

Hon.-Prof. Georg Schima, Dr.iur. M.B.L. HSG, LL.M. (Vaduz), Wien

Reform des Untreue-Tatbestandes und gesetzliche Verankerung der Business Judgment Rule im Gesellschaftsrecht

» RdW 2015/261

Ein jüngst im Parlament eingebrachter Gesetzes-Initiativantrag sieht sowohl eine über eine bloße Präzisierung hinausgehende Modifikation des Untreue-Tatbestandes in § 153 StGB samt erheblicher Anhebung der strafbestimmenden Wertgrenzen vor als auch die explizite Verankerung der sog „Business Judgment Rule“ im Aktiengesetz und im GmbH-Gesetz.¹

1. REFORM DES UNTREUE-TATBESTANDES

1.1. KEINE UNTREUE BEI ZUSTIMMUNG DES MACHTHABERS/WIRTSCHAFTLICH BERECHTIGTEN

Die Diskussion um eine Reform des Untreue-Tatbestandes zieht sich schon längere Zeit hin und entzündete sich besonders stark an dem Anfang 2014 gefällten Libro-Urteil des OGH.² In dieser Entscheidung hatte das Höchstgericht die Ausschüttung eines überhöhten, weil auf einem falschen Jahresabschluss beruhenden Gewinnes als Untreue beurteilt, obwohl der Gewinn an den damit einverstandenen Alleinaktionär

der Gesellschaft (der ebenfalls eine Aktiengesellschaft war) ausgeschüttet wurde.³

Der Wiederholung einer derartigen – fast einmütig (und zu Recht) von Gesellschaftsrechts- und Strafrechtsexperten kritisierten⁴ – Entscheidung schiebt der Gesetzesentwurf einen Riegel vor. Nach dem vorgesehenen § 153 Abs 2, zweiter Satz

¹ Vgl Initiativantrag der Abgeordneten zum Nationalrat Dr. Johannes Jarolim, Mag. Michaela Steinacker und Dr. Georg Vetter, eingebracht am 23. 4. 2015 betreffend das Bundesgesetz 2015, mit dem das StGB, das AktG und das GmbHG geändert werden, 110/A 25. GP.

² OGH 30. 1. 2014, 12 Os 117/12s (12 Os 118/12p), GES 2014, 240.

³ Zur Kritik des Libro-Urteils siehe *Bollenberger/Wess*, Libro-Straferkenntnis: Untreue und Gesellschaftsrecht, RdW 2014, 273; *Hollaender*, Keine Straflosigkeit trotz Zustimmung der Aktionäre, AnwBl 2014/8383; *Kalss*, Gesellschaftsrechtliche Anmerkungen zur Libro-Entscheidung, ecoloex 2014, 496; *Kapsch/Kier*, Untreuestrafbarkeit zulasten einer Aktiengesellschaft, JBl 2014, 599; *Lewisch/Huber*, Untreue zulasten einer Kapitalgesellschaft trotz Gesellschafterzustimmung? RdW 2014/627; *Lewisch* in *Lewisch*, Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit (2014) 9; *G. Schima*, Dividendenausschüttung, Einlagenrückgewähr und Untreue, in FS Reich-Rohrwig (2014) 161; *G. Schima*, Einlagenrückgewähr und Untreue bei Aktionärszustimmung, RdW 2015 (in Druck); *Zollner*, Gesellschafterbeschlüsse und Untreue – Eine Anmerkung zu 12 Os 117/12s, ÖJZ 2014, 140; *Zollner*, Organuntreue und Einverständnis der Gesellschafter, in FS Reich-Rohrwig (2014) 265; Zur Strafbarkeit einer Dividendenausschüttung noch vor dem Libro-Urteil siehe *Eckert/Tipold*, Strafbare Dividenden, GeS 2013, 59; grundsätzlich zur Problematik *N. Huber*, Die Organuntreue zulasten von Kapitalgesellschaften (2012) 151.

⁴ *Bollenberger/Wess*, RdW 2014, 273; *Hollaender*, AnwBl 2014/8383; *Kalss*, ecoloex 2014, 496; *Kapsch/Kier*, JBl 2014, 599; *Lewisch/Huber*, RdW 2014/627; *Lewisch* in *Lewisch*, Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit (2014) 9; *G. Schima* in FS Reich-Rohrwig (2014) 161; *G. Schima*, RdW 2015 (in Druck); *Schmieder*, Verdeckte Gewinnausschüttung im Wirtschaftsstrafrecht, in *Leitner* (Hrsg), Handbuch verdeckte Gewinnausschüttung² (2014) 353 ff (366 ff, 369); *Zollner*, ÖJZ 2014, 140; *Zollner* in FS Reich-Rohrwig (2014) 265.

