

# TE OGH 1999/9/1 9ObA101/99i

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 01.09.1999

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Maier als Vorsitzenden, die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Steinbauer und Dr. Hopf sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Christoph Kainz und Franz Höllebrand als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei Dr. C\*\*\*\*\* C\*\*\*\*\*, Rechtsanwalt, \*\*\*\*\* als Sachwalter der Gläubiger im Ausgleich der E\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH, \*\*\*\*\* (26 Sa 492/95p, LGZ Graz), wider die beklagte Partei Herbert Karl F\*\*\*\*\*, Pensionist, \*\*\*\*\* vertreten durch Dr. Johann Quendler und Dr. Alexander Klaus, Rechtsanwälte in Klagenfurt, wegen S 2.000.000,- samt Anhang, infolge Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichtes Graz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 17. Dezember 1998, GZ 7 Ra 9/98t-84, womit infolge Berufung der beklagten Partei das Urteil des Landesgerichtes Klagenfurt als Arbeits- und Sozialgericht vom 5. November 1997, GZ 31Cga 71/94h-78, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Die Revision wird zurückgewiesen.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit S 25.425,- (darin S 4.237,50 USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Begründung:

Der Beklagte war seit 24. 1. 1939 bei der Lothar C\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH (später nur mehr: E\*\*\*\*\* Gesellschaft mbH; im folgenden kurz Gesellschaft genannt) beschäftigt. Diese schritt zunächst im vorliegenden Verfahren als Klägerin ein, bis sie nach rechtskräftiger Bestätigung des Ausgleiches über ihr Vermögen vom Sachwalter der Ausgleichsgläubiger als klagende Partei abgelöst wurde (ON 58). Dessen Überwachung hat sich die Gesellschaft bis zur Erfüllung des Ausgleiches unterworfen und ihm die Ermächtigung zur Verwaltung und Verwertung des gesamten, unter einem übergebenen Vermögens erteilt (26 Sa 492/95p LGZ Graz; s. auch Konecny in JBl 1986, 353 [367]; RIS-Justiz RS0052297).

Der Beklagte war vom August 1982 bis 17. Jänner 1989 Geschäftsführer der Gesellschaft, und zwar seit 1983 gemeinsam mit den beiden weiteren Geschäftsführern Werner S\*\*\*\*\* und Ing. Wolfgang C\*\*\*\*\*. Bis Ende 1985 war der Beklagte als Gebietsleiter Süd für den Raum Klagenfurt und Graz, in den Jahren 1986 und 1987 für die E-Märkte und schließlich im Jahr 1988 für die Betreuung von Großkunden zuständig.

Mit Urteil des Landesgerichtes Klagenfurt als Schöffengericht vom 9. 4. 1991, 10 Vr 182/89-83, wurde der Beklagte unter anderem wegen des Verbrechens der Untreue nach § 153 Abs 1 und 2 (zweiter Fall) StGB schuldig erkannt, er

habe in Klagenfurt die ihm durch Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis als Geschäftsführer der Gesellschaft, über fremdes Vermögen zu verfügen und andere zu verpflichten, durch eine Reihe von Handlungen wissentlich mißbraucht und dadurch der Gesellschaft einen Vermögensnachteil zugefügt, wobei durch die Tat ein S 500.000 übersteigender Schaden herbeigeführt wurde, und zwar unter anderem, indem er in 48 Fällen eine große Anzahl, dem Warenbestand der Gesellschaft zugehörige oder von ihm im Zuge eigenmächtig mit Lieferanten geführter Verhandlungen als Sonderrabatt erlangter und außerhalb der buchhalterisch erfaßten Lagerhaltung ihm persönlich zugekommene Waren für sich behalten oder an Personen verschenkt oder unter dem Einstandspreis verkauft habe, für deren begünstigtes Bezugsrecht seitens der Gesellschaft kein Interesse bestehen habe können, und zu einer bedingt nachgesehenen Freiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt. Die Gesellschaft wurde mit ihren Ansprüchen auf den Zivilrechtsweg verwiesen. Mit Urteil des Landesgerichtes Klagenfurt als Schöffengericht vom 9. 4. 1991, 10 römisch fünf r 182/89-83, wurde der Beklagte unter anderem wegen des Verbrechens der Untreue nach Paragraph 153, Absatz eins und 2 (zweiter Fall) StGB schuldig erkannt, er habe in Klagenfurt die ihm durch Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis als Geschäftsführer der Gesellschaft, über fremdes Vermögen zu verfügen und andere zu verpflichten, durch eine Reihe von Handlungen wissentlich mißbraucht und dadurch der Gesellschaft einen Vermögensnachteil zugefügt, wobei durch die Tat ein S 500.000 übersteigender Schaden herbeigeführt wurde, und zwar unter anderem, indem er in 48 Fällen eine große Anzahl, dem Warenbestand der Gesellschaft zugehörige oder von ihm im Zuge eigenmächtig mit Lieferanten geführter Verhandlungen als Sonderrabatt erlangter und außerhalb der buchhalterisch erfaßten Lagerhaltung ihm persönlich zugekommene Waren für sich behalten oder an Personen verschenkt oder unter dem Einstandspreis verkauft habe, für deren begünstigtes Bezugsrecht seitens der Gesellschaft kein Interesse bestehen habe können, und zu einer bedingt nachgesehenen Freiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt. Die Gesellschaft wurde mit ihren Ansprüchen auf den Zivilrechtsweg verwiesen.

