

## Dokumentinformation

# Business Judgment Rule und Verankerung im österreichischen Recht

Typ	Zeitschrift
Datum/Gültigkeitszeitraum	01.03.2007
Publiziert von	Linde
Autor	<b>Georg SCHIMA *)</b>
Fundstelle	<b>GesRZ 2007, 93</b>
Heft	<b>2 / 2007</b>
Seite	<b>93</b>

## Abstract

Der Verfasser wurde gebeten, zum - in [GesRZ 2007, 79](#) abgedruckten - Beitrag Lutters einen Kommentar aus der Sicht des österreichischen - wissenschaftlich interessierten - Praktikers abzugeben. Der Beitrag Lutters liefert hochinteressante Einblicke in ein vom deutschen Gesetzgeber vor kurzem verwirklichtes "Gesetzgebungsprojekt": die Implementierung der Business Judgment Rule (oder dessen, was der deutsche Gesetzgeber als deren von ihm wahrgenommenen Inhalt rezipiert hat) in § [93](#) Abs 1 dAktG. (FN <sup>1</sup>)

Lutter wirbt gleichsam für das deutsche Projekt und versucht, es auch den österreichischen Juristen und Rechtsanwendern - und damit letztlich dem österreichischen Gesetzgeber - als sinnvolle Klarstellung (so verstehe ich den Autor) der schadenersatzrechtlichen Verantwortlichkeit von Organmitgliedern von Körperschaften schmackhaft zu machen.

Obwohl ich die von Lutter geäußerten Meinungen über weite Strecken teile und obwohl ich fast alle von ihm - aus der Sicht des Praktikers sehr dankenswerterweise - präsentierten Fälle zumindest im Ergebnis gleich lösen würde, hat mich Lutters Beitrag von der Notwendigkeit oder Sinnhaftigkeit einer positiv-rechtlichen Verankerung der Business Judgment Rule im österreichischen Recht nicht überzeugt.

## Text

I. Business Judgment Rule als Beweislastregel

Der - etwas verkürzt zusammengefassten - Sichtweise Lutters, dass die gesetzliche Positivierung der Business Judgment Rule in § 84 AktG (bzw § 25 GmbHG) keine revolutionäre Änderung der lex lata bedeuten würde, kann ich mich im Grundsatz voll anschließen. Dass es bei der Planung und Durchführung von unternehmensleitenden Entscheidungen des Vorstands einen erheblichen Ermessensspielraum gibt und eine Entscheidung auch ganz katastrophale Folgen haben kann, ohne deshalb automatisch pflichtwidrig zu sein, ist auch in Österreich klar anerkannt. (FN <sup>2</sup>)

Die besondere Problematik besteht aber darin, dass die Business Judgment Rule ja im Grunde eine Beweislastregel ist (FN <sup>3</sup>) und gerade in puncto Beweislastverteilung bei der Haftung von Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern in Österreich nach wie vor ein - sowohl die Lehre als auch die Judikatur erfassender - Streit um ganz Grundsätzliches besteht. Ich selbst habe mich vor mehr als 15 Jahren recht eingehend mit der Beweislastverteilung bei der Vorstands- und Geschäftsführerhaftung befasst (FN <sup>4</sup>) und dabei konstatiert, dass die vom OGH (FN <sup>5</sup>) damals rezipierte Anwendung der so genannten Mertens'schen Formel (FN <sup>6</sup>) entgegen den Bekundungen der Judikatur keine Beweislastumkehr in puncto Rechtswidrigkeit bedeute, sondern in Wahrheit eine Erleichterung des Kausalitätsnachweises. Der OGH ist 1998 (FN <sup>7</sup>) mehr in diese Richtung geschwenkt und hat der Gesellschaft die Verantwortung für die Darlegung der Pflichtwidrigkeit auferlegt, daran aber vier Jahre später wieder gewisse Zweifel geäußert, (FN <sup>8</sup>) wie Lutter ganz zutreffend schreibt. Bei der Beweislastverteilung besteht daher im österreichischen Recht durchaus Klarstellungsbedarf, doch ob sich dieser durch eine Regelung nach dem Vorbild von § 93 Abs 1 dAktG decken lässt, bezweifle ich.

Auf das Beweislastthema ist noch zurückzukommen.

## II. Die Entlastungskriterien nach § 93 Abs 1 dAktG und die Pflichtwidrigkeit

Damit ein Vorstandsmitglied oder Geschäftsführer zur Haftung herangezogen werden kann, muss es/er rechts-

Ende Seite 93

---

Anfang Seite 94

widrig handeln. Es ist in Österreich - und dies gilt für das Zivilrecht im wesentlichen gleichermaßen wie für das Strafrecht - anerkannt, dass rechtswidriges Verhalten (Tun oder Unterlassen) nicht nur im Verstoß gegen eine gesetzliche (im materiellen Sinn) oder vertragliche Norm, sondern auch in einem Abweichen vom Verhalten der "differenzierten Maßfigur", also von jenem Standard bestehen kann, der bei der betroffenen Person (also zB Vorstandsmitglied eines Bankunternehmens) vorauszusetzen ist. (FN <sup>9</sup>) Der Sorgfaltsmaßstab des § 84 AktG bzw § 25 GmbHG ist dabei ein objektiver; auf subjektive Fähigkeiten kommt es nicht an, wohl aber natürlich auf die Art und Größe des Unternehmens, das der Betroffene zu leiten hat. (FN <sup>10</sup>)

Hat man dies vor Augen, so zeigt sich meines Erachtens, dass schon das erste von Lutter angeführte Kriterium für die Freistellung vom Vorwurf der Pflichtwidrigkeit nach § 93 Abs 1 dAktG, nämlich das Vorliegen einer unternehmerischen Entscheidung, große Abgrenzungsschwierigkeiten bereitet und rechtsdogmatische Verwirrung zu stiften geeignet ist. Gemeint ist - wenn ich Lutter richtig verstehe -, dass es sich um eine Entscheidung handeln muss, die nicht durch Normen im weiteren Sinne, dh durch positivierte Verhaltensgebote oder -verbote, gebunden ist. An die etwas eigenartige Begriffsbildung mag man sich gewöhnen (auch der Erwerb eines Unternehmens entgegen einem klaren Aufsichtsrats-Zustimmungsvorbehalt ist ja nach landläufigem Verständnis zweifellos eine unternehmerische Entscheidung, nur eben eine verbotene); die von Lutter gewählten Beispiele zeigen aber gut die sehr beschränkte Tauglichkeit des Tatbestandsmerkmals.

