

## KaWeRÄG 2017 Haftung neu für Kartell- & Wettbewerbsverstöße

EGMR – Begründung des  
Spruchs der Jury

Compliance-Kultur  
Im Blick auf Italien

Neue ICC Verfahrensordnung  
Zum beschleunigten Verfahren

Geschäftsführerhaftung  
Überwachungspflichten/Mitverschulden

Digitale Inhalte in der  
Vermiet- und VerleihRL

Ältere Arbeitnehmer  
Kündigungsschutz

Verleumderische Verdächtigungen  
In Abgabensachen

Vergaberecht  
Rechtsrichtigkeit oder Rechtssicherheit?

# Überwachungspflichten und Mitverschuldenseinwand bei der Geschäftsführerhaftung

*Der Beitrag behandelt anhand der E 6 Ob 84/16w<sup>1)</sup> einerseits das Ausmaß der Überwachungspflichten von Organmitgliedern gegenüber Mitarbeitern der Gesellschaft und andererseits die Frage, ob und inwieweit Fehler von Mitarbeitern von Kapitalgesellschaften Auswirkungen auf die Haftung der Organmitglieder haben.*

*Zugleich eine Besprechung der E 6 Ob 84/16w*

KARINA GROSSMAYER

## A. Zum Sachverhalt der OGH-E 6 Ob 84/16w

Der genannten E liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Eine AG hatte zum Zwecke des Verkaufs nicht mehr benötigter Liegenschaften im Konzern eine eigene Immobilien-Tochtergesellschaft (in Form einer GmbH) gegründet. Diese sollte die Muttergesellschaft gemäß der vertraglichen Vereinbarung („Grundlagenvertrag“) bei der Verwertung deren Liegenschaften beraten, wofür sie 3% Provision des jeweiligen Veräußerungserlöses erhielt.

Der bekl Geschäftsführer (Gf) war Immobilien-spezialist und wurde aus diesem Grund bei der Immobilien-Tochtergesellschaft als Gf angestellt. Die Muttergesellschaft als Kl machte aus abgetretenem Recht Schadenersatzansprüche der Tochtergesellschaft gegen deren Gf (den Bekl) geltend, weil dieser bei der Veräußerung einer Liegenschaft nicht die erforderliche Sorgfalt einhielt und deshalb diese Liegenschaft deutlich unter dem Verkehrswert verkauft wurde.

Im Revisionsverfahren waren nur mehr die Fragen zu klären, ob erstens der Bekl dem (aus abgetretenem Recht geltend gemachten) Schadenersatzanspruch aus Geschäftsführerhaftung das Verschulden des mit der Vorbereitung des Verkaufs der Liegenschaft befassten Mitarbeiters der Tochtergesellschaft (Zedentin) einwenden kann, und zweitens ob die Kl selbst eine Sorglosigkeit in eigenen Angelegenheiten zu vertreten hat, weil sie den vom bekl Gf vorbereiteten „Verkaufsantrag“ genehmigt hatte. Beides verneinte der OGH.

Die zweite Frage begründet der OGH über die Auslegung des Grundlagenvertrags; sie soll hier nicht näher behandelt werden.

Der besprochenen E ist nur teilweise zuzustimmen:

## B. Haftung des Geschäftsführers wegen Verletzung der Überwachungspflicht

Nach dem Urteilssachverhalt hatte der bekl Gf mit Unterstützung der Mitarbeiter der Tochtergesellschaft die Bewertung der Liegenschaften und den Verkaufsantrag für 30 bis 40 Liegenschaften pro Jahr an den Vorstand der Muttergesellschaft selbst vorzu-

bereiten. Die Anzahl der Immobilientransaktionen ermöglichte dem bekl Gf ohne weiteres eine detaillierte Befassung und Überprüfung der Vorarbeiten der Mitarbeiter. Der Gf hat bei dem klagsgegenständlichen Verkaufsantrag über eine Liegenschaft die zweifache Unrichtigkeit der von den Mitarbeitern der Immobilien-Gesellschaft vorbereiteten Bewertung nicht erkannt: Einerseits wurde der Kapitalisierungszinssatz für die Bewertung derartiger Immobilien wesentlich zu hoch und somit nicht marktkonform angenommen, sodass die interne Bewertung einen zu geringen Wert auswies; andererseits wurden bestimmte Mieterträge der gegenständlichen Liegenschaft bei der Bewertung ohne nachvollziehbaren Grund nicht berücksichtigt. Dem bekl Gf wurde daher – nach der Sachlage völlig zutreffend – vorgeworfen, dass er schon bei überblickartiger Durchsicht dieser von Mitarbeitern vorbereiteten Bewertung eindeutig entnehmen hätte müssen, dass dieser ermittelte Wert unrichtig ist. Dem Bekl fiel daher ein Überwachungsverschulden der Mitarbeiter der GmbH zur Last.

