Irene WELSER*

Aktuelles zur Business Judgment Rule

Inhaltsübersicht

I. Hintergrund 155
II. Die „Grundlegende": 6 Ob 160/15w 157
III. Die „Verunsichernde" – 6 Ob 198/15h 160
IV. Die „Begehrlichkeiten Bestrafende" – 6 Ob 145/16s 166
V. Lessons Learned 167

I. Hintergrund

Bekanntlich wurden im Zusammenhang mit der Neufassung des Untreueparagraphen auch § 84 AktG und § 25 GmbHG einer Novellierung unterzogen.[1] Die bereits in der Lehre[2] und Rechtsprechung[3] weitgehend anerkannte „Business Judgment Rule" wurde in das Gesetz aufgenommen, um einen „sicheren Hafen" für Leitungsorgane zu definieren. Was ist damit gemeint? Komplexe wirtschaftliche Verhältnisse verlangen heute mehr denn je das Fällen von Entscheidungen. Solche Entscheidungen können, ex post betrachtet, richtig oder falsch sein. Es wäre aber unzumutbar und sachlich nicht berechtigt, einen Manager in jedem Fall persönlich haftbar zu machen, in dem sich eine von ihm getroffene Entscheidung im Nachhinein als unglücklich oder verlustträchtig herausstellt. Eine solche Erfolgsverbindlichkeit würde die Grenzen des Zumutbaren bei weitem überspannen und dazu führen, dass notwendige Entscheidungen überhaupt nicht mehr oder zumindest stark verzögert fallen.[4] Daher ist mit „sicherer Hafen" ein Regelkatalog gemeint,

---

* Ein verkürzter Beitrag der Verfasserin zur vorliegenden Thematik erschien in ecolex Heft 11/2017.

1 Vgl *Schima*, Reform des Untreue-Tatbestandes und gesetzliche Verankerung der Business Judgment Rule im Gesellschaftsrecht, RdW 2015, 288.

2 Mit Verweis auf zahlreiche Literaturstellen: *Schima*, Business Judgment Rule und Verankerung im österreichischen Recht, GesRZ 2007, 93.

3 OGH 24.06.1998, 3 Ob 34/97i ecolex 1998, 774; OGH 08.05.2008, 6 Ob 28/08y GesRZ 2008, 304.

4 Überhaupt hat der Eigentümer des Unternehmens das Unternehmerrisiko zu

bei dessen Einhaltung der Geschäftsführer oder Vorstand auch dann von persönlicher Verantwortung frei bleibt, wenn sich sein Verhalten im ganz konkreten Fall in weiterer Folge doch als unrichtig herausstellt. Er verhält sich also nicht rechtswidrig, wenn er im Rahmen der von der Business Judgment Rule abgesteckten Regeln bleibt. Der novellierte „Untreueparagraph" des § 153 StGB nimmt genau darauf Bezug, wenn er in Abs 2 sagt, dass seine Befugnis (nur) derjenige missbraucht, der in unvertretbarer Weise gegen solche Regeln verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen. Der englische Begriff „business judgment" kann dabei als „unternehmerisches Ermessen" übersetzt werden.[5]

Nach § 84 (1a) AktG und § 25 (1a) GmbHG handelt ein Geschäftsführer oder Vorstandsmitglied jedenfalls im Einklang mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, wenn er bei einer unternehmerischen Entscheidung, also bei einer Entscheidung, bei der er seinen geschäftlichen Ermessensspielraum ausüben kann („Voraussetzung 1"), nicht von sachfremden Interessen geleitet wird („Voraussetzung 2"), und auf Grundlage angemessener Informationen („Voraussetzung 3") die zulässige Annahme trifft („Voraussetzung 4"), dass er zum Wohl der Gesellschaft handelt („Voraussetzung 5").