Denn der Vorstand/die Geschäftsführung ist ja nicht nur dann nicht frei, so oder auch anders zu handeln, wenn gesetzliche oder sonstige Normen ein bestimmtes Verhalten gebieten oder verbieten, sondern die objektive Sorgfaltswidrigkeit - und damit Rechtswidrigkeit - eines Verhaltens kann sich eben auch - wie gesagt - in einer (deutlichen) Abweichung von jener Sorgfalt ergeben, die von einem verantwortlichen Geschäftsleiter eines Unternehmens der betroffenen Art und Größe objektiv zu verlangen ist. Die Kreditgewährung ohne adäquate (also vor allem den - rechtlich überwiegend nicht positivierten - Usancen des Bankgeschäftes entsprechende) Sicherheitsleistung ist zwar nach Lutter eine unternehmerische (weil nicht durch Normen gebundene) Entscheidung; sie ist aber rechtswidrig, weil objektiv sorgfaltswidrig, (FN <sup>11</sup>) und sie bleibt es selbstverständlich auch, wenn der Kredit sich glücklicherweise trotzdem als einbringlich erweist.

Entscheidet sich ein Vorstandsmitglied für die Einstellung des Mitarbeiters A statt des Mitarbeiters B, so wird zunächst niemand daran denken, dass ein solches Verhalten objektiv sorgfaltswidrig (rechtswidrig) sein könnte (vgl auch Lutters ähnliches Beispiel). Eine verfehlte Personaleinstellung kann aber sehr wohl objektiv sorgfaltswidrig sein, wenn zB der Vorstand einen Mitarbeiter für ein ganz bestimmtes, schwieriges Projekt einstellt, der keinerlei dafür einschlägige Berufsausbildung oder praktische Erfahrung hat. (FN <sup>12</sup>)

Daher stellt sich die Frage, wie Verhaltensweisen des Vorstands/der Geschäftsführung in den Kriterienkatalog des § 93 Abs 1 dAktG (FN <sup>13</sup>) einzuordnen sind, bei denen zwar keine Bindung durch Normen gegeben ist (sich daher auch das von Lutter angesprochene Problem der "nützlichen Gesetzesverletzung" nicht stellt), die aber (deutlich) vom objektiven Sorgfaltsstandard eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (vom Verhalten der "differenzierten Maßfigur") abweichen. Hier erweist sich das Merkmal des "ausschließlichen Handelns zum Wohle der Gesellschaft" als "Auffangtatbestand", mit dessen Hilfe letztlich jede objektiv sorgfaltswidrige (aber nicht mit Normen kollidierende) Geschäftsführungsmaßnahme erfasst und als rechtswidrig eingestuft werden kann. Nur ist der damit verbundene praktische Erkenntniswert sehr gering, zumal die Verpflichtung zur primären Orientierung am Unternehmenswohl auch im österreichischen Aktienrecht (§ 70 Abs 1 AktG) seit langem felsenfest verankert ist.

Ich vermag nicht den praktischen Vorteil einer "fünfteiligen Business Judgment Rule" gegenüber dem oben beschriebenen, mE in Österreich anerkannten Konzept der objektiven Sorgfaltswidrigkeit und des § 84 AktG und § 25 GmbHG prägenden objektiven Sorgfaltsmaßstabes zu erkennen. Gewiss ist das Eingehen existenzbedrohender Risiken (in aller Regel - eine Ausnahme kann uU der in einem sehr riskanten Geschäft bestehende Versuch einer Befreiung aus einer bereits existenzbedrohenden Krise bilden) objektiv sorgfaltswidrig, aber es gibt so viele ungeschriebene und für Geschäftsleiter relevante Sorgfaltsgebote (zB das Gebot, wichtige Geschäftsfälle schriftlich zu dokumentieren, ein EDV-unterstütztes Mahnwesen einzurichten (FN <sup>14</sup>) etc), dass eine gesetzliche Positivierung bestimmter Gebote immer den Charakter einer gewissen Beliebigkeit, ja Willkür haben muss.

Ende Seite 94

---

Anfang Seite 95

### III. Zum Interessenkonflikt im Besonderen

Als in der Tat vor allem in Österreich sehr wenig beachtetes Thema kann die Behandlung von Interessenkonflikten gerade bei Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern gelten. (FN <sup>15</sup>) Noch etwas mehr an Material findet man in puncto Interessenkonflikte im Aufsichtsrat. (FN <sup>16</sup>)

Als jemand, der sich mit dem Thema in jüngerer Zeit sowohl literarisch als auch als Mitglied des Arbeitskreises Corporate Governance näher befasst hat, (FN <sup>17</sup>) finde ich die Aussage Lutters erstaunlich, (FN <sup>18</sup>) das Handeln im Interessenkonflikt sei nicht per se pflichtwidrig, denn es gäbe ja "kein Verbot von Verträgen mit nahen Angehörigen".

Das kann und sollte man anders sehen.