StGB liegt nämlich ein „*Missbrauch nicht vor, wenn der Machtgeber oder der wirtschaftlich Berechtigte der Vertretungshandlung zugestimmt hat*“.⁵

Daraus und aus den Erläuterungen zum Entwurf ergibt sich, dass die Zustimmung der Gesellschafter jedenfalls ausreichend ist.⁶ Die strittige Frage, ob ein Beschluss *aller* Gesellschafter erforderlich ist oder eine Mehrheit genügt, wenn sie im Rahmen einer Haupt- oder Generalversammlung gefasst wird (wofür die besseren Gründe sprechen), wird nicht angesprochen und soll offenbar weiterhin Lehre und Rsp überlassen bleiben.⁷ Nichts ändert der Entwurf an der so gut wie einhelligen Sichtweise im Strafrecht, dass die Einwilligung des Machtgebers/wirtschaftlich Berechtigten im Vorhinein zu erfolgen hat und nachträgliche Zustimmung nicht vor Strafe schützt.⁸

Da nach dem Entwurf die Einwilligung des (oder der) „*wirtschaftlich Berechtigten*“ ausreicht, könnte künftig auch die Einwilligung der Begünstigten einer Privatstiftung in eine statutenwidrige Ausschüttung durch den Vorstand den Untreue-Tatbestand ausschließen. Das ist durchaus sachgerecht und kann ungeachtet des § 33 Abs 2 PSG einem praktischen Bedürfnis genügen. Auf der Grundlage der derzeit geltenden Gesetzeslage spricht zwar ebenfalls viel für eine solche Möglichkeit;⁹ ob die Strafjustiz dem im Ernstfall folgen würde, darf aber derzeit bezweifelt werden.

Die im Zusammenhang mit der parlamentarischen Einbringung des Antrages aus Kreisen der StA geäußerte Kritik, damit würden klar strafwürdige Verhaltensweisen nicht mehr als Untreue strafbar,¹⁰ verfährt mE nicht. Das von *Jarosch* gebrachte Beispiel des Landeshauptmannes, der den Geschäftsführer einer 100%igen Landesgesellschaft anweist, einem „Spezi“ 100.000 € zukommen zu lassen, wäre nach altem und neuem Recht strafrechtlich ausreichend erfasst.¹¹ Schon bisher

war grundsätzlich unstrittig, dass eine Einwilligung ihre tatbestandsausschließende Wirkung verfehlen kann, wenn sie bestimmte Mängel aufweist, also zB arglistig erschlichen wurde.¹² Dasselbe muss gelten, wenn die Einwilligung evident pflichtwidrig/sittenwidrig ist, was insb dann der Fall sein wird, wenn der Einwilligende nicht selbst Machtgeber ist (dh insb wenn eine Gesellschaft als Alleingesellschafter eine Körperschaft hat), sondern für diesen als Organ handelt, also selbst über fremdes Vermögen verfügt und dabei seinen Machtgeber offenkundig schädigt. Derartige Mängel der Zustimmung müssen freilich vom qualifizierten Vorsatz des Machthabers erfasst sein, damit Untreue in Betracht kommt.¹³ Das wird in *Jaroschs* Beispiel ganz unzweifelhaft der Fall sein. Der Geschäftsführer wird hier also Untreue zum Nachteil der GmbH begehen und der Landeshauptmann als Bestimmungstäter verantwortlich sein.¹⁴

1.2. MISSBRAUCH NUR BEI UNVERTRETBAREM REGELVERSTOSS

In § 153 Abs 2 StGB-Entwurf ist eine Art „abgespeckte Business Judgment Rule“ verankert. Danach missbraucht eine Befugnis nur, „*wer in unvertretbarer Weise gegen solche Regeln verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen*“.¹⁵

Zum einen wird damit das festgeschrieben, was an sich – wie Justizvertreter auch nicht müde werden zu betonen – schon derzeit der Judikatur zumindest des OGH entspricht: Missbrauch setzt eine deutliche Überschreitung des einem Machthaber (wie zB einem Vorstandsmitglied oder Geschäftsführer) in aller Regel eingeräumten Ermessensspielraumes voraus.¹⁶ Nur unternehmerisch unvertretbares Handeln kann

5 Initiativantrag vom 23. 4. 2015, 110/A 25. GP. Gegen die Sinnhaftigkeit dieses Vorgehens kann nicht – wie in der Stellungnahme des ÖRAK vom 24. 4. 2015, 13/1 15/46, Seite 3 – eingewendet werden, dass ohnehin zu erwarten sei, der OGH würde sich bei nächster Gelegenheit von der in der Libro-E geäußerten Ansicht abwenden.