Die gegenständliche E, bei der ein Experte als Gf einer Konzernuntergesellschaft bestellt wurde, darf jedoch nicht zur Verallgemeinerung verleiten: Denn der Geschäftsführer oder Vorstand einer Gesellschaft muss keineswegs stets über sämtliches Fachwissen, das im Unternehmen benötigt wird, verfügen. Regelmäßig – vor allem in mittleren und größeren Unternehmen – gibt es Spezialabteilungen mit hoch spezialisierten Mitarbeitern. Aufgabe der Führungsebene (Geschäftsführer, Vorstand) ist dann nicht die fachliche Überwachung dieser Mitarbeiter, sondern das Management des Unternehmens, dh die Entwicklung und die Umsetzung der Unternehmensstrategie, der Unternehmensplanung, der Unternehmensorganisation und aller damit zusammenhängenden Funktionen, wie etwa Einkauf, Produktion/Dienstleistung, Innovation, Verkauf und Personal. Aufgabe von Gf und Vorstand ist es aber nicht, der Oberlehrer zu sein, der das Fachwissen sämtlicher Mitarbeiter des Unternehmens in einer Person übertrifft. Insofern darf sich der Gf/Vorstand auf die Vorarbeiten

Mag. Karina Grossmayer ist Senior Associate bei CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte in Wien.

1) Siehe eclex 2017/191, 431, in diesem Heft.

der Mitarbeiter verlassen und muss sie auch nicht im Einzelnen nachvollziehen. In diesem Fall wäre bereits ein Überwachungsverschulden zu verneinen, wenn es sich nicht – wie im vorliegenden Fall – um „offenkundige Unzulänglichkeiten“ handelt. Die Überwachungspflicht ist je nach Art, Größe und Organisation des Unternehmens, der Bedeutung der übertragenen Aufgabe und der Person des jeweiligen Mitarbeiters unterschiedlich und daher im Einzelfall zu beurteilen.<sup>2)</sup>

Die Art, Größe und Organisation eines am Markt operativ tätigen Unternehmens unterscheidet sich wesentlich von einer Tochtergesellschaft, die ausschließlich konzerninterne Dienstleistungen erbringt. Die oben genannten betriebswirtschaftlichen Funktionen des Managements sind bei einer solchen Gesellschaft nur sehr eingeschränkt. Daher muss der Gf der Kernfunktion – hier: der konzerninternen Beratung – ein hohes Maß an Aufmerksamkeit widmen.

Die Einzelfallbezogenheit der Überwachungspflicht gilt sowohl in Hinblick auf die spezifische Funktion des Gf als auch in Hinblick auf den jeweiligen Mitarbeiter. Die Überwachungspflicht steigt, wenn eine Person aufgrund ihrer Fachkenntnis zum Gf einer Konzerngesellschaft bestellt wird und diese Konzerngesellschaft nur eine bestimmte Funktion erfüllt – hier die Vorbereitung der Veräußerung von Konzernimmobilien. Setzt der Gf besonders qualifizierte Mitarbeiter ein, so kann seine Kontrollpflicht hingegen grundsätzlich eine geringere Intensität haben und sich mitunter auf Stichproben beschränken. Der Grad der Überwachungspflicht des Gf hängt ferner auch von der Bedeutung der übertragenen Aufgabe ab. Grundsätzlich ist die Entscheidung, inwieweit der Gf/Vorstand den Mitarbeitern einerseits Gestaltungsspielräume lässt und sie in Richtung eigenverantwortliche Tätigkeit fördert und wie die Kontrolle der Mitarbeiter andererseits ausgestaltet ist, eine unternehmerische Entscheidung. Dem Gf/Vorstand steht bei der konkreten Umsetzung seiner Organisations- und Überwachungspflichten ein (am Unternehmenswohl auszurichtender) Ermessensspielraum zu. Als unternehmerische Entscheidung unterliegt die konkrete Ausgestaltung sodann der Business Judgment Rule und somit der eingeschränkten Nachprüfung durch die Gerichte.<sup>3)</sup>

