten). Mit der Anerkennung der Kategorie absolut nichtiger Gesellschafterbeschlüsse hat auch die Anfechtungsbefugnis einzelner Geschäftsführer gem § 41 Abs 3 GmbHG ihre (eigentliche) Funktion verloren. Sie war ursprünglich als Korrektiv für die Haftungsanordnung des § 25 Abs 5 GmbHG konzipiert und sollte Geschäftsführern ermöglichen, sich aus einem „Haftungs dilemma“ zu befreien. In ein solches Dilemma konnten sie geraten durch die (angenommene) grundsätzliche Ausführungspflicht gläubigerschutzwidriger Beschlüsse bis zur erfolgreichen „Anfechtung“ auf der einen Seite und die gleichzeitig (gerade deshalb) angeordnete Haftung für die Beschlussausführung auf der anderen Seite. Demnach hätten Geschäftsführer, bevor die Kategorie der (absoluten) Beschlussnichtigkeit allgemein etabliert war, wegen § 25 Abs 5 GmbHG sowohl für die Ausführung als auch die Nichtausführung eines gläubigerschutzwidrigen (aber zunächst verbindlichen) Beschlusses gehaftet. Einen (Rest-)Anwendungsbereich hat § 41 Abs 3 GmbHG heute nach zutr. hM insofern, als die Geschäftsführer damit neben § 228 ZPO – und als Pendant zur (aktienrechtlichen) Nichtigkeitsklage (§ 201 AktG) – die Feststellung der Beschlussnichtigkeit *erga omnes* (§ 42 Abs 6 GmbHG) erwirken können, um sich bei Zweifeln an der Gesetzmäßigkeit eines Beschlusses haftungsrechtlich abzusichern.

Die bisherigen Ausführungen zur Haftungsfreistellung von Gesellschafterbeschlüssen gelten uneingeschränkt für rechtmäßige Beschlüsse. Besondere Probleme bereitet die (grundsätzliche) Haftungsfreistellungswirkung dagegen, wenn der Beschluss fehlerhaft (rechtswidrig) ist. Dabei ist nach dem Beschlussstatus zu unterscheiden, ob der Beschluss anfechtbar oder nichtig ist. Bei anfechtbaren Beschlüssen ist wieder zu unterscheiden: Beschlüsse, die von vorn-

herein (ursprünglich) unanfechtbar sind oder nachträglich unanfechtbar geworden sind, sind wirksam und schließen die Haftung des Geschäftsführers aus, sollte er den Beschluss ausführen. Ist der Beschluss dagegen noch anfechtbar oder wurde er sogar schon angefochten, muss der Geschäftsführer die Rechtmäßigkeit des Beschlusses eigenverantwortlich beurteilen. Eine Haftung kann bei fehlendem Verschulden ausgeschlossen sein. Beschlüsse, die gegen drittschutzorientierte Normen verstoßen (insb Gläubigerschutzbestimmungen), sind demgegenüber nach allgM absolut nichtig. Richtigerweise sind bei solchen Beschlüssen aber (entgegen der hM) im Hinblick auf die Nichtigkeitsfolge die Beschlusswirkungen der „Folgepflicht“ einerseits und der „Einwilligung in die Schädigung“ andererseits getrennt zu beurteilen. Nichtigkeit ist nämlich im Allgemeinen nur gerechtfertigt, soweit der Schutzzweck der übertrittenen Norm dies erfordert. Der Schutz Dritter (insb der Gesellschaftsgläubiger) verlangt zwar regelmäßig, dass der Geschäftsführer nicht zur Ausführung verpflichtet wird, weshalb die Beschlusswirkung „Folgepflicht“ (gesamt-)nichtig ist; der Drittschutz gebietet aber nicht zwingend (auch), dass die in jedem Weisungsbeschluss enthaltene Einwilligung in die Schädigung ebenfalls zur Gänze nichtig ist. Soweit das nicht der Fall ist, weil Drittinteressen nur zum Teil berührt sind, kann ein Beschluss auch nur – im Hinblick auf die Folgepflicht – teilnichtig sein. In diesem Fall kann die „restwirksame“ Einwilligung in die Schädigung eine Geschäftsführerhaftung aufgrund der Beschlussausführung ausschließen. Führt demgemäß die Verletzung einer drittschutzorientierten Geschäftsführerpflicht „nur“ zu einem Haftungsschaden, indem die Gesellschaft mit einer Verbindlichkeit belastet wird, weil das schädigende Organhandeln der Gesellschaft zuzurechnen ist, so ist der Beschluss zwar unverbindlich (Nichtigkeit der Beschlusswirkung „Folgepflicht“); da der Geschäftsführer aber im Innenverhältnis gegenüber der Gesellschaft nur die (grundsätzlich dispositive) Legalitätspflicht verletzt, ist die im Beschluss enthaltene Einwilligung in die Schädigung dennoch wirksam. Insoweit verlangt der Drittschutz nämlich nicht, dass gerade der Geschäftsführer den Schaden letztlich trägt und eine interne Haftungsfreistellung daher ausgeschlossen ist. Da eine Haftungsfreistellung auch die Interessen der (anfechtungsberechtigten) Gesellschafter berührt (was § 25 Abs 5 GmbHG aus historischen Gründen nicht mitbedenkt), ist die Geschäftsführerhaftung aber stets – auch wenn Drittinteressen nicht berührt sind – nur ausgeschlossen, wenn der Beschluss unanfechtbar (geworden) ist (s schon oben). Eine einstimmige Beschlussfassung genügt, ist aber nicht erforderlich. Es bedarf auch (hier) keines Rückgriffs auf außerrechtsgeschäftliche Rechtsinstitute (s schon oben), um die Haftungsfreistellung durch drittschutzwidrige und daher nach allgM „nichtige“, aber mE nach Maßgabe des Normzwecks eben uU nur teilnichtige Beschlüsse erklären zu können. Dass eine Haftungsfreistellung in den genannten Grenzen Drittinteressen nicht berührt, schließt nämlich nicht (erst) die Geltendmachung von Ersatzansprüchen aus, sondern determiniert (limitiert) nach allgemein-zivil-

rechtlichen Grundsätzen schon gleichsam einen Schritt davor die Reichweite der Nichtigkeitsfolge und schließt damit bereits das Entstehen von Ersatzansprüchen aus (die Frage der Geltendmachung stellt sich dann nicht mehr).

Einen Sonderfall drittschutzwidriger Beschlüsse bilden Weisungsbeschlüsse, die gegen die mit § 25 Abs 5 GmbHG (iVm § 25 Abs 3 GmbHG) korrespondierenden Organpflichten (Kapitalerhaltung und Verbot von Zahlungen nach Insolvenzreife) verstoßen. Nach dem Gesagten zeitigen auch solche Beschlüsse keine Folgepflicht, weil der Gläubigerschutzzweck der verletzten Norm ebenfalls die (Gesamt-)Nichtigkeit *dieser* Beschlusswirkung verlangt. Allerdings ist im Bereich des § 25 Abs 3 GmbHG auch die enthaltene Einwilligung in die Schädigung nicht voll wirksam. Da sich die Gesellschaft ihre Ersatzansprüche insoweit wegen der Haftungskonzentration mit ihren Gläubigern „teilt“, verlangt der Gläubigerschutzzweck die Einschränkung über das – grundsätzlich frei verfügbare – „bloße“ (Gesellschafts-)Vermögen. Diese Beschränkung der grundsätzlichen Dispositionsfreiheit ist nach der gesetzlichen Wertung aber nur geboten, soweit der Ersatz (später) zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist (§ 25 Abs 5 GmbHG). In diesem Fall wird die Einwilligung in die Schädigung (relativ) unwirksam. Soweit der Ersatz dagegen (noch) nicht zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist, ist die enthaltene Einwilligung voll wirksam und der Beschluss nach allgemeinen Grundsätzen nur anfechtbar. Zum Schutz der (anfechtungsberechtigten) Gesellschafter schließt der Beschluss die Haftung wie erwähnt nur aus, soweit er unanfechtbar (geworden) ist. Im Ergebnis können somit (entgegen der hM) auch gläubigerschutzwidrige Beschlüsse im Bereich des § 25 Abs 3 GmbHG (analog) die Haftung des Geschäftsführers ausschließen, soweit der Ersatz nicht zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist (vgl § 25 Abs 5 GmbHG, der insoweit zwar nur deklarativ ist). Diese Haftungsfreistellungswirkung beruht wie erwähnt unmittelbar auf der Beschlusswirkung (Einwilligung in die Schädigung). § 25 Abs 5 GmbHG hat nur insofern eine (Rest-)Bedeutung, als diese Norm klarstellt, inwieweit die Gesellschaft aus Gläubigerschutzgründen nicht frei über ihr eigenes Vermögen disponieren kann, dh seit der Anerkennung absolut nichtiger Beschlüsse: inwieweit das Gläubigerinteresse *ex lege* die (ggf teilweise) Beschlussnichtigkeit gebietet.

B. Dispositionsschranken für abstrakte Haftungsmilderungen im Voraus

Das Gesetz regelt nicht ausdrücklich, ob und ggf inwieweit die Geschäftsführerhaftung auch durch eine vertragliche Vereinbarung schon im Voraus gemildert werden kann. Ausgangspunkt ist (auch) hier die grundsätzliche Privatautonomie in ihrer Ausprägung der Dispositionsfreiheit der Gesellschaft über ihr Vermögen. Eine allgemeine Einschränkung der grundsätzli-

chen Dispositionsfreiheit ergibt sich jedoch schon aus dem (subsidiär anwendbaren) Zivilrecht: Abstrakte Haftungsfreizeichnungen sind demnach jedenfalls unwirksam für vorsätzliche (und krass grob fahrlässige) Schädigungen (§ 879 ABGB; ausdr § 276 Abs 3 BGB). Darüber hinaus enthalten weder der Wortlaut des § 25 GmbHG (§ 43 dGmbHG) noch die Gesetzesmaterialien eindeutige Aussagen zur Frage der Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen im Voraus. Die AmtlBegr zu § 43 dGmbHG, die kraft Verweises auch für das Verständnis des § 25 GmbHG relevant ist, erklärt zwar, dass es bei der Geschäftsführerhaftung nicht nur um die Interessen der Gesellschafter, sondern auch um die Interessen der Gläubiger gehe; damit sind aber offenbar (nur) die Dispositionsbeschränkungen zum Schutz der Gläubiger gem § 43 Abs 3 Sätze 2 f dGmbHG angesprochen, die sich – in Deutschland iW unstr – nur auf die Ersatzansprüche gem § 43 Abs 3 dGmbHG beziehen. Nach anderem Verständnis der AmtlBegr müssten die Dispositionsbeschränkungen konsequenterweise umfassend anwendbar sein, dh sie müssten nach der gesetzlichen (insoweit verallgemeinerbaren) Wertung des § 93 Abs 5 Satz 2 Hs 1 dAktG (vgl § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 öAktG; dazu oben § 5.II.A.3.) bis grobe Fahrlässigkeit außerhalb des Kapitalschutzes reichen. Da weder unmittelbar das Gesetz noch die AmtlBegr Anhaltspunkte für die Frage der Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen im Voraus enthält, muss die Antwort auf diese Frage aus den bestehenden Dispositionsbeschränkungen (zum Schutz der Minderheitsgesellschafter und Gläubiger) abgeleitet werden.

Die bestehenden gesetzlichen Dispositionsbeschränkungen für Verzicht, Vergleiche und Weisungsbeschlüsse (zu diesen oben § 5.II.A) sind auf abstrakte Haftungsmilderungen im Voraus (ggf analog) anzuwenden. Demnach sind abstrakte Haftungsmilderungen jedenfalls in denselben Grenzen wie die geregelten Dispositionsarten unwirksam, nämlich im Gläubigerinteresse zum einen gem § 10 Abs 6 GmbHG für Ersatzansprüche aus § 10 Abs 4 GmbHG und zum anderen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG für Ersatzansprüche aus § 25 Abs 3 GmbHG (und gleichgestellten Vorschriften analog [s oben]), jeweils aber nur, soweit der Ersatz zur Gläubigerbefriedigung erforderlich ist. Außerdem sind Vorausdispositionen über alle Ersatzansprüche zum Schutz der Minderheitsgesellschafter unwirksam, sofern eine gem § 48 GmbHG klagsberechtigte Minderheit gem § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG analog Widerspruch erhebt, oder (zum Schutz einzelner Gesellschafter), wenn der Beschluss, in dem die Haftungsbeschränkung festgelegt wird, angefochten wird (zB wegen Treuwidrigkeit der [konkreten] Haftungsmilderung).

Aus diesen bestehenden (allgemeinen und besonderen) Dispositionsbeschränkungen lässt sich allerdings – entgegen einer verbreiteten Argumentation (insb des BGH) – nicht deduktiv *e contrario* schließen, dass auch abstrakte Haftungsmilderungen *ex ante* in denselben Grenzen, dh ohne (weitere) Einschränkungen zulässig wären. Die Schranke der Sittenwidrigkeit bei vorsätzlicher Schädigung ist nämlich eine allgemeine Wertung, die das normative Spezifikum der ausge-

schlossenen Gesellschafterhaftung im Kapitalgesellschaftsrecht und das daraus erwachsene Gläubigerschutzbedürfnis naturgemäß nicht berücksichtigen kann. Die besonderen (gesellschaftsrechtlichen) Dispositionsbeschränkungen erfassen dieses kapitalgesellschaftsrechtliche Spezifikum zwar, regeln aber nur Verzichte, Vergleiche und Weisungsbeschlüsse (sowie wirkungsgleiche Geschäfte), dh – abstrahiert – nachträgliche (konkrete und abstrakte) Dispositionen (insb Verzicht und Vergleich) und (nur) konkrete Vorausdispositionen (Weisung und Billigung). Nicht erfasst sind davon *abstrakte* Vorausdispositionen. Daher ist erst zu untersuchen, ob die gesetzlich geregelten Dispositionsarten einerseits und abstrakte Vorausdispositionen andererseits *wertungsmäßig vergleichbar* sind (s sogleich unten). Immerhin haben abstrakte Vorausdispositionen eine ungleich höhere Wirkungsintensität („Enthaftungsintensität“), die einen guten Teil des Schrifttums unter Hinweis auf die „andere Qualität“ derart pauschaler Vorausdispositionen zu weiteren Einschränkungen der Dispositionsfreiheit anhält. Wie aus den bestehenden Dispositionsbeschränkungen (deduktiv) nichts folgt, kann auch aus der Entscheidungskompetenz der Generalversammlung für die (Nicht-) Geltendmachung von Ersatzansprüchen (§ 35 Abs 1 Z 6 GmbHG; § 46 Nr 8 dGmbHG) nicht die Zulässigkeit abstrakter Vorausdispositionen abgeleitet werden. Denn im Hinblick auf den Minderheiten- und Gläubigerschutz ist das bloße Nichtgeltendmachen mit dem Vernichten von Ansprüchen nicht vergleichbar. Einmal bleiben die Ersatzansprüche bestehen und können von den Minderheitsgesellschaftern und Gläubigern geltend gemacht werden, das andere Mal erlöschen sie und können von niemandem mehr geltend gemacht werden. Die Gesellschaft kann in der Entscheidung über die Anspruchsverfolgung (nur) deshalb frei sein, weil die Minderheitsgesellschafter und Gläubiger jeweils eigene Verfolgungsrechte haben; gerade diese Verfolgungsrechte setzen aber voraus, dass die Dispositionsfreiheit der Gesellschaft beschränkt ist. Demgemäß ist nicht die Möglichkeit der *Geltendmachung* von Ersatzansprüchen (die im Übrigen auch im Bereich des unstr indisponiblen Kapitalschutzes [§ 25 Abs 3 GmbHG; § 43 Abs 3 dGmbHG] besteht), sondern die Möglichkeit von *Dispositionen* das entscheidende argumentative Kriterium. Den richtigen Obersatz für Schlussfolgerungen bildet daher nicht § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG (§ 46 Nr 8 dGmbHG), sondern die Dispositionsbeschränkungen gem § 25 Abs 5 und 7 GmbHG (§ 43 Abs 3 Sätze 2 f dGmbHG) – aus diesen allein folgt aber wie erwähnt (noch) nicht die Zulässigkeit abstrakter Vorausdispositionen in denselben Grenzen wie bei den gesetzlich geregelten Dispositionsarten. Wie sich aus dem Fehlen von (weiteren) Einschränkungen nicht deduktiv auf die (übrige) Disponibilität der Haftung schließen lässt, folgt umgekehrt nicht aus dem Fehlen einer ausdrücklichen Regelungsermächtigung zu einer statutarischen Modifikation von § 25 GmbHG die *Indisponibilität* der Haftung. Denn § 4 Abs 2 GmbHG ordnet entgegen seinem Anschein nicht an, dass iSe „Satzungsstrenge“ alle Vorschriften des GmbHG grundsätzlich zwingend wären. Vielmehr bezieht sich § 4 Abs 2 GmbHG nur auf zwingende Vorschriften und soll lediglich klarstellen, dass gegen zwingendes

Recht verstoßende Vereinbarungen im Gesellschaftsvertrag trotz der grundsätzlich konstitutiven Firmenbucheintragung (weiterhin) nach allgemeinen Regeln nichtig sind (§ 879 Abs 1 ABGB). Die einzelnen „Satzungsvorbehalte“ regeln nicht etwa die Disponibilität der betreffenden Normen, sondern – als Folgefrage – den Gesellschaftsvertrag als Regelungsort (was Disponibilität notwendig voraussetzt), dh sie erfassen von vornherein nur eine Teilmenge aller Dispositivnormen. Im Übrigen sind sie auch bewusst unvollständig.

Was die angesprochene wertungsmäßige Gleichartigkeit der Dispositionsarten betrifft, ist zunächst die relevante Wertung zu ermitteln, dh es ist zu fragen, *warum* die geregelten Dispositionen gerade nur innerhalb der gesetzlichen Grenzen des § 25 Abs 5 und 7 GmbHG (§ 43 Abs 3 Sätze 2 f dGmbHG) ausgeschlossen und im Übrigen zulässig sind (insb außerhalb des Kapitalschutzes). Der Grund für diese (Rest-)Zulässigkeit besteht darin, dass der Gesetzgeber die Gesellschaftsgläubiger insoweit nur mittelbar schützt (s dazu schon oben § 5.II.A.3.). Da die Gesellschafter wegen der zwingenden Vermögensbindung mit ihrem Eigenkapital (Haftkapital) am unmittelbarsten von Veränderungen des Gesellschaftsvermögens betroffen sind, haben sie ein intrinsisches Interesse an der Durchsetzung eines effizienten Sorgfaltsniveaus und wahren dadurch annahmegemäß mittelbar auch die Interessen der (außerhalb der Insolvenz weniger stark betroffenen) Gesellschaftsgläubiger (Interessenkongruenz). Von diesem mittelbaren Schutzmechanismus sind aber – stellt man nun einen wertungsmäßigen Vergleich der Dispositionsarten an – gerade auch abstrakte Vorausdispositionen erfasst. Auch sie werden nämlich zunächst im Eigenkapital spürbar und unterliegen somit aufgrund der Kapitalbindung derselben Hemmwirkung wie die gesetzlich geregelten Dispositionen; wegen der höheren Wirkungsintensität („Enthaftungsintensität“) abstrakter Vorausdispositionen ist die Hemmwirkung sogar höher, weshalb abstrakte Vorausdispositionen im System des mittelbaren Gläubigerschutzes (nur scheinbar paradox) *umso eher* zulässig sein müssen. Daher liegt nach der gesetzlichen Annahme – sofern und soweit die typische Interessenkongruenz als maßgebendes Anreizsystem und systemkonforme „Stellschraube“ auf Gesellschafterebene funktioniert – auch eine von den Gesellschaftern beschlossene vertragliche Haftungsmilderung zugleich im Gläubigerinteresse. Demgemäß ist wie bei den geregelten Dispositionsarten ein zusätzlicher (unmittelbarer) Gläubigerschutz in Form einer weitergehenden Einschränkung der grundsätzlichen Dispositionsfreiheit der Gesellschaft nicht erforderlich. Auch sonstige Schutzinteressen, die eine Einschränkung der Dispositionsfreiheit jenseits der genannten (bestehenden) Schranken gebieten würden, sind nicht in Sicht. Im Ergebnis sind daher auch abstrakte Haftungsmilderungen bis zur allg Sittenwidrigkeitsgrenze und in den genannten speziellen gesellschaftsrechtlichen Grenzen des Minderheiten- und Gläubigerschutzes zulässig und wirksam, dh in denselben Grenzen wie die geregelten Dispositionsarten (Verzicht, Vergleich und Weisung). Im Übrigen könnte die Geschäftsführerhaftung (wenngleich praktisch

unbedeutend) aus denselben Gründen bis zur Schranke der Sittenwidrigkeit auch privatautonom verschärft werden.

Was den Modus abstrakter Haftungsmilderungen im Voraus betrifft, kann die Geschäftsführerhaftung innerhalb der genannten Grenzen grundsätzlich beliebig modifiziert werden. Die Haftungsmilderung muss allerdings wegen ihrer Bedeutung für Gesellschaftsgläubiger und künftig eintretende Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden, um wirksam zu sein (materieller/korporativer Satzungsbestandteil). Für eine entsprechende Änderung des Gesellschaftsvertrags genügt (regulär) die qualifizierte Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen (§ 50 Abs 1 GmbHG), jedoch kann der Beschluss treuwidrig und daher anfechtbar sein.

III. AG

A. Bestehende Dispositionsschranken für Verzichte, Vergleiche und Weisungsbeschlüsse

1. Schutz künftiger Aktionäre als Korrektiv für die Haftungskonzentration

Anders als in der GmbH (§ oben § 5.II.A.1) enthält das AktG wegen der Fungibilität der Aktien auch Dispositionsbeschränkungen zum Schutz künftiger Gesellschafter (Anleger). Nach § 43 AktG kann die Gesellschaft auf bestimmte Ersatzansprüche aus dem Gründungsstadium (§§ 39 bis 41 AktG) erst nach fünf Jahren seit der Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch („Sperrfrist“) und darüber hinaus nur dann verzichten oder sich darüber vergleichen, wenn die HV zustimmt und nicht eine Minderheit von 20% des Grundkapitals widerspricht.

Die Sperrfrist in § 43 AktG schützt die Gesellschaft, künftige Aktionäre und (indirekt) auch die Gesellschaftsgläubiger vor nachteiligen Dispositionen über Ersatzansprüche aus dem Gründungsstadium. Der Gesetzgeber sieht bei Dispositionen über Gründungsansprüche in Anschluss an die Gründung nämlich ein Schutzbedürfnis, weil die Gesellschaft nach seiner Annahme in der ersten Zeit nach der Gründung noch von den Gründern kontrolliert wird. Aufgrund dieses Einflusses könnten die Gründer sich selbst (und insb den Organmitgliedern) für Pflichtverletzungen aus dem Gründungsstadium Entlastung erteilen (lassen). Dadurch könnten sie die strenge Gründungshaftung und damit letztlich die Kapitalaufbringung einfach umgehen. Derartige „Selbstentlastungen“ waren früher ein verbreiteter Missstand, dem die Aktienrechtsnovelle von 1884 mit ihrem strengeren Gründungsrecht entgegentreten sollte. Deshalb schließt das Gesetz (auch heute noch; vgl § 43 AktG) Dispositionen über Gründungsansprüche so lan-

ge aus, wie es ab der Eintragung (Entstehung) der Gesellschaft typischerweise dauert, bis die Aktien mehrheitlich an das Anlegerpublikum übergegangen sind und die Gesellschaft folglich vom Gründereinfluss befreit ist. Diesen Zeitraum (*tempus clausum*) bemisst der Gesetzgeber mit fünf Jahren. Erst nach Ablauf dieser (Sperr-)Frist sollen Dispositionen zulässig sein, weil die Gesellschaft dann präsumtiv von unbefangenen Aktionären kontrolliert wird, die an der Gründung nicht beteiligt waren. Die Sperrfrist basiert somit auf der (stark abstrahierenden und realtypisch überholten) Prämisse, dass jede AG alsbald nach ihrer Entstehung an die Börse gebracht wird und dies typischerweise fünf Jahre dauert. Auch die (zweite) Wirksamkeitsvoraussetzung einer HV-Zustimmung verfolgt denselben Zweck: Sie soll sicherstellen, dass der – nach fünf Jahren typisierend unterstellte – Kontrollwechsel im Aktionariat sich auch tatsächlich auf die Willensbildung auswirken kann, und nicht, wie im älteren Aktienrecht üblich, die Entscheidung an andere Organe oder sonstige Personen delegiert wird, wodurch sich die Gründer trotz des mehrheitlichen Inverkehrbringens der Aktien weiterhin einen Einfluss auf die Gesellschaft sichern und die Gründungshaftung mittelbar umgehen konnten. Die dritte Voraussetzung des § 43 AktG, nämlich das Fehlen eines Widerspruchs durch eine 20%-Minderheit dient dem Minderheitenschutz (dazu gesondert unten § 5.III.A.2). Demgemäß dienen die Sperrfrist und das HV-Zustimmungserfordernis letztlich, wie die Gründungsvorschriften, deren Umgehung sie verhüten soll, der realen Kapitalaufbringung, die wiederum dem Anleger- und Gläubigerschutz dient (wovon die Sperrfrist allerdings nur den Anlegerschutz realisiert; zum insoweit lückenhaften Gläubigerschutz noch unten § 5.III.A.3).

Weitere Normzwecke hat die Sperrfrist gem § 43 AktG nicht. Sie hat entgegen einer in der Lit verbreiteten Ansicht nicht den (zusätzlichen) Zweck, Dispositionen über Ansprüche zu verhindern, solange das Ausmaß des Schadens noch nicht überschaubar ist (Übereilungsschutz). Denn die Gesellschaft kann insb auch durch HV-Beschluss im Vorhinein über die Haftung dispensieren (§ 84 Abs 4 Satz 1 AktG; § 93 Abs 4 Satz 1 dAktG), wenn die Folgen der Schädigung noch viel weniger überschaubar sind. Auch ein zweiter, mit der Sperrfrist gem Art 213d ADHGB 1884 ursprünglich noch verfolgter Normzweck, ist heute nicht mehr vorhanden. Damals betrug die Sperrfrist drei Jahre, das darin enthaltene *tempus clausum* (dh die typische Dauer des Inverkehrbringens der Aktien) dagegen nur zwei Jahre. Nach Ansicht der Gesetzesverfasser von 1884 müsse die Sperrfrist nämlich länger sein als das *tempus clausum*, um zu verhindern, dass ersatzpflichtige Emittenten schon kurz nach Abschluss des schädigenden Geschäfts von ihrer Haftung (vgl § 40 Z 3 AktG) entbunden werden können. Dieser Gedanke wurde jedoch seit dem dHGB 1897 nicht rezipiert und ist im Übrigen auch systemwidrig (s auch sogleich unten).

Wenn die Gesellschaft gem § 43 AktG nur unter den dort genannten Voraussetzungen verzichten oder sich vergleichen „kann“, so bedeutet das je

nach Voraussetzung etwas anderes. Ein vor Ablauf der Sperrfrist abgeschlossenes Geschäft (insb Verzicht oder Vergleich) ist unheilbar nichtig. Das Fehlen der HV-Zustimmung führt dagegen zur schwebenden Unwirksamkeit des Geschäfts, weil diese Wirksamkeitsvoraussetzung die (grundsätzlich unbeschränkte) Vertretungsbefugnis des Vorstands beschränkt.