Vor allem darf die Beurteilung der Pflichtwidrigkeit (Rechtswidrigkeit) des Verhaltens nicht dadurch beeinflusst werden, ob ein bzw dass kein Schaden eingetreten ist. Es gibt auch kein explizites Verbot der Kreditgewährung ohne Sicherheiten, und dennoch ist ein derartiges Verhalten auch dann grundsätzlich rechtswidrig, wenn der Kredit sich - glücklicherweise - als einbringlich erweist.

Nicht von ungefähr haben die Verfasser des österreichischen Corporate-Governance-Kodex die Verpflichtung des Vorstands zum Handeln "frei von Eigeninteressen und von Interessen bestimmender Aktionäre" als L-Regel gefasst, obwohl das österreichische AktG das nicht so deutlich sagt. (FN <sup>19</sup>)

Wer würde bezweifeln, dass zB ein Vorstandsmitglied, das einem privaten Geschäftspartner Geld schuldet und diese Schuld dadurch abträgt, dass es seinen Gläubiger mit der von ihm geleiteten Gesellschaft "ins Geschäft bringt", auch dann grob pflichtwidrig/objektiv-sorgfaltswidrig, das heißt rechtswidrig, handelt, wenn die vom Gläubiger des Vorstandsmitglieds gebotenen Konditionen einem Fremdvergleich standhalten, also der Gesellschaft

kein Schaden entstanden ist? (FN <sup>20</sup>)

Auch die Regel 23 ist eine L-Regel, wonach Vorstandsmitglieder unter anderem "wesentliche persönliche Interessen an Transaktionen der Gesellschaft und von Konzernunternehmen sowie sonstige Interessenkonflikte dem Aufsichtsrat gegenüber offen legen" müssen. (FN <sup>21</sup>) Interessen enger Familienmitglieder sind zweifellos "persönliche Interessen".

Mit der Verpflichtung zur bloßen - wenn auch im vorhinein erfolgenden - Information an den Aufsichtsrat sollte es indes nicht getan sein. Denn schon die Entscheidung des Vorstandsmitglieds - Geschäftsführers für ein Geschäft, an dem es/er selbst oder ein naher Angehöriger ein wesentliches wirtschaftliches Interesse hat, sollte mE - ohne Zustimmung des Aufsichtsrats (die dieser sehr sorgfältig zu überlegen haben wird) - per se als pflichtwidrig (= rechtswidrig) eingestuft werden. Vor allem in börsennotierten Gesellschaften ist ein solches Verhalten nicht tragbar. (FN <sup>22</sup>)

Da hier aber gewiss eine rechtliche Grauzone angesprochen ist, empfiehlt es sich aus der Sicht der Gesellschaft, eine detaillierte Interessenkonflikt-Klausel mit einem schlichten Verbot solcher Geschäfte im Anstellungsvertrag zu verankern. (FN <sup>23</sup>)

Bei einem Verstoß dagegen kann an der Rechtswidrigkeit des Verhaltens kein Zweifel bestehen, denn, wie Lutter treffend schreibt, seinen Anstellungsvertrag muss das Vorstandsmitglied natürlich einhalten und hat diesbezüglich kein unternehmerisches Ermessen.

#### IV. Rechtswidrigkeit und Schadenseintritt; "nützliche Gesetzesverletzung"

Bei jener Art von Pflichten, wie sie Geschäftsleiter treffen, fällt die scharfe Abgrenzung von Schadenseintritt, objektiver Sorgfaltswidrigkeit (Rechtswidrigkeit) und Einhaltung der subjektiv gebotenen Sorgfalt (Verschulden) nicht immer leicht. (FN <sup>24</sup>)

Diese Abgrenzung ist aber wichtig und auch praktisch schon deshalb höchst bedeutsam, weil die Abberufung eines Vorstandsmitglieds einer AG wegen grober Pflichtverletzung (§ 75 Abs 4 erster Fall AktG; entspricht § 84 Abs 3 dAktG) nach gesicherter und richtiger Ansicht einen Schadenseintritt bei der Gesellschaft nicht voraussetzt. (FN <sup>25</sup>)

Ende Seite 95

---

Anfang Seite 96

Die Pflichtwidrigkeit (Rechtswidrigkeit) eines Verhaltens (Tuns oder Unterlassens) wird auch durch den Nichteintritt eines Schadens keineswegs beseitigt.

Wenn der Abschluss eines Geschäftes mit einem der Ehefrau des Vorstandsmitglieds gehörenden Unternehmen rechtswidrig ist (diese Frage ist - siehe oben - nicht ganz unumstritten), dann bleibt er

das auch, wenn sich herausstellt, dass der Preis einem Fremdvergleich standhält. (FN <sup>26</sup>)

Ebenso bleibt - um es noch einmal zu sagen - die Gewährung eines Kredits ohne adäquate Sicherheit pflichtwidrig, selbst wenn der Bankkunde seinen Rückzahlungspflichten stets nachkommt.

Und auch beim "ins Blaue hinein" und zB nur wegen der vom Vorstand im vergrößerten Unternehmensverbund erhofften Gehaltssteigerungen ohne ausreichende Informationen gekauften Unternehmen verhält es sich nicht anders. Der Aufsichtsrat könnte ein solches Verhalten ohne weiteres zum Anlass für eine Abberufung des Vorstands nehmen, (FN <sup>27</sup>) selbst wenn sich später herausstellt, dass die Unternehmensleitung der Zielgesellschaft jahrelang Aktiva krass unterbewertet hat, um sie vor "lästigen" Gesellschaftern zu verbergen, und der Unternehmenskauf sich dadurch als unverhofft gutes Geschäft erweist. Die diesbezüglich offenbar andere Sichtweise von Lutter vermag ich nicht zu teilen. Sie vermengt mE Rechtswidrigkeit und Schadenseintritt.

Was die von Lutter angesprochene "nützliche Gesetzesverletzung" anbelangt, so ist ebenfalls eine differenzierte Betrachtungsweise geboten.