### C. Zum Mitverschulden von Mitarbeitern

Ob der Gf das Verschulden von Mitarbeitern der GmbH im Rahmen des Schadenersatzprozesses der Gesellschaft als Mitverschulden einwenden kann, war bislang nicht entschieden: Der OGH verneint kategorisch die Möglichkeit des Mitverschuldenseinwands des Gf.<sup>4)</sup> Der OGH begründet seine Auffassung damit, dass sich der Gf das Verhalten des Mitarbeiters (ohnedies) nicht zurechnen lassen muss, sondern ihn eine Eigenhaftung aus der Verletzung der Überwachungspflichten trifft. Darüber hinaus könne er als Solidarschuldner beim Mitarbeiter Regress nehmen (auch wenn dieser gegenüber Arbeitnehmern gemäß DHG beschränkt ist).

Dazu ist Folgendes kritisch anzumerken:

Völlig zutreffend hält der OGH fest, dass der Gf nur für die eigene Pflichtverletzung und für eigenes Verschulden haftet und Arbeitnehmer der Gesellschaft nicht Gehilfen des Gf, sondern der Gesellschaft sind. Jede Verletzung der dem Gf obliegenden Überwachungspflicht setzt aber naturgemäß einen Fehler der zu überwachenden Person voraus. Umgekehrt resultiert jedoch nicht aus jedem Fehler eines Mitarbeiters eine Verletzung der Kontrollpflicht des Gf (was letztlich auf eine unzulässige Erfolgshaftung hinauslaufen würde). Im Ergebnis kann bei einem Fehler eines Mitarbeiters daher – wie unter Pkt B. dargestellt – bereits ein rechtswidriges und schuldhaftes Eigenverhalten des Gf/Vorstands gegebenenfalls zu verneinen sein.

Wenn die Verletzung der Überwachungspflicht bejaht wird, soll sich der Gf nach der Ansicht von *Reich-Rohrwig*<sup>5)</sup> (entgegen der Ansicht des OGH im vorliegenden Fall sowie den zitierten Lehrmeinungen) der Gesellschaft gegenüber sehr wohl auf ein Verschulden nachgeordneter Mitarbeiter der Gesellschaft als anspruchsminderndes Mitverschulden der Gesellschaft berufen können. Denn andernfalls würde das eigene Unternehmerrisiko der GmbH/AG (wie auch der OGH in der vorliegenden E wieder betont) – das sich in der Person ihrer Mitarbeiter verwirklicht – im Wesentlichen auf den Gf/Vorstand überwältigt werden, obwohl dieser für das Fehlverhalten der Mitarbeiter nicht haftet. Der Unternehmer (die Gesellschaft) würde so nämlich zwar den Nutzen von sorgfältigen Leistungen seiner Mitarbeiter, nicht aber das Risiko (Verluste) aus unsorgfältigen Handlungen seiner Mitarbeiter tragen.

Im allgemeinen Zivilrecht ist die Frage der Zurechenbarkeit des Mitverschuldens von Gehilfen auf Geschädigtenseite im deliktischen Bereich äußerst strittig.<sup>6)</sup> Für eine weite Zurechnung des sog. Bewahrungsgehilfen wird überzeugend vertreten, „dass der Geschädigte ihm die Gewahrsame über sein Gut einräumt und ihn zur Wahrung seiner Interessen einsetzt hat“.<sup>7)</sup> Das trifft sogar in besonderem Maße auf

2) Vgl. *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 105 ff.

3) Zur hier vertretenen weiten Auslegung des Begriffs der unternehmerischen Entscheidung iSd § 25 Abs 1 a GmbHG und § 84 Abs 1 a AktG vgl. *Schopper/Walch* in *Kalss/Frotz/Schörghofer*, Handbuch Vorstand (2017) Rz 42/70; *Hopt/Roth* in *GroßkommAktG*<sup>5</sup> § 93 Rz 76 f, 84; *Bachmann*, ZIP 2014, 579, 580 f (Entscheidungsantrag zum Fall *Siemens/Neubürger*, LG München I, 10. 12. 2013, 5 HK O 1387/10); aA *Hüffer/Koch*, AktG<sup>12</sup> § 93 Rz 16; *Krieger/Sailer-Cocconi* in *Schmidt/Lutter*, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 15.

