

NADJA DANNINGER

Organhaftung und Beweislast

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

446

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

446

Herausgegeben vom
Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Holger Fleischer, Ralf Michaels und Reinhard Zimmermann



Nadja Danninger

Organhaftung und Beweislast

Mohr Siebeck

Nadja Danninger, geboren 1988; Studium der Rechtswissenschaft in München und Oxford; Rechtsreferendariat in München; wissenschaftliche Assistentin am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg; seit 2017 bayerische Notarassessorin; 2020 Promotion.
orcid.org/0000-0002-6840-9457

ISBN 978-3-16-159467-0 / eISBN 978-3-16-159468-7
DOI 10.1628/978-3-16-159468-7

ISSN 0720-1141 / eISSN 2568-7441
(Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Dieses Werk ist seit 11/2023 lizenziert unter der Lizenz ‚Creative Commons Namensnennung – Weitergabe unter gleichen Bedingungen 4.0 International‘ (CC BY-SA 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.de>

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Printed in Germany.

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Jahr 2020 an der Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft – als Dissertation angenommen. Die mündliche Prüfung fand am 6. Mai 2020 statt. Rechtsprechung und Literatur wurden bis März 2020 berücksichtigt.

Mein Dank gilt zunächst meinem Doktorvater Prof. Dr. Dr. h.c. Holger Fleischer, LL.M. (Univ. of Michigan). Er hat das Thema der Dissertation angeregt und mir die ebenso spannende wie lehrreiche Möglichkeit zur wissenschaftlichen Mitarbeit am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg eröffnet. Prof. Dr. Jochen Vetter danke ich herzlich für die zügige Erststellung des Zweitgutachtens.

Gedankt sei ferner dem Arbeitskreis Wirtschaft und Recht des Stifterverbands für die deutsche Wissenschaft für die großzügige Förderung durch ein Promotionsstipendium und die Gelegenheit, auf der wissenschaftlichen Jahrestagung 2016 zu referieren.

Gewidmet ist diese Arbeit meinen mich immer unterstützenden Eltern Johanna und Eduard Danninger.

Berlin, im Mai 2020

Nadja Danninger

*„In vielen Fällen ist die Regelung der Beweislast
fast noch wichtiger als die zugrundeliegende materielle Regelung.
Das ist auch bei der Organhaftung so.“*

Hopt, FS Roth, S. 225, 232

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XIII
Abkürzungsverzeichnis	XIX
Einleitung	1
A. Forschungsgegenstand	1
B. Forschungsfrage und Forschungsansatz	5
Kapitel 1 – Rechtsrahmen am Fallbeispiel	7
A. Beweisbedürftigkeit	7
B. Beweislast	10
C. Behauptungslast	17
D. Gesamtschau	19
Kapitel 2 – Rechtsgeschichte	21
A. Vom Vormundschaftsrecht zum Organhaftungsrecht	21
B. Vom Richterrecht zum Gesetzesrecht	27
C. Folgerungen für Rechtsanwendung und Rechtsetzung	36
D. Gesamtschau	41
Kapitel 3 – Rechtsdogmatik	43
A. Systematik	43
B. Telos	50
C. Gesamtschau	62

Kapitel 4 – Rechtspraxis	65
A. „Möglicherweise“ pflichtwidriges Verhalten	65
B. „Doppelrelevante Tatsachen“	81
C. Ausgeschiedene Organmitglieder und Rechtsnachfolger	90
D. Inzidente Prüfungskonstellationen	118
E. Gesamtschau	141
 Kapitel 5 – Rechtsvergleichung	 143
A. Beweislast des Organmitglieds	143
B. Beweislast der Gesellschaft	147
C. Beweislast der Gesellschaft mit abgesenktem Beweismaß	157
D. Beweislastverteilung nach Billigkeitsgesichtspunkten im Einzelfall ...	164
E. Beweislastverteilung je nach Art der angeblich verletzten Pflicht	168
F. Gesamtschau	174
 Kapitel 6 – Rechtspolitik	 175
A. Spielräume <i>de lege lata</i>	175
B. Vorschläge <i>de lege ferenda</i>	177
C. Gesamtschau und eigene Empfehlung	183
 Zusammenfassung	 185
 Literaturverzeichnis	 193
Rechtsprechungsverzeichnis	217
Sachverzeichnis	225

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Einleitung	1
<i>A. Forschungsgegenstand</i>	1
<i>B. Forschungsfrage und Forschungsansatz</i>	5
Kapitel 1 – Rechtsrahmen am Fallbeispiel	7
<i>A. Beweisbedürftigkeit</i>	7
I. Unterscheidung von Tatsachen und Rechtsfragen	7
II. Insbesondere: Für die Pflichtverletzung relevante Tatsachen	8
1. Pflichtenprogramm	8
2. Verhalten als solches	9
3. Umstände des Verhaltens	9
<i>B. Beweislast</i>	10
I. Abstrakte Beweislast	10
1. Objektive und subjektive Beweislast	10
2. Verteilung der abstrakten Beweislast	11
a) Stillschweigende gesetzliche Grundregel	11
b) Beweislastumkehr durch § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG	12
II. Konkrete Beweislast	15
<i>C. Behauptungslast</i>	17
I. Abstrakte Behauptungslast	17
II. Konkrete Behauptungslast	18
<i>D. Gesamtschau</i>	19

Kapitel 2 – Rechtsgeschichte	21
<i>A. Vom Vormundschaftsrecht zum Organhaftungsrecht</i>	21
I. Oberappellationsgericht Lübeck	21
II. Reichsoberhandelsgericht	23
III. Reichsgericht	25
IV. Zwischenbefund	26
<i>B. Vom Richterrecht zum Gesetzesrecht</i>	27
I. Kodifikationsversuche bis 1937	27
II. Kodifikation mit dem AktG 1937	30
III. Gesetzgebung seit 1937	32
IV. Zwischenbefund	35
<i>C. Folgerungen für Rechtsanwendung und Rechtsetzung</i>	36
I. Historische Interpretation des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG	36
II. Historische Legitimation des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG	39
<i>D. Gesamtschau</i>	41
 Kapitel 3 – Rechtsdogmatik	 43
<i>A. Systematik</i>	43
I. § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG als Abweichung von der Grundregel	43
II. Rechenschaftspflicht als Rechtfertigung?	45
III. Weitere systematische Erwägungen	47
1. Keine aktienrechtlichen Parallelen	48
2. Keine sonstigen Parallelen	49
IV. Zwischenbefund	50
<i>B. Telos</i>	50
I. Indizkraft des Schadens	51
II. Beweisnähe des Organmitglieds	53
1. Entwicklung zum vorherrschenden Sachargument	53
2. Einzelelemente der Beweisnähe	54
3. Nähe zur Beweissicherung	55
4. Nähe zu den gesicherten Beweismitteln	58
III. Weitere teleologische Erwägungen	59
1. Spektrum beweisrechtlicher Sachgründe	59

2. Prävention und Kompensation.....	60
IV. Zwischenbefund.....	62
C. <i>Gesamtschau</i>	62
 Kapitel 4 – Rechtspraxis	 65
A. „Möglicherweise“ <i>pflichtwidriges Verhalten</i>	65
I. Begriffliche Irrungen und Wirrungen	65
1. Zweideutige Aussagen des Reichsgerichts	65
2. Fortsetzung in den Formulierungen des Bundesgerichtshofs.....	67
3. Gefestigte, aber unklare Rechtsprechungsformel seit BGHZ 152, 280	68
II. Dogmatische Funktion	70
1. Keine Bedeutungslosigkeit	70
2. Erleichterung des Pflichterfüllungsbeweises	71
a) Beweisnähe vs. Ablehnung einer Erfolgshaftung	71
b) Abhilfe auf Ebene der konkreten Darlegungslast	72
c) Anforderungen im Einzelfall	76
3. Keine Erschwerung des Kausalitätsbeweises	79
III. Rechtspolitische Würdigung	80
 B. „Doppelrelevante Tatsachen“	 81
I. Rechtliches Phänomen	81
II. Bisherige Lösungsansätze	82
III. Entfaltung der Einzelelemente der jeweiligen Beweislast	84
1. Beweislast für einen Vermögensabfluss	84
2. Beweislast für einen Vermögenszufluss	85
a) Grundsätzliche Abgrenzung von Schadensentstehung und Vorteilsausgleichung	85
b) Organhaftungsrechtliche Spruchpraxis	86
c) Dogmatische Bewertung.....	88
IV. Rechtspolitische Würdigung	89
 C. <i>Ausgeschiedene Organmitglieder und Rechtsnachfolger</i>	 90
I. Beweismittelverlust als Folge des Amtsverlusts	90
1. Herausgabeanspruch der Gesellschaft	90
a) Anspruchsgrundlage	90
b) Anspruchsinhalt	92
2. Dolo agit-Einrede des Organmitglieds?.....	93

II.	Teleologische Reduktion der Beweislastumkehr?.....	95
III.	Extensive Interpretation des Einsichtsrechts.....	97
	1. Rechtliche Grundlage.....	97
	a) Regelungsgeflecht.....	97
	b) Eingrenzung auf § 242 BGB.....	99
	2. Inhaltlicher Umfang.....	100
	a) Bei Ausscheiden verfügbare Unterlagen.....	101
	b) Zur Verteidigung erforderliche Unterlagen.....	103
	aa) Erforderlichkeit im Hinblick auf die Beweislast.....	103
	bb) Einschätzungsprärogative.....	104
	cc) Einsichtsverlangen.....	105
	3. Äußerer Rahmen.....	106
	a) Beginn des Einsichtsrechts.....	106
	b) Art und Weise der Einsichtnahme.....	106
	c) Kosten der Einsichtsgewährung.....	107
	4. Prozessualer Schutz.....	108
	a) Innerprozessuale Vorlageanordnung.....	108
	b) Beweisrechtliche Sanktion.....	110
	c) Schadensersatzrechtliche Sanktion?.....	111
IV.	Sonderstellung des Gesamtrechtsnachfolgers eines Organmitglieds.....	111
V.	Rechtspolitische Würdigung.....	113
	1. Rechtspolitischer Handlungsbedarf.....	113
	2. Kleine Lösung: Kodifikation des Einsichtsrechts.....	114
	3. Große Lösung: Derogation der Beweislastumkehr.....	118
<i>D. Inzidente Prüfungskonstellationen.....</i>		118
I.	Organhaftung als Vorfrage.....	118
	1. Gesamtschuldnerausgleich.....	118
	2. Abgetretener D&O-Freistellungsanspruch.....	121
II.	Bisheriger Erkenntnisstand.....	122
	1. Gesamtschuldnerausgleich.....	122
	a) Meinungsstand im Organhaftungsrecht.....	122
	b) Parallelen im allgemeinen Zivilrecht.....	123
	aa) Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB.....	124
	bb) Legalzession nach § 426 Abs. 2 Satz 1 BGB.....	125
	2. Abgetretener D&O-Freistellungsanspruch.....	126
III.	Einheit von Haftungs- und Beweislastregelung als Ausgangspunkt.....	127
	1. Freilegung des Problemkerns.....	128
	2. Dogmatische Grundentscheidung.....	129
IV.	Teleologische Reduktion als Anschlussfrage.....	131

1. Regelungslücke	131
2. Normzweck	132
a) Teilweise Erfüllung des Normzwecks beim Gesamtschuldnerausgleich	132
b) Verfehlung des Normzwecks bei Abtretung des D&O-Freistellungsanspruchs	134
V. Seitenblick auf die Rechtsfolgenseite des Gesamtschuldnerausgleichs	137
1. Rechtsfrage und dogmatische Verortung	137
2. Unabhängigkeit der Haftungsquote vom Eingreifen der Beweislastumkehr	138
a) Rechtslage im direkten Anwendungsbereich des § 254 BGB	138
b) Übertragung auf den Gesamtschuldnerausgleich	140
VI. Rechtspolitische Würdigung	140
<i>E. Gesamtschau</i>	141
 Kapitel 5 – Rechtsvergleichung	 143
<i>A. Beweislast des Organmitglieds</i>	143
I. Österreich	143
II. Portugal	146
III. Zwischenbefund	147
<i>B. Beweislast der Gesellschaft</i>	147
I. Polen	147
II. Spanien	148
III. Schweden	150
IV. Schweiz	151
V. Russland	154
VI. European Model Company Act	156
VII. Zwischenbefund	156
<i>C. Beweislast der Gesellschaft mit abgesenktem Beweismaß</i>	157
I. England	157
II. USA	159
III. Zwischenbefund	164

D. Beweislastverteilung nach Billigkeitsgesichtspunkten im Einzelfall.....	164
I. Niederlande.....	165
II. Tschechien.....	166
III. Zwischenbefund.....	167
E. Beweislastverteilung je nach Art der angeblich verletzten Pflicht.....	168
I. Frankreich.....	168
II. Belgien.....	170
III. Italien.....	171
IV. Zwischenbefund.....	173
F. Gesamtschau.....	174
 Kapitel 6 – Rechtspolitik.....	 175
A. Spielräume de lege lata.....	175
B. Vorschläge de lege ferenda.....	177
I. Minimal- und Maximallösung.....	178
1. Unveränderte Beibehaltung der Beweislastumkehr.....	178
2. Ersatzlose Streichung der Beweislastumkehr.....	178
II. Vermittelnde Vorschläge.....	179
1. Privilegierung ausgeschiedener Organmitglieder.....	179
2. Privilegierung unternehmerischer Entscheidungen.....	180
III. Alternative Ansätze.....	182
1. Absenkung des Beweismaßes.....	182
2. Öffnung für Billigkeitsausnahmen.....	182
C. Gesamtschau und eigene Empfehlung.....	183
 Zusammenfassung.....	 185
 Literaturverzeichnis.....	 193
Rechtsprechungsverzeichnis.....	217
Sachverzeichnis.....	225

Abkürzungsverzeichnis

A.2d	Atlantic Reporter, Second Series
a. A.	anderer Ansicht
AB	(österreichischer) Ausschussbericht
ABGB	(österreichisches) Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABL	Aktiebolagslag (schwedisches Aktiengesetz)
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
abw.	abweichend
A.C.	Law Reports, Appeal Cases (ab 1890)
AC	Appeal Cases
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.D.	außer Dienst
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
a. F.	alte Fassung
AFM	Autoriteit Financiële Markten (niederländische Finanzaufsichtsbehörde)
AG	Aktiengesellschaft / Die Aktiengesellschaft
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AktG	Aktiengesetz
AktienR	Aktienrecht
Ala.	Alabama, Fallrechtssammlung
ALI	American Law Institute
All E.R.	All England Law Reports
allg.	allgemein
allg. M.	allgemeine Meinung
Alt.	Alternative
Amtl. Begr.	Amtliche Begründung
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
AO	Abgabenordnung / Akzionernoe Obshestvo (russische AG)
App.	Corte d' Appello
ÅRL	Årsredovisningslag (schwedisches Jahresabschlussgesetz)
Arg.	Argumentum
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art., Artt.	Artikel

Aufl.	Auflage
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
AVB-AVG	Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BB	Der Betriebs-Berater
BBl.	(schweizerisches) Bundesblatt
Bd.	Band
BeckOGK	beck-online.GROSSKOMMENTAR
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-online Rechtsprechung
Begr.	Begründung / Begründer
Beil.	Beilage
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGer	(schweizerisches) Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht
BlgNR	Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des (österreichischen) Nationalrats
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BörsG	Börsengesetz
BR-Vorl.	Bundesratsvorlage
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
Bull. crim.	Bulletin criminel
Bull. Joly Soc.	Bulletin Joly Sociétés
Bus. Law.	The Business Lawyer
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BW	Burgerlijk Wetboek
bzw.	beziehungsweise
c.	chapter
C.	Codex Iustinianus
C.A.	Cours d'Appel
CA	Companies Act
Cass.	Cour de cassation / Corte suprema di cassazione
Cass. civ.	Cour de cassation, chambre civile
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
Cass. crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
C.c.	Codice civile
C. civ.	Code civil

CCiv.	Código Civil
C. com.	Code de commerce
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
CDU	Christlich Demokratische Union Deutschlands
Ch.	Law Reports, Chancery Division
Cir.	Circuit
C. jud.	Code judiciaire
col	column
Corp.	Corporation
CPC	Code de Procédure Civile
CSC	Código das Sociedades Comerciais
C. soc.	Code des sociétés
d.	des / der
D.	Digesten
D&O	Directors and Officers
DAV	Deutscher Anwaltverein
DB	Der Betrieb
Del.	Delaware Supreme Court
Del. Ch.	Delaware Court of Chancery
ders.	derselbe
DesignG	Designgesetz
DGCL	Delaware General Corporation Law
dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DR	Deutsches Recht
DrittelbG	Drittelbeteiligungsgesetz
Drucks.	Drucksache
DStR	Deutsches Steuerrecht
DSW	Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz e.V.
Dz.U.	Dziennik Ustaw (polnisches Gesetzblatt)
DZWiR	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
E	Entwurf
EBRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage (Österreich)
ECLI	European Case Law Identifier
Ed.	Edition
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EG	Europäische Gemeinschaft
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGZPO	Gesetz, betreffend die Einführung der Zivilprozeßordnung
Einl.	Einleitung
EL	Ergänzungslieferung
EMCA	European Model Company Act
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
Entsch.	Entscheidung
Esp.	Espèce
et al.	et alii / et aliae

EU	Europäische Union
Eur. J. Law Econ. e.V.	European Journal of Law and Economics eingetragener Verein
EWCA Civ	Court of Appeal, Civil Division
EWHC	High Court of England and Wales
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWIV	Europäische Wirtschaftliche Interessenvereinigung
EWIV-AG	Gesetz zur Ausführung der EWIV-Verordnung
f., ff.	folgende
F.3d	Federal Reporter, 3. Serie
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FD-HGR	Fachdienst Handels- und Gesellschaftsrecht
FD-MA	Fachdienst Mergers & Acquisitions
FDP	Freie Demokratische Partei
Fn.	Fußnote
Foro pad.	Il Foro padano
FS	Festschrift
GebrMG	Gebrauchsmustergesetz
gem.	gemäß
GenG	Genossenschaftsgesetz
GES	Zeitschrift für Gesellschaftsrecht und angrenzendes Steuerrecht
GesR	Gesellschaftsrecht / Gesundheitsrecht
GesRZ	Der Gesellschafter, Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GI	Giurisprudenza Italiana
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
GP	Gesetzgebungsperiode (Österreich)
Großkomm	Großkommentar
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
Guir. comm.	Giurisprudenza commerciale
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht
Habil.	Habilitation
Hdb.	Handbuch
Herv.	Hervorhebung
HGB	Handelsgesetzbuch
Hinweisbeschl.	Hinweisbeschluss
h.L.	herrschende Lehre
HL GC	House of Lords, Grand Committee
h. Lit.	herrschende Literatur
h.M.	herrschende Meinung

HR	Hoge Raad
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
HS.	Halbsatz
i. E.	im Ergebnis
Inc.	Incorporated
insb.	insbesondere
i. S. d.	im Sinne des / der
i. V. m.	in Verbindung mit
J.	Justice
JA	Juristische Arbeitsblätter
JCP	Juris-Classeur Périodique, La Semaine juridique
jew.	jeweils
J. Fin. Econ.	Journal of Financial Economics
Jg.	Jahrgang
J. Leg. Stud.	Journal of Legal Studies
JR	Juristische Rundschau
jurisPR-HaGesR	juris PraxisReport Handels- und Gesellschaftsrecht
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht / Kommanditgesellschaft
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KölnKomm	Kölner Kommentar
KOM	Kommissionsdokumente
krit.	kritisch
KSH	Kodeks Spółek Handlowych (polnisches Gesetzbuch über Handelsgesellschaften)
l.	lex
L.	Loi
LBCA	Louisiana Business Corporation Act
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
LJ	Lord / Lady Justice
LMK	Lindenmaier-Möhring – Fachdienst Zivilrecht
Loy. L. Rev.	Loyola Law Review
LS.	Leitsatz
LSA	Ley de Sociedades Anónimas
LSC	Ley de Sociedades de Capital
LSE	London School of Economics
Ltd.	Limited
LZ	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht

MarkenG	Markengesetz
Mass. Foro it.	Il Massimario del Foro italiano
Mass. Giust. civ.	Il Massimario della Giustizia civile
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MedR	Medizinrecht
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
Mon. Praw.	Monitor Prawniczy (polnische Zeitschrift)
MontanMitbestG	Montanmitbestimmungsgesetz
MPI	Max-Planck-Institut
MünchKomm	Münchener Kommentar
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
n.	note
n°	numéro
Nachw.	Nachweise
n. F.	neue Fassung
NJ	Niederlandse Jurisprudentie
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift, Rechtsprechungs-Report
NK	NomosKommentar
Nr.	Nummer
N.Y.S.2d	New York Supplement, 2. Serie
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OAG	Oberappellationsgericht
ö	österreichisch
öAktG	österreichisches Aktiengesetz
öBGBL	österreichisches Bundesgesetzblatt
öGenG	österreichisches Genossenschaftsgesetz
öZPO	österreichische Zivilprozessordnung
OFK	Orell Füssli Kommentar
o. g.	oben genannt
OG	(polnisches) Oberstes Gericht
OGH	(österreichischer) Oberster Gerichtshof
OLG	Oberlandesgericht
OLGR	OLG Report
OOO	Obschtschestwo s ogranitschennoi otwetstvennostju (russische GmbH)
OR	(schweizerisches) Bundesgesetz über das Obligationenrecht
OSNC	Orzecznictwo Sądu Najwyższego. Izba Cywilna (polnische Zeitschrift)
PatG	Patentgesetz
PL	Polen
Plc	Public limited company
Preuß E	Preußischer Entwurf zum ADHGB
Prop.	Proposition (schwedische Gesetzesvorlage)

Psychol. Bull.	Psychological Bulletin
QC	Queen's Counsel
r+s	recht und schaden
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdW	Recht der Wirtschaft
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
Rev. soc.	Revue des sociétés
RG	Reichsgericht
RGBI.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIEJ	Revue Interdisciplinaire d'Études Juridiques
Riv. dir. comm.	Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RJA	Reichsjustizamt
RL	Richtlinie
RMBCA	Revised Model Business Corporation Act
Rn.	Randnummer
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
ROHGE	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
Rspr.	Rechtsprechung
RTD civ.	Revue Trimestrielle de Droit civil
RT-Vorl.	Reichstagsvorlage
Rv.	Wetboek van Burgerlijk Rechtsvordering (niederländische ZPO)
S.	Satz / Seite
s.	siehe
S.A.	spółka akcyjna (polnische AG)
SA	Société Anonyme
SARL	Société à Responsabilité Limitée
SAS	Société par Actions Simplifiée
scil.	scire licet
SCRL	Société Coopérative à Responsabilité Limitée
SPRL	Société Privée à Responsabilité Limitée
SE	Societas Europaea
SE-AG	Gesetz zur Ausführung der SE-Verordnung
sec	section
SGB	Sozialgesetzbuch
SJ	La Semaine Judiciaire
s.o.	siehe oben
Soc.	Le Società
SOU	Statens Offentliga Utredningar (schwedisches amtliches Experten-gutachten)
SPRL	Société Privée à Responsabilité Limitée
sp. z. o.o.	spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (polnische GmbH)
s.r.l.	società a responsabilità limitata

StGB	Strafgesetzbuch
str.	streitig
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StudZR	Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft
StVG	Straßenverkehrsgesetz
s.u.	siehe unten
Supp.	Supplement
SWK	Steuer- und WirtschaftsKartei
SZ-RA	Savigny-Zeitschrift, Romanistische Abteilung
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
teilw.	teilweise
Trib.	Tribunale
u. a.	unter anderem
UK	United Kingdom
UKHL	United Kingdom House of Lords
UMAG	Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts
unbek.	unbekannt
unstr.	unstreitig
UrhG	Urhebergesetz
Urt.	Urteil
U.S.	United States Reports
USA	Vereinigte Staaten von Amerika
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v. / v	vom / von / versus (bei Entscheidungen)
Var.	Variante
Verf.	Verfasser
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VGR	Gesellschaftsrechtliche Vereinigung
vol	volume
VorstAG	Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung
VP	Versicherungspraxis
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
wbl	wirtschaftsrechtliche blätter
WiRO	Wirtschaft und Recht in Osteuropa
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WPO	(russische) Wirtschaftsprozessordnung
WuB	Entscheidungssammlung zum Wirtschafts- und Bankrecht
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
z. B.	zum Beispiel
ZCG	Zeitschrift für Corporate Governance

ZfRV	Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZGB	(schweizerisches / russisches) Zivilgesetzbuch
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
ZOK	Zákon o Obchodních Korporacích (tschechisches Gesetz über Handelskorporationen)
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZZP	Zeitschrift für den Zivilprozess

Einleitung

A. Forschungsgegenstand

Die Organhaftung in der Kapitalgesellschaft ist *en vogue*.¹ Nicht nur rechtstatisch werden Vorstände und Geschäftsführer zunehmend mit hohen Schadensersatzforderungen ihrer Gesellschaft konfrontiert.² Auch rechtspolitisch findet sich kaum ein Aspekt der Organhaftung, der nicht auf dem Prüfstand steht. Hinterfragt wird die Legitimation der Organhaftung als Präventions- und Kompensationsinstrument im Allgemeinen³ ebenso wie ihre gesetzliche Ausgestaltung im Einzelnen. Die Diskussion erstreckt sich vom Sorgfaltsmaßstab⁴ über die Dauer der Verjährung⁵ bis hin zur aktienrechtlichen Zulässigkeit von „Halbvermögensschutzklauseln“⁶. Ganz in diesem Trend votierte der 70. Deutsche Juristentag 2014 in der Abteilung Wirtschaftsrecht in insgesamt 26 Beschlüssen für eine Reform der Organhaftung. Darunter fand sich auch eine absolute Mehrheit für eine Änderung der Beweislastverteilung.⁷

Was in der Beschlussliste wie nur ein Änderungsvorschlag unter all den anderen erscheint, könnte in den praktischen Auswirkungen allerdings enorme Schlagkraft entfalten. So konstatierte bereits der Gutachter des Juristentags,

¹ Nach wie vor zutreffend *Fleischer*, NJW 2009, 2337: „Managerhaftung ist nicht nur ein Modethema, sondern geradezu ein Dauerbrenner des deutschen Kapitalgesellschaftsrechts.“

² Vgl. die Daten bei *Arnold/Rothenburg*, in: Semler/Peltzer/Kubis, Arbeits-Hdb. für Vorstandsmitglieder, § 11 Rn. 9 ff.; *Bachmann*, Gutachten E zum 70. DJT 2014, E 13 ff.; *Ihlas*, D&O, S. 113 ff., 603 ff., 723 ff.

³ Vgl. nur aus jüngerer Zeit *Bayer/Scholz*, NZG 2014, 926, 928; *S. Binder*, Grenzen der Vorstandshaftung, S. 40 ff.; *Fleischer*, ZIP 2014, 1305, 1310 f.; *J. Vetter*, FS Hoffmann-Becking, S. 1317, 1324 ff.; *Wagner*, ZHR 178 (2014), 227, 253 ff.

⁴ Für eine Absenkung des Sorgfaltsmaßstabs auf grobe Fahrlässigkeit etwa *Semler*, FS Goette, S. 499, 510; *Spindler*, AG 2013, 889, 895 f.; zu Reformvorschlägen in der Personengesellschaft *Fleischer/Danninger*, NZG 2016, 481, 488 ff.

⁵ Gegen die Anhebung der Verjährungsfrist auf bis zu zehn Jahre *Baums*, ZHR 174 (2010), 593, 594 ff.; *DAV-Handelsrechtsausschuss*, NZG 2010, 897; *Keilweit/Frank*, GWR 2010, 445; *Krieger/Sailer-Coceani*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 75.

⁶ Vorschlag von *Seibt*, ManagerMagazin, 2/2015, S. 54; *ders.*, Börsen-Zeitung vom 25.7.2015, S. 9; *ders./Cziupka*, AG 2015, 93, 108; *ders.*, NZG 2015, 1097, 1102; *ders.*, NZG 2016, 361; kritisch *Habersack*, NZG 2015, 1297.

⁷ Beschlusspunkt I.6.a) des 70. DJT 2014: „Die Beweislastregel des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG sollte gestrichen werden. angenommen 47:24:12“.

„dass die deutsche Vorstandshaftung ihre eigentliche Schärfe nicht durch den materiellen Tatbestand, sondern erst und eigentlich durch die Beweislastverteilung erfährt.“⁸ Jene Schärfe der Beweislastverteilung ist der besonderen Beweislastregelung des § 93 AktG geschuldet, der insoweit Folgendes bestimmt:

„(1) ¹Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. ²Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. [...]“

(2) ¹Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, sind der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet. ²Ist streitig, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, so trifft sie die Beweislast. [...]“

Abweichend von der Grundregel der Normentheorie, wonach jede Partei sämtliche ihr günstigen Tatsachen zu beweisen hat,⁹ obliegt der Gesellschaft nach einem Grundsatzurteil des BGH lediglich der Nachweis eines „möglicherweise“ pflichtwidrigen Verhaltens des Organmitglieds, eines Schadens und der Kausalität des Handelns für den Schaden.¹⁰ Vom Beweis der Pflichtverletzung und des Verschuldens ist die Gesellschaft dagegen entbunden; diesbezüglich hat sich das Organmitglied zu entlasten.

Die vormals anzutreffende Gegenansicht¹¹ ist nach diesem Machtwort des BGH zunächst verstummt.¹² Rund zehn Jahre nach dem Urteil sind zwar wieder Stimmen vernehmbar, wonach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG die Beweislast nur hinsichtlich des Verschuldens und nicht auch hinsichtlich der Pflichtverletzung

⁸ *Bachmann*, Gutachten E zum 70. DJT 2014, E 33; gleichsinnig v. *Gerkan*, ZHR 154 (1990), 39, 40; *Hopt*, FS Roth, S. 225, 232; *Heermann*, ZIP 1998, 761, 766; *Krieger*, RWS-Forum GesR 1995, S. 149, 157 f.; *Paefgen*, NZG 2009, 891, 893; ebenso für Österreich *Schima*, FS W. Jud, S. 571, 573; *Told*, wbl 2012, 181.

⁹ Grundlegend *Rosenberg*, Die Beweislast, insbes. S. 98 f.; näher unter Kapitel 1 – B.1.2, S. 11 ff.

¹⁰ Vgl. BGH, 4.11.2002 – II ZR 224/00, BGHZ 152, 280 = NJW 2003, 358; die jeweilige Beweislast bezieht sich freilich – entgegen der obigen, gebräuchlichen Formulierung – nicht auf das Vorliegen der rechtlichen Tatbestandsmerkmale, sondern auf die hierfür maßgeblichen Tatsachen; vgl. ferner Kapitel 1 – A, S. 7 ff.

¹¹ Vgl. *Fleck*, GmbHR 1974, 224; *ders.*, EWiR 1985, 787; *ders.*, GmbHR 1997, 237, 238 f.; *Frels*, AG 1960, 296, 297 f.; *Heisse*, Die Beschränkung der Geschäftsführerhaftung gegenüber der GmbH, S. 48 ff.; *Ritter*, AktG, § 84, S. 277 f. (noch zu § 84 AktG 1937); differenzierend *Gehrlein*, NJW 1997, 1905, 1906 (Beweislast der Gesellschaft für Kontrollpflichtverletzungen, im Übrigen Beweislast des Organmitglieds für pflichtgemäßes Handeln); unklar *Kust*, WM 1980, 758, 761 ff.

¹² Zwischenzeitlich daher *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm AktG, § 93 Rn. 140 Fn. 353: „Heute nicht mehr umstritten“.

umkehre.¹³ Diese Klänge finden jedoch keinen großen Widerhall. Unisono mit dem BGH legt die ganz herrschende Meinung in der Literatur § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG dahin aus, dass das Organmitglied sich sowohl vom Vorwurf des Verschuldens als auch von dem der Pflichtverletzung zu entlasten habe.¹⁴

Diese Risikoverteilung mag in ihrer Abstraktheit spröde anmuten. Sie entpuppt sich jedoch als brisant, wenn ein Gericht sich im konkreten Fall weder von Pflichtwidrigkeit noch Pflichtgemäßheit des Organhandelns überzeugen kann – und das Organmitglied im Wege einer reinen Beweislastentscheidung zum Schadensersatz in möglicherweise existenzvernichtender Höhe¹⁵ verurteilt. Angesichts der oft – zumindest indirekt – prozessentscheidenden Bedeutung¹⁶ der Beweislastverteilung verwundert es daher kaum, wenn deren Ände-

¹³ *Kindler*, FS Goette, S. 231, 234 f.; *Wach*, FS Schütze, S. 663, 671 ff.; kritisch angesichts des Wortlauts von § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG auch *Faßbender/Rodenhausen*, WM 2019, 951, 957; unklar *Kiethe*, WM 2005, 2122, 2128.

¹⁴ Vgl. *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 43 Rn. 112; *Arnold/Rothenburg*, in: Semler/Peltzer/Kubis, Arbeits-Hdb. für Vorstandsmitglieder, § 11 Rn. 59; *Bachmann*, Gutachten E zum 70. DJT 2014, E 32; *ders.*, BB 2015, 771, 774; *Bauer*, NZG 2015, 549; *S. Binder*, Grenzen der Vorstandshaftung, S. 390; *Born*, in: Krieger/Schneider, Hdb. Managerhaftung, § 14 Rn. 7, 9; *Bürgers*, in: Bürgers/Körber, AktG, § 93 Rn. 27; *Buschmann*, NZG 2011, 87, 88; *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 93 AktG Rn. 36; *Drescher*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, Rn. 368; *Eichner/Höller*, AG 2011, 885, 890; *Eßwein*, Privatautonome Gestaltung der Vorstandshaftung, S. 147; *Fehrenbach*, AG 2015, 761, 762; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 221; *Fleischer/Bauer*, ZIP 2015, 1901, 1907; *Foerster*, ZHR 176 (2012), 221, 222; *Gehrlin*, BB 2004, 2585, 2593; v. *Gerkan*, ZHR 154 (1990), 39, 54 f.; *Grigoleit/Tomasic*, in: Grigoleit, AktG, § 93 Rn. 69; *Habetha*, DZWIR 1995, 272, 275; *Hölters*, in: *ders.*, AktG, § 93 Rn. 264, 269; *Hopt/Roth*, in: Großkomm AktG, § 93 Rn. 426 f.; *Hüffer*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, Bd. II, S. 334, 381 (Rn. 92); *Kau/Kukat*, BB 2000, 1045, 1046; *Kaulich*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer AG für Rechtsanwendungsfehler, S. 308; *Hüffer/Koch*, AktG, § 93 Rn. 53; *ders.*, in: Münchener Hdb. GesR, Bd. VII, § 30 Rn. 28; *Krieger*, in: RWS-Forum GesR 1995, S. 149, 158; *ders.*, FS U.H. Schneider, S. 717, 721; *Krieger/Sailer-Coceani*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 41; *Leuering*, NJW 2014, 657, 659 f.; *Link*, in: Wachter, AktG, § 93 Rn. 75; *Meier-Greve*, BB 2009, 2555, 2559; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm AktG, § 93 Rn. 140; *Oetker*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 43 GmbHG Rn. 57, 59; *Paefgen*, AG 2004, 245, 257; *ders.*, in: Großkomm GmbHG, § 43 Rn. 206; *Peltzer*, Reform der Organhaftung, VGR 2013, S. 83, 96 f.; *Spindler*, in: Münch-Komm AktG, § 93 Rn. 204, 208; *Wicke*, GmbHG, § 43 Rn. 9.

¹⁵ Ausführlich *Scholz*, Die existenzvernichtende Haftung von Vorstandsmitgliedern in der Aktiengesellschaft; *Fischer*, Die existenzvernichtende Vorstandshaftung und ihre Begrenzung durch Satzungsbestimmung (de lege lata).

¹⁶ Übereinstimmend aus Rechtswissenschaft, Rechtsprechung und Rechtspraxis *Baums*, ZHR 174 (2010), 593, 606; *Goette*, ZGR 1995, 648, 649; *Leuering*, NJW 2014, 657, 659; *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, S. 245; *Strohn*, CCZ 2013, 177; *Thümmel*, Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, Rn. 226; berühmt ist das Bonmot von der Beweislast als „Rückgrat des Verfahrens“ von *Hamm*, Verhandlungen des 23. DJT 1895, Bd. II, S. 317.

rung unter allen denkbaren Reformpunkten das dringlichste Anliegen der vor dem Juristentag befragten Vorstands- und Aufsichtsratsvorsitzenden war. Mit einer Zustimmungquote von 73 % rangierte dieses Desiderat sogar noch vor dem Wunsch nach Erweiterung des unternehmerischen Spielraums (68 %) oder Begrenzung existenzgefährdender Haftungsrisiken (48 %).¹⁷

Eine etwaige Änderung der Beweislastumkehr will freilich wohlüberlegt sein, zumal deren Konsequenzen in doppelter Hinsicht über den Richterspruch im Verhältnis Vorstand–Aktiengesellschaft hinausreichen:

Zum einen erstreckt sich die Beweislastumkehr auf die gesamte Organinnenhaftung in allen Erscheinungsformen. So gilt die Vorschrift des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG nach der Rechtsprechung analog auch für die Haftung des Geschäftsführers einer GmbH¹⁸ oder eines Personengesellschafters¹⁹ und über Verweisungen für sämtliche anderen Organmitglieder: für Aufsichtsratsmitglieder einer AG und GmbH,²⁰ für den persönlich haftenden Gesellschafter und für Aufsichtsratsmitglieder einer KGaA²¹ sowie für geschäftsführende Direktoren und Verwaltungsratsmitglieder einer SE²². Ferner findet sich der Wortlaut des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG in zahlreichen Parallelvorschriften des AktG und anderer Gesetze wieder.²³

Zum anderen ist die Angst vor finanziellem Ruin aus Mangel an Beweisen nicht nur auf Richtersprüche beschränkt. Tatsächlich mündet ja nur ein kleinerer Prozentsatz der Organhaftungsfälle in ein Gerichtsurteil. Vielmehr erlangt die Beweislastverteilung ihre immense praktische Bedeutung durch ihre vor- und außerprozessualen Wirkungen. Bereits die Frage, ob der Aufsichtsrat überhaupt einen Schadensersatzanspruch gegenüber einem Vorstandsmitglied geltend zu machen verpflichtet ist, hängt nach der ersten Stufe der „ARAG/Garmenbeck“-Formel auch von einer Analyse des Prozessrisikos²⁴ und damit

¹⁷ Studie von *Bachmann*, Gutachten E zum 70. DJT 2014, E 18.

¹⁸ Vgl. BGH, 4.11.2002, BGHZ 152, 280, 283: „jedenfalls dann, wenn er nach eigenem Gutdünken und nicht auf konkrete Weisung der Gesellschafter (§ 46 Nr. 6 GmbHG) gehandelt hat“.

¹⁹ Vgl. OLG Hamm, 4.8.2010, BeckRS 2010, 21824 (zur GmbH & Co. KG); OLG Celle, 21.12.2011, BeckRS 2014, 14751 („Beweislastumkehr“, allerdings ohne ausdrückliche Bezugnahme auf § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG); ebenso *Podewils*, BB 2014, 2632, 2634; *Rawert*, in: MünchKomm HGB, § 114 Rn. 69; *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 708 Rn. 19.

²⁰ § 116 Satz 1 AktG, § 52 Abs. 1 GmbHG, § 25 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MitbestG, § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 Halbs. 2 DrittelbG, § 3 Abs. 2 MontanMitbestG.

²¹ § 283 Nr. 3 AktG.

²² §§ 38, 40 Abs. 8 SE-AG, vgl. Art. 51 SE-VO.

²³ Namentlich in §§ 117 Abs. 2 Satz 2, 309 Abs. 2 Satz 2, 310 Abs. 1 Satz 2 (i.V.m. § 323 Abs. 1 Satz 2), 318 Abs. 1 Satz 2 AktG wie auch in § 34 Abs. 2 Satz 2 GenG und § 5 Abs. 2 Satz 2 EWIV-AG; weitere spezielle Anspruchsgrundlagen der Innenhaftung verweisen auf § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG, wie etwa § 48 Satz 2 AktG.

²⁴ Vgl. BGH, 21.4.1997, BGHZ 135, 244 = ZIP 1997, 883, 885 f. (ARAG/Garmenbeck); dazu etwa *Habersack*, NZG 2016, 321.

nicht unerheblich von der Beweislastverteilung ab. Entscheidet sich der Aufsichtsrat sodann für die Anspruchsverfolgung, finden typischerweise Vergleichsverhandlungen statt. Dabei sind die voraussichtlichen Chancen und Risiken eines (Schieds-)Urteils – einschließlich der Beweislastfrage – ein bestimmender Aspekt des „bargaining in the shadow of the law“²⁵. Schließlich kann dem Organmitglied die Beweislastverteilung im Gewand einer Aufrechnung der Gesellschaft gegen eine Vergütungs- oder Abfindungsforderung mit einem Schadensersatzanspruch begegnen.²⁶

B. Forschungsfrage und Forschungsansatz

Trotz großer Praxisrelevanz und lauter Reformrufe ist die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast bei der Organhaftung bislang nicht monografisch aufgearbeitet. Selbst Aufsätze und Festschriftbeiträge, die sich schwerpunktmäßig mit der Beweislastverteilung befassen, sind in ihrer Zahl überschaubar. Umgekehrt finden sich im Rahmen der Darstellung anderer Aspekte der Organhaftung oft unvermittelt Ausführungen zur Beweislastfrage, die aber zwangsläufig cursorisch gehalten sind. Die Kommentarliteratur wiederum erschließt dem Rechtsanwender die grundlegenden Regeln der Beweislastverteilung nach geltendem Recht. Wer jedoch tiefer dringen möchte, dürfte schnell auf Grund stoßen.

In diese Forschungslücke stößt die vorliegende Arbeit. Sie fragt nach einer sachgerechten Verteilung der Darlegungs- und Beweislast zwischen Gesellschaft und Organmitglied vor allem hinsichtlich der Pflichtverletzung und strebt nach einer „besseren Lösung“, die insbesondere den heutigen Beweismöglichkeiten der Parteien zeitgemäß Rechnung trägt. Die Außenhaftung des Organmitglieds gegenüber Dritten bleibt dabei freilich außer Betracht. Diese spielt bereits in der Praxis eine weit geringere Rolle als die Innenhaftung.²⁷ Vor allem aber wirft sie kaum Beweislastfragen auf,²⁸ sodass sich die nachfolgende Untersuchung auf die Innenhaftung fokussieren kann.

²⁵ Grundlegend dazu *Cooter/Marks/Mnookin*, 11 J. Leg. Stud. 225 (1982).

²⁶ Vgl. *Hoor*, DStR 2004, 2104, 2105; *Ihlas*, D&O, S. 191 mit zahlreichen Nachw. aus der Praxis.

²⁷ Vgl. nur *Arnold/Rothenburg*, in: *Semler/Peltzer/Kubis*, Arbeits-Hdb. für Vorstandsmitglieder, § 11 Rn. 2; *Lutter*, in: *Krieger/Schneider*, Hdb. Managerhaftung, § 1 Rn. 29.

²⁸ Soweit die Außenhaftung auf die Haftung für *culpa in contrahendo* oder auf Deliktsrecht gestützt wird, gelten die für diese Anspruchsgrundlagen ganz allgemein entwickelten Beweislastregeln. Soweit spezialgesetzliche Außenhaftungstatbestände zur Anwendung kommen, ergibt sich die Beweislastverteilung unschwer aus der jeweiligen Gesetzessystematik, vgl. etwa *Kurzweilly*, in: *Krieger/Schneider*, Hdb. Managerhaftung, 2. Aufl. 2010, § 12 Rn. 66 (noch zu §§ 44 ff. BörsG a.F.): „Verteilung der Darlegungs- und Beweislast unschwer aus der Gesetzessystematik [...] ablesbar“.

Den Auftakt hierzu bildet eine Einführung in die Grundstrukturen der Darlegungs- und Beweislast anhand eines organhaftungsrechtlichen Fallbeispiels, um in der mannigfaltigen beweisrechtlichen Terminologie die notwendige Orientierung zu bieten (Kapitel 1). Sodann spürt die Arbeit der dogmengeschichtlichen Entwicklung der Beweislastumkehr nach, vom römischen Vormundschaftsrecht über die Judikatur des Oberappellationsgerichts Lübeck, des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts bis hin zum heutigen § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG. Erkenntnisgewinn verspricht dieser zeitliche Längsschnitt dabei nicht nur für die historische Auslegung des geltenden Rechts, sondern auch und gerade im Hinblick auf die Begründungslast für eine mögliche Gesetzesänderung (Kapitel 2). Ob und inwieweit eine solche geboten erscheint, analysieren die beiden nachfolgenden Abschnitte. In rechtsdogmatischer Hinsicht wird eine systematisch-teleologische Einordnung der Beweislastumkehr für die Pflichtverletzung in Angriff genommen. Dabei interessiert namentlich, ob diese innerhalb der geltenden Rechtsordnung einen Fremdkörper darstellt und welche inneren Sachgründe sich zu ihrer Rechtfertigung heute noch anführen lassen (Kapitel 3). Komplementär zur Rechtsdogmatik wendet sich die Untersuchung sodann der Rechtspraxis zu. Unterschiedliche Haftungskonstellationen – weit jenseits der idealtypischen Inanspruchnahme eines amtierenden Organmitglieds durch die Gesellschaft – stellen die Beweislastumkehr auf eine harte Bewährungsprobe (Kapitel 4). Neue Einsichten verspricht schließlich die Rechtsvergleichung. Mit der Untersuchung von fünfzehn Rechtsordnungen im Hinblick auf deren Beweislastverteilung betritt die Arbeit bislang unerschlossenes Terrain und erhellt damit erstmals die relativen Stärken und Schwächen des deutschen Rechts (Kapitel 5). Zugleich bietet der Blick in die Auslandsrechte reichhaltige Inspiration für eine abschließende rechtspolitische Empfehlung (Kapitel 6).

Kapitel 1

Rechtsrahmen am Fallbeispiel

Vor einem Einstieg in die eigentliche Untersuchung empfiehlt sich – gerade im Bereich der Beweislast – eine kurze Einführung in häufig wiederkehrende Grundbegriffe.¹ Zur Illustration dient dabei folgendes Fallbeispiel zur Geschäftsführerhaftung.²

Die *S-GmbH*, Inhaberin einer Stadthalle, verklagt ihren Geschäftsführer *G* auf Schadensersatz in Höhe von 6.000 Euro. Sie behauptet, *G* habe bei der Silvesterveranstaltung 2019/2020 Gastronomie-Gelder in dieser Höhe vereinnahmt. Diese Einnahmen habe er jedoch nicht abgerechnet und abgeführt, sondern verschwiegen und unrechtmäßig für sich behalten. Dies sei ihm durch eine unstreitig völlig ungeordnete Buch- und Kassenführung möglich gewesen.

G bestreitet bereits die Höhe der von der Klägerin behaupteten Umsätze. Im Übrigen leugnet er, jemals Umsätze rechtswidrig für sich behalten zu haben. Sollte er – woran er sich konkret nicht mehr erinnern könne – tatsächlich 6.000 Euro vereinnahmt und für sich behalten haben, so hätte er in jedem Fall einen Anspruch auf das Geld gehabt. Im November 2019 habe er nämlich aus seinem Privatvermögen Einkäufe für die *S-GmbH* in Höhe von über 6.000 Euro getätigt.

Der mit der Entscheidung betraute Richter wird zunächst klären, welche Tatsachen überhaupt beweisbedürftig sind (A.), bevor er sich der Frage zuwendet, wer hierfür jeweils die Beweislast (B.) und damit regelmäßig auch die Behauptungslast (C.) trägt.

A. Beweisbedürftigkeit

I. Unterscheidung von Tatsachen und Rechtsfragen

Beweisbedürftig sind grundsätzlich nur bestrittene und entscheidungserhebliche Tatsachen.³ Umgekehrt nicht beweisbedürftig sind damit zum einen un-

¹ Vgl. bereits *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 5: „Keine wissenschaftliche Arbeit kann der genauen Klärung und Erläuterung von Begriffen entbehren, mit denen sie arbeiten will. Dieser Satz gilt in besonders auffallender Weise für den Bereich der Beweislast.“

² Sachverhalt im Ausgangspunkt nach BGH, 26.11.1990, NJW-RR 1991, 485; ähnliche Fälle von Kassen- oder Warenfehlbeständen betreffen RG, 3.2.1920, RGZ 98, 98; BGH, 15.10.1962, NJW 1963, 46; 20.3.1972, WM 1972, 1121; 9.5.1974, NJW 1974, 1468; 9.6.1980, ZIP 1980, 776; 8.7.1985, NJW 1986, 54; OLG Frankfurt, 18.3.1992, GmbHR 1993, 160; OLG Stuttgart, 30.5.2000, GmbHR 2000, 1048.

streitige Tatsachen (als Folge der Geltung des Beibringungsgrundsatzes im Zivilprozess) und zum anderen Rechtsfragen (*iura novit curia*).⁴

Im Fallbeispiel könnte der *S-GmbH* ein Schadensersatzanspruch aus § 43 Abs. 2 GmbHG zustehen.⁵ Die hierfür erforderliche Geschäftsführerstellung des Beklagten ist unstreitig und bedarf keines Beweises. Ebenso sind Verschulden und Kausalität unstreitig, wenn sich nur herausstellen sollte, dass *G* das Geld tatsächlich ohne entsprechenden Anspruch einbehalten haben sollte. Die drei Punkte Geschäftsführerstellung, Verschulden und Kausalität legt das Gericht daher ohne Weiteres der Entscheidung zugrunde; sie erreichen gar nicht erst die Beweisstation.⁶ Streitig und beweisbedürftig sind demgegenüber Pflichtverletzung und Schaden. Da indes nur Tatsachen und nicht Rechtsfragen dem Beweis zugänglich sind, können *Beweisgegenstand* (oder *Beweisthema*) bei exakter Terminologie nicht „die Pflichtverletzung“ und „der Schaden“ selbst sein, sondern lediglich die für die Subsumtion unter diese Tatbestandsmerkmale maßgeblichen Tatsachen.

II. Insbesondere: Für die Pflichtverletzung relevante Tatsachen

Welche Tatsachen konkret beweisbedürftig sind, liegt aber insbesondere beim Tatbestandsmerkmal der Pflichtverletzung nicht immer auf der Hand. Richtigerweise gilt es insoweit, drei denklogische Ebenen zu unterscheiden:

1. Pflichtenprogramm

Ausgangspunkt aller Überlegungen zur Pflichtverletzung ist der Pflichtenkanon des Organmitglieds. Das Gros der Organpflichten ergibt sich jedoch unmittelbar aus dem Gesetz und ist damit nicht beweisbedürftig. Durch Anstellungsvertrag oder (in der GmbH) durch bindende Weisung der Gesellschafter können allerdings zusätzliche, über das Gesetz hinausgehende Pflichten begründet werden. Nur das Bestehen derartiger Zusatzpflichten kommt in diesem ersten Schritt als Beweisgegenstand überhaupt in Frage.

³ Ausführlicher (insbesondere auch zu Ausnahmen nach §§ 68, 138 Abs. 2–4, 288, 291 ZPO u.a.) *Laumen*, in: Hdb. der Beweislast, Bd. I, Kap. 3 Rn. 11 ff.

⁴ Vgl. hierzu und zu den Ausnahmen nach § 293 ZPO *Laumen*, in: Hdb. der Beweislast, Bd. I, Kap. 3 Rn. 4; *Prütting*, in: MünchKomm ZPO, § 284 Rn. 43; *Saenger*, in: ders., ZPO, § 284 Rn. 13; früh bereits *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, § 133, S. 438.

⁵ Gegenüber einer Haftung aus § 280 Abs. 1 BGB wegen Verletzung des Anstellungsvertrages ist die Haftung aus § 43 Abs. 2 GmbHG speziell, vgl. nur *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 43 Rn. 4; deliktische Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 246 Abs. 1 bzw. § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB spielen daneben – gerade wegen ihrer ungünstigeren Beweislastverteilung – kaum eine Rolle und finden dementsprechend in der zugrundeliegenden Entscheidung des BGH (26.11.1990, NJW-RR 1991, 485) keine Erwähnung.

⁶ Entsprechend knapp BGH, 26.11.1990, NJW-RR 1991, 485, 486: „[A]n dem Verschulden des [Geschäftsführers] kann in diesem Fall, da er nichts vorgetragen hat, was seiner Entlastung dienen könnte, kein nachhaltiger Zweifel bestehen.“

Vorliegend steht eine Verletzung derartiger außergesetzlicher Pflichten allerdings nicht im Raum, sondern „nur“ ein Verstoß gegen die gesetzliche und nicht beweisbedürftige Treuepflicht nach § 43 Abs. 1 GmbHG. Auf dieser ersten Ebene ist somit keine Beweiserhebung erforderlich.

2. Verhalten als solches

Steht der rechtliche Rahmen fest, bedarf auf einer zweiten Ebene das angeblich schadensbegründende Verhalten des Organmitglieds der Klärung.

Im Fallbeispiel ist also etwa Beweis darüber zu erheben, ob *G* die von der *S-GmbH* behaupteten Einnahmen erzielt hat und er diese sodann für sich behalten hat.

3. Umstände des Verhaltens

Der dritte und letzte Schritt beleuchtet, inwiefern sich das Verhalten angesichts der konkreten Umstände des Falls innerhalb oder außerhalb des Pflichtenkanons bewegt. Er bildet das Bindeglied zwischen Schritt 1) und Schritt 2) und geht in seiner Bedeutung über eine bloße Subsumtion des Verhaltens aus Schritt 2) unter die Pflichten aus Schritt 1) hinaus.⁷

Auch dies veranschaulicht das Fallbeispiel: Die Treuepflicht verbietet dem Organmitglied, sich unerlaubt Gesellschaftsressourcen anzueignen (Schritt 1). Angenommen, die Beweisaufnahme fördert die Erzielung von Einnahmen in Höhe von 6.000 Euro und deren Nichtabführung an die Gesellschaftskasse zu Tage (Schritt 2), so lässt die bloße Zusammenschau von Schritt 1 und Schritt 2 noch nicht auf das Vorliegen einer Pflichtverletzung schließen. Treuwidrig ist das Verhalten nämlich nur, wenn *G* kein Anspruch auf das Geld Zustand (Aufrechnungsbefugnis und Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB einmal vorausgesetzt). Um aber einen Anspruch des *G* ausschließen zu können, muss das Gericht über weitere Tatsachen Beweis erheben, namentlich über die angeblich aus dem Privatvermögen getätigten Einkäufe des *G* im November 2019. Erst in Kenntnis dieser Umstände kann es beurteilen, ob das Verhalten pflichtgemäß oder pflichtwidrig war. Zusammenfassend lässt sich für das Fallbeispiel festhalten: Die beweisbedürftigen Tatsachen sind – abhängig vom jeweiligen Prozessverlauf – die Erzielung von Einnahmen in der Gesamthöhe von 6.000 Euro und deren weiterer Verbleib sowie gegebenenfalls das Bestehen eines Anspruchs des *G* auf das Geld.

Wie im Fallbeispiel lassen sich das Verhalten als solches und dessen Begleitumstände, die eine etwaige Pflichtwidrigkeit erst begründen, zumeist klar voneinander abgrenzen. Gewisse Unschärfen können zwar naturgemäß vor allem bei Unterlassensvorwürfen entstehen. Abgrenzungsfragen ergeben sich indes auch in zahlreichen anderen Rechtsbereichen, wie etwa im Rahmen der strafrechtlichen Unterscheidung von Tun und Unterlassen, und stellen hier wie dort das Grundkonzept als solches nicht in Frage.

⁷ Für einen bloßen Subsumtionsvorgang wären auch von vornherein keine weiteren Beweiserhebungen notwendig; vgl. nur *Doralt/Doralt*, in: Semler/v. Schenck, Arbeits-Hdb. für Aufsichtsratsmitglieder, § 14 Rn. 236; *Jula*, GmbHR 2001, 807, 809.

B. Beweislast

Über die beweisbedürftigen Tatsachen wird ein Zivilgericht jedoch grundsätzlich nicht von Amts wegen Beweis erheben, sondern erst auf Beweisantritt der beweisbelasteten Partei hin.⁸ Somit stellt sich stets die Anschlussfrage, welche Partei für welche Tatsachen beweisbelastet ist. Dabei sind *abstrakte Beweislast* und *konkrete Beweislast* zu unterscheiden.

I. Abstrakte Beweislast

Die abstrakte Beweislast weist ihrerseits eine objektive und eine subjektive Komponente auf.

1. Objektive und subjektive Beweislast

Aus der Verhandlungsmaxime folgt die Notwendigkeit einer Partei, zur Vermeidung eines prozessualen Nachteils selbst Beweis zu führen. Damit ist die sog. *subjektive Beweislast (formelle Beweislast, Beweisführungslast)* angesprochen.⁹ Erst am Schluss der letzten mündlichen Verhandlung relevant wird demgegenüber die sog. *objektive Beweislast (materielle Beweislast, Feststellungslast)*. Sie regelt, zu wessen Nachteil zu entscheiden ist, wenn sich das Gericht trotz Ausschöpfung aller möglichen und prozessual zulässigen Beweismittel keine Überzeugung vom Vorliegen der beweisbedürftigen Tatsache bilden kann (sog. *non liquet*).¹⁰

„Abstrakt“ ist die so definierte subjektive und objektive Beweislast, weil ihre Verteilung aus Gründen der Rechtssicherheit und Gerechtigkeit von Beginn des Prozesses an und unabhängig von den besonderen Umständen des Falls feststehen muss.¹¹ Sie darf jedenfalls im deutschen Recht¹² nicht einer richterlichen Billigkeitsentscheidung im Einzelfall überlassen werden.¹³

⁸ Vgl. BVerfG, 29.12.1993, NJW 1994, 1210, 1211; *Foerste*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 284 Rn. 9; beschränkte Möglichkeiten einer Beweiserhebung von Amts bestehen insbesondere im Rahmen der §§ 142, 144, 448 ZPO.

⁹ Statt aller: *Prütting*, in: MünchKomm ZPO, § 286 Rn. 98.

¹⁰ Ebenfalls statt aller: *Prütting*, im MünchKomm ZPO, § 286 Rn. 100.

¹¹ Vgl. bereits *Hamm*, Verhandlungen des 23. DJT 1895, Bd. II, S. 317: „Das Verfahren wird vollständig zum Tohuwabohu, wenn der Richter nicht vorher weiß, wer zu beweisen hat.“

¹² Zu flexibleren Ansätzen etwa im tschechischen und niederländischen Recht vgl. Kapitel 5 – D, S. 164 ff.

¹³ Heute ganz h.M., vgl. nur *Ahrens*, in: Wiczorek/Schütze, ZPO, Vor § 286 Teil A Rn. 15; *Greger*, in: Zöller, ZPO, Vor § 284 Rn. 17; *Laumen*, in: Hdb. der Beweislast, Bd. I, Kap. 9 Rn. 21 f.; *Rosenberg*, Die Beweislast, S. 42 f., 64 f.; *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 286 Rn. 123.

2. Verteilung der abstrakten Beweislast

Obwohl die subjektive Beweislast zeitlich als erste im Prozess relevant wird, richtet sie sich in ihrer Verteilung nach der erst am Prozessende bedeutsamen, objektiven Beweislast.¹⁴ Dementsprechend versteht man unter dem bloßen Begriff „Beweislast“ heute allgemein die objektive (abstrakte) Beweislast.¹⁵ Deren Verteilung ist stets gesetzlich geregelt und ergibt sich für die Organin-nenhaftung aus einem Zusammenspiel von ungeschriebenem und geschriebe-nem Recht.

a) Stillschweigende gesetzliche Grundregel

Nach der stillschweigenden Grundregel der Beweislastverteilung trägt jede Partei die Beweislast für die tatsächlichen Voraussetzungen der ihr günstigen Norm. Für rechtsbegründende Tatsachen liegt die Beweislast demnach beim Anspruchsteller, für rechtshindernde, rechtsvernichtende oder rechtshemmen-de Tatsachen beim Anspruchsgegner.¹⁶ Die prozessuale Parteirolle hat auf die Beweislastverteilung keinen Einfluss.¹⁷ Maßgebend ist vielmehr der Gedanke, dass der derjenige, der den Besitzstand angreift, die Beweislast für die begehr-te Veränderung des *status quo* trägt.¹⁸

Eine derartige – auch in der Sache gleichlaufende – gesetzliche Grundregel haben zahlreiche Auslandsrechte positiviert, so etwa die Schweiz (Art. 8 ZGB), Österreich (§§ 1296, 1298 ABGB), Italien (Art. 2697 C.c.), Frankreich (Art. 9 CPC, Art. 1353 C. civ.), Belgien (Art. 870 C. jud.), Portugal (Art. 342 CCiv.) und viele weitere europäische und auch außereuropäische Rechtsord-nungen.¹⁹ Auch hierzulande sah der erste Entwurf des BGB in den §§ 193–198

¹⁴ Näher *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 14 ff., 23 ff.; *Saenger*, in: ders., ZPO, § 286 Rn. 53 f.; früh bereits *Rosenberg*, Die Beweislast, S. 16 ff., in Anlehnung an die frühe österreichische Prozessliteratur.

¹⁵ *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 9.

¹⁶ Vgl. *Rosenberg*, Die Beweislast, S. 98 f.; heute (mit lediglich geringfügigen Unter-schieden im Detail) allg. M., statt aller *Prütting*, in: MünchKomm ZPO, § 286 Rn. 113, 115; *Saenger*, in: ders., ZPO, § 286 Rn. 58; vgl. auch die direkte Bezugnahme auf *Rosen-berg* in BGH, 13.7.1983, ZIP 1983, 1207.

¹⁷ Allg. M., vgl. nur BGH, 3.4.2001, BGHZ 147, 203, 208; *Ahrens*, Der Beweis im Zi-vilprozess, S. 211 f.; *Prütting*, in: MünchKomm ZPO, § 286 Rn. 120; *Saenger*, in: ders., ZPO, § 286 Rn. 58; *Rosenberg*, Die Beweislast, S. 173 ff.; *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 286 Rn. 112.

¹⁸ Früh bereits *Beckh*, Die Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, S. 15 ff.; vgl. ferner *Ahrens*, Der Beweis im Zivilprozess, S. 206 f.; *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 251 ff., 258.

¹⁹ Überblick bei *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 270 ff.; vgl. ferner die Länderberichte bei *Lebre de Freitas* (Hrsg.), The law of evidence in the European Uni-on sowie *Nagel/Bajons* (Hrsg.), Beweis – Preuve – Evidence.

noch eine Kodifikation der Grundregel der Beweislastverteilung vor.²⁰ Allerdings wurden die entsprechenden Paragraphen insbesondere deshalb verworfen, weil man die Grundregeln für zu selbstverständlich hielt, als dass sie einer Kodifikation bedurft hätten. Stattdessen begnügten sich die Väter des BGB mit der Kennzeichnung von Abweichungen von der Normalverteilung.²¹ Mit *Leipold* lässt sich die heutige Lage daher wie folgt zusammenfassen:

„Mochte die Grundregel bis zum Erlaß des BGB Gewohnheitsrecht darstellen, jetzt aber war sie durch das bereckte Schweigen in den Rahmen des gesetzlichen Rechts einbezogen. So erscheint es sinnvoll, hier von einem stillschweigenden Gesetzesrecht zu sprechen.“²²

Soweit nichts Besonderes geregelt ist, trägt im Fallbeispiel also – kraft stillschweigenden Gesetzesrechts – die Gesellschaft als Anspruchstellerin die Beweislast für sämtliche anspruchsbegründenden Tatbestandsmerkmale.

b) Beweislastumkehr durch § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG

Abweichungen von der grundsätzlichen Beweislastverteilung können sich aus Gesetz, Beweislastvertrag oder – in engen Grenzen – aus Richterrecht ergeben. Dabei wird (wie im Folgenden) teils jede, nach engerem Begriffsverständnis aber auch nur die richterrechtliche Abweichung als *Beweislastumkehr* bezeichnet.²³

Eine gesetzliche Beweislastumkehr kommt häufig nur implizit im Gesetzeswortlaut zum Ausdruck, beispielsweise durch negative Formulierungen (wie in § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB: „Dies gilt nicht, wenn“), durch widerlegliche Vermutungen i. S. d. § 292 ZPO (wie in § 1006 Abs. 1 BGB: „wird vermutet, dass“) und durch Zweifelsregelungen (wie in § 125 Satz 2 BGB: „im Zweifel“).²⁴ Im Unterschied dazu enthält die Vorschrift des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG sogar eine

²⁰ Motive bei *Mugdan* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. I, Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil, S. 561 ff.; vergleichbare Regelungen fanden sich in den §§ 171, 175 des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sachsen von 1863/1865 sowie in Art. 1315 des französischen Code civil von 1804; vgl. ferner Art. 142, 144 des Dresdner Entwurfs von 1866.

²¹ Protokolle bei *Mugdan* (Hrsg.), Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. I, Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil, S. 815; zu Beispielen sogleich unter b), S. 12 ff.

²² *Leipold*, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, S. 46.

²³ Wie hier Verwendung im weiten Sinne etwa bei BGH, 1.7.1980, NJW 1980, 2186, 2187 (zum heutigen § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB) sowie in der amtlichen Überschrift des § 477 BGB, im engen Sinne dagegen etwa in Teilen der zivilprozessualen Literatur, etwa bei *Ahrens*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, Vor § 286 Teil A Rn. 146; *Greger* in *Zöller*, ZPO, Vor § 284 Rn. 22; *Laumen*, in: *Hdb. der Beweislast*, Bd. I, Kap. 9 Rn. 23.

²⁴ Vgl. *Laumen*, in: *Hdb. der Beweislast*, Bd. I, Kap. 27 Rn. 2 ff. mit weiteren Beispielen; dazu treffend *Leipold*, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, S. 52: „Der gewählte Weg des Einbaus der Beweislastregeln in den zunächst rein materiell-rechtlich bedeutsamen Satz stellt also eine sprachliche Abkürzung dar. Es wurde dadurch entbehrlich, jeweils neben den materiellen Rechtssatz eine Beweislastregel zu setzen.“

ausdrückliche Anordnung der Beweislastverteilung zu Lasten der Vorstandsmitglieder: „Ist streitig, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, so trifft sie die Beweislast.“²⁵

Die bereits dargestellte Rechtsprechung und h.M. sieht darin eine Beweislastumkehr für Pflichtverletzung und Verschulden.²⁶ Dieses Normverständnis soll an dieser Stelle nicht weiter hinterfragt werden.²⁷ Wichtig erscheint jedoch der neuerliche Hinweis, dass „die Pflichtverletzung“ an sich nicht dem Beweis zugänglich ist und es infolgedessen auch keine Beweislast für die Pflichtverletzung geben kann. Allein die Tatsachen, aus deren Vorliegen auf eine Pflichtverletzung geschlossen werden kann, sind möglicher Gegenstand eines Beweises und nur für sie kann eine Partei die Beweislast tragen.

Im Einzelnen sind dabei wiederum die drei genannten Ebenen²⁸ zu unterscheiden, wobei § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG nur auf der dritten Ebene die Beweislast dem Organmitglied zuweist:

ad 1) – Pflichtenprogramm

Macht die Gesellschaft die Verletzung einer nicht bereits kraft Gesetzes bestehenden Pflicht geltend, so ist es an ihr, Entstehung, Inhalt und Reichweite der zusätzlichen Pflicht darzulegen und nötigenfalls zu beweisen.²⁹ Als Anspruchstellerin trägt sie nach den allgemeinen Grundsätzen für diese anspruchsbegründenden Tatsachen die Beweislast; § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG ändert hieran nichts. Umgekehrt trifft das Organmitglied die Beweislast für

²⁵ Für weitere Beispiele ausdrücklicher Beweislastanordnungen vgl. die §§ 31 Abs. 1 Satz 3, 312k Abs. 2, 345, 361 Abs. 3, 363, 543 Abs. 4 Satz 2, 575 Abs. 3 Satz 3, 630h Abs. 2 Satz 1, 675d Abs. 2, 1375 Abs. 2 Satz 2, 2336 Abs. 3 BGB, §§ 15 Abs. 2 Satz 2, 130a Abs. 2 Satz 2, 452a Satz 2, 498 Abs. 2 Satz 2 HGB, § 22 AGG, § 5 Abs. 4 Satz UWG.

²⁶ Siehe oben Einleitung – A, S. 2.

²⁷ Zur Bestätigung des weiten Normverständnisses durch die Ergebnisse der historischen Interpretation noch unter Kapitel 2 – C.I, S. 36 ff.

²⁸ Siehe oben Kapitel 1 – A.II.1 bis 3, S. 8 ff.

²⁹ Vgl. bereits die Allgemeine Begründung zum Entwurf eines Gesetzes, betreffend die KGaA und die AG (1884) zu Art. 226 ADHGB 1884 unter § 12 Nr. 4 a), abgedruckt bei *Schubert/Hommelhoff* (Hrsg.), Hundert Jahre modernes Aktienrecht, ZGR-Sonderheft 4/1985, S. 462: „Die Bestimmung [scil. die Beweislast des Aufsichtsratsmitglieds für die Anwendung der gebotenen Sorgfalt], entbindet die Gesellschaft [...] selbstredend nicht von dem Nachweise [...] welches die Pflichten gewesen seien, die dem letzteren für sein Verhalten obliegen haben. [...] Stets hat der Kläger den Umfang der Obliegenheit [...] nachzuweisen.“; ferner RGZ 13, 43, 46: „so hat die Klägerin [...] nachzuweisen, daß und welche Pflichten dem Beklagten in der betreffenden Angelegenheit obliegen haben“; ebenso RG, 28.5.1937, JW 1937, 2657, 2658; OLG München, 8.7.2015, ZIP 2015, 2472, 2474 f.; *Beurkens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 76; *Fleck*, ZIP 1986, 269, 270; *ders.*, GmbHR 1997, 237, 238; v. *Gerkan*, ZHR 154 (1990), 39, 59 f.; *Heermann*, ZIP 1998, 761, 768; *Hopt/Roth*, in: Großkomm AktG, § 93 Rn. 436; *Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 481.

anspruchshindernde Tatsachen, wie etwa die Nichtigkeit der die Zusatzpflicht enthaltenden Klausel des Anstellungsvertrags.³⁰

ad 2) – Verhalten als solches

Auch für das konkrete Verhalten des Organmitglieds trägt die Gesellschaft die Beweislast,³¹ da das Verhalten des Organmitglieds eine anspruchsbegründende Tatsache im Sinne der Normentheorie ist. Auch in diesem Punkt kehrt § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG die Beweislast noch nicht um.³² Vielmehr stellt sich die von § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG ins Auge gefasste Frage, ob das Organmitglied unter den konkreten Umständen der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters genüge, erst, wenn über das vorgeworfene Verhalten selbst Klarheit besteht.

ad 3) – Umstände des Verhaltens

Die Beweislastumkehr des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG bezieht sich damit allein auf die Umstände des Verhaltens, von denen die Bewertung des Verhaltens als pflichtwidrig oder pflichtgemäß abhängt.

Im Fallbeispiel hat also zunächst die *S-GmbH* das konkrete Verhalten des *G* zu beweisen, namentlich die Vereinnahmung von 6.000 Euro und deren anschließende Nichtabführung an die Gesellschaftskasse. Dabei kommen ihr allerdings durchaus Beweiserleichterungen zugute (dazu sogleich).

Gelingen der *S-GmbH* diese Nachweise, so hängt das Vorliegen einer Pflichtverletzung vom Bestehen eines Anspruchs des *G* auf die 6.000 Euro ab. Als Anspruchstellerin müsste nach der Normentheorie grundsätzlich die *S-GmbH* die Tatsachen beweisen, aus denen sich das Nichtbestehen eines entsprechenden Anspruchs und damit das Vorliegen einer Pflichtverletzung ergibt. Allerdings kehrt § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG analog die Beweislast insoweit zu Lasten des *G* um. Dies bedeutet, dass er nicht etwa nur im Wege des sog. *Gegenbeweises* eine etwaige Überzeugung des Gerichts vom Nichtbestehen eines Anspruchs und damit von einer Pflichtverletzung zu erschüttern braucht. Vielmehr obliegt ihm der volle Beweis des Gegenteils (sog. *Gegenteilsbeweis*). Dieser ist erst erbracht, wenn er das Gericht positiv vom Bestehen eines Anspruchs auf die 6.000 Euro und damit von seinem pflichtgemäßen Handeln überzeugt.

³⁰ Ebenso differenzierend *Fleck*, GmbHR 1997, 237, 238; v. *Gerkan*, ZHR 154 (1990), 39, 60.

³¹ Allg. M., vgl. BGH, 4.11.2002, BGHZ 152, 280, 284; OLG München, 8.7.2015, ZIP 2015, 2472, 2475; *Dauner-Lieb*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 93 AktG Rn. 36; *Eichner/Höller*, AG 2011, 885, 890; *Goette*, in: Hommelhoff/Hopt/v. Werder, Hdb. Corporate Governance, S. 713, 737; *Hopt/Roth*, in: Großkomm AktG, § 93 Rn. 433; *Hüffer*, in: Bayer/Habersack, Aktienrecht im Wandel, Bd. II, S. 334, 381 (Rn. 92); *Koch*, in: Münchener Hdb. GesR, Bd. VII, § 30 Rn. 28; *Meier-Greve*, BB 2009, 2555, 2559; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 93 Rn. 208; für Österreich *Told*, wbl 2012, 181, 186; *Kraus/U. Torggler*, in: Torggler, GmbHG, § 25 Rn. 19.

³² Vgl. *Hopt/Roth*, in: Großkomm AktG, § 93 Rn. 433.

Die geschilderte Beweislastverteilung gälte im Übrigen auch dann, wenn – wie im Originalfall vor dem BGH – die *S-GmbH* nicht Klägerin, sondern Beklagte einer Restlohnklage des *G* wäre und den Organhaftungsanspruch nur im Wege der Widerklage verfolgen würde. Ebenso verhielte es sich im Falle einer Aufrechnung³³ der *S-GmbH* mit dem Schadensersatzanspruch oder einer negativen Feststellungsklage³⁴ des *G* auf Feststellung des Nichtbestehens eines Schadensersatzanspruchs.

Bei näherem Hinschauen offenbart sich allerdings ein gewisses Dilemma, für das hier lediglich kurz sensibilisiert werden soll: Um sich vom Vorwurf der Pflichtverletzung zu entlasten, müsste *G* einen Anspruch auf die 6.000 Euro nachweisen. Gleichzeitig entstand der *S-GmbH* aber nur dann ein Schaden, wenn *G* gerade keinen Anspruch auf das Geld hatte. Die den Aufwendungsersatzanspruch des *G* begründenden Tatsachen sind somit gewissermaßen „doppelrelevant“ für Pflichtverletzung und Schaden. Dabei scheint die Beweislast der *S-GmbH* für einen Schaden durch eine unberechtigte private Vereinnahmung der Gelder mit der Beweislast des *G* für das Gegenteil zu kollidieren. Diesem und anderen Beweislastproblemen wird sich Kapitel 4 näher annehmen.

Einstweilen gebührt der vorgelagerten Frage Vorrang, wie zu verfahren ist, wenn die *S-GmbH* anhand der Bücher nicht nachweisen kann, dass *G* überhaupt 6.000 Euro eingenommen, aber nicht der Gesellschaftskasse zugeführt hat – denn genau so verhielt es sich im Originalfall vor dem BGH.

II. Konkrete Beweislast

Diese Frage führt in den Bereich der konkreten Beweislast, die von der abstrakten Beweislast streng zu trennen ist. Sie regelt, welche Partei in der jeweiligen Prozesssituation die bereits vorläufig gewonnene Überzeugung des Richters durch einen Gegenbeweis wieder erschüttern muss.³⁵ Eingängiger ist insoweit wohl der englische Terminus *evidential burden/burden of adducing evidence* (als Äquivalent zur konkreten Beweislast) in Abgrenzung zur *persuasive burden/ultimate burden* (dem Pendant zur abstrakten Beweislast).³⁶

Zu Beginn des Prozesses deckt sich die konkrete Beweislast stets mit der abstrakten Beweislast. Im Ausgangspunkt ist der Richter also gewissermaßen kraft Gesetzes vorläufig von den Tatsachen überzeugt, die für die jeweils

³³ Vgl. RG, 30.9.1919, RGZ 96, 286, 288; 24.10.1919, RGZ 97, 82, 83; BGH, 13.1.1983, NJW 1983, 2018; Ahrens, Der Beweis im Zivilprozess, S. 212; Rosenberg, Die Beweislast, S. 122; Skamel, in: BeckOGK BGB, 1.1.2020, § 387 Rn. 230; vgl. bereits Motive bei Mugdan (Hrsg.), Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, S. 59: „Die Voraussetzungen der Aufrechnung hat der Theil, welcher sie geltend macht, zu beweisen, gerade wie derjenige, welcher Zahlung behauptet, solche beweisen zu müssen in der Lage ist.“

³⁴ Vgl. BGH, 3.4.2001, BGHZ 147, 203, 208; 17.7.2012, NJW 2012, 3294; Ahrens, Der Beweis im Zivilprozess, S. 211; Greger, in: Zöller, ZPO, § 256 Rn. 18; Rosenberg, Die Beweislast, S. 174 f.; Thole, in: Stein/Jonas, ZPO, § 286 Rn. 112.

³⁵ Ausführlicher zum Nachfolgenden Ahrens in Wieczorek/Schütze, ZPO, Vor § 286 Teil A Rn. 40 ff.; Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 8 f., 29 f.; ders., in: MünchKomm ZPO, § 286 Rn. 103; Saenger, in: ders., ZPO, § 286 Rn. 56; früh bereits Leonhard, Die Beweislast, S. 190; Rosenberg, Die Beweislast, S. 166 ff., 178 ff.

³⁶ Vgl. Auburn, in: Malek (Hrsg.), Phipson on Evidence, Rn. 6-02 ff.

abstrakt nicht beweisbelastete Partei (im Folgenden A) günstig sind. Legt nun die andere, abstrakt beweisbelastete Partei (im Folgenden B) Beweise vor, die diese vorläufige Überzeugung erschüttern, so geht die konkrete Beweislast auf A über. Mithin ist es nun an A, die Überzeugung des Richters von den für A günstigen Tatsachen wiederherzustellen. Gelingt A dies, ist wiederum B am Zug, entsprechende Gegenbeweise zu erbringen.

Anders als die abstrakte Beweislast kann die konkrete Beweislast im Prozessverlauf somit mehrmals hin- und herwechseln. Ihrer missverständlichen Bezeichnung zum Trotz gehört die konkrete Beweis(führungs-)last daher nicht zum Bereich der Beweislast im herkömmlichen Sinn, sondern ist von der Beweiswürdigung abhängig; sie ist nicht Rechtsfrage (wie die abstrakte Beweislast), sondern Tatfrage.

So bekräftigt der BGH im Originalfall zwar zunächst, dass die (abstrakte) Beweislast für den Schaden bei der Gesellschaft liegt. Allerdings dürfe es dieser nicht zum Nachteil gereichen, wenn der Geschäftsführer, der für ein geordnetes Abrechnungswesen verantwortlich war, die Abrechnung pflichtwidrig schuldhaft so gestaltet hat, dass der Verbleib der Einnahmen am Ende nicht mehr nachzuvollziehen sei. Vielmehr müsse dann er nachweisen, dass die Beträge ordnungsgemäß in die von ihm gemeldeten Umsatzzahlen eingeflossen und abgeführt worden seien. Sofern ihm dies nicht gelingt, „steht damit [...] sowohl das pflichtwidrige Verhalten [...] als auch [...] der Mindestbetrag des [...] zu ersetzenden Schadens fest“.³⁷ Dass Pflichtverletzung und Schaden nach dem bisherigen Stand der Beweisaufnahme „feststehen“, offenbart nichts anderes als eine durch Beweiswürdigung gewonnene, vorläufige richterliche Überzeugung von Pflichtverletzung und Schaden. Diese vorläufige Überzeugung droht freilich zur endgültigen Überzeugung heranzureifen, „sofern der [Geschäftsführer] nicht darlegen kann, was mit dem Geld [...] geschehen ist“³⁸ – mit anderen Worten: sofern der Geschäftsführer die vorläufige richterliche Überzeugung von der Nichtabführung der Gelder nicht durch einen Gegenbeweis erschüttert.

Die konkrete Beweislast für den Verbleib der Einnahmen als Voraussetzung von Pflichtverletzung und Schaden lag mithin nun bei G. Da dieser die vorläufige Überzeugung des Gerichts nicht erschüttern konnte, stand für den BGH fest, dass G die Gelder tatsächlich für sich behalten hatte. Anders als in unserem Fallbeispiel hatte G im Originalfall auch keinen Anspruch zu seiner Entlastung vorgetragen, sodass er ohne weitere Beweiserhebungen zum Schadensersatz verpflichtet war.

Im Ergebnis stimmt die Literatur dem BGH darin zu, dass der Gesellschaft in Fällen eines Kassen- oder Warenfehlbestandes eine Beweiserleichterung³⁹ zuteilwerden soll.⁴⁰ Der

³⁷ BGH, 26.11.1990, NJW-RR 1991, 485, 486.

³⁸ Ebenda.

³⁹ Näher zu Begriff und Erscheinungsformen der Beweiserleichterung *Laumen*, in: Hdb. der Beweislast, Bd. I, Kap. 12 Rn. 1 ff.

⁴⁰ Vgl. *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 77; *Ek/Kock*, Haftungsrisiken für Vorstand und Aufsichtsrat, Rn. 415; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 223; v. *Gerkan*, ZHR 154 (1990), 39, 46 ff.; *Hopt/Roth*, in: Großkomm AktG, § 93 Rn. 434; *Kirberger*, EWiR 1991, 379 f.; *Oetker*, in: Henssler/Strohn, GesR, § 43 GmbHG Rn. 58; *M. Roth*, Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstands, S. 145; *Schnorbus*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 43 Rn. 85; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 93

dogmatische Weg allerdings, auf dem die konkrete Beweislast auf das Organmitglied verlagert und diesem der Gegenbeweis für das Fehlen eines Schadens abverlangt wird, bleibt unklar. Mögliche Erklärungsansätze könnten in den Figuren des *Anscheinsbeweises*⁴¹ oder der *tatsächlichen Vermutung*⁴² liegen.

Das Fallbeispiel vermittelt damit nicht nur einen Eindruck von den vielfältigen Verflechtungen des Rechts der Organhaftung mit den Instituten des Beweisrechts. Es zeigt auch, dass letztere oft mehr oder minder unausgesprochen der Falllösung zugrunde liegen. In besonderem Maße gilt dies für die Behauptungs- oder Darlegungslast, die in der Regel nur dann Eingang in die Urteilsgründe findet, wenn sie einmal besondere Komplikationen aufwirft.⁴³

Auch in dem unserem Fallbeispiel zugrunde liegenden Urteil kam die Behauptungslast nicht weiter zur Sprache. Dementsprechend knapp sind die folgenden Ausführungen gehalten.

C. Behauptungslast

I. Abstrakte Behauptungslast

Als Pendant zur abstrakten Beweislast regelt die *abstrakte Behauptungslast* (*abstrakte Darlegungslast*), welche Tatsachen von welcher Partei vorzutragen und damit gemäß § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO zum Inhalt der Verhandlung zu machen sind, um vor dem Hintergrund des Beibringungsgrundsatzes einen prozessualen Nachteil zu vermeiden.⁴⁴ In ihrer Verteilung folgt sie zumindest in allen wesentlichen Punkten der abstrakten Beweislast.⁴⁵

Rn. 209; *Thümmel*, Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, Rn. 229; *Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 477, 487; mit Einschränkung *Krieger/Sailer-Coceani*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 42 (nur bei sehr kleinen Gesellschaften).

⁴¹ Ausführlich hierzu *Laumen*, in: Hdb. der Beweislast, Bd. I, Kap. 17 Rn. 1 ff.; *Prütting*, in: MünchKomm ZPO, § 286 Rn. 48 ff.; monografisch etwa *Pawlowski*, Der prima-facie-Beweis bei Schadensersatzansprüchen aus Delikt und Vertrag; *Rommé*, Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast; *Wassermeyer*, Der prima-facie-Beweis und die benachbarten Erscheinungen.

⁴² Ausführlich zu dieser problematischen Figur *Baumgärtel*, FS Schwab, S. 43 ff.; *Laumen*, MDR 2015, 1; *Musielak*, JA 2010, 561; *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 50 ff.; grundlegend *Dänzer*, Die tatsächliche Vermutung.

⁴³ Dementsprechend *Laumen*, in: Hdb. der Beweislast, Bd. I, Kap. 9 Rn. 63: „Die Bedeutung der Behauptungslast wird im Vergleich zur Beweislast allgemein als sehr gering eingeschätzt.“

⁴⁴ Vgl. nur *Prütting*, in: MünchKomm ZPO, § 286 Rn. 134; *Saenger*, in: ders., ZPO, § 286 Rn. 84.

II. Konkrete Behauptungslast

Ebenso korrespondiert mit der konkreten Beweislast eine *konkrete Behauptungslast* (*konkrete Darlegungslast*, *Substantiierungslast*). Sie beschreibt in der jeweiligen Prozesssituation, welche Partei die vorläufig gewonnene Überzeugung des Richters durch substantiiertes Gegenvorbringen wieder erschüttern muss.⁴⁶ Der Umfang der Substantiierungslast hängt von den Einlassungen des Gegners ab und kann sich „gleichsam aufschaukeln“.⁴⁷ Grundsätzlich kann sich die Gegenseite mit einem einfachen Bestreiten begnügen, solange die abstrakt behauptungs- und beweisbelastete Partei selbst nur pauschale Behauptungen aufgestellt hat. Erst nach substantiiertem Vorbringen der beweisbelasteten Partei muss der Gegner den Vortrag seinerseits substantiiert bestreiten.

Ausnahmsweise kann jedoch selbst ein bloß pauschaler Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei eine gesteigerte Darlegungslast des Gegners auslösen. Anstelle der primär behauptungsbelasteten Partei obliegt die prozessuale Last, als Erster im Prozess einen substantiierten Tatsachenvortrag zu leisten, in diesen Fällen sekundär dem Gegner. Insofern hat sich der Begriff der *sekundären Behauptungs-* oder *Darlegungslast* eingebürgert.⁴⁸ Als Ausfluss von Treu und Glauben bzw. der Erklärungspflicht des § 138 Abs. 2 ZPO⁴⁹ kommt das Rechtsinstitut zum Tragen, wenn (1) die an sich behauptungsbelastete Partei außerhalb des maßgeblichen Geschehensablaufs steht und die relevanten Tatsachen nicht näher kennt, während (2) die Tatsachen dem Gegner bekannt oder für ihn unschwer in Erfahrung zu bringen sind und (3) diesem nähere Angaben zumutbar sind.⁵⁰

⁴⁵ H.M., vgl. BGH, 8.6.1988, NJW 1989, 161, 162; *Ahrens*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, Vor § 286 Teil A Rn. 51; *Hüffer*, FS Fleck, S. 151, 154; *Laumen*, in: Hdb. der Beweislast, Bd. I, Kap. 9 Rn. 60, 66; *Prütting*, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, S. 44; *Rosenberg*, *Die Beweislast*, S. 49; terminologisch unklar BGH, 17.12.1958, BGHZ 29, 113, 119 f.; teilw. a.A. *Musielak*, *Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß*, S. 50 ff.

⁴⁶ Vgl. nur *Laumen*, in: Hdb. der Beweislast, Bd. I, Kap. 9 Rn. 60; *Prütting*, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, S. 44.

⁴⁷ Unstr., vgl. nur BGH, 19.5.2011, NJW 2011, 3291, 3292; *Saenger*, in: *ders.*, ZPO, § 286 Rn. 89; v. *Selle*, in: BeckOK ZPO, § 138 Rn. 18.

⁴⁸ Ausführlich zur sekundären Behauptungslast *Beckhaus*, *Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung*, S. 138 ff.; *Kiethe*, MDR 2003, 781 ff.; *Laumen*, in: Hdb. der Beweislast, Bd. I, Kap. 22 Rn. 1 ff.; *Osterloh-Konrad*, *Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch*, S. 61 ff., jeweils m.w.N.

⁴⁹ Die Rechtsgrundlage ist nach wie vor str.; für eine Herleitung aus Treu und Glauben etwa BGH, 16.5.2006, BGHZ 167, 374, 382; 29.7.2009, NJW-RR 2009, 1482, 1484; *Loo-schelders/Olzen*, in: *Staudinger*, BGB, § 242 Rn. 1115; *Prütting*, in: *MünchKomm ZPO*, § 286 Rn. 131; für eine Ableitung aus § 138 Abs. 2 ZPO namentlich BGH, 5.10.2004, BGHZ 160, 308, 320; *Laumen*, in: Hdb. der Beweislast, Bd. I, Kap. 22 Rn. 29 (m.w.N. zu weiteren Ansichten in Rn. 26 ff.).

Ein klassischer Anwendungsbereich der sekundären Darlegungslast ist der Beweis von Negativa.⁵¹ So hat etwa nach den allgemeinen Regeln primär der Bereicherungsgläubiger die tatsächlichen Voraussetzungen für das Fehlen eines rechtlichen Grundes i.S.d. § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB zu behaupten und zu beweisen. Sekundär trifft jedoch den Bereicherungsschuldner eine gesteigerte Darlegungslast. Er hat darzulegen, aus welchen Umständen er ein Recht zum Behaltendürfen ableitet, wenn der Gläubiger außerhalb des von ihm zu beweisenden Geschehensablaufs steht, während er die notwendigen Kenntnisse hat und ihm nähere Angaben zumutbar sind.⁵² Kommt der Schuldner dieser sekundären Darlegungslast nicht nach, gilt der pauschale Vortrag des Gläubigers zum Fehlen eines Rechtsgrundes nach § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden.⁵³ Kommt er ihr nach, kann sich der Gläubiger darauf beschränken, die vom Schuldner vorgebrachten Rechtsgründe zu widerlegen; das Ausscheiden anderer, abstrakt-theoretisch denkbarer Rechtsgründe braucht der Gläubiger nicht nachzuweisen.⁵⁴

Wie bereits aufgezeigt wurde, warf das Fallbeispiel selbst keine Komplikationen im Bereich der Darlegungslast auf. Spätestens mit der Grundlagenentscheidung BGH, 4.11.2002, BGHZ 152, 280 sollte das Instrument der sekundären Darlegungslast jedoch endgültig aus seinem organhaftungsrechtlichen Schattendasein hervortreten und fortan eine zentrale Rolle bei der Prüfung von Pflichtverletzungen besetzen.⁵⁵

D. Gesamtschau

Das Recht der Beweislast kennt ein breit gefächertes Instrumentarium, das noch weit über die dargestellten Grundbegriffe hinausreicht. Aus dem Begriffsdickicht tritt jedoch immer wieder die abstrakte, objektive Beweislast

⁵⁰ St. Rspr., vgl. BGH, 17.3.1987, BGHZ 100, 190, 195 f.; 11.6.1990, NJW 1990, 3151 f.; 3.5.2016, NZG 2016, 783, 785; ausführlich *Laumen*, in: Hdb. der Beweislast, Bd. I, Kap. 22 Rn. 2, 30 ff.; ferner *Dölling*, NJW 2013, 3121, 3126.

⁵¹ Dazu *Ahrens*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, Vor § 286 Teil A Rn. 131 ff.; *Laumen*, in: Hdb. der Beweislast, Bd. I, Kap. 20 Rn. 17 ff.; *Stieper*, ZP 123 (2010), 27, 36 ff.

⁵² So die Rspr., vgl. BGH, 18.5.1999, NJW 1999, 2887 f.; 22.2.2011, NJW 2011, 2130, 2132; *Palandt/Sprau*, BGB, § 812 Rn. 76; bei der Eingriffskondition weist ein Teil d. Lit. die gesamte Beweislast für das Fehlen des Rechtsgrundes dem Schuldner zu, vgl. *Schwab*, in: *MünchKomm BGB*, § 812 Rn. 444 ff. m.w.N.

⁵³ Heutige Rspr. und h.M., vgl. BGH, 14.6.2005, BGHZ 163, 209, 214; 17.1.2008, NJW 2008, 982, 984; 13.6.2012, NJW 2012, 3774, 3776; *Laumen*, in: Hdb. der Beweislast, Bd. I, Kap. 22 Rn. 2; *Greger*, in: *Zöller*, ZPO, Vor § 284 Rn. 34c; *Kern*, in: *Stein/Jonas*, ZPO, § 138 Rn. 34; *Osterloh-Konrad*, *Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch*, S. 63; *Saenger*, in: *ders.*, ZPO, § 286 Rn. 93.

⁵⁴ Deutlich BGH, 27.9.2002, NJW 2003, 1039, 1040; *Palandt/Sprau*, BGB, § 812 Rn. 76.

⁵⁵ Näher unter Kapitel 4 – A, S. 65 ff.

hervor. An ihr richten sich alle weiteren Fragen zumindest im Ausgangspunkt aus. Wenn geklärt ist, wer die abstrakte, objektive Beweislast für eine Tatsache trägt, steht im Grundsatz auch die Verteilung der abstrakten, subjektiven Beweislast sowie der abstrakten Behauptungslast fest. Selbst die im Prozessverlauf jeweils häufig hin- und herwechselnde konkrete Beweislast und konkrete Behauptungslast liegen zumindest zu Prozessbeginn grundsätzlich beim Träger der abstrakten, objektiven Beweislast. Etwaige Beweisschwierigkeiten einer beweisbelasteten Partei können ebenfalls erst erkannt werden, wenn feststeht, wer die beweisbelastete Partei ist. Erst dann ergibt es Sinn, mögliche Beweiserleichterungen zu diskutieren. Die folgenden Ausführungen sind daher auf die Verteilung der abstrakten, objektiven Beweislast – und damit vor allem auf § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG – fokussiert.

Kapitel 2

Rechtsgeschichte

Über die dogmengeschichtliche Entwicklung der Beweislastumkehr des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG ist bislang nur wenig bekannt. Näher erforscht ist allein die Rechtsprechung des Reichsgerichts vor und nach der Kodifikation der Beweislastumkehr durch § 84 Abs. 2 Satz 2 AktG 1937.¹ Dabei lohnt es in doppelter Hinsicht, diese Forschungslücke zu schließen. Für die Rechtsanwendung ergeben sich neue Hinweise für die Bestimmung der Reichweite der Beweislastumkehr im Wege der historischen Auslegung. Für die Rechtsetzung zeigt sich einmal, wie weit die oft beschworene historische Legitimation der Beweislastumkehr tatsächlich reicht. Vor allem aber lässt die rechtsgeschichtliche Rückschau erkennen, welche Sachgründe der Beweislastumkehr einst zugrunde lagen. Die Erforschung der Rechtsgeschichte bereitet damit den Boden, um in einem weiteren Kapitel die Fortgeltung dieser Sachgründe in der modernen Kapitalgesellschaft überprüfen zu können.

A. Vom Vormundschaftsrecht zum Organhaftungsrecht

Wer sich auf die vorkodifikatorische Spurensuche begibt, gelangt von der organhaftungsrechtlichen Rechtsprechung des Reichsgerichts zunächst in die Gefilde der Auftragnehmerhaftung in der Judikatur von Reichs- und Reichsoberhandelsgericht. Von dort aus führt eine ungebrochene Zitierkette zurück zu einer Entscheidung des Oberappellationsgerichts (OAG) Lübeck aus dem Jahr 1845 mit Weiterverweisungen in das römische Recht.² Dort hat der zeitliche Längsschnitt daher zu beginnen.

I. Oberappellationsgericht Lübeck

Erstmals mit der Frage nach der Beweislast bei der Auftragnehmerhaftung konfrontiert, suchte das OAG Lübeck zunächst nach einer Antwort in den

¹ Eingehend *Goette*, ZGR 1995, 648.

² Vgl. die Verweisung in RG, 13.4.1920, JW 1920, 1032, 1033 auf RG, 25.1.1888, RGZ 20, 269 und von dort aus auf OAG Lübeck, 8.9.1845, Sammlung Hamburg Rspr. Bd. I, 446.

Digesten.³ Im Auftragsrecht nicht fündig geworden,⁴ griff es beherzt auf das Vormundschaftsrecht zurück:

Danach stand einem Mündel („Curanden“), wenn sein Vormund einen Schaden verursachte und zugleich die Bürgen des Vormundes insolvent waren, ein Ersatzanspruch gegen die Munizipal-Obrigkeit zu, welche die Bürgen bestellt hatte. Im Prozess brauchte der Mündel dabei jedoch nicht die *culpa* der Munizipal-Obrigkeit, sondern nur die Insolvenz der Bürgen darzulegen. Sodann hatte die Munizipal-Obrigkeit deren Solvenz zur Zeit der Bestellung, mithin ihre *diligentia*, zu beweisen.

Mit diesen Digestenstellen⁵ im Gepäck, setzte das OAG Lübeck der Munizipal-Obrigkeit den Mandatar gleich. Nachdem die Munizipal-Obrigkeit ihre *diligentia* zu beweisen hatte, schloss es dementsprechend auf die „Verbindlichkeit eines Mandatars, seine Diligenz zu beweisen“⁶. Dieser Beweislastverteilung blieb das OAG auch in seinen nachfolgenden Entscheidungen treu.⁷

Ergänzend zur Berufung auf römisch-rechtliche Autoritäten entwickelte das Gericht in seinem ersten und ausführlich begründeten Urteil allerdings noch zwei eigenständige, noch heute interessierende Argumente: Zum einen gehöre zur Rechenschaftspflicht des Mandatars nicht nur die Auskunft, sondern auch ein Beweis über die eingehaltene Diligenz.⁸ Zum anderen entspreche diese Verteilung der Beweislast der Natur der Sache und der Billigkeit, da es bei dem fraglichen Beweis auf Umstände ankomme, „wovon in der Regel nur der Mandatar eigene Kenntniß hat, und worüber ihm leichter Nachweisungen zu Gebote stehen“⁹.

³ Vgl. OAG Lübeck, 8.9.1845, Sammlung Hamburg Rspr. Bd. I, 446.

⁴ Tatsächlich dürfte das römische Auftragsrecht – soweit ersichtlich – keine Beweislastregelung enthalten. Die spätere Entscheidung ROHG, 1.6.1872, ROHGE 6, 215, 216 f. verweist zwar auf *Weber* (Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß, Kap. VI, § 23, S. 179), der aus D. 17, 1 schließt, dass die Erfüllung des Auftrags zu den vom beklagten Auftragnehmer zu beweisenden Einreden gehört; ferner wird in ROHG, 4.10.1873, ROHGE 11, 146, 147 vom Beklagten eine angebliche Beweislastregelung in l. 11. 13 Cod. mand. (= C. 4, 35, 11 und 13) als verletzt gerügt; tatsächlich lassen sich diesen auftragsrechtlichen Belegstellen aber keine Beweislastregeln entnehmen.

⁵ L. 11 D. de probationib. (= D. 22, 3, 11); l. 1 § 13 D. d. magistratib. conveniend. (= D. 27, 8, 1, 13).

⁶ Vgl. OAG Lübeck, 8.9.1845, Sammlung Hamburg Rspr. Bd. I, 446, 457.

⁷ Vgl. OAG Lübeck, 26.9.1861, Seuffert's Archiv Bd. XV, 64 (allerdings ohne Begründung) und 29.4.1865, Kierulff's Sammlung 1865, 448, 455 (wiederum unter Verweis auf die o.g. Digestenstellen).

⁸ OAG Lübeck, 8.9.1845, Sammlung Hamburg Rspr. Bd. I, 446, 457; ebenso 29.4.1865, Kierulff's Sammlung 1865, 448, 455.

⁹ Urt. v. 8.9.1845, Sammlung Hamburg Rspr. Bd. I, 446, 458.

Gerade letzteres Argument spiegelt sich unverkennbar in der heutigen Rechtsprechung des BGH zur Organhaftung wider.¹⁰ Die Folgerechtsprechung griff den Aspekt der Beweisnähe allerdings zunächst nur noch in einer einzigen weiteren Entscheidung auf.¹¹ Demgegenüber sollte ersterer Gesichtspunkt – die Rechenschaftspflicht des Beauftragten – die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts (ROHG) vollauf beherrschen.

II. Reichsoberhandelsgericht

So zitiert das ROHG nur mehr in seiner ersten Entscheidung zur Auftragnehmerhaftung pflichtschuldig die vormundschaftsrechtlichen Digestenstellen (sowie drei weitere, allerdings weniger einschlägige Quellen).¹² Schwerpunktmäßig befasst es sich jedoch von da an mit der Rechenschaftspflicht des Mandatars. Diese Verpflichtung umfasse nicht nur die Berechnung der Einnahmen und Ausgaben sowie die Herausgabe des Überschusses und der Urkunden, sondern auch den vollständigen Nachweis getreuer Geschäftsführung.¹³

Den Schluss von der Rechenschaftspflicht auf die Beweislast untermauert das ROHG dabei mit vier Digestenstellen, die das OAG Lübeck dereinst noch nicht erwähnt hatte, und unter welchen auch nur zwei tatsächlich einschlägig erscheinen:¹⁴

Nach l. 111 D. de condit. et demonstr. (= D. 35, 1, 111)¹⁵ muss derjenige (scil. ein Sklave), der unter der Bedingung der Rechenschaftslegung freizulassen ist, vertrauenswürdig zeigen, dass er in all den von ihm geführten Angelegenheiten weder etwas, das er daraus erhalten hat, weggelassen hat, noch etwas, das er nicht ausgegeben hat, als Ausgaben verzeichnet hat.¹⁶ In der Tat scheint danach die Pflicht zur Rechenschaftslegung mit einer Nachweispflicht gepaart zu sein.

In l. 2 D. de negot. gest. (= D. 3, 5, 2) wird die Pflicht des Geschäftsführers ohne Auftrag zur Rechnungslegung unmittelbar mit seiner möglichen Scha-

¹⁰ Vgl. BGH, 4.11.2002, BGHZ 152, 280, 293 mit der „Erwägung, daß das jeweilige Organmitglied die Umstände seines Verhaltens und dadurch auch die Gesichtspunkte über-schauen kann, die für die Beurteilung der Pflichtmäßigkeit seines Verhaltens sprechen“.

¹¹ Vgl. RG, 25.1.1888, RGZ 20, 269; dazu sogleich unter III, S. 25 ff.

¹² Vgl. den Verweis in ROHG, 1.6.1872, ROHGE 6, 215, 216 auf l. 9 § 4 D. locat. (= D. 19, 2, 9, 4); l. 11 D. d. peric. et comm. rei vend. (= D. 18, 6, 11) und l. 5 C. d. pign. act. (= C. 4, 24, 5).

¹³ Vgl. ROHG, 1.6.1872, ROHGE 6, 215, 218.