Was bedeutet das im Detail? Zur ersten Voraussetzung: Eine „unternehmerische Entscheidung" liegt nach ganz unbestrittener Ansicht nur dann vor, wenn keine entsprechenden Rechtspflichten bestehen, die das Handeln beschränken oder vorgeben.[6]

Verstößt der Geschäftsführer also gegen das Gesetz, gegen einen Vertrag oder gegen die Satzung, so kann er noch so sehr daran glauben, dass dieser Verstoß wirtschaftlich sinnvoll ist, er wird – sofern der Gesellschaft daraus ein Schaden entsteht – dennoch dafür einzustehen haben. Wo das Gesetz oder ein bestehender Vertrag Handlungs- oder Unterlassungspflichten vorgibt, gibt es keine „unternehmerische Entscheidung" im Sinne der Business Judgment Rule, sondern diese Pflichten sind schlichtweg einzuhalten. So einfach ist das.

Wann ist der Manager, im Sinne der Voraussetzung 2, „nicht von sachfremden Interessen geleitet"? Dies ist der Fall, wenn kein Grund besteht, seine Unbefangenheit im konkreten Fall in Zweifel zu ziehen.[7] Will er hingegen einen lukrativen Vertrag der notleidenden Gesellschaft seines Bruders

---

tragen; *Winner*, Business Judgment Rule, in *Kalss/Frotz/Schörghofer* (Hrsg), Handbuch für den Vorstand (2017) 1239 (Rz 41/2).

5 So der OGH unter Punkt 4.2 der Entscheidung OGH 23.02.2016, 6 Ob 160/15w ZFS 2016, 58.

6 Ausdrücklich auch der OGH in Punkt 6.2 der Entscheidung OGH 23.02.2016, 6 Ob 160/15w ecolex 2016, 695 (*Reich-Rohrwig*); vgl auch *Winner* in *Kalss/Frotz/Schörghofer* 1239 (Rz 41/11).

7 *Winner* in *Kalss/Frotz/Schörghofer* 1239 (Rz 41/16).

„zuschanzen" oder einem alten Freund einen Gefallen erweisen, so ist er ganz offensichtlich von sachfremden Interessen geleitet. Meint er, dass diese Personen aber dennoch schlicht das beste Anbot gelegt haben, so ist er idR gut beraten, wenn er sich aus diesem Entscheidungsprozess zurückzieht und die Entscheidung seinen Kollegen überträgt. Zu viele Manager sind in der letzten Zeit über derartige Geschäfte mit der Familie gestolpert, und meist hat es sich dabei nicht einmal „ausgezahlt".

Nicht besonders schwer ist es, die dritte Voraussetzung des Handelns auf Basis angemessener Informationen zu verstehen.[8] Je wirtschaftlich bedeutsamer und einschneidender die zu treffende Entscheidung ist, umso besser ist sie vorzubereiten. Anwaltlicher oder sonst fachkundiger Rat ist dabei vielfach unerlässlich.[9] Umgekehrt kann es Fälle geben, in denen die Entscheidung rasch sein muss, um eine bestehende Abschlussgelegenheit wahrzunehmen. All diese Umstände sind bei der Abwägung, welche Informationen in concreto eingeholt werden können und sollen, mit zu berücksichtigen. Und – es versteht sich eigentlich von selbst – eine gute Dokumentation darüber ist unerlässlich.

Als vierte Voraussetzung muss es sich bei der Entscheidung um eine „zulässige Annahme" handeln. Dies bedeutet, dass der Geschäftsführer – subjektiv gesehen – im guten Glauben handelt, und zwar im Sinne der Voraussetzung Nr 5, das Beste für die Gesellschaft zu tun.[10] Ein Befugnismissbrauch liegt also nur bei einem unvertretbaren Regelverstoß vor; hier schließt sich der Kreis zum Wortlaut des § 153 (2) StGB.

Seit die Business Judgment Rule in das Gesetz aufgenommen wurde, gibt es drei Entscheidungen, die sich damit beschäftigen. Die erste davon, die wohl zu Recht den Beinamen „die Grundlegende" verdient, wurde bereits im letzten Jahrbuch Organverantwortlichkeit und Wirtschaftsstrafrecht von *Kodek* behandelt.[11] Dennoch sei sie auch hier kurz in Erinnerung gerufen, weil sie doch sehr viele wesentliche Aussagen enthält.