6 Aus der Begründung des oben genannten Initiativantrages, 110/A 25. GP.

7 Auch der BGH verwies in der Mannesmann-E darauf, dass die Zustimmung eines über 98 % verfügenden Aktionärs nicht ausreichte, sondern (nur) die Einwilligung sämtlicher Aktionäre **oder der Hauptversammlung** erforderlich sei (BGH 21. 12. 2005, 3 StR 470/04, NZG 2006, 141). Nach (zutr) Auffassung des BGH genügt also ein Mehrheitsbeschluss, wenn er in einer HV gefasst wird (so auch *Dittrich*, Die Untreuestrafbarkeit von Aufsichtsratsmitgliedern bei der Festsetzung überhöhter Vorstandvergütungen [2007] 226 ff [231 ff]; dieser folgend *G. Schima*, Zulässigkeit von „Golden Handshakes“ – zugleich Anmerkung zu OGH 11. Juni 2008, 7 Ob 58/08t, in FS M. Binder [2010] 854; vgl auch *Ransiek*, Anerkennungsprämie und Untreue – Das „Mannesmann“-Urteil des BGH, NJW 2006, 814 ff [815]). Die Mehrheit der Gesellschafter/Aktionäre kann aber nur insoweit disponieren, als nicht überstimmte oder gar nicht an der Abstimmung beteiligte Gesellschafter benachteiligt werden (*G. Schima* in FS Reich-Rohrwig [2014] 161 [174, 188]; *G. Schima*, RdW 2015 [in Druck]); vgl auch *N. Huber*, Organuntreue (2012) 152 (177); zur Problematik bei der Einpersonengesellschaft siehe auch *Koppensteiner*, Einpersonengesellschaften. Eine Skizze, GES 2015, 5.

8 Vgl OGH 16. 12. 1983, 10 Os 103/83, EvBl 1984/12 = ÖJZ 1984, 497; 11. 11. 1993, 15 Os 192/93, ÖJZ 1994/68 (NRsp); 14. 3. 2006, 14 Os 123/05b; 15. 10. 2009, 13 Os 25/09i; *Kienapfel/Schmoller*, StudB BT II § 153 Rz 65, 106.

9 *G. Schima* in FS Reich-Rohrwig (2014) 161 (174 f).

10 Vgl *Renate Graber*, Strafreform: zu spät für Libro, rechtzeitig für Meinl, Der Standard 22. 4. 2015, Seite 17.

11 Vgl den sehr ähnlichen Fall BGH 6. 12. 2001, 1 StR 215/01, wo der Vertreter des Alleinaktionärs (Minister eines Bundeslandes und Präsident eines Sportvereins) den Vorstand der Gesellschaft zu einer Spende an

den Sportverein aufforderte. Die Sache endete in einer Verurteilung beider Beteiligten wegen § 266 dStGB (vgl *Plöckinger*, GES 2013, 343 (345)).

12 Vgl *G. Schima* in FS Reich-Rohrwig (2014) 161 (172 f); *G. Schima*, RdW 2015 (in Druck).

13 Vgl *Kirchbacher/Presslauer* in WK-StGB² § 153 Rz 42 f; *Pfeifer* in Salzburger Komm StGB § 153 Rz 39 f.

14 Die mögliche Alternative, den Landeshauptmann wegen Untreue zum Nachteil des Landes haften zu lassen, wird zwar wohl nicht am Befugnismissbrauch scheitern (denn der Landeshauptmann missbraucht hier unzweifelhaft seine ihm nach § 20 Abs 1 GmbHG eingeräumte Weisungsbefugnis gegenüber der Geschäftsführung und damit mE eine Befugnis, auch über das Vermögen des Landes zu verfügen), vermutlich aber am relevanten Schaden bzw Schädigungsvorsatz. Denn beim Alleingesellschafter ist der Mittelabfluss aus dem Vermögen der GmbH nur ein mittelbarer Schaden (Reflexschaden).

15 Zur Business Judgment Rule allgemein: *Merk*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht³ (2013) Rz 922 ff; *Told*, Business Judgment Rule und ihre Anwendbarkeit in Österreich, GES 2015, 60; *U. Torggler*, Von Schnellschüssen, nützlichen Gesetzesverletzungen und spendablen Aktiengesellschaften, wbl 2009, 168; *G. Schima*, Unternehmerisches Ermessen und die Business Judgment Rule, in *Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2011 (2012) 131; *G. Schima*, Business Judgment Rule und Beweislastverteilung bei der Vorstandshaftung nach US-, deutschem und österreichischem Recht, in *Baudenbacher/Kokott/Speitler* (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts XII (2010) 369; *G. Schima*, Business Judgment Rule und Verankerung im österreichischen Recht, GesRZ 2007, 93; vgl auch die ARAG/Garmenbeck-Entscheidung des BGH 21. 4. 1997, II ZR 175/95, BGHZ 135, 244; *Lut*, GesRZ 2007, 79; *ders*, ZIP 2007, 841; siehe auch zur dt Rechtslage § 93 dAktG.