Die Länge der Sperrfrist und die sich daraus ergebenden Konsequenzen sind planwidrig. Da die Sperrfrist (§ 43 AktG) und die Verjährungsfrist (§ 44 AktG) nämlich kongruent verlaufen (fünf Jahre ab Firmenbucheintragung), sind Verzicht und Vergleiche sowie wirkungsgleiche Geschäfte über Gründungsansprüche *de facto* ganz ausgeschlossen (außer nach § 43 Satz 2 AktG und im Fall einer Unterbrechung oder Hemmung der Verjährung). Ursprünglich (Art 213d ADHGB 1884) betrug die Sperrfrist noch drei Jahre. Sie wurde erst durch das dHGB 1897 (§ 205) auf fünf Jahre verlängert, um jene Fälle zu erfassen, in denen die Aktien erst später in Verkehr gebracht werden. Dabei übersah der Gesetzgeber jedoch, dass Anspruchsdispositionen wegen der Fristenkongruenz ausgeschlossen wurden. Die Planwidrigkeit dieser Konsequenz ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz, vor allem aus den (weiteren) Wirksamkeitsvoraussetzungen, die als Regelungsprämisse die grundsätzliche Disponibilität von Gründungsansprüchen notwendig voraussetzen, weil sie überflüssig wären, wenn schon die erste der drei Voraussetzungen das wirksame Zustandekommen von Verzichten und Vergleichen praktisch ausschließt. Dieser gesetzgeberische Fehler ist mE (*de lege lata*) dadurch zu berichtigen, dass Verzichte und Vergleiche – im Einklang mit den übrigen beiden „Kautelarvorschriften“, nämlich § 40 Z 3 AktG (Haftungszeitraum für Emittenten) und § 45 Abs 1 AktG (Nachgründungsphase) – während eines Zeitraums von zwei Jahren ab Eintragung der Gesellschaft (*tempus clausum*) ausgeschlossen sind. Die genannten „Kautelarvorschriften“ (§ 40 Z 3 AktG; § 45 Abs 1 AktG) beruhen auf derselben Prämisse wie die Sperrfrist (*tempus clausum*), bilden mit ihr eine Regelungseinheit und betragen (seit jeher) ebenfalls nur zwei Jahre. Dass die Sperrfrist ursprünglich drei Jahre betrug und damit ein Jahr länger als das *tempus clausum* war, beruht wie erwähnt auf der (schon damals systemwidrigen) Überlegung, dass Ansprüche gegen Emittenten (§ 40 Z 3 AktG) nicht sofort nach Abschluss der Schädigungshandlung disponibel sein sollten (s oben). Diese Wertung ist allerdings nach dem ADHGB 1884 (insb ab dem dHGB 1897 und der Fristverlängerung auf fünf Jahre) nicht mehr nachweisbar und darf, weil sie systemwidrig ist, bei der erwähnten Gesetzesberichtigung (im Zweifel) nicht berücksichtigt werden. Da es bei der Sperrfrist folglich wie gesagt nur um Umgehungsschutz geht und das dafür relevante *tempus clausum* im Einklang mit § 40 Z 3 AktG und § 45 Abs 1 AktG plangemäß weiterhin nur zwei Jahre beträgt, müssen (und dürfen) auch Dispositionen über die Gründungsansprüche nur binnen zwei Jahren ausgeschlossen werden. Das ist wohl auch für die deutsche Parallelregelung (§ 50 dAktG) anzunehmen. Der deutsche Gesetzgeber hat die Sperrfrist zwar mit dem dAktG 1965 auf drei Jahre reduziert, um

durch die Wiederherstellung des Rechtsstands nach dem ADGHB 1884 Verzicht und Vergleiche wieder zu ermöglichen, und die Anordnung zugleich (nur) mit dem Umgehungsschutz plausibilisiert; er hat dabei aber offenbar übersehen, dass die Sperrfrist des „vorbildhaften“ Art 213d ADHGB 1884 nur im Ausmaß von zwei Jahren dem Umgehungsschutz diene und darüber hinaus auch die übrigen „Kautelarvorschriften“ im geltenden deutschen Aktienrecht (§ 47 Z 3; § 52 Abs 1 dAktG), weiterhin (unverändert) ein *tempus clausum* von nur zwei Jahren vorsehen, weshalb die Sperrfrist gem § 50 dAktG, diene sie tatsächlich nur dem Umgehungsschutz, einen impliziten Widerspruch mit den Kautelarvorschriften (mit denen sie wie erwähnt eine normative und implikatorische Einheit bildet) begründet.

2. Minderheitenschutz als Korrektiv für die Haftungskonzentration

a) Das Minderheitsverlangen gem §§ 134 f AktG

Nach § 134 AktG ist eine Aktionärsminderheit von 10% des Grundkapitals (in bestimmten Fällen schon 5%) berechtigt, von der Gesellschaft die Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen (ua) Vorstandsmitglieder zu verlangen. Dieses Recht ist ein Korrektiv für die Haftungskonzentration auf die Gesellschaft. Es beruht auf der Annahme, dass die Bündelung aller Ansprüche bei der Gesellschaft zur Benachteiligung von Minderheitsaktionären führen könnte, weil die Aktionärsmehrheit präsumtiv in einem Naheverhältnis zu den Organmitgliedern steht und daher nicht geneigt sein wird, Ersatzansprüche gegen diese durchzusetzen. Der Gesetzgeber überträgt daher einer (präsumtiv unbefangenen) Minderheit die Anspruchsdurchsetzung, um dadurch das Gesellschaftsinteresse – und annahmegemäß zugleich das Minderheitsinteresse – zu wahren. Nach der gesetzlichen Konzeption agiert die Minderheit dabei als „außerordentliches Organ“ der Gesellschaft, das anstelle der HV unmittelbar den Verbandswillen bildet. Dogmatisch handelt es sich um ein Individualrecht kraft Aktionärsstellung, das aus Sorge vor Missbräuchen nur einer Minderheit von Aktionären gewährt wurde. Diese eigenartige dogmatische Konzeption als „beschränkte Individualrechte“ spiegelt sich in den Voraussetzungen und Rechtswirkungen des Minderheitsverlangens wider. So setzt das Verlangen insb kein Stimmrecht voraus, muss aber in der HV explizit als solches erklärt werden. Das Minderheitsverlangen verpflichtet die Gesellschaft wie ein (mehrheitlicher) HV-Beschluss zur Geltendmachung der betreffenden Ansprüche binnen sechs Monaten (§ 135 Abs 1 AktG). Nach Fristablauf erlischt das Verlangen, die Minderheit kann aber (sofern nicht rechtsmissbräuchlich) erneut gem § 134 AktG die Anspruchsverfolgung verlangen.

b) Die Dispositionsbeschränkungen gem § 43, § 84 Abs 4 Satz 3 und § 136 AktG

Mit dem Verfolgungsrecht der Minderheit ist der gesetzliche Schutz noch nicht komplett. Denn die Aktionärsmehrheit könnte das Minderheitsverlangen ohne gesetzliches Korrektiv einfach dadurch aushebeln, dass sie über die geltendzumachenden Ansprüche disponiert (insb durch Verzicht oder Vergleich). Deswegen gewährt das Gesetz einer Minderheit zusätzlich das Recht, Dispositionsbeschlüsse durch Widerspruch zu verhindern (§ 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG). Dieses Widerspruchsrecht setzt allerdings nach dem Gesetzeswortlaut im Gegensatz zu § 134 AktG (noch wie im älteren Aktienrecht) eine Beteiligung von 20% des Grundkapitals voraus. Auch das Zustimmungserfordernis gem § 136 AktG zielt auf die Absicherung des Minderheitsverlangens und verlangt zwar richtigerweise nur 10% des Grundkapitals, es schützt aber nur eine Minderheit, die die Geltendmachung von Ansprüchen bereits nach § 134 AktG verlangt hat. Ein effektiver Minderheitenschutz erfordert jedoch auch, dass die geschützte Minderheit Gesellschaftsdispositionen präventiv verhindern kann, um anschließend ihr Verlangen auszuüben, denn es wird ihr regelmäßig nicht möglich sein, der Mehrheit mit dem Verlangen zuvorzukommen. Der historische Gesetzgeber hat dieses präventive Schutzbedürfnis iZm dem Widerspruchsrecht erkannt, weshalb dieses nicht die vorherige Ausübung des Minderheitsverlangens fordert, allerdings hat er das (überhöhte) Beteiligungsquorum von 20% des Grundkapitals beibehalten. Insgesamt ist das Minderheitsverlangen gem § 134 AktG somit durch keinen der bestehenden Schutzmechanismen umfassend und effektiv gegen Mehrheitsdispositionen abgesichert. Das Verhältnis der genannten Bestimmungen zueinander erschließt sich erst im Kontext ihrer historischen Entwicklung, die hier nicht ausführlich wiedergegeben werden kann. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Unzulänglichkeiten der genannten Absicherungsmechanismen die Folge gesetzgeberischer Missverständnisse und Fehler in der älteren Aktienrechtsentwicklung sind. Im Ergebnis ist diese normative Gemengelage nach der hier vertretenen Auffassung dadurch aufzulösen, dass die Widerspruchsrechte gem § 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG entsprechend der Absicht des Gesetzgebers berichtigend auf *dieselbe* Minderheit anzuwenden sind, die gem § 134 AktG die Geltendmachung von Ansprüchen verlangen kann (dh 10% und uU 5% des Grundkapitals). Der Widerspruch setzt nach der gesetzlichen Konzeption (wie das Verlangen gem § 134 AktG) kein Stimmrecht voraus, muss aber in der HV ausdrücklich erhoben werden. Ein trotz wirksamen Widerspruchs abgeschlossenes Geschäft (zB Verzicht oder Vergleich) ist schwebend (absolut) unwirksam.

3. Gläubigerschutz als Korrektiv für die Haftungskonzentration

a) Das Verfolgungsrecht gem § 84 Abs 5 Sätze 1 und 2 AktG

§ 84 Abs 5 Satz 1 AktG gewährt den Gesellschaftsgläubigern als Korrektiv für die Haftungskonzentration das Recht, Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen Vorstandsmitglieder aus § 84 Abs 3 AktG oder wegen sonst zumindest grob fahrlässiger Schädigung (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG) selbstständig geltend zu machen, soweit sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können (Verfolgungsrecht; Einziehungsermächtigung). Da in diesem Fall typischerweise zugleich die Voraussetzungen für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens erfüllt sind, hat das Verfolgungsrecht geringe praktische Bedeutung. Während eines Insolvenzverfahrens wird es nämlich von der Einziehungsbefugnis des Insolvenzverwalters verdrängt (§ 84 Abs 5 Satz 4 AktG). Dogmatisch ist das Verfolgungsrecht eine spezielle aktienrechtliche Einziehungsermächtigung, die es den Gesellschaftsgläubigern ermöglicht, fremde Ansprüche (der Gesellschaft) im eigenen Namen und auf eigene Rechnung geltend zu machen. Dadurch soll ihnen die Erwirkung eines Exekutionstitels gegen die Gesellschaft erspart werden.

b) Die Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 Sätze 3 und 4 AktG

Wie beim Minderheitsverlangen gem § 134 AktG genügt auch das Verfolgungsrecht der Gläubiger allein nicht für einen effektiven Gläubigerschutz, denn die Gesellschaft könnte das Verfolgungsrecht ohne zusätzliches Korrektiv einfach dadurch unterlaufen, dass es auf die geltendzumachenden Ersatzansprüche verzichtet oder sich vergleicht. Deshalb normiert § 84 Abs 5 Satz 3 AktG, dass die Ersatzpflicht der Vorstandsmitglieder den Gläubigern gegenüber (relative Unwirksamkeit) weder durch einen Verzicht oder Vergleich der Gesellschaft noch dadurch aufgehoben wird, dass die Handlung auf einem Beschluss der HV beruht. Diese Dispositionsbeschränkungen zugunsten der Gesellschaftsgläubiger beziehen sich unmittelbar nur auf das Verfolgungsrecht und knüpfen an dessen Tatbestandsvoraussetzungen an (Befriedigungsunmöglichkeit und Einschränkung auf die in § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG genannten Ansprüche). Gleichwohl handelt es sich dabei um eine universelle Einschränkung der im Gläubigerinteresse indisponiblen Vorstandshaftung (vgl auch § 10 Abs 6 und § 25 Abs 5 und 7 GmbHG). Demgemäß ist § 84 Abs 5 Satz 3 AktG analog anzuwenden auf exekutiv (mittels Drittschuldnerklage) vorgehende Gesellschaftsgläubiger und auf den Insolvenzverwalter jedoch ebenfalls nur im Rahmen der genannten (universellen) Einschränkungen gem § 84 Abs 5 Sätze 1 f AktG. Die Anordnung des § 84 Abs 5 Satz 4 AktG beruht auf der mE unzutr. Prämisse, das Verfolgungsrecht gem § 84 Abs 5 Satz 1 AktG gewähre

den Gläubigern einen eigenen materiell-rechtlichen Anspruch. Unter der mE zutr Prämisse einer (bloßen) Einziehungsermächtigung (s oben) sind wie erwähnt vielmehr die Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 Satz 3 AktG analog auf den Insolvenzverwalter anzuwenden, weshalb sich § 84 Abs 5 Satz 4 AktG auf die Aussage beschränkt, dass die Gläubiger ihr Verfolgungsrecht während eines Insolvenzverfahrens nicht ausüben können (Sperrfunktion). Das Verfolgungsrecht und die Dispositionsbeschränkungen gem § 84 Abs 5 AktG sind außerdem *per analogiam* auch auf Ersatzansprüche der Gesellschaft gegen die Vorstandsmitglieder aus dem Gründungshergang (§ 41 AktG) anzuwenden. Im Gründungsrecht werden die Gläubiger zwar inzident durch die Sperrfrist gem § 43 AktG mitgeschützt, nach deren Ablauf fehlt aber eine spezielle Dispositionsbeschränkung zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger (vgl indes § 10 Abs 6 GmbHG).

4. Im Besonderen: Haftungsfreistellung durch Befolgung eines HV-Beschlusses (§ 84 Abs 4 Satz 1 und Abs 5 Satz 3 AktG)

Nach § 84 Abs 4 Satz 1 AktG haften Vorstandsmitglieder der Gesellschaft nicht, wenn die schädigende Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschluss der HV beruht. Diese Bestimmung enthält (nur) zwei Klarstellungen: Erstens schließen nichtige HV-Beschlüsse die Haftung auch gegenüber der Gesellschaft nicht aus (vgl § 84 Abs 5 Satz 3 AktG *e contrario*). Zweitens schließen (noch) anfechtbare HV-Beschlüsse die Haftung nicht schon aufgrund ihrer bloß „vorläufigen“ Bestandskraft aus (und verpflichten ggf zur Ausführung). Die ältere Lehre hatte nämlich jeweils Gegenteiliges noch aus § 241 Abs 4 Satz 2 dHGB 1897 *e contrario* abgeleitet (entspricht iW § 84 Abs 5 Satz 3 AktG idgF). Da eine sofortige Haftungsfreistellung das Beschlussanfechtungsrecht der Aktionäre unterlaufen könnte, wurde schon auf Grundlage des dHGB 1897 die Auffassung vertreten, dass der Vorstand die Gesetzmäßigkeit des Beschlusses auf eigene Verantwortung zu prüfen habe und folglich für die Ausführung eines gesetzwidrigen – wenngleich mangels Anfechtung vorläufig wirksamen – Beschlusses haftet. Dies stellt § 84 Abs 4 Satz 1 AktG seit 1937/1938 auch gesetzlich klar. Insgesamt ist daher die haftungsfreistellende Wirkung von HV-Beschlüssen grundsätzlich nicht anders zu beurteilen als im GmbH-Recht. Vor allem ist die dogmatische Grundlage der Freistellungswirkung ebenfalls die im Beschluss enthaltene Einwilligung in die Selbstschädigung durch die Gesellschaft – nicht etwa die Folgepflicht oder der Grundsatz von Treu und Glauben. Auch die Anordnung des § 84 Abs 5 Satz 3 AktG hat (wie die Parallelnorm § 25 Abs 5 GmbHG) seit der Anerkennung absolut nichtiger Beschlüsse allenfalls klarstellende Funktion (s dazu näher iZm § 25 Abs 5 GmbHG oben § 5.II.A.4).

Wie im GmbH-Recht werfen vor allem fehlerhafte (rechtswidrige) HV-Beschlüsse weitere Fragen im Hinblick auf ihre Haftungsfrestellungswirkung auf. Hierbei ist nach dem Beschlussstatus zwischen anfechtbaren und nichtigen Beschlüssen zu unterscheiden. Haftungsausschließend wirken nicht nur anfänglich unanfechtbare Beschlüsse, sondern auch nachträglich unanfechtbar gewordene Beschlüsse. Bei noch anfechtbaren oder bereits angefochtenen Beschlüssen handeln die Vorstandsmitglieder auf eigene Verantwortung. Eine Pflicht oder Obliegenheit des Vorstands (oder einzelner Vorstandsmitglieder) zur Anfechtung anfechtbarer HV-Beschlüsse existiert nicht. Auch drittschutzwidrige (insb gläubigerschutzwidrige) Beschlüsse schließen – wie im GmbH-Recht – die Haftung aus, soweit Gläubigerinteressen nicht berührt sind (vgl § 84 Abs 5 AktG). Die Anordnung des § 84 Abs 4 Satz 1 AktG steht dem nicht entgegen, weil sie auf der mE unzutreffenden Prämisse beruht, dass die Folgepflicht eine notwendige Voraussetzung der Haftungsfrestellung sei. Insoweit ist die Haftungsfrestellung wie gesagt nach denselben Grundsätzen zu beurteilen wie im GmbH-Recht, jedoch mit der Abweichung, dass im Aktienrecht auch die Haftung wegen zumindest grob fahrlässiger Schädigung außerhalb der Sondertatbestände gem § 84 Abs 3 AktG für die Gesellschaft indisponibel ist (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG). Demgemäß kann die Haftung im Bereich des § 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG durch HV-Beschluss ausgeschlossen werden, soweit die Gläubiger von der Gesellschaft (noch) Befriedigung erlangen können (dh soweit der Ersatz nicht zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist; vgl § 25 Abs 5 und 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG *e contrario*). Wie § 25 Abs 5 GmbHG hat § 84 Abs 5 Satz 3 AktG nämlich seit der Anerkennung der absoluten Beschlussnichtigkeit zwar wie gesagt keine konstitutive Funktion mehr, diese Norm markiert aber in Verbindung mit dem Verfolgungsrecht, auf das sich die Dispositionsbeschränkungen beziehen, immerhin die Voraussetzungen und Grenzen eines gesetzlich anerkannten Gläubigerschutzbedürfnisses und gibt damit die Reichweite der Beschlussnichtigkeit sowie folglich der Haftungsfrestellungswirkung vor. Auch geheilte nichtige Beschlüsse schließen die Vorstandshaftung aus. Eine Pflicht oder Obliegenheit zur Erhebung der Nichtigkeitsklage besteht nicht. Darüber hinaus kann die Haftung nach allgemeinen Grundsätzen auch ausgeschlossen werden durch eine bloße (unverbindliche) Ermächtigung einer Maßnahme durch die HV, eine erst nachträgliche Genehmigung des Vorstandshandelns durch die HV oder eine formlose Einwilligung aller Aktionäre. Auch insoweit bestehen keine (rechtsformbedingten) Unterschiede zum GmbH-Recht.

5. Die Dispositionsbeschränkung gem § 84 Abs 4 Sätze 3 und 4 AktG („Sperrfrist“)

Nach § 84 Abs 4 Satz 3 AktG kann die Gesellschaft – ähnlich wie gem § 43 AktG (dazu oben § 5.III.A.1) – erst nach fünf Jahren seit der Entstehung des Anspruchs und nur dann auf Ersatzansprüche verzichten oder sich dar-

über vergleichen, wenn die HV zustimmt und nicht eine Minderheit von 20% des Grundkapitals widerspricht. Anders als die gründungsrechtliche Sperrfrist gem § 43 AktG ist die allgemeine Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG jedoch das Resultat eines gesetzgeberischen Irrtums. Der Gesetzgeber des AktG 1937/1938 ging nämlich irrig davon aus, dass diese Vorschrift schon im damaligen Aktienrecht des dHGB 1897 gegolten habe. Tatsächlich existierte eine vergleichbare Anordnung nur im Gründungsrecht (§ 205; die Vorläufernorm von § 43 AktG idgF). Die Sperrfrist lässt sich (dementsprechend) objektiv keinem der in der Lit vertretenen oder sonst denkbaren Normzwecke wertungskonform zuordnen. Entweder bestehen bereits feiner abgestimmte Schutzmechanismen (wie das Widerspruchsrecht und die Dispositionsbeschränkungen zwecks Minderheiten- bzw Gläubigerschutz)⁴⁵⁹² oder die angebotenen Schutzzweckhypothesen lassen sich mit den übrigen aktienrechtlichen Wertungen nicht in Einklang bringen (so insb beim verbreitet angenommenen Übereilungsschutz und beim Schutz künftiger Aktionäre). Der Grund dafür ist, dass die Sperrfrist auf den gründungsspezifischen Sachverhalt einer Aktienemission nach der Gesellschaftsgründung zugeschnitten ist und mit ihrem Mechanismus künftige Aktionäre vor der gegenwärtigen Aktionärs Gesamtheit (im Gründungsrecht: vor der Gründergemeinschaft) schützt. Außerhalb der Gründung hat diese Norm keinen Anwendungsfall, weil ein Bedürfnis nach einem allgemeinen Erwerberschutz in der „lebenden“ Gesellschaft nicht existiert. Der Regelungsmechanismus „Sperrfrist“ führt wegen seines gründungsrechtlichen Zuschnitts außerhalb der Gründung im Übrigen zu paradoxen Implikationen, weil die Frist nicht an ein singuläres Ereignis (Eintragung in das Firmenbuch), sondern an die (wiederholbare) Entstehung des (jedes einzelnen) Ersatzanspruchs anknüpft. Die Sperrfrist hat somit keinen Normzweck.

Dass die Gesellschaft gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG erst nach fünf Jahren ab Entstehung des Anspruchs auf diesen verzichten oder sich vergleichen „kann“, ist zwar wohl als ausdrückliche Nichtigkeitssanktion einzuordnen. Gleichwohl richtet sich die nähere Konturierung der Nichtigkeitsfolge (insb absolute oder relative Nichtigkeit; heilbare oder unheilbare Nichtigkeit) nach dem Normzweck (Verbotszweck). Da ein Verbotszweck im vorliegenden Fall fehlt, kann die Nichtigkeit konsequenterweise von niemandem geltend gemacht werden, sodass Verzichte und Vergleiche *de facto* trotz Sperrfrist wirksam sind – wie übrigens auch nach der öhM, wenn und soweit sich die (angeblich geschützte) Minderheitsaktionäre oder die Gläubiger nicht auf die relative Nichtigkeit berufen. Außerdem sind Verzichte und Vergleiche allenfalls heilbar nichtig. Anders als bei der gründungsrechtlichen Sperrfrist

⁴⁵⁹² IdS auch *Eßwein*, Privatautonome Gestaltung 111, nach dem die dreijährige Sperrfrist bezogen auf die für die Organhaftung relevanten Schutzrichtungen überflüssig sei, weil sie in keine dieser Schutzrichtungen wirke und überdies die bestehenden gesetzlichen Regelungen ausreichen würden.

lässt sich bei § 84 Abs 4 Satz 3 AktG nämlich mangels Normzweck nicht sagen, dass gerade die während des Fristlaufs kontrollierenden Aktionäre (im Gründungsrecht: die Gründer) nicht disponieren können sollen, sodass der Fristablauf allein vorher abgeschlossene Geschäfte nicht wirksam macht (heilt). Dementsprechend kann die allgemeine Sperrfrist nur als gesetzliche Befristung für Verzichte und Vergleiche verstanden werden. Dass ein verfrühter Verzicht oder Vergleich folglich befristet wirksam ist, steht einer zwischenzeitigen Geltendmachung der betreffenden Ersatzansprüche durch die Gesellschaft entgegen. Auch aus diesem Grund sind somit Verzichte und Vergleiche trotz Sperrfrist *de facto* wirksam. Eine derart sinnentleerte Norm hätte der Gesetzgeber zweifellos nicht bewusst angeordnet, weshalb sie ihm nach einem allgemeinen Auslegungsgrundsatz im Zweifel auch nicht zugesonnen werden sollte. Allerdings ist die Sinnlosigkeit der Norm nicht erst das Resultat der Auslegung (jede denkbare Normzweckhypothese wäre wertungswidersprüchlich), sondern ist der Sperrfrist selbst immanent. Der genannte Auslegungsgrundsatz ist eine bloße Zweifelsregel, die von der (grundsätzlich hilfreichen) Prämisse ausgeht, der Gesetzgeber würde sachgerechte und sinnvolle Normen erlassen; sie kann aber widerlegt werden, wenn im Einzelfall nachgewiesen wird, dass der Gesetzgeber (doch) eine sinnlose Norm geschaffen hat. Das gefundene Auslegungsergebnis ist nichts anderes als die natürliche Konsequenz einer Anwendung der allgemeinen normzweckbezogenen Nichtigkeitslehre auf eine objektiv „zwecklose“ Norm.

Da die Sperrfrist somit zumindest faktisch eine *lex imperfecta* ist, erübrigt sich ihre rechtsfortbildende Korrektur. Eine solche wäre geboten, weil die Sperrfrist – geht man nicht von einer Relativierung der Verstoßfolge durch den fehlenden Normzweck aus – Verzichte und Vergleiche praktisch zur Gänze ausschließen würde. Da die Verjährungsfrist gem § 84 Abs 6 AktG nach zutr Ansicht (ebenfalls) mit der Anspruchsentstehung beginnt und ebenfalls fünf Jahre beträgt, wären Dispositionen regelmäßig erst möglich, wenn die betreffenden Ansprüche schon verjährt sind. Eine in der Lit zT vertretene teleologische Reduktion der Sperrfrist wäre aber abzulehnen, weil dies einen plangemäßen Restanwendungsbereich impliziert, auf den die Norm reduziert wird, und außerdem selbst bei Annahme eines Restanwendungsbereichs am typisierenden Charakter der Sperrfrist scheitern würde. Einen solchen gibt es nicht. Eine teleologische Reduktion „auf null“ (Totalkorrektur) – dh ein „Ignorieren“ der Norm *de lege lata* – wäre methodologisch unzulässig. Überlegenswert wäre allenfalls, ob die Sperrfrist *qua* materieller Derogation unanwendbar ist. Sie ist nämlich nicht nur normzwecklos und wertungswidersprüchlich, sondern begründet (*arguendo*) durch den *De-facto*-Ausschluss von Verzichten und Vergleichen auch einen (Norm-)Widerspruch mit jenen Normen, die Verzichte und Vergleiche zugunsten der Minderheitsaktionäre (nämlich das Widerspruchsrecht in § 84 Abs 4 Satz 3 AktG) und zugunsten der Gesellschaftsgläubiger (§ 84 Abs 5 Satz 3 AktG) nur punktuell einschränken und folglich eine

(jederzeitige) Verzicht- und Vergleichbarkeit auch durch die jährliche Entlastung als Regelungsprämisse noch notwendig voraussetzen. Die genannten Dispositionsbeschränkungen werden durch die weitergehende Sperrfrist obsolet. Da nicht beide (alle) Normen zugleich angewendet werden können, liegt ein Normwiderspruch (Antinomie) vor. Dieser Widerspruch ist (mangels Anwendbarkeit typisierender Derogationsregeln) durch Auslegung aufzulösen. Die Auslegung hat ergeben, die Antinomie zugunsten der bestehenden Dispositionsbeschränkungen aufzulösen, weil diese auf sorgfältigen, historisch gewachsenen und auch im GmbH-Recht geltenden Wertungsüberlegungen des Gesetzgebers beruhen, wohingegen die Sperrfrist ein systemwidriger Fremdkörper im Aktienrecht ist (was angesichts ihrer irrtümlichen Schaffung auch nicht überraschen kann). Demgemäß wäre die Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG aufgrund materieller Derogation (zugunsten der übrigen genannten Normen) unanwendbar. Da die Sperrfrist aber wegen des fehlenden Normzwecks Dispositionen der Gesellschaft im Ergebnis ohnehin nicht ausschließt, werden die Überlegungen zu einer Korrektur *de lege lata* nicht schlagend.

In jedem Fall sind aus der Sperrfrist *de lege lata* keine weiteren Schlüsse zu ziehen. Das ist zum einen schon deshalb nicht möglich, weil dafür mangels Normzwecks die leitende Determinante fehlt. Zum anderen verbieten sich weitere Schlussfolgerungen, weil systemwidrige Normen nach einem anerkannten Auslegungsgrundsatz nicht noch verbreitert (verallgemeinert) werden dürfen. Insb sind entgegen manchen Literaturstimmen keine Schlüsse zu ziehen auf den (umfassenden) Anwendungsbereich anderer Bestimmungen (vgl § 25 Abs 5 und 7 GmbHG und § 84 Abs 5 Satz 3 AktG [für den Fall einer exekutiven Anspruchsverfolgung durch Gläubiger]), auf den Fristbeginn der Verjährung gem § 84 Abs 6 AktG (und § 25 Abs 6 GmbHG) oder auf die Unzulässigkeit abstrakter Vorausdispositionen über die Vorstandshaftung. *De lege ferenda* ist die Sperrfrist ersatzlos zu streichen (nicht etwa nur zu verkürzen).

Auch die deutsche Sperrfrist (§ 93 Abs 4 Satz 3 dAktG) sollte gestrichen werden. Sie schafft zwar keine Normkollision, weil sie mit dem dAktG 1965 auf drei Jahre verkürzt wurde, und seitdem wieder (weitergehend) Dispositionen über Ersatzansprüche ermöglicht. Allerdings ist die Sperrfrist nicht nur zu lang bemessen, sondern als Regelungsmechanismus außerhalb der Gründung überhaupt fehl am Platz (s oben). Auch eine dreijährige Sperrfrist widerspricht nämlich der gesetzlichen Wertung, dass die Gesellschaft zur Gewährleistung der nötigen Risikobereitschaft der Vorstandsmitglieder *jederzeit* auf Ersatzansprüche wegen bloß leicht fahrlässiger Sorgfaltswidrigkeit (außerhalb des Kapitalschutzes gem § 84 Abs 3 AktG) verzichten – insb durch Entlastung, die vor Schaffung der Sperrfrist noch unstr. Verzichtswirkung hatte – oder sich vergleichen können muss (vgl § 93 Abs 5 Satz 2 Hs 1 dAktG). Außerdem ist der Übereilungsschutz, mit dem der deutsche Aktiengesetzgeber von 1965 die allgemeine (verkürzte) Sperrfrist plausibili-

sierte, (weiterhin) wertungswidersprüchlich. Er steht nämlich damit in Widerspruch, dass die Gesellschaft die Vorstandshaftung nach einhelliger Auffassung im Vorhinein auch durch HV-Beschluss (in den übrigen Grenzen) ausschließen kann (vgl § 93 Abs 4 Satz 1 dAktG), obwohl das Schadensausmaß in diesem Fall typischerweise noch viel weniger überschaubar ist als nach der Entstehung des Ersatzanspruchs. Gleichwohl ist die Sperrfrist *de lege lata* entsprechend dem Übereilungsschutz, den ihr der Gesetzgeber zugeschrieben hat, in ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich anzuwenden. Da die Sperrfrist folglich wertungs- und systemwidrig ist, dürfen auch aus ihr jedenfalls keine weiteren Schlüsse gezogen werden, weil unsachgerechte Normen nach einem anerkannten Auslegungsgrundsatz nicht zu verallgemeinern sind. Insbesondere ist deswegen aus der Sperrfrist (entgegen der hdM) nicht abzuleiten, dass abstrakte Vorausdispositionen über die Vorstandshaftung (aus diesem Grund) unwirksam wären. Die Sperrfrist wird gleichwohl neben der Satzungsstrenge als zentrales Argument dafür angesehen, dass abstrakte Haftungsmilderungen im Aktienrecht (anders als nach hdM im GmbH-Recht) kategorisch ausgeschlossen seien.