¹⁴ Nicht einschlägig – weil keine Beweislastregelung enthaltend – erscheinen die in ROHG, 1.6.1872, ROHGE 6, 215, 218 zitierten Digestenstellen l. 32, l. 50 und l. 72 (= D. 35, 1, 32, 50 und 72).

¹⁵ Dieselbe Digestenstelle findet im Übrigen nochmals Erwähnung im Beklagtenvorbringen in ROHG, 4.10.1873, ROHGE 11, 146, 147 f.

¹⁶ Eigene Übersetzung in Anlehnung an die englische Übersetzung von *Watson*, *The Digest of Justinian*, Bd. III, S. 200.

denersatzpflicht verknüpft. Die Verpflichtung zum Schadensersatz (*eo nomine condemnari, quidquid vel non ut oportuit gessit vel ex his negotiis retinet*) beruht nach Ansicht des ROHG dabei auch nicht auf der Eigentümlichkeit des Rechtsverhältnisses der Geschäftsführung ohne Auftrag (*ex negotiis gestis*), sondern erscheint als eine rechtliche Folge der Rechenschaftspflicht (*actus sui rationem reddere*), sodass – so die unausgesprochene Schlussfolgerung – die Digestenstelle auch für das Auftragsrecht Autorität entfalten kann.

Gewappnet mit diesen gemeinrechtlichen Quellen setzte sich das ROHG in Widerspruch zur vorinstanzlichen Entscheidung der Justiz-Kanzlei. Diese hatte offenbar zu bedenken gegeben, dass die Klage doch der Sache nach nur die Schäden der *Nichterfüllung* des Auftrags verfolge und die Grundsätze über die *Vertragserfüllung* und deren Beweis nicht ohne Weiteres anwendbar seien.¹⁷ Ein Einwand, der auch in der jüngeren Literatur wieder anzutreffen ist¹⁸ und auf den noch zurückzukommen sein wird¹⁹.

Einstweilen aber ist festzuhalten, dass das ROHG auch in zahlreichen weiteren Urteilen die Beweislast des Mandatars mit dessen Rechenschaftspflicht begründete. So führte es etwa aus, dass sich die in Art. 380 Abs. 2 ADHGB (ohnehin) ausdrücklich normierte Beweislast des Spediteurs für die Sorgfaltsanwendung aus der Rechenschaftspflicht des Mandatars in Betreff der Ausführung des übernommenen Auftrags ergebe.²⁰ Ferner verwies es in mehreren nahezu gleichgelagerten Kommissionsfällen²¹ auf die in Art. 361 ADHGB gesetzlich niedergelegte Rechenschaftspflicht des Kommissionärs und schloss

¹⁷ Insoweit wiedergegeben in ROHG, 1.6.1872, ROHGE 6, 215, 217 f.

¹⁸ Vgl. *Foerster*, ZHR 176 (2012), 221, 228 (ohne Bezugnahme auf die Ausführungen der Justiz-Kanzlei); ähnlich *Eßwein*, Privatautonome Gestaltung der Vorstandshaftung, S. 148 f. mit Fn. 759 („völlig anders gelagerte[r] Haftungsprozess“).

¹⁹ Näher unter Kapitel 3 – A.II, S. 45 ff.

²⁰ ROHG, 22.6.1875, ROHGE 19, 211, 214; ebenso bereits zuvor – allerdings ohne weitere Begründung – ROHG, 11.10.1872, ROHGE 7, 305, 306 f. und ROHG, 3.2.1874, ROHGE 12, 379, 385; ausführlicher zur Rechenschaftspflicht des Mandatars noch unter Kapitel 3 – A.II, S. 45 ff.

²¹ ROHG, 15.11.1872, ROHGE 8, 31; 10.5.1873, ROHGE 10, 187; 4.10.1873, ROHGE 11, 146; 14.11.1873, ROHGE 11, 403; dem Sachverhalt nach hatten die jeweiligen Kläger Waren auf Kommission der jeweiligen Beklagten verkauft und diesen im Gegenzug für die Aushändigung der Waren einen Vorschuss gewährt. Jeweils blieb der von den Klägern erzielte Verkaufspreis hinter dem Vorschuss zurück, weshalb sie die Rückerstattung der Differenz forderten. Die Beklagten wandten ein, die Kläger hätten beim Verkauf nicht mit der nötigen Diligenz gehandelt und die Mindereinnahmen somit selbst verschuldet. Damit rechneten sie der Sache nach mit einem Schadensersatzanspruch wegen pflichtwidriger Auftragsausführung auf (vgl. ROHG, 4.10.1873, ROHGE 11, 146 f.: „Verklagter macht compensando einen Schadens-Anspruch gegen Klägerin geltend, welcher darauf gegründet wird, daß Klägerin die zur Erzielung eines höheren Erlöses [...] geeignete Diligenz nicht angewendet habe und daher für den ungünstigen Ausgang der Auction verantwortlich sei.“).

daraus auf die Beweislast des Auftragnehmers für die Auftragsausführung mit der erforderlichen Sorgfalt.²²

Nach der vergleichsweise breiten Begründungsbasis des OAG Lübeck verengte sich damit der Fokus des ROHG auf die Rechenschaftspflicht des Beauftragten als allein entscheidendes Argument.

III. Reichsgericht

Demgegenüber entsann sich das RG²³ wieder der früheren Überlegung des OAG Lübeck zur besseren Kenntnis des Mandatars von den maßgebenden Umständen. Dementsprechend stützte es die Beweislast des Auftragnehmers für die sorgfaltsgemäße Auftragserfüllung nicht nur auf einen allgemeinen Grundsatz, wonach der Vertragspflichtige die Erfüllung der Vertragspflicht darzutun habe, und auf die Rechenschaftspflicht des Bevollmächtigten. Vielmehr untermauerte es sein Ergebnis mit dem zusätzlichen Argument der Beweisnähe: Da in der Regel nur der Mandatar eigene Kenntnis von den betreffenden Vorgängen besitze, pflegten ihm auch die Nachweisungen leichter zu Gebote zu stehen.

Ein späteres Urteil zitiert diese Entscheidung zur Haftung des Auftragnehmers in einem Atemzug mit genuin organhaftungsrechtlichen Fundstellen.²⁴ Damit war endlich die Brücke von der Beweislast des Auftragnehmers zu der des Organmitglieds geschlagen. Die nahtlose Übertragung auftragsrechtlicher Entscheidungen auf das Recht der Organhaftung fußte dabei im Übrigen auf der sog. Mandatstheorie.²⁵ Durch das französische Recht beeinflusst²⁶ qualifizierte man das Rechtsverhältnis der Organmitglieder zur Gesellschaft zunächst als Auftrag.²⁷ Konsequenterweise weitergedacht musste damit für die Organ-

²² Vgl. insbes. ROHG, 10.5.1873, ROHGE 10, 187, 190; ferner ROHG, 15.11.1872, ROHGE 8, 31, 45 f.; 4.10.1873, ROHGE 11, 146, 148; 14.11.1873, ROHGE 11, 403, 404 f.; ebenso ROHG, 9.10.1874, ROHGE 14, 400 f. (Beweislast des Mandatars für die Kreditwürdigkeit der Käufer, an die er im Auftrag des Klägers dessen Fabrikate verkauft hatte) und ROHGE 17, 233, 238 (Beweislast des Mandatars für die Einhaltung seiner Dilligenz in einem gegen ihn gerichteten Schadensersatzprozess wegen Abhandenkommens der von ihm zu verkaufenden Ware).

²³ RG, 25.1.1888, RGZ 20, 269.

²⁴ Vgl. RG, 13.4.1920, JW 1920, 1032 unter Verweis auf RG, 28.4.1885, RGZ 13, 43, 46; 25.1.1888, RGZ 20, 269; 28.5.1895, RGZ 35, 83; 3.2.1920, RGZ 98, 98.

²⁵ Rückblickend *Baums*, Der Geschäftsleitervertrag, S. 9 f.; *Fleischer*, AG 2006, 429 f.

²⁶ Vgl. Art. 31 Code de commerce von 1807; vgl. noch heute Art. 262 des belgischen Code des sociétés zur Geschäftsführerhaftung in der SPRL: „Les gérants sont responsables, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et des fautes commises dans leur gestion.“

²⁷ Deutlich etwa RG, 28.4.1885, RGZ 13, 43, 45: Danach „beruhte seine (scil. des Beklagten) Stellung im Verwaltungsrate auf einem von ihm angenommenen *Auftrage*“ (Herv. im Original).

haftung dieselbe Beweislastverteilung gelten wie für die Auftragnehmerhaftung. Tatsächlich wies das RG den Organmitgliedern regelmäßig ohne weitere Begründung die Beweislast für sorgfaltsgemäßes Handeln zu,²⁸ auch wenn sich das Organverständnis allmählich von seinen auftragsrechtlichen Ursprüngen emanzipierte.

Lediglich drei Entscheidungen bis 1937 führen noch eine Begründung für die Beweislastumkehr an. Davon bedienen sich zwei des hergebrachten Arguments der Rechenschaftspflicht des Organmitglieds.²⁹ Doch just die letzte reichsgerichtliche Entscheidung vor Erlass des AktG 1937 überraschte mit einem noch nicht dagewesenen Begründungsansatz. Ohne die Rechenschaftspflicht überhaupt in den Mund zu nehmen, führt das Gericht zur Beweislast der Organe einer Genossenschaft aus:

„Durch die Satzung der Genossenschaft kann die Haftung wohl verschärft, nicht aber gemildert werden [...]. Wird so der Geschäftsbetrieb der Genossenschaft ständig von Organen geleitet und beaufsichtigt, die nach unabdingbarer Vorschrift die Sorgfalt des ordentlichen Geschäftsmannes bei der Erfüllung ihrer Pflichten anzuwenden haben, so ist damit zugleich eine erhebliche Sicherheit dafür gegeben, daß die Genossenschaft vor geschäftlichem Schaden bewahrt bleibt. Wird gleichwohl [...] eine Schädigung des Vermögens der Genossenschaft herbeigeführt, so spricht die Vermutung dafür, daß die Amtsträger ihrer Sorgfaltspflicht nicht genügt haben.“³⁰

In anderen Worten wertet das RG den Eintritt eines Schadens (der durch zwingende Satzungsvorschriften verhindert werden soll) als Indiz dafür, dass das Organmitglied seine Sorgfaltspflicht verletzt hat. Daraus wiederum leitet es stillschweigend eine Umkehr der abstrakten Beweislast ab.

IV. Zwischenbefund

Der Streifzug durch die Rechtsprechung vor der Kodifikation des § 84 Abs. 2 Satz 2 AktG 1937 zeigt vor allem eines: Egal ob römisch-rechtliche Munizipal-Obrigkeit, Verkaufskommissionär des 19. Jahrhunderts, schlichter Auftragnehmer oder Organmitglied im modernen Sinn – sie alle trugen die Beweislast für ihr sorgfaltspflichtgemäßes Handeln. Zu keiner Zeit hatte die Gegenpartei, also der Mündel, Kommittent, Auftraggeber oder die Gesellschaft den Nachweis einer Sorgfaltspflichtverletzung zu führen. Dieses immer gleichbleibende Ergebnis wurde indes mit völlig unterschiedlichen Begründungen erzielt. Während die anfängliche Rückenbindung an die Digesten allmählich verblasste, traten drei Sachargumente in den Vordergrund: die Beweisnähe des Auftrags-

²⁸ Vgl. RG, 28.4.1885, RGZ 13, 43, 46 (allerdings nur *obiter dictum*, zutreffend Goette, ZGR 1995, 648, 651; Wach, FS Schütze, S. 663, 669); RG, 29.5.1934, RGZ 144, 348, 352; ferner RG, 23.5.1908, Holdheim 17 (1908), 234, 235; 13.4.1920, JW 1920, 1032, 1033; 26.9.1930, JW 1931, 40, 42; 11.6.1934, Warneyer 1934 Nr. 159, S. 331, 332.

²⁹ RG, 3.2.1920, RGZ 98, 98, 100; 17.12.1929, HRR 1930 Nr. 1038.

³⁰ RG, 31.3.1936, JW 1936, 2313 = HRR 1936 Nr. 1229.

nehmers bzw. Organmitglieds, dessen Rechenschaftspflicht und zuletzt die Indizkraft des Schadens für eine schuldhafte Pflichtverletzung.

B. Vom Richterrecht zum Gesetzesrecht

Die solchermaßen begründete Beweislastverteilung erfuhr mit § 84 Abs. 2 Satz 2 AktG 1937 eine *legitimitio per subsequentem legem*. Nach zahlreichen gescheiterten Kodifikationsversuchen war damit allerdings beinahe nicht mehr zu rechnen gewesen. Dass schlussendlich doch eine Kodifikation erfolgte, ist denn auch ganz eigentümlichen Gründen geschuldet.

I. Kodifikationsversuche bis 1937

Die Beratungen der Nürnberger Kommission zum ADHGB schwiegen sich zur Beweislast noch gänzlich aus, ebenso wie der Preußische Entwurf, die ersten beiden Entwürfe und sodann das ADHGB 1861 selbst.³¹ Auch 1882 hielten die Verfasser des ersten Entwurfs eines Gesetzes betreffend die KGaA und die AG eine Regelung der Beweislastverteilung noch nicht für erforderlich.³²

In den Verhandlungen der Aktienrechtskommission trat dem allerdings kein Geringerer als *Levin Goldschmidt* entgegen und beantragte, die später wegweisenden Worte einzufügen: „Sie [scil. die Organmitglieder] haben die Anwendung dieser Sorgfalt zu beweisen“.³³

Der überarbeitete Entwurf von 1884 übernahm diesen ersten Regelungsvorschlag fast wortgleich.³⁴ Die äußerst ausführliche Allgemeine Begründung

³¹ Zur Haftung des Aufsichtsrats in der KGaA nach Art. 204 ADGHB (= Art. 177 Preuß E, Art. 183 E I, Art. 191 E II); vgl. *Schubert* (Hrsg.), Protokolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetz-Buches, Bd. I, S. 388, Bd. III, S. 1127; zur Haftung des Vorstands in der AG nach Art. 241 ADHGB (= Art. 199 Preuß E, Art. 218 E I, Art. 227 E II); ebenda, Bd. I, S. 357 ff., Bd. III, S. 1069, Bd. IX, S. 4650; zur Haftung des Aufsichtsrats in der AG nach Art. 225b ADHGB 1870 (= späterer Art. 226 ADHGB); vgl. *Lieder*, in: Bayer/Habersack (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, Bd. I, S. 318 ff.

³² Vgl. Art. 204, 226 und 241 des Entwurfs eines Gesetzes, betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften (Januar 1882), abgedruckt bei *Schubert/Hommelhoff* (Hrsg.), Hundert Jahre modernes Aktienrecht, ZGR-Sonderheft 4/1985, S. 280, 282 f.; vgl. ferner die Wiedergabe der Motive in den Verhandlungen der Aktienrechtskommission, 10. Sitzung v. 4.4.1882, abgedruckt ebenda, S. 356.

³³ Vgl. die Verhandlungen der Aktienrechtskommission, 10. Sitzung v. 4.4.1882, abgedruckt bei *Schubert/Hommelhoff* (Hrsg.), Hundert Jahre modernes Aktienrecht, ZGR-Sonderheft 4/1985, S. 356 (zur Folgeänderung des Art. 241 ADHGB vgl. S. 370).

³⁴ Vgl. Art. 204 Abs. 1 Satz 2, 226 Abs. 1 Satz 2 und 241 Abs. 2 Satz 2 des Entwurfs eines Gesetzes, betreffend die KGaA und AG (1884), Aktenstück Nr. 21 v. 7.3.1884, abgedruckt bei *Schubert/Hommelhoff* (Hrsg.), Hundert Jahre modernes Aktienrecht, ZGR-

bezeugt allerdings, dass sich die Entwurfsverfasser diese Entscheidung keineswegs leicht gemacht hatten, insbesondere was die Beweislast der Aufsichtsratsmitglieder³⁵ anbelangt. Zwar stellt die Begründung eingangs klar, dass die Beweislastregelung in Art. 226 bei richtiger Auffassung keine Änderung des bestehenden Rechts enthalte und daher auch nicht als eine erst vom Entwurf eingeführte ungerechtfertigte Belastung bezeichnet werden könne.³⁶ Dennoch sieht sich der Entwurf unter einem gewissen Rechtfertigungsdruck. Das ROHG hatte nämlich in einem Gutachten „zur Abhülfe [...] der hervorgetretenen Uebelstände“ von 1877 vorgeschlagen, nur Vorstands-, nicht aber Aufsichtsratsmitgliedern die Beweislast für sorgfaltsgemäßes Handeln aufzuerlegen.³⁷ Während den Vorstand eine Rechenschaftspflicht treffe, obliege – so das Differenzierungsargument – dem Aufsichtsrat nämlich im Allgemeinen nur eine periodische Nachprüfung der Geschäftsführung. Grundsätzlich müsse daher die Gesellschaft die Negligenz nachweisen. Nur wo dem Aufsichtsrat eine Vorprüfungspflicht (*causae cognitio*) obliege,³⁸ sei der Diligenznachweis auch beim Aufsichtsrat erforderlich.³⁹

Der Entwurf von 1884 trat dieser Auffassung in der Sache entschieden entgegen, auch wenn er das ROHG-Gutachten nicht namentlich erwähnt. Die Aufgabe des Aufsichtsrats beschränke sich nicht auf die bloße Revision der Geschäftsführung des Vorstandes, sie sei vielmehr vielfach mit einer mitwir-

Sonderheft 4/1985, S. 394, 399, 401, jeweils gleichlautend: „Sie haben, wenn sie in Anspruch genommen werden, die Anwendung dieser Sorgfalt zu beweisen“.

³⁵ Vgl. demgegenüber die knapp gehaltene Besondere Begründung zur Beweislast der Vorstandsmitglieder nach Art. 241 Abs. 2 Satz 2 des Entwurfs eines Gesetzes, betreffend die KGaA und AG (1884), Aktenstück Nr. 21 v. 7.3.1884, abgedruckt bei *Schubert/Hommelhoff* (Hrsg.), Hundert Jahre modernes Aktienrecht, ZGR-Sonderheft 4/1985, S. 508.

³⁶ Allgemeine Begründung zum Entwurf eines Gesetzes, betreffend die KGaA und die AG (1884) unter § 12 Nr. 4 a), abgedruckt bei *Schubert/Hommelhoff* (Hrsg.), Hundert Jahre modernes Aktienrecht, ZGR-Sonderheft 4/1985, S. 462.

³⁷ Vgl. die Normvorschläge des ROHG in seinem 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 Uebelstände, 31.3.1877, abgedruckt bei *Schubert/Hommelhoff* (Hrsg.), Hundert Jahre modernes Aktienrecht, ZGR-Sonderheft 4/1985, S. 157, 219 (zur Haftung der Vorstandsmitglieder) vs. S. 229 (zur Haftung der Aufsichtsratsmitglieder).

³⁸ Hierfür nennt das ROHG folgende Fälle: „bei der Bestätigung der Mehrheit der Gründerangaben vor dem Registerrichter, der Genehmigung von Illationen und Erwerbungen nach der Eintragung, der Erklärung, das bisherige Grundkapital sei vollgezahlt, zwecks Eintragung der Neuemission, und insbesondere bei Prüfung der Bilanz und Berichterstattung darüber“.

³⁹ Vgl. die Begründung des ROHG in seinem 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 Uebelstände, 31.3.1877, abgedruckt bei *Schubert/Hommelhoff* (Hrsg.), Hundert Jahre modernes Aktienrecht, ZGR-Sonderheft 4/1985, S. 157, 227 f.

kenden Tätigkeit untrennbar verknüpft. Mit einem markigen Zwischenfazit setzt die Entwurfsbegründung sodann Überlegungen, die Beweislast für Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder unterschiedlich zu verteilen, ein für alle Mal ein Ende:

„Die Mitglieder des Aufsichtsraths von der Rechenschaftspflicht entbinden und dem Kläger den Beweis auferlegen zu wollen, daß das Mitglied sich einer Vernachlässigung seiner Obliegenheiten schuldig gemacht habe, hieße für die Mitglieder des Aufsichtsraths ein in keiner Weise gerechtfertigtes Sonderrecht schaffen, die Gesellschaft dagegen ihnen gegenüber schutzlos hinstellen.“⁴⁰

Schließlich kommt die Entwurfsbegründung auf das bereits durch die Rechtsprechung entwickelte Argument der Beweishäufigkeit zu sprechen⁴¹ und endet mit der Feststellung, dass es sich hiernach fast erübrige, im Gesetz zum Ausdruck zu bringen, dass im Streitfall die Aufsichtsratsmitglieder ihre sorgfältige Verpflichtung nachzuweisen haben. Doch erscheine es „zweckmäßig“ dies zu tun, um dadurch einer entgegengesetzten Auffassung der Beweislast vorzubeugen.⁴²

Gerade in diesem letztgenannten Punkt war die Reformliteratur indes anderer Ansicht. So setzte sich die Meinung durch, dass die Beweislastumkehr im Aktienrecht nicht geregelt werden müsse, da sie nicht aktienrechtsspezifisch sei, sondern auch im Auftragsrecht gelte.⁴³ Die Kodifikation der Beweislastumkehr, schon in greifbare Nähe gerückt, scheiterte damit auf der Zielge-

⁴⁰ Allgemeine Begründung zum Entwurf eines Gesetzes, betreffend die KGaA und die AG (1884) unter § 12 Nr. 4 a), abgedruckt bei *Schubert/Hommelhoff* (Hrsg.), Hundert Jahre modernes Aktienrecht, ZGR-Sonderheft 4/1985, S. 462.

⁴¹ Ebenda: „Die Aktionäre einer Gesellschaft [...] stehen tatsächlich schlimmer den geschäftsführenden Organen gegenüber, als sonst ein Geschäftsherr gegenüber seinem Geschäftsführer. Sie würden selten oder nie im Stande sein, jenen Beweis zu führen, da ihnen die Thätigkeit des Aufsichtsraths nicht offen liegt und sie kaum in der Lage sind, die Unterlassung derjenigen Obliegenheit auszumitteln, welche den Eintritt der Schädigung verursacht hat, während die Mitglieder des Aufsichtsraths sich ohne Schwierigkeit den Nachweis zu sichern vermögen, daß und wie sie ihre Obliegenheiten erfüllt haben.“

⁴² Ebenda, S. 462 f.

⁴³ Aufschlussreich *Wiener*, Der Aktiengesetz-Entwurf. Betrachtungen und Vorschläge, S. 98 f.: „Die Mitglieder gedachter Gesellschaftsorgane sollen [...] die Anwendung dieser Sorgfalt beweisen müssen. Das sieht besonders scharf aus, ist auch bereits als unmotivierte Härte in Beurteilungen des Entwurfs bezeichnet worden. Und doch entspricht es richtiger Auffassung des schon geltenden Rechts und den natürlichen Lebensverhältnissen. Auch wenn man den Satz streicht, so mag allerdings mancher Richter [...] in der Verteilung der Beweislast fehlgreifen, aber die wirkliche Geltung des Satzes wird durch die Streichung nicht beseitigt. Er beruht auf der Auskunftspflicht und Rechenschaftspflicht eines Verwalters fremden Vermögens“; ferner im Rückblick *Goldschmidt*, ZHR 30 (1885), 69, 86: „Ob die dem bestehenden Recht entsprechende im Entwurf normierte Beweislast der Aufsichtsräte wie der Vorstandsmitglieder, deren Entlastungspflicht, der gesetzlichen Feststellung bedarf, kann dahingestellt bleiben – das verständige richterliche Ermessen wird ohnehin wohl das Richtige treffen.“

raden.⁴⁴ Auch das GmbHG von 1892⁴⁵, das HGB von 1897⁴⁶ und der Reformentwurf zum Aktienrecht von 1931⁴⁷ unternahmen sonach keinen weiteren Anlauf, die Beweislastumkehr gesetzlich niederzulegen.

II. Kodifikation mit dem AktG 1937

Nur sechs Jahre später lautete § 84 Abs. 2 AktG 1937 allerdings wie folgt:

„Vorstandsmitglieder, die ihre Obliegenheiten verletzen, sind der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet. Sie haben nachzuweisen, daß sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben.“⁴⁸

Ausweislich der Amtlichen Begründung habe der gleichlautende amtliche Entwurf von 1936 „den in der Rechtsprechung schon entwickelten Gedanken, wonach der Vorstand in Schadensersatzprozessen den Entlastungsbeweis zu führen hat, gesetzlich verankert“⁴⁹. Dass mit § 84 Abs. 2 Satz 2 AktG 1937 tatsächlich „nur“ eine bereits richterrechtlich entwickelte Beweislastumkehr kodifiziert wurde, bestätigen die obigen Erkenntnisse zur vorkodifikatorischen Rechtsprechung.⁵⁰ Fraglich bleibt aber, woher dieser plötzliche Wille zur Kodifikation herrührte.

Die Antwort ergibt sich aus den Diskussionen des Aktienrechtsausschusses der Akademie für Deutsches Recht. Aus ihnen lässt sich – wie der Vorsitzende

⁴⁴ Vgl. das Fehlen einer Beweislastregelung in Art. 226, 241 nach der Aktienrechtsnovelle v. 18.7.1884, RGBl v. 31.7.1884, Nr. 1559, abgedruckt bei *Schubert/Hommelhoff* (Hrsg.), Hundert Jahre modernes Aktienrecht, ZGR-Sonderheft 4/1985, S. 560, 595, 599 f.

⁴⁵ Vgl. § 44 des GmbHG 1892 sowie das Schweigen zur Beweislastfrage in der Begründung GmbHG, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Deutschen Reichstages 1890/92, Anlagen Bd. V, Aktenstück Nr. 660, S. 3750.

⁴⁶ Vgl. § 241 HGB (entspricht Art. 241 ADHGB, § 200 RJA–E II, § 221 RJA–E II, § 231 BR–Vorl., § 236 RT–Vorl.) und § 249 HGB (entspricht Art. 226 ADHGB, § 208 RJA–E I, § 229 RJA–E II, § 239 BR–Vorl., § 244 RT–Vorl.) sowie das Schweigen zur Beweislastfrage in den dazugehörigen Materialien, abgedruckt bei *Schubert/Schmiedel/Krampe* (Hrsg.), Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897, Bd. II, erster und zweiter Halbband, 1987/1988, insbes. S. 124 ff., 414 ff., 615 ff., 1065 ff., 1436 f.

⁴⁷ Vgl. §§ 73, 85 des Entwurfs eines Gesetzes über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (1931), abgedruckt bei *Schubert/Hommelhoff* (Hrsg.), Die Aktienrechtsreform am Ende der Weimarer Republik, S. 863, 867; ferner *Klausing*, Reform des Aktienrechts, S. 264: „Die Bestimmungen über die Schadensersatzpflicht der Mitglieder des Vorstands und Aufsichtsrats gegenüber der Gesellschaft [...] sind im Prinzip unverändert geblieben.“

⁴⁸ Deutscher Reichsanzeiger und Preußischer Staatsanzeiger 1937, Nr. 28, S. 4; für Aufsichtsratsmitglieder galt § 84 gemäß § 99 sinngemäß.

⁴⁹ Aml. Begr. zu § 84 AktG, abgedruckt bei *Klausing*, Gesetz über Aktiengesellschaften, S. 71.

⁵⁰ Siehe oben unter Kapitel 2 – A, S. 21 ff.

Kißkalt selbst beobachtet – die „Tendenz einer verschärften Haftung“⁵¹ ablesen. In der Tat hatten einige Stimmen, auch schon während der Erörterungen des Aktienrechtsentwurfs 1931, die Ablösung der Verschuldenshaftung durch eine Erfolgshaftung gefordert.⁵² Dem traten andere jedoch ebenso vehement entgegen.⁵³ Zwischen diesen beiden Fronten präsentierte sich eine Beweislastumkehr zulasten der Organmitglieder als versöhnlicher „Mittelweg“⁵⁴. Dass die Organmitglieder tatsächlich bereits nach geltendem (Richter-)Recht beweisbelastet waren, fand in der Diskussion nur vereinzelt Erwähnung.⁵⁵ Größtenteils ging man wohl davon aus, eine „Haftungerschwerung durch Umkehrung der Beweislast“⁵⁶ einzuführen. Davon zeugt auch der erste Entwurf des Reichsjustizministeriums von 1935, der zunächst nur eine Beweislastumkehr für den Fall eines Zusammenbruchs der Gesellschaft vorsah.⁵⁷ Der darauffolgende amtliche Entwurf von 1936 verzichtete auf diese Einschränkung,⁵⁸ woraufhin der Aktienrechtsausschuss in seiner Stellungnahme zu triumphieren meinte: „In § 84 hat das Gesetz, entsprechend dem Vorschlage des

⁵¹ Beitrag abgedruckt bei *Schubert* (Hrsg.), Protokolle des Ausschusses für Aktienrecht der Akademie für Deutsches Recht, S. 139.

⁵² Vgl. insbesondere den Beitrag von *Baltrusch* in den Protokollen der Verhandlungen des aktienrechtlichen Arbeitsausschusses, abgedruckt bei *Schubert/Hommelhoff* (Hrsg.), Die Aktienrechtsreform am Ende der Weimarer Republik, S. 190 ff. sowie den Beitrag von *Geldmacher*, abgedruckt bei *Schubert* (Hrsg.), Protokolle des Ausschusses für Aktienrecht der Akademie für Deutsches Recht, S. 142 f.

⁵³ Vgl. den Beitrag des Berichterstatters *Grund* in den Protokollen der Verhandlungen des aktienrechtlichen Arbeitsausschusses, abgedruckt bei *Schubert/Hommelhoff* (Hrsg.), Die Aktienrechtsreform am Ende der Weimarer Republik, S. 239 f. sowie die Beiträge von *Zahn, Kolb, Keppler* und (zusammenfassend) *Kißkalt*, abgedruckt bei *Schubert* (Hrsg.), Protokolle des Ausschusses für Aktienrecht der Akademie für Deutsches Recht, S. 63, 71 f., 160, 305, 308.

⁵⁴ Vorsitzender *Kißkalt*, abgedruckt bei *Schubert* (Hrsg.), Protokolle des Ausschusses für Aktienrecht der Akademie für Deutsches Recht, S. 139; ähnlich der Beitrag von Reichsgerichtsrat *Kolb*, ebenda, S. 73 f.: „so glaube ich, daß praktisch der Unterschied nicht so sehr groß ist.“

⁵⁵ Vgl. einzig die Beiträge von Reichsgerichtsrat *Kolb* und *Klausing*, abgedruckt bei *Schubert* (Hrsg.), Protokolle des Ausschusses für Aktienrecht der Akademie für Deutsches Recht, S. 73 f. bzw. 142, 146.

⁵⁶ Erster Bericht des Vorsitzenden *Kißkalt* des Ausschusses für Aktienrecht der Akademie für Deutsches Recht vom April 1934, abgedruckt bei *Schubert* (Hrsg.), Protokolle des Ausschusses für Aktienrecht der Akademie für Deutsches Recht, S. 494; nochmalige Erwähnung der geplanten „Verstärkung“ der Haftung für den Fall des Zusammenbruchs der Gesellschaft durch eine Umkehr der Beweislast im Bericht vom April 1935 (ebenda, S. 508).

⁵⁷ § 83 Abs. 2 Satz 2 des Ersten Entwurfs des Reichsjustizministeriums von Mitte 1935, insoweit wiedergegeben bei *Schubert* (Hrsg.), Protokolle des Ausschusses für Aktienrecht der Akademie für Deutsches Recht, Einleitung S. XLII mit Fn. 138 (seinerseits zitiert nach BA Koblenz, R 22/541, Bl. 377 ff.).

⁵⁸ § 84 Abs. 2 Satz 2 des amtlichen Entwurfs von 1936.

Ausschusses, die Haftung der Vorstandsmitglieder durch die Umkehrung der Beweislast *erheblich verschärft*.⁵⁹

Offenbar meinte man also, mit der geschriebenen Beweislastumkehr die Haftung zu verschärfen, gewissermaßen also eine „Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel“⁶⁰ zu erzielen. Dies wiederum befriedete sogar diejenigen, die zum Zwecke der Haftungsverschärfung die Aufgabe der Verschuldenshaftung zugunsten einer Erfolgshaftung gefordert hatten. So ist der Fortbestand des Verschuldenserfordernisses wohl nicht zuletzt der Einführung des § 84 Abs. 2 Satz 2 AktG zu verdanken. Dass der *status quo* in Wahrheit aber unverändert blieb, weil die Beweislastumkehr schon längst gelebter Rechtsprechungspraxis entsprach, wurde entweder nicht erkannt oder jedenfalls bis zur Amtlichen Begründung geflissentlich verschwiegen.

III. Gesetzgebung seit 1937

Seit ihrem Inkrafttreten erfuhr die Norm lediglich eine kosmetische Änderung. Mit dem AktG 1965 trat auf Vorschlag des Rechts- und des Wirtschaftsausschusses eine Neufassung (nun des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG) in Kraft, durch die das Gewollte deutlicher als bisher zum Ausdruck kommen sollte:⁶¹

„Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, sind der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet. Ist streitig, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, so trifft sie die Beweislast.“

In dieser neuen Formulierung fand die Beweislastumkehr 1973 Eingang in § 34 Abs. 2 Satz 2 GenG,⁶² womit ausdrücklich eine Anpassung des Genossenschafts- an das Aktienrecht intendiert war⁶³.

Eine solche Anpassung hätte auch im GmbH-Recht erfolgen sollen, und zwar bereits im Jahre 1939.⁶⁴ Freilich wurde „schon nach geltendem Recht [...] all-

⁵⁹ Referat des Vorsitzenden *Kißkalt*, abgedruckt bei *Schubert* (Hrsg.), Protokolle des Ausschusses für Aktienrecht der Akademie für Deutsches Recht, S. 432 (Herv. d. Verf.).

⁶⁰ So der spätere berühmte Aufsatztitel von *Stoll*, AcP 176 (1976), 145.

⁶¹ Vgl. den Bericht des Abgeordneten *Dr. Wilhemi*, Zu Drucks. IV/3296, S. 15 (abgedruckt auch bei *Kropff*, Aktiengesetz 1965, S. 123); ferner § 90 Abs. 2 Satz 2 AktG in der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. IV/3296, S. 42; demgegenüber war § 90 Abs. 2 Satz 2 RegE AktG 1965 noch identisch mit § 84 Abs. 2 Satz 2 AktG 1937, vgl. BT-Drucks. IV/171, S. 20.

⁶² Gesetz vom 9.10.1973, BGBl. I S. 1451; die österreichische Parallelnorm des § 23 öGenG erfuhr keine entsprechende Änderung, sodass dort § 84 Abs. 2 Satz 2 öAktG nach wie vor analog anzuwenden ist, vgl. *Told*, wbl 2012, 181, 182.

⁶³ Vgl. Begr. RegE BT-Drucks. 7/97, S. 23; Bericht der Abgeordneten *Gnädinger* und *Stark* (Nürtingen) des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 7/659, S. 6.

⁶⁴ Vgl. § 64 RefE 1939 (identisch mit § 84 Abs. 2 Satz 2 AktG 1937), abgedruckt bei *Schubert* (Hrsg.), Entwurf des Reichsjustizministeriums zu einem Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung von 1939, 1985, S. 110.

gemein angenommen, daß der Geschäftsführer, aus dessen Geschäftsgebahren der Gesellschaft ein Schaden entstanden ist, im Streitfall nachweisen muß, daß er die ihm obliegende Sorgfalt angewendet hat.“ Doch sollte diese Regelung der Beweislast nun zum Gesetzesinhalt erhoben werden.⁶⁵ Die Reform 1939 scheiterte jedoch ebenso wie die große Reform 1971/1973; die geplante Übertragung der aktienrechtlichen Beweislastumkehr in das GmbHG⁶⁶ wurde damit bis heute nicht verwirklicht. Der Haftungstatbestand in § 43 Abs. 2 GmbHG steht daher – anders als die verwandten Normen im AktG und GenG – ohne die „kleine Schwester“ einer Beweislastregelung allein da. In der Rechtsanwendung kann dieser Unterschied allerdings ignoriert werden.⁶⁷

Seit Einführung des § 34 Abs. 2 Satz 2 GenG 1973 fand damit keine weitere ausdrückliche Beweislastregel mehr Eingang in das Organhaftungsrecht. Auch das UMAG aus dem Jahr 2005⁶⁸ verzichtete darauf, der neu in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG normierten Business Judgment Rule eine Beweislastregel zur Seite zu stellen. Stattdessen verweist die Regierungsbegründung auf allgemeine Grundsätze der Beweislastverteilung:

„Da der Haftungsfreiraum des Satzes 2 als Ausnahme und Einschränkung gegenüber Satz 1 formuliert ist, liegt die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale beim betroffenen Organ.“⁶⁹

Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens⁷⁰ ist diese Auffassung teils auf Zustimmung⁷¹, teils auf Widerspruch⁷² gestoßen. Im Ergebnis aber entsprach die

⁶⁵ Begr. RefE 1939, abgedruckt bei *Schubert* (Hrsg.), Entwurf des Reichsjustizministeriums zu einem Gesetz über die Gesellschaften mit beschränkter Haftung von 1939, 1985, S. 173.

⁶⁶ Vgl. § 73 RefE 1969 = § 75 RegE 1971/1973 (identisch mit § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG 1965), abgedruckt bei *BMJ* (Hrsg.), RefE eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 1969, S. 29 f., BT-Drucks. VI/3088, S. 21 bzw. BT-Drucks. 7/253, S. 21; dazu Begr. RefE 1969 = RegE 1971/1973, abgedruckt bei *BMJ* (Hrsg.), RefE eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 1969, S. 213, BT-Drucks. VI/3088, S. 125 bzw. BT-Drucks. 7/253, S. 125.

⁶⁷ Vgl. BGH, 4.11.2002, BGHZ 152, 280, 283; ferner *Reichert*, ZGR 2017, 671, 678: „Von Rechtsunsicherheit kann man angesichts der insoweit gefestigten Auffassung nicht sprechen.“

⁶⁸ Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) vom 22.9.2005, BGBl I, Nr. 60, S. 2802.

⁶⁹ Begr. RegE UMAG v. 14.3.2005, BT-Drucks. 15/5092, S. 12; fast wortgleich bereits RefE-UMAG v. 19.1.2004, S. 18; vgl. ferner die Binnensicht zum RefE-UMAG von *Seibert/Schütz*, ZIP 2004, 252, 254: „[Die Business Judgment Rule] ist hingegen nicht als abweichende Beweislastregel konstruiert.“

⁷⁰ Im Vorfeld wurde die Beweislastfrage bei unternehmerischen Entscheidungen kaum erörtert; für eine seltene Ausnahme *Hopt*, FS Mestmäcker, S. 909, 921; ohne Ausführungen zur Beweislast *Ulmer*, ZHR 163 (1999), 290, 299; *Baums*, Gutachten F zum 63. DJT 2000, Bd. I, F 240 f. und die Verhandlungen des 63. DJT 2000, Bd. II/1 mit Beschluss III.1., O 79; *Baums* (Hrsg.), Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, Rn. 70.

Beweislast des Organmitglieds auch bei unternehmerischen Entscheidungen der vorausgegangenen Rechtsprechung des BGH: Etwa fünf Jahre nach dem für das Geschäftsleiterermessen wegweisenden ARAG/Garmenbeck-Urteil⁷³ und knapp drei Jahre vor dem UMAG hatte er bereits judiziert, dass der Nachweis der Einhaltung der Sorgfaltspflichten durch das Organmitglied den Nachweis der Einhaltung seines – grundsätzlich weiten – unternehmerischen Ermessensspielraums einschlieÙe.⁷⁴ Dies entspricht bis heute der gefestigten Rechtsprechung⁷⁵ und herrschenden Literatur⁷⁶.

⁷¹ Vgl. *Handelsrechtsausschuss des DAV*, Stellungnahme Nr. 20/04 zum RefE-UMAG, April 2004, S. 3 f.; *Deutsche Schutzvereinigung für Wertpapierbesitz e.V. (DSW)*, Stellungnahme zum RefE-UMAG, S. 2 f.

⁷² Vgl. *Paefgen*, AG 2004, 245, 258 f.; *Bundesverband der Deutschen Industrie, Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Deutscher Industrie- und Handelskammertag, Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft, Bundesverband deutscher Banken*, gemeinsame Stellungnahme zum RefE-UMAG, 2.4.2004, S. 2; *Rainer Funke* (FDP), Bundestagsdebatte zum UMAG, 167. Sitzung, 18.3.2005, Plenarprotokoll 15/167, S. 15697; zurückhaltender *Friedrich Merz* (CDU), ebenda, S. 15696; *Deutsches Aktieninstitut*, Stellungnahme zum RefE-UMAG, 31.3.2004, S. 2.

⁷³ BGH, 21.4.1997, BGHZ 135, 244, 253 f.; hingewiesen sei jedoch auch auf bereits frühere Ausführungen zu unternehmerischen Entscheidungen im Beschluss zur Anerkennung der KGaA ohne natürliche Person als Komplementär: BGH, 24.2.1997, BGHZ 134, 392, 398; dazu sowie allgemein zur Entwicklung des Geschäftsleiterermessens *Fleischer*, BB 2004, 685, 686.

⁷⁴ BGH, 11.4.2002, BGHZ 152, 280, 284, ferner 286 („Sonstige übergeordnete Gesichtspunkte, welche das Abwarten der Beklagten als eine vertretbare unternehmerische Ermessensentscheidung erscheinen lassen könnten, sind nicht festgestellt.“); kritisch zum Aussagegehalt des Urteils *Paefgen*, NZG 2009, 891, 893: „Das BGH-Urteil vom 4.11.2002 geht auf Frage der Beweislast hinsichtlich der Geltungsvoraussetzungen des Geschäftsleiterermessens nur mit einem Satz und eher kryptisch im Sinne der herrschenden Meinung ein; eine abschließende Stellungnahme des II. Zivilsenats kann darin nicht gesehen werden.“

⁷⁵ Vgl. BGH, 14.7.2008, NZG 2008, 751, 752; 16.3.2009, NZG 2009, 550, 551; 22.2.2011, NZG 2011, 549, 550; 15.1.2013, NJW 2013, 1958, 1959 (Corealcredit Bank); KG, 24.2.2011, NZG 2011, 429, 432; OLG Düsseldorf, 14.5.2009, BeckRS 2009, 25547 sub B.II.2.a); OLG Stuttgart, 25.11.2009, NZG 2010, 141, 142.

⁷⁶ Vgl. *Bachmann*, Gutachten E zum 70. DJT 2014, E 32 f.; *Born*, in: *Krieger/Schneider*, Hdb. Managerhaftung, § 14 Rn. 13; *Bunz*, Der Schutz unternehmerischer Entscheidungen durch das Geschäftsleiterermessen, S. 204 f.; *Bürgers*, in: *Bürgers/Körber*, AktG, § 93 Rn. 27; *Cahn*, WM 2013, 1291, 1295; *Dauner-Lieb*, in: *Henssler/Strohn*, GesR, § 93 AktG Rn. 36; *Druey*, FS Goette, 57, 67; *Fest*, NZG 2011, 540, 541 f.; *Göz/Holzborn*, WM 2006, 157, 158; *Fleischer*, ZIP 2004, 685, 688; *ders.*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, § 93 Rn. 77; *Grigoleit/Tomasic*, in: *Grigoleit*, AktG, § 93 Rn. 69; *Hölters*, in: *ders.*, AktG, § 93 Rn. 269; *Holzborn/Bunnemann*, BKR 2005, 51, 52; *Horn*, ZIP 1997, 1129, 1135; *Kebekus/Zenker*, FS Maier-Reimer, S. 319, 331; *Hüffer/Koch*, AktG, § 93 Rn. 53; *ders.*, in: *Münchener Hdb. GesR*, Bd. VII, § 30 Rn. 28; *Kock/Dinkel*, NZG 2004, 441, 448; *Krieger/Sailer-Coceani*, in: *K. Schmidt/Lutter*, AktG, § 93 Rn. 41; *Link*, in: *Wachter*, AktG, § 93 Rn. 75; *Lutter*, ZIP 2007, 841, 846; *Mertens/Cahn*, in: *KölnKomm AktG*, § 93 Rn. 36, 141; *Oetker*, in: *Henssler/Strohn*, GesR, § 43 GmbHG Rn. 59; *Seibert/Schütz*, ZIP 2004, 252,

Auf Unionsebene war schließlich nach der Präambel und nach Art. 14 Abs. 2 Satz 2 des Vorschlags der Kommission für eine fünfte gesellschaftsrechtliche Richtlinie (Strukturrichtlinie) ebenfalls eine Beweislastumkehr vorgesehen, allerdings beschränkt auf das Verschulden.⁷⁷ Mit dem Scheitern dieses Vorschlags verblieb es damit hierzulande bei der weitergehenden Beweislastumkehr auch hinsichtlich der Pflichtverletzung.

IV. Zwischenbefund

Im Wechselspiel von höchstrichterlicher Rechtsprechung und Reformgesetzgebung findet bei weitem nicht jede richterliche Rechtsfortbildung das Placet des Gesetzgebers.⁷⁸ Die Beweislastumkehr zu Gunsten der Gesellschaft ist indes ein Beispiel für eine unveränderte Kodifikation von Richterrecht, sodass sich § 84 Abs. 2 Satz 2 AktG 1937 als „statute in the affirmative“⁷⁹ begreifen lässt.

Auffällig ist indes wiederum, dass eine Derogation durch ein negatives Reformgesetz offenbar zu keiner Zeit erwogen worden war. Die rechtspolitische Diskussion kreiste erstaunlicherweise nicht etwa darum, ob die Gesellschaft oder das Organmitglied die Beweislast tragen sollte. Umstritten war allein, ob die inhaltlich nie in Zweifel stehende Beweislast des Organmitglieds überhaupt der Kodifikation bedurfte.

Dementsprechend lassen sich den Gesetzesmaterialien zwar kaum neue Sachargumente für oder wider die Beweislastumkehr entnehmen. Im Vordergrund einer rechtspolitischen Bewertung der Beweislastumkehr stehen daher die bereits in der Rechtsprechung entwickelten Sachgründe (nachfolgend unter C.II.). Für den Rechtsanwender allerdings ergeben sich aus der Gesetzeshistorie wertvolle Anhaltspunkte für die Bestimmung der Reichweite des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG (sogleich unter C.I.).

254; *Spindler*, NZG 2005, 865, 872; *ders.*, in: MünchKomm AktG, § 93 Rn. 205; *Weber-Rey/Buckel*, AG 2011, 845, 848; *Wiesner*, in: Münchener Hdb. GesR, Bd. IV, § 26 Rn. 24.

⁷⁷ Vorschlag einer fünften Richtlinie vom 9. Oktober 1972 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen hinsichtlich der Struktur der Aktiengesellschaft sowie der Befugnisse und Verpflichtungen ihrer Organe, ABl. 1972 C 131/49, 50, 52; insoweit unverändert in den drei geänderten Vorschlägen vom 19.8.1983, ABl. 1983 C 240/2, 4, 13; vom 20.12.1990, ABl. 1991 C 7/4, 5 und vom 20.11.1991, ABl. 1991 C 321/9, 10; Zurücknahme des Vorschlags durch die Kommission am 21.12.2001, KOM(2001) 763 endgültig/2; dazu *Verse*, in: *Fleischer/Koch/Kropff/Lutter* (Hrsg.), 50 Jahre Aktiengesetz, ZGR-Sonderheft 19, 2016, S. 303, 308 f.

⁷⁸ Eingehend und mit weiteren Beispielen *Fleischer/Wedemann*, AcP 209 (2009), 597 ff. unter dem Titel „Kodifikation und Derogation von Richterrecht: Zum Wechselspiel von höchstrichterlicher Rechtsprechung und Reformgesetzgebung im Gesellschaftsrecht“.

⁷⁹ Zum Begriff und dessen angelsächsischer Provenienz: *Fleischer/Wedemann*, AcP 209 (2009), 597, 611 m.w.N.

C. Folgerungen für Rechtsanwendung und Rechtsetzung

I. Historische Interpretation des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG

Dass § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG die Beweislast nicht nur hinsichtlich des Verschuldens, sondern auch bezüglich der Pflichtverletzung umkehrt, ist heute herrschende Meinung.⁸⁰ Mit Blick auf die Gesetzhistorie erscheint dieses Auslegungsergebnis sogar beinahe zwingend.⁸¹

So ergab die Auswertung der Reformdiskussionen zum AktG 1937, dass sich zahlreiche Mitglieder des Aktienrechtsausschusses der Akademie für deutsches Recht für eine Haftungsverschärfung, teils sogar für eine Erfolgshaftung aussprachen.⁸² Eine Beweislastumkehr allein für das Verschulden hätte indes die gewünschte strenge Haftung nicht gewährleisten können.⁸³ Schon unter diesem ersten Gesichtspunkt muss daher von den Vätern des AktG 1937 eine weitreichende, auch die Pflichtverletzung umfassende Beweislastumkehr gewollt gewesen sein.

Zweitens sollte ausweislich der Amtlichen Begründung ein in der Rechtsprechung schon entwickelter Gedanke gesetzlich verankert werden.⁸⁴ Die damit ausdrücklich in Bezug genommene Rechtsprechung des RG hatte aber von der Gesellschaft nicht mehr verlangt als den Nachweis eines durch ein Verhalten des Organmitglieds kausal herbeigeführten Schadens. Die Beweislast hinsichtlich der Pflichtverletzung lag dagegen beim Organmitglied.⁸⁵ Durch den Verweis auf die vorkodifikatorische Rechtsprechung machte sich die Amtliche Begründung diese Beweislastumkehr zu eigen, sodass auch aus diesem Grund ein weites Verständnis des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG historisch richtig erscheint.

Schließlich offenbarte die Auswertung der historischen Quellen, dass die zeitgenössische Haftungsdogmatik die heutigen Haftungselemente „Pflichtverletzung“ und „Verschulden“ offenbar noch zu einem einheitlichen Prü-

⁸⁰ Vgl. Einleitung, Fn. 14.

⁸¹ Zur Auslegung kodifizierten Richterrechts vgl. *Fleischer/Wedemann*, AcP 209 (2009), 597, 614 ff.

⁸² Siehe oben Kapitel 2 – B.II, S. 30 f.

⁸³ Gleichsinnig aus jüngerer Zeit OGH, 24.6.1998, 3 Ob 34/97i, NZG 1998, 852: „Würde man eine Umkehr der Beweislast auf das Verschulden beschränken, so wäre die Beweislastumkehr nahezu ohne praktische Bedeutung“; ebenso *Told*, in: Gruber/Harrer (Hrsg.), GmbHG, § 25 Rn. 212; *dies.*, wbl 2012, 181, 184; ähnlich hiezulande *Paefgen*, Großkomm GmbHG, § 43 Rn. 206; *Schlimm*, Das Geschäftsleiterermessen des Vorstands einer Aktiengesellschaft, S. 162 Fn. 575; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 93 Rn. 204; allgemein zur praktisch geringen Bedeutung des Verschuldenserfordernisses *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 205; *Hopt*, in: Großkomm AktG, § 93 Rn. 392.

⁸⁴ Vgl. Amtl. Begr. zu § 84 AktG, abgedruckt bei *Klausing*, Gesetz über Aktiengesellschaften, S. 71.

⁸⁵ Siehe oben Kapitel 2 – A.III, S. 25 ff.

fungspunkt zusammenfasste.⁸⁶ Eine Beweislastumkehr, die sich auf diesen einen Prüfungspunkt bezog, musste damit notwendigerweise Pflichtverletzung und Verschulden umfassen. Freilich lag diese Haftungsdogmatik den Gesetzesmaterialien nur mehr oder minder unausgesprochen zugrunde. Wie sehr aber die Konzepte „Pflichtverletzung“ und „Verschulden“ ineinander verwoben waren, zeigen zahlreiche Einzelbeispiele aus der Rechtsprechung und Kommentarliteratur.

So setzt sogleich das erste Urteil des RG zum Organhaftungsrecht die Pflichtverletzung mit dem Verschulden gleich.⁸⁷ Gleichzeitig definierte ein damals führendes Handelsrechtshandbuch – in umgekehrter Richtung – das Verschulden gleichsam als Pflichtverletzung.⁸⁸ Symptomatisch für die damalige Begriffsvermengung sind ferner die vielfach fließenden Übergänge in der Formulierung vom einen zum anderen Terminus.⁸⁹ Dass nur ein Prüfungs-

⁸⁶ Nur äußerst vereinzelt schienen Pflichtverletzung und Verschulden gedanklich unterschieden zu werden, so wohl im Gutachten des ROHG 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 Uebelstände, 31.3.1877, abgedruckt bei *Schubert/Hommelhoff* (Hrsg.), Hundert Jahre modernes Aktienrecht, ZGR-Sonderheft 4/1985, S. 157, 211, 227 f. sowie bei *Ritter*, AktG, § 84 S. 277 f. (allerdings ausdrücklich gegen RG, 3.2.1920, RGZ 98, 98, 100 und RG, 17.12.1929, HRR 1930 Nr. 1038).

⁸⁷ Vgl. RG, 28.4.1885, RGZ 13, 43, 46: „[E]s liegt [...] der Klägerin nicht auch der Nachweis ob, daß der Beklagte seine Pflichten nicht erfüllt hat, der Schaden mithin auf ein Verschulden des Beklagten zurückzuführen ist.“ und weiter auf S. 50: „Der Beklagte hat daher auch in dieser Sache die Erfüllung seiner Pflicht nicht darlegen können. Die Verhandlung hat sogar sein Verschulden außer Zweifel gestellt“; zutreffend dazu *Goette*, ZGR 1995, 648, 651: „Bei der Umschreibung der den jeweiligen Parteien obliegenden Pflichten [...] finden sich indessen Unsicherheiten, wenn die Nichterfüllung von Pflichten mit der schuldhaften Schadensverursachung gleichgesetzt wird.“

⁸⁸ Vgl. *Fischer*, in: Ehrenberg (Hrsg.), Hdb. des Handelsrechts, Bd. III/1, 1916, § 42 S. 232: „Den auf Schadensersatz in Anspruch genommenen Vorstandsmitgliedern ist zu beweisen, daß und in welchem Umfange das Vermögen der Gesellschaft beschädigt ist und daß die geschäftsführende Tätigkeit ursächlich für den Schaden gewesen ist; hiergegen hat sich das Vorstandsmitglied mit den Nachweise, daß es die Geschäfte mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes geführt habe, zu verteidigen. [...] Schuldhaft ist die Handlungsweise der Vorstandsmitglieder, wenn damit gegen das Gesetz oder gegen den Willen der Gesellschaft verstoßen wird.“

⁸⁹ Aus der Rechtsprechung vgl. RG, 3.2.1920, RGZ 98, 98, 100: „Hier geht das Berufungsgericht [...] davon aus, der Kläger müsse zunächst dartun, daß durch das Verhalten des Beklagten ein Schaden entstanden sei; erst dann habe der Beklagte seine Pflichterfüllung zu beweisen. [...] Eine Scheidung zwischen Kausalzusammenhang und Verschuldung, wie das Berufungsgericht sie vornehmen will, würde auch praktisch undurchführbar sein.“; RG, 29.5.1934, RGZ 144, 348: Danach „entfällt seine Haftung, wenn seine Angabe trotz Anwendung dieser Sorgfalt objektiv unrichtig ist, mit anderen Worten: wenn ihn kein Verschulden trifft. Es ist aber Sache des Aufsichtsrats darzutun, daß er die sich aus seiner

punkt existierte, der wahlweise als „Pflichtverletzung“ oder „Verschulden“ bezeichnet wurde, zeigen schließlich diejenigen Urteile und Kommentierungen, die entweder nur den Beweis des „Verschuldens“⁹⁰ oder den der „(Sorgfalts-)Pflichtverletzung“⁹¹ ansprechen und den jeweils anderen Begriff unerwähnt lassen.

Auch in den Beratungen des Aktienrechtsausschusses der Akademie für deutsches Recht tauchte der Terminus „Pflichtverletzung“ nicht auf; durchweg war allein vom Beweis des fehlenden „Verschuldens“ die Rede.⁹² Der Erste Entwurf des Reichsjustizministeriums 1935 und der amtliche Entwurf 1936 formulierten daraufhin, die Organmitglieder hätten nachzuweisen, dass sie „die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben“⁹³. Ungeachtet der sprachlichen Unterschiede sah der Aktienrechtsausschuss dies als Übernahme seines Vorschlags an⁹⁴ – ein weiterer Beleg dafür, dass zwischen Pflichterfüllung und fehlendem Verschulden nicht unterschieden wurde.

Historisch-rechtsvergleichend ist dieser Befund nicht überraschend. Der französische *Code de commerce*, der in den linksrheinischen Gebieten und in Baden galt, sah für die Organhaftung in der *société anonyme* lediglich drei Prüfungspunkte vor: Schaden, Kausalität und die sog. *faute*.⁹⁵ Bis heute prüft

Stellung ergebenden Pflichten erfüllt hat“; aus der Kommentarliteratur vgl. etwa *Staub/Pinner*, ADHGB, § 241 Anm. 2; *Weipert*, in: Großkomm AktG, 1939, § 84 Anm. 17.

⁹⁰ So etwa RG, 13.4.1920, JW 1920, 1032; *Brodmann*, Aktienrecht, § 241 ADHGB Anm. 2.a); *Danielcik*, AktG, § 84 Anm. 6.

⁹¹ So etwa OLG Colmar, 16.12.1909, LZ 1910, 247, 248; v. *Godin/Wilhelmi*, AktG, § 84 Anm. 7; *Teichmann/Koehler*, AktG, § 84 Anm. 2.b).

⁹² Vgl. die maßgeblichen Beiträge von *Kolb* („Vorstand und Aufsichtsrat müssen sich also ‚exculpieren‘“); *Kißkalt* („der Vorstand haftet, wenn er nicht nachweist, daß ihn kein Verschulden trifft“ und „Im Falle des Konkurses der Gesellschaft haftet der Vorstand, falls er nicht nachweist, daß ihn kein Verschulden trifft“); *Klausing* („Heute wie in Zukunft fällt es jedem Vorstand, der Mißerfolg hatte, herzlich schwer, den Entschuldungsbeweis zu führen“); ferner der Erste Bericht von *Kißkalt*, allesamt abgedruckt bei *Schubert* (Hrsg.), Protokolle des Ausschusses für Aktienrecht der Akademie für Deutsches Recht, S. 73 f., 139, 146 und 508.

⁹³ § 83 Abs. 2 Satz 2 des Ersten Entwurfs des Reichsjustizministeriums von Mitte 1935, insoweit wiedergegeben bei *Schubert* (Hrsg.), Protokolle des Ausschusses für Aktienrecht der Akademie für Deutsches Recht, Einleitung S. XLII mit Fn. 138 (seinerseits zitiert nach BA Koblenz, R 22/541, Bl. 377 ff.); § 84 Abs. 2 Satz 2 des amtlichen Entwurfs von 1936.

⁹⁴ Vgl. die Stellungnahme des Aktienrechtsausschusses zum amtlichen Entwurf von 1936, Referat des Vorsitzenden *Kißkalt*, abgedruckt bei *Schubert* (Hrsg.), Protokolle des Ausschusses für Aktienrecht der Akademie für Deutsches Recht, S. 432.

⁹⁵ Vgl. Art. 32 C. com. 1807 i.V.m. Art. 44 Loi du 24 juillet 1867; vgl. dazu (aus der Zeit der Kodifikation des AktG 1937) *Bourdeaux*, Code de Commerce, Art. 44 Loi du 24 juillet 1867, Anm. 1 ff.; *de Lanzac de Laborie*, Nouveau code de commerce, Bd. I, Art. 44 Loi du 24 juillet 1867, Anm. 182 ff.

man in Frankreich die Organhaftung in diesen drei Schritten.⁹⁶ Die *faute* ist dabei – wie im allgemeinen französischen Zivilrecht – der Oberbegriff für Pflichtverletzung und Verschulden.⁹⁷ Dieses französische Rechtsdenken prägte die deutsche Rechtsprechung zur Organhaftung mutmaßlich schon allein deshalb, weil der zweite Zivilsenat des RG, der für das rheinisch-französische Recht zuständig war, mehrheitlich mit Spezialisten der rheinisch-französischen Praxis besetzt war.⁹⁸ Wenn in § 84 Abs. 2 Satz 2 AktG 1937 also vom Nachweis, die erforderliche „Sorgfalt angewandt“ zu haben, die Rede ist, so konnte damit nach der damaligen Dogmatik weder nur der Nachweis fehlenden Verschuldens noch nur der Nachweis der Pflichterfüllung gemeint sein. Vielmehr war im Sinne der französischen *faute* beides umfasst. Dass mit der Anwendung der erforderlichen Sorgfalt die Pflichten- und Verschuldensdimension gleichermaßen angesprochen sein kann, ist im Übrigen auch heute noch allgemein anerkannt, wenn § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG eine Doppelfunktion als Pflichtenquelle und Verschuldensmaßstab zugesprochen wird.⁹⁹

II. Historische Legitimation des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG

Der rechtsgeschichtliche Rückblick bereichert nicht nur die historische Interpretation des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG. Er erhellt auch dessen historische Legitimation.

Bei vordergründiger Betrachtung reicht die Beweislastumkehr zu Lasten des Organmitglieds bzw. Auftragnehmers in ungebrochener Tradition bis in das römische Recht zurück. Die derzeitigen Reformbestrebungen trifft damit eine scheinbar hohe Argumentationslast, wenn sie eine jahrhundertlang unangefochtene Regelung plötzlich abschaffen wollen. Bei näherem Hinsehen halten die Bindeglieder der Kette *römisches Vormundschaftsrecht – auftragsrechtliche Judikatur – organhaftungsrechtliche Judikatur und AktG 1937* aber kaum einer größeren Belastung stand.

Bereits die Herleitung der Beweislast des Auftragnehmers aus der Beweislast der römischen Munizipal-Obrigkeit ist an dünnen Seilen aufgehängt.¹⁰⁰ Die

⁹⁶ Vgl. Art. L. 223-22 C. com. (für die SARL), Art. L. 225-251 C. com. (für die SA) und Art. L. 227-8 C. com. (für die SAS), dazu noch ausführlich unter Kapitel 5 – E.I, S. 168 ff.

⁹⁷ Vgl. Art. 1240 f. Code civil; dazu *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, § 40 IV, S. 623: „Eine klare Unterscheidung zwischen Rechtswidrigkeit und Verschulden trifft die französische Rechtswissenschaft nicht. Beides fließt in dem Begriff »faute« zusammen“; ebenso *Ferid/Sonnenberger*, Das Französische Zivilrecht, Bd. II, S. 460.

⁹⁸ Allgemein dazu *Geyer*, Den Code civil „richtiger“ auslegen. Der zweite Zivilsenat des Reichsgerichts und das französische Zivilrecht, S. 212 ff.

⁹⁹ Statt aller *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, § 93 Rn. 10.

¹⁰⁰ Siehe oben Kapitel 2 – A.I, S. 21 ff. zu OAG Lübeck, 8.9.1845, Sammlung Hamburg Rspr. Bd. I, 446; 29.4.1865, Kierulff's Sammlung 1865, 448, 455; ROHG, 1.6.1872, ROHGE 6, 215, 216.

heutige Forschung ist sich nicht darin eins, ob das römische Recht überhaupt eine Beweislast im Sinne einer abstrakten, objektiven Beweislast kannte.¹⁰¹ Jedenfalls aber war eine Beweislastdogmatik allenfalls in Ansätzen ausgeprägt.¹⁰² Symptomatisch hierfür konnte der Richter anstelle eines (Beweislast-) Urteils schlichtweg den Eid „(rem) sibi non liquere“ sprechen (daher das heutige *non liquet*). Damit schied er aus dem Verfahren aus, auf dass sich ein anderer Richter eine Überzeugung bilden möge.¹⁰³ Eine echte Beweislastentscheidung erübrigte sich damit. Soweit im römischen Recht gleichwohl von einer Beweislast die Rede ist,¹⁰⁴ war damit also unter Umständen nur die subjektive Seite der Beweislast, die Beweisführungslast gemeint.¹⁰⁵ Die durch das OAG Lübeck und ROHG zitierten Digestenstellen sagen daher nur bedingt etwas darüber aus, ob die objektive Beweislast (sofern es überhaupt eine solche gab) nach römischem Recht den Auftragnehmer oder Auftraggeber getroffen hätte.

Aus heutiger Sicht ebenfalls angreifbar erscheint die Gleichsetzung von Auftragnehmer und Organmitglied in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung.¹⁰⁶ Das Verständnis der Rolle des Organmitglieds hat sich seither von der Mandatstheorie des französischen Aktienrechts entfernt. Bei Lichte besehen reicht die Tradition der Beweislast des Organmitglieds daher frühestens bis in die organhaftungsrechtliche Spruchpraxis des Reichsgerichts zurück, nicht aber bis in die Rechtsprechung des ROHG und OAG Lübeck oder gar bis in das römische Recht.

¹⁰¹ Dies verneinend etwa *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, S. 208: „Die Feststellungslast dürfte im römischen Recht keine Beachtung gefunden haben“; dagegen *Wacke*, SZ-RA 109 (1992), 411, 437: „Daß sich den Klassikern die Frage, welche Partei den Nachteil eines *non liquet* tragen müsse, gar nicht gestellt habe, ist unglaubhaft.“

¹⁰² Vgl. *Nörr*, Ein geschichtlicher Abriss des kontinentaleuropäischen Zivilprozesses, S. 7: „Uns geläufige Unterscheidungen wie die zwischen Haupt- und Gegenbeweis oder, im Hinblick auf die Beweislast, zwischen subjektiver Beweislast (Beweisführungslast) und objektiver Beweislast (Feststellungslast; Risiko der Beweislosigkeit) kann man zwar implizit den Quellen entnehmen, wurden aber nicht reflektiert.“

¹⁰³ Vgl. *Kaser/Hackl*, Das Römische Zivilprozessrecht, S. 121, 370; *Nörr*, Ein geschichtlicher Abriss des kontinentaleuropäischen Zivilprozesses, S. 7 f.

¹⁰⁴ Vgl. insbesondere D. 22, 3 (De probationibus et praesumptionibus) und C. 4, 19 (De probationibus).

¹⁰⁵ Eingehend *Wacke*, SZ-RA 109 (1992), 411, 436 ff.; ferner *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, S. 196 ff., 205 ff.

¹⁰⁶ Siehe oben Kapitel 2 – A.III, S. 25 f. insbesondere zu RG, 28.4.1885, RGZ 13, 43, 45 sowie RG, 13.4.1920, JW 1920, 1032.

D. Gesamtschau

Die Beweislast des Organmitglieds für die Einhaltung seiner Pflichten ergibt sich damit zwar als gesichertes Ergebnis einer historischen Auslegung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG. Gleichzeitig zählt sie jedoch nicht zum ehernen Traditionsschatz des deutschen Rechts. Ob sie beibehalten oder derogiert werden sollte, bemisst sich insofern allein danach, ob die ihr einst zugrunde liegenden Sachgründe heute noch überzeugen können.

Kapitel 3

Rechtsdogmatik

Auf die Frage nach der dogmatischen Rechtfertigung der Beweislastumkehr kannte die vorkodifikatorische Rechtsprechung drei Antworten: ein *systematisches* Argument (die Rechenschaftspflicht des Organmitglieds) und zwei *teleologische* Erwägungen (die Beweishöhe des Organmitglieds sowie die Indizkraft des Schadens für eine schuldhaftige Pflichtverletzung). Im Folgenden wird es unternommen, diese tradierten Begründungsansätze zu verifizieren, und sie zugleich durch neue Erwägungen zum Existenzrecht des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG zu komplettieren.

A. Systematik

Tritt man zunächst einen Schritt zurück, so kann der Gesetzgeber im Ausgangspunkt frei entscheiden, welcher Partei er das Risiko der Beweislosigkeit überbürdet. Grenzen ergeben sich allerdings aus dem Grundsatz der prozessualen „Waffengleichheit“ als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips nach Art. 20 Abs. 3 GG und des allgemeinen Gleichheitssatzes gem. Art. 3 Abs. 1 GG sowie aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 EMRK.¹ Wenn der Gesetzgeber nun von der ungeschriebenen und grundsätzlich sachgerechten Grundregel der Beweislastverteilung abweicht, löst dies einen gewissen Rechtfertigungsdruck aus – es sei denn, die Abweichung entspräche ihrerseits einer anerkannten Ausnahmeregel. Die systematische Legitimation des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG hängt mithin davon ab, wo die Norm in diesem Wechselspiel positioniert ist.

I. § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG als Abweichung von der Grundregel

Der BGH sieht in § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG ohne Weiteres eine „Abweichung von dem Grundsatz der Beweislast des Anspruchstellers für sämtliche an-

¹ Zu den verfassungsrechtlichen Rahmenvorgaben vgl. BVerfG, 25.7.1979, BVerfGE 52, 131, 156 f.; *Laumen*, in: Hdb. der Beweislast, Bd. I, Kap. 9 Rn. 87 ff.; *Huster*, NJW 1995, 112 f.; für die Ableitung strengerer Vorgaben zur Beweislastverteilung unmittelbar aus der Verfassung dagegen *Reinhardt*, NJW 1994, 93, 96 ff.

spruchs begründenden Umstände². Diese Einordnung als Beweislastumkehr erweist sich am Ende als überzeugend. Sie ist allerdings weniger selbstverständlich, als es der erste Anschein wohl vermuten lässt. Denn die vorgelagerte Frage, wer allgemein im Rahmen eines Schadensersatzanspruchs die Pflichterfüllung bzw. Pflichtverletzung zu beweisen hat, ist so zentral wie schwierig zu beantworten.

Großen Kommentierungen zufolge soll die für einen Primäranspruch geltende Beweislastverteilung grundsätzlich auch den Sekundäranspruch dirigieren.³ Konkret stellt etwa im Rahmen der Prüfung eines Primäranspruchs dessen Erfüllung eine rechtsvernichtende Einwendung dar (vgl. § 362 Abs. 1 BGB). In einem Prozess über den Primäranspruch hat daher der Schuldner den Beweis zu erbringen, seine Pflichten erfüllt zu haben. Bei der Beweislast des Schuldners für die Pflichterfüllung soll es nun aber auch dann verbleiben, wenn die (Nicht-)Erfüllung der Pflicht erst im Rahmen eines Sekundäranspruchs geprüft wird.

Würde man diesen Gedanken unbesehen auf die Organhaftung übertragen, läge die Beweislast für die Pflichterfüllung bereits nach allgemeinen Regeln beim Organmitglied, da es auch im Rahmen eines Primärleistungsanspruchs für den Erfüllungseinwand beweisbelastet wäre; § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG wäre damit nur eine deklaratorische, nicht weiter rechtfertigungsbedürftige Wiederholung allgemeiner Grundsätze.

Zahlreiche Ausnahmen schränken den oben genannten Grundsatz allerdings wieder ein. Teils sieht man den Schuldner etwa nur für aktives Tun, nicht aber für Unterlassen als beweisbelastet an.⁴ In anderen Fällen wies die Rechtsprechung ihm die Beweislast nur hinsichtlich einer Nicht- oder nicht rechtzeitigen Leistung zu, nicht aber hinsichtlich einer Schlechtleistung.⁵ Schließlich beschränkte sie die Beweislast des Schuldners auf die Einhaltung erfolgsbezogener Pflichten, nicht aber auf die Erfüllung verhaltensbezogener Pflichten.⁶

² BGH, 4.11.2002, BGHZ 152, 280, 283; zustimmend *Paefgen*, AG 2004, 245, 257; ablehnend allerdings (und für eine allgemeine Regel, dass der Schuldner bestimmter Leistungspflichten deren ordnungsgemäße Erfüllung beweisen muss) *Mertens/Cahn*, in: *KölnKomm AktG*, § 93 Rn. 138; *Schlimm*, *Das Geschäftsleiterermessen des Vorstands einer Aktiengesellschaft*, S. 162 Fn. 575.

³ Vgl. etwa *Looschelders*, in: *BeckOGK BGB*, 1.3.2020, § 363 Rn. 2, 51; *Olzen*, in: *Staudinger, BGB*, Neubearb. 2016, § 363 Rn. 4, jew. m.w.N.

⁴ Arg. e § 345 BGB, vgl. nur *Palandt/Grüneberg, BGB*, § 363 Rn. 1, § 280 Rn. 35; *Riehm*, in: *BeckOGK BGB*, 1.2.2020, § 280 Rn. 335.

⁵ Vgl. BGH, 29.1.1969, NJW 1969, 875; 17.12.1992, NJW 1993, 1704, 1706; vgl. ferner *Riehm*, in: *BeckOGK BGB*, 1.2.2020, § 280 Rn. 334.

⁶ Vgl. BGH, 5.2.1987, NJW 1987, 1322, 1323; 11.10.2007, NJW 2008, 371, 372 (jeweils zur anwaltlichen Hinweis- und Belehrungspflicht); *Ernst*, in: *MünchKomm BGB*, § 280 Rn. 12 f., 18; vgl. ferner *Palandt/Grüneberg, BGB*, § 280 Rn. 35 f.; *Thole*, in: *Stein/Jonas, ZPO*, § 286 Rn. 165.

Diese Kasuistik lässt sich allerdings kaum auf die Organhaftung übertragen: Die Abgrenzung zwischen Tun und Unterlassen ist gerade hier nicht immer trennscharf möglich,⁷ sodass die Beweislastverteilung möglichst nicht davon abhängen sollte. Die Begriffe der Nicht- und Schlechtleistung finden im Recht der Organhaftung von vornherein keine Verwendung. Und auch die Qualifikation der Organpflichten als verhaltens- oder erfolgsbezogene Pflichten ist unscharf und wäre als Ansatzpunkt für die Beweislastverteilung mit Unsicherheiten verbunden.

Mit Recht ist daher die Idee eines beweisrechtlichen Gleichlaufs von Primär- und Sekundäranspruch im Organhaftungsrecht auf Widerstand gestoßen.⁸ Auch im allgemeinen Schrifttum ordnen einige Stimmen die Nichterfüllung im Rahmen von Sekundäransprüchen als anspruchsbegründendes und somit vom Gläubiger zu beweisendes Tatbestandsmerkmal ein.⁹ Jedenfalls für den Bereich des Organhaftungsrechts erscheint dieser Ansatz auch überzeugender. Sämtliche Anspruchsvoraussetzungen sind mithin im Grundsatz von der Gesellschaft zu beweisen. Soweit § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG die Beweislast dem Organmitglied zuweist, liegt darin – mit dem BGH¹⁰ – eine Abweichung von der regulären Beweislastverteilung.

II. Rechenschaftspflicht als Rechtfertigung?

Diese Abweichung könnte jedoch ihrerseits einer (Ausnahme-)Regel entsprechen. Aus der Rechenschaftspflicht¹¹ von Mandataren und Organmitgliedern könnte sich etwa ergeben, dass diese generell die Einhaltung ihrer Pflichten zu beweisen haben.

⁷ So auch BGH, 4.11.2002, BGHZ 152, 280, 284, wonach „die Abgrenzung [eines pflichtwidrigen Unterlassens] gegenüber der Pflichtwidrigkeit einer statt dessen vorgenommenen Handlung häufig fließend ist.“

⁸ Vgl. insbesondere *Foerster*, ZHR 176 (2012), 221, 228 f.; zustimmend *Eßwein*, Privatautonome Gestaltung der Vorstandshaftung, S. 148 mit Fn. 759; abw. *Mertens/Cahn*, AktG, § 93 Rn. 138 (gleichwohl ist aber auch dort von einer „Beweislastumkehr“ die Rede); unklar v. *Gerkan*, ZHR 154 (1990), 39, 60: „Hier muß man sich indes fragen, ob es sich im Zusammenhang der §§ 666, 667 BGB wirklich um eine echte Beweislastumkehr handelt, soweit es um den Nachweis eines Pflichtverstoßes als Merkmal für einen *Schadensersatzanspruch* geht“ (Herv. im Original).

⁹ Vgl. *Buck-Heeb*, in: Erman, BGB, § 362 Rn. 17; *Enneccerus/Lehmann*, Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl. 1958, § 63 I, S. 259; *Kaduk*, in: Staudinger, BGB, 12. Aufl. 1994, § 363 Rn 4.

¹⁰ Vgl. das obige Zitat in BGH, 4.11.2002, BGHZ 152, 280, 283.

¹¹ Vgl. § 666 BGB; dazu BGH, 15.10.1962, NJW 1963, 46; 7.7.2008, NZG 2008, 834 (Metro); zur allgemeinen Rechenschaftspflicht aus § 242 BGB vgl. BGH, 28.10.1953, BGHZ 10, 385, 386 f.; 14.6.2016, ZIP 2016, 1529; ferner Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 259 Rn. 5 m.w.N.

Wie dargestellt, wurde dieser Gedanke bereits Mitte des 19. Jahrhunderts durch das OAG Lübeck¹² entwickelt und durch das ROHG¹³ um Hinweise auf die Digesten ergänzt, ehe er mit der Rechtsprechung des RG¹⁴ Eingang in die Organhaftung fand. Auch die heutige ober-¹⁵ und höchstrichterliche¹⁶ Rechtsprechung weist vereinzelt auf die Rechenschaftspflicht des Auftragnehmers hin.

Im Laufe der Rechtsprechungsgeschichte wandelte sich „die Rechenschaftspflicht des Mandatars“¹⁷ allerdings zusehends zu einem Argumentationstopos, der eine tiefere Begründung der Beweislastverteilung entbehrlich zu machen schien. Zuletzt etwa touchierten die Urteilsgründe die Rechenschaftspflicht nur noch kurz, um unmittelbar daraus auf die Beweislast des Organmitglieds zu schließen.¹⁷ In dieser Kürze erschließt sich das Argument allerdings nicht. Weshalb sollte ein rechenschaftspflichtiger Schuldner auch im Rahmen eines Sekundäranspruchs die Einhaltung seiner Pflichten beweisen müssen? Vergebens sucht man in der jüngeren Rechtsprechung nach einer Erläuterung, wie Rechenschaftspflicht und Beweislastumkehr zusammenhängen. Auch die Literatur schweigt sich dazu aus, obwohl auch sie die Rechenschaftspflicht gelegentlich als Argument für § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG heranzieht.¹⁸

Die Suche nach der Sinnhaftigkeit des Arguments führt zurück zum ROHG, dessen Urteile Aufschluss darüber geben, wo der *sedes materiae* liegt. In dessen erstem einschlägigem Verfahren hatte die Justiz-Kanzlei als Vorinstanz

¹² OAG Lübeck, 8.9.1845, Sammlung Hamburg Rspr. Bd. I, 446, 457; 29.4.1865, Kierulff's Sammlung 1865, 448, 455; hierzu unter Kapitel 2 – A.I, S. 21 ff.

¹³ Vgl. insbes. ROHG, 1.6.1872, ROHGE 6, 215, 218; 10.5.1873, ROHGE 10, 187, 190; 22.6.1875, ROHGE 19, 211, 214; hierzu unter Kapitel 2 – A.II, S. 23 ff.

¹⁴ Noch zur Auftragnehmerhaftung: RG, 25.1.1888, RGZ 20, 269; zur Organhaftung: RG, 3.2.1920, RGZ 98, 98, 100; 17.12.1929, HRR 1930 Nr. 1038.

¹⁵ OLG München, 8.7.2015, ZIP 2015, 2472, 2474.

¹⁶ BGH, 15.10.1962, NJW 1963, 46; das Grundsatzurteil BGH, 4.11.2002, BGHZ 152, 280, 283 f. verweist nur auf die Begründung in RG, 3.2.1920, RGZ 98, 98, ohne sie sich explizit zu eigen zu machen.

¹⁷ Vgl. etwa BGH, 15.10.1962, NJW 1963, 46 („Kraft des Anstellungsverhältnisses sind sie [scil. die Vorstandsmitglieder] ihrer Dienstherrin [scil. der Genossenschaft] rechenschaftspflichtig.“); OLG München, 8.7.2015, ZIP 2015, 2472, 2474 („Es gilt § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG analog, da diese Bestimmung nur den allgemeinen Geschäftsführungsgrundsatz für alle Geschäftsbesorger zum Ausdruck bringt, dass der Mandatar einer Rechenschaftspflicht unterliegt“).

¹⁸ Vgl. *Altmeyen*, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 43 Rn. 112 („Es gilt § 93 II 2 AktG analog, da diese Bestimmung nur den allgemeinen Geschäftsführungsgrundsatz für alle Geschäftsbesorger zum Ausdruck bringt (vgl. § 666 BGB iVm §§ 27 III BGB, §§ 675, 681 S. 2 BGB, §§ 713, 2218 IBGB), dass der Mandatar einer Rechenschaftspflicht unterliegt“); *Bachmann*, Gutachten E zum 70. DJT 2014, E 34 („Die Beweislastregeln in § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG harmonisiert zudem mit dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, wonach es Sache des Treuhänders ist, dem Treugeber Rechenschaft abzulegen.“); *M. Roth*, BB 2004, 1066, 1067 („In Anbetracht der aus der Rechenschaftspflicht folgenden Darlegungslast...“); ferner *Schöpflin*, WuB II C. § 43 GmbHG 2.03; zur Personengesellschaft *Schäfer*, in: MünchKommBGB, § 708 Rn. 19.

Bedenken dagegen geäußert, auf die Klage wegen der Nichterfüllung des Auftrags die Grundsätze über die Vertragserfüllung und deren Beweis anzuwenden.¹⁹ Offenbar hegte das ROHG daraufhin ebenfalls gewisse Zweifel, aus der Beweislastverteilung bei einem Primäranspruch auf Erfüllung der Rechenschaftspflicht die Beweislastverteilung bei einem Sekundäranspruch (auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Auftrags) abzuleiten. So entschloss es sich zu dem Kunstgriff, dem Schadensersatzverlangen des Auftraggebers kurzerhand das Gepräge eines Primäranspruchs zu verleihen: Die Klage sei eine Klage auf Erfüllung des Vertrags, nur dass sie diese Erfüllung in einer bestimmten Richtung, nämlich bezüglich der Verbindlichkeit zur Rechenschaftsablegung zum Zielpunkte nehme. Das Schadensersatzverlangen sei nur ein eventuelles und vermöge die Natur der Klage und die Anforderungen an ihre Begründung nicht zu ändern.²⁰ Mit der gewagten Qualifikation des Schadensersatzverlangens als Erfüllungsanspruch entging das Gericht einstweilen der Entscheidung, ob für einen Sekundäranspruch die gleiche Beweislastverteilung gilt wie für einen Primäranspruch.

Drei Jahre später nutzte das Gericht jedoch eine Schadensersatzklage gegen einen Spediteur, um *obiter dictum* zur gesetzlichen Beweislastumkehr für die Pflichtverletzung nach Art. 380 Abs. 2 ADHGB Stellung zu nehmen. Dieselben Beweislastgrundsätze hätten Anwendung zu finden, „gleichviel ob der Leistungsberechtigte sein Interesse wegen nicht erfolgter Leistung einklagt, oder ob der Leistungspflichtige einen Anspruch geltend macht, der die ihm obliegende Leistung als bereits bewirkt voraussetzt“.²¹ Ersteres und letzteres – Sekundär- und Primäranspruch – sollten damit nunmehr ausdrücklich gleichlaufen; stets sollte der rechenschaftspflichtige Schuldner seine Pflichterfüllung beweisen.

Damit ist endlich der Kern des Arguments offengelegt. Ausschlaggebend für die Beweislastumkehr ist offenbar weniger die Rechenschaftspflicht des Organmitglieds. Im Vordergrund steht vielmehr das Bestreben, die Beweislastverteilung eines Sekundäranspruchs mit derjenigen eines Primäranspruchs zu synchronisieren. Dass dieser Gleichlauf aber jedenfalls für das Organhaftungsrecht nicht überzeugt, wurde bereits dargetan.²² Der Verweis auf die Rechenschaftspflicht des Organmitglieds taugt damit nicht, um § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG als systematisch folgerichtige Abweichung von der allgemeinen Beweislastverteilung zu rechtfertigen.

III. Weitere systematische Erwägungen

Erschwerend tritt hinzu, dass sich § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG mit einer Beweislastumkehr für Verschulden und Pflichtverletzung wohl allein auf weiter Flur

¹⁹ Insoweit wiedergegeben in ROHG, 1.6.1872, ROHGE 6, 215, 217 f.

²⁰ ROHG, 1.6.1872, ROHGE 6, 215, 218 f.

²¹ ROHG, 22.6.1875, ROHGE 19, 211, 215.

²² Vgl. soeben unter I, S. 43 ff.

befindet. Die Norm kennt weder im Aktienrecht noch im sonstigen Zivilrecht ein Pendant.

1. Keine aktienrechtlichen Parallelen

Im Aktienrecht spiegelt sich die Formulierung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG zwar in einigen Bestimmungen wider.²³ Dabei handelt es sich aber letztlich nur um wortgleiche Fortsetzungen des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG in vergleichbaren Organhaftungstatbeständen, die mit einer Abschaffung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG ebenfalls geändert werden müssten.

Ähnliches gilt für die Beweislast bei Schadensersatzansprüchen wegen Verstoßes gegen das Wettbewerbsverbot gemäß § 88 Abs. 2 Satz 1 AktG. Die herrschende Ansicht wendet hierauf die Beweislastregelung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG analog an.²⁴ Mit einer etwaigen Derogation des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG entfielen freilich auch diese Analogie.

Ob mit § 92 Abs. 2 Satz 2 AktG und seinen Schwesterbestimmungen²⁵ eine echte Parallele zu § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG besteht, erscheint ebenfalls fraglich. Danach gilt das Zahlungsverbot in der Krise nicht von Zahlungen, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind. Zumindest nach der überwiegenden Literaturansicht lassen die Normen zwar bereits die Pflichtverletzung entfallen.²⁶ Zudem weisen sie durch ihre negative Formulierung die Beweislast dem Geschäftsleiter zu.²⁷ Gleichwohl spricht sich – soweit ersichtlich – niemand ausdrücklich dafür aus, dem Geschäftsleiter die Beweislast für die Umstände zuzuweisen, aus denen

²³ Vgl. etwa §§ 117 Abs. 2 Satz 2, 309 Abs. 2 Satz 2, 310 Abs. 1 Satz 2 (i.V.m. § 323 Abs. 1 Satz 2), 318 Abs. 1 Satz 2 AktG, § 34 Abs. 2 Satz 2 GenG und § 5 Abs. 2 Satz 2 EWIV-AG.

²⁴ Dazu etwa *Koch*, in: Münchner Hdb. GesR, Bd. VII, § 30 Rn. 114; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm AktG, § 88 Rn. 21; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 88 Rn. 30, jew. m.w.N.

²⁵ § 64 Satz 2 GmbHG, § 99 Satz 2 GenG und § 130a Abs. 1 Satz 2 (i.V.m. § 177a Satz 1) HGB.

²⁶ Zu § 64 GmbHG vgl. *Habersack/Foerster*, ZHR 178 (2014), 387, 397 f.; *Haas*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 64 Rn. 88; *Müller*, in: MünchKomm GmbHG, § 64 Rn. 153; *Schmidt-Leithoff/Schneider*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 64 Rn. 36; zu § 92 AktG vgl. *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 92 Rn. 30; *Habersack/Foerster*, in: Großkomm AktG, § 92 Rn. 131; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 92 Rn. 32.

²⁷ Zu § 64 GmbHG vgl. BGH, 8.1.2001, BGHZ 146, 264, 274 f.; 8.6.2009, NJW 2009, 2599, 2600; *Habersack/Foerster*, ZHR 178 (2014), 387, 399; *Müller*, in: MünchKomm GmbHG, § 64 Rn. 153; *Poelzig/Thole*, ZGR 2010, 836, 853; *K. Schmidt*, ZHR 168 (2004), 637, 644; *Schmidt-Leithoff/Schneider*, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, § 64 Rn. 36; zu § 92 AktG vgl. BGH, 14.5.2007, NJW 2007, 2118, 2119; OLG Karlsruhe, 20.6.2002, NZG 2002, 917, 918; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 92 Rn. 30; *Habersack/Foerster*, in: Großkomm AktG, § 92 Rn. 131; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 92 Rn. 32.

sich die Pflichtenkonformität der Zahlung ergibt. Nach der Rechtsprechung beziehen sich die genannten Vorschriften ohnehin nur auf das Verschulden.²⁸

Auch ein Vergleich mit der (Verdachts-)Abberufung vermag § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG nicht von seiner Außenseiterrolle zu befreien. Wenn ein Vorstandsmitglied²⁹ wegen einer groben Pflichtverletzung nach § 84 Abs. 3 Satz 1 und 2 AktG abberufen werden soll, trägt die Gesellschaft – und nicht etwa das Organmitglied – die Beweislast.³⁰ Gelingt ihr der Nachweis nicht, besteht zwar die Möglichkeit einer Verdachtsabberufung. Ein *non liquet* hinsichtlich der Pflichtverletzung kann hier also durchaus einmal zu Lasten des Organmitglieds gehen.³¹ Dennoch liegen die Dinge anders als bei § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG. Denn für eine Verdachtsabberufung reicht es gerade nicht aus, dass (irgend-) eine Pflichtverletzung des Organmitglieds unerwiesen im Raum steht. Vielmehr muss die Gesellschaft objektiv nachprüfbar Tatsachen beweisen, aus denen sich der hinreichende Verdacht einer groben Pflichtverletzung ergibt.³²

Trotz intensiver Bemühungen scheidet damit der Versuch, aktienrechtliche Parallelen zu § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG aufzutun. Mit § 56 Abs. 4 AktG existiert vielmehr eine Norm, die sich gerade im Gegenteil auf eine Beweislastumkehr für das Verschulden beschränkt. Danach tritt die Haftung für Verstöße gegen das Verbot der Zeichnung eigener Aktien bzw. das Übernahmeverbot für abhängige oder in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen nicht ein, wenn „das Vorstandsmitglied beweist, daß es kein Verschulden trifft.“ Die Beweislast für die Pflichtverletzung verbleibt danach gerade bei der Gesellschaft.

2. Keine sonstigen Parallelen

Eine § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG gleichkommende Beweislastumkehr findet sich auch in den Weiten des allgemeinen Zivilrechts nicht.³³ Selbst die von zahlrei-

²⁸ Zu § 64 GmbHG vgl. BGH, 8.1.2001, BGHZ 146, 264, 274 f.; 8.6.2009, NJW 2009, 2599, 2600; zu § 92 AktG vgl. OLG Karlsruhe, 20.6.2002, NZG 2002, 917, 918.

²⁹ Für die Abberufung eines GmbH-Geschäftsführers gilt Entsprechendes im Fall der Mitbestimmung (§ 31 Abs. 1 Satz 1 MitbestG i.V.m. § 84 Abs. 3 Satz 2 AktG) oder bei dahingehender Regelung im Gesellschaftsvertrag (vgl. § 38 Abs. 2 Satz 2 GmbHG).

³⁰ Vgl. BGH, 28.10.2002, NJW 2003, 431, 432; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 84 Rn. 166; *Tschöpe/Wortmann*, NZG 2009, 161, 162 f.; *Paefgen*, in: Großkomm GmbHG, § 38 Rn. 50; zur fristlosen Kündigung vgl. bereits RG, 17.12.1929, HRR 1930 Nr. 1038; ferner OLG München, 7.2.2007, AG 2007, 361, 363.

³¹ Zur Verdachtsabberufung vgl. BayObLG, 13.5.1955, NJW 1955, 1678; OLG Jena, 20.12.2000, 4U 574/00, Rz. 64, juris; grundlegend *Schmolke*, AG 2014, 377, 382 ff.; ferner *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 84 Rn. 112a; Hüffer/*Koch*, AktG, § 84 Rn. 36; *ders.*, in: Münchener Hdb. GesR, Bd. VII, § 30 Rn. 104; *Rieder/Schoenemann*, NJW 2011, 1169, 1170.

³² Vgl. *Schmolke*, AG 2014, 377, 384.

³³ Eine ungeschriebene Ausnahme bildet freilich die Auftragnehmerhaftung, aus welcher sich die organhaftungsrechtliche Beweislastverteilung entwickelt hat, s.o. Kapitel 2 – A, S. 21 f.

chen Beweiserleichterungen geprägten Gebiete des Arzt- und Produkthaftungsrechts enthalten keine vergleichbare, voraussetzungslose Beweislastumkehr für die Pflichtverletzung.

Zwar normiert § 630h Abs. 1 BGB für das Arzthaftungsrecht die Vermutung eines Fehlers des Behandelnden und damit der Pflichtverletzung.³⁴ Die Vermutung greift nach ihrem Wortlaut allerdings erst ein, wenn der Patient seinerseits beweist, dass sich ein allgemeines Behandlungsrisiko verwirklicht hat, das für den Behandelnden voll beherrschbar war und das zur Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit des Patienten geführt hat. Parallel dazu³⁵ ist bei einem Konstruktions- oder Fabrikationsfehler der Geschädigte nicht nur von dem Beweis des Verschuldens, sondern auch von dem Beweis der objektiven Pflichtwidrigkeit des Herstellers entlastet. Auch diese Beweislastumkehr greift allerdings erst, wenn feststeht, dass ein objektiver Mangel eines Produkts zu einer Eigentumsverletzung geführt hat.³⁶

IV. Zwischenbefund

Im System der Beweislastnormen nimmt § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG eine Sonderstellung ein, die sich jedenfalls nicht mit einem bloßen Verweis auf die Rechenschaftspflicht des Organmitglieds erklären lässt. Gleichzeitig weicht die Vorschrift mit ihrer voraussetzungslosen Beweislastumkehr für Verschulden und Pflichtverletzung so weit von der Grundregel der Beweislastverteilung ab wie keine andere Norm des Aktien- oder sonstigen Zivilrechts.

B. Telos

Wenn Organmitglieder – anders als andere Schadensersatzgegner – die Beweislast hinsichtlich der Pflichtverletzung trifft, richten sich umso größere Erwartungen an den *telos* des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG. Überkommene Sachargumente, wie die Indizkraft des Schadens und die Beweisnähe des Organmitglieds, bedürfen daher einer kritischen Neubewertung.

³⁴ Vgl. BGH, 10.1.1984, BGHZ 89, 263, 271; 11.10.1977, NJW 1978, 584 f.; 9.5.1978, NJW 1978, 1683; 3.11.1981, NJW 1982, 699; ferner *Greiner*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 823 Rn. 162; *Spickhoff*, ebenda, § 630h Rn. 5 f.; ausdrücklich auch *Wagner*, in: MünchKomm BGB, § 630h Rn. 21 und § 823 Rn. 635, 917; kritisch gegenüber der Einordnung des § 630h Abs. 1 BGB als Beweislastumkehr dagegen *Schärtl*, NJW 2014, 3601, 3602 f.

³⁵ Ebenfalls auf diese Parallelität hinweisend *Wagner*, in: MünchKomm BGB, § 823 Rn. 635.

³⁶ Grundlegend BGH, 17.3.1981, BGHZ 80, 186, 196 f. (Apfelschorf – Derosal), unter Klarstellung des Wortlauts der berühmten „Hühnerpest“-Entscheidung (BGH, 26.11.1968, BGHZ 51, 91); ferner BGH, 30.4.1991, BGHZ 114, 284, 291 (Blutkonserve); 11.6.1996, NJW 1996, 2507, Ls. (Möbellack II); 2.2.1999, NJW 1999, 1028, 1029 (Torfsubstrat); dazu *Förster*, in: BeckOK BGB, § 823 Rn. 778; *Wagner*, in: MünchKomm BGB, § 823 Rn. 858.

I. Indizkraft des Schadens

Die Überlegung, ein Schaden deute auf eine vorausgegangene Pflichtverletzung hin und rechtfertige daher eine Beweislastumkehr, reicht bis in die vorkodifikatorische Rechtsprechung des Reichsgerichts hinein.³⁷ Der historische Gesetzgeber machte sie sich indirekt zu eigen, indem er zur Begründung des § 84 Abs. 2 Satz 2 AktG 1937 auf die gesamte vorkodifikatorische Rechtsprechung verwies.³⁸ Unmittelbar nach Inkrafttreten des AktG 1937 leuchtet der Gedanke noch mehrfach in der Rechtsprechung des RG auf,³⁹ ehe er zeitweise in Vergessenheit geriet. In der jüngeren Literatur erlebt er jedoch eine Renaissance, wenn namhafte Stimmen die Beweislastumkehr des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG mit einer Indizfunktion des Schadens begründen.⁴⁰

Verfassungsrechtlich steht es dem Gesetzgeber selbstredend frei, die Beweislastverteilung an abstrakten Wahrscheinlichkeiten auszurichten.⁴¹ Die entscheidende Frage ist jedoch, ob ein Schaden der Gesellschaft tatsächlich signifikant wahrscheinlicher auf eine Pflichtverletzung zurückgeht als auf pflichtgemäßes Verhalten. Gerade bei unternehmerischen Entscheidungen kann pflichtgemäßes Verhalten wohl ebenso gut in einen wirtschaftlichen Verlust münden wie pflichtwidriges – ein Gedanke, den etwa auch das Oberste Gericht der Russischen Föderation teilt.⁴² Jedenfalls erscheint die *abstrakte*

³⁷ Vgl. RG, 31.3.1936, JW 1936, 2313 = HRR 1936 Nr. 1229; hierzu bereits unter Kapitel 2 – A.III, S. 25 ff.

³⁸ Zur Kodifikationsgeschichte vgl. Kapitel 2 – B, S. 27 ff.

³⁹ Vgl. RG, 28.5.1937, JW 1937, 2657, 2658: Erleidet die Gesellschaft einen Schaden, „so rechtfertigt dies die Vermutung, daß dem eine Pflichtwidrigkeit ihrer Amtsträger zugrunde liegt.“; RG, 17.8.1937, Bankarchiv 37. Jg., S. 62, 64: Beweislast des Beklagten, „da innerhalb seines Pflichtenkreises ein Schaden entstanden ist“ (dazu *Goette*, ZGR 1995, 648, 655); RG, 11.5.1938, JW 1938, 2019: „Wird [...] durch Maßnahmen oder Unterlassungen des Vorstandes eine Schädigung des Vermögens der Genossenschaft herbeigeführt, so spricht eine Vermutung dafür, daß die Mitglieder des Vorstandes ihrer Sorgfaltspflicht nicht genügt haben.“

⁴⁰ Vgl. *Hopt/Roth*, in: Großkomm AktG, § 93 Rn. 429: „So gründet sich die Beweislastumkehr des Abs 2 Satz 2 darauf, dass der Gesellschaft ein Schaden entstanden ist; nur mit dessen Indizfunktion lässt sich die Beweislastumkehr hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit begründen“; ferner *Kiethe*, WM 2005, 2122, 2128; dagegen beziehen sich *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm AktG, § 93 Rn. 142 nur auf eine Indizfunktion auf Ebene der konkreten Beweislast.

⁴¹ Vgl. *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 207, demzufolge „der Gesetzgeber als ein Motiv seiner Normsetzung Gesichtspunkte der abstrakten Wahrscheinlichkeitserwägungen eine gewisse Bedeutung zu“; ferner *Ahrens*, Der Beweis im Zivilprozess, S. 207; *Blomeyer*, Zivilprozeßrecht, S. 345; *Reinecke*, Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe, S. 40 ff., 51 ff.

⁴² Vgl. die verbindlichen Auslegungsrichtlinien des Obersten Gerichts, Plenarbeschluss vom 23.6.2015, Nr. 25 („Über die Anwendung bestimmter Vorschriften des Abschnitts I

Wahrscheinlichkeit dafür, dass ein Schaden gerade aus einer Pflichtverletzung resultiert, nicht groß genug, um die Beweislastumkehr des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG zu rechtfertigen.⁴³

Gewiss kann die *konkrete* Schadensart eine Pflichtverletzung im Einzelfall indizieren. Kassenfehlbestände sind geradezu ein klassisches Beispiel für Fälle, in denen die Schadensart für sich spricht und eine mögliche Pflichtverletzung gewissermaßen „ex re“ ergibt.⁴⁴ Ihnen kann allerdings auf der Ebene der Beweiswürdigung und der konkreten Beweislast ebenso Rechnung getragen werden wie durch Erleichterungen hinsichtlich der sekundären Darlegungslast der Gesellschaft für die Pflichtverletzung.⁴⁵

Jenseits solcher Sonderkonstellationen gibt es aber wohl keinen allgemeinen Erfahrungssatz, wonach ein Schaden typischerweise auf eine Pflichtverletzung zurückgeht. Der Schaden indiziert mithin nicht generell eine Pflichtverletzung. Die Beweislastumkehr nach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG mag daher womöglich aus anderen Gründen teleologisch gerechtfertigt sein (dazu sogleich). Mit einer Indizfunktion des Schadens lässt sie sich aber jedenfalls nicht überzeugend begründen.

Wie man sich in dieser Frage positioniert, hat im Übrigen nicht nur rein theoretische Bedeutung. Sollte der Schadenseintritt nämlich – entgegen hier vertretener Ansicht – tatsächlich eine Pflichtverletzung indizieren und gerade darin die Rechtfertigung für die Beweislast des Organmitglieds liegen, so wäre § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG womöglich nur bei vollem Schadensbeweis nach § 286 ZPO anwendbar.⁴⁶ Ein lediglich nach § 287 ZPO vermuteter Schaden könnte dagegen keine Indizkraft entfalten und rechtfertigte wohl nicht eine daran anknüpfende Vermutung pflichtwidrigen Verhaltens. Mit anderen

des ersten Teils des ZGB der Russischen Föderation durch Gerichte“), Ziff. 25 (zu Art. 53.1 ZGB): Negative Folgen, die für die juristische Person in der Zeit auftraten, in der die betreffende Person im Amt war, bedeuten alleine noch nicht, dass das Organmitglied nicht gewissenhaft oder nicht vernünftig handelte, da die Möglichkeit solcher Folgen mit dem Risiko der unternehmerischen oder sonstigen wirtschaftlichen Tätigkeit verbunden ist; näher zum russischen Recht unter Kapitel 5 – B.V, S. 154 ff.

⁴³ Ähnlich v. *Gerkan*, ZHR 154 (1990), 39, 53: „Allerdings bleibt auch der Aspekt, für welche der beiden Seiten die größere Lebenswahrscheinlichkeit angeführt werden könnte, in unserem Zusammenhang recht unergiebig; er ist kaum geeignet, das entscheidende Argument abzugeben.“

⁴⁴ Symptomatisch hierfür ist die Verbreitung arbeitsvertraglicher Beweislastumkehrungen im Rahmen sog. Mankoabreden; vgl. dazu BGH, 29.1.1985, NJW 1986, 865, wonach eine Mankoabrede grundsätzlich zulässig sei, „wenn sie eine sinnvolle [...] Beweislastverteilung enthält oder eine vom Verschulden des Arbeitnehmers unabhängige Haftung für Fehlbeträge darstellt, die in seinem Arbeits- und Kontrollbereich aufkommen“.

⁴⁵ Näher hierzu unter Kapitel 4 – A.II.2.c), S. 76 ff.; in allgemeinerem Zusammenhang auch *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 205 f.

