



Hon.-Prof. Dr. Georg Schima, M.B.L., LL.M.

ist Gründungspartner von Kunz Schima Wallentin Rechtsanwälte OG in Wien und Honorarprofessor für Unternehmens- und Arbeitsrecht an der WU Wien. Er ist auch Vortragender und Autor zahlreicher Publikationen.



Mag Valerie Toscani

ist Rechtsanwaltsanwältin bei Kunz Schima Wallentin und in den Bereichen Gesellschafts-, Stiftungs- und Arbeitsrecht tätig. Ihr Arbeitsschwerpunkt liegt im Bereich Managerhaftung und Rechtsstellung von Vorstands-, Geschäftsführungs- und Aufsichtsratsmitgliedern.

Die Anwendung der Business Judgment Rule bei Fragen der Abberufung des Stiftungsvorstands

• Entscheidungsbesprechung zu OGH 6 Ob 160/15w

Nicht zum ersten Mal musste der Oberste Gerichtshof die Rechtmäßigkeit der Abberufung der Mitglieder Stiftungsvorstands dieser oberösterreichischen Privatstiftung beurteilen: Bereits im Jahr 2010 hatten die Begünstigten der Stiftung alle drei Vorstandsmitglieder aus wichtigem Grund abberufen und einen neuen Stiftungsvorstand bestellt. Das Löschungs- und Eintragungsbegehren des neuen Stiftungsvorstands wurde jedoch rechtskräftig abgewiesen, weil das Firmenbuchgericht keine grobe Pflichtverletzung verwirklicht sah. Der OGH anerkannte in der dazugehörigen Entscheidung zu 6 Ob 101/11p,¹ wenn auch nicht explizit, dass dem Stiftungsvorstand bei unternehmerischen Entscheidungen wie jener der Ausschüttung oder Thesaurierung von Gewinnen einer hundertprozentigen Tochtergesellschaft der Stiftung ein Ermessensspielraum zukommt. Zweck der konkreten Privatstiftung sei auch die Erhaltung der von der Stiftung gehaltenen Gesellschaften. Es gäbe keine Anhaltspunkte dazu, dass es im Hinblick auf diesen Stiftungszweck außerhalb des kaufmännisch/unternehmerisch Vertretbaren läge, Gewinne zu thesaurieren, statt an die Stiftung als Alleingesellschafterin auszuschütten.²

2. Da die ungewollten Stiftungsvorstandsmitglieder trotz diverser (teilweise noch anhängiger) Verfahren weiterhin im Amt blieben, beantragten die Antragsteller (Begünstigte) in dem der jetzigen Entscheidung zugrundeliegenden Verfahren im Jahr 2014 die gerichtliche Abberufung der Vorstandsmitglieder aus wichtigem Grund (§ 27 Abs 2 PSG).

Der Abberufungsantrag wurde in allen drei Instanzen abgewiesen.

3. In dieser Entscheidung beruft sich der Oberste Gerichtshof im Anschluss an die Rechtsausführungen des Rekursgerichts nun erstmals ausdrücklich auf die Business Judgment Rule und bejaht die grundsätzliche

Anwendung des Prinzips auf die Vertretungsorgane von Privatstiftungen. Dies ist angesichts des Meinungsstands und der ausführlichen Auseinandersetzung der Lehre mit dieser Frage keineswegs überraschend, jedenfalls aber erfreulich. Mit dieser Rechtsfrage begründete das Rekursgericht im Übrigen auch die Zulässigkeit der Revision – zu Recht, wie der OGH feststellt, habe sich doch der Gedanke, den Ermessensfreiraum von Geschäftsleitern anhand eines eigenen Tatbestands der Business Judgment Rule zu prüfen in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs bislang noch nicht durchgesetzt.