Nicht gesprochen werden soll hier von jenen Fallkonstellationen, in denen ein Geschäftsleiter (oder auch ein Vorstandsmitglied) eine gesetzlich oder sonst normierte Vorschrift (bewusst) missachtet, um ein anderes, höherwertiges Rechtsgut zu schützen (Beispiel: das Unterlassen der Information von anderen Unternehmensorganen, in Ausnahmefällen gar von Behörden, um das Unternehmen vor dem aus einer konkret zu befürchtenden Indiskretion zu resultierenden, gravierenden oder gar existenzbedrohenden (Vermögens-)Schaden zu bewahren). (FN <sup>28</sup>)

In solchen Fällen kann die bei der Rechtswidrigkeitsprüfung anzustellende Güterabwägung (FN <sup>29</sup>) im Einzelfall ergeben, dass das Verhalten - obwohl sogar Gesetzesverletzung - gar nicht rechtswidrig ist.

Ebenfalls angeklammert bleiben soll die Problematik unklarer und zweifelhafter Gesetzeslage, in der der Vorstand/die Geschäftsführung uU versucht - meist mit Rückenstärkung von Beratern - die Gesetzesauslegung zugunsten der Gesellschaft maximal auszureizen. In einem solchen Fall wird der Vorstand, wenn sich später (in einem behördlichen Verfahren) die Unrichtigkeit seiner Position herausstellen sollte, insoweit entlastet, als er sich auf Sachverständigenrat verlassen durfte. (FN <sup>30</sup>)

Hier ist vielmehr die Rede vom (kalkulierten) Verstoß gegen (Gesetzes-)Normen in dem Bestreben, dem Unternehmen dadurch einen wirtschaftlichen Vorteil zu verschaffen. Dass dabei die Unternehmensleitung keinen Rechtfertigungsgrund in Anspruch nehmen kann und auch kein Platz für unternehmerisches Ermessen ist, versteht sich mit Lutter von selbst. (FN <sup>31</sup>) Das heißt aber noch nicht, dass das Verhalten des Vorstands/der Geschäftsführung auch schadenstiftend ist und ein konkreter Schadenersatzanspruch besteht.

Der Sache nach geht es vor allem darum, ob der Vorstand/die

Geschäftsführung sich im Schadenersatzprozess darauf berufen kann, dass die Gesetzesverletzung der Gesellschaft auch konkrete Vermögensvorteile gebracht hat.

Grundsätzlich muss eine solche "Kompensation" mE statthaft sein, weil die Schadensberechnung ja nach der Differenzmethode zu erfolgen hat (FN <sup>32</sup>) und es außerdem treuwidrig wäre, wenn die Gesellschaft den Vorstand auf Schadenersatz in Anspruch nähme, obwohl sie durch den Verstoß eigentlich bereichert ist. (FN <sup>33</sup>)

Deshalb müsste auch beim von Lutter zitierten US-amerikanischen "Parkverbots-Fall" gefragt werden, ob die Gesellschaft überhaupt insgesamt einen Schaden erlitten hat. Dass der geklagte Vorstand für die Existenz von

Ende Seite 96

---

Anfang Seite 97

durch die Parkverbotsmissachtung herbeigeführten Vermögensvorteilen (zB Vermeidung von sonst nicht vermeidbaren Pönalezahlungen) behauptungs- und beweispflichtig ist, bedarf indes keiner weiteren Erörterung. (FN <sup>34</sup>)

#### V. Business Judgment Rule und Beweislastverteilung

Damit gelangt man zur vor allem aus praktischer Sicht wesentlichsten Frage: Wie fügt sich die Business Judgment Rule nach dem Vorbild des § 93 Abs 1 dAktG in das in Österreich "geltende" (FN <sup>35</sup>) System der Beweislastverteilung ein?

Schon früher wurde in Österreich mE ganz zutreffend darauf hingewiesen, dass man zu einer - dem Gesetz fremden - Erfolgshaftung gelangte, wenn man der Gesellschaft bloß den Nachweis eines Schadens (im Sinne einer "zweckwidrigen Vermögensbeeinträchtigung") (FN <sup>36</sup>) - der zB auch in einem Verlust bestehen könnte - auferlegte, das Vorstandsmitglied/den Geschäftsführer (das/der keinen Erfolg schuldet, sondern angemessene Sorgfalt) dagegen die Einhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt beweisen ließe. (FN <sup>37</sup>)

Was der OGH 1986 in Übernahme der Mertens'schen Formel judizierte, (FN <sup>38</sup>) war dann auch - entgegen den Bekundungen des Höchstgerichts selbst - keineswegs eine (gar volle) Umkehrung der Beweislast auch betreffend die Rechtswidrigkeit, sondern vielmehr eine Erleichterung beim Kausalitätsnachweis. Denn die Gesellschaft musste danach ja nicht nur die "zweckwidrige Vermögensbeeinträchtigung" (= Schaden) behaupten und beweisen, sondern auch eine "Handlung oder Unterlassung des Geschäftsführers" sowie die "Möglichkeit eines Zurechnungszusammenhangs" zwischen dem Verhalten des Geschäftsführers und dem eingetretenen Schaden. (FN <sup>39</sup>)

In einer E aus dem Jahr 1998 (FN <sup>40</sup>) anerkannte der OGH dann auch ausdrücklich, dass die Gesellschaft im Prozess auch "Tatsachen vortragen" (gemeint kann nur sein: und beweisen!) müsse, aus denen ein "Schluss auf die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens" des Geschäftsführers gezogen werden könne.

Interessanterweise war auf einmal nicht mehr die Rede von der Erleichterung beim Kausalitätsnachweis - wie dies der E aus 1986 entsprach -, sondern vom "Nachweis der Kausalität". (FN <sup>41</sup>)

Wie sollte sich nun die Business Judgment Rule in einer dem Konzept des § 93 Abs 1 dAktG entsprechenden Form sinnvoll in das oben skizzierte - freilich im einzelnen umstrittene - System der Beweislastverteilung bei der Geschäftsleiterhaftung einfügen? Lutter meint, das Vorstandsmitglied müsse die fünf Voraussetzungen für das Eingreifen der Business Judgment Rule behaupten und auch beweisen, um vom Vorwurf der Pflichtwidrigkeit freigestellt zu sein.