B. Dispositionsschranken für abstrakte Haftungsmilderungen im Voraus

Abstrakte Haftungsmilderungen im Voraus sind entgegen der ganz hM (auch) im Aktienrecht grundsätzlich zulässig. Die Sperrfrist gem § 84 Abs 4 Satz 3 AktG steht dem nicht entgegen, denn sie beruht wie erwähnt (s oben § 5.III.A.5) auf einem gesetzgeberischen Irrtum, lässt sich (dementsprechend) auch objektiv keinem Schutzinteresse zuordnen und steht darüber hinaus in Widerspruch zu anderen Normen und Wertungen, aus denen sich *e contrario* die grundsätzliche Disponibilität der Vorstandshaftung innerhalb der Grenzen zwingender Schutzinteressen (Anleger-, Minderheiten- und Gläubigerschutz) ergibt. Aus der Sperrfrist dürfen daher keine Schlüsse gezogen werden. Das gilt auch für die deutsche Parallelnorm (§ 93 Abs 4 Satz 3 dAktG; s oben § 5.III.A.5). Außerdem steht einer abstrakten Vorausdisposition über die Vorstandshaftung jedenfalls in Österreich (vgl demggü § 23 Abs 5 dAktG) auch nicht der Grundsatz der „Satzungsstrenge“ entgegen. Ein solcher Grundsatz iSe formalen Regel-Ausnahme-Verhältnisses zugunsten zwingenden Rechts existiert im österreichischen Aktienrecht nämlich nicht. Das Dogma der Satzungsstrenge ist wegen seiner fragwürdigen Entstehungsbedingungen im Übrigen auch in Deutschland (*de lege ferenda*) kritisch zu hinterfragen. Jedenfalls hierzulande ist nach allgemeinen Regeln durch Auslegung im Einzelfall zu ermitteln, ob eine Norm (hier: § 84 AktG) zwingend oder dispositiv ist. Dabei ist der Schutz künftiger Aktionäre vor unvorhergesehenen Satzungsklauseln nicht gesondert zu berücksichtigen. Dieser Schutz erfolgt nämlich entgegen der „Standardisierungsthese“, mit der die Satzungsstren-

ge vielfach plausibilisiert wird, systemkonform nicht durch Nichtigkeit abweichender Satzungsvereinbarungen, sondern (wie übrigens auch im GmbH-Recht) durch ihre Publizität in der Satzung als sog materielle Satzungsbestandteile.

Unter diesen Gesichtspunkten ist die Zulässigkeit abstrakter Haftungsmilderungen im Aktienrecht grundsätzlich nicht anders zu beurteilen als im GmbH-Recht, weil für beide Rechtsformen – nicht zuletzt wegen ihrer historischen Verschränkung – grundsätzlich dieselben Schutzinteressen und Wertungsmuster bestehen. Dagegen spricht entgegen manchen Literaturstimmen nicht, dass der Vorstand im Gegensatz zum Geschäftsführer weisungsfrei und eigenverantwortlich agiert. Ebenso wenig spricht dagegen, dass die Vermögensbindung (nur) im deutschen Aktienrecht strenger ist als im GmbH-Recht. Vielmehr ist von grundsätzlicher Parallelität auszugehen, weshalb bei der Beurteilung der Vorstandshaftung insb auf die (reichhaltigere) Diskussion zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers rekurriert werden kann. Trotz der grundsätzlichen Parallelität sind allerdings einige aktienrechtliche Besonderheiten zu berücksichtigen. Diese Besonderheiten resultieren aber nicht etwa aus einer grundsätzlich anderen Konzeption der Vorstandshaftung, sondern auf Ergänzungen und (historisch jüngeren) Modifikationen des älteren Aktienrechts, aus dem das GmbH-Recht im Wesentlichen hervorgegangen ist. So spielt im aktienrechtlichen Gründungsstadium – anders als bei der GmbH (§ oben § 5.II.A.1) – auch der Schutz künftiger Aktionäre (Anleger) eine Rolle. Daher ist der vertragliche Ausschluss oder die Beschränkung der Gründungshaftung (§ 41 AktG) gem § 43 AktG (analog) unwirksam (und wird auch nicht nach Ablauf der Sperrfrist wirksam). Auch der Gläubigerschutz reicht im Aktienrecht insofern weiter als im GmbH-Recht, als die Vorstandshaftung – rechtspolitisch allerdings verfehlt – auch außerhalb der qualifizierten Sonderstatbestände gem § 84 Abs 3 AktG (vgl § 25 Abs 3 GmbHG) indisponibel ist, sofern der Schaden aus einem zumindest grob fahrlässigen Pflichtverstoß resultiert (§ 84 Abs 5 Satz 2 Hs 1 AktG). Den Sonderhaftungstatbeständen des § 84 Abs 3 AktG gleichzustellen sind (wie im GmbH-Recht) außerdem weitere punktuelle Gläubigerschutzvorschriften (insb § 14 EKEG sowie existenzgefährdende oder -vernichtende Maßnahmen), und zwar (entgegen der Lehre) unabhängig vom Verschuldensgrad. Selbst in diesem Bereich des unmittelbaren Gläubigerschutzes sind Haftungsmilderungen aber nur unwirksam, soweit die Gläubiger von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können; sie sind *e contrario* wirksam, soweit die Gläubiger von der Gesellschaft (noch) befriedigt werden können. Im verbleibenden Haftungsbereich können die gesetzlichen Haftungsvoraussetzungen bis zur allgemeinen Sittenwidrigkeitsgrenze (vgl § 879 ABGB; ausdr § 276 Abs 3 BGB) abgemildert werden, soweit – zwecks Wahrung des Minderheitenschutzes – nicht eine gem § 134 AktG verfolgungsberechtigte Aktionärsminorität von 10% des Grundkapitals Widerspruch erhebt (§ 43 und § 84 Abs 4 Satz 3 AktG analog) oder der zugrundeliegende Beschluss (insb wegen Treuwidrigkeit) angefochten wird. Was den Modus angeht,

können Haftungsmilderungen grundsätzlich (wie im GmbH-Recht) beliebig ausgestaltet werden, müssen aber in der Satzung vereinbart werden, um wirksam zu sein (materieller Satzungsbestandteil). Schließlich könnte die Haftung auch im Aktienrecht – praktisch freilich unbedeutend – bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit verschärft werden.

§ 6. Verzeichnisse

I. Verzeichnis der zitierten Literatur⁴⁵⁹³

- Adams*, Eigentum, Kontrolle und beschränkte Haftung (1991) [*Adams*, Eigentum]
Adensamer/Mitterecker, Gesellschafterstreit (2021)
Aktiengesetz Großkommentar, bearbeitet von *Gadow, Heinichen, E. Schmidt, W. Schmidt, Weipert*, Band I (1961), Band II (1965), 2. Auflage [Großkomm AktG² (Jahr)]
Aktiengesetz Großkommentar, bearbeitet von *Barz, Brönnner, Klug, Mellerowicz, Meyer-Landrut, Schilling, Wiedemann, Würdinger* (früher bearbeitet von *Gadow, Heinichen, E. Schmidt, W. Schmidt, Weipert, Fischer*) Band I/1, Band I/2, 3. Auflage (1973), [Großkomm AktG³]
Aktiengesetz Großkommentar (hrsg von *Hirte/Mülbert/Roth*) Band II/1 (2016), Band II/2 (2016), Band IV/2 (2015), 5. Auflage [Großkomm AktG⁵]
Altmeyen, Ungültige Vereinbarungen zur Haftung von GmbH-Geschäftsführern, DB 2000, 261
Altmeyen, Zur Disponibilität der Geschäftsführerhaftung in der GmbH, DB 2000, 657
Altmeyen, Grundlegend Neues zum „qualifiziert faktischen“ Konzern und zum Gläubigerschutz in der Einmann-GmbH, ZIP 2001, 1837
Altmeyen, Insolvenverschleppungshaftung Stand 2001, ZIP 2001, 2201
Altmeyen, Gesellschafterhaftung und „Konzernhaftung“ bei der GmbH, NJW 2002, 321
Altmeyen, Haftung des Geschäftsführers und Bedeutung von § 43 Abs. 3 GmbHG, DStR 2002, 2048
Altmeyen, GmbHG, 11. Auflage (2023) [*Altmeyen*, GmbHG¹¹]
Altmeyen/Wilhelm, Quotenschaden, Individualschaden und Klagebefugnis bei der Verschleppung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der GmbH, NJW 1999, 673
Altschul, Zwingendes Aktienrecht und Statuten von Aktiengesellschaften, SächsArchRpfl 1908, 49
Angst/Oberhammer (Hrsg), EO, 3. Auflage (2015) [*Angst/Oberhammer*, EO³]
Anschrütz/v Völderndorff, Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch, Band II (1870) [*Anschrütz/v Völderndorff*, ADHGB II (1870)]
A. Arnold, Die Steuerung des Vorstandshandelns (2007) [*A. Arnold*, Steuerung]
W.-D. Arnold, Buchbesprechung zu Koppensteiner GmbH-Gesetz-Kommentar, 2. Auflage, JBl 2001, 265

⁴⁵⁹³ Kurzzitate sind in eckiger Klammer angeführt. Bei Beiträgen in Fachzeitschriften und wenn im Text nur das Erscheinungsjahr und/oder der Hinweis auf die Herausgeberschaft weggelassen oder die Auflage hochgestellt wird, unterbleibt eine gesonderte Ausweisung des Kurzzitats. In älteren Werken wird das Erscheinungsjahr, soweit es zweckmäßig scheint, auch im Kurzzitat angeführt, um die relevante Rechtsschicht gleich ersichtlich zu machen. Bei mehr als drei Autoren oder Herausgebern wird im Kurzzitat nur der erste mit dem Zusatz *et al* angeführt.

- Arrow*, Essays in the Theory of Risk-Bearing (1971)
- E. Artmann*, Haftungsdurchgriff im GmbH-Recht, DRdA 2002, 370
- E. Artmann*, Offene Fragen der gesellschaftlicherlichen Anfechtungsklage, GES 2007, 3
- E. Artmann*, Anmerkung zu OGH 04.08.2009, 9 Ob 149/08i, GesRZ 2010, 55
- E. Artmann/Rüffler*, Gesellschaftsrecht, 2. Auflage (2020) [*Artmann/Rüffler*, GesR²]
- E. Artmann/Rüffler/U. Torggler* (Hrsg), Die Organhaftung (2013) [*Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Organhaftung]
- Artmann/Rüffler/U. Torggler* (Hrsg), Gesellschafterpflichten in der Krise (2015) [*Artmann/Rüffler/U. Torggler*, Gesellschafterpflichten]
- E. Artmann/Karollus* (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz, 6. Auflage (zuvor *Jabor-negg/Strasser*) (2018) [*Artmann/Karollus*, AktG⁶]
- Aschauer/Bertl/Fröblich/Mandl*, Handbuch zum Rechnungslegungsrecht, 23. Lfg (2020)
- Auer*, Rechtsgrundlagen für GmbH-Geschäftsführer (1988)
- Auer*, Rechtsgrundlagen für GmbH-Geschäftsführer, 2. Auflage (1990)
- Auerbach*, Das Gesellschaftswesen in juristischer und volkswirtschaftlicher Hinsicht unter besonderer Berücksichtigung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs (1861)
- Bachmann*, Die maßgeblichen Vorschläge zur Neugestaltung der Organhaftung in Deutschland, GesRZ 2014, 149
- Bachmann*, Reform der Organhaftung? – Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, Gutachten E zum 70. Deutschen Juristentag 2014 (2014) [*Bachmann*, Gutachten E zum 70. DJT]
- Bachmann*, Die Geschäftsleiterhaftung im Fokus von Rechtsprechung und Rechtspolitik, BB 2015, 771
- Bachmann*, Die Beschränkung der Organhaftung nach den Grundsätzen des Arbeitsrechts, ZIP 2017, 841
- Bahrenfuss*, Die Entstehung des Aktiengesetzes von 1965 (2001)
- Bartsch/Pollak/Buchegger* (Hrsg), Österreichisches Insolvenzrecht, Band II/2, 4. Auflage (2004) [*Bartsch/Pollak/Buchegger*, Insolvenzrecht⁴]
- Bastuck*, Enthftung des Managements: Corporate Indemnification im amerikanischen und deutschen Recht (1986) [*Bastuck*, Enthftung]
- Bauer*, Gläubigerschutz durch eine formelle Nennkapitalziffer – Kapitalgesellschaftsrechtliche Notwendigkeit oder überholtes Konzept? (1995)
- Baumbach*, Aktiengesetz, 3. Auflage (1939) [*Baumbach*, AktG³ (1939)]
- Baumbach*, Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 2. Auflage (1939) [*Baumbach*, GmbHG² (1939)]
- Baumbach/Hueck*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 14. Auflage (1985) [*Baumbach/Hueck*, GmbHG¹⁴]
- Baumbach/Hueck* (Hrsg), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 21. Auflage (2017) [*Baumbach/Hueck*, GmbHG²¹]
- Baumgartner*, Die (Dritt-)Haftung von Ratingagenturen und anderen Informationsexperten (2016) [*Baumgartner*, (Dritt-)Haftung]
- Baumgartner*, Nichtigte GmbH-Gesellschafterbeschlüsse, JBl 2022, 156 (Teil 1), 226 (Teil 2)
- Baums*, Der unwirksame Hauptversammlungsbeschluss, ZHR 242 (1978) 582
- Baums*, Gesetz über die Aktiengesellschaften für die königlichen preußischen Staaten vom 9. November 1843, Text und Materialien (1981)
- Baums*, Der Geschäftsleitervertrag (1987) [*Baums*, Geschäftsleitervertrag]
- Baums*, Ersatz von Reflexschäden in der Kapitalgesellschaft – Besprechung der Entscheidung BGH WM 1987, 13, ZGR 1987, 554
- Baums*, Managerhaftung und Verjährung, ZHR 174 (2010) 593

- Bayer*, Die Innenhaftung des GmbH-Geschäftsführers de lege lata und de lege ferenda, GmbHR 2014, 897
- Bayer*, Vorstandshaftung in der AG de lege lata und de lege ferenda, NJW 2014, 2546
- Bayer*, Der unwirksame Verzicht oder Vergleich „soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist“ (oder auch: Wie ein irrtümlicher BGH-Rechtssatz das Licht der Welt erblickte und Karriere machte), in FS Hopt (2020) 47
- Bayer/Habersack* (Hrsg), Aktienrecht im Wandel, Band I und II (2007)
- Bayer/P. Scholz*, Haftungsbegrenzung und D&O-Versicherung im Recht der aktienrechtlichen Organhaftung, NZG 2014, 926
- Bayer/P. Scholz*, Die Pflichten von Aufsichtsrat und Hauptversammlung beim Vergleich über Haftungsansprüche gegen Vorstandsmitglieder, ZIP 2015, 149
- beck-online.GROSSKOMMENTAR AktG (Gesamthrsg *Henßler*; Hrsg *Spindler/Stilz*; Weiterführung von *Spindler/Stilz*, AktG⁴) [BeckOGK AktG ([Stand]]]
- Beck'scher Online-Kommentar BGB (hrsg von *Hau/Poseck*) 67. Edition, Stand 01.08.2023 [BeckOK BGB⁶⁷]
- Beck'scher Online-Kommentar GmbHG (hrsg von *Ziemons/Jaeger/Pöschke*) 57. Edition, Stand 01.08.2023 [BeckOK GmbHG⁵⁷]
- Beck'scher Online-Kommentar Insolvenzrecht (hrsg von *Fridgen/Geiwitz/Göpfert*) 32. Edition, Stand 15.07.2023 [BeckOK Insolvenzrecht³²]
- Behrend*, Lehrbuch des Handelsrechts, Band I (1886) [*Behrend*, Lehrbuch I (1886)]
- Bekker*, Beiträge zum Aktienrecht, ZHR 17 (1872) 379
- Bergmann/Kalss* (Hrsg), Rechtsformwahl (2020)
- Bernhardt/Witt*, Unternehmensleitung im Spannungsfeld zwischen Ressortverteilung und Gesamtverantwortung, ZfB 1999, 825
- Bertl/Mandl/Mandl/Ruppe* (Hrsg), Insolvenz – Sanierung – Liquidation (1998) 39
- Bezenberger*, Das Kapital der Aktiengesellschaft (2005) [*Bezenberger*, Kapital]
- Biletzki*, Das Prinzip der gesellschaftspolaren Haftungsorientierung – ein die Außenhaftung des GmbH-GF beschränkender Grundsatz? NZG 1999, 286
- Biletzki*, Außenhaftung des GmbH-Geschäftsführers, BB 2000, 521
- Binder*, Grenzen der Vorstandshaftung (2016) [*Binder*, Grenzen]
- Birkenbibl*, Das Reichsgesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, vom 20. April 1892 (1893)
- Bisson*, Die Haftung des Organs für die Verletzung von Pflichten der juristischen Person, GmbHR 2005, 1453
- Bitter*, Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften (2000) [*Bitter*, Durchgriffshaftung]
- Bitter*, Zur Haftung des Geschäftsführers für „Zahlungen“ nach Insolvenzreife, WM 2001, 666
- Blaurock*, Mindestkapital und Haftung bei der GmbH, in FS Raiser (2005) 3
- Boese*, Strukturprinzipien im Gläubigerschutz (2008) [*Boese*, Strukturprinzipien]
- Boesebeck*, Weisungsrecht der Gesellschafter einer GmbH, GmbHR 1960, 118
- Boeter*, Die Entwicklung des Rechts der Ersatzansprüche der AG gegen ihre Organträger unter besonderer Berücksichtigung der Geltendmachung durch den Gläubiger der AG, Würzburg Diss (1970)
- Bondi*, Die Rechte der Aktionäre (1930)
- Bork/Schäfer* (Hrsg), Kommentar zum GmbH-Gesetz, 5. Auflage (2022) [*Bork/Schäfer*, GmbHG⁵]
- N. Brandstätter*, Verjährung und Schaden (2017)
- N. Brandstätter*, Der OGH bleibt dabei: Beginn der 30-jährigen Frist nach § 1489 ABGB setzt Schadenseintritt nicht voraus! eolex 2021, 422
- Brändle/Rein*, Das österreichische Vereinsrecht, 5. Auflage (2015) [*Brändle/Rein*, Vereinsrecht⁵]
- A. Brix*, Das allgemeine Handelsgesetzbuch vom Standpunkt der österreichischen Gesetzgebung (1864) [*A. Brix*, AHGB (1864)]

- Brix*, Die Satzung der AG (2011)
- Brodmann*, Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (1924) [*Brodmann*, GmbHG (1924)]
- Brodmann*, Aktienrecht (1928)
- Brodmann*, Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 2. Auflage (1930) [*Brodmann*, GmbHG² (1930)]
- Brommer*, Folgen einer reformierten Aktionärsklage für die Vorstandsinnenhaftung, AG 2013, 121
- Brommer*, Die Beschränkung der Rechtsfolgen der Vorstandsinnenhaftung (2016) [*Brommer*, Beschränkung]
- Brox*, Probleme der Entlastung im Gesellschaftsrecht, BB 1960, 1226
- Brugger*, Aktuelles zur Satzungsstrenge nach OGH 6 Ob 28/13f, NZ 2014, 145
- Buchegger* (Hrsg), Österreichisches Insolvenzrecht, Erster Zusatzband (2009) [*Buchegger*, Insolvenzrecht]
- Burgard*, Die Förder- und Treuepflicht des Alleingeschäfters einer GmbH, ZIP 2002, 827
- F. Bydlinski*, Fundamentale Rechtsgrundsätze (1988)
- F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage (1991) [*F. Bydlinski*, Methodenlehre²]
- F. Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) [*F. Bydlinski*, System und Prinzipien]
- F. Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 2. Auflage (2011) [*F. Bydlinski*, Grundzüge²]
- P. Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, 4. Auflage (2023) [*P. Bydlinski*, Grundzüge⁴]
- P. Bydlinski/Perner/Spitzer* (Hrsg), ABGB (vormals herausgegeben von *Koziol/P. Bydlinski/Bollenberger*), 7. Auflage (2023) [KBB⁷]
- Böcker*, Spannungsfeld Innenhaftung, Außenhaftung über Schutzgesetz und Direktklageanspruch (analog), DZWIR 2018, 456
- Bürgers/Körber/Lieder* (Hrsg), Aktiengesetz, 5. Auflage (2020) [*Bürgers/Körber/Lieder*, AktG⁵]
- Cahn*, Vergleichsverbote im Gesellschaftsrecht (1996) [*Cahn*, Vergleichsverbote]
- Calabresi*, The Cost of Accident – A Legal and Economic Analysis (1970)
- Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Auflage (1964) [*Canaris*, Feststellung²]
- Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht (1971)
- Canaris*, Hauptversammlungsbeschlüsse und Haftung der Verwaltungsmitglieder im Vertragskonzern, ZGR 1978, 207
- Canaris*, Das Rangverhältnis der „klassischen“ Auslegungskriterien, demonstriert an Standardproblemen aus dem Zivilrecht, in FS Medicus (1999) 25
- Casper*, Die Heilung nichtiger Beschlüsse im Kapitalgesellschaftsrecht (1998) [*Casper*, Heilung nichtiger Beschlüsse]
- Cernicky*, Die Vertretung der Aktiengesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern, GesRZ 2002, 179
- Chalupsky/Schmidberger*, Zivilrechtliche Haftungsrisiken der Gesellschafter, der Gesellschaftsorgane und der Berater aus Konkursverschleppung und URG, in *Bertl/Mandl/Mandl/Ruppe* (Hrsg), Insolvenz – Sanierung – Liquidation (1998) 39
- Cosack*, Lehrbuch des Handelsrechts, 3. Auflage (1895) [*Cosack*, Lehrbuch³ (1895)]
- Cosack*, Lehrbuch des Handelsrechts, 10. und 11. Auflage (1923) [*Cosack*, Lehrbuch^{10, 11} (1923)]
- Csoklich*, Gesellschaftsrechtliches Zahlungsverbot nach Insolvenzeintritt, ZIK 2018, 8

- Daeniker*, Versicherung, Prozesskostenersatz und Freistellung, in FS Forstmoser (2003) 523
- Dauner-Lieb*, Unternehmerische Tätigkeit zwischen Kontrolle und Kreativität, in FS Röhrich (2005) 83
- Paul Davies*, Directors' Creditor-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency, EBOR 7 (2006) 301
- Deimbacher*, Die Bekämpfung von Generalversammlungsbeschlüssen, GesRZ 1992, 176
- Dellinger*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall (1991) [*Dellinger*, Vorstands und Geschäftsführerhaftung]
- Dellinger*, § 84 Abs 5 AktG – das klarere Haftungsmodell? in FS Frotz (1993) 187
- Dellinger*, Zur geplanten Haftung der Organmitglieder gemäß § 24 Unternehmensreorganisationsgesetz, ZIK 1997, 8
- Dellinger*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung nach dem URG, ZIK 1997, 207
- Dellinger*, Bankenhaftung nach § 10 Abs 3 GmbHG bei Rückfluß der bestätigten Stammeinlagen durch Gesellschafter-Geschäftsführergehalt, ÖBA 2002, 633
- Dendl*, Die Disposition über Organhaftungsansprüche in der Aktiengesellschaft und im Aktienkonzern (2018) [*Dendl*, Disposition]
- Deutsch*, 3. Kapitel: Die Aktiengesellschaft im Code de Commerce von 1807 und ihre Vorbildwirkung für die Entwicklung in Deutschland, in *Bayer/Habersack* (Hrsg), Aktienrecht im Wandel, Band I (2007) 46
- Dietz*, Kann in den Satzungen einer Aktiengesellschaft rechtswirksam vorgeschrieben werden, daß die Aktionäre Mitglieder eines Vereins sein oder bleiben müssen, bei Verlust ihrer Aktionärsrechte? ZBfHR 1927, 176
- Dietz-Vellmer*, Organhaftungsansprüche in der Aktiengesellschaft: Anforderungen an Verzicht oder Vergleich durch die Gesellschaft, NZG 2011, 248
- Dietz-Vellmer*, Hauptversammlungsbeschlüsse nach § 119 II AktG – geeignetes Mittel zur Haftungsvermeidung für Organe? NZG 2014, 721
- Peter Doralt*, Unbeschränkte Haftungen bei Insolvenz der GmbH, GesRZ 1982, 88
- Peter Doralt*, Die GmbH im 20. Jahrhundert – Grundkonzept und Nachjustierungen in der 2. Republik, GesRZ-Spezial 2006, 5
- Walter Doralt*, Anmerkung zu OGH 08.06.2004, 4 Ob 89/04y, ÖBA 2005, 260
- Walter Doralt*, Buchbesprechung: Die Satzungsstrenge im Aktienrecht – Reichweite und Grenzen der Gestaltungsfreiheit de lege lata, GesRZ 2019, 213
- Döring*, Die Durchsetzung der Organhaftung durch Aktionäre (2014) [*Döring*, Durchsetzung]
- Dose*, Aktionärsklage, D&O-Versicherung und Vorstandshandeln (2019) [*Dose*, Aktionärsklage]
- Walter Doralt/Keyvan Rastegar/Gelter/Conac/Katharina Rastegar/E. Schuster*, Austrian Limited: Die Pläne zur flexiblen Kapitalgesellschaft und die Reform des Gesellschaftsrechts, GesRZ 2021, 120
- Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz (2003) [*Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG¹]
- Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage (2012) [*Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG²]
- Doralt/Nowotny/Kalss* (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Auflage (2021) [*Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG³]
- Drygala*, Haftung der Geschäftsleiter in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, in *Lutter* (Hrsg), Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, ZGR Sonderheft 17 (2006) 277 [*Drygala* in *Lutter*, Das Kapital]
- Durstberger*, Anmerkung zu OGH 01.09.2015, 6 Ob 3/15g, GesRZ 2016, 47 (61)
- Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007) [*Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Hdb GesR]

- Easterbrook/Fischel*, Limited Liability and the Corporation (1985) 52 U.Chi.L.Rev. 89
- Easterbrook/Fischel*, The Economic Structure of Corporate Law (1996) [*Easterbrook/Fischel*, Structure]
- Ebenroth/Lange*, Sorgfaltspflichten und Haftung des Geschäftsführers einer GmbH nach § 43 GmbHG, GmbHR 1992, 69
- Eberhardt/Gurmann*, Managementhaftung in der Praxis (2016)
- Eckert*, Die Abberufung des GmbH-Geschäftsführers (2003)
- Eckert*, Rechtsfolgen mangelhafter GmbH-Gesellschafterbeschlüsse in der österreichischen Judikatur, GES 2004, 228
- Eckert/Linder*, Verjährung von Ersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder, ecolex 2005, 449
- Eckert/Schopper* (Hrsg), AktG online Kommentar zum Aktiengesetz [*Eckert/Schopper*, AktG-ON^[Version]]
- Eckhold*, Materielle Unterkapitalisierung (2002)
- Eder/C. Gruber/R. Rastegar*, Die Verjährung von Schadenersatzansprüchen gegen Mitglieder des Stiftungsvorstands, PSR 2019, 132
- Ehrenberg* (Hrsg), Handbuch des gesamten Handelsrechts III (1916) [*Ehrenberg*, Handbuch III (1916)]
- Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, 1. Band, 1. Hälfte, 6. Auflage (1925) [*Ehrenzweig*, System I/1⁶]
- Ehrlicke*, Zur Teilnehmerhaftung von Gesellschaftern bei Verletzungen von Organpflichten mit Außenwirkung durch den Geschäftsführer einer GmbH, ZGR 2000, 351
- Eidenmüller*, Kapitalgesellschaftsrecht im Spiegel der ökonomischen Theorie, JZ 2001, 1041
- Eidenmüller*, Europäisches und deutsches Gesellschaftsrecht im europäischen Wettbewerb der Gesellschaftsrechte, in FS Heldrich (2005) 581
- Eidenmüller/Grunewald/Noack*, Das Mindestkapital im System des festen Kapitals, in Lutter (Hrsg), Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, ZGR Sonderheft 17 (2006) 17 [*Eidenmüller/Grunewald/Noack* in Lutter, Das Kapital]
- Ek/Kock*, Haftungsrisiken für Vorstand und Aufsichtsrat, 3. Auflage (2019)
- Elsner/Hössl/U. Torggler*, Die Satzungsstrenge: Leitbild und Realität der AG, GesRZ 2017, 78
- Endemann*, Das deutsche Handelsrecht, 2. Auflage (1868) [*Endemann*, Handelsrecht² (1868)]
- Engert*, Die ökonomische Begründung der Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensfinanzierung, ZGR 2004, 813
- Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 12. Auflage (2018) [*Engisch*, Einführung¹²]
- Enzinger*, Anmerkung zu OGH 22.07.2009, 3 Ob 72/09y, GesRZ 2010, 49
- Ertl/Gerlach/Griesmayr/Muhri* (Hrsg), Persönliche Haftung der Geschäftsführer, Vorstände und Aufsichtsräte, 2. Auflage (2019)
- Eßwein*, Privatautonome Gestaltung der Vorstandshaftung (2015) [*Eßwein*, Privatautonome Gestaltung]
- Esser*, Der Entwurf eines Gesetzes betreffend die Commanditgesellschaften auf Aktien und die Actiengesellschaften unter besonderer Berücksichtigung der vom Deutschen Handelstage dazu gestellten Fragen (1884) [*Esser*, Entwurf]
- Esser*, GmbHG, 4. Auflage (1908)
- Eucken*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 6. Auflage (1990)
- Eufinger*, Die Regresshaftung von Vorstand und Geschäftsführer für Kartellverstöße der Gesellschaft, WM 2015, 1265
- Eypeltauer*, Anmerkung zu OGH 27.09.2006, 9 ObA 148/05p, DRdA 2007, 484