4) Unter Hinweis auf *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung<sup>2</sup> Rz 2/25, *Pucher*, GesRZ 2015, 174 (183), und die deutsche Lehre: *Paefgen* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GmbHG § 43 Rz 90; *Schneider* in *Scholz*, GmbHG<sup>11</sup> § 43 Rz 245; *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG<sup>18</sup> § 43 Rz 47; *Haas/Ziemons* in *BeckOK GmbHG* § 43 Rz 312; *Michalski/Haas/Ziemons*, GmbHG<sup>2</sup> § 43 Rz 213; *Roth/Altmeyen*, GmbHG<sup>8</sup> § 43 Rz 115; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG<sup>21</sup> § 43 Rz 45; aA *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 186.

5) *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 186.

6) Vgl. *Karner* in *KBB*<sup>4</sup> § 1304 Rz 7 und *Perner* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 896 Rz 63, jeweils mwN zum Meinungsstand.

7) *Karner* in *KBB*<sup>4</sup> § 1304 Rz 7.

die Kapitalgesellschaft zu, die nicht nur über ihre Organmitglieder, sondern auch über ihre Mitarbeiter ihre Geschäftstätigkeit und somit die Interessen der Gesellschaft verfolgt.

Dem Gf/Vorstand steht zwar eine Regressmöglichkeit gegen den pflichtwidrig und schuldhaft handelnden Mitarbeiter zur Verfügung, allerdings unterliegt er bei seinem möglichen Regress gegen Arbeitnehmer als Mitschädiger den Einschränkungen des DHG; dies hätte regelmäßig zur Folge, dass der Regress weitgehend unergiebig ist und der Gf/Vorstand tatsächlich über diesen Umweg das Unternehmerrisiko zu tragen hätte.

Für die von *Reich-Rohrwig* vorgenommene Unterscheidung (Mitverschuldenseinwand bei Fehlern von Mitarbeitern,<sup>8)</sup> nicht jedoch bei Verschulden eines Co-Geschäftsführers/-Vorstands<sup>9)</sup> spricht auch folgender Gedanke: Bei der – gesetzlich ausdrücklich angeordneten – gesamtschuldnerischen Haftung von mehreren Gf/Vorstandsmitgliedern wird beim internen Ausgleich hinsichtlich der unterschiedlichen Maße der Mitverantwortung auch nach der jeweiligen Pflichtenverletzung unterschieden: Haftet ein Organmitglied nur wegen Verletzung seiner Überwachungspflicht, so trifft die unmittelbar handlungs- oder unterlassungspflichtigen Organmitglieder im Innenverhältnis die alleinige Haftung,<sup>10)</sup> in Ausnahmefällen sind sie zumindest deutlich stärker zu belasten.<sup>11)</sup> Anders als beim Regress zwischen zwei Gf/Vorstandsmitgliedern<sup>12)</sup> ist der Regress gegen einen Arbeitnehmer aber durch das DHG beschränkt, was – ohne Möglichkeit des Mitverschuldenseinwands – bspw dann zu unbilligen Ergebnissen führt, wenn den Gf/Vorstand nur ein leichtes Überwachungsverschulden hinsichtlich eines zwar groben, aber für den überwachenden Gf/Vorstand nicht leicht erkennbaren Fehlers des Arbeitnehmers trifft, der zu einem hohen Schaden führt.<sup>13)</sup> Die allfällige Mittellosigkeit des Co-Geschäftsführers betrifft ein neutrales Risiko, wohingegen die DHG-Privilegierung des Mitarbeiters der Sphäre der Gesellschaft zuzuordnen ist.<sup>14)</sup>

Im Ergebnis sprechen somit die besseren Argumente für die Möglichkeit eines Mitverschuldenseinwands des Gf/Vorstands bei Fehlern von Mitarbeitern.

## D. Problemstellung bei Vorliegen einer „gestörten Gesamtschuld“

Selbst wenn man – wie der OGH hier – den Mitverschuldenseinwand verneinen sollte, stellt sich die Frage, wie sich das Haftungsprivileg des Dienstnehmers auf die Solidarhaftung und den Regress zwischen den Mitschädigern auswirkt. Die Fragestellung betrifft eine sog „gestörte Gesamtschuld“,<sup>15)</sup> bei der sich einer der Schädiger (der Mitarbeiter) auf eine Haftungsbefreiung (hier: DHG) berufen kann.<sup>16)</sup> Das Problem ist deutlich komplexer, als es die Lektüre der gegenständlichen Entscheidung erahnen lässt.