Man fragt sich dann freilich, welchen Nachweis eigentlich die Gesellschaft zu führen hat. Soll diese gar nur den Eintritt eines Schadens beweisen müssen? Das geht - wie schon erläutert - indes nicht an, weil ohne Bezugnahme auf ein (solche Schäden zumindest typischerweise herbeiführendes!) (FN <sup>42</sup>) objektiv sorgfaltswidriges Verhalten (Tun oder Unterlassen) die Haftung zur Erfolgshaftung gewandelt und die Geschäftsleitung - konsequent zu Ende gedacht - daher einfach für den Eintritt eines Verlusts (sei es aus einem einzelnen Geschäft, sei es im Jahresabschluss) verantwortlich gemacht würde.

Wie soll auch das Vorstandsmitglied nachweisen, dass es "zum Wohl des Unternehmens" gehandelt hat, und wie soll es nachweisen, dass bei Planung und Durchführung der Entscheidung kein Interessenkonflikt bestand? Man stelle sich eine komplexe Großinvestition vor, bei der das Vorstandsmitglied den Nachweis zu führen hätte, dass bei keinem der vielleicht Dutzenden oder gar Hunderten Liefer- und Sublieferverträge irgendwo das Vorstandsmitglied selbst oder ein naher Angehöriger unmittelbar oder mittelbar profitierte? (FN <sup>43</sup>) Richtig ist vielmehr, dass die Gesellschaft das Vorliegen eines Interessenkonflikts und generell die Existenz eines objektiv sorgfaltswidrigen Tuns oder Unterlassens zu beweisen hat.

Gewiss ist es noch vergleichsweise einfach nachzuweisen, dass der Vorstand bei der Entscheidung kein den Unternehmensbestand gefährdendes Risiko eingegangen ist, und die spätere Darlegung der bei einer Akquisition oder größeren Investition vorliegenden Informationsgrundlagen ist, zumindest in der Theorie, grundsätzlich möglich. (FN <sup>44</sup>)

Ende Seite 97

---

Anfang Seite 98

Lutter deutet aber selbst ganz zutreffend auf das sich in diesem Zusammenhang in der Praxis stellende Problem hin: Der überwältigende Großteil der Schadenersatzprozesse gegen Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer wird nach dem (oft erzwungenen) Ausscheiden des Geschäftsleiters geführt.

In dieser Situation verfügt der Betreffende - ob mit oder ohne anstellungsvertragliche "Unterlagenrückgabeklausel" - kaum je über den Zugang zu den relevanten Informationen, der nötig ist, konkrete

und uU komplexe Vorwürfe zu entkräften.

Deshalb tragen auch alle Stellungnahmen in Lehre und Judikatur, die die (angebliche) Beweislastumkehr zulasten des Geschäftsleiters mit dessen "Nähe zum Beweis" begründen, (FN <sup>45</sup>) den Charakter einer nicht unbeträchtlichen Praxisfremdheit.

Dem Vorstandsmitglied - Geschäftsführer ist aus diesem Grund unbedingt die Verankerung einer anstellungsvertraglichen "Einsichtnahme Klausel" zu empfehlen, (FN <sup>46</sup>) und es sprechen mE gute Gründe dafür, einer Gesellschaft, die gegen einen ehemaligen Geschäftsleiter Schadenersatzansprüche geltend macht, ihm aber ohne triftiges Geheimhaltungsinteresse den Zugang zu möglicherweise entlastenden Informationen verwehrt, die Berufung auf jedwede - wie immer beschaffene - Beweiserleichterung des AktG oder GmbHG zu versagen. (FN <sup>47</sup>)

Nach dem Gesagten glaube ich, dass die (gesetzliche) Verankerung einer Business Judgment Rule in dem von Lutter vorgetragenen und verstandenen Sinn eine klare Verschlechterung der Beweislastsituation von Geschäftsleitern gegenüber dem bedeuten würde, was mE zumindest den Kernkonsens der hM in Österreich ausmacht (oder wenigstens dem entspricht, was richtigerweise zu gelten hat), und dass die Business Judgment Rule damit gerade ihrer gedachten Funktion, unternehmerisches Ermessen des Vorstands/der Geschäftsführung besser zu schützen bzw (gesetzlich) abzusichern, nicht gerecht würde.

Insofern gilt daher hier der berühmte Satz von Montesquieu: "Wenn es nicht nötig ist, ein Gesetz zu machen, dann ist es nötig, kein Gesetz zu machen."

## Fußnote(n)

- \*) Dr. Georg Schima ist Rechtsanwalt in Wien.
- 1) Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts, BGBl I 2005, 2802 ("UMAG").
- 2) Schlosser, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, 45 ff; Strasser in Jabornegg - Strasser, AktG, 4. Auflage, § 70 Rz 1 sowie §§ 77 - 84 Rz 95 ff; Nowotny in Doralt - Nowotny - Kalss, AktG, § 84 Rz 4 ff; U. Torggler, Business Judgment Rule und unternehmerische Ermessensentscheidungen, ZfRV 2002, 133 ff; OGH 24. 6. 1998, 3 Ob 34/97i, ARD 5017/30/99 = ecolex 1998, 774.
- 3) Vgl die Ausführungen bei U. Torggler, Business Judgment Rule und unternehmerische Ermessensentscheidungen, ZfRV 2002, 133 ff, 136, zugleich als eine Besprechung von Grass, Business Judgment Rule (1998) Schweizer Schriften zum Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd 186; Hammerl, Business Judgment Rule vs Duty of Care - Zur Entwicklung der Organverantwortung im amerikanischen Recht, GesRZ 1990, 77 ff (82) mwN.
- 4) Vgl Runggaldier - G. Schima, Die Rechtsstellung von Führungskräften (1991) 230 ff.