Der Kläger begehrt nach mehrfacher Klageänderung zuletzt ("aus Gründen der Einbringlichkeit" nur mehr) Zahlung des Betrages von S 2,000.000 samt Anhang. Der strafgerichtlich wegen Untreue verurteilte Beklagte habe der Gesellschaft als deren Geschäftsführer einen Schaden zumindest in dieser Höhe zugefügt, indem er insbesondere von P\*\*\*\*\* und I\*\*\*\*\* ohne Berechnung gelieferte Waren eigenmächtig nicht verbucht, nicht zum Vorteil der Gesellschaft verwendet und damit an der Gesellschaft "vorbeitransferiert" habe.

Der Beklagte bestritt, beantragte Abweisung des Klagebegehrens und wendete ein, die ohne Berechnung gelieferten Waren nur zum Vorteil der Gesellschaft verwendet zu haben. Die Klageführung sei durch keinen ordnungsgemäß zustandekommenen Gesellschafterbeschuß gedeckt. Aufrechnungsweise werde ein - im Revisionsverfahren nicht mehr relevanter - Abfertigungsanspruch von S 913.350 als Gegenforderung eingewendet.

Das Erstgericht stellte auch im dritten Rechtsgang das Bestehen der Klageforderung mit S 2,000.000 bzw das Nichtbestehen der Gegenforderung des Beklagten von S 913.350 fest und verpflichtete den Beklagten - bis auf die geringfügige Abweisung eines Teiles des Zinsenbegehrens - zur Zahlung des Betrages von S 2,000.000 samt Anhang. Dabei ging es über den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt hinaus noch von folgenden wesentlichen Feststellungen aus, wobei sich die Wiedergabe auf Feststellungen beschränkt, die vom Berufungsgericht übernommen wurden:

Bei der Gesellschaft lief seit den Sechzigerjahren aufgrund von Vereinbarungen mit der Lieferindustrie (zB P\*\*\*\*\*, I\*\*\*\*\*) das System der "OB-Ware". Dabei wurde bei der Bestellung einer größeren Stückzahl von Geräten kein Rabatt in Form eines Preisnachlasses gewährt, sondern statt dessen ein weiteres Gerät "ohne Berechnung" (daher der Ausdruck "OB") dazugegeben. Diese Vorgangsweise war in allen Filialen der Gesellschaft üblich und wurde auch entsprechend verbucht. Der Beklagte erreichte darüber hinaus ab Ende der Siebziger-, Anfang der Achtzigerjahre für die Filiale K\*\*\*\*\*, noch eine weitere, in den anderen Filialen, den anderen Geschäftsführern und dem Gesellschafter Dr. Lothar C\*\*\*\*\* nicht bekannte Sondervereinbarung. Aufgrund dieser wurde neben der (normalen) OB-Ware auch noch eine weitere Anzahl von Waren "ohne Berechnung" geliefert. Diese sogenannte Sonder-OB-Ware - Hauptlieferanten waren ebenfalls P\*\*\*\*\* und I\*\*\*\*\* - wurde nie in die Buchhaltung aufgenommen und es wurden hierüber auch keine Rechnungen und Lieferscheine ausgestellt, sodaß Warenherkunft und -weiterverwendung nicht nachvollziehbar waren.

In der Zeit vom 29. 4. 1982 bis 24. 6. 1988 wurde von P\*\*\*\*\* an die Gesellschaft/Filiale K\*\*\*\*\* Sonder-OB-Ware geliefert, die einen Einkaufspreis von insgesamt S 2,235.572,25 inklusive Manipulationsspesen und Umsatzsteuer repräsentierte. Von I\*\*\*\*\* wurde im Zeitraum vom 5. 4. 1983 bis 16. 11. 1988 Sonder-OB-Ware mit einem

Einkaufspreis von insgesamt S 1.332.694,76 geliefert. Selbst bei Weiterveräußerung dieser Ware zum bloßen Einkaufspreis hätte demnach die Gesellschaft einen Umsatz in der Höhe von etwa S 3,5 Mio erzielen können.

Die tatsächliche Verwendung der Sonder-OB-Ware war im einzelnen nicht mehr feststellbar. Fest steht aber, daß ein Großteil der Sonder-OB-Ware über Veranlassung des Beklagten unentgeltlich an verschiedene Personen (zB Primärärzte, Versicherungsdirektoren, "wichtige" Personen des öffentlichen Lebens etc) geliefert wurde, die mit der Gesellschaft und den mit ihr verbundenen Einzelhändlern nicht unmittelbar zu tun hatten, sodaß der daraus resultierende Werbeeffect für die Gesellschaft eher zweifelhaft war. Im Gegenzug wurden von diesen Personen zum Teil "Kuverts" (mit nicht näher feststellbarem Inhalt) an den Beklagten rückübermittelt. Der Beklagte verletzte mit seiner Vorgangsweise die ihm (und anderen Filialleitern) wiederholt erteilten Anweisungen, wonach Geschenke an Kunden oder andere Personen nur im Einklang mit der Geschäftsführung und nur nachvollziehbar gewährt werden dürfen und ordnungsgemäß verbucht werden müssen. Die gegenständlichen "Aktionen" des Beklagten wurden ohne Wissen, ohne Erlaubnis und entgegen diesen Anweisungen durchgeführt.

Mit Schreiben vom 28. 7. 1988 kündigte der Beklagte gegenüber dem Mitgeschäftsführer Ing. Wolfgang C\*\*\*\*\*; er habe sich entschlossen, "die Möglichkeit eines vorzeitigen Pensionsanspruches zu nutzen." In der Folge wurde allerdings das Arbeitsverhältnis einvernehmlich um einen Monat bis zum 31. 1. 1989 verlängert.