Relevanz der BJR auch für die Abberufung des Vorstands

4. Zu Beginn der rechtlichen Beurteilung schlägt der OGH die Brücke zwischen dem genuine Anwendungsbereich der Business Judgment Rule und der verfahrensrelevanten Frage der Abberufung wegen grober Pflichtverletzung. Als Instrument aus dem gesellschaftsrechtlichen Haftungsrecht können die Kriterien der BJR auch für die Beurteilung von Abberufungsgründen fruchtbar gemacht werden. Denn – so die These – ein Stiftungsvorstand, dem in haftungsrechtlicher Sicht kein Vorwurf gemacht werden kann, weil er die Kriterien der BRJ eingehalten hat, verwirklicht regelmäßig auch keinen Abberufungsgrund wegen grober Pflichtverletzung. Dieser Schluss ist durchwegs überzeugend und wurde in dieser Deutlichkeit – soweit ersichtlich – im Zusammenhang mit dem Anwendungsbereich der BJR noch nicht gezogen.

5. Anschließend geht der OGH auf die jüngste Novelle im Gesellschaftsrecht ein: die Einführung der Business Judgment Rule in das GmbH- und Aktienrecht

1 GesRZ 2012, 270 (Arnold).

2 Vgl ausführlich N. Arnold, Abberufung von Vorstandsmitgliedern aus wichtigem Grund, GesRZ 2012, 270 (274).



mit dem Strafrechtsänderungsgesetz 2015.³ Aus der Kodifizierung nur für das Kapitalgesellschaftsrecht lasse sich nicht e contrario ableiten, dass eine Anwendung des Prinzips auf andere Gesellschaftsformen unzulässig sei. Vielmehr handle es sich um einen rechtsformübergreifenden Rechtsgrundsatz, der auch im Stiftungsrecht Anwendung finden müsse.⁴ Die Überlegungen des OGH sind fundiert und auch aus rechtsvergleichender Sicht mit Blick auf die deutsche⁵ und liechtensteinische⁶ Regelung überzeugend. Denn auch der Stiftungsvorstand trifft unternehmerische Entscheidungen, wenngleich diese sich – anders als die eines operativ tätigen Geschäftsleiters einer GmbH oder AG – typischer Weise auf vermögensverwaltende Tätigkeiten konzentrieren.

Aufgrund der beträchtlichen Anzahl von Unternehmersträger-Stiftungen in Österreich ist das aber keineswegs immer der Fall. Man denke zB an die Erteilung oder Verweigerung der Zustimmung des den Alleingesellschafter einer GmbH repräsentierenden Stiftungsvorstands zu einem genehmigungspflichtigen Geschäft.

Abgrenzung der unternehmerischen Entscheidung

6. Der OGH steckt sodann mit einigen Beispielen die Grenzen der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit eines Stiftungsvorstands ab: Kompetenzüberschreitungen oder Inschlaggeschäfte sind ebenso wenig unternehmerische Entscheidungen wie die Missachtung zwingender rechtlicher Vorgaben, wie etwa der Ausschüttungssperre des § 17 Abs 2 Satz 2 PSG. Auch die Stiftungsdokumente bilden eine Grenze, die der Stiftungsvorstand einzuhalten hat und die keinen Ermessensspielraum iSd BJR zulassen. Ausschüttungen entgegen dem Stiftungszweck oder Maßnahmen, die die in der Stiftungs(zusatz)urkunde aufgestellten Regeln über die Vermögensveranlagung missachten, sind klare Pflichtverletzungen. Der Stiftungsvorstand könne sich hier nicht auf die Business Judgment Rule, dh nicht darauf berufen, zum Wohl der Stiftung gehandelt zu haben.

6.1. Auch diesen Ausführungen ist grundsätzlich zuzustimmen, wenngleich die Regelungen in den Stiftungsdokumenten nicht immer so klar und eindeutig sein müssen, dass ein Ermessensspielraum des Stiftungsvorstands gänzlich ausgeschlossen ist. Denkbar sind jedenfalls auch Bestimmungen in den Stiftungsdokumenten, die dem Stiftungsvorstand in einer kon-

kreten Situation mehrere Handlungsalternativen und somit einen Ermessensspielraum iSd BJR offen lassen. Die Ausführungen des OGH sind daher uE nur für eindeutige Verstöße gegen klare Regelungen in der Stiftungsurkunde zutreffend.