16 *N. Huber*, Organuntreue (2012) 73 ff; *Eckert/Tipold*, GeS 2013, 59; vgl auch *Kienapfel/Schmoller*, StudB BT II § 153 Rz 61; *Artmann*, Wirtschaftskriminalität und Gesellschaftsrecht, in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht (2008) 237 ff.

letztlich auch strafrechtlich verantwortlich machen.¹⁷ Gleichwohl ist diese „Präzisierung“ zu begrüßen, denn einerseits dient sie gleichsam der Ermahnung der Erstgerichte, die dieses „Unvertretbarkeits-Axiom“ nicht stets beachten, und andererseits wird den beteiligten Verkehrskreisen damit doch ein gewisses Gefühl der Rechtssicherheit vermittelt. Man denke an die Gewährung von Sanierungskrediten durch Banken, wo es letztlich darum geht, Schuldnern, die – unter Anwendung der üblichen Kriterien betrachtet – nicht ausreichend kreditwürdig sind (weil sie keine relevanten Sicherheiten beibringen können), Kredit zu gewähren, wenn ein einigermaßen aussichtsreicher Sanierungsplan besteht, um ein bereits vorhandenes Kreditengagement zu retten.¹⁸

Die jüngst von *Plöckinger*¹⁹ geäußerten Bedenken, die Begriffe seien zu unbestimmt und verstießen gegen das strafrechtliche Bestimmtheitsgebot, sind mE unbegründet. Richtig ist zwar, dass der Untreuetatbestand an sich – und das gilt tendenziell für Österreich, Deutschland und die Schweiz in ähnlicher Weise²⁰ – von einer bedenklichen Unpräzision geprägt ist, die mit dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot in einem Spannungsverhältnis steht.²¹ Die vorgeschlagene Änderung des § 153 StGB würde dessen ungeachtet gegenüber dem derzeitigen Rechtszustand eindeutig ein Mehr und nicht ein Weniger an Klarheit bedeuten. Die Jurisprudenz hat mit Begriffen wie „unvertretbar“ auch recht gut leben gelernt.²²

17 Das gilt im Übrigen, wie der OGH in der „Hirsch Servo-Entscheidung“ (OGH 11. 6. 2008, 7 Ob 58/08t, GesRZ 2008, 378 [Kalss/Zollner]; wbl 2008/287 [U. Torggler]; ecollex 2008/346 [Reich-Rohrwig]) unter Berufung auf die E vom 26. 2. 2002, 1 Ob 144/01k, SZ 2002 (75)/26 = GesRZ 2002, 86 ff, insoweit zutr. klarstellte, auch für die zivilrechtliche Haftung (vgl. dazu ausführlich G. Schima in FS M. Binder [2010] 817 ff [824, 827]); etwas abweichend, aber der Sache nach wohl ganz ähnlich U. Torggler, Zur Angemessenheit der Abfertigung von Vorstandsmitgliedern und zur Haftung des Aufsichtsrats, wbl 2008, 287 (603), der nicht nur eine krasse, sondern „jede“ Überschreitung des Ermessensspielraumes als haftungsbegründend ansieht, damit aber wohl nur – wie der OGH – meint, dass bei Überschreitung des obersten Bereiches des Ermessensspielraumes eben jene krasse Überschreitung vorliegt (G. Schima in FS M. Binder [2010] 827).

18 Der Aufsichtsratsvorsitzende der Erste Bank meinte am 22. 1. 2015 anlässlich einer Veranstaltung „Brennpunkt Aufsichtsrat“ an der WU Wien in etwas pointierter, dem Grunde nach aber eindeutig ernst gemeinter Form, dass der Kreditausschuss des von ihm beaufsichtigten Unternehmens laufend die Vergabe von Krediten an an sich kreditunwürdige Schuldner genehmige.

19 *Plöckinger*, Untreue: neue Begriffe sind zu unklar, Die Presse 20. 4. 2015, Seite 17; vgl. auch *Plöckinger*, Die Business Judgment Rule – Eine Möglichkeit zu einer schärferen Konturierung des Befugnissmissbrauches im Rahmen des § 153 StGB? GES 2013, 343, wo der Autor die BJR als prinzipiell sehr gut geeignet befindet, um den Untreuetatbestand maßvoller und rechtsstaatlich weniger bedenklich zu gestalten.