- Fantur*, Anspruchsverfolgung gegen Geschäftsführer und Gesellschafter durch Minderheitsgesellschafter in der Praxis, in FS Koppensteiner (2016) 83
- Fantur*, Schließen Minderheitenklage und Beschlussanfechtung einander aus? GES 2018, 113
- Fasching*, Konkursanträge gegen Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglieder einer in Konkurs befindlichen Aktiengesellschaft infolge von Schadenersatzansprüchen wegen Obliegenheitsverletzungen gem. den §§ 84, 99 AktG. Anspruchslegitimation und Gläubigermehrheit, in FS Reimer (1976) 245
- Fasching/Konecny* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Band II/2, 2. Auflage (2003) [*Fasching/Konecny* II/2²]
- Fasching* (Begründer)/*Konecny* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Band II/3, 3. Auflage (2015) [*Fasching/Konecny* II/3³]
- Fastrich*, Funktionales Rechtsdenken am Beispiel des Gesellschaftsrechts (2001) [*Fastrich*, Funktionales Rechtsdenken]
- Faßbender*, 18 Jahre ARAG Garmenbeck – und alle Fragen offen? NZG 2015, 501
- Fehrenbach*, Beschränkte Vorstandshaftung? Zur Frage, ob sich aus dem geltenden Recht Regeln zur Haftungsverschonung oder Haftungsbegrenzung zugunsten von Vorstandsmitgliedern ableiten lassen, AG 2015, 761
- Feldbauer-Durstmüller/Schlager* (Hrsg), Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz: Handbuch für Banken, Management, Rechtsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer und Unternehmensberater (2002)
- Feltl*, Die Zielvorgaben des § 70 Abs 1 AktG, ecolx 2011, 533
- Feltl*, Beschlussmängel im Aktienrecht (2014) [*Feltl*, Beschlussmängel]
- Fenyves/Kerschner/Vonkilch* (Hrsg) (begr von *Klang*), ABGB, 3. Auflage, §§ 1–43 (2014), §§ 353–379 (2011), §§ 1451–1502 (2012)
- Fessler/Keller/Krejci/Zetter*, Reform des Vereinsrechts (1997)
- N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung und ihre Begrenzung durch Satzungsbestimmung (de lege lata) (2018) [*N. Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung]
- Fischinger*, Haftungsbeschränkung im Bürgerlichen Recht (2015) [*Fischinger*, Haftungsbeschränkung]
- Flechtheim/Wolff/Schmulewitz*, Die Satzungen der deutschen Aktiengesellschaften (1929)
- Fleck*, Zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 1974, 224
- Fleischer*, Grundfragen der ökonomischen Theorie im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2001, 1
- Fleischer*, Erweiterte Außenhaftung der Organmitglieder im Europäischen Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, ZGR 2004, 437
- Fleischer*, Haftungsfreistellung, Prozesskostenersatz und Versicherung für Vorstandsmitglieder – eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme zur Enthaltung des Managements, WM 2005, 909
- Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts (2006) [*Fleischer*, Hdb Vorstandsrecht]
- Fleischer*, Aktuelle Entwicklungen der Managerhaftung, NJW 2009, 2337
- Fleischer*, Zur Einschränkung der Geschäftsführerhaftung in der GmbH, BB 2011, 2435
- Fleischer*, Ruinöse Managerhaftung: Reaktionsmöglichkeiten de lege lata und de lege ferenda, ZIP 2014, 1305
- Fleischer*, Verjährung von Organhaftungsansprüchen: Rechtspraxis – Rechtsvergleichung – Rechtspolitik, AG 2014, 457
- Fleischer*, Satzungsmäßige Haftungshöchstgrenzen und andere Haftungsmilderungen für Aufsichtsratsmitglieder? Der Aufsichtsrat 2014, 100
- Fleischer*, Vergleiche über Organhaftungs-, Einlage- und Drittsprüche der Aktiengesellschaft, AG 2015, 133

- Fleischer*, Mitgliedschaftliche Treuepflichten: Bestandsaufnahme und Zukunftsperspektiven, in *Kalss/U. Torggler*, Treuepflichten (2018) 43
- H. Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer* (Hrsg), Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (2017) [FAH, GmbHG]
- H. Foglar-Deinhardstein* (Hrsg), Verdeckte Gewinnausschüttung (2019)
- Frankl/Jevtic*, Fehlerhafte Hauptversammlungsbeschlüsse, *ecolex* 2016, 882 (Teil 1), 978 (Teil 2)
- Freitag/Korch*, Persönliche Geschäftsleiterhaftung aus culpa in contrahendo – Plädoyer für die Schaffung einer neuen Fallgruppe der Organ-Außenhaftung im Rahmen des § 311 Abs. 3 S. 1 BGB bei Verletzung gläubigerschützender Aufklärungspflichten, *GmbHR* 2013, 1184
- Freund*, Risikomanagement für Geschäftsführer und Vorstände, *NZG* 2021, 579
- Frisch*, Haftungserleichterung für GmbH-Geschäftsführer nach dem Vorbild des Arbeitsrechts (1997) [*Frisch*, Haftungserleichterung]
- Fritz*, Grundsatzfragen zur Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis, *SWK* 2002, 115
- Fritz* in *SWK-Spezial Der GmbH-Geschäftsführer und andere Leitungsfunktionen von Kapitalgesellschaften*, 2. Auflage (2008) [*Fritz* in *SWK Spezial Der GmbH-Geschäftsführer*²]
- Fritz*, Wie führe ich eine GmbH richtig? 3. Auflage (2021)
- G. Frotz*, Grundsätzliches zur Haftung von Gesellschaftsorganen und für Gesellschaftsorgane, *GesRZ* 1982, 98
- G. Frotz*, Zur Absicherung der Organmitglieder einer AG gegen Haftungsansprüche der Gesellschaft, in *FS Wagner* (1987) 137
- Fuchs/Zimmermann*, Reform der Organhaftung? – Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, *JZ* 2014, 838
- Gadow/Heinichen/Schmidt/Schmidt/Weipert*, Aktiengesetz Kommentar (1939) [*Gadow et al*, AktG (1939)]
- Gassner/Zwick*, GmbH (2023)
- Geiger*, Ökonomische Analyse des Konzernhaftungsrechts (1993)
- Gelbmann*, Zivilrechtliche Haftung der Vereinsorgane im Vereinsgesetz 2002, *JAP* 2002/03, 184
- Gellis*, GmbH-Gesetz, 1. Auflage (1960)
- Gellis* (Begründer)/*Feil* (Bearbeiter), GmbH-Gesetz, 7. Auflage (2009) [*Gellis/Feil*, GmbHG⁷]
- Gelter*, Funktionen des gesellschaftsrechtlichen Kapitalschutzes, in *FS Ch. Nowotny* (2015) 315
- Gerner-Beuerle/Paech/Schuster*, Study on Directors' Duties and Liability, im Internet abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3886382
- Geßler*, Das Aktiengesetz vom 26. Januar 1937, *JW* 1937, 497
- Geßler*, Bedeutung und Auslegung des § 23 Abs. 5 AktG, in *FS Luther* (1976) 69
- Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, Aktiengesetz, Band II, 2. Lfg (1973) [*Geßler et al*, AktG (2. Lfg)]
- Giering*, Risikobezogener Gläubigerschutz im Recht der GmbH (2008) [*Giering*, Risikobezogener Gläubigerschutz]
- Gierke*, Der Entwurf des neuen Handelsgesetzbuches, *ZHR* 45 (1896) 441
- Goette*, Grundsätzliche Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats bei sorgfaltswidrig schädigendem Verhalten im AG-Vorstand? *ZHR* 176 (2012) 588
- Goldschmidt*, Gutachten über das Actiengesellschaftswesen (1873)
- Goldschmidt*, Die Reform des Aktienrechts, *ZHR* 30 (1884), 69
- Goldschmit*, Das neue Aktienrecht (1932) [*Goldschmit*, Aktienrecht (1932)]

- Goldschmit*, Anmerkung zu RG 17.02.1928, II 275/27, JW 1928, 2618
- Golling*, Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder für ihre Geschäftsführung innerhalb der nicht konzerngebundenen Aktiengesellschaft (Eine Untersuchung zu § 93 Abs. 1–5 AktG), Köln Diss (1968) [*Golling*, Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit]
- Graef*, Anmerkung zu BGH 16.9.2002, II ZR 107/01, BB 2002, 2517
- Grigoleit*, Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH (2006) [*Grigoleit*, Gesellschafterhaftung]
- Grigoleit* (Hrsg), AktG, 2. Auflage (2020)
- Groß*, Die gesamtschuldnerische Innenhaftung von Vorstandsmitgliedern im Aktienrecht (2021) [*Groß*, Innenhaftung]
- Großfeld/Aldejohann*, 100 Jahre Genossenschaftsgesetz, in *Schubert* (Hrsg), 100 Jahre Genossenschaftsgesetz (1989) 1
- M. Gruber*, Die Haftung der Bank für ihre Bestätigung nach § 10 Abs 3 Satz 3 GmbHG (§ 29 Abs 1 Satz 3 AktG) (Teil 2), ÖBA 2003, 734
- M. Gruber*, Aktienrechtliche Zulässigkeit einer D&O-Versicherung? GesRZ 2012, 93
- E. Gruber/H. Foglar-Deinhardstein*, Satzungsstrenge und neue Spielräume für „autonome“ Satzungsbestimmungen, GesRZ 2014, 73
- Gruber/Harrer* (Hrsg), GmbHG, 2. Auflage (2018)
- Grünberg*, Das Gesetz über die Gesellschaft m. b. H., in *Wagner/Grünberg/Loew*, Dr. Carl Quandts Formularienbuch zum Gesetze über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 3. Auflage (1918) 78
- Grünhut*, Gutachten über die Frage: Welche Grundsätze des deutschen Aktienrechts werden bei der Kodifizierung des österreichischen Aktienrechts zu berücksichtigen sein? in Verhandlungen des 31. DJT, Band II (1912) 4
- Grünhut*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach österreichischem Recht, 2. Auflage (1913) [*Grünhut*, GmbH² (1913)]
- Grunewald*, Haftungsvereinbarungen zwischen Aktiengesellschaft und Vorstandsmitgliedern, AG 2013, 813
- Grunst*, Der Geschäftsleiter im Deliktsrecht (2016) [*Grunst*, Der Geschäftsleiter]
- Gundlach/Frenzel/Strandmann*, Der § 93 Abs. 5 AktG in der Insolvenz, DZWIR 2007, 142
- Guntermann*, Das Zusammenspiel von Mindeststammkapital und institutioneller Haftungsbeschränkung (2016) [*Guntermann*, Haftungsbeschränkung]
- Gurmann/Eberhardt*, Organhaftung und Rechtsfolgen der Entlastung, GES 2012, 119
- Haarmann*, Aktuelle Rechtsfragen des deutschen und österreichischen Organhaftungsrechts bei Aktiengesellschaften, in FS Hügel (2016) 93
- Haarmann/Weiß*, Reformbedarf bei der aktienrechtlichen Organhaftung, BB 2014, 2115
- Haas*, Geschäftsführerhaftung und Gläubigerschutz (1997) [*Haas*, Geschäftsführerhaftung]
- Haas*, Die Disziplinierung des GmbH-Geschäftsführers im Interesse der Gesellschaftsgläubiger, WM 2006, 1369 (Teil 1), 1417 (Teil 2)
- Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht (2009)
- Habersack*, Perspektiven der aktienrechtlichen Organhaftung, ZHR 177 (2013), 782
- Habersack*, Reform der Organhaftung? AG 2014, 553
- Habersack*, Enthftung des Vorstandsmitglieds qua Anstellungsvertrag? NZG 2015, 1297
- Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG Großkommentar, 3. Auflage, (2019 f) [*Habersack/Casper/Löbbe*, GmbHG³]

- Habscheid*, Prozessuale Probleme hinsichtlich der „Geltendmachung von Gläubigerrechten“ durch den Konkursverwalter beim Konkurs einer Aktiengesellschaft (§ 93 Abs. 5 AktG), in FS Weber (1975) 197
- Hachenburg*, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Band II, 5. Auflage (1927) [*Hachenburg*, GmbHG⁵ (1927)]
- Hachenburg*, Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Band II, 6. Auflage (1959) [*Hachenburg*, GmbHG⁶]
- Hachenburg*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Band II, 7. Auflage (1979) [*Hachenburg*, GmbHG⁷]
- Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht, Band II, 3. Auflage (1978)
- Hagl Müller*, Gesellschafterpflichten in der Krise der GmbH (2018)
- Hahn/Mugdan* (Hrsg), Die gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Band VI, Materialien zum Handelsgesetzbuch (1897) [*Hahn/Mugdan*, Materialien]
- L. Haider*, Anfechtung, Nichtigkeit und Unwirksamkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen (2006)
- Hainz*, Dienstnehmerhaftpflichtgesetz und Organfunktion, in FS Reich-Rohrwig (2014) 365
- Halpern/Trebilcock/Turnbull*, An economic analysis of limited liability in corporate law, 30 University of Toronto Law Journal (1980) 117
- Hannak*, GmbH – Gesetz und Wirklichkeit am Beispiel der Ausschließung eines Gesellschafters, in FS Hämmerle (1972) 127
- Harbarth*, § 93 Abs. 4 Satz 2 AktG und kartellrechtliche Kronzeugenregelungen, in Liber Amicorum M. Winter (2011) 215
- Hargassner*, Anmerkung zu OGH 26.08.2020, 9 ObA 136/19v, EvBl-LS 2020, 1037
- Harrer*, Haftungsprobleme bei der GmbH (1990) [*Harrer*, Haftungsprobleme]
- Harrer/Neumayr/Told* (Hrsg), Organhaftung (2022)
- Hartlieb/Simonishvili*, Mangelhafte Entlastungsbeschlüsse, GesRZ 2014, 343
- Häsemeyer*, Kommanditistenhaftung und Insolvenzrecht, ZHR 149 (1985), 42
- Hasselbach*, Der Verzicht auf Schadenersatzansprüche gegen Organmitglieder, DB 2010, 2037
- Haßler*, Anwendbarkeit von § 93 Abs. 4 Satz 3 AktG im Rahmen der Verschmelzung zweier Aktiengesellschaften, AG 2016, 388
- Hauger/Palzer*, Kartellbußen und gesellschaftsrechtlicher Innenregress, ZGR 2015, 33
- Hausmaninger/Gratzl/Justich*, Handbuch zur Aktiengesellschaft, 2. Auflage (2016) [*Hausmaninger/Gratzl/Justich*, Hdb AG²]
- Hecht*, Die große Angst vor Entscheidungen, Die Presse 2020/10/07
- Heck*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz (1914)
- Hefermehl*, Zur Haftung der Vorstandsmitglieder bei Ausführung von Hauptversammlungsbeschlüssen, in FS Schilling (1973) 159
- M. Heidinger*, Aufgaben und Verantwortlichkeit von Aufsichtsrat und Beirat der GmbH (1988)
- A. Heidinger*, Einzelentlastung der GmbH-Geschäftsführer und Stimmverbot, GesRZ 1997, 237
- Heise*, Die Beschränkung der Geschäftsführerhaftung gegenüber der GmbH (1988) [*Heise*, Beschränkung]
- Hemeling*, Organisationspflichten des Vorstands zwischen Rechtspflicht und Opportunität, ZHR 175 (2011), 368
- Hemeling*, Reform der Organhaftung? ZHR 178 (2014), 221
- Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht, 5. Auflage (2021) [*Henssler/Strohn*, GesR⁵]
- Hey*, Freie Gestaltung in Gesellschaftsverträgen und ihre Schranken (2004) [*Hey*, Gestaltung]

- Heyers*, Gestaltungsperspektiven aktienrechtlicher Organhaftung am Beispiel der Regressansprüche der Gesellschaft infolge von Kartellordnungswidrigkeiten, WM 2016, 581
- Hicks*, The foundations of welfare and economics, 49 Economic Journal 696 (1939)
- Hirte*, Die aktienrechtliche Satzungsstrenge: Kapitalmarkt und sonstige Legitimationen versus Gestaltungsfreiheit, in *Lutter/Wiedemann* (Hrsg), Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, ZGR-Sonderheft 13 (1998) 61 [*Hirte* in *Lutter/Wiedemann*, Gestaltungsfreiheit]
- Hirte/Stoll*, Die Enthftung insolventer Geschäftsleiter und AR-Mitglieder durch Abwendungsvergleich, ZIP 2010, 253
- Hochleitner/Wolff/Großerichter*, Teleologische Reduktion auf Null? – Zur Zulässigkeit einer richtlinienkonformen „Auslegung“ des § 5 Abs. 2 HWiG in der Folge der „Heininger“-Entscheidung des EuGH, WM 2002, 529
- Hofer*, 11. Kapitel: Das Aktiengesetz von 1884 – ein Lehrstück für prinzipielle Schutzkonzeptionen, in *Bayer/Habersack* (Hrsg), Aktienrecht im Wandel, Band I (2007) 388
- G. M. Hoffmann*, Existenzvernichtende Haftung von Vorständen und Aufsichtsräten? NJW 2012, 1393
- Höhne/Jöchl/Lummerstorfer*, Das Recht der Vereine, 6. Auflage (2019)
- W. Hölters/M. Weber* (Hrsg), Aktiengesetz, 4. Auflage (2022) [*Hölters/Weber*, AktG⁴]
- Hommelhoff*, Eigenkontrolle statt Staatskontrolle, in *Schubert/Hommelhoff* (Hrsg), Hundert Jahre modernes Aktienrecht, ZGR-Sonderheft 4 (1985) 53
- Hommelhoff*, Gestaltungsfreiheit im GmbH-Recht, in *Lutter/Wiedemann* (Hrsg), Gestaltungsfreiheit im Gesellschaftsrecht, ZGR-Sonderheft 13 (1998) 36 [*Hommelhoff* in *Lutter/Wiedemann*, Gestaltungsfreiheit]
- Honsell*, Die Haftung des Geschäftsführers gegenüber Gesellschaftsgläubigern bei Insolvenz der GmbH, GesRZ 1984, 134 (Teil 1), 207 (Teil 2)
- Hopt*, Die Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat: Grundsatz und Praxisprobleme – unter besonderer Berücksichtigung der Banken, ZIP 2013, 1793
- Horrwitz/Ullmann*, Kommentar zum neuen Aktienrecht (1932)
- Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen bei Aktiengesellschaften (1924) [*Hueck*, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit]
- Ihblas*, Organhaftung und Haftpflichtversicherung (1997) [*Ihblas*, Organhaftung]
- Ibrig/Schäfer*, Rechte und Pflichten des Vorstands, 2. Auflage (2020)
- Immenga*, Die Problematik der Anfechtungsklage im GmbH-Recht, GmbHR 1973, 5
- Immenga*, Bindung von Rechtsmacht durch Treuepflichten, in FS 100 Jahre GmbH-Gesetz (1992) 189
- Jabornegg/Strasser* (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz, 5. Auflage (2011) [*Jabornegg/Strasser*, AktG⁵]
- Jahn* (Hrsg), Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat (2005) 52 (GesRZ-Sonderheft)
- Janert*, Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Beschränkung der Geschäftsführerhaftung, BB 2013, 3016
- Jaufer*, Das Unternehmen in der Krise, 4. Auflage (2022)
- Jolly*, Das Recht der Aktiengesellschaften, ZeitschrftdR 9 (1847) 317
- Joussen*, Der Sorgfaltsmaßstab des § 43 Abs. 1 GmbHG, GmbHR 2005, 441
- Jud/Grünwald*, Überlegungen zum Fristenlauf im Zusammenhang mit Vergleichen und Verzichten der Aktiengesellschaft mit ihren Organmitgliedern, NZ 1993, 185
- Jud/Hauser*, Die Vinkulierung von Namensaktien als Instrument der konzernrechtlichen Eingangskontrolle, NZ 1995, 121
- Jula*, Geschäftsführerhaftung gemäß § 43 GmbHG: Minimierung der Risiken durch Regelungen im Anstellungsvertrag? GmbHR 2001, 806

- Kaffiné*, Begrenzung der Haftungsrisiken des Geschäftsführers einer GmbH gegenüber der Gesellschaft bei Ausführung wirtschaftlich nachteiliger Weisungen der Gesellschaft (2000) [*Kaffiné*, Begrenzung]
- Kahneman/Tversky*, Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk, *Econometrica* 47 (1979) 263
- Kaldor*, Essays on Value and Distribution (1960)
- Kalss*, Das Interne Kontrollsystem (IKS) als Angelpunkt der Corporate Governance in Kapitalgesellschaften, in FS Krejci (2001) 699
- Kalss*, Durchsetzung von Haftungsansprüchen der Gesellschaft gegenüber den Leitungsorganen von Aktiengesellschaften – rechtsvergleichende und rechtspolitische Anmerkungen, in *Jahn* (Hrsg), Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat (2005) 52 (GesRZ-Sonderheft)
- Kalss*, Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern (2005) [*Kalss*, Vorstandshaftung]
- Kalss*, Zur Satzungsstrenge des Aktienrechts, *ecolex* 2012, 559
- Kalss*, Die Außenhaftung der Leitungsorgane gegenüber Gesellschaftern und Dritten, in *Armann/Rüffler/U. Torggler* (Hrsg), Die Organhaftung (2013) 73
- Kalss*, Organhaftung in Österreich – einige rechtspolitische Anmerkungen, *GesRZ* 2014, 159
- Kalss*, Die Übernahme von verwaltungsrechtlichen Geldstrafen durch die Gesellschaft, *GesRZ* 2015, 78
- Kalss*, Die Gestaltungsfreiheit im Aktienrecht – Rechtspolitische Vorschläge, *GesRZ* 2017, 87
- Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts (2002) [*Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung]
- Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2004) [*Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen]
- Kalss/Fleischer*, Neues zur Lockerung der Satzungsstrenge bei nicht börsennotierten Aktiengesellschaften, *AG* 2013, 693
- Kalss/Frotz/Schörghofer* (Hrsg), Handbuch für den Vorstand (2017) [*Kalss/Frotz/Schörghofer*, Hdb Vorstand]
- Kalss/Linder*, Minderheits- und Einzelrechte von Aktionären (2006)
- Kalss/Nicolussi*, Aktuelle Satzungsgestaltungen in Aktiengesellschaften, *GesRZ* 2017, 203
- Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht, 2. Auflage (2017) [*Kalss/Nowotny/Schauer*, ÖGesR²]
- Kalss/Probst*, Familienunternehmen (2003)
- Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen (2005) [*Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung]
- Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, in Verhandlungen des Sechzehnten österreichischen Juristentages Graz 2006 II/1 (2006) [*Kalss/Schauer*, Die Reform des Österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, 16. ÖJT II/1]
- Kalss/U. Torggler* (Hrsg), Einlagenrückgewähr (2014)
- Kalss/U. Torggler* (Hrsg), Treuepflichten (2018)
- Karollus*, Banken-, Gesellschafter- und Konzernleitungshaftung nach den Eumig-Erkenntnissen, *ÖBA* 1990, 337
- Karollus*, Verstärkter Gläubigerschutz bei Insolvenz einer GmbH & Co KG – Haftung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH, *ecolex* 1990, 669
- Karollus*, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung (1992) [*Karollus*, Haftung aus Schutzgesetzverletzung]
- Karollus*, Pflichten und Haftung der Organe von Kapitalgesellschaften in der Krise und bei der Sanierung, in *Feldbauer-Durstmüller/Schlager* (Hrsg), Krisenmanagement – Sanierung – Insolvenz (2002) 1145

- Karollus*, Anmerkung zu 3 Ob 278/02g, ÖBA 2004, 628
- Karollus*, Die Haftungshöchstgrenze bei der Dritthaftung des Abschlussprüfers de lege lata und de lege ferenda, RdW 2006, 389
- Karollus*, Gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeit von Bankorganen bei Kredit- und Sanierungsentscheidungen – zugleich ein Beitrag zur Business Judgment Rule (§ 84 Abs 1a AktG und § 25 Abs 1a GmbHG), ÖBA 2016, 252
- Karollus*, Die neuen gesetzlichen Regelungen zur Business Judgment Rule im Gesellschaftsrecht (§ 84 Abs 1a AktG und § 25 Abs 1a GmbHG), in *Kodek*, Untreue NEU – Wechselbeziehungen zwischen Straf-, Zivil- und Gesellschaftsrecht (2017) 43
- Karollus/Lukas*, Dritthaftung der Bank aus einer unrichtigen Bankbestätigung? JBl 2004, 686
- Kastner*, Zur gerichtlichen Überprüfung von Organbeschlüssen der Kapitalgesellschaften, JBl 1953, 313
- Kastner*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts (1974) [*Kastner*, Grundriß¹]
- Kastner*, Entscheidungen des OGH zum Aktiengesetz 1965, GesRZ 1975, 106
- Kastner*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts, 2. Auflage (1976) [*Kastner*, Grundriß²]
- Kastner*, Zur Auslegung des GmbH-Gesetzes, JBl 1978, 404
- Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts, 5. Auflage (1990) [*Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß⁵]
- Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Auflage (1960, Nachdruck 2000)
- Keyßner*, Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch (1878) [*Keyßner*, ADHGB (1878)]
- Kießling*, 7. Kapitel: Das preußische Aktiengesetz von 1843, in *Bayer/Habersack* (Hrsg), Aktienrecht im Wandel, Band I (2007) 193
- Kilian*, Reform der existenzvernichtenden Vorstandschaft (2017) [*Kilian*, Reform]
- Kion*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, BB 1984, 864
- Kirchner*, Ökonomische Überlegungen zum Konzernrecht, ZGR 1985, 214
- Klang* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Band IV/1, 2. Auflage (1968) [*Klang*, ABGB IV/1²]
- Klausing* (Hrsg), Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktien-Gesetz) nebst Einführungsgesetz und „Amtlicher Begründung“ (1937) [*Klausing*, AktG]
- Klein*, Die neueren Entwicklungen in Verfassung und Recht der Aktiengesellschaften (1904) [*Klein*, Entwicklungen]
- Kleinbenz/Leyendecker*, Voraussetzungen und Reichweite der Haftungsbefreiung nach § 93 Abs. 4 S. 1 AktG bei M&A-Transaktionen, BB 2012, 861
- Kleinszig*, Die Entstehung des österreichischen Gesetzes über die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, BRGÖ 2021, 35
- Kleinszig/Olechowski*, Das Stammkapital der GmbH, GES 2023, 61
- Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON – Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch [*Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^[Version]]
- Knötzl/Schacherreiter/Schopper*, Der Rückschaufehler bei der richterlichen Urteilsfindung im Schadenersatzprozess, JBl 2017, 2
- Koch*, Beschränkung der Regressfolgen im Kapitalgesellschaftsrecht, AG 2012, 429
- Koch*, Die strenge Haftung von Vorständen muss beschränkt werden, F.A.Z. vom 19.12.2012, 19
- Koch*, Regressreduzierung im Kapitalgesellschaftsrecht – eine Sammelreplik, AG 2014, 513
- Koch*, Der Vorstand im Kompetenzgefüge der Aktiengesellschaft, in *Fleischer/Koch/Kropff/Lutter* (Hrsg), 50 Jahre Aktiengesetz (2015) 65
- Koch* (Hrsg) (begr von *Hüffer*), Aktiengesetz, 17. Auflage (2023) [*Koch*, AktG¹⁷]