6.2. Besonderes behandelt der OGH die Frage, ob Ausschüttungsentscheidungen, also zB über die Auswahl eines Ermessensbegünstigten oder die Höhe einer konkreten Ausschüttung, unternehmerische Entscheidungen sind. Nach der Würdigung mehrerer Lehrmeinungen schließt sich der OGH der Meinung Karollus an, der darin zwar eine Ermessensentscheidung, aber keine unternehmerische Entscheidung im eigentlichen Sinne sieht. Grund dafür sei, dass diesen Maßnahmen die für unternehmerische Entscheidungen typische Unvorhersehbarkeit des Ergebnisses, also das Risikopotential fehle. Dennoch – so der OGH – seien die Kriterien, die an die Entscheidungsfindung gestellt werden, mit jenen der Business Judgment Rule durchaus vergleichbar. Der Stiftungsvorstand habe die Entscheidungsgrundlagen aufzuarbeiten und auf Basis der relevanten Informationen anhand der in den Stiftungsdokumenten festgelegten Kriterien die beste Entscheidung zu treffen, die überdies nicht von sachfremden Interessen beeinflusst sein dürfte. Sofern Ausschüttungsentscheidungen gewissen Ermessensspielraum offen ließen, könne auch bei diesen Entscheidungen überprüft werden, ob aus ex ante Sicht der Stiftungsvorstand die Kriterien sorgfältig angewendet und sein Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt habe. Auch bei Ausschüttungsentscheidungen bestehe daher derselbe haftungsfreie Beurteilungsspielraum wie bei unternehmerischen Entscheidungen in Anwendung der Business Judgment Rule.

6.3. Dies ist unseres Erachtens richtig, wenngleich der OGH durchaus eine klarere Linie hätte vorgeben und Entscheidungen über die Auswahl von und Ausschüttungen an Begünstigte einfach als unternehmerische Entscheidungen hätte anerkennen können.⁷ Eine Unterscheidung zwischen „unternehmerischen Entscheidungen im eigentlichen Sinne“ und „Ermessensentscheidungen mit demselben haftungsfreien Beurteilungsspielraum“, wie sie Karollus und im Anschluss der OGH treffen, ist nicht sinnvoll. Der Begriff der unternehmerischen Entscheidung ist gesetzlich nicht determiniert und muss bei der Anwendung der BJR daher dem Charakter der jeweiligen juristischen

3 Vgl dazu ausführlich G. Schima, Reform des Untreuetatbestands und Business Judgment Rule im Aktien- und GmbH-Recht, GesRZ 2015, 286.

4 So bereits G. Schima, GesRZ 2015 286 (294).

5 Zum rechtsformübergreifenden Charakter der Regelung im dt Aktiengesetz vgl schon Lutter, Die Business Judgment Rule in Deutschland und Österreich, GesRZ 2007, 79 (87f).

6 Vgl nur die im Zuge der Reform des Stiftungsrechts vollzogene Kodifizierung der BJR in Art 182 Abs 2 liechtensteinisches

PGR, der jedoch für alle juristischen Personen gleichermaßen gilt.

7 So zB Gasser, Die Business Judgment Rule in Liechtenstein, PSR 2011/17, 61, der die Auswahl von Begünstigten als „ureigene“ unternehmerische Entscheidung des Stiftungsvorstands bezeichnet; G. Schima, Governance-Fragen bei der österreichischen und liechtensteinischen Privatstiftung, in Schurr (Hrsg), Zivil- und gesellschaftsrechtliche Fragen zur Führung und Abwicklung von Stiftungen (2015) 81 (90).