Der OGH stützt seine Ansicht insbesondere auf den Umstand, dass der Gf nach § 896 ABGB gegen mögliche Mitschädiger Regress nehmen kann. Dass

der Regress gegenüber Arbeitnehmern den Einschränkungen des DHG unterliegt, ändere laut OGH unter Hinweis auf die – in der Literatur zu recht kritisierte<sup>17)</sup> – E 8 ObA 24/12f nichts an seiner Solidarhaftung. Dieser Entscheidung liegt ein Schadenersatzanspruch bei Zusammentreffen von haftungsbegünstigten Dienstnehmern einerseits und einem Dritten andererseits zugrunde. Der OGH begrenzt die Ersatzpflicht des privilegierten Dienstnehmers mit seiner Haftung bei alleiniger Schadensverursachung. Im Umfang seines gemäßigten Dienstnehmeranteils haftet der einzelne Dienstnehmer mit dem Dritten solidarisch. Der – in dem der E 8 ObA 24/12f zugrunde liegenden Fall *vorsätzlich* handelnde – Dritte haftet darüber hinaus für den restlichen Schaden allein.<sup>18)</sup> *Kerschmer* verwies in seiner Entscheidungsanmerkung darauf, dass es sich hinsichtlich der „äußerst komplexen und schwierigen Problemlage der gestörten Gesamtschuld“ (Schädiger sind Dritter und privilegierte Dienstnehmer) beim konkreten Fall wegen der vorsätzlichen Schädigung durch einen Dritten um keinen typischen Fall handelt, sodass schon deshalb auch die Ergebnisse nicht

8) *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 186.

9) *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 184.

10) *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG<sup>21</sup> § 43 Rz 29; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 263.

11) *Hopt/Roth* in *GroßkommAktG<sup>5</sup>* § 93 Rz 465.

12) Eine Haftungsminderung, wie sie das DHG für Fahrlässigkeit vorsieht, wird für Organmitglieder von Kapitalgesellschaften ganz überwiegend abgelehnt; vgl dazu *J. Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, WK GmbHG § 25 Rz 47 mwN sowie mit dem Hinweis auf erwägenswerte Ausnahmen, soweit die Pflichtverletzung nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Unternehmensleitung steht, und zur möglichen Ausweitung des Anwendungsbereichs aufgrund des weiten europarechtlichen Arbeitnehmerbegriffs, Rz 47/1. Zum Meinungsstand s *Wachter* in *Schwimann/Kodek*, ABGB VII<sup>4</sup> § 1 DHG Rz 15 ff.

13) Vgl dazu anschaulich den Fall *Siemens/Neubürger*, LG München I, 10. 12. 2013, 5 HK O 1387/10, ZIP 2014, 570 (*Bachmann*).

14) So werden zur Begründung der Haftungsmilderung des Dienstnehmers ua sein Handeln im Interesse und zum Nutzen des anderen („Fremdnützigkeit“) und die Zugehörigkeit zum Betriebsrisiko, die Beherrschbarkeit und Versicherbarkeit des Schadensrisikos durch den Arbeitgeber genannt (vgl *Wachter* in *Schwimann/Kodek*, ABGB VII<sup>4</sup> § 1 DHG Rz 89; *Kerschmer*, DHG<sup>2</sup> § 1 Rz 22).

15) Zur gestörten Gesamtschuld vgl *Perner* in *Fenyves/Kerschmer/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 896 Rz 56, 63 ff; *Kletečka*, Solidarhaftung und Haftungsprivileg, ÖJZ 1993, 785; *Kerschmer*, DHG<sup>2</sup> § 2 Rz 67; *Schoditsch*, Schädigermehrheit und gesetzliches Haftungsprivileg, JBl 2004, 557; für Deutschland vgl *L. Böttcher* in *Erman*, BGB<sup>14</sup> § 426 Rz 27 ff, und *P. Bydlinski* in *MünchKomm BGB<sup>7</sup>* § 426 Rz 7 ff (jeweils mit Vorbehalten gegen den Begriff der „gestörten Gesamtschuld“).