- 5) OGH 9. 1. 1985, 3 Ob 521/84 = [GesRZ](#) 1986, 97 ff = [ÖJZ 1986/86](#) (EvBl).
- 6) Vgl Mertens in Hachenburg, GmbHG, 7. Auflage, § 43 Rz 66.
- 7) OGH 24. 6. 1998, 3 Ob 34/97i = [ecolex 1998, 774](#) ff (zust Reich-Rohrwig).
- 8) OGH 26. 2. 2002, 1 Ob 144/01k = [GesRZ 2002, 86](#) ff.
- 9) OGH 24. 6. 1998, 3 Ob 34/97i, [ARD 5017/30/99](#) = [ecolex 1998, 774](#); Schlosser, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, 28 ff; Strasser in Jabornegg - Strasser, AktG, 4. Auflage, §§ 77 - 84, Rz 95 ff; Nowotny in Doralt - Nowotny - Kalss, AktG, § 84 Rz 4 ff.
- 10) Schlosser, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, 28 ff; Strasser in Jabornegg - Strasser, AktG, 4. Auflage, §§ 77 - 84 Rz 95 ff; Nowotny in Doralt - Nowotny - Kalss, AktG, § 84 Rz 4 ff.
- 11) Runggaldier - G. Schima, Führungskräfte, 232, wo genau dieses Beispiel verwendet wird.
- 12) Ein solcher Fall wäre nicht anders zu beurteilen als die Bestellung einer von ihrem Ausbildungs- und Berufserfahrungsstandard her völlig ungeeigneten Person zum Vorstandsmitglied einer AG. Niemand würde bestreiten, dass eine derartige Personalentscheidung des Aufsichtsrats objektiv sorgfaltswidrig, also rechtswidrig, ist.
- 13) In der Schärfe und Deutlichkeit wie bei Lutter ergibt sich ein fünfteiliger Katalog nicht aus dem Gesetz. Insbesondere sagt § [93](#) Abs 1 dAktG interessanterweise nichts über Interessenkonflikte, obwohl gerade dieses Kriterium in der US-amerikanischen Praxis eine besondere Rolle spielt. Auch vom Verbot des Eingehens übergroßer Risiken steht nichts explizit im Gesetz.
- 14) Vgl das Beispiel bei Runggaldier - G. Schima, Führungskräfte, 232 f.
- 15) Vgl dazu zB Schlosser, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, 57 ff.
- 16) Kalss in Doralt - Nowotny - Kalss, AktG § 99 Rz 19 ff; Strasser in Jabornegg - Strasser, § 99 Rz 36 ff; Wenger, Zu Interessenkonflikten der Aufsichtsratsmitglieder und zur Inkompatibilität von Ämtern, [RWZ 2002, 1](#) ff; Nitsche, Aufsichtsratsmandat und Interessenkollision, FS Krejci (2001) Bd 1, 751; Hügel, Beratung durch Aufsichtsratsmitglieder, [GesRZ](#) 1996, 213; Kastner, Aufsichtsrat und Realität, FS Strasser (1983) 851 f; Lutter, Interessenkonflikt durch Bankenvertreter im Aufsichtsrat; Koziol, Pflichtenkollision im Wertpapiergeschäft bei Übernahme von Aufsichtsratsmandaten durch Mitarbeiter der Bank, FS Frotz (1993) 351; Holzer - Makowski, Corporate Governance und der Aufsichtsrat, [RWZ 1996, 182](#).
- 17) Vgl G. Schima, Organ-Interessenkonflikte und Corporate Governance, [GesRZ 2003, 199](#) ff.
- 18) Erstaunlich auch deshalb, weil gerade Lutter ja in puncto Vermeidung bzw Unterbindung von Interessenkonflikten in Gesellschaftsorganen stets eine Vorreiterrolle einnahm (vgl zB seine Arbeiten betreffend das von ihm angenommene Wettbewerbsverbot für Aufsichtsratsmitglieder: Lutter, ZHR

145 (1981) 224 ff, 234 ff; ders, RdW 1987, 319; ders, ZHR 159 (1995) 287 ff, 303).