20 Vgl. die Fundamentalkritik von *Honsell*, Die Strafbarkeit der Untreue, FS G. Roth (2011) 277 ff (280 ff, 284), der mit durchaus beachtlichen Argumenten moniert, „dass man im Ergebnis [...] bei der Strafbarkeit einer in Wahrheit bloß fahrlässigen Pflichtverletzung“ (!) sei.

21 *Honsell* in FS G. Roth (2011) 279 f.

22 Die in den Medien zitierte, sehr befremdliche Äußerung von *Kopetzki*, eines von StA viel beschäftigten Sachverständigen, der Reformvorstoß sei „ein Indiz dafür, dass anscheinend noch viele Leute noch viele Leichen im Keller haben“, und für die Bejahung der „Vertretbarkeit“ einer Entscheidung „würden sich jederzeit Gutachter und Wirtschaftsprüfer finden“ (*Renate Graber*, Massive Kritik an der Aufweichung der Untreuebestimmung, Der Standard 22. 4. 2015, Seite 1 [17]), zeigt mE, dass vielleicht noch mehr Reformbedarf als bei der Untreue bei den Sachverständigen im Strafverfahren besteht. Insb. strengere Regelungen über die Prüfung ihrer Qualifikation und Unbefangenheit wären dringend notwendig. Die jüngste StPO-Novelle ist da keineswegs ausreichend. Vor allem wären Regelungen vonnöten, die – ähnlich wie bei Abschlussprüfern – es verbieten, dass ein Sachverständiger einen zu hohen Teil seines Umsatzes mit Staatsanwaltschaften erzielt.

1.3. UNTREUE NUR BEI VERLETZUNG VON NORMEN, DIE DAS MACHTGEBER-VERMÖGEN SCHÜTZEN

Zum anderen stellt der neu gefasste § 153 Abs 1 StGB das klar, was zwar an sich einhellige Meinung ist, der OGH aber dennoch in der Libro-Entscheidung geradezu mit Füßen trat: dass Untreue erstens ein Delikt ist, das ausschließlich die Vermögensinteressen des Machtgebers schützt, eine Deliktsverwirklichung daher zweitens voraussetzt, dass der Machthaber gegen Regeln verstößt, die diesem Vermögensschutz dienen, und drittens das Einlagenrückgewährverbot des § 52 AktG keine solche Regel ist, weil sie nur den Gläubigerschutz²³ und den Schutz einzelner Gesellschafter vor Verkürzung gegenüber Mitgesellschaftern²⁴ bezweckt.²⁵ Deshalb ist die Kritik des ÖRAK in seiner Stellungnahme vom 24. 4. 2015, 13/1 15/46, nicht berechtigt, dass diese Klarstellung entbehrlich, weil selbstverständlich sei.

1.4. MODIFIZIERUNG DES SCHADENSBEGRIFFES

Interessant und grundsätzlich begrüßenswert ist darüber hinaus, dass der Entwurf in § 153 Abs 1 StGB den in letzter Zeit zu beobachtenden, bedenklichen Tendenzen entgegentritt, die Untreue von einem Schädigungsdelikt zu einem Vermögensgefährdungsdelikt zu machen. Auf diese Art werden letztlich auch die Unterschiede zwischen der Untreue und der Bestechung aufgeweicht.²⁶ Denn zweifellos setzt der Bestechende seinen Machtgeber einem hohen Gefährdungsrisiko aus, weil im Falle der Entdeckung der Bestechung das auf diese Art und Weise erlangte Geschäft anfechtbar und der Machthaber Strafen, Bußzahlungen und Schadenersatzansprüchen ausgesetzt sein kann.²⁷ Das ändert aber nichts daran, dass derjenige, der zur Erlangung eines Auftrages für seinen Machtgeber Dritte besticht, nicht einmal den bedingten Vorsatz hat, den Machtgeber zu schädigen.

23 OGH 25. 6. 1996, 4 Ob 2078/96h, SZ 69/149, 937 (941) = JBl 1997, 108 (*Hügel*); 22. 10. 2003, 3 Ob 287/02f, GesRZ 2004, 57 ff; *Bollenberger/Wess*, RdW 2014, 247 ff (251); *Saurer* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG² § 52 Rz 3; *Artmann* in *Jabornegg/Strasser*, AktG¹⁵ § 52 Rz 2; G. Schima in FS Reich-Rohrwig (2014) 161 (185 f) mwN; N. Huber, Organuntreue (2012) 170 f; *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht – Rechtfertigung und Grenzen (2009) 198 f.