16) Die Lösung über ein der Gesellschaft zurechenbares Mitverschulden ist vorrangig: Bei Bejahung der Bewahrungshilfenzurechnung wird der Anspruch der GmbH gegenüber dem Gf von vornherein gekürzt, sodass dieser nur den seinem Verantwortungsbeitrag entsprechenden Anteil zu ersetzen hat; vgl *Perner* in *Fenyves/Kerschmer/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 896 Rz 63; *Kletečka*, ÖJZ 1993, 785 (786); *Kerschmer*, DHG<sup>2</sup> § 2 Rz 67; *Messner*, ÖJZ 2014, 584 (FN 5).

17) Vgl die Kritik von *Kerschmer* in der Entscheidungsanm zu 8 ObA 24/12f, JBl 2013, 57 (59f); kritisch auch *Messner*, ÖJZ 2014, 584; für eine absolute Außenwirkung der Privilegierung bereits *Kletečka*, ÖJZ 1993, 785 (789), und *Perner* in *Fenyves/Kerschmer/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 896 Rz 64.

18) OGH 8 ObA 24/12f, JBl 2013, 57 (krit *Kerschmer*).

unbedingt verallgemeinerungsfähig sein mögen. Dass dem Dienstgeber voller Schadenersatz gegen den Dritten zusteht und dieser keinerlei Regress gegen die mitverursachenden Dienstnehmer hat (soweit er den gemäßigten Dienstnehmeranteil übersteigt), lässt sich mit § 1302 ABGB nicht mehr vereinbaren. *Kerschmer* schlägt vor, dass man den Dienstgeber aufgrund seiner Fürsorgepflicht anhält, gegen den Dritten nur einen um den Regress nach § 3 DHG (bzw § 1014 ABGB analog) gekürzten Betrag geltend zu machen.<sup>19)</sup>

Es ist in der Literatur anerkannt, dass die gesetzliche Normierung des Dienstnehmerhaftungsprivilegs, das nur das Verhältnis von Dienstgeber und Dienstnehmer betrifft, den anderen Mitschädiger nicht belasten darf.<sup>20)</sup> In der Lehre wird zur Lösung überwiegend die „absolute Außenwirkung“ vertreten, bei der der Anspruch des Geschädigten gegen den Dritten um jenen Teil gekürzt wird, den im Innenverhältnis zwischen den Schädigern der Privilegierte zu tragen gehabt hätte;<sup>21)</sup> die „absolute Außenhaftung“ führt also zur Anteilhaftung.<sup>22)</sup> Auch in Deutschland wird von der Lehre vertreten, dass der Anspruch des Arbeitgebers (bei Vorgehen gegen einen weiteren, nicht privilegierten Schädiger) bei einer Mitverursachung des Schadens durch einen Arbeitnehmer bei Vorliegen einer arbeitsrechtlichen Haftungsprivilegierung (bei betrieblich veranlasster Arbeit) um den Verursachungsbeitrag des privilegierten Arbeitnehmers gekürzt wird.<sup>23)</sup>

In der deutschen Literatur werden die genannten Prinzipien auch bei gesellschaftsrechtlichen Haftungen angewendet.<sup>24)</sup> Wenn Mitarbeiter nach Gesetz oder Rsp<sup>25)</sup> oder kraft Vereinbarung von der Haftung freigestellt sind, ist die Ersatzpflicht der von der Gesellschaft in Anspruch genommenen Organmitglieder gemäß den Grundsätzen über die gestörte Gesamtschuld um den Verantwortungsanteil der freigestellten Gesamtschuldner (= Dienstnehmer) zu kürzen, soweit diese wegen der Haftungsfreistellung von der Gesellschaft nicht mehr auf Ausgleich in Anspruch genommen werden können.

In der Tat liegt auch bei der vorliegenden OGH-E eine „gestörte Gesamtschuld“ vor. Die Haftung eines Solidarschuldners (Dienstnehmer) gegenüber dem Gläubiger (GmbH) ist aufgrund des DHG beschränkt. Der mitschädigende Gf ist insofern als nicht privilegierter<sup>26)</sup> Dritter anzusehen. Wesentlich ist dabei, dass der Grund der Haftungsbeschränkung nicht in der Sphäre des Gf, sondern in der Sphäre der GmbH liegt: Die GmbH bedient sich der Arbeitskraft des Dienstnehmers zur Verfolgung eigener Interessen und hat daher auch bis zu einem gewissen Grad das Risiko einer Schädigung durch den Dienstnehmer in Kauf zu nehmen<sup>27)</sup> – die GmbH trägt insoweit das Unternehmerrisiko. Wenn der OGH nun aber den Regress des Gf gegenüber dem Mitarbeiter beschränken will, dann würde er den Gf im Ergebnis unzulässigerweise mit einer Privilegierung des Dienstnehmers belasten, die ihre Rechtfertigung ausschließlich in der Sphäre der GmbH und nur im Verhältnis zu ihrem Dienstnehmer findet. Der Gf würde somit im Ergebnis das Unternehmerrisiko tragen, soweit das DHG das Risiko der gänzlichen oder