- Kodek*, Zivilrechtliche Organverantwortung – Ausgewählte neuere Judikatur, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2016, 207
- Kodek*, Untreue NEU – Wechselbeziehungen zwischen Straf-, Zivil- und Gesellschaftsrecht (2017)
- Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht, 5. Auflage (2021)
- Kodek/Nowotny/Umfahrer* (Hrsg), Firmenbuchgesetz (2005)
- Koenige*, Handausgabe des Handelsgesetzbuchs, bearbeitet von *Heinrich Koenige*, *Robert Teichmann* und *Walter Koehler*, 2. Auflage (1929) [*Koenige*, HGB²]
- Köhl*, Die Einschränkung der Haftung des GmbH-Geschäftsführers nach den Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs, DB 1996, 2597
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz* (hrsg in 3. Auflage von *Zöllner/Noack*; in 4. Auflage von *Noack/Zetzsche*), Band IV (2022), Band VII (2023), 4. Auflage; Band I (2011), Band III/2 (2015), 3. Auflage [KK-AktG^{3/4}]
- Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (Loseblatt) [*Konecny/Schubert*, Insolvenzgesetze]
- Konow*, Probleme der Geschäftsführerhaftung bei der GmbH, GmbHR 1968, 219
- Konzen*, Geschäftsführung, Weisungsrecht und Verantwortlichkeit in der GmbH und GmbH & Co KG, NJW 1989, 2977
- Koppensteiner*, Zur Haftung des GmbH-Gesellschafters, wbl 1988, 1
- Koppensteiner*, Zum Anwendungsbereich von § 41 Abs 1 GmbHG, in FS Frotz (1993) 341
- Koppensteiner*, GmbH-Gesetz, 2. Auflage (1999) [*Koppensteiner*, GmbHG²]
- Koppensteiner*, Zur Haftung der Gesellschafter bei Zahlungsunfähigkeit der GmbH, JBl 2006, 681
- Koppensteiner*, Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung, GesRZ 2014, 3
- Koppensteiner*, Einpersonengesellschaften. Eine Skizze, GES 2015, 5
- Koppensteiner*, Zur Außenhaftung von Geschäftsführern und Vorständen, GES 2015, 379
- Koppensteiner*, Von actiones pro socio bei der GmbH, wbl 2018, 428
- Koppensteiner*, Schaden der Gesellschaft – Schaden des Gesellschafters? RdW 2022, 822
- Koppensteiner*, Individual- und Minderheitenrechte im Gesellschaftsrecht, wbl 2023, 545
- Koppensteiner*, Anmerkungen zur Außenhaftung von Vorständen und Geschäftsführern, GesRZ 2023, 84
- Koppensteiner/Rüffler*, Die Bestellung von Sicherheiten durch eine Kapitalgesellschaft für Verbindlichkeiten ihrer Gesellschafter, GesRZ 1999, 144
- Koppensteiner/Rüffler*, GmbH-Gesetz, 3. Auflage (2007) [*Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³]
- Köppl*, Das Verbot der „Einlagenrückgewähr“ unter besonderer Berücksichtigung Dritter (2014)
- Korinek/Krejci* (Hrsg), Der Verein als Unternehmer (1988)
- Kornfeld/Scheu*, Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (1906) [*Kornfeld/Scheu*, GmbHG (1906)]
- Kossak*, Neue Haftungen auf Grund des Vereinsgesetzes 2002, JBl 2003, 473
- Kossak*, Die neue Haftung der Vereinsfunktionäre, 2. Auflage (2012) [*Kossak*, Haftung der Vereinsfunktionäre²]
- Kostner*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (1968)
- Kowalski*, Der Ersatz von Gesellschafts- und Gesellschafterschaden (1990)
- Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht, Band I, 4. Auflage (2020), Band II, 3. Auflage (2018) [*Koziol*, Haftpflichtrecht]
- Kramer*, Verwirkung und Anspruchsverzicht durch stillschweigenden Verzicht, JBl 1962, 540
- Kramer*, Juristische Methodenlehre, 6. Auflage (2019)

- S.-F. Kraus/Spendel*, Ausgewählte Fragen der Nachschusspflicht im Personengesellschaftsrecht, wbl 2019, 65 (Teil 1), 131 (Teil 2)
- S.-F. Kraus/Spendel*, Anmerkung zu OGH 8 Ob 113/21g – Zum Beginn der Gewährleistungsfrist bei Rechtsmängeln gemäß § 933 Abs 1 ABGB (idF vor dem GRUG), ecolex 2022, 266
- Krause*, Managerhaftung und Strategien zur Haftungsvermeidung, BB 2009, 1370
- Krejci*, „Kleine“ Reform für „große“ Vereine? ÖJZ 1999, 361
- Krejci*, Zur Verjährung von Ersatzansprüchen der AG gegen entlastete Organwalter nach österreichischem Recht, in *GedS Helm* (2001) 775
- Krejci*, Zum Entwurf einer Vereinsgesetznovelle 2011 über die Haftungsbefreiung ehrenamtlicher Organwalter, GES 2011, 372
- Krejci*, Zur Haftungsbefreiung von Vereinsorganen, ecolex 2012, 560
- Krejci/Bydlinski/Weber-Schallauer*, Vereinsgesetz, 2. Auflage (2009) [*Krejci/Bydlinski/Weber-Schallauer*, VerG²]
- Krieger*, Zur (Innen-)Haftung von Vorstand und Geschäftsführung, in *Henze/Timm/Westermann* (Hrsg), RWS-Forum 8 – Gesellschaftsrecht 1995 (1996) 149 [*Krieger* in RWS-Forum Gesellschaftsrecht 1995 (1996) 149]
- Krieger/U. H. Schneider* (Hrsg), Handbuch Managerhaftung, 3. Auflage (2017) [*Krieger/U. H. Schneider*, Hdb Managerhaftung³]
- Kropff*, Rückblick, in *Fleischer/Koch/Kropff/Lutter* (Hrsg), 50 Jahre Aktiengesetz (2015) 1
- Kübler*, Haftungstrennung und Gläubigerschutz im Recht der Kapitalgesellschaften, in *FS Heinsius* (1991) 397
- Kuntz*, Gestaltung von Kapitalgesellschaften zwischen Freiheit und Zwang (2016) [*Kuntz*, Gestaltung]
- Kunz*, Die Prozessstandschaft (2019)
- Kutscher*, Organhaftung als Instrument der aktienrechtlichen Corporate Governance (2017) [*Kutscher*, Organhaftung]
- Kutschera*, Zur Haftung des Geschäftsführers gemäß § 25 GmbHG, GesRZ 1982, 243
- Landers*, A Unified Approach to Parent, Subsidiary, and Affiliate Questions in Bankruptcy, 42 U.Chi.L.Rev. 589 (1975)
- Landers*, Another Word on Parents, Subsidiaries and Affiliates in Bankruptcy, 43 U.Chi.L.Rev. 527 (1976)
- Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage (1991) [*Larenz*, Methodenlehre⁶]
- Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Auflage (1995) [*Larenz/Canaris*, Methodenlehre³]
- K. Lehmann*, Das Recht der Aktiengesellschaften I (1898, Neudruck der Ausgabe Berlin 1964), II (1904, Neudruck 1964)
- K. Lehmann*, Gutachten über die Frage: Welche Grundsätze des deutschen Aktienrechts werden bei der Kodifizierung des österreichischen Aktienrechts zu berücksichtigen sein? in *Verhandlungen des 31. DJT*, Band I (1912) 502
- M. Lehmann*, Das Privileg der beschränkten Haftung und der Durchgriff im Gesellschafts- und Konzernrecht, Eine juristische und ökonomische Analyse, ZGR 1986, 345
- M. Lehmann*, Schranken der beschränkten Haftung, Zur ökonomischen Legitimation des Durchgriffs bei der GmbH, GmbHR 1992, 200
- Lehmann/Ring*, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, Band II (1913) 2. Auflage [*Lehmann/Ring*, HGB II² (1913)]
- Leitner*, Auswahlverschulden der GmbH bei einem Qualifikationsmangel der Geschäftsführer – Anlass zur Haftungsinderung? GES 2009, 208

- Leupold/Ramharter*, Nützliche Gesetzesverletzungen – Innenhaftung der Geschäftsleiter wegen Verletzung der Legalitätspflicht, *GesRZ* 2009, 253
- Liebmann*, Kommentar zum Gesetz, betreffend die Gesellschaften m. b. H., 4. Auflage (1899) [*Liebmann*, *GmbHG*⁴ (1899)]
- Liebmann*, Kommentar zum Gesetz, betreffend die Gesellschaften m. b. H., 5. Auflage (1906) [*Liebmann*, *GmbHG*⁵ (1906)]
- Liebmann/Saenger*, Kommentar zum Gesetz, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 7. Auflage (1927) [*Liebmann/Saenger*, *GmbHG*⁷ (1927)]
- Lieder*, 10. Kapitel: Die Aktienrechtsnovelle vom 11. Juni 1870, in *Bayer/Habersack* (Hrsg), *Aktienrecht im Wandel*, Band I (2007) 318
- Lindacher*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers und Einwand des Auswahl- und Überwachungsverschuldens – BGH, 1983, 1856, JuS 1984, 672
- Lohr*, Die Beschränkung der Innenhaftung des GmbH-GF, *NZG* 2000, 1204
- Losert/Schiemer/Stadler*, Aktiengesetz 1965 mit Gesetzesmaterialien und ausführlichen Erläuterungen (1966) [*Losert/Schiemer/Stadler*, *AktG* (1966)]
- Luther*, § 23 Abs. (5) AktG im Spannungsfeld von Gesetz, Satzung und Einzelentscheidungen der Organe der Aktiengesellschaft, in *Freundesgabe Hengeler* (1972) 167
- Lutter*, Treuepflichten und ihre Anwendungsprobleme, *ZHR* 162 (1998), 164
- Lutter*, Haftung und Haftungsfreiräume des GmbH-Geschäftsführers, *GmbHR* 2000, 301
- Lutter*, Haftung von Vorständen, Verwaltungs- und Aufsichtsräten, Abschlußprüfern und Aktionären, *ZSR* 124 (2005) II, 415
- Lutter*, Das (feste Grund-)Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, in *Lutter* (Hrsg), *Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa*, *ZGR Sonderheft* 17 (2006) 1 [*Lutter* in *Lutter*, *Das Kapital*]
- Lutter/Hommelhoff*, GmbH-Gesetz Kommentar, 15. Auflage (2000) [*Lutter/Hommelhoff*, *GmbHG*¹⁵]
- Lutter/Hommelhoff* (Hrsg), GmbH-Gesetz, 21. Auflage (2023) [*Lutter/Hommelhoff*, *GmbHG*²¹]
- Lutz* (Hrsg), Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches (1858 ff), bestehend aus den Sitzungsprotokollen (9 Teile), einem Beilagenband (3 Teile) und einem Registerband [*Lutz*, *Protokolle*]
- Mack*, Die Regresshaftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft (2015) [*Mack*, *Regresshaftung*]
- Madari*, Die Regressfähigkeit von Kartellgeldbußen nach § 84 AktG und § 25 GmbHG, *GesRZ* 2021, 14
- Mader*, Rechtsmissbrauch und unzulässige Rechtsausübung (1993) [*Mader*, *Rechtsmissbrauch*]
- Mand*, Die Geschäftsführerhaftung nach § 43 II GmbHG und die Möglichkeit privatautonomer Begrenzungen (2002) [*Mand*, *Geschäftsführerhaftung*]
- Mandl*, Die Haftung des Vereinsvorstands (2000)
- Mankowski*, Reicht das Vertragsrecht für einen angemessenen Schutz der Gesellschaftsgläubiger und ihrer Interessen aus? in *Lutter* (Hrsg), *Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa*, *ZGR Sonderheft* 17 (2006) 488 [*Mankowski* in *Lutter*, *Das Kapital*]
- Manne*, Our Two Corporation System: Law and Economics, 53 *Virginia Law Review*, 259 (1967)
- J. A. Mayer/U. Torggler*, Treuwidrige und rechtsmissbräuchliche Stimmen in der Hauptversammlung, *JBl* 2021, 700
- Mayer-Maly*, Die relative Unwirksamkeit im österreichischen Recht, in *FS Reimer* (1976) 67

- Medicus*, Deliktische Außenhaftung der Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer, ZGR 1998, 570
- Melot de Beauregard/Lieder/Liersch* (Hrsg), Managerhaftung (2022)
- Mennicke*, Zum Weisungsrecht der Gesellschafter und der Folgepflicht des GF in der mitbestimmungsfreien GmbH, NZG 2000, 622
- Merkt/Spindler*, Fallgruppen der Durchgriffshaftung und verwandte Rechtsfiguren, in *Lutter* (Hrsg), Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, ZGR Sonderheft 17 (2006) 277 [*Merkt/Spindler* in *Lutter*, Das Kapital]
- Mertens*, Liquidationsvergleich über das Gesellschaftsvermögen und Ersatzansprüche nach § 93 Abs. 5 AktG, AG 1977, 66
- Mertens*, Die Geschäftsführung in der GmbH und das ITT-Urteil, in FS Fischer (1979) 461
- Mertens*, Die gesetzlichen Einschränkungen der Disposition über Ersatzansprüche der Gesellschaft durch Verzicht und Vergleich in der aktien- und konzernrechtlichen Organhaftung, in FS Fleck (1988) 209
- Mertens*, Satzungs- und Organisationsautonomie im Aktien- und Konzernrecht, ZGR 1994, 426
- Mertens/Stein*, Das Recht des Geschäftsführers der GmbH, 2. Auflage (1997), Sonderausgabe der Kommentierung der §§ 35 bis 44 GmbHG aus: *Hachenburg*, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Band II (1997) 8. Auflage [*Mertens/Stein*, Das Recht des Geschäftsführers der GmbH]
- Meyer*, Die Verantwortlichkeit des Geschäftsführers für Gläubigerinteressen – Veränderungen durch das MoMiG, BB 2008, 1742
- Meyer-Landrut/Miller/Niehus* (Hrsg), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) (1987) [*Meyer-Landrut/Miller/Niehus*, GmbHG (1987)]
- Michalski* (Hrsg), Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), 2. Auflage (2010) [*Michalski*, GmbHG²]
- Michalski* (Begründer)/*Heidinger/Leible/J. Schmidt* (Hrsg), Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz), 4. Auflage (2023) [*Michalski et al*, GmbHG⁴]
- Michtner*, Der Alleingesellschafter-Geschäftsführer: Wettbewerbsverbot und Ausnützen von Geschäftschancen, GES 2022, 10
- Milchrahm*, Ausgegliederte Rechtsträger und Kapitalerhaltung, GRAU 2022, 151
- Mohr*, Unternehmensreorganisationsgesetz – URG (1997)
- Möllers*, Juristische Methodenlehre, 5. Auflage (2023) [*Möllers*, Methodenlehre⁵]
- Möslein*, Dispositives Recht (2011)
- Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht (hrsg von *Römermann*), 4. Auflage (2018)
- Münchener Kommentar zum Aktiengesetz (hrsg von *Goette/Habersack*), Band I, 4. Auflage (2016), Band I, 5. Auflage (2019), Band II, 6. Auflage (2023), Band III, 5. Auflage (2022), Band IV, 5. Auflage (2021) [MüKo AktG^{Auflage}]
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I (2021), 9. Auflage [MüKo BGB⁹]
- Münchener Kommentar zum GmbHG (hrsg von *Fleischer/Goette*), Band I (2022), Band II (2023), Band III (2022), 4. Auflage [MüKo GmbHG⁴]
- Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung (hrsg von *Stürner/Eidenmüller/Schoppmeyer*), 4. Auflage (2019) [MüKo InsO⁴]
- Nacke*, Die Durchgriffshaftung in der U.S. amerikanischen Corporation (1988)
- Napokoj* (Hrsg), Risikominimierung durch Corporate Compliance (2010)
- Napokoj/H. Foglar-Deinhardstein/Pelinka* (Hrsg), AktG Praxiskommentar (2020)
- Neflin*, Die Verweigerung der Entlastung von Vorstand und Aufsichtsrat einer AG und deren Rechtsfolgen, NJW 1959, 1666

- Netter*, Anmerkung zu RG 17.02.1928, II 275/27, JW 1930, 3692
- Neukamp*, Gutachten über die Frage: Empfiehlt es sich, das im Deutschen Reiche und in Österreich geltende Rechte der Gesellschaften mit beschränkter Haftung zu vereinheitlichen und welche Sonderbestimmungen des österreichischen Gesetzes vom 6. März 1906 würden sich vorzugsweise zur Aufnahme in das einheitliche Recht eignen? in Verhandlungen des 31. DJT, Band II (1912) 221
- M. Neumayr*, Die Entlastung des Geschäftsführers, JBl 1990, 273
- M. Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, 3. Auflage (2018) [ZellKomm³]
- Nicolussi*, Änderung der BGH-Judikatur zum Delisting, GesRZ 2013, 308
- Nicolussi*, Die Satzungsstrenge im Aktienrecht, in *Nueber/Przeszlowska/Zwirschmayr* (Hrsg), Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel (2015) 21
- Nicolussi*, Die Satzungsstrenge im Aktienrecht (2018) [Nicolussi, Satzungsstrenge]
- Niederberger*, Persönliche Haftung der Funktionäre für den vermögenslosen Idealverein, ecolex 1997, 838
- Nitsche*, Die Gründungs- und Abschlußprüfung bei der GmbH, in *Lechner* (Hrsg), Treuhandwesen (1978) 353
- Noack*, Der Widerspruch des Aktionärs in der Hauptversammlung, AG 1989, 78
- Noack*, Fehlerhafte Beschlüsse in Gesellschaften und Vereinen (1989) [Noack, Fehlerhafte Beschlüsse]
- Noack/Servatius/Haas* (Hrsg) (vormals hrsg von *Baumbach/Hueck*), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 23. Auflage (2022) [Noack et al., GmbHG²³]
- Nord*, Anmerkung zu RG 17.02.1928, II 275/27, JW 1928, 2617
- Ch. Nowotny*, Anspruch auf Entlastung bei der GmbH? RdW 1986, 263
- Ch. Nowotny*, Verlust des halben Stammkapitals, in FS Semler (1993) 231
- Ch. Nowotny*, Satzungsstrenge im österreichischen Aktienrecht? in FS Doralt (2004) 411
- Ch. Nowotny*, Managerhaftung und Versicherungsschutz, in FS Fenyves (2013) 661
- Ch. Nowotny*, Unternehmerische Entscheidung und Organhaftung, in FS Koppensteiner (2016) 193
- Nueber/Przeszlowska/Zwirschmayr* (Hrsg), Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel (2015)
- Ofner/Thorsch*, Das österreichische Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (1907) [Ofner/Thorsch, GmbHG (1907)]
- Ofner/Thorsch*, Das österreichische Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 2. Auflage (1911) [Ofner/Thorsch, GmbHG² (1911)]
- Oppenländer/Trölitczsch*, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 2. Auflage (2011) [Oppenländer/Trölitczsch, GmbH-Geschäftsführung²]
- Oppenländer/Trölitczsch*, Praxishandbuch der GmbH-Geschäftsführung, 3. Auflage (2020) [Oppenländer/Trölitczsch, GmbH-Geschäftsführung³]
- Ostheim*, Zur Auslegung des Gesellschaftsvertrages bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, in FS Demelius (1973) 381
- Ostheim*, Probleme der personalistischen GmbH, GesRZ 1974, 70
- Ostheim*, Fragen der Haftung für wirtschaftliche Tätigkeiten von Vereinen, in *Korinek/Krejci* (Hrsg), Der Verein als Unternehmer (1988) 117
- Paefgen*, Organhaftung: Bestandsaufnahme und Zukunftsperspektiven, AG 2014, 554
- Pablow*, 8. Kapitel: Aktienrecht und Aktiengesellschaft zwischen Revolution und Reichsgründung. Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch von 1861, in *Bayrer/Habersack* (Hrsg), Aktienrecht im Wandel, Band I (2007) 237

- Paschinger*, Umstrittene Klagen im GmbH-Recht, GesRZ 1983, 182
- Patzina/Bank/Schimmer/Simon-Widmann*, Haftung von Unternehmensorganen (2010)
- Paulick*, Die eingetragene Genossenschaft als Beispiel gesetzlicher Typenbeschränkung (1954)
- Paulick*, Das Recht der eingetragenen Genossenschaft (1956)
- Peltzer*, Ansprüche der Gläubiger einer AG gegen Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder nach §§ 93 Abs. 5, 116 AktG im Falle eines gerichtlichen Vergleiches der AG, AG 1976, 100
- Peltzer*, Mehr Ausgewogenheit bei der Vorstandshaftung, in FS Hoffmann-Becking (2013) 861
- Pelz*, Die persönliche Haftung des Geschäftsführers einer GmbH, RNotZ 2003, 415
- Pendl*, Die Verjährung von Schadenersatzansprüchen gegen Organmitglieder und Abschlussprüfer (2018) [*Pendl*, Verjährung]
- Pendl*, Entzauberung des Vergleichs- und Verzichtsverbot in § 84 Abs 4 Satz 3 AktG, RdW 2018, 275
- Pentz/Priester/Schwanna*, Bar- und Sachkapitalaufbringung bei Gründung und Kapitalerhöhung, in *Lutter* (Hrsg), Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa, ZGR Sonderheft 17 (2006) 277 [*Pentz/Priester/Schwanna* in *Lutter*, Das Kapital]
- Pinner*, Anmerkung zu RG 17.02.1928, II 275/27, JW 1928, 1556
- Pinner*, Anmerkung zu KG 06.03.1930, 1b X 6/30, JW 1930, 2712
- Pisko*, Lehrbuch des österreichischen Handelsrechts (1923) [*Pisko*, Lehrbuch (1923)]
- v Pitreich*, Gutachten über die Frage: Empfiehlt es sich, das im Deutschen Reiche und in Österreich geltende Rechte der Gesellschaften mit beschränkter Haftung zu vereinheitlichen und welche Sonderbestimmungen des österreichischen Gesetzes vom 6. März 1906 würden sich vorzugsweise zur Aufnahme in das einheitliche Recht eignen? in Verhandlungen des 31. DJT, Band II (1912) 314
- Plöchl*, „Nichtige“ Generalversammlungsbeschlüsse einer GmbH? JBl 1957, 305
- Pock*, Zum Fristbeginn der langen Verjährung von Schadenersatzansprüchen – Zugleich eine Besprechung von OGH 4 Ob 178/20k, ÖJZ 2021, 1077
- Pohlmann*, Das Aktienrecht des 19. Jahrhunderts (2007)
- Posner*, The Rights of Creditors of Affiliated Corporations, 43 (1976) U.Chi.L.Rev. 449
- Posner*, Economic Analysis of Law, 9. Auflage (2014) [*Posner*, Economic Analysis⁹]
- Potacs*, Rechtstheorie, 2. Auflage (2019)
- Puchelt*, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band I, 2. Auflage (1876) [*Puchelt*, ADHGB I² (1876)]
- Puchelt*, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Band I, 4. Auflage (1893) [*Puchelt*, ADHGB I⁴ (1893)]
- Pucher*, Mitverschulden der Gesellschaft bei der Haftung von Leitungsorganen, GesRZ 2015, 174
- Raiser/Veil*, Recht der Kapitalgesellschaften, 6. Auflage (2015) [*Raiser/Veil*, Kapitalgesellschaften⁶]
- Randa*, Das Österreichische Handelsrecht I (1905) [*Randa*, Handelsrecht I (1905)]
- R. Rastegar*, § 48 GmbHG und Dispositionen über den Anspruch, RdW 2019, 517
- R. Rastegar*, Die Gesellschafterklage in der GmbH (2020) [*R. Rastegar*, Gesellschafterklage]
- Ratka/Rauter* (Hrsg), Handbuch Geschäftsführerhaftung, 2. Auflage (2011) [*Ratka/Rauter*, Hdb Geschäftsführerhaftung²]
- Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht II, 4. Auflage (2020)
- Rauter*, Geschäftsführerhaftung bei gewünschter Gesetzesverletzung – Oder: Ist die Gesellschaft zwingend „gut“? ecolex 2012, 944
- Rauter*, Der Einsatz von Servicegesellschaften aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive, GRAU 2020, 5

- Rauter*, Anmerkung zu OGH 18.11.2022, 6 Ob 112/22x, GesRZ 2023, 195
- Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht, 9. Auflage (2017)
- Reese*, Die Haftung von „Managern“ im Innenverhältnis, DStR 1995, 532
- Rehbinder*, Rechtliche Schranken der Erstattung von Bußgeldern an Organmitglieder und Angestellte, ZHR 148 (1984) 555
- J. Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht, 1. Auflage (1983) [*J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht]
- J. Reich-Rohrwig*, Wann vertritt der Aufsichtsrat die Aktiengesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern? wbl 1987, 299
- J. Reich-Rohrwig*, Treuepflicht der GmbH-Gesellschafter und Aktionäre von Judikatur bejaht, wbl 1988, 141
- J. Reich-Rohrwig*, Verlust des halben Stammkapitals und drohende Insolvenz, ecolex 1990, 354
- J. Reich-Rohrwig*, Anträge in der Hauptversammlung, ecolex 1991, 460
- J. Reich-Rohrwig*, das österreichische GmbH-Recht in systematischer Darstellung, 2. Auflage, Band I (1996) [*J. Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I²]
- J. Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004) [*J. Reich-Rohrwig*, Kapitalerhaltung]
- J. Reich-Rohrwig*, Anmerkung zu OGH 6 Ob 213/16s, GesRZ 2017, 144
- J. Reich-Rohrwig*, Struktur der Aktiengesellschaften in Österreich, ecolex 2018, 526 (Teil 1)
- J. Reich-Rohrwig/Ph. Kinsky/S.-F. Kraus*, Austrian Limited. Eine Startup-freundliche neue Rechtsform (2021) [*J. Reich-Rohrwig/Ph. Kinsky/S.-F. Kraus*, Austrian Limited]
- Reichert*, Existenzgefährdung bei der Durchsetzung von Organhaftungsansprüchen, ZHR 177 (2013), 756
- Reis*, Zur Verkürzung der Verjährungsfrist nach § 25 Abs 6 GmbHG, RdW 2007, 652
- Reischauer*, Das Schicksal fehlerhafter Generalversammlungsbeschlüsse, JBl 1976, 7
- Renaud*, Das Recht der Actiengesellschaften (1863) [*Renaud*, Actiengesellschaften (1863)]
- Renaud*, Die Klage des Actionärs gegen die Mitglieder des Vorstandes und Aufsichtsraths der Actiengesellschaft, ZHR 7 (1868), 1
- Renaud*, Das Recht der Actiengesellschaften, 2. Auflage (1875) [*Renaud*, Actiengesellschaften² (1875)]
- Renaud*, Der Entwurf eines Reichsgesetzes betreffend die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaften, Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts (Busch's Archiv) N.F. Bd 20 = Bd. 45, 1884, 1
- Resch*, Die Einwilligung des Geschädigten (1997) [*Resch*, Einwilligung]
- M. Rieder/Holzmann*, Die Auswirkungen der Finanzkrise auf die Organhaftung, AG 2011, 265
- B. Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht, 5. Auflage (2019) [*B. Rieder/Huemer*, GesR⁵]
- Ring*, Zu dem Entwurf eines neuen Aktiengesetzes, Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts (Busch's Archiv) N.F. Bd 20 = Bd 45, 1884, 172
- Ring*, Das Reichsgesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften (1886) [*Ring*, ADHGB (1886)]
- Ring*, Das Reichsgesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften, 2. Auflage (1893) [*Ring*, ADHGB² (1893)]
- Ring/Schachian*, Die Praxis der Aktiengesellschaft (1929)
- Ritter*, Aktiengesetz mit Einführungsgesetz, Durchführungsverordnung und Einführungsverordnungen für Österreich und die sudetendeutschen Gebiete, 2. Auflage des von C. Ritter und J. Ritter herausgegebenen Kommentars zum Handelsgesetzbuch, Buch 2, Abschnitt 3, 4 (1939) [*Ritter*, AktG² (1939)]