24 *Jabornegg* in *Jabornegg/Strasser*, AktG¹⁵ § 1 Rz 82; *Rüffler*, Strafrechtliche Untreue und Gesellschaftsrecht, in *Grünwald/Zollner/Schummer* (Hrsg), Unternehmensrecht in Wissenschaft und Praxis, FS W. Jud (2012) 533 ff (547); *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung (2004) 100; *Haberer*, Zwingendes Kapitalgesellschaftsrecht 198 (199); vgl. auch *Zollner*, Mindestkapital und Kapitalaufbringung – wirksame Instrumente des Gläubigerschutzes? in *Kalss* (Hrsg), Aktuelle Fragen des Gläubigerschutzes (2002) 29 ff (35 f); *Maria Doralt*, Management Buyout – Aktionärs- und Gläubigerschutz durch den Grundsatz der Kapitalerhaltung (2001) 91.

25 Ausführlich G. Schima in FS Reich-Rohrwig (2014) 161 (184 ff).

26 Vgl. dazu auch zB das „Schwarze Kassen-Siemens-Urteil“ des BGH, 29. 8. 2008, 2 StR 587/07, BGHSt 52, 323 = BGH NJW 2009, 89.

27 Vgl. *Leupold/Ramharter*, Nützliche Gesetzesverletzungen – Innenhaftung der Geschäftsleiter wegen Verletzung der Legalitätspflicht? GesRZ 2009, 253; U. Torggler, wbl 2009, 168; zum Meinungsstand in Deutschland ua *Thole*, Managerhaftung für Gesetzesverstöße, ZHR 173 (2009) 504; *Fleischer* in *Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts (2006) § 7 Rz 14 ff; *Paefgen*, Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG (2002) 24; *Wurm*, Verbotene Zuwendungen im internationalen Wirtschaftsverkehr und die aktienrechtliche Haftung des Vorstands einer Aktiengesellschaft (1989) 42 (60).

Es ist daher zu begrüßen, dass die Formulierung „*dem anderen einen Vermögensnachteil zufügt*“ in § 153 Abs 1 StGB der geltenden Fassung ersetzt wird durch „*dadurch den anderen am Vermögen schädigt*“.

Etwas fragwürdig ist freilich das Beispiel, das die Erläuterungen zum Entwurf diesbezüglich geben: Danach soll nur bei der (unbesicherten) Kreditvergabe an einen *schon insolventen* Schuldner mit der Ausreichung der Kreditmittel ein Untreueschaden beim Machtgeber in Form des Totalverlustes des Gesamtbetrages anzunehmen sein (dies wird bisher ja von der Rsp²⁸ auch genau so gesehen); bei einem „*bloß insolvenzgefährdeten*“ Kreditnehmer läge den Erläuterungen zufolge hingegen in der Ausreichung der Kreditvaluta ungeachtet der gefährdeten Kreditrückzahlung noch kein Schaden des Machtgebers vor, und zwar auch nicht in Höhe der Differenz zwischen dem Nominale der Kreditforderung und deren wirtschaftlichem – mit dem Ausfallrisiko gewichteten – Wert.

Zumindest auf dem Boden der derzeit geltenden Rechtslage dürften dies die Strafgerichte momentan anders sehen. Und ob der Entwurf das leistet, was die Erläuterungen beschreiben, kann man zumindest infrage stellen. Denn bei der Gewährung eines Kredites an einen Schuldner, dessen Bonität so beschaffen ist, dass der Rückzahlungsanspruch schon im Zeitpunkt der Ausreichung der Darlehensvaluta nach bilanzrechtlichen Grundsätzen zB auf 30 % abzuschreiben wäre, kann man auch auf dem Standpunkt stehen, dass ein Schaden in Höhe des Abschreibens-Erfordernisses bereits eingetreten ist. Aus zivilrechtlicher Sicht wäre eine auch bloß teilweise uneinbringliche Forderung wohl als Schaden zu sehen.²⁹ Klar ist freilich, dass die bilanzrechtliche Forderungsabschreibung per se keinen Schaden im Rechtssinne beschreibt, sondern nur die bilanzielle *Folge* eines solchen sein kann.³⁰

Bei der Kreditgewährung an einen im Zeitpunkt der Gewährung nicht insolventen, sondern nur nicht ausreichend zahlungsfähigen Schuldner wird freilich das Vorliegen des Schädigungsvorsatzes besonders genau zu prüfen sein.

2. GESETZLICHE VERANKERUNG DER BUSINESS JUDGMENT RULE IM AktG UND IM GmbHG

Der Entwurf sieht aber nicht nur eine Änderung des Untreue-Tatbestandes vor, sondern auch eine ausdrückliche Verankerung der sogenannten „Business Judgment Rule“ im Aktiengesetz und im GmbH-Gesetz.

Dabei handelt es sich um eine aus dem US-amerikanischen Richterrecht stammende Beweislastregel.³¹ Dieser zufolge

sind unternehmerische Entscheidungen des Managements einer gerichtlichen Überprüfung dann entzogen, wenn die Entscheidung auf der Basis angemessener Informationen („informed judgment“)³² frei von Interessenkonflikten („disinterested judgment“)³³ in der begründeten Annahme („rational belief“)³⁴ getroffen wurden, im besten Interesse des Unternehmens zu handeln.³⁵

Nach US-amerikanischem Recht muss jemand, der das Management verklagt (dies sind in den USA in aller Regel Aktionäre im Wege sog Derivative Suits) beweisen, dass die Voraussetzungen der Business Judgment Rule nicht vorliegen,³⁶ nicht hingegen der beklagte Manager deren Vorliegen. Damit verdient die Business Judgment Rule tatsächlich die Bezeichnung einer „Safe Harbor“-Regelung für die Direktoren von Gesellschaften.

Der deutsche Gesetzgeber führte 2005 in § 93 dAktG ebenfalls die Business Judgment Rule ein³⁷ (vergaß dabei freilich auf das Kriterium des Handelns frei von Interessenkonflikten),³⁸ ohne jedoch die managementfreundliche Beweislastverteilung zu übernehmen,³⁹ wobei die Frage, wie die Beweislastverteilung wirklich aussieht, auch in Deutschland nicht abschließend geklärt ist.

Der österreichische Entwurf sieht nun vor, dass ein Vorstandsmitglied bzw Geschäftsführer „*jedenfalls im Einklang mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (handelt), wenn es/er sich bei einer unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten lässt und auf der Grundlage angemessener Information annehmen darf, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln*“.

Gegen die Formulierung lässt sich wenig einwenden; ob damit ein Gewinn an Rechtssicherheit bzw an interessenadäquater Verteilung der Verantwortung erzielt wird, muss aber hinterfragt werden.⁴⁰ Anders als beim Änderungsvorschlag zu § 153 StGB handelt es sich bei der vorgeschlagenen Novellierung von § 84 AktG bzw § 25 GmbHG wohl um nicht mehr als eine Klarstellung dessen, was bisher schon herrschender Lehre und Judikatur entspricht. Das Thema Beweislastverteilung

(2012) 131; G. Schima in *Baudenbacher/Kokott/Speitler* (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts XII (2010) 369.

32 Merkt, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht³ (2013) Rz 938 ff.

33 Merkt, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht³ (2013) Rz 935 ff.

34 Merkt, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht³ (2013) Rz 949.

35 Told, GES 2015, 60 (62); G. Schima in *Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2011 (2012) 131 (134); G. Schima in *Baudenbacher/Kokott/Speitler* (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts XII (2010) 369 (380 ff).

36 Merkt, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht³ (2013) Rz 923.

37 BGBl I 2005/60, 2802 ff, Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG), das am 22. 9. 2005 beschlossen wurde und am 1. 11. 2005 in Kraft getreten ist; *Bachmann*, Reformbedarf bei der Business Judgment Rule? ZHR 177 (2013) 1 f; *Göppert*, Die Reichweite der Business Judgment Rule bei unternehmerischen Entscheidungen des Aufsichtsrates der Aktiengesellschaft (2010) 122 f; *Lutter*, ZIP 2007, 841 (842); *ders*, GesRZ 2007, 79; *Henze*, Prüfungs- und Kontrollaufgaben des Aufsichtsrates in der Aktiengesellschaft – Die Entscheidungspraxis des Bundesgerichtshofes, NJW 1998, 3309; *Ulmer*, ZHR 163 (1999) 290; *Horn*, Die Haftung des Vorstands der AG nach § 93 AktG und die Pflichten des Aufsichtsrats, ZIP 1997, 1129 (1134).

38 Freilich wird in Deutschland dieses Kriterium „hinzugedacht“: vgl zB *Hopt/M. Roth* in *GroßKomm AktG*⁵ (2015) § 93 Rz 90.

39 Kritisch dazu G. Schima in *Baudenbacher/Kokott/Speitler* (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts XII (2010) 369 (402).

40 Vgl auch schon G. Schima, GesRZ 2007, 93 (98).

28 Vgl OGH 28. 5. 2002, 11 Os 55/02; 28. 6. 2007, 12 Os 94/06z; 21. 8. 2012, 11 Os 19/12x (11 Os 91/12k), eolex 2014, 500; vgl auch *Kirchbacher/Presslauer* in *WK StGB*² § 153 Rz 41.