teilweisen Haftungsbefreiung der GmbH (und nicht dem Dienstnehmer) zuordnet. Dieses Ergebnis ist mit dem Grundsatz, dass nur die GmbH und nicht der Gf das Unternehmerrisiko<sup>28)</sup> trägt, nicht vereinbar und somit abzulehnen.

Insofern muss konsequenterweise der Verantwortungsbeitrag des Mitarbeiters auch auf die Haftung des Gf/Vorstands gegenüber der Gesellschaft wegen Verletzung von Überwachungspflichten durchschlagen und der Schadenersatzanspruch der Gesellschaft gegenüber dem Gf/Vorstand (der insofern ein nicht privilegierter Dritter ist) entsprechend der „absoluten Außenwirkung“ um den Verantwortungsbeitrag des Privilegierten gekürzt werden.<sup>29)</sup>

Nur wenn man den Mitverschuldenseinwand verneint, stellt sich das Problem der „gestörten Gesamtschuld“.<sup>30)</sup> Wird der Fehler des Mitarbeiters bereits der GmbH als Mitverschulden im Rahmen eines Schadenersatzanspruchs der Gesellschaft gegen den Gf/Vorstand zugerechnet, so wird der Anspruch gegen den Gf/Vorstand als Mitschädiger von vornherein gekürzt; dieser hat dann nur den seinem Verantwortungsbeitrag entsprechenden Anteil zu erset-

19) *Kerschmer*, JBl 2013, 57 (59 f).

20) *Kletečka*, ÖJZ 1993, 785 (787); *Kerschmer*, DHG<sup>2</sup> § 2 Rz 65; *Perner* in *Fenyves/Kerschmer/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 896 Rz 64.

21) Für „absolute Außenwirkung“ *Kletečka*, ÖJZ 1993, 785 (789) und *Perner* in *Fenyves/Kerschmer/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 896 Rz 64 (allerdings mit Modifikationen zur Ansicht von *Kletečka* im Fall der teilweisen Haftungsbefreiung des Privilegierten), beide mit Fallbeispielen zur gänzlichen Haftungsbefreiung oder teilweisen Mäßigung der Ersatzpflicht beim Privilegierten; für „absolute Außenwirkung“ auch *Messner*, ÖJZ 2014, 584 (587 f) (mit wiederum anderer Berechnung der verbleibenden Haftung des Dritten bei bloßer Haftungsminde- rung des Dienstnehmers); für den Regresszirkel *Kerschmer*, DHG<sup>2</sup> § 2 Rz 65, und zur möglichen Vermeidung des Regresszirkels *Kerschmer*, JBl 2013, 57 (60).

22) *Kletečka*, ÖJZ 1993, 785 (787).

23) So *L. Bötcher* in *Erman*, BGB<sup>14</sup> § 426 Rz 35; *Palandt*, BGB<sup>75</sup> § 426 Rz 27; *P. Bydlinski* in *MünchKomm BGB*<sup>7</sup> § 426 Rz 16, 64; In der Lehre ist das Ergebnis umstritten (vgl die umfangreichen Nachweise in *BGH BGHZ* 108, 305, 311). Siehe dazu auch die Hinweise bei *Kerschmer*, JBl 2013, 57 (60).

24) *Mertens/Cahn* in *Kölner Kommentar AktG*<sup>3</sup> § 93 Rz 51.