Der Geschäftsführer Ing. Wolfgang C\*\*\*\*\* erfuhr im Jänner 1989 (erstmal) von den Malversationen des Beklagten und erstattete Strafanzeige. Nachdem die Vorwürfe einigermaßen konkret geworden waren, sprach die Gesellschaft mit Schreiben vom 17. 1. 1989 die Entlassung des Beklagten aus. Am selben Tag fand eine außerordentliche Generalversammlung statt, bei welcher die Geschäftsanteile der Gesellschaft zu 100 % vertreten waren. Der Vorschlag des Gesellschafters Dr. Lothar C\*\*\*\*\*, die Gesellschaft solle sich im Strafverfahren des Beklagten als Privatbeteiligte anschließen und in jedem Fall vom Beklagten zivilgerichtlich Schadenersatz begehren, wurde von der Generalversammlung einstimmig angenommen. Zu diesem Zeitpunkt war den Gesellschaftern allerdings das nähere Ausmaß des Schadens noch nicht bekannt. Bei der weiteren außerordentlichen Generalversammlung vom 13. 6. 1989 - es waren wieder 100 % der Geschäftsanteile vertreten - informierte der Gesellschafter Dr. Lothar C\*\*\*\*\* die Generalversammlung, daß aufgrund der zwischenzeitigen polizeilichen Ermittlungen vom Beklagten in den Jahren 1982 bis 1988 Bonusgeräte von P\*\*\*\*\* und I\*\*\*\*\* im Wert von insgesamt S 3.535.296,05 (inklusive 10 %iger Manipulationsgebühr und 20 %iger Umsatzsteuer) nicht verbucht worden seien. Sein Antrag, den Beklagten insoweit zivilgerichtlich zu belangen, wurde wieder einstimmig angenommen.

Die Gesellschaft führte damals kein Protokollbuch (im Sinne des § 40 Abs 1 GmbHG idF vor dem EU-GesRÄG, BGBl 1996/304). Die nicht unterschriebenen Protokolle über die Generalversammlungen wurden jedoch in einer geleimten "Protokollsammlung" der Gesellschaft aufbewahrt. Die Gesellschafter waren zu den beiden außerordentlichen Generalversammlungen des Jahres 1989 nicht schriftlich geladen, sondern hievon nur kurzfristig mündlich verständigt worden. Von der Aufnahme der Protokollseiten in die "Protokollsammlung" wurden die Gesellschafter niemals ausdrücklich verständigt. Die Gesellschaft führte damals kein Protokollbuch (im Sinne des Paragraph 40, Absatz eins, GmbHG in der Fassung vor dem EU-GesRÄG, BGBl 1996/304). Die nicht unterschriebenen Protokolle über die Generalversammlungen wurden jedoch in einer geleimten "Protokollsammlung" der Gesellschaft aufbewahrt. Die Gesellschafter waren zu den beiden außerordentlichen Generalversammlungen des Jahres 1989 nicht schriftlich geladen, sondern hievon nur kurzfristig mündlich verständigt worden. Von der Aufnahme der Protokollseiten in die "Protokollsammlung" wurden die Gesellschafter niemals ausdrücklich verständigt.

Bis auf das letzte Beschäftigungsjahr 1988 wurde dem Beklagten durch die Generalversammlung jeweils die Entlastung als Geschäftsführer erteilt, dies jedoch jeweils in Unkenntnis der vom Beklagten begangenen Verfehlungen.

Das Erstgericht vertrat dazu die Rechtsauffassung, Schaden im Sinne des § 25 Abs 2 GmbHG sei jede dem Unternehmenszweck widersprechende, in Geld meßbare Beeinträchtigung des Vermögens. Sie umfasse gemäß Art 8 Nr 2 EVHG stets auch den entgangenen Gewinn. Einen Schaden begründeten auch all jene Leistungen der Gesellschaft, auf die Dritte keinen Anspruch hätten und für die keine angemessene Gegenleistung zu erwarten sei (zB Geschenke etc). Bei einem regulären Verkauf der Sonder-OB-Ware hätte die Gesellschaft einen Umsatz von zumindest S 3,5 Mio erzielen können. Selbst bei Abzug der Manipulationsgebühr und Umsatzsteuer verbliebe noch immer ein Schaden von mehr als S 2 Mio. Der Beklagte habe die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes verletzt, indem er die Sonder-OB-Ware nicht verbucht und damit die Verfolgung ihrer tatsächlichen Verwendung unmöglich gemacht habe.