- 19) Vgl G. Schima, Organ-Interessenkonflikte und Corporate Governance, [GesRZ](#) 2003, 200, wo ich auch darauf hinwies, dass in einer Vorfassung des Kodex eine der L-Regel 22 weitgehend inhaltsgleiche Regel noch mit C gekennzeichnet war.
- 20) Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts § 5 Rz 19 mwN sowie § 9 Rz 42 f; Schlosser, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft, 57 ff; 70 ff; OLG Düsseldorf, WM 2000, 1393, 1397; BGH, WM 1962, 578, 579; BGH, WM 1967, 679; Fleischer, WM 2003, 1045, 1050.
- 21) Vgl dazu näher G. Schima, [GesRZ](#) 2003, 201.
- 22) Dass es sich diesbezüglich in einer Familien-GmbH, wo Geschäfte zwischen nahestehenden Personen und Unternehmen üblich sind, im Einzelfall ganz anders verhalten mag, ändert daran nichts.
- 23) Vgl die Vertragsbestimmung bei Runggaldier - G. Schima, Manager-Dienstverträge, 3. Auflage (2006) 202.
- 24) Runggaldier - G. Schima, Führungskräfte, 231 f; vgl auch Koziol, Haftpflichtrecht I, 3. Auflage, 514 ff.
- 25) Thüsing in Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, § 5 Rz 19 f sowie § 9 Rz 42 f mwN; Eckert, Die Abberufung des GmbH-Geschäftsführers, 41 mwN; Terlitz, Zur Abberufung des Vorstandsmitglieds einer AG aus wichtigem Grund, [GesRZ](#) 2003, 270 ff; Hefermehl - Spindler in Münch Komm AktG, 2. Auflage, § 84 Rz 98; BGH 8. 5. 1967, AG 1967, 327; BGHZ 1967, 679; OLG Düsseldorf, WM 2000, 1393, 1397.
- 26) Anders wäre die Sache mE nur zu beurteilen, wenn das nahestehende Unternehmen ganz klar und unbestreitbar der Best- bzw Billigstbieter ist. Denn dann kann aufgrund der anzustellenden Güterabwägung schon der Vorwurf der Rechtswidrigkeit entfallen. Auch hier wäre das Vorstandsmitglied jedoch jedenfalls verpflichtet, den Interessenkonflikt der Gesellschaft (dh dem Aufsichtsrat) offenzulegen (vgl ausdrücklich Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, § 9 Rz 12 f sowie Rz 44 f).
- 27) Es wäre im Übrigen auch kein taugliches Kriterium, danach zu differenzieren, ob der Vorstand darüber hinaus die Zustimmung des Aufsichtsrats entgegen [§ 95 Abs 5 AktG](#) nicht eingeholt hat. Denn darin liegt nur eine zusätzliche Pflichtwidrigkeit, die im Gefüge des Schadenersatzrechts mE keinen anderen Stellenwert hat als eine sich "bloß" aus dem Abweichen vom objektiv gebotenen Sorgfaltsstandard ergebende Rechtswidrigkeit.
- 28) Hopt - Roth, GroßKomm zum AktG, 4. Auflage, § 111 Rz 414; Hefermehl - Spindler, Münch Komm AktG, 2. Auflage, § 90 Rz 51; Nowotny in Doralt - Nowotny - Kalss, AktG, § 84 Rz 15; Körber in Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, § 10 Rz 18 ff, 21.

- 29) Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rz 21 mwN; Koziol, Haftpflichtrecht I, 3. Auflage, 168 ff mwN; Koziol - Welser, Bürgerliches Recht II, 13. Auflage, 314 f; Reischauer in Rummel, ABGB I, 3. Auflage, § 19 Rz 6 ff.
- 30) Vgl schon OGH [ÖJZ 1978/4 \(EvBI\)](#) ("Krauland-E" - zu einem freilich dazu überhaupt nicht passenden Sachverhalt).
- 31) So auch Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rz 22 f mwN. Freilich heißt das noch nicht automatisch, dass jede vom Vorstand angeordnete oder geduldete Verletzung eines Gesetzes oder einer Verordnung auch eine grobe Pflichtverletzung iSd § 75 Abs 4 AktG bedeutet. Gerade bei der Missachtung von (Straßen-)Verkehrsnormen kann das zweifelhaft sein.
- 32) Koziol, Haftpflichtrecht I, 3. Auflage, 27 mwN; im Ergebnis auch Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, § 7 Rz 24 mwN ("Vorteilsausgleich").
- 33) Beispiel: Die Gesellschaft hat durch vom Vorstand verabredete oder gebilligte Preisabsprachen einen konkreten Vermögensvorteil erwirtschaftet, der durch die verhängte Kartellstrafe nur zum Teil abgeschöpft wird.
- 34) Durch die Darlegung des in der Vorschreibung von Parkstrafen zu erblickenden finanziellen Nachteils (Schadens) und der vom Vorstand gegebenen Anordnung, Parkverbote zu missachten, hat die Gesellschaft auch unter Zugrundelegung einer sehr vorstandsfreundlichen Sichtweise betreffend die Beweislastverteilung alles nachgewiesen, was für einen Schadenersatzanspruch erforderlich ist.
- 35) Von einem "geltenden" System kann man in Anbetracht der Umstrittenheit grundsätzlicher Fragen freilich nicht wirklich sprechen.
- 36) Vgl OGH [9. 1. 1985, 3 Ob 521/84 = ÖJZ 1986/86 \(EvBI\)](#) = [GesRZ](#) 1986, 97 ff.
- 37) Vgl Kastner - Doralt - Nowotny, Gesellschaftsrecht, 5. Auflage, 237; Reischauer in Rummel, ABGB, 2. Auflage, § 1298 Rz 4; Runggaldier - G. Schima, Führungskräfte, 230 f, Runggaldier - G. Schima, Manager-Dienstverträge, 3. Auflage, 159.
- 38) OGH [9. 1. 1985, 3 Ob 521/84 = ÖJZ 1986/6 \(EvBI\)](#) = [GesRZ](#) 1986, 97 ff.
- 39) Vgl dazu ausführlich Runggaldier - G. Schima, Führungskräfte, 231 ff. Wenn in der E von "darlegen" die Rede ist, so kann dies sinnvollerweise nur "behaupten und beweisen" heißen, weil die bloße Prozeßbehauptung natürlich nicht ausreichen kann, die Beweislast auf den Gegner zu verlagern.
- 40) OGH [24. 6. 1998, 3 Ob 34/97i = ecolex 1998, 774 ff](#) (zust Reich-Rohrwig).
- 41) Vgl Runggaldier - G. Schima, Manager-Dienstverträge, 3. Auflage, 160.