25) Im deutschen Arbeitsrecht besteht eine richterrechtlich entwickelte Haftungsmitde- rung, wonach sich aus dem Arbeitsvertrag die Pflicht des Arbeitgebers ergibt, den Arbeitnehmer bei betrieblich veranlasster Arbeit nach dem Maße des Verschuldens von Schadensfolgen freizu- stellen (*P. Bydlinski* in *MünchKomm BGB*<sup>7</sup> § 426 Rz 16, 64). Zur Beschränkung der Arbeitnehmerhaftung nach deutschem Recht (in- nerbetrieblicher Schadensausgleich) vgl näher bei *Palandt*, BGB<sup>75</sup> § 611 Rz 156 ff; *Henssler* in *MünchKomm BGB*<sup>7</sup> § 619 a Rz 5 ff; BAG GS 1/89 (A) NZA 1994, 1083 = ZIP 1994, 1712; BAG 8 AZR 348/01 NZA 2003, 37 = ZIP 2002, 1909.

26) Vgl FN 12.

27) Zur Begründung der Haftungsmitde- rung nach DHG vgl FN 14.

28) OGH RIS-Justiz RS0059528.

29) Der Umfang der Haftungskürzung beim nicht privilegierten Mit- schädiger ist auch bei den Vertretern der „absoluten Außenwirkung“ umstritten, vgl die Nachweise unter FN 21.

30) Vgl *Perner* in *Fenyves/Kerschmer/Vonkilch*, Klang<sup>3</sup> § 896 Rz 63 f; ebenso *Kletečka*, ÖJZ 1993, 785 (786); *Kerschmer*, DHG<sup>2</sup> § 2 Rz 67; *Kerschmer* erwägt in seiner Entscheidungsan- merkung zu OGH 8 ObA 24/12 f (JBl 2013, 57 [59]), dass eine Mitverschuldenszure- chung zum Dienstgeber bei entsprechender Einwendung möglich ge- wesen wäre (dort allerdings in Abwicklung eines Vertragsverhältnis- ses); vgl auch *Messner*, ÖJZ 2014, 584 (FN 5).

zen.<sup>31)</sup> Der mE zulässige Mitverschuldenseinwand bei Fehlern von Mitarbeitern geht daher letztlich in die gleiche Richtung.<sup>32)</sup> Das Verschulden des Mitarbeiters wirkt haftungsmindernd für den Gf/Vorstand. Andernfalls würde den Gf/Vorstand im Ergebnis unzulässigerweise das Unternehmerrisiko treffen.

### E. Zusammenfassung

Die Überwachungspflichten von Gf/Vorstand gegenüber Mitarbeitern der Gesellschaft sind im Einzelfall zu beurteilen und variieren je nach Art, Größe und Organisation des Unternehmens, der Bedeutung der übertragenen Aufgabe und der Person des jeweiligen Mitarbeiters. Wenn eine Verletzung der diesbezüglichen Überwachungspflicht vorliegt, muss es dem Gf/Vorstand möglich sein, der Gesellschaft im Rahmen eines Schadenersatzprozesses das Verschulden von Mitarbeitern als Mitverschulden der Gesellschaft einzuwenden.

Doch selbst wenn man die Zulässigkeit des Mitverschuldenseinwands – wie der OGH im vorliegenden Fall – verneinen sollte, so liegt aufgrund der Haftungsprivilegierung von Dienstnehmern nach dem DHG eine „gestörte Gesamtschuld“ vor, bei der

der Ersatzanspruch der Gesellschaft gegenüber Organmitgliedern iS der „absoluten Außenwirkung“ um den Verantwortungsbeitrag des privilegierten Dienstnehmers zu kürzen ist.

31) Vgl. Perner in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang<sup>3</sup> § 896 Rz 63.

32) Bei nur teilweiser Haftungsreduktion beim privilegierten Arbeitnehmer führen der Mitverschuldenseinwand einerseits und die Kürzung des Schadenersatzanspruchs im Wege der „absoluten Außenwirkung“ andererseits allerdings zu unterschiedlichen rechnerischen Ergebnissen (vgl. FN 21).

#### SCHLUSSSTRICH

*Der OGH verneint in der E 6 Ob 84/16w den Mitverschuldenseinwand von Geschäftsführern bei Fehlern von Mitarbeitern der GmbH. Der Umstand, dass nicht der Geschäftsführer, sondern die Gesellschaft das Unternehmerrisiko zu tragen hat, spricht jedoch für die Zulässigkeit des Mitverschuldenseinwands. Lässt man den Mitverschuldenseinwand nicht zu, so ist aufgrund der DHG-Privilegierung von Mitarbeitern aber jedenfalls die Haftung der Organmitglieder im Wege der „absoluten Außenwirkung“ um den Verantwortungsbeitrag des Mitarbeiters zu kürzen.*