Die Gesellschaft habe im Prozeß die zweckwidrige Verwendung ihres Vermögens durch den Beklagten ausreichend dargetan. Allfällige Marktvorteile durch eine bestimmte Verwendung eines Teiles der Sonder-OB-Ware seien zwar nicht auszuschließen, aber auch nicht konkret feststellbar gewesen. Die Gesellschafterbeschlüsse zur Klageführung gegen den Beklagten seien ordnungsgemäß gefaßt worden. Auf die jährliche Entlastung als Geschäftsführer könne sich der Beklagte nicht berufen, weil die ihm vorgeworfenen Handlungen damals noch nicht bekannt gewesen seien. Das Erstgericht vertrat dazu die Rechtsauffassung, Schaden im Sinne des Paragraph 25, Absatz 2, GmbHG sei jede dem Unternehmenszweck widersprechende, in Geld meßbare Beeinträchtigung des Vermögens. Sie umfasse gemäß Artikel 8, Nr 2 EVHGB stets auch den entgangenen Gewinn. Einen Schaden begründeten auch all jene Leistungen der Gesellschaft, auf die Dritte keinen Anspruch hätten und für die keine angemessene Gegenleistung zu erwarten sei (zB Geschenke etc). Bei einem regulären Verkauf der Sonder-OB-Ware hätte die Gesellschaft einen Umsatz von zumindest S 3,5 Mio erzielen können. Selbst bei Abzug der Manipulationsgebühr und Umsatzsteuer verbliebe noch immer ein Schaden von mehr als S 2 Mio. Der Beklagte habe die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes verletzt, indem er die Sonder-OB-Ware nicht verbucht und damit die Verfolgung ihrer tatsächlichen Verwendung unmöglich gemacht habe. Die Gesellschaft habe im Prozeß die zweckwidrige Verwendung ihres Vermögens durch den Beklagten ausreichend dargetan. Allfällige Marktvorteile durch eine bestimmte Verwendung eines Teiles der Sonder-OB-Ware seien zwar nicht auszuschließen, aber auch nicht konkret feststellbar gewesen. Die Gesellschafterbeschlüsse zur Klageführung gegen den Beklagten seien ordnungsgemäß gefaßt worden. Auf die jährliche Entlastung als Geschäftsführer könne sich der Beklagte nicht berufen, weil die ihm vorgeworfenen Handlungen damals noch nicht bekannt gewesen seien.

Das Berufungsgericht gab der Berufung des Beklagten nicht Folge. Es übernahm den Großteil der erstgerichtlichen Feststellungen und traf nach teilweiser Beweiswiederholung zusammengefaßt noch folgende ergänzende Feststellungen:

Nur ein (kleinerer) Teil der Sonder-OB-Ware wurde vom Beklagten zum klaren und überwiegenden Vorteil der Gesellschaft eingesetzt. Dieser Anteil wird vom Berufungsgericht mit 8 % festgesetzt.

Im übrigen trat das Berufungsgericht der rechtlichen Beurteilung des Erstgerichtes bei. Die Gesellschaft habe den Nachweis erbracht, daß Waren im Wert von über S 3,5 Mio ohne Berechnung an sie geliefert wurden, wofür sie bei Weiterveräußerung einen Erlös (zumindest) in gleicher Höhe hätte erzielen können. Es wäre am Beklagten gelegen, den Nachweis zu erbringen, daß er alle Sonder-OB-Waren verkaufsfördernd zugunsten der Gesellschaft eingesetzt habe. Ihn träfen die Pflichten eines Geschäftsführers ohne Auftrag im Sinne des § 1037 ABGB, sohin auch die Beweislast, daß er das Geschäft zum klaren und überwiegenden Vorteil eines anderen geführt habe. Der Anteil der verkaufsfördernd eingesetzten Sonder-OB-Ware liege nur bei 8 %. Der Klagebetrag von S 2 Mio sei daher gemäß § 273 ZPO im tatsächlichen Schaden der Gesellschaft enthalten und somit gedeckt. Die Ausmittlung nach § 273 ZPO sei auch nach Einholung eines Sachverständigengutachtens zulässig. Bei Vorsatz - eine andere Schuldform scheidet hier ohnehin aus - umfasse der Schaden auch den entgangenen Gewinn. Im übrigen trat das Berufungsgericht der rechtlichen Beurteilung des Erstgerichtes bei. Die Gesellschaft habe den Nachweis erbracht, daß Waren im Wert von über S 3,5 Mio ohne Berechnung an sie geliefert wurden, wofür sie bei Weiterveräußerung einen Erlös (zumindest) in gleicher Höhe hätte erzielen können. Es wäre am Beklagten gelegen, den Nachweis zu erbringen, daß er alle Sonder-OB-Waren verkaufsfördernd zugunsten der Gesellschaft eingesetzt habe. Ihn träfen die Pflichten eines Geschäftsführers ohne Auftrag im Sinne des Paragraph 1037, ABGB, sohin auch die Beweislast, daß er das Geschäft zum klaren und überwiegenden Vorteil eines anderen geführt habe. Der Anteil der verkaufsfördernd eingesetzten Sonder-OB-Ware liege nur bei 8 %. Der Klagebetrag von S 2 Mio sei daher gemäß Paragraph 273, ZPO im tatsächlichen Schaden der Gesellschaft enthalten und somit gedeckt. Die Ausmittlung nach Paragraph 273, ZPO sei auch nach Einholung eines Sachverständigengutachtens zulässig. Bei Vorsatz - eine andere Schuldform scheidet hier ohnehin aus - umfasse der Schaden auch den entgangenen Gewinn.

Bezüglich der vom Beklagten behaupteten Ungültigkeit der Beschlüsse in den beiden außerordentlichen Generalversammlungen vom 17. 1. und 13. 6. 1989 werde auf die Vorentscheidung des Berufungsgerichtes im zweiten Rechtsgang verwiesen (ON 56), wonach es keiner Einberufung oder Bekanntgabe einer Tagesordnung bedürfe, wenn ohnehin sämtliche Gesellschafter anwesend und mit der Abhaltung der Generalversammlung einverstanden seien. Der Eintragung von Gesellschafterbeschlüssen in das Protokollbuch komme nur deklarative Wirkung zu (SZ 58/88).