- Rizzi/Zimmermann, Der hartnäckige Gläubiger der GmbH – Die Pfändung von Ansprüchen der GmbH gegen ihre Geschäftsführer, *ecolex* 2014, 492
- Roth, Zur „economic analysis“ der beschränkten Haftung, *ZGR* 1986, 371
- Roth, Unterkapitalisierung und persönliche Haftung, *ZGR* 1993, 170
- Rottkemper, Deliktische Außenhaftung der Leitungsorganmitglieder rechtsfähiger Körperschaften (1996) [Rottkemper, Deliktische Außenhaftung]
- Rowedder/Schmidt-Leithoff (Hrsg), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 5. Auflage (2013) [Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG⁵]
- Rowedder/Pentz (Hrsg), Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 7. Auflage (2022)
- Rüffler, Kapitalmarktrechtliche Informations- und Verhaltenspflichten als Schutzgesetz? *GES* 2010, 113
- Rüffler, Organaußenhaftung für Anlegerschäden, *JBl* 2011, 69
- Rüffler, Organhaftung und Konzern, in Artmann/Rüffler/U. Torggler (Hrsg), Die Organhaftung (2013) 13
- Rünzler, Die Verjährung im österreichischen Gesellschaftsrecht (2020) [Rünzler, Verjährung]
- Rünzler/U. Torggler, Tempora mutantur et praescriptiones mutantur in illis – Zur Verjährung der Abschlussprüferhaftung, in FS Steckel (2017) 291
- Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre, 12. Auflage (2022) [Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie¹²]
- Ruhmannseder/Wess (Hrsg), Handbuch Corporate Compliance (2022) [Ruhmannseder/Wess, Hdb Corporate Compliance]
- Rummel (Hrsg), ABGB – Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Auflage (2007)
- Rummel/Lukas (Hrsg), ABGB – Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 4. Auflage (2015) [Rummel/Lukas ABGB⁴]
- Runggaldier/Schima, Die Rechtsstellung von Führungskräften (1991) [Runggaldier/Schima, Rechtsstellung]
- Runggaldier/Schima, Manager-Dienstverträge, 3. Auflage (2006)
- Runggaldier/Schima, Manager-Dienstverträge, 4. Auflage (2014)
- Rust, Beschränkung der unbeschränkten Vorstandshaftung durch die Satzung der AG, *Der Aufsichtsrat* 2014, 36
- Sandmann, Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten (2000) [Sandmann, Haftung]
- Saria, Einlagenrückgewähr und Eigenkapitalersatz beim Verein, *RdW* 1999, 705
- Saria, Haftung und Haftungsbeschränkung nach § 24 Abs. 1 VerG 2001, in FS Melniky 205
- Saria/Wagner, Verein und Eigenkapitalersatz, *ecolex* 1999, 31
- Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Auflage (2020) [Schäfer/Ott, Lehrbuch⁶]
- Schall, Organhaftung und Freistellungsanspruch aus § 670 BGB, *JZ* 2001, 455
- Schamberger, Anmerkung zu OGH 8 Ob 123/22d, *GesRZ* 2023, 130
- Schaub, Die Haftung des Geschäftsführers einer GmbH gegenüber der Gesellschaft und den Gesellschaftern, *DStR* 1992, 985 (Teil 1), 1021 (Teil 2)
- Schauer, Die GmbH in der Unternehmensnachfolge – der Geschäftsanteil im Spannungsfeld zwischen erbrechtlicher Nachfolge und gesellschaftsrechtlicher Steuerung, *GesRZ-Spezial* 2006, 34
- Scheuerle, Das Wesen des Wesens, *AcP* 163 (1964) 429
- Schiemer, Handkommentar zum Aktiengesetz (1980) [Schiemer, AktG]
- Schiemer, Handkommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage (1986) [Schiemer, AktG²]

- Schilcher/Koller/Funk* (Hrsg), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts (2000)
- G. Schima*, Enthftung des Vorstandes (Aufsichtsrates) durch Entlastungsbeschluss sämtlicher Aktionäre? *GesRZ* 1991, 185
- G. Schima*, Die Beweislastverteilung bei der Geschäftsleiterhaftung, in *FS Jud* (2012) 571
- G. Schima*, Arbeitsrechtliche Grenzen der Compliance, *DRdA* 2014, 197
- G. Schima*, Weisung und Zustimmungsvorbehalt als Steuerungsmittel in der GmbH, in *FS Koppensteiner* (2016) 259
- G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses (2016)
- G. Schima*, (Konzern-)Weisungen an den AG-Vorstand, *GesRZ* 2021, 310
- G. Schima/Liemberger/Toscani* in *SWK-Spezial Der GmbH-Geschäftsführer* (2015)
- G. Schima/Toscani*, Die Vertretung der AG bei Rechtsgeschäften mit dem Vorstand (§ 97 Abs 1 AktG), *JBl* 2012, 482
- G. Schima/Toscani*, Handbuch GmbH-Geschäftsführer, 2. Auflage (2020)
- Schlegelberger/Quassowski/Herbig/Geßler/Hefermehl*, Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Auflage (1939) [*Schlegelberger et al*, AktG³ (1939)]
- Schlosser*, Die Organhaftung der Mitglieder des Vorstands der Aktiengesellschaft (2002) [*Schlosser*, Organhaftung]
- K. Schmidt*, § 171 II HGB – eine Bestimmung nur für den Konkurs der Kommanditgesellschaft, *JR* 1976, 278
- K. Schmidt*, Einlage und Haftung des Kommanditisten (1977)
- K. Schmidt*, Konkursantragspflichten bei der GmbH und bürgerliches Deliktsrecht, *JZ* 1978, 661
- K. Schmidt*, Insolvenzverschleppungshaftung – Haftungsrechtsprechung zwischen Gesellschafts-, Insolvenz- und Zivilrecht, *JBl* 2000, 477
- K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage (2002) [*K. Schmidt*, *GesR*⁴]
- K. Schmidt*, Konkursverschleppungshaftung, oder: Hat das Deliktsrecht versagt? in *FS Koziol* (2010) 1301
- K. Schmidt* (Hrsg), Insolvenzordnung, 20. Auflage (2023) [*K. Schmidt*, *InsO*²⁰]
- K. Schmidt/Lutter* (Hrsg), Aktiengesetz Kommentar, 4. Auflage (2020) [*K. Schmidt/Lutter*, AktG⁴]
- Schmitt*, Organhaftung und D&O-Versicherung (2007) [*Schmitt*, Organhaftung]
- U. H. Schneider*, Haftungsmilderung für Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer bei fehlerhafter Unternehmensleitung? in *FS Werner* (1984) 795
- U. H. Schneider*, Der Anstellungsvertrag des Geschäftsführers einer GmbH im Konzern, *GmbHHR* 1993, 10
- U. H. Schneider/S. Schneider*, Die zwölf goldenen Regeln des GmbH-Geschäftsführers zur Haftungsvermeidung und Vermögenssicherung, *GmbHHR* 2005, 1229
- Scholl*, Vorstandshaftung und Vorstandsermessen: Rechtliche und ökonomische Grundlagen, ihre Anwendung in der Finanzkrise sowie der Selbstbehalt bei der D&O-Versicherung (2015) [*Scholl*, Vorstandshaftung und Vorstandsermessen]
- F. Scholz*, Kommentar zum GmbH.-Gesetz, 2. Auflage (1950) [*Scholz*, *GmbHG*² (1950)]
- F. Scholz* (Hrsg), Kommentar zum GmbH-Gesetz, Band II, 11. Auflage (2014) [*Scholz*, *GmbHG*¹¹]
- F. Scholz* (Hrsg), Kommentar zum GmbH-Gesetz, Band I, 13. Auflage (2022), Band II und III, 12. Auflage (2021) [*Scholz*, *GmbHG*^{12/13}]
- P. Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung von Vorstandsmitgliedern in der Aktiengesellschaft (2014) [*P. Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung]
- Scholz-Berger*, Schad- und Klagloshaltung (2019)
- Schöne/Petersen*, Regressansprüche gegen (ehemalige) Vorstandsmitglieder – quo vadis? *AG* 2012, 700

- Schönherr*, Die Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen einer Gesellschaft m.b.H., JBl 1960, 1 (Teil 1), 39 (Teil 2)
- Schönle*, Der Entlastungsbeschluß im deutschen Gesellschaftsrecht, ZHR 126 (1964), 199
- Schopper*, Anmerkung zu OGH 6 Ob 28/13f, GesRZ 2013, 212
- Schopper/Strasser*, Konturen einer Existenzvernichtungshaftung in Österreich, GesRZ 2005, 176
- Schopper/Weilinger* (Hrsg), VereinsG [*Schopper/Weilinger*, VerG (Stand [Datum])]
- Shubert*, Die Abschaffung des Konzessionssystems durch die Aktienrechtsnovelle von 1870, ZGR 1981, 285
- Shubert* (Hrsg), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs (1981)
- Shubert*, Die Entstehung des Aktiengesetzes von 1884, in *Shubert/Hommelhoff* (Hrsg), Hundert Jahre modernes Aktienrecht, ZGR-Sonderheft 4 (1985) 1
- Shubert* (Hrsg), 100 Jahre Genossenschaftsgesetz (1989)
- Shubert/Hommelhoff* (Hrsg), Hundert Jahre modernes Aktienrecht, ZGR-Sonderheft 4 (1985) [*Shubert/Hommelhoff*, Aktienrecht]
- Shubert/Hommelhoff* (Hrsg), Die Aktienrechtsreform am Ende der Weimarer Republik (1987)
- Shubert/Schmid/Regge* (Hrsg), Akademie für Deutsches Recht 1933–1945, Protokolle der Ausschüsse, Band I, Ausschluß für Aktienrecht (1986) [*Shubert/Schmid/Regge*, Akademie für Deutsches Recht I]
- Shubert/Schmiedel/Krampe* (Hrsg), Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897 (1988)
- Schug*, Risikoeinschränkung und -transfer in der Vorstandshaftung (2010) [*Schug*, Risikoeinschränkung]
- Schuler*, Die Klage auf Entlastung im Aktienrecht, NJW 1960, 601
- Schulze/Dörner/Ebert/Hoeren/Kemper/Saenger/Scheuch/Schreiber/Schulte-Nölke/Staudinger/Wiese*, Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar, 11. Auflage (2022) [*Schulze et al*, BGB¹¹]
- Schumacher*, Das Unternehmensreorganisationsgesetz, ÖBA 1997, 855
- Schummer*, Das Eigenkapitalersatzrecht – Notwendiges Rechtsinstitut oder Irrweg? (1998) [*Schummer*, Eigenkapitalersatzrecht]
- Schummer*, Haftung des GmbH-Geschäftsführers wegen Konkursverschleppung – ebenfalls ein Irrweg? in *Kramer/Schuhmacher* (Hrsg), Beiträge zum Unternehmensrecht: Festschrift für Hans-Georg Koppensteiner zum 65. Geburtstag (Fest- und Gedächtnisschrift) (2001) 211
- Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar, Band I (2018), Band III (2020), Band IV (2018), 5. Auflage; Band VI (2016), 4. Auflage [*Schwimann/Kodek*, ABGB^{4/5}]
- Schwimann/Neumayr*, ABGB Taschenkommentar, 5. Auflage (2020) [*Schwimann/Neumayr*, ABGB TK⁵]
- Semler*, Zur aktienrechtlichen Haftung der Organmitglieder einer Aktiengesellschaft, AG 2005, 321
- Sieckmann*, Begriff und Struktur von Regeln, Prinzipien und Elementen im Recht, in *Schilcher/Koller/Funk* (Hrsg), Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts (2000) 69
- Sieg*, Tendenzen und Entwicklungen der Managerhaftung in Deutschland, DB 2002, 1759
- Simon*, Der Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaft, ZHR 30 (1884), 445
- Simon*, Anmerkung zu RG 17.02.1928, II 275/27, JW 1928, 2618
- Simonishvili*, Entlastungsbeschlüsse im Aktien- und GmbH-Recht (2016) [*Simonishvili*, Entlastungsbeschlüsse]
- Skerlj*, Das Gesetz vom 6. März 1906, RGBl. Nr. 58 über Gesellschaften mit beschränkter Haftung (1906) [*Skerlj*, GmbHG¹ (1906)]

- Skerlj*, Das Gesetz vom 6. März 1906, RGBl. Nr. 58 über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 2. Auflage (1909) [*Skerlj*, GmbHG² (1909)]
- Spendel*, Verkürzung der Verjährungsfrist gem § 25 Abs 6 GmbHG? Zugleich eine kritische Anmerkung zu 9 ObA 136/19v, wbl 2021, 121
- Spindler*, Deregulierung des Aktienrechts? AG 1998, 53
- Spindler*, 22. Kapitel: Die Entwicklung der Satzungsfreiheit und Satzungsstrenge im deutschen Aktienrecht, in *Bayer/Habersack* (Hrsg), Aktienrecht im Wandel, Band II (2007) 995
- Spindler*, Regeln für börsennotierte vs. Regeln für geschlossene Gesellschaften – Vollendung des Begonnenen? AG 2008, 598
- Spindler*, Organhaftung in der AG – Reformbedarf aus wissenschaftlicher Perspektive, AG 2013, 889
- Spindler/Stilz*, Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Auflage (2019) [*Spindler/Stilz*, AktG⁴]
- Spornberger*, Zur Haftung leitender Vereinsorgane – Zugleich eine Besprechung der E 11 Os 52/05i, ecolex 2007, 407
- Ständige Deputation des Deutschen Juristentags (Hrsg), Verhandlungen des Elften Deutschen Juristentags (1873) [Verhandlungen des 11. DJT]
- Ständige Deputation des Deutschen Juristentags (Hrsg), Verhandlungen des Einunddreißigsten Deutschen Juristentags (1912) [Verhandlungen des 31. DJT]
- Staub*, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, 3. und 4. Auflage (1896) [*Staub*, ADHGB^{3, 4} (1896)]
- Staub*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 8. Auflage (1906) [*Staub*, HGB⁸ (1906)]
- Staub*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band II, 14. Auflage (1933) [*Staub*, HGB II¹⁴ (1933)]
- Staub/Pisko*, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Ausgabe für Österreich (bearbeitet von *Pisko*), Band I, 2. Auflage (1908) [*Staub/Pisko*, ADHGB I² (1908)]
- Stölzle*, Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Ausgabe für Österreich (hrsg von *Pisko*), 3. Auflage (1935 ff) [*Staub/Pisko*, AHGB³]
- Staufer*, Fragen aus der Praxis des GmbHG, NZ 1950, 184
- Staufer*, Die Beschränkung der statutarischen Autonomie durch das Genossenschaftsgesetz (1971) [*Staufer*, Beschränkung]
- Steffek*, Die Innenhaftung von Vorständen und Geschäftsführern – Ökonomische Zusammenhänge und rechtliche Grundlagen, JuS 2010, 295
- Steffek*, Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft (2011)
- Steinacker*, Haftung der Organwalter (2019)
- M. Steiner*, Geschäftsleiterhaftung im Wettbewerbsrecht (2021) [*M. Steiner*, Geschäftsleiterhaftung]
- Stölzle*, Die Haftung der Mitglieder des Vorstandes und des Aufsichtsrates einer AG, GesRZ 1979, 22
- Strasser*, Die Leitung der Aktiengesellschaft durch den Vorstand, JBl 1990, 477
- Straube/Ratka/Rauter* (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz [*Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG/*Straube*, WK GmbHG (Stand [Datum])]
- Straube/Ratka/Rauter*, UGB – Wiener Kommentar zum Unternehmensgesetzbuch [*Straube/Ratka/Rauter*, UGB (Stand [Datum])]
- Straube/Rauter*, Wege aus dem Labyrinth? Strategien der Haftungsvermeidung für GmbH-Geschäftsführer, JAP 2007/2008/15, 168
- Streyll/Schaper*, Die Grenzen des Zustimmungsvorbehalts bei Beschlüssen nach § 83 AktG und damit zusammenhängende Haftungsfragen, ZIP 2017, 410
- Stroh*, Über die relative Unwirksamkeit, in FS zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches II (1911) 474
- Stroß*, Die österreichische Gesellschaft mit beschränkter Haftung (1906) [*Stroß*, GmbH (1906)]

- Sturm*, Geschäftsführer-Innenhaftung: Dispositivität der fünfjährigen Verjährungsfrist des § 43 Abs. 4 GmbHG, GmbHR 2003, 573
- Sturm*, Die Verjährung von Schadenersatzansprüchen der Gesellschaft gegen Leitungsorganmitglieder gemäß §§ 93 Abs. 6 AktG, 43 Abs. 4 GmbHG, 34 Abs. 6 GenG (2005)
- Sudhoff*, Der Gesellschaftsvertrag der GmbH (1964)
- Teichmann*, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen (1970) [*Teichmann*, Gestaltungsfreiheit]
- Teichmann/Koehler*, Aktiengesetz (1937) [*Teichmann/Koehler*, AktG (1937)]
- Teichmann/Koehler*, Kommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage (1939) [*Teichmann/Koehler*, AktG² (1939)]
- Thiessen*, Zur Neuregelung der Verjährung im Handels- und Gesellschaftsrecht, ZHR 168 (2004), 503
- Thöl*, Das Handelsrecht in Verbindung mit dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, Band I, 4. Auflage (1862) [*Thöl*, Handelsrecht I⁴ (1862)]
- Thomale*, Die Scheinauslandsgesellschaft in der Krise – Gläubigerschutz zwischen Gesellschafts- und Insolvenzstatut, JBl 2021, 14 (Teil 1), 83 (Teil 2)
- Thomas*, Die Haftungsfreistellung von Organmitgliedern (2010) [*Thomas*, Haftungsfreistellung]
- Thöni*, Zur Verantwortlichkeit des GmbH-Gesellschafters, GesRZ 1987, 82 (Teil 1)
- Thöni*, Beschlussanfechtung und Schadenersatzhaftung im GmbH-Recht, ecolex 1993, 674 (Teil 1), 747 (Teil 2)
- Thöni*, Fehlerhafte Beschlüsse im Personenhandelsgesellschaftsrecht, wbl 1993, 133
- Thöni*, Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH-Gesellschafterbeschlüsse (1998) [*Thöni*, Rechtsfolgen]
- Thümmel*, Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, 5. Auflage (2016) [*Thümmel*, Persönliche Haftung⁵]
- Told*, Business Judgment Rule und ihre Anwendbarkeit in Österreich, GES 2015, 60
- Told*, Business Judgment Rule und ihre Anwendbarkeit in Österreich, in *Nueber/Przeszowska/Zwirczmayr*, Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel (2015) 67
- Told*, Die Gesellschaft zwischen Gesellschafterinteresse und einem etwaig davon losgelösten Eigeninteresse – Gleichzeitig eine Untersuchung der Libro-Entscheidung, in FS Koppensteiner (2016) 339
- Told/Warto*, Die Leitung eines Unternehmens: Zur Sorgfaltspflicht der Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder, in *Harrer/Neumayr/Told*, Organhaftung (2022) 3
- H. Torggler*, Die Rechtsstellung des GmbH-Geschäftsführers, GesRZ 1974, 44 (Teil 2)
- U. Torggler*, Unbeschränkte Dritthaftung des Abschlussprüfers? wbl 2001, 545
- U. Torggler*, Zum deliktsrechtlichen Schutz der Mitgliedschaft(-srechte), JBl 2003, 747
- U. Torggler*, Fünf (Anti-)Thesen zum Haftungsdurchgriff, JBl 2006, 85
- U. Torggler*, Replik zu Koppensteiner, JBl 2006, 681, JBl 2006, 809
- U. Torggler*, Anmerkung zu OGH 03.06.2009, 7 Ob 248/08h, GesRZ 2009, 369
- U. Torggler*, Von Schnellschüssen, nützlichen Gesetzesverletzungen und spendable Aktiengesellschaften, wbl 2009, 168
- U. Torggler*, Gestaltungsfreiheit bei der GmbH, GesRZ 2010, 185
- U. Torggler*, Abdingbarkeit, Umwälzbarkeit, Versicherbarkeit, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler* (Hrsg), Die Organhaftung (2013) 35
- U. Torggler*, Anmerkung zu OGH 13.09.2012, 6 Ob 110/12p, GesRZ 2013, 43
- U. Torggler*, Gesellschaftsrecht AT und Personengesellschaften (2013) [*U. Torggler*, GesR]
- U. Torggler*, Kapitalerhaltung: Verdeckte Einlagenrückgewähr im Fall einer unangemessenen Mietzinsvereinbarung zulasten der Gesellschafter, GesRZ 2013, 38
- U. Torggler* (Hrsg), Kurzkommentar zum GmbH-Gesetz (2014) [*U. Torggler*, GmbHG]

- U. Torggler*, Rechtsfolgen verbotener Vermögensverlagerungen, in *Kalss/U. Torggler*, Einlagenrückgewähr (2014) 89
- U. Torggler*, Wider die Verselbständigung der Begriffe: Compliance, Legalitätspflicht und Business Judgment Rule, in *Kalss/U. Torggler* (Hrsg), Compliance (2016) 97
- U. Torggler/H. Torggler*, 15 Jahre „Fehrringer“ – Zur Einlagenrückgewähr über und an Dritte, insb durch Sicherheiten, in *FS Jud* (2012) 723
- U. Torggler/Trenker*, Zur Organhaftung für Gläubigerbevorzugung gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG, § 84 Abs 3 Z 6 AktG, *JBl* 2013, 613
- Trenker*, „Reflexvorteil“ und „Reflexschaden“ im Gesellschaftsrecht, *GesRZ* 2014, 10
- Trenker*, Schaden der Insolvenzmasse bei Insolvenzverschleppung des Geschäftsleiters – zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 164/16k, *JBl* 2018, 354
- Ulmer*, Begründung von Rechten für Dritte in der Satzung einer GmbH? in *FS Werner* (1984) 911
- Ulmer*, Die GmbH und der Gläubigerschutz, *GmbHR* 1984, 256
- Umfahrer*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, 7. Auflage (2021) [*Umfahrer*, GmbH⁷]
- Unmuth*, Vergleich und Verzicht im aktienrechtlichen Organhaftungsrecht aus der Perspektive des Aufsichtsrats (2018) [*Unmuth*, Vergleich und Verzicht]
- van Venrooy*, Anspruch der GmbH auf sachkundige Geschäftsführung, *GmbHR* 2004, 237
- Vavrovsky*, Der erfolgreiche Geschäftsführer, 2. Auflage (2017)
- Verse*, Überlegungen zur Außenhaftung der Organwalter bei Verletzung von Schutzgesetzen, *ZHR* 170 (2006) 398
- Verse*, Zur Enthaftung der Geschäftsführer bei Befolgung von Gesellschafterbeschlüssen – Überlegungen zu § 43 Abs. 3 Satz 3 GmbHG, in *FS A. Bergmann* (2018) 781
- Vetter*, Reformbedarf bei der Aktionärsklage nach § 148 AktG? in *FS Hoffmann-Becking* (2013) 1317
- Vetter*, Aktienrechtliche Organhaftung und Satzungsautonomie, *NZG* 2014, 921
- Völkl*, Eigen- und Außenhaftung für unrichtige Informationserteilung am Beispiel von Wertpapierfirmen, *ÖJZ* 2011, 703
- Völkl/Lehner*, Organhaftung: (K)ein Sonderhaftungsrecht? *ecolex* 2013, 39
- von Falkenhausen*, Enthaftung durch Hauptversammlungsbeschluss – Kann § 93 IV 1 AktG den Vorstand vor Haftung schützen? *NZG* 2016, 601
- v Gerkau*, Die Beweislastverteilung beim Schadenersatzanspruch der GmbH gegen ihren Geschäftsführer, *ZHR* 154 (1990) 39
- v Godin/Wilhelmi*, AktG, 2. Auflage (1950) [*v Godin/Wilhelmi*, AktG² (1950)]
- v Godin/Wilhelmi*, Aktiengesetz, Band I, 3. Auflage (1967) [*v Godin/Wilhelmi*, AktG³ (1967)]
- von Hahn*, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch, Band I, 3. Auflage (1877) [*von Hahn*, ADHGB I³ (1877)]
- von Sicherer*, Genossenschaftsgesetzgebung in Deutschland (1782)
- von Zeiller*, Kommentar über das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch für die gesammten Deutschen Erbländer der Österreichischen Monarchie IV (1813) [*Zeiller*, Kommentar IV]
- Wabl*, Geschäftsleiterpflichten bei wahrscheinlicher Insolvenz (2023) [*Wabl*, Geschäftsleiterpflichten]
- Wachter*, GesmbH-Geschäftsführer und Dienstnehmerhaftung, *wbl* 1990, 221
- Wacker*, Persönliche Schadenersatzhaftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Kartellverstöße (2017) [*Wacker*, Persönliche Schadenersatzhaftung]
- J. Wagner*, Stellung und Verantwortlichkeit des Geschäftsführers einer GmbH, Würzburg Diss (1976) [*Wagner*, Stellung und Verantwortlichkeit]

- R. Wagner, Geschäftsführerhaftung und URG (1999)
- G. Wagner, Organhaftung im Interesse der Verhaltenssteuerung – Skizze eines Haftungsregimes, ZHR 178 (2014), 227
- G. Wagner, Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe? AcP 206 (2006) 352
- Walbert, Managerhaftung: Vorstände brauchen ihren Spielraum, Die Presse vom 20.11.2011
- Walbert (Hrsg), Haftung von leitenden Angestellten und Geschäftsführern (2020) [Walbert, Haftung]
- Walch, Die subsidiäre Anwendbarkeit des allgemeinen Zivilrechts im GmbHG (2014) [Walch, Die subsidiäre Anwendbarkeit]
- Walch, Zulässigkeit eines Vergleichs zwischen Kapitalgesellschaft und Gesellschaftern über Einlageforderungen, in Nueber/Przeszłowska/Zwirschmayr (Hrsg), Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel (2015) 93
- Warto, GmbH-Geschäftsführer und Dienstnehmerhaftpflichtgesetz, GES 2012, 280
- Wax, Allheilmittel D&O-Versicherung? CFOaktuell 2015, 134
- M. Weber, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, 4. Auflage (2019)
- Weber/Lohr, Aktuelle Rechtsprechung zur Innenhaftung von GmbH-Geschäftsführern nach § 43 Abs. 2 GmbHG, GmbHR 2000, 698
- Wellhöfer/Peltzer/Müller, Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer (2008)
- I. Welser, Der perfekte Vergleich mit Straftätern in Geschäftsführungsfunktion – Do's und Don'ts auf dem Weg zum Settlement, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2016, 219
- I. Welser/Zivny, Der vergessene § 30c GmbHG und gesellschaftsrechtliche Treuepflichten, RdW 2021, 542
- Welser/Kletečka, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I, 15. Auflage (2018) (auf Grundlage der von Koziol und Welser gemeinsam herausgegebenen 1.–10. Auflage; bearbeitet von Kletečka) [Welser/Kletečka, Grundriss I¹⁵]
- Welser/Zöchling-Jud, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band II, 14. Auflage (2015) (auf Grundlage der von Koziol und Welser gemeinsam herausgegebenen 1.–10. Auflage; bearbeitet von Welser/Zöchling-Jud) [Welser/Zöchling-Jud, Grundriss II¹⁴]
- Wenck, Die Einberufung der Generalversammlungen (1914) [Wenck, Einberufung]
- Wenger, Zur Reichweite von § 84 Abs 4 Satz 3 AktG, RWZ 2009, 263
- Werkusch, Die Haftung des Organwalters gegenüber dem Verein nach dem VerG 2002, RdW 2003, 71
- Werner, Möglichkeiten einer privatautonomen Beschränkung der Geschäftsführerhaftung, GmbHR 2014, 792
- Wicke, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), 4. Auflage (2020) [Wicke, GmbHG⁴]
- Wiedemann, Gesellschaftsrecht, Band I (1980) [Wiedemann, GesR I]
- Wiener, Gutachten über das Actiengesellschaftswesen (1873)
- Wiener, Der Aktiengesetz-Entwurf, Betrachtungen und Vorschläge (1884) [Wiener, Entwurf]
- Wigand, Verzicht, Vergleich und sonstige Haftungsbeschränkungen im Gesellschaftsrecht (2011) [Wigand, Haftungsbeschränkungen]
- Wünsch, Zur Aufrechnung von Forderungen zwischen der GmbH und ihrem Gesellschafter, in FS Kastner (1972) 525
- Wünsch, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 2. Lfg (1988) [Wünsch, GmbHG (2. Lfg, 1988)]
- Wünsch, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 3. Lfg (1993) [Wünsch, GmbHG (3. Lfg, 1993)]
- Zempel, Fragen der Aufsichtsratschaftung, AcP 155 (1965) 209
- Zib, Der Verein als Unternehmer – Symposionsbericht, AnwBl 1988, 321

- Zib/Dellinger* (Hrsg), UGB Großkommentar, Band I/1 (2010) [*Zib/Dellinger*, Großkomm UGB]
- Ziemons*, Die Haftung der Gesellschafter für Einflußnahmen auf die Geschäftsführung der GmbH (1996) [*Ziemons*, Haftung der Gesellschafter]
- K. Zimmermann*, Vereinbarungen über die Erledigung von Ersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften, in FS Duden (1977) 773
- M. Zimmermann*, Aktienrechtliche Grenzen der Freistellung des Vorstands von kartellrechtlichen Bußgeldern, DB 2008, 687 (688)
- Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 12. Auflage (2021) [*Zippelius*, Methodenlehre¹²]
- Zöllner*, Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden (1963)
- Zöllner*, Inhaltsfreiheit bei Gesellschaftsverträgen, in FS 100 Jahre GmbH-Gesetz (1992) 85
- Zollner*, Organuntreue und Einverständnis der Gesellschafter, in FS Reich-Rohrwig (2014) 265