Person angepasst werden.⁸ Unseres Erachtens sind Ausschüttungsentscheidungen des Stiftungsvorstands daher unternehmerische Entscheidungen, auf die die Business Judgment Rule anzuwenden ist – vorausgesetzt die Stiftungsdokumente lassen dem Stiftungsvorstand überhaupt einen Entscheidungsspielraum. Sind hingegen die Begünstigten namentlich genannt und die Ausschüttungen genau (gar betraglich oder anhand einer Berechnungsformel) determiniert, liegt schon mangels Ermessensspielraums keine unternehmerische Entscheidung vor.⁹ Dass unternehmerisches Ermessen nicht bloß bei „klassischen Geschäftsentscheidungen“ Platz greift, wurde in anderem Zusammenhang schon dargelegt.¹⁰ Selbst (sonder-)gesetzlich determinierte Entscheidungen können einen gewissen, wenn auch im Vergleich zu typischen Risikoentscheidungen engeren, Ermessensspielraum aufweisen. Auch eine auf den ersten Blick eindeutig formulierte generell abstrakte Norm wirft bei der Anwendung auf einen konkreten Lebenssachverhalt bisweilen Auslegungsfragen auf. Überall dort, wo es mehrere vertretbare Rechtsansichten gibt, ist die Entscheidung, welcher Ansicht man folgt, eine (gebundene) Ermessensentscheidung. Hier die Anwendung der Kriterien der Business Judgment Rule auszuschließen wäre nicht gerechtfertigt. Dasselbe gilt uE für die in den Stiftungsdokumenten mehr oder weniger determinierten Entscheidungen über die Auswahl von oder Ausschüttung an Begünstigte.

7. Der OGH wiederholt in seiner Entscheidung die vier Kriterien der Business Judgment Rule: (i) der Geschäftsleiter darf sich nicht von sachfremden Interessen leiten lassen; (ii) die Entscheidung muss auf Grundlage angemessener Informationen getroffen werden; (iii) sie muss ex ante offenkundig dem Wohl der juristischen Person dienen und (iv) der Geschäftsleiter muss vernünftigerweise annehmen dürfen, zum Wohle der juristischen Person zu handeln, also gutgläubig sein. Wenn ein Stiftungsvorstand die Voraussetzungen der Business Judgment Rule kumulativ erfüllt, befindet er sich – so der OGH ausdrücklich – in einem „safe harbour“ und handelt jedenfalls nicht rechtswidrig.

Anwendung der BJR im Einzelfall

8. Im Anschluss unterzieht der OGH die von den Antragstellern geltend gemachten Abberufungsgründe einer Überprüfung im Lichte der aufgezeigten Kriterien der Business Judgment Rule und kommt zu dem Ergebnis, dass keiner der Gründe für eine Abberufung

ausreicht, weil der Vorstand das ihm offen stehende Ermessen stets sorgfältig ausgeübt hat.

8.1. Zwei der geltend gemachten Abberufungsgründe, nämlich der Vorwurf, Gewinne in den Beteiligungsgesellschaften zu thesaurieren, statt sie an die Privatstiftung auszuschütten oder die angeblich unzulässige Veräußerung einer Liegenschaft durch die Privatstiftung, lassen sich mit den Kriterien der Business Judgment Rule überzeugend entkräften. Sie sollen hier nicht weiter erörtert werden.

8.2. Zwei weitere Abberufungsgründe außerhalb des Anwendungsbereichs der Business Judgment Rule (den Vorwurf der Verletzung des Auskunfts- und Einsichtsrechts der Begünstigten gem § 30 PSG und den Vorwurf des Versuchs, die Stiftungserklärung abzuändern) verwirft der OGH mit dem Argument, dass eine schuldhaft Pflichtenverletzung nicht zu erkennen sei, weil der Vorstand auf Basis umfassender rechtlicher Stellungnahmen von externen Beratern und von sachlichen Argumenten geleitet gehandelt habe.

8.3. Allein betreffend den ersten Abberufungsgrund, den Vorwurf der Verknüpfung einer Ausschüttung an die Begünstigten mit dem Verbleib der Vorstandsmitglieder im Stiftungsvorstand, ist der OGH den in der Entscheidung aufgestellten Grundsätzen uE nicht ganz treu geblieben. Die Anwendung der BJR scheint bei diesem konkreten Abberufungsgrund aus zwei Gründen nicht sachgerecht.