Die Revision sei zulässig, weil die Frage der Beweislastverteilung die Qualifikation nach § 46 Abs 1 ASGG erfülle. Die Revision sei zulässig, weil die Frage der Beweislastverteilung die Qualifikation nach Paragraph 46, Absatz eins, ASGG

erfülle.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Revision des Beklagten aus dem Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung dahin abzuändern, daß das Klagebegehren abgewiesen werde; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger wies in der Revisionsbeantwortung darauf hin, daß die Revision unzulässig sei, und beantragte, sie zurückzuweisen; hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Entgegen dem - für den Obersten Gerichtshof nicht bindenden § 508a Abs 1 ZPO; Kuderna, ASGG2 § 45 Anm 2; 9 ObA 167/93; 9 ObA 94/94 ua) - Ausspruch des Berufungsgerichtes liegen die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Revision nach § 46 Abs 1 ASGG nicht vor. Entgegen dem - für den Obersten Gerichtshof nicht bindenden (Paragraph 508 a, Absatz eins, ZPO; Kuderna, ASGG2 Paragraph 45, Anmerkung 2; 9 ObA 167/93; 9 ObA 94/94 ua) - Ausspruch des Berufungsgerichtes liegen die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Revision nach Paragraph 46, Absatz eins, ASGG nicht vor.

Die Revision ist nur zulässig, wenn die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage des materiellen Rechts oder des Verfahrensrechts abhängt, der zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukommt, etwa weil das Berufungsgericht von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs abweicht oder eine solche Rechtsprechung fehlt oder uneinheitlich ist (§ 46 Abs 1 ASGG). Der Revisionswerber verweist bezüglich der Zulässigkeit seiner Revision ausschließlich auf die Ausführungen des Berufungsgerichtes zur Zulassung der Revision. Entgegen dessen Rechtsauffassung kommt es aber auf die Lösung der Frage der Beweislastverteilung gar nicht an; sie vermag daher im vorliegenden Fall auch keine erhebliche Rechtsfrage im Sinne der genannten Gesetzesbestimmung zu begründen. Die Revision ist nur zulässig, wenn die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage des materiellen Rechts oder des Verfahrensrechts abhängt, der zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukommt, etwa weil das Berufungsgericht von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs abweicht oder eine solche Rechtsprechung fehlt oder uneinheitlich ist (Paragraph 46, Absatz eins, ASGG). Der Revisionswerber verweist bezüglich der Zulässigkeit seiner Revision ausschließlich auf die Ausführungen des Berufungsgerichtes zur Zulassung der Revision. Entgegen dessen Rechtsauffassung kommt es aber auf die Lösung der Frage der Beweislastverteilung gar nicht an; sie vermag daher im vorliegenden Fall auch keine erhebliche Rechtsfrage im Sinne der genannten Gesetzesbestimmung zu begründen.

Führt das Beweisverfahren zu keiner Überzeugung, bleibt der Sachverhalt also unklar ("non liquet"), muß trotzdem eine Entscheidung gefällt werden. Hier greifen die Beweislastregeln ein; sie kommen zur Anwendung, wenn die freie Beweiswürdigung zu keinem Ergebnis führt, wenn also der entscheidende Sachverhalt nicht feststellbar ist (Fasching, Lehrbuch2 Rz 878, 888; Rechberger in Rechberger, ZPO Rz 8 vor § 266; EFSlg 34.497, 46.659 ua). Trifft das Gericht hingegen eine eindeutige (sei es positive oder negative) Feststellung, so ist für die Anwendung von Beweislastregeln kein Platz (EFSlg 55.039). Führt das Beweisverfahren zu keiner Überzeugung, bleibt der Sachverhalt also unklar ("non liquet"), muß trotzdem eine Entscheidung gefällt werden. Hier greifen die Beweislastregeln ein; sie kommen zur Anwendung, wenn die freie Beweiswürdigung zu keinem Ergebnis führt, wenn also der entscheidende Sachverhalt nicht feststellbar ist (Fasching, Lehrbuch2 Rz 878, 888; Rechberger in Rechberger, ZPO Rz 8 vor Paragraph 266 ;, EFSlg 34.497, 46.659 ua). Trifft das Gericht hingegen eine eindeutige (sei es positive oder negative) Feststellung, so ist für die Anwendung von Beweislastregeln kein Platz (EFSlg 55.039).

Ein derartiger Fall ist hier gegeben. Wie bereits ausgeführt, wurde der Beklagte strafgerichtlich wegen des Verbrechens der Untreue zum Nachteil der Gesellschaft verurteilt, wobei durch seine Tathandlungen ein S 500.000 übersteigender Schaden herbeigeführt wurde. Von den der strafgerichtlichen Verurteilung zugrundeliegenden Tathandlungen des Beklagten ist allerdings (unstrittig) nur ein Teil Gegenstand des vorliegenden Verfahrens. Der strafgerichtlich verurteilte Beklagte muß dieses Strafurteil gegen sich gelten lassen, denn niemand kann sich im nachfolgenden Rechtsstreit einer anderen Partei gegenüber darauf berufen, daß er eine Tat, deretwegen er strafgerichtlich verurteilt wurde, nicht begangen habe (SZ 68/195 [verstärkter Senat]; RIS-Justiz RS0074219). Bei Vermögensdelikten besteht eine Bindung des Zivilrichters an die strafgerichtliche Feststellung der Schadenshöhe, wenn das Strafgericht die Überschreitung der höheren Strafsätze bedingenden Schadensgrenzen von S 25.000 oder S 500.000 feststellte, zwar nicht hinsichtlich des die Wertgrenzen übersteigenden Schadens, weil er nicht zu den den Schuldanspruch notwendigerweise

begründenden Tatsachen gehört, wohl aber hinsichtlich der Beträge von S 25.000 oder S 500.000 (9ObA 254/98p/s RIS-Justiz RS0074219/T 8). Der Beklagte kann sich daher im vorliegenden Zivilverfahren nicht erfolgreich darauf berufen, daß er keinen Schaden der Gesellschaft herbeigeführt habe. Es ist vielmehr bindend davon auszugehen, daß der Gesamtschaden zumindest S 500.000 betrug, wovon allerdings nur (unstrittig) ein Teil Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist.

