

Organhaftung  
und  
Beweislast

*Zusammenfassung  
der Dissertation*

Nadja Danninger

November 2019



## **Organhaftung und Beweislast**

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. Diese Forschungslücke zu schließen, ist das Ziel der eingereichten Dissertation.

Nach einer Einführung in den rechtlichen Rahmen (I.) spürt diese 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.).

Im Einzelnen förderte die Dissertation folgende Forschungsergebnisse zu Tage:

### **I.**

1. Aus der Gesamtschau der beweisrechtlichen Instrumentarien im ersten Kapitel der Dissertation 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 der Dissertation 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 des zweiten Kapitels 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 dritte, 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, wenngleich 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 im Verlauf des dritten Kapitels 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 Beweisnähe des Organmitglieds als weiterhin anerkannter Grund der Beweislastumkehr in den Fokus der Untersuchung.
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 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 im anschließenden vierten Kapitel 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 unlösbare 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 jüngst 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 schuldhafte 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 des fünften Kapitels hielt der deutschen Regelung einen weiteren Spiegel vor und lenkte den Blick auf mögliche Alternativen. Bemerkenswert ist insoweit bereits der statistische Befund: Von zehn untersuchten Rechtsordnungen weisen 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 Busi-

ness Judgment Rule hierzulande – ungeachtet aller sonstigen Unterschiede – von gesteigertem Interesse ist. Danach liegt die Beweislast für einen Verstoß gegen die Business Judgment 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 Inkonsistenzen.



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.