29 Vgl zur uneinbringlichen Forderung als Schaden G. Schima, Zur Beweislastverteilung bei der Geschäftsleiterhaftung, in *FS W. Jud* (2012) 571 (594) und FN 135, 600; zu Recht kritisch in diesem Punkt die Stellungnahme des ÖRAK vom 24. 4. 2015, 13/1 15/46, Seite 4.

30 OGH 28. 8. 2014, 6 Ob 108/13w, ÖBA 2015, 53 (59) (*Seeber*) = *AnwBl* 2015, 185; G. Schima in *FS W. Jud* (2012) 571 (593 f) und FN 135, 600 und FN 159; vgl auch *Schauer*, Zum Schadensbegriff bei der Haftung der Organe im Gesellschaftsrecht, in *FS G. Roth* (2011) 687 (694).

31 Vgl *Merkt*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht³ (2013) Rz 922 ff (923); *Told*, GES 2015, 60; G. Schima in *Konecny* (Hrsg), Insolvenz-Forum 2011

lung wird damit nicht angesprochen, und auch die Gewichte werden durch den Vorschlag wohl nicht verschoben. Denn es wäre rechtlich mE nicht begründbar, zu sagen, dass der Geschäftsleiter in jedem Fall das Vorliegen der Voraussetzungen der BJR zu beweisen habe. Die Gesellschaft muss ja nach hA in Österreich und Deutschland zumindest ein aus dem Pflichtenkreis des Geschäftsleiters stammendes Verhalten behaupten und beweisen, das Pflichtwidrigkeit wenigstens indiziert. Gelingt ihr nicht einmal das, kommt der Geschäftsleiter gar nicht in die Lage, beweisen zu müssen, dass er sich angemessen informiert hat etc. Das Fehlen eines Interessenkonfliktes zu beweisen, wird zudem idR unmöglich sein („negativa non sunt probanda“). Die Erläuterungen zur Änderung des Aktiengesetzes und des GmbH-Gesetzes sind leider denkbar kurz gehalten und lassen nicht erkennen, ob die Entwurfsverfasser damit eine bloße Klarstellung oder doch eine gewisse Modifizierung der Rechtslage anstreben.

Wenn man die ausdrückliche gesetzliche Verankerung der Business Judgment Rule will, dann sollte diese aber nicht nur im Aktiengesetz und im GmbH-Gesetz Niederschlag finden, sondern zB auch im Genossenschaftsgesetz, im Sparkassengesetz und im Gesetz über die Societas Europea. Denn dort geht es um insofern völlig vergleichbare Probleme. Dass der deutsche

Gesetzgeber ebenfalls nur in § 93 dAktG die gesetzliche Implementierung vornahm, sollte kein Grund sein, es ähnlich zu halten. Denn für diese Beschränkung fehlt eine sachliche Rechtfertigung und Lehre und Rsp dehnen in Deutschland die BJR sehr wohl auf andere Rechtsformen aus.



Der Autor:

Hon. Prof. Dr. **Georg Schima**, M.B.L.-HSG, LL.M. (Vaduz) ist Rechtsanwalt und Partner der Kunz Schima Wallentin Rechtsanwälte OG sowie Honorarprofessor an der Wirtschaftsuniversität Wien für Unternehmensrecht und Arbeitsrecht.

Publikationen des Autors:

Über 100 Aufsätze und Entscheidungsbesprechungen im Arbeitsrecht, Gesellschafts- und Stiftungsrecht sowie Bank- und Kapitalmarktrecht sowie diverse Bücher, zB: Manager-Dienstverträge 2014⁴ (gemeinsam mit U. Runggaldier); Umgründungen im Arbeitsrecht, Wirtschaftsrecht Aktuell (2004); Die Begründung, Gestaltung und Beendigung der Vorstandstätigkeit durch den Aufsichtsrat, in Kalss/Kunz (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat (2010) 309–542.

lesen.lexisnexus.at/autor/Schima/Georg

Foto Cathrine Stukthard

Die neue RdW

Das Wichtigste. Das Neueste. Gedruckt & *digital*.

Alle Inhalte des gedruckten Hefts stehen Ihnen **ab sofort auch digital** zur Verfügung.

Zusätzlich erhalten Sie:

- News zu Ihrem Fachgebiet
- Übersichten zu aktuellen Gesetzesvorhaben
- Fristentabellen
- Autorenspezifische Artikelsammlungen uvm



Als Abonnent/-in nutzen Sie das Zeitschriftenportal „**RdW digital**“ als Bestandteil Ihres Abos!



Jetzt einsteigen:
rdw.lexisnexus.at