§ 25 GmbHG enthält einen allgemeinen Auffangtatbestand für alle Pflichtverletzungen eines Geschäftsführers und bestimmt zugleich den für den Geschäftsführer geltenden objektiven Sorgfaltsmaßstab. Es geht dabei um die Sorgfalt, die ein ordentlicher Geschäftsmann in verantwortlich leitender Position bei selbständiger treuhändiger Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen einzuhalten hat (RIS-Justiz RS0059449). Dem Geschäftsführer kommen wegen der Verwaltung fremden Vermögens treuhänderische Funktionen und eine besondere Vertrauensstellung zu (RIS-Justiz RS0059774). Ihn trifft die Beweislast, daß er die ihm nach § 25 GmbHG obliegende Sorgfalt nicht verletzt hat (EvBl 1986/86 = GesRZ 1986, 97; RIS-Justiz RS0059608, RS0059642). Dieser Beweis ist dem Beklagten nicht gelungen. Paragraph 25, GmbHG enthält einen allgemeinen Auffangtatbestand für alle Pflichtverletzungen eines Geschäftsführers und bestimmt zugleich den für den Geschäftsführer geltenden objektiven Sorgfaltsmaßstab. Es geht dabei um die Sorgfalt, die ein ordentlicher Geschäftsmann in verantwortlich leitender Position bei selbständiger treuhändiger Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen einzuhalten hat (RIS-Justiz RS0059449). Dem Geschäftsführer kommen wegen der Verwaltung fremden Vermögens treuhänderische Funktionen und eine besondere Vertrauensstellung zu (RIS-Justiz RS0059774). Ihn trifft die Beweislast, daß er die ihm nach Paragraph 25, GmbHG obliegende Sorgfalt nicht verletzt hat (EvBl 1986/86 = GesRZ 1986, 97; RIS-Justiz RS0059608, RS0059642). Dieser Beweis ist dem Beklagten nicht gelungen.

Steht fest, daß dem Geschädigten der Ersatz eines Schadens gebührt, ist aber der Beweis über den streitigen Betrag des zu ersetzenden Schadens nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu erbringen, so kann das Gericht - auch von Amts wegen - diesen Betrag nach freier Überzeugung festsetzen (§ 273 Abs 1 ZPO). Diesen Weg beschritt das Berufungsgericht nach ausführlicher Erörterung der Beweisschwierigkeiten insbesondere im Zusammenhang mit einem Identitätsnachweis der Sonder-OB-Ware. Das Berufungsgericht setzte letztlich den Anteil der vom Beklagten zum Vorteil der Gesellschaft eingesetzten Sonder-OB-Ware wertmäßig in Anwendung des § 273 Abs 1 ZPO mit 8 % (der gesamten Sonder-OB-Ware) fest. In Konsequenz dieser Festsetzung ist davon auszugehen, daß die übrige Sonder-OB-Ware (also 92 % von ca S 3,5 Mio) über Veranlassung des Beklagten eigenmächtig und nicht zum Vorteil der Gesellschaft verwendet wurde. Da sohin der Gesellschaft Sonder-OB-Ware jedenfalls im Wert des Klagebetrages von S 2 Mio entzogen wurde, liegt eine dem Unternehmenszweck widersprechende, in Geld meßbare Vermögensminderung, also ein Schaden der Gesellschaft vor (EvBl 1986/86; RIS-Justiz RS0059733). Für diesen pflichtwidrig verursachten und verschuldeten Schaden hat der Beklagte einzustehen (§ 25 Abs 2 GmbHG). Steht fest, daß dem Geschädigten der Ersatz eines Schadens gebührt, ist aber der Beweis über den streitigen Betrag des zu ersetzenden Schadens nicht oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu erbringen, so kann das Gericht - auch von Amts wegen - diesen Betrag nach freier Überzeugung festsetzen (Paragraph 273, Absatz eins, ZPO). Diesen Weg beschritt das Berufungsgericht nach ausführlicher Erörterung der Beweisschwierigkeiten insbesondere im Zusammenhang mit einem Identitätsnachweis der Sonder-OB-Ware. Das Berufungsgericht setzte letztlich den Anteil der vom Beklagten zum Vorteil der Gesellschaft eingesetzten Sonder-OB-Ware wertmäßig in Anwendung des Paragraph 273, Absatz eins, ZPO mit 8 % (der gesamten Sonder-OB-Ware) fest. In Konsequenz dieser Festsetzung ist davon auszugehen, daß die übrige Sonder-OB-Ware (also 92 % von ca S 3,5 Mio) über Veranlassung des Beklagten eigenmächtig und nicht zum Vorteil der Gesellschaft verwendet wurde. Da sohin der Gesellschaft Sonder-OB-Ware jedenfalls im Wert des Klagebetrages von S 2 Mio entzogen wurde, liegt eine dem Unternehmenszweck widersprechende, in Geld meßbare Vermögensminderung, also ein Schaden der Gesellschaft vor (EvBl 1986/86; RIS-Justiz RS0059733). Für diesen pflichtwidrig verursachten und verschuldeten Schaden hat der Beklagte einzustehen (Paragraph 25, Absatz 2, GmbHG).