II. Verzeichnis der zitierten Judikatur

A. Oberster Gerichtshof

1. Entscheidungen

- OGH 15.09.1954, 3 Ob 570/54 SZ 27/230
- OGH 09.11.1955, 1 Ob 661/55 RZ 1956, 44
- OGH 17.06.1959, 5 Ob 202/59 HS 365/33
- OGH 15.03.1961, 6 Ob 50/61 HS 748/19
- OGH 27.07.1962, 5 Ob 153/62 SZ 35/81
- OGH 16.06.1966, 1 Ob 141/66 SZ 39/111
- OGH 02.07.1968 6 Ob 159/69 SZ 42/104
- OGH 01.03.1971, 4 Ob 363/70 SZ 44/25
- OGH 11.04.1972, 5 Ob 38/72 SZ 45/46
- OGH 03.07.1975, 2 Ob 356/74 SZ 48/79
- OGH 10.12.1975, 8 Ob 253/75 SZ 48/133
- OGH 22.12.1976, 1 Ob 797, 802/76 SZ 49/163
- OGH 08.03.1977, 5 Ob 510/77 SZ 50/38
- OGH 31.03.1977, 6 Ob 575/77 SZ 50/51
- OGH 31.05.1977, 5 Ob 306/76 EvBl 1978, 19
- OGH 10.01.1978, 3 Ob 536/77 GesRZ 1978, 36
- OGH 30.01.1979, 5 Ob 686/78 EvBl 1979, 396
- OGH 30.04.1980, 6 Ob 585/80 SZ 53/73
- OGH 13.01.1982 1 Ob 775/81 SZ 55/1
- OGH 14.11.1984, 1 Ob 676/84 SZ 57/174
- OGH 09.01.1986, 3 Ob 521/84 GesRZ 1986, 97
- OGH 27.08.1987, 8 Ob 543/87 SZ 60/151
- OGH 12.04.1989, 2 Ob 566/88
- OGH 29.03.1990, 6 Ob 704/89 ecolex 1990, 419
- OGH 12.03.1991, 4 Ob 1588/90 ecolex 1991, 465
- OGH 08.05.1991, 8 Ob 9/91 SZ 64/53
- OGH 22.10.1991, 4 Ob 546/91 SZ 64/143
- OGH 12.11.1992, 7 Ob 621/92 EvBl 1993, 345

OGH 14.07.1994, 1 Ob 553/94 HS 25.846
 OGH 14.07.1994, 8 Ob 629/93 SZ 67/132 = HS 25.110
 OGH 22.12.1994, 2 Ob 591/94 SZ 67/238
 OGH 29.08.1995, 1 Ob 586/94, 595 SZ 68/144
 OGH 19.12.1995, 1 Ob 621/95 SZ 68/238
 OGH 14.01.1998, 3 Ob 323/97i RdW 1998, 276
 OGH 24.06.1998, 3 Ob 34/97i SZ 71/108
 OGH 26.11.1998, 8 Ob 286/98m
 OGH 09.02.1999, 7 Ob 179/98v
 OGH 30.08.2000, 6 Ob 167/00b SZ 73/131
 OGH 22.10.2003, 3 Ob 287/02f SZ 2003/133
 OGH 24.02.2004, 5 Ob 89/03d SZ 2004/25
 OGH 01.03.2005, 2 Ob 126/04z wbl 2005, 383
 OGH 16.05.2006, 1 Ob 44/06m wbl 2006, 583
 OGH 27.09.2006, 9 ObA 148/05p RdW 2007/188, 175
 OGH 03.04.2008, 1 Ob 128/07s HS 39.047
 OGH 08.05.2008, 6 Ob 28/08y HS 39.036
 OGH 11.06.2008, 7 Ob 58/08t HS 39.039
 OGH 03.06.2009, 7 Ob 248/08h SZ 2009/75
 OGH 22.07.2009, 3 Ob 72/09y GesRZ 2010, 49
 OGH 08.05.2013, 6 Ob 28/13f SZ 2013/47
 OGH 28.08.2013, 6 Ob 22/13y wbl 2013, 653/237
 OGH 30.01.2014, 12 Os 117/12s EvBl-LS 2014/79
 OGH 31.07.2015, 6 Ob 139/15g GES 2015, 340
 OGH 23.02.2016, 6 Ob 171/15p SZ 2016/20
 OGH 23.08.2016, 8 Ob 198/15h NZ 2016, 413
 OGH 30.08.2016, 8 Ob 62/16z EvBl 2017, 326
 OGH 30.08.2016, 6 Ob198/15h NZ 2016, 413
 OGH 26.09.2017, 6 Ob 164/16k GES 2017, 402
 OGH 21.11.2018, 6 Ob 191/18h RWZ 2019, 8
 OGH 27.11.2018, 4 Ob 222/18b ecolex 2019, 337
 OGH 22.01.2019, 10 Ob 100/18f ecolex 2019, 342
 OGH 21.03.2019, 6 Ob 183/18g GesRZ 2019, 272
 OGH 26.08.2020, 9 ObA 136/19v wbl 2021, 171
 OGH 06.04.2022, 6 Ob 108/21g NZ 2022, 560
 OGH 25.01.2023, 7 Ob 166/22w ecolex 2023, 381

2. RIS-Justiz Rechtssätze

RS0003886; RS0008796; RS0008797; RS0008826; RS0008845; RS0008864; RS0009100;
 RS0010053; RS0012728; RS0016417; RS0016431; RS0016454; RS0016495; RS0016582;
 RS0016754; RS0016843; RS0019726; RS0022813; RS0023677; RS0023887; RS0023910;
 RS0023933; RS0024945; RS0026106; RS0026773; RS0027441; RS0029390; RS0032788;
 RS0034236; RS0034248; RS0034327; RS0034343; RS0034374; RS0034382; RS0034439;
 RS0034493; RS0034502; RS0034504; RS0034603; RS0034686; RS0034715; RS0038178;
 RS0049220; RS0049412; RS0049464; RS0049466; RS0049472; RS0049479; RS0053157;
 RS0054466; RS0059376; RS0059432; RS0059438; RS0059448; RS0059449; RS0059469;
 RS0059491; RS0059497; RS0059528; RS0059608; RS0059624; RS0059633; RS0059651;
 RS0059670; RS0059679; RS0059720; RS0059753; RS0060000; RS0060019; RS0060031;
 RS0060124; RS0060175; RS0060387; RS0060395; RS0061585; RS0064226; RS0065125;
 RS0065382; RS0083144; RS0087563; RS0105518; RS0107912; RS0108891; RS0109102;
 RS0109584; RS0110283; RS0111607; RS0114152; RS0114611; RS0116167; RS0118354;
 RS0119141; RS0121358; RS0121916; RS0122035; RS0125097; RS0128830; RS0133277

B. Deutscher Bundesgerichtshof (BGH)

BGH, 12.03.1959, II ZR 180/57 BGHZ 29, 385
BGH 14.12.1959, II ZR 187/57 BGHZ 31, 258
BGH 05.06.1975, II ZR 156/73 BGHZ 64, 325
BGH 10.02.1977, II ZR 79/75 WM 1977, 361
BGH 04.07.1977, II ZR 150/75 NJW 1977, 2311
BGH 28.09.1992, II ZR 299/91 BGHZ 119, 257
BGH 10.05.1993, II ZR 74/92 BGHZ 122, 333
BGH 13.12.1993, II ZR 89/93 NJW 1994, 446
BGH 21.06.1999, II ZR 47/98 NJW 1999, 2817
BGH 15.11.1999, II ZR 122/98 ZIP 2000, 135
BGH 31.01.2000, II ZR 189/99 NJW 2000, 1571
BGH 16.09.2002, II ZR 107/01 NJW 2002, 3777
BGH 25.11.2002, II ZR 133/01 NJW 2003, 1032
BGH 07.04.2003, II ZR 193/02 GmbHR 2003, 712
BGH 16.07.2007, II ZR 3/04 DNotZ 2008, 213
BGH 18.02.2008, II ZR 62/07 GmbHR 2008, 488
BGH 28.04.2008, II ZR 264/06 BGHZ 176, 204
BGH 06.12.2011, II ZR 149/10 BGHZ 191, 364
BGH 23.04.2012, II ZR 252/10 BGHZ 193, 96
BGH 13.03.2018, II ZR 158/16 BGHZ 218, 80
BGH 10.07.2018, II ZR 24/17 ZIP 2018, 1923
BGH 25.01.2022, II ZR 50/20 NZG 2022, 516

C. Reichsgericht (RG)

RG 29.11.1879, Rep I 227/79 RGZ 1, 69
RG 05.06.1882, Rep I 291/82 RGZ 7, 68
RG 22.03.1892, Rep. III. 294/91 RGZ 29, 26
RG 15.12.1893, Rep III 144/93 RGZ 32, 399
RG 30.05.1896, Rep I 58/96 RGZ 37, 82
RG 24.04.1897, Rep. I. 444/96 RGZ 39, 48
RG 19.05.1897, Rep. I. 16/97 RGZ 39, 62
RG 03.04.1900, Rep VIa 455/99 RGZ 46, 352
RG 24.4.1900, Rep. VIa. 456/99 RGZ 46, 60
RG 25.09.1901, Rep I 142/01 RGZ 49, 77
RG 12.02.1902, Rep I 333/01 RGZ 51, 33
RG 25.04.1906, Rep. I. 614/05 RGZ 63, 203
RG 12.01.1907, Rep I 542/06 RGZ 65, 91
RG 04.02.1910, Rep II 255/09, RGZ 73, 30
RG 12.12.1910, Rep. I. 400/09 RGZ 74, 428
RG 06.05.1911, Rep I 164/10 RGZ 76, 244
RG 11.12.1913, Rep II 505/13 RGZ 83, 354
RG 02.02.1923, II 147/22 RGZ 106, 258, 262
RG 19.11.1926, II 403/25 RGZ 115, 246, 250
RG 01.03.1927, II 175/26 RGZ 115, 296
RG 17.02.1928, II 275/27 RGZ 120, 177
RG 19.05.1931, II 434/30 RGZ 133, 33, 38
RG 05.06.1935, II 228/34 JW 1935, 3301
RG 21.09.1938 II 183/37 RGZ 158, 248
RG 30.11.1938, II 39/38 RGZ 159 211

D. Sonstige Gerichte

KG (Kammergericht) 06.03.1930, 1b X 6/30 JW 1930 2712
LG Köln 13.01.1976, 3 O 243/75 AG 1976, 105
OLG Frankfurt 09.12.1976, 1 U 19/76 WM 1977, 59
OLG Innsbruck 04.06.1968, 1 R 78/68 NZ 1969, 59
OLG Linz 20.12.2006, 6R 208/06k

III. Verzeichnis der zitierten historischen Gesetzesmaterialien⁴⁵⁹⁴

A. AG

1. ADHGB 1861/AHGB 1863

Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten, abgedr bei *Lutz* (Hrsg),
Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, Beilagenband I 1
Entwurf eines österreichischen Handelsrechts (Revidierter Entwurf), abgedr bei *Lutz*
(Hrsg), Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, Beilagenband I 69
Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, abgedr bei *Lutz* (Hrsg), Protokolle der Kommission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches, I.–IX. Theil (1858 ff) [*Lutz*, Protokolle]

2. ADHGB idF deutsche Aktienrechtsreform 1884

Entwurf eines Gesetzes betreffend die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Aktiengesellschaften: Nebst Begründung und Anlagen; Vorgelegt dem Bundesrath am 7. September 1883, abgedr in Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts (Busch's Archiv) N.F. Bd 19 = Bd 44, 1883
Gutachten über die geeignetsten Mittel zur Abhülfe der nach den Erfahrungen des Reichs-Oberhandelsgerichts bei der Gründung, der Verwaltung und dem geschäftlichen Betriebe von Aktienunternehmungen hervorgetretenen Übelstände, ZStA Potsdam, Reichsjustizamt, Nr 2859, Bl 125–199, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 166 [Gutachten ROHG, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht]
Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften (Januar 1882); Akte des Reichsamts des Innern, ZStA Potsdam, Nr 2, Bl 146–193, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 263
Verhandlungen der Aktienrechtskommission, ZStA Potsdam, Reichsamt des Innern, Nr 1, Bl 122–123, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 288
Entwurf eines Gesetzes, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften vom 7. März 1884 (Aktenstück Nr 21) mitsamt Begründung

⁴⁵⁹⁴ Zur leichteren Auffindbarkeit der zitierten (insb unveröffentlichten) Materialien gliedert sich die Auflistung einerseits nach den behandelten Rechtsformen (AG und GmbH) und andererseits nach den betreffenden Rechtsakten und Materialien chronologisch.

dung, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 386; [AmtlBegr dAktRNov 1884, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht] (zur originalen Seitenpaginierung vgl die Tabelle bei *Schubert/Hommelhoff*, Aktienrecht 621)
Bericht der IX. Kommission über den Entwurf eines Gesetzes, betreffend die KGaA und die Aktiengesellschaften, in *Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages*, 5. Legislaturperiode, IV. Session 1884, 4. Band, Anlage 128, 1009 [Kommissionsbericht ADHGB 1884, in *Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages*, 5. Legislaturperiode, IV. Session 1884, 4. Band, Anlage 128, 1009]

3. dHGB 1897

Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes, abgedr in *Hahn/Mugdan*, Materialien (1897) 1
Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und eines Einführungsgesetzes (Reichstagsvorlage, 1897), abgedr in *Hahn/Mugdan*, Materialien (1897) 189 [Denkschrift dHGB 1897, abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien]
Erste Berathung im Plenum des Reichstags, abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien 454
Zweite Berathung im Plenum des Reichstags, abgedr bei *Hahn/Mugdan*, Materialien (1897) 650

4. Aktienentwurf 1900 (Österreich)

Berathungs-Protokolle der Vertreter der beteiligten Ministerien zum Entwurfe eines Gesetzes, über Aktiengesellschaften, ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420
Entwurf eines österreichischen Aktiengesetzes (1900), ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420
Denkschrift zum Entwurf eines Aktiengesetzes (1900), ÖStA, AVA Justiz, I-P2, 1900–1917, P 92, Karton 1420

5. Weimarer Republik

Protokolle der Verhandlungen des Arbeitsausschusses des Vorläufigen Reichswirtschaftsrats zur Beratung des Entwurfs eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien, abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Die Aktienrechtsreform am Ende der Weimarer Republik (1987) 101
Entwurf eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Oktober 1931), abgedr bei *Schubert/Hommelhoff*, Die Aktienrechtsreform am Ende der Weimarer Republik (1987) 849

6. dAktG 1937/AktG 1938

Aktiengesetz mit Amtlicher Begründung – Einführungsgesetz, Durchführungsverordnungen und Einführungsverordnungen für das Land Österreich und die sudetendeutschen Gebiete – Textausgabe mit Verweisungen und Sachverzeichnis, 2. Auflage (1939) [AmtlBegr AktG 1937/1938]

7. AktG 1965

Regierungsvorlage zum Aktiengesetz 1965, 301 BlgNR 10. GP 1
Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage: EBRV 301 BlgNR 10. GP 61

8. dAktG 1965

Entwurf eines Aktiengesetzes und eines Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz
mitsamt Begründung, Bundestags-Drucksache IV/171 [AmtlBegr dAktG 1965
BT-Drucks IV/171]

B. GmbH

1. dGmbHG 1892

Gesetzesentwurf, betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Bundesrats-
Drucksache 1891, Band II, Nr 94, S 78; gleichlautend Reichstags-Drucksache VIII
(1890–92), Nr 660, S 3715

Begründung zum Gesetzesentwurf, betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haf-
tung, Bundesrats-Drucksache 1891, Band II, Nr 94, S 78; gleichlautend Reichstags-
Drucksache VIII (1890–92), Nr 660, S 3724 [AmtlBegr dGmbHG RT-Drs VIII
(1890–92), Nr 660]

Regierungsentwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haf-
tung (RegE-dGmbHG 1971) und eines Einführungsgesetzes zum Gesetz über
Gesellschaften mit beschränkter Haftung (RegE-EinfG-dGmbHG 1971) vom
5.11.1971, Bundestags-Drucksache VI/3088 = Bundestags-Drucksache VII/253
[RegE-dGmbHG 1971, BT-Drs VI/3088]

2. öGmbHG 1906

Ur-Entwurf zu dem Gesetz über Ges.m.b.H.⁴⁵⁹⁵, ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–
1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 24 ff

Gesetzesentwürfe (Original) u erläut. Bemerkungen, ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1,
1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 202 ff [Referentenentwürfe]

Berathungs-Protokolle der Vertreter der beteiligten Ministerien zum Entwurfe
eines Gesetzes, betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung,⁴⁵⁹⁶
ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 862 ff

Entwurf nach den Sitzungsbeschlüssen, ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110
Blg I, Karton 884, Fol 269 ff

Entwurf I Dezember 1900, ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Kar-
ton 884, Fol 341 ff

4595 Bestehend aus einem handschriftlich revidierten Gesetzesentwurf (Fol 24–38), Er-
läuternden Bemerkungen zu den steuerrechtlichen Bestimmungen (Fol 39–45),
einem handschriftlichen Gesetzesentwurf mit Korrekturen (Fol 40–144, 163) sowie
einem Korrektur-Abzug des Entwurfs aus Juli 1900 (Fol 145–162).

4596 12 Sitzungen von 12.11. bis 05.12.1900.

- Entwurf II Dezember 1900, ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 369 ff
- Entwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung aus Juni 1902 samt Erläuternden Bemerkungen, ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg II und P 111–125, Karton 885
- Beratungsprotokolle [der Vertreter der Ministerien] der 2. Sitzung (1903), ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 820 ff
- Entwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung aus Dezember 1903, ÖStA, AVA Justiz, I-H 1/1, 1890–1917, P 110, Karton 883, Fol 708 ff
- Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung [Regierungsvorlage], 236 BlgHH 17. Session 1–48
- Erläuternde Bemerkungen zu dem Entwurfe eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 236 BlgHH 17. Session 49–104 [EBRV 236 BlgHH 17. Session 1904]
- Bericht der Kommission des Herrenhauses zur Vorberatung der Gesetzesvorlage über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 272 BlgHH 17. Session (1905) [HHB I⁴⁵⁹⁷ 272 BlgHH 17. Session 1905]
- Protokoll über die Sitzungen der Spezial-Kommission des Herrenhauses, 17. Session (1905), Parlamentsarchiv H14b-1-2
- Komitee-Bericht betreffend den Gesetzesentwurf über Gesellschaften mit beschränkter Haftung der Handels- und Gewerbekammer in Wien (1905), ÖStA, AVA Justiz, I-H1/1, 1890–1917, P 110 Blg I, Karton 884, Fol 538 ff

C. Sonstige

- ABGB III. Teilnovelle (Kaiserliche Verordnung über die dritte Teilnovelle zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, RGBI 1916/69): Erläuternde Bemerkungen zu dem Entwurf betreffend die Änderung und Ergänzung einiger Bestimmungen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches, 29 BlgHH, 18. Session (1907) 55–163 [EBRV 29 BlgHH 18. Session (1907)]

4597 Neben dem ersten Bericht existiert noch ein (hier nicht zitierter) zweiter Bericht (339 BlgHH 17. Session [1906]).

Stichwortverzeichnis

A

ADHGB 1861 40, 42, 268, 465, 1099
ADHGB 1884 52, 82, 272, 468, 551, 666,
681, 734, 796, 874, 1079, 1102
Anfechtbarkeit
– Anfechtbare Beschlüsse 157, 457, **487**,
510, 574, **899**
– durch Geschäftsführer 266, 488
– durch Vorstandsmitglieder 900
Anfechtung *siehe* *Anfechtbarkeit*
Anlegerschutz
– AG 83, 681, 1141, 1162; *siehe auch*
Sperrfrist, gründungsrechtliche
(§ 43 AktG)
– GmbH 127
Ausführungspflicht *siehe* *Folgepflicht*
Außenhaftung 31, **60**, 77, 96, 423, 798

B

Billigung 463, 883, 927; *siehe auch*
Weisung

D

DHG 12, 30, 317, 534
Dienstnehmerhaftpflichtgesetz *siehe* *DHG*
Direkthaftung *siehe* *Außenhaftung*
Dispositionsbeschränkung(en) 82
– zum Schutz der Gesellschaftsgläubiger
– AG **93**, **833**, 861, 886, 912, 1165
– GmbH **215**, **228**, 575, 626
– zum Schutz der Minderheitsgesellschafter
– AG **90**, **752**, 899, 1164
– GmbH **144**, 487, 573
– zum Schutz künftiger Gesellschafter
siehe *Anlegerschutz*
Doppelhaftung *siehe* *Außenhaftung*
Drittschuldnerklage 98, 210, 446, 837

E

Einwilligung in die Schädigung **485**, 499,
899, 915
Einzelrechte *siehe* *Individualrechte*
Einziehungsermächtigung 800; *siehe*
auch *Verfolgungsrecht, der Gesellschafts-*
gläubiger
EKEG 420, **428**, 660, 1167
Entlastung 85, 150, 158, 289, 681, 1055;
siehe auch *Dispositionsbeschränkung(en)*
Ermächtigung *siehe* *Billigung*
Existenzgefährdung *siehe* *Existenz-*
vernichtung
Existenzvernichtung **414**, 428, 629, 660,
832, 1167

F

Folgepflicht 265, 454, 482, 498, 877, 898,
914, 932
Forderungsexekution *siehe* *Dritt-*
schuldnerklage

G

Generalbereinigung 14, 1066 f; *siehe*
auch *Dispositionsbeschränkung(en)*
Generalversammlung
– Haftungsfreistellung durch Beschluss-
ausführung 450
– Stellung 451
Gesellschafterklage *siehe* *Minderheits-*
klage
Gläubigerschutz
– durch Dispositionsbeschränkungen
siehe *Dispositionsbeschränkung(en)*
– mittelbarer **390**, 628, 1168
– unmittelbarer 382, 424

H

- Haftungsbeschränkung
 - durch vertragliche Vereinbarung
 - AG 1079
 - GmbH 518
 - durch Verzicht oder Vergleich
 - siehe Dispositionsbeschränkung(en)*
 - durch Weisung oder Ermächtigung
 - siehe Dispositionsbeschränkung(en)*
 - kapitalgesellschaftsrechtliche 382
- Haftungsdilemma 263, 268, 490, 886, 903, 924, 934
- Haftungskanalisation *siehe Haftungskonzentration*
- Haftungskonzentration 35
- Hauptversammlung
 - Haftungsfreistellung durch Beschlussausführung 874
 - Stellung 287, 875, 892, 907

I

- Individualrechte 90, 573, 734, 1164;
 - siehe auch Minderheitenschutz*
- Innenhaftung *siehe Haftungskonzentration*
- Insolvenzverschleppung 101
- Interessenkongruenz 390, 628, 823, 1168;
 - siehe auch Gläubigerschutz, mittelbarer*

L

- Leitungsautonomie *siehe Hauptversammlung, Stellung*

M

- Minderheitenschutz
 - AG 90, 734, 1164
 - GmbH 133, 573
- Minderheitsklage 139
- Minderheitsverlangen 90, 742

N

- Nichtigkeitsklage 278, 513, 923

S

- Satzungsstrenge 596, 1085, 1091
- Schadenskongruenz 77, 423
- Schutzgesetzverletzung 61, 101, 258
- Sittenwidrigkeit 539, 571, 1162
- Sperrfrist
 - allgemeine (§ 84 Abs 4 Satz 3 AktG) 303, 620, 950, 1084, 1087
 - gründungsrechtliche (§ 43 AktG) 85, 127, 681, 1162

T

- tempus clausum 83, 127, 681, 994
- Trennungsprinzip *siehe Haftungsbeschränkung, kapitalgesellschaftsrechtliche*
- Treuepflicht 134, 158, 574
- Treuwidrigkeit *siehe Treuepflicht*

V

- Verfolgungsrecht
 - der Gesellschaftsgläubiger
 - AG 93, 797
 - GmbH 201
 - einer Gesellschafterminderheit
 - AG *siehe Minderheitsverlangen*
 - GmbH *siehe Minderheitsklage*
- Vergleich *siehe Dispositionsbeschränkung(en)*
- Verjährung
 - Fristbeginn 1024
 - Verkürzung 529, 531, 543, 661
- Verzicht *siehe Dispositionsbeschränkung(en)*

W

- Weisung
 - Allgemeines 451
 - Haftung bei Ausführung
 - AG *siehe Hauptversammlung, Haftungsfreistellung durch Beschlussausführung*
 - GmbH *siehe Generalversammlung, Haftungsfreistellung durch Beschlussausführung*
- Widerspruchsrecht 92, 190, 573, 752, 1164; *siehe auch Dispositionsbeschränkung(en), zum Schutz der Minderheitsgesellschaft*

Bisher erschienene Bände der Juristischen Schriftenreihe

- Band 1: Peter Apathy, Aufwendungen zur Schadensbeseitigung (1979)
- Band 2: Peter Jabornegg, Risiko des Versicherers (1979)
- Band 3: Kurt Auckenthaler, Irrtümliche Zahlung fremder Schulden (1980)
- Band 4: Wolfgang Schuhmacher, Verbraucher und Recht in historischer Sicht (1981)
- Band 5: Peter Apathy, Die publizianische Klage (1981)
- Band 6: Gert Michael Iro, Besitzerwerb durch Gehilfen (1982)
- Band 7: Peter Jabornegg, Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages (1982)
- Band 8: Konrad Grillberger, Eheleiche Gütergemeinschaft (1982)
- Band 9: Gottfried Call, Mietrecht und Wohnungseigentum (1983)
- Band 10: Ferdinand Kerschner, Irrtumsanfechtung (1984)
- Band 11: Gottfried Call/Joachim Tschüscher, Mietrechtsgesetz (1986)
- Band 12: Alfred Burgstaller, Das Pfandrecht in der Exekution (1988)
- Band 13: Bruno Wiesbauer, Neuerungen im internationalen Insolvenzrecht (1988)
- Band 14: Peter Apathy, Der Verwendungsanspruch (§ 1041 ABGB) (1988)
- Band 15: Walter Buchegger, Die Ausgleichserfüllung (1988)
- Band 16: Clemens Jabloner, Die Mitwirkung der Bundesregierung an der Landesgesetzgebung (1989)
- Band 17: Einhard Steininger, Die Kontrolle der Tatfrage im schöffengerichtlichen Verfahren (1989)
- Band 18: Martin Kriegner, Kapitalausstattung und Rechtsformzwang der Versicherungsunternehmen (1990)
- Band 19: Wolfgang Brandstetter/Gerhard Loibl, Neutralität und Waffenexporte (1990)
- Band 19a: Wolfgang Brandstetter/Gerhard Loibl/Bernhard Raschauer/Gero Schmied, Neutralität und Waffenexporte (1991)
- Band 20: Andreas Riedler, Der Prämienzahlungsverzug bei Erst- und Folgeprämie (1990)
- Band 21: Robert Walter/Rudolf Thienel, Parlament und Bundesverfassung (1990)

- Band 22: Nikolaus Dimmel/Alfred J. Noll, Verfassung. Juristisch-politische und sozialwissenschaftliche Beiträge anlässlich des 70-Jahr-Jubiläums des Bundes-Verfassungsgesetzes (1990)
- Band 23: Bernhard Beumer, Individuelles Streikrecht (1990)
- Band 24: Michael Gruber, Gewährleistung für bedungene Eigenschaften (1990)
- Band 25: Christof Pöchlhammer, Suggestivwerbung und unlauterer Wettbewerb (1990)
- Band 26: Rudolf Thienel, Verweisungen auf ÖNORMEN (1990)
- Band 27: Gerhart Holzinger/Heinrich Neisser/Norbert Wimmer, Funktion der Verfassung (1990)
- Band 28: Franz Marhold, Konzernmitbestimmung (1990)
- Band 29: Andreas J. Kumin, Rechte und Pflichten der Nationalratsabgeordneten (1990)
- Band 30: Rudolf Thienel, Vertrauensschutz und Verfassungsrecht (1990)
- Band 31: Erwin Bernat, Fortpflanzungsmedizin (1991)
- Band 32: Alfred J. Noll, Bibliographie zur Verfassungsgerichtsbarkeit (1991)
- Band 33: Gerhard Braumüller, Das Zurückbehaltungsrecht in Exekution und Insolvenz (1991)
- Band 34: Alexander Klaus, Ärztliche Schweigepflicht (1991)
- Band 35: Walter Sandholzer, Grundverkehr und Ausländergrunderwerb (1991)
- Band 36: Rudolf Thienel, Anklageprinzip und Zeugnisentschlagungsrecht (1991)
- Band 37: Marie-Theres Frick, Persönlichkeitsrechte (1991)
- Band 38: Richard Winkelhofer, Säumnis von Verwaltungsbehörden (1991)
- Band 39: Reinhard Geist, Grundprobleme der Kapitalvorgesellschaft (1991)
- Band 40: Rainer Roniger, Heer und Demokratie (1991)
- Band 41: Alexander Illedits, Teilnichtigkeit im Privatrecht (1991)
- Band 42: Alexander Grubmayr, Ausnahmen aus dem Kartellgesetz (1991)
- Band 43: Karl Mayrhofer, Amtswegige Wahrnehmung im Strafprozess (1991)
- Band 44: Alexandra Maria Heindl, Investmentfondsgesetz (1991)
- Band 45: Franz Zehetner/Wolfgang Weiß, Zur Verwaltungsakzessorietät der Neutralitätsgefährdung (1992)
- Band 46: Alfred J. Noll, Internationale Verfassungsgerichtsbarkeit (1992)
- Band 47: Peter Jabornegg, Die vorläufige Deckung (1992)
- Band 48: Rudolf Scherrer, Versicherungsrechtliche Schadensminderungspflicht (1992)
- Band 49: Knut Trachimow, Personalinformationssysteme und Mitarbeitervertretung (1992)
- Band 50: Eva Grassl-Palten, Feuerversicherung und Realkredit (1992)