- 42) Das ist mit der erörterten und in [ÖJZ 1986/86 \(EvBI\)](#) noch gut zum Ausdruck kommenden Erleichterung des Kausalitätsnachweises im Sinne eines Prima-facie-Nachweises gemeint (vgl Runggaldier - G. Schima, Führungskräfte, 232 f).
- 43) An dieser Stelle sei nachdrücklich an den Satz "negativa non sunt probanda" erinnert.
- 44) Ob diese Unterlagen und Informationen "ausreichend" sind, ist eine Wertungsfrage (vgl den jüngsten Fall der geplanten Übernahme von Boehler Uddeholm durch die voestalpine AG, wo deren Vorstandsvorsitzender von einem Journalisten gefragt wurde, wie es sein könne, dass man innerhalb von zwei Wochen seine Meinung ändern und sich zu einer Milliardeninvestition entscheiden könne).
- 45) Vgl Mertens in Hachenburg, GmbHG, 7. Auflage, § 43 Rz 66; Hefermehl in Gessler - Hefermehl - Eckardt - Kropff, AktG, § [93](#) Rz 32 ff; [OGH 9. 1. 1985, 3 Ob 521/84 = ÖJZ 1986/86 \(EvBI\) = GesRZ 1986, 97 ff](#); Hüffer, AktG, 7. Auflage, § [93](#) Rz 16; Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts, § 11 Rz 69; Hefermehl - Spindler in Münch Komm AktG, 2. Auflage, § [93](#) Rz 86; Hopt, GroßKomm zum AktG, 4. Auflage, § [93](#) Rz 276; Böhler in FS Krejci, 503, 521.
- 46) Vgl Runggaldier - G. Schima, Manager-Dienstverträge, 3. Auflage, 161.
- 47) Vgl Runggaldier - G. Schima, Manager-Dienstverträge, 3. Auflage, 161.

---

## Verweise

§ 93 dAktG

[GesRZ 2007, 79](#)

---

## Rückverweise

## Kommentare

[ABGB 3 , Rummel: § 1298 ABGB \(Reischauer\) - 01.01.2007 bis ...](#)

[ABGB-ON 1.01 , Kletečka/Schauer: § 1298 ABGB \(Kodek\) - 01.10.2013 bis 31.12.2015](#)

[ABGB-ON 1.02 , Kletečka/Schauer: § 1298 ABGB \(Kodek\) - 01.01.2016 bis 31.12.2017](#)

[ABGB-ON 1.03 , Kletečka/Schauer: § 1298 ABGB \(Kodek\) - 01.01.2018 bis ...](#)

[AktG 2 , Doralt/Nowotny/Kalss : § 220c AktG \(Kalss\) Prüfung durch den Aufsichtsrat - 01.04.2012 bis ...](#)

[AktG 2 , Doralt/Nowotny/Kalss : § 227 AktG \(Kalss\) Schadenersatzpflicht der Verwaltungsträger der übertragenden Gesellschaft - 01.04.2012 bis ...](#)  
mehr...

## Handbücher

[Haftung von leitenden Angestellten und Geschäftsführern, Walbert: 1. Kapitel: Grundlagen der zivilrechtlichen Haftung \(Walbert\) - 01.01.2020 bis ...](#)

[Handbuch Managervergütungen, Geiger/Huber/Sindelar: 2. Kapitel: Allgemeines zur Beschäftigung von Managern \(Hahn;Geiger/Huber;Sindelar\) - 01.01.2019 bis ...](#)

Österreichisches Gesellschaftsrecht, Kalss/Nowotny/Schauer: Aktiengesellschaft und Societas Europaea Aktiengesellschaft (Kalss) - 01.11.2008 bis 31.05.2017

Österreichisches Gesellschaftsrecht 2 , Kalss/Nowotny/Schauer: Aktiengesellschaft und Societas Europaea Aktiengesellschaft (Kalss) - 01.06.2017 bis ...

## **Zeitschriften**

DRdA 2014, 197: Arbeitsrechtliche Grenzen der Compliance (FN 1) (Georg Schima) -

ecolex 2012, 944: Geschäftsführerhaftung bei gewünschter Gesetzesverletzung Oder: Ist die Gesellschaft zwingend "gut"? (Roman Alexander Rauter) -

ecolex 2016/306: OGH 23.2.2016, 6 Ob 160/15w Verantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern: Business Judgment Rule auch vor dem 1. 1. 2016 anwendbar, und zwar auch bei Privatstiftungen; (Johannes Reich-Rohrwig) -

ecolex 2017, 1073: Drei Entscheidungen zur Business Judgment Rule - die "Grundlegende", die "Verunsichernde" und die "Begehrlichkeiten Bestrafende" (Irene Welser) -

mehr...

## **Sammlungen**

HS 39.014: OGH 8.5.2008, 6 Ob 28/08y -

HS 39.043: OGH 8.5.2008, 6 Ob 28/08y -

## **Jahrbücher**

Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2011, 119: Aktuelle Fragen der Organhaftung im Gesellschaftsrecht (FN 1) (Georg E. Kodek) -

Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2015, 99: Organhaftung zwischen Strafrecht und D&O-Versicherung (Irene Welser / Stephanie Maier-Herbeck) -

Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2017, 155: Aktuelles zur Business Judgment Rule (Irene Welser (FN \*)) -

Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2018, 175: Aktuelles zur Aufsichtsratshaftung (Irene Welser) -

## **Indextdokumente**

GeS 2008, 356: OGH 11.6.2008, 7 Ob 58/08t(Alexander Schopper / Ingo Kapsch) -

GES 2012, 375: Schadenersatzpflicht der Vorstandsmitglieder einer Bankaktiengesellschaft bei Unterschreitung der Eigenmittelerfordernisse (FN ) zugleich ein Beitrag zur sog nützlichen Gesetzesverletzung (Friedrich Rüffler) -

GES 2015, 60: Business Judgment Rule und ihre Anwendbarkeit in Österreich (FN ) (Julia Told) -

GES 2016, 158: OGH 23.5.2016, 6 Ob 160/15w Business Judgment Rule - allgemein und insbesondere bei der Privatstiftung -

VR 2016 H 10, 28: Die Rolle des Aufsichtsrats nach Solvency II (JUDr. Stanislava Saria, PhD.) -

[mehr...](#)

## **Entscheidungen**

[OGH 6 Ob 160/15w \(Volltext\) -](#)

[OGH 6 Ob 28/08y \(Volltext\) -](#)

---

© 2021 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH