

Unverkäuflicher Sonderdruck

Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrecht

**Business Judgment Rule und Beweislastverteilung
bei der Vorstandshaltung nach US-, deutschem und
österreichischem Recht**

HonProf. Dr. Georg Schima, M.B.L.-HSG

Herausgeber

Carl Baudenbacher
Juliane Kokott
Philipp Spertler

© 2010 Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel

632 Seiten, Hardcover, CHF 152.-

ISBN 978-3-7190-3004-9

Mehr Informationen unter: www.helbing.ch

Helbing Lichtenhahn Verlag

Business Judgment Rule und Beweislastverteilung bei der Vorstandshaftung nach US-, deutschem und österreichischem Recht

Georg Schima

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	371
I. Die Business Judgment Rule des US-amerikanischen Rechts	372
A. Entstehungsgeschichte und Hintergrund	373
1. Pflichten von Directors und Officers	373
2. Traditionelle Zurückhaltung der US-Gerichte bei der Überprüfung unternehmerischer Entscheidungen	375
B. Inhalt, Ratio und Anwendungsvoraussetzungen der Business Judgment Rule	376
1. Inhalt und Ratio der Business Judgment Rule	376
2. Anwendungsvoraussetzungen der Business Judgment Rule	379
a) Vorliegen einer unternehmerischen Entscheidung	379
b) Fehlen eines Interessenkonfliktes (disinterested judgment)	380
c) Angemessene Informationsgrundlage («informed judgment»)	381
(i) Voraussetzungen	381
(ii) Der Fall Smith v. Van Gorkom	382
d) Vernünftiges Handeln im Interesse der Gesellschaft («rational beliefs»)	385
e) Kein Exzess («no abuse of discretion»)	385
C. Kritische Würdigung	386
II. Business Judgment Rule in Deutschland	390
A. Frühere Ansätze (insbesondere ARAG/Garnemannbeck Entscheidung des BGH)	390
B. Kodifizierung in § 93 Abs 1 dAKG	393
III. Schutz des unternehmerischen Ermessens in der österreichischen Rechtsprechung	397
IV. Business Judgment Rule und Beweislastverteilung	400
A. Die Business Judgment Rule als Beweislastregel	400
B. Beweislastverteilung und § 93 Abs 1, 2. Satz dAKG	402

C. Beweislastverteilung bei der Geschäftsleiterhaltung im österreichischen Recht	404
1. Zieckzack-Kurs der Rechtsprechung	404
2. Eigene Auffassung	405
D. Kritische Würdigung der Beweislastverteilungskonzepte	412
V. Sonderproblem: Geschäftsleiter-Einlohnung als unternehmerische Entscheidung	414
A. Fall Disney/Owitz (Delaware Supreme Court, USA)	415
1. Zusammenfassung des Sachverhaltes	415
2. Rechtliche Erwägungen des Court of Chancery bzw des Supreme Court	418
B. Fall Mannesmann (BGH, Deutschland)	420
1. Zusammenfassung des Sachverhaltes	420
2. Die Entscheidungsbegründung des BGH	424
C. Fall Hirsch Servo (OGH, Österreich)	429
1. Sachverhalt	429
2. Entscheidungsgründe des OGH	430
D. Kurz-Analyse der unterschiedlichen Herangehensweise von Delaware Supreme Court, BGH und OGH	432
VI. Zusammenfassung und Würdigung	438

Einleitung

Die Business Judgment Rule ist eine Schöpfung des US-amerikanischen Richtrechts, das wiederum im Bereich des Gesellschafts- und Kapitalmarktrechts entscheidend durch die Rechtsprechung des kleinen Bundesstaates Delaware geprägt ist, in dem fast 60% der börsennotierten US-Gesellschaften ihren Sitz haben. Schon deshalb kann es keine landesweit einheitliche Betrachtungsweise geben. Die Business Judgment Rule in ihrer herkömmlichen und auch ausserhalb der USA wahrgenommenen Ausprägung wird manchmal als «richterliche Einhaltsankstregel» bezeichnet und bringt die Sichtweise US-amerikanischer Gerichte zum Ausdruck, unternehmerische Entscheidungen des Managements einer Körperschaft keiner gerichtlichen Nachprüfung («second guessing») zu unterziehen, wenn die Entscheidung ohne Besehen eines – insbesondere finanziellen – Interessenkonfliktes (disinterested judgment) auf angemessener Informationsgrundlage (informed judgment) getroffen wurde und die directors vernünftigerweise annehmen dürfen, im besten Interesse der Gesellschaft zu handeln (rational belief).

Der Sache nach ist die Business Judgment Rule des US-Rechts eine Beweislastregel, denn sie begründet die widerlegliche Vermutung, dass die directors sich angemessen informiert haben, nicht von einem Interessenkonflikt betroffen sind und annehmen dürfen, im besten Interesse der Gesellschaft zu handeln. Unternehmerische Entscheidungen des Managements werden daher – und dies ist auch einer der Ansatzpunkte für Kritik – einer primär prozeduralen und kaum einer inhaltlichen Kontrolle unterzogen. Dies erklärt sich unter anderem aus der in der US-Rechtsprechung und Rechtslehre verbreiteten Sichtweise, dass die Sanktionen für schlechtes Wirtschaften des Managements (sofern nicht der Tatbestand des «waste», also der willkürlichen Verschwendung von Gesellschaftsvermögen vorliegt), der Markt, insbesondere der Kapitalmarkt, ergreifen muss, nicht aber die Justiz.

In der höchstgerichtlichen Judikatur Deutschlands und Österreichs wurde – ohne explizite Thematisierung von Gemeinsamkeiten oder Verwendung des Ausdrucks «Business Judgment Rules» in den letzten zehn bis zwölf Jahren ein nicht unähnlicher Ansatz entwickelt und gesagt, dass bei unternehmerischen Entscheidungen dem Management (Vorstand) ein weiterer Ermessensspielraum zukommen müsse, die Beurteilung nur ex ante erfolgen dürfe und bloss bei krassen Ermessensfehlern die gerichtliche Kontrolle eingreife.

Vor rund fünf Jahren hat der deutsche Gesetzgeber in § 93 Abs. 1, 2. Satz dAKG eine Regelung eingeführt, die als Rezeption der Business Judgment Rule in Deutschland zu verstehen ist und vom Gesetzgeber auch so verstanden werden wollte.

Bei dieser Rezeption wurde aber – und dies allem Anschein nach auch bewusst – ein bedeutsamer Unterschied gemacht: der deutsche Gesetzgeber übernahm nicht die (widerlegliche) Vermutung der US-Rechtsprechung für sorgfalskonformes Handeln, sondern glaube, bei der Implementierung der Business Judgment Rule in das deutsche Aktiengesetz, die von der herrschenden (wenngleich hochproblemmatischen) Ansicht vertretene Beweislastumkehr hinsichtlich

der Rechtswidrigkeit dadurch aufrechterhalten zu müssen, dass die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen des Eingreifens der Business Judgment Rule dem Vorstandsmitglied obliegt.

Ob diese «Teilrezeption» geboten war, um ein nichtrechtliches Instrument der US-Rechtsprechung harmonisch ins deutsche Aktienrecht einzufügen, oder ob damit nicht die Business Judgment Rule ihres ursprünglichen Geltungszwecks beraubt wird, ist eine der Fragen, der sich die vorliegende Arbeit widmet.

Der Position des Verfassers als eines österreichischen Rechtswissenschaftlers und Rechtspraktikers entsprechend soll – daran anknüpfend – auch erforscht werden, ob dem österreichischen Gesetzgeber ähnliches wie dem deutschen Gesetzgeber anzuraten ist. Dabei kann eine Auseinandersetzung mit der herrschenden Sichtweise zur Beweislastverteilung bei der Vorstandshaltung in Österreich und Deutschland natürlich nicht unterbleiben.

1. Die Business Judgment Rule des US-amerikanischen Rechts

Die USA haben kein bundesweites Gesellschaftsrecht. Traditionell wird die «interstate Commerce Clause» der US-Verfassung¹ im Sinne eines Unkennschlusses so verstanden, freilich von der Rechtsprechung weit ausgelegt.² Die offenbar ganz herrschende Sichtweise im US-Schrifttum geht aber von der Zulässigkeit eines bundesweiten Gesellschaftsrechts aus.³ Der Bundesgesetzgeber hat sich dabei indes sehr zurückgehalten. Der Sarbanes Oxley Act (SOX) 2002 behandelte im Grunde eine jahrzehntelange Periode weitgehender Einheitsmärke nach den bundesweiten Kapitalmarktgesetzen der Roosevelt-Ära. Mit SOX wurde eine echte bundesrechtliche Regelung der Corporate Governance veranlasst.⁴

Das klassische Aktien-Gesellschaftsrecht, zu dem auch das Recht der Verantwortlichkeit der Leitungsorgane gehört, ist daher in den USA Recht der Gliedstaaten und deren Rechtsprechung.⁵ Freilich muss sich vor allem der rechtsvergleichende Jurist nicht unbedingt die Mühe machen, das Recht von 50 Bundesstaaten näher zu untersuchen, weil der kleine Staat Delaware und dessen Rechtsprechung das US-Gesellschaftsrecht in einer Weise dominiert, dass geradezu von einem Monopol gesprochen wird.⁶ Der Aufstieg von Delaware ist historisch vor allem auf den Umstand zurückzuführen, dass das früher diesbezüg-

lich führende New Jersey durch eine restriktive Kartellgesetzgebung (mit Zerschlagung von Unternehmensgruppen) nachahlig das Verneuen grösserer und insbesondere börsennotierter Gesellschaften verpönte und Delaware das daraus entstehende Vakuum geschickt nützte,⁷ sodass mehr als die Hälfte der börsennotierten Gesellschaften der USA und fast 60% der 500 umsatzstärksten Kapitalgesellschaften des Landes dort ansässig sind.⁸ Das Rechtssystem von Delaware ist ausserdem geprägt durch eine nur von Berufsrichtern ausgeübte, dementsprechend professionalisierte Gerichtsbarkeit, die in den USA so tief verwurzelte Jury-Gerichtsbank mit ihren oft erratischen und die Vorhersagbarkeit stark beeinträchtigenden Ausschüssen konnte dort nie heimisch werden.⁹

A. Entstehungsgeschichte und Hintergrund

1. Pflichten von Directors und Officers

Das Verhältnis von directors und officers zur Gesellschaft und die aus der Deutung dieses Verhältnisses resultierende Pflichtenbindung der ersteren steht wohl in jeder Rechtsordnung im Spannungsfeld zwischen der Berücksichtigung eines eigenständigen Unternehmensinteresses der (rechtlich selbstständigen) Körperschaft (zB Aktiengesellschaft) und der Orientierung am Wohl (nur) der Anteilseigner (Aktionäre).¹⁰

Im US-amerikanischen Recht dominiert klar die Orientierung des Vorstandshandels am grössstmöglichen Nutzen der Aktionäre («Shareholder Value-Konzept»)¹¹ wohingegen das deutsche Recht (§ 76 Abs 1 AktG) und vor allem das österreichische Recht, das in seinem § 70 Abs 1 AktG die Gemeinwohlklausel des DAKG aus 1937 weiterhin enthält, nach herrschender Ansicht von einem «stakeholder-orientierten Ansatz»¹² ausgehen und der Vorstand nach überwiegendem Verständnis das «Unternehmensinteresse» oder – wie es § 70 Abs 1 öAKG ausdrücklich sagt – das «Unternehmenswohl» zu berücksichtigen hat.¹³

Das die Rechtsprechung und das gesellschaftsrechtliche Schrifttum in den USA dominierende Shareholder Value-Konzept erklärt sich letztlich daraus, dass die directors als Treuhänder der Aktionäre gesehen und damit Parallelen zum Trust des common law gezogen werden.¹⁴ Erklärt wird das Verhältnis zwischen

1 Art I Sec 8 cl 3 US-Constitution.
2 *von Hein, Jan*, Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland (2008) 466ff.
3 Vgl die Nachweise bei *von Hein, Jan*, Rezeption 467 In 14.
4 *So Donald, David C.*, Die Entwicklung der US-amerikanischen Corporate Governance nach Finken, WM 2003, 705ff; 710.
5 Vgl *Merck, Hanno/Göbel, Stephan*, US-Amerikanisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. (2006) 153 Rz 182.
6 Vgl *von Hein, Jan*, Rezeption 491ff, 497.

7 Vgl *von Hein, Jan*, Rezeption 476ff mwN.
8 Vgl die Zahlen bei *von Hein, Jan*, Rezeption 476.
9 Vgl die Darstellung bei *von Hein, Jan*, Rezeption 479ff, 481; vgl auch *Merck, Hanno/Göbel, Stephan*, US-Amerikanisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. (2006) 675 Rz 1427.
10 *Hammerl, Christian*, Business Judgment Rule v. Duty of Care: Zur Entwicklung der Organverantwortung im amerikanischen Recht, GsRZ 1990, 77ff, 82.
11 *von Hein, Jan*, Rezeption 588, 859ff, 916; *Hammerl, Christian*, GsRZ 1990, 82.
12 Vgl für Deutschland *von Hein, Jan*, Rezeption 230f mwN; für Österreich zB *Stasser, Rudolf*, in *Jahresgabe, Peter/Strosser, Rudolf*, AktG 4. Aufl § 70 Rz 17ff; *Newomy, Christian* in *Donath, Peter/Newomy, Christian/Kolde, Susanne*, AktG § 70 Rz 11f.
13 Vgl *Hammerl, Christian*, GsRZ 1990, 82; skeptisch *Merck, Hanno/Göbel, Stephan*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. (2006) 416f, Rz 821f.

directors und Gesellschaft aber auch aus dem Agency-Law, einem der Vertretung bzw. – in österreichischer Terminologie – dem Bevollmächtigungsvertrage (§§ 1002 ff ABGB) ähnlichen Rechtsinstitut.¹⁴ Die directors treffenden Sorgfalts- und Treupflichten sind demnach auch denen eines trustee vergleichbar, wenn auch dem director ungleich grössere Entscheidungsfreiheit als dem Treuhänder zukommt.¹⁵

Die den directors auferlegten – unter dem Begriff der *«fiduciary duties»* zusammengefasst – Pflichten unterfallen – wenn man von der grössten Einschränkung ausgeht – in die *duty of care* und die *duty of loyalty*.¹⁶

Die *«duty of care»*, der sowohl die Board-Mitglieder (directors) als auch officers unterliegen, verlangt, dass die directors jene Sorgfalt anwenden, die eine (vernünftige) Person in einer vergleichbaren Lage und unter vergleichbaren Umständen anwenden würde.¹⁷ Teilweise wird in der Rechtsprechung aber auch auf die in eigenen Angelegenheiten anzuwendende Sorgfalt als Massstab abgestellt, die in Deutschland oder Österreich aus dem Personengesellschaftsrecht bekannt ist.¹⁸ Der Revised Model Business Corporation Act (RMBCA) schreibt in der im Jahr 1998 geänderten Fassung nur mehr ein Handeln nach Treu und Glauben und im Interesse der Gesellschaft vor, wobei mehrere US-Bundesstaaten in ihrer Gesetzgebung noch der Fassung des RMBCA vor der Revision 1998 folgen.¹⁹ Die die directors treffende *duty of loyalty* übersetzt man am besten mit *«Treuepflicht»*²⁰ oder auch mit *«Interessenwahrungspflicht»*. In der Terminologie der vom American Law Institute der ABA herausgegebenen *«Principles of Corporate Governance»* wird die *duty of loyalty* als *«duty of fair dealing»* bezeichnet.

Bei der *duty of loyalty* geht es um Massstäbe für das Verhalten eines directors/officers in all jenen Fällen, in denen die Interessen der Gesellschaft mit jenen des entscheidenden Organs oder Organwalters in einem möglichen Konflikt stehen.

- 14 *Merck, Hammo/Gähnel, Stephan*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht 2, Auf 1416 Rz 821; *Hammerl, Christian*, GesRZ 1990, 82.
- 15 Dies betonen *Merck, Hammo/Gähnel, Stephan*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht 2, Auf 416Rz 821f.
- 16 *Merck, Hammo/Gähnel, Stephan*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht 2, Auf 416 Rz 821 setzen offenbar die duty of loyalty mit *«fiduciary duty»* gleich, was über die US-amerikanischen Terminologie nicht entspricht, weil *«fiduciary duties»* als Oberbegriff für die duty of care und die duty of loyalty betrachtet werden (vgl. *Black, Dennis J/Barton, Nancy E/Radin, Stephen A.*, The Business Judgment Rule – Fiduciary Duties of Corporate Directors, 5th ed., Vol 1, 107 (ebenso die Terminologie im Corporate Director's Guidebook)).
- 17 *Black, Dennis J/Barton, Nancy E/Radin, Stephen A.*, Business Judgment Rule 109; *Merck, Hammo/Gähnel, Stephan*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht 2, Auf 419f Rz 827.
- 18 *Merck, Hammo/Gähnel, Stephan*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht 2, Auf 420 Rz 828; vgl. dazu *Hammo/Gähnel, Stephan*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht 2, Auf 420 Rz 828; vgl. auch *Hammon, Robert W.*, The Law of Corporations, 5th ed (2000) 447ff; *«... many variations exist.»*
- 20 *Merck, Hammo/Gähnel, Stephan*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht 2, Auf 440 Rz 871.

ben.²¹ Hier wird die Parallele zur agency und insbesondere zum trust (Treuhand) besonders deutlich.²²

Fragen der *duty of loyalty* und ihrer Verletzung mit der Konsequenz möglicher persönlicher Verantwortlichkeit von directors und officers haben die US-amerikanischen Gerichte besonders häufig beschäftigt.

Üblicherweise werden bei der duty of loyalty fünf Fallgruppen unterschieden:²³

- Geschäfte zwischen der Gesellschaft und einem director oder einem ihm nahestehenden Dritten. Dieses *«self-dealing»* entspricht ungefähr dem, was in deutschen und österreichischen Rechtskreis als Insidergeschäft bekannt ist.²⁴
- Geschäfte zwischen Gesellschaften mit (einfacher oder mehrfacher) Personation im Board of Directors;
- das an sich Zuehen von Geschäftschancen der Gesellschaft (*«corporate opportunities»*) durch einen director;²⁵
- Konkurrenzierende Tätigkeit eines directors gegenüber der Gesellschaft;
- Erteilung fälscher oder irreführender Informationen durch directors an Aktionäre, insbesondere in Verbindung mit Transaktionen, die der Zustimmung der Aktionäre bedürfen.

2. Traditionelle Zurückhaltung der US-Gerichte bei der Überprüfung unternehmerischer Entscheidungen

Die grosse Zurückhaltung, ja Abweigung US-amerikanischer Gerichte gegenüber unternehmerischen Entscheidungen des Managements reicht weit zurück und zwar bis in das englische Recht vor über 250 Jahren mit der Entscheidung im Fall *Charitable Corp v. Sison* aus dem Jahr 1742.

In der Rechtsprechung US-amerikanischer Gerichte wird als erster historischer Vorläufer der Anwendung der Business Judgment Rule die Entscheidung des Louisiana Supreme Court aus dem Jahr 1829 im Fall *Percy v. Millaudon* verstanden.²⁶ In dieser Entscheidung waren die später bei der Business Judgment Rule entwickelten Kriterien noch nicht sichtbar, sondern beschränkte sich das Gericht im wesentlichen darauf, die Haltung des director auf grobe Fahrlässigkeit zu begrenzen: *«The test of responsibility, therefore, should be, not the cer-*

- 21 Treffend *Hammerl, Christian* GesRZ 1990, 83.
- 22 *Merck, Hammo/Gähnel, Stephan*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht 2, Auf 440 Rz 877 mit Hinweis auf die berühmte Literaturkommerse aus dem Jahr 1932 zur Frage, ob Managers trustees sind und wessen Interessen sie zu vertreten haben in Fn 137.
- 23 Vgl. *Hammon, Robert W.*, The Law of Corporations, 5th ed (2000) 467.
- 24 *Merck, Hammo/Gähnel, Stephan*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht 2, Auf 440 Rz 878ff.
- 25 Vgl. dazu *Merck, Hammo/Gähnel, Stephan*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht 2, Auf 455f Rz 913ff; zur corporate opportunity doctrine näher *Black, Dennis J/Barton, Nancy E/Radin, Stephen A.*, Business Judgment Rule 293ff.
- 26 Vgl. *Black, Dennis J/Barton, Nancy E/Radin, Stephen A.*, Business Judgment Rule 9ff.

tainers of wisdom in others, but the possession of ordinary knowledge; and by showing that the error of the director is of so gross a kind that a man of common sense and ordinary attention would not have fallen into it».

Deutlich waren auch die Worte des Pennsylvania Supreme Court 1872 im Fall *Sperling's* appeal und 1875 im Fall *Watts's Appeal*:²⁷ «While directors are personally responsible to the stockholders for any losses resulting from fraud, embezzlement or willful misconduct or breach of trust for their own benefit and not the benefit of the stockholders; ... they are not liable for mistakes of judgment, even though they may be so gross as to appear to us absurd and ridiculous, provided they are honest and provided they are fairly within the scope of the powers and discretion confided to the managing body».

Dass ein für die Gesellschaft nachteiliges, ja verheerendes Resultat einer Entscheidung die directors nicht per se verantwortlich macht und damit die Notwendigkeit einer ex ante-Betrachtung become auch der New York Court of Appeals 1912 im Fall *Pollitz v. Webach* R. R. Co.: «... may not be questioned, although the results show that what they did was unwise or imprudent».²⁸ Als eigentliche Geburtsstunde der Business Judgment Rule wird manchmal die Entscheidung des Federal Supreme Court in der Sache *United Copper Securities Co. v. Annulgated Copper Co.* aus dem Jahr 1917 betrachtet.²⁹

B. Inhalt, Ratio und Anwendungsvoraussetzungen der Business Judgment Rule

1. Inhalt und Ratio der Business Judgment Rule

«The Business Judgment Rule is a presumption that the board acted independently, with due care, in good faith and in the honest belief that its actions were in the stockholders' best interests».³⁰

Die Business Judgment Rule ist also eine (freilich widerlegliche) Vermutung, die directors und deren (unternehmerische) Entscheidungen schützt, sofern diese nur irgendeinem vernünftig erscheinenden Geschäftszweck zugeordnet werden können.³¹

27 Zitiert nach *Block, Dennis J./Baron, Nancy E./Radin, Stephen A.*, Business Judgment Rule

10f.

28 *Pollitz v. Webach* R. R. Co., 207 N.Y. 113, 124, 100 N.E. 721, 724 (1912); vgl. auch *Hammert/Christian* GesKRZ 1990, 82, der das Zitat dem Fall *Auerbach v. Benner* aus dem Jahr 1979 entnimmt, wo dasselbe Gericht die Passage seiner Entscheidung aus dem Jahr 1912 zitiert.

29 261, 263-4, 37 S. Ct. at 510 - Justice Brandeis.

30 *Williams v. Geier* 671A.2d1368,1376(Del) 1997.

31 *Block, Dennis J./Baron, Nancy E./Radin, Stephen A.*, Business Judgment Rule 18f; vgl. auch *Meerk, Hannes/Köhnel, Stephan*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht 2, Aufl.426f. Rz.843ff.; *Hammert, Christian*, GesKRZ 1990, 82 mwN.

Die Business Judgment Rule gibt dabei keinen bestimmten Sorgfaltsmassstab vor, sondern sie ist zunächst eine dem Prozessrecht zuzuordnende (Beweislast-) Regel, was noch ausführlicher zu erörtern sein wird.

Sie ist somit «a tool of judicial review, not a standard of conduct»³²; insofern ist es zumindest missverständlich, wenn im Zusammenhang mit der Einführung der Business Judgment Rule in § 93 Abs. 1, 2 Satz 1dKfG gelegentlich darauf hingewiesen wird, der deutsche Gesetzgeber habe die Business Judgment Rule nicht unverändert übernommen und dabei insbesondere nicht die «Unterteilung» im «standard of conduct» und «standard of review» verwirklicht³³. Wenn daher im gegebenen Zusammenhang von «Anwendungsvoraussetzungen» der Business Judgment Rule die Rede ist (dazu unten 1. B.2.), dann muss man diesen Umstand stets im Auge behalten: Treffender müsste man eigentlich von «Nichtanwendungsvoraussetzungen» sprechen, weil die beklagten directors zunächst ja gar nichts beweisen müssen (dazu unten im Zusammenhang mit der Beweislastverteilung).

Die US-Gerichte und auch das einschlägige Schrifttum (das sich ja ungleich stärker als in Ländern wie Deutschland oder Österreich der ökonomischen Analyse des Rechts widmet) haben sich immer wieder zum Geltungsgrund, zur Ratio der Business Judgment Rule geñussert.

Die dafür ins Treffen geführten Argumente werden im Folgenden kurz zusammengefasst.³⁴

Erstens wird gesagt, dass auch in keinem Interessenkonflikt befindliche, gut informierte directors Entscheidungen treffen können, die, im Nachhinein betrachtet, sich als ungünstig erweisen und dazu führen, dass die Gesellschaft «viel Geld verliert».

Zweitens anerkennt die Business Judgment Rule, dass unternehmerische Entscheidungen oft Unsicherheiten und Risiko mit sich bringen und ermutigt damit directors, sich auch dort unternehmerisch zu betätigen, wo das Potenzial für grosse Gewinne, aber auch ein gewisses Risiko vorhanden ist.³⁵ Es wird als wünschenswert erachtet, dass directors im Interesse der Aktionäre auch risikobereit und innovativ vorgehen und sich auf neue Märkte und an neue Produkte wagen.³⁶ In diesem Zusammenhang wird gerne das Beispiel der Gründer von Mc Donald's gebracht, die einen Betrag von damals USD 3 Mio. investierten, um eine neue Technik zur Herstellung von Hamburgern patentieren zu lassen und die, wären sie gleich einem signifikanten Halbtagsrisiko ausgesetzt gewesen, diese sich als enorm profitabel erweisende Entscheidung möglicherweise niemals getroffen hätten.³⁷

32 *Block, Dennis J./Baron, Nancy E./Radin, Stephen A.*, Business Judgment Rule 4, 110f.

33 Vergleich *Hopt, Klaus J. : Role, Marika*, in: Gross/Kornn, ArtG 4, Aufl. Nachtrag zu § 93 Rz.7.

34 Diese Zusammenfassung folgt im Wesentlichen dem fünfteiligen Schema bei *Block, Dennis J./Baron, Nancy E./Radin, Stephen A.*, Business Judgment Rule 12 ff.

35 *Block, Dennis J./Baron, Nancy E./Radin, Stephen A.*, Business Judgment Rule 12 f.

36 Vgl. auch *Meerk, Hannes/Köhnel, Stephan*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht 2, Aufl.428 Rz.847.

37 Vgl. *Block, Dennis J./Baron, Nancy E./Radin, Stephen A.*, Business Judgment Rule 13.

Drittens ist die Business Judgment Rule Ausdruck genereller Skepsis der Gerichte gegenüber der Fähigkeit von Richtern, komplexe unternehmerische Entscheidungen zu überprüfen. Gerichte seien dafür schlecht ausgestattet und weniger qualifiziert als directors.³⁸ Es ist wohl auch das viel grössere Vertrauen in die Marktkräfte, das hinter dieser Überlegung steht, wenn gesagt wird: «Managers who make such judgment calls poorly ultimately give way to superior executives; no such mechanism «selects out» judges who try to make business decisions. In the long run firms are better off when business decisions are made by business specialists, even granting the inevitable errors.»³⁹

Viertens soll die Business Judgment Rule sicherstellen, dass die directors die Entscheidungen treffen und nicht die Aktionäre. Dies wäre den Befürchtungen der US-Gerichte zufolge aber tendenziell der Fall, wenn Aktionärsklagen wegen falscher Unternehmensentscheidungen zu häufig Erfolg hätten. Denn die Konsequenz wäre – und diese Schlussfolgerung ist nachvollziehbar – die Verlagerung der Letztentscheidung vom Board zu den Aktionären oder – und dieser Aspekt spielt eine bedeutende Rolle – nicht zu den Aktionären in ihrer Gesamtheit nach einer demokratischen Willensbildung, sondern eher zu einem oder wenigen dominierenden Aktionären.⁴⁰ Die Diskussion erinnert ein wenig an die Vorbehalte, die im österreichischen Schrifttum gegen eine zu intensive Nutzung des § 103 Abs 2 AktG ins Treffen geführt wurden, weil sich damit der Vorstand – um Haftungsfreiheit zu erlangen – durch Anrüttelung der (allerdings nicht zur Entscheidung verpflichteten) Hauptversammlung seiner Verantwortung tendenziell entledigen könne.

In eine ähnliche Richtung zielt das Argument, dass eine weitgehende Überprüfung unternehmerischer Entscheidungen durch Gerichte dazu führt, dass solche Instanzen Entscheidungen treffen, die nicht dem kontrollierenden Druck des Marktes ausgesetzt sind.⁴¹

Fünftens betonen die US-Gerichte immer wieder, dass Aktionäre, die mit den Entscheidungen ihrer directors unzufrieden sind, diese einfach abwählen können.⁴²

Als weitere, sechste Überlegung – die typisch ist für die ökonomische Rechtsanalyse der amerikanischen Doktrin und Jurisprudenz – kann ins Treffen geführt werden, dass Board-Mitglieder nicht – wie Aktionäre oder Anwältin und Wirtschaftsprüfer – das Risiko von Fehlentscheidungen durch Diversifizierung ihrer Investitionen in verschiedene Gesellschaften oder durch Aufreihung des Risikos auf unterschiedliche Klienten streuen können.⁴³

2. Anwendungsvoraussetzungen der Business Judgment Rule

a) Vorliegen einer unternehmerischen Entscheidung

Dieses Kriterium (das auch der deutsche Gesetzgeber in § 93 Abs 1, 2. Satz dAktG übernommen hat) hat Bedeutung als Abgrenzung in zweifacher Hinsicht: Einerseits sind grundsätzlich nur positive Entscheidungen der directors geschäftl. nicht aber bloss Untätigkeit. Die positive Entscheidung, nichts zu tun, also eine bestimmte Massnahme zu unterlassen, kann freilich unter dem Schutz der Business Judgment Rule stehen.⁴⁴

Andererseits verlangt die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule eine Entscheidung über ein business judgment, also eine unternehmerische Entscheidung (vgl. auch § 93 Abs 1, 2. Satz dAktG). Dies wird betont, um darauf hinzuweisen, dass eine durch Gesetz, Vertrag oder Statuten gebundene Entscheidung, also die Verletzung solcher Normen, nicht den Schutz der Business Judgment Rule in Anspruch nehmen kann.⁴⁵

42 Block, Dennis J/Barton, Nancy E/Rudin, Stephen A., Business Judgment Rule 18 mwN aus der Rechtsprechung in Fn 73.

43 Vgl Merkt, Hanno/Göhnel, Stephan, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht 2, Aufl 428 Rz 848; von Hein, Jan, Rezension 91Stf 924, weist darauf hin, dass eine Rechtsordnung, die wie die deutsche (für die österreichische gilt dasselbe) das Vorstandshandeln an einem auch die Arbeitnehmerinteressen berücksichtigenden «Unternehmenswohl» orientiert, sich mit dieser Überlegung natürlich schwer tut, denn Arbeitnehmer können ihr Risiko genau so wenig, ja noch schlechter als Board-Mitglieder, diversifizieren, weil sie üblicherweise nur einen Arbeitsplatz haben.

44 Block, Dennis J/Barton, Nancy E/Rudin, Stephen A., Business Judgment Rule 40; Aronson v. Lewis 473 A.2d 805 (Del 1984); vgl auch Hanson Trust Pl.C v. ML SCM Acquisition Inc., 781 F.2d 264, 275 (2nd cir 1986); von Hein, Jan, Rezension 917, etwas widersprüchlich Merkt, Hanno/Göhnel, Stephan, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht 430 Rz 853, die ebenfalls (gewiss unter Hinweis auf Quellen) meinen, das *business* oder *unbusiness* Unterscheiden einer Entscheidung sei kein geschätztes «business judgment», andererseits aber positiv die Meinung zitiert, die Business Judgment Rule sei in jedem Fall auf die positive Entscheidung des director anwendbar, untätig zu bleiben. Ein relevanter Unterschied zwischen dem bewussten Unterlassen einer Entscheidung und der positiven Entscheidung, untätig zu bleiben, lässt sich aber beim besten Willen nicht ausmachen.

45 Ghness v. Donald, 20 Del J. Corp. L. 757, 771 (Del Ch Jan 11, 1995); Block, Dennis J/Barton, Nancy E/Rudin, Stephen A., Business Judgment Rule 41.

38 Block, Dennis J/Barton, Nancy E/Rudin, Stephen A., Business Judgment Rule 15; Merkt, Hanno/Göhnel, Stephan, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht 2, Aufl 428 Rz 846; gegen

die Überzeugungskraft dieses Arguments von Hein, Jan, Rezension 91Stf, der darauf hinweist, dass Richter (auch in den USA) sich ja auch in anderen komplexen Fällen wie der Arzthaftung, wo sie ebenfalls über viel weniger Sachverstand verfügen als der Beklagte, nicht von einer Beurteilung abhalten liessen. Dies trifft zwar zu, doch werden in Verfahren, wo vor allem technische und naturwissenschaftliche Zusammenhänge zu erforschen sind, auch von amerikanischen Gerichten wohl Sachverständige beigezogen, wohingegen bei unternehmerischen Entscheidungen von Leistungsorganen dieser – grundsätzlich ja auch gegebenenfalls Möglichkeit – die US-Gerichte offenbar sehr skeptisch gegenüber stehen.

39 Canan v. Camper, Fin. Servs., Inc., 908 F.2d 1318, 1343 (seventh cir 1990); Block, Dennis J/Barton, Nancy E/Rudin, Stephen A., Business Judgment Rule 16f.

40 Vgl näher Block, Dennis J/Barton, Nancy E/Rudin, Stephen A., Business Judgment Rule 17 f mwN aus der Rechtsprechung.

41 Vgl Merkt, Hanno/Göhnel, Stephan, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht 2, Aufl 428 Rz 850 unter Verweis auf die Chicago School of Economics.

Auf die – gar nicht so einfache – Problematik der Abgrenzung von unternehmerischen (Ermessens-) Entscheidungen und gesetzlich, vertraglich oder durch Satzung gebundenen Entscheidungen wird im Zusammenhang mit der Erörterung der Rechtslage in Deutschland eingegangen.

b) Fehlen eines Interessenkonfliktes (disinterested judgment)

Um den Schutz der Business Judgment Rule in Anspruch nehmen zu können, darf ein director bei seiner Entscheidung nicht in einem Interessenkonflikt beladen sein. Bei diesem Thema handelt es sich um jenes, das vermutlich die meiste Aufmerksamkeit der Gerichte und auch des Schrifttums auf sich gezogen hat: die Anzahl der Entscheidungen ist bereits unübersehbar.⁴⁶

Unterschieden wird herkömmlich zwischen «independence» und «disinterestedness»: «independent», also unabhängig, ist ein director, wenn er nicht solchen äusseren, unternehmensfremden Einflüssen unterliegt, von denen anzunehmen ist, dass sie seine Entscheidung beeinflussen. Die Bedeutung und Abgrenzungsschärfe des Kriteriums scheint etwas unklar zu sein;⁴⁷ der Sache nach geht es primär um directors, die von bestimmten Aktionären oder Interessengruppen dominiert werden.⁴⁸ Betont wird dabei freilich, dass der blosser Umstand der Entsendung oder Nominierung zB durch einen Aktionär oder eine sonstige Stelle nicht ausreicht, um die Unabhängigkeit eines director in Zweifel zu ziehen, denn dabei handelt es sich um den üblichen Weg, wie man director werde.⁴⁹ Ein director, der Rechtsanwalt, Banker oder Lieferant ist und dessen Unternehmen ein ins Gewicht fallendes Entgelt von der Gesellschaft oder ihren verbundenen Unternehmen erhält, wird als nicht unabhängig betrachtet; freundschaftliche Beziehungen, Mitgliedschaft im selben Golfclub und sonstige gesellschaftliche Verflechtungen reichen dagegen nicht aus.⁵⁰

«Disinterested» ist ein director dann, wenn er kein persönliches wirtschaftliches Interesse an der Transaktion besitzt, das nicht in gleicher Weise von allen Aktionären geteilt wird.⁵¹

Dabei wird nicht formalistisch, sondern nach wirtschaftlichen Kriterien vorgegangen. Der Sache nach geht es überwiegend um Fälle, bei denen die *duty of loyalty* betroffen ist bzw. verletzt wurde. Das persönliche, finanzielle Interesse eines director kann daher auch gegeben sein, wenn ein naher Angehöriger beteiligt ist oder ein Unternehmen, an dem der director ein Interesse hat. Ein Inter-

senkonflikt kann auch dann vorliegen, wenn der Kläger nachweisen kann, dass der primäre oder gar alleinige Zweck einer Entscheidung der war, dem director bzw. seinen Kollegen im Board ihre Funktion (und das damit verbundene Einkommen) zu erhalten.⁵²

Freilich gibt es auch eine «de minimis-Regelung», weil nach der Rechtsprechung der Gerichte insbesondere von Delaware ein klagernder Aktionär die durch die Business Judgment Rule begründete Vermutung sorgfältigkonformen Handelns nur dann widerlegen kann, wenn er darzut, dass das Eigeninteresse⁵³ des director ein erhebliches (*materiality*-Kriterium) ist und zweitens, dass sich das Eigeninteresse des director oder der betroffenen directors auch auf die Unabhängigkeit des Board in seiner Gesamtheit auswirkt.

Das erstinstanzliche Gericht von Delaware, der Court of Chancery, erliederte dieses Problem an einem interessanten (hypothetischen) Beispiel: Zwei directors sind zu 35% bzw. 10% an einer Gesellschaft mit einer Marktkapitalisierung von USD 100 Mio. beteiligt, die um USD 160 Mio. in cash verkauft werden soll. Die beiden directors (und gleichzeitige officers) beherrschen den Board mehrheitlich. Beide haben ein «salary package» von USD 550.000,00 jährlich. Teil der Transaktion ist, dass beide directors im Amt bleiben und künftig Entgelt in der doppelten Höhe beziehen. Das Gericht meinte in diesem Zusammenhang, dass in dem Fall, dass ein Aktionär nicht den Nachweis erbringen könne, dass tatsächlich die directors ein höheres Übernahmeangebot abgelehnt hätten, die blosser Behauptung, sie hätten die Transaktion «durchgedrückt», weil sie an einem Verbleib im Board und höheren Einkommen interessiert gewesen seien, nicht ausreichen könne, um die beklagten directors in die Position zu versetzen, die Sorgfaltspflicht ihres Handelns nachzuweisen («entire fairness standard»; dazu noch unten).⁵⁴

c) Angemessene Informationsgrundlage («informed judgment»)

(i) Voraussetzungen

Ausgehend werden kann die Business Judgment Rule von einem Kläger auch dann, wenn dieser darzut, dass die directors nicht auf angemessener Informationsgrundlage («*informed basis*») ihre Entscheidung getroffen haben. Dies wird auch als «due care-Kriterium» bezeichnet,⁵⁵ was insofern etwas missverständlich ist, als das Kriterium nicht auf die «*duty of care*» als solche abzielt, sondern letztlich ein weniger inhaltliches, denn prozedurales ist.⁵⁶

Grundsätzlich müssen die directors sich vor Fällung einer Entscheidung mit allen Informationen vertraut machen, die ihnen vernünftigerweise zugänglich

46 Vgl. näher *Block, Dennis J/Barton, Nancy E/Radin, Stephen A.*, Business Judgment Rule 41ff; Vgl. auch *Merki, Hanno/Gähnel, Stephan*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht 2, Aufl. 431 Rz 855ff.

47 *Merki, Hanno/Gähnel, Stephan*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht 2, Aufl. 431f erwähnen das Kriterium der «independence» gar nicht eigens.

48 Vgl. *Block, Dennis J/Barton, Nancy E/Radin, Stephen A.*, Business Judgment Rule 45f mwN.

49 *Amosson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 816 (Del. 1984).

50 Vgl. *Block, Dennis J/Barton, Nancy E/Radin, Stephen A.*, Business Judgment Rule 46.

51 *Block, Dennis J/Barton, Nancy E/Radin, Stephen A.*, Business Judgment Rule 43.

52 *Block, Dennis J/Barton, Nancy E/Radin, Stephen A.*, Business Judgment Rule 44 mwN.

53 Vgl. *Cade & Co. v. Technicolor, Inc.*, 634 A.2d 345 (Del. 1993), (Del. 1995).

54 Vgl. die Wiedergabe des Beispiels bei *Block, Dennis J/Barton, Nancy E/Radin, Stephen A.*, Business Judgment Rule 48f.

55 So im Einleitungssektoren von *Block, Dennis J/Barton, Nancy E/Radin, Stephen A.*, Business Judgment Rule 74.

56 Vgl. die Kritik von *Hammerl, Christian*, GesRZ 1990, 88 und unten I.C.

sind.⁵⁷ Dabei wird aber betont, dass die Entscheidung darüber, welche Informationen die directors sich vernünftigerweise beschaffen, wiederum eine unternehmerische Entscheidung ist, die den Schutz der Business Judgment Rule in Anspruch nehmen kann, denn es gelte ja unter anderem, die Kosten zusätzlicher Informationsverlangung gegen deren erwarteten Nutzen abzuwägen: «*Just how much information prudence requires before a decision is made is itself a question that calls for informed judgment of the kind courts are not equipped to make.*»⁵⁸ Dies bedeutet im Ergebnis, dass nur (nach europäischem Verständnis) grob fahrlässiges Verhalten der directors bei der Informationsbeschaffung diesen den «Schutzmantel» der Business Judgment Rule wegzieht.⁵⁹

(ii) *Der Fall Smith v. Van Gorkom*

Der 1985 vom Delaware Supreme Court entschiedene Fall *Smith v. Van Gorkom*⁶⁰ wird als eine Art «leading case» im Zusammenhang mit der Business Judgment-Rechtsprechung US-amerikanischer Gerichte betrachtet. Denn nicht nur im US-Schrifttum wird dem Sachverhalt und der Begründung dieser Entscheidung besonderer Raum gewidmet – auch in vergleichsweise knappen und sehr knappen Darstellungen der Business Judgment Rule durch kontinentaleuropäische Kommentatoren kommt diese Entscheidung stets prominent vor.⁶¹

Der Sachverhalt soll hier ebenfalls komprimiert geschildert werden: Jerome Van Gorkom war Chairman und Chief Executive Officer (CEO) der börsennotierten Gesellschaft Trans Union, an der er auch ein grösseres (aber eben keine Kontrolle vermittelndes) Aktienpaket hielt. Das Management von Trans Union gelangte im Sommer 1980 zur Auffassung, dass der Aktienkurs der Gesellschaft, der in den letzten fünf Jahren zwischen USD 24 ¼–39 ½ geschwankt war, wegen der mangelnden Möglichkeit der Nutzung steuerlicher Verlustvorträge unterbewertet sei. Ohne den Board of Directors zu konsultieren, schlug Van Gorkom seinem Bekannten und als Übernahmeprofis geltenden Jay Pritzker vor, Trans Union zu einem Preis von USD 55,00 pro Aktie in einem «cash out merger» mit einer von Pritzker kontrollierten Gesellschaft zu erwerben. Diesen Vorschlag von Van Gorkom griff Pritzker auf und machte nach einigen Besprechungen mit ihm im Laufe einer Woche am 18. September 1980 ein auf drei Tage befristetes Angebot zur Übernahme um einen Preis von USD 55,00 pro Aktie. Am nächsten Tag (19. September 1980) berief Van Gorkom ein Board-Meeting für den Tag darauf (20. September 1980) ein, ohne aber die Directors über den Zweck der Sitzung zu informieren. Dem Top Management von Trans Union teilte Van Gorkom eine Stunde vor Beginn des Board Meeting die beabsichtigte Transaktion mit. Mit Ausnahme von zwei officers, die Van Gor-

kom etwas früher konsultiert hatte, war die Reaktion des Managements klar ablehnend («*completely negative*»). Das Board Meeting begann mit einer zwanzigminütigen Präsentation durch Van Gorkom, der die Bedingungen des geplanten Mergers erklärte. Im Hinblick darauf, dass die vorgeschlagenen Bedingungen Trans Union gestärkten, innerhalb von 90 Tagen bessere Angebote anzunehmen (nicht aber, sich darum aktiv zu bemühen⁶²) erklärte Van Gorkom, der Markt werde zeigen, ob das Angebot von USD 55,00 pro Aktie ein fairer Preis sei und forderte den Board auf, den Aktionären die Möglichkeit zu geben, das Angebot anzunehmen oder abzulehnen. Van Gorkom erwähnte nicht, dass es nicht Pritzker gewesen war, sondern er selbst, der den Preis von USD 55,00 vorgeschlagen hatte. Der Chief Financial Officer (CFO) von Trans Union, der bei einer Sitzung vor dem Board Meeting die Transaktion abgelehnt hatte, dessen Meinung den Board-Mitgliedern aber nicht präsentiert worden war, teilte dem Board mit, dass er erst am selben Morgen von der Sache erfahren habe und grobe Kalkulationen weder einen fairen Preis noch eine Bewertung der Gesellschaft ergeben hätten. Der CFO erklärte dann, dass er – obwohl nicht in der Lage, eine Beurteilung über einen angemessenen Preis abzugeben – einen Preis von USD 55,00 noch als «*am unteren Rand des Angemessenheitsspielraumes*» sähe.

In der Sitzung wurde auch die Meinung eines unabhängigen Rechtsanwaltes präsentiert, der ausführte, dass die directors «*unabhängig voneinander*», wenn sie das Angebot von Pritzker ablehnten. Am Ende der zwanzigminütigen Sitzung stimmte der Board dem Vorschlag von Pritzker zu, und Van Gorkom unterschrieb das Merger Agreement am selben Abend bei einem gesellschaftlichen Anlass. Weder Van Gorkom noch irgendein anderer director lasen die Vereinbarung vor der Unterfertigung. Trans Union kündigte ein «*endgültiges*» («*definitive*») Merger Agreement für 22. September 1980 an, ohne jedoch die nach dem Vertrag beschriebenen Möglichkeiten der Gesellschaft zu erwähnen, bessere Angebote zu erlangen. Am 10. Februar 1981 stimmten die Aktionäre zu.⁶³

Der Delaware Supreme Court bestätigte zwar die grundsätzliche Anwendbarkeit der Business Judgment Rule, gelangte hier aber zur Auffassung, dass die directors sich nicht angemessen informiert, sondern sich von Van Gorkom und Pritzker in eine arrangierte Nacht- und Nebelaktion («*fast shuffle*») hätten hineinziehen lassen.⁶⁴ Das Gericht lehnte auch die Stichweise der geklagten directors ab, dass die von Pritzker offerierte Prämie über dem Börsenkurs von zwischen 39% und 62% (abhängig von der Berechnungsmethode) die Zustimmung des Boards indiziere. Denn eine solche Prämie über dem Börsenkurs für sich sei unbestimmt, wenn sie nicht auf seriösen Berechnungen und Bewertungen beruhe, die den Wert des Kautobjektes widerspiegeln. Solche Bewertungen habe es aber im vorliegenden Fall überhaupt nicht gegeben. Dabei anerkannte das Gericht, dass bei Verkauf eines Unternehmens nicht notwendigerweise ein

57. *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 812 (Del 1984); *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d at 872 (Del 1985).

58. *Fitchild Camera* (1988–1989) *Transfer binder Fed Sec 1, Rep (CCCH)* at 90,104.

59. *Merkt, Hamnoff/Gähnel, Stephan*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht 2, Aufl 432 Rz 858.

60. 488 A.2d 858 (Del) 1985.

61. So insbesondere bei *Merkt, Hamnoff/Gähnel, Stephan*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht 432ff Rz 859ff; Vgl auch *Hammerl, Christian*, *GesRZ* 1990, 88.

62. Vgl den Sachverhalt bei *Block, Dennis J/Barron, Nancy E/Radin, Stephen A.*, *Business Judgment Rule 146ff*, ähnlich die Wiederholung bei *Merkt, Hamnoff/Gähnel, Stephan*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht 2, Aufl 432f Rz 859.

63. *Merkt, Hamnoff/Gähnel, Stephan*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht 433 Rz 860.

externer Berater wie zB Investmentbanker beigezogen werden müsse, weil manehmal die «company insiders» vertrauter mit dem Geschäft der Gesellschaft und deren Bewertung seien. Das Gericht verwarf auch den Einwand der directors, dass der «market tests», der die Abgabe höherer Angebote für Trans Union ermöglichte, es für die directors entbehrlich mache, nähere Berechnungen und Bewertungen anzustellen. Denn es sei eben nicht so gewesen, dass der ganze Markt Trans Union gleichsam als zum Verkauf stehend angesehen hätte, weil es der Gesellschaft ja vertraglich verboten gewesen sei, sich aktiv um höhere Angebote zu bemühen oder Informationen zur Verfügung zu stellen, die nicht schon öffentlich bekannt gewesen seien und weil ausserdem die öffentliche Ankündigung der Gesellschaft noch auf ein «ungedultiges» Merger Agreement verwies, das erzielt werden müsse. Ebenso wenig beeindruckte im Ergebnis den Delaware Supreme Court der Umstand, dass der Board von Trans Union durch fünf outside directors besetzt war, von denen immerhin vier Chief Executive Officers von grösseren Gesellschaften waren und der fünfte ein angesehener Ökonom und Kanzler einer Universität mit «78 Jahren an addierter Erfahrung als Chief Executive Officers».

Zu der von Van Gorkom dem Board präsentierten legal opinion, wonach die directors bei Ablehnung des Angebotes von Pritzker möglicherweise geklagt werden könnten, meinte das Gericht nur lapidar und trocken, dass Directors, wenn sie mit komplizierteren Entscheidungen zu tun hätten, letztlich immer mit dem Risiko einer Aktionärsklage leben müssten, gleichgültig, was sie täten.

Schliesslich verneinte der Delaware Supreme Court auch, dass die Zustimmung der Aktionäre das Verhalten des Board sanfter hätte. Denn das Gericht verwies auf zahlreiche Unrichtigkeiten und irreführende Unvollständigkeiten des proxy statement, das die Aktionäre erhielten und in dem insbesondere das geringe Ausmass an Information der directors und die Unterlassung der Einleitung seriöser Bewertungen nicht offengelegt worden sei. Auch der blosser Verweis auf den «substanzialen Aufschlag» zum Börsenkurs wäre ohne Hinweis darauf, dass dieser Aufschlag keinerlei Bewertung unterzogen worden sei, schlicht irreführend.

Die Entscheidung löste eine ungeheure und bis dahin nicht gekannte Flut an Kommentaren und auch viele negativen Stellungnahmen aus.⁶⁴

Letztlich endete der Fall mit einem Vergleich durch Zahlung eines Betrages von USD 23,5 Mio., an dem sich je zur Hälfte die Haftpflichtversicherer der Board-Mitglieder und Pritzker beteiligten.⁶⁵

64 Vgl. Block, Dennis J/Barton, Nancy E/Rudin, Stephen A., Business Judgment Rule 151f. Merkt, Hanno/Gähnel, Stephan, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht 2, Aufl 434f Rz 862ff mwN zum US-Schrifttum 434 Rz 862 Fn 103; vgl. auch die Kritik bei Hammerl, Christian, GesKRZ 1990, 88: «Überreaktion».

65 Vgl. Merkt, Hanno/Gähnel, Stephan, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht 2, Aufl 435 Rz 864.

d) Vernünftiges Handeln im Interesse der Gesellschaft («rational beliefs»)

Nach der Business Judgment Rule wird auch vermutet, dass die directors in dem ehrlichen Glauben handelten, dass das Geschäft im besten Interesse der Gesellschaft – oder besser gesagt der Aktionäre – liege.⁶⁶

Dies wird in der amerkanischen Diskussion auch als «good faith»-Kriterium bezeichnet.⁶⁷

Der Sache nach werden hier für einen Kläger ziemlich hohe Hürden aufgestellt, denn Gerichte betonen, dass die Business Judgment Rule in diesem Punkt nicht dadurch aus den Angeln gehoben werden könne, dass ein Kläger bloss aus Schlussfolgerungen bestehende Behauptungen betreffend «bad faith» vortrage. Vielmehr müsse es sich um Fakten handeln, «Schlechthgläubig» in diesem Sinne handelten die directors zB, wenn nachgewiesen werden könne, dass sie wissenschaftlich und bewusst für die Aktionäre relevante Informationen zurückgehalten hätten, um diese in die Irre zu führen.⁶⁸

Im Fall *Smith v. Van Gorkom* befand der Delaware Supreme Court interessanterweise, dass die directors von Trans Union zwar grob fahrlässig handelten, attestierte ihnen aber «good faith conduct». ⁶⁹ Auch dies zeigt, dass die Hürde für Aktionäre eine hohe ist, wenn die Business Judgment Rule unter Verweis darauf aus den Angeln gehoben werden soll, die directors hätten nicht im guten Glauben gehandelt, das Interesse der Gesellschaft bzw der Aktionäre bestmöglich zu verwirklichen.

Im Fall *Hanson Trust PLC v. ML SCM Acquisition, Inc.* ⁷⁰, wo es um einen Übernahmefall und den Versuch des Managements ging, sich gegen eine Übernahme durch Hanson zu schützen, beschleunigte das New Yorker Gericht dagegen den directors das Fehlen von «good faith».⁷¹

e) Kein Exzess («no abuse of discretion»)

Gelegentlich wird als fünftes Kriterium, das aber mit dem gerade besprochenen des «good faith» eng zusammenhängt, genannt, dass die Business Judgment Rule dann ausser Kraft gesetzt wird, wenn die Entscheidung bzw das getätigte Geschäft keinerlei erkennbaren, vernünftigen Unternehmenszweck verfolgt.⁷²

66 *Amoson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 812 (Del 1984).

67 Vgl. Block, Dennis J/Barton, Nancy E/Rudin, Stephen A., Business Judgment Rule 80f.

68 Vgl. aber auch Merkt, Hanno/Gähnel, Stephan, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht 2, Aufl 436 Rz 868, der von «rational belief» spricht und meint, es werde «unzweifelhaft mehr verlangt als ein bloßes good faith judgment».

69 Vgl. Block, Dennis J/Barton, Nancy E/Rudin, Stephen A., Business Judgment Rule 82.

70 *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d at 873 (Del 1985); Block, Dennis J/Barton, Nancy E/Rudin, Stephen A., Business Judgment Rule 152.

71 Wahl zu Recht kritisch Hamnerl, Christian, GesKRZ 1990, 89, der darauf hinweist, dass «dieses Kriterium im Größtfließen zur Identifizierung von schwer pflichtverletzigen Handeln seinen Platz hat und im Grunde bedingte Vorsichtfahrlässigkeit oder wenigstens absichtliche Fahrlässigkeit impliziert».

72 Vgl. dazu Block, Dennis J/Barton, Nancy E/Rudin, Stephen A., Business Judgment Rule 84ff.

Man kann dies wohl als «Exzesskontrolle» oder als Ermessensmissbrauchskontrolle verstehen.

Dieses Kriterium ist aber unstritten. So entschied der Delaware Court of Chancery in der Sache *R/R Nabisco Inc. Shareholders litigation*⁷³ (folgendermaßen: Eine Überprüfung von Entscheidungen zu ermöglichen, die von «*strictly disinterested directors in good faith and with appropriate care*» getroffen worden seien, würde bedeuten, aus Gerichten «Super-Direktoren» zu machen («... is to make of Court super-directors»)⁷⁴

In einer anderen Entscheidung wird der Fall von «*abuse of discretion*» als «*theoretical exception*» bezeichnet.⁷⁵

C. Kritische Würdigung

Die Business Judgment Rule ist offensichtlich – insbesondere in der Rechtsprechung der das US-amerikanische Gesellschaftsrecht dominierenden Gerichte des Bundesstaates Delaware – ein relativ verlässlicher Schutzschirm für Manager gegen erfolgreiche Haftungs-Inanspruchnahme. Dabei bedient sich die Gerichtsbarkeit einer – ihrem Kern nach als nach traditionell-kontinentaluropäischem Verständnis dem Prozessrecht zuzuordnenden Beweislastregel (dazu unten IV.) konzipierten – Methode, die einem von der deutschen, österreichischen oder in anderen Ländern praktizierten Rechtsprechung in gleicher Weise vorgehenden Problem Rechnung trägt: Zumindest im engeren Sinne unternehmerische Entscheidungen des Managements (wie die Durchführung einer komplexeren Anlagens-Investition, der Kauf und Verkauf von Unternehmen, die Entwicklung neuer Produkte oder der Eintritt in neue Märkte, etc) erschliessen sich einer gerichtlichen (ohne die Management-Entscheidung mit grossem Aufwand nachvollziehende Sachverständige auskommenten) Überprüfung nur dann, wenn man die Entscheidung des Managements in vergleichsweise formale Kriterien – wie das Bestehen oder das Nichtbestehen eines Interessenskonfliktes oder die Einholung angemessener Informationen – zerlegt. Die «Vernünftigkeit» der unternehmerischen Entscheidung selbst ist dabei im Falle der Einhaltung der «formalen» Voraussetzungen nur selten anstossbar. Die damit produzierten Ergebnisse US-amerikanischer Gerichte dürfte sich meinem Eindruck nach von dem, was deutsche und österreichische Gerichte in ähnlichen Fällen (zumindest seit ein paar Jahren) entscheiden würden, aber nicht allzu häufig unterscheiden. Aus österreichischer Sicht lässt sich sagen, dass es so gut wie keine einzige höchstgerichtliche Entscheidung in den letzten Jahrzehnten gibt, die Manager wegen inhaltlicher Fehlbeurteilung einer unternehmerischen Entscheidung zu Schadensersatz verurteilt hat. Für Deutschland fällt dieser Befund in Anbetracht des schon

wegen der Grösse des Landes deutlich zahlreicheren Justizmaterialials nicht ganz so, aber in der Tendenz ähnlich aus. Der Unterschied im richterlichen Verständnis zB zwischen Österreich und den USA besteht aber darin, dass die Skepsis der Gerichte gegenüber ihrer eigenen Fähigkeit und Verpflichtung zur Nachprüfung unternehmerischer Entscheidungen des Managements ein tieferwurzeltes «Dogma» ist, das auch in zahllosen Entscheidungen ganz offen angewand ausgesprochen wird, wohingegen zumindest in eine ähnliche Richtung tendende Ausführungen sich in Entscheidungen des österreichischen OGH erst in jüngster Zeit finden (dazu unten III.A.).

Nicht verkannt werden sollte, dass eine «Regel» wie die Business Judgment Rule und generell jede richterliche Methodik, die die Rechtmässigkeit unternehmerischer Entscheidungen weniger an inhaltlichen, denn an prozeduralen Standards (Einholung erforderlicher Zustimmungen, Vorbereitung von Sitzungen, Verteilung entsprechender Informationen, Einholung externer Berater-Experten, etc) misst, Gefahr läuft, inhaltlich zumindest fragwürdige Entscheidungen wegen korrekter Einhaltung aller formalen Standards zu pardonnieren, hingegen bei inhaltlich oder von ihrem Ergebnis her akzeptablen Transaktionen (gerade der berühmte Fall *Smith v Van Gorkom* wäre so ein Beispiel) Manager einer Haftung zu unterziehen, weil sie sich aufgrund Verletzung formaler Kriterien nicht freibeweisen können. Das ist aber heilbe kein rein US-amerikanisches Problem.

So könnte man – wenn man sich die beiden berühmten Entscheidungen *Smith v Van Gorkom*⁷⁶ und den «Fall *Disney/Ovitz*»⁷⁷ gemeinsam vorgegenwärtigt – durchaus zur Ansicht gelangen, der Board of Directors im Fall *Van Gorkom* habe trotz der enormen Eile eine im Ergebnis viel «herzeigbarere» Entscheidung getroffen, nämlich eine Gesellschaft immerhin um zwischen 39% und 62% über dem Aktienkurs, je nach Kalkulation, verkauft, als das Compensation Committee von Disney bei der Genehmigung des Abschlusses und letztlich der Auszahlung (nach nur 15 monatiger erfolgreicher Tätigkeit) des nicht ordentlich kündbaren Fünf-Jahres-Verrages für Michael Ovitz im Betrag von USD 130 Mio., womit die Tatsache in Widerspruch stehe, dass die directors von Trans Union im Fall *Van Gorkom* verurteilt, jene im Fall *Disney/Ovitz* aber durch die Business Judgment Rule geschützt wurden.

Ob in diesen beiden, sehr bekannten und vom selben Gericht stammenden, wenigstens 20 Jahre auseinander liegenden Entscheidungen ein Wertungswiderspruch zueinander ausgemacht werden kann, bedürfte sehr eingehender und den vorgegebenen Rahmen klar sprengender Untersuchung; Faktum ist, dass auch die Mitglieder des Compensation Committee von Disney die Entscheidung, Herrn Ovitz als director zu engagieren, sehr schnell trafen, gar keine richtige Sitzung abhielten und sich mit den vorhandenen Experten nicht einmal richtig

73 [1988–89 Transfer binder] Fed Sec L. Rep (CCH) 94, 194 (Del Ch Jan 31, 1989).

74 *Black, Dennis J/Barton, Nancy EdRadin, Stephen A.*, Business Judgment Rule 86.

75 *Gagliardi v. Tri Foods International, Inc.* 683 A.2d 1049 (Del Ch 1996); *Black, Dennis J/Barton, Nancy EdRadin, Stephen A.*, Business Judgment Rule 86f.

76 488A.2d 858 (Del 1985).

77 *The Walt Disney Co Derivative litigation*, 907A.2d 693 (Del Ch 2005); durch den Delaware Supreme Court bestätigt (vgl ausführlich unten V. A. 1. und 2.).

belasten; dem steht aber immerhin der Umstand gegenüber, dass die Aufnahme eines einzelnen (wenn auch sehr hoch bezahlten) director (der ausserdem den Compensation Committee-Mitgliedern persönlich bekannt und ein einflussreiche Persönlichkeit in Hollywood war) eine ungleich weniger komplexe Entscheidung ist als der Verkauf des gesamten Unternehmens oder ein Merger.

Abgesehen davon ist die zwar nicht ungeteilte, aber doch sehr massive Kritik an der Entscheidung des Delaware Supreme Court im Fall *Van Gorkom*⁷⁸ – immerhin bezeichnete einer der beiden dissenting opinions zumindest insoweit nicht das Urteil als «*comedy of errors*»⁷⁹ – meines Erachtens zumindest insofern nicht ganz verständlich, als dem Delaware Supreme Court vorgezogen wird, er habe dies bis dahin anerkannte System der Business Judgment Rule verlassen.⁸⁰ Es wird zwar im US-Schrifttum heute überwiegend betont, dass die *Van Gorkom*-Entscheidung den Beginn der takeover-Rechtsprechung des Delaware Supreme Court markiere,⁸¹ und oft wird von einer «*modified business judgment rule*» in diesem Zusammenhang gesprochen, doch sehe ich hier keinen Systembruch und auch im Kern keine «Modifikation». Kritik am Urteil im Fall *Van Gorkom* ist und vielmehr letztlich Kritik an der Business Judgment Rule an sich. Die Intensität der Informationen, die sich ein Board/Vorstand zu besorgen hat, muss mit der Bedeutung der Entscheidung ja *graduiert* steigen.⁸² Ein Takeover ist auf dieser Skala ohne Zweifel ganz weit oben angesiedelt. Dass die Art der Entscheidungsfindung betreffend den «cash out-Merger» von Trans Union und einer von Privater kontrollierten Gesellschaft der Art der Transaktion in keiner Weise adäquat war,⁸³ kann man auch bei Anlegung eines liberalen (zB im Fall *Disney/Ortiz* herangezogenen) Massstabes mit nicht ernsthaft bezweifelbar. Nach österreichischem (und auch deutschem) aktienrechtlichen Verständnis würde man eine auf diese Art und Weise getroffene Entscheidung als objektiv sorgfältigswürdig, dh rechtswidrig betrachten.⁸⁴ In einem solchen Fall hätten sich auch nach deutschem und österreichischem Recht die geklagten Direktoren/Vorstandsmitglieder frei zu beweisen und darzulegen, dass sie die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäfts-

leiters eingehalten haben oder gar kein Schaden⁸⁵ eingetreten ist oder dieser Schaden auch bei sorgfältigkonformem Verhalten (rechtmässigem Alternativverhalten) eingetreten wäre.⁸⁶

*Merkel/Göhrel*⁸⁷ weisen zutreffend darauf hin, dass durch das Zusammenfallen von Duty of Care-Standards und Business Judgment Rule aus der *negligence*-Haftung (für einfache/leichte Fahrlässigkeit) eine Haftung für *recklessness* wird, was der groben, eher schon (in österreichischer Terminologie) der «krassgroben» Fahrlässigkeit entspricht.

Auch das ist aber insofern nicht so «sensational», als es nach meiner diesbezüglich langjährigen Erfahrung als Berater auch in Österreich zumindest der *de facto* bestehenden Situation entspricht. Man kann – etwas überspitzt – ohne weiteres sagen, dass die leichte Fahrlässigkeit bei der Vorstandshaftung keine praktisch relevante Kategorie ist. Dies ergibt sich naturgemäss aus dem – eben auch von deutschen und österreichischen Höchstgerichten zumindest in den letzten Jahren explizit dem Management zugebilligten – relativ breiten Ermessensspielraum, dessen *wesentliche* Überschreitung erst haftungsbegründend ist⁸⁸ und dann in aller Regel zumindest *grobe* Fahrlässigkeit indiziert.

85 Vom Schadensschweis wäre die Gesellschaft natürlich auch nach österreichischem Recht nicht befreit, und das wäre im Fall *Van Gorkom* durchaus spannend. Dass dieser Fall in Österreich nicht in derselben Weise vor Gericht landen könnte, liegt aber vor allem daran, dass es hier ja nicht um einen Fall der Innenhaftung der Geschäftsführer geht und die Gesellschaft selbst bei einem zu billigen Verkauf ja gar keinen Schaden erleidet, der Schaden der Aktionäre gegenüber dem Management aber nach österreichischem Recht nur in ganz speziellen Fällenituationen geltend gemacht werden kann.

86 Der Fall *Van Gorkom* könnte im übrigen einen prominenten «Nachfolger» bekommen. Denn gegen das Management der Bank of America werden derzeit im Zusammenhang mit dem Einbruch von Merrill Lynch ebenfalls Vorwürfe erhoben, es sei eine völlig übertriebene Einschränkung auf unrichtiger oder sogar irrtümlicher (weil bestehende Risiken und zugestandene Bonuszahlungen verschweigender oder falsch darstellender) Informationsgrundlage getroffen worden. Freilich hat der Fall *Bank of America/Merrill Lynch* nicht nur vor dem Hintergrund der damals voll ausgebrochenen globalen Finanzkrise und dem zumindest damals noch befürchteten «Super-GAU», sondern auch deshalb eine ganz besondere Note, weil der CEO der Bank of America sich zu damit rechtfertigte, dass er von US-Finanzminister unter enormen Druck gesetzt worden sei, das angeschlagene Unternehmen Merrill Lynch rasch zu übernehmen. An sich wäre dies geradezu ein «Lehrbuchfall» für die Erprobung des Stellenwertes des in § 70 Abs 1 öAKG verankerten «*öffentlichen Interesses*», das der Vorstand einer österreichischen Aktiengesellschaft (der aus dem dAKG 1937 stammenden Formel zufolge) bei Wahrung des Unternehmenswohles neben den Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer «*zu berücksichtigen*» hat. Dass eine Pleite von Merrill Lynch knapp nach dem Zusammenbruch von Lehman Brothers zur «Kernschmelze» der Finanzmärkte hätte führen können, die man auch mit noch so teuren Hilfpaketen vielleicht nicht hätte in den Griff bekommen können, darf als nicht unrealistische Einschätzung gelten. Dessen ungeachtet stellt sich für das Management einer privaten Gesellschaft die Frage, ob es seinen Aktionären aus solchen Erwägungen den Zusammenschluss mit einem «Toedekandidaten» zuzumuten darf.

87 *Merkel, Hamm/Göhrel, Stephan*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht 2, Aufl 421 Rz 832. So in D der BGH in der ARAG/Garnierbecke-E vom 21. April 1997, BGHZ 135, 244ff und in Ö der OGH 11. Juni 2008, GesfZ 2008, 378ff mit *Anna Kalas* = wbl 2008, 598ff mit *Anna U. Fongler* = ecolox 2008, 926ff mit *Ann Reich-Rohrigg* = GSt 2008, 356ff mit *Ann Schopper/Kapusch*.

78 Vgl *Merkel, Hamm/Göhrel, Stephan*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht 2, Aufl 434f Rz 862ff mwN, 434 Rz 103ff; Vgl auch *Hammerl, Christian*, GesfZ 1990, 88.

79 Vgl *Hammerl, Christian*, GesfZ 1990, 88.

80 Vgl die Nachweise bei *Merkel, Hamm/Göhrel, Stephan*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht 2, Aufl 434f Rz 862 mwN Fn 104.

81 Vgl auch *Hopf, Klaus/Roth, Markus* in *GrossKomm AktG*, 4. Aufl Nachtrag § 93 Rz 46 mwN.

82 Treffend *Hopf, Klaus/Roth, Markus* in *GrossKomm AktG*, 4. Aufl Nachtrag § 93 Rz 47.

83 Zur Erinnerung: Die Sitzung wurde von CEO und Aktionär Van Gorkom innerhalb der dreitägigen Angebotsfrist ohne Bekanntheit einer Tagesordnung einberufen und den anwesenden Board-Mitgliedern, die bei Sitzungsbeginn also gar nicht wussten, worum es ging, innerhalb von 20 Minuten eine Transaktion erklärt, die den Verkauf des gesamten Unternehmens zum Gegenstand hatte. Dass der Preis vielleicht angemessen war und die outside directors ihrer Qualifikation und Funktion in anderen Gesellschaften zufolge allesamt Vollprofis waren, ändert daran nichts.

84 *Schima, Georg*, Business Judgment Rule und Verankerung im österreichischen Recht, GesfZ 2007, 93ff, 96 mit einem ganz ähnlichen Beispiel.

II. Business Judgment Rule in Deutschland

A. Frühere Ansätze (insbesondere ARAG/Garmenbeck Entscheidung des BGH)

Schon lange vor der gesetzlichen Kodifizierung der Business Judgment Rule im dAKG war grundsätzlich anerkannt, dass dem Vorstand bei der Leitung der Gesellschaft ein unternehmerischer Ermessensspielraum zusteht.⁹⁵ Nicht zuletzt die Anzahl der Monographien zu Verantwortung und Leitungsaufgabe sowie zum unternehmerischen Ermessen des Vorstandes belegt dies.⁹⁶

Ob die von *Hommelhoff*⁹⁷ vor mehr als 25 Jahren aufgestellte These: „Vorstandsmassnahmen seien (nur) dann haftungsbezüglich, wenn sie unter allen nur denkbaren Aspekten betrachtet unternehmerisch schlechterdings unvermeidbar und daher evident falsch seien, der damals herrschenden «Rechtsüberzeugung» entsprach, kann man wohl mit gutem Grund bezweifeln. Betrachtet man z. B. die Freiburger Habilitationsschrift von *Schmidt-Leithoff*⁹⁸, die vor etwas mehr als 20 Jahren erschien, dann fällt auf, dass in dem (sehr detaillierten) Inhaltsverzeichnis nicht ein einziges Mal (!) der Begriff «(unternehmerisches) Ermessen» oder «Ermessensspielraum» oder «ein ähnlicher Begriff» aufsteht. Das Inhaltsverzeichnis verweist beim Begriff «Ermessen» gerade einmal auf eine einzige Fundstelle auf Seite 4, wo es lapidar heisst, dass die im AktG normierte eigenverantwortliche Leitung der Vorstand zu schöpferischer Gestaltung des Gesellschaftsschicksates innerhalb der durch Gesetz, Satzung und Gesellschaftsorgane bestimmten Schranken aufzufasse, was «ohne einen entsprechenden Ermessensspielraum nicht denkbar» sei.⁹⁹ Demgegenüber haben sich die Schwerepunkte in den monographischen Darstellungen der letzten zehn Jahre in Deutschland doch ziemlich radikal verschoben. Dazu gehört insbesondere auch die Befassung mit anderen Rechtsordnungen, denn das Problem der Verantwortung des Managements und des diesem zuzubilligenden Ermessensspielraums stellt sich ja international und im gegebenen Zusammenhang interessiert vor allem die Befassung mit der US-amerikanischen Business Judgment Rule.⁹¹

- 89 Vgl. zB *Hefemehl, Wolfgang in Gressler, Ernst/Hefemehl, Wolfgang/Lekand, Ulrich/Kroff, Bruno*, AktG (München 1973), § 76 Rz 14.
 90 Nur eine Auswahl der wichtigsten: *Hommelhoff, Klaus*, Die Konzernleitungspflicht (Köln, Berlin, Bonn, München 1982); *Schmidt-Leithoff, Christian*, Die Verantwortung der Unternehmensleitung (Tübingen 1989); *Minner, Siegmund*, Unternehmerische Entscheidungen und Haftung des Aufsichtsrates der Aktiengesellschaft (Köln 1993); *Roth, Markus*, Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstandes (München 2001); *Othmann, Martin*, Geschäftsführerhaftung und unternehmerisches Ermessen (2001); *Pöfgen, Walter*, G. Unternehmensrechtliche Entscheidungen und Rechtfertigung der Organe in der AG (2002).
 91 Konzernleitungspflicht 174.
 92 Die Verantwortung der Unternehmensleitung (1989).
 93 *Schmidt-Leithoff, Christian*, Verantwortung 4.
 94 Exemplarisch dafür die Arbeit von *Roth, Markus*, Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstandes (2001).

Der «Durchbruch» in der Rechtsprechung, der – retrospektiv betrachtet – zweifellos den Weg ebnete für die einige Jahre später erfolgte Kodifizierung der Business Judgment Rule im dAKG, erfolgte durch die «ARAG/Garmenbeck-Entscheidung» des BGH vom 21. April 1997.⁹⁵

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall ging es um eine in der Rechtsform einer AG geführte Rechtsschutzversicherung, deren Tochtergesellschaft (deren geschäftsführender Direktor ein mehrfach vorherbestrafter Elektroinstallateur war) eingeregnet waren, wobei die Brieftkastengesellschaft Kapital zu erheblicher Höhe dem Kapitalmarkniveau liegenden Zinsen entgegennahm und deutlich unterhalb des Marktniveaus verzinsten Kredite gewährte. Es handelte sich um eine Art «Schneeball-System», das schliesslich zusammenbrach, wodurch die Rechtsschutzversicherung und ihre Tochtergesellschaften einen Zinsausfallschaden von ca. DM 421.000,00 und einen weiteren Schaden von DM 80 Mio. erlitten. Denn die Rechtsschutzversicherung hatte Patronatsklärungen für die Rückführung von Bankkrediten übernommen. Die Patronatsklärungen waren von dem Vorstandsvorsitzenden der beklagten AG unterfertigt. Um dessen Haltung ging es in der Folge. Die Kläger waren Mitglieder des Aufsichtsrates der Rechtsschutzversicherungs-AG und bekämpften mit der Klage zwei Aufsichtsratsbeschlüsse, mit denen mehrheitlich die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches gegen den Vorstandsvorsitzenden der beklagten Partei abgelehnt worden war.

Der BGH hob die die Klage (entgegen der Einsinstanz) abweisende Entscheidung des Berufungsgerichtes auf und verwies zurück.

Dass diese Entscheidung des BGH gleichsam als unmittelbarer Vorläufer und Anknüpfungspunkt der gesetzlichen Kodifizierung der Business Judgment Rule im § 93 Abs 1 dAKG angesehen wird,⁹⁶ ist doch ein wenig erstaunlich. Denn der BGH anerkannte in der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung zwar – freilich mehr als obiter dictum – den dem Vorstand für die Leitung der Geschäfte der AG zuzubilligenden weiten Handlungsspielraum, ohne den unternehmerischen Handelns «schlechterdings nicht denkbar» sei, billigt aber im Anlassfall dem Aufsichtsrat – denn nur um die Überprüfung von dessen Entscheidung, Schadenersatzansprüche gegen den früheren Vorstandsvorsitzenden nicht geltend zu machen, ging es ja – bloss einen gegenüber dem bei unternehmerischen Entscheidungen dem Vorstand eingeräumten Ermessen nur stark eingeschränkten Beurteilungsspielraum zu.

Dem zunächst müsste der Aufsichtsrat bei der Prüfung, ob Schadenersatzansprüche gegen (frühere) Vorstandsmitglieder geltend zu machen seien, prüfen, ob solche Schadenersatzansprüche rechtlich bestünden. Dies erfordert die Feststellung des zum Schadenersatz verpflichtenden Tatbestandes in tatsächlicher wie

95 BGHZ 135, 244ff.

96 Vgl. *Hörn, Klaus J.*, *Roth, Markus*, in Gressler/Komm AktG 4, Aufl. Nachtrag § 93 Rz 7: «Das jedenfalls mit der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung vorliegende Richterrecht ist mit Abs 1 Satz 2 anders als in den USA kodifiziert.»

rechtlicher Hinsicht sowie eine Analyse des Prozessrisikos und der Bereikbaarheit der Forderung. Dabei habe der Aufsichtsrat den dem Vorstand zurubilligen den weiten Handlungsspielraum zu berücksichtigen. *«Gewinn der Aufsichtsrats den Eindruck, dass dem Vorstand das nötige Gespür für eine erfolgreiche Führung des Unternehmens fehlt, er also keine glückliche Hand bei der Wahrnehmung seiner Leitungsaufgabe hat, kann ihm das Verantwortung geben, auf dessen Abklärung hinzuwirken»*,⁹⁷ eine Schadensersatzpflicht komme daraus aber nicht abgeleitet werden. Eine solche komme vielmehr erst in Betracht, wenn die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, (ausschließlich dem Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältige Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen müssen, *deutlich überschritten* seien, die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspann worden sei oder das Verhalten des Vorstands aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten müsse.

Bei der Prüfung des Bestehens von Schadensersatzansprüchen und ihrer Durchsetzbarkeit komme aber, so der BGH, dem Aufsichtsrat kein die gerichtliche Nichtprüfbarkeit beschränkendes Ermessen zu. Die Haltbarkeit und Richtigkeit seiner Beurteilung der Erfolgsaussichten unterliege vielmehr vollter gerichtlicher Überprüfung, weil es hier nicht um Fragen des Handlungs- sondern des Erkenntnisbereiches gehe, für die allenfalls die Zuhilfenahme eines *«begrenzten Beurteilungsgespieltumens»* in Betracht kommen könne.

Auch für die auf der nächsten Stufe zu treffende Entscheidung, ob bei Bestehen von Schadensersatzansprüchen der Aufsichtsrat gleichwohl von einer Verfolgung des Anspruchs und damit von einer Wiederumsetzung des der Gesellschaft entstandenen Schadens absehen könne, habe der Aufsichtsrat keinen autonomen unternehmerischen Ermessensspielraum. Da die Entscheidung allein dem Unternehmenswohl verpflichtet sei, das grundsätzlich die Wiederherstellung des geschädigten Gesellschaftsvermögens verlange, werde der Aufsichtsrat von der Geltendmachung voraussichtlich begründeter Schadensersatzansprüche gegen einen pflichtwidrig handelnden Vorstand nur dann ausnahmsweise absehen dürfen, wenn gewichtige Interessen und Belange der Gesellschaft dafür sprächen, den ihr entstehenden Schaden ersatzlos hinzunehmen. Diese Voraussetzungen würden im Allgemeinen nur dann erfüllt sein, wenn die Gesellschaftsinteressen und Belange, die gegen die Geltendmachung des Ersatzes sprechen, die dafür sprechenden Gesichtspunkte überwiegen würden oder ihnen annähernd gleichwertig seien. Dabei dürfe der Aufsichtsrat auf Gesichtspunkte wie negative Auswirkungen auf die Geschäftstätigkeit und Ansehen der Gesellschaft in der Öffentlichkeit, Behinderung der Vorstandarbeit und Beeinträchtigung des

Betriebsklimas Rücksicht nehmen. Gesichtspunkte wie die Schonung eines verdienten Vorstandsmitgliedes oder das Ausmass der diesem durch die Betreibung dieses Schadens zugefügten Nachteile und Unannehmlichkeiten dürften hingegen nur in Ausnahmefällen Beachtung finden.

Die Verfolgung von mit hoher Wahrscheinlichkeit bestehenden Schadenersatzansprüchen gegenüber einem Vorstandsmitglied müsse daher, so der BGH, *«die Regel sein»*, ein Absehen von der Anspruchsverfolgung dagegen die Ausnahme.

Die Entscheidung stüss in Deutschland auf grosses Interesse und im Ergebnis überwiegend und zu Recht auf Zustimmung.⁹⁸ Auch in der nur zwei Monate danach vom BGH gefällten *«Siemens/Volk»*-Entscheidung⁹⁹ betonte das Höchstgericht das unternehmerische Ermessen des Vorstandes, was vor allem deshalb interessant ist, weil es dabei um den Ausschluss des Bezugsrechtes beim gemäßigten Kapital (ohne vorherige konkrete Begründung) ging, also um eine nicht *«klassisch»* unternehmerische, sondern um eine gesetzlich zumindest beschränkt gebundene Entscheidung (vgl zu dieser Differenzierung im Folgenden II.B.).

B. Kodifizierung in § 93 Abs 1 dAKtG

Mit dem Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) vom 22. September 2005 wurde in § 93 Abs 1 die Business Judgment Rule (bzw das, was der deutsche Gesetzgeber als deren von ihm wahrgenommenen Inhalte rezipiert hat und rezipieren wollte)¹⁰⁰ gesetzlich verankert. Nach § 93 Abs 1. 1. Satz, wonach die Vorstandsmitglieder bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftleiters anzuwenden haben, wurde folgender Satz eingefügt: *«Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.»*

Die Gesetzgebungsgeschichte war durchaus bewegt und durch – auch parlamentarische – Entwürfe und Gegenentwürfe gekennzeichnet.¹⁰¹

Der deutsche Gesetzgeber hat dabei das US-amerikanische Vorbild aber nicht vollständig übernommen und – worauf noch zurückzukommen sein wird – im Ergebnis sogar etwas geschaffen, das dem Regelungsanliegen der Business

98 Vgl *Dornth, Perry/Dornth, Walter, in: Senfner, Johannes/Schneek, Kersten*, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 3. Aufl (2009) § 13 Rz 114f mwN.

99 BGH 23. Juni 1997, ZIP 1997, 1499ff.

100 *Schma, Georg*, Business Judgment Rule und Verankerung im Österreichischen Recht, GesRZ 2007, 93.

101 Vgl *Fritscher, Holger*, «Die Business Judgment Rules» – Vom Richterrecht zur Kodifizierung, ZIP 2004, 685 ff; *Fritscher, Holger*, Das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts, NJW 2005, 3525 ff; *Roth, Moritz*, Das unternehmerische Ermessen des Vorstands, BB 2004, 1066 ff; *Hopt, Klaus/Roth, Moritz*, in: Gross/Konm, AKKG 4. Aufl Nachtrag § 93 Rz 1 ff mwN.

97 Dies ist mit einer hoch interessanten Passage der E, denn die Einfügung eines solchen Verhaltens als Abberufungsgrund in den – wenig leicht demonstrativen – Katalog des § 84 Abs 3 dAKtG bzw des praktisch inhaltsgleichen § 75 Abs 4 dAKtG wäre zumindest zu hinterfragen, weil das *«Fehlen einer glücklichen Hand»* für die Führung der Geschäfte zweifellos noch keine *«grobe Pflichtverletzung»*. ISd beiden älteren Gesetzesnormen ist.

Judgment Rule in ihrer US-amerikanischen Konzeption keineswegs entspricht. Nicht berücksichtigt hat der deutsche Gesetzgeber (und dies allein Anschein nach durchaus bewusst), dass die Business Judgment Rule nach US-amerikanischem Vorbild eine *Beweislastregel* ist und eine (widerlegliche) *Kenntnis-sorgfaltskonforme Handlung* begründet (dazu oben I. B. 1. und unten IV. A.). Wenn gesagt wird, dass der deutsche Gesetzgeber nicht die «*Unterscheidung von standards of conduct und standards of review sowie die Regelung der Beweislast*» übernommen habe,¹⁰² dann ist dies – worauf schon oben hingewiesen wurde – zumindest missverständlich. Die Business Judgment Rule des US-Richterrechts enthält keinerlei «*standards of conduct*» also keine Verhaltensanweisungen für directors; sie ist vielmehr eine Beweislastregel.¹⁰³ Indirekt lassen sich daraus natürlich insofern Verhaltensstandards ableiten, als das Handeln auf der Grundlage angemessener Information und das Fehlen von Interessenkonflikten (bei deren Existenz freilich eine Haltung noch keineswegs unabweichlich ist) eine gewisse – aber nur ganz vage – Richtschnur für das Vorstandshandeln vorgibt.

Der Gesetzesentwurf hatte mit seinem Verweis auf die «*grobe Fahrlässigkeit*» die den Vorstandsmitgliedern bei der Annahme, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln, nicht unterlaufen durfte, noch eine im Schrifttum kritisierte¹⁰⁴ Vermischung von Rechtswidrigkeit und Verschulden beibehalten. Durch die Gesetz gewordene Formulierung ist klargestellt, dass eine die Anwendungsvoraussetzungen¹⁰⁵ des § 93 Abs. 1, 2. Satz dAKtG erfüllende unternehmerische Entscheidung nicht pflichtwidrig, also nicht rechtswidrig ist.

Interessant ist, dass § 93 Abs. 1, 2. Satz dAKtG unter den Voraussetzungen für das Eingreifen der Business Judgment Rule das Fehlen eines Interessenkonfliktes nicht nennt. Einnommen werden kann dies nur der Regierungsbegründung, wonach das Organ unbeeinflusst von Interessenkonflikten, Fremdeinflüssen und ohne unmittelbaren Eigennutz handeln müsse.¹⁰⁶ Dies ist eine mE unglückliche Regelungstechnik, weil es sich dabei ja um eines der *zentralen* Elemente der Business Judgment Rule handelt und wesentliche gesetzliche Anwendungs voraussetzungen im Gesetzeswortlaut und nicht nur in den Erläuterungen zum Ausdruck kommen sollten.

Im gegebenen Zusammenhang kann auf die deutsche Regelung keineswegs umfassend eingegangen werden; herausgegriffen seien bloss zwei interessante

102 So *Hopt, Klaus/Roth, Marktes*, in GrossKomm AktG 4. Aufl. Nachtrage § 93 Rz. 7; vgl. auch näher von *Hein, Jan, Rezeption* 919 ff. 929 f.

103 von *Hein, Jan, Rezeption* 920.

104 Vgl. *Roth, Marktes*, BB 2004, 1066 ff.

105 Hier ist die Bezeichnung «Anwendungsvoraussetzungen» – anders als bei der Business Judgment Rule des US-Richterrechts, wo man besser von «Sichtanwendungsvoraussetzungen» sprechen sollte – deshalb gerechtfertigt, weil nach der in Deutschland ungesetzlichen Regelung, wie die Materialien betonen, das in Anspruch genommene Vorstandsmitglied die Voraussetzungen für das Eingreifen der Business Judgment Rule zu *bewerten* hat und nicht der Kläger das Fehlen zumindest einer dieser Voraussetzungen (dazu näher unten IV.).

106 Vgl. *Hopt, Klaus/Roth, Marktes*, GrossKomm AktG 4. Aufl. Nachtrage § 93 Rz. 38.

Aspekte: Das Kriterium der «*unternehmerischen Entscheidung*» und die Bedeutung des Kriteriums des «*Annehmen-Dürfens*», aufgrund ausreichender Information zu handeln.

Oben wurde bereits ausgeführt, dass die US-Rechtssprechung das Kriterium der «*unternehmerischen Entscheidung*» («*Business Judgment*») nicht wirklich klar umreißt. Der Begriff dient im Wesentlichen der Abgrenzung positiven Handelns von schlichtem Nichtstun, das (anders als die positive Entscheidung, eine Massnahme zu unterlassen) nicht den Schutz der Business Judgment Rule genießt, sowie der Abgrenzung von Entscheidungen, die durch Gesetz, Satzung oder Vertrag gebunden sind.

Vor allem Letzteres ist kurz zu beleuchten. Eine Aussage, unternehmerisches Ermessen des Vorstandes (oder auch des Aufsichtsrates) könne es nur bei klassischen Geschäftsentscheidungen geben, nicht aber bei solchen, die (sonder-) gesetzlich determiniert seien, greift jedenfalls zu kurz und ist nicht richtig. Denn auch gesetzliche Vorschriften können einen – mehr oder weniger eingegrenzten – Handlungsspielraum übrig lassen, dessen verantwortliche Nutzung für den Vorstand (Aufsichtsrat) nicht nur Recht, sondern Pflicht ist. Dies soll an zwei Beispielen erläutert werden: Bestimmt die Geschäftsordnung für den Vorstand oder in Österreich die in Umsetzung des § 95 Abs. 5 öAKtG konkretisierte Satzung der AG, dass die Gewährung von Darlehen durch die Gesellschaft in einem € 500.000,00 übersteigenden Betrag der Zustimmung des Aufsichtsrates bedarf, so mag dies auf den ersten Blick eine klare, keinerlei Ermessensspielraum offen lassende Bestimmung sein. Wie verhält es sich aber (und dies ist kein theoretisches Beispiel), wenn die Gesellschaft einer – in der Folge in Schwierigkeiten geratenden – Tochtergesellschaft Waren oder Dienstleistungen auf Ziel liefert und Forderungen, die in der Folge den Betrag von € 500.000,00 übersteigen, «*stehen lässt*»? Hier bedarf es schon einer gewissen *Interpretation* des AktG bzw. der Geschäftsordnung, um eine sachgerechte Einscheidung zu treffen.

Dasselbe gilt für die Verpflichtung börsennotierter Gesellschaften zur Bekanntheit von Insiderfakten (ad hoc-Publizität) iSd § 15 WpHG bzw. § 48 d Abs. 2 öBörsenG: Bei der Beurteilung der Frage, ob die Veröffentlichung einer an sich mehrdeutigen Insider-Fatsache den normalen Ablauf der Verhandlungen oder das erwartete Ergebnis voraussichtlich beeinträchtigen würde und daher die Voraussetzungen des § 48 d Abs. 2 Z. 1 für a öBörsenG für eine Aufschubung der Bekanntgabe vorliegen, kommt dem Vorstand (in Ausnahmefällen dem Aufsichtsrat) ein gewisses unternehmerisches Ermessen zu.¹⁰⁷ In dem gerade zitierten Fall meinte der Aufsichtsrat (wohl rechtsirrig), sich die Veröffentlichung der knapp davor ausgesprochenen Suspendierung von zwei Vorstandsmitgliedern (aus einem Dreier-Vorstand) durch (mehrere Tage in Anspruch nehmende) Verhandlungen mit den

107 Vgl. den diesbezüglich sehr interessanten Fall aus Österreich bei OGH 11. Juni 2008, GesRZ 2008, 378 ff mit *Ann Kothas* = wbl 2008, 598 ff mit *Ann U. Torgler* = ecclx 2008, 926 ff mit *Ann Reich-Rohrigg* = Ges 2008, 356 ff mit *Ann Schopper/Kapsch* und dazu ausführlich *Schmitt, Georg*, Zulässigkeitsgrenzen von Golden Handshakes, FS *Baader* (im Druck).

beiden Vorstandsmitgliedern und Zahlung einer durch den Anstellungsvertrag nicht gedeckten «freiwilligen Abfertigung» ersparen zu können.¹⁰⁸

Man sollte daher – wie es der BGH schon in der oben näher behandelten «ARAG/Garmenbeck-Entscheidung» getan hat – anerkennen, dass auch bei gesetzlich, vertraglich oder durch Satzung gebundenen Entscheidungen sehr wohl ein Handlungs- und Ermessensspielraum verbleiben kann.¹⁰⁹ Konsequenz und überzeugend ist es aber, den Kontrollmassstab danach zu differenzieren, ob es sich um eine unternehmerische Entscheidung im «klassischen» Sinn mit vollem Ermessensspielraum oder um eine gesetzlich, satzungsmässig oder vertraglich determinierte Entscheidung mit beschränktem Ermessensspielraum handelt. Im ersten Fall sollte mit *Hopf/Roth*¹¹⁰ auf den allgemeinen Kontrollmassstab der «*Unverantwortlichkeit*» abgestellt¹¹ und eine Haftung nur dann bejaht werden, wenn das Leitungsorgan das mit einer unternehmerischen Entscheidung verbundene Risiko in völlig unverantwortlicher Weise falsch beurteilt.¹¹² Bei beschränktem unternehmerischen Ermessen, insbesondere bei gesetzlich, vertraglich oder durch Satzung gebundenen Entscheidungen (wo es also letztlich um Rechtsauslegung geht) ist der Massstab der *Verrettelbarkeit* bzw. Unvertretbarkeit der sachgerechte.¹¹³ Dieser Massstab wird teilweise auch bei besonders heiklen Fällen wie zB bei der Eingehung existenzgefährdender Risiken herangezogen.¹¹⁴

Mit dem in § 93 Abs. 1, 2. Satz dAKG verankerten Merkmal des Annehmens-Dürfens, auf der Grundlage ausreichender Information zu handeln, hat der Gesetzgeber der Sichtweise eine Absage erteilt, eine Entscheidung müsse auf der Grundlage sämtlicher erreichbarer Informationen getroffen werden. Wie *Hopf/Roth*¹⁵ mit zutreffend hervorheben, gilt nach dem Inkrafttreten des UMAG «der-

108 Der Aufsichtsrat versties daher (sofern man nicht doch das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Hinasscheidung der Information bejaht, was im Anrassfall mit zumindest nicht undenkbar war) gegen gesetzlich determinierte, kapitalmarktrechtliche Informationspflichten und brachte sich erst dadurch in jenen Zwang, der dazu führte, den beiden Vorstandsmitgliedern eine zumindest problematische (vom OGH letztlich aber tolerierte) Zusatzverpflichtung zur Ermittlung eines «geräuschlosen Abganges» zu gewähren (vgl zu diesen Fällen unten V. und *Schima, Georg, Zulässigkeitsgrenzen von «Geldten Handlungskesseln», FS Hinder im Druck*).

109 So auch für das deutsche Recht ganz zutreffend *Roth, Markus*, BB 2004, 1066 ff.; 1068; *Roth, Markus*, Unternehmensrecht 103ff., 150ff., 210ff.; *Gräter, Wolf in Hammelhoff, Peter/Hopt, Klaus/ von Wender, Axel*, Handbuch Corporate Governance (2003), 749ff., 765; *Hopt, Klaus/Roth, Markus*, Grosskomm AktG 4, Aull Nachtrag § 93 Rz 23 mit Beispielen (Insolvenztragspflicht, Kapitalerhöhung unter Ausschluss des Bezugsrechts, Bilanzierung, Entscheidung über die Angemessenheit der Vorstandervergütung); zu kategorischer *Luttermann, Marcus*, Die Business Judgment Rule in Deutschland und Österreich, GesRZ 2007, 79 ff., 81 f., der gerade die beiden oben behandelten Beispiele gehemungspflichtiger Geschehnisse und der ad hoc-Publizität anscheinend einschlägigsten den gesetzlich bzw. satzungsmässig determinierten Entscheidungen ohne jeglichen Ermessensspielraum zuordnet.

110 *Hopt, Klaus/Roth, Markus* in Grosskomm AktG 4, Aull Nachtrag § 93 Rz 52 ff m.w.N.

111 So auch der BGH in der ARAG/Garmenbeck-Entscheidung UMGAG.

112 So die Begründung des Regierungsentwurfes zum UMAG.

113 *Hopt, Klaus/Roth, Markus* in Grosskomm AktG 4, Aull Nachtrag § 93 Rz 55 f.

114 *Hopt, Klaus/Roth, Markus* in Grosskomm AktG 4, Aull Nachtrag § 93 Rz 44 f.

115 *Hopt, Klaus/Roth, Markus* in Grosskomm AktG 4, Aull Nachtrag § 93 Rz 44 f.

*selbst restriktive Kontrollmassstab für die Überprüfung des Entscheidungsverfahrens und die Entscheidung selbst».*¹¹⁶

Dies entspricht grundsätzlich dem US-amerikanischen Ansatz, wo die Gerichte (wie oben dargelegt) betonen, dass die Entscheidung der directors, welche Informationen vor Fällung einer Entscheidung eingeholt werden sollen und die dabei oft nötige Abwägung zwischen den Kosten und dem Aufwand zusätzlicher Informationsbeschaffung mit dem daraus erwarteten Nutzen selbst ein «Business Judgment» sei, das den Schutz der Business Judgment Rule geniesse. Wegen der nach dem dAKG ganz anders gelagerten Beweislastverteilung ist damit freilich die Rechtslage nicht mit der nach dem US-Richterrecht gleichgeschaltet (dazu unten IV.).

III. Schutz des unternehmerischen Ermessens in der österreichischen Rechtsprechung

Die österreichische Rechtsprechung zur Frage des unternehmerischen Ermessens ist sehr dünn gesät. Interessanterweise datiert die erste OGH-Entscheidung, die sich wirklich etwas ausführlicher mit der Frage des Ermessensspielraumes und der Haltung bei dessen Überschreitung beschäftigt, erst aus dem Jahr 2008 und betrifft überdies eine nicht vom Vorstand, sondern vom Aufsichtsrat zu treffende Entscheidung (nämlich über die Gewährung freiwilliger Abfertigungen bei Ausscheiden von Vorstandsmitgliedern).¹¹⁷

In einem Urteil aus dem Jahr 1998¹¹⁸, das vor allem wegen seiner Aussagen zur Beweislastverteilung bei der Geschäftsführerhaftung von Interesse ist, führte das Höchstgericht nur sehr lapidar aus, dass nicht bereits das Fehlschlagen unternehmerischer, durch den Geschäftsführer getroffener Entscheidungen an sich haftungsbegründend sei, weil sonst dem Geschäftsführer nahezu in Form einer Erfolgshaftung das typische, die Gesellschaft treffende Unternehmensrisiko aufgebürdet würde. Bloss eine Verletzung branchen-, grössen- und situationsadäquater Bemühungen wäre ihm als Pflichtverletzung vorzuwerfen.¹¹⁹

Auf das «*pflichtgemässe Ermessen*» des Aufsichtsrates verwies der OGH sodann in der vielbeachteten, weil eine rund 25-jährige Phase der Absenz von Aufsichtsrats- Haftungsentscheidungen des österreichischen Höchstgerichtes beendenden Entscheidung vom 26. Februar 2002.¹²⁰ Der OGH ging dabei

116 In diesem Sinne auch schon *Roth, Markus*, Unternehmensrecht 80 ff., 87 ff.

117 OGH 11. Juni 2008, GesRZ 2008, 378 ff mit *Ann Kofler* = wbl 2008, 598 ff mit *Ann U. Torgler* = eodlex 2008, 930 ff mit *Ann Reich-Rohrig* = Gds 2008, 356 ff mit *Ann Schopper/Kepesch*.

118 OGH 24. Juni 1998 SZ 71/108 = ARD 5017/730/99 = eodlex 1998, 774 mit *Ann Reich-Rohrig* = GesRZ 1998, 208 ff = RdW 1998, 671 = RWZ 1999, 37 mit *Ann Wenger* = wbl 1999, 22.

119 Unter Verweis auf *Reich-Rohrig, Johannes*, Das Österreichische GmbH-Recht I, 2. Aufl Rz 2, 307 und 325.

120 OGH 26. Februar 2002, GesRZ 2002, 68 ff.

zunächst von der Haltung vom Vorstand (AG) und Geschäftsführer (GmbH) aus und meine, wenn sich das Mitglied des geschäftsführenden Organs im Rahmen seines pflichtgemässen Ermessens habe und dieses nicht durch einseitige Begünstigung eines der in die Abwägung einzubeziehenden Interessen missbrauche, dann sei die gebotene Sorgfaltspflicht gewahrt. Zwar sei das Organmitglied auch bei leichter Fahrlässigkeit zum Ersatz des von ihm herbeigeführten Schadens verpflichtet; seine Haltung sei aber keine Erfolgshaltung. Nicht jedes gewagte Geschäft könne ihm als verschulden zugerechnet werden, das liege im Wesen des geschäftlichen Risikos, das die Gesellschaft und nicht deren gesetzlich Vertreter persönlich zu tragen habe. Das Mitglied des Organs verziele daher die von ihm anzuwendende Sorgfalt nicht, wenn im Zeitpunkt der Vornahme des Geschäfts die Möglichkeit oder gar die naheliegende Wahrscheinlichkeit bestanden habe, dass sich das Geschäft für die Gesellschaft als günstig erweisen werde. Die unrichtige Beurteilung der Folgen eines bestimmten Verhaltens beruhe noch nicht auf Fahrlässigkeit, sofern nur die Beurteilung selbst nicht auf Ausserachtlassung der erforderlichen Sorgfalt zurückzuführen sei. Der Fehlschlag unternehmerischer Entscheidungen sei nicht schon an sich pflichtwidrig, würde dem Organ doch sonst das Unternehmerrisiko aufgebürdet, das stets bei der Gesellschaft bleibe; nur die Verletzung der Pflicht zu branchen-, grössen- oder situationsadäquaten Bemühungen könne dem Organ als Pflichtverletzung vorgeworfen werden.¹²¹

Diese Grundsätze liessen sich, so der OGH, «*zwanglos*» auf die Aufsichtsratsmitglieder übertragen, bilde doch auch für sie die obere Richtschnur sorgfältigen Verhaltens das Wohl des Unternehmens. Diesen hätten sie stets den Vorzug zu geben, aber in Anlehnung an § 70 AktG auch die Interessen der Öffentlichkeit, der Arbeitnehmer und der Gläubiger in die Entscheidung, was dem Unternehmenwohl diene, einzubeziehen. Rechtlich gesicherte und grundsätzlich unumstrittene Interessen seien das Gewinn- und das Bestandinteresse. Ohne erfolgreiches Wirtschaften der Gesellschaft fehle das Substrat, das den verschiedenen Interessengruppen zugute kommen solle. Bedeutsam ist dann vor allem der folgende Satz: «*Verletzungen dieser dem Aufsichtsratsmitglied aufzulegenden, in sorgfältiger Abwägung gegenläufiger Interessen zu befolgenden Interessenwahrungspflicht sind nur bei eklatanter Überschreitung des Ermessensspielraumes¹²² zu ändern...*»

In der – schon mehrfach erwähnten – Entscheidung vom 11. Juni 2008¹²³ befiel sich der OGH auf die gerade behandelte Entscheidung aus 2002, als er sich mit der Beurteilung der Entscheidung des Aufsichtsrates einer börsennotierten AG zu befassen hatte, zwecks Ermöglichung einer «geräuschlosen Trennung» von zwei (knapp davor aufgrund eines negativen Wirtschaftsprüfer-Berichtes suspen-

121 Hier verwies der OGH auf die vorhin zitierte Entscheidung SZ 71/108.

122 Hervorhebung durch den Verfasser.

123 OGH 11. Juni 2008, GesKRZ 2008, 378 f. mit Ann. Kadts = wbl 2008, 598 ff. mit Ann. U. Torggler = ecodex 2008, 926 ff. mit Ann. Reith-Rühwing = GesS 2008, 356 ff. mit Ann. Schtopper/Kaptsch.

dieren) Vorstandsmitgliedern diesen neben der Auszahlung des noch rund acht Monate lautenden Vorstandsvertrages vertraglich nicht vorgesehene «freiwillige Abfertigungen» in Höhe von € 573.000,00 bzw. € 625.000,00 brutto zuzuerkennen. Damit wollte sich der Aufsichtsrat (wenn auch in wohl rechtsritriger Anwendung der Bestimmungen des öBörsG)¹²⁴ eine Publizierung der erfolgten Suspensionen im Wege einer ad hoc-Mitteilung ersparen.

Der OGH meinte, es entscheidend, ob die von den beklagten Aufsichtsratsmitgliedern vertretene Ansicht, es sei im Unternehmensinteresse gelegen, eine Veröffentlichung der Suspensionen soweit irgend möglich zu vermeiden, «*zumindest vertretbar*» gewesen sei, was bejaht werden müsse, weil ungeplante Veränderungen in der Führungsriege eines Unternehmens alter Erfahrung nach durchaus geeignet seien, den Aktienkurs und auch die Kreditwürdigkeit eines Unternehmens negativ zu beeinflussen.¹²⁵

Zu § 78 Abs 1 öAktG, der die Aufsichtsratsmitglieder dazu verpflichtet, für die Angemessenheit der Vorstandsbezüge zu sorgen (so § 87 Abs 1 dAktG, der freilich im Sommer 2009 tiefgreifend novelliert wurde), meine der OGH, dass dieser Norm keine gegenüber dem in § 70 Abs 1 AktG verankerten Unternehmenswohl eigenständige Bedeutung zukomme, sondern es sich dabei nur um eine spezielle Ausprägung der Orientierung am Unternehmenswohl handle.¹²⁶ Eine gerichtliche Nachprüfung der Entscheidung des Aufsichtsrates wäre aber, so der OGH unter Verweis auf seine (oben behandelte) Entscheidung vom 26. Februar 2002¹²⁷ – nur bei einer «*geraderen*» *unvertretbaren unternehmerischen Entscheidung*» möglich.

Der OGH vermittelte es, auch in dieser ganz jungen Entscheidung aus dem Jahr 2008, den Begriff «*Business Judgment Rule*» in den Mund zu nehmen.¹²⁸

124 Vgl. Kadts, *Susanne*, GesKRZ 2008, 383 f.

125 Dass der OGH dabei verkannte, dass die gesetzlichen Vorschriften betreffend die Bekanntheit von Insider-Informationen durch börsennotierte Gesellschaften grundsätzlich nicht danach differenzieren, ob die bekannt zu gebende Tatsache für die Gesellschaft «*annehmbar*» ist und den Kurs vielleicht *nach unten* beeinflusst, hat Kadts (GesKRZ 2008, 384) zurecht hervorgehoben (vgl. dazu näher *Schimn, Georg*, FS *Binder* (im Druck)).

126 Dieser – wichtigen – These ist zweifellos zuzustimmen.

127 GesKRZ 2002, 80ff.

128 Dies bezeichnet U. Torggler, wbl 2008, 603, mE zu Unrecht als «*abnormen*» (weil Rechtsvergleichung in einer so «*internationalen*» Materie) wie der Geschäftsführung auch ein «*stärkeres*» Höchstgericht nicht schlecht zu Gesicht stünde) und hält dem OGH als «*Schäbnerfehler*» vor, dass das Gericht für die Begründung einer Haftung eine «*eklatante*» Überschreitung des Ermessensspielraumes verlange, weil nach Meinung des Autors «*jedes*» Überschreitung des Ermessensspielraumes ausreichen müsse, «*destruktiven*» *benachteiligte* Grenzen aber eben durch den Maßstab der Vertretbarkeit weit gezogen sind». Dies ist in Wahrheit ein Stiel um Worte. Die vom OGH gewählte Terminologie verdient hier klar den Vorzug und knüpft auch daran an, was der BGH in der schon mehrfach erwähnten «*ARAG/Garmenbeck-Finnscheidung*» ausführte.

IV. Business Judgment Rule und Beweislastverteilung

A. Die Business Judgment Rule als Beweislastregel

Die Business Judgment Rule des US-amerikanischen Richterrechts – insbesondere des diesbezüglich dominierenden Bundesstaates Delaware – ist in allererster Linie eine Beweislastregel,¹²⁹ gibt also grundsätzlich keine Verhaltensmassstäbe für das Management vor, sondern ist eine nach kontinentaleuropäischem Verständnis zumindest primär dem Prozessrecht zuzuordnende Regel oder wie *Block/Barton/Radin* in ihrem dreibändigen Standardwerk¹³⁰ schreiben: «*The Business Judgment Rule is a tool of judicial review, not a standard of conduct.*»

Fretlich ist diesbezüglich vieles im einzelnen unklar und rechtsdogmatisch unausgegoren, was in Anbetracht der Zersplitterung durch das Richterrecht von 50 Bundesstaaten nicht allzu sehr überrascht. So wird zum Teil die Business Judgment Rule sehr wohl *nicht* als Regel des materiellen Rechts eingeordnet,¹³¹ und traditionell wird zwischen «*standard of conduct*» (Verhaltensanforderungen an die Direktoren, die der Business Judgment Rule selbst freiwillig gar nicht zu entnehmen sind; siehe oben) und «*standard of review*» (judziellen Prüfungsmaßstäben für ein solches Verhalten unterschieden).¹³² Die Business Judgment Rule US-amerikanischer Prägung begründet daher die – freilich *widerlegliche* – Vermutung, dass die directors frei von Interessenkonflikten und auf der Basis von angemessener Information in der vernünftigen Annahme gehandelt haben, das Interesse der Gesellschaft bzw. der Aktionäre bestmöglich zu vertreten.

Ein die Verletzung der «*duty of care*» behauptender Kläger muss zuerst die Business Judgment Rule überwinden,¹³³ weil diese ja die Vermutung aufstellt, dass die directors «*with due care*» handelten.¹³⁴

Wenn der klagende Aktionär die Business Judgment Rule durch Erbringung des Beweises für das Vorliegen eines «*formalen Sorgfaltsverstosses*»¹³⁵ oder durch Nachweis eines Verstoßes gegen die «*duty of loyalty*» (dazu oben I.A.1.) aus den Angeln hebt, verlagert sich die Beweislast auf den beklagten director (oder auf die beklagte Gesellschaft), wobei dann der sogenannte «*entire fairness standard*» zur Anwendung gelangt. Der director bzw. die Gesellschaft (wenn sie

geklagt wird) muss dann nachweisen, dass «*the transaction was the product of both fair dealing and fair price*»,¹³⁶

In punkto Kausalität vertreten die US-amerikanischen Gerichte (ebenfalls) keine einheitliche Linie. So wird zT entschieden, dass im Falle einer «*duty of care*»-Verletzung eine Haftung dann ausscheidet, wenn der Schaden auch bei rechtmässigen Alternativverhalten eingetreten wäre,¹³⁷ wohingegen der Delaware Supreme Court den – aus deutscher und österreichischer Sicht doch ziemlich überraschenden – Standpunkt einnimmt, dass keine Kausalität erforderlich sei, wenn die Kläger nur zeigen können, dass der director seine «*duty of care*» verletzt hat.¹³⁸

Verräuter für die Ohren deutscher und österreichischer Rechtsanwender klingt dagegen die Ansicht, dass ein director zu seiner Entlastung nicht darauf verweisen kann, die übrigen sorgfältigsdng handelnden Mitglieder des Board hätten ihm bei pflichtgemässen Handeln ohnehin überstimmt. Hier hafter vielmehr jeder, der mit der Mehrheit pflichtwidrig abgestimmt hat.¹³⁹

Bedenkt man zusätzlich, dass mittlerweile die Rechte sämtlicher Bundesstaaten die statutarische Absicherung von directors gegen schadenersatzrechtliche Inanspruchnahme ermöglichen,¹⁴⁰ und vorgezogen wird man sich, dass dem üblicherweise bei Inanspruchnahme der Haftung des Managements eingeschlagenen Verfahren der «*shareholders' derivative suits*» ein für die Kläger oft sehr mühseliges und langwieriges Zulassungsverfahren vorgeschaltet ist,¹⁴¹ dann wird verständlich, warum die Business Judgment Rule oft als «*safe harbor*», als sicherer Hafen, bezeichnet wird.¹⁴²

129 Weinberger v. UOP Inc. 457 A.2d 701 (Del 1993); *Block, Dennis J./Barton, Nancy E./Radin, Stephen A.*, Business Judgment Rule 30; *Paetgen, Walter G.*, AG 2004, 256; *Merkt, Hannof/Göhnel, Stephan*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht 427 Rz 844, 431 Rz 856.

130 *Block, Dennis J./Barton, Nancy E./Radin, Stephen A.*, Business Judgment Rule 41, 110.

131 *Barnes v. Andrews*, 298F. 614 (S.D.N.Y. 1924).

132 *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.* 634 A.2d 345 (Del 1993); vgl dazu *Merkt, Hannof/Göhnel, Stephan*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht 426 Rz 841.

133 In Österreich wird zB zT sogar die Meinung vertreten, dass die blosse Gegenstimme für die Beteiligung von der Haftung gar nicht genüge, sondern das Organmitglied darüber hinaus «*alle zurechenbaren Schritte unternehmen*» müsse, um die Beschlussumföhrung zu verhindern (*Kanner, Walter/Donath, Peter/Mosvorny, Christian*, Gesellschaftsrecht 5, Aufl 237 mwN in Fn 113). Diese These ist in Anbetracht der für das Zustandekommen von Beschlüssen in Kollegialorganen geltenden «*demokratischen*» Spielregeln probiernatisch. Richtig daran ist bloss, dass ein Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied sich um pflichtgemässes zu handeln, nicht auf das kommentarlose Abgeben einer Gegenstimme beschränken darf, sondern seine Überzeugungskraft dazu einsetzen muss, um auf ein pflichtgemässes und schadensverhütendes Beschlussergebnis hinzuwirken.

140 Vgl eingehend und grundlegend *Block, Dennis J./Barton, Nancy E./Radin, Stephen A.*, Business Judgment Rule, 5th ed Vol II 1852ff mwN.

141 Vgl dazu zB *Kapisch, Ingrid/Grunna, Bernd*, Business Judgment Rule: pflichtwidrige oder bloss unglückliche Geschäftsentscheidung, *ecolys* 2003, 524ff, 527f; untlässend zu den «*shareholders' derivative suits*» *Merkt, Hannof/Göhnel, Stephan*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht 506ff Rz 1031ff.

142 *Hoyt, Klaus/Roth, Markus* in GrossKomm AktG 4, Aufl Nachtrag § 93 Rz 10, nehmen dies auch für die «*germanistische Form*» der Business Judgment Rule in Anspruch, was nun aber in Anbetracht der ganz anders gelagerten Beweislastverteilung (dazu unten IV.B.) meines Erachtens nicht behaupten kann.

B. Beweislastverteilung und § 93 Abs 1, 2. Satz dAKrtG

In allen einschlägigen Darstellungen und Kommentaren wird betont, dass sich die deutsche Rezeption der US-Business Judgment Rule von dieser vor allem und in erster Linie durch die Nichtübernahme der dem US-amerikanischen Richterrecht eigenen (sehr vorstandsfreundlichen) Beweislastverteilung unterscheiden.¹⁴³ Erklärt wird dies überwiegend damit, dass im UMaG zwar die Durchsetzung von Haftungsansprüchen gegen Organmitglieder durch Aktionäre deutlich erleichtert, andererseits aber durch ein Klagezulassungsverfahren, das nur bei Verdacht der Unrechtheit oder einer groben Gesetzesverletzung zur Anspruchsgeltendmachung führt, auch eingeschränkt wurde.¹⁴⁴

Etwas anders lautet ein nach von Hein¹⁴⁵ vorgeregener möglicher Erklärungsansatz, demzufolge trotz Erleichterung von Aktionärsklagen die Gefahr einer gerichtlichen Inanspruchnahme der Geschäftsleiter nach deutschem Recht hinter dem in den USA herrschenden Risiko zurückbleibe und sich damit möglicherweise in einer «Gleichgewichtstheorie» ein weniger grosser Haftungsreichtum (bzw. eine weniger vorstands- und aufsichtsratsfreundliche Beweislastverteilung) rechtfertigen lasse.

Jedenfalls ergibt sich aus der Entwurfsbegründung zum UMaG, dass die «*Portugieser- und Beweislast für das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale*» des § 93 Abs 1, 2. Satz beim Geschäftsleiter liege, weil der Haftungsraum des 2. Satzes als Ausnahme und Einschränkung gegenüber Satz 1 formuliert sei.¹⁴⁶

Das Thema «Beweislastverteilung bei der Geschäftsflechterhaltung» ist nicht nur in Österreich (dazu unten IV.C.), sondern auch in Deutschland ein nicht zur Ruhe kommendes, wo eine herrschende Meinung und Rechtsprechung (ähnlich wie in Österreich) nicht nur rechtsdogmatisch fragwürdig ist, sondern und vor allem – man denke an das in Anbetracht der in Haftungsprozessen herrschenden faktischen Konstellation¹⁴⁷ weltfremde, aber nicht auszuraute, obwohl schon im allgemeinen Vertragsrecht umstrittene¹⁴⁸ Postulat der Beweislastver-

teilung nach der Nähe zum Beweis bzw. nach «Sphären» oder «Gefahrenbereichen» (dazu unten IV.C.) – die Erfordernisse der Praxis mehr oder weniger beharrlich regiert.¹⁴⁹ Der BGH in Deutschland teilt mit dem OGH in Österreich zumindest den Umstand, im Lauf der Zeit keine einheitliche und konsistente Linie vertreten zu haben. Während früher noch galt, dass die objektive Pflichtwidrigkeit von der Gesellschaft zu beweisen sei, aber Beweisleichterungen zu ihren Gunsten in Betracht kämen,¹⁵⁰ gilt nach einer Grundsatzentscheidung des deutschen Höchstgerichtes aus dem Jahr 2002, dass die Beweislast auch bezüglich der Pflichtverletzung (Rechtswidrigkeit) beim Vorstandsmitglied liegt.¹⁵¹ Freilich vertritt auch der BGH keine reine Beweislastumkehr in punkto Rechtswidrigkeit, denn die Gesellschaft muss einen Schaden beweisen und dessen Verursachung durch ein Verhalten (oder Unterlassen) des Organmitgliedes darlegen und beweisen, wobei es sich um ein Verhalten handeln muss, das «als pflichtwidrig in Betracht kommt, sich also insofern als möglicherweise pflichtwidrig darstellt».¹⁵²

Dies ist von der «vermittelnden Lösung» nicht weit entfernt, wie sie der OGH in Österreich in einer Entscheidung aus 1998¹⁵³ propagierte, von der er sich aber 2007 anscheinend wieder verabschiedete (dazu unten IV.C.).¹⁵⁴

Eine nähere Auseinandersetzung damit würde den vorgegebenen Rahmen bei weitem sprengen, hingewiesen sei aber darauf, dass an der von der herrschenden Ansicht angenommenen Beweislastverteilung nicht nur – wie Hopf/Roth¹⁵⁵ ganz zutreffend schreiben – «ökonomische Zweifel» geäussert werden, sondern auch die rechtliche Fundierung der herrschenden Meinung höchst fragwürdig ist und diese mit der Gesetzwidrigkeit¹⁵⁶ nicht ganz in Einklang gebracht werden kann. In einer E. des BGH aus 2006 könnte ein erneuter Schwank zu erblicken sein, weil dort bei der Klage eines Masseverwalters gegen einen Geschäftsführer wegen verbotener Ausschüttungen nach § 43 Abs 3 dGmbHG dem klagenden Insolvenzverwalter die Darlegung und der Nachweis der Voraussetzungen für eine Haftung des Geschäftsführers auf-
erlegt wurden.¹⁵⁷

- 143 Vgl. von Hein, Jan, Rezeption, 919ff; Roth, Markus, BB 2004, 1066ff; Fetscher, Holger, ZIP 2004, 685ff; 688; Hopf, Klaus J./Roth, Markus, in GrossKommAKrtG 4, Aufl. Nachtrag § 93 Rz 7, 66ff mwN.
144 Vgl. Hopf, Klaus J./Roth, Markus, in GrossKommAKrtG 4, Aufl. Nachtrag § 93 Rz 7, 66ff mwN.
145 Rezeption 923.
146 Begründung UMaG: RefE 19; Hopf, Klaus J./Roth, Markus, in GrossKomm AKrtG 4, Aufl. Nachtrag § 93 Rz 66.
147 Geschäftsleiter pflegen während der Führung von gegen sie gerichteten Schadenersatzprozessen so gut wie immer aus ihrer Funktion bereits ausgeschieden (bzw. entfernt worden) zu sein und haben dann in aller Regel – ganz im Gegensatz zur Gesellschaft – kein Recht auf Unterlagen (zuz. zB die Hinweise bei Hermann, Peter/W., Unternehmensches Ermessen, Organhaftung und Beweislastverteilung, ZIP 1998, 761ff; 765ff; Böhm, Elisabeth, Zur Beweislast bei der Organhaftung, FS Heim, Kreyer (Wien 2001) 503ff, 520).
148 Vgl. Reschauer, Rudolf, in Kimmich, Peter, ABGB 3, Aufl II/2a § 1298 Rz. 3a und 3b mwN 423 unten; krit. zur Beweislast als Ausgangspunkt für eine Verschönerung der Beweislast oder Beweislastumkehr auch Reschauer, Robert, Staatshaftung wegen mangelnder Gefahrenabwehr (1997) 513 mwN in Fn 295.

- 149 Vgl. Schimn, Georg, GesRZ 2007, 93ff, 97f.
150 BGH WM 1980, 1190; BGH 1985, 1293; BGH WM 1992, 223f; BGH ZIP 1994, 872f.
151 BGHZ 152, 280ff, 283 zur GmbH und BGH NZG 2002, 195ff, 197 zur Genossenschaft.
152 BGHZ 152, 280ff, 284.
153 OGH 24. Juni 1998, eocolex 1998, 774ff mit zust. Ann. Resch-Rohrig.
154 OGH 16. März 2007, GesRZ 2007, 271ff = eocolex 2007/262 = RdW 2007/684 = wbl 2007/247 = Gas 2007, 243.
155 GrossKommAKrtG 4, Aufl. Nachtrag § 93 Rz 67.
156 Zu dieser zB Goette, Wolf, Zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast der objektiven Pflichtwidrigkeit bei der Organhaftung, ZGR 1995, 648ff, 668ff.
157 BGH DSIR 2006, 1051f; Hopf, Klaus/Roth, Markus, in GrossKomm AKrtG 4, Aufl. Nachtrag § 93 Rz 68.

C. Beweislastverteilung bei der Geschäftsleiterhaftung im österreichischen Recht

1. Zickzack-Kurs der Rechtsprechung

In einer E aus dem Jahr 1985¹⁵⁸ übernahm der OGH die berühmte «*Meyers*»-sche Formel¹⁵⁹ und sprach aus, dass die Gesellschaft einen Schaden in Form einer «zweckwidrigen Vermögensbeeinträchtigung» darlegen (soll heissen: auch beweisen) müsse und darüber hinaus eine «*Handlung oder Unterlassung des Geschäftsführers*» sowie die «*Möglichkeit eines Zurechnungszusammenhangs*» zwischen dem Verhalten des Geschäftsführers und dem eingetretenen Schaden.

Darin war – entgegen manchen Behauptungen – keine (und auf keinen Fall eine volle) Beweislastumkehr auch hinsichtlich der Rechtswidrigkeit zu erblicken, sondern im Grunde eine Erleichterung beim Kausalitätsnachweis. Denn zwischen Schaden («zweckwidriger Vermögensbeeinträchtigung») und dem (zumindest potenziell objektiv-sorgfaltswidrigen) Verhalten des Geschäftsführers musste ja nur die «Möglichkeit eines Zurechnungszusammenhangs» dargelegt werden.¹⁶⁰ Ein (unter Heranziehung der Erfahrungssätze des täglichen Lebens) zumindest möglicherweise rechtswidriges Verhalten hatte nach dieser «Formel» indes sehr wohl die Gesellschaft zu behaupten und zu beweisen.

1998 führte der OGH aus, dass die Gesellschaft im Prozess auch «*Tatsachen vorbringen*» (gemeint kann auch hier nur sein: und beweisen!) müsse, aus denen ein «*Schluss auf die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens*» des Geschäftsführers gezogen werden könne. Auch dies entspricht im wesentlichen den «vernünftigen Lösungen»¹⁶⁰, die zwischen der vollen Beweislastumkehr auch in punkto Rechtswidrigkeit und der Zuordnung der Beweislast für die Rechtswidrigkeit zur Gesellschaft angesiedelt sind.

Interessanterweise findet sich in der OGH-E aus dem Jahr 1998 aber nichts mehr von der 1985 durchgeklungenen Erleichterung des Kausalitätsnachweises iS eines «prima facie-Beweises»¹⁶¹, sondern spricht der OGH vom «*Nachweis der Kausalität*».¹⁶² In der oben schon behandelten E vom 26. Februar 2002¹⁶³ klärte der OGH die Frage der Reichweite der Beweislastumkehr nicht, deutete aber an, dass die in § 84 Abs 2 Satz 2 AktG angeordnete Beweislastumkehr «ohne praktische Bedeutung» bliebe, würde man sie bloss auf das Verschulden beschränken. Ausserdem lasse sich die Beweislastumkehr «*zwanglos mit der Beweislast der Organmitglieder rechtfertigen*». Dass Schadenersatzprozesse

gegen Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer oder Mitglieder des Aufsichtsrates in Österreich so gut wie immer erst nach dem Ausscheiden des beklagten Organmitgliedes und dann¹⁶⁴ idR von der Gesellschaft oder einem Masseverwalter geführt werden, sodass die «Nähe zum Beweis» genau umgekehrt verteilt ist,¹⁶⁵ schienen dem OGH nicht einmal in den Sinn zu kommen.

Mit seiner Entscheidung vom 16. März 2007 vollzog der OGH erneut einen Schwank und diesmal anscheinend zu einer radikal «vorstandsfeindlichen» Lösung in punkto Beweislastverteilung: Die Entscheidung hatte einen Fall zum Gegenstand, in dem klar war, dass der beklagte Geschäftsführer zustimmungslos Inisch-Geschäfte abschloss und damit rechtsgrundlose Vermögensverschöbungen zum Nachteil der klagenden GmbH bewirkte. Um so erstaunlicher ist, dass der OGH diesen Sachverhalt zum Anlass nahm, um – mit einer noch dazu sehr seichten Begründung – auszusprechen, dass die Beweislastumkehr des § 84 Abs 2 2. Satz AktG «*nach neuerer Auffassung*» auch für die objektive Pflichtwidrigkeit, also Rechtswidrigkeit, gelte. Seine eigene E aus dem Jahr 1985¹⁶⁶ bezeichnete das Höchstgericht als «*verrinnlich*», was man aber von dieser jüngsten Entscheidung zumindest derzeit (und hoffentlich auch in Zukunft) genauso behaupten kann.

Besonders befremdend ist, dass der OGH in der E vom 16. März 2007 zunächst meint, § 84 Abs 2 2. Satz AktG normiere «*eine Beweislastumkehr hinsichtlich des Verschuldens*», um dann – also nach Meinung des Gerichtes offenbar in zumindest *anscheinender* Auslegung des Wortlautes oder gar analoger Anwendung – die Beweislastumkehr auf die Rechtswidrigkeit zu erstrecken. Für die vom Höchstgericht zur Untermauerung dieser These ins Treffen geführte Behauptung, die Beweislastumkehr sei sonst «*ohne praktische Bedeutung*», blieb der OGH – abgesehen vom Verweis auf seine Vorentscheidung aus 2002 – indes jeden schlüssigen Beleg schuldig. Vor allem aber stelle sich das Höchstgericht nicht selbst die Gegenfrage, ob bei (voller) Beweislastumkehr hinsichtlich der Rechtswidrigkeit nicht das viel bedenklichere Extrem, nämlich die – vom historischen Gesetzgeber explizit abgelehnte – *Erfolgshaftung* der Geschäftsleitung und damit die systemwidrige Verlagerung des Unternehmensrisikos auf diese die unausweichliche Folge ist.

2. Eigene Auffassung

Schon vor langem wurde in Österreich zutreffend darauf hingewiesen, dass man zu einer – allseits abgelehnten – Erfolgshaftung des Vorstandes/der Geschäftsführung gelangte, wenn man der Gesellschaft bloss den Nachweis des Schadens in Form einer «zweckwidrigen Vermögensbeeinträchtigung» auferlege, das

158 OGH 9. Jänner 1985, EVBl 1986/86 = GesRZ 1986, 97ff.

159 Vgl dazu ausführlich *Runggaldier, Ulrich/Schimma, Georg*, Die Rechtsstellung von Führungskräften (1991) 231ff.

160 Vgl dazu *Böhler, Eilsbeth*, Zur Beweislast bei der Organhaftung, FS *Heinz Krejci* (Wien 2001) 503ff., 505, 511, 521.

161 Vgl dazu *Runggaldier, Ulrich/Schimma, Georg*, Führungskräfte 232f.

162 Vgl *Runggaldier, Ulrich/Schimma, Georg*, Manager-Dienstverträge 3. Aufl (Wien 2006) 160f.; *Schimma, Georg*, GesRZ 2007, 97.

163 OGH 26. Februar 2002, GesRZ 2002, 86ff = RWW 2002/350 = ecolex 2003/22.

164 OGH 16. März 2007, GesRZ 2007, 271ff m Anm U. *Torggler* = Ges 2007, 243 = ecolex 2007, 262 = RWW 2007, 684 = wbl 2007, 247.

165 Vgl dazu *Böhler, Eilsbeth*, FS *Krejci*, 520; *Heermann, Peter W.*, ZIP 1998, 761ff, 765f.

166 OGH EVBl 1986, 86 = GesRZ 1986, 97ff.

Organmitglied, das keinen Erfolg (sondern angemessene Sorgfalt) schuldet, dagegen die Einhaltung der objektiv gehobenen Sorgfalt beweisen hesse.¹⁶⁷ Der OGH nimmt diesen Gesichtspunkt einfach nicht ernst, was auch daran liegen mag, dass er seine «Beweislast-Dogmen» zT ganz abstrakt und ohne Bezug auf den gerade zu entscheidenden Fall entwickelt. Die E vom 16. März 2007 (siehe oben) ist dafür geradezu exemplarisch, weil hier die Pflichtwidrigkeit – wie das Höchstgericht selbst ausspricht – ohnehin manifest und der OGH daher gar nicht der «Herausforderung» ausgesetzt war, seine These anhand eines konkreten Falles zu erproben.¹⁶⁸

In der oben behandelten Entscheidung des OGH vom 16. März 2007 klingt darüber hinaus – freilich ohne endgültige Entscheidung der Frage – an, dass das Höchstgericht in Abkehr von der «*Mertens'schen Formel*» als Schaden nicht nur eine «zweckwidrige» Vermögensbeeinträchtigung gelten lassen will, sondern jede Vermögensbeeinträchtigung zB in Form des Entstehens einer Verbindlichkeit bei der Gesellschaft.¹⁶⁹

Dass der OGH mit seiner These von einer anscheinend uneingeschränkten (er spricht von einer «vollen» Beweislastumkehr auch in punkto Rechtswidrigkeit) Verwirrung gestiftet hat, zeigt zB der Kommentar von U. Torggler,¹⁷⁰ der die Entscheidung des OGH «unbedingt begrifflich», in dieser aber eine «Rückkehr» zur

Entscheidung aus 1985¹⁷¹ erblickt, was ganz eindeutig nicht der Fall ist und sich in dem Urteil vom 16. März 2007 selbst auch darin ausdrückt, dass der OGH gerade die Entscheidung aus 1985 als «*verzinstet geliebter*» ablehnt. Ebenso wenig ist richtig, dass der OGH mit der Entscheidung vom 16. März 2007 auf der Linie von BGHZ 152, 280 ff liegt,¹⁷² weil der OGH jedenfalls nicht erkennen lässt, dass er der Gesellschaft auflegt, ein (zumindest potenziell rechtswidriges) Verhalten des Geschäftsführers aus seinem Pflichtenkreis darzulegen, das den Schaden verursacht hat. Diese vom BGH eingenommene Sichtweise harmoniert vielmehr mit der, die der OGH 1998 vertreten hat (siehe oben).

Mit dem Kriterium des Kausalitätsnachweises, der nach allgemeinem Schadenersatz grundsätzlich uneingeschränkt dem Geschädigten obliegt, lässt sich in zumindest manchen Fällen sicher steuernd eingreifen, denn wenn es keine Fehlerleistung beim Kausalitätsnachweis gibt – von einer solchen ist in der Entscheidung des OGH vom 16. März 2007 zumindest nicht die Rede –, dann zwingt man die Gesellschaft in aller Regel ohnehin dazu, zumindest ein Tun oder Unterlassen des Geschäftsführers darzulegen (und zu beweisen), das wenigstens potenziell objektiv sorgfaltswidrig ist. Freilich gilt dies nicht in allen Fällen. Man verzege vorläufig sich zwei Beispiele: Im ersten Fall erleidet die Gesellschaft einen grösseren Forderungsausfall, weil der Schuldner insolvent wurde. Vermög die Gesellschaft bloss *diesem* Umstand nachzuweisen, kann eine Haftung des Geschäftsführers nicht in Betracht kommen, weil jeder Bezug zu einem zumindest typischerweise einen solchen Schaden-/Forderungsausfall verursachenden Tun oder Unterlassen der Geschäftsführung fehlt. Anders könnte man dies aber uU schon beurteilen, wenn es um den Verlust aus einer vom Vorstand beschlossenen Investition geht (zB um einen Bauauftrag, der letztlich negativ abschliesst). Denn hier hesse sich die Meinung vertreten, jedes Vorstandsmitglied, das an der Investitionsentscheidung mitwirke, habe dessen Ergebnis «verursacht». Es wäre aber meines Erachtens völlig unsachlich und auch rechtlich nicht überzeugend begründbar, in einem solchen Fall dem Vorstandsmitglied *allein* den Nachweis zu überlassen, bei Planung und Durchführung der Investition «alles richtig gemacht» zu haben, also gleichsam dem «entire fairness standard» des US-amerikanischen Rechts (der dann greift, wenn die Business Judgment Rule zB aufgrund der Existenz eines Interessenkonfliktes bereits «ausgehobelt» ist) zu übergeben.

Oben wurde schon ausgeführt, dass die verschiedentlich bejahte und vom OGH noch in jüngster Zeit unkritisch ins Treffen geführte Beweislastverteilung nach dem Grundsatz der «Beweisnähe» bzw nach «Gefahrenbereichen» – abgesehen von ihrer grundsätzlichen Problematik¹⁷³ – auf die Geschäftsführerschaft schon deshalb nicht passt, weil (zumindest in Österreich, für Deuschland gilt

¹⁷¹ OGH EwB 1986/86 = GesRZ 1986, 97 ff.

¹⁷² So aber U. Torggler, GesRZ 2007, 274.

¹⁷³ Vgl zur generellen Kritik an einem auf diesem Gesichtspunkt fussenden Beweislastverteilungskonzept *Ketischer, Rudolf*, in *Rummel, Peter*, ABGB 3, Aufl II/2a § 1298 Rz 3a (mWn 423) und Rz 30; vgl auch *Rehblain, Robert*, Staatsanfang 513 mWn in Fn 295; *Böhler, Elisabeth*, FS *Krejci* 503ff, 515.

¹⁶⁷ Vgl *Kasner, Walther/Rudolf, Peter/Monoway, Christian*, Gesellschaftsrecht 5, Aufl (1990), 237; *Ketischer, Rudolf*, in *Rummel, Peter*, ABGB 3, Aufl II/2a § 1298 Rz 4 für die insoweit völlig vergleichbare Problematik der Anwendung von § 1298 ABGB auf «*Sorgfaltverbindlichkeiten*»; *Runggelder, Ulrich/Schima, Georg*, Führungskräfte 230 f; *Runggelder, Ulrich/Schima, Georg*, Manager-Dienstverträge 3, Aufl (2006) 159.

¹⁶⁸ Diese Methode erweist fatal an die «Begründungstechnik» des OGH in der berühmten und zeitlich ersten Aufsichtsratsanfrage-E in Fall *Krauthal/Allgemeine Wirtschaftsbank* (OGH EwB 1978/4 = JBl 1978, 138), wo das Höchstgericht einen klaren Bezugsfall (die E an sich ist schon aus rechts- und wirtschaftsrechtsrechtlichen Gründen lesenswert) zum Anlass nahm, um die These aufzustellen, Aufsichtsratsmitglieder müssen Menschen sein, die *in geschäftlichen und finanziellen Belangen ein grösseres Maß an Erfahrung und Wissen als ein durchschnittlicher Kaufmann* hätten und die Fähigkeit besäßen, nicht nur «schwierige wirtschaftliche», sondern auch «schwierige rechtliche Zusammenhänge zu erkennen und deren Auswirkungen auf die Gesellschaft zu beurteilen», wobei das Höchstgericht diesen wahrlich weitläufigen (vgl. *Kasner, Walther*, Aufsichtsrat und Recht, Festschrift *Rudolf Strasser* [1983] 843), Sorgfaltsmassstab noch bis in die jüngste Zeit geradezu emotional gegen jede Kritik verteidigt (vgl. OGH 26. Februar 2002, GesRZ 2002, 86 ff, 88), obwohl sich der Sache nach das Höchstgericht davon oft genug bereits längst entzogen hat (besonders deutlich wird das in der jüngsten E des OGH zur Aufsichtsratsanfrage [OGH 11. Juni 2008, GesRZ 2008, 378ff mit Ann Kalds = wbl 2008, 598ff mit Ann U. Torggler = scoloz 2008, 920f mit Ann *Reich-Rohrig* = Ges 2008, 356ff mit Ann *Schöpper/Kapsch*], wo das Höchstgericht den beklagten Aufsichtsratsmitgliedern die offenbar weitgehende Unkenntnis der Rechtslage betreffend die Verpflichtung zur Veröffentlichung von kursrelevanten Informationen (Insider-Tatsachen) durch börsennotierte Gesellschaften ohne weiteres nachsah (wobei nicht klar wurde, ob der Aufsichtsrat vor seiner Entscheidung, die Suspension von zwei Vorstandsmitgliedern nicht zu veröffentlichen, fachkundige Beratung in Anspruch nahm [der zeitliche Ablauf spricht dagegen], weil der OGH sich – inriger Weise – mit dieser Frage nicht beschäftigen zu müssen glaubte – vgl dazu ausführlich *Schima, Georg*, FS *Binder* [in Druck]).

¹⁶⁹ OGH GesRZ 2007, 271.
¹⁷⁰ OGH GesRZ 2007, 272 ff, 274.

weitere Informationen aber noch nicht den Schluss erlaubt, dass überhaupt ein Schaden vorliegt, weil es grundsätzlich natürlich Beratungsleistungen gibt, deren Umfang und Bedeutung ein derartiges Honorar rechtfertigen können. Wenn es sich aber so verhält, dass das besagte (ausserdem von anfangs € 12 Mio. auf die Hälfte «ernässigte») Honorar für ein bloss *mündliches* Gutachten im Zusammenhang mit einem bevorstehenden Eigentümerwechsel bei der Gesellschaft geleistet wurde, steht die Sache ganz anders aus. Dann freilich hat die Gesellschaft auch schon ein Verhalten dargelegt, das objektiv sorgfaltswürdiges Handeln des Vorstandes unbedeutend nahe legt oder ohnehin mit einem solchen gleich zu setzen ist. Kommt – wie angeblich im Anlassfall – hinzu, dass der Steuerberater seit langem die Familie des den Auftrag vergebenden Organmitgliedes berät, dann würde auch nach US-Recht jeder Schutz des «sicheren Haltens» der Business Judgment Rule entfallen, weil es an einem «*disinterested judgment*» fehlt.

Auch was den Kausalitätsnachweis anbelangt, ist vieles in der Diskussion unklar. Im Zusammenhang mit der Erörterung eines Beweislastverteilungskonzepts nach Sphären bzw. Verantwortungsbereichen weist *Böhler* grundsätzlich zutreffend darauf hin, dass der Gesellschaft zumindest der Nachweis aufzulegen werden müsse, dass sich die Schadensursache im Bereich des Beklagten zugegetragen habe.¹⁸¹ Dass es hier der Sache nach um eine Art Kausalitäts-Anscheinbeweis geht, ist offenkundig. Was heisst das aber: bei einem Vorstandsmitglied oder Geschäftsführer, das/den ja bekanntlich die Verantwortung für das *gesamte Unternehmen* trifft und dessen Haftung aufgrund einer Ressortverteilung allenfalls abgestuft ist und sich bei anderen Ressorts auf eine Überwachungspflicht reduziert, aber keineswegs beseitigt wird? Dieser letztere Gesichtspunkt ist mE auch bei der Kausalität zu berücksichtigen. Beschränkt man die Obliegenheiten der Gesellschaft auf den Nachweis eines Schadens, für den man jeden Verlust (im Jahresabschluss oder aus einem Einzelgeschäft) genügen lässt und umt man sich über die Kausalitätsfrage mit dem Hinweis hinweg, sämtliche Vorstandsmitglieder/Geschäftsführer hätten ja nach ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung solidarisch, weshalb *jeder* Verlust von *jedem* Vorstandsmitglied verursacht sei, dann ist man bei einer *reinen Erfolgsfiktio* angelangt, von der jedermann (zu Recht) beteuert, dass sie dem Gesetz nicht zu entnehmen ist. Das in seiner E vom 16. März 2007¹⁸² nicht erkannt zu haben, muss man dem OGH mE wirklich zum Vorwurf machen. Die Praxis wird dadurch völlig verunsichert.

Richtiger Ansicht zufolge kann und darf dem Geschäftsführer nicht die (volle) Behauptungs- und Beweislast für die mangelnde Rechtmässigkeit auferlegt werden. Selbst wenn man die Gesellschaft nämlich den vollen Kausalitätsbeweis führen liesse und keinen prima facie-Beweis gestattete, würde zumindest in manchen Fallkonstellationen die Haftung tendenziell zur Erfolgshaftung – und dies

181 *Böhler, Etschbeth, FS Krug* 503ff. 516.

182 OGH 16. März 2007, GesRZ 2007, 271ff mit Anna U. Torggler = ecolex 2007/262 = RW 2007/684 = wbl 2007/247 Ges 2007, 243.

wollte schon der historische Gesetzgeber ganz eindeutig nicht¹⁸³ und wird auch heute noch einheitlich abgelehnt.

Die vom OGH 1985¹⁸⁴ übernommenen «*Mertens'sche Formeln*» verteilte die lege lata die Beweislast mE weitgehend sichgerecht und in einer dem konkreten Fall anpassbaren, flexiblen Weise.¹⁸⁵ Die Gesellschaft muss auf jeden Fall neben einem Schaden ein Verhalten des Geschäftsführers behaupten und beweisen, das nach der *Lebenserfahrung*¹⁸⁶, dh nach den das betriebswirtschaftliche und volkswirtschaftliche Umfeld einbeziehenden Erfahrungssätzen, den Schluss auf ein objektiv sorgfaltswidriges, dh rechtswidriges Verhalten zulässt. Sieht man dies so, verschwindet auch das oben angesprochene Problem hinsichtlich des Schadensbegriffes und erübrigt es sich weitgehend, darüber zu philosophieren, ob *jede* oder nur eine *zweckwidrige* Vermögensbeeinträchtigung als Schaden in Betracht kommt. Denn die blosse Vermögensminderung zu behaupten und zu beweisen, genügt eben dann in keinem Fall.

Eine Beweislastverteilung, die bei einem zur sorgfältigen Wahrung fremder Vermögensinteressen verpflichteten (also mit einer besonderen Mass an typisierbarem Vertrauen der Gesellschaft ausgestatteten) Geschäftsführer die *Pflichtwidrigkeit vermutet*, ist dagegen im Grunde eine Perversion. Einer solchen wäre das manchen in Europa vielleicht als entgegen gerichtetes Extrem der Vermutung sorgfaltskonformen Verhaltens im besten Interesse der Gesellschaft erscheinende Konzept der Business Judgment Rule allemal vorzuziehen. Die gegenwärtige, von einer schweren und weltweiten Vertrauens- und Imagekrise der Unternehmensleiter (vor allem im Finanzdienstleistungsbereich) gekennzeichnete Situation mit ihren Verlockungen an die Politik, sich populärer, aber undurchdachter Konzepte zu bedienen, sollte zumindest der Rechtsprechung nicht den Blick darauf verstellen, dass auf Wertehöpfung gerichtetes unternehmerisches Handeln ohne (teilweise beträchtliches) Risiko nicht möglich ist und ein Haftungskonzept, das den Geschäftsführern schon im Falle der Entstehung von Verlusten, den vollen Beweis aufbürdet, «alles richtig gemacht» zu haben, das Unternehmensrisiko dem Management aufbürdet.¹⁸⁷ Diesbezüglich die Interessen zwischen Anteilseignern und Unternehmensleitung gleichzusetzen, also den betrimten «principal-agent-Konflikt» zu entschärfen, kann und darf aber nicht primär via Haftung und Beweislastverteilung erreicht werden, sondern sollte Ziel einer durchdachten, nachhaltigen Erfolge statt kurzfristige Gewinn- oder gar Börsenkursmaximierung behandelnden Vergütungspolitik für den Vorstand sein.

183 Vgl *AB Gaerle, Wulf, ZGR* 1995, 648ff, 668ff mWN.

184 OGH EwR 1986/86 = GesRZ 1986, 97ff.

185 So schon im Wesentlichen mit Erläuterungen zur konkreten Funktionsweise *Ringgärdler, Ulrich/Schmitt, Georr, Führungskräfte* 231 ff.

186 Vgl dazu *Böhler, Etschbeth, FS Krug* 503ff. 517. Das setzt – entgegen *Böhler* (aaO 519 ff) 67) – aber schon voraus, dass die Gesellschaft auch bestimmte Tatsachen betreffend das *persönliche Verhalten* des beklagten Organwählers vorträgt und beweist.

187 Verficht *Torggler, Ulrich, GesRZ* 2007, 274, der – ohne Begründung und geradezu unter Ignorierung auch der klar nachvollziehbaren Entstehungsgeschichte der Norm – behauptet, das Gesetz «bezwicke genau das».

D. Kritische Würdigung der Beweislastverteilungskonzepte

Die US-amerikanische Business Judgment Rule kann – dies hat der Vergleich gezeigt – im Verhältnis zur Regelung in Deutschland und in Österreich gewiss als vergleichsweise «sicherer Hafen» bezeichnet werden. Der Handlungsspielraum, den Board-Mitglieder von den amerikanischen Gerichten zugebilligt bekommen, kann in der Tat ein sehr, ja erstaunlich grosser sein, wie anschliessend noch anhand der Disney-Owitz-Entscheidung des Delaware Chancery Court (bestätigt durch den Delaware Supreme Court) gezeigt werden wird.

Dies dahinter stehende Konzept ist aber zumindest konsequent und auch Ausdruck einer – in Ländern wie Deutschland und Österreich viel stärker vernachlässigten – (ökonomischen) Analyse des Rechts. Die Gefahr, dass bei unternehmerischen Entscheidungen mehr dem Prozessablauf als dem wirtschaftlichen Inhalt Augenmerk gewidmet wird, beschwört ein System wie die Business Judgment Rule tendenziell sicher herauf; dadurch unterscheidet sich aber die Situation in den USA von der in Deutschland und Österreich nicht allzu signifikant. Denn jeder Rechtsberater kann bezeugen, dass zwecks bestmöglicher Handlungsvermeidung an das Management abgegebene Ratschläge sich fast immer darauf konzentrieren, formale Standards wie Ordnungs- und Kompetenzvorschriften, Zustimmungsvorbehalte etc. zu beachten, weil dann die Gefahr einer haltungsmissigen Inanspruchnahme typischer Weise minimal ist. Die «Richtigkeit» (selbst im korrekt verstandenen Sinne einer ex ante gegebenen unternehmerischen Vertretbarkeit) komplexer wirtschaftlicher Entscheidungen zu beurteilen, übersteigt oft die Möglichkeiten des Gerichts.

Was die deutsche Rezeption der US-amerikanischen Business Judgment Rule in § 93 Abs 1, 2. Satz dAKG anbelangt, so ist für eine definitive Bewertung die Zeit sicher noch nicht reif, weil es dazu entsprechenden Judikatur-Materials bedarf.

Grundsätzlich neige ich aber stark der Meinung zu, die die Umsetzung gerade wegen der Nichtübernahme der Beweislastverteilung des US-amerikanischen Rechts und wegen der «Einbettung» in die von der herrschenden (aber hochprob-lematischen) Meinung eine Beweislastumkehr in Bezug auch auf die Rechenschaft beinhaltenen Norm des § 93 Abs 1 und Abs 2 dAKG für tendenziell vorzuziehen hält. Bis ist grundsätzlich *Pflegen*¹⁸⁸ zuzustimmen, der noch vor Inkrafttreten des UMAG darauf hinwies, dass es sich bei der Regelung der Darlegungs- und Beweislast bei unternehmerischen Ermessensentscheidungen um die «*ganz entscheidende Weichenstellung handelt, mit der letztlich über Erfolg oder Misserfolg bei der Umsetzung der rechtspolitischen Zielvorstellungen des Gesetzgebers entschieden wird*». Wende, so der Autor, dem beklagten Organmitglied aufzulegen, dazuzum, dass die Voraussetzungen des Schutzes der unternehmerischen Firmensensentscheidung vor judizieller Einmischung erfüllt seien,

188. AG 2004, 258.

werde «*die Ratio der Rule als Instrument der Eröffnung von Wagnisspielräumen und der Abwehr privater Aktionärsklagen ganz entscheidend unterminiert*»¹⁸⁹ und reichten von der «*Probleme mit Sertfüllung*»¹⁹⁰ bis zum «*sicheren Hafen für Vorstandsmitgliedern*»¹⁹¹

Berücksichtigt werden muss bei einer verständigen Würdigung der Unterschiede zweifellos auch ein durch von *Heinz*¹⁹² zu Recht hervorgehobener Unterschied im Zivilprozessrecht der USA und Deutschlands (bzw Österreichs). Weder Deutschland noch Österreich kennen die US-amerikanische Verfahren prägende «*pre-trial-discovery*», die dem Kläger die Möglichkeit gibt, die Beklagenseite auch zur Herausgabe belastender Unterlagen zu verhalten. Dies kann schon wesentlich für den Ausgang eines Verfahrens sein.

Demnoch vermag ich dem Befund von *Heinz*¹⁹³ nicht ganz zuzustimmen, wonach § 93 Abs 1, 2. Satz dAKG mit seiner anderen Beweislastverteilung gegenüber der US-Business Judgment Rule eine «*Assimilation der Business Judgment Rule an die andersartigen, prozessualen, aktenrechtlichen wirtschaftlichen und politischen Rahmenbedingungen in Deutschland*» bedeute. Denn es ist ja – wie gezeigt – schon die das deutsche und österreichische Aktienrecht zumindest nach herrschender Ansicht und Rechtsprechung prägende Prinzip der Beweislastumkehr bei der Vorstandshaltung auch in punkto Rechtswidrigkeit zu Lasten des Organmitgliedes de lege lata abzuleiten und de lege ferenda ohnehin änderungswürdig. Die wirtschaftlichen und politischen Rahmenbedingungen müssten sich da nicht verändern. Denn eine «*probatio diaboli*» bleibt eben eine solche, unabhängig davon, ob der Vorstand mehr die Aktionärsinteressen oder auch die anderer Stakeholder iSv § 70 öAKG zu beachten hat.

Darum ist auch dem österreichischen Gesetzgeber nicht anzuraten, dem Vorbild von § 93 Abs 1, 2. Satz dAKG zu folgen, weil eine hochproblematrische und die Bedürfnisse der Praxis ausser Acht lassende Beweislastverteilung, mit der die Judikatur auch rechtsdogmatisch nicht zu Rande kommt, durch die Implementierung weiterer Tatbestandselemente «*angereichert*» würde, ohne dass für eine Harmonisierung gesorgt wäre. Ich habe 2007 die These vertreten, dass die gesetzliche Verankerung einer Business Judgment Rule im Sinne des § 93 Abs 1, 2. Satz dAKG (bzw konkret in dem von *Lutter* verstandenen Sinn) eine «*klare Verschlechterung der Beweislastsituation von Geschäftsführern gegenüber dem*

189. *Pflegen*, *Wölter*, AG 2004, 258; vgl auch die herbe Kritik von *Arnold, Stefan/Rehberger, Clemens*, Neues vom *Hafen*, Anfechten und Hinterlegen, GeS 2005, 184 ff, 186 zum UMAG Entwurf des § 93 Abs 1, 2. Satz dAKG im Hinblick auf die nicht aus dem USA resultierende Beweislastverteilung: «*unangenehm*», weil «*keine Entlastung für das Organ*», 923 FN 931.

190. *So Haupt, Klaus/Kohl, Markus* in *Gross/Kommi AktG* 4. Aufl Nachtrag § 93 Rz 10, die aber in der Folge auch nicht mit Kritik sparten.

192. *Rezeption* 923 f.

193. *Rezeption* 925.

bedeuten würde, was mit zumindest den Kernkonsens der IM in Österreich ausmacht (oder wenigstens dem entspricht, was richtigweise zu gelten hat).»

Betrachtet man freilich die oben behandelte und kritisierte (damals noch nicht bekannte) Entscheidung des OGH vom 16. März 2007¹⁹⁴ bin ich nicht mehr sicher, sondern zweifle vielmehr, ob sich dieser Befund aufrecht erhalten lässt. Ebenso wenig sicher kann man freilich sein (zumindest zu hoffen ist dies), dass der OGH mit dieser angeblich «uneingeschränkten Beweislastumkehr bei der Rechtswidrigkeit» in einem Fall, wo es darauf ankommt, wirklich ernst macht. Das Höchstgericht könnte dann nämlich gar nicht mehr übersehen, dass die ungenannte Anwendung des zitierten Grundsatzes unweigerlich bewirken würde, was *Krieger*¹⁹⁵ schon vor Jahren ganz zu Recht auf den Punkt brachte: «Wenn sie (die Gesellschaft) nur wollte, könnte sie auf der Basis dieser herrschenden Meinung¹⁹⁶ fast auf jeden Verlust eine schlüssige Schadenersatzklage stützen.» Rechtsicherheit besteht in punkto Beweislastverteilung daher derzeit wohl weder in Deutschland noch und schon gar nicht in Österreich.

V. Sonderproblem: Geschäftsleiter-Entlohnung als unternehmerische Entscheidung

Abschliessend wird anhand des Themas «Geschäftsleiterentlohnung» und damit einer unternehmerischen Entscheidung,¹⁹⁷ die nach US-amerikanischen (in § 93 Abs 1, 2. Satz dAKG aber nunmehr ebenfalls verwirklichten) Verstandens den Schutz der Business Judgment Rule in Anspruch nehmen kann, unter Betrachtung von drei Höchstgerichtsentscheidungen aus den USA, Deutschland und Österreich der Jahre 2006, 2005 und 2008 untersucht, wie in den drei Ländern Höchstgerichte mit dem Thema möglicherweise überhöhter Vorstandsvergütungen umgehen. Dabei sind interessante Parallelen, aber auch signifikante Unterschiede festzustellen.

194 GSKZ 2007, 271 ff mit Anm U. Torggler => GKS 2007, 243 = ecotex 2007/262 = RdW 2007/684 = wbl 2007/247.

195 *Krieger, Gern*, in *Henzl/Timm/Westermann*, Gesellschaftsrecht 1995, 1996, 149ff, 162f.

196 Gemeint ist die These von der (vollen) Beweislastumkehr in Bezug auf die Rechtswidrigkeit bei der Geschäftsflechterhaftung.

197 Nicht eingegangen werden kann im Rahmen dieser Untersuchung auf die (interessante) Frage, ob und inwieweit die Entscheidung über die Geschäftsleiterentlohnung durch die gesetzliche (vgl die Neufassung des § 87 dAKG im Jahr 2009), oder durch «soft law» wie Corporate Governance Kodizes (vgl die Neufassung der Empfehlungen für die Vorstandsvergiftung im österreichischen CG-Kodex mit Wirkung vom 1. Jänner 2010) bewirkte «Anreicherungen» im österreichischen CG-Kodex mit Wirkung von 1. Jänner 2010) bewirkte «Anreicherungen» des österreichischen CG-Kodex von einer unternehmerischen Entscheidung immer mehr zu einer (gesetzlich) gebundenen Entscheidung wird (vgl zur – keineswegs immer trennscharf zu treffenden – Unterscheidung von unternehmerischen Ermessensentscheidungen und gesetzlich oder durch sonstige Normen gebundenen Entscheidungen *Schima, Georg*, FS *Binder* (im Druck)).

Es kommt auch nicht ganz von ungefähr und reflektiert die Grössenunterschiede der Länder, ihre unterschiedliche Wirtschaftskraft und Dimension ihrer grösseren Unternehmen, dass es im zuerst vom Delaware Chancery Court und in der Folge (bestätigt) vom Delaware Supreme Court entschiedenen Fall *Disney Corporation/Michael Oviatt*¹⁹⁸ um die Auszahlung eines erst 15 Monate laufenden Fünfjahresvertrages im Gesamtbetrag von rund USD 130 Mio. ging, im deutschen Fall Mannesmann «nur mehr» um insgesamt rund € 33 Mio, an den damaligen Vorstandsvorsitzenden *Klaus Esser*¹⁹⁹, wohingegen im Fall «Hirsch Servo», mit dem sich der österreichische OGH²⁰⁰ zu beschäftigen hatte – abgesehen von der Auszahlung der Restlaufzeit von zwei noch rund acht Monate laufenden Vorstandsverträgen – die Zuerkennung von «freiwilligen Abfertigungen» für zwei wegen eines negativen Untersuchungsberichtes davon suspendierte Vorstandsmitglieder in Höhe von € 625.000,00 bzw € 573.000,00, die als Gegenleistung für die Einwilligung in eine gütliche Trennung bezahlt wurden, auf ihre Rechtmässigkeit zu untersuchen waren. Die drei Fälle unterscheiden sich voneinander daher nicht nur anhand der Geldbeträge, um die es ging, sondern auch in ihrer rechtlichen Problematik. Alle drei Entscheidungen haben freilich das zentrale Thema, was handläufig als «Golden Handshake» bezeichnet wird, weil in allen drei Fällen Geld anlässlich einer (im Fall Mannesmann/*Klaus Esser* sich zumindest unmittelbar abzeichnenden) Trennung von einem director/Vorstandsmitglied gezahlt wurde.

A. Fall Disney/Ovitz (Delaware Supreme Court, USA)

1. Zusammenfassung des Sachverhaltes

Für die Disney Corporation ergab sich die Notwendigkeit, einen neuen Präsidenten einzusetzen, aufgrund des Todes des damaligen Präsidenten *Frank Wells* im Jahr 1994. An sich war *Michael Eisner*, damals Chairman des Unternehmens, als

198 *Walt Disney Co Derivative Litigation*, 907 A. 2d 693 (Del Ch 2005); bestätigt vom Delaware Supreme Court 411 (Del 2006)

199 Diese zutreffen in die sich aus der Auszahlung des Anstellungsvertrages ergebende Summe von knapp € 15 Mio (die aber gar nicht vom BGH geprüft wurde), eine «Anerkennungssprache» («*Appreciation Award*») in Höhe von € 16 Mio (GBP 10 Mio) und darüber hinaus € 2 Mio zur Abgeltung von knapp davor zuerkannenen Sachbezügen wie Sekretariat, Auto und Fahrer auf Lebenszeit. Um den «Fall Mannesmann» aber nicht unnötig «klein» zu reden, sei erwähnt, dass zusätzlich der Mannesmann-Aufsichtsrat die Abfindung der sogenannten «Altenratypisten» pensionierter Vorstandsmitglieder mit einem Betrag von DM 63,5 Mio. beschloss, sodass insgesamt 18 Vorstands-Pensionisten und deren Hinterbliebene Zahlungen von insgesamt umgerechnet rund € 31 Mio. erhielten, wovon auf den damaligen Aufsichtsratsvorsitzenden *Jochen Fink* ein Betrag von DM 5,5 Mio. kam, der sich noch durch eine ihm von Aufsichtsratspräsidenten zuerkamne «Anerkennungssprache» von DM 6 Mio. erhöhte.

200 OGH 11. Juni 2008; GSKZ 2008, 378ff mit Anm *Kalss* = wbl 2008, 598ff mit Anm U. Torggler = ecotex 2008, 926ff mit Anm *Reich-Rohrweg* = GKS 2008, 356ff mit Anm *Schappert/Kaptsch*.

Nachfolger vorgesehen. Aufgrund einer schweren Bypass-Operation *Eisners* wurde aber innerhalb des Board darüber diskutiert, einen Nachfolger für *Eisner* zu suchen. *Eisner* selbst favorisierte für die Position des Präsidenten *Michael Owitz*, seinen langjährigen Freund. *Owitz* war zu diesem Zeitpunkt eine einflussreiche Persönlichkeit in Hollywood und führte eine von ihm begründete Schauspielerei-Agentur.

Eisners Bemühungen um *Owitz* mündeten im Sommer 1995 in den Entwurf eines auf fünf Jahre befristeten Anstellungsvertrages mit einem Aktienoptionsplan (in zwei Tranchen). Eine Beendigung des Vertrages war für Disney nur aufgrund groben Verschuldens oder gesetzwidrigen Verhaltens (*«gross negligence or malfeasance»*) möglich. Bei einer Beendigung «ohne Grund» verpflichtete sich Disney, eine Entschädigung (Non-Fault Termination, NFT), bestehend aus ausstehendem Gehalt, jährlicher Bonuszahlung von USD 7,5 Mio., sofortiger Ausübbarkeit einer Tranche Aktienoptionen und einer Zahlung von USD 10 Mio. für die zweite Tranche, zu entrichten.

Aufgrund eines «leisen» Zweifels an der Angemessenheit dieser Entlohnung engagierte einer der directors, *Irwin Russel*, einen Entgeltexperten für leitende Angestellte, *Graef Crystal*. Dieser Experte überprüfte zusammen mit einem Mitglied des Disney Compensation Committee (dieses Organ wurde vom Board für die Entscheidung über die Managervergütungen eingesetzt) das Vertragsangebot und kam zu dem Ergebnis, dass *Owitz* voraussichtlich rund USD 23,6 Mio. pro Jahr verdienen werde. Das entspräche seinem Einkommen bei Creative Artists Agency (ein von *Owitz* gegründetes Unternehmen, das auch von ihm geleitet wurde). Der Betrag wurde dann noch auf USD 24,1 Mio. pro Jahr berichtigt.

Danach unterschrieben *Eisner* und *Owitz* eine Paktation, die die wichtigsten Punkte des Anstellungsvertrages enthielt. Während des gesamten Anstellungsprozesses wurden einige Punkte des Vertrages (insbesondere der Ausübungspreis der Optionen) noch abgeändert. Das Ergebnis wurde dann dem Compensation Committee vorgelegt, das den Vertragsvorschlag in einer einstündigen Sitzung (Während der auch noch andere Punkte behandelt wurden) – ohne mit Experten Rücksprache zu halten – einstimmig annahm. Gleich darauf wurde *Owitz* vom Board zum Präsidenten gewählt. Während dieses gesamten Prozesses war *Eisner* federführend. Er betrat sich zwar mit anderen Board-Mitgliedern; es gab aber zu keinem Zeitpunkt eine offizielle Sitzung des Board, in der die Anstellung von *Owitz* diskutiert wurde. Ganz im Gegenteil, vor Gericht sagten fast alle Board-Mitglieder aus, dass sie der Meinung gewesen seien, *Eisner* wäre allein dazu befugt, die Verhandlungen mit *Owitz* zu führen und diese auch zu einem Abschluss zu bringen.

Die ersten Monate der am 1. Oktober 1995 begonnenen Amtszeit waren noch harmonisch; ab Anfang 1996 begann *Owitz* jedoch ein Verhalten an den Tag zu legen, das dem übrigen Management gar nicht behagte. Er kapselte sich nach und nach von den anderen Managern ab, zB indem er darauf bestand, in Limousinen statt mit anderen zusammen im Bus transportiert zu werden. Vorgeworfen wurde

ihm auch, über Spesen grosszügig abgerechnet und wertvolle Geschenke von Geschäftsfreunden akzeptiert zu haben. (Diese Vorwürfe wurden im Gerichtsverfahren auch am Rande behandelt und vom Gericht als haltlos abgetan). Das Hauptproblem aber war, dass *Eisner Owitz* nicht den von diesem erwarteten unternehmerischen Freiraum einzuräumen bereit war. Die anfänglich positive Haltung von *Eisner* wandelte sich schnell, und er war nicht als erzwun, dass *Owitz* im Juni 1996 von einem Jobangebot von Sony erzählte. *Eisner* redete *Owitz* wägen, sich um diesen Job zu bemühen, weil seine Tage bei Disney ohnehin gezählt wären. *Owitz* wollte aber zu diesem Zeitpunkt noch nicht aufgeben und glaubte noch an eine Zukunft bei Disney.

Auch bei Beendigung des Vertragsverhältnisses von *Owitz* mit Disney war *Eisner* federführend. Bei diversen Board-Meetings war dies kein Thema. Unter den einzelnen Board-Mitgliedern wurde aber immer wieder diskutiert, ob man eine «Beendigung aus wichtigem Grund» argumentieren könnte. Eine schriftliche Stellungnahme wurde dazu nie eingeholt. Einige Board-Mitglieder gaben im Verfahren aber an, die Frage mit mehreren Fachleuten diskutiert zu haben. Vom Gericht wurde diesbezüglich auch festgestellt, dass (insbesondere von *Eisner* und *Litvak*) gezielte Bemühungen angestellt worden seien, um diese Frage zu beantworten. Letztlich war man sich bei Disney einig, dass man keinen Grund für die Beendigung des Dienstvertrages finden konnte, mit dessen Hilfe man die «NFT-Zahlung» hätte verhindern können. Dementsprechend erhielt *Owitz* bei Beendigung mit 27. Dezember 1996 eine Abfindungszahlung in der Höhe von rund USD 130 Mio. Die Höhe dieser Zahlung entsprach der vertraglichen Vereinbarung mit 27. Dezember 1996 Bonus für das Geschäftsjahr 1995 in der Höhe von USD 7,5 Mio. wurde *Owitz* (nachdem der Fall öffentlich bekannt geworden war) rückwirkend vom Compensation Committee entzogen.

Einige institutionelle Disney-Aktionäre – vertreten durch die New Yorker Kanzlei Milberg Weiss Bershad & Schulman – brachten ihre Schadensersatzklage gegen die Board-Mitglieder (und auch *Owitz*) bereits Ende 1997 beim Delaware Chancery Court ein. Es handelte sich um eine «Derivative Litigation», also eine Klage aus einem von der Gesellschaft angeblich vernachlässigten Anspruch auf Leistung an diese, nicht auf Leistung an die klagenden Aktionäre. Die Klage war zunächst abgewiesen, nach Berufung zum Delaware Supreme Court jedoch wieder zugelassen worden.²⁰¹

Der Court of Chancery des Staates Delaware wies die Klage nach einer 37 Tage in Anspruch nehmenden Verhandlung unter Anhörung von 24 Zeugen am 9. August 2005 ab. Diese Entscheidung wurde vom Delaware Supreme Court am 8. Juni 2006 bestätigt.

201 Liest man die 175 Seiten starke Entscheidung des Delaware Court of Chancery und die 98 Seiten umfassende Entscheidung des Delaware Supreme Court, gewinnt man den Eindruck, dass das Motiv der Kläger wohl nicht so sehr darin bestand, die Beklagten zur Zahlung von rund USD 130 Mio an die Disney Corporation zu verhalten, sondern vielmehr die autoritativen Praktiken des Chairman *Michael Eisner* an den Pranger zu stellen.

2. Rechtliche Erwägungen des Court of Chancery bzw des Supreme Court

Die Kläger stützten ihr Vorbringen im Wesentlichen (in beiden Instanzen) auf Ansprüche gegen *Ovitz* und gegen die übrigen Beklagten auf der Seite von Disney aufgrund einer Verletzung ihrer treuhänderischen Pflichten in Bezug auf die erforderliche Sorgfalt und Treu und Glauben (*breach of their fiduciary duties to act with due care and in good faith*).²⁰² Diese Verletzung habe sich durch die Genehmigung des Anstellungsvertrages und speziell der «NFT-Zahlung» sowie durch die Genehmigung der NFT-Zahlung bei Beendigung des Dienstverhältnisses ergeben.

In Bezug auf die Person von *Michael Ovitz* war die rechtliche Beurteilung des Court of Chancery und auch des Supreme Court relativ eindeutig: Eine Verletzung seiner treuhänderischen Pflichten erblickten die Kläger vor allem darin, dass *Ovitz* den hochdotierten Vertrag akzeptierte und sich bei Beendigung diese enorme Summe auszahlen liess. Insbesondere wurde hier auf eine Verletzung seiner Treuepflichten (duty of loyalty) verwiesen. Die Gerichte stellen hierzu fest, dass *Ovitz* diese Treuepflicht vor Abschluss des Vertrages noch nicht getroffen habe (obwohl er schon in gewissen Angelegenheiten für das Unternehmen tätig war) und dass diese Treuepflicht bei der Beendigung deswegen nicht zum Tragen kam, weil *Ovitz* an der Entscheidung nicht mitgewirkt habe und die Beendigung ohne wichtigen Grund im Sinne seines Anstellungsvertrages erfolgt sei.

Bei den übrigen Beklagten hielten beide Gerichte fest, dass das Recht von Delaware bei Entscheidungen von directors einer Aktiengesellschaft immer die Vermutung aufstelle, dass diese ihre geschäftlichen Entscheidungen auf informierter Basis, nach Treu und Glauben und in der ehrlichen Überzeugung trafen, dass diese im besten Interesse des Unternehmens gelegen sei. Diese Annahme könne nur widerlegt werden, wenn die Kläger zeigten, dass die directors ihre treuhänderischen Pflichten in Bezug auf die erforderliche Sorgfalt oder ihre Treuepflichten gegenüber der Gesellschaft verletzt oder in böser Absicht gehandelt hätten. Würde diese von der Klägerseite dargelegt, müsse der Beklagte zeigen, dass die beanstandete Handlung der Gesellschaft und den Gesellschaftern gegenüber redlich war (Business Judgment Rule).

Da die Kläger nur eine Verletzung der vorliegenden Sorgfalt und eine Verletzung der Pflicht nach Treu und Glauben zu handeln, sowie die Verschwendung des Gesellschaftsvermögens («waste») behaupteten, konnte sich das Gericht auf diese Punkte konzentrieren:

Beide Gerichte konnten weder bei der Bestellung und Anstellung von *Ovitz* noch bei der Beendigung eine Sorgfaltspflichtverletzung der Board-Mitglieder, oder der Mitglieder des Compensation Committee²⁰³ feststellen. Explizit wurde ausgeführt, dass sämtliche Mitglieder ausreichend informiert waren, um die in Frage stehenden Entscheidungen zu treffen. Betreffend die Auswahl von *Ovitz*

brauchten beide Gerichte klar zum Ausdruck, allen directors sei bewusst gewesen, dass das Unternehmen aufgrund des Ablebens von *Wells* und der Krankheit von *Fisher* eine Führungspersönlichkeit brauche. Ebenso sei klar und nachvollziehbar gewesen, dass ein erfolgreicher Agent wie *Ovitz* sein honorarrendes Unternehmen nur gegen einen bestimmten finanziellen Anreiz verlassen würde. Alle directors seien vertretbar der Meinung gewesen, dass die Erfolge von *Ovitz* und seine Branchenkenntnisse für Disney von Vorteil wären. Diese Informationen sah das Gericht als ausreichend dafür an, *Ovitz* zu Disney zu holen.

Dargelegt wurde von den beiden Instanzen auch, es sei nicht erforderlich gewesen, dass die beiden Organe als Kollektiv informiert worden wären. Die Weitergabe der relevanten Informationen untereinander wurde als ausreichend angesehen. Insbesondere betonte der Court of Chancery (bestätigt durch den Supreme Court), dass man die Informationsweitergabe, insbesondere an das Compensation Committee, wohl organisierter und besser hätte gestalten können; es dürfe aber die erforderliche Sorgfalt (*due care*) nicht mit einer «best practice» verwechselt werden. Beide Gerichte führten aus, die Mitglieder des Compensation Committee seien darüber informiert gewesen, dass die Entgeltansprüche von einem externen Experten überprüft waren und diese Information (unter anderem) für die Genehmigung des Vertrages von *Ovitz* ausreichend gewesen sei; eine Sorgfaltspflichtverletzung könne man den Mitgliedern des Compensation Committee daher nicht vorwerfen.

Betreffend die Beendigung des Anstellungsvertrages von *Ovitz* sehen es die Gerichte als ausreichend an, dass sich zumindest zwei directors, die die Informationen dann weiter gaben, bei externen Juristen mündlich darüber informieren hätten, ob basierend auf dem Vertrag auch eine Beendigung aus wichtigem Grund möglich wäre. Den Umstand, dass kernierter schriftliche Stellungnahmen eines Rechtsexperten bzw Anwaltes eingeholt waren, hielten die Gerichte für unerheblich.

Was die behauptete Verletzung der Verpflichtung nach Treu und Glauben zu handeln, anbelangt, thematisierten die Kläger vor allem, dass der Court of Chancery zwei verschiedene Definitionen von Treu und Glauben verwendet hatte – eine schon im Zulassungsverfahren und eine im eigentlichen Prozess.²⁰⁴ Diese Unterscheidung spielte letztlich keine Rolle, und der Supreme Court tat die Unterscheidung (zu Recht) als rein sprachliche ab. In der Sache selbst konnte den Beklagten keine Pflichtverletzung nachgewiesen werden. Die Gerichte kamen zu der Ansicht, dass die Kläger keine «absichtliche Pflichtverletzung» und keine «bewusste Missachtung der eigenen Verantwortung» nachweisen könnten.

Ungachtet der ziemlich kursorschen Abhandlung dieser Frage im konkreten Fall können dem Urteil des Supreme Court einige Richtlinien zum Handeln nach Treu und Glauben (nach Art eines obiter dictum) entnommen werden. Das Höchstgericht stellte klar, dass es für das Handeln nach Treu und Glauben (als Gegenstück

202 Diesen gehörte mit *Sidney Poitier* ein prominenter Hollywood-Schauspieler und Oscar-Preisträger an.

203 Verwendet wurde die Formulierung «bewusst und absichtliche Missachtung von Verantwortung» einerseits und die «absichtliche Pflichtverletzung, eine bewusste Missachtung der eigenen Verantwortung» andererseits.

zum verpönten «*bad faith*») verschiedenste Interpretationsmöglichkeiten gäbe. Speziell betonte der Supreme Court, dass ein bloss grob fährlässiges Verhalten noch nicht als «*bad faith*» bezeichnet werden könne. Dem es müsste eine klare Unterscheidung zwischen «*good faith*» und «*duty of care*» gezogen werden.

Letztlich machten die Kläger noch den Tatbestand der Verschwendung von Gesellschaftsvermögen («*waste*») geltend. Ein solcher Anspruch führe aber, so das Gericht, nur dann zum Erfolg, wenn die directors «*völlig irrational Geld verschleudern*». Ein solches Verhalten komme vom Gericht nicht festgestellt werden. Im konkreten Fall führten die Gerichte aber auch aus, dass die Regeln zur Verschwendung von Gesellschaftsvermögen zumindest auf die Auszahlung der MFT-Zahlung gar nicht zur Anwendung gelangten, weil hier nur vertragliche Verpflichtungen erfüllt worden seien.

B. Fall Mannesmann (BGH, Deutschland)

1. Zusammenfassung des Sachverhaltes

Der «Fall Mannesmann/Vodafone» und die darüber ergangene Entscheidung des BGH²⁰⁴ wirbelte nicht nur in Deutschland, sondern international Staub auf.²⁰⁵ Es ging damals um die grösste Übernahmeacht der deutschen Wirtschaftsgeschichte, nämlich die Übernahme von Mannesmann durch Vodafone und den Kampf des Managements von Mannesmann unter der Leitung des Vorstandsvorsitzenden Klaus Esser gegen die Übernahme, die letztlich vollzogen und von hohen «*Anerkennungspremierten*» («*Appreciation Awards*») an Herrn Esser und ein paar andere Manager begleitet war.

Zu Beginn des Übernahmekampfes und als der erste Bericht in der Londoner «*Times*» mit Übernahmegerüchten erschien (22. Oktober 1999), notierte die Mannesmann-Aktie bei € 144 (am 11. Juni 2002 wurden schliesslich die nach der Übernahme vertriebenen Kleinaktionäre im Wege eines Squeeze Out zum Kurs von € 218 aus der Gesellschaft ausgeschlossen).

Das Volumen des ersten Übernahmeangebots vom 14. November 1999 betrug rund € 100 Mrd.; tatsächlich hatte Vodafone bei der (am 3. Februar 2000 beschlossenen) Übernahme und nach Aufgabe des Widerstandes durch das Management von Mannesmann unter Klaus Esser, rund € 190 Mrd. in Aktien aufzuwenden.

Am 4. Februar 2000 fasste der Mannesmann-Aufsichtsrat die Entscheidung, der Übernahme durch Vodafone zuzustimmen; das Präsidium des Aufsichtsrates der Mannesmann AG, bestehend aus Prof. Dr. Joachim Fink als Aufsichtsratsvorsitzendem, Dr. Josef Ackermann (gleichzeitig Vorstandsvorsitzender der Deutsche Bank AG) als Vorsitzenden-Stellvertreter, Klaus Zwickel, dem damaligen Vorsit-

zenden der IG-Metall, und Jürgen Laddberg, dem früheren Konzernbetriebsratsvorsitzenden, beschloss die Zuerkennung von «*freiwilligen Anerkennungsprämien*» («*Appreciation Awards*») an den Mannesmann-Vorstandsvorsitzenden Klaus Esser, den damaligen Aufsichtsratsvorsitzenden und bis Mai 1999 Vorstandsvorsitzenden von Mannesmann, Prof. Dr. Joachim Fink und vier weitere Vorstandsmitglieder. Dem lag ein Vorschlag des mit 10% beteiligten Mannesmann-Crossaktionärs Hutchinson Whampoa Ltd zugrunde. Die Geschäftsführung von Vodafone (wenig später mit etwas 98,66% an Mannesmann beteiligt) hatte ihr Einverständnis erklärt. Klaus Esser erhielt auf diese Weise zusätzlich zu der sich aus der Auszahlung seines Anstellungsvertrages ergebenden Abfindung von knapp € 15 Mio. eine «*Anerkennungsprämie*» in Höhe von ca. € 16 Mio. (GBP 10 Mio.) und darüber hinaus € 2 Mio. zur Abgeltung von ihm knapp davor zuerkannten Sachbezügen (Sekretariat, Auto und Fahrer auf Lebenszeit).

Dem damaligen Aufsichtsratsvorsitzenden von Mannesmann, der bis vor wenigen Monaten den Konzern als Vorstandsvorsitzender geleitet hatte, Herrn Prof. Dr. Joachim Fink, wurde zunächst eine «*Anerkennungsprämie*» von rund € 4,8 Mio. zuerkannt, dieser Betrag aber nicht ausbezahlt, weil wegen der Mitwirkung Herrn Prof. Dr. Finks an dem ihm selbst begünstigenden Beschluss Bedenken gegen dessen Rechtmässigkeit entstanden waren. Herr Fink erhielt aufgrund einer am 17. April 2000, also dreieinhalb Monate später, erfolgten Beschlussfassung des Aufsichtsratspräsidiums unter dem Vorsitz des CEO von Vodafone, Sir Gern, schliesslich eine «*Anerkennungsprämie*» von € 3 Mio.²⁰⁶

Das Aufsichtsratspräsidium der Mannesmann AG trat die Entscheidungen vom 4. Februar 2000 in Anwesenheit des Aufsichtsratsvorsitzenden Prof. Dr. Fink und des Stellvertreters Dr. Ackermann unter telefonischer Mitwirkung des Aufsichtsratsmitgliedes Zwickel, der sich bei der telefonischen Abstimmung jedoch der Stimme enthielt, weil er die Prämienzahlungen nicht als Angelegenheit der von ihm im Aufsichtsrat vertretenen Arbeitnehmer betrachtete. Der Konzernbetriebsratsvorsitzende Laddberg hatte sich für die Teilnahme an der Sitzung krankheitshalber entschuldigt.

Die für die Anerkennungsprämie an Herrn Dr. Esser stimmenden Aufsichtsratsmitglieder wollten nach den Urteilsfeststellungen des Landgerichtes Düsseldorf²⁰⁷ insbesondere die Verdünste von Herrn Dr. Esser für die Mannesmann AG als Finanzvorstand im Zeitraum 1994 bis Ende Mai 1999 und als Vorstandsvorsitzender seit Ende Mai 1999 im Hinblick auf die gute Ertragslage des Unternehmens, die Steigerung des Aktien- und Unternehmenswertes sowie die Leistungen im Übernahmekampf würdigen und angemessen entlohnen.

Am 17. Februar 2003 beschloss das Aufsichtsratspräsidium der Mannesmann AG, zusammengesetzt aus Prof. Dr. Fink, Dr. Ackermann und Herrn Zwickel (der sich wiederum der Stimme enthielt; Herr Laddberg war erneut krankheitshal-

²⁰⁴ BGH 21. Dezember 2005, ZIP 2006, 72 ff.

²⁰⁵ Vgl die Zusammenstellung ausländischer, grösstenteils befreundeter Medien-Kommentare bei von Hein, Jan, Rezension 930 Fm 963.

²⁰⁶ Dem Urteil lässt sich entnehmen, dass die «Anerkennungsprämie» für Herrn Fink deshalb reduziert wurde, weil der CEO von Vodafone über Aussparungen Herrn Finks im Übernahmekampf verhängt war.

²⁰⁷ LG Düsseldorf 22. Juli 2004, ZIP 2004, 2044 ff.

ber entschuldigt) die Gewährung von freiwilligen Anerkennungsprämien für vier weitere Vorstandsmitglieder. Zwei dieser Vorstandsmitglieder gehörten erst seit wenigen Tagen dem Vorstand an. Die vier Begünstigten sollten wegen ihrer Beiträge zum Erfolg des Telekommunikationsbereiches der Mannesmann AG und zur Steigerung des Unternehmenswertes zusätzlich zu den in den Dienstverträgen vereinbarten Bezügen mit Zahlungen in Höhe von ca. € 1,89 Mio., € 1,38 Mio., € 1,02 Mio. und € 770.000 bedacht werden. Der Dauer ihrer zukünftigen Tätigkeit für die Mannesmann AG wurde dabei laut den Urteilsfeststellungen keine Beachtung geschenkt. Drei der vier begünstigten Vorstandsmitglieder verließen am 31. Juli 2000 – gleichzeitig mit Herrn *Dr. Esser* – das Unternehmen.

Alle erwähnten Prämien wurden in der Folge an die Begünstigten ausbezahlt. Nach den Urteilsfeststellungen des Landgerichtes Düsseldorf gingen die an den Beschlossenen beteiligten Präsidiumsmitglieder bei ihren Entscheidungen davon aus, sich im Rahmen eines ihnen insoweit eingeräumten unternehmerischen Ermessensspielraumes zu bewegen und hielten ihr Handeln daher für erlaubt. Das damals ebenfalls angeklagte Aufsichtsratsmitglied *Klaus Zwickel* (damals Vorsitzender der IG-Metall) wusste, dass die Beschlüsse nur mit seiner Teilnahme an den Abstimmungen zustande kommen würden, weil mindestens drei nahme an den Abstimmungen anwesend sein mussten, und er wollte das Zustandekommen der Beschlüsse durch seine Stimmhaltungen ermöglichen.

Der Mannesmann-Aufsichtsrat beschloss am 27. März 2000 in den Räumlichkeiten der Deutschen Bank in Frankfurt darüber hinaus, die sogenannten «Alternativpensionen»²⁰⁸ pensionierter Vorstandsmitglieder mit DM 63,5 Mio.

208 Dem lag ein spezieller Typus von Pensionszusage an die Vorstandsmitglieder von Mannesmann zugrunde, die entweder aus einer sogenannten «Festpension» in Höhe eines Prozentsatzes des vor dem Ausscheiden zuletzt bezogenen Bruttojahresnettoeinkommens bestand oder alternativ («*Alternative Pension*») aus einem Prozentsatz der durchschnittlichen jährlichen Gesamtbezüge der aktiven Vorstandsmitglieder der jeweiligen Hierarchiestufe, wobei der höhere Betrag gezahlt wurde. Diese Alternativpensionen waren am 20. November 1998, als noch Herr *Prof. Dr. Fink* Vorstandsvorsitzender der Mannesmann AG war, für die aktiven Vorstandsmitglieder unter gleichzeitiger Erhöhung der Festpensionen abgeschafft worden, weil die Alternativpensionen zu unvorhergesehen hohen Ansprüchen geführt hatten. Offenbar lag dies daran, dass die Vorstandsbezüge der Mannesmann AG stark gestiegen waren. Für den damaligen Vorstandsvorsitzenden *Prof. Dr. Fink* und die bereits pensionierten Vorstandsmitglieder galt aber weiterhin das alte Pensionsmodell. Da Herr *Prof. Dr. Fink* nach der Übernahme der Mannesmann AG durch Vodafone in Zukunft fällende Vorstandsbezüge und damit ein Absinken der einen Wegfall der Alternativpensionen befürchtete, betrieb er in Zusammenarbeit mit dem Personalvorstand *Dr. Drosche* eine pauschale Abfindung der zukünftigen Ansprüche auf die Differenz zwischen Alternativ- und Festpension vor. In der Präsidiumssitzung vom 27. März 2000 legte *Prof. Dr. Fink* einen vorbereiteten Beschlussentwurf für die Abfindung der Alternativpensionsansprüche vor und versicherte, dass die Abfindungsbeiträge rechtlich und versicherungsmathematisch geprüft worden seien. Danach wurde von den Präsidiumsmitgliedern *Dr. Ackermann*, *Zwickel* und *Ladberg*, die sich auf das Beschlossenem nicht vorbereiten hatten, einstimmig beschlossen, insgesamt 18 Pensionisten Abfindungsgelder in der Gesamthöhe von rund € 31 Mio zu erteilen, von denen etwas mehr als € 2,7 Mio auf *Prof. Dr. Fink* entfielen. Dieser Entscheidung lag die Annahme einer künftigen Kürzung der durchschnittlichen Vorstandsvergütung und eines damit verbundenen Absinkens oder gar Wegfalls der Alternativpensionen in der Zukunft zugrunde.

abzuführen. Insgesamt erhielten 18 Vorstands-Pensionisten (unter anderem auch der damalige Aufsichtsratsvorsitzende *Prof. Dr. Joachim Fink*) bzw. deren Hinterbliebene entsprechende Zahlungen von insgesamt (umgerechnet) rund € 31 Mio. Der Aufsichtsratsvorsitzende *Fink* erhielt neben der (ihm drei Wochen später vom Aufsichtsratspräsidium zuerkannten) «*Anerkennungsprämie*» von DM 6 Mio. auf diese Art und Weise zusätzliche DM 5,5 Mio.

Die Eröffnung eines Verfahrens vor dem Landgericht Düsseldorf wegen Untreue gegen sechs Personen (den damaligen stellvertretenden Aufsichtsratsvorsitzenden und Vorstandsvorsitzenden der Deutsche Bank AG, *Dr. Josef Ackermann*, den damaligen Aufsichtsratsvorsitzenden *Prof. Dr. Joachim Fink*, den damals ebenfalls im Aufsichtsratspräsidium von Mannesmann vertretenen IG-Metall-Chef *Klaus Zwickel*, den früheren Mannesmann-Vorstands-Chef *Dr. Klaus Esser*, den früheren Konzernbetriebsratsvorsitzenden *Jürgen Ladberg* – ebenfalls Mitglied des Aufsichtsratspräsidiums – und den damaligen Personalvorstand *Dr. Dieter Drosche*) stieß in der Folge auf gewisse Hindernisse, weil zunächst die Staatsanwaltschaft Düsseldorf (am 21. März 2000) einen Anfangsverdacht verneinte und die Eröffnung eines Ermittlungsverfahrens gegen Herrn *Esser* und andere ablehnte.

Ein interessantes Detail aus der Chronologie ist der Umstand, dass diese Entscheidung der Staatsanwaltschaft Düsseldorf die Beteiligten offenbar zu weiterer «*Geldverteilung*» ermunterte, denn der Beschluss des Mannesmann-Aufsichtsrates über die Abfindung der Alternativpensionen wurde nur sechs Tage später (am 27. März 2000) gefasst, und wiederum drei Wochen später (am 17. April 2000), zwei Wochen nachdem freilich die anzeigenden Anwälte bei der Generalstaatsanwaltschaft Beschwerde gegen die Entscheidung der Staatsanwaltschaft Düsseldorf eingeleitet hatten) beschloss das Aufsichtsratspräsidium – nunmehr bereits unter dem Vorsitz des CEO von Vodafone, *Sir Chris Gair* – eine Anerkennungsprämie für den gerade ausgeschiedenen Aufsichtsratsvorsitzenden und früheren Vorstandsvorsitzenden *Prof. Dr. Fink* in Höhe von € 3 Mio.

Zwischen dem 21. Jänner und dem 14. Juli 2004 fand vor dem Landgericht Düsseldorf die Hauptverhandlung statt, und am 22. Juli 2004 erfolgte die Urteilsverkündung: Die Angeklagten *Fink*, *Ackermann*, *Zwickel* und *Ladberg* wurden vom Vorwurf der Untreue zum Nachteil der früheren Mannesmann AG sowie die Angeklagten *Esser* und *Drosche* vom Vorwurf der Beihilfe zur Untreue freigesprochen.

Am 23. Juli 2002 beschloss die Staatsanwaltschaft, gegen die Freisprüche Revision beim Bundesgerichtshof einzulegen. Dieser verhandelte am 20. und 21. Oktober 2005 über die Revision und verkündete am 21. Dezember 2005 sein Urteil, mit dem die Freisprüche aufgehoben und das Verfahren an eine andere Strafkammer des Landgerichtes Düsseldorf mit der Folge zurückverwiesen wurde, dass über die Anklage Vorwürfe neu verhandelt und entschieden werden musste.

Am 26. Oktober 2006 begann die Neuverhandlung vor dem Landgericht Düsseldorf.

Am 29. November 2006 kam es zur (zunächst vorläufigen und dann endgültigen) Einstellung des Verfahrens gemäss den Einstellungsanträgen der sechs Angeklagten, denen die Staatsanwaltschaft Düsseldorf zuvor unter der Auflage zugestimmt hatte, dass Herr *Fink* € 1 Mio., Herr *Zwickel* € 60.000, Herr *Ludberg* € 12.500, Herr *Esser* € 1,5 Mio., Herr *Ackermann* € 3,2 Mio. und Herr *Droste* € 30.000 zahlen. Die Zahlungen sollten zu 60% der Staatskasse und im übrigen gemeinnützigen Einrichtungen zufließen.

2. Die Entscheidungsbegründung des BGH

Der BGH hob die Freisprüche des Landgerichtes Düsseldorf auf, die damit begründet worden waren, dass die Angeklagten nach Meinung des Landgerichtes zwar aktienrechtlich pflichtwidrig gehandelt und die ihnen gegenüber der Mannesmann AG obliegende Vermögensberuungspflicht verletzt, sich aber keiner *gravierenden* Pflichtverletzung schuldig gemacht hätten, die – so das Landgericht Düsseldorf – bei risikoreichen unternehmerischen Entscheidungen Voraussetzung für die Strafbarkeit wegen Untreue sei. Wegen des Fehlens einer Haupttat hätten sich auch die Angeklagten *Dr. Esser* und *Dr. Droste* nicht wegen Beihilfe zur Untreue strafbar machen können.

Abweichend davon betraf der BGH, die drei angeklagten Mitglieder des damaligen – als Personalausschuss fungierenden – Aufsichtsratspräsidiums hätten durch die Zuerkennung der – gemäss den erstinstanzlichen Feststellungen – für die Gesellschaft nutzlosen Anerkennungsprämien ihre Vermögensberuungspflicht im Sinne des § 266 Abs 1 dStGB gegenüber der Mannesmann AG verletzt und dieser dadurch einen Vermögensnachteil zugefügt.

Die Mitglieder des Aufsichtsratspräsidiums, das die Aktiengesellschaft gegenüber den Vorstandsmitgliedern verrette, hätten bei Entscheidungen über die inhaltliche Ausgestaltung der Dienstverträge mit den Vorstandsmitgliedern und über deren Bezüge eine Vermögensberuungspflicht, die aus ihrer Stellung als Verwalter des für sie fremden Vermögens der Aktiengesellschaft folge. Diese Vermögensberuungspflicht hätten die angeklagten Präsidiumsmitglieder verletzt. Freilich beinhaltet nicht jede Vergütungsentscheidung des Präsidiums, die im Ergebnis zu einer Schädigung führe, eine Pflichtverletzung. Vielmehr stünde ein weiter Beurteilungs- und Ermessensspielraum offen und scheide eine Pflichtverletzung aus, solange die Grenze, innerhalb der sich ein von Verantwortungs-bewusstsein getragenes, ausschliesslich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen müsse, nicht überschritten sei.

Von zentraler Bedeutung sind im gegebenen Zusammenhang die folgenden Aussagen des BGH, in denen sich das Höchstgericht mit der *Bewilligung nachträglicher Sonderzahlungen für dienstvertraglich geschuldete Leistungen* befasst.

Sei im Dienstvertrag vereinbart, dass eine an einen Geschäftserfolg gebundene, einmalige oder jährlich wiederkehrende Prämie als variabler Bestandteil der Vergütung gezahlt werde, dürfe sie nach Ablauf des Geschäftsjahres nach-

träglich zuerkannt werden. Derweite Beurteilungs- und Ermessensspielraum der Präsidiumsmitglieder sei als Ausfluss ihrer Vermögensberuungspflicht nur insoweit eingeschränkt, als die Gesamtbezüge des bedachten Vorstandsmitgliedes gemäss § 87 Abs 1, Satz 1 dAktG²⁰⁹ in einem angemessenen Verhältnis zu seinen Aufgaben und zur Lage der Gesellschaft stehen müssten.

Auch bei fehlender Rechtsgrundlage im Dienstvertrag sei die Bewilligung einer nachträglichen Anerkennungsprämie zulässig, wenn und so weit dem Unternehmen gleichzeitig Vorteile zuflossen, die in einem angemessenen Verhältnis zu der mit der freiwilligen Zusatzvergütung verbundenen Minderung des Gesellschaftsvermögens stünden. Dies komme insbesondere in Betracht, wenn die freiwillige Sonderzahlung entweder dem begünstigten Vorstandsmitglied selbst oder zumindest anderen aktiven oder potenziellen Führungskräften signalisierte, dass sich aussergewöhnliche Leistungen lohnten, von ihr also eine für das Unternehmen vorteilhafte Anreizwirkung ausginge. Unter dem Gesichtspunkt einer Anreizwirkung für Dritte erscheine die Zuwendung einer freiwilligen Anerkennungsprämie auch an ein Vorstandsmitglied denkbar, das demnächst aus der Gesellschaft ausscheide. In all diesen Fällen werde aber dem Angemessenheitsgebot des § 87 Abs 1 Satz 1 dAktG besondere Bedeutung zukommen. Welche Grenzen sich daraus für die Höhe einer Prämie ergeben, entziehe sich – so der BGH – generalisierender Betrachtung und bedürfte angesichts der Besonderheiten des zu entscheidenden Falles keiner näheren Erläuterung.

Eine im Dienstvertrag nicht vereinbarte Sonderzahlung für eine geschuldete Leistung, die *ausschliesslich behaltenden Charakter* habe und der Gesellschaft keinen zukunftsbezogenen Nutzen bringen könne – dafür verwende die BGH die Bezeichnung *«kompensationslose Anerkennungsprämie»* –, sei dem gegenüber als treupflichtwidrige Verschwendung des anvertrauten Gesellschaftsvermögens zu bewerten. Sie sei bereits *dem Grunde nach unzulässig*, ohne dass es auf die Frage ankomme, ob die Gesamtbezüge des begünstigten Vorstandsmitgliedes unter Einschluss der Sonderzahlung nach den Grundsätzen des § 87 Abs 1 Satz 1 dAktG der Höhe nach noch als angemessen beurteilt werden könnten.²¹⁰

Die in der aktienrechtlichen Literatur im Gegensatz dazu vertretene Auffassung, eine freiwillige Sonderzahlung sei zur Belohnung einer in der Vergangenheit erbrachten besonderen Leistung – unabhängig von einer Anreizwirkung oder einem sonstigen für die Gesellschaft eintretenden Vorteil – generell dann zulässig, wenn die Gesamtvergütung des Begünstigten den Grundsätzen über die Höhe der Bezüge der Vorstandsmitglieder nach § 87 Abs 1 Satz 1 dAktG entspräche, lehnte der BGH ausdrücklich ab.

Auch den unter Zugrundelegung dieses Begründungsansatzes theoretisch möglichen Ausweg einer einvernehmlichen Abänderung des Anstellungsvertrages liess

²⁰⁹ Vgl. den – bis zur Novellierung des § 87 dAktG im Sommer 2009 – ähnlichen § 78 Abs 1 dAktG.

²¹⁰ Dabei handelt es sich um die zentrale Aussage des Höchstgerichts-Erkennnisses und um jene Aussage, die geradezu zu einem Sturm nicht nur im aktienrechtlichen, sondern auch im stratrechtlichen Schrifttum in Deutschland geführt hat.

der BGH nicht zu. Dem dann liege – so das Höchstgericht – die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht eben gerade in der freiwilligen Änderung des Dienstvertrages, der der Gesellschaft keinen Nutzen bräuche. Dies gelte im übrigen unabhängig davon, ob die Vertragsänderung zivilrechtlich wirksam sei oder nicht.

Auch der Einwand, dass eine besonders erfolgreiche Tätigkeit nachträglich besser beurteilt werden könne als bei Abschluss des Dienstvertrages, könne nicht überzeugen, denn es bestünden vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten bei Abschluss eines Dienstvertrages, um eine leistungsgerechte Vergütung des Vorstandsmitgliedes sicherzustellen. Darüber hinaus sei der «Erfolg einer geschäftlichen Tätigkeit für sich allein kein rechtfertigender Grund dafür, das im ursprünglichen Dienstvertrage von den Parteien als ungemessen bewertete Verhältnis von Leistung und Gegenleistung nachträglich einseitig zum Nachteil der Gesellschaft abzuändern».²¹¹ Immerhin habe die Gesellschaft umgekehrt das Vertragsrisiko auch dann zu tragen, wenn das Vorstandsmitglied die in es gesetzten Erwartungen nicht erfülle.

Aus der grundsätzlichen Zulässigkeit einer sogenannten «Ernessenstanz» könne die Zulässigkeit einer «kompensationslosen Anerkennungsprämie» wie im Fall Mannesmann nicht abgeleitet werden. Die innerhalb eines Geschäftsjahres ausbezahlte Ernessenstanz zeichne sich gerade dadurch aus, dass sie eine dienstvertragliche Stütze habe und ihre Höhe nach pflichtgemässen Ernessen vom Präsidium des Aufsichtsrates oder dessen Vorsitzenden festgesetzt werde. Von einer solchen Tantieme gehe regelmässig auch eine Anreizwirkung aus, besondere Leistungen zu erbringen.

Nach den Urteilsfeststellungen seien die Sonderzahlungen, so der BGH, in der konkreten Situation der beschlossenen Übernahme, die durch den bevorstehenden Verlust der wirtschaftlichen Selbstständigkeit, das sich abzeichnende Ausscheiden der Führungskräfte und eine neue Unternehmensstrategie Entsprechend den Vorgaben von Vodaltono gekennzeichnet gewesen sei, für die Mannesmann AG ohne jeden Nutzen²¹² gewesen. Die Leistungen der begünstigten Vorstandsmitglieder seien, auch soweit sie zu erheblichen Steigerungen des tatsächlichen Unternehmenswertes sowie des vom spekulativen Gesichtspunkt mit beeinflussten Börsenwertes geführt hätten, durch die dienstvertraglich vereinbarten Vergütungen abgegolten. Dies gelte auch für die Aktivitäten während des Übernahmekampfes und der bevorstehenden Integrationsphase. Eine Anreizwirkung für die Begünstigten für andere aktive Vorstandsmitglieder oder potenzielle zukünftige Führungskräfte

211 Der BGH (ZfP 2006, 72 ff. 75) beruft sich dabei auf *Mannesmann*, ZHR 169 (2005), 144 ff. 128 ff., dessen Sichtweise freilich in Deutschland bislang vorwiegend geteilt ist (vgl. *Frank-Haack-Jochheim in Senfner, Johanneswenzel-Schönk, Kersten*, Arbeitsstaatsbuch für Aufsichtsratsmitglieder, 3. Aufl. (2009) § 9 Rz 110).

212 Hervorhebung durch den Verfasser. Dies ist ein wesentlicher Argumentationsstrang der Entscheidung und zeigt mit seiner Orientierung an einem als eigenständig interpretierten «Unternehmensinteresse» der Aktiengesellschaft eine deutliche Abweichung von der betriebsweise US-amerikanischen Gerichte und so auch des Delaware Chancery Court und des Delaware Supreme Court in der Entscheidung *Disney/Ovitz* (vgl. von *Herrn, Jan*, Rezeption 931 f. 935).

habe von den Sonderzahlungen nicht mehr ausgehen können. Diese seien insbesondere nicht dazu geeignet gewesen, die vier Vorstandsmitglieder als Leistungsträger zukünftig aus Unternehmen zu binden. Auch das Ansehen der Mannesmann AG sei durch die Anerkennungsprämien nicht gefördert worden. Insbesondere seien die freiwilligen Sonderzahlungen auch von keinem Nutzen für die Aktionäre gewesen, weil die Steigerung des Börsenwertes unabhängig von den Anerkennungsprämien bereits eingetreten und das Umtauschverhältnis für die Aktien bereits festgelegt gewesen sei. Die Anerkennungsprämien hätten somit das Vermögen der Mannesmann AG ohne Kompensation gemindert, weshalb die Mitglieder des Aufsichtsratspräsidiums diese nicht hätten bewilligen dürfen. Ein Handlungsspielraum sei ihnen bei dieser Entscheidung nicht zur Verfügung gestanden. Die Präsidiumsmitglieder hätten daher ihre Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs 1 dStGB verletzt und dadurch der Gesellschaft in Höhe der gezahlten Prämien einen Nachteil zugefügt.

Weiters sprach der BGH aus, dass das von der Geschäftsleitung der Übernahme Vodaltono erklärte Einverständnis mit den «Anerkennungsprämien» die Pflichtverletzung nicht beseitige. Richtig sei zwar, dass das Einverständnis des Vermögensinhabers eine strafrechtlich relevante Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht des § 266 Abs 1 StGB in der Regel ausschliesse, doch fehle es im vorliegenden Fall an einem solchen Einverständnis. Bei der Aktiengesellschaft sei Voraussetzung für ein strafrechtlich bedeutsames Einverständnis nämlich die Billigung durch den Alleinaktionär oder die Gesamtheit der Aktionäre in einem Beschluss der Hauptversammlung über die Verwendung eines Bilanzgewinnes²¹³. Vodaltono habe im Zeitpunkt der Zustimmung des Aufsichtsratspräsidiums zu den Anerkennungsprämien²¹⁴ nur 9,8% des Grundkapitals der Mannesmann AG gehalten, im Zeitpunkt der Auszahlung der Prämien Ende März 2000

213 Für diese Ausführungen musste sich der BGH besonders harsche Kritik, vor allem aus dem gesellschaftsrechtlichen, teilweise aber auch aus dem strafrechtlichen Schrifttum anheften. Dass die Zustimmung nur in einem Hauptversammlungsbeschluss über die Verwendung des Bilanzgewinnes hätte erklärt werden können, ist schon deshalb unzutreffend, weil die Zahlung von Prämien an Vorstandsmitglieder mit der Verwendung von Bilanzgewinn nichts zu tun hat, sondern es sich um betrieblichen Aufwand handelt (zur *Hoffmann-Berking, Mitteilungen*, Vorstandvergütung nach Mannesmann, NZG 2006, 127 ff. 131). In strafrechtlicher Hinsicht ist dem BGH zwar Recht zu geben, dass die Einwilligung vor der Tat zu erheben ist und dass für die Erteilung der Einwilligung im Falle möglicher Untreue durch Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder nur die Aktionäre als Vermögensträger in Betracht kommen, nicht aber dann, dass dieser Beschluss unbedingte einstimmige Zustimmung durch alle Aktionäre gefasst worden müsse. Zusatzstimmungen ist mir vielmehr der Ansicht von *Dirrich, Lisbach* (Die Unternehmenshaftbarkeit von Aufsichtsratsmitgliedern bei der Festsatzung überhöhter Vorstandvergütungen) [2007] 226 ff. 231 ff., wonach (nur) bei einer ausschließlichen Hauptversammlung erklären Zustimmung der Aktionäre die Zustimmung sämtlicher Anteilhaber erforderlich ist, für eine Beschlussfassung in einer Hauptversammlung aber ein Mehrheitsbeschluss; Sd § 192 Abs 2 Nr. 3 dAktG genügt (vgl. auch *Kanietek, Andreats*, Anerkennungsprämien und Untreue – das «Mannesmann-Urteil» des BGH, NJW 2006, 814 ff. 815 und aus österreichischer Sicht ausführlich *Schima, Georg*, FS *Binder* (in Druck)).

214 Im Urteil ist diesbezüglich der 3. Februar 2000 erwähnt, obwohl nach den Feststellungen der massgebende Präsidiumsbeschluss am 4. Februar 2000 gefasst worden war.

98,66% und sei erst im Jahr 2000 nach Abfindung der übrigen Aktionäre zur Alleinktionärin der Mannesmann AG geworden. Ein strafrechtlich relevantes Einverständnis in die Vermögensschädigung müsse vor der Tat erfüllt werden. Das Einverständnis eines zukünftigen Alleinaktionärs sei daher für den Schuldanspruch ohne Bedeutung, könne aber je nach den Umständen «als den Unrechtsgehalt erheblich mildernder Faktor die Strafzumessung beeinflussen.»

Schlüsslich trat der BGH im Zusammenhang mit der Verantwortung des damaligen Vorstandsvorsitzenden *Dr. Esser* für die Gewährung der vom BGH inkriminieren freiwilligen Anerkennungsprämien eine sehr bedeutsame und im Schrifttum lebhaft diskutierte, zum Teil auch stark kritisierte Aussage:

Der BGH billigte die Ansicht des Landgerichtes, dass Herr *Dr. Esser* sich durch seine Mitwirkung an der Vorbereitung und der Umsetzung der Beschlüsse über die ihm und den anderen Vorstandsmitgliedern gewährten freiwilligen Sonderzahlungen bloss wegen Beihilfe zu Unreue strafbar gemacht haben könne, weil ihn im Zusammenhang mit diesen Beschlüssen keine Vermögensberührungspflicht gegenüber der Mannesmann AG getroffen habe. Daher komme eine als Miltäter begangene Unreue nicht in Betracht.

In der Folge sprach aber der BGH im Ergebnis das Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft generell von einer Verantwortung bei der Festsetzung überhöhter Vorstandsbezüge für sich selbst oder andere Vorstandsmitglieder mit folgender Begründung frei: Zwar habe der Vorstandsvorsitzende einer Aktiengesellschaft als deren Geschäftsführer und Vertreter grundsätzlich die Pflicht, die Vermögensinteressen der Gesellschaft zu wahren, insbesondere Schaden von dem Gesellschaftsvermögen abzuwenden und damit eine Vermögensberührungspflicht iSd § 266 Abs 1 dStGB. Dies gelte jedoch nicht für Entscheidungen, die im weitesten Sinne die Bezüge der Vorstandsmitglieder betreffen. Diese seien durch das Aktiengesetz nämlich nicht nur aus der Verantwortung, sondern auch aus der Geschäftsführungsbefugnis des Vorstandes ausgeklammert und dem Aufsichtsrat oder dessen Präsidium in ausschliesslicher Zuständigkeit zugewiesen (§ 87 Abs 1 und 2, § 112 dAKG). Dies habe seinen Grund nicht nur darin, dass insoweit die Gesellschaft zum Abschluss von Inlich-Geschäften durch ein anderes Organ vertreten werden müsse; vielmehr werde hierdurch auch der Tatsache Rechnung getragen, dass bei der Regelung der Vorstandsbezüge die Vermögensinteressen von Gesellschaft und Vorstandsmitglied nicht gleichzeitig sei seien, sondern – auch soweit nicht die eigenen, sondern die Bezüge anderer Vorstandsmitglieder betroffen seien – typischerweise in die entgegengesetzte Richtung gingen. Sei dieser Entscheidungsbereich aber rechtlich aus den Bezügen der Vorstandsmitglieder ausgeklammert, so könne diese insoweit auch keine Pflicht zur Berührung der Vermögensinteressen der Gesellschaft treffen. Allein ihre faktische Einwirkungsmöglichkeiten auf die entsprechend Beschlossene des Aufsichtsrates oder Aufsichtsratspräsidiums änderten an dieser Rechtslage nichts.

C. Fall Hirsch Servo (OGH, Österreich)

1. Sachverhalt

In der Entscheidung des OGH vom 11. Juni 2008, die mittlerweile schon mehrfach veröffentlicht und kommentiert wurde,²¹⁵ ging es um folgenden – zusammengefasst – Sachverhalt: Die Hirsch Servo AG, eine an der Wiener Börse notierende Aktiengesellschaft, hatte eine mit rund 62% beteiligte Mehrheitsaktionärin in Gestalt einer GmbH, die wiederum im Alleineigentum des von einem der beiden Geschäftsführer der Mehrheitsaktionärin und gleichzeitig Aufsichtsratsvorsitzenden der Gesellschaft gegründeten Privatstiftung stand. Im relevanten Zeitraum hatte die Gesellschaft drei Vorstandsmitglieder, wovon die beiden letztlich beklagten beiden Vorstandsmitglieder mit 2,6% und 0,5% am Grundkapital der Gesellschaft beteiligt waren. Da der Vertreter des Mehrheitsaktionärs, Aufsichtsratsvorsitzende und Stifter der die Mehrheitsaktionärin kontrollierenden Privatstiftung mit der Entwicklung des Aktienkurses und der Information durch den Vorstand der Gesellschaft nicht zufrieden war, veranlasste er eine Überprüfung der vom Vorstand erstellten Berichte und Strategiepapiere durch eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft.²¹⁶ Die Studie der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft deutete auf eine drastische Verteilung der Finanzziele für das letzte Geschäftsjahr und darauf hin, dass in allen Geschäftsfeldern die Ist-Ergebnisse deutlich unter den geplanten Ergebnissen lagen sowie dass ein massiver Rückgang des Unternehmenswertes und des Return on Investment gegeben war. Ausserdem machten die Wirtschaftsprüfer in der Untersuchung darauf aufmerksam, es könne «nicht ausgeschlossen werden», dass es zu unvollständigen, unrichtigen oder nicht zeitgerechten Informationen und Berichterstattungen des Vorstandes an den Aufsichtsrat gekommen sei. In der darauf unverzüglich einberufenen Aufsichtsratssitzung wurde die Nichtverlängerung der noch gut acht Monate laufenden Vorstandsverträge der beiden später beklagten Vorstandsmitglieder und deren sofortige Suspendierung sowie die Entsendung des Aufsichtsratsvorsitzenden in den Vorstand gemäss § 90 Abs 2 öAKG beschlossen. Die Einberufung einer Hauptversammlung wurde in Erwägung gezogen, aber im Hinblick darauf verworfen, dass nach Auffassung der (später mit beklagten) Aufsichtsratsmitglieder das öffentliche Bekanntwerden der Auseinandersetzung zum Nachteil des Unternehmens gereicht hätte. Die beiden suspendierten Vorstandsmitglieder wurden von der Entscheidung informiert, vertraten aber die Ansicht, dass die Suspendierung unbegründet sei. In den folgenden Verhandlungen einigte sich der

²¹⁵ OGH 11. Juni 2008, GesRZ 2008, 378fF mit Anm Kalas = Ges 2008, 356fF mit Anm Schopp-Perf/Kapusch = eodex 2008, 926 ff mit Anm Reich-Rohrnig = wbl 2008, 598fF mit Anm U. Torggler.

²¹⁶ Dabei handelte es sich allem Anschein nach nicht um eine Sonderprüfung gem § 8 118fF öAKG (weil in dem gesamten Fall ja das Bestreben, möglichst wenig an die Öffentlichkeit dringen zu lassen, eine besondere Rolle spielte); die rechtliche Basis bildete vielmehr wohl § 95 Abs 3 öAKG.

Aufsichtsrat (dem der bisherige Vorsitzende wegen seiner Entsendung in den Vorstand nicht mehr angehört) mit drei Für- und einer Gegenstimme darauf, die noch acht Monate laufenden Vorstandsverträge der beiden suspendierten Vorstandsmitglieder auszuführen, die Vorstandsmitglieder also so zu stellen, als seien die Verträge durch Fristablauf beendet worden, und den beiden Vorstandsmitgliedern zusätzlich eine freiwillige Abfertigung in Höhe von € 625.000,00 brutto bzw. € 573.000,00 netto zu gewähren.

Für die der Vereinbarung zustimmenden Aufsichtsratsmitglieder war wesentlich, dass damit eine Auseinandersetzung zwischen der Gesellschaft und den Vorstandsmitgliedern nicht in die Öffentlichkeit getragen wurde, weil sie davon ausgingen, dass die Veröffentlichung von Unstimmigkeiten zu einem schweren Schaden für das Unternehmen führen könnte, der die konkret vereinbarten Beträge übersteigen würde.

Die «freiwilligen Abfertigungen» wurden schliesslich ausbezahlt, wobei diese Auszahlung – ein interessantes Detail am Rande – durch eine Art «Selbsthilffunktion» eines der beiden begünstigten Vorstandsmitglieder erfolgte, das (obwohl nach den Ausführungen im Urteil möglicherweise gar nicht mehr bankzeichnungsberechtigt) die Überweisungen unmittelbar nach der Sitzung des Aufsichtsrates veranlasste, weil es befürchtete, der Vertreter des Mehrheitsaktionärs, ehemalige Aufsichtsratsvorsitzende und Stifter werde möglicherweise die Zahlungen stoppen. Dieser Umstand spielte in der Entscheidung aber keine wirkliche Rolle.