- Band 51: Walter Schuppich/Richard Soyer, Vorverfahren und Verteidigungsrechte (1992)
- Band 52: Heinz Pansi, Inhalt, Auswirkung und Verwirklichung der Förderungsprogramme der Bundesländer (1992)
- Band 53: Armin Bammer, Bundestheater und Verfassung (1992)
- Band 54: Ernst Denk, Die Bewilligungspflicht im Außenhandelsgesetz (1992)
- Band 55: Christian Holzner, Die „Enteignung“ des Nichteigentümers (1992)
- Band 56: Rainer Tahedl, Der Missbrauch marktbeherrschender Stellung im österreichischen Kartellrecht (1993)
- Band 57: Johannes Stainer, Die Gewährleistung beim Unternehmenskauf (1993)
- Band 58: Bernd Schmidhammer, Der Liefervertrag (1992)
- Band 59: Wolfgang Kleewein, Hypothetische Kausalität und Schadensberechnung (1993)
- Band 60: Monika Gimpel-Hinteregger, Umwelthaftungsreform (1992)
- Band 61: Jürgen Kronberger, Der Softwarevertrag (1992)
- Band 62: Sigrid Kropiunig, Ausgewählte Fragen der Nachlassseparation (1993)
- Band 63: Walter Schuppich/Richard Soyer, Haft und Rechtsschutz (1993)
- Band 64: Markus Haslinger/Ingo Wieser/Franz Zehetner, Grenzüberschreitender Verkehr mit strategischen Gütern (1993)
- Band 65: Alexander Tipold, Die Beistellung des Verteidigers im Strafprozess (1993)
- Band 66: Peter Kastner, Der Schutz des Hausrechts (1994)
- Band 67: Stefan Günther, Verfassung und Sozialversicherung (1994)
- Band 68: Eva Grassl-Palten, Sacherwerb und Versicherungsschutz (1996)
- Band 69: Klaus Schimik, Die Exekution zur Sicherstellung (1994)
- Band 70: Bernhard Eder, Der Schuldnerschutz in der gerichtlichen Exekution (1994)
- Band 71: Victor Thurnher, Grundfragen des Treuhandwesens (1994)
- Band 72: Paul Oberhammer, Richterliche Rechtsgestaltung und rechtliches Gehör (1994)
- Band 73: Robert Walter, Überlegungen zu einer Neukodifikation des österreichischen Bundesverfassungsrechts Band 1 (1994)
- Band 74: Robert Walter, Überlegungen zu einer Neukodifikation des österreichischen Bundesverfassungsrechts Band 2 (1994)
- Band 75: Richard Novak/Bernd Wieser, Zur Neukodifikation des österreichischen Bundesverfassungsrechts (1994)
- Band 76: Klaus Zeleny, Eisenbahnplanungs- und Baurecht (1994)
- Band 77: Bernd Wieser, Die einstweilige Bundesregierung (1994)
- Band 78: Werner Hauser, Universitäre Studienplanung (1995)
- Band 79: Markus Haslinger/Ingo Wieser/Franz Zehetner, Grenzüberschreitender Verkehr mit strategischen Gütern (1994)

- Band 80: Erwin Bernat, Anfang und Ende des menschlichen Lebens (1994)
- Band 81: Nader Mahdi, Die Wettbewerbshandlung im UWG (1994)
- Band 82: Rainer van Husen, Rechtsformwechsel von Genossenschaften (1995)
- Band 83: Friedrich Rüffler, Der Sachverständige im Zivilprozess (1995)
- Band 84: Arbeitsgruppe Stpo-Reform des Bundesministeriums für Inneres, Kriminalpolizei und Strafprozessreform (1995)
- Band 85: Harald Festl, Das Recht der Feuerwehr (1995)
- Band 86: Gerhard Schnedl, Das Ausländerwahlrecht – ein europäisches Gebot (1995)
- Band 87: Marianne Löschnig-Gspandl, Die Wiedergutmachung im österreichischen Strafrecht (1996)
- Band 88: Heinz Keinert, Freiwilliges Ausscheiden aus der Wohnungsgemeinnützigkeit (1996)
- Band 89: Peter Ozlberger, Ehrenschutz und Medienstrafrecht (1996)
- Band 90: Thomas Talos, Buchwertklauseln bei Personenhandelsgesellschaften (1996)
- Band 91: Karl-Maria Pfeffer, Einstweiliger Rechtsschutz in Sozialrechts-sachen (1996)
- Band 92: Rudolf Thienel, Der mehrstufige Verwaltungsakt (1996)
- Band 93: Walter Barfuß, Sicherheitsverwaltung (1996)
- Band 94: Heinrich Hipsch, Betriebspension (1996)
- Band 95: nicht erschienen
- Band 96: Richard Soyer, Strukturreform des Vorverfahrens (1996)
- Band 97: Eva-Maria Cuber, Formen anwaltlicher Zusammenarbeit unter besonderer Berücksichtigung der Anwalts-EEG (1996)
- Band 98: Stefan Seiler, Die Stellung des Beschuldigten im Anklageprozess (1996)
- Band 99: Elisabeth Böhler, Die Stiftung in Österreich (1996)
- Band 100: Peter Bußjäger, Der Rückzug des Rechts aus dem Gesetzesstaat (1996)
- Band 101: Ewald Wiederin, Neue Perspektiven im Ausländerrecht (1996)
- Band 102: Gerhard Baumgartner, EU-Mitgliedschaft und Grundrechtsschutz (1997)
- Band 103: Gertrud Stefanie Kalchschmid, Die Organtransplantation (1997)
- Band 104: Barbara Auracher-Jäger, Die Mechanismen im Nationalrat (1997)
- Band 105: Andreas Grabenweger, Die Grenzen rechtmäßiger Strafverteidigung (1997)
- Band 106: Ena-Marlis Bajons/Peter G. Mayr/Gerold Zeiler, Die Übereinkommen von Brüssel und Lugano (1997)
- Band 107: Bernhard Bukovc, Werbefreiheit für Rechtsanwälte in Österreich (1997)

- Band 108: Susanne Reindl, Untersuchungshaft und Menschenrechtskonvention (1997)
- Band 109: Helmut Türk, Österreich im Spannungsfeld von Neutralität und kollektiver Sicherheit (1997)
- Band 110: Kurt Retter, Die Wirtschaftskammerorganisation (1997)
- Band 111: Richard Soyer, Die (Ordentliche) Wiederaufnahme des Strafverfahrens (1998)
- Band 112: Rudolf Thienel, Verwaltungsgerichtsbarkeit im Wandel (1999)
- Band 113: Christian Aschauer, Das rechtsgeschäftliche Veräußerungs- und Belastungsverbot bei Liegenschaften (1998)
- Band 114: Matthias Öhler, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union (1997)
- Band 115: Jürgen Frieberger, Beweisverbote im Verwaltungsverfahren (1997)
- Band 116: Michael Malaniuk, Österreichisches Bergsportrecht (2000)
- Band 117: Wolfgang Wieshaider, Der übergangene rechtliche Interessent (1999)
- Band 118: Wilfrid Ludwig Weh, Vom Stufenbau zur Relativität (1997)
- Band 119: nicht erschienen
- Band 120: Rainer Hofmann/Joseph Marko/Franz Merli/Ewald Wiederin, Information, Medien und Demokratie (1997)
- Band 121: Benjamin Kneih, Grundrechte und Sterbehilfe (1998)
- Band 122: Florian Ermacora, Abfall – Produkt. Der europäische Abfallbegriff und seine nationale Umsetzung am Beispiel des österreichischen Rechts (1999)
- Band 123: Robert Knappitsch, Der Arbeitsgerichts-Rechtsschutz nach dem ARB 1994 (1998)
- Band 124: Christian Holzner, Ehevermögen bei Scheidung und bei Tod (1998)
- Band 125: Bernd Schilcher/Peter Koller/Bernd-Christian Funk, Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts (2000)
- Band 126: Peter Bußjäger, Der Unbegriff des Politischen (1999)
- Band 127: Rainer Hofmann/Pavel Holländer/Franz Merli/Ewald Wiederin, Armut und Verfassung (1998)
- Band 128: Markus Boesch, Betriebsübergang und Insolvenz (1998)
- Band 129: Helping Hands, Fremdenrecht in der EU (1998)
- Band 130: Bernhard Müller, Der Nachbar im Betriebsanlagenrecht (1998)
- Band 131: Alois Birklbauer, Die teilbedingte Strafnachsicht (1998)
- Band 132: Wolfgang Schöpp, Wohneigentumsbildung und Wohnbauförderung (1998)
- Band 133: nicht erschienen
- Band 134: Edith Walter, Die Treuhand im Exekutions- und Insolvenzverfahren (1998)
- Band 135: Gustav Breiter, Fahrlässige Krida nach Zahlungsunfähigkeit (1998)
- Band 136: Lorenz Riegler, Ein Europäischer Liegenschaftsvertrag? (1999)

- Band 137: Albin Dearing/Elisabeth Förg, Konferenzdokumentation „Polizeiarbeit gegen Gewalt an Frauen“ (1999)
- Band 137e: Albin Dearing/Elisabeth Förg, Police combating violence against women (1999)
- Band 138: Bundesministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales, ASVG – Neue Wege für die Rechtsetzung (1999)
- Band 139: Martin Schauer, Rechtsprobleme der erbrechtlichen Nachfolge bei Personenhandelsgesellschaften (1999)
- Band 140: Alfred J. Noll, Recht contra Medien? Möglichkeiten und Grenzen des Rechts im Zeitalter dynamischer Medienentwicklung (1999)
- Band 141: Martin Zartl, Die Hilfeleistungspflicht nach § 94 StGB (1999)
- Band 142: Raphael Thunhart, Rechtsgeschäftliche Vertretungsregeln im Gemeinderecht (2000)
- Band 143: Richard Simsalik, Verfahrensrechtliche Konflikte zwischen Abgaben- und Finanzstrafverfahren (1999)
- Band 144: Clemens Egermann, Endloshaftung des Betriebsveräußerers (1999)
- Band 145: Thomas Piskernigg, Die Selbsthilferegelung des ABGB (1999)
- Band 146: Richard Sturn/Gerhard Wohlfahrt, Der gebührenfreie Hochschulzugang und seine Alternativen (1999)
- Band 147: Roland Parzmayr, Zur individuellen Schadenskomponente beim Betrug (2000)
- Band 148: Martin Schauer, Schengen – Maastricht – Amsterdam (2000)
- Band 149: Martin Schauer/Johannes Stabentheiner, Erneuerung des Wohnrechts (2000)
- Band 150: Stefan Seiler, Das Delikt als Handlungselement in Richard Wagners „Der Ring des Nibelungen“ (1998)
- Band 151: Verena Murschetz, Verwertungsverbote bei Zwangsmaßnahmen gegen den Beschuldigten (1999)
- Band 152: Bernd Wieser/Armin Stolz, Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit an der Schwelle zum 21. Jahrhundert (2000)
- Band 153: Norbert Schopf, Das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter (2000)
- Band 154: Andreas Kaufmann, Die Haftung des geschädigten Bauherrn für fremdes Verhalten (2000)
- Band 155: Martina Leonhartsberger, Das Habilitationsverfahren nach dem UOG 1993 (2000)
- Band 156: Erich Schäfer, Umwelt- und Betriebsanlagenrecht (2000)
- Band 157: Karl Heinz Auer, Verfassung und Strafrecht im Kontext rechtsphilosophischer Ethik (2000)
- Band 158: Anna Gamper, Die Verfassungsrechtliche Grundordnung als Rechtsproblem (2000)
- Band 159: Erich Schäfer, Umweltverträgliche Verkehrspolitik mit rechtlichen Instrumenten (2000)

- Band 160: Tatjana Chiwitt-Oberhammer, Der fehlerhafte Schiedsspruch (2000)
- Band 161: Stefan Leo Frank, Gemeinschaftsrecht und staatliche Verwaltung (2000)
- Band 162: Kurt Neuteufel, Schiedsrechtliche Entscheidungen 1898–1998 (2000)
- Band 163: Birgitt Haller/Barbara Liegl, Das Österreichische Gewaltschutzgesetz (2000)
- Band 164: Harald Stingl, Forum selection in the conflict of laws (2001)
- Band 165: Klaus Zeleny, Feuerwehr und Eisenbahn: Rechtliche Rahmenbedingungen für Hilfeleistungen (2000)
- Band 166: Ulfried Terlitza, Die Bauwerkehaftung (§ 1319 ABGB) (2000)
- Band 167: Irene Öhlinger, Internationaler Dienstleistungshandel und Wettbewerbsaspekte (2001)
- Band 168: Stefan Muskatelz, Der Datenzugriff im Strafverfahren (2000)
- Band 169: Bernd-Christian Funk/Isabella Fänerich/Wilfried Schönback/Claudia Stoiss, Das Mineralrohstoffgesetz 1999 (2000)
- Band 170: Walter Hauptmann, Drogenpolitik ohne Strafrecht? (2000)
- Band 171: Heribert Franz Köck/Margit Hintersteiner, Europa als Sicherheits- und Wertegemeinschaft (2000)
- Band 172: Florian Ermacora/Ludwig Krämer, Die Umsetzung des Europäischen Umweltrechts in Österreich (2000)
- Band 173: Isabella Krois, Die Restitution von Kunst- und Kulturgütern am Fall der Familie Rothschild (2000)
- Band 174: Martin Stefula, Schadenersatz für Passagiere im Luftfahrtgesetz (2001)
- Band 175: Reingard Riener-Hofer, Rechtsbereinigung und ihre Entwicklung in Österreich (2001)
- Band 176: nicht erschienen
- Band 177: Thomas Petz, Die Unidroit Prinzipien für internationale Handelsverträge (2001)
- Band 178: Angelika Wirbel-Rusch, Telemedizin: Haftungsfragen (2001)
- Band 179: Robert König, Videoüberwachung (2001)
- Band 180: Volker Mogel, Europäisches Urheberrecht (2001)
- Band 181: Christian Markl, Die rechtliche Stellung von Ehegatten im Wohnungseigentumsrecht (2001)
- Band 182: Manuela Postl, Nachbarrechtliche Abwehransprüche gegen die Errichtung von Handymasten (2001)
- Band 183: Thomas Zacharias, Die Dynamik des Medienrechts (2001)
- Band 184: Alexandra Mair, Die Zuordnung von Sachteilen beim Wohnungseigentum (2001)
- Band 185: Rudolf Thienel, Mehrpolige Rechtsverhältnisse und Verwaltungsgerichtsbarkeit (2001)
- Band 186: Bernd Kante, Verwaltungsrechtliche Großverfahren (2001)

- Band 187: Peter Mayr, Der gerichtliche Vergleichsversuch (2002)
- Band 188: Angela Heffermann, Telekommunikationsrecht Liberalisierung und Wettbewerb (2002)
- Band 189: nicht erschienen
- Band 190: Johannes Zollner, Kontrollwechsel und Kontrollerlangung im Übernahmegesetz (2002)
- Band 191: Barbara Weichselbaum, Berufsbeamtentum und Verfassung (2002)
- Band 192: Ewald Wiederin, Wettbewerb im neuen Rechtsrahmen (2002)
- Band 193: Maja Pircher, Honorarberechtigung in der Sonderklasse öffentlicher Heilanstalten (2002)
- Band 194: Florian Mast, Der verwaltungsrechtliche Vertrag als Alternative zur Tiroler Vertragsraumordnung? (2003)
- Band 195: Clemens Mayr, Eignungs- und Zuschlagskriterien im Vergaberecht (2002)
- Band 196: Renate Bienert-Nießl, Materiellrechtliche Auskunftspflichten im Zivilprozess (2003)
- Band 197: Martin Moritz, Das Diskriminierungsverbot im Spannungsverhältnis zu Gleichbehandlung und Gerechtigkeit (2003)
- Band 198: Kurt Grünewald/Johannes Gadner, Universitätsgesetz 2002 – Weltklasse oder Sackgasse? (2003)
- Band 199: Konrad Lachmayer, Beiräte in der Bundesverwaltung (2003)
- Band 200: Andreas Janko, Gesamtänderung der Bundesverfassung (2004)
- Band 201: Ferdinand Kerschner/Erika Wagner, Koexistenz zwischen Gentechnik, Landwirtschaft und Natur – Rechtliche Rahmenbedingungen (2003)
- Band 202: Karin Gusenleitner, Ersitzung als allgemeiner Rechtserwerbstatbestand (2004)
- Band 203: Alice Fremuth-Wolf, Die Schiedsvereinbarung im Zessionsfall (2004)
- Band 204: Stefan Perner, Gemeinschaftliche Forderungen (2004)
- Band 205: Birgit Schneider, Die Auslegung von Parteiprozesshandlungen (2004)
- Band 206: Olaf Riss, Die Erhaltungspflicht des Vermieters (2005)
- Band 207: Helmut Ortner, Contractus & Cyberworld (2005)
- Band 208: Einhard Steininger, Sozialadäquanz und berufstypisches Handeln (2005)
- Band 209: Frank Riel, Das Zwangsausgleichsverfahren (2005)
- Band 210: Albin Dearing/Birgitt Haller, Schutz vor Gewalt in der Familie (2005)
- Band 211: Erhard Perl, Die Sparkassen-Privatstiftung (2005)
- Band 212: Zuzanna Chojnacka, Notifikationsverfahren für technische Vorschriften und Normen (2005)
- Band 213: Tanja Domej, Die Amtspartei im Verwaltungsverfahren (2006)

- Band 214: Elke Joeinig, Die anfängliche Unmöglichkeit (2006)
- Band 215: Felix Müller, Das Verbotsgesetz im Spannungsverhältnis zur Meinungsfreiheit (2005)
- Band 216: Annemarie Wieser, Gruppenversicherungen (2006)
- Band 217: Christina Wartinger, Urheberrecht und Arbeitsverhältnis (2006)
- Band 218: Ralf Blaha, Trusted Computing auf dem Prüfstand des kartellrechtlichen Missbrauchsverbotes (2006)
- Band 219: Ronald Faber, Vermögensrestitution im öffentlichen Recht (2007)
- Band 220: Claudia Erbler, Arbeitsrechtliche Aspekte der freiwilligen und gesetzlichen Interessensvertretungen (2007)
- Band 221: Barbara C. Steininger, Verschärfung der Verschuldenshaftung (2007)
- Band 222: Holger Habich, Handel mit Emissionszertifikaten (2007)
- Band 223: Gerda Marx, Das Immobilienmanagement des Bundes (2008)
- Band 224: Mirko Handler, Der Schutz von Persönlichkeitsrechten mit besonderer Berücksichtigung des UWG und UrhG (2008)
- Band 225: Bernd Wieser, Zur Neukodifikation des österreichischen Landesverfassungsrechts (2008)
- Band 226: Karin Ziegler, Die erweiterte Produkthaftungspflichtdeckung – nach den AHVB/EHVB 2005 (2008)
- Band 227: Dominik Schatzmann, Meinungsfreiheit im Internet (2008)
- Band 228: Marc E. Wittmann, Der Regierungschef in Österreich und Frankreich (2008)
- Band 229: Julia Maria Ecker, Familienzusammenführung (2008)
- Band 230: Christian Feltl, Der Director der englischen Limited (2008)
- Band 231: Linda Rainer, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht (2009)
- Band 232: Christian Schuster, Praxisfragen des Reiserechts in Österreich (2009)
- Band 233: Philipp Höfle, Notwegerecht (2009)
- Band 234: Christian Sparl, (Medizin-)rechtliche Fragen der Zahnmedizin (2009)
- Band 235: Paul Simon Pesendorfer, Staatliche Akzeptanz von religiösen Riten und Symbolen (2009)
- Band 236: Hans Tessar, Der Stufenbau nach der rechtlichen Autorität und seine Bedeutung für die juristische Interpretation (2010)
- Band 237: Elke Heinrich, Haftung bei alternativer Kausalität mit Zufall (2010)
- Band 238: Hans Tessar, Bundesverfassungsrechtliche Organisationsprinzipien staatlichen Handelns und Ausgliederung (2010)
- Band 239: Franz Ohlenschläger, Forschungs- und Entwicklungskooperationen im Lichte des Kartellrechts (2011)
- Band 240: Maximilian Auer, Das Grundrecht auf Datenschutz im Unternehmen unter besonderer Berücksichtigung gesellschaftsrechtlicher Umstrukturierungen (2011)

- Band 241: Tatjana Cardona, Parlamentarische Immunität in Österreich und Italien (2011)
- Band 242: Bettina Baldauf, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen im Arztrecht (2011)
- Band 243: nicht erschienen
- Band 244: Franz Ohlenschläger, Das Forschungsförderungsrecht der Europäischen Union (2012)
- Band 245: Michaela Wagner, Polygraphie im Strafverfahren? (2012)
- Band 246: Günther Grassl, Das Verschlechterungsverbot im Umweltrecht der EU (2013)
- Band 247: Julia Kohl, Das österreichische Glücksspielmonopol (2013)
- Band 248: Stefan Krenn, Private Enforcement (2014)
- Band 249: Mario Leistentritt, Das Aktivierungsverbot für unkörperliche Wirtschaftsgüter (2014)
- Band 250: Thomas Kreiter, Beschäftigungsverhältnisse mit besonderer Zweckbestimmung (2014)
- Band 251: Johannes Mitterecker, Grenzüberschreitende Verschmelzungen (2014)
- Band 252: Tatjana Krutzler, Schadenersatz im Lauterkeitsrecht (2015)
- Band 253: Konstantin Haas, Der Benutzungsbegriff im europäischen Markenrecht (2015)
- Band 254: Clara Gordon, Stimmverbote im GmbH-Konzern (2015)
- Band 255: Alexander Weber, Der „wichtige Grund“ für Gesellschafterausschluss und Geschäftsführerabberufung (2016)
- Band 256: Josef Müllner, Rechtliche Rahmenbedingungen der Katastrophenbekämpfung (2016)
- Band 257: Ludwig Schmid, Redlichkeit im Bereicherungsrecht (2016)
- Band 258: Andreas Baumgartner, Die (Dritt-)Haftung von Ratingagenturen und anderen Informationsexperten (2016)
- Band 259: David Gumhold, Schadensberechnung bei Anlegerschäden (2017)
- Band 260: Heidelinde Luef-Kölbl, Konsensuale Verfahrensabkürzung im Strafprozess (2017)
- Band 261: Marija Petričević, Rechtsfragen zur Intergeschlechtlichkeit (2017)
- Band 262: Marcus W. A. Sonnberger, Die Spürbarkeit im europäischen Kartellrecht (2017)
- Band 263: Reinhard Jantscher, Die Zurechnung von Staatsakten zu den Staatsgewalten (2017)
- Band 264: Daniel Tamerl, Die Mitmiete (2017)
- Band 265: Thomas Rainer Schmitt, Gewährleistung bei Verträgen über digitale Inhalte (2017)
- Band 266: Thomas Kreiter, Grundfragen und Perspektiven des Volksabstimmungsautomatismus (2017)

- Band 267: Clara Hochleitner, Verkehrssicherungspflichten in Wohnungseigentumsanlagen (2017)
- Band 268: Joachim Pierer, Postmortaler Schutz von Persönlichkeitsrechten (2018)
- Band 269: Martin Lenzbauer, Schlichte Hoheitsverwaltung (2018)
- Band 270: Thomas Pfalz, Selbständige in der Arbeitslosenversicherung (2018)
- Band 271: Reinhard Schamberger, Die Auslegung von Gesellschaftsverträgen (2018)
- Band 272: Benjamin Bukor, Abstammung – Ideologie – Recht (2018)
- Band 273: Alexandra Kunesch, Präjudizialität in der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes (2018)
- Band 274: Ulrich Wagrandl, Wehrhafte Demokratie in Österreich (2019)
- Band 275: Maximilian Harnoncourt, Die Ersatzaussonderung (2019)
- Band 276: Stephanie Nitsch, Umwelthaftung (2019)
- Band 277: Florian Scholz-Berger, Schad- und Klagloshaltung (2019)
- Band 278: Thomas Schoditsch, Grundrechte und Privatrecht (2019)
- Band 279: Philipp Mörth, Das Legalitätsprinzip (2020)
- Band 280: Alexander Müller, Das quasidingliche Recht (2019)
- Band 281: Jakob Tschachler, Der österreichische Maßnahmenvollzug im Lichte der EMRK (2020)
- Band 282: Philipp Merzo, Die Gesellschafternachsfolge bei der GesbR (2019)
- Band 283: Stefan Potschka, Leistungsbestimmung durch Dritte oder durch eine Vertragspartei (2020)
- Band 284: Rosa Rünzler, Die Verjährung im österreichischen Gesellschaftsrecht (2020)
- Band 285: Katharina Auernig, Das Überraschungsverbot (2020)
- Band 286: Monika Stempkowski, Legalbewährung psychisch kranker Rechtsbrecher (2020)
- Band 287: Lorenz Dopplinger, Die Grundrechtssubjektivität staatlicher Akteure (2020)
- Band 288: Petra Sußner, Flucht – Geschlecht – Sexualität (2020)
- Band 289: Maria Sagmeister, Geschlechtergerechte Arbeitsteilung (2021)
- Band 290: Nadine Elsner, Die Nachschusobliegenheit in der Gesellschaftskrise (2021)
- Band 291: Siegmair Lengauer, Die dogmatische Legitimation der strafrechtlichen Unterbringung geistig abnormer Rechtsbrecher (2021)
- Band 292: Stephan Rihs, Die Bezirkshauptmannschaft (2021)
- Band 293: Lukas Lobnik, Gläubigergleichbehandlung außerhalb der Insolvenz (2022)
- Band 294: Florian Lehne, Der staatliche Erziehungs- und Bildungsauftrag (2022)
- Band 295: Florian Werni, Religionsgemeinschaften und Gleichheit (2022)

- Band 296: Gerald Lederer, Die unvollendete Bankenunion (2023)
- Band 297: Anna Obereder, Feuerbestattung und der Umgang mit Leichen-
asche in Österreich (2023)
- Band 298: Michael Cepic, Datenschutz bei den Zivilgerichten (2023)
- Band 299: Philipp Grasser, Wissenszurechnung im österreichischen Kapi-
talgesellschaftsrecht (2023)
- Band 300: Olaf Riss, Einseitig erklärter Eigentumsvorbehalt und Käufer-
insolvenz (2023)
- Band 301: Philipp Selim, Auslandswahlrecht und Auslandswahlen (2023)
- Band 302: Ursula Huger, Die Beweiskraft der öffentlichen Urkunde (2023)
- Band 303: Marlene Leitner, Beschlussfeststellung, Beschlussfeststellungs-
klagen und die Rolle des Versammlungsleiters (2024)
- Band 304: Emanuel Lerch, Demokratie durch Autonomie? (2024)
- Band 305: Karina Jasmin Karik, Interzession und Rechtspolitik (2024)
- Band 306: Christoph Müller, Die zweipersonale Patronatserklärung (2024)
- Band 307: Tobias Fädler, Das verwaltungsstrafrechtliche Kumulationsprin-
zip (2024)
- Band 308: Ines Rössl, Intersektionale Rechtskritik (2025)

Dr. Fabian Spendel

ist Universitätsassistent (post doc) und Habilitand am Institut für Zivilrecht der Johannes Kepler Universität Linz. Seine Forschungsschwerpunkte liegen im wirtschaftsnahen Zivilrecht (insb Allgemeines Schuldrecht und Schadenersatzrecht) sowie im Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (insb Kapitalgesellschaftsrecht und Organhaftungsrecht).

Immer wieder beherrscht die umgangssprachliche Managerhaftung die Schlagzeilen. Spektakuläre Haftungsfälle rücken nicht nur die Vergütungen von Organmitgliedern in den Fokus, sondern auch deren straf- und zivilrechtliche Verantwortlichkeit. Entgegen der öffentlichen Wahrnehmung ist man sich in Fachkreisen jedoch weitgehend einig, dass die Organhaftung mittlerweile zu streng ist und sogar existenzbedrohend sein kann. Das kann die Organmitglieder zu einem risikoaversen Management verleiten, was langfristig allen Beteiligten schaden würde. Daher wird seit Langem nach Möglichkeiten zur Haftungsbeschränkung gesucht.

Dieses Buch behandelt die Frage, ob und in welchen Grenzen die Haftung von Geschäftsführer:innen und Vorstandsmitgliedern nach § 25 GmbHG bzw § 84 AktG privatautonom modifiziert und insbesondere beschränkt werden kann. Mögliche Ansätze sind beispielsweise die Entlastung, ein Verzicht oder Vergleich, die Erteilung einer Weisung oder eine vertragliche Haftungsbeschränkung im Vorhinein. Im Einzelnen sind jedoch viele Aspekte noch umstritten. Diese Arbeit setzt sich mit dem umfangreichen Meinungsstand auseinander und liefert durch grundlegende Untersuchungen neue Begründungs- und Lösungsansätze.

Wissenschaft

Juristische Schriftenreihe

ISSN 2307-8545

ISBN 978-3-7046-8577-3



› www.verlagoesterreich.at