⁴⁶ Vgl. dementsprechend *Hopt/Roth*, in: Großkomm AktG, § 93 Rn. 429; *Kieth*, WM 2005, 2122, 2128.

Worten könnte die Gesellschaft dann nur entweder von § 287 ZPO profitieren oder von § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG; eine Kombination beider Normen wäre hingegen zumindest problematisch.

Sieht man demgegenüber – wie hier – die innere Rechtfertigung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG jedenfalls nicht in einer angeblichen Indizkraft des Schadens, so ist die Norm gänzlich unabhängig davon anwendbar, ob der Schaden nach § 286 ZPO oder „nur“ nach § 287 ZPO bewiesen ist.

II. Beweisnähe des Organmitglieds

Neben der Indizkraft des Schadens ist es vor allem die Beweisnähe des Organmitglieds, welche die Beweislastumkehr zu dessen Lasten rechtfertigen soll.

1. Entwicklung zum vorherrschenden Sachargument

Sogleich das erste einschlägige Urteil des OAG Lübeck aus dem Jahr 1845 stützte die Beweislast des Auftragnehmers für die Einhaltung seiner Pflichten auf dessen größere Sach- und Beweisnähe:

„Endlich entspricht diese Vertheilung der Beweislast auch der Natur der Sache und der Billigkeit, da es bei dem fraglichen Beweise auf Umstände ankommt, wovon in der Regel nur der Mandatar eigene Kenntniß hat, und worüber ihm leichter Nachweisungen zu Gebote stehen.“⁴⁷

Später begründeten auch Reichsgericht und zeitgenössische Kommentierungen die Beweislast des Organmitglieds gelegentlich mit dessen Nähe zum haftungsrelevanten Geschehen.⁴⁸ Endgültig zum vorherrschenden Sachargument avancierte die Beweisnähe jedoch durch das Grundsatzurteil des BGH vom 4.11.2002 in BGHZ 152, 280. Vorbereitet durch einen Beitrag von *Goette*⁴⁹ führten die Richter zur Rechtfertigung der Beweislastumkehr an,

„daß das jeweilige Organmitglied die Umstände seines Verhaltens und damit auch die Gesichtspunkte überschauen kann, die für die Beurteilung der Pflichtmäßigkeit seines Verhaltens sprechen, während die von ihm verwaltete Korporation in diesem Punkt immer in einer Beweisnot wäre“.⁵⁰

Fortan stützte sich die höchst-⁵¹ und obergerichtliche⁵² Rechtsprechung ebenso wie die Literatur⁵³ auf die Beweisnähe des Organmitglieds bzw. die drohende

⁴⁷ Urt. v. 8.9.1845, Sammlung Hamburg Rspr. Bd. I, 446, 458.

⁴⁸ Vgl. RG, 25.1.1888, RGZ 20, 269; *Schlegelberger/Quassowski*, AktG, § 84 Rn. 14; *Weipert*, in: Großkomm AktG, 1939, § 84 Anm. 17.

⁴⁹ Vgl. *Goette*, ZGR 1995, 648, insbes. 672.

⁵⁰ BGH, 4.11.2002, BGHZ 152, 280, 283 unter Verweis auf *Müller*, GenG 2. Aufl. § 34 Rn. 49.

⁵¹ Vgl. die Verweisungen auf BGH, 4.11.2002, BGHZ 152, 280 in BGH, 8.1.2007, NZG 2007, 231, 232, 234; 16.7.2007, DStR 2007, 1641; 26.11.2007, NZG 2008, 104, 105; 18.2.2008, NZG 2008, 314, 315; 14.7.2008, NZG 2008, 751, 752.

Beweisnot der Gesellschaft. Die einst konkurrierenden Argumente, die auf den Digesten, der Rechenschaftspflicht des Beauftragten oder der Indizkraft des Schadens fußten, gerieten gleichzeitig aus der Mode. Die Beweishöhe gilt daher heute als die zentrale Rechtfertigung der Beweislastumkehr.

Im Gleichklang von Judikatur und Literatur sorgt nunmehr lediglich das aus dem Amt ausgeschiedene Organmitglied für Irritationen, da viele dessen Beweishöhe in Zweifel ziehen. Aber selbst diejenigen, die deshalb die Beweislast ausgeschiedener Organmitglieder kritisieren, sehen den *telos* des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG doch ebenfalls in der größeren Beweishöhe zumindest des amtierenden Organmitglieds.⁵⁴

Um sich diesem prädominanten Sachargument anzunähern, empfiehlt es sich, zunächst den Begriff der Beweishöhe zu klären (2.) und sodann dessen Einzelkomponenten – Beweismittelsicherung und Beweismittelzugang – getrennt auszuleuchten (3. und 4.).

2. Einzelelemente der Beweishöhe

Eng mit dem Begriff der Beweishöhe verwandt ist zunächst die Sachhöhe einer Partei.⁵⁵ Sie ist der Beweishöhe denklogisch vorgelagert und ist naturgemäß dann am stärksten ausgeprägt, wenn die Partei die haftungsbegründenden Entscheidungen selbst getroffen hat. Die Sachhöhe einer Partei besagt jedoch unmittelbar noch nichts über deren Beweismöglichkeiten und ist daher für sich genommen kein tauglicher Anknüpfungspunkt für die Beweislastverteilung. Indirekt kommt der Sachhöhe aber Bedeutung insofern zu, als der Sachhöhere typischerweise auch der Beweishöhere ist. Strukturell-abstrakt bessere Beweismöglichkeiten einer der Parteien sind wiederum ein anerkannter Sachgrund

⁵² Vgl. OLG Hamm, 10.5.1995, ZIP 1995, 1263, 1265; OLG Rostock, 21.4.2004, OLGR 2006, 106, 107; OLG Düsseldorf, 14.5.2009, BeckRS 2009, 25547 sub B.II.2.a); OLG Düsseldorf, 31.5.2012, ZIP 2012, 2299, 2300.

⁵³ Vgl. *Bauer*, NZG 2015, 549, 551; *Bachmann*, Gutachten E zum 70. DJT 2014, E 34; *Binder*, Grenzen der Vorstandshaftung, S. 393 f.; *Born*, in: Krieger/Schneider, Hdb. Managerhaftung, § 14 Rn. 6; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 220; *Foerster*, ZHR 176 (2012), 221, 223 ff.; *Hölter*, in: ders., AktG, § 93 Rn. 269; *Kaulich*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer AG für Rechtsanwendungsfehler, S. 308; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm AktG, § 93 Rn. 138; *Paefgen*, AG 2004, 245, 257; *ders.*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, S. 247; *Patzina*, in: Patzina et al., Haftung von Unternehmensorganen, Kap. 5 Rn. 1; *Schlimm*, Das Geschäftsleiterermessen des Vorstands einer Aktiengesellschaft, S. 161; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 93 Rn. 204; *Thümmel*, Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, Rn. 227; *Wicke*, GmbHG, § 43 Rn. 9; aus der österreichischen Literatur vgl. *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25 Rn. 29; *Told*, in: Gruber/Harrer (Hrsg.), GmbHG, § 25 Rn. 212.

⁵⁴ Ausführlich zum ausgeschiedenen Organmitglied unter Kapitel 4 – C, S. 90 ff.

⁵⁵ Zur Unterscheidung von Sach- und Beweishöhe vgl. *Eßwein*, Privatautonome Gestaltung der Vorstandshaftung, S. 162.

der Beweislastverteilung.⁵⁶ Die Beweislast dem Beweisnäheren zuzuweisen, entspricht „der Natur der Sache und der Billigkeit“⁵⁷, erscheint „gerecht“⁵⁸ und „evident angemessen“⁵⁹. Umgekehrt gibt eine strukturell bestehende Beweisnot einer Seite Anlass zur Prüfung einer gesetzlichen Beweislastregel.⁶⁰

Bei genauerer Betrachtung vereint der Begriff der „Beweisnähe“ jedoch zwei Aspekte unter einem Dach, die bislang wohl nicht hinreichend unterschieden werden: Solange noch keine Beweismittel geschaffen wurden, meint „Beweisnähe“ die Nähe einer Partei zur erstmaligen Sicherung von Beweismitteln. Sobald aber Beweismittel vorhanden sind, bedeutet „Beweisnähe“ die Nähe zu diesen gesicherten Beweismitteln. Typischerweise geht beides Hand in Hand. Wer ein Beweismittel sichern kann, hat regelmäßig auch später die besseren Zugriffsmöglichkeiten auf das gesicherte Beweismittel. Garantiert ist dies jedoch nicht, wie gerade der Fall des aus dem Amt ausgeschiedenen Organmitglieds zeigen wird.⁶¹ Von der Warte des Gesetzgebers bestehen somit zumindest zwei denkbare Anknüpfungspunkte für die Beweislastverteilung: Er kann die Beweislast dem zuweisen, der anfänglich die besseren Beweissicherungsmöglichkeiten hat, oder dem, dem die gesicherten Beweismittel langfristig besser zugänglich sind. Beide Aspekte sind grundsätzlich ein legitimer *telos* der Beweislastverteilung.

Doch unabhängig davon, welcher der beiden Aspekte in Rede steht: Jeweils können die Beweismöglichkeiten einer Partei nicht absolut betrachtet werden, sondern nur in Relation zu den Möglichkeiten der anderen Partei. Wenn beide Parteien Beweismittel gleichermaßen gut oder schlecht sichern oder nutzen können, kann sich daran keine Beweislastverteilung anknüpfen. Nur ein typischerweise deutliches Gefälle zwischen den Beweismöglichkeiten der Parteien spricht dafür, der besser gestellten Partei den Hauptbeweis zuzumuten.⁶²

3. Nähe zur Beweissicherung

Wendet man sich damit zunächst dem Aspekt der Beweissicherung zu, so scheint das amtierende Organmitglied im Vergleich zur Gesellschaft im Vorteil.

⁵⁶ Vgl. *Ahrens*, Der Beweis im Zivilprozess, S. 208; *ders.*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, Vor § 286 Teil A Rn. 122 ff.; *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 257 f. mit Beispielen aus der arbeitsrechtlichen Gesetzgebung.

⁵⁷ OAG Lübeck, 8.9.1845, Sammlung Hamburg Rspr. Bd. I, 446, 458.

⁵⁸ *Ahrens*, Der Beweis im Zivilprozess, S. 208.

⁵⁹ Ebenda.

⁶⁰ Zutreffend *Ahrens*, Der Beweis im Zivilprozess, S. 208.

⁶¹ Zum Beweismittelverlust des ausgeschiedenen Organmitglieds unter Kapitel 4 – C.I, S. 90 ff.

⁶² Dies ist wohl mit dem gelegentlichen Hinweis gemeint, die Beweisnähe der einen Partei korrespondiere nicht notwendig mit einer Beweisnot der anderen Partei; vgl. etwa *Ahrens*, Der Beweis im Zivilprozess, S. 208; *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 260.

Schließlich kann das Organmitglied das eigene Verhalten und die Umstände, die dieses als pflichtgemäß oder pflichtwidrig erscheinen lassen, besser überblicken als die Gesellschaft (bzw. deren anspruchsverfolgende Organe).⁶³ Insbesondere die Ermessensentscheidungen der Leitungsorgane lassen sich regelmäßig überhaupt nur auf ihre Pflichtgemäßheit überprüfen, wenn diese darlegen, welche Überlegungen im Einzelfall für sie ausschlaggebend waren.⁶⁴

Speziell bei Überwachungspflichtverletzungen verneinen zwar einzelne Stimmen eine größere Beweisnähe des Organmitglieds: Wenn die Schadensursache im Ressort eines anderen Organmitglieds angesiedelt sei, stehe das nur überwachende Organmitglied dem schadensstiftenden Vorgang nicht näher als die Gesellschaft selbst.⁶⁵ Die Ansicht übersieht indes, dass das überwachende Organmitglied nicht für Handlungen anderer Organmitglieder haftet, sondern stets nur für eigenes Verschulden, etwa in Gestalt mangelhafter Überwachung.⁶⁶ Die Frage, welche Kontrollmaßnahmen das Organmitglied unternommen hat, kann es selbst aber besser beantworten als die Gesellschaft. Für Überwachungspflichtverletzungen gilt daher nichts anderes als für sonstige Pflichtverletzungen: in jedem Fall steht das Organmitglied dem eigenen Verhalten am nächsten.

Bei Lichte besehen beschreiben die bisherigen Ausführungen allerdings nur eine größere Sachnähe des Organmitglieds zu den eigenen Handlungen. Damit ist aber nicht notwendig etwas darüber besagt, ob das Organmitglied auch die besseren Möglichkeiten zur Beweissicherung besitzt. Gerade in diesem Punkt dürften sich die Verhältnisse seit Inkrafttreten des AktG 1937 deutlich gewandelt haben.

So konnte noch vor nicht allzu langer Zeit ein Organmitglied tatsächlich weitgehend selbst bestimmen, welche Entscheidungen es schriftlich dokumentiert und wo und wie es diese Dokumente aufbewahrt. Das Organmitglied war damit in der Tat wesentlich besser zur Beweissicherung in der Lage als die Gesellschaft, der insoweit kaum Möglichkeiten zur Verfügung standen. Die Beweislast des Organmitglieds für die Einhaltung seiner Pflichten schuf dabei den notwendigen Anreiz, die Dokumentation „freiwillig“ mit einem gewissen Aufwand zu betreiben.⁶⁷

Mit mannigfaltigen Berichtspflichten, vor allem aber mit der fortschreitenden Digitalisierung kommen Organmitglieder allerdings kaum mehr umhin,

⁶³ Vgl. die Nachweise in Fn. 53.

⁶⁴ Zutreffend *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 270; *ders.*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 220 m.w.N.

⁶⁵ Vgl. *Gehrlein*, NJW 1997, 1905, 1906; *Haarmann/Weiß*, BB 2014, 2115, 2219; *Krieger*, FS U.H. Schneider, S. 717, 718 f.; *Wach*, FS Schütze, S. 663, 676.

⁶⁶ Allg. M., vgl. nur *Fleischer*, NZG 2003, 449, 453 ff.

⁶⁷ Zutreffend *Bauer*, NZG 2015, 549, 551; *Eßwein*, Privatautonome Gestaltung der Vorstandshaftung, S. 159 ff.; vgl. dementsprechend die zahlreichen Ratschläge zu umfassender Dokumentation: ausführlich *Finkel/Ruchatz*, BB 2017, 519, 520 ff.; ferner *Arnold/*

verschiedenste Spuren ihrer Entscheidungen zu hinterlassen, sei es in Form von E-Mails, EDV-gestützten Kalendereinträgen, Browser-Verläufen, Textdateien, SMS und dergleichen.⁶⁸ Zahlreiche Entscheidungsprozesse sind damit zwangsläufig und unwillkürlich dokumentiert. Die Gesellschaft ist damit weit weniger auf eine aktive Dokumentation durch das Organmitglied angewiesen, um Beweismittel in der Hand zu halten. Vielmehr ist die Gesellschaft mit einer entsprechenden IT-Ausstattung in der Lage, die laufend entstehenden Daten dauerhaft zu sichern. Die Handlungen des Organmitglieds lassen sich damit regelmäßig auch dann auf ihre Rechtmäßigkeit überprüfen, wenn das Organmitglied die Begleitumstände nicht gezielt dokumentiert hat.⁶⁹ Mithin erscheint es nicht mehr unbedingt notwendig, das Organmitglied mit dem unnachgiebigen Instrument der Beweislastumkehr künstlich zur Dokumentation anzureizen.

Dass eine Beweislastumkehr dort entbehrlich ist, wo eine sorgfältige Dokumentation bereits auf andere Weise sichergestellt ist, zeigt im Übrigen sogar das von Beweislastumkehrungen durchzogene Arzthaftungsrecht: Im Arzt-Patienten-Verhältnis kann vorrangig der Arzt Beweismittel sichern, indem er etwa Befund, Aufklärung und Behandlung dokumentiert. Insoweit ist der Arzt in einem Arzthaftungsprozess die beweisnahe und der Patient die beweiserferne Partei. Gleichwohl trägt nach den allgemeinen Regeln grundsätzlich der Patient die Beweislast für eine Pflichtverletzung des Arztes.⁷⁰ Dadurch entsteht zwar zunächst eine „prekäre Anreizsituation des Behandelnden – je nachlässi-

Rothenburg, in: Semler/Peltzer/Kubis, Arbeits-Hdb. für Vorstandsmitglieder, § 11 Rn. 42; *Buchta*, DSStR 2003, 694, 696; *Deilmann/Otte*, BB 2011, 1291, 1294 f.; *Freund*, GmbHR 2009, 1185, 1187; *Doralt/Doralt*, in: Semler/v. Schenck, Arbeits-Hdb. für Aufsichtsratsmitglieder, § 14 Rn. 236; *Freund*, NZG 2015, 1419, 1424; *Goette/Goette*, DSStR 2016, 815, 818; *Göz/Holzborn*, WM 2006, 157, 158; *Hölters*, in: ders., AktG, § 93 Rn. 272; *Holzborn/Bunnemann*, BKR 2005, 51, 52; *Kaulich*, Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer AG für Rechtsanwendungsfehler, S. 309; *Kock/Dinkel*, NZG 2004, 441, 448; *Krieger/Sailer-Coceani*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 41, 45; *Lutter*, ZIP 2007, 841, 845 f.; *Meckbach*, NZG 2015, 580, 581; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm AktG, § 93 Rn. 36; *Semler*, FS Goette, S. 499, 511; *Wiesner*, in: Münchener Hdb. GesR, Bd. IV, § 26 Rn. 24; auch unter dem Aspekt der Selbstkontrolle *Eßwein*, Privatautonome Gestaltung der Vorstandshaftung, S. 160 f.; *Wellhöfer*, in: Wellhöfer/Peltzer/Müller, Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer, § 4 Rn. 110.

⁶⁸ Gleichsinnig *Finkel/Ruchatz*, BB 2017, 519, 520: „Im heutigen Zeitalter der elektronischen Kommunikation werden die meisten Geschäftsvorgänge durch ausführliche elektronische Kommunikation begleitet.“

⁶⁹ Vgl. *Hopt*, FS Roth, S. 225, 233 f.; ferner *Haarmann/Weiß*, BB 2014, 2115, 2118 f.; *Ruckteschler/Grillitsch*, FS Elsing, S. 1129, 1141; *J. Vetter*, Diskussionsbeitrag zum 70. DJT 2014, Bd. II/2, N 110: „In Zeiten von E-Mail-Kommunikation und automatischen Back-ups ist eine Beweisnot des Unternehmens nicht mehr denkbar.“

⁷⁰ Vgl. § 630h Abs. 1 BGB *e contrario*; statt aller *Wagner*, in: MünchKomm BGB, § 630h BGB Rn. 7, 58.

ger er die Patientenakte führt, desto besser steht er in einem Arzthaftungsprozess wegen eines Behandlungsfehlers⁷¹. Dieser Gefahr begegnet das Gesetz aber nicht etwa mit einer Beweislastumkehr, sondern mit einer Dokumentationspflicht: Der Behandelnde wird durch § 630f BGB zur umfassenden Dokumentation in einer Patientenakte verpflichtet. Nur wenn der Behandelnde eine medizinisch gebotene wesentliche Maßnahme und ihr Ergebnis entgegen § 630f Abs. 1 oder Abs. 2 BGB nicht in der Patientenakte aufgezeichnet oder er die Patientenakte entgegen § 630f Abs. 3 BGB nicht aufbewahrt hat, wird nach § 630h Abs. 3 BGB vermutet, dass er diese Maßnahme nicht getroffen hat. Diese widerlegliche Vermutung i. S. d. § 292 ZPO kehrt also die abstrakte Beweislast erst dann zu Lasten des Arztes um, wenn eine ausreichende Dokumentation nicht mehr sichergestellt ist.

Überträgt man den Gedanken auf das Organhaftungsrecht, so spricht vieles dafür, die Beweislast grundsätzlich bei der Gesellschaft zu belassen. Denn infolge der zwangsläufigen, unwillkürlichen Dokumentation der Entscheidungsprozesse ist diese heute regelmäßig im Besitz der Daten, die eine etwaige Pflichtverletzung des Organmitglieds belegen. Sofern das Organmitglied zu einer ergänzenden, aktiven Dokumentation angereizt werden soll, dürfte eine sekundäre Darlegungslast des Organmitglieds für die Pflichtgemäßheit seines Handelns ausreichen.⁷² Die unflexible und zugleich weitreichende Beweislastumkehr des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG scheint insoweit jedenfalls über das Ziel hinauszuschießen.

4. Nähe zu den gesicherten Beweismitteln

Möglicherweise liegt die innere Rechtfertigung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG aber in einer größeren Nähe des Organmitglieds zu den einmal gesicherten Beweismitteln. Immerhin hat das Organmitglied die haftungsrelevanten Vorgänge selbst mitgestaltet und weiß daher besser als ein außenstehender Dritter, welche der vorhandenen Dokumente relevante Angaben enthalten könnten.

Dieser Wissensvorsprung erscheint jedoch aus zumindest drei Gründen nicht ausgeprägt genug, um eine Beweislastumkehr zu rechtfertigen. Erstens sind die Erinnerungen des Organmitglieds an die zahlreichen Einzelentscheidungen seiner womöglich langjährigen Amtsdauer nicht vor der „verdunkelnden Macht der Zeit“ gefeit.⁷³ Bis zu zehn Jahre nach einem Schadenseintritt (vgl. § 93 Abs. 6 AktG) dürfte die Erinnerung an möglicherweise entlastende Dokumente

⁷¹ Wagner, in: MünchKomm BGB, § 630h BGB Rn. 59.

⁷² Für einen entsprechenden rechtspolitischen Regelungsvorschlag s.u. Kapitel 6 – C, S. 183 ff.

⁷³ Vgl. Fleischer, AG 2014, 457, 472 in Anlehnung an Windscheid/Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. 1906, § 105, S. 544: „die ‚verdunkelnde Macht der Zeit‘ fordert ihren Tribut.“

weitgehend verblasst sein.⁷⁴ Zweitens befindet sich ein Organmitglied regelmäßig nicht mehr im Amt, wenn es auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird. Der Beweismittelzugang des ausgeschiedenen Organmitglieds ist damit eingeschränkt, selbst wenn es sich noch exakt an die relevanten Dokumente erinnern könnte.⁷⁵ Schließlich lassen sich digitale Dokumente mittlerweile in kürzester Zeit auf Schlagwörter durchsuchen, nötigenfalls mithilfe einer professionellen IT-forensischen Datenaufbereitung. Das Auffinden der relevanten Dokumente ist für die Gesellschaft damit deutlich einfacher geworden als zu Zeiten rein physischer Aktenberge voller handschriftlicher Notizen.

Der Beweislastumkehr zu Lasten des Mandatars mag damit die Vorstellung zugrunde gelegen haben, dass es für den Beweis auf Umstände ankomme, wovon in der Regel nur der Mandatar eigene Kenntnis habe und worüber ihm leichter Nachweisungen zu Gebote stünden.⁷⁶ Auf das Verhältnis von Gesellschaft und Organmitglied trifft diese Überlegung jedoch nicht mehr in der Einfachheit zu. Das Organmitglied kann gerade nicht immer die Umstände seines Verhaltens und damit auch die Gesichtspunkte überschauen, die für die Beurteilung der Pflichtmäßigkeit seines Verhaltens sprechen. Umgekehrt ist die von ihm verwaltete Korporation in diesem Punkt gerade nicht immer in einer Beweisnot.⁷⁷ Typischerweise dürften die Beweiszugangsmöglichkeiten des Organmitglieds heute hinter denjenigen der Gesellschaft zurückliegen, sie jedenfalls aber nicht mehr übersteigen.

III. Weitere teleologische Erwägungen

Die angebliche Beweisnähe des Organmitglieds konnte die Beweislastumkehr des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG damit ebenso wenig erklären wie zuvor die Indizkraft des Schadens bzw. abstrakte Wahrscheinlichkeitserwägungen⁷⁸ oder die Rechenschaftspflicht des Organmitglieds⁷⁹. Damit scheint es an der Zeit, sich von den hergebrachten Argumenten zu lösen und nach anderen möglichen Sachgründen Ausschau zu halten.

1. Spektrum beweisrechtlicher Sachgründe

Das Beweisrecht kennt – jenseits der genannten Sachgründe – grundsätzlich eine Fülle weiterer Motive, von denen sich der Gesetzgeber bei der Beweis-

⁷⁴ Vgl. *Eßwein*, Privatautonome Gestaltung der Vorstandshaftung, S. 162 f.; *Gehrlein*, NJW 1997, 1905, 1906; *Haarmann/Weiß*, BB 2014, 2115, 2119; *Krieger*, FS U.H. Schneider, S. 717, 718.

⁷⁵ Ausführlich zur nachteiligen Situation ausgeschiedener Organmitglieder unter Kapitel 4 – C, S. 90 ff.

⁷⁶ Vgl. OAG Lübeck, 8.9.1845, Sammlung Hamburg Rspr. Bd. I, 446, 458.

⁷⁷ Gegenteilig BGH, 4.11.2002, BGHZ 152, 280, 283, s.o. Fn. 50.

⁷⁸ Siehe oben Kapitel 3 – B.I, S. 51 ff.

⁷⁹ Siehe oben Kapitel 3 – A.II, S. 45 ff.

lastverteilung leiten lassen kann.⁸⁰ Für die Beweislastverteilung bei Organhaftungsansprüchen erweist sich allerdings das Gros der Sachgründe als von vornherein unergiebig. So ist nicht ersichtlich, inwiefern sich etwa aus dem sozialen Schutzgedanken, verfassungsrechtlichen Erwägungen oder dem allgemeinen Verkehrsschutz⁸¹ ergeben könnte, ob das Organmitglied oder die Gesellschaft die Beweislast für die Pflichtverletzung tragen sollte. Zumindest ein anfänglicher Charme geht von dem Gedanken einer Beweislastverteilung nach rechtsökonomischen Effizienzüberlegungen aus.⁸² Da sich der Sachgrund der Effizienz aber nicht mit Kriterien wertender Art kombinieren lässt, stößt er – jedenfalls für das deutsche Beweislastsystem⁸³ – auf Ablehnung.⁸⁴ Auch eine Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen leuchtet zwar intuitiv ein. Danach müsste sich ein Schädiger hinsichtlich aller Tatsachen entlasten, die zu seinem Gefahrenbereich, dem seiner Herrschaft unterliegenden räumlich-gegenständlichen Bereich zählen.⁸⁵ Bei näherem Hinsehen versammelt die Gefahrenbereichslehre jedoch nur verschiedene andere Sachgründe unter einem Dach, insbesondere die Aspekte der abstrakten Wahrscheinlichkeit und der Beweislage sowie der Prävention.⁸⁶ Abstrakte Wahrscheinlichkeit und Beweislage bieten nach den bisherigen Untersuchungsergebnissen keine zufriedenstellende Erklärung für die Beweislastumkehr des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG. Interessant erscheint jedoch der Präventionsgedanke.

2. Prävention und Kompensation

Aus der dienenden Funktion des Prozessrechts⁸⁷ folgt, dass eine Beweislastnorm gleichsam akzessorisch den Zweck der dazugehörigen „inhaltlichen“

⁸⁰ Vgl. allgemein *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 264.

⁸¹ Zu diesen und über zwanzig weiteren denkbaren Sachgründen *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 257 ff.; ferner v. *Gerkan*, ZHR 154 (1990), 39, 52; *Musielak*, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, S. 370 f.

⁸² Vgl. insbes. *Friedl*, Beweislastverteilung unter Berücksichtigung des Effizienzkriteriums, passim.

⁸³ Die rechtsökonomischen Erkenntnisse von *Hay/Spier*, J. Leg. Stud. 26 (1997) 314 ff. und *Kim*, Eur. J. Law Econ. 42 (2016) 325 ff. basieren auf der Prämisse einer Verteilung der Beweislast durch den Richter, nicht durch das Gesetz.

⁸⁴ Vgl. *Ahrens*, Der Beweis im Zivilprozess, S. 214; *S. Arnold*, AcP 209 (2009), 285, 299 f.; *Prütting*, in: MünchKomm ZPO, § 286 Rn. 121.

⁸⁵ Grundlegend *Prölss*, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß, S. 65 ff., 83 ff.; *ders.*, VersR 1964, 901 ff., der dem Prinzip der Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen allerdings sogar normative Kraft beimessen will; insoweit ablehnend *S. Arnold*, AcP 209 (2009), 285, 300; *Prütting*, in: MünchKomm ZPO, § 286 Rn. 121; *Saenger*, in: *ders.*, ZPO, § 286 Rn. 58.

⁸⁶ Zutreffend *Ahrens*, Der Beweis im Zivilprozess, S. 209 f.

⁸⁷ „Prozessrecht“ im weiten Sinne; zur Rechtsnatur der Beweislastnormen unter Kapitel 4 – D.III.2, S. 129 f.

Norm teilt. Sie hilft insofern der inhaltlichen Norm, ihren Zweck nicht zuletzt mit den Mitteln des Beweisrechts durchzusetzen.⁸⁸

Die Schadensprävention ist wiederum ein anerkannter Zweck der Organhaftung.⁸⁹ Dieser Schutzzweck scheint auf den ersten Blick tatsächlich für eine Beweislastumkehr zu Lasten des Organmitglieds zu streiten.⁹⁰ Wenn nämlich die Gesellschaft die Beweislast für das Vorliegen einer Pflichtverletzung trüge, könnte ein Organmitglied vor dem Hintergrund des *Principal-Agent*-Konflikts⁹¹ eher geneigt sein, sich durch pflichtwidriges Verhalten persönliche Vorteile zu verschaffen. Wenn dagegen das Organmitglied aufgrund einer Beweislastumkehr nicht damit rechnen kann, mit einer Pflichtverletzung ungestraft davon zu kommen, so wird es die Pflichtverletzung wohl von vornherein unterlassen.

Diese Überlegung trifft zu, sie greift jedoch zu kurz. Sie übersieht, dass ein beweisbelastetes Organmitglied womöglich auch pflichtgemäße Handlungen unterlässt, die ein gewisses unternehmerisches Risiko bedeuten würden. Das Organmitglied befürchtet möglicherweise, im Schadensfall die Einhaltung seiner Pflichten nicht beweisen zu können und verliert so den erforderlichen „Mut zur Tat“⁹². Führt man sich zudem vor Augen, dass der Rückschaufehler (*hindsight bias*)⁹³ ohnehin zur Bejahung einer Pflichtverletzung im Rückblick verleitet, droht das Amt des Geschäftsleiters überproportional haftungsgefährlich und am Ende gar unattraktiv zu werden.⁹⁴ Aus dem Präventionszweck der

⁸⁸ Vgl. *Ahrens*, Der Beweis im Zivilprozess, S. 212; *Eßwein*, Privatautonome Gestaltung der Vorstandshaftung, S. 161; *Prütting*, in: MünchKomm ZPO, § 286 Rn. 117; *Wahrendorf*, Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht, S. 16 f.

⁸⁹ Vgl. die Nachweise in Einleitung Fn. 3.

⁹⁰ Generell für eine Beweislast des Schuldners aus Präventionsgründen etwa *Deutsch*, JZ 1971, 244, 245 f.; *Marton*, AcP 162 (1963), 1, 42 ff.; *Prölss*, Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozess, S. 76; *ders.*, VersR 1964, 903 f.; *Reinecke*, Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe, S. 69 ff.; skeptisch dagegen *Ahrens*, Der Beweis im Zivilprozess, S. 213; *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 262.

⁹¹ Grundlegend *Jensen/Meckling*, 3 J. Fin. Econ. 305 (1976) sowie *Berle/Means*, The Modern Corporation and Private Property, 1932; vgl. auch *Kraakman et al.*, The Anatomy of Corporate Law, S. 29 ff.; *Spindler*, AG 2013, 889, 903; speziell zum Vorstand als *agent*: *A. Arnold*, Die Steuerung des Vorstandshandelns, S. 13 ff.

⁹² Amtl. Begr. zu § 84 AktG 1937 (abgedruckt bei *Klausning*, Gesetz über Aktiengesellschaften, S. 71); zur Ablehnung einer Erfolgshaftung vgl. Kapitel 2 – B.II, S. 30 ff.

⁹³ Grundlegend *Fischhoff*, 1 Journal of Experimental Psychol. Human Perception & Performance 288 (1975); *Hawkins/Hastie*, 107 Psychol. Bull. 311 (1990); grundlegend für das deutsche Recht *Fleischer*, FS Wiedemann, S. 827, 832; *ders.*, FS Immenga, S. 575, 579 f.; nachfolgend etwa *Schäfer*, ZIP 2005, 1253 f.

⁹⁴ Nach wie vor zutreffend *Godbold v. Branch Bank*, 11 Ala. 191, 199 (1847): „[N]o man of ordinary prudence would accept a trust surrounded by such perils“.

Organhaftung lassen sich daher keine belastbaren Schlüsse für eine bestimmte Beweislastverteilung ableiten.

Selbiges gilt für den anderen anerkannten Zweck der Organhaftung, die Schadenskompensation.⁹⁵ Auch dieser Zweck lässt sich nur dem ersten Anschein nach für eine Beweislastumkehr stark machen. So ließe sich argumentieren, dass das Organmitglied im Zweifelsfall haften soll, wenn der Gesellschaft ein Schaden entstanden ist. Auf diese Weise minimiert sich nämlich für die Gesellschaft das Risiko, trotz pflichtwidriger Schädigung keinen Schadensersatz zu erhalten. Während die Gefahr einer Unterkompensation damit sinkt, steigt jedoch das spiegelbildliche Risiko einer Überkompensation. Die Beweislastumkehr birgt für das Organmitglied die Gefahr, der Gesellschaft auch einen durch pflichtgemäßes Handeln verursachten Schaden ersetzen zu müssen. Beide Arten von Fehlurteil – Unter- und Überkompensation – erscheinen jedoch gleich schwerwiegend.⁹⁶ Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass eine Überkompensation eher in Kauf genommen werden könnte als eine Unterkompensation. Mithin lässt sich auch der Kompensationsgedanke nicht zur Verteidigung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG fruchtbar machen.

IV. Zwischenbefund

Den *telos* der Beweislastumkehr für die schuldhafte Pflichtverletzung sehen manche in einer Indizkraft des Schadens, die meisten aber in einer (nicht näher konkretisierten) Beweisnähe des Organmitglieds. Überzeugen kann jedoch weder der eine noch der andere Erklärungsansatz. Ein Schaden indiziert keine Pflichtverletzung und die Gesellschaft steht der Beweissicherung sowie den gesicherten Beweismitteln typischerweise nicht ferner als das Organmitglied. Auch die materiell-rechtlichen Zwecke der Organhaftung gebieten keine Beweislastumkehr zu Lasten des Organmitglieds.

C. Gesamtschau

Rechtsdogmatisch steht § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG auf tönernen Füßen. Die umfassende Beweislastumkehr für Pflichtverletzung und Verschulden ist ein Ausreißer im System der Beweislastnormen, der nach umso gewichtigeren Rechtfertigungsgründen verlangt. Diesen Erwartungen werden die tradierten Argumente indes nicht gerecht. Teilweise verfangen sie von vornherein nicht, wie namentlich der Verweis auf die Rechenschaftspflicht des Organmitglieds

⁹⁵ Vgl. die Nachweise in Einleitung, Fn. 3; allgemein zur Berücksichtigung der Kompensationsfunktion von Haftungsnormen im Rahmen der Beweislastverteilung *Deutsch*, JuS 1969, 202; *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 262.

⁹⁶ Zur Abwägung der möglichen „Fehlurteile“ gegeneinander vgl. nur *Thole*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 286 Rn. 117.

und auf eine behauptete Indizkraft des Schadens. Teilweise – insbesondere was die Beweisnähe des Organmitglieds anbelangt – büßten sie erst im Wandel der Zeit an Überzeugungskraft ein. Am Ende aber lässt die Beweislastumkehr eine ihrer Sonderstellung angemessene innere Rechtfertigung nur schwerlich erkennen.

Kapitel 4

Rechtspraxis

Ungeachtet der rechtsdogmatischen Defizite mag für die Beweislastumkehr des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG doch gleichsam das Kriterium „bekannt und bewährt“ sprechen. Zur Abschaffung einer in der Rechtsanwendung bewährten Rechtsnorm bestünde schließlich kaum Anlass. Die nachfolgenden Problemkreise repräsentieren daher ausgewählte, besonders anspruchsvolle Fragen und Haftungskonstellationen, welche die Praxistauglichkeit der Beweislastumkehr gewissermaßen einem Lackmustest unterziehen.

A. „Möglicherweise“ pflichtwidriges Verhalten

Der erste Testfall ist dabei weniger eine besondere Haftungskonstellation als eine grundlegende, für alle Organhaftungsfälle relevante Frage: Was verbirgt sich hinter der Rechtsprechungsformel, die Gesellschaft treffe die Darlegungs- und Beweislast für einen Schaden und dessen Verursachung durch ein Verhalten des Geschäftsleiters in seinem Pflichtenkreis, „das als pflichtwidrig überhaupt in Betracht kommt, sich also insofern als ‚möglicherweise‘ pflichtwidrig darstellt“¹?

I. Begriffliche Irrungen und Wirrungen

Den Umfang der Darlegungs- und Beweislast von Gesellschaft und Organmitglied hat die Rechtsprechung seit Inkrafttreten des § 84 Abs. 2 Satz 2 AktG 1937 auf ganz unterschiedliche Weise beschrieben und damit manche Verwirrung gestiftet.

1. Zweideutige Aussagen des Reichsgerichts

Das RG als Wegbereiter des § 84 Abs. 2 Satz 2 AktG 1937² hatte selbst zwar keine Gelegenheit mehr, die Norm anzuwenden. In die nach ihrem Inkrafttreten entschiedenen Organhaftungsfälle waren keine Aktiengesellschaften in-

¹ BGH, 4.11.2002, BGHZ 152, 280, 284.

² Zur richterrechtlichen Beweislastumkehr bereits vor § 84 Abs. 2 Satz 2 AktG 1937 vgl. Kapitel 2 – A, S. 21 ff.

volviert, sondern allein Genossenschaften,³ Gesellschaften mit beschränkter Haftung⁴ und auch eine Personenhandelsgesellschaft⁵. Doch auch ohne Rückgriff auf § 84 Abs. 2 Satz 2 AktG 1937 sprachen die reichsgerichtlichen Urteile jeweils dem Organmitglied die Beweislast für die Erfüllung seiner Pflichten zu.⁶ Der Gesellschaft oblag dagegen der Nachweis, durch ein Verhalten des Organmitglieds geschädigt worden zu sein.⁷

In manchen Urteilen fügte das RG dem nichts weiter hinzu.⁸ In einigen Urteilen aber ergänzte das Gericht die Beweislast der Gesellschaft dahingehend, dass ihr ein Schaden gerade aus einem Verhalten *im Rahmen des dem Organmitglied obliegenden Pflichtenkreises* erwachsen ist.⁹ Offenbar sollte hinsichtlich der Pflichtverletzung die Beweislast nicht vollumfänglich beim Organmitglied liegen, sondern teilweise auch bei der Gesellschaft. Wie sich die Aufgabenverteilung im Einzelnen vollziehen sollte, führte das Gericht jedoch nicht näher aus.

³ RG, 28.5.1937, JW 1937, 2657; 11.5.1938, JW 1938, 2019; 13.2.1939, DR 1939, 723; 10.5.1939, DR 1939, 2164.

⁴ RG, 7.6.1939, RGZ 161, 129; 23.10.1940, HRR 1941 Nr. 132.

⁵ RG, 17.12.1938, RGZ 159, 211.

⁶ Besonders deutlich: RG, 13.2.1939, DR 1939, 723: Dem Verwaltungsmitglied „liegt dann der Nachweis ob, daß es [...] seine Pflichten erfüllt, also alles getan hat, um die Genossenschaft vor Schaden zu bewahren“; ähnlich bereits zuvor RG, 28.4.1885, RGZ 13, 43, 46; 31.3.1936, JW 1936, 2313; 28.5.1937, JW 1937, 2657, 2658; 11.5.1938, JW 1938, 2019 sowie nachfolgend RG, 10.5.1939, DR 1939, 2164, 2165; 23.10.1940, HRR 1941 Nr. 132.

⁷ St. Rspr. des RG, vgl. RG, 28.4.1885, RGZ 13, 43, 46; 28.5.1937, JW 1937, 2657, 2658; 11.5.1938, JW 1938, 2019; 13.2.1939, DR 1939, 723; 10.5.1939, DR 1939, 2164, 2165; 23.10.1940, HRR 1941 Nr. 132; aus der Reihe fällt das *obiter dictum* in RG, 3.2.1920, RGZ 98, 98, 100: „Indessen darf dem Kläger eine vorgängige Beweis- oder Darlegungslast überhaupt nicht angesonnen werden“; dazu mit Recht *Goette*, ZGR 1995, 648, 652 f.: „Die als solche weit über das Ziel hinausschießende, allgemeinen Beweisregeln und der bisherigen Rechtsprechung widersprechende Äußerung [...] war jedenfalls für die Entscheidung des Falles ohne jede Bedeutung.“

⁸ RG, 11.5.1938, JW 1938, 2019: „Der Senat hat in ständiger Rspr. daran festgehalten, daß die Genossenschaft [...] nur zu behaupten und nötigenfalls zu beweisen hat, daß sie durch die Geschäftsführung des Vorstandes geschädigt worden ist“; RG, 10.5.1939, DR 1939, 2164, 2165: „Mag sich die Bekl. zur Begründung ihrer Widerklage auf die Behauptung beschränken können, daß ihr aus der Geschäftsgebarung der Kl. Schaden entstanden sei [...]“.

⁹ Anfängliche Formulierung in RG, 28.4.1885, RGZ 13, 43, 46: „so hat die Klägerin [...] nur nachzuweisen, daß und welche Pflichten dem Beklagten in der betreffenden Angelegenheit obliegen haben, und daß zwischen diesen Pflichten und dem Schaden der Kausalzusammenhang vorhanden ist“; ähnlich RG, 28.5.1937, JW 1937, 2657, 2658; spätere, verkürzte Formulierung in RG, 13.2.1939, DR 1939, 723: „Eine Genossenschaft hat zur Begründung eines Schadensersatzanspruchs gegen ihre Verwaltungsträger nur darzutun, daß ihr aus deren Geschäftsgebarung im Rahmen des ihnen obliegenden Pflichtenkreises ein Schaden erwachsen ist“; ähnlich RG, 23.10.1940, HRR 1941 Nr. 132.

2. Fortsetzung in den Formulierungen des Bundesgerichtshofs

Offenbar beeinflusst durch die Formulierungen des RG urteilte der BGH etwas kryptisch, die Gesellschaft habe zu beweisen, dass „ihr erlittener Schaden auf einem *pflichtwidrigen* Verhalten eines Vorstandsmitglieds beruht“¹⁰ bzw. dass das Organmitglied sie „*pflichtwidrig* [...] geschädigt“¹¹ habe. Bis in die neunziger Jahre hinein enthalten Entscheidungen den „Grundsatz, daß der Geschädigte, hier also die Gesellschaft, den Eintritt eines Schadens und dessen Verursachung durch das *pflichtwidrige* Verhalten des Schädigers zu beweisen hat“¹². Ausdrücklich ist von der Beweislast gerade im Hinblick auf die Pflichtverletzung nicht die Rede¹³ – und doch deuten die Wendungen auf eine Beweislast der Gesellschaft hin.

Eine nähere Analyse nährt jedoch Zweifel an einem solchen Verständnis der Rechtsprechung. Zum einen steht in allen vorzitierten Entscheidungen der Beweis des Schadens oder der Kausalität im Vordergrund; auf einer echten Beweislastentscheidung zur Pflichtverletzung beruht dagegen keine der Entscheidungen.¹⁴ Dass das den Schaden verursachende Verhalten gerade ein *pflichtwidriges* Verhalten sein müsse, könnte somit ein bloßer Verweis auf die materielle Rechtslage sein, wonach eben nur pflichtwidriges Verhalten zur Haftung führt. Eine Aussage auch zur Beweislast im Hinblick auf die Pflichtverletzung muss damit nicht verbunden sein.

Zum anderen zitiert der BGH in den genannten Entscheidungen wiederholt das RG und lässt dabei keinen Willen zu einem Kurswechsel erkennen. Daher erscheint es gut möglich, dass der BGH die früheren Formulierungen des RG lediglich sprachlich verkürzt hat: Nach der Rechtsprechung des RG musste die Gesellschaft nachweisen, dass ihr aus dem Verhalten des Organmitglieds *im Rahmen des ihm obliegenden Pflichtenkreises* ein Schaden erwachsen ist;¹⁵ in der Ausdrucksweise des BGH muss die Gesellschaft beweisen, dass ihr erlittener Schaden auf einem *pflichtwidrigen* Verhalten eines Organmitglieds be-

¹⁰ BGH, 15.10.1962, NJW 1963, 46 (Herv. d. Verf.).

¹¹ BGH, 12.11.1970, WM 1971, 125, 126 (Herv. d. Verf.).

¹² BGH, 9.12.1991, NJW 1992, 1166, 1167 (Herv. d. Verf.), vier Sätze später ist allerdings nur noch von einem „möglicherweise“ pflichtwidrigen Verhalten des Beklagten die Rede; vgl. auch BGH, 21.3.1994, NJW-RR 1994, 806: „Vielmehr muß die Gesellschaft nachweisen, daß ihr infolge eines *pflichtwidrigen* Verhaltens ihres Geschäftsführers ein Schaden entstanden ist“ (Herv. d. Verf.).

¹³ Anders in BGH, 9.6.1980, ZIP 1980, 776, wonach „die Gesellschaft die Tatsachen vortragen und beweisen [muß], aus denen sich ergibt, daß der Geschäftsführer einer ihm obliegenden Pflicht objektiv nicht ausreichend nachgekommen und der Gesellschaft hierdurch ein Schaden entstanden ist (vgl. § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG [...])“; der Verweis des Urteils auf „RG HRR 1941 Nr 132 unter II; SenUrt v 9.5.74 – II ZR 50/72 unter IV 2“ ist allerdings zw., vgl. bereits *Goette*, ZGR 1995, 648, 664.

¹⁴ Ebenso für die bis 1995 erlassenen Urteile *Goette*, ZGR 1995, 648, 667.

¹⁵ Vgl. Fn. 9.

ruht.¹⁶ Diese geringfügige und vor allem nicht näher begründete Änderung im Wortlaut lässt nicht unbedingt auf eine Änderung in der Sache schließen.¹⁷

Restzweifel verbleiben allerdings. Sie werden auch nicht durch die Entscheidungen ausgeräumt, in denen der BGH dem Organmitglied die Beweislast dafür zuspricht, die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt zu haben.¹⁸ Durch die reine Wiederholung des Gesetzeswortlauts bleibt unklar, ob damit die Entlastung vom Vorwurf nur der subjektiven Sorgfaltspflichtverletzung (= Verschulden) oder auch der objektiven Sorgfaltspflichtverletzung (= Rechtswidrigkeit) gemeint ist. In anderen Urteilen, vornehmlich zu Kassenfehlbeständen, kam der BGH schließlich gänzlich umhin, Fragen der objektiven wie auch der subjektiven Sorgfaltspflichtverletzung anzusprechen.¹⁹

3. Gefestigte, aber unklare Rechtsprechungsformel seit BGHZ 152, 280

Offenbar war sich der zweite Zivilsenat der Unklarheiten der bisherigen Rechtsprechung bewusst. Jedenfalls sah er sich in seinem Grundsatzurteil aus dem Jahr 2002 veranlasst, der eigentlichen Entscheidung zunächst eine eigene Interpretation zweier früherer Urteile vorzuschicken:

„Zwar hat der Senat in seinen Urteilen vom 9. 12. 1991 [...] und vom 21. 3. 1994 [...] ausgeführt, die Gesellschaft müsse nachweisen, dass ihr infolge eines pflichtwidrigen Verhaltens ihres Geschäftsführers ein Schaden entstanden sei. In beiden Fällen ging es aber nicht um den Nachweis der von der Gesellschaft behaupteten Pflichtwidrigkeit, sondern um deren Kausalität für einen Schaden der Gesellschaft.“²⁰

Damit stellt das Gericht klar, dass die frühere Wendung eines *pflichtwidrigen* Verhaltens keine Aussage zur Beweislast hinsichtlich der Pflichtverletzung enthalten sollte. Präziser als damals formuliert der BGH dementsprechend nun, die Gesellschaft treffe die Darlegungs- und Beweislast für einen Schaden und dessen Verursachung durch ein Verhalten des Geschäftsleiters in seinem Pflichtenkreis, das als pflichtwidrig überhaupt in Betracht komme, sich also insofern als „möglicherweise“ pflichtwidrig darstelle.²¹ Damit rekurriert der

¹⁶ Vgl. Fn. 10 ff.

¹⁷ In diesem Sinne auch BGH, 22.10.1979, WM 1979, 1425, 1428: „[D]ie Beweisregel des § 93 Abs 2 Satz 2 in Verbindung mit § 116 AktG [ist] entsprechend anzuwenden [...]. Damit wird der Beklagte nicht unzumutbar belastet, da er in der Lage sein muß, darzulegen und, wenn nötig, zu beweisen, was er von sich aus unternommen hat, um seine Pflichten als Beiratsmitglied gewissenhaft zu erfüllen.“

¹⁸ Vgl. BGH, 28.10.1971, WM 1971, 1548, 1549; 7.11.1977, NJW 1978, 425; 3.12.2001, NZG 2002, 195, 197.

¹⁹ Vgl. BGH, 9.5.1974, NJW 1974, 1468; 8.7.1985, NJW 1986, 54; 26.11.1990, NJW-RR 1991, 485.

²⁰ BGH, 4.11.2002, BGHZ 152, 280, 284.

²¹ BGH, 4.11.2002, BGHZ 152, 280, 284.

BGH zunächst auf die hergebrachte Formulierung des RG vom Verhalten des Geschäftsleiters „in seinem Pflichtenkreis“. Der daran anschließende Halbsatz vom Verhalten, „das als pflichtwidrig überhaupt in Betracht kommt, sich also insofern als ‚möglicherweise‘ pflichtwidrig darstellt“, korrigiert die ehemalige, leicht misszuverstehende Rechtsprechung vom „pflichtwidrigen“ Verhalten. Das Wort „möglicherweise“ stellt nun klar, dass nicht etwa die Gesellschaft, sondern das Organmitglied in Sachen Pflichtverletzung beweisbelastet ist. In der Wortwahl orientiert sich der BGH dabei an dem grundlegenden Beitrag von *Goette*, der selbst wiederum an den „bewährten Ansatz in der frühen reichsgerichtlichen Rechtsprechung“ anknüpft; diesen paraphrasiert *Goette* allerdings²² und verhilft so der Wendung vom „möglicherweise“ pflichtwidrigen Verhalten zu ihrem endgültigen²³ Durchbruch in der Rechtsprechung²⁴.

Nach den Ausführungen zur Darlegungs- und Beweislast der Gesellschaft wendet sich der BGH den Obliegenheiten des Organmitglieds zu. Basierend auf der Annahme, dass das jeweilige Organmitglied die Umstände seines Verhaltens und damit auch die Gesichtspunkte überschauen könne, die für die Beurteilung der Pflichtmäßigkeit seines Verhaltens sprechen, während die von ihm verwaltete Korporation in diesem Punkt immer in einer Beweisnot wäre, zieht der BGH die Schlussfolgerung, dass sich das Organmitglied hinsichtlich des Vorwurfs der Pflichtverletzung selbst zu entlasten habe. Dies gilt nach Ansicht des BGH für den Vorstand einer Aktiengesellschaft nach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG ebenso wie für den Geschäftsführer einer GmbH, für nicht-unternehmerische wie für unternehmerische Entscheidungen, für Unterlassens- wie für Handlungsvorwürfe und schließlich für amtierende wie bereits ausgeschiedene Organmitglieder in gleicher Weise.²⁵ Letztere seien vor einer Überspannung ihrer Darlegungs- und Beweislast dadurch geschützt, dass die Gesellschaft die angebliche Pflichtverletzung im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast näher zu bezeichnen habe. Soweit zu deren Verteidigung erforderlich, habe die Gesellschaft ihnen Einsicht in die dafür maßgeblichen Unterlagen zu gewähren.²⁶

²² Vgl. insbes. ZGR 1995, 648, 660 mit folgender Umschreibung der früher vom RG verwendeten Formeln: „die klagende Partei habe darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, daß der Schaden aus einer Verletzung des zum Pflichtenkreis des Organs gehörenden Verhalten herrührt, daß mit anderen Worten die ‚Geschäftsgebarung‘ also *möglicherweise* pflichtwidrig ist“ (Herv. im Original); vgl. auch S. 669 f., 673 f.

²³ Erstmalige Bezugnahme auf das „möglicherweise pflichtwidrige Verhalten“ bereits in BGH, 9.12.1991, NJW 1992, 1166, 1167; dazu *Goette*, ZGR 1995, 648, 673 mit Fn. 124.

²⁴ Demgegenüber zunächst gemischte Reaktionen auf *Goettes* Ansatz in der Literatur; zustimmend zwar *Krieger*, in: RWS-Forum GesR 1995, S. 149, 159; v. *Randow*, ZGR 1996, 594, 635; weitgehend a. A. aber *Fleck*, GmbHR 1997, 237, 239; *Gehrlein*, NJW 1997, 1905, 1906 und *Heermann*, ZIP 1998, 761, 766 f.; daher *Goette*, DStR 2003, 887, 894: „Ausführungen [...] sind im Schrifttum nicht auf fruchtbaren Boden gefallen“.

²⁵ BGH, 4.11.2002, BGHZ 152, 280, 283 ff.

Das Grundsatzurteil sollte die vorerst letzte höchstrichterliche Meldung zum Thema sein. Spätere Entscheidungen zur Organhaftung verweisen im Wesentlichen auf die geltenden Grundsätze.²⁷

Gesichert erscheint nun zwar, dass die neue Wendung des BGH – die Gesellschaft müsse ein Verhalten des Geschäftsleiters in seinem Pflichtenkreis darlegen und gegebenenfalls beweisen, „das als pflichtwidrig überhaupt in Betracht kommt, sich also insofern als ‚möglicherweise‘ pflichtwidrig darstellt“ – Missverständnisse der früheren Rechtsprechung ausräumen sollte: Zu beweisen hat nicht die Gesellschaft das *Vorliegen* einer Pflichtverletzung, sondern umgekehrt das Organmitglied das *Nichtvorliegen* einer Pflichtverletzung. Nicht die Gesellschaft muss das Organmitglied belasten, sondern das Organmitglied hat sich selbst zu entlasten. Zweifelhaft ist jedoch, inwieweit der Wendung des BGH eine darüber hinausgehende, die Darlegungs- und Beweislast des Organmitglieds wiederum einschränkende Bedeutung zukommt.

II. Dogmatische Funktion

1. Keine Bedeutungslosigkeit

Eine Literatursicht weist darauf hin, dass ein Verhalten nur entweder pflichtgemäß oder pflichtwidrig sein könne. Eine besondere Kategorie eines „möglicherweise“ pflichtwidrigen Verhaltens könne daher nicht existieren.²⁸ Damit handle es sich beim „möglicherweise“ pflichtwidrigen Verhalten letztlich um dasselbe Tatbestandsmerkmal wie die fehlende Pflichtverletzung, für die gemäß § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG das Organmitglied die Beweislast trage.²⁹ Demnach könne der Formulierung des BGH im Ergebnis keine eigenständige Bedeutung zukommen.³⁰

Tatsächlich legt die soeben skizzierte Rechtsprechungsentwicklung den Verdacht nahe, dass es sich bei dem Erfordernis eines „möglicherweise“ pflichtwidrigen Verhaltens um eine bloße Leerformel handelt. Die frühere Formulierung, die Gesellschaft müsse eine Schadensverursachung durch ein „pflichtwidriges“ Verhalten des Organmitglieds nachweisen, konnte den falschen Eindruck erwecken, die Gesellschaft trage die Beweislast für die Pflichtverletzung. In BGHZ 152, 280 mochte dem BGH also womöglich allein daran gelegen haben, diesem Missverständnis vorzubeugen. Dies könnte der

²⁶ BGH, 4.11.2002, BGHZ 152, 280, 285.

²⁷ Vgl. etwa BGH, 8.1.2007, NZG 2007, 231, 232, 234; 16.7.2007, DStR 2007, 1641; 26.11.2007, NZG 2008, 104, 105; 18.2.2008, NZG 2008, 314, 315; 14.7.2008, NZG 2008, 751, 752; vgl. allerdings OLG Frankfurt, 12.12.2007, AG 2008, 453, 454: „Ganz zweifelsfrei und unumstritten ist diese Beweislastverteilung gleichwohl nicht und wie immer im Einzelfall die Abgrenzung schwierig“.

²⁸ Wach, FS Schütze, S. 663, 665.

²⁹ Bauer, NZG 2015, 549, 550.

³⁰ So dementsprechend Bauer, NZG 2015, 549, 550; Wach, FS Schütze, S. 663, 665.

alleinige Grund für die neue Formulierung sein, die Gesellschaft müsse eine Schadensverursachung durch ein „möglicherweise“ pflichtwidriges Verhalten nachweisen. Die einzige Funktion des „möglicherweise“-Einschubs wäre somit, klarzustellen, dass die abstrakte Beweislast für die Pflichtverletzung beim Organmitglied liegt.

Allerdings hätte der BGH die durch die frühere Rechtsprechung erzeugten Missverständnisse auch dadurch ausräumen können, dass er der Gesellschaft die Beweislast für eine Schadensverursachung durch „ein“ Verhalten des Organmitglieds auferlegt. Dies hätte genügt, um klarzustellen, dass die Gesellschaft die Pflichtverletzung nicht zu beweisen braucht. Überflüssig wäre ferner der Zusatz in BGHZ 152, 280, dass das Verhalten „im Pflichtenkreis“ des Organmitglieds liegen und „als pflichtwidrig überhaupt in Betracht kommen“ müsse. Offenbar sollte doch mehr hinter der Wendung vom „möglicherweise“ pflichtwidrigen Verhalten stehen.

Richtigerweise liegt ihre – durchaus eigenständige – Funktion darin, dem Organmitglied den Pflichterfüllungsbeweis zu erleichtern (2.), ohne dabei der Gesellschaft den Kausalitätsbeweis zu erschweren (3.).

2. Erleichterung des Pflichterfüllungsbeweises

a) Beweisnähe vs. Ablehnung einer Erfolgshaftung

Eine Rückbesinnung auf die Grundstrukturen der Organhaftung hilft, die Figur des „möglicherweise“ pflichtwidrigen Verhaltens zu verstehen. Ihrer Struktur nach ist die Organhaftung eine Verschuldenshaftung. Eine Ausgestaltung als Erfolgshaftung wurde³¹ und wird³² allgemein abgelehnt, damit dem Organmitglied nicht „jeder Mut zur Tat genommen wird“³³. Diese materiell-rechtliche

³¹ Bereits Art. 204 Abs. 1, 226 Abs. 1, 241 Abs. 2 des Entwurfs eines Gesetzes betreffend die KGaA und AG von 1884 (abgedruckt bei *Schubert/Hommelhoff*, ZGR-Sonderheft 4/1985, S. 394, 399, 401) und § 73 des Aktienrechtsentwurfs von 1931 (dazu die Protokolle der Verhandlungen des aktienrechtlichen Arbeitsausschusses, abgedruckt bei *Schubert/Hommelhoff*, Die Aktienrechtsreform am Ende der Weimarer Republik, S. 863 bzw. S. 239 f.) sahen eine Verschuldenshaftung vor; Ablehnung einer auch nur ausnahmsweise geltenden Erfolgshaftung auch im Bericht des Vorsitzenden *Kißkalt* des Ausschusses für Aktienrecht der Akademie für Deutsches Recht vom April 1934 und April 1935 (abgedruckt bei *Schubert* (Hrsg.), Protokolle des Ausschusses für Aktienrecht der Akademie für Deutsches Recht, S. 492 ff. und 507 f.); Überblick über die historische Entwicklung bei *Goette*, ZGR 1995, 648, 668 ff.

³² Vgl. Begr. RegE UMAG, BT-Drucks. 15/5092, S. 11 sowie die (insoweit übereinstimmende) Gegenäußerung der Bundesregierung auf S. 41; allg. M., vgl. *Fleischer* in ders., Hdb. des Vorstandsrechts, § 7 Rn. 4; *Hopt/Roth*, in: GroßKomm AktG, § 93 Rn. 31; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 93 Rn. 5; *Wiedemann*, Organverantwortung und Gesellschaftsklagen in der AG, S. 13.

³³ Amtl. Begr. zu § 84 AktG 1937 (abgedruckt bei *Klausing*, Gesetz über Aktiengesellschaften, S. 71).

Wertentscheidung verdient auch im Rahmen der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast Berücksichtigung. Folgerichtig müsste eigentlich die Gesellschaft die Beweislast für sämtliche haftungsbegründenden Tatsachen tragen.³⁴

Mit § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG hat der Gesetzgeber jedoch bekanntlich die Beweislast hinsichtlich der Pflichtverletzung und des Verschuldens zu Lasten des Organmitglieds umgekehrt, da es seinen eigenen Handlungen am nächsten stehe und insofern über die besseren Beweismöglichkeiten verfüge.³⁵ Damit braucht die Gesellschaft an sich nicht mehr als die Schadensverursachung durch ein Verhalten des Organmitglieds darzulegen und zu beweisen. Die geringen Anforderungen aber steigern die Erfolgsaussichten der Gesellschaft im Haftungsprozess so sehr, dass die Organhaftung unerwünscht in die Nähe einer Erfolgshaftung rückt.³⁶

Somit ergibt sich folgendes Dilemma: Die Stärkung der Entschlussfreudigkeit des Organmitglieds spräche für eine umfassende Beweislast der Gesellschaft. Bei der Beweisführung könnte diese jedoch leicht in Beweisnot geraten. Die (unterstellt) größere Beweisnähe des Organmitglieds legt umgekehrt eine teilweise Beweislastumkehr zu seinen Lasten nahe. Die Aussicht, sich im Zweifel selbst entlasten zu müssen, droht jedoch gerade seine Entschlussfreudigkeit zu hemmen. Die Vor- und Nachteile der einen Alternative entsprechen damit spiegelbildlich den Vor- und Nachteilen der anderen Alternative. In diesem Konflikt kann das Instrument der abstrakten Beweislast allein keinen befriedigenden Ausweg eröffnen.

b) *Abhilfe auf Ebene der konkreten Darlegungslast*

Als *Deus ex Machina* erwies sich für den BGH die konkrete Darlegungslast. Das Organmitglied trägt zwar gemäß § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG die abstrakte Beweislast für die Erfüllung seiner Pflichten. In den Genuss dieser Beweislastumkehr kommt die Gesellschaft allerdings nur, wenn sie „ihre Hausaufgaben gemacht“³⁷ und die mögliche Pflichtverletzung substantiiert *dargelegt* hat. Erst dann ist es

³⁴ Zur Berücksichtigung materiell-rechtlicher Wertungen als Sachgrund der Beweislastverteilung bereits unter Kapitel 3 – B.III.2, S. 60 ff.

³⁵ Ausführlich unter Kapitel 3 – B.II, S. 53 ff.

³⁶ Insoweit richtig OLG Nürnberg, 28.10.2014, ZIP 2015, 430 f.; zustimmend *Bachmann*, BB 2015, 771, 775; *Lenz*, jurisPR-HaGesR 5/2015 Anm. 3; energisch v. *Randow*, ZGR 1996, 594, 635: „untragbares Ergebnis, das die unternehmerische Entschlußfreudigkeit über Gebühr hemmen müsste“; ferner *Goette*, DStR 2003, 124, 126; *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, S. 248; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 21. Aufl. 2017, § 43 Rn. 38; für Österreich *Böhler*, FS Krejci, S. 503, 509; *Told*, wbl 2012, 181, 187.

³⁷ *Rahlmeyer/Spaniol*, EWiR 2016, 139, 140: „Dies [Anm.: die Darlegungslast der Gesellschaft für eine mögliche Pflichtverletzung] führt im Ergebnis zu einer angemessenen Risikoverteilung, weil die Gesellschaft zunächst ‚ihre Hausaufgaben machen‘ muss, bevor sie von der Beweislastumkehr des § 43 Abs. 2 Satz 2 GmbHG [sic] profitiert.“

am Organmitglied, seinerseits pflichtgemäßes Handeln *darzulegen und* – weil er die abstrakte Beweislast trägt – *gegebenenfalls zu beweisen*.³⁸ Die Darlegungslast der Gesellschaft bildet damit ein „Korrektiv“³⁹ zur Beweislastumkehr des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG und ermöglicht eine „vermittelnde Lösung“⁴⁰.

Manche Urteile zeichnen dieses Wechselspiel zwischen Darlegungslast der Gesellschaft und nachfolgender Darlegungs- und Beweislast des Organmitglieds in mustergültiger Weise nach: In einem Organhaftungsverfahren⁴¹ wegen der Rückgewähr eines angeblichen Darlehens des Gesellschafter-Geschäftsführers an sich selbst musste die Gesellschaft „darlegen“, dass der Gesellschafter-Geschäftsführer auf einen möglicherweise nicht bestehenden Anspruch geleistet hat. Diesen Anforderungen hat die Gesellschaft im Streitfall genügt, indem sie dargelegt hat, dass kein Darlehensrückzahlungsanspruch des Gesellschafter-Geschäftsführers bestanden habe, weder ein schriftlicher Darlehensvertrag vorliege noch eine Darlehensgewährung aus den ihr vorliegenden Unterlagen zu entnehmen sei. Danach war es Sache des Beklagten, „darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen“, dass er der Gesellschaft ein Darlehen gewährt hatte. In einem anderen Fall⁴² hatte eine Aktiengesellschaft ein möglicherweise pflichtwidriges Verhalten der Vorstände „dargelegt“, indem sie vortrug, dass sie unter der Leitung der Vorstände näher bezeichnete Zinsderivatengeschäfte abgeschlossen habe, die *nicht* als Neben- oder Hilfgeschäfte der Absicherung von Zinsrisiken aus dem Hypothekbankgeschäft dienten, und dies im Einzelnen ausführte. Sodann war es wiederum Sache der Vorstände, „darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen“, dass die Zinsderivatengeschäfte durchaus der Absicherung von Zinsrisiken aus dem Hauptgeschäft oder dem zulässigen Nebengeschäft dienten.

³⁸ In diese Richtung bereits *Teichmann/Koehler*, AktG, § 84 Anm. 2.b): „Wer auf Grund dieser Vorschrift Ansprüche gegen den Vorstand erhebt, hat darzutun, daß der Vorstand seine Obliegenheiten sachlich verletzt habe; Sache des Vorstands ist es, dem gegenüber sich durch den Nachweis zu entlasten, daß er die gebotene Sorgfalt angewendet habe.“

³⁹ *Rahlmeyer/Spaniol*, EWiR 2016, 139, 140.

⁴⁰ So die Bezeichnung etwa bei *Schöpflin*, WuB II C. § 43 GmbHG 2.03; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 43 Rn. 38; für das österreichische Recht *Böhler*, FS Krejci, S. 503, 505; insoweit zutreffend *Told*, wbl 2012, 181, 188: „Begrifflich macht es daher Sinn, nicht von Beweis-, sondern Substantiierungslast der Gesellschaft zu sprechen. [...] Für diese Mittellösung spricht, dass sie einerseits das Prinzip der Beweismäße würdigt [...], sie andererseits die Beweislast nicht so weit umkehrt, dass die Haftung [...] einer Erfolgshaftung gleichkäme“.

⁴¹ BGH, 22.6.2009, NZG 2009, 912 f.

⁴² BGH, 15.1.2013, NJW 2013, 1958, 1960 f. (Corealcredit Bank); vgl. ferner LG München I, 10.12.2013, NZG 2014, 345, 347 (Siemens/Neubürger): „Die Einrichtung eines mangelhaften Compliance-Systems und auch deren unzureichende Überwachung, worauf der Vortrag der Kl. vor allem auch abzielt, bedeutet eine Pflichtverletzung. Damit wurde aber die Kl. ihrer Darlegungslast im Rahmen des § 93 AktG gerecht. Der Vortrag des Bekl. ist nicht geeignet, eine Pflichtverletzung zu widerlegen.“

Auch wenn er das Kind selten beim Namen nennt,⁴³ weist der BGH der Gesellschaft damit eine *sekundäre Darlegungslast* für die Pflichtverletzung zu.⁴⁴ Wie bereits erörtert,⁴⁵ kommt das Rechtsinstitut zum Einsatz, wenn (1) die an sich behauptungsbelastete Partei außerhalb des maßgeblichen Geschehensablaufs steht und die relevanten Tatsachen nicht näher kennt, während (2) die Tatsachen dem Gegner bekannt oder für ihn unschwer in Erfahrung zu bringen sind und (3) diesem nähere Angaben zumutbar sind. Die dritte Voraussetzung steht in Organhaftungsfällen kaum je in Frage: der Gesellschaft ist ohne Weiteres zumutbar, zu präzisieren, auf welche angebliche Pflichtverletzung sie ihre eigene Klage stützt. Ein Informationsgefälle im Sinne der ersten beiden Voraussetzungen besteht insbesondere nach dem Ausscheiden des Organmitglieds. Jedenfalls solange ihm die Gesellschaft kein Einsichtsrecht gewährt,⁴⁶ kann das Organmitglied kaum substantiiert darlegen, seine Pflichten erfüllt zu haben. Doch selbst ein noch amtierendes Organmitglied kann aus der Art des Schadens nicht immer ersehen, worin seine angebliche Pflichtverletzung bestehen soll.⁴⁷ Die Gesellschaft kennt demgegenüber den Vorgang, den sie selbst dem Organmitglied zum Vorwurf macht. Erst wenn sie ein Verhalten im Pflichtenkreis des Organmitglieds darlegt, das als pflichtwidrig überhaupt in Betracht kommt, versetzt sie das Organmitglied in die Lage, sich mit dem Vorwurf konkret und substantiell auseinanderzusetzen.⁴⁸ So wie der Schuldner einer Leistungskondition den möglichen Rechtsgrund darzulegen hat, aus dem er sein Recht zum Behaltendürfen ableitet,⁴⁹ muss in Organhaftungsfällen

⁴³ Vgl. aber BGH, 4.11.2002, BGHZ 152, 280, 285: „Vor einer Überspannung seiner Darlegungs- und Beweislast ist er [Anm.: der ausgeschiedene Geschäftsführer] dadurch geschützt, dass die Gesellschaft die angebliche Pflichtverletzung im Rahmen ihrer *sekundären Darlegungslast* näher zu bezeichnen hat. [...] Nach diesen Grundsätzen scheidet die vorliegende Klage nicht an fehlenden *Darlegungen* der Kl. zur Pflichtwidrigkeit der Unterlassung der Beklagten, Kurzarbeit anzumelden. Die Kl. hat [...] unter Vorlage einer betriebswirtschaftlichen Analyse eines Wirtschaftsprüfers mit zusätzlichen Beweisantritten detailliert *dargelegt*, dass [...]. Damit hat die Kl. ihrer *Darlegungslast* mehr als genügt“ (Herv. d. Verf.); extrajudiziell ferner *Drescher*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, Rn. 372.

⁴⁴ Bezeichnung als „sekundäre Darlegungslast“ auch etwa bei *U. Schmidt*, in: Heidel, AktienR, § 93 Rn. 112; von „erweiterter“ Darlegungslast spricht etwa *v. Randow*, ZGR 1996, 594, 635, von „substantiiert“ Darlegung etwa *Bachmann*, BB 2015, 771, 774; vgl. ferner *Koch*, in: Münchener Hdb. GesR, Bd. VII, § 30 Rn. 28: „Substanziierungspflicht“; allgemeiner Überblick über die Vielzahl synonyme Begrifflichkeiten bei *Laumen*, in: Hdb. der Beweislast, Bd. I, Kap. 9 Rn. 57.

⁴⁵ Allgemein hierzu bereits unter Kapitel 1 – C.II, S. 18 ff.

⁴⁶ Zutreffend *Foerster*, ZHR 176 (2012), 221, 232.

⁴⁷ Zum Zusammenspiel von Schadensart und sekundärer Darlegungslast sogleich unter c), S. 76 ff.

⁴⁸ Vgl. *Hoger*, Der Konzern 2016, 373, 375; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm AktG, § 93 Rn. 142.

⁴⁹ Vgl. die Nachweise in Kapitel 1 – C.II, S. 19, Fn. 52.

die Gesellschaft die mögliche Pflichtverletzung darlegen, auf die sie ihren Schadensersatzanspruch stützt. In beiden Fällen trifft die nicht beweisbelastete Partei eine sekundäre Darlegungslast.

Die Gesellschaft ist hinsichtlich der Pflichtverletzung allerdings nur darlegungs-, aber in keiner Weise beweisbelastet.⁵⁰ Zu weit geht daher eine vielbeachtete Entscheidung des OLG Nürnberg. Bereits in einem Hinweisbeschluss beanstandete das Gericht, die Gesellschaft habe „nicht dargetan und *nachgewiesen*, dass der Beklagte eine Handlung vorgenommen hat, die sich ‚möglichlicherweise‘ als pflichtwidrig darstellt.“⁵¹ Diese Linie führt das Gericht im (End-) Beschluss fort und verlangt, dass „die Gesellschaft auch Umstände darlegen und *beweisen* muss, woraus sich zumindest der Anschein ergibt, dass das dem Vorstandsmitglied zur Last gelegte Verhalten pflichtwidrig sein könnte.“⁵²

Der Gedanke des OLG Nürnberg, die streitgegenständliche Reisekostenerstattung sei ein „wertneutraler“ Vorgang, ist durchaus richtig. Zutreffend ist ferner, dass die Gesellschaft daher grundsätzlich Anhaltspunkte für eine mögliche Pflichtverletzung darzulegen hat.⁵³ Zu weitgehend fordert das Gericht indes, dass die Gesellschaft diese Anhaltspunkte nicht nur darzulegen, sondern

⁵⁰ Missverständlich insofern der Hinweis in BGH, 8.1.2007, NZG 2007, 231, 232: „vgl. zur eingeschränkten Darlegungs- und Beweislast der Gesellschaft hinsichtlich der Pflichtwidrigkeit des Geschäftsleiters: BGHZ 152, 280 [284]“ (Herv. d. Verf.); vgl. aber die Klarstellung auf S. 234: „Soweit das BerGer. [...] gemeint haben sollte, die Bekl. sei als Gläubigerin des geltend gemachten Ersatzanspruchs darlegungs- und beweisbelastet dafür, dass der Kl. in seinem Pflichtenkreis bei der Darlehensvergabe pflichtwidrig gehandelt hat, stünde dies nicht im Einklang mit der Senatsrechtsprechung“; *de lege ferenda* für eine Beweislast der Gesellschaft für die Möglichkeit einer Pflichtverletzung *Paefgen*, AG 2004, 245, 261 mit Formulierungsvorschlag.

⁵¹ OLG Nürnberg, 23.9.2014, ZIP 2015, 427, 429 (Herv. d. Verf.); vgl. auch den weiteren Wortlaut: „Die Klägerin hat [...] nicht *nachweisen* können, dass der Beklagte die Reisen unternommen hat, um die Klägerin zu ‚entkernen‘. [...] Die Klägerin hat damit ausreichende Anhaltspunkte, aus denen sich ergeben würde, dass sich die vorgenommenen Reisen ‚möglichlicherweise‘ als pflichtwidrig darstellen, nicht *nachgewiesen*. [...] Der Klägerin ist daher der ihr obliegende *Nachweis* eines möglicherweise pflichtwidrigen Verhaltens nicht gelungen.“ (Herv. d. Verf.). Die darauffolgende Passage liest sich gar so, als habe das Gericht Klägerin und Beklagten vertauscht: „Unbeschadet einer sekundären Darlegungslast des Beklagten obliegt dem Beklagten aber insbesondere nicht der *Nachweis*, dass die geltend gemachten Kosten betrieblich veranlasst waren. Hierfür ist vielmehr die Klägerin beweisbelastet.“ (Herv. im Original); kritisch daher *Fleischer/Bauer*, ZIP 2015, 1901, 1907 mit Fn. 111.

⁵² OLG Nürnberg, 28.10.2014, ZIP 2015, 430 (Herv. d. Verf.) m. Anm. *Bauer*, NZG 2015, 549; v. *Eiff/Rahlmeyer*, GWR 2015, 54; *Fortmann*, BB 2015, 85; *Lenz*, jurisPR-HaGesR 5/2015 Anm. 3; *Rahlmeyer/Spaniol*, EWiR 2016, 139; *Strohn*, Der Aufsichtsrat 2015, 91.

⁵³ OLG Nürnberg, 28.10.2014, ZIP 2015, 430, 431; ebenso *Fortmann*, BB 2015, 85; näher zu den Darlegungsanforderungen im Einzelfall sogleich unter c), S. 76 ff.

auch zu beweisen habe.⁵⁴ Wäre dem so, würden sich die Beweislast des Organmitglieds für die fehlende Pflichtverletzung und die (behauptete) Beweislast der Gesellschaft für die mögliche Pflichtverletzung überschneiden.⁵⁵ Die Beweislast für eine Tatsache kann aber stets nur bei genau einer Partei liegen und nicht bei beiden zugleich. Hinsichtlich der Pflichtverletzung liegt die Beweislast allein beim Organmitglied; die Gesellschaft trifft insoweit nur eine sekundäre Darlegungslast.

c) Anforderungen im Einzelfall

Die Anforderungen an die sekundäre Darlegung sind vom konkreten Einzelfall abhängig. Nicht jeder Vortrag eines Schadens lässt auf eine möglicherweise pflichtwidrige Handlung schließen.⁵⁶ Vielmehr gibt es neben „positiven Kandidaten“ auch „neutrale“ und „negative Kandidaten“.⁵⁷

Von positiven Kandidaten soll die Rede sein, wenn sich eine mögliche Pflichtverletzung bereits aus der bloßen Darlegung der Schadensart ergibt. Wenn bereits die Schadensart für sich spricht und eine mögliche Pflichtverletzung gewissermaßen „ex re“⁵⁸ nahelegt, sind weitere Darlegungen zur möglichen Pflichtverletzung nicht erforderlich. Ein nachgewiesener Kassenfehlbe-

⁵⁴ Zutreffend v. *Eiff/Rahlmeyer*, GWR 2015, 54: „Diesen Grundsätzen [der BGH-Rspr.] scheint das OLG Nürnberg im vorliegenden Fall nicht vollständig gerecht zu werden, wenn es u. a. ausführt, dass die Gesellschaft auch Umstände darlegen und beweisen müsse, woraus sich zumindest der Anschein ergibt, dass das dem Vorstandsmitglied zur Last gelegte Verhalten pflichtwidrig sein könnte. Denn der Gesellschaft obliegt nicht die Beweislast, sondern lediglich die Darlegungslast für ein möglicherweise pflichtwidriges Verhalten“; kritisch auch *Strohn*, Der Aufsichtsrat 2015, 91; zustimmend dagegen *Bachmann*, BB 2015, 771, 774 f. und *Fortmann*, BB 2015, 85 (beide allerdings ohne Unterscheidung zwischen Darlegungs- und Beweislast); *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 43 Rn. 40 sprachen von der „Darlegung“, vereinzelt aber auch vom „Nachweis“ tatsächlicher Anhaltspunkte für eine Pflichtverletzung durch die Gesellschaft; zu weitgehend *Poelzig/Thole*, ZGR 2010, 836, 855: „Der Gesellschaft ist die Beweislast bei § 93 Abs. 2 AktG, § 43 Abs. 2 GmbHG [...] im Hinblick auf diejenigen Tatsachen auferlegt, die möglicherweise den Schluss auf die Pflichtwidrigkeit zulassen“.

⁵⁵ Zutreffend *Bauer*, NZG 2015, 549, 550; *Wach*, FS Schütze, S. 663, 665.

⁵⁶ Insoweit zutreffend OLG Nürnberg, 28.10.2014, ZIP 2015, 430: „Die vorgenannte Rechtsprechung des BGH kann nicht, wie die Berufung meint, in dem Sinn verstanden werden, dass jedes Handeln im Pflichtenkreis des Organmitglieds ‚möglicherweise‘ pflichtwidrig sei. Hiergegen spricht schon, dass dann das vom BGH ausdrücklich aufgestellte Erfordernis, dass es sich um ein Verhalten des Organmitglieds halten müsse, das ‚als pflichtwidrig überhaupt in Betracht kommt‘, überflüssig wäre“; vgl. auch *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 43 Rn. 39 (a.A. noch 17. Aufl.).

⁵⁷ Allgemein zur Unterscheidung positiver, negativer und neutraler Kandidaten nach der „Drei-Bereiche-Lehre“ der analytischen Sprachtheorie *H.-J. Koch*, ARSP 61 (1975), 27, 35; *Kramer*, Juristische Methodenlehre, S. 67 ff.

⁵⁸ v. *Radow*, ZGR 1996, 594, 635 f.

stand spricht etwa für sich. Die Gesellschaft braucht weder ein konkretes Verhalten noch weitergehende Anhaltspunkte für eine Pflichtverletzung darzulegen. In ähnlicher Weise liegt eine mögliche Pflichtverletzung auf der Hand, wenn eine Bank einen Schaden in Form des Besitzes „toxischer“ Wertpapierbestände darlegt; die Bank braucht daher keine weiteren Anhaltspunkte für eine Pflichtverletzung vorzutragen.⁵⁹

Einige Literaturstimmen führen noch weitere Beispiele auf: (1) So soll etwa bei Schäden einer Zweckgesellschaft einer Bank die Tatsache der Gründung dieser Zweckgesellschaft mit dem Zweck, finanzielle Operationen eines Bankkonzerns der Finanzaufsicht zu entziehen, per se ausreichen.⁶⁰ (2) Bei Derivatgeschäften sollen Verluste exorbitanten Umfangs ohne dramatische Änderung der Marktfaktoren zur Zeit der Vornahme der Geschäfte weiteren Vortrag zur möglichen Pflichtverletzung erübrigen.⁶¹ (3) Gleiches soll gelten, wenn der Gegenstand der verlustreichen Transaktionen außerhalb der dem Vorstand gezogenen Grenzen lag.⁶²

Bei näherem Hinsehen hat jedoch die Gesellschaft in allen drei Literaturbeispielen durchaus eine mögliche Pflichtverletzung dargelegt: Im ersten Beispiel trägt sie den pflichtwidrigen Zweck der Gründung vor, im dritten Beispiel die Kompetenzüberschreitung und im zweiten Beispiel legt die dargelegte Stabilität der Marktfaktoren eine Pflichtverletzung nahe. Schäden von Tochtergesellschaften und Verluste aus Derivatgeschäften sind damit in Wahrheit keine Schadensarten, die „ex re“ auf eine mögliche Pflichtverletzung schließen lassen. Vielmehr erfordern sie weiteren, substantiierten Vortrag der Gesellschaft zur Möglichkeit einer Pflichtverletzung.

Sie zählen damit zur größeren Gruppe der neutralen Kandidaten, bei welchen das den Schaden verursachende Verhalten weder evident pflichtwidrig noch evident pflichtgemäß ist. Veranlasst etwa ein Organmitglied eine Zahlung an sich selbst (zum Beispiel zur Erstattung angeblicher Reisekosten⁶³ oder zur Rückzahlung eines angeblich gewährten Darlehens⁶⁴), so kann dem ein Zahlungsanspruch zugrunde liegen oder auch nicht. Der Zahlungsvorgang als solcher ist zunächst nur ein „wertneutrales“ Verhalten.⁶⁵ Als Ausfluss ihrer sekundären Darlegungslast hat die Gesellschaft demnach Anhaltspunkte dafür vorzutragen, dass das zunächst wertneutrale Verhalten möglicherweise pflicht-

⁵⁹ Zutreffend *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm AktG, § 93 Rn. 142.

⁶⁰ Ebenda.

⁶¹ v. *Randow*, ZGR 1996, 594, 635 f.

⁶² v. *Randow*, ZGR 1996, 594, 636.

⁶³ Vgl. OLG Nürnberg, 28.10.2014, ZIP 2015, 430; LG Essen, 9.9.2013, BeckRS 2014, 22313 (Arcandor/Middelhoff).

⁶⁴ Vgl. BGH, 22.6.2009, NZG 2009, 912.

⁶⁵ Der durch das OLG Nürnberg, 28.10.2014, ZIP 2015, 430 entwickelte Begriff des „wertneutralen“ Verhaltens hat insoweit seine Berechtigung; zur Kritik an der Entscheidung im Übrigen vgl. bereits oben unter b), S. 75 f.

widrig war. Die Anforderungen an ihren Vortrag hängen dabei – wie allgemein bei der sekundären Darlegungslast – von den Umständen des Einzelfalls ab.⁶⁶ Das die sekundäre Darlegungslast auslösende Informationsgefälle ist allerdings besonders stark ausgeprägt, wenn der Gesellschaft einerseits sämtliche Informationen zur Verfügung stehen und andererseits das Organmitglied bereits aus der Gesellschaft ausgeschieden ist und zwischen Ausscheiden und angeblicher Pflichtverletzung bereits einige Zeit verstrichen ist.⁶⁷

Dementsprechend musste die Gesellschaft in BGHZ 152, 280 substantiiert darlegen, weshalb die mittlerweile ausgeschiedene Geschäftsführerin früher Kurzarbeit hätte anmelden müssen. Dieser Darlegungslast hat die Gesellschaft „mehr als genügt“, indem sie vortrug, dass die Auslastung der Betriebe im Sommer 1995 um mehr als die Hälfte zurückgegangen war und der Betriebsrat die Geschäftsführerin zur Anmeldung von Kurzarbeit aufgefordert hatte, und indem sie ferner die Mitarbeiter namentlich bezeichnete, die Kurzarbeitsgeld hätten beanspruchen können.⁶⁸

Demgegenüber verfügt die Gesellschaft in anderen Fällen über keinen Informationsvorteil gegenüber dem Organmitglied und ist daher auch nicht gehalten, sich substantiiert zur möglichen Pflichtverletzung einzulassen. Veranlasst das Organmitglied etwa die Erstattung von Reisekosten an sich selbst, kann die Gesellschaft im Regelfall kaum kontrollieren, ob die Reise tatsächlich nur zu beruflichen oder doch (auch) zu privaten Zwecken genutzt wurde. Sie braucht deshalb dazu nicht substantiiert vorzutragen,⁶⁹ sondern kann sich darauf beschränken, die konkrete Reise und die Reisekostenabrechnung darzulegen.⁷⁰

Die dritte Gruppe der negativen Kandidaten, d. h. der evident pflichtgemäßen Handlungen, ist vergleichsweise klein.⁷¹ Nur bei den wenigsten Handlungen scheidet von vornherein bereits die bloße Möglichkeit einer Pflichtverletzung aus. Ein seltenes Beispiel bildet etwa die Begleichung einer titulierten Gesellschaftsschuld, wenn gegen den Titel keine Rechtsbehelfe offen stehen und die

⁶⁶ Vgl. auch *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 77; *Foerster*, ZHR 176 (2012), 221, 231; *Goette*, ZGR 1995, 648, 674; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, § 43 Rn. 54.

⁶⁷ Vgl. auch *Foerster*, ZHR 176 (2012), 221, 231.

⁶⁸ BGH, 4.11.2002, BGHZ 152, 280, 285.

⁶⁹ Zu weitgehend OLG Nürnberg, 28.10.2014, ZIP 2015, 430; LG Essen, 9.9.2013, BeckRS 2014, 22313, sub IV.5. (Arcandor/Middelhoff).

⁷⁰ Zutreffend *Fleischer/Bauer*, ZIP 2015, 1901, 1908: „Anders als das OLG [Anm.: OLG Nürnberg, 28.10.2014, ZIP 2015, 430] meint, durfte die Gesellschaft sich nach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG damit begnügen vorzutragen, welche konkreten Reisen der Beklagte vorgenommen und wie er sie der AG gegenüber abgerechnet hatte. Dasselbe gilt im Fall Middelhoffs [Anm.: LG Essen, 9.9.2013, BeckRS 2014, 22313]. Dort sind die Flugkosten mit insgesamt 4.737.273 € beziffert worden [...]. Dieser Vortrag dürfte den vom BGH angestellten Anforderungen genügt haben.“

⁷¹ Dass es evident pflichtgemäßes Verhalten gibt, gesteht aber auch *Wach*, FS Schütze, S. 663, 665 zu.

Gefahr einer Insolvenz nicht im Raum steht. Der Gesellschaft wird es in einem solchen Fall kaum gelingen, eine mögliche Pflichtverletzung darzulegen.

Kommt die Gesellschaft bei neutralen Handlungen ihrer sekundären Darlegungslast nicht nach – oder kann sie ihr bei negativen Kandidaten wegen evidenter Pflichtgemäßheit des Verhaltens gar nicht nachkommen – gilt das Fehlen einer (auch nur möglichen) Pflichtverletzung gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden.⁷² Die Klage ist dann bereits unschlüssig.⁷³ Kann die Gesellschaft hingegen bei neutralen Handlungen eine mögliche Pflichtverletzung substantiiert darlegen – oder braucht sie bei positiven Kandidaten wegen evidenter Pflichtwidrigkeit des Verhaltens hierzu nichts weiter vorzutragen – wechselt die konkrete Darlegungslast zum Organmitglied. Erst jetzt ist es an ihm, die näher dargelegten Vorwürfe auszuräumen und gegebenenfalls die Erfüllung seiner Pflichten zu beweisen. Im Ergebnis mildert damit die sekundäre Darlegungslast der Gesellschaft die Härte ab, die für das Organmitglied mit der abstrakten Beweislast für das Fehlen einer Pflichtverletzung verbunden ist.

3. Keine Erschwerung des Kausalitätsbeweises

Weitergehende Auswirkungen zeitigt die sekundäre Darlegungslast allerdings nicht. Insbesondere erschwert sie der Gesellschaft nicht zusätzlich den Kausalitätsnachweis. Ein Beispiel veranschaulicht die Entkoppelung des Inhalts des Kausalitätsbeweises von der Darlegung der möglichen Pflichtverletzung:

Eine Bank nimmt ihren Vorstand auf Ersatz des Schadens in Anspruch, der ihr durch den Ausfall eines Darlehensnehmers entstanden ist.⁷⁴ Sie trägt (1) ein Verhalten des Vorstands in Form der Kreditvergabe und (2) einen Schaden in Höhe des Kreditbetrags vor. (3) Hinsichtlich der Kausalität legt sie dar, dass sich der Betrag ohne die Kreditvergabe noch im Gesellschaftsvermögen befände. (4) Schließlich kommt sie ihrer sekundären Darlegungslast im Hinblick auf die mögliche Pflichtverletzung nach und behauptet substantiiert, dass der Vorstand die Kreditwürdigkeit des Darlehensnehmers nicht ausreichend geprüft habe. Der Vorstand vertritt daraufhin die Ansicht, die Gesellschaft habe nicht nur die Kausalität der *Kreditvergabe* für den Schaden, sondern zusätzlich die Kausalität der (angeblich) *unsorgfältigen Kreditwürdigkeitsprüfung* für den Schaden nachzuweisen. Mithin habe die Gesellschaft zu beweisen, dass der Darlehensnehmer bereits von Anfang an nicht kreditwürdig war, dass der Vorstand dies bei sorgfältiger Prüfung hätte erkennen können und dass er den Kredit in Kenntnis der Kreditunwürdigkeit nicht vergeben hätte, sodass sich der Kreditbetrag schließlich noch im Gesellschaftsvermögen befände.

⁷² Im Ergebnis ebenso *Krieger*, FS U.H. Schneider, S. 717, 721; allgemein zu den Rechtsfolgen der sekundären Darlegungslast unter Kapitel 1 – C.II, S. 19.

⁷³ Im Ergebnis ebenso *Altmeppen*, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, § 43 Rn. 112.

⁷⁴ Vgl. den Sachverhalt zu OLG Hamm, 10.5.1995, ZIP 1995, 1263; zur Vereinfachung bleiben Darlehenszinsen außer Betracht.

Diese Rechtsansicht trifft indes nicht zu. Anknüpfungspunkt des Kausalitätsbeweises kann nur das nachgewiesene Verhalten sein (die Kreditvergabe), nicht hingegen eine nur *mögliche* Sorgfaltspflichtverletzung (die angeblich unsorgfältige Kreditwürdigkeitsprüfung). Die Gesellschaft hat also im Beispielfall ihrer Darlegungs- und Beweislast vollumfänglich genügt, insbesondere auch hinsichtlich der Kausalität. Damit ist nun der Vorstand am Zug, eine sorgfaltsgemäße Kreditwürdigkeitsprüfung oder hilfsweise fehlendes Verschulden nachzuweisen. Gelingt ihm dieser Entlastungsbeweis nicht, verbleibt der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens.⁷⁵ Dabei muss der Geschäftsleiter das Gericht davon überzeugen, dass das Darlehen auch bei sorgfaltsgemäßer Kreditwürdigkeitsprüfung vergeben worden und der Schaden dementsprechend ebenfalls entstanden wäre. Der Beweis glückt, wenn er aufzeigt, dass der Kreditnehmer zum Zeitpunkt der Kreditvergabe tatsächlich noch kreditwürdig war und lediglich spätere, unvorhersehbare Umstände zum Forderungsausfall führten. Alternativ kann er seine Verteidigung darauf stützen, dass eine von Anfang an fehlende Kreditwürdigkeit selbst bei ordnungsgemäßer Prüfung nicht erkennbar gewesen wäre. Mithin unterfallen jene Tatsachen, die nach seiner Argumentation Teil des Kausalitätsnachweises der Gesellschaft sein sollten (die Kreditwürdigkeit im Zeitpunkt der Kreditvergabe bzw. die fehlende Erkennbarkeit der Kreditunwürdigkeit), in Wirklichkeit der Beweislast des Vorstandmitglieds für den Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens.

III. Rechtspolitische Würdigung

Die Formel vom „möglicherweise“ pflichtwidrigen Verhalten birgt in ihrem Inneren eine sekundäre Darlegungslast der Gesellschaft für die Pflichtverletzung des Organmitglieds. Den Kausalitätsbeweis der Gesellschaft lässt sie indes unberührt. Damit schafft sie einen Ausgleich zur Härte der Beweislastumkehr auf Ebene der Darlegungslast und wird als „Mittellösung“ hierzu ganz überwiegend gelobt.⁷⁶

Bei alledem ist eine gewisse Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Anforderungen an den substantiierten Gesellschaftsvortrag zur möglichen Pflichtverletzung jedoch nicht von der Hand zu weisen. Ferner wirft es Zweifel an der gesetzlichen Beweislastumkehr auf, wenn die Rechtsprechung auf Ebene der

⁷⁵ Vgl. hierzu BGH, 10.7.2018, BGHZ 219, 193; *Fleischer*, DStR 2009, 1204, 1207 ff.

⁷⁶ Scharfe Kritik indes aus Österreich bei *Kraus/U. Torggler*, in: Torggler, GmbHG, § 25 Rn. 20: „Abzulehnen ist die in Lit und Rsp tw vertretene Auffassung, dass zuerst die Ges Tatsachen vorzubringen habe, aus denen ein ‚Schluss auf die Pflichtwidrigkeit‘ gezogen werden kann [...]. Sie hat keine Stütze im Gesetzeswortlaut, Telos und Entstehungsgeschichte [...], widerspricht dem Zweck der Beweislastregeln, das Risiko des *non liquet* eindeutig zuzuweisen, und beruht allenfalls auf der irrelevanten und iÜ zumindest seit der Anerkennung des Ermessensspielraums auch unzutr Eigenwertung ihrer Urheber, dass die Beweislastumkehr des § 84 Abs 2 S 2 AktG zu weit gehe“.

Darlegungslast gezielt gegensteuern muss. Konsequenter wäre es wohl, die Beweislast nach den allgemeinen Regeln bei der Gesellschaft zu belassen und dieser im Gegenzug durch eine sekundäre Darlegungslast des Organmitglieds unter die Arme zu greifen.⁷⁷ Eine solche Verteilung der Darlegungs- und Beweislast wäre in ihren Ergebnissen zwar nicht allzu weit von der derzeitigen, genau spiegelbildlichen Rechtslage entfernt. Sie käme jedoch ohne die rechtssystematische Anomalie einer Beweislastumkehr für die Pflichtverletzung aus, für die sich kein überzeugender Sachgrund finden ließ.⁷⁸

B. „Doppelrelevante Tatsachen“

Die Ausführungen zum Bedeutungsgehalt des „möglicherweise“ pflichtwidrigen Verhaltens verdeutlichten die generellen Probleme, die § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG in beinahe jedem Anwendungsfall aufwirft. In bestimmten Haftungssituationen treten indes noch spezielle Anwendungsschwierigkeiten hinzu, etwa in Gestalt sog. doppelrelevanter Tatsachen.

I. Rechtliches Phänomen

Üblicherweise versteht man unter doppelrelevanten Tatsachen solche, von deren Vorliegen sowohl die Zuständigkeit des Gerichts als auch die Begründetheit der Klage abhängen.⁷⁹ Im Organhaftungsrecht ist diese Konstellation zwar nicht anzutreffen, „doppelrelevante Tatsachen“ gibt es aber gleichwohl. Die organhaftungsrechtliche Literatur fasst darunter nämlich Tatsachen, auf deren Vorliegen zwei *materielle* Haftungsvoraussetzungen basieren.⁸⁰

Eine derartige Doppelrelevanz ist nicht weiter problematisch, wenn die Beweislast für beide Haftungsvoraussetzungen ein und dieselbe Partei trifft. So hängen Pflichtverletzung und Verschulden aufgrund des objektivierten Verschuldensmaßstabs oftmals von identischen Tatsachen ab.⁸¹ Da § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG die Beweislast für beide Tatbestandsmerkmale einheitlich dem Organmitglied zuweist, wirft diese Doppelrelevanz keine Schwierigkeiten auf.

Zum beweisrechtlichen Problem wird eine Doppelrelevanz hingegen, wenn die Beweislast für die betroffenen Haftungsvoraussetzungen bei unterschiedli-

⁷⁷ Vgl. hierzu den rechtspolitischen Vorschlag unter Kapitel 6 – C, S. 183 ff.

⁷⁸ Vgl. die Ergebnisse des 3. Kapitels, S. 62.

⁷⁹ Vgl. etwa BGH, 27.10.2009, BGHZ 183, 49 Ls.: „Bei der Prüfung der Rechtswegzuständigkeit nach § 17a GVG bedürfen die zuständigkeitsbegründenden Tatsachen dann keines Beweises, wenn sie gleichzeitig notwendige Tatbestandsmerkmale des Anspruchs selbst sind (doppelrelevante Tatsachen)“; ferner Heinrich, in: Musielak, ZPO, § 1 Rn. 20.

⁸⁰ Vgl. v. Gerkan, ZHR 154 (1990), 39, 55; Ziemons, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 478; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 43 Rn. 37.

⁸¹ Vgl. v. Gerkan, ZHR 154 (1990), 39, 54 f.

chen Parteien liegt. Sind etwa Pflichtverletzung und Schaden an den Beweis einer bestimmten Tatsache geknüpft, so scheint die Beweislast des Organmitglieds für die Pflichteinhaltung mit der Beweislast der Gesellschaft für den Schaden⁸² zu kollidieren. Entsprechende Fallbeispiele lassen sich unschwer konstruieren:

Fallbeispiel I: Die Gesellschaft behauptet, das Organmitglied habe den gesamten Bestand der Bargeldkasse (500 Euro) gestohlen. Das Organmitglied streitet dies ab und behauptet, in die Bargeldkasse sei noch nie etwas einbezahlt worden, sodass es auch gar nichts hätte entnehmen können.

Sowohl Schaden als auch Pflichtverletzung hängen hier ausschließlich davon ab, ob das Organmitglied Geld aus der Kasse entwendet hat oder nicht.

Fallbeispiel II.⁸³ Das Organmitglied hat der Bargeldkasse unstreitig 500 Euro entnommen. Die Gesellschaft sieht darin eine Unterschlagung. Das Organmitglied behauptet hingegen, einen Anspruch auf das Geld gehabt zu haben, da es das Geld als Darlehen selbst in die Kasse einbezahlt habe und der Rückzahlungsanspruch nun fällig sei.

Hier bestimmt das Bestehen des behaupteten Zahlungsanspruchs gleichzeitig über Schaden und Pflichtverletzung.

II. Bisherige Lösungsansätze

Bei unbefangener Betrachtung müsste ein *non liquet* hinsichtlich einer gleichzeitig für Pflichtverletzung und Schaden relevanten Tatsache zu Lasten der Gesellschaft gehen. Denn selbst wenn wegen § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG zwar eine Pflichtverletzung zu bejahen ist, so fehlt es dennoch am Schadensnachweis der Gesellschaft als notwendiger Voraussetzung des Organhaftungsanspruchs. Bisherige Stellungnahmen weisen jedoch in die entgegengesetzte Richtung.

So betrifft etwa nach Ansicht des BGH eine von der Gesellschaft behauptete Fehlkalkulation in erster Linie den Vorwurf einer Pflichtverletzung des Beklagten. Dass eine etwaige Pflichtverletzung auch die Frage eines Schadens

⁸² Zur Beweislast der Gesellschaft für den Schaden vgl. bereits die Allgemeine Begründung zum Entwurf eines Gesetzes, betreffend die KGaA und die AG (1884) zu Art. 226 ADHGB 1884 unter § 12 Nr. 4 a), abgedruckt bei *Schubert/Hommelhoff* (Hrsg.), Hundert Jahre modernes Aktienrecht, ZGR-Sonderheft 4/1985, S. 462; zum geltenden Recht vgl. BGH, 4.11.2002, BGHZ 152, 280, 284; 22.2.2011, NJW 2011, 549, 550; *Bauer*, NZG 2015, 549; *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 271; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm AktG, § 93 Rn. 140.

⁸³ Vgl. ferner das einleitende Fallbeispiel in Kapitel 1, S. 7 ff. sowie sämtliche Fälle einer Leistung an sich selbst (wie z.B. Reisekostenerstattungen im Fall des OLG Nürnberg, 28.10.2014, ZIP 2015, 430; jüngst auch OLG München, 23.1.2019, GmbHR 2019, 600) oder an Dritte aus dem Gesellschaftsvermögen (vgl. *Bayer/Illhardt*, GmbHR 2011, 751, 753; *Beurskens*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, § 43 Rn. 77; *Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 478), wenn der zugrundeliegende Anspruch bestritten ist.

der Klägerin berührt, ändere nichts daran, dass es insoweit zunächst einmal um die Frage einer Pflichtverletzung als konkreter Haftungsgrund gehe.⁸⁴ Der BGH erkennt mit dieser Entscheidung eine mögliche Überschneidung von Schadens- und Pflichtverletzungsbeweis erstmals explizit an und löst sie zugleich zu Lasten des Organmitglieds auf.

Ein erster Literaturbeitrag folgt dem in der Sache, ohne allerdings ausdrücklich auf das Problem der Doppelrelevanz einzugehen. Besteht danach Streit, ob Zahlungen eines Geschäftsführers an sich selbst pflichtgemäß waren, so genüge der Gesellschaft die Darlegung, dass der Geschäftsführer möglicherweise auf einen nicht bestehenden Anspruch geleistet hat. Vom Geschäftsführer verlangt der Beitrag sodann den „Gegenbeweis“⁸⁵ (gemeint ist wohl: den Gegenteilsbeweis⁸⁶). Die für das Bestehen des Anspruchs – und damit für Pflichtverletzung und Schulden – relevanten Tatsachen muss daher auch nach dieser Ansicht das Organmitglied beweisen.

Zwei weitere Stellungnahmen gelangen unter ausdrücklicher Problembezeichnung zu demselben Ergebnis. Sei danach ein Umstand doppelrelevant, müsse die Gesellschaft „als Schaden“ grundsätzlich nur die Leistung aus dem Gesellschaftsvermögen darlegen und ggf. beweisen.⁸⁷ So genüge es den Anforderungen an Darlegung und Nachweis eines Schadens, wenn feststeht, dass Leistungen aus dem Gesellschaftsvermögen an einen Dritten erbracht worden sind, ohne dass geklärt werden kann, dass eine berechtigte Forderung bestanden hat; es sei dann Sache des Geschäftsführers, den Vorwurf, auf tatsächlich nicht bestehende Rechnung Zahlung geleistet zu haben, zu entkräften.⁸⁸ Zur Begründung heißt es, dass sonst die Gesellschaft entgegen der gesetzlichen Regelung vollumfänglich die Darlegungs- und Beweislast auch für den konkreten Haftungsgrund des Sorgfaltspflichtverstoßes trüge.⁸⁹

Diese – bislang einzige – Begründung kann indes nicht überzeugen. Denn auch eine genau umkehrte Auflösung der Beweislastkollision zu Lasten der Gesellschaft ließe sich spiegelbildlich damit rechtfertigen, dass sonst der Geschäftsführer entgegen der gesetzlichen Regelung vollumfänglich die Darlegungs- und Beweislast auch für den Schaden trüge.

⁸⁴ BGH, 18.2.2008, NZG 2008, 314.

⁸⁵ Bayer/Illhardt, GmbHR 2011, 751, 753 f.

⁸⁶ Zur Terminologie vgl. Kapitel 1 – B.I.2.b), S. 14.

⁸⁷ Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 43 Rn. 37; fast gleichlautend Ziemons, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 478.

⁸⁸ Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 43 Rn. 37; ähnlich Ziemons, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 478: „Ist zB streitig, ob der Geschäftsführer auf eine bestehende Darlehensverbindlichkeit geleistet hat, muss die Gesellschaft nur darlegen, dass es keinen schriftlichen Darlehensvertrag gibt und dass sich aus den vorliegenden Unterlagen nicht ergibt, dass die Gesellschaft ein Darlehen erhalten hat.“

⁸⁹ Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 43 Rn. 37.

III. Entfaltung der Einzelemente der jeweiligen Beweislast

Tatsächlich sind aber überzeugende Argumente dafür, *de lege lata* der Gesellschaft auch den Beweis der Pflichtverletzung – oder umgekehrt dem Organmitglied auch den Beweis des Schadens – aufzuerlegen, nicht in Sicht.

Immerhin ist es aber oft gar nicht nötig, sich zwischen diesen beiden Alternativen zu entscheiden. Denn bei genauer Betrachtung der Reichweite der jeweiligen Beweislast kommt es oftmals bereits nicht zu Überschneidungen. Wo diese allerdings bestehen bleiben, ist eine befriedigende Lösung *de lege lata* nicht möglich.

1. Beweislast für einen Vermögensabfluss

Zum Beweis des Schadens muss zunächst die Gesellschaft einen *Vermögensabfluss* beweisen. Zugleich trägt die Gesellschaft aber auch die Beweislast für das konkrete *Verhalten* des Organmitglieds, das möglicherweise eine Pflichtverletzung darstellt.⁹⁰ Die Beweislast für ein Verhalten des Organmitglieds, das einen Vermögensabfluss bewirkt hat, liegt damit einheitlich bei der Gesellschaft. Eine Beweislastkollision scheidet insoweit aus.

Im Fallbeispiel I hat daher die Gesellschaft zu beweisen, dass das Organmitglied der Kasse 500 Euro entnommen hat. Denn darin liegt das konkrete, vermögensmindernde Verhalten des Organmitglieds. Freilich kommen der Gesellschaft bei der Beweisführung verschiedene Beweiserleichterungen zugute. So genügt etwa der Vortrag und Beweis von Tatsachen, die für eine Schadensschätzung nach § 287 ZPO hinreichende Anhaltspunkte bieten.⁹¹ Ferner ist nach der Rechtsprechung von einem buchmäßigen auf einen tatsächlichen Fehlbestand zu schließen, da das Organmitglied aus dem Verstoß gegen seine Buchführungspflichten (vgl. § 41 GmbHG, § 91 Abs. 1 AktG) keinen Vorteil ziehen können soll.⁹² Diese Beweiserleichterungen kehren jedoch nicht die Beweislast um.⁹³ Abstrakt-objektiv beweisbelastet bleibt allein die Gesellschaft.

⁹⁰ Siehe oben Kapitel 1 – B.I.2.b), S. 12 ff.

⁹¹ Vgl. BGH, 4.11.2002, BGHZ 152, 280, 287; *Bauer*, NZG 2015, 549; *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 271; *ders.*, NZG 2014, 321, 326; *Koch*, in: Münchener Hdb. GesR, Bd. VII, § 30 Rn. 28; *Paefgen*, AG 2004, 245, 259; *Wicke*, GmbHG, § 43 Rn. 9; *Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 486; abw. *Hopt/Roth*, in: Großkomm AktG, § 93 Rn. 429; *Kieth*, WM 2005, 2122, 2128; hierzu ferner bereits unter Kapitel 3 – B.I, S. 52.

⁹² Vgl. BGH, 29.9.1958, WM 1958, 1391, 1393; 12.11.1970, WM 1971, 125, 126; 20.3.1972, WM 1972, 1121, 1122; 9.5.1974, NJW 1974, 1468; 8.7.1985, NJW 1986, 54; 26.11.1990, NJW-RR 1991, 485, 486.

⁹³ So ausdrücklich BGH, 12.11.1970, WM 1971, 125, 126; 20.3.1972, WM 1972, 1121, 1122; ferner *Fleck*, GmbHR 1997, 237, 240; v. *Gerkan*, ZHR 154 (1990), 39, 48; *Hopt/Roth*, in: Großkomm AktG, § 93 Rn. 432; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 43 Rn. 37.

2. Beweislast für einen Vermögenszufluss

Während die Beweislast für den Vermögensabfluss mithin bei der Gesellschaft liegt und keine Beweislastkollisionen hervorruft, gestaltet sich die Beweislastverteilung hinsichtlich eines etwaigen Vermögenszuflusses ungleich problematischer.

a) Grundsätzliche Abgrenzung von Schadensentstehung und Vorteilsausgleichung

Im allgemeinen Schadensrecht richtet sich die Beweislastverteilung danach, ob ein Vermögenszufluss bereits den Schaden entfallen lässt oder erst auf der nachgelagerten Stufe der Vorteilsausgleichung Berücksichtigung findet. In ersterem Fall trägt der Geschädigte die Beweislast für den Vermögenszufluss, in letzterem Fall dagegen der Schädiger.⁹⁴

Diese Unterscheidung gilt grundsätzlich auch im Organhaftungsrecht⁹⁵ und leuchtet vor dem Hintergrund der Rosenberg'schen Grundregel unmittelbar ein. Sie wirft jedoch beträchtliche Anschlussprobleme auf, wenn die für den Vermögenszufluss maßgebenden Tatsachen zugleich für die Pflichtverletzung relevant sind.

Dies verdeutlicht das Fallbeispiel II, bei dem als Vermögenszufluss das Freiwerden der Gesellschaft von einem Darlehensrückzahlungsanspruch im Raum steht.

- Sofern dieser Vermögenszufluss bereits in die erste Stufe der *Schadensentstehung* einzustellen ist, ist der fehlende Vermögenszufluss gemäß der obigen Differenzierung durch die Gesellschaft zu beweisen. Dazu muss sie (unbeschadet einer etwaigen sekundären Darlegungslast des Organmitglieds) aufzeigen, dass das Organmitglied keinen Anspruch auf die entnommenen 500 Euro hatte. Gleichzeitig hat jedoch das Organmitglied gem. § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG die Einhaltung seiner Pflichten und damit gerade das Bestehen des Anspruchs zu beweisen. Damit tragen paradoxerweise beide Parteien die abstrakte Beweislast für dieselben, dem Anspruch zugrunde liegenden Tatsachen. Die Doppelrelevanz führt in diesem Fall zu einer problematischen Beweislastkollision.

⁹⁴ Vgl. RG, 23.6.1909, JW 1909, 455 Nr. 8; BGH, 24.4.1985, BGHZ 94, 195, 217; Palandt/*Grüneberg*, BGB, Vorb v § 249 Rn. 75; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 9 XIII, S. 533.

⁹⁵ Vgl. BGH, 15.1.2013, NJW 2013, 1958, 1961 (Corealcredit Bank): „Die Darlegungs- und Beweislast für anzurechnende Gewinne liegt bei den Bekl.“; ferner *Buck-Heeb*, in: *Gehrlein/Born/Simon, GmbHG*, § 43 Rn. 83; *Fleischer*, DStR 2009, 1204, 1210; *Krieger*, FS U.H. Schneider, S. 717, 726 f.; *Krieger/Sailer-Coceani*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 38; *Marsch-Barner*, ZHR 173 (2009), 723, 726; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504, 527 f.; grundsätzlich ebenso *Hauger/Palzer*, ZGR 2015, 33, 58; *Kersting*, ZIP 2016, 1266, 1274 f. (abw. jedoch für Kartellvorteile).

- Nur sofern der Zufluss erst bei der *Vorteilsausgleichung* zum Ansatz käme, würde eine solche Beweislastkollision vermieden. Dann läge nämlich sowohl für die Pflichtverletzung als auch für auszugleichende Vorteile die Beweislast einheitlich beim Organmitglied. Allein in diesem Fall wäre die Doppelrelevanz des Zuflusses für Pflichtverletzung und Vermögensausgleichung unproblematisch.

Ob eine Beweislastkollision eintritt, hängt mithin davon ab, ob der Vermögenszufluss Teil der Schadensentstehung oder der Vorteilsausgleichung ist. Just diese Abgrenzung gilt jedoch als schwierig und unscharf,⁹⁶ obwohl sie für die Beweislastverteilung von eminenter Bedeutung ist.

Bei doppelrelevanten Tatsachen herrscht damit auch doppelte Rechtsunsicherheit: Ob sie zu einer Beweislastkollision führen, hängt von einer unscharfen Abgrenzung ab. Wie sie bei einer Beweislastkollision sodann zu behandeln sind, lässt sich allenfalls aus der bisherigen Rechtsprechungspraxis erschließen.

b) *Organhaftungsrechtliche Spruchpraxis*

Die organhaftungsrechtliche Judikatur hat das Phänomen Doppelrelevanz – wie erwähnt – erst ein einziges Mal als solches angesprochen. Auch eine ausdrückliche Abgrenzung von Schadensberechnung und Vorteilsausgleichung findet sich selten. Im Ergebnis weist die Spruchpraxis gleichwohl die Richtung, indem sie die Beweislast ganz überwiegend dem Organmitglied auferlegt.

Dies gilt zunächst für all die Fälle, in denen sich das Organmitglied auf einen *eigenen Anspruch* gegen die Gesellschaft beruft. Das Bestehen des Anspruchs bestimmt sowohl über die Pflichtverletzung als auch über den Schaden/den anzurechnenden Vorteil. In Entscheidungen zu verschiedensten Sachverhalten lag der Beweis der anspruchsbegründenden Tatsachen stets beim Organmitglied,⁹⁷ so etwa bei Streitigkeiten um einen Darlehensrückzahlungsanspruch⁹⁸

⁹⁶ Vgl. *Fleischer*, DStR 2009, 1204, 1209 f.: „Rechtsprechung und h. L. stimmen darin überein, dass Vorteile, die der Gesellschaft durch die pflichtwidrige Handlung erwachsen, den eingetretenen Schaden mindern können. Dabei werden Schadensberechnung und Vorteilsausgleichung allerdings zum Teil vermengt“, mit exemplarischem Verweis in Fn. 97 auf RGZ 109, 56, 60; ferner der Vors. Richter am BGH a.D. *Ganter*, NJW 2012, 801, 806: „Die Abgrenzung [...] bleibt schwierig. Der ‚Königsweg‘ ist nicht in Sicht“; *Cantler*, AcP 156 (1958), 29, 30 „ein alter Streit, der seit der Schaffung des BGB im Gange ist“; eine Abgrenzung von vornherein vermeidend *Lohse*, FS Hüffer, S. 581, 589.

⁹⁷ Vgl. auch die extrajudizielle Aufarbeitung bei *Drescher*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, Rn. 375 ff.

⁹⁸ BGH, 20.6.2005, ZIP 2005, 1365, 1367 (nur *obiter dictum*, da bereits der Vermögensabfluss str. war); instruktiv aber BGH, 22.6.2009, NZG 2009, 912, 912 f.: „Besteht Streit, ob eine Zahlung des Geschäftsführers an sich selbst pflichtgemäß war, muss die Gesellschaft darlegen, dass der Geschäftsführer auf einen möglicherweise nicht bestehenden Anspruch geleistet hat. [...] Es ist danach Sache des Bekl., darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, dass er der Gesellschaft ein Darlehen über 10000 DM gewährt hatte“;

(wie im Fallbeispiel II), einen Vergütungsanspruch,⁹⁹ einen Weihnachts- und Urlaubsgeldanspruch¹⁰⁰ sowie jüngst in einem illustren Verfahren um diverse gekaufte (Luxus-)Gegenstände und Hotel- und Mietwagenbuchungen¹⁰¹. Einzig die bereits kritisierte Entscheidung des OLG Nürnberg weist der Gesellschaft die Beweislast für das Nichtbestehen des Reisekostenerstattungsanspruchs zu.¹⁰²

Parallele Fragen stellen sich, wenn das Organmitglied behauptet, *Ansprüche eines Dritten* gegen die Gesellschaft befriedigt zu haben. Auch dann bestimmt das Bestehen dieses Anspruchs sowohl darüber, ob die Leistung des Organmitglieds an den Dritten pflichtgemäß war, als auch darüber, ob ein Vermögenszufluss (durch Freiwerden von einer Verbindlichkeit) entstand. Der BGH wie auch das OLG Koblenz haben auch insoweit jeweils das Organmitglied als beweisbelastet angesehen.¹⁰³

Schließlich weist die Rechtsprechung dem Organmitglied auch für *sonstige Vermögenszuflüsse* die Beweislast zu, die nicht in einem Freiwerden von einer Verbindlichkeit bestehen. So machte der Beklagte in einem Fall vor dem OLG Frankfurt geltend, die Gesellschaft habe durch die Auszahlung von Geldern an eine dritte GmbH einen werthaltigen Darlehensrückzahlungsanspruch erlangt. Nach Auffassung des Gerichts hat er hierzu jedoch nicht ausreichend vorgetragen und damit seiner Vortrags- und Beweislast nicht genügt.¹⁰⁴ In einem

jüngst OLG München, 23.1.2019, GmbHR 2019, 600, 602 (zu Forderungen aus Darlehen und Verkaufsgeschäften).

⁹⁹ BGH, 26.11.2007, NZG 2008, 104, 105: Unaufklärbarkeit, warum die GmbH dem Geschäftsführer über den vereinbarten Höchstbetrag hinaus Zahlungen angewiesen habe, wirke nicht zu dessen Gunsten.

¹⁰⁰ OLG München, 22.10.2015, ZIP 2016, 621, 622: „Besteht Streit, ob eine Zahlung des Geschäftsführers an sich selbst pflichtgemäß war, muss die Gesellschaft nur darlegen, dass der Geschäftsführer auf einen möglicherweise nicht bestehenden Anspruch geleistet hat. Es ist danach Sache des Geschäftsführers, darzulegen und ggf. zu beweisen, dass er einen Zahlungsanspruch hatte“.

¹⁰¹ OLG München, 9.8.2018, GmbHR 2018, 1058, 1059.

¹⁰² Vgl. insbes. den Hinweisbeschl. des OLG Nürnberg, 23.9.2014, ZIP 2015, 427, 429: Dem Beklagten obliege „aber insbesondere nicht der *Nachweis*, dass die geltend gemachten Kosten betrieblich veranlasst waren. Hierfür ist vielmehr die Klägerin beweisbelastet.“ (Herv. im Orig.); zu Recht krit. *Fleischer/Bauer*, ZIP 2015, 1901, 1908.

¹⁰³ Vgl. BGH, 16.7.2007, DStR 2007, 1641, 1642: Sache des Geschäftsführers, „den Vorwurf auf eine tatsächlich nicht bestehende Rechnung Zahlung geleistet zu haben zu entkräften“; OLG Koblenz, 12.5.1999, NJW-RR 2000, 483, 484: „Der – beweisbelastete – Bekl. hat nicht nachgewiesen, dass er auf fällige Forderungen [...] gezahlt hat.“

¹⁰⁴ OLG Frankfurt, 10.7.2007, OLGR 2008, 389, 390: „Dass der dadurch bei der Klägerin eingetretenen Vermögensminderung ein ausgleichender Vorteil zu ihren Gunsten gegenüberstand, hat der Beklagte nicht ausreichend vorgetragen. Die Vortrags- und Beweislast für ausgleichende Vorteile und für die Voraussetzungen ihrer Berücksichtigungsfähigkeit hat grundsätzlich der Schädiger zu tragen. Der Beklagte hat namentlich die Voraussetzungen eines werthaltigen Darlehensrückzahlungsanspruchs der Klägerin aus § 488 Abs. 1 S. 2 BGB gegen die C nicht behauptet.“

weiteren Fall beauftragte eine Geschäftsführerin einen Rechtsreferendar mit Beratungstätigkeiten, deren Ergebnisse nicht feststellbar waren. Nach Ansicht des BGH war es wiederum Sache der Geschäftsführerin, darzulegen und ggf. den Beweis zu führen, dass die von ihr ausgezahlten Beratungshonorare sinnvoll aufgewandt wurden und demgemäß nicht zu einem Schaden führten. Allgemein formulierten die Bundesrichter, dass in solchen Fällen, in denen zwar eine Vermögensminderung aufgrund des Handelns des Geschäftsführers, nicht jedoch feststellbar ist, ob diese durch eine an anderer Stelle eingetretene Vermögensmehrung ausgeglichen worden ist, der Gesellschaft nicht der volle Nachweis des Schadens abverlangt werden könne.¹⁰⁵

c) Dogmatische Bewertung

Die Rechtsprechung beschreitet damit einen pragmatischen Weg. Sie weist dem Organmitglied die Beweislast nicht nur für die Pflichterfüllung zu (§ 93 Abs. 2 Satz 2 AktG), sondern auch für jede Form von Vermögenszufluss. Die Problematik, dass sowohl Gesellschaft als auch Organmitglied für ein und dieselbe Tatsache beweibelastet wären, kann so gar nicht erst entstehen.

Dogmatisch begründen lässt sich die Beweislast des Organmitglieds freilich nur für solche Vermögenszuflüsse, die Teil der Vorteilsausgleichung und nicht bereits Bestandteil der Schadensberechnung sind. Bei Zuflüssen, die bereits den Schaden entfallen lassen, trüge nach den allgemeinen Regeln ja die Gesellschaft die Beweislast. Ob aber alle Zuflüsse des geschilderten Fallmaterials tatsächlich Vorteile im Sinne der Vorteilsausgleichung sind, erscheint doch fraglich. Ist etwa das Freiwerden von einer Verbindlichkeit tatsächlich nur ein anzurechnender Vorteil – oder lässt der Zahlungsvorgang nicht vielmehr schon den Schaden entfallen? Für letzteres spricht, dass die Zahlung aus dem Gesellschaftsvermögen gleichzeitig und zwangsläufig eine spiegelbildliche Mehrung des Gesellschaftsvermögens durch den Wegfall der Verbindlichkeit bewirkt.¹⁰⁶ Zumindest einige der oben behandelten Fälle betreffen damit Vermögenszuflüsse, die in Wahrheit wohl als Teil der Schadensberechnung von der Gesellschaft zu beweisen wären.

¹⁰⁵ BGH, 9.12.1996, ZIP 1997, 199, 200; dazu *Goette*, DStR 1997, 252, 254.

¹⁰⁶ Vgl. hierzu die Faustformel zur Abgrenzung nach *Ganter*, NJW 2012, 801, 806: „Solche Vorteile, die sich nahezu zwangsläufig aus dem schadensstiftenden Ereignis eben auch ergeben, sozusagen spiegelbildlich den Nachteilen entsprechen, sind in den Gesamtvermögensvergleich aufzunehmen und beeinflussen somit unmittelbar die Schadensfeststellung. [...] Demgegenüber können solche Vorteile, die sich nicht unmittelbar aus dem schädigenden Ereignis ergeben, sondern auf einen zusätzlich, vielleicht gar zeitlich versetzt hinzutretenden Umstand zurückzuführen sind, nur im Wege der Vorteilsausgleichung berücksichtigt werden“; ähnlich *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 9 I 2, S. 487: „Der Schadensberechnung ist danach alles zuzuordnen, was den Schaden als von vornherein nicht oder nur in bestimmter Höhe entstanden erscheinen läßt.“

Im Ergebnis kommt es damit zu einer Verschiebung: Vermögenszuflüsse werden – sofern sie auch für die Pflichtverletzung relevant sind – von der Rechtsprechung stillschweigend aus der Schadensberechnung ausgeklammert und in die Vorteilsausgleichung einbezogen. Für den Schadensnachweis der Gesellschaft reicht deshalb *de facto* der Nachweis eines Vermögensabflusses.¹⁰⁷ Für jedweden Vermögenszufluss ist demgegenüber das Organmitglied beweisbelastet.

Diese Verschiebung führt – wie dargestellt – zur Vermeidung einer Beweislastkollision. Tatsachen, die für die Pflichtverletzung und den Vermögenszufluss (doppel-)relevant sind, unterfallen einheitlich der Beweislast des Organmitglieds. Mit der allgemeinen Zivilrechtsdogmatik steht diese pragmatische Lösung freilich nur bedingt in Einklang, da Vermögenszuflüsse eben auch bereits auf Ebene der Schadensberechnung Berücksichtigung finden können.

IV. Rechtspolitische Würdigung

Rechtspolitisch betrachtet zeugt das Phänomen der doppelrelevanten Tatsachen vor allem von dem hohen Maß an Komplexität, das § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG in das Organhaftungsrecht hineinträgt. Erst durch die Beweislastumkehr entsteht überhaupt das Problem, dass die Beweislast des Organmitglieds für die Pflichterfüllung mit der Beweislast der Gesellschaft für den Schaden kollidiert, wenn beides von derselben doppelrelevanten Tatsache abhängt.

Läge die Beweislast für die Pflichtverletzung dagegen (wie im allgemeinen Schuldrecht) bei der Gesellschaft, so würde sie sich mit deren Beweislast für den Schaden decken. Dogmatisch unsaubere Hilfskonstruktionen – wie die derzeitige Behandlung aller Vermögenszuflüsse als anzurechnende Vorteile – erübrigten sich; eine Beweislastkollision wäre von vornherein ausgeschlossen.

Damit verfestigt sich der Eindruck, den bereits der vorhergehende Abschnitt von § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG hinterließ. Hier wie dort zwingt die Beweislastumkehr zu korrigierenden Eingriffen: sei es zu einer sekundären Darlegungslast der nicht beweisbelasteten Gesellschaft (wie oben), sei es zu Modifikationen auf der Rechtsfolgende der Organhaftung (wie hier).

¹⁰⁷ Hierdurch entsteht eine gewisse Nähe zu den § 93 Abs. 3 AktG, § 43 Abs. 3 GmbHG; indes ist deren Schadensbegriff durch den Ausschluss einer Gesamtvermögensbetrachtung noch weitergehend modifiziert: Um diese Schadensvermutungen zu widerlegen, muss das Organmitglied nicht nur beweisen, dass der Gesellschaft bisher kein Schaden entstanden ist; erforderlich ist vielmehr der Nachweis, dass eine Schädigung der Gesellschaft als Folge der Pflichtverletzung überhaupt nicht mehr möglich ist, weil der zu Unrecht verausgabte oder vorenthaltene Betrag endgültig in das Gesellschaftsvermögen gelangt ist; vgl. bereits RG, 30.11.1938, RGZ 159, 211, 230; ferner BGH, 29.9.2008, NJW 2009, 68, 70; OLG Stuttgart, 25.11.2009, NZG 2010, 141, 142; *Fleischer*, DStR 2009, 1204, 1206; *Habersack/Schürnbrand*, WM 2005, 957, 958; *Hopt/Roth*, in: Großkomm AktG, § 93 Rn. 339; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 93 Rn. 252.

C. Ausgeschiedene Organmitglieder und Rechtsnachfolger

Dieser Trend setzt sich bei ausgeschiedenen Organmitgliedern und Rechtsnachfolgern von Organmitgliedern weiter fort, wenn auch auf jeweils unterschiedliche Weise.

Was zunächst das Ausscheiden eines Organmitglieds anbelangt, so beschränkt sich der BGH auf wenige Worte: Ihm gegenüber gelte im wesentlichen nichts anderes als gegenüber einem amtierenden Organmitglied. Vor einer Überspannung seiner Darlegungs- und Beweislast sei es dadurch geschützt, dass die Gesellschaft die angebliche Pflichtverletzung im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast näher zu bezeichnen habe. Soweit zu seiner Verteidigung erforderlich, habe die Gesellschaft ihm Einsicht in die dafür maßgeblichen Unterlagen zu gewähren.¹⁰⁸

Die Kürze dieser Ausführungen kontrastiert freilich mit der Reichweite des Problems. Immerhin geht mit dem Amtsverlust ein weitgehender Beweismittelverlust einher (I.). Die Beweishöhe des Organmitglieds als einzig denkbare innere Rechtfertigung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG gerät hierdurch in Fortfall und eine teleologische Reduktion wäre durchaus naheliegend. Wenn der BGH stattdessen auf sekundäre Darlegungslast und Einsichtsrecht verweist, bedarf dieser Weg einer näheren Begründung (II.), und das Einsichtsrecht einer schärferen Konturierung (III.). Nicht höchstrichterlich geklärt ist schließlich die Beweislast von Rechtsnachfolgern eines Organmitglieds (IV.). Besonderes Augenmerk im Hinblick auf die rechtspolitische Debatte verdienen schließlich die jüngeren (Parallel-)Entwicklungen im Kartellrecht (V.).

I. Beweismittelverlust als Folge des Amtsverlusts

Mit dem Ausscheiden aus dem Amt verändert sich die Beweissituation für das Organmitglied zunächst deutlich zum Schlechteren.

1. Herausgabeanspruch der Gesellschaft

Denn in diesem Zeitpunkt ist es grundsätzlich verpflichtet, sämtliche in seinem Besitz befindlichen Unterlagen an die Gesellschaft herauszugeben.

a) Anspruchsgrundlage

Dahingehende Regelungen sind heute vielfach bereits in Anstellungsvertrag, Satzung oder Geschäftsordnung enthalten.¹⁰⁹ Teilweise wird dem Organmit-

¹⁰⁸ BGH, 4.11.2002, BGHZ 152, 280, 285.

¹⁰⁹ So etwa in § 10 Abs. 3 der Geschäftsordnung des Aufsichtsrats in dem BGH, 7.7.2008, NZG 2008, 834 (Metro) zugrunde liegenden Fall; vgl. ferner *Deilmann/Otte*, BB 2011, 1291, 1292; *Ek/Kock*, Haftungsrisiken für Vorstand und Aufsichtsrat, Rn. 416;

glied darin aber auch gestattet, zumindest gewisse Kopien oder Aufzeichnungen zu behalten.¹¹⁰

Jenseits solcher individueller Regelungen ergibt sich für Geschäftsleiter eine Herausgabepflicht aus § 675 Abs. 1 i. V. m. § 667 BGB.¹¹¹ Ihr Anstellungsverhältnis hat eine Geschäftsbesorgung i. S. d. § 675 Abs. 1 BGB zum Gegenstand.¹¹² Zu deren Ausführung erhalten sie teils Unterlagen von der Gesellschaft (§ 667 Alt. 1 BGB); teils fertigen sie selbst Unterlagen an und erlangen sie somit aus der Geschäftsbesorgung (§ 667 Alt. 2 BGB). Mit der Beendigung des Amtes entfällt der Zweck des Unterlagenbesitzes,¹¹³ sodass der Herausgabeanspruch der Gesellschaft spätestens in diesem Zeitpunkt fällig wird.¹¹⁴ Die nach dem Ausscheiden fortbestehende Verschwiegenheitspflicht (§ 93 Abs. 1 Satz 3 AktG; vgl. § 85 GmbHG) bleibt davon unberührt.¹¹⁵

Für Aufsichtsratsmitglieder gilt letztlich dasselbe. Zwar ist umstritten, ob sie zur Gesellschaft in einem Anstellungsverhältnis im Sinne eines Geschäftsbesorgungsvertrags gem. § 675 BGB stehen.¹¹⁶ Jedenfalls hat ihr Amt aber nach der Rechtsprechung eine der Geschäftsbesorgung ähnliche Funktion und auch die Interessenlage der Gesellschaft ist bei Ausscheiden eines Aufsichtsratsmitglieds dieselbe wie bei Ausscheiden eines Vorstandsmitglieds. Zumindest nach dem Grundgedanken des § 667 BGB sind daher auch Aufsichtsratsmitglieder zur Herausgabe verpflichtet.¹¹⁷

Freund, GmbHR 2009, 1185, 1187; *Henze*, Der Aufsichtsrat 2007, 81; *Meckbach*, NZG 2015, 580, 582; *Wiesner*, in: Münchner Hdb. GesR, Bd. IV, § 26 Rn. 25.

¹¹⁰ Vgl. hierzu *Deilmann/Otte*, BB 2011, 1291, 1294; *Eßwein*, Privatautonome Gestaltung der Vorstandshaftung, S. 161, 164, 167; *Meckbach*, NZG 2015, 580, 585; *Stephan*, Der Aufsichtsrat 2015, 172, 174 (mit Formulierungsvorschlag).

¹¹¹ Vgl. RG, 26.9.1922, RGZ 105, 392, 395; BGH, 3.12.1962, WM 1963, 161, 162; 7.7.2008, NZG 2008, 834 (Metro); ferner *Deilmann/Otte*, BB 2011, 1291, 1292; *Grooterhorst*, AG 2011, 389, 390; *Meckbach*, NZG 2015, 580, 582; *Ruchatz*, AG 2015, 1, 2; abw. und gegen eine Übertragung der §§ 665 ff. BGB auf Organmitglieder *Eßwein*, Privatautonome Gestaltung der Vorstandshaftung, 2015, S. 165 f.

¹¹² Vgl. BGH, 7.7.2008, NZG 2008, 834 (Metro).

¹¹³ Ebenda.

¹¹⁴ Vgl. allgemein RG, 15.6.1928, RGZ 121, 294, 296; BGH, 30.11.1989, BGHZ 109, 260, 264; *Fischer*, in: BeckOK BGB, § 667 Rn. 4; *Schäfer*, in: MünchKomm BGB, § 667 Rn. 23; krit. *Henze*, Der Aufsichtsrat 2007, 81: angemessen wäre Herausgabepflicht erst mit Ablauf der Verjährungsfrist.

¹¹⁵ Vgl. BGH, 7.7.2008, NZG 2008, 834 (Metro).

¹¹⁶ Zum Streitstand vgl. BGH, 7.7.2008, NZG 2008, 834 (Metro).

¹¹⁷ So BGH, 7.7.2008, NZG 2008, 834 (Metro); auch § 107 Abs. 2 Satz 4 AktG steht dem nicht entgegen, da die Vorschrift (ebenso wie § 170 Abs. 3 AktG) nichts über den endgültigen Verbleib der Sitzungsniederschriften besagt; mit Recht krit. gegenüber der dogmatischen Herleitung des BGH *Heider/Hirte*, CCZ 2009, 106, 108; *Weller*, LMK 2008, 271637.

b) *Anspruchsinhalt*

Inhaltlich können anstellungsvertragliche oder statutarische Regelungen das Organmitglied grundsätzlich in weitem Ausmaß zur Unterlagenherausgabe verpflichten. Sofern das Organmitglied etwa der Herausgabe auch sämtlicher Kopien selbst zugestimmt hat, kann es sich später nicht auf eine Unzumutbarkeit berufen.¹¹⁸

Doch auch die Herausgabepflicht gem. § 667 BGB erstreckt sich nach ihrem Wortlaut auf „alles“, was das Organmitglied erhalten oder erlangt hat. Herauszugeben sind daher richtigerweise neben geheimhaltungsbedürftigen auch sonstige Unterlagen, und neben Originalen auch Duplikate und Kopien.¹¹⁹ Eine Einschränkung des Wortlauts der Norm erscheint nicht geboten. Denn zum einen hat die Gesellschaft ein berechtigtes Interesse daran, dass ihre Dokumente – deren Bedeutung nicht immer im Vorhinein abzuschätzen ist – nicht bei ausgeschiedenen Organmitgliedern verstreut sind und in unbefugte Hände gelangen können.¹²⁰ Zum anderen wäre eine Beschränkung der Herausgabepflicht auf aktuell geheimhaltungsbedürftige Informationen mit einem erheblichen Verwaltungsaufwand verbunden.¹²¹ Beide Argumente gelten für Originale wie für Duplikate und Kopien gleichermaßen.

In der Rechtsprechung noch ungeklärt ist lediglich der Verbleib persönlicher Unterlagen, die das Organmitglied für seine eigenen Zwecke angefertigt hat (wie etwa Gesprächsnotizen, Arbeitshilfen, Merktzettel oder Übersichtsdokumente). Fraglich ist, ob es auch diese Unterlagen im Sinne von § 667 Alt. 2 BGB „aus der Geschäftsbesorgung erlangt“ hat. Dafür spricht, dass ihr Inhalt einen Bezug zur Geschäftsbesorgung aufweist; zumindest „geistig“ sind die Unterlagen damit aus der Geschäftsbesorgung erlangt. Andererseits sind sie kein Produkt der Geschäftsbesorgung als solcher; vielmehr entspringen sie einem gesonderten Entschluss des Organmitglieds, zusätzlich zur Geschäftsbesorgung persönliche Dokumente zu eigenen Zwecken anzulegen.¹²² Der Wortlaut ließe sich daher wohl in jede Richtung fruchtbar machen. Die beiden Sachargumente aber, die der BGH für sein bisher weites Verständnis der He-

¹¹⁸ Vgl. BGH, 7.7.2008, NZG 2008, 834, 835 (Metro).

¹¹⁹ Vgl. BGH, 7.7.2008, NZG 2008, 834 f. (Metro); ebenso *Heider/Hirte*, CCZ 2009, 106, 108; *Koch*, in: Münchener HdB GesR, Bd. VII, § 30 Rn. 30; abw. *Fonk* in Semler/v. Schenck, Arbeits-Hdb. für Aufsichtsratsmitglieder, § 9 Rn. 104; *Spindler*, in: Münch-Komm AktG, § 84 Rn. 113: Keine Herausgabepflicht für Kopien, „sofern es sich nicht um geheimhaltungsbedürftige Unterlagen handelt und Grund zur Annahme besteht, dass die Unterlagen in unbefugte Hände geraten könnten.“

¹²⁰ Vgl. BGH, 7.7.2008, NZG 2008, 834 (Metro).

¹²¹ Ebenda; bereits zuvor *Henze*, Der Aufsichtsrat 2007, 81.

¹²² Die Übergänge sind freilich fließend, zutreffend *Deilmann/Otte*, BB 2011, 1291, 1293: „Es stellt sich die Frage, bis zu welchem Grad eine Notiz reine Arbeitshilfe des Organmitglieds ist und wann es als Dokument die Entscheidungsfindung dokumentiert und zu einer Unterlage der Gesellschaft wird.“

rausgabepflicht anführte (s.o.), dürften auch hier den Weg weisen: Die Gesellschaft hat regelmäßig auch bei eigenen Notizen des Organmitglieds ein berechtigtes Interesse daran, dass diese nicht dereinst in unbefugte Hände gelangen können. Selbst wenn ein solches Interesse einmal fehlt,¹²³ wäre eine Beschränkung der Herausgabepflicht auf Unterlagen mit sensiblem Inhalt doch mit einem erheblichen Verwaltungsaufwand verbunden. In konsequenter Fortführung der bisherigen Rechtsprechung müsste die Herausgabepflicht – neben nicht geheimhaltungsbedürftigen Unterlagen und Kopien – daher auch persönliche Unterlagen umfassen.¹²⁴

Abgerundet und ergänzt wird die Herausgabepflicht schließlich durch eine Auskunftspflicht des Organmitglieds über die noch in seinem Besitz befindlichen Unterlagen, § 675 Abs. 1 i.V.m. § 666 BGB.¹²⁵ Somit dürften einem ausgeschiedenen Organmitglied wohl keinerlei Dokumente verbleiben, mit denen es sich gegen den Vorwurf einer schuldhaften Pflichtverletzung effektiv verteidigen könnte.

2. *Dolo agit*-Einrede des Organmitglieds?

Gegen die Verpflichtung eines ausscheidenden Organmitglieds zur Rückgabe der Unterlagen spricht nach der Rechtsprechung auch nicht die bloß abstrakte Möglichkeit, von der Gesellschaft noch wegen etwaiger Fehler der Amtsführung auf Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden und dann zur Verteidigung auf die Unterlagen angewiesen zu sein. Ein ausgeschiedenes Organmitglied kann danach die Rückgabe nicht „prophylaktisch“ bis zum Ablauf der Verjährungsfrist verweigern.¹²⁶ Seine Interessen seien dadurch geschützt, dass die Gesellschaft die ihm gegebenenfalls vorzuwerfende Pflichtverletzung zu bezeichnen und ihm Einsicht in die dafür maßgeblichen Unterlagen zu gewähren habe.¹²⁷

¹²³ Vgl. als lose Orientierungshilfe BGH, 30.11.1989, BGHZ 109, 260: Keine Herausgabepflicht des Rechtsanwalts gegenüber dem Mandanten bei bloßen Arbeitshilfen oder Gedächtnisstützen, bei Aufzeichnungen über persönliche Eindrücke sowie bei gesammelten vertraulichen „Hintergrundinformationen“.

¹²⁴ Ebenfalls für eine Herausgabepflicht *Meckbach*, NZG 2015, 580, 582; tendenziell dagegen *Deilmann/Otte*, BB 2011, 1291, 1293; *Werner*, GmbHR 2013, 68, 74; *Ziemons*, FD-HGR 2008, 267873; differenzierend *Paul*, EWiR 2008, 737, 738; ferner *Heider/Hirte*, CCZ 2009, 106, 109, allerdings mit dem Eingeständnis: „Die Abgrenzung kann im Einzelfall schwierig sein.“

¹²⁵ Vgl. BGH, 3.12.1962, WM 1963, 161, 162 f.; 7.7.2008, NZG 2008, 834 (Metro); *Deilmann/Otte*, BB 2011, 1291, 1292; *Meckbach*, NZG 2015, 580, 582.

¹²⁶ BGH, 7.7.2008, NZG 2008, 834 (Metro); ferner *Deilmann/Otte*, BB 2011, 1291, 1292; *Doralt/Doralt*, in: Semler/v. Schenck, Arbeits-Hdb. für Aufsichtsratsmitglieder, § 14 Rn. 236; *Grooterhorst*, AG 2011, 389, 390; *Meckbach*, NZG 2015, 580, 582; *Werner*, GmbHR 2013, 68, 73.

In der Literatur diskutiert man diese Rechtsprechung teilweise unter der Überschrift, inwieweit dem ausgeschiedenen Organmitglied ein Zurückbehaltungsrecht zustehe.¹²⁸ Damit ist freilich nicht das Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB gemeint, denn die Gesellschaft muss nicht erst eine Leistung gegenüber dem Organmitglied „bewirken“. Vielmehr ist das Herausgabeverlangen der Gesellschaft treuwidrig i.S.d. § 242 BGB, wenn sie dem Organmitglied ihrerseits Einsicht in die Unterlagen gewähren muss. Dogmatisch geht es also darum, inwieweit dem Organmitglied die *dolo agit*-Einrede zusteht.¹²⁹ Diese führt auf der Rechtsfolgenseite nicht zu einer bloßen Zugum-Zug-Verurteilung (wie sie § 274 Abs. 1 BGB im Falle eines Zurückbehaltungsrechts vorsieht), sondern sogar zur Abweisung der Klage als derzeit unbegründet.¹³⁰

Tatbestandlich steht die Einrede jedenfalls zur Verfügung, wenn die Gesellschaft im Zeitpunkt des Ausscheidens bereits einen Schadensersatzanspruch geltend gemacht hat.¹³¹ Umgekehrt greift sie jedenfalls nicht ein, wenn nur die abstrakte Möglichkeit einer Inanspruchnahme besteht (s.o.). Zwischen diesen beiden Polen herrscht dagegen Rechtsunsicherheit. So soll das Organmitglied nach einer Stimme die Herausgabe verweigern können, wenn ein Prüfverfahren angekündigt wurde oder die Inanspruchnahme „hinreichend“ wahrscheinlich ist.¹³² Andere bezweifeln hingegen, ob eine „konkrete“ Wahrscheinlichkeit ausreicht.¹³³ Wieder andere legen sich nur dahin gehend fest, dass eine „wahrscheinliche“ bzw. „überwiegend wahrscheinliche“ Inanspruchnahme nicht genüge.¹³⁴

Tatsächlich gibt es eine eindeutige Antwort darauf, wann das Organmitglied die Herausgabe verweigern darf: nämlich immer dann, wenn ihm die Gesellschaft Einsicht gewähren müsste. Die in Wahrheit entscheidende Frage ist daher, ab wann die Gesellschaft zur Einsichtsgewährung verpflichtet ist. Dies hängt jedoch zu einem gewissen Grad davon ab, ob das ausgeschiedene

¹²⁷ BGH, 7.7.2008, NZG 2008, 834 (Metro) unter Verweis auf BGH, 4.11.2002, BGHZ 152, 280, 285.

¹²⁸ Vgl. etwa *Deilmann/Otte*, BB 2011, 1291, 1292; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 84 Rn. 82; *Freund*, NZG 2015, 1419, 1420; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 93 Rn. 212.

¹²⁹ Vgl. D. 44, 4, 8 pr.; 50, 17, 173, 3: „Dolo facit, qui petit quod redditurus est.“

¹³⁰ Für einen solchen Fall vgl. etwa BGH, 21.12.1989, NJW 1990, 1289; angesichts dieser Rechtsfolge ist str., inwieweit die *dolo agit*-Einrede als spezielles Zurückbehaltungsrecht bezeichnet werden kann; dafür etwa *Krafka*, in: BeckOGK BGB, 1.2.2020, § 273 Rn. 19; dagegen etwa *Schmidt-Kessel*, in: NK-BGB, § 273 Rn. 7.

¹³¹ Vgl. *Deilmann/Otte*, BB 2011, 1291, 1292; *Freund*, GmbHR 2009, 1185, 1188; *ders.*, NZG 2015, 1419, 1420; *Paul*, EWiR 2008, 737, 738; *Ruchatz*, AG 2015, 1, 2; wohl auch *Meckbach*, NZG 2015, 580, 582.

¹³² Vgl. *Ruchatz*, AG 2015, 1, 2.

¹³³ Vgl. *Deilmann/Otte*, BB 2011, 1291, 1292; *Freund*, NZG 2015, 1419, 1420.

¹³⁴ Vgl. *Werner*, GmbHR 2013, 68, 74; *Paul*, EWiR 2008, 737, 738.

Organmitglied weiterhin die Beweislastumkehr des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG trifft. Hierauf wird daher sogleich zurückzukommen sein.¹³⁵

Einstweilen ist festzuhalten, dass das ausscheidende Organmitglied grundsätzlich zur Herausgabe sämtlicher Unterlagen verpflichtet ist. Rechtsanwälte raten Organmitgliedern daher, zeitnah nach dem Ausscheiden zumindest ein Verzeichnis der Dokumente zu erstellen, die für mögliche Haftungsfälle relevant sein könnten.¹³⁶ Ein solches Verzeichnis kann durchaus helfen, später einmal die gewünschten Unterlagen näher zu bezeichnen; einen eigenständigen Beweiswert hat es selbst freilich kaum.¹³⁷ Letztlich verbleibt dem ausgeschiedenen Organmitglied daher nur die verblässende¹³⁸ Erinnerung an die haftungsrelevanten Vorgänge.

II. Teleologische Reduktion der Beweislastumkehr?

Das ausgeschiedene Organmitglied ist damit von den erforderlichen Beweismitteln weiter entfernt als die Gesellschaft. Gleichwohl kehrt § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG die Beweislast zu seinen Lasten um. Beweislast und Beweisnähe fallen somit personell auseinander: Beweisbelastet bleibt das Organmitglied, beweisnäher ist indes die Gesellschaft. Um diese Diskrepanz zu beseitigen, kann der Rechtsanwender denklogisch an zwei Stellschrauben ansetzen: entweder bei der Beweislast der Parteien (Alt. 1) oder bei ihrer Beweisnähe (Alt. 2).

In der Tat fordern manche Stimmen im Sinne der ersten Alternative eine teleologische Reduktion des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG.¹³⁹ Zumindest für die Pflichtverletzung soll danach die Beweislast bei der beweisnäheren Gesellschaft liegen.¹⁴⁰ Dieser Weg erscheint jedoch nicht über jeden Zweifel erhaben.¹⁴¹

¹³⁵ Sogleich unter II, S. 95 ff.

¹³⁶ Vgl. *Heider/Hirte*, CCZ 2009, 106, 109; *Loritz/Wagner*, DStR 2012, 2189, 2195; *Ziemons*, FD-HGR 2008, 267873; *dies.*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 491 („Metadokumentation über die Korrespondenz, Vermerke, Gesprächsnotizen, Vertragsentwürfe, Vorlagen etc.“).

¹³⁷ Vgl. *Ziemons*, FD-HGR 2008, 267873.

¹³⁸ Vgl. Kapitel 3 – B.II.4, S. 59.

¹³⁹ So namentlich *Foerster*, ZHR 176 (2012), 221, 225 ff.; ferner *Bürgers*, in: *Bürgers/Körper*, AktG, § 93 Rn. 29; *Rieger*, FS Peltzer, S. 339, 351; zumindest sympathisierend *Dreher/Thomas*, ZGR 2009, 31, 44; *Habersack*, ZHR 177 (2013), 782, 794 f.; *Hopt*, ZIP 2013, 1793, 1803; *Hopt/Roth*, in: *Großkomm AktG*, § 93 Rn. 448; *Hüffer*, AktG, 10. Aufl. 2012, § 93 Rn. 17a; *Ziemons*, in: *Michalski*, GmbHG, § 43 Rn. 491.

¹⁴⁰ Hinsichtlich des Verschuldens soll die Beweislast in Anlehnung an § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB beim Organmitglied verbleiben, vgl. *Foerster*, ZHR 176 (2012), 221, 225 ff., 247 f.; *Hopt/Roth*, in: *Großkomm AktG*, § 93 Rn. 448 („überlegenswert“).

¹⁴¹ Dementsprechend für die Geltung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG zu Lasten ausgeschiedener Organmitglieder: *Arnold/Rothenburg*, in: *Semler/Peltzer/Kubis*, Arbeits-Hdb. für Vorstandsmitglieder, § 11 Rn. 62; *Bachmann*, Gutachten E zum 70. DJT 2014, E 35 f.; *Bauer*, NZG 2015, 549; *Bayer/Illhardt*, GmbHR 2011, 751, 754; *Beurskens*, in: *Baumbach/Hueck*, GmbHG, § 43 Rn. 81; *Born*, in: *Krieger/Schneider*, Hdb. Managerhaftung, § 14 Rn. 20; *Dre-*

Zum einen eröffnet eine teleologische Reduktion keinen Raum für Differenzierungen. Die Beweislast läge vielmehr auch dann bei der Gesellschaft, wenn im Einzelfall das Organmitglied beweisnäher wäre – weil etwa sein Ausscheiden erst kurze Zeit zurückliegt, die Gesellschaft anstandslos Einsicht in die gewünschten Dokumente gewährt (oder gar ein vertragliches Recht zum Behaltendürfen von Kopien eingeräumt hat) und inhaltlich eine unternehmerische Ermessensentscheidung betroffen ist, deren damalige Rahmenbedingungen nur das Organmitglied genau kennt.¹⁴²

Zum anderen aber liefe § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG faktisch leer.¹⁴³ Denn Organmitglieder werden fast immer erst nach ihrem Ausscheiden auf Schadensersatz in Anspruch genommen.¹⁴⁴ Infolge der teleologischen Reduktion würde die gesetzliche Beweislastregel daher zur praktischen Ausnahme ohne nennenswerten Anwendungsbereich. Eine Korrektur der Beweislastverteilung wäre insofern mit einem schwerwiegenden Gesetzeseseingriff verbunden.

Dies drängt dazu, die zweite Alternative ins Auge zu fassen. Anstatt die Beweislast zur Gesellschaft zu ziehen, wäre es ebenso möglich, die Beweislast beim Organmitglied zu belassen und dessen einstige Beweisnähe wiederherzustellen. Auch auf diese Weise stünden Beweisnähe und Beweislast wieder in Einklang. Im Unterschied zur ersten Alternative wäre jedoch keine teleologische Reduktion der Beweislastverteilung vonnöten. Erforderlich wäre allein eine extensive Interpretation der bestehenden Einsichtsrechte des Organmitglieds. Die Lösung läge somit nicht *praeter*, sondern *intra verba legis*. Methodisch spricht daher vieles für diesen von der Rechtsprechung eingeschlagenen Weg.

scher, WM Sonderbeilage 2/2013, 1, 3; *Drescher*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, Rn. 371; *Eichner/Höller*, AG 2011, 885, 890; *Fleischer*, NZG 2010, 121, 122; *ders.*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, § 93 Rn. 224; *Grigoleit/Tomasic*, in: *Grigoleit*, AktG, § 93 Rn. 69; *Grooterhorst/Looman*, NZG 2015, 215, 217; *Hölters*, in: *ders.*, AktG, § 93 Rn. 270; *Hüffer/Koch*, AktG, § 93 Rn. 56; *ders.*, in: *Münchener Hdb. GesR*, Bd. VII, § 30 Rn. 30; *Krieger/Sailer-Coceani*, in: *K. Schmidt/Lutter*, AktG, § 93 Rn. 44; *Leuring*, NJW 2014, 657, 660; *Meckbach*, NZG 2015, 580, 584; *Mertens/Cahn*, in: *KölnKomm AktG*, § 93 Rn. 147; *Oetker*, in: *Henssler/Strohn*, GesR, § 43 GmbHG Rn. 56; *Paefgen*, AG 2014, 554, 566; *ders.*, in: *Großkomm GmbHG*, § 43 Rn. 211; *U. Schmidt*, in: *Heidel*, AktienR, § 93 Rn. 110, 113; *Spindler*, in: *MünchKomm AktG*, § 93 Rn. 212; *Wiesner*, in: *Münchener Hdb. GesR*, Bd. IV, § 26 Rn. 25.

¹⁴² Ähnlich *Spindler*, in: *MünchKomm AktG*, § 93 Rn. 212.

¹⁴³ Vgl. *Bachmann*, Gutachten E zum 70. DJT 2014, E 36; *Wiesner*, in: *Münchener Hdb. GesR*, Bd. IV, § 26 Rn. 25.

¹⁴⁴ Übereinstimmend *Bachmann*, Gutachten E zum 70. DJT 2014, E 36; *Baums*, ZHR 174 (2010), 593, 607; *Eßwein*, Privatautonome Gestaltung der Vorstandshaftung, 2015, S. 146; *Foerster*, ZHR 176 (2012), 221, 223 f.; *Freund*, NZG 2015, 1419; *Krieger*, FS U.H. Schneider, S. 717, 719; *Meckbach*, NZG 2015, 580, 584; *Rieger*, FS Peltzer, S. 339, 351; *E. Vetter*, AnwBl 2014, 582, 584; *Wiesner*, in: *Münchener Hdb. GesR*, Bd. IV, § 26 Rn. 25; ebenso für Österreich *Told*, wbl 2012, 181, 183; teils wird auch aus diesem Grund eine planwidrige Regelungslücke bezweifelt, vgl. *Hüffer/Koch*, § 93 Rn. 56; *ders.*, in: *Münchener Hdb. GesR*, Bd. VII, § 30 Rn. 30.

III. Extensive Interpretation des Einsichtsrechts

Die Rechtsprechung hat indes nur das Reiseziel benannt: die Wiederherstellung der Beweisnähe des ausgeschiedenen Organmitglieds durch ein entsprechendes Einsichtsrecht. Die Reiseroute ließ der BGH dagegen offen.

Als Startpunkt eignet sich nur eine möglichst breit gefasste Rechtsgrundlage (1.). Von da an orientiert sich das Einsichtsrecht des ausgeschiedenen Organmitglieds sowohl inhaltlich (2.) als auch in den äußeren Rahmenbedingungen (3.) an den während der Amtsdauer bestehenden Erkenntnismöglichkeiten. Innerprozessuale Vorlagepflichten leisten dem das Einsichtsrecht dabei den nötigen Begleitschutz (4.).

1. Rechtliche Grundlage

a) Regelungsgeflecht

Einen umfassenden Anspruch des Beklagten auf Herausgabe von Beweismitteln sieht derzeit nur der mit der 9. GWB-Novelle kürzlich in Kraft getretene § 33g Abs. 2 Satz 1 GWB¹⁴⁵ für den Bereich des Kartellschadensersatzes nach § 33a Abs. 1 GWB vor:

„Wer im Besitz von Beweismitteln ist, die für die Verteidigung gegen einen auf Schadensersatz gerichteten Anspruch nach § 33a Absatz 1 erforderlich sind, ist verpflichtet, sie demjenigen herauszugeben, gegen den ein Rechtsstreit über den Anspruch nach Absatz 1 oder den Anspruch auf Schadensersatz nach § 33a Absatz 1 rechtshängig ist, wenn dieser die Beweismittel so genau bezeichnet, wie dies auf Grundlage der mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Tatsachen möglich ist.“

Jenseits dieser „Insellösung im GWB“¹⁴⁶ kennt das deutsche Zivilverfahren aber – trotz vereinzelter Forderungen¹⁴⁷ – keine allgemeine Auskunftspflicht der nicht darlegungs- und beweisbelasteten Partei.¹⁴⁸ Stattdessen existiert eine Vielzahl prozessualer und materiell-rechtlicher Anknüpfungspunkte zur Sachverhaltsermittlung, die sich in Voraussetzungen und Rechtsfolgen teils überschneiden. Manch einer spricht gar von „einem undurchdringlichen Wildwuchs verschiedenartiger Pflanzen [...], die sich ständig neu kreuzen und quer durchdringen.“¹⁴⁹

¹⁴⁵ Eingeführt mit Wirkung zum 9.6.2017 durch das Neunte Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BGBl. I, S. 1416, basierend auf Art. 5 Abs. 1 Satz 1 und 2 sowie Art. 13 Satz 2 der Kartellschadensersatzrichtlinie RL 2014/104/EU, ABl. L 349/1 vom 5.12.2014, S. 1 ff.; ausführlich hierzu *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 168 ff.

¹⁴⁶ *Preuß*, WuW 2017, 301; hierzu noch näher unter Kapitel 4 – C.V.2, S. 114 ff.

¹⁴⁷ Vgl. insbes. *Stürner*, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, S. 92 ff.; *ders.*, FS Vollkommer, S. 201 ff.; *Osterloh-Konrad*, Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch, S. 185 ff.

¹⁴⁸ Ständige Rspr., vgl. BGH, 17.3.1987, BGHZ 100, 190, 195; 12.11.1991, BGHZ 116, 47, 56; 11.6.1990, NJW 1990, 3151, 3152; 26.10.2006, NJW 2007, 155, 156.

Zu diesem Regelungsgeflecht zählen auf prozessualer Seite insbesondere die Erklärungs- und Wahrheitspflicht nach § 138 Abs. 1–4 ZPO, die gerichtliche Anordnung der Urkundenvorlegung nach § 142 ZPO, die Vorlegungspflichten des Gegners nach §§ 422 f. ZPO sowie die Grundsätze der Beweisvereitelung nach dem Gedanken der §§ 371 Abs. 3, 427, 441 Abs. 3 Satz 3, 444, 453 Abs. 2 und 454 Abs. 1 ZPO.¹⁵⁰

Auf materiell-rechtlicher Seite ergeben sich die möglichen Ansatzpunkte aus der betreffenden Haftungsmaterie. Im Organhaftungsrecht steht zwar das allgemeine Einsichtsrecht nach § 810 BGB im Vordergrund.¹⁵¹ Beinahe ebenso viele Stellungnahmen verweisen allerdings auch auf die nachwirkende Treuepflicht der Gesellschaft (i. V. m. § 242 BGB) als speziell organhaftungsrechtliche Einsichtsgrundlage.¹⁵² Eine Einzelstimme rekurriert schließlich auf die Sorgfaltspflicht des Aufsichtsrats und die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte.¹⁵³

Im Einzelfall hinzutreten können Auskunftspflichtigkeiten nach § 31 VVG¹⁵⁴ bei Bestehen einer *Directors and Officers Liability*-Versicherung (kurz: D&O-Versicherung) sowie etwaige anstellungsvertragliche¹⁵⁵ Einsichtsregelungen.

¹⁴⁹ Schlosser, JZ 1991, 599.

¹⁵⁰ Ausführlich Beckhaus, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, S. 69 ff.; Gomille, Informationsproblem und Wahrheitspflicht, S. 46 ff., 67 ff., 425 ff.; Osterloh-Konrad, Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch, S. 59 ff.; insbesondere zu § 142 ZPO: Diakonis, Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, S. 85 ff., 176 ff.; Hamelmann, Urkundenvorlagepflichten nach § 142 Abs. 1 und 2 ZPO, S. 55 ff.; Kapoor, Die neuen Vorlagepflichten für Urkunden und Augenscheinsgegenstände in der Zivilprozessordnung, S. 165 ff.

¹⁵¹ Gerade für die Haftung des ausgeschiedenen Vorstands RG, 8.4.1908, Warneyer 1908, Ergänzungsband, 357 (Nr. 465) = LZ 1908, 448; OLG Frankfurt, 25.9.1979, WM 1980, 1246, 1247 f.; vgl. ferner die zahlreichen Hinweise auf § 810 BGB etwa bei Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, § 43 Rn. 112; Bachmann, Gutachten E zum 70. DJT 2014, E 36; Born, in: Krieger/Schneider, Hdb. Managerhaftung, § 14 Rn. 20; Bürgers, in: Bürgers/Körper, AktG, § 93 Rn. 29; Fleischer, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 224; Freund, NZG 2015, 1419, 1420 f., 1424; Grooterhorst, AG 2011, 389, 393 ff.; Grooterhorst/Looman, NZG 2015, 215, 217; Hölter, in: ders., AktG, § 93 Rn. 270; Hopt/Roth, in: Großkomm AktG, § 93 Rn. 448; Hüffer/Koch, AktG, § 93 Rn. 56; Link, in: Wachter, AktG, § 93 Rn. 76; Meckbach, NZG 2015, 580, 582; Meier-Greive, BB 2009, 2555, 2559; Paefgen, in: Großkomm GmbHG, § 43 Rn. 211; ders., AG 2014, 554, 566; Ruchatz, AG 2015, 1, 2; Ruckteschler/Grillitsch, FS Elsing, S. 1129, 1131; U. Schmidt, in: Heidel, AktienR, § 93 Rn. 114; Spindler, in: MünchKomm AktG, § 93 Rn. 212.

¹⁵² Vgl. OLG Frankfurt, 25.9.1979, WM 1980, 1246, 1247 f. sowie die Nachw. in Fn. 151.

¹⁵³ Vgl. Hassemer, unveröffentlichtes Rechtsgutachten vom 12.7.2009 über „Gründe und Grenzen von Informationsrechten ehemaliger Vorstandsmitglieder gegenüber dem Aufsichtsrat“, S. 12 f., 17 ff., wiedergegeben bei Krieger, FS U.H. Schneider, S. 717, 729; krit. Werner, GmbHR 2013, 68, 72.

¹⁵⁴ S.u. Kapitel 4 – D.IV.2.b), S. 135; ferner Freund, NZG 2015, 1419, 1421; Ruckteschler/Grillitsch, FS Elsing, S. 1129, 1131 f.

b) *Eingrenzung auf § 242 BGB*

Nur die wenigsten dieser Einsichtsrechte vermögen indes eine Gleichstellung des ausgeschiedenen mit dem amtierenden Organmitglied zu leisten. Besondere versicherungs- und anstellungsvertragliche Einsichtsrechte stehen nur manchen Organmitgliedern zur Verfügung. Sie eignen sich daher von vornherein nicht, die Fortgeltung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG für jedes ausgeschiedene Organmitglied zu rechtfertigen. Ebenfalls untauglich sind all die Rechtsgrundlagen, die aufgrund ihrer engen Tatbestandsmerkmale keine umfassende Einsicht eröffnen. Dies betrifft zunächst die oben genannten prozessualen Instrumente, deren restriktive Einzelvoraussetzungen bereits vielfach analysiert wurden.¹⁵⁶

Doch auch das materiell-rechtliche Einsichtsrecht des § 810 BGB ist tatbestandlich limitiert. So gilt es bereits gegenständlich nur für Urkunden. Ob auch Abschriften¹⁵⁷ oder elektronische Daten¹⁵⁸ Urkundenqualität aufweisen, ist streitig. Selbst wenn aber eine Urkunde vorliegt, müsste die Urkunde zudem im Interesse des Organmitglieds errichtet sein (Var. 1) oder es müsste in ihr ein zwischen ihm und einem anderen bestehendes Rechtsverhältnis beurkundet sein (Var. 2) oder sie müsste Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthalten, die zwischen dem Organmitglied und einem anderen oder zwischen einem von beiden und einem gemeinschaftlichen Vermittler gepflogen worden sind (Var. 3). Verschiedentlich hat man bereits versucht, die in einem Organhaftungsfall relevanten Unterlagen hierunter zu subsumieren. Am Ende dieser Bemühungen stand jedoch übereinstimmend die Erkenntnis, dass die Norm nur in bestimmten Fallkonstellationen hilft.¹⁵⁹ Das ursprünglich weite Spek-

¹⁵⁵ Vgl. *Bachmann*, Gutachten E zum 70. DJT 2014, E 37; *Deilmann/Otte*, BB 2011, 1291; *Eichner/Höller*, AG 2011, 885, 890; *Hopt*, ZIP 2013, 1793, 1803; *Meckbach*, NZG 2015, 580, 585; *Werner*, GmbHR 2013, 68, 74.

¹⁵⁶ Vgl. die Nachweise in Fn. 150; ferner – speziell im Hinblick auf Organhaftungsansprüche – *Foerster*, ZHR 176 (2012), 221, 237 ff.; *Grooterhorst*, AG 2011, 389, 390 f.; *Jucker*, Beweisvereitelung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, S. 93 ff. (aus Schweizer Sicht); *Werner*, GmbHR 2013, 68, 69 f.; wie hier von vornherein ablehnend *Ruckteschler/Grillitsch*, FS Elsing, S. 1129, 1130.

¹⁵⁷ Ablehnend etwa *Habersack*, in: MünchKommBGB, § 810 Rn. 3; *Werner*, GmbHR 2013, 68, 70.

¹⁵⁸ Ablehnend etwa *Foerster*, ZHR 176 (2012), 221, 238; *Habersack*, in: MünchKommBGB, § 810 Rn. 3; für Tonbandaufnahmen offen lassend BGH, 19.9.1994, BGHZ 127, 107, 110.

¹⁵⁹ Vgl. *Freund*, NZG 2015, 1419, 1421 („der relativ enge Tatbestand des § 810 BGB“); *Grooterhorst*, AG 2011, 389, 395 („Soweit der Anspruch nach § 810 BGB kein hinreichendes Einsichtsrecht begründet...“); *Koch*, in: Münchener Hdb. GesR, Bd. VII, § 30 Rn. 30 („Tatbestandsvoraussetzungen, die nicht jede Geschäftsunterlage erfüllt“); *Krieger*, FS U.H. Schneider, S. 717, 723 („Soweit § 810 BGB nicht reicht...“); *Ruckteschler/Grillitsch*, FS Elsing, S. 1129, 1132 („Nähme man die Vorschrift also beim Wort, würde sie praktisch als

trum denkbarer Rechtsgrundlagen verengt sich damit auf eine einzige taugliche Basis für ein umfassendes Einsichtsrecht: die nachwirkende Treuepflicht der Gesellschaft i. V. m. § 242 BGB.

Im ersten Zugriff mag dies erstaunen. Immerhin folgt aus § 242 i. V. m. § 260 Abs. 1 BGB grundsätzlich nur ein Auskunfts- und kein Einsichtsrecht; denn letzteres greift in der Regel stärker in die Rechtsstellung des Verpflichteten ein, sodass sich der Berechtigte nach dem BGH grundsätzlich mit ersterem begnügen muss.¹⁶⁰ In Ausnahmefällen kommt nach der Rechtsprechung aber dennoch ein aus § 242 BGB hergeleitetes Einsichtsrecht in Betracht. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die bloße Auskunftserteilung nicht geeignet ist, dem Berechtigten die erforderliche Klarheit zu verschaffen.¹⁶¹ In den regelmäßig komplexen und umfangreichen Organhaftungsfällen dürfte diese Ausnahme freilich die praktische Regel sein.¹⁶²

Auch die drei klassischen Voraussetzungen des Anspruchs aus § 242 BGB liegen in Organhaftungsfällen ohne Weiteres vor:¹⁶³ (1) Zwischen Organmitglied und Gesellschaft besteht ein Rechtsverhältnis mit daraus resultierender nachwirkender Treuepflicht. (2) Das Wesen des Rechtsverhältnisses – konkret die Pflicht zur Herausgabe sämtlicher Unterlagen – bringt es mit sich, dass das Organmitglied über seine Verteidigungsmöglichkeiten im Ungewissen ist. (3) Gleichzeitig ist die Gesellschaft unschwer in der Lage, ihm Auskunft erteilen und Einsicht zu gewähren.¹⁶⁴

2. Inhaltlicher Umfang

Inhaltlich richtet sich das Einsichtsrecht des Organmitglieds auf die „zu seiner Verteidigung [...] maßgeblichen Unterlagen“¹⁶⁵. Welche Unterlagen dies konkret sind, bestimmt sich wiederum nach dem Zweck des Einsichtsrechts. Nach

Anspruchsgrundlage [...] ausscheiden“); *Werner*, GmbHR 2013, 68, 71 („In vielen Fällen wird § 810 BGB als Anspruchsgrundlage ausscheiden.“).

¹⁶⁰ Vgl. BGH, 31.3.1971, WM 1971, 565, 566.

¹⁶¹ Ebenda, mit beispielhaftem Verweis auf BGH, 12.6.1954, BGHZ 14, 53, 56 für das Recht des Gesellschafters einer GmbH auf Einsicht in die Bücher und Geschäftsbelege der Gesellschaft (heute § 51a GmbHG).

¹⁶² Ebenso *Grooterhorst*, AG 2011, 389, 396; ähnlich *Krieger*, FS U.H. Schneider, S. 717, 725.

¹⁶³ Vgl. bereits RG, 4.5.1923, RGZ 108, 1, 7: „Anspruch auf Auskunft bei Rechtsverhältnissen [...], deren Wesen es mit sich bringt, daß der Berechtigte entschuldbarerweise über Bestehen und Umfang seines Rechts im ungewissen, der Verpflichtete aber in der Lage ist, unschwer solche Auskunft zu erteilen“; st. Rspr., vgl. RG, 19.11.1938, RGZ 158, 377, 37; BGH, 28.10.1953, BGHZ 10, 385, 387; 4.6.1981, BGHZ 81, 21, 24; 1.8.2013, NJW 2014, 155; 25.7.2017, NJW 2017, 2755, 2756.

¹⁶⁴ Im Ergebnis ebenso OLG Frankfurt, 25.9.1979, WM 1980, 1246, 1247 f.; ferner *Grooterhorst*, AG 2011, 389, 395; *Krieger*, FS U.H. Schneider, S. 717, 724.

¹⁶⁵ BGH, 4.11.2002, BGHZ 152, 280, 285.

den obigen Ausführungen soll es die Beweismachteile auffangen, die dem Organmitglied durch das Ausscheiden aus dem Amt und die damit verbundene Herausgabepflicht entstehen. Infolgedessen ist für das Einsichtsrecht die Beweislast vor dem Ausscheiden maßgeblich.¹⁶⁶

a) *Bei Ausscheiden verfügbare Unterlagen*

Der Bestand der im Zeitpunkt des Ausscheidens vorhandenen und dem Organmitglied zugänglichen Unterlagen bildet somit die Unter- und Obergrenze des Einsichtsrechts.

Untergrenze ist er insofern, als es der Gesellschaft zum Nachteil gereicht, wenn sie verteidigungsrelevante Unterlagen nach dem Ausscheiden des Organmitglieds vernichtet.

Zwar erfassen die handels- und steuerrechtlichen Aufbewahrungspflichten (§ 257 Abs. 4 HGB, § 147 Abs. 3 AO) nur bestimmte Unterlagen.¹⁶⁷ Zudem enden die Aufbewahrungsfristen womöglich schon vor der Verjährung des Schadensersatzanspruchs, die in börsennotierten Aktiengesellschaften seit dem Restrukturierungsgesetz 2010¹⁶⁸ erst nach zehn Jahren eintritt (vgl. § 93 Abs. 6 Alt. 1 AktG).¹⁶⁹ Die Gesellschaft trifft somit keine umfassende Aufbewahrungspflicht.

Eine beweisrechtliche Aufbewahrungsobliegenheit besteht aber durchaus. Wenn die Gesellschaft Unterlagen vernichtet, in die sie dem Organmitglied Einsicht gewähren müsste, kommt dies nämlich einer Beweisvereitelung gleich. Als Rechtsfolge sieht die jüngere Rechtsprechung Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr vor.¹⁷⁰ Im Einzelfall kann die Gesellschaft daher durch vorzeitige Unterlagenvernichtung das Privileg des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG verlieren. Zumindest insoweit ist dem Ausschussbericht zum Restrukturierungsgesetz zuzustimmen.¹⁷¹ Aus der Perspektive der Gesellschaft

¹⁶⁶ Wie hier *Ruchatz*, AG 2015, 1, 3.

¹⁶⁷ Vgl. *Meckbach*, NZG 2015, 580, 583.

¹⁶⁸ Art. 6 Abs. 1 des Gesetzes zur Restrukturierung und geordneten Abwicklung von Kreditinstituten, zur Errichtung eines Restrukturierungsfonds für Kreditinstitute und zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung, BGBl. I, 1900.

¹⁶⁹ Vgl. *Fleischer*, AG 2014, 457, 467; *Eckert*, in: Wachter, AktG, 2. Aufl. 2014, § 93 Rn. 63.

¹⁷⁰ Vgl. aus jüngerer Zeit BGH, 12.10.2016, NJW 2017, 1093, 1110; ausführlich *Laumen*, in: Hdb. der Beweislast, Bd. I, Kap. 16 Rn. 42 ff.

¹⁷¹ Vgl. den Bericht des Finanzausschusses, BT-Drucks. 17/3547, S. 12: „Kann die Gesellschaft diese Pflicht [zur Einsichtsgewährung] gegenüber dem Organmitglied nicht mehr erfüllen, weil sie die betreffenden Unterlagen bereits vernichtet hat, so darf dies nicht zu Lasten des Organs gehen. Eine Verurteilung zur Leistung von Schadensersatz im Wege einer Beweislastentscheidung kommt nach Überzeugung des Rechtsausschusses in diesen Fällen nicht in Betracht“; überzeugender wäre freilich ein Verzicht auf die Einführung der

empfiehlt es sich daher, relevante Unterlagen bis zum Ablauf der Verjährungsfrist aufzubewahren.¹⁷²

Umgekehrt erstreckt sich das Einsichtsrecht des Organmitglieds aber auch nur auf die bei seinem Ausscheiden vorhandenen und ihm zugänglichen Unterlagen. Deren damaliger Bestand bildet damit die Obergrenze des Einsichtsrechts.

Kein Einsichtsrecht besteht sonach an Unterlagen, die erst nach dem Ausscheiden in den Besitz der Gesellschaft gelangt sind, oder die dem Organmitglied auch vor seinem Ausscheiden nicht zugänglich waren. Relevant ist diese Grenze vor allem für interne Untersuchungsergebnisse und Gutachten zu den Erfolgsaussichten einer Schadenersatzklage. An einer Einsichtnahme in diese Unterlagen hat das Organmitglied kein schützenswertes Interesse.¹⁷³

Vom Einsichtsrecht umfasst sind hingegen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, soweit diese dem Organmitglied bei seinem Ausscheiden zugänglich waren.¹⁷⁴ Gleiches gilt für private E-Mails und andere persönlichkeits- und datenschutzrelevante Dokumente.¹⁷⁵ Da ein ausgeschiedenes Organmitglied weiterhin zur Verschwiegenheit verpflichtet ist,¹⁷⁶ kann die Gesellschaft die Einsichtsgewährung auch nicht von der Abgabe einer Verschwiegenheitserklärung abhängig machen.¹⁷⁷

Für die Gesellschaft empfiehlt es sich nach alledem, genau zu dokumentieren, welche Unterlagen dem Organmitglied bei dessen Ausscheiden zugäng-

zehnjährigen Verjährungsfrist gewesen, vgl. insofern die Kritik an diesem „halbherzige[n] Rettungsversuch“ bei *Fleischer*, AG 2014, 457, 467.

¹⁷² Vgl. den Bericht des Finanzausschusses, BT-Drucks. 17/3547, S. 12: „In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass es sich bei den gesetzlichen Aufbewahrungsfristen um Mindestfristen handelt und es den Gesellschaften selbstverständlich freisteht, sich für eine längere Aufbewahrung zu entscheiden, was sich vor dem Hintergrund möglicher Schadenersatzansprüche beispielsweise für Gutachten, Entscheidungsvorlagen an Vorstand und Aufsichtsrat und für Protokolle der Vorstands- und Aufsichtsratssitzungen auch anbieten mag“; krit. *Eckert*, in: Wachter, AktG, 2. Aufl. 2014, § 93 Rn. 63: „Faktisch bedeutet dies eine Verlängerung der Aufbewahrungspflichten durch die Hintertür.“

¹⁷³ Übereinstimmend *Deilmann/Otte*, BB 2011, 1291, 1293; *Krieger*, FS U.H. Schneider, S. 717, 727; *Krieger/Sailer-Coceani*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 44; *Ruchatz*, AG 2015, 1, 3; *Ruckteschler/Grillitsch*, FS Elsing, S. 1129, 1137; *Werner*, GmbHR 2013, 68, 71.

¹⁷⁴ I.E. wie hier *Krieger*, FS U.H. Schneider, S. 717, 728 f.; ihm folgend *Werner*, GmbHR 2013, 68, 72; ferner *Ruckteschler/Grillitsch*, FS Elsing, S. 1129, 1135 f.

¹⁷⁵ Ebenso *Ruchatz*, AG 2015, 1, 5; *Ruckteschler/Grillitsch*, FS Elsing, S. 1129, 1136 f.

¹⁷⁶ Vgl. Begr. RegE, abgedruckt bei *Kropff*, Aktiengesetz 1965, S. 123; OLG Hamm, 7.11.1984, GmbHR 1985, 157; *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 161; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 93 Rn. 149.

¹⁷⁷ Zutreffend *Ruchatz*, AG 2015, 1, 5: „Die Forderung nach Abgabe einer Verschwiegenheitserklärung scheint schon dem Grunde nach fragwürdig, da das Auskunftsrecht ohnehin zeitlich auf Unterlagen beschränkt ist, zu denen der Betroffene bereits damals Zugriff hatte.“

lich waren. Dies dürfte ihr später den ihr obliegenden Nachweis erleichtern, den Einsichtsanspruch des Organmitglieds erfüllt zu haben.¹⁷⁸

b) Zur Verteidigung erforderliche Unterlagen

Abstrakt umfasst das Einsichtsrecht nach den bisherigen Ausführungen nicht weniger, aber auch nicht mehr als die Unterlagen, die dem Organmitglied am Ende seiner Amtszeit zugänglich waren. Aus dieser Fülle an Unterlagen gilt es in einem zweiten Schritt diejenigen zu bestimmen, die im konkreten Fall zur Verteidigung erforderlich sind – ein mitunter schwieriger Balanceakt zwischen berechtigtem Informationsinteresse des Organmitglieds und unzulässiger Ausforschung der Gesellschaft.¹⁷⁹ Eine gewisse Hilfestellung bietet dabei die Abschichtung dreier verschiedener Problemkreise.

aa) Erforderlichkeit im Hinblick auf die Beweislast

Klärung verdient vorrangig die Frage, ob sich die Erforderlichkeit nach der Beweislast des Organmitglieds bemisst. Nach herrschender Meinung¹⁸⁰ sind für das Organmitglied von vornherein nur solche Unterlagen erforderlich, die im Zusammenhang mit der Beweislastumkehr stehen, die also Pflichtverletzung und Verschulden betreffen. Unterlagen zu Schaden und Kausalität seien dagegen angesichts der Beweislast der Gesellschaft nicht zur Verteidigung erforderlich. Die Gegenansicht möchte dem Organmitglied dagegen ein umfassendes, von der Beweislast unabhängiges Einsichtsrecht gewähren.¹⁸¹ Die dafür angeführten Argumente können jedoch nicht überzeugen.

Dies betrifft namentlich den Hinweis auf die BGH-Rechtsprechung, nach der sich die Herausgabepflicht auch deshalb auf nicht geheimhaltungsbedürftige Unterlagen erstreckt, weil eine Beschränkung auf geheimhaltungsbedürftige Unterlagen einen erheblichen Verwaltungsaufwand erfordern würde.¹⁸² Hieraus lässt sich kein allgemeines Argument gegen eine Vorselektion von Unterlagen

¹⁷⁸ Ebenso Foerster, ZHR 176 (2012), 221, 237.

¹⁷⁹ Zu praktischen Abgrenzungsproblemen vgl. Hölters, in: ders., AktG, § 93 Rn. 270; Hopt, ZIP 2013, 1793, 1803; Koch, in: Münchener Hdb. GesR, Bd. VII, § 30 Rn. 30; Kremer, Referat zum 70. DJT 2014, N 29, N 38 f.

¹⁸⁰ Vgl. Freund, NZG 2015, 1419, 1421; Krieger, FS U.H. Schneider, S. 717, 726; Krieger/Sailer-Coceani, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 44; Spindler, in: Münch-Komm AktG, § 93 Rn. 212; Werner, GmbHR 2013, 68, 71; wohl ebenso Schneider, in: Scholz, GmbHG, § 43 Rn. 242.

¹⁸¹ Vgl. Ruchatz, AG 2015, 1, 2 f.; Ruckteschler/Grillitsch, FS Elsing, S. 1129, 1133 f.; wohl auch Foerster, ZHR 176 (2012), 221, 246, der ein Einsichtsrecht auch bei teleologischer Reduktion des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG bejaht.

¹⁸² Zu dieser Rspr. (BGH, 7.7.2008, NZG 2008, 834 (Metro)) vgl. Kapitel 4 – C.I.1.b), S. 92 f.

ableiten.¹⁸³ Denn die Herausgabepflicht erstreckt sich schon aus anderen Gründen auf sämtliche Unterlagen. Der Verwaltungsaufwand ist für den BGH insofern nur ein verstärkendes „Überdies“-Argument;¹⁸⁴ er entscheidet aber nicht maßgeblich über die gegenständliche Reichweite eines Anspruchs.

Doch auch etwa der Verweis auf die Grundsätze der Waffengleichheit und des *fair trial*¹⁸⁵ verfährt nicht. Denn um Schaden und Kausalität nachweisen zu können, muss die Gesellschaft auf die dafür relevanten Unterlagen zumindest Bezug nehmen. Dann aber kann das Gericht ohnehin die Urkundenvorlage nach § 142 ZPO anordnen bzw. das Organmitglied deren Vorlage nach § 423 ZPO einfordern. Auch ohne ein auf § 242 BGB gestütztes besonderes Einsichtsrecht gelangt das Organmitglied daher an die Unterlagen, die es für den Gegenbeweis von Schaden und Kausalität benötigt.¹⁸⁶

Nach alledem besteht keine Notwendigkeit, das Einsichtsrecht nach § 242 BGB weiter auszudehnen als für die Fortgeltung der Beweislastumkehr nach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG erforderlich: Diese basiert auf dem Gedanken einer größeren Beweismähe des Organmitglieds bezüglich Pflichtverletzung und Verschulden. Demnach erstreckt sich auch das besondere Einsichtsrecht nach § 242 BGB nur auf die für eine schuldhaftige Pflichtverletzung relevanten Unterlagen.¹⁸⁷ Einsicht in weitere Unterlagen erhält das Organmitglied auf Basis der regulären Instrumente zur Sachverhaltsermittlung.

bb) Einschätzungsprärogative

Steht danach fest, dass das Organmitglied nach § 242 BGB Einsicht in die zur Verteidigung gegen den Vorwurf einer schuldhaften Pflichtverletzung erforderlichen Unterlagen verlangen kann, so fragt sich weiter, wie sich die Erforderlichkeit beurteilt.

Denkbar impraktikabel wäre eine objektive Beurteilung danach, welche Unterlagen den Ausgang des Rechtsstreits tatsächlich beeinflussen. Erforderlich ist vielmehr eine *ex ante*-Beurteilung anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls.

Dabei steht dem Organmitglied allerdings ein gewisser Spielraum zu (ähnlich wie bei der Bestimmung der angemessenen Informationsgrundlage nach § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG). Immerhin beruht die Beweislastumkehr zu seinen

¹⁸³ So aber *Ruchatz*, AG 2015, 1, 3.

¹⁸⁴ BGH, 7.7.2008, NZG 2008, 834 (Metro).

¹⁸⁵ Vgl. *Ruchatz*, AG 2015, 1, 3.

¹⁸⁶ Dies scheint auch die Gegenansicht zu erkennen, wenn sie später nur einen „frühzeitig[en] Zugang zu den Informationen“ einfordert, vgl. *Ruchatz*, AG 2015, 1, 3.

¹⁸⁷ Darauf deutet auch BGH, 7.7.2008, NZG 2008, 834 (Metro) hin: Die Interessen des Organmitglieds seien „dadurch geschützt, dass die Gesellschaft die ihm gegebenenfalls vorzuwerfende *Pflichtverletzung* zu bezeichnen und ihm Einsicht in die *dafür* maßgeblichen Unterlagen zu gewähren hat“ (Herv. d. Verf.).

Lasten auf der Überlegung, dass es die für Pflichtverletzung und Verschulden maßgeblichen Vorgänge und Unterlagen besser überblickt als die Gesellschaft. Konsequenterweise weitergedacht muss ihm daher auch hinsichtlich seines Einsichtsrechts eine Einschätzungsprärogative zukommen.¹⁸⁸

Daher reicht es aus, wenn das Organmitglied einen Zusammenhang zwischen der Frage einer schuldhaften Pflichtverletzung und den begehrten Unterlagen herstellt.¹⁸⁹ Nichts anderes ist wohl gemeint, wenn bisweilen eine nachvollziehbare Darlegung verlangt wird, dass die begehrten Unterlagen für die Frage einer schuldhaften Pflichtverletzung relevant sein können.¹⁹⁰ Da dem Organmitglied zu diesem Zeitpunkt aber regelmäßig noch keine Unterlagen zugänglich sind, dürfen die Anforderungen an die Darlegung freilich nicht überspannt werden.¹⁹¹ Letztlich findet damit nur eine Evidenzkontrolle hinsichtlich der behaupteten Erforderlichkeit statt.¹⁹²

cc) Einsichtsverlangen

Die Einschätzungsprärogative entbindet das Organmitglied indes nicht davon, die gewünschten Unterlagen hinreichend genau zu bezeichnen. Anderenfalls wäre ein Klageantrag auf Einsichtsgewährung bereits nicht hinreichend bestimmt i. S. d. § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO¹⁹³ und ein etwaiges Urteil praktisch nicht vollstreckbar.¹⁹⁴ Allerdings müssen auch hierbei die begrenzten Präzisierungsmöglichkeiten des Organmitglieds angemessene Berücksichtigung finden. Insofern reicht es aus, wenn das Organmitglied die gewünschten Unterlagen nach Kategorien bezeichnet (zum Beispiel „den E-Mail-Verkehr mit x im Zeitraum y“).

¹⁸⁸ Vgl. *Grooterhorst*, AG 2011, 389, 396.

¹⁸⁹ Vgl. *Freund*, NZG 2015, 1419, 1421; *Grooterhorst*, AG 2011, 389, 396; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 93 Rn. 212.

¹⁹⁰ So die teils aber als strenger bewertete Umschreibung der Darlegungserfordernisse bei *Krieger*, FS U.H. Schneider, S. 717, 726; *Krieger/Sailer-Coceani*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 44; *Werner*, GmbHR 2013, 68, 71; krit. etwa *Deilmann/Otte*, BB 2011, 1291, 1293; *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 93 Rn. 212 mit Fn. 963.

¹⁹¹ Zutreffend *Grooterhorst*, AG 2011, 389, 396.

¹⁹² Im Ergebnis ähnlich *Foerster*, ZHR 176 (2012), 221, 236, wonach die Gesellschaft eine fehlende Erforderlichkeit darlegen und beweisen muss.

¹⁹³ Vgl. hierzu BGH, 2.12.2015, NJW 2016, 708, 709 unter Verweis auf die st. Rspr.: „Ein Klageantrag ist hinreichend bestimmt, wenn er den erhobenen Anspruch konkret bezeichnet, dadurch den Rahmen der gerichtlichen Entscheidungsbefugnis (§ 308 ZPO) absteckt, Inhalt und Umfang der materiellen Rechtskraft der begehrten Entscheidung (§ 322 ZPO) erkennen lässt, das Risiko eines Unterliegens des Kl. nicht durch vermeidbare Ungenauigkeiten auf den Bekl. abwälzt und schließlich eine Zwangsvollstreckung aus dem Urteil ohne eine Fortsetzung des Streits im Vollstreckungsverfahren erwarten lässt.“

¹⁹⁴ Zu den Möglichkeiten einer gerichtlichen Geltendmachung vgl. Kapitel 4 – C.III.4, S. 108 ff.

3. Äußerer Rahmen

Neben dem Inhalt bestimmt sich auch der äußere Rahmen der Einsichtnahme nach dem Ziel, die Erkenntnismöglichkeiten des ausgeschiedenen Organmitglieds denjenigen während seiner Amtsdauer möglichst weit anzunähern. Wie sich dieses Ziel konkret verwirklichen lässt, zeigt der Blick auf ausgewählte Praxisfragen.¹⁹⁵

a) Beginn des Einsichtsrechts

Bislang kaum erörtert ist die doch grundlegende Frage, ab welchem Zeitpunkt dem Organmitglied ein Einsichtsrecht zusteht. Die bloß abstrakte Möglichkeit eines Schadensersatzverlangens reicht nach dem BGH jedenfalls nicht aus, um Unterlagen prophylaktisch behalten zu dürfen.¹⁹⁶ Damit scheidet aber auch ein jederzeitiges Einsichtsrecht aus. Umgekehrt käme ein Einsichtsrecht erst ab Rechtshängigkeit einer Schadensersatzklage reichlich spät. Denn ein amtierendes Organmitglied würde seine Unterlagen mutmaßlich bereits konsultieren, wenn die Gesellschaft noch intern Schadensersatzansprüche prüft. Die interne Prüfung von Schadensersatzansprüchen wäre daher grundsätzlich der Zeitpunkt, ab dem auch dem ausgeschiedenen Organmitglied ein Einsichtsrecht zustehen müsste.

Wann dies der Fall ist, wird sich in der Praxis jedoch oft nur schwer ermitteln lassen. Sicherer bestimmen lässt sich dagegen der Zeitpunkt, in dem die Gesellschaft erstmalig einen Schadensersatzanspruch gegen das Organmitglied geltend macht. Hieran knüpft sich typischerweise auch das Vorliegen eines D&O-Versicherungsfalls an,¹⁹⁷ sodass die zum *claims made*-Prinzip entwickelten Kriterien als Orientierungshilfe dienen könnten. Aus Praktikabilitätsgründen spricht daher viel dafür, ein Einsichtsrecht ab dem Moment der Anspruchserhebung zu bejahen.

b) Art und Weise der Einsichtnahme

Die Einsichtnahme erfolgt sodann in derselben Art und Weise, wie sie dem Organmitglied während der Amtsdauer möglich gewesen wäre. Zu elektronischen Daten ist daher ein elektronischer Zugang erforderlich, der üblicherweise in einem Datenraum gewährt wird.¹⁹⁸ Für schriftliche Unterlagen ist entsprechend eine physische Einsichtnahmemöglichkeit erforderlich. Inwie-

¹⁹⁵ Für eine detailreiche Aufarbeitung zahlreicher Praxisprobleme vgl. *Ruchatz*, AG 2015, 1, 3 ff.

¹⁹⁶ Vgl. Kapitel 4 – C.I.2, S. 93 f.

¹⁹⁷ Ausführlich *Lange*, D&O-Versicherung und Managerhaftung, § 9 Rn. 14 ff., S. 356 ff.

¹⁹⁸ Vgl. nur *Ruchatz*, AG 2015, 1, 4.

weit diese physischen und elektronischen Unterlagen aber auch kopiert werden dürfen, wird unterschiedlich beurteilt.¹⁹⁹

Maßstab ist wiederum das amtierende Organmitglied. Während seiner Amtsdauer ist es grundsätzlich nicht daran gehindert, Unterlagen zu kopieren. Dieses Recht steht ihm daher richtigerweise auch nach dem Ausscheiden aus der Gesellschaft zu. Des Weiteren muss die Gesellschaft dem ausgeschiedenen Organmitglied ein Kopiergerät zur Verfügung stellen, wenn auch während der Amtszeit ein solches verfügbar war.²⁰⁰ Schließlich darf die Gesellschaft das Organmitglied bei der Anfertigung der Kopien zwar beaufsichtigen; eine minutiöse Dokumentation der durch das Organmitglied eingesehenen und kopierten Unterlagen wäre hingegen unvereinbar mit einem gerade auf der Treuepflicht der Gesellschaft fußenden Einsichtsrecht.²⁰¹

c) Kosten der Einsichtsgewährung

Eine letzte exemplarische Frage betrifft den finanziellen Aufwand, welcher der Gesellschaft aus der Einsichtsgewährung erwächst. Insbesondere die Kosten einer Beaufsichtigung der physischen und elektronischen Einsichtnahme können durchaus stattliche Summen erreichen, sodass eine Gesellschaft versucht sein mag, diese auf das Organmitglied abzuwälzen.²⁰²

Im Schrifttum wurde jedoch bereits zu Recht darauf hingewiesen, dass eine Rechtsgrundlage hierfür fehlt.²⁰³ Auch nach der Rechtsprechung gibt es keinen allgemeinen Rechtssatz des Inhalts, dass derjenige, der zu einer Auskunftserteilung verpflichtet ist, vom Berechtigten Erstattung der Kosten verlangen kann. Vielmehr bedarf ein Kostenerstattungsanspruch im Einzelfall einer besonderen Rechtsgrundlage, wie etwa § 261 Abs. 2 BGB.²⁰⁴ Für die Verpflichtung der

¹⁹⁹ Dafür *Grooterhorst*, AG 2011, 389, 397; *Freund*, NZG 2015, 1419, 1420 mit Fn. 11; *Krieger*, FS U.H. Schneider, S. 717, 723; *Ruchatz*, AG 2015, 1, 4; *Ruckteschler/Grillitsch*, FS Elsing, S. 1129, 1138; *Wiesner*, in: Münchner Hdb. GesR, Bd. IV, § 26 Rn. 25; abw. (nur wenn Einsicht allein nicht ausreicht) *Deilmann/Otte*, BB 2011, 1291, 129; *Werner*, GmbHR 2013, 68, 72.

²⁰⁰ Wie hier *Ruchatz*, AG 2015, 1, 4; i.E. ebenso *Grooterhorst*, AG 2011, 389, 397 mit Hinweisen zum Meinungsstand bei § 51a GmbHG.

²⁰¹ Ähnlich *Ruchatz*, AG 2015, 1, 4: Verstoß gegen den Grundsatz des *fair trial*.

²⁰² Vgl. *Jahn*, FAZ v. 9.3.2011, S. 14 („Schlamm Schlacht im Auftrag von Thomas Middelhoff“): Nach Angaben der Rechtsanwälte von Thomas Middelhoff habe der Insolvenzverwalter für die Beaufsichtigung der Einsichtnahme 300 Euro pro Stunde in Rechnung gestellt; hierzu auch *Deilmann/Otte*, BB 2011, 1291, 1293; ferner *Ruchatz*, AG 2015, 1, 4: „In der Praxis kommen hierbei auch Fälle vor, in denen [...] gar eine Kostentragung des Vorstandsmitglieds für seine eigene Überwachung bei der Einsichtnahme verlangt wird.“

²⁰³ Vgl. *Deilmann/Otte*, BB 2011, 1291, 1293 (Umkehrschluss zu § 261 Abs. 2 BGB); *Werner*, GmbHR 2013, 68, 72; sympathisierend *Ruchatz*, AG 2015, 1, 4.

²⁰⁴ So BAG, 31.10.1984, BAGE 47, 138; vgl. ferner BGH, 6.5.1982, BGHZ 84, 31, 32 (zur Auskunftspflicht beim Zugewinnausgleich nach § 1379 Abs. 1 BGB), wonach der Schuldner die Leistung schuldet, ohne Rücksicht darauf, ob die Erfüllung Kosten verursacht.

Gesellschaft zur Einsichtsgewährung besteht eine solche Spezialnorm nicht, sodass diese keine Kostenerstattung verlangen kann. Dieses Ergebnis deckt sich mit der Kontrollüberlegung, dass das Organmitglied auch während seiner Amtszeit kostenlos Einsicht in die Gesellschaftsunterlagen nehmen konnte. Dieses Recht steht ihm daher auch nach seiner Amtszeit zu.

4. Prozessualer Schutz

Mit dem so verstandenen Einsichtsrecht des Organmitglieds korrelieren innerprozessuale Vorlagepflichten der Gesellschaft (a). Kommt die Gesellschaft diesen trotz gerichtlicher Anordnung nicht nach, drohen ihr schadensersatzrechtliche (c), primär aber beweisrechtliche Sanktionen (b). Dieser prozessuale Schutz verleiht dem materiell-rechtlichen Einsichtsrecht erst die notwendige Schlagkraft, um die Fortgeltung der Beweislastumkehr zu rechtfertigen (soweit man sie denn überhaupt als gerechtfertigt ansieht).

a) Innerprozessuale Vorlageanordnung

Nach § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO kann das Gericht anordnen, dass eine Partei die in ihrem Besitz befindlichen Urkunden, auf die sich eine Partei bezogen hat, vorlegt. Eine Vorlageanordnung von Amts wegen steht damit im Ermessen des Gerichts. Notfalls kann das Organmitglied jedoch eine Vorlageanordnung herbeiführen, indem es mit einem (begründeten) Antrag auf Urkundenvorlage durch die Gesellschaft den Urkundenbeweis nach § 421 ZPO antritt. Unter den Voraussetzungen des § 425 ZPO bzw. § 426 Satz 4 ZPO „ordnet“ das Gericht sodann „die Vorlegung an“.

Die dafür notwendige Vorlagepflicht der Gesellschaft ergibt sich ohne Weiteres aus § 422 ZPO.²⁰⁵ Diese Vorschrift knüpft an jede bürgerlich-rechtliche Herausgabe- oder Vorlagepflicht – wie hier nach § 242 BGB – eine akzessorische prozessuale Vorlagepflicht. Eine gewisse Hürde bereiten indes die inhaltlichen Anforderungen an den Vorlageantrag.

Dieser „soll“ nach § 424 ZPO unter anderem enthalten (Nr. 1) die Bezeichnung der begehrten Urkunden und (Nr. 3) die möglichst vollständige Bezeichnung ihres Inhalts. Werden diese Soll-Vorgaben nicht erfüllt, so führt dies freilich zu Problemen, wenn die Gesellschaft ihrerseits der Vorlageanordnung nicht nachkommt: Als Sanktion sieht § 427 Satz 2 ZPO²⁰⁶ nämlich vor, dass

²⁰⁵ Zur Vorlagepflicht bei Bezugnahme nach § 423 ZPO vgl. Kapitel 4 – C.III.2.b)aa), S. 104.

²⁰⁶ Die Beibringung einer Abschrift der Urkunde i.S.d. § 427 Satz 1 ZPO wird regelmäßig ausscheiden, da das Organmitglied mit dem Ausscheiden zur Herausgabe auch sämtlicher Abschriften verpflichtet ist, vgl. Kapitel 4 – C.I.1.b), S. 92 f.; § 427 ZPO gilt im Übrigen für eine amtswegige Vorlageanordnung nach § 142 ZPO entsprechend, vgl. Begr. RegE (Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses), BT-Drucks. 14/4722, S. 78; BGH, 26.6.2007, BGHZ 173, 23, 31.

die Behauptungen des Beweisführers über den Inhalt der Urkunde im Wege der freien Beweiswürdigung nach § 286 Abs. 1 ZPO als bewiesen angenommen werden können. Dazu sind aber gerade entsprechende „Behauptungen über den Inhalt der Urkunde“ erforderlich. Ohne die Angaben nach § 424 Nr. 1 und Nr. 3 ZPO liefe mithin die Rechtsfolgenanordnung nach § 427 Satz 2 ZPO leer. Die herrschende Meinung versteht § 424 ZPO daher in Übereinstimmung mit den Gesetzesmaterialien²⁰⁷ als Muss-Vorschrift.²⁰⁸ Der Vorlageantrag des Organmitglieds *muss* daher den Anforderungen des § 424 ZPO entsprechen.

Erleichternd kommt ihm dabei aber zugute, dass § 424 Nr. 3 ZPO nur eine möglichst vollständige Bezeichnung des Inhalts der Urkunden verlangt; dieselbe Einschränkung gilt auch für die Bezeichnung der Urkunde selbst nach § 424 Nr. 1 ZPO.²⁰⁹ Den dadurch eröffneten Spielraum gilt es zugunsten des ausgeschiedenen Organmitglieds zu nutzen.²¹⁰ Aufgrund der umfassenden Herausgabepflicht weiß es meist nicht genau, welche Unterlagen (mit welchem Inhalt) vorhanden sind. Die Urkundenvorlage dient daher in seinem Fall nicht nur einer *Beweisführung* im Wege des Urkundenbeweises (vgl. § 421 ZPO), sondern auch der *Sachverhaltsermittlung*.²¹¹ Die Anforderungen an die möglichst vollständige Bezeichnung von Urkunde und Inhalt sind somit sehr niedrig anzusetzen. Regelmäßig wird es ausreichen, wenn das Organmitglied die gewünschten Unterlagen z.B. nach Kategorien bezeichnet und einen inhaltlichen Zusammenhang mit den gegen ihn erhobenen Vorwürfen darlegen kann. Auf diese Weise werden nicht zuletzt die Anforderungen an den Vorlageantrag nach § 424 ZPO mit denjenigen an das Einsichtsverlangen nach § 242 BGB synchronisiert.²¹²

²⁰⁷ Vgl. *Hahn*, Die gesamten Materialien zu der Civilprozeßordnung, Abt. I, S. 325: „Die Vorschrift ist, was mit Rücksicht auf die [...] Sprachweise des Entwurfs zu bemerken bleibt, nicht bloß instruktionell, sondern imperativer Natur und hat nur um deshalb die mildere Fassung erhalten müssen, weil der Antrag mittelst Schriftsatzes nicht gestellt, sondern nur vorbereitet werden soll“.

²⁰⁸ Vgl. *Berger*, in: Stein/Jonas, ZPO, § 424 Rn. 1 (die Erfordernisse seien „wesentlich“); *Feskorn*, in: Zöller, ZPO, § 424 Rn. 1; *Huber*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 424 Rn. 1; *Krajka*, in: BeckOK ZPO, § 424 Rn. 2; *Preuß*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, § 424 Rn. 1; *Schreiber*, in: MünchKomm ZPO, § 424 Rn. 1; zurückhaltender *Ahrens*, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, § 424 Rn. 3 („regelmäßig einzuhaltende Anforderungen“).

²⁰⁹ Vgl. *Ahrens*, in: Wieczorek/Schütze, ZPO, § 424 Rn. 5; *Preuß*, in: Prütting/Gehrlein, ZPO, § 424 Rn. 1; *Schreiber*, in: MünchKomm ZPO, § 424 Rn. 1.

²¹⁰ Ebenso OLG Frankfurt, 25.9.1979, WM 1980, 1246, 1247: „Für den Regelfall sind die einzelnen Schriftstücke genau zu bezeichnen, § 424 Ziffer 1 ZPO. Doch ist dies nur ‚Soweit tunlich‘ [...] geboten“; gleichfalls für eine angepasste Anwendung der §§ 421 ff. ZPO *Ruckteschler/Grillitsch*, FS Elsing, S. 1129, 1142 f.

²¹¹ Zutreffend *Ruckteschler/Grillitsch*, FS Elsing, S. 1129, 1138 f., 1142.

²¹² Gleichsinnig *Ruckteschler/Grillitsch*, FS Elsing, S. 1129, 1143.