2. Entscheidungsgründe des OGH

Die Gelegenheit, zu der in Österreich noch immer nicht abschliessend durch die Rechtsprechung geklärten Frage der Zulässigkeit einer Suspendierung von Vorstandsmitgliedern und den dabei zu beachtenden Voraussetzungen Stellung zu nehmen, ergreif' der OGH nicht. Er erörterte bloss den Meinungsstand und meinte, entscheidend sei in diesem Zusammenhang, dass die Aufsichtsratsmitglieder die Ansicht vertreten hätten, die beiden Vorstandsmitglieder suspendiert zu haben und grundsätzlich zur Veröffentlichung dieser Tatsache nach den Bestimmungen des BörsenG verpflichtet zu sein.

Die von der klagenden Gesellschaft als Alternative zur vom Aufsichtsrat mehrheitlich gewählten Vorgangsweise aufgezeigten Optionen, nämlich eine nähere Prüfung der erhobenen Vorwürfe und danach gegebenenfalls eine Abberufung der Vorstandsmitglieder, die Einberufung einer Hauptversammlung und Fassung eines Misstrauensvotums gem § 75 Abs 4, 3, Fall öAKG²¹⁷ oder das Auslaufenlassen der Vorstandsmandate, hätten, so der OGH, «*im Hinblick auf § 82 Abs 6 BörsenG*²¹⁸ *in jedem Fall eine unerwünschte Veröffentlichung der Suspendierung der beklagten Vorstandsmitglieder vorausgesetzt*». Für die Wahrneh-

mung der Offenlegungsverpflichtung sei der (verbleibende Vorstand) zuständig. Ob dieser seine Offenlegungspflicht wegen des mehrjährigen Zuwartens mit der Veröffentlichung der Suspendierungen verletzt habe, müsste – so das Höchstgericht – *«hier nicht untersucht werden, wenn eine Verletzung der Offenlegungspflicht von keiner Seite behauptet und insbesondere auch nicht den Klagefonten zugrundegelegt wurde»*

Entscheidend sei vielmehr, dass die Ansicht der beklagten Aufsichtsratsmitglieder *«mindest vertretbar* sei, es wäre im Unternehmensinteresse gelegen, eine Veröffentlichung der Suspendierungen, soweit irgendwie möglich, zu vermeiden. Ungeratene Veränderungen in der Führungsebene eines Unternehmens seien nach aller Erfahrung durchaus geeignet, den Aktienkurs und auch die Kreditwürdigkeit eines Unternehmens negativ zu beeinflussen. Im vorliegenden Fall habe sogar die einvernehmliche Auflösung der Vorstandsverträge zu Irritationen bei der Hausbank und Kreditgebern der klagenden Gesellschaft geführt. Das Bestreben der beklagten Aufsichtsratsmitglieder, die internen Querelen in der Gesellschaft nicht publik machen zu müssen, könne als pflichtgemässes Bemühen gewertet werden, die unternehmerischen Interessen der Gesellschaft zu wahren, und dies setze entweder eine sofortige Zurücknahme der Suspendierung oder eine unverzügliche gütliche Einigung mit den beklagten Vorstandsmitgliedern voraus.

Die Verhandlungen seien deshalb – wie schon das Berufungsgericht ausgeführt habe – unter grossem Zeitdruck zu führen gewesen.

Es sei – so der OGH – auch rechtlich nicht zu beanstanden gewesen, dass die Hauptversammlung mit der Angelegenheit nicht belastet wurde. Denn eine Fallkonstellation, die der in Deutschland seit der berühmten «Holzmüller-Entscheidung»²¹⁹ oder dem «Gelatine-Urteil»²²⁰ des BGH bekannnten Konstellation «umgeschriebener Hauptversammlungszuständigkeiten» entspreche, sei hier nicht vorzulegen.

Somit stelle sich noch die Frage, ob die freiwilligen Abfertigungen, mit denen die gütliche Lösung «erkauft» worden wäre, im Rahmen des Ernensensspielraums der beklagten Aufsichtsratsmitglieder gelegen sei. Diese Frage müsse letztlich bejaht werden. § 78 Abs 1 öAKG, der den Aufsichtsrat dazu verpflichtet, die Vorstandsvergütung angemessen zu gestalten, habe nur klarstellende Funktion und bringe das zum Ausdruck, was schon durch den Massstab des Unternehmenswohls in § 70 öAKG geltendes Recht sei. Im vorliegenden Fall sei als wesentliches Kriterium zu berücksichtigen, dass der Nachweis einer Pflichtverletzung der beklagten Vorstandsmitglieder nicht erbracht gewesen sei. Schon deshalb wäre jedenfalls die Auszahlung der Vorstandsverträge rechtlich unbedenklich.

Die Zahlung der freiwilligen Abfertigungen über das anstellungsvertragliche Bezugsniveau hinaus stelle sich letztlich in Anbetracht des damit legitim vorfolgenden «*Ziases der Vermeidung einer öffentlichen Konfrontation*» mit den beiden

²¹⁷ Vgl. gleichartig § 84 Abs 3, 3, Fall öAKG.

²¹⁸ Darnals geht noch diese Bestimmung, nunmehr ist § 48d Abs 2 öBörsenG anwendbar.

²¹⁹ BGH 25. Februar 1982, BGHZ 82, 122f.
²²⁰ BGH 26. April 2004, AG 2004, 384ff.

Vorstandsmitgliedern und unter Berücksichtigung der Unternehmensgröße, Ertragslage der Gesellschaft und Interessen der Aktionäre und Arbeitnehmer als gerechtfertigt dar. Die klagende Gesellschaft habe im betreffenden Geschäftsjahr trotz der hohen Abfindungszahlungen noch einen Bilanzgewinn von rund € 700.000,00 erwirtschaftet.²²¹

Schlüsslich ging der OGH unter Betonung des Umstandes, es könne auf eine ex ante-Betrachtung an, auf die *nicht* Fällung der Entscheidung eintretende Entwicklung des Börsenkurses ein und konstatierte, dass der Aktienkurs der Gesellschaft nach dem «*kampfflosen Ausscheiden*» der beklagten Vorstandsmitglieder ab dem Jahr 2006 eine enorme Steigerung erfahren hätte.

In Anbetracht all dessen könne in der Gewährung der – weniglich «*sehr hoch erscheinenden*» – Abfertigungen «*doch noch keine eklatante Überschreitung des Ermessensspielraumes*» erblickt werden. Eine gerichtliche Nachprüfung der Entscheidung des Aufsichtsrates sei aber – so der OGH unter Berufung auf seine Entscheidung I Ob 144/01k²²² – nur bei einer «*geradezu unvertretbaren unternehmerischen Entscheidung*» möglich.²²³ Da die Abfindungszahlungen «*nicht als eklatant unangemessen*» anzusehen seien, scheide auch ein Verstoß der beiden beklagten Vorstandsmitglieder gegen die ihnen gegenüber der Gesellschaft obliegende Treupflicht aus.

D. Kurz-Analyse der unterschiedlichen Herangehensweise von Delaware Supreme Court, BGH und OGH

Eine vordergründig-plakative «Analyse» der drei Entscheidungen müsste vermuthlich in erster Linie den Umstand hervorheben, dass die Zahlung von € 16 Mio. als «*Anerkennungssprünge*» für einen höchst erfolgreichen Manager, der den Aktionären insgesamt einen Millarden-Vermögenszuwachs beschert hatte, in Deutschland auf die Anklagebank führen, in den USA hingegen ein bloss 15-monatiges und unbesäteten erfolgloses Wirken im Board einer «Major Corporation» auch einmal USD 130 Mio. einbringen kann, ohne dass darin auch nur ein zivilrechtlicher Rechtsverstoß erblickt wird.²²⁴

Dies wäre indes eine wirklich vordergründige Analyse. Eine interessantere Aufgabe würde dagegen die Beantwortung der Frage bilden, wie jedes Gericht die beiden anderen Sachverhalte entschieden hätte. Diesbezüglich ist man zwar

221 Nordbrev: das ist nicht viel mehr als die Hälfte der beiden «freiwilligen Abfertigungen» und als Argument damit von sehr fragwürdiger Überzeugungskraft!

222 OGH GesRZ 2002, 86 = wbl 2002, 325.

223 Der OGH bezieht sich dabei auf *Graf, Wolfgang T.*, Rechtsfolgen unzulässig hoher Vorstandsbezüge, RDW 2007, 515ff., 516 mwN.

224 Genau in diesem Sinne beginnt *Gewirtz* seinen 2007 erschienenen, rechtsvergleichenden Beitrag über die Disney- und die Mannesmann-F- (*Gewirtz, Franklin A.*, Disney in a Comparative Light, American Journal of Comparative Law [2007] Vol 55, issue 3, 453ff.

in Anbetracht der Zahlen-Relationen und des Umstandes, dass der Delaware Supreme Court über einen erfolglosen, der BGH dagegen über einen Zweifels-erfolgreichen Manager zu Gericht sass, versucht zu sagen, dass der Delaware Supreme Court im Fall Mannesmann «sicher» nichts Bedenkliches gefunden hätte, wohingegen der BGH vermutlich alle an der Vergütung von Herrn Ovitiz beteiligten Manager wegen strafrechtlicher Untreue würde verurteilt haben. Dieser Schluss wäre aber nie ebenfalls vorzilig.

Hier gilt es zunächst, einen relevanten Unterschied im Sachverhalt aufzuzeigen, der den Fall «Disney/Ovitiz» vom Fall Mannesmann ebenso wie von dem durch den österreichischen OGH entschiedenen Fall Hirsch Servo unterscheidet: Nur der Delaware Supreme Court hatte über Vergütungen zu entscheiden, die *anstellungsvertraglich geschuldet* waren. Der BGH hingegen musste sich ebenso wie der OGH mit *nachträglich*, dh während aufrechten Mandats bzw im Zusammenhang mit der Beendigung des Mandats *gewährten* Zusatzvergütungen befassen. Gerade für den BGH in seiner straffrechtlichen Entscheidung war dies bekanntlich ein ganz entscheidender – wenn auch (und zu Recht) in Deutschland massiv kritisierte²²⁵ – Gesichtspunkt. Immerhin interessierte den BGH ja die in der Auszahlung des Vorstandsvertrages von Herrn Fisser bestehende Zahlung von rund € 15 Mio. überhaupt nicht, und man kann nur darüber spekulieren, ob das Höchstgericht sich damit befasset hätte, wenn die Auszahlung des Anstellungsvertrages nicht € 15 Mio., sondern € 50 oder 150 Mio. gekostet hätte.

Was sich mit mehr Treffsicherheit sagen lässt, ist dagegen mE, dass der BGH auf der Grundlage der im Fall Mannesmann getüscherten Rechtsmeinung den vom OGH entschiedenen Fall Hirsch Servo nicht als rechtlich letztlich unbedenklich hätte einstufen dürfen. Denn nach Auffassung des BGH, die freilich zu Recht als unrichtig kritisiert wurde, sind nachträglich, dh *nach* Erbringung einer «Sonderleistung» gewährte Vergütungen unzulässig und straffrechtlich Untreue, wenn sie der Gesellschaft keinen zukunftsorientierten Nutzen bringen, den der BGH auch in einem möglichen Anreiz für andere Führungskräfte erblickt, dass sich Leistung lohne. Der OGH hatte aber gar nicht über Vergütungen für bereits erbrachte Sonderleistungen zu befinden, sondern über «freiwillige Abfertigungen», die allein deshalb gezahlt wurden, damit die beiden Vorstandsmitglieder ohne grossen Aufsehen in eine gütliche Trennung einwilligten. Die Beträge, die dafür flossen, hatten keine anstellungsvertragliche Grundlage, sondern den Charakter eines «Schweigegeldes».

Der BGH hätte eine solche Fallkonstellation auf der Basis der von ihm im Mannesmann-Urteil ausgebreiteten Thesen eigentlich negativ, dh so entschieden müssen, dass die «freiwilligen Abfertigungen» gegen die den Aufsichtsratsmitgliedern obliegende Vermögensbetreuungspflicht (§ 266 dStGB) verstössen. Dies kann man nur dann anders sehen, wenn man in der «Vermeidung öffentlichen Aufse-

225 Vgl zB *Pelzer, Martin*, Das Mannesmann-Revisionsurteil aus der Sicht des Aktien- und allgemeinen Zivilrechts, ZIP 2006, 205ff., 207; *Hoffmann-Breckung, Michael*, NZG 2006, 127ff.; *Fronk, Hans-Joachim*, in: *Sentler, Johannes/v. Schebeck, Kersten*, Arbeitshandbuch für Aufsichtsratsmitglieder 3, Auhf (2009) § 9 Rz 106ff.; *Dittrich, Elisabeth*, Unternehmensbank 98.

hens» – nach dem Vorbild der vom BGH ins Leben gerufenen «Anreizwirkung für andere Führungskräfte» – einen «zukunftsbezogenen Nutzen» für die Gesellschaft erbringt. Die Anerkennung dieser Rechtsfigur würde aber richtigweise nichts anderes bedeuten als eine weitere «Fiktion vermögensmäßiger Kompensation», die schon im Mannesmann-Urteil zureifend kritisiert wurde.²²⁶

Dennoch liegt man vermutlich nicht falsch, wenn man davon ausgeht, dass der BGH «freiwillige Abfertigungen» für (eher erfolglose) Vorstandsmitglieder, die – pointiert ausgedrückt – «Schwegegelder» waren, bei Beträgen in Höhe von rund € 500.000,00 oder € 600.000,00 kaum je als strafrechtliche Mannesmann-Verfahren einer der Verteidiger als Einschätzung aussere, wonach «kein *Hahn gekriht*» (oder gar «*Unruhe*») gerufen) hätte, wenn am Herrn Esser nicht DM 30 Mio., sondern nur DM 3 Mio. gezahlt worden wären – und sei es auch zur Gänze als «*kompensationslose Anerkennungsprämie*».²²⁷

Damit ist man beim Kern der Kritik, die an der Mannesmann-E des BGH geht wurde: Der BGH hat sich um eine Angemessenheitsprüfung gedrückt und § 87 Abs 1 dAKG fehlinterpretiert. Denn richtigweise wäre – wie Pelzer²²⁸ § 87 Abs 1 dAKG schreibt – darüber zu entscheiden gewesen, ob die gezahlten Beträge iSd § 87 Abs 1, 1. Satz dAKG «*in einem angemessenen Verhältnis zu den Aufgaben des Vorstandsmitglieds und zur Lage der Gesellschafts*» standen, und nur dort und nirgendwo anders liege «*der Hand begraben*». Dem Strafsenat des BGH waren offenkundig die gezahlten Vergütungen zu hoch, er wollte sich aber partout nicht auf das Minnenfeld der Angemessenheitsbeurteilung begeben. Ein Minnenfeld wäre dies gewiss gewesen. Denn das Gericht hätte zB in Bezug auf Herrn Esser beurteilen gehabt, ob ein Teil der «*Anerkennungsprämie*» mit den von Herrn Esser geleisteten und durch die anstehenden vertraglichen Vergütungen nicht adäquat abgeglichene Aufbaubarkeit in der Telekommunikationsbranche zu rechtfertigen war und welcher Teil auf den Abwehrkampf entfiel. Hinsichtlich der Vergütung für die Leistungen im Abwehrkampf – und das stand nach den Urteilsfeststellungen ja deutlich im Vordergrund – hätte das Gericht zu berücksichtigen gehabt, ob die Verschaffung von finanziellen Vorteilen gegenüber Aktionären (freilich nur gegenüber jenen, die zum richtigen Zeitpunkt veräußerten, bevor die Aktienkurs-Spekulationsblase wieder zusammenfiel) solche Vergütungen rechtfertigte und wie in dieser Rechnung die enormen Kosten des Abwehrkampfes zu berücksichtigen waren, die Mannesmann zu tragen hatte.²²⁹ Bei Anstellung einer diese Aspekte berücksichtigenden Betrachtung wäre das vom BGH erzielte Ergebnis mE durchaus zu rechtfertigen gewesen, denn in dem Fall passierten ganz offenkundig gleich mehrere schwere Ermessensfehler.²³⁰

²²⁶ Vgl Pelzer, Martin, ZIP 2006, 208.

²²⁷ Zutreffend Pelzer, Martin, ZIP 2006, 208.

²²⁸ ZIP 2006, 208.

²²⁹ Pelzer, Martin, ZIP 2006, 208.

²³⁰ Zutreffend Schünemann, Bernd, Der Bundesgerichtshof im Gestirp des Unrechtsbestandes, NSZ 2006, 196ff, 199.

Der OGH (der freilich in einem Zivilsenat zu entscheiden hatte) wiederum hatte die dem § 87 Abs 1 dAKG – jedenfalls bis zur jüngst erfolgten Novellierung²³¹ – vergleichbare Vorschrift des § 78 Abs 1 öAKG anzuwenden und anzulegen.²³² Er folgte dabei der in Österreich hM, wonach § 78 Abs 1 AktG nur «*klarstellende Funktion*» habe und die darin verankerte Handlungsmaxime für den Aufsichtsrat, keine unangemessenen Bezüge festzusetzen, auch ohne § 78 Abs 1 öAKG gelten würde, weil «*der Aufsichtsrat zu einem an Unternehmenswohl gemiß § 70 AktG orientierten Handeln nach dem Maßstab eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftleiters verpflichtet ist ... und schon deshalb keinesfalls unangemessene Bezüge festsetzen darf*».

Dieser Aspekt verdient insofern und auch mit Blick nach Deutschland Beachtung, als dem BGH im Fall Mannesmann auch (und mE zu Recht) vorgeworfen wurde, damit würden unterschiedliche Massstäbe für Vergütungsgescheidungen des Aufsichtsrates (bei Festsetzung der Vorstandsbezüge) und des Vorstandes (bei Festsetzung der Vergütung leitender Mitarbeiter) geschaffen. Denn es darf als weitgehend unsärlig gelten, dass ein Arbeitgeber (in der AG also letztlich deren Vorstand) einem Arbeitnehmer ausserhalb des vereinbarten Dienstvertrages zusätzliche Entgelte gewähren darf und dies selbst dann, wenn das Ausschneiden des Mitarbeiters bevorzucht oder der Mitarbeiter ausgeschieden ist bzw die Vergütung anlässlich des Ausscheidens gewährt wird. Warum sollte der Aufsichtsrat dem Vorstand Vergütungen nicht zuerkennen dürfen, die der Vorstand rechtlch unbedenklich den ihm unterstellten Mitarbeitern gewähren dürfte?²³³

Hopt/Roth²³⁴ meinen hingegen, dass unterschiedliche Standards bei der Vergütung von leitenden Angestellten einerseits und Vorstandsmitgliedern andererseits zu gelten hätten, weil bei sondergesetzlicher Regelung ein Rückgriff auf allgemeine Grundsätze unternehmerischen Ermessens nicht möglich sei. Die genannten Autoren sind also der Auffassung, dass § 87 Abs 1 dAKG zwar den Aufsichtsrat zur Fällung einer unternehmerischen Entscheidung auftrte,²³⁵ dass aber diese Entscheidung iSd oben II.B. Erörterten als «*besschränkt gesetzlich gebundene*» Entscheidung nicht nach dem Massstab der «*Unternehmerlichkeit*», sondern der «*Verretbarkeit*» zu beurteilen sei.

Zu dieser Meinungsverschiedenheit vertritt Stellung zu nehmen, würde den vorgegebenen Rahmen sprengen; mir scheint die vom OGH eingenommene und auf der herrschenden Meinung in Österreich basierende Sichtweise die richtige zu sein. Denn das allgemeine Angemessenheitsgebot in § 78 Abs 1 öAKG bzw § 87 Abs 1 dAKG vor der eben erfolgten Novellierung kann nicht als ein das unternehmerische Ermessen gegenüber dem sonst bei geschäftlichen Entschei-

²³¹ Vgl dazu Thüsing, Gregor, Das Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung, AG 2009, 517ff.

²³² Vgl OGH 11. Juni 2008, GsRZ 2008, 378ff, 382.

²³³ So zutreffend Hoffmann-Berking, Michael, NZG 2006, 127ff, 128.

²³⁴ Grosskomm AktG 4, Aufl Nachtrag § 93 Rz 56.

²³⁵ So ja offensichtlich auch Hopt, Klaus/Roth, Markus in Grosskomm AktG 4, Aufl § 93 Rz 18 mwN in Fn 79, 80.

dungen anerkannten Spielraum einschränkender Massstab interpretiert werden. Es mag zwar richtig sein, dass man dann das Wort «angemessen» richtiger im Sinne von «nicht garb unangemessen» interpretieren müsste, doch hat der OGH in der zitierten Entscheidung vom 11. Juni 2008 ja genau das getan, und dies habe ich auch für zutreffend.

An der Sichtweise des Delaware Supreme Court fällt – abgesehen davon, dass US-amerikanische Richter zumindest in diesem Bundesstaat ein Gefühl wie Neid nicht zu kennen scheinen – schon der – salopp ausgedrückt – «andere Umgang mit dem Geld» auf: Die Höhe der Vergütung (immerhin ging es um einen Jahresbezug von USD 24 Mio. und eine Gesamtzahlung von USD 130 Mio.) schien das Gericht so gut wie überhaupt nicht zu interessieren. Die Abfindungszahlung wurde als vertraglich geschuldet qualifiziert, und die dadurch im Stadium der Begründung des Anstellungsvertrages und der Gewinnung von Herrn *Ortiz* als Präsident von Disney zeitlich vorverlagerte Sorgfaltsprüfung wurde – ganz genau dem Prinzip der Business Judgment Rule nach Delaware-Vorbild – nur sehr kurzweilig angesprochen. Der Delaware Supreme Court stellte zB nicht die Frage, ob das Herrn *Ortiz* gewährte Vergütungsniveau «gesellschaftsüblich» sei und ob es neben Herrn *Ortiz* andere gleichwertige und vielleicht für deutlich weniger Geld zu habende Alternativen gegeben hätte. Vielmehr begnügte man sich im wesentlichen mit der Feststellung, dass Herr *Ortiz* den Mitgliedern des Board und des Compensation Committee bekannt und ein sehr erfolgreicher Agent in Hollywood gewesen sei, und dass er durch seinen Wechsel zu Disney ein Einkommen aufgegeben habe, das ihm vom Disney-Board eben in Form eines Fünf-Jahres-Vertrages verschafft worden sei.

Das Kriterium des «informed judgments» wurde hier meinem Gefühl nach doch sehr grosszügig gehandhabt. Denn man wird wohl sagen können, dass es nicht nur «best practice» ist, sondern wohl eher zur unbedingten einzuhaltenden «Grundsorgepflicht» gehört, bei Aufnahme der «Nummer 2» in einem Weltkonzern, der später zur «Nummer 1» werden soll, mit dem Kandidaten (am besten gleich mehrere) mehrstündige Hearings zu veranstalten, um zB über seine Vorstellungen von der Strategie für das Unternehmen etc. etwas zu erfahren. Ein deutscher oder österreichischer Aufsichtsrat, der den künftigen Vorstandsvorsitzenden so auswählt, dass er eine den meisten Aufsichtsratsmitgliedern «aus Film und Fernsehen» oder auch aus persönlicher Bekanntheit vertrauten Kandidaten ohne längere Gespräche mit diesen aufnimmt und sich bei der Kalkulation des Gehaltes nur daran orientiert, was der Kandidat in seiner bisherigen Tätigkeit verdiente, handelt m.E. objektiv sorgfaltswidrig. Das allein reicht aber – wie eingehend gezeigt wurde – nicht aus, um die US-amerikanische Business Judgment Rule aus den Augen zu heben.

Von Hein²³⁶ ist mE darin zuzustimmen, dass sich das Mannesmann- und das Disney-Urteil voneinander weniger in der Frage Inhaltskontrolle versus rein prozedurale Kontrolle unterscheiden, sondern vor allem darin, welchen Interessen

236 Rezeption 931f, 935.

sich das Management verpflichtet fühlen muss: Nach US-Recht ist dies nach wie vor primär das Interesse der shareholder, nach deutschem Verständnis und zumindest in der Sichtweise des BGH aber das «Unternehmensinteresse» der rechtlich selbstständigen Körperschaft.

Für nicht ganz zutreffend halte ich dagegen die Feststellung von *Hein²³⁷*, der BGH hätte in der Mannesmann-Fälle inhaltliche, sondern nur eine prozedurale Kontrolle durchgeführt. Richtig ist – und dies wurde dem BGH auch zu Recht vorgeworfen – dass er sich um eine Angemessenheitskontrolle (Sd § 87 Abs 1 dAKG «drückte», doch ist die Aussage des Höchstgerichtes, im Anstellungsvertrag nicht grundgelegte und nach Erbringung einer (mit der anstellungsvertraglichen Vergütung rein rechtlich abgegolten) Sonderleistung zuerkannte Entgelte verstiessen gegen die strafrechtliche Vermögensbetreuungspflicht, sofern der Gesellschaft kein zukunftsbezogener Nutzen zukäme, keine rein prozedurale Festlegung, sondern sehr wohl eine (wenn auch nicht zutreffende und das Angemessenheitsgebot in § 87 Abs 1 dAKG heisende) inhaltliche Beurteilung.

Die durch von *Hein²³⁸* jüngst gestellte und vermeinte Frage, ob das Angemessenheitskonzept des § 87 Abs 1 dAKG überhaupt zeitgemäss sei und ob nicht vielmehr dem international sich durchsetzenden Konzept der Transparenz der Vorzug gegeben werden solle,²³⁹ erhielt in Deutschland mit der jüngsten Novellierung des § 87 dAKG neue Aktualität: Der Gesetzgeber ist der Empfehlung von von *Hein²⁴⁰*, man solle die «Tatennh» des § 87 Abs 1 AktG nicht stören,²⁴¹ nicht gefolgt, sondern hat in § 87 Abs 1 dAKG kürzlich weitere Kriterien zur Ermittlung der Angemessenheit aufgenommen.²⁴²

Mittlerweile hat die globale Wirtschafts- und Finanzkrise auch im Land der angeblich unbegrenzten Möglichkeiten beim Thema Managervergütung gesetzliche bzw staatliche Eingriffe ausgelöst, die man bis vor kurzem gerade in den USA für völlig undenkbar gehalten hätte.

Es wird mE besonders spannend sein, zu beobachten, ob und wie die US-amerikanischen Gerichte – und hier in erster Linie wiederum die das Gesellschaftsrecht prägenden in Delaware – eine veränderte Haltung zum Thema Angemessenheit und Vergütungsstruktur entwickeln werden und ob zB das in Europa derzeit so heiss diskutierte Thema der «Nachhaltigkeit» bei der Strukturierung von Bonifikationen auch Spuren in der Rechtsprechung von Delaware hinterlassen wird oder ob diesbezüglich die Business Judgment Rule US-amerikanischer Prägung sich als «allwetterfest» erweist.

237 Rezeption 928f.

238 Rezeption 934.

239 Richtig ist, dass die Erhöhung der Vergütungstransparenz in Deutschland aufgrund des VorstOG als Mittel zur Effektivierung des § 87 Abs 1 dAKG angesehen wurde (von *Hein*,

Jah, Rezeption 276 mwN in Fn 1523 zur Gesetzesbegründung).

240 Rezeption 934 Fn 986.

241 Zu einer solchen Störung habe *Thüsing/Gregor*, ZIP 2005, 1389ff, 1396, aufgerufen.

242 Vgl dazu *Thüsing/Gregor*, AG 2009, 517ff.

VI. Zusammenfassung und Würdigung

Die Business Judgment Rule ist ein – gemessen an der Situation in Deutschland und Österreich – vergleichsweise «sicherer Hafen» für Manager. Sie begründet eine vom Kläger nur sehr schwer aus den Angaben zu hebende Vermutung sorgfalskonformen Verhaltens und ist Ausdruck der traditionellen Zurückhaltung US-amerikanischer Gerichte bei der Überprüfung von unternehmerischen Entscheidungen des Managements. Sie ist letztlich aber auch Ausdruck des im Vergleich zu Europa ungleich grösseren Vertrauens in die Kräfte des Marktes, die schwache directors wirkungsvoller «abstrafen» würden als Gerichtsschreibern.

Der deutsche Gesetzgeber hat mit der Rezeption der Business Judgment Rule in § 93 Abs 1, zweiter Satz dAKG – wenn auch nicht unbeabsichtigt – auf halbem Weg halt gemacht und gerade die managerfreundliche Beweislastverteilung des US-amerikanischen Richterrechts nicht übernommen. Was das in der Rechtsprechung konkret bedeuten wird, bleibt abzuwarten; die Lösung scheint aber unausgegoren zu sein und kann nicht einfach mit den anderen rechtlichen – insbesondere prozessrechtlichen – oder politischen Rahmenbedingungen in Deutschland gerechtfertigt werden. Vielmehr sollte sowohl in Deutschland als auch in Österreich überlegt werden, ob man – wenn die Rechtsprechung diesbezüglich keine den Bedürfnissen der Praxis entsprechenden Impulse setzt – allenfalls das AktG so ändert, dass – entgegen dem, was der OGH in Österreich 2007 ganz undifferenziert und geradezu kategorisch judiziert hat – nicht die Pflichtwidrigkeit des Handelns des Organwalters vermutet, sondern der Gesellschaft zumindest aufzulegen wird, konkrete Tatsachen vorzubringen und zu beweisen, die es nach der Lebenserfahrung als gut möglich erscheinen lassen, dass der ebenfalls von der Gesellschaft zu behauptende und zu beweisende Schaden durch ein pflichtwidriges (objektiv sorgfalswidriges, dh rechtswidriges) Verhalten des Organmitgliedes herbeigeführt wurde. Denn eine Beweislastverteilung, die der Gesellschaft nur den Schadensnachweis zuweist, ist sachlich unangemessen, weil de facto eine Erfolgshaltung. Sie ist auch mit der Gesetzverordnungsge-schichte der Norm nicht in Einklang zu bringen und im Grunde genommen eine Perversion in einem Rechtsverhältnis, das durch typisiertes, hohes Vertrauen der Gesellschaft in den Geschäftsleiter gekennzeichnet ist, dem immerhin das Gesellschaftsvermögen anvertraut ist. Dem österreichischen Gesetzgeber ist daher vorerst nicht anzuraten, dem Beispiel des deutschen Gesetzgebers zu folgen und die «germanisierte» Business Judgment Rule zu übernehmen. Die ohnehin beträchtliche und die Praxis stark belastende Rechtsunsicherheit bei der Beweislastverteilung wäre dann möglicherweise potenziert.