Die Norm des § 273 ZPO stellt inhaltlich einerseits die Einräumung eines - gebundenen - Ermessens an das Gericht dar, den Schaden, von dem feststeht, daß er zu ersetzen ist, nach freier Überzeugung festzusetzen. Andererseits enthält sie eine Einschränkung der allgemeinen Beweislastregel, daß der Kläger (Geschädigte) Bestand und Höhe der Forderung (des Schadens) erweisen müsse (RIS-Justiz RS0040459). Die dem Gericht erteilte Befugnis, im Fall der Unmöglichkeit (oder besonderen Schwierigkeit) des Beweises der Höhe einer Forderung die Höhe des Betrages nach freier

Überzeugung festzusetzen, hat zur Folge, daß den Kläger bezüglich der Forderung keine unbedingte Beweislast trifft (RIS-Justiz RS0040436). Wird § 273 ZPO - wegen Beweisschwierigkeiten - angewendet, ist auf die (dem materiellen Recht zugehörigen) Beweislastregeln nicht mehr Bedacht zu nehmen (RIS-Justiz RS0040447). Es erübrigt sich daher ein Eingehen auf Überlegungen, ob die besondere Konstellation von Beweisschwierigkeiten des Klägers einerseits und Beweisnähe des Beklagten andererseits (vgl zur Situation bei ärztlichen Behandlungsfehlern: RIS-Justiz RS0106890; vgl auch Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I2 Rz 2/420, der - je nach Art der behaupteten Pflichtverletzung - vom Geschäftsführer eine Darlegungs- und Mitwirkungspflicht bei der Beweisführung verlangt) ausnahmsweise eine Umkehr der Regel, daß die geschädigte Gesellschaft die Beweislast trifft, daß ihr durch das Verhalten eines Organs ein Schaden entstanden ist (ecolex 1998, 774; SZ 48/79), rechtfertigt, weil der vom Beklagten zu ersetzende Schaden vom Berufungsgericht ohnehin nach freier Überzeugung gemäß § 273 ZPO festgesetzt wurde (RIS-Justiz RS0040447). Ein Beweislastproblem liegt daher nicht (mehr) vor. Das vom Berufungsgericht trotz Anwendung des § 273 ZPO erörterte Beweislastproblem eignet sich daher nicht zur Begründung der Zulässigkeit der ordentlichen Revision. Es brauchen daher in diesem Zusammenhang auch nicht das Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag und daraus resultierende Beweislastfragen erörtert werden. Die Norm des Paragraph 273, ZPO stellt inhaltlich einerseits die Einräumung eines - gebundenen - Ermessens an das Gericht dar, den Schaden, von dem feststeht, daß er zu ersetzen ist, nach freier Überzeugung festzusetzen. Andererseits enthält sie eine Einschränkung der allgemeinen Beweislastregel, daß der Kläger (Geschädigte) Bestand und Höhe der Forderung (des Schadens) erweisen müsse (RIS-Justiz RS0040459). Die dem Gericht erteilte Befugnis, im Fall der Unmöglichkeit (oder besonderen Schwierigkeit) des Beweises der Höhe einer Forderung die Höhe des Betrages nach freier Überzeugung festzusetzen, hat zur Folge, daß den Kläger bezüglich der Forderung keine unbedingte Beweislast trifft (RIS-Justiz RS0040436). Wird Paragraph 273, ZPO - wegen Beweisschwierigkeiten - angewendet, ist auf die (dem materiellen Recht zugehörigen) Beweislastregeln nicht mehr Bedacht zu nehmen (RIS-Justiz RS0040447). Es erübrigt sich daher ein Eingehen auf Überlegungen, ob die besondere Konstellation von Beweisschwierigkeiten des Klägers einerseits und Beweisnähe des Beklagten andererseits vergleiche zur Situation bei ärztlichen Behandlungsfehlern: RIS-Justiz RS0106890; vergleiche auch Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I2 Rz 2/420, der - je nach Art der behaupteten Pflichtverletzung - vom Geschäftsführer eine Darlegungs- und Mitwirkungspflicht bei der Beweisführung verlangt) ausnahmsweise eine Umkehr der Regel, daß die geschädigte Gesellschaft die Beweislast trifft, daß ihr durch das Verhalten eines Organs ein Schaden entstanden ist (ecolex 1998, 774; SZ 48/79), rechtfertigt, weil der vom Beklagten zu ersetzende Schaden vom Berufungsgericht ohnehin nach freier Überzeugung gemäß Paragraph 273, ZPO festgesetzt wurde (RIS-Justiz RS0040447). Ein Beweislastproblem liegt daher nicht (mehr) vor. Das vom Berufungsgericht trotz Anwendung des Paragraph 273, ZPO erörterte Beweislastproblem eignet sich daher nicht zur Begründung der Zulässigkeit der ordentlichen Revision. Es brauchen daher in diesem Zusammenhang auch nicht das Institut der Geschäftsführung ohne Auftrag und daraus resultierende Beweislastfragen erörtert werden.