Mit den §§ 421 ff. ZPO verfügt das Organmitglied damit über ein taugliches Mittel, um innerhalb des Schadensersatzprozesses der Gesellschaft eine gerichtliche Vorlageanordnung gegen diese zu erzwingen. Ab Anhängigkeit dieses Prozesses besteht daher für eine (Wider-)Klage des Organmitglieds auf Einsichtsgewährung kein Rechtsschutzbedürfnis.²¹³ Eine dennoch erhobene Widerklage lässt sich aber regelmäßig in einen Vorlageantrag nach §§ 421 ff. ZPO umdeuten.²¹⁴

b) Beweisrechtliche Sanktion

Sollte die Gesellschaft der darauffolgenden gerichtlichen Vorlageanordnung nicht entsprechen, kommt – wie dargestellt – grundsätzlich § 427 Satz 2 ZPO zur Anwendung. Das Gericht kann danach die Behauptungen des Organmitglieds über den Inhalt der Urkunden nach § 286 Abs. 1 ZPO frei würdigen und gegebenenfalls als bewiesen annehmen.²¹⁵

Da das Organmitglied den Inhalt der Urkunde nach § 424 Nr. 3 ZPO aber ja nur möglichst genau zu bezeichnen braucht, kann es im Einzelfall an substantiierten Behauptungen fehlen. Für die scharfe Sanktion des § 427 Satz 2 ZPO ist dann freilich kein Raum.²¹⁶ Vielmehr kommt in diesen Fällen der hinter dieser Vorschrift stehende allgemeine Gedanke zum Tragen: das Verbot der Beweisvereitelung.²¹⁷ Die Rechtsfolgen einer fahrlässigen oder vorsätzlichen Beweisvereitelung können indes vielfältiger Art sein; sie reichen von Beweiserleichterungen bis hin zur Beweislastumkehr.²¹⁸ Je nach (objektiver und subjektiver) Schwere der Beweisvereitelung kann daher eine Erweiterung der sekundären Darlegungslast der Gesellschaft die Folge sein,²¹⁹ unter Umständen aber auch der Wegfall der Beweislastumkehr nach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG.²²⁰

²¹³ Ausführlich OLG Frankfurt, 25.9.1979, WM 1980, 1246, 1247; ebenso *Baumgärtel*, FS Schima, S. 41, 46 f.; *Eßwein*, Privatautonome Gestaltung der Vorstandshaftung, S. 153 f.; *Meckbach*, NZG 2015, 580, 582 mit Fn. 54; grundsätzlich auch *Foerster*, ZHR 176 (2012), 221, 237 ff.; abw. *Grooterhorst*, AG 2011, 389, 398; *Ruckteschler/Grillitsch*, FS Elsing, S. 1129, 1142 (unter Hinweis auf das dann entstehende Problem, dass die Widerklage zwingend vor der Schadensersatzklage verhandelt und entschieden werden müsste).

²¹⁴ Vgl. OLG Frankfurt, 25.9.1979, WM 1980, 1246, 1247.

²¹⁵ Vgl. *Foerster*, ZHR 176 (2012), 221, 242 f.

²¹⁶ Vgl. BGH, 28.4.1992, NJW-RR 1992, 1072, 1073; BAG, 10.9.1975, DB 1976, 828, 830; *Ahrens*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, § 427 Rn. 10; *Berger*, in: *Stein/Jonas*, ZPO, § 427 Rn. 9.

²¹⁷ Zum Verständnis des § 427 Satz 2 ZPO als Ausprägung des Verbots der Beweisvereitelung vgl. nur *Ahrens*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, § 427 Rn. 12; *Berger*, in: *Stein/Jonas*, ZPO, § 427 Rn. 4.

²¹⁸ Vgl. Kapitel 4 – C.III.2.a), S. 101.

²¹⁹ Dazu ausführlich Kapitel 4 – A, S. 65 ff.; gleichsinnig *Meckbach*, NZG 2015, 580, 583; *Meier-Greve*, BB 2009, 2555, 2560; *Spindler*, in: *MünchKomm AktG*, § 93 Rn. 212.

²²⁰ Im Ergebnis ebenso *Bayer/Illhardt*, GmbHR 2011, 751, 754; *Freund*, NZG 2015, 1419, 1421; *Hölters*, in: *ders.*, AktG, § 93 Rn. 270; *Kleindiek*, in: *Lutter/Hommelhoff*,

c) Schadenersatzrechtliche Sanktion?

Neben diesen beweisrechtlichen Nachteilen sind auch Schadenersatzansprüche nach § 280 Abs. 1 BGB denkbar, wenn die Gesellschaft ihre Pflicht zur Einsichtsgewährung nicht erfüllt.²²¹ Der Schaden des Organmitglieds läge in seiner Verurteilung zum Schadenersatz gegenüber der Gesellschaft, sodass es sich von seiner Haftung durch Aufrechnung mit seiner gleich hohen Gegenforderung befreien könnte.²²² Allerdings dürfte der Kausalitätsbeweis kaum je gelingen. Denn ohne die vorenthaltenen Unterlagen lässt sich schwerlich nachweisen, dass sich gerade aus ihnen das Fehlen von Pflichtverletzung oder Verschulden ergeben hätte.

Schadenersatzansprüche sind somit mehr von theoretischer Bedeutung. Entscheidend sind die soeben dargestellten prozessualen Instrumente. Sie verleihen dem (weit verstandenen) Einsichtsrecht die praktische Durchsetzungskraft, die eine Fortgeltung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG zu Lasten ausgeschiedener Organmitglieder erst zu rechtfertigen vermag.

IV. Sonderstellung des Gesamtrechtsnachfolgers eines Organmitglieds

Da § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG nach dem Ausscheiden aus dem Amt anwendbar bleibt, könnte die Beweislastumkehr in einem nächsten Schritt auch den Gesamtrechtsnachfolger eines Organmitglieds treffen.

Immerhin geht das Vermögen des Erblassers nach dem Grundsatz der Universal sukzession gem. § 1922 Abs. 1 BGB als Ganzes auf den Erben über, einschließlich der Nachlassverbindlichkeiten (vgl. auch § 1967 Abs. 1).²²³ Der Erbe haftet damit auch für eine Organhaftungsverbindlichkeit des Erblassers nach § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG bzw. § 43 Abs. 2 GmbHG. Mit diesen Vorschriften ist die Beweislastumkehr nach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG aber grundsätzlich untrennbar verbunden.²²⁴ Der Erbe rückt daher grundsätzlich in die beweisrechtliche Position des verschiedenen Organmitglieds ein.²²⁵ Dies sprä-

GmbHG, § 43 Rn. 55; *Krieger/Sailer-Coceani*, in: K. Schmidt/Lutter, AktG, § 93 Rn. 44; *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm AktG, § 93 Rn. 147; *Ziemons/Pöschke*, in: BeckOK GmbHG, § 43 Rn. 325.

²²¹ Vgl. *Grooterhorst*, AG 2011, 389, 398; *Werner*, GmbHR 2013, 68, 73.

²²² Vgl. *Grooterhorst*, AG 2011, 389, 398.

²²³ Vgl. nur Palandt/*Weidlich*, BGB, § 1922 Rn. 10.

²²⁴ Noch ausführlich zur Einheit von Haftungs- und Beweislastregelung unter Kapitel 4 – D.III, S. 127 ff.

²²⁵ Im Hinblick auf *Forderungen* des Erblassers BGH, 16.6.1993, NJW-RR 1994, 323: „Aufgrund der Gesamtrechtsnachfolge gem. § 1922 BGB übernimmt der Erbe [...] Ansprüche mit der Beweislastregelung, die sich daraus für den Erblasser ergeben hätte, wenn er den Anspruch noch selbst geltend gemacht haben würde“; OLG Köln, 29.6.2017, NJOZ 2018, 162 Rn. 16: „Dabei geht es [...] nicht um eine Zurechnung fremden Wissens, sondern darum, dass im Fall des gesetzlichen Übergangs von Verbindlichkeiten auf den Erben nach § 1922 BGB dieser gegenüber dem Forderungsinhaber hinsichtlich seiner Dar-

che in der Tat dafür, die Beweislast hinsichtlich Pflichtverletzung und Verschulden dem Gesamtrechtsnachfolger des Organmitglieds zuzuweisen.²²⁶

Mit gutem Grund lehnt es die herrschende Literatur gleichwohl ab, § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG zulasten des Erben anzuwenden.²²⁷ Anders als das Organmitglied hat der Erbe die haftungsrelevanten Vorgänge nicht selbst miterlebt. Er verfügt daher über keinerlei Sachnähe zum Geschehen. Einsichtsrechte helfen dem ausgeschiedenen Organmitglied, seine Erinnerungen aufzufrischen und die damals entscheidenden Dokumente ausfindig zu machen. Für den Erben eröffnet ein Einsichtsrecht hingegen nur den orientierungslosen Zugang zu einer Fülle fremder Unterlagen, deren Zusammenhänge und innere Ordnung ihm weitgehend verborgen bleiben. Von den haftungsrelevanten Tatsachen ist der Erbe des Organmitglieds als außenstehender Dritter mithin weiter entfernt als die Gesellschaft selbst. Eine Beweislastumkehr zu seinen Lasten widerspräche daher gerade dem (von der Rechtsprechung und h. M. postulierten) *telos* des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG, die Beweislast der beweisnäheren Partei zuzuweisen. Die Norm bedarf insofern einer teleologischen Reduktion.

Richterlich ist diese Frage noch nicht geklärt. Das OLG Köln hat die Frage jüngst ausdrücklich offen gelassen und den Rechtsstreit auf der Ebene der Darlegungslast gelöst.²²⁸ Einen Fingerzeig gibt allerdings ein Fall vor dem BGH, in dem der Kläger nach § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB die Rückzahlung eines an den Erblasser entrichteten Geldbetrages verlangte.²²⁹ Dabei trifft grundsätzlich den Bereicherungsschuldner eine sekundäre Darlegungslast bezüglich der Umstände, aus welchen er ein Recht zum Behaltendürfen ableitet.²³⁰ Diese sekundäre Darlegungslast bestand nun nach dem BGH auch für dessen Erben, „wenn auch inhaltlich eingeschränkt und ausgerichtet an den ihnen zur Verfügung stehenden Möglichkeiten.“²³¹ Die Erkenntnismöglichkei-

legungs- und Beweislast nicht besser gestellt werden darf, als der Erblasser gestanden hätte“; ferner *Ahrens*, *Der Beweis im Zivilprozess*, S. 211 f.; *Küpper*, in: *MünchKomm BGB*, § 1967 Rn. 9.

²²⁶ So *Born*, in: *Krieger/Schneider*, *Hdb. Managerhaftung*, § 14 Rn. 21; *Foerster*, *ZHR* 176 (2012), 221, 245.

²²⁷ Noch zu § 84 Abs. 2 S. 2 AktG 1937: *Weipert*, in: *Großkomm AktG*, 1939, § 84 Anm. 18; *Zempelin*, *AcP* 155 (1956), 209, 221; zum geltenden Recht: *Bayer/Illhardt*, *GmbHR* 2011, 751, 754; *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, *AktG*, § 93 Rn. 224; *Hölters*, in: *ders.*, *AktG*, § 93 Rn. 271; *Hopt/Roth*, in: *Großkomm AktG*, § 93 Rn. 447; *Hüffer/Koch*, *AktG*, § 93 Rn. 56; *Krieger*, *FS U.H. Schneider*, S. 717, 719; *Mertens/Cahn*, in: *KölnKomm AktG*, § 93 Rn. 146; *Paefgen*, in: *Großkomm GmbHG*, § 43 Rn. 211; *ders.*, *AG* 2014, 554, 566; *U. Schmidt*, in: *Heidel, AktienR*, § 93 Rn. 110; *U.H. Schneider*, in: *Scholz, GmbHG*, § 43 Rn. 243; *Spindler*, in: *MünchKomm AktG*, § 93 Rn. 212.

²²⁸ OLG Köln, 1.10.2019, *NZG* 2020, 110, 112; ausführlich zu den Implikationen des Urteils *Fleischer/Danninger*, *AG* 2020, 193 ff.

²²⁹ BGH, 27.9.2002, *NJW* 2003, 1039.

²³⁰ Siehe oben Kapitel 1 – C.II, S. 18 ff.

²³¹ BGH, 27.9.2002, *NJW* 2003, 1039, 1040.

ten der Erben sind mithin für die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast durchaus von Bedeutung.²³² Gerade organhaftungsrechtliche Fälle sind aber geprägt von einer besonderen Sachferne der Erben gegenüber den regelmäßig komplexen Haftungsvorgängen, während die Gesellschaft gleichzeitig über sämtliche Beweismittel verfügt. Danach spricht einiges dafür, in dieser Situation nicht an der Beweislastumkehr festzuhalten.²³³

V. Rechtspolitische Würdigung

Auf Basis des geltenden Rechts lassen sich sowohl für Rechtsnachfolger als auch für ausgeschiedene Organmitglieder tragfähige Lösungen entwickeln. Dem Rechtsanwender verlangt dies freilich einiges ab: im einen Fall die Durchbrechung des Prinzips der Gesamtrechtsnachfolge durch teleologische Reduktion des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG; im anderen Fall die extensive Interpretation des auf die Generalklausel des § 242 BGB gestützten Einsichtsrechts.

I. Rechtspolitischer Handlungsbedarf

In der Praxis scheint dieser Drahtseilakt allerdings nicht immer zu gelingen. So tönt es aus verschiedenen Richtungen, dass sich die Einsichtnahme in die Gesellschaftsunterlagen als schwierig gestalte.²³⁴ Teilweise seien Unterlagen nicht auffindbar,²³⁵ teilweise stünde mehr der stille Zweifel im Raum, die Gesellschaft habe nicht alle entlastenden Dokumente zugänglich gemacht.²³⁶ Insgesamt reiche das Einsichtsrecht nicht aus, um die Nachteile durch die Bürde der Beweislast auszugleichen.²³⁷ Weiter erschwert wird die ohnehin missliche Lage des Organmitglieds schließlich dadurch, dass ihm nach einhel-

²³² Auch die grundsätzliche Fortgeltung der sekundären Darlegungslast für die Erben stützte der BGH (ebenda) bereits darauf, dass diese in der Lage seien, „Erkenntnisse aus vorhandenen Unterlagen, zu denen sie Zugriff haben, zu gewinnen.“

²³³ Vertiefend *Fleischer/Danninger*, AG 2020, 193, 196 f.

²³⁴ Vgl. *Deilmann/Otte*, BB 2011, 1291, 1295; *Ek/Kock*, Haftungsrisiken für Vorstand und Aufsichtsrat, Rn. 416; *Hoffmann*, NJW 2012, 1393, 1398; *Hopt*, FS Roth, S. 225, 232; *Kremer*, Referat zum 70. DJT 2014, N 29, N 38 („praktisch kaum in den Griff zu bekommen“); *Neubürger*, Vortrag auf dem 67. Betriebswirtschafter-Tag 2013 der Schmalenbach-Gesellschaft, abrufbar unter <www.schmalenbach.org>, S. 10; *Ruckteschler/Grillitsch*, FS Elsing, S. 1129, 1138; *E. Vetter*, AnwBl 2014, 582, 585.

²³⁵ Vgl. *Freund*, GmbHR 2009, 1185, 1187; *ders.*, NZG 2015, 1419, 1420; *E. Vetter*, AnwBl 2014, 582, 585; *Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 491.

²³⁶ Vgl. *Weller*, LMK 2008, 271637, der die Erwägungen in BGH, 4.11.2002, BGHZ 152, 280 zum Einsichtsrecht daher als „wenig praxisnah“ bezeichnet.

²³⁷ Vgl. *Meckbach*, NZG 2015, 580, 583; gleichsinnig *Schimmer*, EWiR 2003, 225, 226; pointiert *Reichert*, ZGR 2017, 671, 679: „Der Versuch der h. M., der erkennbaren Not der Beweisbelasteten durch einen Informationsanspruch gegen den durch die Beweislastumkehr Privilegierten abzuhelpen, belegt eher die Unangemessenheit der Regelung, als er zur Rechtfertigung ihrer Aufrechterhaltung taugt.“

liger Ansicht kein Recht zusteht, Mitarbeiter der Gesellschaft zu befragen.²³⁸ Das Misstrauen in den Wert des Einsichtsrechts ist mancherorts bereits so groß, dass Anwälte ausgeschiedenen Organmitgliedern wohl teils einen gezielten Verstoß gegen die Herausgabepflicht nahelegen, um einer späteren Beweisnot zu entfliehen.²³⁹ Hierauf sollte der Gesetzgeber reagieren.

2. Kleine Lösung: Kodifikation des Einsichtsrechts

Im Sinne einer „kleinen Lösung“ könnte er etwa das Einsichtsrecht des ausgeschiedenen Organmitglieds kodifizieren.²⁴⁰

Anregungen hierfür könnte der neue Offenlegungsanspruch²⁴¹ nach § 33g GWB²⁴² bieten, der (zusammen mit den §§ 89b ff. GWB) das Kernstück der 9. GWB-Novelle bildet²⁴³. Die Ausgangslage ist der hiesigen durchaus ähnlich; denn auch diese Norm sollte nach ihrer Zielsetzung „das zivilprozessuale Grundproblem der Informations- und Beweisnot lösen, das die Praxis bislang primär mithilfe eines Auskunftsanspruchs nach § 242 BGB in den Griff zu bekommen versucht hat.“²⁴⁴ Zumindest von kartellrechtlicher Seite mutmaßt man denn auch bereits, dass die Kerngedanken Modellcharakter für weitere Anwendungsfelder haben könnten.²⁴⁵ Bei näherem Hinsehen entpuppt sich das kartellrechtliche Einsichtsrecht aber mehr als Schreckensbild denn als Vorbild.

Der Herausgabeanspruch²⁴⁶ des mutmaßlichen Kartellanten nach § 33g Abs. 2 Satz 1 GWB ist bereits in seinen Konturen nicht minder unscharf als das auf die General(!)klausel des § 242 BGB gestützte Einsichtsrecht des ausgeschiedenen Organmitglieds. Verantwortlich hierfür sind zahlreiche unbestimmte Rechtsbegriffe. So erstreckt sich der Herausgabeanspruch auf Be-

²³⁸ Vgl. *Foerster*, ZHR 176 (2012), 221, 244; *Krieger*, FS U.H. Schneider, S. 717, 728; *Rieger*, FS Peltzer, S. 339, 351; *Ruckteschler/Grillitsch*, FS Elsing, S. 1129, 1137 mit Fn. 33; *Werner*, GmbHR 2013, 68, 72.

²³⁹ Vgl. den Praxisbericht bei *Koch*, in: Münchener Hdb. GesR, Bd. VII, § 30 Rn. 30.

²⁴⁰ Vgl. Beschlusspunkt I.6.c) des 70. DJT 2014: „Die Beweislastregel des § 93 Abs. 2 S. 2 AktG sollte zumindest um ein Recht des ausgeschiedenen Organmitglieds auf Unternehmensinformationen ergänzt werden. angenommen 74:3:6“; ferner *Bachmann*, Gutachten E zum 70. DJT 2014, E 37, E 122; *Kremer*, Referat zum 70. DJT 2014, N 29, N 45; *Meckbach*, NZG 2015, 580, 584; *Paefgen*, AG 2014, 554, 566.

²⁴¹ Der Begriff der Offenlegung umfasst Herausgabe (§ 33g Abs. 1, 2 GWB) und Auskunft (§ 33g Abs. 10 GWB); die folgenden Ausführungen konzentrieren sich auf den Herausgabeanspruch, gelten aber für den tatbestandlich identischen Auskunftsanspruch entsprechend.

²⁴² Vgl. Kapitel 4 – C.III.1.a), S. 97.

²⁴³ Vgl. *Klumpe/Thiede*, NZKart 2017, 332, 335; gleichsinnig *Bach/Wolf*, NZKart 2017, 285; *Petrascu*, WuW 2016, 330, 332.

²⁴⁴ *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 169.

²⁴⁵ So *Preuß*, WuW 2017, 301.

²⁴⁶ Für die Herausgabe soll in der Regel die Übergabe von Abschriften und elektronischen Kopien ausreichen, vgl. Begr. RegE, BT-Drucks. 18/10207, S. 62.

weismittel, „die für die Verteidigung [...] erforderlich sind“. Was hierunter zu verstehen ist und welchem Prozessbeteiligten hierbei die Einschätzungsprärogative zukommt, bleibt indes offen.²⁴⁷

Ebenso vage sind die Anforderungen an das Herausgabeverlangen des mutmaßlichen Schädigers, der die Beweismittel so genau bezeichnen muss, „wie dies auf Grundlage der mit zumutbarem Aufwand zugänglichen Tatsachen möglich ist“. Diese Einschränkung soll sog. *fishing expeditions* verhindern²⁴⁸ und die Vollstreckbarkeit der Gerichtsentscheidung über das Herausgabeverlangen gewährleisten²⁴⁹. Nähere Anhaltspunkte zur Auslegung fehlen jedoch. Die Gesetzesbegründung verweist allein darauf, dass der Umfang der herauszugebenden Beweismittel im Einzelfall nach Abwägung der Interessen der Beteiligten zu bestimmen ist, und dass für den Verpflichteten dabei zweifelsfrei bestimmt oder jedenfalls bestimmbar sein muss, was von ihm gefordert wird.²⁵⁰ Auch aus der Kartellschadensersatzrichtlinie ergibt sich nur, dass eine Unterlagenbezeichnung anhand von Kategorien (wie Art, Gegenstand, Inhalt oder Erstellungszeitpunkt) offenbar ausreicht.²⁵¹ Die Entwicklung der Rechtsprechung gilt im Schrifttum daher als nicht abschätzbar.²⁵² Von einer Übernahme dieser Formulierung in das Organhaftungsrecht wäre somit kein Mehrwert an Rechtssicherheit zu erwarten.

Gleiches gilt für den Ausschluss der Herausgabe nach § 33g Abs. 3 Satz 1 GWB, „soweit sie unter Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Beteiligten unverhältnismäßig ist.“ Selbst die nach § 33g Abs. 3 Satz 2 Nr. 1–6 GWB insbesondere zu berücksichtigenden Kriterien bieten dabei nur eine lose Orientierungshilfe,²⁵³ deren Einzelelemente die Literatur teils als „klärungsbedürftig“²⁵⁴ oder gar „widersinnig“²⁵⁵ ansieht.

²⁴⁷ Vgl. *Mallmann/Lübbig*, NZKart 2016, 518, 519; eigenständiger Versuch einer inhaltlichen Präzisierung nach den im Einzelnen zu beweisenden Tatbestandsmerkmalen bei *Bach/Wolf*, NZKart 2017, 285, 286 ff.

²⁴⁸ Vgl. *Kahlenberg/Heim*, BB 2017, 1155, 1159; *Mallmann/Lübbig*, NZKart 2016, 518, 519.

²⁴⁹ Vgl. *Kahlenberg/Heim*, BB 2017, 1155, 1159; *Kersting/Preuß*, WuW 1211285, S. 14.

²⁵⁰ BT-Drucks. 18/10207, S. 62; wenig aufschlussreich auch S. 63: „Zwar dürfen die Anforderungen an die Substantiierung des Antrags des Anspruchstellers nicht überspannt werden, jedoch hat die Auskunft oder die Herausgabe von Beweismitteln in einem angemessenen Verhältnis zum Vortrag zu stehen.“

²⁵¹ Vgl. Art. 5 Abs. 2 RL 2014/104/EU sowie Erwägungsgrund 16; hierzu *Bach/Wolf*, NZKart 2017, 285, 289 mit Formulierungsbeispielen; ferner *Klumpe/Thiede*, NZKart 2017, 332, 336 f.; *Mallmann/Lübbig*, NZKart 2016, 518, 519.

²⁵² Vgl. *Klumpe/Thiede*, NZKart 2017, 332, 337; *Mallmann/Lübbig*, NZKart 2016, 518, 519.

²⁵³ Vgl. *Podszun/Kreifels/Schmieder*, WuW 2017, 114, 116: „relativ weiche Kriterien“.

²⁵⁴ *Rosenfeld/Brand*, WuW 2017, 247, 249 zu § 33g Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 GWB.

Aber auch in der Sache wäre von einer Übernahme vor allem des § 33g Abs. 3 Satz 2 Nr. 6 GWB abzuraten, wonach der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Extremfall die Herausgabe ausschließen kann.²⁵⁶ Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse können im Organhaftungsrecht angesichts der fortdauernden Verschwiegenheitspflicht nicht zur Einsichtsverweigerung berechtigen.

Wenig geglückt erscheinen ferner einige Regelungen, die nicht unmittelbar unionsrechtlich determiniert sind. Hierzu zählt die späte Entstehung des Herausgabeanspruchs nach § 33g Abs. 2 Satz 1 GWB mit „Rechtshängigkeit“ eines Rechtsstreits gegen den mutmaßlichen Schädiger. Manche sehen darin zwar eine praktikable Lösung.²⁵⁷ Andere weisen jedoch zu Recht darauf hin, dass die Verteidigungssituation – entgegen der Regierungsbegründung²⁵⁸ – nicht erst mit einer Klage entsteht.²⁵⁹ So wie das ausgeschiedene Organmitglied schon ab außergerichtlicher Anspruchserhebung Einsicht nehmen kann,²⁶⁰ sollte auch dem mutmaßlichen Kartellanten ein Offenlegungsanspruch zustehen, sobald ein Schadensersatzanspruch mit hinreichend substantiierter Begründung geltend gemacht wird.²⁶¹ Damit wäre aber nicht das Kartellrecht Vorbild für das organhaftungsrechtliche Einsichtsrecht, sondern es verhielte sich gerade umgekehrt.

Ebenfalls nicht durch die Richtlinie vorgegeben ist der Anspruch des Herausgabeverpflichteten nach § 33g Abs. 7 GWB auf Ersatz der Aufwendungen, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf. Die Vorschrift steht

²⁵⁵ *Petrasinu*, WuW 2016, 330, 333 zu § 33g Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 GWB (im Hinblick auf den Aufwendungsersatzanspruch nach § 33g Abs. 7 GWB); vgl. aber auch Begr. RegE, BT-Drucks. 18/10207, S. 63.

²⁵⁶ Vgl. aber auch das Freigabeverfahren nach § 89b Abs. 6 GWB sowie die Möglichkeit gerichtlicher Schutzmaßnahmen nach § 89b Abs. 7 GWB; Vorbild waren insoweit die Vorschriften zur Umsetzung der „Enforcement“-Richtlinie (RL 2004/48/EG, ABl. Nr. L195 vom 2.6.2004, S. 16) für Rechte des geistigen Eigentums, namentlich §§ 140c, 140d PatG, §§ 101a, 101b UrhG, ferner §§ 24c, 24d GebrMG, §§ 19a, 19b MarkenG, §§ 46a, 46b DesignG; vgl. hierzu *Bach/Wolf*, NZKart 2017, 285, 289 f.; *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 174; *Kersting/Preuß*, WuW 2016, 394, 402; zur Enforcement-RL vgl. *Beckhaus*, Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung, S. 173 ff.

²⁵⁷ So *Kersting/Preuß*, WUW1211285, S. 15; in § 15 Abs. 1 ihres eigenen Gesetzgebungsvorschlags sahen die Autoren einen Offenlegungsanspruch ab (nicht näher bestimmter) Inanspruchnahme vor, vgl. *Kersting/Preuß*, Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU), S. 29.

²⁵⁸ Vgl. BT-Drucks. 18/10207, S. 62: „Diese Informationen benötigt der Schädiger, sobald eine Verteidigungssituation [...] hinreichend absehbar ist. Der Anspruch [...] entsteht daher erst mit der Rechtshängigkeit“.

²⁵⁹ Vgl. *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 170; ebenfalls für einen bereits früher entstehenden Informationsanspruch *Podszun/Kreifels*, GWR 2017, 67, 71.

²⁶⁰ Vgl. Kapitel 4 – C.III.3.a), S. 106 f.

²⁶¹ Vgl. *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 170.

bereits aus verschiedenen Gründen in der Kritik.²⁶² Unabhängig davon wäre jedenfalls im Organhaftungsrecht ein entsprechender Aufwendungsersatzanspruch geradezu unbillig. Die Gesellschaft profitiert von dem Einsichtsrecht des Organmitglieds insofern, als es die Basis der Beweislastumkehr zu ihren Gunsten bildet. Damit aber ist es der Gesellschaft zumutbar, die mit diesem Einsichtsrecht verbundenen Eigenkosten zu tragen und sie nicht – nebst der Beweislast – auf das Organmitglied abwälzen zu können.

Wenig überzeugen kann ferner die Vorschrift des § 33g Abs. 8 GWB, wonach der Herausgabeschuldner bei vorsätzlichem oder grob fahrlässigem Verstoß dem Anspruchsteller zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet ist. Ob dies – wie von der Richtlinie gefordert²⁶³ – eine wirksame und abschreckende Sanktion darstellt, darf bezweifelt werden. Denn der durch die Nichtherausgabe entstandene Schaden könnte nur mithilfe der Informationen bewiesen werden, die eben nicht herausgegeben wurden.²⁶⁴ Mit Schadensersatzansprüchen gibt man mutmaßlichen Kartellschädigern daher nur ein stumpfes Schwert an die Hand.²⁶⁵ So mutmaßen bereits manche, dass sich die Folgen einer Beweisvereitelung womöglich als praktisch bedeutsamer erweisen werden²⁶⁶ – genau wie im Fall des ausgeschiedenen Organmitglieds.²⁶⁷ Nicht von ungefähr schlägt auch Art. 8 Abs. 2 Satz 2 der Kartellschadensersatzrichtlinie als Sanktion die Möglichkeit vor, „für die Partei nachteilige Schlussfolgerungen zu ziehen, wie beispielsweise den betreffenden Beweis als erbracht anzusehen“ – ein Weg, den der deutsche Gesetzgeber bedauerlicherweise nicht eingeschlagen hat.

Die Liste der Kritikpunkte ließe sich noch fortsetzen.²⁶⁸ Insofern verwundert es kaum, wenn auch das kartellrechtliche Schrifttum erhebliche Praxisprobleme prophezeit,²⁶⁹ mit langwierigen gerichtlichen Auseinandersetzungen rechnet²⁷⁰ und letztlich gespannt auf die Entwicklung der Rechtsprechung blickt.²⁷¹

²⁶² Zweifel an der Richtlinienkonformität bei *Petrasincu*, WuW 2016, 330, 333; Kritik der Unbestimmtheit bei *Klumpe/Thiede*, BB 2016, 3011, 3016; *dies.*, NZKart 2017, 332, 337; Bevorzugung einer § 811 Abs. 2 BGB entsprechenden Regelung durch *Kersting/Preuß*, WUW1211285, S. 16.

²⁶³ Vgl. Art. 8 Abs. 1 und 2 sowie Erwägungsgrund 18 der Richtlinie 2014/104/EU.

²⁶⁴ Zutreffend *Klumpe/Thiede*, BB 2016, 3011, 3016; *dies.*, NZKart 2017, 332, 337; ferner *Rosenfeld/Brand*, WuW 2017, 247, 248.

²⁶⁵ Ebenso *Petrasincu*, WuW 2016, 330, 334.

²⁶⁶ So etwa *Kersting/Preuß*, WUW1211285, S. 16.

²⁶⁷ Vgl. Kapitel 4 – C.III.4.c), S. 111.

²⁶⁸ Zur Kritik an den Ergänzungsvorschriften in §§ 89b, 89c GWB vgl. *Klumpe/Thiede*, NZKart 2016, 471, 472; *dies.*, BB 2016, 3011, 3016; *dies.*, NZKart 2017, 332, 337; zur mangelhaften Abstimmung des § 33g GWB mit den §§ 142 ff. ZPO und §§ 421 ff. ZPO vgl. *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 171; zum Konflikt mit Grundprinzipien des Zivilverfahrensrechts vgl. *Podszun/Kreifels*, GWR 2017, 67, 72.

²⁶⁹ Vgl. *Mallmann/Lübbig*, NZKart 2016, 518, 522: „Bis die ‚Kinderkrankheiten‘, die mit der Übernahme dieser neuen Instrumente verbunden sein werden, abgeklungen sind,

Als Fazit kann eine Orientierung an den kartellrechtlichen Neuerungen nicht empfohlen werden. Für die Kodifikation des organhaftungsrechtlichen Einsichtsrechts müsste der Gesetzgeber eine maßgeschneiderte Lösung entwickeln. Wie schwierig diese Aufgabe ist, zeigt aber gerade die 9. GWB-Novelle.

3. Große Lösung: Derogation der Beweislastumkehr

Die Schwierigkeiten einer Kodifikation des Einsichtsrechts laden dazu ein, über eine „große Lösung“ nachzudenken: die Derogation der Beweislastumkehr. Gerade ausgeschiedene Organmitglieder stellt die Vorschrift des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG vor gewaltige Herausforderungen, vor allem was den Beweis der Pflichterfüllung anbelangt. Nähme man diese Last von ihren Schultern, käme es auf die Einzelheiten ihres Einsichtsrechts nicht mehr in dem Maße an. Eine extensive Auslegung des auf § 242 BGB gestützten Einsichtsrechts wäre nicht mehr vonnöten. Auch im Hinblick auf Rechtsnachfolger läge die Beweislast bei der Gesellschaft, ohne dass es dafür einer teleologischen Reduktion bedürfte. Gleichzeitig entfielen damit der momentane Rechtfertigungsdruck in der Frage, weshalb ausgeschiedene Organmitglieder beweislasterlastet sind, Rechtsnachfolger jedoch nicht. Verschiedenste Gesichtspunkte drängen damit einmal mehr in Richtung einer Änderung der Beweislastverteilung.

D. Inzidente Prüfungskonstellationen

Die mit der Beweislastumkehr verbundenen Schwierigkeiten perpetuieren sich selbst in Konstellationen, in denen die Organhaftung lediglich Vorfrage anderer Ansprüche ist.

I. Organhaftung als Vorfrage

1. Gesamtschuldnerausgleich

Namentlich der Gesamtschuldnerausgleich wirft bislang ungelöste Beweislastprobleme auf. Fraglich ist insbesondere, ob auch im Verhältnis der Organmitglieder untereinander Pflichtverletzung und Verschulden des Regressgegners nach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG zu vermuten sind. Ein näherer Blick auf

werden vermutlich mehrere Jahre vergehen“; vgl. ferner *Hellmann/Steinbrück*, NZKart 2017, 164, 168 ff.; *Klumpe/Thiede*, NZKart 2016, 471; *dies.*, NZKart 2017, 332, 339.

²⁷⁰ Vgl. *Mallmann/Lübbig*, NZKart 2016, 518, 519 f.; *Rosenfeld/Brand*, WuW 2017, 247, 252.

²⁷¹ Übereinstimmend *Bach/Wolf*, NZKart 2017, 285, 294; *Mallmann/Lübbig*, NZKart 2016, 518, 519; *Podszun/Kreifels*, GWR 2017, 67, 72; *Preuß*, WuW 2017, 301; *Rosenfeld/Brand*, WuW 2017, 247, 252; *Seeliger/de Crozals*, ZRP 2017, 37, 38; *Weitbrecht*, NJW 2017, 1574, 1576.

den Meinungsstand in- und außerhalb des Gesellschaftsrechts wird in dieser Frage letztlich einen Zustand der Rechtsunsicherheit offenbaren.²⁷²

Diese Rechtsunsicherheit ist umso misslicher, als auch eine Streitverkündung im Vorprozess kaum je Abhilfe schafft.²⁷³ Bei näherer Betrachtung führt sie nur in einer einzigen – und zudem streitigen – Konstellation dazu, dass die Haftung des Regressgegners gegenüber der Gesellschaft für den Regressprozess bereits verbindlich feststeht und sich die Beweislastfrage damit erübrigt:

- 1) Führt die Gesellschaft den Vorprozess von vornherein nur gegen *ein* Organmitglied (A), so besagt dessen Verurteilung zum Schadensersatz nichts darüber, ob auch ein anderes Organmitglied (B) der Gesellschaft zum Schadensersatz verpflichtet ist, vgl. § 325 Abs. 1 ZPO, § 425 Abs. 2 BGB. Eine etwaige Streitverkündung des A an B hat lediglich zur Folge, dass die Haftung des A gegenüber der Gesellschaft im Regressprozess des A gegen B verbindlich feststeht.²⁷⁴ Die Haftung des B wird hingegen erstmals im Regressprozess entscheidungserheblich. Dort stellt sich damit die streitige Frage, ob es an A liegt, eine schuldhaftige Pflichtverletzung des B nachzuweisen, oder ob sich umgekehrt B nach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG von diesem Vorwurf zu entlasten hat. Die Streitverkündung ist mithin kein taugliches Mittel, um dieser Unklarheit aus dem Weg zu gehen.
- 2) Nur wenn die Gesellschaft gegen A *und* B vorgeht, kann eine Streitverkündung weiterhelfen. Dabei ist zunächst festzuhalten, dass A – was die Legalzession nach § 426 Abs. 2 Satz 1 BGB anbelangt – die Rechtskraft des zwischen der Gesellschaft und B ergangenen Urteils nach § 325 Abs. 1 ZPO in jedem Fall für und gegen sich gelten lassen muss.²⁷⁵ Im Rahmen des Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB hat das Regressgericht hingegen grundsätzlich erneut zu prüfen, ob B der Gesellschaft zum Ersatz verpflichtet ist.²⁷⁶ Eine solche Neuprüfung lässt sich auch durch eine Streitverkündung nur im Ausnahmefall vermeiden:
 - a) Werden sowohl A als auch B zum Schadensersatz verpflichtet und hat A dem B den Streit nach § 72 Abs. 1 Alt. 1 ZPO verkündet, so ist auch hier nur die eigene Haftung des A von der Interventionswirkung gem. § 68 i. V. m. § 74 Abs. 3 ZPO umfasst. Nur der Rechtsstreit der Gesellschaft *gegen A* ist „der Rechtsstreit“ im Sinne der §§ 68, 72 Abs. 1 ZPO, den A als Hauptpartei dem B als Drittem verkünden konnte. Daher muss sich B auch nur das Ergebnis dieses Rechtsstreits zwischen A und der Gesell-

²⁷² Sogleich unter Kapitel 4 – D.II.1, S. 122 ff.

²⁷³ Abw. *Guntermann*, AG 2017, 606, 609 und 612: „Probate Abhilfe bietet jedoch die Möglichkeit der Streitverkündung gegenüber dem Ausgleichsverpflichteten.“

²⁷⁴ Vgl. nur *Kreße*, in: BeckOGK BGB, 1.3.2020, § 425 Rn. 61.

²⁷⁵ Vgl. nur *Gebauer*, in: Soergel, BGB, § 426 Rn. 52; exemplarisch für einen solchen Fall: BGH, 6.10.2009, NJW-RR 2010, 831, 832.

²⁷⁶ Ebenda.

schaft entgegen halten lassen. Der Rechtsstreit der Gesellschaft gegen B stellt demgegenüber ein eigenständiges Prozessrechtsverhältnis dar (vgl. §§ 59, 61 ZPO). Diesbezüglich ist B Hauptpartei und A nur Dritter. Als Dritter kann A dem B diesen Rechtsstreit nicht verkünden und von einer Interventionswirkung profitieren. Das Vorliegen einer schuldhaften Pflichtverletzung des B ist daher im Regressprozess erneut zu prüfen und wirft die Frage nach der Geltung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG auf.

b) Gibt das Gericht des Vorprozesses nur der Klage gegen A statt, ist weiter zu differenzieren.

aa) Eine Streitverkündung des A an B hindert A nicht daran, B in Regress zu nehmen. Obwohl die Klage der Gesellschaft gegen B im Vorprozess abgewiesen wurde, kann das Regressgericht durchaus zu dem gegenteiligen Ergebnis gelangen, dass B gegenüber der Gesellschaft haftet, und der Regressklage des A stattgeben. Denn die Streitverkündung des A wirkt nach ihrer *ratio* und dem Wortlaut des § 74 Abs. 3 ZPO („gegen den Dritten“) richtigerweise nur gegen den Streitverkündeten (B), nicht aber gegen den Streitverkünder (A).²⁷⁷

bb) Hat jedoch umgekehrt B dem A im Vorprozess den Streit verkündet, so stellt sich folgendes Problem: B durfte dem A den Streit allein deshalb verkünden, weil er für den Fall des ihm *ungünstigen* Ausgangs des Rechtsstreits einen Anspruch auf Schadloshaltung gegen A erheben zu können glaubte (§ 72 Abs. 1 Alt. 1 ZPO). Nun aber ging der Vorprozess für B unerwartet *günstig* aus. Ob auch in dieser Konstellation die Nichthaftung des B von der Interventionswirkung zugunsten des B umfasst ist, ist streitig.²⁷⁸ Der BGH hat bereits mehrfach die Wirksamkeit der Streitverkündung auch dann bejaht, wenn der Streitverkünder wider Erwarten obsiegt.²⁷⁹ Bei näherem Hinsehen betrafen

²⁷⁷ So auch die st. Rspr., vgl. RG, 5.2.1937, RGZ 153, 271, 274; BGH, 26.3.1987, BGHZ 100, 257, 260 ff.; 16.1.1997, NJW 1997, 2385, 2386; 17.1.2015, NJW 2015, 1824, 1825; Überblick zum Meinungsstand in der Literatur bei *Schultes*, in: MünchKomm ZPO, § 68 Rn. 9 ff.

²⁷⁸ Befürwortend etwa *Bacher*, in: Geigel, Der Haftpflichtprozess, Kap. 38 Rn. 167; *Dressler*, in: BeckOK ZPO, § 74 Rn. 7; *Gothe/Koppermann*, MedR 2014, 90, 91; *Hoppe*, Die Streitverkündung als Instrument gesellschaftsrechtlicher Prozessführung, S. 74; *Hüfstege*, in: Thomas/Putzo, ZPO, § 74 Rn. 4; *Weth*, in: Musielak/Voit, ZPO, § 74 Rn. 4; ablehnend etwa *Schultes*, in: MünchKomm ZPO, § 74 Rn. 8; *Althammer*, in: Zöller, ZPO, § 74 Rn. 6.

²⁷⁹ BGH, 18.12.1961, BGHZ 36, 212, 214 f.: „Nur diese Auslegung führt auch zu vernünftigen Ergebnissen. Denn wenn die Wirkung der Streitverkündung immer dann nicht eintritt, wenn der Streitverkündende im Vorprozeß obsiegt, dann müßte er in diesem Vorprozeß vorsorglich sein Vorbringen beschränken, um nicht aus anderen Gründen den Prozeß zu gewinnen. Wird beispielsweise eine Partei wegen der angeblichen Pflichtverletzung eines Dritten zunächst selbst in Anspruch genommen und verkündet sie vorsorglich diesem Dritten den Streit, dann müßte sie den Prozeß auf diese Frage beschränken und von anderen

jedoch sämtliche Entscheidungen hierzu nur die Verjährungshemmung (heute in § 204 Abs. 1 Nr. 6 BGB) und damit die materiellrechtlichen Wirkungen der Streitverkündung. Zu ihrer prozessualen Wirkung, der Interventionswirkung, liegt soweit ersichtlich keine Rechtsprechung vor. Allerdings wäre eine Differenzierung zwischen materiell-rechtlichen und prozessualen Wirkungen kaum überzeugend. Auch der Wortlaut der §§ 68, 74 Abs. 3 ZPO und des § 72 Abs. 1 ZPO steht einer Interventionswirkung bei günstigem Ausgang des Vorprozesses nicht entgegen. Vor allem aber entspricht es dem Zweck der Streitverkündung, widersprechende Entscheidungen zu vermeiden,²⁸⁰ wenn auch in dieser Situation die Nichthaftung des B auch für den Regressprozess feststeht. Gute Gründe sprechen mithin dafür, auch für diesen Sonderfall eine Bindungswirkung zu bejahen.

Selbst bei dieser großzügigen Behandlung der Interventionswirkung ist damit aber als Fazit festzuhalten: Nur in einer einzigen Konstellation steht die Haftung bzw. Nichthaftung des Regressgegners für einen Regressprozess dank einer Streitverkündung bereits verbindlich fest. In allen anderen Fallgestaltungen kommt das Regressgericht dagegen trotz einer Streitverkündung im Vorprozess nicht umhin, erstmalig oder erneut über die Haftung des Regressgegners zu entscheiden. Das Regressgericht steht daher regelmäßig vor der Frage, ob es § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG zu Lasten des Regressgegners anwenden darf und muss.

Diese Frage lässt sich vom Gesamtschuldnerregress unter Organmitgliedern lösen und verallgemeinern: Gilt eine gesetzliche Beweislastumkehr generell auch im Rahmen des Gesamtschuldnerausgleichs? Bzw. noch allgemeiner: Gilt eine gesetzliche Beweislastumkehr auch dann, wenn die zugehörige Haftungsnorm nur inzident als Voraussetzung eines anderen Anspruchs geprüft wird?

2. Abgetretener D&O-Freistellungsanspruch

Dieselbe Frage kann sich auch in dem vordergründig völlig anderen Zusammenhang der D&O-Versicherung stellen.

Die traditionelle Vorgehensweise erfolgt zwar in zwei getrennten Prozessen: Die Gesellschaft führt einen Haftungsprozess gegen das Organmitglied und das Organmitglied seinerseits einen Deckungsprozess gegen den Versicherer. Dieser erkennt versicherungsvertraglich das Ergebnis des Haftpflichtprozesses als

Einwendungen zu ihren Gunsten wie Aufrechnung, Erlaß, Verzicht, Verwirkung usw. absehen, um den Prozeß nicht auf Grund dieser Einwendungen zu gewinnen, weil sonst nach der vom OLG vertretenen Auffassung die materiellrechtlichen Wirkungen der Streitverkündung nicht eintreten, wenn die Partei aus irgendwelchen anderen Gründen obgesiegt hat“; ferner BGH, 9.10.1975, BGHZ 65, 127, 131; 22.12.1977, BGHZ 70, 187, 189.

²⁸⁰ Vgl. bereits RG, 28.10.1911, RGZ 77, 360, 365: „Der Zweck der Bestimmungen der Zivilprozeßordnung über die Nebenintervention und die Streitverkündung ist die Verringerung der Prozesse und die Vermeidung sich widersprechender Prozeßergebnisse.“

verbindlich an, sodass es grundsätzlich Bindungswirkung für den Deckungsprozess entfaltet.²⁸¹ Im Deckungsprozess ist somit nicht nochmals (freilich inzident) die Haftung des Organmitglieds gegenüber der Gesellschaft zu prüfen. Die Frage, ob bei einer Inzidentprüfung § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG anwendbar wäre, stellt sich daher bei diesem zweistufigen Vorgehen nicht.

Alternativ zu dieser traditionellen Vorgehensweise kann das Organmitglied jedoch seinen Freistellungsanspruch an die Gesellschaft abtreten, wodurch sich dieser in einen Zahlungsanspruch der Gesellschaft umwandelt.²⁸² Statt zweier getrennter Prozesse kommt es so lediglich zu einem einzigen „Direktprozess“²⁸³ der Gesellschaft gegen den D&O-Versicherer. Diese alternative Vorgehensweise hat der IV. Zivilsenat unlängst gebilligt und Abtretungsverbote in Allgemeinen Vertragsbedingungen für mit § 108 Abs. 2 VVG unvereinbar erklärt.²⁸⁴ Wählen Organmitglied und Gesellschaft diesen Weg, so ist die Haftung des Organmitglieds nun tatsächlich eine inzident zu prüfende Voraussetzung des Zahlungsanspruchs der Gesellschaft.²⁸⁵ Ob § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG bei dieser Inzidentprüfung gilt, ist allerdings gleichermaßen umstritten wie bei der Inzidentprüfung im Gesamtschuldnerregress.

II. Bisheriger Erkenntnisstand

Trotz ihrer strukturellen Vergleichbarkeit werden die beiden Konstellationen des Gesamtschuldnerausgleichs und des „Direktanspruchs“ gegen den D&O-Versicherer bislang isoliert voneinander beurteilt.

1. Gesamtschuldnerausgleich

a) Meinungsstand im Organhaftungsrecht

Was zunächst den Gesamtschuldnerausgleich angeht, so konnte sich im organhaftungsrechtlichen Schrifttum bislang keine herrschende Meinung herausbilden.²⁸⁶ Dabei stehen sich bislang im Wesentlichen zwei Argumente gegenüber.

²⁸¹ Vgl. zur Privathaftpflichtversicherung: BGH, 30.9.1992, BGHZ 119, 276, 280 f.; zur D&O-Versicherung: BGH, 18.2.2004, NJW-RR 2004, 676, Ls.; 24.1.2007, NJW-RR 2007, 827, 828; *Armbrüster*, NJW 2009, 187, 192; *Böttcher*, NZG 2008, 645, 647; *Baur/Holle*, AG 2017, 141; *Grooterhorst/Looman*, NZG 2015, 215, 216; *Peltzer*, NZG 2009, 970, 971.

²⁸² § 399 Alt. 1 BGB hindert die Abtretung gleichwohl nicht, vgl. BGH, 22.3.2011, NJW 2011, 2351, 2352.

²⁸³ Im uneigentlichen Sinn, vgl. *Lange*, D&O-Versicherung und Managerhaftung, § 21 Rn. 8 ff., S. 902 f.

²⁸⁴ Vgl. BGH, 13.4.2016, BGHZ 209, 373 und BGH, 13.4.2016, AG 2016, 395.

²⁸⁵ Vgl. nur *Lange*, D&O-Versicherung und Managerhaftung, § 21 Rn. 33, S. 911.

²⁸⁶ Gleichsinnig *Fleischer*, in: Spindler/Stilz, AktG, § 93 Rn. 263: „Ob im Regressprozess die Beweislastumkehr des § 93 Abs. 2 S. 2 Anwendung findet, wird im Schrifttum unterschiedlich beurteilt.“

Einerseits sollen die von der Gesellschaft nicht in Anspruch genommenen Organmitglieder nicht besser stehen als das regressierende Organmitglied, dessen schuldhaftige Pflichtverletzung im Haftungsprozess der Gesellschaft gem. § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG vermutet wurde. Dementsprechend will eine Ansicht § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG auch im Verhältnis der Organmitglieder untereinander anwenden und so dem Regressgegner den Beweis der Einhaltung seiner Pflichten bzw. fehlenden Verschuldens überbürden.²⁸⁷

Andererseits mag man bezweifeln, ob der Regressgegner im Verhältnis zu einem anderen Organmitglied über eine größere Beweisnähe verfügt, welche die Beweislastumkehr rechtfertigen würde.²⁸⁸ Nach der Gegenansicht soll daher § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG keine Anwendung finden und das regresssuchende Organmitglied sämtliche Voraussetzungen des Organhaftungsanspruchs zu beweisen haben, insbesondere auch Pflichtverletzung und Verschulden des Regressgegners.²⁸⁹

Aus ähnlichen Erwägungen verneint eine differenzierende Ansicht zwar die Anwendung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG im Rahmen des Ausgleichsanspruchs nach § 426 Abs. 1 BGB, nicht aber im Rahmen des nach § 426 Abs. 2 BGB übergegangenen Organhaftungsanspruchs.²⁹⁰

Einige Stimmen unterscheiden schließlich noch weitergehend zwischen der Haftung im Außenverhältnis als Vorfrage des Regressprozesses und der quotenmäßigen Verteilung der Haftungslast im Innenverhältnis.²⁹¹ In ersterem Punkt sei die Beweislastumkehr anwendbar, in letzterem Punkt nicht.²⁹²

b) Parallelen im allgemeinen Zivilrecht

Doch nicht nur im Organhaftungsrecht herrscht Unklarheit ob des Schicksals einer Beweislastumkehr im Gesamtschuldnerregress. Auch das allgemeine Zivilrecht kennt keine eindeutige Lösung.

Dabei lassen sich unschwer zahlreiche Fälle bilden, in denen ein Schadensverursacher bei einem möglichen Zweitverursacher Regress nehmen und von einer Beweislastumkehr profitieren möchte, die dem Geschädigten im Ver-

²⁸⁷ Vgl. *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm AktG, § 93 Rn. 50; *Paefgen*, in: Großkomm GmbHG, § 43 Rn. 201; *Vofß*, Gesamtschuldnerische Organhaftung, S. 224; ferner *Doralt/Doralt*, in: Semler/v. Schenck, Arbeits-Hdb. für Aufsichtsratsmitglieder, § 14 Rn. 236.

²⁸⁸ Vgl. *Bürgers*, in: Bürgers/Körper, AktG, § 93 Rn. 31; *Hopt/Roth*, in: Großkomm AktG, § 93 Rn. 467; *Wiesner*, in: Münchner Hdb. GesR, Bd. IV, § 26 Rn. 27.

²⁸⁹ Vgl. *Bürgers*, in: Bürgers/Körper, AktG, § 93 Rn. 31; *Hüffer/Koch*, AktG, § 93 Rn. 57; *Wiesner*, in: Münchner Hdb. GesR, Bd. IV, § 26 Rn. 27.

²⁹⁰ Vgl. *Guntermann*, AG 2017, 606, 608 f.; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 43 Rn. 29.

²⁹¹ Zu dieser zutreffenden und wichtigen Unterscheidung noch ausführlich unter Kapitel 4 – D.V, S. 137 ff.

²⁹² Vgl. *Hopt/Roth*, in: Großkomm AktG, § 93 Rn. 467 f.; *Hölters*, in: ders., AktG, § 93 Rn. 271.

hältnis zum Zweitverursacher zustünde. Insbesondere das Arzthaftungsrecht bietet reiches Anschauungsmaterial. So nahm in einem Fall des OLG Köln ein Unfallverursacher den Arzt in Regress, der das Unfallopfer seinerseits grob fehlerhaft behandelt hatte. Würde das Unfallopfer den Arzt auf Schadensersatz verklagen, so wäre die Kausalität des groben Behandlungsfehlers für den Schaden des Patienten zu vermuten. Doch gilt diese Beweislastumkehr im Regressprozess auch zugunsten des Unfallverursachers?²⁹³

Vergleichbare Sachverhalte haben die Rechtsprechung seither mehrfach beschäftigt.²⁹⁴ Die Lösungen divergieren dabei oftmals. Argumentativ unterscheidet man jedoch heute überwiegend zwischen dem Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB und der Legalzession nach § 426 Abs. 2 Satz 1 BGB.²⁹⁵

aa) Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB

Beim Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB konnte sich die obergerichtliche Rechtsprechung bislang nicht auf eine einheitliche Linie verständigen.

So hat das OLG Stuttgart die Berücksichtigung von Beweiserleichterungen bejaht, da alles andere „rein willkürlich und ohne Rechtfertigung“ sei.²⁹⁶ Zu demselben Ergebnis gelangte einmal implizit²⁹⁷ und einmal explizit²⁹⁸ auch das OLG Hamm.

Umgekehrt versagte das OLG Braunschweig dem Regresskläger eine Beweislastumkehr wegen eines groben Behandlungsfehlers auf Seiten des Regressschuldners. Im Gesamtschuldnerregress zwischen Arzt und Klinik fehle es an der „Waffenungleichheit“ zwischen Patient und Arzt, derentwegen die Beweislastumkehr entwickelt worden sei.²⁹⁹

²⁹³ Sachverhalt (vereinfacht) nach OLG Köln, 14.7.1988, VersR 1989, 294.

²⁹⁴ Vgl. OLG Hamm, 17.11.2004, GesR 2005, 70 (Regress eines Arztes beim Klinikträger wegen groben Befunderhebungsfehlers); OLG Stuttgart, 18.4.2006, BeckRS 2010, 07088 (Regress eines Unfallverursachers beim Klinikträger wegen groben Behandlungsfehlers); OLG Braunschweig, 18.12.2008, BeckRS 2009, 29163 und nachfolgend BGH, 6.10.2009, NJW-RR 2010, 831 (Regress eines Arztes beim Klinikträger wegen mangelhafter Organisation der Anästhesie-Bereitschaft).

²⁹⁵ Indes noch ohne Differenzierung gegen die Anwendbarkeit einer Beweislastumkehr im Regressprozess *Hausch*, VersR 2005, 600; *Schramm*, Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht, S. 271 f.; dafür *Weitnauer*, FS Klingmüller, S. 499, 508.

²⁹⁶ OLG Stuttgart, 18.4.2006, BeckRS 2010, 07088 sub II.3.e).

²⁹⁷ Vgl. OLG Hamm, 17.11.2004, GesR 2005, 70, 71: Gesamtschuldnerausgleich unter Bejahung der Kausalität bei grobem Befunderhebungsfehler auf Seiten der Beklagten.

²⁹⁸ Vgl. OLG Hamm, 30.6.2010, BeckRS 2014, 06180 sub II.3: „Bei der Frage der Beweislastumkehr im Rechtsstreit über den Gesamtschuldnerausgleich sind im Verhältnis zwischen mehreren Mitschädigern die Gesichtspunkte in gleicher Weise maßgebend, wie sie im Verhältnis des Patienten zum Behandler gelten.“

²⁹⁹ Vgl. OLG Braunschweig, 18.12.2008, BeckRS 2009, 29163, sub II.B.1.b)bb) (2)(a).

Diese Begründung ließ der BGH in der Revisionsinstanz nicht gelten. Dabei kritisierte er allerdings schon die Prämisse, die Beweislastumkehr folge aus dem Gebot der prozessrechtlichen Waffengleichheit. Die hier interessierende Anschlussfrage, ob eine (wie auch immer begründete) Beweislastumkehr auch im Regressprozess gilt, ließ er dagegen ausdrücklich offen.³⁰⁰ Dessen ungeachtet entnehmen manche Literaturstimmen der Entscheidung eine Tendenz in Richtung Anwendbarkeit der Beweislastumkehr.³⁰¹

Tatsächlich scheint der BGH aber vornehmlich auf den *telos* der Beweislastumkehr abzustellen. Dementsprechend weisen andere Literaturstimmen darauf hin, dass der Gesamtschuldner Beweisvermutungen zugunsten des Geschädigten aufgrund der anderweitigen Schutzfunktion nicht ohne Weiteres übernehmen könne.³⁰² Entscheidend müsse die Überlegung sein, warum die Beweislastumkehr gewährt wurde und ob diese Erwägungen einer Anwendung im Folgeprozess entgegen oder mit dieser im Einklang stünden; eine Beweiserleichterung könne mithin im Rahmen des Gesamtschuldnerausgleichs nur dann erfolgen, wenn der Sinn und Zweck dieses Rechtsinstituts seine Anwendung auch in der konkreten Ausgleichssituation erfordere.³⁰³

bb) Legalzession nach § 426 Abs. 2 Satz 1 BGB

Bei der gesetzlichen Anspruchüberleitung nach § 426 Abs. 2 Satz 1 BGB scheint die Rechtslage für viele auf der Hand zu liegen. So heißt es in einer repräsentativen Stellungnahme, dass die Geltung der Beweislastumkehr für den Regress gem. § 426 Abs. 2 BGB auf konstruktiv-dogmatischer Basis an sich unproblematisch wäre, weil der Rückgriff auf der Grundlage des Schadensersatzanspruchs des Geschädigten erfolge, der im Wege der Legalzession auf den Mitschädiger übergeleitet wird.³⁰⁴ Auch das OLG Braunschweig betont, dass die Regeln über die Beweislastverteilung Teil des materiellen

³⁰⁰ Vgl. BGH, 6.10.2009, NJW-RR 2010, 831, 832: „Hier ist nicht zu entscheiden, ob die für die Arzthaftung anerkannte Umkehrung der Beweislast bei grobem Behandlungsfehler bei dem Gesamtschuldnerausgleich unter Entschädigern Platz greift“; ebenso offen lassend *Meier*, Gesamtschulden, S. 433 mit Fn. 203: „Eine andere Frage ist, ob man die Beweislastverteilung im Rahmen des Rückgriffs aus § 426 I berücksichtigen will“.

³⁰¹ So etwa *Palandt/Grüneberg*, BGB, § 426 Rn. 8; *Schröger*, MedR 2010, 637, 639.

³⁰² So *Noack*, in: Staudinger, BGB, 12. Aufl. 2005, § 426 Rn. 40.

³⁰³ So *Gothe/Koppermann*, MedR 2014, 90, 92 f.

³⁰⁴ Vgl. *Wagner*, in: MünchKomm BGB, § 630h Rn. 116; i.E. ebenso *Böttcher*, in: *Erman*, BGB, § 426 Rn. 46; *Gebauer*, in: *Soergel*, BGB, § 426 Rn. 52; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, B Rn. 256; *Kreße*, in: *BeckOGK BGB*, 1.3.2020, § 426 Rn. 89; *Noack*, in: *Staudinger*, BGB, 12. Aufl. 2005, § 426 Rn. 122; *Schmidt-Kessel*, in: *Staudinger*, Eckpfeiler des Zivilrechts, H Rn. 114 (vgl. aber Fn. 283); *Schreiber*, Jura 1989, 353, 358 f.; *Schwedhelm*, Das Gesamtschuldverhältnis, Rn. 199, 201; *Selb*, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldner, S. 113; ferner *Bydlinski*, in: *MünchKomm BGB*, bis 4. Aufl. 2001, § 426 Rn. 39 (anders 7. Aufl. 2016, § 426 Rn. 39 mit Fn. 221).

Rechts seien,³⁰⁵ und schließt hieraus unmittelbar auf die Anwendbarkeit von Beweiserleichterungen auch beim Gesamtschuldnerausgleich aufgrund des nach § 426 Abs. 2 BGB übergegangenen Anspruchs.³⁰⁶

Der BGH hat es indes vermieden, sich zwischen dieser und der Gegenansicht zu entscheiden.³⁰⁷ Deren Vertreter erinnern an die lediglich unterstützende Funktion des Forderungsübergangs nach § 426 Abs. 2 BGB gegenüber dem Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB. Über das Bestehen und den Umfang des Regresses entscheide daher allein das Innenverhältnis bzw. § 426 Abs. 1 BGB. Wenn der Regressberechtigte seinen Rückgriffsanspruch aus dem Innenverhältnis oder § 426 Abs. 1 BGB aber nicht beweisen könne, helfe ihm auch § 426 Abs. 2 BGB nicht. Der in der Literatur immer wieder genannte Vorteil des § 426 Abs. 2 BGB in Gestalt einer günstigen Beweislastverteilung beim Gläubigeranspruch bestehe daher offenbar nicht.³⁰⁸

Im Ergebnis erweist sich die Zivilrechtslehre damit als zwiesgespalten, bei § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB ebenso wie bei § 426 Abs. 2 Satz 1 BGB.

2. Abgetretener D&O-Freistellungsanspruch

Was die Beweislast bei der Abtretung des D&O-Freistellungsanspruchs anbelangt, so sticht ein Hinweis des BGH am Ende seiner Entscheidung vom 13. April 2016 hervor. Darin heißt es, dass in der neuen Berufungsverhandlung zunächst der klagenden Gesellschaft Gelegenheit zu geben sein werde, „das Vorliegen der Voraussetzungen ihres geltend gemachten Schadensersatzanspruchs darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen.“³⁰⁹ Dies könnte man durchaus so verstehen, dass die Gesellschaft *sämtliche* Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs darlegen und beweisen muss – und § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG unangewendet bleibt.

Tatsächlich dürfte es jedoch zu weit gehen, der knappen Aussage eine abschließende Stellungnahme zur Anwendbarkeit des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG im Rahmen des abgetretenen Freistellungsanspruchs zu entnehmen. Mit zahl-

³⁰⁵ Hierzu sogleich unter Kapitel 4 – D.III.2, S. 129 f.

³⁰⁶ Vgl. OLG Braunschweig, 18.12.2008, BeckRS 2009, 29163, sub II.B.1.b)bb) (2)(a); anders hingegen noch OLG Köln, 14.7.1988, VersR 1989, 294, allerdings unter Betonung der besonderen Umstände des Falls (vorsätzliche Körperverletzung durch den regresssuchenden Gesamtschuldner).

³⁰⁷ Vgl. BGH, 6.10.2009, NJW-RR 2010, 831, 832.

³⁰⁸ Vgl. *Meier*, Gesamtschulden, S. 430 ff., insbes. S. 433; früh bereits *Reichel*, Die Schuldmitübernahme, S. 570: „§ 426 Abs. 2 hat nicht die Bedeutung einer Beweiserleichterung; [...] Der Regreßnehmer des § 426 Abs. 2 [...] kann Ansprüche nur geltend machen, insoweit er Ausgleichung verlangen kann“ und die zur Begründung dieses Ausgleichungsanspruchs erforderlichen Tatsachen beweist“; ferner *Gothe/Koppermann*, MedR 2014, 90, 92; *Looschelders*, in: Staudinger, BGB, § 426 Rn. 136.

³⁰⁹ BGH, 13.4.2016, BGHZ 209, 373, 387.

reichen Einzelargumenten³¹⁰ liefern sich Befürworter³¹¹ und Gegner³¹² der Anwendung der Beweislastumkehr so weiterhin einen erbitterten Meinungskampf, aus dem noch kein eindeutiger Sieger hervorgegangen ist. Lediglich extrajudizielle Beiträge zweier BGH-Richter deuten darauf hin, dass der IV. und auch der II. Zivilsenat die Beweislastumkehr wohl anwenden würden – freilich aber ohne „Garantie“.³¹³

Als Zwischenbefund ist damit festzuhalten, dass bisher kein geschlossenes Konzept zum Umgang mit § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG in inzidenten Prüfungskonstellationen besteht. Für die doch häufige Situation eines Gesamtschuldnerregresses ist hier dringend nach einer Lösung gefragt. Doch auch die Abtretung des D&O-Freistellungsanspruchs verlangt nach einer Antwort, um den „Stolperstein“³¹⁴ der unklaren Beweislastverteilung aus dem Weg zu räumen.

III. Einheit von Haftungs- und Beweislastregelung als Ausgangspunkt

Im Unterschied zu allen bisherigen Lösungsvorschlägen soll hier für beide Konstellationen erstmalig ein einheitliches methodisches Fundament gelegt

³¹⁰ Umfassend dargestellt bei *Baur/Holle*, AG 2017, 141, 142 f.; *Brinkmann*, ZIP 2017, 301, 306 f. sowie *Finkel/Seitz*, in: *Seitz/Finkel/Klimke*, D&O-Versicherung, Ziff. 10 Rn. 31 ff.

³¹¹ Vgl. *Baumann*, in: *Bruck/Möller*, Großkomm VVG, AVB-AVG 2011/2013 Ziff. 10 Rn. 50; *Baur/Holle*, AG 2017, 141, 142 ff.; *Harzenetter*, NZG 2016, 728, 732; *Herdter*, VP 2012, 168, 174; *Ihlas*, in: *MünchKomm VVG*, D&O-Versicherung Rn. 440 f.; *Hüffer/Koch*, AktG, § 93 Rn. 58; *ders.*, in: *Münchner Hdb. GesR*, Bd. VII, § 30 Rn. 66; *R. Koch*, VersR 2016, 765, 767 f.; *Lange*, r+s 2019, 613, 621 f.; *ders.*, r+s 2011, 185, 189 f.; *ders.*, D&O-Versicherung und Managerhaftung, § 21 Rn. 35; *Peltzer*, NZG 2009, 970, 974; *Retter*, in: *Schwintowski/Brömmelmeyer*, VVG, § 108 Rn. 43; *Staudinger*, Diskussionsbeitrag, Karlsruher Forum 2009: Managerhaftung, S. 85, 118; *Voit*, in: *Prölss/Martin*, VVG, Ziff. 10.2 AVB-AVG Rn. 2; *Wissmann/Adolphs*, StudZR 2005, 489, 498.

³¹² Vgl. *Armbrüster*, NJW 2016, 2155, 2157; *Böttcher*, NZG 2008, 645, 648 f.; *Brinkmann*, ZIP 2017, 301, 306 ff.; *Dreher/Thomas*, ZGR 2009, 31, 43 ff.; *Finkel/Seitz*, in: *Seitz/Finkel/Klimke*, D&O-Versicherung, Ziff. 10 Rn. 34; *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, § 93 Rn. 231; *Freund*, GmbHR 2009, 1185, 1190; *Grooterhorst/Looman*, NZG 2015, 215, 217; *Grote/Schneider*, BB 2007, 2689, 2698 f.; *Hemeling*, FS Hoffmann-Becking, S. 491, 496 mit Fn. 24; *Hölters*, in: *ders.*, § 93 Rn. 416; *Hopt/Roth*, in: *Großkomm AktG*, § 93 Rn. 452; *Ingwersen*, Die Stellung des Versicherungsnehmers bei Innenhaftungsfällen in der D&O-Versicherung, S. 96, 176; *Mertens/Cahn*, in: *KölnKomm AktG*, § 93 Rn. 245; *Pohlmann*, in: *A. Schmidt* (Hrsg.), *Hdb. der gesellschaftsrechtlichen Haftung in der GmbH-Insolvenz*, Kap. 12 Rn. 13; *Rahlmeyer/Fassbach*, GWR 2015, 331, 332; *v. Schenck*, NZG 2015, 494, 495 mit Fn. 22; *Thomas*, Die Haftungsfreistellung von Vorstandsmitgliedern, S. 461 ff.; *Ziemons*, in: *Ziemons/Binnewies* (Hrsg.), *Hdb. AG*, Rn. I 8.1154; wohl auch *Langheid*, in: *Langheid/Rixecker*, VVG, § 108 Rn. 23 (bei Qualifikation des Direktanspruchs als modifizierter Deckungsanspruch).

³¹³ *Lehmann*, r+s 2018, 6, 14; *Drescher*, Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, Rn. 488.

³¹⁴ *Lange*, D&O-Versicherung und Managerhaftung, § 21 Rn. 7, S. 902.

werden. In der Antwort auf die Frage, wie sich eine Beweislastumkehr in der Inzidentprüfung verhält, liegt der Schlüssel zur Lösung beider Probleme.

1. Freilegung des Problemkerns

Insbesondere beim Gesamtschuldnerausgleich gilt es jedoch, vorab zwei Aspekte zu erhellen, die den eigentlichen Problemkern verdunkeln.

Zum einen ist das „Ob“ des Gesamtschuldnerausgleichs streng zu trennen vom „Wie viel“. Denklogisch ist zunächst der Frage nachzugehen, ob Organmitglieder überhaupt Gesamtschuldner sind und inwieweit zur Beantwortung dieser Frage auf Beweislastumkehrungen zurückgegriffen werden kann. Erst wenn die Gesamtschuldnerschaft feststeht, stellt sich die Anschlussfrage, ob eine nur vermutete schuldhaftige Pflichtverletzung intern womöglich zu einer geringeren Haftungsquote führt als eine erwiesenermaßen schuldhaftige Pflichtverletzung. Hierauf wird daher erst später zurückzukommen sein.³¹⁵

Zum anderen ist festzuhalten, dass über die Anwendbarkeit von Beweislastumkehrungen beim Gesamtschuldnerausgleich in der Tat richtigerweise allein § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB entscheidet.³¹⁶ Eine Beweislastumkehr, die für diesen Ausgleichsanspruch gilt, gilt automatisch auch für den gesetzlichen Anspruchübergang nach § 426 Abs. 2 Satz 1 BGB; umgekehrt findet eine im Rahmen des § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB unanwendbare Beweislastumkehr auch im Rahmen des § 426 Abs. 2 Satz 1 BGB keine Anwendung. Die Legalzession des Abs. 2 ist insofern akzessorisch³¹⁷ zum Ausgleichsanspruch des Abs. 1.

Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 426 Abs. 2 Satz 1 BGB, nach dem es zum Forderungübergang nur kommt, „[s]oweit ein Gesamtschuldner [...] von den übrigen Schuldnern Ausgleichung verlangen kann“. Die Vorschrift nimmt damit Bezug auf den Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB und unterstützt diesen lediglich durch eine Legalzession. Sowohl mit dem Wortlaut als auch mit der nur unterstützenden Funktion des § 426 Abs. 2 Satz 1 BGB wäre es mithin unvereinbar, dort weitergehende Beweislastumkehrungen anzuwenden als im Rahmen des Abs. 1 Satz 1.³¹⁸

Damit wird zugleich deutlich, dass die Legalzession des § 426 Abs. 2 Satz 1 BGB nur bedingt mit anderen Legalzessionen (wie etwa § 116 Abs. 1 SGB X oder § 86 VVG) vergleichbar ist. Schon im Ansatz handelt es sich bei Gesamtschuldnerregress und Zessionsregress um völlig verschiedene Ausgleichssysteme mit unterschiedlichen Zwecken. Während der Gesamtschuldnerregress die Lastenverteilung unter Gesamtschuldnern betrifft, geht es beim Zessionsregress darum, dass ein Vorsorgeschuldner (Versicherung, Sozialstaat

³¹⁵ Vgl. Kapitel 4 – D.V, S. 137 ff.

³¹⁶ Vgl. die Nachweise in Fn. 308.

³¹⁷ Ebenfalls von „Akzessorietät“ sprechend *Meier*, Gesamtschulden, S. 430 m.w.N.

³¹⁸ Abw. *Guntermann*, AG 2017, 606, 609 (o. Nachw.): Die Einschränkung beziehe sich nur auf die Höhe des Anspruchs.

etc.) Solvenz- und Durchsetzbarkeitsrisiken übernimmt. Dass beide Systeme technisch eine Legalzession beinhalten, ist vor allem der Notwendigkeit des Übergangs von Neben- und Vorzugsrechten nach § 401 BGB geschuldet. Darüber hinausgehende Gemeinsamkeiten sind dagegen kaum auszumachen. Insbesondere ist die Anwendbarkeit der genannten „autonomen“ Zessionsnormen – anders als die des § 426 Abs. 2 Satz 1 BGB – nicht an das Bestehen eines Ausgleichsanspruchs (wie § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB) geknüpft. Ober- und höchstgerichtliche Urteile, die Beweislastumkehrungen bei diesen „autonomen“ Legalzessionen anwenden,³¹⁹ besitzen damit keinen Aussagewert für die Frage, ob eine Beweislastumkehr auch bei § 426 Abs. 2 Satz 1 BGB gilt.³²⁰ Diese Frage beurteilt sich – nochmals – allein danach, ob die Beweislastumkehr auch bei § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB greift.

Damit ist der Problemkern freigelegt: Gilt die Beweislastumkehr des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG auch dann, wenn die Organhaftung inzident als Voraussetzung eines Ausgleichs- oder (abgetretenen) Freistellungsanspruchs geprüft wird?

2. Dogmatische Grundentscheidung

Grundsätzlich ist diese Frage zu bejahen. Der Haftungstatbestand des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG lässt sich nämlich nicht ohne Weiteres von der Beweislastregelung des Abs. 2 Satz 2 abspalten. Vielmehr gilt der Grundsatz der Einheit von Haftungs- und Beweislastregelung.

Vielfach zeigt sich diese Einheit bereits in der sprachlichen Gestaltung einer Rechtsnorm, indem Haftungsvoraussetzungen und Beweislastumkehr ineinander verschmelzen. So enthält etwa § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB die Voraussetzung des Vertretenmüssens und zugleich eine Beweislastumkehr bezüglich eben dieser Voraussetzung. Die Einheit von Haftungs- und Beweislastregelung ist in derartigen Fällen offen ersichtlich. Dass nun § 93 Abs. 2 AktG Haftungstatbestand und Beweislast in zwei eigenständigen Sätzen regelt, ist rein redaktionellen Gründen geschuldet, ändert in der Sache jedoch nichts.³²¹

Auch die Rechtsnatur der Beweislastregelungen bezeugt deren enge Verbindung mit dem Haftungstatbestand. Während man diese früher pauschal ent-

³¹⁹ Vgl. OLG Stuttgart, 19.10.2004, BeckRS 2010, 07089 sub II.1.b) (zu § 116 Abs. 1 SGB X); OLG Hamm, 17.11.2004, GesR 2005, 70, 71 (zu § 67 VVG a.F., vgl. nunmehr § 86 VVG n.F.); ferner wohl BGH, 28.4.2005, NJW 2005, 1937, 1938; dazu *Schröger*, MedR 2010, 637, 638 mit Fn. 3; BGH, 14.7.2005, NJW 2005, 2613, 2614 mit dem Hinweis für das weitere Verfahren, dass der Regressklägerin „nach den allgemeinen Grundsätzen Beweiserleichterungen zugute kommen [können]“.

³²⁰ Ähnlich *Gothe/Koppermann*, MedR 2014, 90, 92 (mit Fn. 24).

³²¹ Zur sprachlichen Gestaltung von Beweislastvorschriften bereits unter Kapitel I – B.I.2.b), S. 12 f.

weder dem Prozessrecht³²² oder dem materiellen Recht³²³ zuschlug (bzw. einem Zwischenbereich des „materiellen Justizrechts“³²⁴), herrscht heute eine differenzierende Ansicht vor. Danach gehören Beweislastregeln jeweils dem Rechtsgebiet an, dem die zu beweisenden Tatsachen entstammen.³²⁵ Diese Sichtweise stimmt auch mit der grundsätzlichen Behandlung der Beweislastnormen im Internationalen Privatrecht überein.³²⁶ § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG ist daher – akzessorisch zu § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG – eine Norm des materiellen Rechts. Auch deshalb könnte es kaum überzeugen, zwar § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG inzident zu prüfen, Abs. 2 Satz 2 dabei aber außer Acht zu lassen.

Gerade bei der Organhaftung lässt sich schließlich auch die Gesetzeshistorie gegen eine Aufspaltung von Haftungsnorm und Beweislastumkehr fruchtbar machen. Nach den obigen Ergebnissen war die Kodifikation der Beweislastumkehr ein versöhnlicher „Mittelweg“, mit dem sich auch die Befürworter einer Erfolgshaftung hinreichend identifizieren konnten.³²⁷ Eine Organhaftungsvorschrift ohne Beweislastumkehr wäre angesichts der „Tendenz einer verschärften Haftung“³²⁸ wohl kaum konsensfähig gewesen und wurde im Aktienrechtsausschuss der Akademie für Deutsches Recht auch nicht diskutiert. Für den Gesetzgeber war die inhaltliche Ausgestaltung der Organhaftung damit untrennbar mit der Beweislastregelung verknüpft.

Sind Haftungs- und Beweislastkomponente damit zu einer Einheit verbunden, so ist die Beweislastumkehr auch dann zu beachten, wenn der Haftungstatbestand inzident geprüft wird.³²⁹ Dogmatisch-konstruktiv ist § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG dabei sogar direkt und nicht nur analog anwendbar.

³²² Vgl. *Bernhardt*, Das Zivilprozeßrecht, S. 229; *ders.*, JR 1966, 322, 325; *Häsemeyer*, AcP 188 (1988), 140, 165 f.; *Theuerkauf*, MDR 1962, 449; *Wach*, Hdb. des deutschen Zivilprozessrechts, Bd. I, S. 125; *Windscheid*, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, § 133, S. 437.

³²³ So noch BGH, 26.11.1964, BGHZ 42, 385, 389; 3.4.2001, BGHZ 147, 203, 209; *Bruns*, Zivilprozeßrecht, S. 251; *Hüffer*, FS Fleck, S. 151, 153; *Redeker*, NJW 1966, 1777, 1780 f.

³²⁴ Vgl. *J. Goldschmidt*, FS Brunner, S. 109, 112 ff.; *Kipp*, FS v. Martitz, S. 211, 219; *Wahrendorf*, Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht, S. 29 f.

³²⁵ Grundlegend *Rosenberg*, Die Beweislast, S. 81; ferner *Heinrich*, Die Beweislast bei Rechtsgeschäften, S. 52; *Ahrens* in *Wieczorek/Schütze*, ZPO, Vor § 286 Teil A Rn. 11; *Prütting*, in: MünchKomm ZPO, § 286 Rn. 138 f.; *ders.*, in: Hdb. der Beweislast, Bd. I, Kap. 11 Rn. 16 m.w.N.; i.E. auch *Thole*, in: *Stein/Jonas*, ZPO, § 286 Rn. 119 f.

³²⁶ Hierzu und sowie zu § 538 ZPO, § 14 EGZPO, §§ 55 ff. EGBGB *Prütting*, in: Hdb. der Beweislast, Bd. I, Kap. 11 Rn. 17 f.

³²⁷ Näher unter Kapitel 2 – B.II, S. 30 ff.

³²⁸ Kapitel 2 – B.II, S. 31, Fn. 51.

³²⁹ Abw. *Guntermann*, AG 2017, 606, 608: Bei Schadensersatzanspruch und Regressanspruch handle es sich „um selbständige Ansprüche, die [...] nur zufällig zusammentreffen und mangels Rechtskraftwirkung des Erstprozesses nicht dasselbe Ergebnis haben müssen.“

Hiergegen wird bisweilen zwar eingewandt, der Wortlaut des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG sei auf das Verhältnis Gesellschaft/Organmitglied zugeschnitten, sodass die Norm etwa im Verhältnis Gesellschaft/D&O-Versicherer nur analoge Anwendung finden könne.³³⁰ Dieser Einwand geht jedoch fehl. Ganz typischerweise passt der Wortlaut einer Vorschrift nicht mehr unmittelbar, wenn diese inzident geprüft wird; gleichwohl sind Inzidentprüfungen möglich, ohne dass das Gesetz jedes Mal als lückenhaft anzusehen und die Voraussetzungen einer Analogie zu prüfen wären.³³¹ So vertritt wohl auch niemand, dass der Haftungstatbestand des § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG im Verhältnis Gesellschaft/D&O-Versicherer nur analog zu prüfen wäre, obwohl auch § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG seinem Wortlaut nach nur auf das Verhältnis Gesellschaft/Organmitglied passt. Auch wenn etwa der Vermieter einen Schadensersatzanspruch gegen den Mieter abtritt, gilt die sechsmonatige Verjährungsfrist des § 548 Abs. 1 Satz 1 BGB ohne Weiteres fort, obwohl diese ihrem Wortlaut nach nur „Ersatzansprüche des Vermieters“ erfasst. Eine Inzidentprüfung erfordert schlichtweg nicht das Vorliegen der Voraussetzungen einer Analogie.

§ 93 Abs. 2 Satz 2 AktG ist demnach direkt anwendbar. Das letzte Wort ist damit jedoch noch nicht gesprochen, denn es stellt sich die Anschlussfrage nach einer teleologischen Reduktion der Norm.³³²

IV. Teleologische Reduktion als Anschlussfrage

Zu klären bleibt mithin, ob § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG entgegen seines Wortlauts, aber nach der Teleologie des Gesetzes bei Gesamtschuldnerregress und Abtretung des Freistellungsanspruchs einer Einschränkung bedarf.

1. Regelungslücke

Insbesondere für letzteren Fall scheitert eine teleologische Reduktion nicht von vornherein am Fehlen einer Regelungslücke in Form einer Ausnahmelücke.

³³⁰ So etwa *Böttcher*, NZG 2008, 645, 648; *Brinkmann*, ZIP 2017, 301, 306; ebenfalls für nur analoge Anwendung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG im Verhältnis Gesellschaft/D&O-Versicherer: *Harzenetter*, NZG 2016, 728, 732; *Hüffer/Koch*, AktG, § 93 Rn. 58; *ders.*, in: *Münchener Hdb. GesR*, Bd. VII, § 30 Rn. 66; *Lange*, r+s 2011, 185, 189 f.; *ders.*, D&O-Versicherung und Managerhaftung, § 21 Rn. 35.

³³¹ Ähnlich *Baur/Holle*, AG 2017, 141, 143 mit dem Argument, dass „Beweislastregelungen in aller Regel [...] sprachlich an die konkrete Bezeichnung des Schuldners und des Gläubigers innerhalb der jeweiligen Anspruchsnorm anknüpfen, ohne damit zugleich die Beweislast dem in der Anspruchsnorm konkret bezeichneten Gläubiger oder Schuldner *ad personam* zuweisen zu wollen.“

³³² Zutreffend *Armbrüster*, NJW 2016, 2155, 2157 zum abgetretenen D&O-Freistellungsanspruch: Implizite Bejahung der unmittelbaren Anwendbarkeit des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG („Auf den ersten Blick vermag eine Abtretung die Beweislastverteilung nicht zu berühren.“) und anschließende teleologische Reduktion; gleicher Ansatz (mit abw. Ergebnis) bei *Baur/Holle*, AG 2017, 141, 144 ff.

Zwar hat der Gesetzgeber die D&O-Versicherung im Jahr 2009 in § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG ausdrücklich anerkannt.³³³ Hieraus folgern nun manche, dass das Fehlen einer Rückausnahme von § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG im Fall des Direktprozesses gegen den D&O-Versicherer kein Versehen sein könne, so dass eine teleologische Reduktion unzulässig sei.³³⁴

Diese Schlussfolgerung geht jedoch zu weit. Die Gesetzesmaterialien zu § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG gehen auf eine mögliche Abtretung des Freistellungsanspruchs überhaupt nicht ein – erst recht behandeln sie nicht die daran anknüpfende Beweislastfrage.³³⁵ Und allein weil der Gesetzgeber *einen* problematischen Aspekt – hier den Selbstbehalt – einer Regelung zuführt, bedeutet dies nicht, dass er zugleich in allen anderen Fragen eine Regelungslücke durch „beredtes Schweigen“ verneint. Dem Gesetzgeber steht es vielmehr frei, über einen aus seiner Sicht besonders regelungsbedürftigen Gesichtspunkt zu entscheiden und alle anderen Fragen bis auf weiteres offen zu lassen. Er unterliegt keiner wie auch immer gearteten Verpflichtung, *sämtliche* Aspekte eines Lebenssachverhalts gleichzeitig zu regulieren.

Die Einführung des § 93 Abs. 2 Satz 3 AktG besagt damit nichts über die Anwendbarkeit des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG bei Abtretung des Freistellungsanspruchs. Über diese Frage hat der Gesetzgeber damals schlicht nicht entschieden.

2. Normzweck

Über eine teleologische Reduktion des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG entscheidet damit dessen Normzweck. Die Vorschrift trägt dem Gedanken der größeren Sach- und Beweisnähe des Organmitglieds im Vergleich zur Gesellschaft Rechnung.³³⁶ Danach bleibt § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG im Verhältnis der Organmitglieder untereinander und im Verhältnis Gesellschaft/D&O-Versicherer dann anwendbar, wenn der Anspruchsgegner dem Beweis einer schuldhaften Pflichtverletzung des Organmitglieds typischerweise näher steht als der Anspruchsteller. Anderenfalls liegen die Voraussetzungen einer teleologischen Reduktion vor, in deren Konsequenz die Beweislast umfassend beim Anspruchsteller läge.

a) Teilweise Erfüllung des Normzwecks beim Gesamtschuldnerausgleich

Beim Gesamtschuldnerausgleich ist demnach zu klären, ob der Regressgegner typischerweise leichter beweisen kann, dass er seine Pflichten erfüllt bzw.

³³³ Eingeführt durch das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung (VorstAG) vom 31.7.2009, BGBl. I 2009, 2509.

³³⁴ Vgl. *Baur/Holle*, AG 2017, 141, 145.

³³⁵ Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 16/13433, S. 11.

³³⁶ Zur Kritik vgl. Kapitel 3 – B.II, S. 53 ff.

schuldlos gehandelt hat (dann bliebe es bei § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG) – oder ob auch dem Regresskläger der Beweis einer schuldhaften Pflichtverletzung des Regressgegners ohne Weiteres möglich ist (dann wäre § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG teleologisch zu reduzieren).

Blickt man zunächst auf den Regressgegner, so steht dieser naturgemäß seinen eigenen Handlungen nahe. Für ihn spielt es im Prinzip keine Rolle, ob ihn die Gesellschaft oder ein anderes Organmitglied verklagt. In jedem Fall geht es für ihn darum, sich gegen den Vorwurf einer schuldhaften Pflichtverletzung zu verteidigen.

Der Unterschied zum Schadensersatzprozess der Gesellschaft liegt auf Seiten des Anspruchstellers. Eine auf Schadensersatz klagende Gesellschaft steht den für Pflichtverletzung und Verschulden relevanten Tatsachen nicht unbedingt gleich nah wie das Organmitglied. Entscheidend ist nun, ob ein anderes, regressierendes Organmitglied von den Handlungen des Regressgegners ebenso weit entfernt ist wie die Gesellschaft. Nur dann bliebe es bei der Anwendung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG.

Einige Literaturstimmen vermissen im Regressverhältnis ein dem Verhältnis Gesellschaft/Organmitglied vergleichbares Informationsgefälle. Eine Anwendung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG im Gesamtschuldnerregress kommt für sie daher pauschal nicht in Frage.³³⁷

Für diese Ansicht lässt sich der Grundsatz der Gesamtverantwortung³³⁸ jedoch nur scheinbar stark machen. Der entsprechende Gedanke geht dahin, dass ein intern unzuständiges Organmitglied über einen (mit seiner Überwachungspflicht korrespondierenden) Auskunftsanspruch gegen den intern zuständigen Regressgegner verfügt. Infolgedessen soll ein Informationsgefälle zwischen den Organmitgliedern nur eingeschränkt existieren.³³⁹ Tatsächlich kann der Informationsanspruch das bestehende Informationsgefälle jedoch allenfalls leicht abmildern. Hauptverantwortlich und damit am sach nächsten verleiht das zuständige Organmitglied. Symptomatisch dafür ist es, wenn selbst die Vertreter der vorgenannten Ansicht im Innenverhältnis das intern zuständige Organmitglied für allein verantwortlich halten.³⁴⁰ Gesamtverant-

³³⁷ Vgl. *Guntermann*, AG 2017, 606, 608 f. (vgl. aber Fn. 25); *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 21. Aufl. 2017, § 43 Rn. 29; ferner *Baur/Holle*, AG 2017, 141, 143 mit Fn. 26 (i.E. aber wie hier).

³³⁸ Eingehend *Fleischer*, NZG 2003, 449.

³³⁹ Vgl. *Guntermann*, AG 2017, 606, 608.

³⁴⁰ Gedanke des § 840 Abs. 2 BGB, vgl. *Guntermann*, AG 2017, 606, 607; *Zöllner/Noack*, in: *Baumbach/Hueck, GmbHG*, 21. Aufl. 2017, § 43 Rn. 29; ebenso die h.M., vgl. *Bürgers*, in: *Bürgers/Körber, AktG*, § 93 Rn. 21b; *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, § 93 Rn. 263; *Hölters*, in: *ders., AktG*, § 93 Rn. 246; *Schneider*, in: *Scholz, GmbHG*, § 43 Rn. 252; ähnlich *Mertens/Cahn*, in: *KölnKomm AktG*, § 93 Rn. 50; für eine flexiblere Lösung *Hopt/Roth*, in: *Großkomm AktG*, § 93 Rn. 465.

wortung bedeutet eben nicht gleichmäßige Verantwortung oder gar gleichmäßige Sachnähe.³⁴¹

Richtigerweise gibt es auf die Frage, wie weit die Sachnähe eines ausgleichsuchenden Organmitglieds reicht, keine pauschale Antwort.³⁴² Die Bildung von Fallgruppen ist gleichwohl möglich und auch geboten, da die Beweislastverteilung für die Beteiligten *ex ante* feststehen muss und nicht der richterlichen Einzelfallwürdigung untersteht.³⁴³

So besteht das von § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG ins Auge gefasste Informationsgefälle typischerweise dann, wenn das ausgleichsuchende Organmitglied nach der internen Geschäftsverteilung nur eine Überwachungsverantwortung trifft, während der Regressgegner intern ressortzuständig ist.³⁴⁴ Aber auch dann, wenn das ausgleichsuchende Organmitglied bereits aus der Gesellschaft ausgeschieden ist, während sich der Regressgegner noch im Amt befindet, ist die Anwendung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG durch den Normzweck getragen.

Umkehrt verfügt der Regressgegner über keinen nennenswerten Informationsvorsprung gegenüber dem Regresskläger, wenn sie intern beide gemeinsam für die schadensbegründende Handlung zuständig waren. In einer solchen Situation ist § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG teleologisch zu reduzieren. Gleiches gilt für den (freilich unwahrscheinlichen) Fall, dass sich der Regresskläger noch im Amt befindet, der Regressgegner jedoch ausgeschieden ist. Auch dann verfügt der Regresskläger jedenfalls nicht über schlechtere Beweismöglichkeiten als der Regressgegner.

Der Regresskläger kann sich mithin nicht in jedem Fall auf die Beweislastumkehr des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG stützen, obwohl er im Haftungsprozess der Gesellschaft selbst der Beweislastumkehr ausgesetzt war. Bei methodisch sauberem Vorgehen erscheint dieses Ergebnis zwingend. Dass das Resultat freilich nicht befriedigt, ändert nichts an der *lex lata*. Es führt nur einmal mehr den Reformbedarf *de lege ferenda* vor Augen.

b) Verfehlung des Normzwecks bei Abtretung des D&O-Freistellungsanspruchs

Dieselben Fragen wie beim Gesamtschuldnerregress stellen sich bei der Abtretung des Freistellungsanspruchs, wenn auch unter umgekehrtem Vorzeichen.

³⁴¹ Selbst eine sekundäre Darlegungslast des intern zuständigen Organmitglieds (vgl. *Guntermann*, AG 2017, 606, 607) könnte das Informationsgefälle nicht entscheidend abmildern.

³⁴² Erschwerend tritt hinzu, dass auch die Informationsansprüche von Regresskläger und Regressbeklagtem gegenüber der Gesellschaft bislang kaum Beachtung gefunden haben; kurze Hinweise hierzu indes bei *Mertens/Cahn*, in: KölnKomm AktG, § 93 Rn. 50; *Stephan*, Der Aufsichtsrat 2015, 172, 174.

³⁴³ Näher unter Kapitel 6 – B.III.2, S. 182.

³⁴⁴ Auch nach *Guntermann*, AG 2017, 606, 608 mit Fn. 25 ließe sich eine Anwendung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG im Verhältnis Vorstands-/Aufsichtsratsmitglied bejahen, da § 111 Abs. 2 AktG das Informationsgefälle nur bedingt auszugleichen vermöge.

Beim Gesamtschuldnerregress entsprach die Beweisnähe des Anspruchsgegners im Regressprozess derjenigen des Anspruchsgegners im Haftungsprozess, denn Anspruchsgegner ist jeweils ein Organmitglied. Neu zu beurteilen war allein die Frage, ob die Beweisnähe des ausgleichsberechtigten Organmitglieds als Anspruchsteller im Regressprozess derjenigen der Gesellschaft als Anspruchstellerin im Haftungsprozess entspricht.

Bei der Abtretung des Freistellungsanspruchs verhält es sich nun genau umgekehrt: Hier entspricht die Beweisnähe der Anspruchstellerin im Direktprozess derjenigen der Anspruchstellerin im Haftungsprozess, denn Anspruchstellerin ist jeweils die Gesellschaft. Entscheidend für die Notwendigkeit einer teleologischen Reduktion ist nun allein die Frage, ob die Beweisnähe des D&O-Versicherers als Anspruchsgegner im Direktprozess derjenigen des Organmitglieds als Anspruchsgegner im Haftungsprozess entspricht. Dies ist jedoch auf den ersten wie auch auf den zweiten Blick zu verneinen.

Bereits im Ausgangspunkt fehlt es dem Versicherer an einer eigenen Kenntnis der haftungsrelevanten Informationen, wie sie das Organmitglied aber besitzt. Erst recht hat der Versicherer – anders als das Organmitglied – keine Möglichkeit, durch eine entsprechende Dokumentation Entlastungsbeweise zu sichern. Und selbst dasjenige, was an Verteidigungsunterlagen vorhanden sein mag, ist dem Versicherer nicht unmittelbar zugänglich.

Denkbar wäre freilich, dass Auskunftsmöglichkeiten und eine sekundäre Darlegungslast die Beweisferne des Versicherers kompensieren. Wer den Versicherer jedoch hierauf verweist und die Beweislast bei ihm belässt,³⁴⁵ gibt ihm Steine statt Brot. Sicherlich verbessern die Auskunftsobliegenheiten³⁴⁶ von Organmitglied und Gesellschaft nach § 31 Abs. 2 VVG bzw. den Allgemeinen Versicherungsbedingungen die Beweissituation des Versicherers bis zu einem gewissen Grad. Auch eine sekundäre Darlegungslast der Gesellschaft kann dessen Informationsdefizite durchaus ein wenig abmildern.³⁴⁷

Diese beiden Instrumente vermögen jedoch die Beweisposition des Versicherers nicht derart zu stärken, dass sie die der Gesellschaft übersteigt und damit eine Umkehr der Rosenberg'schen Beweislastverteilung rechtfertigt.³⁴⁸ Zum einen stehen auch der Gesellschaft Informationsansprüche gegen das Organmitglied zu,³⁴⁹ sodass die Gesellschaft insoweit mit dem Versicherer „gleichziehen“ kann. Zum anderen ist auch in der Praxis keineswegs gewähr-

³⁴⁵ Vgl. die Nachweise in Fn. 311.

³⁴⁶ Eingehend zur Einordnung als Obliegenheiten *Brinkmann*, ZIP 2017, 301, 307 f.

³⁴⁷ Für eine solche sekundäre Darlegungslast bei gleichzeitiger Anwendbarkeit des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG etwa *Baumann*, in: *Bruck/Möller*, Großkomm VVG, AVB-AVG 2011/2013 Ziff. 10 Rn. 50; *Harzenetter*, NZG 2016, 728, 732.

³⁴⁸ Ähnlich *Brinkmann*, ZIP 2017, 301, 308: Die Beweislastumkehr wäre „nach dem telos des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG nur gerechtfertigt, wenn die Beweisposition des Versicherers besser wäre als die der Gesellschaft.“

³⁴⁹ Vgl. *Armbrüster*, NJW 2016, 2155, 2157; *Brinkmann*, ZIP 2017, 301, 308.

leistet, dass das Organmitglied seinen Auskunftspflichten gegenüber dem Versicherer nachkommt, zumal letzterer die Beweislast für eine objektive Obliegenheitsverletzung trägt (vgl. § 28 Abs. 2 Satz 2 HS. 2 VVG *e contrario*).³⁵⁰ Faktisch werden die Beweismöglichkeiten des Versicherers daher vielfach hinter denen der Gesellschaft zurückbleiben. Die Sach- und Beweislage des Versicherers derjenigen des Organmitglieds gleichzusetzen, wurde daher mit Recht als „realitätsfern“ abgeurteilt.³⁵¹ Im Verhältnis Gesellschaft/D&O-Versicherer ist § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG damit teleologisch zu reduzieren, sodass die Gesellschaft sämtliche Haftungsvoraussetzungen darlegen und beweisen muss.

Dieses Resultat vermag auch eine Rechtsfolgenbetrachtung nicht mehr zu erschüttern.³⁵² Insbesondere droht durch die teleologische Reduktion keine Aushöhlung des § 108 Abs. 2 VVG.³⁵³ Nach dieser Vorschrift kann die Abtretung des Freistellungsanspruchs an einen Dritten (hier: die Gesellschaft) nicht durch Allgemeine Versicherungsbedingungen ausgeschlossen werden. Bei teleologischer Reduktion des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG büßt die Abtretungslösung zwar einen Teil ihres Charmes ein. Ein Leerlaufen des § 108 Abs. 2 VVG ist damit indes nicht verbunden. Denn zum einen ist § 108 Abs. 2 VVG ohnehin nicht primär auf die D&O-Versicherung zugeschnitten.³⁵⁴ Zum anderen steht es D&O-Versicherern frei, der Gesellschaft in ihren AVB eine Beweislastumkehr nach dem Muster des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG vertraglich einzuräumen³⁵⁵ und die Abtretung dadurch wieder attraktiver zu machen.

Ohne eine derartige Vertragsklausel verbleibt es indes bei dem vorgefundenen Ergebnis, wonach die Gesellschaft im Direktprozess gegen den Versicherer nicht von der Beweislastumkehr des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG profitiert. Während die Vorschrift im Gesamtschuldnerregress damit zumindest noch teilweise anwendbar war, verfehlt sie ihren Normzweck bei Abtretung des Freistellungsanspruchs vollständig. Auch dies wird rechtspolitisch zu würdigen sein.³⁵⁶

³⁵⁰ Eingehend hierzu *Brinkmann*, ZIP 2017, 301, 308.

³⁵¹ Vgl. *Armbrüster*, NJW 2016, 2155, 2157.

³⁵² Zur Interessenlage des Organmitglieds im Hinblick auf den Selbstbehalt vgl. bereits *Brinkmann*, ZIP 2017, 301, 308 f.

³⁵³ So jedoch unlängst *Baur/Holle*, AG 2017, 141, 146 f.

³⁵⁴ Nicht umsonst war lange str., ob die Gesellschaft überhaupt „Dritte“ i.S.d. Norm sein kann, vgl. die Hinweise zum Streitstand in BGH, 13.4.2016, BGHZ 209, 373, 378 f.

³⁵⁵ Ebenso *Brinkmann*, ZIP 2017, 301, 309; *Grooterhorst/Looman*, NZG 2015, 215, 218 f.; unabhängig davon empfiehlt sich eine vertragliche Klarstellung der Mitwirkungspflichten von Gesellschaft und Organmitglied, hierzu *Armbrüster*, NJW 2016, 2155, 2158.

³⁵⁶ Hierzu sogleich unter Kapitel 4 – D.VI, S. 140 f.

V. Seitenblick auf die Rechtsfolgenseite des Gesamtschuldnerausgleichs

Zuvor erscheint es jedoch opportun, eine weitere, bereits angeschnittene Fragwürdigkeit des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG zu vertiefen: dessen Rolle bei der Bestimmung der internen Haftungsquoten gesamtschuldnerisch haftender Organmitglieder.

1. Rechtsfrage und dogmatische Verortung

Zur Veranschaulichung sei unterstellt, dass Pflichtverletzung und Verschulden des ausgleichsuchenden Organmitglieds A nicht zur Überzeugung des Gerichts feststehen, sondern lediglich nach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG vermutet werden. Gleichzeitig gelingt es A, positiv eine schuldhafte Pflichtverletzung des Regressgegners B nachzuweisen. Damit ist B dem A zum Ausgleich verpflichtet. Bei der Bestimmung der jeweiligen Haftungsquoten mag sich das Gericht allerdings fragen, ob die *nachgewiesene* schuldhafte Pflichtverletzung des B in irgendeiner Weise schwerer wiegt als die lediglich *vermutete* schuldhafte Pflichtverletzung des A.

Zu klären ist also, ob § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG den Gesamtschuldnerausgleich nicht nur dem Grunde nach, sondern auch der Höhe nach beeinflusst. Diese Problematik entfernt sich freilich von den soeben dargestellten inzidenten Prüfungskonstellationen. Gleichwohl erscheint ein kurzer Seitenblick reizvoll, zumal die Frage im organhaftungsrechtlichen Schrifttum bislang kaum aufbereitet ist.³⁵⁷

Ausgangspunkt muss die gesetzliche Quotenregelung in § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB sein, auf den auch § 426 Abs. 2 Satz 1 BGB Bezug nimmt.³⁵⁸ Danach sind die Gesamtschuldner im Verhältnis zueinander (grundsätzlich) zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht (ausnahmsweise) ein anderes bestimmt ist.

Unstreitig trägt dabei derjenige, der sich auf ungleiche Haftungsquoten aufgrund einer anderen Bestimmung beruft, hierfür die Beweislast³⁵⁹ – doch ist dies hier nicht der entscheidende Punkt.³⁶⁰ Hier interessiert vielmehr, *wann* eine solche andere Bestimmung anzunehmen ist.

³⁵⁷ Vgl. wohl einzig *Hopt/Roth*, in: Großkomm AktG, § 93 Rn. 467 f.; *Hölters*, in: ders., AktG, § 93 Rn. 271 (jew. gegen eine Berücksichtigung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG bei der Quotenbestimmung).

³⁵⁸ Zur Akzessorietät des § 426 Abs. 2 Satz 1 BGB zu § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB bereits unter Kapitel 4 – D.III.1, S. 128.

³⁵⁹ Vgl. BGH, 30.9.1987, NJW 1988, 133, 134; 13.4.2000, NJW 2000, 1944, 1945; 25.10.2000, NJW 2001, 365, 366; Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 426 Rn. 8; *Looschelders*, in: Staudinger, BGB, § 426 Rn. 51.

³⁶⁰ Art. 73 Abs. 2 des portugiesischen Código das Sociedades Comerciais ordnet diese Beweislastverteilung für den Regress unter Gesamtschuldnern sogar ausdrücklich an: „O direito de regresso existe na medida das respectivas culpas e das consequências que delas

Bei Schadensersatzansprüchen kann sich eine andere Haftungsverteilung namentlich aus dem Gedanken des § 254 BGB ergeben, wobei es in erster Linie auf die Verursachungs- und in zweiter Linie auf die Verschuldensanteile ankommt.³⁶¹ Damit liegt der dogmatische Anknüpfungspunkt offen: Eine nur vermutete schuldhafte Pflichtverletzung könnte womöglich als geringerer Verursachungsbeitrag zu werten sein als eine feststehende schuldhafte Pflichtverletzung und so zu einer niedrigeren Haftungsquote führen. Konkret wäre mit dem Gedanken des § 840 Abs. 2 BGB eine interne Alleinhaftung des erwiesenermaßen pflichtwidrig und schuldhaft handelnden Organmitglieds denkbar.

2. Unabhängigkeit der Haftungsquote vom Eingreifen der Beweislastumkehr

a) Rechtslage im direkten Anwendungsbereich des § 254 BGB

Derartige Überlegungen finden jedoch in der Rechtsprechung zum direkten Anwendungsbereich des § 254 BGB keine Stütze.

Im Gegenteil hat sich der BGH beim Gesamtschuldnerausgleich auf Basis des § 17 Abs. 1 StVG (§ 17 Abs. 1 Kraftfahrzeuggesetz a.F.) bereits früh gegen eine Heranziehung des Rechtsgedankens des § 840 BGB positioniert und die Haftungsquoten unabhängig davon beurteilt, ob ein Gesamtschuldner verschuldensunabhängig oder verschuldensabhängig haftet.³⁶² Anknüpfend hieran sprach er sich auch bei der Mitverschuldensprüfung nach § 254 BGB dafür aus, dass „für die Abwägung der beiderseitigen Schadenstragung *ohne Rücksicht auf den Haftungsgrund* ausschließlich die Gesamtheit der Umstände des Falles, insbes. die beiderseitige Verursachung, maßgebend ist“³⁶³. Diesen

advierem, *presumindo-se iguais as culpas das pessoas responsáveis*“ (Herv. d. Verf.); näher hierzu *Coutinho de Abreu/Ramos*, in: Coutinho de Abreu (Hrsg.), *Código das sociedades comerciais em comentário*, Bd. I, Art. 73 Anm. 3.

³⁶¹ Grundlegend RG, 22.12.1910, RGZ 75, 251, 256; seither st. Rspr., vgl. etwa RG, 19.2.1914, RGZ 84, 208, 211; 17.12.1938, RGZ 159, 86, 89 f. (zur Gesamtschuld von Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern einer Genossenschaft); BGH, 13.5.1955, BGHZ 17, 214, 222; 1.2.1965, BGHZ 43, 227, 235; 22.4.1980, NJW 1980, 2348 f.; ausführlich *Meier*, Gesamtschulden, S. 594 m.w.N.

³⁶² Instruktiv BGH, 23.6.1952, BGHZ 6, 319, 322: § 17 Abs. 1 Satz 1 Kraftfahrzeuggesetz unterscheide nicht danach, „ob etwa ein Teil der Kraftfahrzeughalter nur wegen der von ihm gesetzten Betriebsgefahr oder auch wegen Verschuldens haftet. Die Ausgleichung unter den beteiligten Fahrzeughaltern richtet sich in diesem Falle nicht nach der allgemeinen Regel des § 426 Abs. 1 BGB und – in ausdrücklicher Abweichung von § 840 BGB – auch nicht danach, ob und in welchem Maße ein Verschulden von beiden oder von einem der beteiligten Fahrzeughalter zu vertreten ist, sondern ausschließlich nach dem Einfluß der Verursachung“; ebenso zahlreiche nachfolgende Urteile des VI. Zivilsenats, vgl. etwa BGH, 16.4.1955, VersR 1955, 310; 16.10.1956, NJW 1957, 99 f.; 9.11.1956, VersR 1957, 63; 13.11.1956, VersR 1957, 178.

³⁶³ BGH, 13.4.1956, BGHZ 20, 259, 263 (Herv. d. Verf.).

Gedanken entwickelte er schließlich dahingehend fort, dass nicht nur der Haftungsgrund keine Rolle spielt; auch Beweislastumkehrungen wie die des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB (§ 282 BGB a. F.) bleiben unberücksichtigt:

„Zwar muß, bevor eine solche Abwägung überhaupt stattfinden kann, zunächst das Verschulden beider Teile sowie seine Ursächlichkeit für den eingetretenen Schaden festgestellt werden [...], und hierbei gewährt § 282 BGB dem Gläubiger den Vorzug, daß nicht ihn, sondern den Schuldner die Beweislast trifft. Aber bei der späteren Abwägung selbst gilt für die Entscheidung darüber, ‚inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist‘ (§ 254 BGB), wieder der allgemeine Grundsatz, wonach jede Partei die Voraussetzungen der für sie günstigen Norm darlegen und beweisen muß. Dem Schuldner auch hinsichtlich der Umstände, die für die Abwägung im einzelnen bedeutsam sind, die alleinige Beweislast aufzuerlegen, wäre weder mit dem Wortlaut des § 282 BGB vereinbar, noch entspräche das dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift, die lediglich der Beweisnot des Gläubigers, soweit es um das Vertretenmüssen als solches geht, abhelfen will.“³⁶⁴

Diese Rechtsprechungslinie ist in der Literatur überwiegend auf Zustimmung gestoßen.³⁶⁵ Kritiker haben jedoch zu bedenken gegeben, dass die beweisrechtlichen Gründe, die hinter einer Beweislastumkehr stehen, bei einem mitwirkenden Beitrag des Geschädigten (§ 254 BGB) genauso gälten, wie wenn der Geschädigte aktiv haftet.³⁶⁶

So sah sich der BGH unlängst veranlasst, argumentativ aufzurüsten: Wenn ein Verschulden nur vermutet werde, so fehle jeder Anhalt für das Maß dieses Verschuldens. Nur wenn aber das Maß der Verantwortlichkeit beider Teile feststeht, sei eine sachgemäße Abwägung möglich. Wollte man sie auf Unterstellungen und Vermutungen gründen, so würde man in unzulässiger Weise Gewisses mit Unbekanntem vergleichen und zu keinem gerechten Ergebnis gelangen.³⁶⁷

Diese Rechtsprechung überzeugt angesichts der praktischen Schwierigkeiten, eine lediglich vermutete Tatsache adäquat in Rechnung zu setzen.³⁶⁸ Als Zwischenergebnis ist damit festzuhalten, dass Beweislastumkehrungen im direkten Anwendungsbereich des § 254 BGB außen vor bleiben.

³⁶⁴ BGH, 23.12.1966, BGHZ 46, 260, 267 f.

³⁶⁵ Vgl. *Ebert*, in: Erman, BGB, § 254 Rn. 115; *Ekkenga/Kunz*, in: Soergel, BGB, § 254 Rn. 171; *Palandt/Grüneberg*, BGB, § 254 Rn. 72; *Knöpfler*, in: NK-BGB, § 254 Rn. 59; *Lorenz*, in: BeckOK BGB, § 254 Rn. 69; *Luckey*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, § 254 Rn. 48; *Oetker*, in: MünchKomm BGB, § 254 Rn. 145.

³⁶⁶ Vgl. *Belling/Riesenhuber*, ZfP 108 (1995), 455, 465 ff.; *Lange/Schiemann*, Schadensersatz, § 10 XII 3, S. 617, 664 f.; *Looschelders*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, S. 584 f.; *Schiemann*, in: Staudinger, § 254 Rn. 122; *vermittelnd Medicus*, FS U. Huber, S. 437, 447 f.

³⁶⁷ Vgl. BGH, 20.3.2012, NJW 2012, 2425, 2426 (zu § 832 BGB).

³⁶⁸ Vgl. bereits *Weitnauer*, FS Klingmüller, S. 499, 506: „Wie aber soll man ein lediglich vermutetes Verschulden, eine lediglich vermutete Kausalität in Rechnung setzen?“

b) Übertragung auf den Gesamtschuldnerausgleich

Der Rechtsgedanke des § 254 BGB ist auch für die Beurteilung der Haftungsquoten im Gesamtschuldnerausgleich maßgeblich.³⁶⁹ Bei folgerichtiger Übertragung der zu § 254 BGB entwickelten Regeln bleiben Beweislastumkehrungen daher auch dort unberücksichtigt.³⁷⁰

Gesamtschuldnerisch haftende Organmitglieder sind einander daher grundsätzlich zu hälftigem Ausgleich verpflichtet – unabhängig davon, ob § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG bei der Prüfung der Gesamtschuldnerstellung dem Grunde nach zum Tragen kam.³⁷¹

Im oben gebildeten Fallbeispiel wiegt der Verursachungsbeitrag des B daher nicht allein deshalb schwerer, weil dessen schuldhafte Pflichtverletzung zur Überzeugung des Gerichts feststand, während die des A lediglich nach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG vermutet wurde. Vielmehr bleibt es als Grundregel bei der Ausgleichspflicht „zu gleichen Anteilen“ (§ 426 Abs. 1 Satz 1 BGB).

VI. Rechtspolitische Würdigung

Unter den Wirkungen der Gesamtschuld erschien bereits *Savigny* „Manches recht auffallend, fast räthselhaft“; das Institut selbst empfand er „fast wie ein Glücksspiel“.³⁷² In der Tat gibt jedenfalls die Gesamtschuld unter Organmitgliedern manches Rätsel auf: Unter Umständen haftet ein Organmitglied gegenüber der Gesellschaft nur aufgrund der Beweislastumkehr gem. § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG. Eine entsprechende Beweislastumkehr zu Lasten des Regressgegners kommt ihm jedoch bei Weitem nicht immer zugute.³⁷³ Das Organmitglied läuft damit Gefahr, den gesamten Schaden allein tragen zu müssen, nur weil es von der Gesellschaft zufällig als erstes in Anspruch genommen wurde – tatsächlich ein „recht auffallendes“ Ergebnis.

Insofern könnte man versucht sein, § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG im Gesamtschuldnerregress kurzerhand auch dann anzuwenden, wenn dessen Normzweck an sich verfehlt wird.³⁷⁴ Ebenso werden D&O-Versicherer erwägen, die Geltung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG in einem Direktprozess der Gesellschaft positiv zu vereinbaren, allein um die Abtretung des Freistellungsanspruchs

³⁶⁹ Siehe oben Kapitel 4 – D.V.1, S. 137 f.

³⁷⁰ Grundlegend *Weitnauer*, FS Klingmüller, S. 499, 506 ff.; aus dem jüngeren Schrifttum *Looschelders*, in: Staudinger, BGB, § 426 Rn. 64, 65: „Die Abwägung nach § 254 BGB erfolgt auch dann, wenn einer der Gesamtschuldner nur kraft vermuteten Verschuldens haftet oder die Verursachung vermutet wird“; ferner *Bydlinksi*, in: MünchKommBGB, 7. Aufl. 2016, § 426 Rn. 20; *Gebauer*, in: Soergel, BGB, § 426 Rn. 30.

³⁷¹ Wie hier *Hopt/Roth*, in: Großkomm AktG, *Hölters*, in: ders., AktG, § 93 Rn. 271.

³⁷² *Savigny*, Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, Bd. I, S. 216.

³⁷³ Hierzu im Einzelnen unter Kapitel 4 – D.IV.2.a), S. 132 ff.

³⁷⁴ Vgl. die Nachweise in Fn. 287.

attraktiver zu gestalten.³⁷⁵ Derartige Behelfslösungen sind indes nur vordergründig sachgerecht. Letztlich weisen sie die Beweislast einem Anspruchsgegner zu, der im Vergleich zum Anspruchsteller gar nicht über eine größere Beweisnähe verfügt. Im schlimmsten Fall liegt die Beweislast so gerade bei der beweisfernen Partei.

Mithin führen weder die hier befürworteten teleologischen Reduktionen noch die Anwendung der Beweislastumkehr zu billigen Ergebnissen. Am Ende steht damit auch hier die ernüchternde Erkenntnis, dass das geltende Recht keine befriedigenden Lösungen eröffnet.

E. Gesamtschau

In der Rechtsanwendung macht die Beweislastumkehr des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG nicht gerade eine *bella figura*. Die Norm zwingt allerorten zu korrigierenden Eingriffen: zu einer in ihrer Reichweite unklaren sekundären Darlegungslast der Gesellschaft (A.), zur fragwürdigen Einstufung sämtlicher Vermögenszuflüsse als anzurechnende Vermögensvorteile (B.), zur überdimensionalen Aufblähung eines auf die Generalklausel gestützten Einsichtsrechts (C.) und schließlich zu diffizilen teleologischen Reduktionen in inzidenten Prüfungskonstellationen (D.). Mit jedem der aufgezeigten Korrekturversuche nimmt freilich die Komplexität organhaftungsrechtlicher Streitigkeiten nur weiter zu. Umso wünschenswerter wäre damit eine legislatorische Flurbereinigung. Eine Neuordnung der Beweislastverteilung könnte der fortschreitenden Zersplitterung der zu § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG entwickelten Judikatur und Literatur ein Ende setzen und auch in außergewöhnlichen Haftungskonstellationen die Grenzverläufe der jeweiligen Darlegungs- und Beweislast jederzeit klar erkennen lassen.

³⁷⁵ Vgl. die Nachweise in Fn. 355.

Kapitel 5

Rechtsvergleichung

Rechtsvergleichend ist die Beweislastverteilung bei der Organhaftung kaum erforscht.¹ Lediglich im Hinblick auf die *Business Judgment Rule* ist die gegensätzliche Verteilung der Beweislast im US-Recht auf eine gewisse Resonanz gestoßen.² Dass hier eine Forschungslücke besteht, erstaunt angesichts der aufgezeigten Probleme des deutschen Rechts und der vordringenden Reformbestrebungen. Der Blick in ausländische Rechte und die dort jeweils maßgeblichen Erwägungen lässt den Gewinn neuer, die deutsche Diskussion bereichernder Argumente erwarten und führt Lösungen jenseits der Dichotomie in „Beweislast des Organmitglieds“ und „Beweislast der Gesellschaft“ vor Augen.

A. Beweislast des Organmitglieds

Das deutsche Modell einer weitgehenden Beweislastumkehr zu Lasten des Organmitglieds steht international nahezu allein da. Einzig mit Österreich hat es zunächst einen (unfreiwilligen) Anhänger gefunden; mit Portugal ist ein weiterer, allerdings unentschlossener Nachahmer hinzugetreten.³

I. Österreich

In der Alpenrepublik wurde das deutsche AktG 1937 – und damit auch die Beweislastumkehr des § 84 Abs. 2 Satz 2 – im Jahr 1938 für neugegründete und 1939 für bestehende Aktiengesellschaften eingeführt.⁴ Ebenso wie in

¹ Seltene Ausnahmen bilden die Beiträge von *Hopt*, FS Roth, 2015, S. 225, 234 sowie *Gerner-Beuerle/Paech/Schuster*, LSE Study on Directors' Duties and Liability, 2013, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/board/2013-study-analysis_en.pdf>.

² Ausführlich zum US-amerikanischen Recht unter Kapitel 5 – C.II, S. 159 ff.

³ Zur kürzlich geänderten Rechtslage in Tschechien vgl. Kapitel 5 – D.II, S. 166 ff.

⁴ Für neu zu gründende Aktiengesellschaften: Erste Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich vom 11.4.1938, RGBl. 1938, I, 385; für bestehende Aktiengesellschaften: Zweite Verordnung zur Einführung handelsrechtlicher Vorschriften im Lande Österreich vom 2.8.1938, RGBl. 1938, I, 988; vgl. *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts, S. 328 ff.

Deutschland brachte der 1. Jänner 1966 jedoch auch in Österreich eine Wortlautänderung mit sich. Seither lautet § 84 Abs. 2 öAktG:⁵

„(2) Vorstandsmitglieder, die ihre Obliegenheiten verletzen, sind der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet. Sie können sich von der Schadenersatzpflicht durch den Gegenbeweis befreien, daß sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewendet haben.“

Das österreichische Aktiengesetz spricht damit nun – anders als der deutsche Konterpart – von einem „Gegenbeweis“. Einen Gegenbeweis kann jedoch streng genommen nur eine nicht beweisbelastete Partei erbringen, um einen vorausgegangenen Hauptbeweis der beweisbelasteten Partei zu erschüttern.⁶ Nähme man § 84 Abs. 2 Satz 2 öAktG beim Wort, ergäbe sich also aus dem Begriff des „Gegenbeweises“ der Vorstandsmitglieder, dass der (Haupt-) Beweis für einen Verstoß gegen die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters von der Gesellschaft zu erbringen ist. Eine solche inhaltliche Kehrtwende zur alten Rechtslage dürfte jedoch kaum beabsichtigt gewesen sein. Denn die Erläuterungen der Regierungsvorlage und der Bericht des Justizausschusses⁷ schweigen sich zu dieser Wortlautänderung vollkommen aus (erstere weisen allein auf die Austrifizierung des deutschen „angewandt“ zu einem österreichischen „angewendet“ hin).⁸ Da der Wortlaut des § 84 öAktG schließlich auch an anderen Stellen als ungenau gilt,⁹ dürfte daher mit „Gegenbeweis“ wohl schlicht ein „Beweis“ gemeint sein.

Doch unabhängig von der Wortlautproblematik haben vor allem mehrere Richtungswechsel des OGH für Verunsicherung gesorgt.¹⁰ Weitgehend unstrittig trägt zwar die Gesellschaft die Beweislast für Schaden und Kausalität und das Organmitglied die Beweislast für fehlendes Verschulden.¹¹ Problematisch ist jedoch die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Pflichtverletzung:

Die *Beweislast* weist der OGH in der Mehrzahl seiner Urteile dem Organmitglied zu.¹² Ende 2010 sprach er allerdings im Wege eines *obiter dictum* unvermittelt von einer Beweislast der Gesellschaft für die Pflichtwidrig-

⁵ Vgl. Bundesgesetz über die Aktiengesellschaften, öBGBI. Nr. 98/1965, S. 693.

⁶ Zur Terminologie vgl. Kapitel 1 – B.I.2.b), S. 14.

⁷ Vgl. AB 661 BlgNR X. GP 1.

⁸ Vgl. EBRV 301 BlgNR X. GP 64.

⁹ Dazu *Kalss*, in: MünchKomm AktG, 4. Aufl. 2014, § 93 Rn. 339: „Selbst wenn in Abs. 1 und Abs. 2 einige Formulierungsunterschiede bestehen, wenn wie etwa in Abs. 1 ausschließlich auf vertrauliche Angaben im österreichischen Recht und nicht auch auf Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse Bezug genommen oder in Abs. 2 nur die Verletzung von Obliegenheiten und nicht von Pflichten angesprochen wird, ist insofern von einer übereinstimmenden Rechtslage auszugehen.“

¹⁰ So *Kalss*, in: MünchKomm AktG, § 93 Rn. 420; *Told*, in: Gruber/Harrer, GmbHG, § 25 Rn. 211.

¹¹ Vgl. nur *Told*, in: Gruber/Harrer, GmbHG, § 25 Rn. 211.

keit.¹³ Die *Darlegungslast* hinsichtlich der Pflichtverletzung soll nach zwei Urteilen von 1998 und 2003 die Gesellschaft treffen (bei gleichzeitiger Beweislast des Organmitglieds).¹⁴ Zwischenzeitlich sollte aber nach einem Urteil aus dem Jahr 2002 und einem weiteren aus dem Jahr 2007 das beweisbelastete Organmitglied die Darlegungslast für die Einhaltung seiner Pflichten tragen.¹⁵ In der Gesamtschau deckt die österreichische Rechtsprechung damit beinahe das gesamte denkbare Lösungsspektrum ab: Sie reicht

- von einer Darlegungs- und Beweislast der Gesellschaft für das Vorliegen einer Pflichtverletzung
- über die Mittellösung einer Beweislast des Organmitglieds für das Fehlen einer Pflichtverletzung bei gleichzeitiger Darlegungslast der Gesellschaft für das Vorliegen einer Pflichtverletzung
- bis hin zu einer Darlegungs- und Beweislast des Organmitglieds für das Fehlen einer Pflichtverletzung.

Immerhin die Literatur ist sich weitgehend einig: Sie befürwortet eine Beweislast des Organmitglieds hinsichtlich Pflichtverletzung und Verschulden und verlangt – wie der BGH – die Darlegung einer möglichen Pflichtverletzung durch die Gesellschaft.¹⁶ Die Beweislast des Organmitglieds soll sich auch auf die Einhaltung des unternehmerischen Ermessensspielraums erstrecken.¹⁷ Die Argumente reflektieren dabei im Wesentlichen diejenigen der deutschen Diskussion. Zur Begründung der Beweislast des Organmitglieds verweist die österreichische Literatur allerdings bisweilen zusätzlich auf die allgemeine Beweislastregel in § 1298 ABGB von 1812.¹⁸ Als ausschlaggebender *telos* der Beweislast des Organmitglieds gilt aber ebenfalls dessen Beweisnähe.¹⁹ Die Behandlung von ausgeschiedenen Organmitgliedern und Rechtsnachfolgern

¹² Vgl. OGH, 3.7.1975, 2 Ob 356/74, SZ 48/79; 9.1.1985, 3 Ob 521/84, GesRZ 1986, 97, 98; 24.6.1998, 3 Ob 34/97i, NZG 1998, 852; 22.5.2003, 8 Ob 262/02s, ecolex 2003/313.

¹³ OGH, 21.12.2010, 8 Ob 6/10f, GesRZ 2011, 230, Ls. 1: „Die Gesellschaft hat den Schaden dem Grunde und der Höhe nach, die Kausalität, die adäquate Verursachung und die inhaltliche Pflichtwidrigkeit oder die objektive Sorgfaltspflichtverletzung, nicht aber ein Verschulden zu behaupten und zu beweisen. Dem Vorstandsmitglied obliegt dagegen der Beweis, dass sein Verhalten subjektiv nicht sorgfaltswidrig war.“

¹⁴ Vgl. OGH, 24.6.1998, 3 Ob 34/97i, NZG 1998, 852; 22.5.2003, 8 Ob 262/02s, ecolex 2003/313.

¹⁵ Vgl. OGH, 26.2.2002, 1 Ob 144/01k, GesRZ 2002, 86, 90; 16.3.2007, 6 Ob 34/07d, GesRZ 2007, 271, 272.

¹⁶ Vgl. *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25 Rn. 29; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I, S. 351 f.; *Told*, in: Gruber/Harrer, GmbHG, § 25 Rn. 212.

¹⁷ Vgl. *Kraus/U. Torggler*, in: Torggler, GmbHG, § 25 Rn. 20; *Told*, in: Gruber/Harrer, GmbHG, § 25 Rn. 213; *dies.*, wbl 2012, 181, 188.

¹⁸ So etwa *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG, § 25 Rn. 29; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I, S. 352 mit Fn. 357.

¹⁹ Ebenda.

eines Organmitglieds bereitet daher erwartungsgemäß dieselben Schwierigkeiten wie hierzulande.²⁰

II. Portugal

Neben Deutschland und Österreich weist auch Portugal – nach allerdings umstrittener Ansicht – dem Organmitglied die Beweislast für pflichtgemäßes bzw. schuldloses Handeln zu.

Zwar enthält Art. 72 Abs. 1 Código das Sociedades Comerciais (CSC) von 1986 nach seinem Wortlaut nur eine Beweislastumkehr für die *culpa*. Zudem unterscheidet die portugiesische Haftungsdogmatik grundsätzlich zwischen Rechtswidrigkeit (*ilicitude*) und Verschulden (*culpa*).²¹ Dem Wortlaut nach enthält die Vorschrift damit nur für das Verschulden eine Beweislastumkehr i. S. d. Art. 344 Abs. 1 Código Civil (CCiv.).²² Dementsprechend lehnen Teile der Literatur eine Beweislast des Organmitglieds für pflichtgemäßes Handeln ab.²³ Sie befürchten insbesondere, dass eine Einbeziehung der Pflichtverletzung in die Beweislastumkehr des Art. 72 Abs. 1 CSC das Haftungsrisiko der Geschäftsleiter vergrößern und die eigentlich subjektive Haftung einer objektiven Haftung annähern würde.²⁴

Die Gegenansicht sieht in Art. 72 Abs. 1 CSC eine weitergehende Vermutung sowohl des Verschuldens als auch der Pflichtverletzung. Danach liege es am Organmitglied, die Vermutung entweder durch den Beweis eines Rechtfertigungs- oder eines Schuldaußschließungsgrundes zu widerlegen.²⁵ Zur Begründung erinnert die Ansicht daran, dass sich die portugiesische Vertragshaftung (*responsabilidade obrigatorial*) aus dem französischen Haftungsregime entwickelt hat. *Culpa* sei daher – wie die *faute* – als eine Mischung aus Verschulden und Pflichtverletzung zu verstehen. Nur im Bereich einer deliktischen Haftung (*responsabilidade aquiliana*), die sich aus dem deutschen Deliktsrecht ableite, seien Verschulden und Pflichtverletzung unterschiedliche Konzepte.²⁶

²⁰ Vgl. dazu *Told*, in: Gruber/Harrer, GmbHG, § 25 Rn. 214 (unter Verweis auf die deutsche Literatur).

²¹ Vgl. *Coutinho de Abreu*, Responsabilidade civil dos administradores de sociedades, S. 7; *Coutinho de Abreu/Ramos*, in: Coutinho de Abreu (Hrsg.), Código das sociedades comerciais em comentário, Bd. I, Art. 72 Anm. 1.1, 1.2; *de Vasconcelos*, in: Paolini (Hrsg.), Research Handbook on Directors' Duties, S. 175, 180.

²² Vgl. *Coutinho de Abreu*, Responsabilidade civil dos administradores de sociedades, S. 7; *Coutinho de Abreu/Ramos*, in: Coutinho de Abreu (Hrsg.), Código das sociedades comerciais em comentário, Bd. I, Art. 72 Anm. 1.2.

²³ So ausdrücklich *Coutinho de Abreu/Ramos*, in: Coutinho de Abreu (Hrsg.), Código das sociedades comerciais em comentário, Bd. I, Art. 72 Anm. 1.2.: „não abrange a ilicitude“; *de Oliveira*, Código das sociedades comerciais e governo das sociedades, S. 257, 289.

²⁴ So *Coutinho de Abreu/Ramos*, in: Coutinho de Abreu (Hrsg.), Código das sociedades comerciais em comentário, Bd. I, Art. 72 Anm. 1.2.

²⁵ Vgl. namentlich *Cordeiro*, Manual de direito das sociedades, Bd. I, S. 926.

Zumindest im Anwendungsbereich der portugiesischen Business Judgment Rule herrscht jedoch Konsens: Gemäß Art. 72 Abs. 2 CSC ist die Haftung ausgeschlossen, wenn das Organmitglied beweisen kann, dass es informiert, frei von persönlichen Interessen und gemäß den Kriterien unternehmerischer Vernunft gehandelt hat. Nach einhelliger Ansicht (mithin auch nach Ansicht derer, die grundsätzlich von einer Beweislast der Gesellschaft für die Pflichtverletzung ausgehen) lässt der Nachweis dieser Voraussetzungen durch das Organmitglied nicht nur das Verschulden, sondern auch die Pflichtwidrigkeit entfallen.²⁷ Jedenfalls insoweit liegt also die Beweislast hinsichtlich der Pflichtverletzung beim Organmitglied.

III. Zwischenbefund

International finden sich mit Österreich und Portugal nur wenige Entsprechungen zur deutschen Beweislastverteilung. Zudem lässt sich in beiden Ländern die Rechtslage angesichts der dortigen Meinungsverschiedenheiten nicht mit letzter Sicherheit klären. Argumentativ bewegt sich Österreich dabei erwartungsgemäß auf ganz ähnlichen Pfaden wie Deutschland. Der Vergleich zu Portugal unterstreicht nochmals die Bedeutung, die dem französischen Recht mit dessen *faute*-Begriff für die Haftungsdogmatik zukommt.²⁸ Die letztlich aber magere Ausbeute an vergleichbaren Regelungen und substantiellen Argumenten setzt hinter die deutsche Lösung nur ein weiteres Fragezeichen.

B. Beweislast der Gesellschaft

Konträr zur deutschen Rechtslage ist es in der Mehrzahl der untersuchten Rechtsordnungen alleinige Aufgabe der Gesellschaft, den Richter vom Vorliegen einer Pflichtverletzung zu überzeugen. Die Begründungen hierfür variieren jedoch ebenso wie die konkrete Ausgestaltung in der Praxis.

I. Polen

Ein Beispiel für eine besonders rigide Umsetzung dieser Beweislastregel bildet die Organhaftung in polnischen Aktiengesellschaften (*spółka akcyjna, S.A.*) und GmbHs (*spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, sp. z o.o.*).²⁹

²⁶ Ebenda.

²⁷ Coutinho de Abreu, Responsabilidade civil dos administradores de sociedades, S. 42 f.; Coutinho de Abreu/Ramos, in: Coutinho de Abreu (Hrsg.), Código das sociedades comerciais em comentário, Bd. I, Art. 72 Anm. 3.

²⁸ Hierzu bereits unter Kapitel 2 – C.I, S. 36.

²⁹ Für die Übersetzung polnischer Urteile gilt mein Dank Lech Koczyński.

Nach Art. 483 Abs. 1 des polnischen Gesetzbuchs über die Handelsgesellschaften (Kodeks Spółek Handlowych, KSH) aus dem Jahr 2000³⁰ haftet ein Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsrates und der Liquidator gegenüber der (Aktien-)Gesellschaft für den Schaden, den er ihr durch ein rechtswidriges oder satzungswidriges Handeln oder Unterlassen zufügt – *chyba że nie ponosi winy* (es sei denn, es trifft ihn keine Schuld).³¹ In ähnlicher Weise normiert Art. 293 Abs. 1 KSH für die GmbH eine Haftung eines Mitglieds des Vorstandes, des Aufsichtsrats oder der Revisionskommission und des Liquidators gegenüber der Gesellschaft für den Schaden, den er ihr durch rechtswidriges oder den Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags widersprechendes Handeln oder Unterlassen zugefügt hat, es sei denn, es trifft ihn keine Schuld.³²

Für letztere Norm bestätigte das Oberste Gericht, dass sie eine Vermutung der Schuld enthalte, die sich aus der Formulierung „*chyba że*“ (es sei denn) ergebe. Diese Vermutung umfasse jedoch nicht die Rechtswidrigkeit, den Schaden oder den Kausalzusammenhang zwischen Rechtsverletzung und Schaden. Diese Haftungsvoraussetzungen habe – in Übereinstimmung mit der allgemeinen Beweislastregel des Art. 6 Zivilgesetzbuch – der Kläger zu beweisen.³³ Da die Gesellschaft im konkreten Fall diesen Beweis nicht zu erbringen vermochte, wurde die Klage ohne Umschweife abgewiesen – ein Ergebnis, das hierzulande so nicht zu erwarten wäre. Bedauerlicherweise lässt die ausschließlich auf den Gesetzeswortlaut gestützte Urteilsbegründung jedoch keine tieferen Sachgründe erkennen, die für eine umfassende Darlegungs- und Beweislast der Gesellschaft sprechen.

II. Spanien

Auch in Spanien findet eine rechtspolitische Diskussion über die Beweislast für die Pflichtverletzung (*acto ilícito/incumplimiento de un deber*) nicht statt. Aufmerksamkeit erfährt allein die Beweislast für das Verschulden (*culpabilidad*).

Regelungstechnisch ist die Organhaftung in Kapitalgesellschaften seit dem Jahr 2010 in Art. 236 Abs. 1 Unterabs. 1 Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC)³⁴ geregelt. Danach haften Geschäftsleiter einerseits für

³⁰ Eingeführt mit Gesetz vom 15.9.2000, Dz.U. 2000 Nr. 94, Pos. 1037.

³¹ Übersetzung nach *Brockhuis*, in: Breidenbach (Begr.), Hdb. Wirtschaft und Recht in Osteuropa, Bd. II, 131. EL, PL 350, S. 145.

³² Übersetzung nach *Brockhuis*, in: Breidenbach (Begr.), Hdb. Wirtschaft und Recht in Osteuropa, Bd. II, 131. EL, PL 350, S. 74.

³³ Vgl. OG, 9.2.2006 – V CSK 128/05, Mon. Praw. 5/2006, S. 226; ferner OG, 24.9.2008 r. – II CSK 118/08, OSNC 9/2009, Pos. 131; aus dem deutschsprachigen Schrifttum vgl. *Liebscher/Oplustil*, WiRO 2008, 97, 100; *Oplustil*, in: Hommelhoff/Lutter/Teichmann (Hrsg.), Corporate Governance im Konzern, ZGR-Sonderheft 20/2017, S. 149, 154; *Sabat*, WiRO 2014, 225, 226 f.

³⁴ Eingeführt durch Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

Verstöße gegen Gesetz oder Gesellschaftsvertrag (*actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos*) und andererseits für die Nichterfüllung der dem Auftrag innewohnenden Pflichten (*los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo*). Mit der zweiten Alternative, der Nichterfüllung der dem Auftrag innewohnenden Pflichten, ist vor allem die Sorgfaltspflicht nach der Generalklausel des Art. 225 Abs. 1 LSC angesprochen.³⁵ Gemeinsame Voraussetzung beider Haftungsalternativen ist das Vorliegen von Verschulden.

Die diesbezügliche Beweislastverteilung hat wohl aufgrund mehrerer legislatorischer Kehrtwenden außergewöhnlich viel Beachtung gefunden: Nach Art. 79 Ley de Sociedades Anónimas (LSA) von 1951³⁶ musste die Gesellschaft dem Organmitglied noch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit nachweisen. Demgegenüber erwähnte Art. 133 Abs. 1 LSA in der Fassung von 1989³⁷ das Verschulden überhaupt nicht mehr, was eine Mindermeinung als Einführung einer Garantiehaftung deutete.³⁸ Der im Jahr 2010 in Kraft getretene Art. 236 LSC knüpft die Organhaftung in Abs. 1 Unterabs. 1 nun ausdrücklich wieder an das Vorliegen von Verschulden. In Abs. 1 Unterabs. 2 enthält er darüber hinaus eine neue Beweislastregelung. Danach ist das Verschulden zu vermuten, sofern nichts Gegenteiliges bewiesen wird, wenn die Handlung gegen das Gesetz oder den Gesellschaftsvertrag verstößt. Umgekehrt ausgedrückt trägt das Organmitglied rechtlich (nur) bei Gesetzes- oder Satzungsverstößen die Beweislast für fehlendes Verschulden.³⁹ Bei Verstößen gegen die allgemeine Sorgfaltspflicht des Art. 225 Abs. 1 LSC liegt die Beweislast für das Verschulden im Umkehrschluss bei der Gesellschaft.⁴⁰ In der Praxis profitiert diese jedoch von einer Beweiserleichterung, da der Nachweis eines objektiven Sorgfaltsverstoßes eine subjektive Sorgfaltspflichtverletzung indiziert.⁴¹

³⁵ Vgl. nur *Grimaldos García*, in: Embid Irujo (Hrsg.), *Introducción al derecho de sociedades de capital*, S. 231, 247.

³⁶ Ley de 17 de julio de 1951, sobre Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas.

³⁷ Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

³⁸ Zu dieser Entwicklung *Ochs*, *Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers im deutschen und spanischen Recht*, S. 117 f.

³⁹ Vgl. *Grimaldos García*, in: Cebriá (Hrsg.), *Régimen de deberes y responsabilidades de los administradores en las sociedades de capital*, S. 307, 343 f.; *Recamán Graña*, *Los Deberes y la Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital en Crisis*, S. 166; *Velerdas Peralta*, in: Embid Irujo (Hrsg.), *Derecho de sociedades de capital*, S. 287, 310 mit Fn. 41.

⁴⁰ Vgl. *Grimaldos García*, in: Cebriá (Hrsg.), *Régimen de deberes y responsabilidades de los administradores en las sociedades de capital*, S. 307, 343 f.

⁴¹ So *Grimaldos García*, in: Cebriá (Hrsg.), *Régimen de deberes y responsabilidades de los administradores en las sociedades de capital*, S. 307, 344; *Recamán Graña*, *Los Deberes y la Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital en Crisis*, S. 166.

Die in anderen romanischen Rechtsordnungen zentrale Unterscheidung zwischen Verhaltens- und Erfolgspflichten⁴² scheint damit in Spanien zwar auf, da sich Art. 236 Abs. 1 Unterabs. 2 LSC nur auf Gesetzes- oder Satzungsverstöße bezieht.⁴³ Im praktischen Ergebnis hat in Spanien jedoch stets das Organmitglied fehlendes Verschulden zu beweisen, während die Gesellschaft die Beweislast hinsichtlich aller anderen Anspruchsvoraussetzungen trägt – einschließlich der Pflichtverletzung.⁴⁴ Wie in Polen scheint man die Beweislast der Gesellschaft für die Pflichtverletzung auch in Spanien also nicht weiter zu hinterfragen.

III. Schweden

Anders liegen die Dinge in Schweden, wo eine Regelung nach deutschem Modell bereits zur Debatte stand, dann jedoch bewusst verworfen wurde.⁴⁵

Die Anspruchsgrundlage der Innenhaftung, 29. Kapitel § 1 Satz 1 Aktiebolagslag (ABL) (2005:551), regelt die Beweislastverteilung selbst nicht.⁴⁶ Nach den allgemeinen Regeln trägt mithin die Gesellschaft die Beweislast für alle anspruchsbegründenden Tatsachen.⁴⁷

Erste Überlegungen zur Einführung einer Beweislastumkehr finden sich jedoch bereits in einem offiziellen Expertengutachten (Statens Offentliga Utredningar – SOU) aus dem Jahr 1941. Dieses Gutachten diente als Grundlage für das schwedische Aktiengesetz von 1944, welches seinerseits die Verordnung über Aktiengesellschaften von 1848 ablöste.⁴⁸ Für die Organhaftung erwog das Gutachten eine Beweislastumkehr ausdrücklich nach dem Vorbild

⁴² Zu Frankreich, Belgien und Italien vgl. Kapitel 5 – E, S. 168 ff.

⁴³ Zur Einordnung der Pflichten aus Gesetz und Satzung als *obligaciones de resultado* und der allgemeinen Sorgfaltspflicht als *obligacio de medios o diligencia* vgl. *Grimaldos García*, in: Embid Irujo (Hrsg.), *Introducción al derecho de sociedades de capital*, S. 231, 248; *dies.*, in: Cebriá (Hrsg.), *Régimen de deberes y responsabilidades de los administradores en las sociedades de capital*, S. 307, 339, 342 f.

⁴⁴ Speziell zur Beweislast hinsichtlich des Schadens *Muñoz-Pérez*, in: Guerra Martín (Hrsg.), *La Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, S. 103, 138.

⁴⁵ Für die Übersetzung schwedischer Quellen gilt mein Dank *Carl-Friedrich Thoma*.

⁴⁶ Vgl. *Zechner*, in: Kalss (Hrsg.), *Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern*, S. 695, 727 mit Fn. 212; die Beweislastumkehr im 25. Kapitel § 18 Abs. 3 ABL betrifft einen Fall der Außenhaftung; die weitere Beweislastumkehr im 8. Kapitel § 12 Abs. 2 *Årsredovisningslag* (ÅRL) (1995:1554) (= Jahresabschlussgesetz) bezieht sich auf den Sonderfall der Haftung für die nicht rechtzeitige Einsendung des Jahresabschlusses und des Prüfungsberichts.

⁴⁷ Vgl. Prop. 1997/98:99, S. 184 f.; *Dotevall*, *Bolagsledningens skadeståndsansvar*, S. 71 (in ausdrücklicher Abgrenzung zu § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG); ferner *Gomard*, *Scandinavian Studies in Law* 28 (1984), 43, 53; *Zechner*, in: Kalss (Hrsg.), *Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern*, S. 695, 727.

⁴⁸ Überblick über die Entwicklung des schwedischen Aktienrechts beim *Hemström*, *Scandinavian Studies in Law* 45 (2004), 193 ff.

des § 84 Abs. 2 Satz 2 AktG 1937. Letztlich lehnte es eine solche Regelung jedoch ab, weil sie dem schwedischen Recht fremd sei.⁴⁹

Über fünfzig Jahre später griff die schwedische Gesetzgebung die Beweislastfrage erneut auf. Zwischenzeitlich hatten sich Teile der Literatur nämlich dafür ausgesprochen, zumindest bei einem Verstoß gegen die Legalitätspflicht die *culpa* zu vermuten.⁵⁰ Ein zweites Expertengutachten von 1995 stellte sich dem jedoch dezidiert entgegen.⁵¹ Unter Verweis auf das erste Gutachten von 1941 plädiert es dafür, die Gerichte die Beweisprobleme unter Anwendung der allgemeinen Regeln lösen zu lassen, da dies materiell bessere Ergebnisse hervorbringe als die Einführung einer Beweislastumkehr. Eine Beweislastumkehr könne nämlich dazu führen, dass fälschlicherweise auch sorgfältig handelnde Personen verurteilt werden, und zwar zu unter Umständen beträchtlichen Beträgen.⁵² Die schwedische Regierung schloss sich diesem Gutachten an. Auch nach ihrer Ansicht würde eine Beweislastumkehr die Haftungsbalance beträchtlich zum Nachteil sorgfältig handelnder Personen verschieben.⁵³

Eine Beweislastumkehr hat man damit in Schweden mehrfach diskutiert, zum Schutz des sorgfältig handelnden, aber beweislosen Organmitglieds jedoch nie eingeführt.⁵⁴ Implizit liegt dem die Wertung zugrunde, ein Fehlurteil zu Lasten des Organmitglieds wiege schwerer als eine fälschliche Klageabweisung zu Lasten der Gesellschaft. Worauf diese Gewichtung gründet, erschließt sich allerdings nicht ohne Weiteres. Aus den Zwecken der Organhaftung – Prävention und Kompensation – lässt sie sich aber wohl nicht ableiten.

IV. Schweiz

Auch in der Schweiz erwartet die Gesellschaft eine Klageabweisung, wenn sie ein Organmitglied nach Art. 754 (i. V. m. Art. 827) Obligationenrecht (OR) in Anspruch nimmt, eine Pflichtverletzung aber nicht beweisen kann. Denn nach der allgemeinen Beweislastregelung des Art. 8 Zivilgesetzbuch (ZGB) trägt sie als Anspruchstellerin die Beweislast für das Vorhandensein der behaupteten Tatsachen.⁵⁵ Auf eine Beweislastsonderregelung speziell für gegen Or-

⁴⁹ Vgl. SOU 1941:9, S. 650.

⁵⁰ Vgl. die Schilderung in SOU 1995:44, S. 241.

⁵¹ Vgl. SOU 1995:44, S. 241.

⁵² Vgl. SOU 1995:44, S. 244.

⁵³ Vgl. Prop. 1997/98:99, S. 185 (wiederum unter Verweis auf SOU 1941:9, S. 650).

⁵⁴ Im Übrigen ist in Schweden das erforderliche Beweismaß (dazu sogleich unter Kapitel 5 – C, S. 159 f.) strittig, wobei zahlreiche Literaturstimmen für ein „Übergewichtsprinzip“ (*överviktsprincip*) plädieren, vgl. *Musielak*, FS G. Kegel, S. 451 ff.; *Lindell*, in: Nagel/Bajons (Hrsg.), Beweis – Preuve – Evidence, S. 519, 531 m.w.N.

⁵⁵ Allg. M., vgl. BGER, 8.4.2014, 4A_626/2013, E. 5.2; *Bärtschi*, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, S. 204, 240; *ders.*, in: Fleischer/Kalss/Vogt (Hrsg.), Enforcement im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht 2015, S. 1, 19; *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, S. 2404; *Greda*, in: Kalss (Hrsg.), Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern, S. 755, 789; *Ha-*

ganmitglieder gerichtete Schadensersatzansprüche hat die Revision des OR im Jahr 1928 verzichtet, obwohl man Beweislastsondernormen grundsätzlich offen gegenüberstand.⁵⁶

Allein das Verschulden wird nach herrschender Ansicht gem. Art. 97 Abs. 1 OR vermutet, da der Anspruch der Gesellschaft⁵⁷ gegen das Organmitglied eine vertragliche oder vertragsähnliche Rechtsnatur habe.⁵⁸ Nach anderer Ansicht sei die Organhaftung dagegen eine Haftung für die Verletzung gesetzlicher Pflichten; nur in der Praxis bestehe (unabhängig von Art. 97 Abs. 1 OR) eine gewisse natürliche Vermutung für das Verschulden.⁵⁹ Ungeachtet dieser unterschiedlichen Begründungen für die Verschuldensvermutung sind sich alle Autoren indes in einem Punkt einig: Der Beweislast für das Verschulden kommt ohnehin keine allzu große Bedeutung zu, weil der Verschuldensmaßstab objektiviert ist.⁶⁰ Praktisch entscheidend ist vielmehr, wer die Beweislast für die Pflichtverletzung trägt.

Ähnlich wie in Schweden hat sich auch in der Schweiz hieran eine Diskussion entzündet. So monieren mehrere Stimmen eine Informationsasymmetrie

senböhler, Die Haftungsvoraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR, S. 163; *Luterbacher*, in: Fischer/Luterbacher (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Vor Art. 754–760 OR, Rn. 64.

⁵⁶ Vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf über die Revision der Titel XXIV bis XXXIII des schweizerischen Obligationenrechts vom 21.2.1928, BBl. 1928 I 205, 266: „Von einer einheitlichen Regelung der Beweislast bei Geltendmachung der Schadensersatzansprüche aus den verschiedenen Tatbeständen der Verantwortlichkeit haben wir Umgang genommen“; ferner *Bärtschi*, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, S. 306 f.

⁵⁷ Bei einer Klage von Aktionären oder Gläubigern der Gesellschaft ist das Bestehen einer Verschuldensvermutung äußerst str., dazu nur *Gericke/Waller*, in: Basler Kommentar, OR II, Art. 574 Rn. 35.

⁵⁸ Vgl. BGer, 3.3.1998, SJ 121 (1999), 228 (obiter dictum); *Amstutz/Gohari*, in: OFK-OR, Art. 754 Rn. 129; *Bärtschi*, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, S. 307; *von der Crone*, Aktienrecht, S. 730; *Forstmoser*, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, S. 120; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, S. 424; *Gericke/Waller*, in: Basler Kommentar, OR II, Art. 574 Rn. 35; *Greda*, in: Kalss (Hrsg.), Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern, S. 755, 789; *Jung/Kunz/Bärtschi*, Gesellschaftsrecht, S. 517.

⁵⁹ Vgl. *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, S. 2404, 2512.

⁶⁰ Vgl. *Bärtschi*, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, S. 204, 302; *Böckli*, Schweizer Aktienrecht, S. 2404, 2512; *von der Crone/Carbonara/Hunziker*, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, ZSR-Beiheft 43, 2006, S. 61; *Forstmoser*, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, S. 69, 121; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, Schweizerisches Aktienrecht, S. 424, 429; *Gericke/Waller*, in: Basler Kommentar, OR II, Art. 574 Rn. 35; *Greda*, in: Kalss (Hrsg.), Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern, S. 755, 790; *Hasenböhler*, Die Haftungsvoraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR, S. 163; *Luterbacher*, in: Fischer/Luterbacher (Hrsg.), Haftpflichtkommentar, Vor Art. 754–760 OR, Rn. 73, 84; *Weber*, in: Weber/Isler (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VI, S. 161, 201.

zwischen Organmitglied und Gesellschaft, die letzterer den Beweis der Pflichtverletzung erschwere.⁶¹

De lege lata soll daher nach Ansicht mancher bei unternehmerischen Entscheidungen eine Pflichtverletzung zu vermuten sein, wenn die Gesellschaft zumindest eine Abweichung von vereinbarten Standards (*best practices*) nachweisen kann.⁶²

Weiter reichen Vorschläge *de lege ferenda*: Nach einem Konzept soll der Kläger bei unternehmerischen Entscheidungen in einem summarischen Vorverfahren die Pflichtverletzung nur glaubhaft machen müssen. Gelingt ihm dies, soll der Beklagte das Vorliegen der Voraussetzungen der Business Judgment Rule zu beweisen haben. Misslingt dem Kläger aber die Glaubhaftmachung im Vorverfahren, so soll die Beweislast für die Pflichtverletzung im Hauptverfahren bei ihm verbleiben.⁶³ Interessanterweise stünde das Organmitglied damit bei unternehmerischen Entscheidungen aber schlechter als bei sonstigen Handlungen, da nur bei ersteren die Beweislast auf ihn übergehen kann. Ein jüngerer Vorschlag erhebt dagegen die deutsche Beweislastregelung zum Vorbild. Wegen seines besseren Informationszugangs und der damit größeren Beweisnähe solle insgesamt das Organmitglied die Beweislast hinsichtlich der Pflichtverletzung tragen.⁶⁴

Die Schweizer Diskussion offenbart damit eine tiefere Unzufriedenheit mit der umfassenden Darlegungs- und Beweislast der Gesellschaft für die Pflichtverletzung, die das Organmitglied von jeglicher Obliegenheit zur Sachverhaltsaufklärung freistellt. So wie das deutsche Recht dem Organmitglied wohl zu viel abverlangt, schlägt das Pendel in der Schweiz offenbar zu weit in die Gegenrichtung aus. Organhaftungsansprüche erscheinen dort wohl nur schwer durchsetzbar; die bloße Verschuldensvermutung bietet der Gesellschaft jedenfalls keine spürbare Beweiserleichterung. Für die deutsche Reformdiskussion ist die Schweiz damit eine wichtige Vergleichsrechtsordnung, die vor einer unbesehenen Abschaffung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG warnt und eine ausgleichende Lösung anmahnt.

⁶¹ Vgl. *Baeriswyl*, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Verschulden, S. 76; *von der Crone*, SZW 78 (2006), 2, 9; *von der Crone/Carbonara/Hunziker*, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, ZSR-Beiheft 43, 2006, S. 60; *Jucker*, Beweisvereitelung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, S. 74, 83 f.

⁶² So *von der Crone/Carbonara/Hunziker*, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, ZSR-Beiheft 43, 2006, S. 60; zustimmend *Baeriswyl*, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Verschulden, S. 79, 149.

⁶³ So *von der Crone*, SZW 78 (2006), 2, 9.

⁶⁴ So *Jucker*, Beweisvereitelung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, S. 74, 83 f., unter ausdrücklichem Verweis auf § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG auf S. 75 f.

V. Russland

Eine solch differenzierte Lösung enthält etwa das russische Recht, für dessen Verständnis allerdings bereits in der alten, bis zum Jahr 2014 geltenden Gesetzeslage anzusetzen ist.⁶⁵

Die bis dahin geltenden Anspruchsgrundlagen für Organhaftungsansprüche – Art. 44 Ziff. 2 Satz 1 des russischen GmbHG (des sog. OOO-Gesetzes) und Art. 71 Ziff. 2 Abs. 2 des russischen Aktiengesetzes (des sog. AO-Gesetzes) – enthielten selbst noch keine eigenständigen Beweislastregelungen. Zum Tragen kam jedoch Art. 65 Abs. 1 der russischen Wirtschaftsprozessordnung (WPO), wonach der Anspruchsteller die Beweislast für alle ihm günstigen Tatsachen trägt. Die Norm ist wortlautidentisch mit Art. 56 des russischen Zivilprozessgesetzbuchs (ZGB), verdrängt diesen jedoch für Streitigkeiten, an denen Wirtschaftssubjekte beteiligt sind.⁶⁶ Im Einzelnen traf die Gesellschaft damit nach Art. 65 Abs. 1 WPO die Beweislast für die schädigende Handlung, die Schadenshöhe, die Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Schädigers sowie die Kausalität zwischen den schuldhaften Handlungen des Beklagten und dem Schaden.⁶⁷

Für die schuldhafte Pflichtverletzung ergab sich die Beweislast der Gesellschaft aber auch aus Art. 10 Ziff. 5 ZGB, welchem nach Art. 3 Ziff. 2 Abs. 2 ZGB allgemein ein höherer Rang zukommt als anderen Gesetzen. Danach wird vermutet, dass Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr gewissenhaft und vernünftig handeln. Die abstrakte Beweislast dafür, dass das Organmitglied nicht gewissenhaft und vernünftig gehandelt hatte, lag somit sowohl nach Art. 65 Abs. 1 WPO als auch nach Art. 10 Ziff. 5 ZGB bei der Gesellschaft.⁶⁸

Das Oberste Wirtschaftsgericht der Russischen Föderation statuierte jedoch in seinen verbindlichen Auslegungsrichtlinien zu Art. 10 Ziff. 5 ZGB eine Art sekundäre Darlegungslast des Organmitglieds: Darin wiederholt es zunächst die Beweislast des Klägers nach Art. 10 Ziff. 5 ZGB für die Umstände, die für das ungewissenhafte oder unvernünftige Handeln des Organmitglieds sprechen. Behauptet nun der Kläger, dass das Organmitglied ungewissenhaft oder unvernünftig handelte, und lege er Beweise vor, die den Schaden der juristischen Person durch das Handeln des Direktors bestätigen, so könne sich das Organmitglied zu seinem Handeln äußern, auf die Schadensursachen hinweisen (z.B. eine ungünstige Marktkonjunktur, die Unredlichkeit des von ihm

⁶⁵ Für die Übersetzung russischer Quellen gilt mein Dank *Elena Dubovitskaya*.

⁶⁶ Vgl. die Verbindlichen Auslegungsrichtlinien des Obersten Wirtschaftsgerichts vom 30.7.2013, Nr. 62 („Über bestimmte Fragen des Schadensersatzes durch Personen, die den Organen einer juristischen Person angehören“), Ziff. 9: Vorrang der Wirtschaftsgerechtigbarkeit.

⁶⁷ So das Föderale Wirtschaftsgericht des Nordkaukasischen Bezirks, 30.3.2011, Az. A32-11077/2010 über eine Schadensersatzklage einer GmbH gegen ihren ausgeschiedenen Geschäftsführer.

⁶⁸ Ebenda.

gewählten Vertragspartners, Arbeitnehmers oder des Vertreters der juristischen Person, rechtswidrige Handlungen Dritter, Betriebsstörungen, Naturkatastrophen usw.) und entsprechende Beweise vorlegen. Verweigere das Organmitglied aber diese Erklärungen oder seien sie offenbar unvollständig, könne das Gericht, wenn es das Verhalten des Organmitglieds für unredlich (Art. 1 ZGB) erachte, ihm die Beweislast für die fehlende Verletzung der Pflicht, im Interesse der Gesellschaft gewissenhaft und vernünftig zu handeln, auferlegen.⁶⁹

Im Ergebnis trug damit zwar grundsätzlich die Gesellschaft die abstrakte Beweislast sowie die anfängliche Darlegungslast. Das Organmitglied traf allerdings eine Art sekundäre Darlegungslast⁷⁰ hinsichtlich der Erfüllung seiner Pflichten. Wenn es dieser nicht nachkam, konnte das Gericht ihm „die Beweislast auferlegen“ – im Ergebnis also wohl der Schadensersatzklage stattgeben.

Im Mai 2014 wurden die rechtlichen Grundlagen reformiert, ohne dass dies aber am Ergebnis etwas geändert haben dürfte: Einheitliche Anspruchsgrundlage für die Organhaftung in einer jeden juristischen Person ist seither der neue Art. 53.1 Ziff. 1 Abs. 1 ZGB. Der nachfolgende Abs. 2 bestimmt, dass das Organmitglied haftet, wenn bewiesen wird, dass es bei Ausübung seiner Rechte oder Erfüllung seiner Pflichten ungewissenhaft oder unvernünftig handelte, insbesondere sein Handeln den üblichen Bedingungen des Zivilrechtsverkehrs oder dem üblichen unternehmerischen Risiko nicht entsprach.⁷¹ Wie bisher liegt danach die abstrakte Beweislast umfassend bei der Gesellschaft.

Fraglich ist indes, ob das Organmitglied nach wie vor eine ungeschriebene Darlegungslast in Sachen Pflichtverletzung trifft. Das Oberste Wirtschaftsgericht, das diese Art sekundäre Darlegungslast für das alte Recht statuiert hatte, wurde zum 6. August 2014 abgeschafft. Dessen Auslegungsrichtlinien dürften jedoch unverändert fortgelten. Denn die Aufgaben des ehemals eigenständigen Gerichts gingen nur auf eine neue Kammer für Wirtschaftssachen über, die einen spezialisierten Spruchkörper des Obersten Gerichts der Russischen Föderation bildet.⁷² So beschränken sich die verbindlichen Auslegungsrichtlinien dieser neuen Kammer zu Art. 53.1 ZGB auf den Hinweis, dass ein Schaden noch keine Pflichtverletzung indiziere, da die Möglichkeit negativer Folgen

⁶⁹ Verbindliche Auslegungsrichtlinien des Obersten Wirtschaftsgerichts, Plenarbeschluss vom 30.7.2013, Nr. 62 („Über bestimmte Fragen des Schadensersatzes durch Personen, die den Organen einer juristischen Person angehören“), Ziff. 1 und 2 (zu Art. 10 Ziff. 5 ZGB).

⁷⁰ Zur sekundären Darlegungslast vgl. Kapitel 1 – C.II, S. 18 ff. sowie Kapitel 4 – A.II.2.b), S. 72 ff.

⁷¹ Dazu *Ernst/Abramova*, CCZ 2016, 22, 24.

⁷² Vgl. *Dubovitskaya/Kashanin*, GRUR Int 2016, 753, 754; allgemein zu spezialisierten Spruchkörpern im Gesellschaftsrecht *Fleischer*, FS Baums, Bd. I, S. 417 ff.; *Fleischer/Bong/Cools*, RabelsZ 81 (2017), 608 ff.

mit dem Risiko der unternehmerischen oder sonstigen wirtschaftlichen Tätigkeit verbunden sei.⁷³

Die Rechtslage in Deutschland verhält sich damit zur russischen genau spiegelbildlich. Während in Deutschland das Organmitglied die Beweislast und die Gesellschaft eine sekundäre Darlegungslast trägt, trifft in Russland die Beweislast die Gesellschaft und eine sekundäre Darlegungslast das Organmitglied. Obwohl bislang keine einschlägige Rechtsprechung hierzu ersichtlich ist, lohnt es, den Gedanken einer genau umgekehrten Verteilung der Darlegungs- und Beweislast für die deutsche Debatte im Hinterkopf zu behalten.⁷⁴

VI. *European Model Company Act*

Wiederum ohne Problembewusstsein weist schließlich der European Model Company Act (EMCA)⁷⁵ in der Entwurfsfassung vom Juli 2015 die Beweislast der Gesellschaft zu. Nach Chapter 10, Section 1, Subsection 4 EMCA liegt es am Anspruchsteller, die Pflichtverletzung, die Unanwendbarkeit der Business Judgment Rule und die Kausalität zu beweisen.⁷⁶

VII. *Zwischenbefund*

Unter dem gemeinsamen Dach der Beweislast der Gesellschaft sind völlig unterschiedliche Rechtsordnungen versammelt. Für manche unter ihnen (wie Polen und Spanien sowie den EMCA) kommt es gar nicht in Frage, es zu verlassen. Andere (wie Schweden) entschieden sich nach einem Blick nach draußen bewusst zum Verweilen. Wiederum andere (wie die Schweiz) sind innerlich noch hin und hergerissen. Bereits mit einem Bein im Freien steht schließlich eine Rechtsordnung (Russland), die jedenfalls die Darlegungslast teilweise dem Organmitglied zuweist. Russland repräsentiert damit ein flexibles Modell, das in der deutschen Diskussion – soweit ersichtlich – noch nicht erwogen wurde. Gleiches gilt für sämtliche folgenden Ansätze, die es auf jeweils unterschiedliche Weise zu vermeiden wissen, eine Partei einseitig einer allzu hohen Beweishürde auszusetzen.

⁷³ Verbindliche Auslegungsrichtlinien des Obersten Gerichts, Plenarbeschluss vom 23.6.2015, Nr. 25 („Über die Anwendung bestimmter Vorschriften des Abschnitts I des ersten Teils des ZGB der Russischen Föderation durch Gerichte“), Ziff. 25 (zu Art. 53.1 ZGB).

⁷⁴ Hierzu unter Kapitel 6 – C, S. 183 ff.

⁷⁵ Zur Entstehung des EMCA vgl. *J. Schmidt*, ZHR 181 (2017), 43 ff.

⁷⁶ Wörtlich lautet die Modellvorschrift: „A person challenging the conduct of a director under this Section has, in a damage action, the burden of proving a breach of the duty of care, including the inapplicability of the business judgment rule as it is explained under Subsection (2), and that the breach was the legal cause of damage suffered by the company.“

C. Beweislast der Gesellschaft mit abgesenktem Beweismaß

Der beweisrechtliche Baukasten hält neben der Darlegungs- und Beweislast zumindest eine weitere Stellschraube bereit, um die Beweisanforderungen zu regulieren: das Beweismaß.

I. England

In England etwa führt ein abgesenktes Beweismaß gar so weit, dass die Beweislast bei der Organhaftung nur mehr eine verschwindend geringe Rolle spielt. So gilt auf der Insel für Beweislast und -maß Folgendes:

Die Beweislastverteilung ist für die Organhaftung nicht gesetzlich geregelt. Vielmehr verweist Art. 178 Abs. 1 Companies Act 2006 (CA 2006) generell für die Rechtsfolgen einer Pflichtverletzung auf *common law* und *equitable principle*.⁷⁷ Damit ist im Ausgangspunkt zwischen der Verletzung einer *common law duty* und der einer *equitable duty* zu unterscheiden. Ersteres zeitigt als einzig denkbare Rechtsfolge einen Anspruch auf Schadensersatz in Geld (sog. *damages*).⁷⁸ Der Verstoß gegen eine *equitable duty* kann dagegen eine wahre Fülle an Rechtsfolgen auslösen, unter denen sich aber als eine mögliche Konsequenz wiederum Schadensersatz in Geld findet (sog. *compensation*).⁷⁹ Soweit es um Schadensersatz in Geld geht, liest man daher teilweise, dass die Differenzierung zwischen *common law* und *equity* keine praktische Relevanz mehr besitze.⁸⁰ Zumindest in der Beweislastverteilung könnten sich *damages* und *compensation* indes durchaus unterscheiden.

Basiert der Schadensersatzanspruch auf *common law*, so greift ohne Weiteres die allgemeine Regel der Beweislast des Anspruchstellers für sämtliche anspruchsbegründenden Tatsachen.

Bei der Haftung aus *equity* ist die Rechtslage dagegen zweideutig. Auf der einen Seite haben sich englische Gerichte bei der Verletzung von *fiduciary duties* bereits zwei Mal für eine Beweislastumkehr zu Lasten von Organmitgliedern ausgesprochen.⁸¹ Diese Fälle betrafen zwar nicht eine Schadensersatz-

⁷⁷ Vgl. nur *Birds*, Annotated Companies Legislation, Rn. 10.178.02.

⁷⁸ Vgl. *Doralt*, Managerpflichten in der englischen Limited, sec 178 Rn. 3; *ders.*, in: Schall (Hrsg.), Companies Act, sec. 178 Rn. 3.

⁷⁹ Ebenda.

⁸⁰ Vgl. *Davies/Worthington*, Gower and Davies' Principles of Modern Company Law, Rn. 16-111; restriktiver *Doralt*, in: Schall (Hrsg.), Companies Act, sec 178 Rn. 5.

⁸¹ Zur Geschäftsleiterhaftung in der Insolvenz vgl. *Re Idessa (UK) Ltd. (In Liquidation)* [2011] EWHC 804 (Ch), per *Lesley Anderson QC*, Rn. 28: „I am satisfied that whether it is to be viewed strictly as a shifting of the evidential burden or simply an example of the well-settled principle that a fiduciary is obliged to account for his dealings with the trust estate that [Applicants' counsel] is correct to say that once the liquidator proves the relevant payment has been made the evidential burden is on the Respondents to explain the transactions in question“; zu einem Anspruch auf Gewinnherausgabe (*account of profits*) vgl. das

satzklage der Gesellschaft, doch geht mancher Rechtsanwalt unter Berufung auf diese Rechtsprechung gleichwohl davon aus, dass sich fiduziarisch gebundene Organmitglieder vom Vorwurf der Pflichtverletzung entlasten müssten.⁸² Auf der anderen Seite weisen ausgerechnet Urteile zum *trust law* (erstaunlicherweise) dem Anspruchsteller die Beweislast für eine Pflichtverletzung des *trustee* zu.⁸³ Das *trust law* aber war schon immer eine wichtige Analogiebasis für die Pflichten des Organmitglieds und bleibt dies gem. Art. 170 Abs. 4 CA 2006 auch nach der Kodifikation des *company law*.⁸⁴ Parallel zum *trust law* könnte daher auch bei der Organhaftung aus *equity* die Beweislast beim Anspruchsteller liegen.⁸⁵ Im Bereich der *compensation* ist die Beweislastverteilung also letztlich unklar.

Dass sich die Rechtslage nicht klären lässt, ist *per se* aussagekräftig. Wenn sich nämlich selbst führende Darstellungen des *company law* im Allgemeinen⁸⁶ und der Rechtsstellung der *directors* im Speziellen⁸⁷ zur Beweislastver-

obiter dictum von Arden LJ in *Murad v Al Saraj* [2005] EWCA Civ 959, Rn. 77: „Again, for the policy reasons, on the taking of an account, the court lays the burden on the defaulting fiduciary to show that the profit is not one for which he should account [...]. This shifting of the onus of proof is consistent with the deterrent nature of the fiduciary’s liability. The liability of the fiduciary becomes the default rule.“

⁸² So Brockman, Online-Publikation der Kanzlei *Guildhall Chambers* unter dem Titel „Directors, fiduciary duty and the burden of proof“, Januar 2017, S. 5 ff.

⁸³ Vgl. *Nestle v National Westminster Bank Plc* [1994] 1 All E.R. 118, per Dillon LJ: „[The plaintiff] must show that, through one or other or both of those causes, the trustees made decisions which they should not have made or failed to make decisions which they should have made. [...] It may be difficult to discharge that burden, and particularly to show that decisions were not taken when they should have been. But that does not absolve a plaintiff from discharging it“; ferner *Target Holdings Ltd v Redferns* [1995] 3 All E.R. 785.

⁸⁴ Vgl. *Lord Goldsmith*, Hansard, HL GC Day 3, 6 Feb 2006, vol 678, col 244: „[A] lot of the duties derive also from the fact that directors are acting in some senses as agents, so the law of agency is relevant. Other law relating to trustees is also relevant from time to time“; ferner *Doralt*, Managerpflichten in der englischen Limited, Vor Chapter 2, Rn. 5 f.; *ders.*, in: Schall (Hrsg.), *Companies Act*, Vor Chapter 2, Rn. 5 f.

⁸⁵ So im Ergebnis *Gerner-Beuerle/Paech/Schuster*, LSE Study on Directors’ Duties and Liability, S. 91 sowie Annex, A 437 (allerdings zum irischen Recht): „In order to claim equitable compensation, as well as proving that the director was in breach of duty, a company must prove a causal link between the breach and the loss suffered.“

⁸⁶ Vgl. die Abschnitte zur Organinnenhaftung etwa bei *Arden/Prentice/Richards*, Buckley on the Companies Act, Issue 23, Art. 178 Rn. 1209 ff.; *Birds*, Annotated Companies Legislation, Rn. 10.178.01 ff.; *Birds et al.*, Boyle & Birds’ Company Law, S. 635 ff.; *Davies/Worthington*, Gower and Davies’ Principles of Modern Company Law, Rn. 16-111; *Hannigan*, Company Law, S. 312 ff.; *Morse*, Palmer’s Company Law – Annotated Guide to the Companies Act 2006, c. 46/178; *Morse*, Palmer’s Company Law, R.149 January 2016, Rn. 8.3306 ff.

⁸⁷ Nur andeutungsweise für eine Beweislast der Gesellschaft *Keay*, Directors’ Duties, S. 477: „Once a breach of duty has been established and the loss sustained by the company [...]“; ohne Aussage zur Beweislast *Shear*, in: Boxell (Hrsg.), A Practitioner’s Guide to

teilung schlicht nicht äußern, deutet dies auf eine geringe Bedeutung der Frage hin. Bei Aktionärsklagen nach Art. 260 ff. CA 2006 mag bereits das *disclosure*-Verfahren⁸⁸ dazu beitragen, dass Situationen der Beweislosigkeit seltener entstehen. Entscheidend geschmälert aber wird die Bedeutung der Beweislast durch das niedrige Beweismaß in England.

In Deutschland gilt nach § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO das hohe Regelbeweismaß der richterlichen Überzeugung. Erforderlich ist ein „für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen“⁸⁹. Ähnlich formuliert § 272 Abs. 1 öZPO, das Gerichte habe zu beurteilen, ob eine tatsächliche Angabe „für wahr zu halten sei oder nicht“. Eine nur überwiegende Wahrscheinlichkeit genügt gerade nicht (es sei denn das Gesetz verlangt ausnahmsweise nur eine Glaubhaftmachung i.S.d. § 294 ZPO).⁹⁰ In England ist hingegen die (nur) überwiegende Wahrscheinlichkeit das Regelbeweismaß, die sog. *balance of probabilities*.⁹¹ Als Folge des niedrigen Beweismaßes kommt der Beweislast aber kaum eine Bedeutung zu.⁹²

II. USA

Als ergiebiger erweist sich dagegen der Blick über den Atlantik. Die abstrakte Beweislastverteilung in den USA ist im deutschsprachigen Schrifttum zwar vergleichsweise gut erschlossen.⁹³ Insbesondere die unterschiedliche Verteilung der Beweislast bei Handlungen innerhalb und außerhalb der Business

Directors' Duties and Responsibilities, S. 105 ff.; *Stafford/Ritchie*, Fiduciary Duties, S. 455 ff.; *Zacaroli*, in: Mortimore (Hrsg.), Company Directors, 19.01 ff.

⁸⁸ Ausführlich dazu *Brandt*, Das englische *Disclosure*-Verfahren, S. 45 ff. und passim.

⁸⁹ St. Rspr., vgl. BGH, 17.2.1970, NJW 1970, 946, 948; 14.1.1993, NJW 1993, 935, 937; 11.12.2012, NJW 2013, 790, 791; 6.5.2015, NJW 2015, 2111, 2112.

⁹⁰ Ganz h.M., vgl. nur *Bacher*, in: BeckOK ZPO, § 286 Rn. 2.

⁹¹ Grundlegend *Denning J.* in *Miller v Minister of Pensions* [1947] 2 All ER 372, 373 f.: „If the evidence is such that the tribunal can say ‘we think it more probable than not’ the burden is discharged, but if the probabilities are equal it is not“; *Lord Nicholls* in *Re H (Minors)* [1996] AC 563, 568: „The balance of probability standard means that a court is satisfied an event occurred if the court considers that, on the evidence, the occurrence of the event was more likely than not.“

⁹² Allgemein zu diesem Zusammenhang *Prütting*, Gegenwartsprobleme der Beweislast, S. 66, 74; *Rechberger*, FS Baumgärtel, S. 471, 487.

⁹³ Vgl. etwa *Cahn*, WM 2013, 1293, 1295; v. *Falkenhausen*, NZG 2012, 644, 650; *Fleischer*, ZIP 2004, 685, 688; v. *Hein*, Die Rezeption des US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland, S. 921 ff.; *Kock/Dinkel*, NZG 2004, 441, 445; *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, S. 249 ff.; *ders.*, NZG 2009, 891, 893 ff.; *ders.*, AG 2014, 554, 566; *M. Roth*, BB 2004, 1066, 1067; *Schima*, in: Baudenbacher/Kokott/Speitler (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, S. 369, 400 f.; *Voigt*, Haftung aus Einfluss auf die Aktiengesellschaft (§§ 117, 309, 317 AktG), S. 124 ff.; *Westermann*, VersR 1993, Sonderbeilage, 15, 19.

Judgment Rule ist hierzulande auf größeres Interesse gestoßen und soll hier nur knapp anhand der Rechtsprechung und (Modell-)Gesetzgebung nachskizziert werden. Drei Aspekte in der Peripherie der Beweislast erscheinen jedoch bislang unterbelichtet; auf sie soll daher sogleich ein Schlaglicht geworfen werden.

Was zunächst die Beweislastverteilung als solche anbelangt, so handelt es sich dabei um *state law*. Einen repräsentativen Eindruck der Rechtslage vermitteln jedoch das Recht Delawares, der Revised Model Business Corporation Act (RMBCA) und die Principles of Corporate Governance des American Law Institute (ALI-Prinzipien).⁹⁴

Das Delaware General Corporation Law (DGCL) enthält keine Regelung zur Beweislastverteilung. Diese ergibt sich vielmehr aus der ständigen Rechtsprechung, als deren Leitentscheidung ein *obiter dictum* des Delaware Supreme Court in *Aronson v. Lewis* gilt. Danach enthalte die Business Judgment Rule eine Vermutung (*presumption*) für sorgfaltsgemäßes Handeln; die Beweislast für die Widerlegung dieser Vermutung liege bei der Partei, welche die Entscheidung angreife.⁹⁵ Ergänzend dazu stellt das *Walt Disney*-Urteil des Delaware Court of Chancery klar, dass die Beweislast auf die Geschäftsleiter überwechselt, wenn die Vermutung widerlegt wird; in diesem Fall hätten diese zu beweisen, dass die angegriffene Handlung gegenüber der Gesellschaft und ihren Gesellschaftern *entirely fair* war.⁹⁶

Den gleichen zweistufigen Mechanismus sieht der RMBCA vor. Nach § 8.31 (a) RMBCA haftet ein Organmitglied nicht, es sei denn der Anspruchsteller kann eine der näher beschriebenen Pflichtverletzungen beweisen. Ferner hat der Anspruchsteller gemäß § 8.31 (b) (1) RMBCA einen Schaden und die Kausalität des Organhandelns für den Schaden nachzuweisen. Gleichzeitig bestimmt § 8.31 (c) RMBCA jedoch, dass die vorgenannten Regelungen anderweitige Vorschriften über die Beweislast hinsichtlich der *fairness* nicht verändern, wozu etwa § 8.61 (b) (3) RMBA zählt. Danach ist ein Interessenkonflikt unschädlich, wenn bewiesen wird, dass das betroffene Geschäft gegenüber der Gesellschaft „fair“ war.⁹⁷

Die ALI-Prinzipien schließlich weisen in § 4.01(d) ebenfalls dem Anspruchsteller die Beweislast für einen Verstoß gegen die Business Judgment Rule, den

⁹⁴ Für einen ähnlichen Ansatz vgl. *Fleischer*, WM 2005, 909 f.

⁹⁵ Vgl. *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984), unter Verweis auf *Puma v. Marriott*, 283 A.2d 693, 695 (Del. Ch. 1971).

⁹⁶ *In re The Walt Disney Co. Derivative Litigation*, 907 A.2d 693, 746–747 (Del. Ch. 2005): „This presumption can be rebutted by a showing that the board violated one of its fiduciary duties in connection with the challenged transaction. In that event, the burden shifts to the director defendants to demonstrate that the challenged transaction was ‘entirely fair’ to the corporation and its shareholders.“

⁹⁷ Ausführlich zur Beweislast nach § 1-831 Louisiana Business Corporation Act 2014 (LBCA), der fast wortgleich auf § 8.31 RMBCA basiert: *Wolfe*, Loy. L. Rev. 60 (2014) 523, 533 f.

Schaden und die Kausalität zu.⁹⁸ Sie regeln jedoch nicht, was geschieht, wenn dieser Beweis gelingt. Aufschlussreich ist insofern aber Anmerkung *d.* zu § 4.01, wonach in diesem Fall das Verhalten des Organmitglieds an den allgemeinen Sorgfaltspflichten gemessen wird. Nach Anmerkung *a.* zu § 4.01(d) verfolgen die ALI-Prinzipien damit ausdrücklich den gleichen Ansatz wie die Gerichte Delawares. Allein die dortige Bezeichnung der Business Judgment Rule als *presumption* lehnen die ALI-Prinzipien ab, da dies missverstanden werden könnte als unwiderlegliche Vermutung oder als besonderes Beweismaß.⁹⁹

Als Zwischenfazit ist damit festzuhalten: Für den Bereich unternehmerischen Handelns enthält die Business Judgment Rule sowohl eine Vorschrift des materiellen Rechts als auch eine Beweislastregel.¹⁰⁰ Als letztere weist sie dem Anspruchsteller die Beweislast für einen Verstoß gegen ihre materiellen Vorgaben zu. Bewegt sich das Organmitglied außerhalb der Business Judgment Rule, gilt ein auf Inhalt und Ergebnis der Entscheidung bezogener Überprüfungsmaßstab, wobei nun umgekehrt das Organmitglied die *entire fairness* zu beweisen hat.¹⁰¹

Ein Anspruchsteller ist damit in den USA in durchaus weiterem Umfang beweisbelastet als hierzulande. In seiner Habilitationsschrift hat *von Hein* hierfür verschiedene Erklärungsansätze entwickelt: die aus anderen Gründen größere Gefahr der gerichtlichen Inanspruchnahme der Geschäftsleiter in den USA, die Möglichkeit einer *pre-trial discovery* durch den Kläger, die risikoaversere normative Grundhaltung des deutschen Aktienrechts in der Ausrichtung des Vorstandshandelns, die Verpflichtung der *directors* zur Berücksichtigung der Aktionärsinteressen und die größere Kapitalmarkteffizienz in den USA.¹⁰²

⁹⁸ Vgl. *Knepper/Bailey*, *Liability of Corporate Officers and Directors*, Nachtrag 2015, § 2.10, S. 2-44.

⁹⁹ Kritik am Begriff der *presumption* auch in Anm. *g.* zu § 4.01 der ALI-Prinzipien sowie in der Reporter's Note zu § 4.01(d), Nr. 2 der ALI-Prinzipien; ferner *In re Bal Harbour Club, Inc.*, 316 F.3d 1192, 1195 (11th Cir. 2003): „In using the word ‘presumption’ or ‘presumed’ in articulating the business judgment rule, the courts have not intended to create a presumption in the classical procedural sense – as a vehicle that puts the burden of going forward with the evidence on the party without the burden of proof. Rather, the courts are merely expressing the substantive rule of director liability.“

¹⁰⁰ Vgl. *McMullin v. Beran*, 765 A.2d 910, 916–917 (Del. 2000); *Cinerama, Inc. v. Technicolor, Inc.*, 663 A.2d 1156, 1162 (Del. 1995); *Cede & Co. v. Technicolor, Inc. (Cede II)*, 634 A.2d 345, 360 ff. (Del. 1993); *Citron v. Fairchild Camera & Instrument Corp.*, 569 A.2d 53, 64 (Del. 1989); ferner *Radin*, *The Business Judgment Rule*, Bd. I, S. 57 ff.

¹⁰¹ Aus der Rspr. vgl. *In re Croton River Club, Inc.*, 52 F.3d 41, 44 (2d Cir. 1995); *Cede & Co. v. Technicolor, Inc. (Cede II)*, 634 A.2d 345, 368 (Del. 1993); *Nixon v. Blackwell*, 626 A.2d 1366, 1376 (Del. 1993); *Weinberger v. UOP, Inc.*, 457 A.2d 701, 703 (Del. 1983); ausführlich *Radin*, *The Business Judgment Rule*, Bd. I, S. 62 ff.

¹⁰² Vgl. *von Hein*, *Die Rezeption des US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland*, S. 922 ff.; kritisch *Paefgen*, *NZG* 2009, 891, 894 f.; gegenüber ersterem Erklärungsansatz auch *Hopt*, *FS Roth*, S. 225, 234 („Vergleich wohl doch zu grobschlächtig“).

Dem lassen sich noch einige weitere Begründungen zur Seite stellen. Zumindest zwei Aspekte erschweren die Anspruchsdurchsetzung auch jenseits der Beweislast des Anspruchstellers für einen Verstoß gegen die Business Judgment Rule; ein dritter Aspekt relativiert dessen Darlegungs- und Beweislast jedoch wiederum beträchtlich.

Erstens trifft einen derivativ klagenden Aktionär – den regelmäßigen Anspruchsteller in den USA – bereits hinsichtlich seines *standings* eine erhöhte Darlegungslast. Nach Federal Rule of Civil Procedure 23.1 sowie entsprechenden bundesstaatlichen Regelungen (wie Rule of the Court of Chancery of the State of Delaware 23.1 (a)) ist ein Aktionär erst „klagebefugt“, wenn er die Gesellschaft zur Geltendmachung des Organhaftungsanspruchs aufgefordert hat (*demand*) und dieses Verlangen zu Unrecht zurückgewiesen wurde (*wrongful refusal*).¹⁰³ Von diesem *demand*-Erfordernis gewähren manche Bundesstaaten sowie § 7.42 RMBCA und § 7.03(b) der ALI-Prinzipien keine Ausnahme (*universal demand rule*).¹⁰⁴ Delaware und zahlreiche andere Bundesstaaten entbinden den Aktionär jedoch von der Notwendigkeit einer Klageaufforderung, wenn der *board of directors* wohl ohnehin nicht unvoreingenommen entscheiden würde (*demand futility oder demand excused*).¹⁰⁵ Doch gleich ob der Aktionär sich auf *wrongful refusal* oder *demand futility* stützt – in jedem Fall trifft ihn hierbei eine erhöhte Substantiierungslast.¹⁰⁶ Pauschales Vorbringen reicht nicht, erforderlich sind vielmehr „*facts [...] alleged with particularity*“¹⁰⁷. Ein *discovery*-Verfahren¹⁰⁸ kann der Aktionär in diesem Prozessstadium regelmäßig aber noch nicht anstrengen.¹⁰⁹ Er verfügt lediglich über Einsichtsrechte in gewisse Gesellschaftsunterlagen (vgl. etwa § 220

¹⁰³ Die Regel geht bereits zurück auf *Hawes v. Oakland*, 104 U.S. 450 (1882); zu den einzelnen bundesstaatlichen Regelungen vgl. *Cox/Hazen, Corporations*, § 15:7, Bd. III, S. 140 mit Fn. 1; zur „eigentümlichen Gemengelage von einzelstaatlichem und Bundesrecht“ *Merkt*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, S. 598 f.

¹⁰⁴ Näher *Bainbridge, Corporate Law*, S. 239 ff.; *Gevurtz, Corporation Law*, S. 431 ff.

¹⁰⁵ Vgl. *Radin, The Business Judgment Rule*, Bd. III, S. 3866 ff.

¹⁰⁶ Vgl. etwa *Levine v. Smith*, 591 A.2d 194, 207, 210 (Del. 1991); *White v. Panic*, 783 A.2d 543, 546 (Del. 2001): „heightened pleading requirements“; ferner *Radin, The Business Judgment Rule*, Bd. III, S. 3866 ff.

¹⁰⁷ *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 808 sowie 814 f. (Del. 1984); mit Beispielen aus der Rspr. *Merkt*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, S. 610 f.

¹⁰⁸ Dazu *Dessem, Pretrial Litigation in a nutshell*, S. 129 ff.

¹⁰⁹ Vgl. *Levine v. Smith*, 591 A.2d 194, 210 (Del. 1991): „To hold as Levine suggests [i.e. to allow discovery] would be a complete abrogation of the principles underlying the pleading requirements of Rule 23.1.“; ferner *American Bar Association* (Hrsg.), *Model Business Corporation Act Annotated*, Bd. II, Official Comment zu § 7.44 RMBCA, S. 7-362; *Radin, The Business Judgment Rule*, Bd. III, S. 3875 ff.; anders jedoch in New York, vgl. *Schmidt v. Magnetic Head Corp.*, 476 N.Y.S.2d 151, 159 (1984); *Auerbach v. Bennett*, 408 N.Y.S.2d 83, 88 (1978).

DGCL).¹¹⁰ Jedenfalls nach Ansicht des Delaware Supreme Court könne er dadurch aber seiner erhöhten Substantiierungslast genügen.¹¹¹

Eine zweite Hürde erwartet den Kläger in Gestalt von Haftungsausschlüssen. Bereits seit der als zu streng empfundenen Verurteilung eines Geschäftsleiters in *Smith v. Van Gorkum*¹¹² im Jahr 1985 kann der Gesellschaftsvertrag in den meisten Gliedstaaten die Innenhaftung für Verletzungen der Sorgfaltspflicht weitgehend ausschließen (vgl. etwa § 102(b)(7) DGCL von 1986).¹¹³ Die Beweislast für das Eingreifen eines solchen Haftungsausschlusses traf aber traditionell das Organmitglied,¹¹⁴ da es eine *affirmative defense* geltend machte.¹¹⁵ Neuere Gesetze, wie etwa § 1-832 Louisiana Business Corporation Act (LBCA) von 2014, beschränken jedoch teilweise die Haftung automatisch, ohne dass es eigens einer entsprechenden Satzungsregelung bedürfte. Der Haftungsausschluss ist in diesen Gliedstaaten daher nicht mehr die Ausnahme, sondern die Regel.¹¹⁶ Wenn ein Organmitglied eine Haftungsbeschränkung geltend macht, beruft es sich folglich nicht mehr auf eine *affirmative defense*, für die es die Beweislast tragen würde. Vielmehr muss nun umgekehrt der Kläger versuchen, die Haftungsbeschränkung anzugreifen.¹¹⁷

Die Darlegungs- und Beweisanforderungen an den Kläger im Rahmen der Business Judgment Rule, des *demand*-Erfordernisses und der gesetzlichen Haftungsbeschränkungen scheinen nach alledem sehr hoch. Übersehen wird jedoch regelmäßig das niedrige Regelbeweismaß in den USA. Wie in England braucht die beweisbelastete Partei das Gericht nicht zu überzeugen. Es reicht,

¹¹⁰ Im Einzelnen dazu *Radin*, The Business Judgment Rule, Bd. IV, S. 4971 ff.; aus dem deutschen Schrifttum *Merkt*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, S. 404 ff.

¹¹¹ Vgl. *Beam v. Stewart*, 845 A.2d 1040, 1056 (Del. 2004); *Brehm v. Eisner*, 746 A.2d 244, 266 (Del. 2000); *Scattered Corp. v. Chicago Stock Exchange, Inc.*, 701 A.2d 70, 78 (Del. 1997); *Grimes v. Donald*, 673 A.2d 1207, 1216 n. 11 (Del. 1996); *Rales v. Blasband*, 634 A.2d 927, 934 n. 10 (Del. 1993); abw. *Merkt*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, S. 608: Mit dem Verbot einer *pretrial discovery* werde es dem Aktionär „praktisch unmöglich gemacht, seiner Beweispflicht zu genügen.“

¹¹² 488 A.2d 858 (Del. 1985).

¹¹³ Eingehend *Balotti/Finkelstein*, The Delaware Law of Corporations & Business Organizations, § 4.13[B]; *Baumann*, Corporations Law and Policy, S. 692 ff.; aus dem deutschen Schrifttum *Fleischer*, WM 2005, 909, 910.

¹¹⁴ Vgl. *In re The Walt Disney Co. Derivative Litigation*, 907 A.2d 693, 752 f. (Del. Ch. 2005); aus dem deutschen Schrifttum *Fleischer*, WM 2005, 909, 910; v. *Hein*, Die Rezeption des US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland, S. 919.

¹¹⁵ Vgl. *Emerald Partners v. Berlin*, 726 A.2d 1215, 1223 f. (Del. 1999); *Malpiede v. Townson*, 780 A.2d 1075, 1092 (Del. 2001).

¹¹⁶ Gerade umgekehrt ist nun eine satzungsmäßige Beschränkung des Haftungsausschlusses die Ausnahme, vgl. die einleitenden Worte von § 1-832 LBCA: „Except to the extent that the articles of incorporation limit or reject the protection against liability provided by this Section, no director or officer shall be liable [...]“.

¹¹⁷ Vgl. *Wolfe*, Loy. L. Rev. 60 (2014) 523, 548.

wenn sie eine überwiegende, 50 % übersteigende Wahrscheinlichkeit aufzeigt – die sog. *preponderance of evidence*.¹¹⁸ Mangels anderer Bestimmungen gilt dieses Regelbeweismaß auch im Organhaftungsprozess.¹¹⁹ Nach einer plastischen anwaltlichen Schilderung würde der Delaware Court of Chancery daher niemals eine Klage abweisen, wenn der Kläger nur mehr als ein „Fünkchen“ glaubhaften Beweises vorgelegt habe. Sobald der Kläger einmal das Hauptsacheverfahren erreicht habe, wäre es für die beklagten Organmitglieder töricht zu glauben, dass sie die Vermutung der Business Judgment Rule von der Notwendigkeit entbinde, rechtfertigende Beweise vorzulegen.¹²⁰

III. Zwischenbefund

Damit trägt in England und den USA zwar die Gesellschaft oder der derivativ klagende Aktionär (jedenfalls im Ausgangspunkt) die Beweislast. Das Beweismaß, das der Kläger überwinden muss, ist im Vergleich zum deutschen Recht aber deutlich abgesenkt. England und die USA beschreiten damit einen Mittelweg zwischen den unter A. und B. vorgestellten Polen. Gleichzeitig zeigen die beiden Länder einen Weg auf, um Beweislastentscheidungen insgesamt in ihrer Bedeutung zu reduzieren.

D. Beweislastverteilung nach Billigkeitsgesichtspunkten im Einzelfall

Der Trend zur Mitte setzt sich bei denjenigen Rechtsordnungen fort, die die Beweislast weder strikt der Gesellschaft noch strikt dem Organmitglied zuweisen.

¹¹⁸ Grundlegend *Addington v. Texas*, 441 U.S. 418, 423 (1979); vgl. *O'Malley/Grenig/Lee*, Federal jury practice and instructions, § 166.51.

¹¹⁹ Vgl. *Drexler/Black/Sparks*, Delaware Corporation Law and Practice, 2015 Supp., § 15.04, S. 15-11 f.: „[T]here is nothing in the case law to suggest that the conventional ‘preponderance of evidence’ rule generally applicable in civil litigation is not applicable to efforts to rebut the business judgment presumption“; ferner *Ward/Welch/Turezyn*, in: *Folk on the Delaware General Corporation Law*, § 141.2.2.1.

¹²⁰ *Drexler/Black/Sparks*, Delaware Corporation Law and Practice, 2015 Supp., § 15.04, S. 15-12: „In practice, the Court of Chancery will virtually never dismiss a case at the close of the plaintiff’s presentation at trial, if more than a scintilla of credible evidence supporting imposition of liability has been presented. [...] [I]f a plaintiff succeeds in reaching the trial stage, it would be foolhardy for the defendant directors to assume that the business judgment presumption relieves them of the need to present evidence which explains and justifies the challenged transaction.“

I. Niederlande

Ein Beispiel für eine solch flexible Lösung enthält das niederländische Recht. Grundlage der Innenhaftung ist für sämtliche juristischen Personen Art. 2:9 Burgerlijk Wetboek (BW).¹²¹ Nach einer Grundsatzentscheidung des Hoge Raad haftet ein Organmitglied danach aber nicht für jedes rechtswidrige Verhalten (*onbehoorlijk bestuur*), sondern nur im Falle eines darüber hinausgehenden, ernststen Vorwurfs (*ernstig verwijt*).¹²² Für die Beweislast gilt die allgemeine Regel des Art. 150 Wetboek van Burgerlijk Rechtsvordering (Rv.).¹²³ Danach trägt die Partei, die sich auf Rechtsfolgen der von ihr behaupteten Tatsachen oder Rechte beruft, die Beweislast für diese Tatsachen oder Rechte, es sei denn, aus einer besonderen Regel oder den Geboten der *redelijkheid en billijkheid* folgt eine andere Verteilung der Beweislast. Für die Organhaftung existiert keine besondere Regel im Sinne dieser Norm. Daher trifft grundsätzlich die Gesellschaft die Beweislast für alle anspruchsbegründenden Tatsachen, insbesondere das rechtswidrige Verhalten und den ernststen Vorwurf – sofern das Gericht dies nicht für unredlich oder unbillig hält.¹²⁴

Bereits im Vorgriff zum nachfolgenden Abschnitt E. sei angemerkt, dass die – für die Beweislast in anderen Rechtsordnungen zentrale¹²⁵ – Unterscheidung zwischen Erfolgspflichten (*resultaatsverbintenis*) und Handlungspflichten (*inspanningsverbintenis*) in Art. 6:74 Abs. 1 BW durchaus angelegt ist. In den Niederlanden bleibt sie indes ohne Auswirkung auf die Beweislast.¹²⁶ Die Beweislast liegt daher im Ausgangspunkt stets bei der Gesellschaft, gleich ob die Verletzung einer Erfolgs- oder einer Handlungspflicht im Raum steht. Abweichungen hiervon kann nur der Richter aus Gründen der Redlichkeit und Billigkeit anordnen. Einer generellen, gesetzlichen Beweislastumkehr scheint man dagegen ablehnend gegenüberzustehen. Als im Jahr 2003 der damalige Vorsitzende der niederländischen Finanzmarktaufsichtsbehörde AFM, *Arthur Docters*

¹²¹ Vgl. *Bervoets*, in: Kalss (Hrsg.), Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern, S. 593, 609.

¹²² Vgl. HR, 10.1.1997, NJ 1997, 360 – Staleman/Van den Ven; dazu *Bervoets*, in: Kalss (Hrsg.), Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern, S. 593, 609 ff.

¹²³ Vgl. *Gerner-Beuerle/Paech/Schuster*, LSE Study on Directors' Duties and Liability, Annex, A 623.

¹²⁴ Vgl. für den Fall eines Kassenfehlbestands HR, 10.12.1999, NJ 2000, 6 sub 4.3.2 und 2.1 (noch zu Art. 177 Rv. als Vorgänger des Art. 150 Rv.); ferner *Bervoets*, in: Kalss (Hrsg.), Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern, S. 593, 629; *Lennarts/Roest*, in: Nieuwenhuis/Stolker/Valk (Hrsg.), Burgerlijk Wetboek, Art. 2:9 Rn. 3; *Schild/Timmerman*, WPNR 2014/7011, S. 270 ff.; speziell zur Beweislast der Gesellschaft für die Kausalität vgl. *Asser/Maeijer/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II** 2009, Nr. 450.

¹²⁵ Vgl. insoweit die Ausführungen zu Frankreich, Belgien und Italien unter Kapitel 5 – E, S. 168 ff.

¹²⁶ Vgl. *Briesskorn*, Vertragshaftung und responsabilité contractuelle, S. 143, 154 f.; *Olt-hof*, in: Nieuwenhuis/Stolker/Valk (Hrsg.), Burgerlijk Wetboek, Art. 6:74 Rn. 2.

von Leeuwen, in einem Vortrag einmal eine solche Beweislastumkehr ins Spiel brachte, erntete er prompt Kritik für diese „radikalste“ aller Lösungen.¹²⁷

II. Tschechien

Eine im Vergleich zu den Niederlanden genau umgekehrte – in sich aber ebenso flexible – Regelung enthält das neue tschechische Gesetz über Handelskorporationen.¹²⁸

Von 2001 bis Ende 2013 kehrte § 194 Abs. 5 Satz 2 des tschechischen HGB (obchodní zákoník) die Beweislast hinsichtlich der Pflichtverletzung um. Die Gesellschaft brauchte daher lediglich den Schaden und die Kausalität zu beweisen; für das sorgfaltsgemäße Handeln traf hingegen das Organmitglied die Beweislast.¹²⁹ Als Grund hierfür wurde – wie für § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG – die größere Beweishöhe des Organmitglieds angeführt.¹³⁰

Mit dem 1. Januar 2014 trat jedoch neben einem neuen Bürgerlichen Gesetzbuch (občanský zákoník) ein neues Gesetz über Handelskorporationen (zákon o obchodních korporacích, ZOK) in Kraft. Die größte Änderung des tschechischen Rechts der letzten zwanzig Jahre¹³¹ brachte auch für die Beweislast bei der Organhaftung eine Neuerung: Wird nunmehr in einem Gerichtsverfahren beurteilt, ob ein Organmitglied einer Handelskorporation¹³² mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns gehandelt hat, so trägt nach § 52 Abs. 2 ZOK die Beweislast dieses Mitglied, „es sei denn, das Gericht entscheidet, dass dies von ihm gerechterweise nicht verlangt werden kann.“¹³³ Wie bisher trägt also zwar grundsätzlich das Organmitglied die Beweislast für die Einhaltung der erforderlichen Sorgfalt.¹³⁴ Neu ist jedoch der letzte Halb-

¹²⁷ Vgl. den heutigen Generalanwalt beim Hoge Raad, *Timmerman*, *Ondernemingsrecht* 2003, 599 unter dem Titel „Dit moet niet!“ (Das muss nicht sein!); vgl. *Bervoets*, in: Kalss (Hrsg.), *Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern*, S. 593, 629.

¹²⁸ Für die Übersetzung tschechischer Quellen gilt mein Dank *Bettina Mia Bujňáková*.

¹²⁹ Vgl. *Nejvyššího soudu* (Oberster Gerichtshof), 31.3.2015, 29 Cdo 440/2013, ECLI: CZ:NS:2015:29.CDO.440.2013.1; ebenso *Gerner-Beuerle/Paech/Schuster*, *LSE Study on Directors' Duties and Liability*, Annex, A 183; *Rada/Hanslik*, in: Kalss (Hrsg.), *Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern*, S. 909, 932 f.; *Wünsch/Peckl*, *WiRO* 2004, 230, 234.

¹³⁰ Vgl. *Rada/Hanslik*, in: Kalss (Hrsg.), *Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern*, S. 909, 933.

¹³¹ So *Schneider/Dubanská*, *GmbH* 2014, 471.

¹³² Die §§ 51 ff. ZOK gelten als Teil des Ersten Buches einheitlich für die Organhaftung in sämtlichen Handelskorporationen.

¹³³ So die amtliche deutsche Übersetzung unter <<http://obcanskyzakonik.justice.cz/in dex.php/home/zakony-a-stanoviska/preklady/deutsch>>.

¹³⁴ Ebenso die Gesetzesbegründung zum ZOK, S. 24, abrufbar unter <<http://obcanskyzakonik.justice.cz/images/pdf/Duvodova-zprava-k-ZOK.pdf>>.

satz des § 52 Abs. 2 ZOK, wonach das Gericht aus Gerechtigkeitsgründen entscheiden kann, dem Organmitglied die Beweislast nicht aufzuerlegen.¹³⁵

Die Gesetzesbegründung schweigt sich zum neuen § 52 Abs. 2 letzter Halbsatz ZOK bedauerlicherweise aus.¹³⁶ Sie stellt jedoch klar, dass die Beweislast auch im Rahmen der Business Judgment Rule bei der handelnden Person liegt. Zur Begründung heißt es, dass eine (unternehmerische) Entscheidung ein Unterfall einer Handlung sei. Nicht jede Handlung sei also zwingend eine Entscheidung, eine Entscheidung sei jedoch stets eine Handlung – und deshalb übertrage das Gesetz die Beweislast auch hinsichtlich der (unternehmerischen) Entscheidung dem Handelnden.¹³⁷

In der Literatur wartet man gespannt ab, inwieweit die Rechtsprechung von der Möglichkeit einer Beweislastabänderung nach § 52 Abs. 2 letzter Halbsatz ZOK Gebrauch machen wird. Als denkbaren Anwendungsbereich erwägt man Fälle, in welchen die Gesellschaft selbst etwa aufgrund besonderer Kenntnisse unschwer nachweisen könnte, dass die Sorgfaltspflicht verletzt wurde.¹³⁸ Rechtsanwälte empfehlen Organmitgliedern einstweilen, der Beweisbarkeit – trotz der nun möglichen richterlichen Abweichung von der grundsätzlichen Beweislastumkehr – besondere Aufmerksamkeit zu widmen, mithin sorgfältig zu dokumentieren und Beweise zu sichern.¹³⁹

III. Zwischenbefund

Mit Art. 150 Rv. und § 52 Abs. 2 ZOK nähern sich die Niederlande und Tschechien aus zwei unterschiedlichen Richtungen der Mitte an. Während in den Niederlanden grundsätzlich die Gesellschaft sämtliche Anspruchsvoraussetzungen beweisen muss, trifft das Organmitglied in Tschechien (wie hierzulande) eine Beweislastumkehr für Pflichtverletzung und Verschulden. Richter beider Rechtsordnungen dürfen die Beweislast jedoch aus eigener Machtvollkommenheit abweichend verteilen, wenn ihnen die gesetzliche Risikoverteilung im Einzelfall unbillig erscheint. Auch ein solcher Ansatz wurde in der deutschen Diskussion bislang noch nicht erwogen.

¹³⁵ Ebenfalls auf diese Neuerung hinweisend *Schneider/Dubanská*, GmbHR 2014, 471, 474.

¹³⁶ Vgl. die Gesetzesbegründung zum ZOK, S. 24.

¹³⁷ Ebenda.

¹³⁸ So *Schneider/Dubanská*, GmbHR 2014, 471, 474.

¹³⁹ Vgl. *Petr/Zrzavecký*: Odpovědnost členů volených orgánů obchodní společnosti po rekodifikaci – změna k lepšímu? (Die Verantwortung der Mitglieder gewählter Organe der Handelsgesellschaften nach der Rekodifikation – Veränderung zum Besseren?), Beitrag vom 2.4.2014, ID: 93832, online auf epravo.cz.

E. Beweislastverteilung je nach Art der angeblich verletzten Pflicht

Einen vermittelnden, aber weniger flexiblen Lösungsweg verfolgen ferner diejenigen Rechtsordnungen, in denen die Beweislastverteilung von der Art der verletzten Pflicht abhängt.

I. Frankreich

Den Urtypus dieser Rechtsordnungen repräsentiert Frankreich.

Die dortigen Anspruchsgrundlagen der Organhaftung enthalten selbst keine Beweislastregelung.¹⁴⁰ Daher greifen die allgemeinen Beweislastgrundsätze in Art. 9 Code de procédure civile (CPC) und seit 2016 ergänzend in Art. 1353 Code civile (C. civ.)¹⁴¹. Danach hat grundsätzlich die Gesellschaft als Anspruchstellerin alle anspruchsbegründenden Tatsachen nachzuweisen – nach der dreigliedrigen französischen Haftungsdogmatik also die *faute*, den Schaden und die Kausalität.¹⁴²

Obwohl danach im Ausgangspunkt die Gesellschaft die Beweislast auch für die *faute* trägt,¹⁴³ gelten dabei doch unterschiedliche Anforderungen je nach Art der verletzten Pflicht. Konkret unterscheidet man in Frankreich zwischen bloßen *obligations de moyens*, also bloßen Verhaltenspflichten, und *obligations de résultat*, also erfolgsorientierten Pflichten. Die Zweiteilung wurde von René Demogue (1872–1938) – einem Zeitgenossen von *Josserand*, *Planiol* und *Ripert*¹⁴⁴ – entwickelt, später verfeinert¹⁴⁵ und prägt nunmehr das ge-

¹⁴⁰ Vgl. im Einzelnen Art. L. 225-251 C. com. (für die monistische *société anonyme*, SA), Art. L. 225-256 C. com. i.V.m. Art. L. 225-251 C. com. und Art. L. 225-257 C. com. (für die dualistische SA), Art. L. 223-22 C. com. (für die *société à responsabilité limitée*, SARL) und Art. 1850 C. civ. (für alle Handelsgesellschaften) sowie als spezielle Anspruchsgrundlage in der Insolvenz die *action en responsabilité par insuffisance d'actif* nach Art. L. 651-2 C. com.

¹⁴¹ Eingeführt durch Ordonnance Nr. 2016-131 vom 10.2.2016; zum Verhältnis zu Art. 9 CPC vgl. *Chainais/Ferrand/Guinhard*, Procédure civile, S. 455.

¹⁴² Vgl. *Guyon*, Droit des affaires, Bd. I, Droit commercial général et sociétés, S. 494; *Redenius-Hoevermann*, La responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et droit allemand, S. 76, 80.

¹⁴³ Ausdrücklich etwa *Arlt*, in: Kalss (Hrsg.), Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern, S. 467, 493; *Guyon*, Droit des affaires, Bd. I, Droit commercial général et sociétés, S. 492.

¹⁴⁴ Vgl. *Jamin*, RIEJ 56 (2006), 5.

¹⁴⁵ Vgl. *Esmein*, RTD civ. 1933, 627; *Frossard*, La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat, passim; *Mazeaud/Mazeaud/Tunc*, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Bd. I, S. 114 ff.; *Planqueel*, RTD civ. 1972, 334 f.; *Tunc*, JCP 1945, I, Nr. 449.

samte französische Haftungsrecht.¹⁴⁶ Ihre Bedeutung liegt aber gerade in der Beweislastverteilung: Nur bei einer *obligation de moyens* trägt der Gläubiger die Beweislast für die *faute*. Dagegen wird die *faute* bei einer *obligation de résultat* vermutet, sodass hier der Schuldner das Fehlen einer *faute* beweisen muss. Über die dogmatische Erklärung herrscht Streit; verbreitet ist jedoch die Annahme, eine solche Beweislastverteilung entspreche dem typisierten Parteiwillen.¹⁴⁷

Diese Unterscheidung gilt auch im Organhaftungsrecht: Eine *faute de gestion* muss durch die Gesellschaft bewiesen werden, da insoweit nur eine *obligation de moyens* besteht.¹⁴⁸ Bei einem Verstoß gegen eine Legalitätspflicht (*violation de la loi ou des statuts*), die eine *obligation de résultat* darstellt, wird die *faute* dagegen vermutet.¹⁴⁹ In der französischen Literatur wird die Differenzierung allgemein akzeptiert. Allein ausländische Beobachter üben vereinzelt Kritik. So werde etwa die Unterscheidung von Verhaltens- und Erfolgspflichten nicht stets stringent durchgeführt¹⁵⁰ und in der Praxis komme es wegen des schwer zu führenden *faute*-Beweises (bei Verhaltenspflichten) nur sehr selten zu einer Verurteilung eines Geschäftsleiters¹⁵¹.

Schließlich durchzieht die Unterscheidung von *obligation de moyens* und *obligation de résultat* mittlerweile auch die französische Spezialregelung zur Organhaftung nach Eintritt der Insolvenz, die *action en responsabilité pour*

¹⁴⁶ Aus dem deutschen Schrifttum ausführlich *Hils*, Die Unterscheidung zwischen der *obligation de résultat* und der *obligation de moyens*, S. 58 ff.; ferner *Brieskorn*, Vertragshaftung und *responsabilité contractuelle*, S. 140 ff.; *Ferid/Sonnenberger*, Das Französische Zivilrecht, Bd. II, S. 449 f.

¹⁴⁷ Eingehend *Hils*, Die Unterscheidung zwischen der *obligation de résultat* und der *obligation de moyens*, S. 67 ff.

¹⁴⁸ Vgl. C.A. Versailles, 21.1.1993, Rev. soc. 1993, 884; C.A. Versailles, 11.6.1998, Bull. Joly Soc. 1998, 1168, 1169 mit Anm. *Baillo*; C.A. Paris, 7.2.2008, Nr. 05/08826; *Basdevant/Charvériat/Monod*, Le guide de l'administrateur de société anonyme, S. 185; *François/de Frondeville/Marlange*, Dirigeant de société, S. 301; *Gibirila*, Responsabilité civile des dirigeants de sociétés, S. 10.

¹⁴⁹ Vgl. Cass. civ., 26.11.1930, Recueil Sirey 1931, I^{re} Partie, 305, 2^e Esp., mit Anm. *Lagarde*; Cass. crim., 19.8.1997, Bull. crim. 1997, Nr. 285, S. 969; Cass. crim., 24.3.2004, Nr. 03-83345; C.A. Versailles, 21.1.1993, Rev. soc. 1993, 884; *Basdevant/Charvériat/Monod*, Le guide de l'administrateur de société anonyme, S. 185; *François/de Frondeville/Marlange*, Dirigeant de société, S. 301; *Gibirila*, Responsabilité civile des dirigeants de sociétés, S. 10; zusammenfassend *Grosbois*, Responsabilité civile et contrôle de la société, S. 430, 614: „Cette preuve sera plus ou moins difficile à rapporter selon que l'obligation qui pèse sur le débiteur est une obligation de moyens ou de résultat. Dans le premier cas, l'inexécution de l'obligation fait présumer la faute, dans le second, il faudra prouver le manque de prudence ou de diligence de l'auteur du dommage“; gleichsinnig *Germer-Bewerle/Paech/Schuster*, LSE Study on Directors' Duties and Liability, Annex, A 306.

¹⁵⁰ So *Sutschet*, Garantiehaftung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag, S. 186.

¹⁵¹ So *Arlt*, in: Kalss (Hrsg.), Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern, S. 467, 493.

insuffisance d'actif nach Art. L. 651-2 C. com.¹⁵² Zwischenzeitlich hatte ein Gesetz vom Juli 1967¹⁵³ eine globale Vermutung sowohl der *faute* als auch der Kausalität enthalten.¹⁵⁴ Kritiker bemängelten jedoch, dass Dritte aufgrund der Regelung davor zurückschreckten, die Gesellschaft in der schwierigen Lage zu unterstützen; denn diese würden eine Qualifizierung als faktisches Organ und sodann eine Haftung aufgrund der Beweislastumkehr befürchten.¹⁵⁵ Als ein belgischer Gesetzesentwurf zehn Jahre später eine entsprechende Regelung vorsah,¹⁵⁶ erhob sich dort ein Sturm des Protests in der Geschäftswelt.¹⁵⁷ Der belgische Gesetzgeber sah daraufhin von einer Beweislastumkehr nach französischem Vorbild ab.¹⁵⁸ Doch auch in Frankreich selbst sollte die doppelte Beweislastumkehr bald darauf, im Januar 1985, abgeschafft werden.¹⁵⁹ Seither indiziert das bloße Vorliegen eines Verlusts nicht mehr eine *faute*; vielmehr ist diese nun nach den allgemeinen Regeln zu beweisen.¹⁶⁰

II. Belgien

Nachdem Frankreich den Sonderweg einer Beweislastumkehr im Insolvenzbereich aufgegeben hat, gleicht die belgische Beweislastverteilung in der Sache nun wieder vollständig der französischen.

¹⁵² Zur Annäherung der Haftung der Geschäftsleiter insolventer Gesellschaften an die Haftung der Geschäftsleiter solventer Gesellschaften vgl. *Messai-Bahri*, La responsabilité civile des dirigeants sociaux, S. 142 f.

¹⁵³ Art. 99 Abs. 3 loi n° 67-253 du 13 juillet 1967: „Pour dégager leur responsabilité, les dirigeants impliqués doivent faire la preuve qu'ils ont apporté à la gestion des affaires sociales toute l'activité et la diligence nécessaires.“

¹⁵⁴ Vgl. *Messai-Bahri*, La responsabilité civile des dirigeants sociaux, S. 142; *Redenius-Hoevermann*, La responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et droit allemand, S. 177.

¹⁵⁵ Vgl. *Saint-Alary-Houin*, Droit des entreprises en difficulté, Anm. 1084 („anti-économique“); *Redenius-Hoevermann*, La responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et droit allemand, S. 177.

¹⁵⁶ Vgl. Projet de loi de réorientation économique, Document parlementaire, Sénat, 1977-1978, Nr. 415/1, Art. 91 Abs. 2 (S. 123): „Ils sont exonérés de cette responsabilité s'ils prouvent qu'ils ont apporté à la gestion de la société la diligence requise d'un mandataire salarié.“

¹⁵⁷ Vgl. *Goffin*, Responsabilités des dirigeants de sociétés, S. 266.

¹⁵⁸ Vgl. den Bericht der *Commission spéciale du Sénat*, Document parlementaire, Sénat, 1977-1978, Nr. 415/2, Art. 91 (S. 151); zu den gleichzeitig geänderten materiellen Voraussetzungen nunmehr in Art. 265, 409 und 530 Code des Sociétés (Erfordernis einer *faute grave et caractérisée*) vgl. *Goffin*, Responsabilités des dirigeants de sociétés, S. 266, 271 ff.

¹⁵⁹ Vgl. Art. 180 Abs. 1 loi n° 85-98 du 25 janvier 1985; heute Art. 651-2 C. com.

¹⁶⁰ Vgl. Cass. com., 17.11.1992, Rev. soc. 1993, 866; C.A. Versailles, 21.1.1993, Rev. soc. 1993, 884; *Messai-Bahri*, La responsabilité civile des dirigeants sociaux, S. 142; ferner *Redenius-Hoevermann*, La responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et droit allemand, S. 178.

Stets hat die Gesellschaft Schaden und Kausalität¹⁶¹ zu beweisen.¹⁶² Hinsichtlich der Beweislast für die *faute* ist dagegen wie im Nachbarland nach der Art der verletzten Pflicht zu differenzieren. Die Differenzierung geht in Belgien aber sogar soweit, dass der Code des sociétés (C. soc.) unterschiedliche Anspruchsgrundlagen bereithält für die Verletzung einer *faute de gestion* einerseits¹⁶³ und für Verstöße gegen Gesetz oder Gesellschaftsvertrag andererseits¹⁶⁴. Für *fautes de gestion* greift keine Umkehr der Beweislast, sodass die Gesellschaft diese Pflichtverletzungen selbst beweisen muss.¹⁶⁵ Sobald hingegen ein Gesetzes- oder Satzungsverstoß festgestellt ist, liegt auch eine *faute* vor.¹⁶⁶

Unterschiede zu Frankreich bestehen vor allem in terminologischer Hinsicht: Denn obwohl das Begriffspaar *obligation de moyens/obligation de résultat* grundsätzlich auch im belgischen Recht bekannt ist,¹⁶⁷ findet es bei der Organhaftung kaum Verwendung.¹⁶⁸

III. Italien

Dieses Phänomen zeigt sich in ähnlicher Form auch in Italien.

Die Anspruchsgrundlagen der Organhaftung in der *società per azioni* (Art. 2392 Codice civile, C.c.) und der *società a responsabilità limitata* (Art. 2476 Abs. 1 C.c.) enthalten keine Beweislastregelung. Daher kommt die

¹⁶¹ Die Beweislastumkehrungen in Art. 633 Abs. 5 C. soc. und Art. 98 Abs. 3 C. soc. betreffen Spezialfälle der Außenhaftung, dazu etwa *Magnus*, in: *Commentaire systématique du Code des sociétés*, 28. EL, 12.3.2013, Art. 528 Rn. 29 ff.

¹⁶² Vgl. *Delvaux*, in: *Commentaire systématique du Code des sociétés*, 38. EL, 31.5.2016, Art. 263 – 4; *dies.*, in: Coipel (Hrsg.), *Droit des sociétés commerciales*, Bd. I, S. 701, 748; *dies.*, in: *Guide juridique de l'entreprise*, Bd. II, Buch 24bis.3, S. 50; *Magnus*, in: *Commentaire systématique du Code des sociétés*, 28. EL, 12.3.2013, Art. 528 Rn. 18.

¹⁶³ Im Einzelnen Art. 262 C. soc. für die *société privée à responsabilité limitée (SPRL)*, Art. 408 Abs. 1 C. soc. für die *société coopérative à responsabilité limitée (SCRL)* und Art. 527 C. soc. für die *société anonyme (SA)*.

¹⁶⁴ Im Einzelnen Art. 263 C. soc. für die *SPRL*, Art. 408 Abs. 2 C. soc. für die *SCRL* und Art. 538 C. soc. für die *SA*.

¹⁶⁵ Vgl. *Delvaux*, in: *Commentaire systématique du Code des sociétés*, 38. EL, 31.5.2016, Art. 262 – 8 f.; Art. 263 – 5 mit Fn. 2; *dies.*, in: Coipel (Hrsg.), *Droit des sociétés commerciales*, Bd. I, S. 701, 745; *dies.*, in: *Guide juridique de l'entreprise*, Bd. II, Buch 24bis.3, S. 47.

¹⁶⁶ Vgl. *Delvaux*, in: *Commentaire systématique du Code des sociétés*, 38. EL, 31.5.2016, Art. 263 – 4: „Dès que la violation du Code ou des status est établie, la faute existe.“; ebenso *dies.*, in: Coipel (Hrsg.), *Droit des sociétés commerciales*, Bd. I, S. 701, 748; *dies.*, in: *Guide juridique de l'entreprise*, Bd. II, Buch 24bis.3, S. 50; *De Wolf/Stevens*, in: *Jassogne (Hrsg.), Traité pratique de droit commercial*, Bd. IV/2, *Les sociétés*, S. 294.

¹⁶⁷ Vgl. etwa *van Ommeslaghe*, *Droit des obligations*, Bd. II, S. 1186 f.

¹⁶⁸ Vgl. jedoch *Gerner-Beuerle/Paech/Schuster*, *LSE Study on Directors' Duties and Liability*, S. 79 mit folgender Überschrift: „Art. 528 CC (liability for breaches of the CC and the articles, i.e. breaches of an obligation of result)“.

in Art. 2697 C.c. niedergelegte Auffangregel zur Anwendung, nach der der Anspruchsteller alle anspruchsbegründenden Tatsachen zu beweisen hat. Zumindest im Ausgangspunkt hat daher die Gesellschaft Pflichtverletzung und Verschulden sowie Schaden und Kausalität zu beweisen. Für letzteres, Schaden und Kausalität, ist die Rechtslage auch unstrittig.¹⁶⁹ Zur Beweislast für Pflichtverletzung und Verschulden finden sich dagegen teils sogar widersprüchliche Aussagen.

In Rechtsprechung und Literatur ist vielfach zu lesen, die Gesellschaft trage die Beweislast für die Pflichtverletzung und (gleichzeitig) das Organmitglied die Beweislast für die Pflichterfüllung.¹⁷⁰ Versteht man unter „Beweislast“ wie üblich die abstrakte Beweislast, ergibt die Aussage jedoch keinen Sinn. Zu Ende gedacht müsste der Richter nämlich im *non liquet*-Fall sowohl die Klage abweisen (fehlender Pflichtverletzungsbeweis durch die Gesellschaft) als auch der Klage stattgeben (fehlender Pflichterfüllungsbeweis durch das Organmitglied). Die obige Aussage kann sich daher allenfalls auf die konkrete Beweislast der Parteien beziehen. Eine gleichzeitige abstrakte Beweislast der einen Partei für das Vorliegen einer Tatsache und der anderen Partei für deren Nichtvorliegen ist nicht denkbar. Die abstrakte Beweislast kann stets nur eine Partei treffen.

In diesem Sinne sprechen sich andere Literaturstimmen klar für eine Beweislast der Gesellschaft aus.¹⁷¹ Im konkreten Zugriff ist jedoch zu differen-

¹⁶⁹ Vgl. *Briolini*, in: Abbadessa/Portale (Hrsg.), *Le società per azioni*, Bd. I, Art. 2392, S. 1391; *Galgano*, in: ders. (Hrsg.), *Codice civile*, Art. 2392 Rn. 1; *Mondini*, in: Dolmetta/Presti (Hrsg.), s.r.l., Art. 2476 A Rn. 25.

¹⁷⁰ Aus der Rspr.: Cass., I, 24.3.1999, Nr. 2772, Soc. 1999, 1065: „Alla natura contrattuale dell’azione di qua consegue, ancora, che, mentre su chi la promuove grava esclusivamente l’onere di dimostrare la sussistenza delle violazioni ed il nesso di causalità tra queste ed il danno verificatosi, incombe, per converso, su amministratori e sindaci l’onere di dimostrare la non imputabilità a sé del fatto dannoso, fornendo la prova positiva, con riferimento agli addebiti contestati, dell’osservanza dei doveri e dell’adempimento degli obblighi loro imposti“; fast wortgleich Cass., I, 29.10.2008, Nr. 25977, Mass. Giust. civ. 2008, 1534; Cass., I, 27.4.2011, Nr. 9384, Riv. dir. comm. 2012, II, 331; App. Milano, 6.6.2012, Soc. 2012, 972; aus der italienischen Literatur: *Ricci*, in: Cendon (Hrsg.), *Commentario al codice civile*, Art. 2392, S. 704: „[S]ulla società incombe, secondo i principio generali, l’onere della prova dell’inadempimento [...], mentre sugli amministratori incombe l’onere di provare l’insussistenza dell’inadempimento“; ebenso *Calandra Buonauro/Bonafè*, *Giur. comm.* 2008, II, 5, 27; aus dem deutschen Schrifttum *Kindler*, *Italienisches Handels- und Wirtschaftsrecht*, S. 271: „[D]ie Gesellschaft [muss] nur die Pflichtverletzung und den daraus folgenden Schaden beweisen, wohingegen dem Organmitglied der Entlastungsbeweis dahingehend obliegt, dass keine Zurechenbarkeit der Schäden besteht und alle Pflichten erfüllt werden.“

¹⁷¹ So etwa *Briolini*, in: Abbadessa/Portale (Hrsg.), *Le società per azioni*, Bd. I, Art. 2392, S. 1391; *Mondini*, in: Dolmetta/Presti (Hrsg.), s.r.l., Art. 2476 A Rn. 25; *Oelkers*, in: Kalss (Hrsg.), *Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern*, S. 513, 551 f.; *Schnieders*, *Haftungsfreiräume für unternehmerische Entscheidungen in Deutschland und Italien*, S. 172 f.

zieren.¹⁷² Bei Pflichten mit allgemeinem Inhalt müsse die Gesellschaft erst konkretisieren, wie sorgfältiges Verhalten ausgesehen hätte und sodann aufzeigen, dass das tatsächliche Verhalten des Organmitglieds mit diesem Modell nicht in Einklang stand. Bei Pflichten mit spezifischem Inhalt reiche es dagegen aus, wenn die Gesellschaft die angeblich verletzte Regel vorbringe.

Hinsichtlich des Verschuldens herrscht endlich im Wesentlichen Einigkeit darüber, dass die Beweislast stets beim Organmitglied liegt. Auf untergerichtlicher Ebene finden sich zwar auch abweichende Urteile.¹⁷³ Allgemein gilt die Organhaftung in Italien aber als vertragliche Haftung, sodass das Verschulden gem. Art. 1218 C.c. vermutet wird.¹⁷⁴

IV. Zwischenbefund

Frankreich, Belgien und Italien differenzieren hinsichtlich der Beweislast für die Pflichtverletzung nach der Art der betroffenen Pflicht. In Frankreich (und unausgesprochen auch in Belgien) unterscheidet man dabei zwischen erfolgsbezogenen Pflichten, deren Verletzung die Gesellschaft nachweisen muss, und verhaltensbezogene Pflichten, deren Einhaltung das Organmitglied zu beweisen hat. Italien scheint dagegen mit der Differenzierung nach allgemeinem und spezifischem Pflichteninhalt vordergründig in anderen Kategorien zu denken. Der Sache nach entspricht die italienische Unterscheidung von allgemeinen und spezifischen Pflichten jedoch der französischen Zweiteilung von Verhaltens- und Erfolgspflichten. Denn erstere sind in Frankreich nicht nur als *obligations de moyens* bekannt, sondern synonym auch als *obligations générales de prudence et diligence*; zweiteire heißen *obligations de résultat* oder eben auch *obligations déterminées*.¹⁷⁵ Letztlich gilt damit in Italien Gleiches wie in Frankreich und Belgien.

¹⁷² Vgl. *Mondini*, in: Dolmetta/Presti (Hrsg.), s.r.l., Art. 2476 A Rn. 25; gleichsinnig *Briolini*, in: Abbadessa/Portale (Hrsg.), *Le società per azioni*, Bd. I, Art. 2392, S. 1391.

¹⁷³ Vgl. etwa Trib. Padova, 22.8.1989, *Foro pad.* 1990, I, 47; Trib. Milano, 2.11.2004, *GI* 2005, 528; dazu *Ricci*, in: Cendon (Hrsg.), *Commentario al codice civile*, Art. 2392, S. 704: „La giurisprudenza, tuttavia, non è sempre così netta sul punto“.

¹⁷⁴ Vgl. Cass., I, 17.1.2007, Nr. 1045, *Soc.* 2007, 573; Cass. I, 17.11.2006, Nr. 24503, *Mass. Foro it.* 2006; *Bianchi*, *Amministratori e sindaci*, S. 238; *Briolini*, in: Abbadessa/Portale (Hrsg.), *Le società per azioni*, Bd. I, Art. 2392, S. 1391 f.; *Galgano*, *Trattato di diritto civile*, Bd. IV, S. 423; *Mondini*, in: Dolmetta/Presti (Hrsg.), s.r.l., Art. 2476 A Rn. 25; *Tomasi*, in: Maffei Alberti (Hrsg.), *Commentario breve al diritto delle società*, Art. 2392 Rn. I.2.; ebenso *Gerner-Beuerle/Paech/Schuster*, *LSE Study on Directors' Duties and Liability*, Annex, A 479 f.; *Oelkers*, in: Kalss (Hrsg.), *Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern*, S. 513, 551; *Schnieders*, *Haftungsfreiräume für unternehmerische Entscheidungen in Deutschland und Italien*, S. 172.

¹⁷⁵ Vgl. *Mazeaud/Mazeaud/Tunc*, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Bd. I, S. 114.

F. Gesamtschau

Die Beweislastumkehr des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG nimmt nach alledem nicht nur innerhalb der deutschen Rechtsordnung eine Sonderstellung ein. Auch international markiert sie (zusammen mit der überschaubaren Gefolgschaft von Österreich und Portugal) den äußeren Rand des rechtsvergleichenden Panoramas. An dessen gegenüberliegendem Ende weisen Polen, Spanien, Schweden und die Schweiz (sowie der EMCA) die Darlegungs- und Beweislast uneingeschränkt der Gesellschaft zu, wobei man insoweit lediglich aus der Schweiz ein leises Unbehagen vernimmt. Zwischen den beiden Extrema beschreitet Russland einen ersten interessanten Mittelweg, indem es die Darlegungslast hinsichtlich der Pflichtverletzung teilweise dem Organmitglied zuschlägt. Gewissermaßen außen vor sind England und die USA, wo ein niedriges Beweismaß die Bedeutung der Beweislast relativiert. Einen rechtsvergleichenden Impuls setzen die USA allerdings mit Blick auf die Business Judgment Rule, bezüglich derer die Beweislast vom Kläger auf das Organmitglied überwechseln kann. Noch flexiblere Regelungen kennen das niederländische und das tschechische Recht, indem sie jeweils dem Richter die Letztentscheidungsgewalt über die Beweislastverteilung überlassen. Abgerundet wird die komparative Analyse durch einen Blick auf den französisch-italienischen Rechtskreis, der mit der Unterscheidung nach der Art der betroffenen Pflicht einen abstrakt-generell differenzierenden Beitrag in die internationale Diskussion einbringt.

Kapitel 6

Rechtspolitik

Mit dem reichen rechtsvergleichenden Lösungsvorrat im Gepäck gilt die letzte Forschungsstufe möglichen Verbesserungen des nationalen Rechts. Da der Bewegungsspielraum des Kautelarjuristen indes gesetzlich stark eingeschränkt ist (A.), stehen dabei zwangsläufig Vorschläge zur legislatorischen Rechtsgestaltung im Vordergrund (B.).

A. Spielräume *de lege lata*

Grundsätzlich können die Parteien vertraglich von der abstrakten Beweislastverteilung abweichen und so die Rechtsanwendung im Falle eines *non liquet* selbst bestimmen.¹ Derartige Beweislastverträge sind ein Unterfall des Beweisvertrags, ebenso wie etwa der Beweismittel-, Beweiswürdigungs- und Beweismaßvertrag.² Im Unterschied zu manch einem dieser Beweisvertragstypen sind Beweislastverträge nach heute allgemeiner Meinung auch grundsätzlich zulässig.³ Dies folgt bereits aus dem Prinzip der Privatautonomie und zeigt sich einfach-gesetzlich in dem nur für bestimmte Beweislastverträge geltenden Klauselverbot des § 309 Nr. 12 BGB.⁴ Im Organhaftungsrecht gelten gleichwohl einige Besonderheiten.

¹ Zur Terminologie vgl. *Rosenberg*, Die Beweislast, S. 87; *Wagner*, Prozeßverträge, S. 652, 697 ff.

² Vgl. *Baumgärtel*, FS Fasching, S. 67 ff.; *Eickmann*, Beweisverträge im Zivilprozeß, passim; *Jäckel*, Beweisvereinbarungen im Zivilrecht, S. 66 ff.; sowie (unter Kritik am Begriff des „Beweisvertrags“) *Wagner*, Prozeßverträge, S. 608 ff.; früh bereits *Sachse*, ZZP 54 (1929), 409 ff.; Verständnis des Beweisvertrags und des Beweislastvertrags als zwei unterschiedliche Kategorien bei *Baumgärtel*, Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß, S. 249.

³ Kritisch noch *Bülow*, AcP 64 (1881), 1, 67: „Alle Beweisvertragstheorien [...] leben bloß vom Raube am Civilprozeßrecht!"; zur h.M. vgl. RG, 13.2.1923, RGZ 106, 294, 299; 6.11.1934, RGZ 145, 322, 327; BGH, 17.2.1964, BGHZ 41, 151, 153 f.; 28.3.1973, NJW 1973, 1192, 1193; 13.5.1974, BB 1974, 759; 30.4.1998, NJW 1998, 2967, 2968; *Ahrens*, in: *Wieczorek/Schütze*, Vor § 286 Teil A Rn. 148 f.; *Laumen*, in: Hdb. der Beweislast, Bd. I, Kap. 26 Rn. 9 ff.; *Nober*, in: *Baumbach/Lauterbach/Hartmann/Anders/Gehle*, ZPO, Anh § 286 Rn. 7; *Rosenberg*, Die Beweislast, S. 87; *Schiedermair*, Vereinbarungen im Zivilprozess, S. 80 ff.; *Wagner*, Prozeßverträge, S. 698 f.

Vor Entstehung des Organhaftungsanspruchs lässt sich § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG nicht abbedingen. In der AG folgt dies aus dem Grundsatz der Satzungsstrenge gem. § 23 Abs. 5 Satz 1 AktG.⁵ In der GmbH gilt dieser Grundsatz zwar nicht. Gleichwohl dürfte die Haftung des Geschäftsführers nach § 43 Abs. 2 GmbH als solche wohl zwingendes Recht darstellen.⁶ Daher spricht viel dafür, dass die Parteien diesen Anspruch nicht *ex ante* durch einen Beweislastvertrag aushöhlen können, der die Durchsetzung des zwingend entstehenden Anspruchs erschweren oder gar unmöglich machen würde.⁷ Ebenso wie die Beweislastnorm bereits die materiell-rechtliche Rechtsnatur der Anspruchsgrundlage übernimmt,⁸ teilt sie – zumindest im Kern – auch deren zwingenden Charakter.

Nach ihrer Anspruchsentstehung sind zwingende Ansprüche jedoch oftmals verzichtbar. Erst recht sind sie damit *ex post* einem Beweislastvertrag zum Nachteil der vormals privilegierten Partei zugänglich.⁹ Bei organhaftungsrechtlichen Ansprüchen sind Verzicht und Vergleich indes nicht ohne Weiteres möglich. Eine Aktiengesellschaft kann grundsätzlich erst drei Jahre nach der Entstehung des Anspruchs und nur dann auf Ersatzansprüche verzichten oder sich über sie vergleichen, wenn die Hauptversammlung zustimmt und nicht eine Minderheit, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des Grundkapitals erreichen, zur Niederschrift Widerspruch erhebt (§ 93 Abs. 4 Satz 3 AktG). In der GmbH sind die Grenzen zwar weiter gesteckt, doch auch dort ist ein Verzicht oder ein Vergleich grundsätzlich unwirksam, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist (§ 43 Abs. 3 Satz 2 i. V. m. § 9b Abs. 1 Satz 1 GmbHG).

Da ein nach Anspruchsentstehung geschlossener Beweislastvertrag zu Lasten der Gesellschaft einem Verzicht oder jedenfalls einem Vergleich nahe kommt, dürfte er im Grundsatz denselben Restriktionen unterliegen wie diese

⁴ Vgl. *Laumen*, in: Hdb. der Beweislast, Kap. 26 Rn. 11; *Wagner*, Prozeßverträge, S. 698 f. (noch zu § 11 Nr. 15 AGBG).

⁵ Im Ergebnis ebenso *Spindler*, in: MünchKomm AktG, § 93 Rn. 213: „Auch eine vertragliche Modifizierung der Beweislastverteilung kommt angesichts des zwingenden und gläubigerschützenden (§ 93 Abs. 5) Charakters des § 93 Abs. 2 Satz 2 nicht in Betracht.“

⁶ So etwa *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 43 Rn. 5; ausführlich zu Zulässigkeit und Grenzen einer Haftungsabschwächung etwa durch Herabsetzung des Pflichten- und Sorgfaltsmaßstabs *Fleischer*, in: MünchKomm GmbHG, § 43 Rn. 298 ff.

⁷ Vgl. in allgemeinerem Kontext *Wagner*, Prozeßverträge, S. 699; i.E. wie hier *Haas/Ziemons*, in: Ziemons/Jaeger, GmbHG, § 43 Rn. 326; *Ziemons*, in: Michalski, GmbHG, § 43 Rn. 492; abw. *Thümmel*, Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, Rn. 351, wonach eine Änderung der gesetzlichen Beweislastregelung „in Betracht“ komme.

⁸ Hierzu unter Kapitel 4 – D.III.2, S. 128.

⁹ Vgl. in allgemeinerem Kontext *Wagner*, Prozeßverträge, S. 699.

Rechtsgeschäfte.¹⁰ Insgesamt bestehen damit kaum Spielräume für eine (rechts-sichere) kautelarjuristische Modifikation der Beweislastverteilung. Umso größeres Gewicht gewinnen daher die rechtspolitischen Regelungsoptionen.

B. Vorschläge *de lege ferenda*

An § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG unverändert festhalten wollen tatsächlich nur wenige Literaturstimmen.¹¹ Gleichzeitig versuchen auch diese dem Organmitglied teils insoweit entgegenzukommen, als sie die Satzung für Beweislastregelungen öffnen wollen, das Einsichtsrecht des ausgeschiedenen Organmitglieds zu erweitern versuchen oder für eine Verkürzung der Verjährungsfrist plädieren.¹²

Die Mehrheit der Teilnehmer des 70. Deutschen Juristentags 2014 stimmte demgegenüber frank und frei für die Abschaffung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG.¹³ Jedenfalls die Beweislast für die Pflichtverletzung läge sodann bei der Gesellschaft als Anspruchstellerin.¹⁴ Nur hilfswise votierte der Juristentag dafür, den Anwendungsbereich der Beweislastregel zumindest auf amtierende Organmitglieder zu begrenzen.¹⁵

Neben einer solchen personellen Begrenzung steht schließlich eine sachliche Einhegung der Beweislastumkehr im Raum. Namentlich *Paefgen* schlägt vor, dem Organmitglied nach US-amerikanischem Vorbild im Zusammenhang mit einer unternehmerischen Entscheidung die Beweislast für die Pflichtein-

¹⁰ Gleichsinnig *Jula*, GmbHHR 2001, 806, 809, wonach eine abweichende Verteilung der Darlegungs- und Beweislast in der GmbH solange vertraglich vereinbar sei, wie der Anspruch zum Zeitpunkt seiner Entstehung nicht zur Gläubigerbefriedigung benötigt werde; im Ausgangspunkt ähnlich *Heisse*, Die Beschränkung der Geschäftsführerhaftung gegenüber der GmbH, S. 130.

¹¹ Vgl. *A. Arnold*, Die Steuerung des Vorstandshandelns, 2007, S. 182; *Bachmann*, Gutachten E zum 70. DJT 2014, E 37; *ders.*, NJW-Beil. 2/2014, 43; *Krieger*, in: RWS-Forum GesR 1995, S. 149, 177; *Sailer-Coceani*, Referat zum 70. DJT 2014, N 21; *Schlimm*, Das Geschäftsleiterermessen des Vorstands einer Aktiengesellschaft, S. 168 ff., 171.

¹² Vgl. insbes. *Bachmann*, Gutachten E zum 70. DJT 2014, E 37; ferner *Sailer-Coceani*, Referat zum 70. DJT 2014, N 17 f.

¹³ Vgl. Beschlusspunkt I.6.a) des 70. DJT 2014 (Einleitung Fn. 7).

¹⁴ Nicht ausdrücklich beantwortet wurde die Frage, ob (analog § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB) die Beweislast hinsichtlich des *Verschuldens* weiter beim Organmitglied liegen soll; in diesem Sinne aber wohl etwa *Haarmann/Weiß*, BB 2014, 2115, 2120.

¹⁵ Vgl. Beschlusspunkt I.6.b) des 70. DJT 2014 (angenommen 45:23:16); ebenso bereits *Habersack*, ZHR 177 (2013), 782, 806; *Hopt*, ZIP 2013, 1793, 1803; ferner *Koch*, in: Münchener Hdb. GesR, Bd. VII, § 30 Rn. 30 mit Fn. 142; *Kremer*, Referat zum 70. DJT 2014, N 39, N 45; *Reichert*, ZGR 2017, 671, 679; kritisch gegenüber der Beweislast ausgeschiedener Organmitglieder auch *Baums*, ZHR 174 (2010), 593, 607 f.; für einen Wegfall der Beweislastumkehr erst mit gewissem Abstand zum Ausscheiden aus dem Amt *S. Binder*, Grenzen der Vorstandshaftung, S. 402 f.; *E. Vetter*, AnwBl 2014, 582, 584 f.

haltung erst dann aufzuerlegen, wenn die Gesellschaft ihrerseits einen Verstoß gegen die Voraussetzungen der Business Judgment Rule bewiesen hat.¹⁶

Für eine Stellungnahme bietet es sich an, diese Vorschläge zunächst nacheinander abzuschichten und um alternative Ansätze zu ergänzen, bevor die Arbeit in eine eigene Empfehlung mündet.

I. Minimal- und Maximallösung

Als Minimal- und Maximallösung stehen sich die unveränderte Beibehaltung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG und dessen ersatzlose Streichung gegenüber. Beide Extrema vermögen jedoch nicht zu überzeugen.

1. Unveränderte Beibehaltung der Beweislastumkehr

Der Reformbedarf trat im Verlauf der Arbeit deutlich zu Tage. Verschiedene Veränderungen haben die ohnedies nicht tiefreichenden historischen Wurzeln der dogmatisch nur schwer begründbaren Beweislastumkehr schleichend unterminiert.¹⁷ Die größte rechtstatsächliche Umwälzung brachte dabei die Welle der Digitalisierung, dank derer sich die Gesellschaft die nötigen Beweismittel datenforensisch verschaffen kann.¹⁸ Gleichzeitig haben weite Teile der Untersuchung immense praktische Schwierigkeiten der Rechtsanwendung hervortreten lassen, die bis heute einer Lösung harren.¹⁹ Den Rechtfertigungsdruck weiter erhöht hat schließlich der Rechtsvergleich, der die internationale Sonderstellung einer Beweislastumkehr enttarnte.²⁰ Angesichts dieser Erkenntnisse stellt sich weniger die Frage nach dem „Ob“ einer Reform, als nach dem „Wie“.

2. Ersatzlose Streichung der Beweislastumkehr

Mit einer ersatzlosen Streichung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG lägen Darlegungs- und Beweislast für die Pflichtverletzung bei der Gesellschaft – so wie es etwa in Polen, Schweden, Spanien und der Schweiz geltendem Recht entspricht.²¹

¹⁶ Vgl. *Paefgen*, AG 2004, 245, 261 (mit Formulierungsvorschlag); ferner *ders.*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG, S. 249 ff.; *ders.*, NZG 2009, 891, 893 f.; *ders.*, AG 2014, 554, 566; *ders.*, in: Großkomm GmbHG, § 43 Rn. 209; ähnlich (wohl aber schon *de lege lata*) *Hopt/Roth*, in: Großkomm AktG, § 93 Rn. 439.

¹⁷ Vgl. etwa Kapitel 2 – A.III, S. 25 ff. zur (überholten) Mandatstheorie; ferner Kapitel 4 – C.III.2.a), S. 101 zur Verschlechterung der Beweissituation des Organmitglieds durch die Verlängerung der Verjährungsfrist.

¹⁸ Zum Wandel der Beweisnähe als *telos* der Norm vgl. Kapitel 3 – B.II, S. 53 ff.

¹⁹ Zum Phänomen der „doppelrelevanten Tatsachen“ vgl. Kapitel 4 – B, S. 81 ff., zur Situation von ausgeschiedenen Organmitgliedern und Rechtsnachfolgern vgl. Kapitel 4 – C, S. 90 ff., zur Inzidentprüfung bei Gesamtschuldnerausgleich und „Direktprozess“ gegen den D&O-Versicherer vgl. Kapitel 4 – D, S. 118 ff.

²⁰ Zum internationalen Lösungsspektrum vgl. Kapitel 5, S. 143 ff.

²¹ Vgl. Kapitel 5 – B, S. 147 ff.

Gerade am Schweizer Beispiel zeigen sich jedoch die Risiken einer solchen Kehrtwende. So stimmt es bedenklich, wenn mehrere Eidgenossen eine Informationsasymmetrie monieren, die der Gesellschaft den Beweis der Pflichtverletzung übermäßig erschwere.²² Tatsächlich steht zu befürchten, dass eine umfassende, uneingeschränkte Darlegungs- und Beweislast der Gesellschaft die Erfolgsaussichten von Organhaftungsklagen auch hierzulande empfindlich schmälern würde. Angesichts der oftmals (zumindest indirekt) prozessentscheidenden Bedeutung der Darlegungs- und Beweislast²³ könnte die praktische Durchsetzung von Organhaftungsansprüchen womöglich auf ein prä-ARAG/Garmenbeck'sches Niveau zurückfallen. Die Beweisschwierigkeiten, denen sich heute ein Organmitglied ausgesetzt sieht, träfen bei ersatzlosem Wegfall des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG womöglich morgen die Gesellschaft.

Dies wäre im Übrigen auch dann zu erwarten, wenn bei einer Streichung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG zumindest noch eine Beweislastumkehr für das Verschulden bestehen bliebe (etwa im Wege analoger Anwendung des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB²⁴). Denn wie etwa die Fälle des polnischen Obersten Gerichts illustrieren, hilft eine bloße Verschuldensvermutung allein nicht weiter, wenn die Gesellschaft die Pflichtverletzung nicht beweisen kann.²⁵ Auch die Schweizer Literatur sieht eine Verschuldensvermutung bei objektiviertem Sorgfaltsmaßstab übereinstimmend als praktisch weitgehend bedeutungslos an.²⁶

II. Vermittelnde Vorschläge

Angesichts der offensichtlichen Nachteile der Alles-oder-Nichts-Lösungen rücken vermittelnde Vorschläge in den Vordergrund.

1. Privilegierung ausgeschiedener Organmitglieder

Auf eine Differenzierung in subjektiver Hinsicht zielt das Hilfsvotum des Juristentags ab, die Beweislastumkehr zumindest für ausgeschiedene Organmitglieder abzuschaffen. Das Petitum leuchtet angesichts der dargestellten, besonderen Informationsschwierigkeiten ausgeschiedener Organmitglieder unmittelbar ein.²⁷ Zugleich mag man auch über den Schönheitsfehler hinwegsehen, dass ein auf amtierende Organmitglieder beschränkter § 93 Abs. 2 Satz 2

²² Vgl. Kapitel 5 – B.IV, S. 151 ff.

²³ Hierzu die Nachweise in der Einleitung, Fn. 8.

²⁴ Nach heute allg. M. ist § 93 Abs. 2 Satz 1 AktG kein Unterfall der Haftung nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB, sondern eine eigenständige Anspruchsgrundlage, vgl. statt aller *Hopt/Roth*, in: *Großkomm AktG*, § 93 Rn. 45; zu § 43 Abs. 2 GmbH vgl. *U. H. Schneider*, in: *Scholz, GmbHG*, § 43 Rn. 16 f.; anders noch etwa *Frels*, AG 1960, 296, 297 f.

²⁵ Vgl. Kapitel 5 – B.I, S. 147.

²⁶ Vgl. die Nachweise in Kapitel 5 – B.IV, S. 152, Fn. 60.

²⁷ Vgl. Kapitel 4 – C, S. 90 ff.

AktG kaum einen praktischen Anwendungsbereich hätte. Der Vorschlag vermag allerdings aus anderen Gründen nicht vollends zu überzeugen.

Blickt man auf amtierende Organmitglieder, so reicht der Vorschlag einerseits nicht weit genug. Die Beweislastumkehr zu ihren Lasten bliebe nach wie vor systemfremd und ließe sich (angesichts der heute besseren Beweissicherungsmöglichkeiten der Gesellschaft) kaum mehr mit einer signifikant größeren Beweisnähe des Organmitglieds rechtfertigen. Ungelöst wären weiters all die praktischen Schwierigkeiten der Rechtsanwendung, wie etwa der Umgang mit „doppelrelevanten“ Tatsachen oder die Behandlung der Beweislastumkehr in inzidenten Prüfungskonstellationen.

Andererseits schießt der Vorschlag mit Blick auf ausgeschiedene Organmitglieder über das Ziel hinaus. Für den praktischen Regelfall, der Inanspruchnahme eines Organmitglieds nach dessen Ausscheiden aus dem Amt, lägen Darlegungs- und Beweislast uneingeschränkt bei der Gesellschaft – mit allen Gefahren, die soeben gegen eine ersatzlose Abschaffung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG angeführt wurden.

Letztlich erzeugt dieser Gesetzesvorschlag damit weder für amtierende noch für ausgeschiedene Organmitglieder eine hinreichende Risikobalance, sondern bewegt sich der Sache nach in den Bahnen der obigen Alles-oder-Nichts-Lösungen.

2. Privilegierung unternehmerischer Entscheidungen

Nicht in subjektiver, sondern in objektiver Hinsicht differenziert der Vorschlag von *Paefgen*, wonach die Beweislast für einen Verstoß gegen die Business Judgment Rule jedenfalls im Ausgangspunkt bei der Gesellschaft liegen soll.²⁸ Unternehmerische Entscheidungen wären damit gegenüber rechtlich gebundenen Entscheidungen auch beweisrechtlich privilegiert: Nur bei letzteren müssten sich Organmitglieder stets nach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG vom Vorwurf der Pflichtverletzung entlasten. Bei ersteren bräuchten sie ihre Pflichterhaltung hingegen nur und erst zu beweisen, wenn ihnen die Gesellschaft zuvor einen Verstoß gegen die Business Judgment Rule nachweisen konnte.²⁹

Dieses zweistufige, mit einem Beweislastwechsel kombinierte Prüfungsprogramm entspräche der US-amerikanischen Kontrolle unternehmerischer Entscheidungen. Auch dort müssen derivativ klagende Aktionäre zunächst das

²⁸ Vgl. Kapitel 6 – B, S. 177 ff.

²⁹ Nach h.M. steht mit einem Verstoß gegen die Business Judgment Rule noch nicht das Vorliegen einer Pflichtverletzung fest, vgl. BGH, 12.10.2016, NJW 2017, 578, 579 f. (HSH Nordbank AG); OLG München, 12.1.2017, WM 2017, 1415, 1418 f.; *Fleischer*, in: *Spindler/Stilz*, AktG, § 93 Rn. 65; *Hüffer/Koch*, AktG, § 93 Rn. 12; *Mertens/Cahn*, in: *Köln-Komm AktG*, § 93 Rn. 15; *Spindler*, in: *MünchKomm AktG*, § 93 Rn. 47; abw. *Scholz*, AG 2015, 222, 227.

Schutzschild der Business Judgment Rule durchbrechen, bevor es am Organmitglied ist, seinerseits die *entire fairness* seines Handelns nachzuweisen.³⁰

Die gleichzeitige Differenzierung in der Beweislastverteilung zwischen unternehmerischen und rechtlich gebundenen Entscheidungen könnte Vorbilder im französischen sowie belgischen und italienischen Recht für sich reklamieren.³¹ Nach deren Begriffskategorien unterfielen unternehmerische Entscheidungen der Gruppe der *obligations de moyens*. Das Organmitglied schuldet insoweit schließlich kein bestimmtes Ergebnis (wie bei einer *obligation de résultat*), sondern im Sinne einer Bemühenspflicht nur ein Handeln auf der Grundlage angemessener Information, ohne Sonderinteressen und sachfremde Einflüsse, zum Wohl der Gesellschaft und in gutem Glauben. Dementsprechend träfe die Beweislast für das Nichtvorliegen dieser Voraussetzungen – wie bei allen *obligations de moyens* – die Gesellschaft als Anspruchstellerin. Pflichten in Bezug auf rechtlich gebundene Entscheidungen wären demgegenüber als *obligations de résultat* zu qualifizieren, sodass die Beweislast für deren Einhaltung beim Organmitglied als Anspruchsgegner läge.

Trotz gewichtiger internationaler Vorbilder erscheint eine solchermaßen differenzierende Beweislastverteilung nicht vollkommen widerspruchsfrei. Was zunächst den Bereich des unternehmerischen Handelns anbelangt, so soll die Business Judgment Rule zwar einen „sicheren Hafen“ für Organmitglieder bieten, um sie vor einem Rückschaufehler des Gerichts zu schützen.³² Gewiss würde der Sicherheitsstandard des Hafens auch erhöht, wenn die Gesellschaft die Beweislast für einen Verstoß gegen die Business Judgment Rule tragen würde. Kaum einsichtig erscheint jedoch eine gleichzeitige Beibehaltung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG für den Bereich des nicht-unternehmerischen Handelns. Immerhin dürfte die Beweisnähe des Organmitglieds im Vergleich zur Gesellschaft (wenn man sie denn als *telos* des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG akzeptiert³³) gerade bei unternehmerischen Entscheidungen stärker ausgeprägt sein als bei rechtlich gebundenen Entscheidungen. Insofern leuchtet es kaum ein, dem Organmitglied bei unternehmerischen Entscheidungen niedrigere Beweislasten aufzuerlegen als bei rechtlich gebundenem Handeln. Umgekehrt betrachtet ließe sich die Beweislastumkehr bei rechtlich gebundenem Handeln endgültig nicht mehr mit einer angeblich größeren Beweisnähe des Organmitglieds im Vergleich zur Gesellschaft rechtfertigen, wenn gerade im Bereich der größten Beweisnähe – dem unternehmerischen Handeln – die Beweislast bei der Gesellschaft läge.

³⁰ Zum US-amerikanischen Recht vgl. Kapitel 5 – C.II, S. 159 ff.

³¹ Zum französischen, belgischen und italienischen Recht vgl. Kapitel 5 – E, S. 168 ff.

³² Zur Figur des „sicheren Hafens“ (in größerem Kontext) *Fleischer*, ZHR 168 (2004), 673, 700 f.; zur Gefahr eines Rückschaufehlers vgl. bereits Kapitel 3 – B.III.2, S. 61 mit Fn. 93.

³³ Zur Kritik vgl. Kapitel 3 – B.II, S. 53 ff.

III. Alternative Ansätze

Bislang konnten weder die Abschaffung noch die Beibehaltung noch eine teilweise Abschaffung und Beibehaltung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG überzeugen. Insofern lohnt es womöglich, die gewohnten Pfade zu verlassen und alternative Ansätze zu erwägen.

1. Absenkung des Beweismaßes

Gleichsam auf der Insel der Glückseligen befindet sich England: Dort scheint man das Problem der Beweislastverteilung bei der Organhaftung gar nicht zu kennen. Hauptgrund hierfür dürfte das niedrige Beweismaß der überwiegenden Wahrscheinlichkeit sein.³⁴ Auch hierzulande wäre von einer Absenkung des hohen Beweismaßes der richterlichen Überzeugung durchaus zu erwarten, dass sie die Frage der Beweislastverteilung in den Hintergrund treten lassen würde.³⁵ Freilich handelt es sich hierbei aber mehr um ein Gedankenexperiment denn um einen in greifbarer Zukunft realisierbaren Gesetzesvorschlag. Schließlich ist das Beweismaß der richterlichen Überzeugung so tief im deutschen Zivilprozess verwurzelt³⁶ und reicht so weit über den Bereich des Organhaftungsrechts hinaus, dass eine Gesetzesänderung in diesem Punkt jedenfalls derzeit kaum realistisch erscheint.

2. Öffnung für Billigkeitsausnahmen

Ähnliches gilt wohl auch für die Überlegung, die Billigkeitsklauseln des tschechischen (§ 52 Abs. 2 ZOK) oder niederländischen (Art. 150 Rv.) Rechts zu transferieren.³⁷ Die deutsche Rechtsprechung und Literatur lehnt richterliche Einzelfallentscheidungen über die Verteilung der abstrakten Beweislast strikt ab.³⁸ Selbst eine über den Einzelfall hinausgehende Beweislastzuweisung im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung ist nur in engen Grenzen zulässig; insbesondere müssen Voraussetzungen und Rechtsfolgen der richter-

³⁴ Vgl. Kapitel 5 – C.I, S. 157 ff.

³⁵ Zu diesem Zusammenhang vgl. die Nachweise in Kapitel 5 – C.I, S. 159 mit Fn. 92.

³⁶ Ausführlich zur Ablehnung eines niedrigeren Regelbeweismaßes in der deutschen Literatur die Habilitationsschrift von *Schweizer*, Beweiswürdigung und Beweismaß, S. 453 ff. m.w.N.

³⁷ Zur dortigen Rechtslage vgl. Kapitel 5 – D, S. 164 ff.

³⁸ Vgl. BGH, 17.12.1996, NJW-RR 1997, 892; 10.3.2010, NJW-RR 2010, 1378, 1379; *Ahrens* in Wieczorek/Schütze, ZPO, § 286 Rn. 71; *Greger* in Zöller, ZPO, Vor § 284 Rn. 17, 27; *Leipold*, Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß, S. 22 ff.; *Musielak*, ZZZ 99 (1986), 217, 224 f.; *Prütting*, in: Hdb. der Beweislast, Bd. I, Kap. 25 Rn. 1, 9; *Rosenberg*, Die Beweislast, S. 92; *E. Schmidt*, JuS 2003, 1007, 1013; a.A. noch v. *Bar*, Recht und Beweis im Civilproceße, S. 28.

lichen Beweislastregelung abstrakt-generell bestimmt sein.³⁹ Das Leitbild der abstrakten Beweislast ist im deutschen Recht somit das einer abstrakt-generellen Regelung, die für Parteien und Richter *ex ante* feststeht. Ein Gesetz, das die abstrakte Beweislastverteilung der Disposition des Richters im Einzelfall überließe, wäre hierzulande schlicht systemfremd.

C. Gesamtschau und eigene Empfehlung

Blickt man einmal ganz grundsätzlich auf das Wesen einer abstrakten Beweislastregel, so beschreibt *Lord Hoffmann* sie zutreffend als binäres System:

„If a legal rule requires a fact to be proved (a ‘fact in issue’), a judge or jury must decide whether or not it happened. There is no room for a finding that it might have happened. The law operates a binary system in which the only values are 0 and 1. The fact either happened or it did not. If the tribunal is left in doubt, the doubt is resolved by a rule that one party or the other carries the burden of proof. If the party who bears the burden of proof fails to discharge it, a value of 0 is returned and the fact is treated as not having happened. If he does discharge it, a value of 1 is returned and the fact is treated as having happened.“⁴⁰

Auch im Verhältnis zwischen Organmitglied und Gesellschaft führt zunächst kein Weg daran vorbei, einer dieser beiden Parteien die abstrakte Beweislast zuzuweisen. Rechtshistorische, rechtsdogmatische und rechtspraktische Gründe sprachen dafür, sich der großen Mehrzahl der untersuchten Rechtsordnungen anzuschließen und der Gesellschaft diese Bürde aufzuerlegen.

Insbesondere die Schweizer Erfahrungen mahnten indes dazu an, der Gesellschaft im Interesse der Durchsetzbarkeit von Organhaftungsansprüchen ein Stück entgegenzukommen. Für derlei vermittelnde Lösungen bot der Rechtsvergleich wiederum reichhaltiges Anschauungsmaterial, aus dem jedoch ein Gedanke des Obersten Wirtschaftsgerichts der Russischen Föderation besonders herausstach. Danach soll das Organmitglied auf Ebene der Behauptungslast eine Mitwirkungsobliegenheit treffen – hierzulande spräche man wohl von einer sekundären Darlegungslast.⁴¹

Deren Vorteil liegt auf der Hand: Da sich die Reichweite einer sekundären Darlegungslast nach den Umständen des Einzelfalls bemisst, bildet dieses Instrument gewissermaßen das Kontinuum zwischen 0 und 1 ab und erlaubt eine Feinjustierung innerhalb des ansonsten binären Beweislastsystems. Die Anforderungen an den Tatsachenvortrag eines ausgeschiedenen Organmitglieds hingen etwa davon ab, wie lange sein Ausscheiden aus dem Amt zu-

³⁹ Eindringlich hierzu und zu den weiteren Voraussetzungen der Beweislastumkehr durch Richterrecht *Prütting*, in: Hdb. der Beweislast, Bd. I, Kap. 25 Rn. 9 ff.

⁴⁰ *Lord Hoffmann in Re B (Children) (Care Proceedings: Standard of Proof)* [2008] UKHL 35, [2009] AC 11.

⁴¹ Zum russischen Recht vgl. Kapitel 5 – B.V., S. 154 ff.

rückliegt, in welchem Umfang ihm die Gesellschaft Informationszugang gewährt und über welche Informationen und Beweismöglichkeiten die Gesellschaft bereits selbst verfügt.

Sämtliche weiteren Problemfälle des geltenden Rechts wären desgleichen mit einem Federstreich des Gesetzgebers erledigt: Das wundersame Konstrukt des „möglicherweise“ pflichtwidrigen Verhaltens wäre Rechtsgeschichte. Dem Rechtsverkehr blieben gewagte Ausweichmanöver zur Vermeidung von Beweislastkollisionen bei doppelrelevanten Tatsachen erspart. Die gesamtschuldnerische Haftung von Organmitgliedern wäre nicht mehr weiter von Zufälligkeiten bestimmt und Freistellungsansprüche gegen den D&O-Versicherer ließen sich ohne Rücksicht auf etwaige Beweismachteile abtreten.

Regelungstechnisch wäre der Weg dahin im Übrigen nicht weit: Nicht das Organmitglied trüge die Beweislast und die Gesellschaft nur eine sekundäre Darlegungslast; vielmehr wäre fortan die Gesellschaft – wie grundsätzlich jeder Anspruchsteller – für die Pflichtverletzung beweisbelastet und das Organmitglied müsste etwaige Informationsvorteile notfalls offenbaren. Letztlich bedürfte es nur einer Punktspiegelung der derzeitigen Darlegungs- und Beweislastverteilung.

Zusammenfassung

Die Erfolgsaussichten einer Organhaftungsklage hängen wesentlich von der Beweislastverteilung ab. Gesellschaften profitieren hier nach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG von einer Beweislastumkehr, die nicht nur das Verschulden, sondern auch die Pflichtverletzung umfasst. Gerade letzteres ist heftig in die Kritik geraten, doch fehlt es an einer vertieften Auseinandersetzung mit Herkunft und Zukunft der ungeliebten Norm. Dies ist Aufgabe der vorliegenden Abhandlung. Nach einer Einführung in den rechtlichen Rahmen (I.) spürt sie zunächst den historischen Wurzeln der Beweislastumkehr bis in die Gegenwart nach (II.). Dort angelangt, unternimmt sie einerseits eine rechtsdogmatische Einordnung (III.) und analysiert andererseits die rechtspraktischen Herausforderungen einer so weitreichenden Beweislastumkehr (IV.). Sodann verlässt sie die Geltungsgrenzen des deutschen Rechts und sucht in ausländischen Rechtsordnungen nach Anregungen (V.) für den Sprung in die Zukunft, für eine abschließende rechtspolitische Empfehlung (VI.).

I.

1. Aus der Gesamtschau der beweisrechtlichen Instrumentarien blieb zuvörderst die abstrakte, objektive Beweislast in Erinnerung. Sie ist es, die § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG partiell dem Organmitglied zuweist und an der sich sämtliche Folgefragen, wie insbesondere die der (sekundären) Darlegungslast, ausrichten.

2. Ein näherer Blick auf die Einzelelemente der Pflichtverletzung zeigte, dass die Umkehr der abstrakten Beweislast nach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG weder das Pflichtenprogramm des Organmitglieds noch dessen Verhalten als solches betrifft. Insoweit bleibt nach allgemeinen Grundsätzen die Gesellschaft als Anspruchstellerin beweisbelastet. Umgekehrt, d.h. dem Organmitglied zugewiesen, wird dagegen die Beweislast für die Umstände des Verhaltens, die dieses als pflichtgemäß oder pflichtwidrig erscheinen lassen.

3. Die solchermaßen klar konturierte, abstrakte Beweislastverteilung erfährt verschiedene Auflockerungen auf der Ebene der konkreten Beweislast und der Behauptungslast. Figuren wie die des Anscheinsbeweises und der tatsächlichen Vermutung tragen hier zu einer gewissen Flexibilität, aber auch Unschärfe in der Lösung des Einzelfalls bei.

II.

1. Die dogmengeschichtliche Spurensuche ließ eine formale Verbindung der Beweislastumkehr des Aktiengesetzes mit den Digesten des Justinian zu Tage treten. Als Bindeglieder erwiesen sich auftragsrechtliche Entscheidungen des OAG Lübeck und des ROHG mit Anleihen im römischen Recht, die das RG wiederum auf die Organhaftung übertrug.

2. Bei kritischer Betrachtung erwächst der Beweislastumkehr aus dieser Rechtsprechungstradition allein jedoch keine gesteigerte historische Legitimationskraft. Nach heutigem Forschungsstand erscheint der Rückgriff auf die Digesten als Quelle einer abstrakten Beweislastregelung ebenso angreifbar wie die Gleichsetzung von Auftragnehmer und Organmitglied auf dem Boden der Mandatstheorie.

3. Besonderes Augenmerk verdienen jedoch die Sachargumente, die im Laufe der Rechtsprechungsgeschichte für eine Beweislastumkehr vorgebracht wurden. Ein erster Ansatz schließt von der Rechenschaftspflicht des Mandatars bzw. Organmitglieds auf dessen Beweislast, ein zweiter sieht das Vorliegen eines Schadens als ausreichendes Indiz für eine Pflichtverletzung. Ein dritter Begründungsstrang fußt schließlich auf der Überlegung, dass es für den Beweis der Pflichtverletzung maßgeblich auf Umstände ankomme, denen der Mandatar bzw. das Organmitglied selbst am nächsten stehe. Diese Argumente galt es für das folgende, rechtsdogmatische Kapitel im Hinterkopf zu behalten.

4. Gleichsam als Nebenprodukt der vorkodifikatorischen Analyse fiel auf, dass die heutige Unterscheidung von Pflichtverletzung und Verschulden allenfalls in Ansätzen entwickelt war. Unter dem Einfluss der französischen Dogmatik, die bis heute beide Konzepte in der *faute* vereint, benutzte man die zwei Begriffe meist synonym oder sprach zusammenfassend von „Sorgfalt“. Die historische Interpretation bestätigt damit das herrschende Verständnis des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG als einheitliche Beweislastumkehr für Verschulden und Pflichtverletzung.

5. Ein Perspektivwechsel von der vorkodifikatorischen Rechtsprechung hin zur Gesetzgebung offenbarte eine längere Zurückhaltung gegenüber einer geschriebenen Beweislastumkehr. Obwohl bereits 1882 von *Levin Goldschmidt* vorgeschlagen, überließen die Gesetzesentwürfe der nächsten fünfzig Jahre das Feld der Rechtsprechung.

6. Auch das AktG 1937 hätte auf eine Kodifikation womöglich verzichtet, wäre nicht ein erbitterter Streit um die Einführung einer Erfolgshaftung entbrannt. Zwischen deren Befürwortern und Gegnern präsentierte sich eine gesetzlich niedergelegte Beweislastumkehr als versöhnlicher Mittelweg. Auf Pro und Contra der Beweislastumkehr selbst kam es dabei nicht an. Diese hat der Gesetzgeber weder im Rahmen des AktG 1937 noch später jemals reflektiert.

III.

1. Aufgabe des dritten Kapitels war es daher, die in der frühen Rechtsprechung entwickelten Argumente für eine Beweislast des Organmitglieds kritisch zu hinterfragen. Eine erste systematische Orientierung ergab dabei, dass § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG in der Tat die reguläre Beweislastverteilung umkehrt, wengleich über die grundsätzliche Beweislastverteilung bei der Pflichtverletzung erstaunliche Uneinigkeit herrscht.

2. Als Beweislastumkehr löst § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG erhöhten Rechtfertigungsbedarf aus. Diesen vermag der tradierte Hinweis auf die Rechenschaftspflicht des Organmitglieds nicht zu befriedigen. Er entpuppte sich vielmehr als verkappter Versuch, die Beweislast des Organmitglieds für den Erfüllungseinwand (§ 362 Abs. 1 BGB) kurzerhand auf den Schadensersatzanspruch zu übertragen. Gleichzeitig reifte die Erkenntnis, dass keine andere Vorschrift des Aktien- oder sonstigen Zivilrechts eine vergleichbar weitreichende Beweislastumkehr enthält wie § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG.

3. Wie die nachfolgende Untersuchung ergab, lässt die Norm jedoch nicht nur eine systematische Einkleidung vermissen, sondern auch einen überzeugenden inneren Kern. Überlegungen zu einer etwaigen Indizkraft des Schadens sowie zur Kompensations- und Präventionsfunktion der Organhaftung führten auf der Suche nach den Sachgründen der Norm kaum weiter. Insofern rückte die größere Beweishöhe des Organmitglieds als weithin anerkannter Grund der Beweislastumkehr in den Fokus.

4. Traditionell standen der Gesellschaft tatsächlich kaum Mittel zur Beweissicherung zu Gebote. Die Beweislastumkehr schuf jedoch einen Anreiz für das Organmitglied zur Dokumentation seines Handelns. Auch das Auffinden relevanter Beweismittel fiel dem Organmitglied in einer Fülle physischer Aktenbestände selbst wohl regelmäßig am leichtesten.

5. Beide Aspekte, die anfänglichen Beweissicherungs- wie die späteren Beweiszugriffsmöglichkeiten, unterlagen jedoch dem Wandel der Zeit. Mit jeder Nutzung moderner Arbeits- und Kommunikationsmittel dokumentieren Organmitglieder unwillkürlich ihr Verhalten, sodass als darüber hinausgehender Dokumentationsanreiz eine sekundäre Darlegungslast des Organmitglieds völlig ausreichend erscheint. Gleichzeitig lassen sich digitale Informationen datenforensisch auswerten, wodurch die Gesellschaft etwaige Beweismittel selbst auffinden kann. Das Organmitglied befindet sich zu diesem Zeitpunkt dagegen regelmäßig nicht mehr im Amt und müsste Einsichtsrechte womöglich erst durchsetzen. Der einst tragende *telos* des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG hat damit zu sehr an Überzeugungskraft eingebüßt, als dass er die umfassendste Beweislastumkehr des Zivilrechts weiterhin rechtfertigen könnte.

IV.

1. Ausgewählte Praxisprobleme unterzogen die Beweislastumkehr anschließend einem Lackmustest. Den Anfang bildete die grundlegende Frage nach der Bedeutung des „möglicherweise“ pflichtwidrigen Verhaltens, das die Gesellschaft nach der Rechtsprechung darlegen und beweisen muss. Ein Streifzug durch die verschiedenen Urteilsformulierungen offenbarte, dass sich hinter der Wendung eine sekundäre Darlegungslast der Gesellschaft für die Pflichtverletzung verbirgt. Damit bemüht sich die Rechtsprechung ersichtlich um eine einzelfallgerechte Eindämmung der weiten Beweislastumkehr.

2. Schier unlösbar Probleme gab sodann das Phänomen der „doppelrelevanten Tatsachen“ auf. Tatsachen, von deren Vorliegen Pflichtverletzung und Schaden gleichzeitig abhängen, führen vielfach zur Kollision der Beweislast des Organmitglieds für die Pflichteinhaltung mit der Beweislast der Gesellschaft für den Schaden. Insbesondere den Beweis von Vermögenszuflüssen schlägt die Rechtsprechung dann regelmäßig dem Organmitglied zu, ohne dabei zwischen Schadensentstehung und Vorteilsausgleichung zu differenzieren. Dogmatisch begibt sie sich damit auf dünnes Eis, doch eröffnet ihr das geltende Recht wohl schlicht keinen anderen Weg.

3. Besondere Aufmerksamkeit galt im Weiteren der Sondersituation ausgeschiedener Organmitglieder. Der Amtsverlust ist für das Organmitglied gleichbedeutend mit einem sofortigen und umfassenden Beweismittelverlust. Diesen vermag selbst ein extensiv interpretiertes Einsichtsrecht auf der Grundlage des § 242 BGB *in praxi* nicht ausreichend aufzufangen. Zugleich ist der kürzlich im GWB normierte Beweismittelherausgabeanspruch des mutmaßlichen Kartellanten mehr Schreckens- als Vorbild. Er weckt daher wenig Hoffnung, dass ein in ähnlicher Weise kodifiziertes organhaftungsrechtliches Einsichtsrecht für Abhilfe sorgen könnte. Konsequenter wäre mithin die Abschaffung der Beweislastumkehr. Gleichzeitig erübrigten sich damit die (unterschiedlich zu beantwortenden) Fragen nach einer teleologischen Reduktion für ausgeschiedene Organmitglieder einerseits und Rechtsnachfolger von Organmitgliedern andererseits.

4. Inzidente Prüfungskonstellationen stellten die Beweislastumkehr auf eine abschließende Belastungsprobe. Da Haftungs- und Beweislastnorm als Einheit zu verstehen sind, ist § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG grundsätzlich auch dann anwendbar, wenn die Organhaftung lediglich Vorfrage anderer Ansprüche ist. Davon unberührt bleibt freilich die Frage einer teleologischen Reduktion.

5. Die Anwendung dieser Prinzipien auf den Gesamtschuldnerausgleich unter Organmitgliedern ergab, dass sich der Regressgegner grundsätzlich nach § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG vom Vorwurf der schuldhaften Pflichtverletzung entlasten muss. Eine teleologische Reduktion der Beweislastumkehr ist jedoch

dort angezeigt, wo der Regressschuldner dem Beweis in keiner Weise näher steht als der Regressgläubiger. Bei der Bestimmung der Regresshöhe kann eine nur vermutete schuldhaftige Pflichtverletzung im Übrigen nicht schwerer wiegen als eine nachgewiesene.

6. Vergleichbare Fragen tun sich auf, wenn das Organmitglied seinen Freistellungsanspruch gegen den D&O-Versicherer an die Gesellschaft abtritt und es deshalb zu einer Inzidentprüfung der Organhaftung kommt. Auch dann würde der Anspruchsteller, hier die Gesellschaft, an sich von § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG profitieren. Aufgrund der eingeschränkten Beweismöglichkeiten des Versicherers erscheint jedoch wiederum eine teleologische Reduktion angebracht. Möchte sich die Gesellschaft nicht der vorteilhaften Beweislastumkehr begeben, müsste sie deren Fortgeltung im Abtretungsfall versicherungsvertraglich vereinbaren. Gesamtschuldnerregress und Abtretung des D&O-Freistellungsanspruchs geben damit lebendiges Zeugnis für die Komplexität, die § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG auch in angrenzende Regelungsmaterien hineinträgt.

V.

1. Der Rechtsvergleich hielt der deutschen Regelung einen weiteren Spiegel vor und lenkte den Blick auf mögliche Alternativen. Bemerkenswert ist insoweit bereits der statistische Befund: Von fünfzehn untersuchten Rechtsordnungen weisen neben Deutschland nur zwei dem Organmitglied die abstrakte Beweislast hinsichtlich der Pflichtverletzung zu, und selbst dies nur unter Vorbehalt: In Portugal ist die Beweislastumkehr umstritten und in Österreich ist sie der Einführung des deutschen AktG in den Jahren 1938/1939 geschuldet.

2. Demgegenüber liegt in Polen, Schweden, Spanien und der Schweiz (sowie nach dem EMCA) die abstrakte Beweislast bei der Gesellschaft. Größere Schwierigkeiten scheint dies in keinem der Länder zu bereiten. Lediglich in der Schweiz monieren einzelne Stimmen, dass der Gesellschaft bisweilen relevante Informationen fehlten. Besonders interessant ist daher die russische Lösung, die der abstrakten Beweislast der Gesellschaft eine Art sekundäre Darlegungslast des Organmitglieds gegenüber stellt.

3. Wenig bis keine Beachtung schenkt man der Beweislastverteilung dagegen in England. Geschuldet ist dies wohl dem niedrigen Beweismaß, das dem Richter keine Überzeugung vom Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Pflichtverletzung abverlangt, sondern sich mit einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit in die eine oder andere Richtung begnügt. Letzteres gilt auch in den USA, deren Beweislastverteilung im Rahmen der Business Judgment Rule hierzulande – ungeachtet aller sonstigen Unterschiede – von gesteigertem Interesse ist. Danach liegt die Beweislast für einen Verstoß gegen die Business Judg-

ment Rule zunächst bei der Gesellschaft. Erst wenn sie diese Hürde überwindet, muss das Organmitglied die *entire fairness* seines Handelns nachweisen.

4. Einen noch dynamischeren Ansatz verfolgen die Niederlande. Dort trifft die Beweislast im Ausgangspunkt die Gesellschaft, der Richter kann sie jedoch aus Billigkeitsgesichtspunkten auf das Organmitglied überleiten. Einer generellen Beweislastumkehr wie in Deutschland steht man jedoch ablehnend gegenüber. Auch Tschechien ist hiervon in der jüngeren Vergangenheit abgekommen. So ergänzte der Gesetzgeber im Jahr 2014 die bisher der deutschen Beweislastumkehr entsprechende Regelung um eine Billigkeitsklausel, die dem Richter aus Gerechtigkeitsgründen eine andere Beweislastverteilung erlaubt.

5. Frankreich unterscheidet schließlich traditionell nach der Art der betroffenen Pflicht. Die Verletzung erfolgsbezogener Pflichten muss die Gesellschaft beweisen, die Einhaltung verhaltensbezogener Pflichten dagegen das Organmitglied. Mit abweichender Terminologie hat sich diese Beweislastverteilung auch ihren Weg in das belgische und italienische Recht gebahnt. Während die Niederlande und Tschechien nach einzelfallbezogenen Lösungen streben, stehen Frankreich, Belgien und Italien somit für einen abstrakt-generell differenzierenden Ansatz.

VI.

1. Unabhängig von dem weit gefächerten Spektrum möglicher Regelungen verbleiben dem Kautelarjuristen allenfalls enge Spielräume für eine anstellungsvertragliche Beweislastverteilung. Umso dringlicher erscheint ein gesetzgeberisches Tätigwerden, nachdem der Reformbedarf im Verlaufe der Untersuchung mehrfach zu Tage getreten ist.

2. Das Schlusskapitel widmete sich daher den rechtspolitischen Regelungsoptionen. Unter diesen hat die ersatzlose Abschaffung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG zuletzt zahlreiche Befürworter gefunden. Ein solcher Radikalschnitt drohte jedoch die Durchsetzung von Organhaftungsansprüchen über Gebühr zu erschweren, selbst wenn eine isolierte Verschuldensvermutung bestehen bliebe.

3. Eine partielle Abschaffung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG zur Privilegierung unternehmerischer Entscheidungen oder ausgeschiedener Organmitglieder bedeutete zwar einen Fortschritt gegenüber der geltenden Rechtslage. Beide Lösungsansätze wären jedoch auf jeweils eng umgrenzte Problemkreise beschränkt und erzeugten ihrerseits neue Inkonsequenzen.

4. Gänzlich alternative Ansätze, wie eine Absenkung des Beweismaßes nach anglo-amerikanischem Muster oder eine Öffnung für Billigkeitsausnahmen nach niederländischem oder tschechischem Vorbild, versprühen ebenfalls

einen gewissen Reiz. Sie fügten sich indes schwerlich in die hergebrachte Beweislastdogmatik ein und gingen in ihrer Tragweite auch über das Organhaftungsrecht hinaus.

5. Letztlich nimmt es aber nicht wunder, wenn sich auf der Ebene der abstrakten Beweislast eine ausgewogene Lösung nicht unmittelbar aufdrängt. Schließlich muss die abstrakte Beweislast entweder die eine oder die andere Partei treffen; in der *non liquet*-Situation besteht für vermittelnde Zwischenlösungen kein Raum. Ein Ausgleich noch im Vorfeld der *non liquet*-Situation lässt sich jedoch über das flexible Instrument der Darlegungslast erzielen. Die Abhandlung schließt daher mit der Empfehlung, die abstrakte Beweislast für die Pflichtverletzung nach den allgemeinen Regeln der Gesellschaft zuzuweisen, dem Organmitglied jedoch eine sekundäre Darlegungslast aufzugeben.

Literaturverzeichnis

- Abbadessa, Pietro/Portale, Giuseppe B. (Hrsg.): *Le società per azioni*, Bd. I, Mailand 2016.
- Ahrens, Hans-Jürgen: *Der Beweis im Zivilprozess*, Köln 2015.
- American Bar Association (Hrsg.): *Model Business Corporation Act Annotated*, Bd. II, Loseblatt, 4. Aufl., Englewood Cliffs 2008 mit 2013 Revision.
- American Law Institute (ALI): *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, Bd. I und Bd. II, St. Paul 2008 mit 2013 Supp. (zit.: ALI-Prinzipien).
- Arden, Mary/Prentice, Dan/Richards, David: *Buckley on the Companies Act*, 15. Aufl., Loseblatt, London.
- Arlt, Marie-Agnes: *Die Haftung der Leitungsorgane der französischen Société anonyme*, in: Kalss, Susanne (Hrsg.), *Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern*, Wien 2005, S. 467–512.
- Armbrüster, Christian: *Auswirkungen von Versicherungsschutz auf die Haftung*, NJW 2009, 187–193.
- : *Neues vom BGH zur D&O-Versicherung*, NJW 2016, 2155–2158.
- Arnold, Arnd: *Die Steuerung des Vorstandshandelns. Eine rechtsökonomische Untersuchung der Principal-Agent-Problematik in Publikumskapitalgesellschaften* (Habil.), München 2007.
- Arnold, Stefan: *Zu den Grenzen der Normentheorie: Die Beweislast bei non liquet über das Verstreichen von Anfechtungsfristen*, AcP 209 (2009), 285–308.
- Asser, Carel/Maeijer, Josephus/Van Solinge, Gerard/Nieuwe Weme, Marco: *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 2. Verteenwoordiging en rechtspersoon. Deel II. De rechtspersoon, 2-II** Deventer 2009.
- Auburn, Jonathan: *Burdens and Standard of Proof*, in: Malek, Hodge M. (Hrsg.), *Phipson on evidence*, 17. Aufl., London 2010, Rn. 6-01–6-54.
- Bach, Albrecht/Wolf, Christoph: *Neue Instrumente im Kartellschadensersatzrecht – Zu den Regeln über Offenlegung, Verjährung und Bindungswirkung*, NZKart 2017, 285–294.
- Bachmann, Gregor: *Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen*, in: *Ständige Deputation des Deutschen Juristentages* (Hrsg.), *Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages*, Bd. I, Gutachten, München 2014 (zit.: Bachmann, Gutachten E zum 70. DJT 2014).
- : *Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen*, NJW-Beil. 2/2014, 43–46.
- : *Die Geschäftsleiterhaftung im Fokus von Rechtsprechung und Rechtspolitik*, BB 2015, 771–777.
- Baeriswyl, Manuela: *Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Verschulden* (Diss.), Zürich/Basel/Genf 2015.
- Bainbridge, Stephen M.: *Corporate Law*, 3. Aufl., St. Paul 2015.

- Balotti, R. Franklin/Finkelstein, Jesse A.*: The Delaware Law of Corporations & Business Organizations, 3. Aufl., Gaithersburg 2000 mit 2010 Supp.
- von Bar, Carl Ludwig*: Recht und Beweis im Civilprocesse. Ein Beitrag zur Kritik und Reform des deutschen Civilprocesses, Leipzig 1867.
- Bärtschi, Harald*: Verantwortlichkeit im Aktienrecht (Diss.), Zürich 2001.
- : Durchsetzung von Verantwortlichkeitsansprüchen gegen Organe einer Aktiengesellschaft, in: Fleischer, Holger/Kalss, Susanne/Vogt, Hans-Ueli (Hrsg.), Enforcement im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht 2015, Tübingen 2015, S. 1–64.
- Basdevant, François/Charvériat, Anne/Monod, Françoise*: Le guide de l'administrateur de société anonyme, 2. Aufl., Paris 2004.
- Basler Kommentar, Obligationenrecht II, Art. 530–964 OR, hrsg. von Honsell, Heinrich/Vogt, Nedin Peter/Watter, Rolf, 5. Aufl., Basel 2016.
- Baudenbacher, Carl/Kokott, Juliane/Speitler, Philipp (Hrsg.): Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Basel 2010.
- Bauer, Leopold*: Zur Darlegungs- und Beweislast des Vorstands in organschaftlichen Haftungsprozessen, NZG 2015, 549–551.
- Bauman, Jeffrey D.*: Corporations Law and Policy. Materials and Problems, 7. Aufl., St. Paul 2010.
- Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred (Hrsg.): GmbHG, Kommentar, München, 21. Aufl. 2017 und 22. Aufl. 2019.
- Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Hartmann, Peter/Anders, Monika/Gehle, Andreas*: Zivilprozessordnung, Kommentar, 78. Aufl., München 2020.
- Baumgärtel, Gottfried*: Wesen und Begriff der Prozeßhandlung einer Partei im Zivilprozeß (Habil.), Berlin/Frankfurt 1957.
- : Die Klage auf Vornahme, Widerruf oder Unterlassung einer Prozeßhandlung in einem bereits anhängigen Prozeß, in: Fasching, Hans W./Kralik, Winfried (Hrsg.), Festschrift für Hans Schima zum 75. Geburtstag, Wien 1969, S. 41–58.
- : Die Auswirkungen von Parteivereinbarungen auf die Beweislast, in: Holzhammer, Richard/Jelinek, Wolfgang/Böhm, Peter (Hrsg.), Festschrift für Hans W. Fasching zum 65. Geburtstag, Wien 1988, S. 67–80.
- : Die Bedeutung der sog. „tatsächlichen Vermutung“ im Zivilprozeß, in: Gottwald, Peter (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag, München 1990, S. 43–52.
- Baums, Theodor*: Der Geschäftsleitervertrag (Habil.), Köln 1987.
- : Empfiehlt sich eine Neuregelung des aktienrechtlichen Anfechtungs- und Organhaftungsrechts, insbesondere der Klagemöglichkeiten von Aktionären?, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 63. Deutschen Juristentages, Bd. I, Gutachten, München 2000 (zit.: *Baums*, Gutachten F zum 63. DJT 2000).
- (Hrsg.): Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, Köln 2011.
- : Managerhaftung und Verjährung, ZHR 174 (2010), 593–615.
- Baur, Alexander/Holle, Philipp M.*: Anwendung des § 93 Abs. 2 Satz 2 AktG im Direktprozess gegen den D&O-Versicherer, AG 2017, 141–147.
- Bayer, Walter/Habersack, Mathias (Hrsg.): Aktienrecht im Wandel, Tübingen 2007
- Bd. I: Entwicklung des Aktienrechts
- Bd. II: Grundsatzfragen des Aktienrechts.
- Bayer, Walter/Illhardt, Daniel*: Darlegungs- und Beweislast im Recht der GmbH anhand praktischer Fallkonstellationen – Teil 3: Geschäftsführer, Aufsichtsrat, Gesellschafterversammlung –, GmbHR 2011, 751–761.

- Bayer, Walter/Scholz, Philipp*: Haftungsbegrenzung und D&O-Versicherung im Recht der aktienrechtlichen Organhaftung. Grundsatzüberlegungen zum 70. DJT 2014, NZG 2014, 926–934.
- Beckh, Hermann*: Die Beweislast nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, München 1899.
- Beckhaus, Gerrit M.*: Die Bewältigung von Informationsdefiziten bei der Sachverhaltsaufklärung. Die Enforcement-Richtlinie als Ausgangspunkt für die Einführung einer allgemeinen Informationsleistungspflicht in das deutsche Zivilrecht (Diss.), Tübingen 2010.
- BeckOGK BGB, hrsg. von Artz, Markus et al., München 2020.
- BeckOK BGB, hrsg. von Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert/Hau, Wolfgang/Poseck, Roman, 52. Ed., München 2019.
- BeckOK GmbHG, hrsg. von Ziemons, Hildegard/Jaeger, Carsten/Pöschke, Moritz, 41. Ed., München 2019.
- BeckOK ZPO, hrsg. von Vorwerk, Volkert/Wolf, Christian, 34. Ed., München 2019.
- Belling, Detlev W./Riesenhuber, Karl*: Beweislastumkehr und Mitverschulden, ZJP 108 (1995), 455–473.
- Berle, Adolf A./Means, Gardiner C.*: The Modern Corporation and Private Property, New York 1932.
- Bernhardt, Wolfgang*: Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß, JR 1966, 322–327.
- : Das Zivilprozeßrecht, 3. Aufl., Berlin 1968.
- Bervoets, Cécile*: Die Haftung von Vorstandsmitgliedern niederländischer Kapitalgesellschaften, in: Kalss, Susanne (Hrsg.), Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern, Wien 2005, S. 593–656.
- Bianchi, Giorgio*: Amministratori e sindaci. Gli adempimenti e le responsabilità, Turin 2010.
- Binder, Sabrina*: Grenzen der Vorstandshaftung (Diss.), Berlin 2016.
- Birds, John*: Annotated Companies Legislation, 3. Aufl., Oxford 2013.
- Birds, John et al.*: Boyle & Birds' Company Law, 9. Aufl., Bristol 2014.
- Blomeyer, Arwed*: Zivilprozeßrecht. Erkenntnisverfahren, 2. Aufl., Berlin 1985.
- Böckli, Peter*: Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2009.
- Böhler, Elisabeth*: Zur Beweislast bei der Organhaftung, in: Bernat, Erwin/Böhler, Elisabeth/Weilinger, Arthur (Hrsg.), Festschrift für Heinz Krejci zum 60. Geburtstag, Bd. I, Wien 2001, S. 503–521.
- Böttcher, Lars*: Direktanspruch gegen den D&O-Versicherer – Neue Spielregeln im Managerhaftungsprozess?, NZG 2008, 645–650.
- Bourdeaux, Henry*: Code de Commerce, 34. Aufl., Paris 1937.
- Boxell, Tim (Hrsg.): A Practitioner's Guide to Directors' Duties and Responsibilities, 5. Aufl., London 2013.
- Brandt, Verena*: Das englische *Disclosure*-Verfahren (Diss.), Tübingen 2015.
- Breidenbach, Stephan (Begr.): Handbuch Wirtschaft und Recht in Osteuropa, hrsg. vom Institut für Ostrecht München/Regensburg, Loseblatt, Bd. II, München 2017.
- Briekorn, Konstanze*: Vertragshaftung und responsabilité contractuelle. Ein Vergleich zwischen deutschem und französischem Recht mit Blick auf das Vertragsrecht in Europa (Diss.), Tübingen 2010.
- Brinkmann, Moritz*: Die prozessualen Konsequenzen der Abtretung des Freistellungsanspruchs aus einer D&O-Versicherung, ZIP 2017, 301–309.

- Brockman, Christopher*: Directors, fiduciary duty and the burden of proof, Januar 2017, 14 Seiten, veröffentlicht auf der Homepage der Kanzlei Guildhall Chambers unter <http://www.guildhallchambers.co.uk/uploadedFiles/CCB_article.pdf> (zuletzt abgerufen am 22. Februar 2020).
- Brodmann, Erich*: Aktienrecht. Kommentar, Berlin/Leipzig 1928.
- Brömmelmeyer, Christoph*: Neue Regeln für die Binnenhaftung des Vorstands – Ein Beitrag zur Konkretisierung der Business Judgment Rule, WM 2005, 2065–2070.
- Bruck, Ernst/Möller, Hans (Hrsg.): Großkommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Bd. IV (§§ 100–124, Haftpflichtversicherung, Produkt, D&O, Umwelt), 9. Aufl., Berlin/Boston 2013.
- Bruns, Rudolf*: Zivilprozeßrecht, 2. Aufl., München 1979.
- Buchta, Jens*: Die Haftung des Vorstands einer Aktiengesellschaft – aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung (Teil I), DStR 2003, 694–699.
- Bülow, [Vorname unbek.]*: Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung, AcP 64 (1881), 1–109.
- Bürgers, Tobias/Körber, Torsten (Hrsg.): Aktiengesetz. Heidelberger Kommentar, 4. Aufl., Heidelberg et al. 2017.
- Bunz, Thomas*: Der Schutz unternehmerischer Entscheidungen durch das Geschäftsleiterermessen. Ein Beitrag zu mehr Rechtssicherheit im Umgang mit der Business Judgment Rule (Diss.), Bonn 2011.
- Buschmann, Marco*: EU-Grünbuch zur Corporate Governance: Alter Wein in neuen Schläuchen?, NZG 2011, 87–91.
- Cahn, Andreas*: Aufsichtsrat und Business Judgment Rule, WM 2013, 1293–1305.
- Calandra Buonauro, Vincenzo/Bonafi, Anna Laura*: Società per azioni: Amministrazione e rappresentanza, Giur. Comm. 2008, II, 5–52.
- Cantzler, Klaus*: Die Vorteilsausgleichung beim Schadensersatzanspruch, AcP 156 (1958), 29–59.
- Cebriá, Luis Hernando (Hrsg.): Régimen de deberes y responsabilidades de los administradores en las sociedades de capital, Barcelona 2015.
- Cendon, Paolo (Hrsg.): Commentario al codice civile, Artt. 2363–2396, Società per azioni, Mailand 2010.
- Chainais, Cécile/Ferrand, Frédérique/Guinchard, Serge*: Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil, 33. Aufl., Paris 2016.
- Conforti, Cesare*: La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni, Mailand 2012.
- Cooter, Robert/Marks, Stephen/Mnookin, Robert*: Bargaining in the Shadow of the Law: A Testable Model of Strategic Behavior, 11 J. Leg. Stud. 225–251 (1982).
- Cordeiro, António Menezes*: Manual de direito das sociedades, Bd. I, Das sociedades em geral, 2. Aufl., Coimbra 2007.
- Coutinho de Abreu, Jorge M.*: Responsabilidade civil dos administradores de sociedades, Coimbra 2007.
- (Hrsg.): Código das sociedades comerciais em comentário, Bd. I (Artt. 1–84), Coimbra 2010.
- Cox, James D./Hazen, Thomas Lee*: The Law of Corporations, Bd. III, 3. Aufl., St. Paul 2010.
- von der Crone, Hans Caspar*: Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW 78 (2006), 2–19.
- : Aktienrecht, Bern 2014.

- von der Crone, Hans Caspar/Carbonara, Antonio/Hunziker, Silvia: Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung. Ein funktionaler und systematischer Überblick, ZSR-Beiheft 43, 2006.
- Danielcik, Hans Peter: Aktiengesetz. Kommentar, Berlin 1937.
- Dänzer, Otto A.: Die tatsächliche Vermutung. Ein Beitrag zur Lehre vom Beweis im Zivilprozeß, Mannheim 1914.
- DAV-Handelsrechtsausschuss: Stellungnahme zur Verlängerung der Verjährungsfrist der aktienrechtlichen Organhaftung nach Art. 5 und 6 des Referentenentwurfs für ein Restrukturierungsgesetz, NZG 2010, 897–899.
- Davies, Paul L./Worthington, Sarah: Gower and Davies' principles of modern company law, 10. Aufl., London 2016.
- Deilmann, Barbara/Otte, Sabine: Verteidigung ausgeschiedener Organmitglieder gegen Schadensersatzklagen. Zugang zu Unterlagen der Gesellschaft, BB 2011, 1291–1295.
- Delvaux, Marie Amélie: Les responsabilités des fondateurs, associés, administrateurs et gérants des SA, SPRL et SCRL, in: Guide juridique de l'entreprise, Bd. II, Buch 24bis.3, 2. Aufl., Waterloo 2011.
- : Les responsabilités des fondateurs, associés, administrateurs et gérants des SA, SPRL et SCRL, Teil 2, Buch 13, S. 701–769, in: Coipel (Hrsg.), Droit des sociétés commerciales, Bd. I, 4. Aufl., Waterloo 2012.
- : Kommentierung der Art. 262 f. C. soc., in: Commentaire systématique du Code des sociétés, 38. EL, 31.5.2016, Brüssel.
- Demogue, René: Traité des obligations en général. Sources des Obligations, Bd. V, Paris 1925.
- Dessem, R. Lawrence: Pretrial Litigation in a nutshell, 6. Aufl., St. Paul 2016.
- Deutsch, Erwin: Schmerzensgeld und Genugtuung, JuS 1969, 197–202.
- : Die Zwecke des Haftungsrechts, JZ 1971, 244–248.
- De Wolf, Patrick/Stevens, Gérald: La société anonyme, in: Jassogne, Christian (Hrsg.), Traité pratique de droit commercial, Bd. IV/2, Les sociétés, Waterloo 2014, S. 1–504.
- Diakonis, Antonios: Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess. Zugleich ein Beitrag zur Auslegung der §§ 142 ff. und 448 ZPO (Diss.), Tübingen 2014.
- Dölling, Birger: Die Voraussetzungen der Beweiserhebung im Zivilprozess, NJW 2013, 3121–3127.
- Dolmetta, Aldo A./Presti, Gaetano: s.r.l., commentario, dedicato a Giuseppe B. Portale, Mailand 2011.
- Doralt, Walter: Managerpflichten in der englischen Limited. Companies Act. Kommentar, Wien 2011.
- Dotevall, Rolf: Bolagsledningens skadeståndsansvar, 2. Aufl., Stockholm 2008.
- Dreher, Meinrad/Thomas, Stefan: Die D&O-Versicherung nach der VVG-Novelle 2008, ZGR 2009, 31–73.
- Drescher, Ingo: Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers, 8. Aufl., Köln 2019.
- : Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Aktiengesellschaft, WM Sonderbeilage 2/2013, 1–23.
- Drexler, David A./Black, Lewis S./Sparks III, A. Gilchrist: Delaware Corporation Law and Practice, New York 1991 mit 2015 Supp.
- Druey, Jean Nicolas: Standardisierung der Sorgfaltspflicht? Fragen zur Business Judgment Rule, in: Habersack, Mathias/Hommelhoff, Peter (Hrsg.), Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag, München 2011, S. 57–73.

- Dubovitskaya, Elena/Kashanin, Andrey*: Die neue russische Rechtsprechung zur urheberrechtlichen Schutzfähigkeit: ein Fall ins Bodenlose?, GRUR Int 2016, 753–760.
- Ehrenberg, Victor (Hrsg.): Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. III, Abt. 1, Leipzig 1916.
- Eichner, Christian/Höller, Timo*: Anforderungen an das Tätigwerden des Aufsichtsrats bei Verdacht einer Sorgfaltspflichtverletzung des Vorstands, AG 2011, 885–894.
- Eickmann, Karl Wilhelm*: Beweisverträge im Zivilprozeß (Diss.), Bochum 1987.
- Ek, Ralf/Kock, Martin*: Haftungsrisiken für Vorstand und Aufsichtsrat, 3. Aufl., München 2019.
- Embid Irujo, José Miguel (Hrsg.): Introducción al derecho de sociedades de capital. Estudio de la Ley de sociedades de capital y legislación complementaria, Madrid 2013.
- (Hrsg.): Derecho de sociedades de capital. Estudio de la Ley de sociedades de capital y de la legislación complementaria, Madrid 2016.
- Enneccerus, Ludwig/Lehmann, Heinrich*: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Tübingen 1958.
- Erman, Walter (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch. Handkommentar, hrsg. von Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg/Westermann, Harm-Peter, 15. Aufl., Köln 2017.
- Ernst, Sebastian/Abramova, Anzhela*: Die Haftung des Geschäftsführers einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (OOO) nach russischem Recht, CCZ 2016, 22–28.
- Esmein, Paul*: Le fondement de la responsabilité contractuelle rapproché de la responsabilité délictuelle, RTD civ. 1933, 627–629.
- Eßwein, Kilian K.*: Privatautonome Gestaltung der Vorstandshaftung (Diss.), Frankfurt a. Main 2015.
- Falkenhausen, Joachim Freiherr von*: Die Haftung außerhalb der Business Judgment Rule – Ist die Business Judgment Rule ein Haftungsprivileg für Vorstände?, NZG 2012, 644–651.
- Faßbender, Christian/Rodenhausen, Frank*: Organhaftung im Verein, WM 2019, 951–960.
- Fehrenbach, Markus*: Beschränkte Vorstandshaftung? Zur Frage, ob sich aus dem geltenden Recht Regeln zur Haftungsverschonung oder Haftungsbegrenzung zugunsten von Vorstandsmitgliedern ableiten lassen, AG 2015, 761–775.
- Ferid, Murad/Sonnenberger, Hans Jürgen*: Das Französische Zivilrecht, Bd. II, Schuldrecht: Die einzelnen Schuldverhältnisse, Sachenrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1986.
- Fest, Timo*: Darlegungs- und Beweislast bei Prognoseentscheidungen im Rahmen der Business Judgment Rule, NZG 2011, 540–542.
- Finkel, Bastian/Ruchatz, Ulrich*: Präventive Dokumentationsobliegenheiten von Gesellschaftsorganen zur Minimierung von Haftungsrisiken und Beweisschwierigkeiten, BB 2017, 519–524.
- Fischer, Nicolai*: Die existenzvernichtende Vorstandshaftung und ihre Begrenzung durch Satzungsbestimmung (de lege lata) (Diss.), Berlin 2018.
- Fischer, Rudolf*: Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien, in: Ehrenberg, Victor (Hrsg.), Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. III, Abt. 1, Leipzig 1916.
- Fischer, Willi/Luterbacher, Thierry (Hrsg.): Haftpflichtkommentar. Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, Zürich/St. Gallen 2016.
- Fischhoff, Baruch*: Hindsight ≠ Foresight: The Effect of Outcome Knowledge on Judgment Under Uncertainty, 1 Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance 288–299 (1975).
- Fleck, Hans-Joachim*: Zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 1974, 224–235.

- : Rezension von Baumbach/Hueck, GmbHG, 14. Aufl. sowie von Fischer/Lutter, GmbHG, 11. Aufl., ZIP 1986, 269–272.
- : Zur Beweislast für pflichtwidriges Organhandeln, GmbHR 1997, 237–240.
- Fleischer, Holger*: Die „Business Judgment Rule“ im Spiegel von Rechtsvergleichung und Rechtsökonomie, in: ders. et al. (Hrsg.), Festschrift für Herbert Wiedemann zum 70. Geburtstag, München 2002, S. 827–849.
- : Zum Grundsatz der Gesamtverantwortung im Aktienrecht, NZG 2003, 449–459.
- : Behavioral Law and Economics im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht – ein Werkstattbericht, in: Fuchs, Andreas et al. (Hrsg.), Wirtschafts- und Privatrecht im Spannungsfeld von Privatautonomie, Wettbewerb und Regulierung. Festschrift für Ulrich Immenga zum 70. Geburtstag, München 2004, 575–587.
- : Die „Business Judgment Rule“: Vom Richterrecht zur Kodifizierung, ZIP 2004, 685–692.
- : Haftungsfreistellung, Prozesskostenersatz und Versicherung für Vorstandsmitglieder – eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme zur Enthftung des Managements, WM 2005, 909–920.
- : Bestelldauer und Widerruf der Bestellung von Vorstandsmitgliedern im in- und ausländischen Aktienrecht, AG 2006, 429–442.
- : Aktuelle Entwicklungen der Managerhaftung, NJW 2009, 2337–2343.
- : Kompetenzüberschreitungen von Geschäftsleitern im Personen- und Kapitalgesellschaftsrecht. Schaden – rechtmäßiges Alternativverhalten – Vorteilsausgleichung, DStR 2009, 1204–1210.
- : Vorstandshaftung und Vertrauen auf anwaltlichen Rat, NZG 2010, 121–125.
- : Aktienrechtliche Compliance-Pflichten im Praxistest: Das Siemens/Neubürger-Urteil des LG München I, NZG 2014, 321–329.
- : Ruinöse Managerhaftung: Reaktionsmöglichkeiten de lege lata und de lege ferenda, ZIP 2014, 1305–1316.
- : Verjährung von Organhaftungsansprüchen: Rechtspraxis – Rechtsvergleichung – Rechtspolitik, AG 2014, 457–472.
- : Gerichtsspezialisierung im Gesellschaftsrecht, in: Siekmann, Helmut et al. (Hrsg.), Festschrift für Theodor Baums zum siebzigsten Geburtstag, Bd. I, Tübingen 2017, S. 417–431.
- (Hrsg.): Handbuch des Vorstandsrechts, München 2006.
- Fleischer, Holger/Bauer, Leopold*: Von Vorstandsbezügen, Flugreisen, Festschriften, Firmensponsoring und Festessen: Vorstandshaftung für übermäßige Vergütung und „fringe benefits“. Zugleich Besprechung von LG Essen v. 9.9.2013 – 44 O 164/10 – Arcandor/Middelhoff, ZIP 2015, 1901–1911.
- Fleischer, Holger/Bong, Sebastian/Cools, Sofie*: Spezialisierte Spruchkörper im Gesellschaftsrecht, RabelsZ 81 (2017), 608–660.
- Fleischer, Holger/Danninger, Nadja*: Der Sorgfaltsmaßstab in der Personengesellschaft (§ 708 BGB). Rechtsgeschichte – Rechtsdogmatik – Rechtsvergleichung – Rechtspolitik, NZG 2016, 481–492.
- : Darlegungs- und Beweislast bei Organhaftung und Gesamtrechtsnachfolge, AG 2020, 193–200.
- Fleischer, Holger/Wedemann, Frauke*: Kodifikation und Derogation von Richterrecht: Zum Wechselspiel von höchstrichterlicher Rechtsprechung und Reformgesetzgebung im Gesellschaftsrecht, AcP 209 (2009), 597–627.
- Foerster, Max*: Beweislastverteilung und Einsichtsrecht bei Inanspruchnahme ausgeschiedener Organmitglieder, ZHR 176 (2012), 221–249.

- Forstmoser, Peter*: Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Aufl., Zürich 1987.
- Forstmoser, Peter/Meier-Hayoz, Arthur/Nobel, Peter*: Schweizerisches Aktienrecht, Bern 1996.
- François, Fabrice/de Frondeville, Elvire/Marlange, Ambroise*: Dirigeant de société. Statut juridique, social et fiscal, 2. Aufl., Paris 2009.
- Frels, Harro*: Zur Behauptungs- und Beweislast bei § 84 Abs. 2 AktG, AG 1960, 296–298.
- Freund, Stefan*: Organhaftung von Vorständen und Geschäftsführern, GmbHR 2009, 1185–1190.
- : Brennpunkte der Organhaftung. Anmerkungen aus der Praxis zur organrechtlichen Innenhaftung, NZG 2015, 1419–1424.
- Friedl, Markus J.*: Beweislastverteilung unter Berücksichtigung des Effizienzkriteriums (Diss.), Frankfurt a. Main 2003.
- Frossard, Joseph*: La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat (Diss.), Paris 1965.
- Galgano, Francesco (Hrsg.): Commentario compatto al codice civile, 4. Aufl., Piacenza 2012.
- : Trattato di diritto civile, Bd. IV: Le società in genere, le società di persone, le società di capitali, i gruppi di società, il fallimento e altre procedure concorsuali, indici generali, 2. Aufl., Padua 2010.
- Ganter, Gerhard*: Schadensberechnung und Vorteilsausgleichung in der Haftung der rechtsberatenden Berufe, NJW 2012, 801–806.
- Gehrlein, Markus*: Beweislast für Sorgfaltspflichtverletzungen von Geschäftsleitern, NJW 1997, 1905–1906.
- : Rechtsprechungsübersicht zum GmbH-Recht in den Jahren 2001–2004: Eigenkapitalersatz, Veräußerung des Geschäftsanteils, Gesellschafterbeschluss sowie Rechtsstellung und Haftung des GmbH-Geschäftsführers, BB 2004, 2585–2595.
- Gehrlein, Markus/Born, Manfred/Simon, Stefan (Hrsg.): GmbHG. Kommentar, 4. Aufl., Köln 2019.
- Geigel, Reinhard (Begr.): Der Haftpflichtprozess, hrsg. von Haag, Kurt, 28. Aufl., München 2020.
- Geiß, Karlmann/Greiner, Hans-Peter*: Arzthaftpflichtrecht, 7. Aufl., München 2014.
- von Gerkan, Hartwin*: Die Beweislastverteilung beim Schadensersatzanspruch der GmbH gegen ihren Geschäftsführer, ZHR 154 (1990), 39–63.
- Gerner-Beuerle, Carsten/Paech, Philipp/Schuster, Edmund P.*: London School of Economics, Study on Directors' Duties and Liability, London 2013.
- Gevurtz, Franklin A.*: Corporation Law, 2. Aufl., St. Paul 2010.
- Geyer, Stefan*: Den Code civil „richtiger“ auslegen. Der zweite Zivilsenat des Reichsgerichts und das französische Zivilrecht (Diss.), Frankfurt a. Main 2009.
- Gibirila, Deen*: Responsabilité civile des dirigeants de sociétés, Levallois-Perret 2014.
- von Godin, Reinhard/Wilhelmi, Hans*: Aktiengesetz, Kommentar, Berlin/Leipzig 1937.
- Goette, Constantin/Goette, Maximilian*: Managerhaftung: Abgrenzung unternehmerischer Entscheidungen nach Maßgabe der Business Judgment Rule von pflichtverletzendem Handeln, DStR 2016, 815–819.
- Goette, Wulf*: Zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast der objektiven Pflichtwidrigkeit bei der Organhaftung, ZGR 1995, 648–674.
- : Aktuelle Rechtsprechung zur GmbH – Kapitalschutz und Organhaftung, DStR 2003, 887–895.
- Goffin, Jean-François*: Responsabilités des dirigeants de sociétés, 3. Aufl., Brüssel 2012.

- Goldschmidt, Levin*: Die Reform des Aktiengesellschaftsrechts, ZHR 30 (1885), 69–89.
- Goldschmidt, James*: Über Begriff und Bedeutung des materiellen Ziviljustizrechts, in: Berliner Juristenfakultät (Hrsg.), Festschrift für Heinrich Brunner, München/Leipzig 1914, S. 109–138.
- Gomard, Bernhard*: Board Members' Liability for Damages, Scandinavian Studies in Law 28 (1984), 43–82.
- Gomille, Christian*: Informationsproblem und Wahrheitspflicht. Ein Aufklärungsmodell für den Zivilprozess (Habil.), Tübingen 2016.
- Gothe, Florian/Koppermann, Ilona*: Zum Gesamtschuldnerausgleich bei grob fehlerhafter Medikamentengabe, MedR 2014, 90–94.
- Göz, Philipp/Holzborn, Timo*: Die Aktienrechtsreform durch das Gesetz für Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts – UMAG, WM 2006, 157–164.
- Greda, Claudia*: Die Verantwortlichkeit der Geschäftsführung nach dem Schweizer Aktienrecht, in: Kalss, Susanne (Hrsg.), Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern, Wien 2005, S. 255–814.
- Grigoleit, Hans Christoph (Hrsg.): Aktiengesetz. Kommentar, München 2013.
- Grimaldos García, María Isabel*: Órganos (II). Los administradores. Estatuto jurídico común, in: Embid Irujo, José Miguel (Hrsg.), Introducción al derecho de sociedades de capital. Estudio de la Ley de sociedades de capital y legislación complementaria, Madrid 2013, S. 231–253.
- : Presupuestos y extensión subjetiva de la responsabilidad, in: Cebriá, Luis Hernando (Hrsg.), Régimen de deberes y responsabilidades de los administradores en las sociedades de capital, 2015, S. 307–364.
- Grosbois, Etienne*: Responsabilité civile et contrôle de la société (Diss.), Caen 2012.
- Großkommentar Aktiengesetz, bearb. von Gadow W./Heinichen E./Schmidt E./Schmidt W./Weipert O., Berlin 1939.
- Großkommentar Aktiengesetz, hrsg. von Hirte, Heribert/Mülbert, Peter O./Roth, Markus, Bd. IV/2 (§§ 92–94), 5. Aufl., Berlin/München/Boston 2015.
- Großkommentar GmbHG, hrsg. von Ulmer, Peter/Habersack, Mathias/Löbbe, Marc, Bd. II (§§ 29–52), 2. Aufl., Tübingen 2014.
- Grooterhorst, Johannes*: Das Einsichtnahmerecht des ausgeschiedenen Vorstandsmitgliedes in Geschäftsunterlagen im Haftungsfall, AG 2011, 389–398.
- Grooterhorst, Johannes/Looman, Jörg*: Rechtsfolgen der Abtretung des Freistellungsanspruchs gegen den Versicherer im Rahmen der D&O-Versicherung, NZG 2015, 215–221.
- Grote, Joachim/Schneider, Christian*: VVG 2008: Das neue Versicherungsvertragsrecht, BB 2007, 2689–2702.
- Gruber, Michael/Harrer, Friedrich (Hrsg.): GmbHG. Kommentar, 2. Aufl., Wien 2018.
- Guerra Martín, Guillermo (Hrsg.): La Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital, Madrid 2011.
- Guntermann, Lisa M.*: Der Gesamtschuldnerregress unter Vorstandsmitgliedern, AG 2017, 606–612.
- Guyon, Yves*: Droit des affaires, Bd. I (Droit commercial général et sociétés), 11. Aufl., Paris 2001.
- Haarmann, Wilhelm/Weiß, Michael*: Reformbedarf bei der aktienrechtlichen Organhaftung, BB 2014, 2115–2125.
- Habersack, Mathias*: Perspektiven der aktienrechtlichen Organhaftung, ZHR 177 (2013), 782–806.

- : Enthftung des Vorstandsmitglieds qua Anstellungsvertrag? Kritische Bemerkungen zu Seibt, NZG 2015, 1097, NZG 2015, 1297–1300.
- : 19 Jahre „ARAG/Garmenbeck“ – und viele Fragen offen, NZG 2016, 321–327.
- Habersack, Mathias/Foerster, Max*: Austauschgeschäfte der insolvenzreifen Gesellschaft. Zur Reichweite der Zahlungsverbote und zu den Folgen verbotener Zahlungen, ZHR 178 (2014), 387–419.
- Habersack, Mathias/Schürnbrand, Jan*: Die Rechtsnatur der Haftung aus §§ 93 Abs. 3 AktG, 43 Abs. 3 GmbHG, WM 2005, 957–961.
- Habetha, Joachim W.*: Deliktsrechtliche Geschäftsführerhaftung und gesellschaftsfinanzierte Haftpflichtversicherung, DZWiR 1995, 272–284.
- Hahn, Carl (Hrsg.): Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen, Bd. 2: Die gesammten Materialien zu der Civilprozeßordnung und dem Einführungsgesetz zu demselben vom 30. Januar 1877, Erste Abtheilung, Berlin 1880.
- Hamelmann, Uwe*: Urkundenvorlagepflichten nach § 142 Abs. 1 und 2 ZPO (Diss.), Leipzig 2012.
- Hamm, [Vorname unbek.]*: Diskussionsbeitrag, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 23. Deutschen Juristentages, Bd. II, Verhandlungen, 1985, S. 314–324.
- Handbuch der Beweislast, Bd. I: Grundlagenband, bearb. von Baumgärtel, Gottfried/Laumen, Hans-Willi/Prütting, Hanns, 4. Aufl., Köln 2019.
- Hannigan, Brenda M.*: Company Law, 5. Aufl., Oxford 2018.
- Harzenetter, Tobias*: Abtretung des Freistellungsanspruchs aus einer D&O-Versicherung nach den BGH-Urteilen vom 13.4.2016, NZG 2016, 728–733.
- Häsemeyer, Ludwig*: Prozeßrechtliche Rahmenbedingungen für die Entwicklung des materiellen Privatrechts – Zur Unvertauschbarkeit materieller und formeller Rechtssätze, AcP 188 (1988), 140–167.
- Hasenböhler, Stefan*: Die Haftungsvoraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR im Vergleich zum US-amerikanischen Recht (Diss.), Zürich/Basel/Genf 2003.
- Hauger, Nils F. W./Palzer, Christoph*: Kartellbußen und gesellschaftsrechtlicher Innenregress, ZGR 2015, 33–83.
- Hausch, Axel*: Die personelle Reichweite der Beweislastregeln im Arzthaftungsprozess, VersR 2005, 600–607.
- Hawkins, Scott A./Hastie, Reid*: Hindsight: Biased Judgments of Past Events After the Outcomes Are Known, 107 Psychol. Bull. 311–327 (1990).
- Hay, Bruce L./Spier, Kathryn E.*: Burdens of Proof in Civil Litigation: An Economic Perspective, J. Leg. Stud. 26 (1997), 413–431.
- Heermann, Peter W.*: Unternehmerisches Ermessen, Organhaftung und Beweislastverteilung, ZIP 1998, 761–769.
- Heidel, Thomas (Hrsg.): Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl., Baden-Baden 2019.
- Heider, Karsten/Hirte, Markus*: Die Herausgabepflicht von Aufsichtsratsunterlagen. zugleich Besprechung des Hinweisbeschlusses des BGH vom 7.7.2008, ZIP 2008, 1821 ff. – „Metro“, CCZ 2009, 106–110.
- von *Hein, Jan*: Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland (Habil.), Tübingen 2008.
- Heinrich, Christian*: Die Beweislast bei Rechtsgeschäften (Diss.), Köln/Berlin/Bonn/München 1996.
- Heisse, Matthias*: Die Beschränkung der Geschäftsführerhaftung gegenüber der GmbH (Diss.), Köln 1988.

- Hellmann, Hans-Joachim/Steinbrück, Ben*: Discovery Light – Informations- und Beweismittelbeschaffung im Rahmen von Kartellschadensersatzklagen, NZKart 2017, 164–175.
- Hemeling, Peter*: Neuere Entwicklungen in der D & O-Versicherung, in: Krieger, Gerd/Lutter, Marcus/Schmidt, Karsten (Hrsg.), Festschrift für Michael Hoffmann-Becking zum 70. Geburtstag, München 2013, S. 491–510.
- Hemström, Carl*: Swedish Company Legislation over Six Decades – A Brief Outline, Scandinavian Studies in Law 45 (2004), 193–201.
- Henssler, Martin/Strohn, Lutz (Hrsg.): Beck'sche Kurz-Kommentare. Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., München 2019.
- Henze, Hartwig*: Entretung der Aufsichtsräte?, Der Aufsichtsrat 2007, 81.
- Heisse, Matthias*: Die Beschränkung der Geschäftsführerhaftung gegenüber der GmbH (Diss.), Köln 1988.
- Herdter, Fabian*: Abtretung des Freistellungsanspruchs in der D&O-Versicherung, VP 2012, 168–174.
- Hils, Wolfgang*: Die Unterscheidung zwischen der obligation de résultat und der obligation de moyens und ihre Auswirkungen auf die Verteilung der Beweislast hinsichtlich der faute bei vertraglichen Schadensersatzansprüchen wegen exécution défectueuse im französischen Recht (Diss.), Stuttgart 1969.
- Hoffmann, Gunter M.*: Existenzvernichtende Haftung von Vorständen und Aufsichtsräten?, NJW 2012, 1393.
- Hoger, Andreas*: Praxisfragen zur Organhaftung bei Unternehmensverkäufen – Besprechung von OLG München, Urteil vom 8. Juli 2015, 7 U 3130/14, Der Konzern 2016, 373–380.
- Hölters, Wolfgang (Hrsg.): Aktiengesetz. Kommentar, 3. Aufl., München 2017.
- Holzborn, Timo/Bunnemann, Jan*: Änderungen im AktG durch den Regierungsentwurf für das UMAG, BKR 2005, 51–58.
- Hommelhoff, Peter/Hopt, Klaus J./von Werder, Axel (Hrsg.): Handbuch Corporate Governance, 2. Aufl., Köln/Stuttgart 2009.
- Hoor, Gerd*: Die Präzisierung der Sorgfaltsanforderungen nach § 93 Abs. 1 AktG durch den Entwurf des UMAG, DStR 2004, 2104–2108.
- Hoppe, Alexander*: Die Streitverkündung als Instrument gesellschaftsrechtlicher Prozessführung (Diss.), Baden-Baden 2017.
- Hopt, Klaus J.*: Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat – Zugleich ein Beitrag zur corporate governance-Debatte, in: Immenga, Ulrich (Hrsg.), Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag, Baden-Baden 1996, S. 909–931.
- : Die Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat: Grundsatz und Praxisprobleme – unter besonderer Berücksichtigung der Banken, ZIP 2013, 1793–1806.
- : Die Reform der Organhaftung nach § 93 AktG – Bemerkungen zu den Beschlüssen des 70. Deutschen Juristentages 2014 –, in: Ackermann, Thomas/Köndgen, Johannes (Hrsg.), Privat- und Wirtschaftsrecht in Europa, Festschrift für Wulf-Henning Roth zum 70. Geburtstag, München 2015, S. 225–240.
- Horn, Norbert*: Die Haftung des Vorstands der AG nach § 93 AktG und die Pflichten des Aufsichtsrats, ZIP 1997, 1129–1139.
- Hüffer, Uwe*: Zur Darlegungs- und Beweislast bei der aktienrechtlichen Anfechtungsklage, in: Goerdeler, Reinhard/Hommelhoff, Peter/Lutter, Marcus/Wiedemann, Herbert (Hrsg.), Festschrift für Hans-Joachim Fleck zum 70. Geburtstag am 30. Januar 1988, Berlin/New York 1988, S. 151–168.

- : Der Vorstand als Leitungsorgan und die Mandats- sowie Haftungsbeziehungen seiner Mitglieder, in: Bayer, Walter / Habersack, Mathias (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, Bd. II, Grundsatzfragen des Aktienrechts, Tübingen 2007, S. 334–388.
- : Aktiengesetz. Kommentar, 10. Aufl., München 2012.
- Hüffer, Uwe (Begr.)/Koch, Jens (Bearb.), Aktiengesetz. Kommentar, 13. Aufl., München 2018.
- Huster, Stefan: Beweislastverteilung und Verfassungsrecht, NJW 1995, 112–113.
- Ihlas, Horst: D&O. Directors & Officers Liability, 2. Aufl., Berlin 2009.
- Ingwarsen, Malte: Die Stellung des Versicherungsnehmers bei Innenhaftungsfällen in der D&O-Versicherung (Diss.), Karlsruhe 2011.
- Jäckel, Holger: Beweisvereinbarungen im Zivilrecht. Wirksamkeit und Wirkungen aus materiell-rechtlicher und prozessualer Sicht (Diss.), Duisburg/Köln 2007.
- Jamin, Christophe: Demogue et son temps: réflexions introductives sur son nihilisme juridique, RIEJ 56 (2006), 5–19.
- Jassogne, Christian (Hrsg.): Traité pratique de droit commercial, Bd. IV/2, Les sociétés, Waterloo 2014.
- Jensen, Michael C./Meckling, William H.: Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, 3 J. Fin. Econ. 305–360 (1976).
- Jucker, Beat: Beweisvereitelung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit. Dargestellt anhand der Verletzung von Aufbewahrungspflichten, Basel 2015.
- Jula, Rocco: Geschäftsführerhaftung gemäß § 43 GmbHG: Minimierung der Risiken durch Regelungen im Anstellungsvertrag?, GmbHR 2001, 806–811.
- Jung, Peter/Kunz, Peter V./Bärtschi, Harald: Gesellschaftsrecht, Zürich/Basel/Genf 2016.
- Kahlenberg, Harald/Heim, Lena: Das deutsche Kartellrecht in der Reform: Überblick über die 9. GWB-Novelle, BB 2017, 1155–1163.
- Kalss, Susanne (Hrsg.): Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern, Wien 2005.
- Kalss, Susanne/Burger, Christina/Eckert, Georg: Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts. Geschichte und Materialien, Wien 2003.
- Karlsruher Forum 2009: Managerhaftung, hrsg. von Lorenz, Egon, Karlsruhe 2010.
- Kapoor, Arun: Die neuen Vorlagepflichten für Urkunden und Augenscheinsgegenstände in der Zivilprozessordnung (Diss.), München 2009.
- Kaser, Max/Hackl, Karl: Das römische Zivilprozessrecht, 2. Aufl., München 1996.
- Kau, Wolfgang M./Kukat, Klaus: Haftung von Vorstand und Aufsichtsratsmitgliedern bei Pflichtverletzungen nach dem Aktiengesetz, BB 2000, 1045–1050.
- Kaulich, Matthias: Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft für Rechtsanwendungsfehler (Diss.), Berlin 2012.
- Keay, Andrew: Director's Duties, 2. Aufl., Bristol 2014.
- Kebekus, Frank/Zenker, Wolfgang: Business Judgment Rule und Geschäftsleiterermessen – auch in Krise und Insolvenz?, in: Grunewald, Barbara/Westermann, Harm Peter (Hrsg.), Festschrift für Georg Maier-Reimer zum 70. Geburtstag, München 2010, S. 319–343.
- Keiluweit, Anjela/Frank, Fried: Die geplante Verlängerung der aktienrechtlichen Verjährungsfristen für Organhaftungsansprüche – Pro & Contra, GWR 2010, 445–448.
- Kersting, Christian: Organhaftung für Kartellbußgelder, ZIP 2016, 1266–1275.
- Kersting, Christian/Preuß, Nicola: Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU). Ein Gesetzgebungsvorschlag aus der Wissenschaft, Baden-Baden 2015.

- : Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie durch die 9. GWB-Novelle, WuW 2016, 394–403.
- : Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie durch die 9. GWB-Novelle – Online Langfassung des Beitrags aus WuW 2016, 394, abrufbar auf www.wuw-online.de unter WUW1211285 (zuletzt abgerufen am 22. Februar 2020).
- Kiethe, Kurt*: Auskunft und sekundäre Behauptungslast – Anspruchsdurchsetzung bei ungeklärten Sachverhalten, MDR 2003, 781–784.
- : Die zivil- und strafrechtliche Haftung von Aufsichtsräten für Geschäftsrisiken, WM 2005, 2122–2130.
- Kim, Jeong-Yoo*: A note on burdens of proof in civil litigation, Eur. J. Law Econ. 42 (2016) 325–337.
- Kindler, Peter*: Vorstands- und Geschäftsführerhaftung nach Augenmaß – Über einige neuere Grundsatzentscheidungen des II. Zivilsenats des BGH zu §§ 93 AktG und 43 GmbHG, in: Habersack, Mathias/Hommelhoff, Peter (Hrsg.), Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag, München 2011, S. 231–238.
- : Italienisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Frankfurt a. Main 2014.
- Kipp, Theodor*: Über Doppelwirkungen im Recht, in: Berliner Juristische Fakultät (Hrsg.), Festschrift für Ferdinand von Martitz, Berlin 1911, S. 211–233.
- Klausing, Friedrich*: Reform des Aktienrechts. Unter besonderer Berücksichtigung der Teilreform des Jahres 1931, Berlin 1933.
- : Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktien-Gesetz), nebst Einführungsgesetz und „Amtlicher Begründung“, Berlin 1937.
- Klumpe, Gerhard/Thiede, Thomas*: Auskunftsklagen nach der GWB-Novelle – Gedanken-splitter aus der Praxis, NZKart 2016, 471–473.
- : Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle: Änderungsbedarf aus Sicht der Praxis, BB 2016, 3011–3018.
- : Keeping the Floodgates Shut – Kartellschadensersatz nach der 9. GWB-Novelle, NZKart 2017, 332–339.
- Knepper, William A./Bailey, Dan A.*: Liability of Corporate Officers and Directors, 7. Aufl., Newark 2002 mit 2016 Supp.
- Koch, Hans-Joachim*: Das Postulat der Gesetzesbindung im Lichte sprachphilosophischer Überlegungen: Aus Anlaß der Tagung „Recht und Sprache“ der bundesdeutschen IVR-Sektion vom 3. bis 5.10.1974 in Mainz, ARSP 61 (1975), 27–41.
- Koch, Robert*: Abtretung des Freistellungsanspruchs in D&O-Innenhaftungsfällen. Zugleich Anmerkung zu den Urteilen des BGH vom 13. 4. 2016 (IV ZR 304/13) VersR 2016, 786 und vom 13. 4. 2016 (IV ZR 51/14), VersR 2016, 765–768.
- Kock, Martin/Dinkel, Renate*: Die zivilrechtliche Haftung von Vorständen für unternehmerische Entscheidungen. Die geplante Kodifizierung der Business Judgment Rule im Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts, NZG 2004, 441–448.
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, hrsg. von Zöllner, Wolfgang/Noack, Ulrich, Bd. II/1 (§§ 76–94 AktG), bearb. von Mertens, Hans-Joachim/Cahn, Andreas, 3. Aufl., Köln 2009.
- Koppensteiner, Hans-Georg/Rüffler, Friedrich*: GmbH-Gesetz. Kommentar, 3. Aufl., Wien 2007.
- Kraakman, Reinier et al.*: The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach, 3. Aufl., Oxford 2017.
- Kramer, Ernst A.*: Juristische Methodenlehre, 6. Aufl., Bern 2019.

- Kremer, Thomas*: Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Bd. II/1 Sitzungsberichte (Referate und Beschlüsse), München 2015, N 29–N 46.
- Krieger, Gerd*: Zur (Innen-)Haftung von Vorstand und Geschäftsführung, in: Henze, Hartwig/Timm, Wolfram/Westermann, Harm Peter (Hrsg.), RWS-Forum Gesellschaftsrecht 1995, Köln 1996, S. 149–177.
- : Beweislastumkehr und Informationsanspruch des Vorstandsmitglieds bei Schadensersatzforderungen nach § 93 Abs. 2 AktG, in: Burgard, Ulrich et al. (Hrsg.), Festschrift für Uwe H. Schneider, Köln 2011, S. 717–735.
- Krieger, Gerd/Schneider, Uwe H.* (Hrsg.): Handbuch Managerhaftung, 2. Aufl., Köln 2010 sowie 3. Aufl., Köln 2017.
- Kropff, Bruno*: Textausgabe des Aktiengesetzes vom 6.9.1965 und des Einführungsgesetzes zum Aktiengesetz vom 6.9.1965 mit Begründung des Regierungsentwurfs u.A., Düsseldorf 1965 (zit.: *Kropff*, Aktiengesetz 1965).
- Kust, Egon*: Zur Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, WM 1980, 758–765.
- Lange, Oliver*: Der Direktanspruch gegen den Haftpflichtversicherer (am Beispiel der D&O-Versicherung), r+s 2011, 185–198.
- : D&O-Versicherung und Managerhaftung, München 2014.
- : Der Direktanspruch gegen den D&O-VR in der Insolvenz des Versicherten, r+s 2019, 613–624.
- Lange, Hermann/Schiemann, Gottfried*: Schadensersatz, 3. Aufl., Tübingen 2003.
- Langheid, Theo/Rixecker, Roland* (Hrsg.): Versicherungsvertragsgesetz. Kommentar, 6. Aufl., München 2019.
- de Lanzac de Laborie, Stéphen*: Nouveau Code de commerce, Bd. I, Paris 1936.
- Laumen, Hans-Willi*: Die sog. tatsächliche Vermutung, MDR 2015, 1–6.
- Lebre de Freitas, José Manuel* (Hrsg.): The Law of Evidence in the European Union. Das Beweisrecht in der Europäischen Union. Le Droit de la Preuve dans l'Union Européenne, Den Haag 2004.
- Lehmann, Martin*: Aktuelle Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur D&O-Versicherung und Folgerungen für die Praxis, r+s 2018, 6–15.
- Leipold, Dieter*: Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen – insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten (Diss.), Berlin 1966.
- : Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß. Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 27. Juni 1984, Berlin/New York 1985.
- Leonhard, Franz*: Die Beweislast, 2. Aufl., Berlin 1926.
- Leuering, Dieter*: Organhaftung und Schiedsverfahren, NJW 2014, 657–661.
- Liebscher, Marc/Oplustil, Krzysztof*: Regelungen und Praxis der internen Corporate Governance in polnischen Aktiengesellschaften, WiRO 2008, 97–103.
- Lieder, Jan*: Die Aktienrechtsnovelle vom 11. Juni 1870, in: Bayer, Walter / Habersack, Mathias (Hrsg.), Aktienrecht im Wandel, Bd. I, Entwicklung des Aktienrechts, Tübingen 2007, S. 318–387.
- Lindell, Bengt*: Schweden, in: Nagel, Heinrich/Bajons, Ena-Marlis (Hrsg.), Beweis – Preuve – Evidence. Grundzüge des zivilprozessualen Beweisrechts in Europa, Baden-Baden 2003, S. 519–556.

- Lohse, Andrea*: Schmiergelder als Schaden? Zur Vorteilsausgleichung im Gesellschaftsrecht, in: Kindler, Peter/Koch, Jens/Ulmer, Peter/Winter, Martin (Hrsg.), Festschrift für Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag, München 2010, S. 581–601.
- Looschelders, Dirk*: Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht (Habil.), Tübingen 1999.
- Loritz, Karl-Georg/Wagner, Klaus-R.*: Haftung von Vorständen und Aufsichtsräten, DStR 2012, 2189.
- Lutter, Marcus*: Die Business Judgment Rule und ihre praktische Anwendung, ZIP 2007, 841–848.
- Lutter, Marcus/Hommelhoff, Peter (Hrsg.): GmbH-Gesetz. Kommentar, 20. Aufl., Köln 2020.
- Maffei Alberti, Alberto (Hrsg.): Commentario breve al diritto delle società, 4. Aufl., Padua 2017.
- Magnus, Frédéric*: Commentaire systématique du Code des sociétés, Art. 527, 528 C. soc., 28. EL, 12.3.2013, Brüssel.
- Malek, Hodge M. (Hrsg.): Phipson on evidence, 17. Aufl., London 2010.
- Mallmann, Roman A./Lübbig, Thomas*: Offenlegung von Beweismitteln gemäß dem Kabinettsentwurf für das 9. GWB-Änderungsgesetz, NZKart 2016, 518–522.
- Marsch-Barnert, Reinhard*: Vorteilsausgleich bei der Schadensersatzhaftung nach § 93 AktG, ZHR 173 (2009), 723–734.
- Marton, Géza*: Versuch eines einheitlichen Systems der zivilrechtlichen Haftung, AcP 162 (1963), 1–87.
- Mazeaud, Henri/Mazeaud Léon/Tunc, André*: Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, Bd. I, 6. Aufl., Paris 1965.
- Meckbach, Anne*: Organhaftung und Beweisrisiken – Adäquate Risikoallokation durch Vertragsgestaltung, NZG 2015, 580–585.
- Medicus, Dieter*: Verschuldensabwägung bei Beweislastumkehr, in: Baums, Theodor/Lutter, Marcus/Schmidt, Karsten/Wertenbruch, Johannes (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, Tübingen 2006, S. 437–448.
- Meier, Sonja*: Gesamtschulden. Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive (Habil.), Tübingen 2010.
- Meier-Greive, Daniel*: Vorstandshaftung wegen mangelhafter Corporate Compliance, BB 2009, 2555–2560.
- Merkt, Hanno*: US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Frankfurt a. Main 2013.
- Messai-Bahri, Soraya*: La responsabilité civile des dirigeants sociaux (Diss.), Paris 2009.
- Michalski, Lutz (Hrsg.): Kommentar zum GmbHG, Bd. II (§§ 35–85), 3. Aufl., München 2017.
- Morse, Geoffrey (Hrsg.): Palmer's Company Law – Annotated Guide to the Companies Act 2006, 2. Aufl., London 2009.
- : Palmer's Company Law, 25. Aufl., Loseblatt, London.
- Mortimore, Simon (Hrsg.): Company Directors. Duties, Liability and Remedies, 3. Aufl., Oxford 2017.
- Mugdan, Benno (Hrsg.): Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1899
- Bd. I, Einführungsgesetz und Allgemeiner Theil.
 - Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse.
- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts

- Bd. IV (Aktiengesellschaft), hrsg. von Hoffmann-Becking, Michael, 4. Aufl., München 2015.
- Bd. VII (Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten (Corporate Litigation)), hrsg. von Born, Manfred/Ghassemi-Tabar, Nima/Gehle, Burkhard, 5. Aufl., München 2016.
- Münchener Kommentar zum AktG, hrsg. von Goette, Wulf/Habersack, Mathias, Bd. II (§§ 76–117, MitbestG, DrittelbG), München, 4. Aufl. 2014 und 5. Aufl. 2019.
- Münchener Kommentar zum BGB, hrsg. von Säcker, Franz J./Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina, München
 - Bd. II (§§ 241–432), 4. Aufl. 2001 und 7. Aufl. 2016.
 - Bd. IV (§§ 535–630h), 8. Aufl. 2020.
 - Bd. V/2 (§§ 651a–704), 8. Aufl. 2020.
 - Bd. VI (§§ 705–853), 7. Aufl. 2017.
 - Bd. X (§§ 1922–2385), 8. Aufl. 2020.
- Münchener Kommentar zum GmbHG, hrsg. von Fleischer, Holger/Goette, Wulf,
 - Bd. II (§§ 35–52), 3. Aufl., München 2019.
 - Bd. III (§§ 53–88), 3. Aufl., München 2018.
- Münchener Kommentar zum HGB, hrsg. von Schmidt, Karsten, Bd. II (§§ 105–160), 4. Aufl., München 2016.
- Münchener Kommentar zum VVG, hrsg. von Langheid, Theo/Wandt, Manfred, Bd. III (Nebengesetze, Systematische Darstellungen), 2. Aufl., München 2017.
- Münchener Kommentar zur ZPO, hrsg. von Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang, München
 - Bd. I (§§ 1–354), 5. Aufl. 2016.
 - Bd. II (§§ 355–945b), 5. Aufl. 2016.
- Muñoz-Pérez, Ana Felicitas*: Presupuestos de responsabilidad de los administradores, in: Guerra Martín (Hrsg.), *La Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*, Madrid 2011, S. 103–150.
- Musielak, Hans-Joachim*: Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß (Habil.), Berlin/New York 1975.
- : Das Överviktsprincip. Zum Verhältnis von richterlicher Überzeugung und Wahrscheinlichkeit, in: Lüderitz, Alexander/Schröder, Jochen (Hrsg.), *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts. Bewahrung oder Wende?*, Festschrift für Gerhard Kegel, Frankfurt a. Main 1977, S. 451–471.
- : Rezension von Dieter Leipold, Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß [s.o.], *ZZP* 99 (1986), 217–225.
- : Die sog. tatsächliche Vermutung, *JA* 2010, 561–566.
- Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang (Hrsg.): *Zivilprozessordnung. Kommentar*, 16. Aufl., München 2019.
- Nagel, Heinrich/Bajons, Ena-Marlis (Hrsg.): *Beweis – Preuve – Evidence. Grundzüge des zivilprozessualen Beweisrechts in Europa*, Baden-Baden 2003.
- Nieuwenhuis, Hans/Stolker, Carel/Valk, Lodewijk (Hrsg.): *Burgerlijk Wetboek. Tekst & Commentaar*, 11. Aufl., Deventer 2015.
- NomosKommentar BGB, hrsg. von Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner, Bd. II/1 (§§ 241–610), 3. Aufl., Baden-Baden 2016.
- Nörr, Knut Wolfgang*: Ein geschichtlicher Abriss des kontinentaleuropäischen Zivilprozesses in ausgewählten Kapiteln, Tübingen 2015.

- Ochs, Christian*: Die Haftung des GmbH-Geschäftsführers im deutschen und spanischen Recht (Diss.), Frankfurt a. Main 2008.
- Oelkers, Janine*: Die Haftung des Leitungsorgans der italienischen *Società per azioni*, in: Kalls, Susanne (Hrsg.), Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern, Wien 2005, S. 513–592.
- de Oliveira, António Fernandes*: Responsabilidade Civil dos Administradores, in: Código das sociedades comerciais e governo das sociedades, Coimbra 2008, S. 257–341.
- O'Malley, Kevin F./Grenig, Jay E./Lee, William C.*: Federal Jury Practice and Instructions, 5. Aufl., Eagan (Minnesota) 2001.
- Oplustil, Krzysztof*: Das Konzernrecht in Polen im Lichte der neuesten Rechtsprechung, in: Hommelhoff, Peter/Lutter, Marcus/Teichmann, Christoph (Hrsg.), Corporate Governance im Konzern, ZGR-Sonderheft 20/2017, S. 149–174.
- Orell Füssli Kommentar (OFK), Schweizerisches Obligationenrecht, hrsg. von Kren Kostkiewicz, Jolanta/Wolf, Stephan/Amstutz, Marc/Frankhauser, Roland, 3. Aufl., Zürich 2016 (zit.: OFK-OR).
- Osterloh-Konrad, Christine*: Der allgemeine vorbereitende Informationsanspruch. Zivilrechtliche Auskunfts- und Rechenschaftsansprüche und ihre Funktion im Zivilprozess (Diss.), München 2007.
- Paefgen, Walter G.*: Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG (Habil.), Köln 2002.
- : Dogmatische Grundlagen, Anwendungsbereich und Formulierung einer Business Judgment Rule im künftigen UMAG, AG 2004, 245–261.
 - : Die Darlegungs- und Beweislast bei der Business Judgment Rule, NZG 2009, 891–896.
 - : Organhaftung: Bestandsaufnahme und Zukunftsperspektiven – Ein kritischer Werkstattbericht vor dem Hintergrund der Beratungen des 70. Deutschen Juristentages 2014, AG 2014, 554–584.
- Palandt, Otto (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch, 79. Aufl., München 2020.
- Paolini, Adolfo (Hrsg.): Research Handbook on Directors' Duties, Cheltenham/Northampton 2014.
- Patzina, Reinhard/Bank, Stefan/Schimmer, Dieter/Simon-Widmann, Michael (Hrsg.): Haftung von Unternehmensorganen. Vorstände, Aufsichtsräte, Geschäftsführer, München 2010 (zit.: Patzina et al., Haftung von Unternehmensorganen).
- Pawlowski, Enka*: Der prima-facie-Beweis bei Schadensersatzansprüchen aus Delikt und Vertrag, Göttingen 1966.
- Peltzer, Martin*: Konstruktions- und Handhabungsschwierigkeiten bei der D&O Versicherung, NZG 2009, 970–975.
- : Reform der Organhaftung, in: VGR (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2013, Bd. XIX, Köln 2014, S. 83–100.
- Petr, Tadeáš/Zrzavecký, Jan*: Odpovědnost členů volených orgánů obchodní společnosti po rekodifikaci - změna k lepšímu? [= Die Verantwortung der Mitglieder gewählter Organe der Handelsgesellschaften nach der Rekodifikation – Veränderung zum Besseren?], Beitrag vom 2. April 2014, ID: 93832, online auf epravo.cz (zuletzt abgerufen am 22. Februar 2020).
- Petrasincu, Alex*: Kartellschadensersatz nach dem Referentenentwurf der 9. GWB-Novelle, WuW 2016, 330–336.
- Planqueel, André*: Obligations de moyens, obligations de résultat (Essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la charge de la preuve en cas d'inexécution), RTD civ. 1972, 334–340.

- Podewils, Felix*: Die Geschäftsführerhaftung in der Personengesellschaft, BB 2014, 2632–2639.
- Podszun, Rupprecht/Kreifels, Stephan*: Kommt der Ausforschungsanspruch? – Anmerkungen zum geplanten § 33g GWB, GWR 2017, 67–72.
- Podszun, Rupprecht/Kreifels, Stephan/Schmieder, Georg*: Streitpunkte der 9. GWB-Novelle. Bußgeldrecht, Schadensersatz, Verbraucherrechte und Ministererlaubnis, WuW 2017, 114–120.
- Poelzig, Dörte/Thole, Christoph*: Kollidierende Geschäftsleiterpflichten, ZGR 2010, 836–867.
- Pohlmann, Ulrich*: D&O-Versicherung, in: Schmidt, Andreas (Hrsg.), Handbuch der gesellschaftsrechtlichen Haftung in der GmbH-Insolvenz, Köln 2013, S. 272–285.
- Preuß, Nicola*: Offenlegung von Beweismitteln nach der 9. GWB-Novelle: Sonderregelung mit Modellcharakter?, WuW 2017, 301.
- Pröls, Jürgen*: Die Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen, VersR 1964, 901–906. –: Beweiserleichterungen im Schadensersatzprozeß (Diss.), Karlsruhe 1966.
- Pröls, Jürgen/Martin, Anton (Hrsg.): Beck'sche Kurz-Kommentare. Versicherungsvertragsgesetz, 30. Aufl., München 2018.
- Prütting, Hanns*: Gegenwartsprobleme der Beweislast (Habil.), München 1983.
- Prütting, Hanns/Gehrlein, Markus*: Zivilprozessordnung, Kommentar, 11. Aufl., Köln 2019.
- Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar, 14. Aufl., Köln 2019.
- Rada, Ivan/Hanslik, Erwin*: Die Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft nach tschechischem Recht, in: Kalss, Susanne (Hrsg.), Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern, Wien 2005, S. 909–942.
- Radin, Stephen A.*: The Business Judgment Rule. Fiduciary Duties of Corporate Directors, Bd. I, III und IV, 6. Aufl., New York 2009.
- Rahlmeyer, Niklas/Fassbach, Burkhard*: Vorstandshaftung und Prozessfinanzierung, GWR 2015, 331–336.
- von Randow, Philipp*: Derivate und Corporate Governance, ZGR 1996, 594–641.
- Recamán Graña, Eva*: Los Deberes y la Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital en Crisis (Diss.), Cizur Menor (Navarra) 2016.
- Rechberger, Walter H.*: Maß für Maß im Zivilprozeß? Ein Beitrag zur Beweismaßdiskussion, in: Prütting, Hanns (Hrsg.), Festschrift für Gottfried Baumgärtel zum 70. Geburtstag, Köln/Berlin/Bonn/München 1990, S. 471–490.
- Redeker, Konrad*: Beweislast und Beweiswürdigung im Zivil- und Verwaltungsprozeß. Ein Beitrag zu den Verhandlungen auf dem 46. Deutschen Juristentag, NJW 1966, 1777–1782.
- Redenius-Hoevermann, Julia*: La responsabilité des dirigeants dans les sociétés anonymes en droit français et droit allemand (Diss.), Paris 2010.
- Reich-Rohrig, Johannes*: Das österreichische GmbH-Recht – in systematischer Darstellung, Bd. I (GmbH-Recht I), 2. Aufl., Wien 1997.
- Reichel, Hans*: Die Schuldmitübernahme (Kumulative Schuldübernahme), in: Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeßrecht des Deutschen Reiches, hrsg. von Fischer, Otto, Bd. XIX, München 1909.
- Reichert, Jochem*: Reform des § 43 GmbH durch Angleichung an § 93 AktG und Pflichten-spezifizierung?, ZGR 2017, 671–703.

- Reinecke, Gerhard*: Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe (Diss.), Berlin 1976.
- Reinhardt, Michael*: Die Umkehr der Beweislast aus verfassungsrechtlicher Sicht, NJW 1994, 93–99.
- Rieder, Markus S./Schoenemann, Andreas*: Korruptionsverdacht, Zivilprozess und Schiedsverfahren, NJW 2011, 1169–1175.
- Rieger, Harald*: Gesetzeswortlaut und Rechtswirklichkeit im Aktiengesetz, in: Lutter, Marcus (Hrsg.), Festschrift für Martin Peltzer zum 70. Geburtstag, Köln 2001, S. 339–357.
- Ritter, Carl*: Aktiengesetz. Kommentar (zugleich zweite Aufl. des Kommentars zum Handelsgesetzbuch Buch 2 Abschnitt 3, 4, hrsg. von Ritter Carl/Ritter, Justus), Berlin/München 1939.
- Rommé, Oliver*: Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast (Diss.), Köln/Berlin/Bonn/München 1989.
- Rosenberg, Leo*: Die Beweislast – auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung, 5. Aufl., München/Berlin 1965.
- Rosenfeld, Andreas/Brand, Peter-Andreas*: Die neuen Offenlegungsregeln für Kartellschadensersatzansprüche nach der 9. GWB-Novelle, WuW 2017, 247–252.
- Roth, Günther H./Altmeyen, Holger*: GmbHG, Kommentar, 9. Aufl., München 2019.
- Roth, Markus*: Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstands (Diss.), München 2001.
- : Das unternehmerische Ermessen des Vorstands. Neuerungen durch den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und zur Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG)?, BB 2004, 1066–1069.
- Rowedder, Heinz/Schmidt-Leithoff, Christian* (Hrsg.): GmbHG. Kommentar, 6. Aufl., München 2017.
- Ruchatz, Ulrich*: Auskunftspflichten der Aktiengesellschaft bei Organhaftungsverfahren im Verhältnis zum Anspruchsgegner und gegenüber dem D&O-Versicherer, AG 2015, 1–10.
- Ruckteschler, Dorothee/Grillitsch, Karsten*: Organhaftung – Zur Durchsetzung des Einsichtsrechts ausgeschiedener Organmitglieder, in: Ebke, Werner F./Olzen, Dirk/Sandrock, Otto (Hrsg.), Festschrift für Siegfried H. Elsing zum 65. Geburtstag, Frankfurt a. Main 2015, S. 1129–1144.
- Sachse, [Vorname unbek.]*: Beweisverträge, ZJP 54 (1929), 409–434.
- Saenger, Ingo* (Hrsg.): Zivilprozessordnung. Handkommentar, 8. Aufl., Baden-Baden 2019.
- Sailer-Coceani, Viola*: Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Bd. II/1 Sitzungsberichte (Referate und Beschlüsse), München 2015, N 10–N 27.
- Saint-Alary-Houin, Corinne*: Droit des entreprises en difficulté, 10. Aufl., Paris 2015.
- von Savigny, Friedrich Carl*: Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts, Bd. I, Berlin 1851.
- Schäfer, Carsten*: Die Binnenhaftung von Vorstand und Aufsichtsrat nach der Renovierung durch das UMAG, ZIP 2005, 1253–1259.
- Schall, Alexander* (Hrsg.): Companies Act. Kommentar, München 2014.
- Schärtl, Christoph*: Die Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess, NJW 2014, 3601–3605.
- von Schenck, Karsten*: Handlungsbedarf bei der D&O-Versicherung, NZG 2015, 494–501.

- Schiedermaier, Gerhard*: Vereinbarungen im Zivilprozeß (Habil.), Bonn 1935.
- Schild, Alexander/Timmerman, Levinus (Vino)*: Het nieuwe art. 2:9 BW, uitgelegd voor gewone bestuurders, WPNR 2014/7011, S. 270–274.
- Schima, Georg*: Business Judgment Rule und Beweislastverteilung bei der Vorstandshaftung nach US-, deutschem und österreichischem Recht, in: Baudenbacher, Carl/Kokott, Juliane/Speitler, Philipp (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Basel 2010, S. 369–438.
- : Die Beweislastverteilung bei der Geschäftsleiterhaftung, in: Grünwald, Alfons/Zollner, Johannes/Schummer, Gerhard (Hrsg.), Unternehmensrecht in Wissenschaft und Praxis. Festschrift für Waldemar Jud, Wien 2012, S. 571–604.
- Schlegelberger, Franz/Quassowski, Leo (Hrsg.): Aktiengesetz. Kommentar, 3. Aufl., Berlin 1939.
- Schlimm, Katrin*: Das Geschäftsleiterermessen des Vorstands einer Aktiengesellschaft (Diss.), Baden-Baden 2009.
- Schmidt, Andreas (Hrsg.): Handbuch der gesellschaftsrechtlichen Haftung in der GmbH-Insolvenz, Köln 2013.
- Schmidt, Eike*: Die Beweislast im Zivilsachen. Funktionen und Verteilungsregeln, JuS 2003, 1007–1013.
- Schmidt, Jessica*: Der European Model Company Act (EMCA), ZHR 181 (2017), 43–86.
- Schmidt, Karsten*: Verbotene Zahlungen in der Krise von Handelsgesellschaften und die daraus resultierenden Ersatzpflichten. Insolvenzzrechtliche Brotvermehrung durch Klagen nach § 64 Abs. 2 GmbHG (§§ 92 AktG, 130a, 177a HGB, 99 GenG)?, ZHR 168 (2004), 637–672.
- Schmidt, Karsten/Lutter, Marcus (Hrsg.): Aktiengesetz. Kommentar, Bd. I (§§ 1–149 AktG), 3. Aufl., Köln 2015.
- Schmolke, Klaus Ulrich*: Die Abberufung des Vorstandsmitglieds auf Verdacht. Ein Beitrag zur Auslegung des § 84 Abs. 3 AktG, AG 2014, 377–387.
- Schneider, Birgit/Dubanská, Barbora*: Neues GmbH-Recht in Tschechien, GmbHR 2014, 471–476.
- Schniers, Ferit*: Haftungsfreiräume für unternehmerische Entscheidungen in Deutschland und Italien (Diss.), Köln/München 2009.
- Scholz, Franz (Hrsg.): Kommentar zum GmbH-Gesetz, Bd. II (§§ 35–52), 11. Aufl., Köln 2014.
- Scholz, Philipp*: Die existenzvernichtende Haftung von Vorstandsmitgliedern in der Aktiengesellschaft (Diss.), Jena 2014.
- : Die Haftung bei Verstößen gegen die Business Judgement Rule, AG 2015, 222–231.
- Schramm, Stephan*: Der Schutzbereich der Norm im Arzthaftungsrecht (Diss.), Karlsruhe 1992.
- Schreiber, Klaus*: Die Gesamtschuld, Jura 1989, 353–359.
- Schubert, Werner (Hrsg.): Protokolle der Commission zur Berathung eines allgemeinen deutschen Handelsgesetz-Buches, Bde. I, III und IX, Frankfurt a. Main 1984.
- (Hrsg.): Entwurf des Reichsjustizministeriums zu einem Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung von 1939, Heidelberg 1985.
- (Hrsg.): Protokolle des Ausschusses für Aktienrecht der Akademie für Deutsches Recht (1933–1934), Berlin/New York 1986.
- Schubert, Werner/Hommelhoff, Peter (Hrsg.): Hundert Jahre modernes Aktienrecht. Eine Sammlung von Texten und Quellen zur Aktienrechtsreform 1884 mit zwei Einführungen, ZGR-Sonderheft 4/1985.

- (Hrsg.): Die Aktienrechtsreform am Ende der Weimarer Republik. Die Protokolle der Verhandlungen im Aktienrechtsausschuß des Vorläufigen Rechtswirtschaftsrats unter dem Vorsitz von Max Hachenburg, Berlin/New York 1987.
- Schubert, Werner/Schmiedel, Burkhard/Krampe, Christoph (Hrsg.): Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897, Frankfurt a. Main, 1986 (Bd. I), 1987 (Bd. II, erster Halbband), 1988 (Bd. II, zweiter Halbband).
- Schwedhelm, Ulrike*: Das Gesamtschuldverhältnis, Entstehung – Wirkung – Ausgleich, Berlin 2003.
- Schweizer, Mark*: Beweiswürdigung und Beweismaß. Rationalität und Intuition (Habil.), Tübingen 2015.
- Schwintowski, Hans-Peter/Brömmelmeyer, Christoph (Hrsg.): Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht, 3. Aufl., Münster 2017.
- Seeliger, Daniela/de Crozals, Dorothee*: Zukunftsweisend: Die 9. GWB-Novelle, ZRP 2017, 37–40.
- Seibert, Ulrich/Schütz, Carsten*: Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts – UMAG, ZIP 2004, 252–258.
- Seibt, Christoph H.*: Mehr Geld, bitte! Christoph H. Seibt über die wachsenden Risiken des Vorstandsjobs, ManagerMagazin, 2/2015, S. 54.
- : Persönliches Risikomanagement für Vorstände, Börsen-Zeitung vom 25.7.2015, S. 9.
- : 20 Thesen zur Binnenverantwortung im Unternehmen im Lichte des reformierten Kapitalmarktsanktionsrechts, NZG 2015, 1097–1103.
- : „Halbvermögensschutzklausel“ als Instrument zur Vermeidung existenzgefährdender Binnenregressansprüche in Fällen grober Disproportionalität, Duplik auf die Erwiderung von Habersack, NZG 2015, 1297, NZG 2016, 361–367.
- Seibt, Christoph H./Cziupka, Johannes*: Rechtspflichten und Best Practices für Vorstands- und Aufsichtsrats handeln bei der Kapitalmarkt-Compliance, AG 2015, 93–109.
- Seitz, Björn/Finkel, Bastian/Klimke, Dominik*: D&O-Versicherung. Kommentar zu den AVB-AVG, München 2016.
- Selb, Walter*: Mehrheiten von Gläubigern und Schuldern (Handbuch des Schuldrechts in Einzeldarstellungen, hrsg. von Gernhuber, Joachim, Bd. V), Tübingen 1984.
- : Überlegungen zur Praktikabilität der Organhaftungsvorschriften, in: Habersack, Matthias/Hommelhoff, Peter (Hrsg.), Festschrift für Wulf Goette zum 65. Geburtstag, München 2011, S. 499–512.
- Semler, Johannes/Peltzer, Martin/Kubis, Dietmar (Hrsg.): Arbeitshandbuch für Vorstandsmitglieder, 2. Aufl., München 2015.
- Semler, Johannes/von Schenck, Kersten*: Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 4. Aufl., München 2013.
- Shear, Elliot*: Potential Liabilities, in: Boxell, Tim (Hrsg.): A Practitioner’s Guide to Directors’ Duties and Responsibilities, 5. Aufl., London 2013, S. 105–142.
- Soergel, Hans Theodor (Begr.): Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Stuttgart
 - Bd. III/2: Schuldrecht 1/2 (§§ 242–304), 13. Aufl. 2014.
 - Bd. V/3: Schuldrecht 3/3 (§§ 328–432), 13. Aufl. 2010.
- Spickhoff, Andreas (Hrsg.): Medizinrecht, Kommentar, 3. Aufl., München 2018.
- Spindler, Gerald*: Haftung und Aktionärsklage nach dem neuen UMAG, NZG 2005, 865–872.
- : Organhaftung in der AG – Reformbedarf aus wissenschaftlicher Perspektive, AG 2013, 889–904.

- Spindler, Gerald/Stilz, Eberhard (Hrsg.): Kommentar zum Aktiengesetz,
– Bd. I (§§ 1–149), 4. Aufl., München 2019.
- Stafford, Andrew/Ritchie, Stuart: Fiduciary Duties, 2. Aufl., Bristol 2015.
- Staub, Hermann (Begr.)/Pinner, Albert (Bearb.): Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bd. II (§§ 178–342), 14. Aufl., Berlin/Leipzig 1933.
- Staudinger, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Berlin
– Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, §§ 241–243, 15. Aufl. 2015.
– Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, §§ 249–254, 15. Aufl. 2017.
– Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, §§ 328–397, 12. Aufl. 1994.
– Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, §§ 362–396, 16. Aufl. 2016.
– Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse, §§ 397–432, 12. Aufl. 2005 und 15. Aufl. 2017.
– Ergänzungsband. Eckpfeiler des Zivilrechts, 6. Aufl. 2018.
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin: Kommentar zur Zivilprozessordnung, Tübingen
– Bd. II (§§ 78–147), 23. Aufl. 2016.
– Bd. IV (§§ 271–327), 23. Aufl. 2018.
– Bd. V (§§ 328–510c), 23. Aufl. 2015.
- Stephan, Klaus-Dieter: Haftungsbezogene Regelungen im Vorstandsanstellungsvertrag, Der Aufsichtsrat 2015, 172–174.
- Stieper, Malte: Der Beweis negativer Tatsachen, insbesondere der Neuheit im immateriellerrechterlichen Verletzungsprozess, ZZP 123 (2010), 27–48.
- Stoll, Hans: Haftungsverlagerung durch beweisrechtliche Mittel, AcP 176 (1976), 145–196.
- Strohn, Lutz: Pflichtenmaßstab und Verschulden bei der Haftung von Organen einer Kapitalgesellschaft, CCZ 2013, 177–184.
–: Vorstandshaftung und Beweislast, Der Aufsichtsrat 2015, 91.
- Stürner, Rolf: Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses (Habil.), Tübingen 1976.
–: Die Informationsbeschaffung im Zivilprozess, in: Greger, Reinhard/Gleussner, Irmgard/Heinemann, Jörn (Hrsg.), Neue Wege zum Recht. Festgabe für Max Vollkommer zum 75. Geburtstag, Köln 2006, S. 201–215.
- Sutschet, Holger: Garantiehafung und Verschuldenshaftung im gegenseitigen Vertrag (Habil.), Tübingen 2006.
- Teichmann, Robert/Koehler, Walter: Aktiengesetz. Kommentar, in: Koenige, Heinrich (Begr.), Handausgabe des Handelsgesetzbuchs, Bd. II, Berlin 1937.
- Theuerkauf, Horst: Beweislast, Beweisführungslast und Treu und Glauben, MDR 1962, 449–451.
- Thole, Christoph: Managerhaftung für Gesetzesverstöße, ZHR 173 (2009), 504–535.
- Thomas, Heinz/Putzo, Hans (Begr.): Zivilprozessordnung. Kommentar, 40. Aufl., München 2019.
- Thomas, Stefan: Die Haftungsfreistellung von Organmitgliedern (Habil.), Tübingen 2010.
- Thümmel, Roderich C.: Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten, Stuttgart, 4. Aufl. 2008.
- Timmerman, Levinus (Vino): Dit moet niet!, Ondernemingsrecht 2003, 599
- Told, Julia: Zum Entlastungsbeweis bei der Managerhaftung, wbl 2012, 181–190.
- Torggler, Ulrich (Hrsg.): GmbHG. Kurzkommentar, Wien 2014.
–: Business Judgement Rule und unternehmerische Ermessensentscheidung, ZfRV 2002, 133–140.

- Tschöpe, Ulrich/Wortmann, Florian*: Der wichtige Grund bei Abberufungen und außerordentlichen Kündigungen von geschäftsführenden Organvertretern, NZG 2009, 161–168.
- Tunc, André*: La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence, JCP 1945, I, Nr. 449.
- Ulmer, Peter*: Die Aktionärsklage als Instrument zur Kontrolle des Vorstands- und Aufsichtsratshandelns. Vor dem Hintergrund der US-Erfahrungen mit der shareholders' derivative action, ZHR 163 (1999), 290–342.
- van Ommeslaghe, Pierre*: Droit des obligations, Bd. II, Sources des obligations, Brüssel 2010.
- de Vasconcelos, Pedro Pais*: A brief note on directors' duties of care and loyalty in Portugal, in: Paolini, Adolfo (Hrsg.), Research Handbook on Directors' Duties, Cheltenham/Northampton 2014. S. 175–181.
- Velerdas Peralta, Ángel*: Órgano de administración (II). Deberes y responsabilidad de los administradores, in: Embid Irujo, José Miguel (Hrsg.), Derecho de sociedades de capital. Estudio de la Ley de sociedades de capital y de la legislación complementaria, Madrid 2016, S. 287–314.
- Verse, Dirk A.*: 50 Jahre Aktiengesetz – Das deutsche Aktienrecht unter europäischem Einfluss, in: Fleischer, Holger/Koch, Jens/Kropff, Bruno/Lutter, Marcus (Hrsg.), 50 Jahre Aktiengesetz, ZGR-Sonderheft 19, 2016, S. 303–324.
- Vetter, Eberhard*: Spagat zwischen Freiheit und Verantwortung: Reform der Organhaftung?, AnwBl 2014, 582–587.
- Vetter, Jochen*: Reformbedarf bei der Aktionärsklage nach § 148 AktG?, in: Krieger, Gerd/Lutter, Marcus/Schmidt, Karsten (Hrsg.): Festschrift für Michael Hoffmann-Becking zum 70. Geburtstag, München 2013, S. 1317–1340.
- Voigt, Hans-Christoph*: Haftung aus Einfluss auf die Aktiengesellschaft (§§ 117, 309, 317 AktG) (Diss.), München 2004.
- Voß, Michael*: Gesamtschuldnerische Organhaftung (Diss.), Köln/München 2008.
- Wach, Adolf*: Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, Bd. I, Leipzig 1885.
- Wach, Karl J. T.*: Zeitbombe BGHZ 152, 280: Erfolgshaftung für unternehmerische Entscheidungen?, in: Geimer, Reinhold/Kaissis, Athanassios/Thümmel, Roderich C. (Hrsg.), Ars aequi et boni in mundo, Festschrift für Rolf A. Schütze zum 80. Geburtstag, München 2014, S. 663–677.
- Wachter, Thomas* (Hrsg.): AktG. Kommentar, Köln, 2. Aufl. 2014 und 3. Aufl. 2018.
- Wacke, Andreas*: Zur Beweislast im klassischen Zivilprozeß. Giovanni Pugliese versus Ernst Levy, SZ-RA 109 (1992), 411–449.
- Wagner, Gerhard*: Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht (Habil.), Tübingen 1998.
- : Organhaftung im Interesse der Verhaltenssteuerung – Skizze eines Haftungsregimes, ZHR 178 (2014), 227–280.
- Wahrendorf, Volker*: Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht (Diss.), Köln/Berlin/Bonn/München 1976.
- Ward, Rodman/Welch, Edward P./Turezyn, Andrew J.*: in Folk on the Delaware General Corporation Law, 4. Aufl., Gaithersburg/New York 1999 mit 2017 Supp.
- Wassermeyer, Heinz*: Der prima-facie-Beweis und die benachbarten Erscheinungen, Münster 1954.
- Watson, Alan*: The Digest of Justinian, Bd. III, 2. Aufl., Philadelphia 1998.

- Weber, Adolph D.*: Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß, 2. Aufl., Halle 1832.
- Weber, Rolf H.*: Schweizerisches Verantwortlichkeitsrecht – Stolpersteine heute Potentiale morgen, in: Weber, Rolf H./Isler, Peter R. (Hrsg.), Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VI, 2012, S. 161–216.
- Weber-Rey, Daniela/Buckel, Jochen*: Best Practice Empfehlungen des Deutschen Corporate Governance Kodex und die Business Judgement Rule, AG 2011, 845–852.
- Weitbrecht, Andreas*: Eine neue Ära im Kartellschadensersatzrecht – Die 9. GWB-Novelle, NJW 2017, 1574–1578.
- Weitnauer, Hermann*: Zum Innenausgleich unter Schadensgesamtschuldern, in: Hauss, Fritz (Hrsg.), Festschrift für Ernst Klingmüller, Karlsruhe 1974, S. 499–508.
- Wellhöfer, Werner/Peltzer, Martin/Müller, Welf*: Die Haftung von Vorstand, Aufsichtsrat, Wirtschaftsprüfer mit GmbH-Geschäftsführer, München 2008.
- Werner, Rüdiger*: Der Informationsanspruch des ausgeschiedenen GmbH-Geschäftsführers, GmbHR 2013, 68–74.
- Westermann, Harm Peter*: Haftung und Zurechnung im Unternehmensbereich, VersR 1993, Sonderbeilage, 15–23.
- Wicke, Hartmut*: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). Kommentar, 3. Aufl., München 2016.
- Wieczorek, Bernhard/Schütze, Rolf A.* (Hrsg.): Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Großkommentar, Berlin
– Bd. IV (§§ 253–299a), 4. Aufl. 2013.
– Bd. VI (§§ 355–510c), 4. Aufl. 2014.
- Wiedemann, Herbert*: Organverantwortung und Gesellschafterklagen in der Aktiengesellschaft. Vortrag in der Rheinisch-Westfälischen Akademie der Wissenschaften in der 296. Sitzung am 16. Oktober 1985, Fassung vom 1.1.1989.
- Wiener, Heinrich*: Der Aktiengesetz-Entwurf. Betrachtungen und Vorschläge, Leipzig 1884.
- Windscheid, Bernhard*: Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I, 6. Aufl., Frankfurt a. Main 1887.
- Wissmann, Manfred/Adolphs, Mark*: Direktanspruch des Versicherungsnehmers gegen den Versicherer bei der D&O Versicherung, StudZR 2005, 489–504.
- Wolfe, Richard P.*: The fiduciary duty of directors and officers under the Louisiana Business Corporation Act of 2014, Loy. L. Rev. 60 (2014), 523–586.
- Wünsch Petr/Peckl, Martin*: Ausübung der Funktion des Vorstandsmitglieds in einer Aktiengesellschaft und die damit verbundene Haftung in der ČR, WiRO 2004, 230–234.
- Zacaroli, Antony*: The Company’s Remedies for Breach of Directors’ General Duties, in: Mortimore, Simon (Hrsg.), Company Directors. Duties, Liability and Remedies, 3. Aufl., Oxford 2017, Rn. 19.01–19.51
- Zechner, Anna K.*: Die Haftung der Leitungsorgane einer schwedischen *Aktiebolag*, in: Kalss, Susanne (Hrsg.), Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern, Wien 2005, S. 695–754.
- Zempelin, Hans Günther*: Fragen der Aufsichtsratschaftung, AcP 155 (1956), 209–244.
- Ziemons, Hildegard/Binnewies, Burkhard* (Hrsg.): Handbuch der Aktiengesellschaft. Gesellschaftsrecht – Steuerrecht, Loseblatt, 83. Lieferung, Köln 2019.
- Zöllner, Richard*: Zivilprozessordnung, Kommentar, 33. Aufl., Köln 2020.
- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein*: Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Aufl., Tübingen 1996.

Rechtsprechungsverzeichnis

Deutsche Gerichtsbarkeit

Oberappellationsgericht Lübeck

OAG Lübeck, Urt. v. 8.9.1845, Sammlung Hamburg Rspr. Bd. I, 446.....	21–22, 39, 46, 53, 55, 59
OAG Lübeck, Urt. v. 26.9.1861, Seuffert's Archiv Bd. XV, 64.....	22
OAG Lübeck, Urt. v. 29.4.1865, Kierulff's Sammlung 1865, 448.....	22, 39, 46

Reichsoberhandelsgericht

ROHG, Urt. v. 1.6.1872 – 230/72, ROHGE 6, 215.....	22–24, 39, 46–47
ROHG, Urt. v. 11.10.1872 – 515/72, ROHGE 7, 305.....	24
ROHG, Urt. v. 15.11.1872 – 836/72, ROHGE 8, 31.....	24–25
ROHG, Urt. v. 10.5.1873 – 330/73, ROHGE 10, 187.....	24–25, 46
ROHG, Urt. v. 4.10.1873 – 698/73, ROHGE 11, 146.....	22–25
ROHG, Urt. v. 14.11.1873 – 868/73, ROHGE 11, 403.....	24–25
ROHG, Urt. v. 3.2.1874 – 981/73, ROHGE 12, 379.....	24
ROHG, Urt. v. 9.10.1874 – 805/74, ROHGE 14, 400.....	25
ROHG, Urt. v. 30.4.1875 – 211/75, ROHGE 17, 233.....	25
ROHG, Urt. v. 22.6.1875 – 427/75, ROHGE 19, 211.....	24, 46–47

Reichsgericht

RG, Urt. v. 28.4.1885 – III 3/85, RGZ 13, 43.....	13, 25–26, 37, 40, 66
RG, Urt. v. 25.1.1888 – I 366/87, RGZ 20, 269.....	21, 23, 25, 46, 53
RG, Urt. v. 28.5.1895 – II 69/95, RGZ 35, 83.....	25
RG, Urt. v. 8.4.1908 – I 599/07, Warneyer 1908, Ergänzungsband, 357 (Nr. 465) = LZ 1908, 448.....	98
RG, Urt. v. 23.5.1908 – I 362/07, Holdheim 17 (1908), 234.....	26
RG, Urt. v. 23.6.1909 – V 484/08, JW 1909, 455 Nr. 8.....	85
RG, Urt. v. 22.12.1910 – VI 610/09, RGZ 75, 251.....	138
RG, Urt. v. 28.10.1911 – VI 33/11, RGZ 77, 360.....	121
RG, Urt. v. 19.2.1914 – VI 531/13, RGZ 84, 208.....	138
RG, Urt. v. 30.9.1919 – II 105/19, RGZ 96, 286.....	15
RG, Urt. v. 24.10.1919 – II 192/19, RGZ 97, 82.....	15
RG, Urt. v. 3.2.1920 – II 272/19, RGZ 98, 98.....	7, 25–26, 37, 46, 66
RG, Urt. v. 13.4.1920 – II 473/19, JW 1920, 1032.....	21, 25–26, 38, 40
RG, Urt. v. 26.9.1922 – II ZR 745/21, RGZ 105, 392.....	91
RG, Urt. v. 13.2.1923 – II 121/22, RGZ 106, 294.....	175
RG, Urt. v. 4.5.1923 – II 310/22, RGZ 108, 1.....	100

RG, Urt. v. 10.10.1924, II 456/23, RGZ 109, 56	86
RG, Urt. v. 15.6.1928 – II 502/27, RGZ 121, 294	91
RG, Urt. v. 17.12.1929 – II 258/29, HRR 1930 Nr. 1038	26, 37, 46, 49
RG, Urt. v. 26.9.1930 – II 520/29, JW 1931, 40	26
RG, Urt. v. 29.5.1934 – II 9/34, RGZ 144, 348	26, 37
RG, Urt. v. 11.6.1934 – VI 89/34, Warneyer 1934 Nr. 159, S. 331	26
RG, Urt. v. 6.11.1934 – VII 110/34, RGZ 145, 322	175
RG, Urt. v. 31.3.1936 – II 119/35, JW 1936, 2313 = HRR 1936 Nr. 1229	26, 51, 66
RG, Urt. v. 5.2.1937 – V 223/36, RGZ 153, 271	120
RG, Urt. v. 28.5.1937 – II ZR 267/36, JW 1937, 2657	13, 51, 66
RG, Urt. v. 17.8.1937 – II 43/37, Bankarchiv 37. Jg., S. 62	51
RG, Urt. v. 11.5.1938 – II ZR 210/37, JW 1938, 2019	51, 66
RG, Urt. v. 19.11.1938 – II 69/38, RGZ 158, 377	100
RG, Urt. v. 30.11.1938 – II ZR 39/38, RGZ 159, 211	66, 89
RG, Urt. v. 17.12.1938 – II 100/38, RGZ 159, 86	138
RG, Urt. v. 13.2.1939 – II ZR 133/38, DR 1939, 723	66
RG, Urt. v. 10.5.1939 – II 140/38, DR 1939, 2164	66
RG, Urt. v. 7.6.1939 – II ZR 199/38, RGZ 161, 129	66
RG, Urt. v. 23.10.1940 – IV ZR 24/40, HRR 1941 Nr. 132	66

Bundesverfassungsgericht

BVerfG, Beschl. v. 25.7.1979 – 2 BvR 878/74, BVerfGE 52, 131	43
BVerfG, Beschl. v. 29.12.1993 – 2 BvR 65/93, NJW 1994, 1210	10

Bundesgerichtshof

BGH, Urt. v. 23.6.1952 – III ZR 297/51, BGHZ 6, 319	138
BGH, Urt. v. 28.10.1953 – II ZR 149/52, BGHZ 10, 385	45, 100
BGH, Urt. v. 12.6.1954 – II ZR 154/53, BGHZ 14, 53	100
BGH, Urt. v. 16.4.1955 – VI ZR 196/54, VersR 1955, 310	138
BGH, Urt. v. 13.5.1955 – I ZR 137/53, BGHZ 17, 214	138
BGH, Urt. v. 13.4.1956 – VI ZR 347/54, BGHZ 20, 259	139
BGH, Urt. v. 16.10.1956 – VI ZR 162/55, NJW 1957, 99	138
BGH, Urt. v. 9.11.1956 – VI ZR 243/55, VersR 1957, 63	138
BGH, Urt. v. 13.11.1956 – VI ZR 239/55, VersR 1957, 178	138
BGH, Urt. v. 29.9.1958 – II ZR 342/56, WM 1958, 1391	84
BGH, Urt. v. 17.12.1958 – V ZR 135/57, BGHZ 29, 113	18
BGH, Urt. v. 18.12.1961 – III ZR 181/60, BGHZ 36, 212	120
BGH, Urt. v. 15.10.1962 – II ZR 194/61, NJW 1963, 46	7, 45–46, 67
BGH, Urt. v. 3.12.1962 – II ZR 63/60, WM 1963, 161	91, 93
BGH, Urt. v. 17.2.1964 – II ZR 98/62, BGHZ 41, 151	175
BGH, Urt. v. 26.11.1964 – II ZR 55/63, BGHZ 42, 385	130
BGH, Beschl. v. 1.2.1965 – GSZ 1/64, BGHZ 43, 227	138
BGH, Urt. v. 23.12.1966 – V ZR 26/64, BGHZ 46, 260	139
BGH, Urt. v. 26.11.1968 – VI ZR 212/66, BGHZ 51, 91	50
BGH, Urt. v. 29.1.1969 – IV ZR 545/68, NJW 1969, 875	44, 50
BGH, Urt. v. 17.2.1970 – III ZR 139/67, NJW 1970, 946	159
BGH, Urt. v. 12.11.1970 – II ZR 171/68, WM 1971, 125	67, 84

BGH, Ur. v. 31.3.1971 – VIII ZR 198/69, WM 1971, 565	100
BGH, Ur. v. 28.10.1971 – II ZR 49/70, WM 1971, 1548	68
BGH, Ur. v. 20.3.1972 – II ZR 160/69, WM 1972, 1121	84
BGH, Ur. v. 28.3.1973 – I ZR 41/72, NJW 1973, 1192	175
BGH, Ur. v. 9.5.1974 – II ZR 50/72, NJW 1974, 1468	7, 68, 84
BGH, Ur. v. 13.5.1974 – VIII ZR 32/73, BB 1974, 759	175
BGH, Ur. v. 9.10.1975 – VII ZR 130/73, BGHZ 65, 127	121
BGH, Ur. v. 11.10.1977 – VI ZR 110/75, NJW 1978, 584	50
BGH, Ur. v. 7.11.1977 – II ZR 43/76, NJW 1978, 425	68
BGH, Ur. v. 22.12.1977 – VII ZR 94/76, BGHZ 70, 187	121
BGH, Ur. v. 9.5.1978 – VI ZR 81/77, NJW 1978, 1683	50
BGH, Ur. v. 22.10.1979 – II ZR 151/77, WM 1979, 1425	68
BGH, Ur. v. 22.4.1980 – VI ZR 134/78, NJW 1980, 2348	138
BGH, Ur. v. 9.6.1980 – II ZR 187/79, ZIP 1980, 776	7, 67
BGH, Ur. v. 1.7.1980 – VI ZR 112/79, NJW 1980, 2186	12
BGH, Ur. v. 17.3.1981 – VI ZR 191/79, BGHZ 80, 186	50
BGH, Ur. v. 4.6.1981 – III ZR 31/80, BGHZ 81, 21	100
BGH, Ur. v. 3.11.1981 – VI ZR 119/80, NJW 1982, 699	50
BGH, Ur. v. 6.5.1982 – IX ZR 36/81, BGHZ 84, 31	107
BGH, Ur. v. 13.1.1983 – III ZR 88/81, NJW 1983, 2018	15
BGH, Ur. v. 13.7.1983 – VIII ZR 107/82, ZIP 1983, 1207	11
BGH, Ur. v. 10.1.1984 – VI ZR 158/82, BGHZ 89, 263	50
BGH, Ur. v. 29.1.1985 – 3 AZR 570/82, NJW 1986, 865	52
BGH, Ur. v. 24.4.1985 – VIII ZR 95/84, BGHZ 94, 195	85
BGH, Ur. v. 8.7.1985 – II ZR 198/84, NJW 1986, 54	7, 68, 84
BGH, Ur. v. 5.2.1987 – IX ZR 65/86, NJW 1987, 1322	44
BGH, Ur. v. 17.3.1987 – VI ZR 282/85, BGHZ 100, 190	19, 97
BGH, Ur. v. 26.3.1987 – VII ZR 122/86, BGHZ 100, 257	120
BGH, Ur. v. 30.9.1987 – IVb ZR 94/86, NJW 1988, 133	137
BGH, Ur. v. 8.6.1988 – IVb ZR 51/87, NJW 1989, 161	18
BGH, Ur. v. 30.11.1989 – III ZR 112/88, BGHZ 109, 260	91, 93
BGH, Ur. v. 21.12.1989 – X ZR 30/89, NJW 1990, 1289	94
BGH, Ur. v. 11.6.1990 – II ZR 159/89, NJW 1990, 3151	19, 97
BGH, Ur. v. 26.11.1990 – II ZR 223/89, NJW-RR 1991, 485	7–8, 16, 68, 84
BGH, Ur. v. 30.4.1991 – VI ZR 178/90, BGHZ 114, 284	50
BGH, Ur. v. 12.11.1991 – KZR 18/90, BGHZ 116, 47	97
BGH, Ur. v. 9.12.1991 – II ZR 43/91, NJW 1992, 1166	67, 69
BGH, Ur. v. 28.4.1992 – XI ZR 193/91, NJW-RR 1992, 1072	110
BGH, Ur. v. 30.9.1992 – IV ZR 314/91, BGHZ 119, 276	122
BGH, Ur. v. 17.12.1992 – III ZR 133/91, NJW 1993, 1704	44
BGH, Ur. v. 14.1.1993 – IX ZR 238/91, NJW 1993, 935	159
BGH, Beschl. v. 16.6.1993 – IV ZR 246/92, NJW-RR 1994, 323	111
BGH, Ur. v. 21.3.1994 – II ZR 260/92, NJW-RR 1994, 806	67
BGH, Ur. v. 19.9.1994 – II ZR 248/92, BGHZ 127, 107	99
BGH, Ur. v. 11.6.1996 – VI ZR 202/95, NJW 1996, 2507	50
BGH, Ur. v. 9.12.1996 – II ZR 240/95, ZIP 1997, 199	88
BGH, Ur. v. 17.12.1996 – XI ZR 41/96, NJW-RR 1997, 892	182
BGH, Ur. v. 16.1.1997 – I ZR 208/94, NJW 1997, 2385	120
BGH, Beschl. v. 24.2.1997 – II ZB 11/96, BGHZ 134, 392	34

BGH, Urt. v. 21.4.1997 – II ZR 175/95, BGHZ 135, 244	4, 34
BGH, Urt. v. 30.4.1998 – VII ZR 47/97, NJW 1998, 2967	175
BGH, Urt. v. 2.2.1999 – VI ZR 392/97, NJW 1999, 1028	50
BGH, Urt. v. 18.5.1999 – X ZR 158/97, NJW 1999, 2887	19
BGH, Urt. v. 13.4.2000 – IX ZR 372/98, NJW 2000, 1944	137
BGH, Urt. v. 25.10.2000 – VIII ZR 326/99, NJW 2001, 365	137
BGH, Urt. v. 8.1.2001 – II ZR 88/99, BGHZ 146, 264	48–49
BGH, Urt. v. 3.4.2001 – XI ZR 120/00, BGHZ 147, 203	11, 15, 130
BGH, Urt. v. 3.12.2001 – II ZR 308/99, NZG 2002, 195	68
BGH, Urt. v. 27.9.2002 – V ZR 98/01, NJW 2003, 1039	19, 112
BGH, Urt. v. 28.10.2002 – II ZR 353/00, NJW 2003, 431	49
BGH, Urt. v. 4.11.2002 – II ZR 224/00, BGHZ 152, 280	2, 4, 14, 19, 23, 33–34, 44–46, 53, 59, 65, 68–71, 74–75, 78, 82, 84, 90, 94, 100, 113
BGH, Urt. v. 18.2.2004 – IV ZR 126/02, NJW-RR 2004, 676	122
BGH, Urt. v. 5.10.2004 – XI ZR 210/03, BGHZ 160, 308	18
BGH, Urt. v. 28.4.2005 – III ZR 399/04, NJW 2005, 1937	129
BGH, Urt. v. 14.6.2005 – VI ZR 179/04, BGHZ 163, 209	19
BGH, Urt. v. 20.6.2005 – II ZR 18/03, ZIP 2005, 1365	86
BGH, Urt. v. 14.7.2005 – III ZR 391/04, NJW 2005, 2613	129
BGH, Urt. v. 16.5.2006 – X ZR 169/04, BGHZ 167, 374	18
BGH, Beschl. v. 26.10.2006 – III ZB 2/06, NJW 2007, 155	97
BGH, Beschl. v. 8.1.2007 – II ZR 304/04, NZG 2007, 231	53, 70, 75
BGH, Urt. v. 24.1.2007 – IV ZR 208/03, NJW-RR 2007, 827	122
BGH, Urt. v. 14.5.2007 – II ZR 48/06, NJW 2007, 2118	48
BGH, Urt. v. 26.6.2007 – XI ZR 277/05, BGHZ 173, 23	108
BGH, Beschl. v. 16.7.2007 – II ZR 226/06, DStR 2007, 1641	53, 70, 87
BGH, Urt. v. 11.10.2007 – IX ZR 105/06, NJW 2008, 371	44
BGH, Beschl. v. 26.11.2007 – II ZR 161/06, NZG 2008, 104	53, 70, 87
BGH, Urt. v. 17.1.2008 – III ZR 239/06, NJW 2008, 982	19
BGH, Beschl. v. 18.2.2008 – II ZR 62/07, NZG 2008, 314	53, 70, 83
BGH, Beschl. v. 7.7.2008 – II ZR 71/07, NZG 2008, 834	45, 90–94, 103–104
BGH, Beschl. v. 14.7.2008 – II ZR 202/07, NZG 2008, 751	34, 53, 70
BGH, Urt. v. 29.9.2008 – II ZR 234/07, NJW 2009, 68	89
BGH, Urt. v. 16.3.2009 – II ZR 280/07, NZG 2009, 550	34
BGH, Urt. v. 8.6.2009 – II ZR 147/08, NJW 2009, 2599	48–49
BGH, Urt. v. 22.6.2009 – II ZR 143/08, NZG 2009, 912	73, 77, 86
BGH, Urt. v. 29.7.2009 – I ZR 212/06, NJW-RR 2009, 1482	18
BGH, Urt. v. 6.10.2009 – VI ZR 24/09, NJW-RR 2010, 831	119, 124–126
BGH, Beschl. v. 27.10.2009 – VIII ZB 42/08, BGHZ 183, 49	81
BGH, Urt. v. 10.3.2010 – IV ZR 264/08, NJW-RR 2010, 1378	182
BGH, Urt. v. 22.2.2011 – II ZR 146/09, NZG 2011, 549	34
BGH, Urt. v. 22.2.2011 – XI ZR 261/09, NJW 2011, 2130	19
BGH, Urt. v. 22.3.2011 – II ZR 271/08, NJW 2011, 2351	122
BGH, Urt. v. 19.5.2011 – VII ZR 24/08, NJW 2011, 3291	18
BGH, Urt. v. 20.3.2012 – VI ZR 3/11, NJW 2012, 2425	139
BGH, Urt. v. 13.6.2012 – I ZR 87/11, NJW 2012, 3774	19
BGH, Urt. v. 17.7.2012 – XI ZR 198/11, NJW 2012, 3294	15
BGH, Urt. v. 11.12.2012 – VI ZR 314/10, NJW 2013, 790	159
BGH, Urt. v. 15.1.2013 – II ZR 90/11, NJW 2013, 1958	34, 73, 85

BGH, Urt. v. 1.8.2013 – VII ZR 268/11, NJW 2014, 155	100
BGH, Urt. v. 27.1.2015 – VI ZR 467/13, NJW 2015, 1824	120
BGH, Urt. v. 6.5.2015 – VIII ZR 161/14, NJW 2015, 2111	159
BGH, Urt. v. 2.12.2015 – IV ZR 28/15, NJW 2016, 708	105
BGH, Urt. v. 13.4.2016 – IV ZR 304/13, BGHZ 209, 373	122, 126, 136
BGH, Urt. v. 13.4.2016 – IV ZR 51/14, AG 2016, 395	122
BGH, Urt. v. 3.5.2016 – II ZR 311/14, NZG 2016, 783	19
BGH, Urt. v. 14.6.2016 – II ZR 121/15, ZIP 2016, 1529	45
BGH, Urt. v. 12.10.2016 – 5 StR 134/15, NJW 2017, 578	180
BGH, Urt. v. 12.10.2016 – VIII ZR 103/15, NJW 2017, 1093	101
BGH, Urt. v. 25.7.2017 – VI ZR 222/16, NJW 2017, 2755	100
BGH, Urt. v. 10.7.2018 – II ZR 24/17, BGHZ 219, 193	80

Bundesarbeitsgericht

BAG, Urt. v. 10.9.1975 – 4 AZR 456/74, DB 1976, 828	110
BAG, Urt. v. 31.10.1984 – 4 AZR 535/82, BAGE 47, 138	107

Bayerisches Oberstes Landesgericht

BayObLG, Beschl. v. 13.5.1955 – 2 Z 14/55, NJW 1955, 1678	49
---	----

Oberlandesgerichte

KG, Urt. v. 24.2.2011 – 19 U 83/10, NZG 2011, 429	34
OLG Braunschweig, Urt. v. 18.12.2008 – 1 U 40/07, BeckRS 2009, 29163	124, 126
OLG Celle, Urt. v. 21.12.2011 – 9 U 45/11, BeckRS 2014, 14751	4
OLG Colmar, Urt. v. 16.12.1909 – IV U 54/09, LZ 1910, 247	38
OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.5.2009 – 6 U 29/08, BeckRS 2009, 25547	34, 54
OLG Düsseldorf, Urt. v. 31.5.2012 – I-16 U 176/10, ZIP 2012, 2299	54
OLG Frankfurt, Urt. v. 25.9.1979 – 5 U 210/78, WM 1980, 1246	98, 100, 109–110
OLG Frankfurt, Urt. v. 18.3.1992 – 23 U 118/91, GmbHR 1993, 160	7
OLG Frankfurt, Urt. v. 10.7.2007 – 5 U 31/06, OLGR Frankfurt 2008, 389	87
OLG Frankfurt, Urt. v. 12.12.2007 – 17 U 111/07, AG 2008, 453	70
OLG Hamm, Urt. v. 7.11.1984 – 8 U 8/84, GmbHR 1985, 157	102
OLG Hamm, Urt. v. 10.5.1995 – 8 U 59/94, ZIP 1995, 1263	54, 79
OLG Hamm, Urt. v. 17.11.2004 – 3 U 277/03, GesR 2005, 70	124, 129
OLG Hamm, Urt. v. 30.6.2010 – 3 U 9/10, BeckRS 2014, 06180	124
OLG Hamm, Urt. v. 4.8.2010 – 8 U 131/09, BeckRS 2010, 21824	4
OLG Jena, Urt. v. 20.12.2000 – 4 U 574/00, juris	49
OLG Karlsruhe, Urt. v. 20.6.2002 – 19 U 150/01, NZG 2002, 917	48–49
OLG Koblenz, Urt. v. 12.5.1999 – 1 U 1649/97, NJW-RR 2000, 483	87
OLG Köln, Urt. v. 14.7.1988 – 27 W 16/88, VersR 1989, 294	124, 126
OLG Köln, Beschl. v. 29.6.2017 – 16 U 106/16, NJOZ 2018, 162	111
OLG Köln, Urt. v. 1.10.2019 – 18 U 34/18, NZG 2020, 110	112
OLG München, Urt. v. 7.2.2007 – 7 U 4952/06, AG 2007, 361	49
OLG München, Urt. v. 8.7.2015 – 7 U 3130/14, ZIP 2015, 2472	13, 14, 46
OLG München, Urt. v. 22.10.2015 – 23 U 4861/14, ZIP 2016, 621	87

OLG München, Urt. 12.1.2017 – 23 U 3582/16, WM 2017, 1415	180
OLG München, Urt. v. 9.8.2018 – 23 U 2936/17, GmbHR 2018, 1058	87
OLG München, Urt. v. 23.1.2019 – 7 U 2822/17, GmbHR 2019, 600	82, 87
OLG Nürnberg, Beschl. v. 23.9.2014 – 12 U 567/13, ZIP 2015, 427	75, 87
OLG Nürnberg, Beschl. v. 28.10.2014 – 12 U 567/13, ZIP 2015, 430	72, 75–78, 82
OLG Rostock, Urt. v. 21.4.2004 – 6 U 171/02, OLGR Rostock 2006, 106	54
OLG Stuttgart, Beschl. v. 30.5.2000 – 20 W 1/00, GmbHR 2000, 1048	7
OLG Stuttgart, Urt. v. 19.10.2004 – 1 U 87/03, BeckRS 2010, 07089	129
OLG Stuttgart, Urt. v. 18.4.2006 – 1 U 127/04, BeckRS 2010, 07088	124
OLG Stuttgart, Urt. v. 25.11.2009 – 20 U 5/09, NZG 2010, 141	34, 89

Landgerichte

LG Essen, Urt. v. 9.9.2013 – 44 O 164/10, BeckRS 2014, 22313	77–78
LG München I, Urt. v. 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, NZG 2014, 345	73

Englische Gerichtsbarkeit

Miller v Minister of Pensions [1947] 2 All ER 372	159
Murad v Al Saraj [2005] EWCA Civ 959	158
Nestle v National Westminster Bank Plc [1994] 1 All E.R. 118	158
Re B (Children) (Care Proceedings: Standard of Proof) [2008] UKHL 35, [2009] AC 11	183
Re H (Minors) [1996] AC 563	159
Re Idessa (UK) Ltd. (In Liquidation) [2011] EWHC 804 (Ch)	157
Target Holdings Ltd v Redferns [1995] 3 All E.R. 785	158

Französische Gerichtsbarkeit

Cass. civ., 26.11.1930, Recueil Sirey 1931, I ^{re} Partie, 305	169
Cass. com., 17.11.1992, Rev. soc. 1993, 866	170
Cass. crim., 19.8.1997, Bull. crim. 1997, Nr. 285, S. 969	169
Cass. crim., 24.3.2004, Nr. 03-83345	169
C.A. Paris, 7.2.2008, Nr. 05/08826	169
C.A. Versailles, 21.1.1993, Rev. soc. 1993, 884	169–170
C.A. Versailles, 11.6.1998, Bull. Joly Soc. 1998, 1168	169

Italienische Gerichtsbarkeit

Cass., I, 24.3.1999, Nr. 2772, Soc. 1999, 1065	172
Cass. I, 17.11.2006, Nr. 24503, Mass. Foro it. 2006	173
Cass., I, 17.1.2007, Nr. 1045, Soc. 2007, 573	173
Cass., I, 29.10.2008, Nr. 25977, Mass. Giust. civ. 2008, 1534	172
Cass., I, 27.4.2011, Nr. 9384, Riv. dir. comm. 2012, II, 331	172
App. Milano, 6.6.2012, Soc. 2012, 972	172
Trib. Padova, 22.8.1989, Foro pad. 1990, I, 47	173
Trib. Milano, 2.11.2004, GI 2005, 528	173

Niederländische Gerichtsbarkeit

HR, 10.1.1997, NJ 1997, 360	165
HR, 10.12.1999, NJ 2000, 6	165

Österreichische Gerichtsbarkeit

OGH, 3.7.1975, 2 Ob 356/74, SZ 48/79	145
OGH, 9.1.1985, 3 Ob 521/84, GesRZ 1986, 97	145
OGH, 24.6.1998, 3 Ob 34/97i, NZG 1998, 852	36, 145
OGH, 26.2.2002, 1 Ob 144/01k, GesRZ 2002, 86	145
OGH, 22.5.2003, 8 Ob 262/02s, ecolex 2003/313	145
OGH, 16.3.2007, 6 Ob 34/07d, GesRZ 2007, 271	145
OGH, 21.12.2010, 8 Ob 6/10f, GesRZ 2011, 230	145

Polnische Gerichtsbarkeit

OG, 9.2.2006 – V CSK 128/05, Mon. Praw. 5/2006, S. 226	148
OG, 24.9.2008 r. – II CSK 118/08, OSNC 9/2009, Pos. 131	148

Russische Gerichtsbarkeit

Föderales Wirtschaftsgericht des Nordkaukasischen Bezirks, 30.3.2011, Az. A32-11077/2010	154
---	-----

Schweizer Gerichtsbarkeit

BGer, 3.3.1998, SJ 121 (1999), 228	152
BGer, 8.4.2014, 4A_626/2013, E. 5.2	151

Tschechische Gerichtsbarkeit

Nejvyššího soudu (Oberster Gerichtshof), 31.3.2015, 29 Cdo 440/2013, ECLI:CZ:NS:2015:29.CDO.440.2013.1	166
---	-----

US-Gerichtsbarkeit

<i>Addington v. Texas</i> , 441 U.S. 418 (1979)	164
<i>Aronson v. Lewis</i> , 473 A.2d 805 (Del. 1984)	160, 162
<i>Beam v. Stewart</i> , 845 A.2d 1040 (Del. 2004)	163
<i>Brehm v. Eisner</i> , 746 A.2d 244 (Del. 2000)	163
<i>Cede & Co. v. Technicolor, Inc. (Cede II)</i> , 634 A.2d 345 (Del. 1993)	161
<i>Cinerama, Inc. v. Technicolor, Inc.</i> , 663 A.2d 1156 (Del. 1995)	161
<i>Citron v. Fairchild Camera & Instrument Corp.</i> , 569 A.2d 53 (Del. 1989)	161
<i>Emerald Partners v. Berlin</i> , 726 A.2d 1215 (Del. 1999)	163
<i>Godbold v. Branch Bank</i> , 11 Ala. 191 (1847)	61
<i>Grimes v. Donald</i> , 673 A.2d 1207 (Del. 1996)	163
<i>Hawes v. Oakland</i> , 104 U.S. 450 (1882)	162
<i>In re Bal Harbour Club, Inc.</i> , 316 F.3d 1192 (11th Cir. 2003)	161

<i>In re Croton River Club, Inc.</i> , 52 F.3d 41 (2d Cir. 1995)	161
<i>In re The Walt Disney Co. Derivative Litigation</i> , 907 A.2d 693 (Del. Ch. 2005).....	160, 163
<i>Levine v. Smith</i> , 591 A.2d 194 (Del. 1991).....	162
<i>Malpiede v. Townson</i> , 780 A.2d 1075 (Del. 2001)	163
<i>McMullin v. Beran</i> , 765 A.2d 910 (Del. 2000)	161
<i>Nixon v. Blackwell</i> , 626 A.2d 1366 (Del. 1993)	161
<i>Puma v. Marriott</i> , 283 A.2d 693 (Del. Ch. 1971)	160–163
<i>Rales v. Blasband</i> , 634 A.2d 927 (Del. 1993).....	163
<i>Scattered Corp. v. Chicago Stock Exchange, Inc.</i> , 701 A.2d 70 (Del. 1997)	161, 163
<i>Schmidt v. Magnetic Head Corp.</i> , 476 N.Y.S.2d 151 (1984).....	162
<i>Smith v. Van Gorkum</i> , 488 A.2d 858 (Del. 1985)	163
<i>Weinberger v. UOP, Inc.</i> , 457 A.2d 701 (Del. 1983).....	161
<i>White v. Panic</i> , 783 A.2d 543 (Del. 2001).....	162

Sachverzeichnis

- Abdingbarkeit *siehe* Beweislastvertrag
- Abtretung *siehe* D&O-Versicherung
- ADHGB von 1861 24–25, 27, 47
 - *siehe auch* Kodifikation der Beweislastumkehr
- Aktiengesetz
 - ~ von 1937 30–32, 36
 - ~ von 1965 32
 - Aktienrechtsreform von 1884 27–30
 - *siehe auch* Kodifikation der Beweislastumkehr
- Anscheinsbeweis 17
- Anspruchsgrundlagen 4, 48
- Auftragsvertrag 8, 14, 90–92, 96, 98–99
 - *siehe auch* Beweislastvertrag
- ARAG/Garmenbeck 4, 34, 179
 - *siehe auch* Aufsichtsrat
- Arzthaftung 50, 57–58, 124–125
- Aufrechnung 5, 11, 15, 111
- Aufsichtsrat 4–5, 27–30, 91, 98
 - *siehe auch* ARAG/Garmenbeck
- Auftragsrecht 21–26, 29–30, 39–40, 45–47, 59
 - *siehe auch* Mandatstheorie
- Ausforschung, unzulässige 103
- ausgeschiedene Organmitglieder 54–55, 59, 69, 78, 90–111, 113–114, 179–180
 - *siehe auch* Einsichtsrecht
 - *siehe auch* Gesamtrechtsnachfolger
 - *siehe auch* teleologische Reduktion
- Außenhaftung 5
 - *siehe auch* Innenhaftung
- Behauptungslast (allgemein)
 - abstrakte 17
 - konkrete 18–19
 - *siehe auch* sekundäre Darlegungslast
- Beibringungsgrundsatz 8, 10, 17
- Belgien 11, 25, 170–171, 181
- Bestreiten *siehe* Behauptungslast, konkrete
- Beweisbedürftigkeit 7–9, 13
- Beweiserleichterung 16, 52–53, 84, 101
- Beweisführungslast *siehe* Beweislast, subjektive
- Beweisgegenstand *siehe* Beweisbedürftigkeit
- Beweislast (allgemein)
 - abstrakte 10–15, 40
 - objektive (materielle) 10–12, 40
 - subjektive (formelle) 10
 - Beweislastumkehr, Begriff 12–13
 - Einheit von Haftungs- und Beweislastregelung 111, 129–131
 - Grundregel 2, 11–12, 14, 43
 - konkrete 15–17, 52
 - praktische Bedeutung 1–5, 179
 - Rechtsnatur 129–130
 - Sachgründe 59–60
- Beweislastentscheidung *siehe non liquet*
- Beweislastkollision *siehe* doppelrelevante Tatsachen
- Beweislastvertrag 12, 136, 175–177
- Beweismaß 14, 159, 163–164, 182
- Beweisnähe
 - als *telos* der Beweislastumkehr 22–23, 25, 29, 53–59, 71–72
 - Nähe zu gesicherten Beweismitteln 58–59
 - Nähe zur Beweissicherung 55–58
 - *siehe auch* Dokumentation
 - Sachnähe 54–55, 56, 112
- Beweisthema *siehe* Beweisbedürftigkeit
- Beweisvereitelung 98, 101, 110, 117
- Beweiswürdigung 16, 110
 - *siehe auch* Beweiserleichterung, Schadensvermutung

- BGHZ* 152, 280 2, 53, 68–71, 78, 90
 Billigkeitsentscheidung 10, 134, 164–167, 182–183
 Business Judgment Rule 33–34, 159–161, 178, 180–181
 – *siehe auch* unternehmerische Entscheidungen

 D&O-Versicherung
 – Abtretung 122, 126–127, 131–132, 134–136
 – Allgemeine Versicherungsbedingungen 122, 135–136
 – Auskunftsbliegenheit 98, 136
 – Beweislastvertrag 140
 – Direktprozess 122
 – Selbstbehalt 132
 – *siehe auch* teleologische Reduktion
 Darlegungslast *siehe* Behauptungslast
 Deckungsprozess *siehe* D&O-Versicherung
 Delaware 160–164
 Deutscher Juristentag 1–2, 177, 179
 – *siehe auch* Reformvorschläge
 Digesten 22–24, 40
 Digitalisierung 56–57, 59, 178
 Dokumentation 56–58, 95, 102, 107, 135
dolo agit-Einrede *siehe* Unterlagen, Einwendungen

 doppelrelevante Tatsachen 15, 81–89
 – *siehe auch* Pflichtverletzung
 – *siehe auch* Schaden
 Einsichtsrecht
 – ~ zur Aufrechterhaltung der Beweislastumkehr 97–108
 – Beginn 106
 – Einsichtsverlangen 105
 – Erweiterung 177
 – Inhalt, Umfang 100–105
 – Kodifikation 114–118
 – Kopien 107
 – Kostentragung 107–108
 – Realbefund 113–114
 – Rechtsgrundlage 97–100
 – Schadensersatz 111
 – *siehe auch* Kartellrecht
 – *siehe auch* Unterlagen
 – *siehe auch* Vorlageanordnung

 England 157–159, 182
 Erbe *siehe* Gesamtrechtsnachfolger
 Erfolgshaftung 30–32, 36, 71–72, 130
 Erfüllungseinwand 24, 44–47
 Erklärungs- und Wahrheitspflicht 18, 98
 Europarecht 35, 115
 European Model Company Act 156

 Fallbeispiele 7–12, 14–17, 19, 82, 85–86
faute 38–39, 146–147, 168–171
 Feststellungslast *siehe* Beweislast, objektive
fishing expeditions 115
 Frankreich 11, 38–39, 168–170, 181
 französischer Einfluss 25, 38–39, 147
 – *siehe auch* *faute*
 – *siehe auch* Mandatstheorie

 Gefahrenbereichslehre 60
 Gegenbeweis 14–16, 40, 83, 144
 Gegenteilsbeweis 14, 83
 Geheimhaltung 92–93, 102–104, 116
 – *siehe auch* Unterlagen, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse
 Genossenschaft 4, 32, 66
 Gesamtrechtsnachfolger 111–113
 – *siehe auch* teleologische Reduktion
 Gesamtschuldnerausgleich
 – als Vorfrage 118–121, 128–129
 – Anwendbarkeit der Beweislastumkehr 132–134
 – Haftungsquoten (Rechtsfolgende) 137–140
 – Legalzession 119, 125–126, 128–129
 – Meinungsstand 122–126
 – *siehe auch* teleologische Reduktion
 – Streitverkündung 119–121
 – Überwachungspflicht 133–134
 Gesamtverantwortung *siehe* Überwachungspflicht
 Geständnisfiktion 19, 79
 GmbH-Recht 4, 8, 30, 32–33, 176
 Günstigkeitsprinzip *siehe* Beweislast, Grundregel
 GWB-Novelle *siehe* Kartellrecht

 Herausgabepflicht *siehe* Unterlagen
hindsight bias *siehe* Rückschaufehler
 historische Auslegung 36–39

- Indizkraft des Schadens 26, 51–53
 Innenhaftung *siehe* Anspruchsgrundlagen
 – *siehe auch* Außenhaftung
 Interventionswirkung *siehe*
 Streitverkündung
 Italien 11, 171–173, 181
- Kartellrecht
 – Herausgabeanspruch 97, 114–118
 – Herausgabeverlangen 115
 Kassen- bzw. Warenfehlbestand 7, 16, 52,
 77, 82, 84
 Kausalität 2, 79–80, 103–104
 Kodifikation der Beweislastumkehr
 – ADHGB von 1861 24–25, 27, 47
 – Aktiengesetz von 1937 30–32, 36
 – Aktiengesetz von 1965 32
 – Aktienrechtsreform von 1884 27–30
 – Gesetzgebung seit 1937 32–35
 Kommanditgesellschaft auf Aktien, KGaA 4
 Kompensationsfunktion 1, 62, 151
 – *siehe auch* Präventionsfunktion
- Legalzession 119, 123, 125–126, 128–129
 – *siehe auch* Gesamtschuldnerausgleich
- Mandatstheorie 25–26, 40, 59
 – *siehe auch* Auftragsrecht
 Mitverschulden 138–140
 möglicherweise pflichtwidriges Verhalten
 65–81
- Nebenintervention *siehe* Streitverkündung
 Negativbeweis 19
 – *siehe auch* Unterlassen
 negative Feststellungsklage 11, 15
 Niederlande 165–166, 182
non liquet 3, 10, 40
 Normentheorie *siehe* Beweislast,
 Grundregel
- Oberappellationsgericht Lübeck 21–23,
 40, 53
 Österreich 11, 143–146
- Parallelen 48–49
 – *siehe auch* Anspruchsgrundlagen
 Personengesellschaften 4, 66
 Pflichtverletzung
- Beweislastumkehr 12–15, 43–45
 – Einzelelemente 8–9, 13–15
 – historische Auslegung 36–39
 – Meinungsstand 2–3
 – Pflichtenprogramm 8–9, 13–14
 – *siehe auch* ausgeschiedene
 Organmitglieder
 – *siehe auch* doppelrelevante Tatsachen
 – *siehe auch faute*
 – *siehe auch* möglicherweise
 pflichtwidriges Verhalten
 – *siehe auch* Reformvorschläge
 – *siehe auch* sekundäre Darlegungslast
 – Verhalten als solches 9, 14
 – Verhaltensumstände 9, 14–15
 Polen 147–148, 179
 Portugal 11, 146–147
 Präventionsfunktion 1, 61–62, 151
 – *siehe auch* Kompensationsfunktion
 Primäranspruch *siehe* Erfüllungseinwand
Principal-Agent-Konflikt 61
 Produkthaftung 50
- Rechenschaftspflicht 22–27, 45–47
 rechtmäßiges Alternativverhalten 80
 Rechtsökonomie 60
 Rechtspolitik *siehe* Reformvorschläge
 Reformvorschläge 1, 4, 118, 177–184
 Regress *siehe* D&O-Versicherung bzw.
 Gesamtschuldnerausgleich
 Reichsgericht 25–26, 36, 39, 51, 65–67
 Reichsoberhandelsgericht 23–25, 28,
 46–47
 Ressortverantwortlichkeit *siehe*
 Überwachungspflicht
 richterliche Überzeugung *siehe*
 Beweismaß
 römisches Recht *siehe* Digesten
 Rosenberg'sche Formel *siehe* Beweislast,
 Grundregel
 Rückschaufehler 61, 181
 Russland 51, 154–156, 183
- Satzung 90–92, 177
 Schaden
 – Beweiserleichterung 52–53
 – Implikationen der Schadensart 76–79
 – *siehe auch* doppelrelevante Tatsachen
 – *siehe auch* Indizkraft

- Vermögensabfluss 84
- Vermögenszufluss 85–89
- Vorteilsausgleichung 85–89
- Schiedsverfahren 5
- Schweden 150–151
- Schweiz 11, 151–153, 179, 183
- sekundäre Darlegungslast 18–19, 58, 69, 72–80, 90, 112–113, 183–184
- *siehe auch* möglicherweise pflichtwidriges Verhalten
- Societas Europaea, SE 4
- Spanien 148–150
- Streitverkündung 119–121
- *siehe auch* Gesamtschuldnerausgleich
- Substantiierungslast *siehe* Behauptungslast, konkrete

- tatsächliche Vermutung 17
- teleologische Reduktion
 - ausgedehnte Organmitglieder 95–96
 - D&O-Versicherung, Abtretung 131–132, 134–136
 - Gesamtrechtsnachfolger 112–113
 - Gesamtschuldnerausgleich 132–134
- Treuepflicht 98–100
- Tschechien 166–167, 182

- Überwachungspflicht 56, 133–134
- UMAG 33
- Universalsukzession *siehe* Gesamtrechtsnachfolger
- Unterlagen
 - Aufbewahrung 101
 - Auskunftspflicht 93
 - Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse 92–93, 102–104, 116
 - Einschätzungsprärogative 105
 - Einsichtsrecht 97–108
 - Einwendungen 93–95
 - Herausgabepflicht 90–93, 114
 - interne Untersuchungen 102
 - Kopien 91, 92–93
 - Rechtsgutachten 102
 - *siehe auch* Dokumentation
- Unterlassen 9, 19, 44, 69
- unternehmerische Entscheidungen 33–34, 51, 56, 69, 180–181
- *siehe auch* Business Judgment Rule
- USA 159–164, 177

- Verdachtsabberufung 49
- verfassungsrechtliche Vorgaben 43, 51
- Vergleich 5, 176–177
- Verhalten 2, 9, 14–15, 84
- *siehe auch* möglicherweise pflichtwidriges Verhalten
- *siehe auch* Pflichtverletzung
- Verhandlungsgrundsatz *siehe* Beibringungsgrundsatz
- Verjährung 1, 58, 93, 101–102, 177
- Vermögensabfluss 84
- *siehe auch* Schaden
- Vermögenszufluss 85–89
- *siehe auch* Schaden
- *siehe auch* Vorteilsausgleichung
- Verschulden 2–3, 36–38, 81
- *siehe auch* Erfolgshaftung
- *siehe auch* faute
- Verschwiegenheitspflicht 91, 102, 116
- Verzicht 176–177
- Vorlageanordnung 104, 108–110
- Vorteilsausgleichung 85–89
- *siehe auch* Schaden

- Warenfehlbestand *siehe* Kassen- bzw. Warenfehlbestand
- Weisung 8
- Wettbewerbsverbot 48
- Widerklage 11, 15, 110

- Zahlungsverbot in der Krise 48
- Zeichnung eigener Aktien 49
- Zurückbehaltungsrecht *siehe* Unterlagen, Einwendungen