Trotz des zuvor geschilderten Bekenntnisses, Ausschüttungsentscheidungen grundsätzlich als nach den Kriterien der BJR überprüfbar Ermessensentscheidungen anzusehen, zieht der OGH an dieser Stelle eine zweite Argumentation heran, die im Ergebnis jedoch nicht überzeugt. Ausschüttungen an Begünstigte seien nur möglich, wenn Gewinne aus den von der Stiftung gehaltenen Unternehmen an die Stiftung ausgeschüttet würden. Ob eine Gewinnausschüttung im Interesse der Stiftung liege, deren Zweck primär die Erhaltung dieser Unternehmen ist, sei eine unternehmerische Entscheidung. Die Ausschüttung der einmal entnommenen Gewinne an die Begünstigten sei daher untrennbar mit dieser unternehmerischen Entscheidung verbunden bzw. deren Folge und daher ebenso nach den Kriterien der BJR zu prüfen, selbst wenn man die Ansicht vertrete, dass Ausschüttungsentscheidungen per se keine unternehmerischen Entscheidungen seien. Unseres Erachtens hat der OGH diese – nicht ganz überzeugende – Hilfsbegründung hier deswegen herangezogen, weil die Stiftungsurkunde bei der Ausschüttung in Wirklichkeit keinen Er-

8 Vgl G. Schima in Schurr, Zivil- und gesellschaftsrechtliche Fragen zur Führung und Abwicklung von Stiftungen 81 (90).

9 G. Schima in Schurr, Zivil- und gesellschaftsrechtliche Fragen zur Führung und Abwicklung von Stiftungen 81 (90).

10 G. Schima, Business Judgment Rule und Beweislastverteilung bei der Vorstandshaftung nach US-, deutschem und österreichischem Recht, in Baudenbacher/Kokott/Spitler (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrecht (2010) 369 (395f).



messensspielraum offen ließ. Dies lässt zumindest der in Absatz 8.1. der Entscheidung zitierte Text vermuten, der vorgibt, dass „allfällige Erträge aus diesen Unternehmen beziehungsweise aus der gestifteten Liegenschaft den tieferstehend angeführten Begünstigten im dort bezeichneten Verhältnis zukommen soll[en]“.

Ohne den Sachverhalt genauer zu kennen, interpretieren wir diese Formulierung so, dass zwar die Beantwortung der Frage, ob die Gesellschaften Gewinne ausschütten, im unternehmerischen Ermessen des Stiftungsvorstands liegt, aber sobald dies der Fall ist, der Stiftungsvorstand diese als Ausschüttungen an bestimmt bezeichnete Begünstigte und nach einem vorgegebenen Schlüssel weiterzuleiten hat. Diese Argumentation ergibt sich auch aus den zu Beginn der Entscheidung wiedergegebenen, von den Antragstellern geltend gemachten Abberufungsgründen. Denn als erster Abberufungsgrund wurde nicht etwa die gänzliche Thesaurierung von Gewinnen in den Gesellschaften herangezogen,¹¹ sondern die Bedingung der Auszahlung von offenbar bereits an die Stiftung ausgeschütteten Erträgen mit dem Verbleib des Stiftungsvorstands im Amt. Wenn das tatsächlich der Fall war, was anhand des nur verkürzt wiedergegebenen Inhalt der Stiftungsurkunden leider nicht beurteilt werden kann, ist die Anwendung der Business Judgment Rule bei der Beurteilung dieses Abberufungsgrundes uE fehl am Platz. Nicht weil Ausschüttungsentscheidungen grundsätzlich keine unternehmerischen Entscheidungen wären sondern weil im konkreten Fall der Stiftungsvorstand nach den Regeln der Stiftungsurkunden kein Ermessen hatte.

8.4. Abgesehen vom Fehler einer unternehmerischen Entscheidung ist uE noch ein weiteres Kriterium der Business Judgment Rule hier zweifelhaft. Der OGH konstatiert selbst, dass die Verknüpfung der Ausschüttung an die Begünstigten an den Verbleib der Vorstandsmitglieder im Amt wegen der vom Vorstand dabei womöglich verfolgten Eigeninteressen problematisch ist. Ein persönliches und somit sachfremdes Interesse der Vorstandsmitglieder ist im vorliegenden Fall uE kaum „weg zu argumentieren“. Somit ist aber eine der Voraussetzungen der BJR – „disinterested judgment“ – nicht erfüllt. Dies hätte der OGH zur Vermeidung von Zweifeln und Ungenauigkeiten bei der Auslegung der einzelnen Kriterien der BJR deutlicher

ausdrücken können. Denn: Bloß weil die BJR auf ein Verhalten des Stiftungsvorstands mangels Erfüllung der Voraussetzungen nicht anwendbar ist, bedeutet dies nicht, dass damit zwangsweise eine grobe Pflichtverletzung iSd § 27 PSG verwirklicht ist.