Daß das Berufungsgericht die Voraussetzungen des § 273 ZPO zu Unrecht angenommen habe, wäre als Verfahrensmangel zu rügen gewesen, was jedoch - zu Recht - nicht geschehen ist (Rechberger in Rechberger, ZPO Rz 3 zu § 273 mwN). Es stellt sich daher in diesem Zusammenhang auch keine erhebliche Rechtsfrage des Verfahrensrechts. Daß das Berufungsgericht die Voraussetzungen des Paragraph 273, ZPO zu Unrecht angenommen habe, wäre als Verfahrensmangel zu rügen gewesen, was jedoch - zu Recht - nicht geschehen ist (Rechberger in Rechberger, ZPO Rz 3 zu Paragraph 273, mwN). Es stellt sich daher in diesem Zusammenhang auch keine erhebliche Rechtsfrage des Verfahrensrechts.

Die Betragsfestsetzung selbst wird nach heute herrschender Meinung als rechtliche Beurteilung qualifiziert (Rechberger aaO Rz 5 zu § 273 mwN); aber auch insoweit erfolgte keine Beanstandung durch den Revisionswerber. Im übrigen hängt die Anwendbarkeit des § 273 ZPO von den jeweiligen Umständen des Einzelfalles ab und hat daher in der Regel keine über diesen hinausgehende Bedeutung (RIS-Justiz RS0040494, RS0007104). Die Betragsfestsetzung selbst wird nach heute herrschender Meinung als rechtliche Beurteilung qualifiziert (Rechberger aaO Rz 5 zu Paragraph 273, mwN); aber auch insoweit erfolgte keine Beanstandung durch den Revisionswerber. Im übrigen hängt die Anwendbarkeit des Paragraph 273, ZPO von den jeweiligen Umständen des Einzelfalles ab und hat daher in der Regel keine über diesen hinausgehende Bedeutung (RIS-Justiz RS0040494, RS0007104).

Zu den Einwänden des Revisionswerbers, die beiden außerordentlichen Generalversammlungen wären nicht ordnungsgemäß einberufen worden, es fehle mangels Eintragung der Beschlüsse in ein Protokollbuch an einer

wirksamen Beschlußfassung nach § 35 Abs 1 Z 6 GmbHG und die Gesellschaft habe durch die Entlastung des Beklagten als Geschäftsführer auf Ersatzansprüche verzichtet, genügt es auf die zutreffende Begründung der Vorinstanzen zu verweisen (§ 510 Abs 3 Satz 2 ZPO), die sich auf gefestigte oberstgerichtliche Rechtsprechung stützen konnten. Auch insoweit wird vom Revisionswerber keine erhebliche Rechtsfrage dargetan. Zu den Einwänden des Revisionswerbers, die beiden außerordentlichen Generalversammlungen wären nicht ordnungsgemäß einberufen worden, es fehle mangels Eintragung der Beschlüsse in ein Protokollbuch an einer wirksamen Beschlußfassung nach Paragraph 35, Absatz eins, Ziffer 6, GmbHG und die Gesellschaft habe durch die Entlastung des Beklagten als Geschäftsführer auf Ersatzansprüche verzichtet, genügt es auf die zutreffende Begründung der Vorinstanzen zu verweisen (Paragraph 510, Absatz 3, Satz 2 ZPO), die sich auf gefestigte oberstgerichtliche Rechtsprechung stützen konnten. Auch insoweit wird vom Revisionswerber keine erhebliche Rechtsfrage dargetan.

Aus der von ihm zitierten Entscheidung RdW 1990, 285 ist für seinen Standpunkt nichts zu gewinnen. Sie besagt, daß es für die gerichtliche Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen ehemalige Geschäftsführer einer GmbH als materiellrechtlicher Voraussetzung einer Beschlußfassung der Gesellschafter bedarf (§ 35 Abs 1 Z 6 GmbHG) - vom Vorliegen einer solchen ist nach den bindenden Feststellungen der Vorinstanzen auszugehen - im übrigen aber die Beschlußfassung keiner besonderen Formvorschrift unterworfen ist und es im Falle der Klage keines weiteren Formalaktes bedarf. Aus der von ihm zitierten Entscheidung RdW 1990, 285 ist für seinen Standpunkt nichts zu gewinnen. Sie besagt, daß es für die gerichtliche Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen ehemalige Geschäftsführer einer GmbH als materiellrechtlicher Voraussetzung einer Beschlußfassung der Gesellschafter bedarf (Paragraph 35, Absatz eins, Ziffer 6, GmbHG) - vom Vorliegen einer solchen ist nach den bindenden Feststellungen der Vorinstanzen auszugehen - im übrigen aber die Beschlußfassung keiner besonderen Formvorschrift unterworfen ist und es im Falle der Klage keines weiteren Formalaktes bedarf.

Sein weiterer Einwand, die Gesellschaft habe im Zusammenhang mit der Entlastung nicht bewiesen, daß sie die Schadenersatzansprüche nicht habe erkennen können, läßt unberücksichtigt, daß die gegenständlichen Tathandlungen außerhalb der Buchhaltungsunterlagen vollzogen und daher aus den Unterlagen nicht erkennbar waren (WBI 1993, 229; WBI 1992, 408; SZ 48/79 ua).

Die Revision ist daher nicht zulässig.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 41, 50 Abs 1 ZPO; der Kläger hat in der Revisionsbeantwortung auf die Unzulässigkeit der Revision hingewiesen, sie diene daher der zweckentsprechenden Rechtsverteidigung. Die Kostenentscheidung beruht auf den Paragraphen 41,, 50 Absatz eins, ZPO; der Kläger hat in der Revisionsbeantwortung auf die Unzulässigkeit der Revision hingewiesen, sie diene daher der zweckentsprechenden Rechtsverteidigung.

#### **Anmerkung**

E55007 09B01019

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1999:009OBA00101.99I.0901.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19990901\_OGH0002\_009OBA00101\_99I0000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)