Auch der OGH sieht das so und wiegt die Eigeninteressen des Vorstands mit den sachlichen Interessen der Stiftung am Verbleib der Vorstandsmitglieder im Amt ab. Die generelle Beilegung der diversen anhängigen Rechtsstreitigkeiten mit den Begünstigten, die wie erwähnt bereits mehrfach die Abberufung der Vorstandsmitglieder zu erwirken versucht haben, sei jedenfalls auch im Interesse der Privatstiftung. Die Vorstandsmitglieder hätten bei der Verknüpfung außerdem auf Vorschlag eines unabhängigen Experten gehandelt.

Ob das Erreichen von „Frieden“ in der Privatstiftung betreffend die Vorstandsabberufung und die Auslegung der Stiftungserklärung tatsächlich per se ein ausreichendes Interesse der Privatstiftung begründet, ist indes fraglich. Denkbar ist, dass der Stiftungsvorstand durch die intensive Befassung mit Gerichtsverfahren seinen Leitungsaufgaben nicht mehr ordentlich nachkommen kann, oder dass die laufenden Streitigkeiten die Privatstiftung finanziell belasten. Zumindest was die Rechtsvertretungskosten der Vorstandsmitglieder im vorliegenden Abberufungsverfahren betrifft sollten diese ja von den Vorstandsmitgliedern selbst getragen werden. Gutachterliche Stellungnahmen hingegen, die der Vorstand im Interesse der Stiftung in Auftrag geben „muss“, um die dauernde Kritik der Begünstigten an der Ausschüttungs- und Vermögensverwaltungspolitik oder allenfalls wiederholte Versuche der gerichtlichen Durchsetzung von Ansprüchen der Begünstigten gegen die Stiftung abzuwehren, verursachen der Privatstiftung nicht unerhebliche Kosten. Ein „Settlement“ mit den Begünstigten, das solche Kosten vermeidet, liegt im Interesse der Privatstiftung. Auf diese Detailfragen ist der OGH leider nicht eingegangen.

Im Ergebnis ist dem OGH bei der Beurteilung im konkreten Fall wohl zuzustimmen, dass eine Verknüpfung der Ausschüttung an den Verbleib der Vorstandsmitglieder im Amt keine grobe Pflichtverletzung bedeutet. Für diese Beurteilung hätte man aber unseres Erachtens nicht – dogmatisch unscharf – die Kriterien der Business Judgment Rule heranziehen müssen.

11 Dies ist in der Tat eine unternehmerische Entscheidung und wäre im konkreten Fall wohl nur dann gerechtfertigt, wenn die Thesaurierung der ganzen Gewinne aus bestimmten betriebswirtschaftlichen Gründen (zB bevorstehende große Investitionen) notwendig wäre. Angesichts der beiden Stiftungszwecke (Erhalt des Stiftungsvermögens = Unternehmensbeteiligungen, Versorgung der Begünstigten) wäre es unseres Erachtens nicht ohne weiteres zulässig, wenn der Stiftungsvorstand in einem oder mehreren Jahren sämtliche Gewinne thesauriert und keine Ausschüttungen vornimmt. Dies würde eine Überschreitung des Ermessensspielraums bedeuten. Es mag zutreffen, dass der Zweck

„Erhalt des Stiftungsvermögens“ im konkreten Fall dem Versorgungszweck vorgeht, doch ohne wirtschaftlich nachvollziehbaren Grund darf der Stiftungsvorstand einen der Stiftungszwecke nicht gänzlich unbeachtet lassen. Abzuwägen sind einerseits das Wohl der Unternehmen, die zu erhalten sind, und andererseits das Versorgungsinteresse der Begünstigten. Den wenigen Sachverhaltshinweisen in der E ist zu entnehmen, dass der Stiftungsvorstand ohnehin nicht sämtliche Gewinne in den gehaltenen Gesellschaften thesaurierte, sondern basierend auf einem Sachverständigenutachten teilweise Ausschüttungen in die Stiftung vornahm.