II. Die „Grundlegende": 6 Ob 160/15w[12]

Diese Entscheidung betraf eine Privatstiftung auf den Todesfall und erging zur Abberufung von Stiftungsvorständen.[13] Sie ist Ausdruck eines neuen

8 Ausführlich hierzu: *Winner* in *Kalss/Frotz/Schörghofer* 1239 (Rz 41/23ff).

9 *Brugger*, Haftung des Geschäftsführungsorgans bei einer verdeckten Kapitalgesellschaft, NZ 2016, 413 (419).

10 *Winner* in *Kalss/Frotz/Schörghofer* 1239 (Rz 41/31ff).

11 *Kodek*, Zivilrechtliche Organverantwortung – Ausgewählte neuere Judikatur, in *Lewisch* (Hrsg), Jahrbuch Wirtschaftsrecht und Organverantwortlichkeit 2016, 207 (216 ff).

12 OGH 23.02.2016, 6 Ob 160/15w ecolex 2016, 695 (*Reich-Rohrwig*).

13 § 24 PSG; allgemeines zur Abberufung: *Arnold* in *Arnold*, PSG³ § 24 Rz 22ff.

„Trends", der in der Praxis vermehrt anzutreffen ist. Knapp 25 Jahre nach Inkrafttreten des Privatstiftungsgesetzes sterben nun vermehrt Stifter der „ersten Generation". Schon vor deren Tod fühlen überdies vielfach Begünstigte, dass Stiftungsvermögen doch nicht genau dasselbe bedeutet wie Privateigentum und sind mit Entscheidungen der Stiftungsorgane schlichtweg unzufrieden. Diese „Früchte" des Stiftungsrechts beschäftigen uns daher neuerdings immer häufiger auch im Bereich der *Litigation*. Immer mehr finden wir Stifter oder Begünstigte, die eigentlich sehr unglücklich sind, dass das Vermögen in eine Stiftung eingebracht wurde, und immer öfter sind Begünstigte nicht mehr damit einverstanden, was „ihre" Stiftungsvorstände tun und versuchen daher, diese wieder loszuwerden.

In der von mir als „grundlegend" bezeichneten Entscheidung ging es unter anderem darum, dass die Stiftungsvorstände namens der Stiftung eine Liegenschaft verkauft hatten, was angeblich, zumindest nach Ansicht der Begünstigten, im Widerspruch zum Stiftungszweck stand. Ein Punkt der Stiftungsurkunde enthielt nämlich den Auftrag, Liegenschaftsvermögen zu erhalten und allfällige Erträge daraus den Begünstigten zukommen zu lassen. Andrerseits war der Stiftungsvorstand nach der Stiftungsurkunde sehr wohl befugt, Vermögen der Stiftung zu verkaufen, wenn dies unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten notwendig oder wenigstens zweckmäßig war. Der OGH bestätigte, dass damit dem Vorstand ein wesentlicher Ermessensspielraum eröffnet sei. Da die zur Diskussion stehende Liegenschaft im konkreten Fall vorher leer gestanden war, sah der OGH den Verkauf dieser Liegenschaft als vom Stiftungszweck umfasst an und erblickte darin keinen Abberufungsgrund.

Der zweite Vorwurf ging dahin, dass sich der Stiftungsvorstand entschlossen hatte, die in zwei Tochtergesellschaften anfallenden Gewinne zu thesaurieren und nicht auszuschütten. Dadurch, so wurde nun behauptet, sei ein unnotwendiges Insolvenzrisiko entstanden, weil Erträge aus den Tochtergesellschaften über Jahre hinweg nicht an die Stiftung ausgeschüttet worden sind.

Als Konsequenz verfügte auch die Stiftung selbst nicht über ausreichend Gewinne, welche eine Ausschüttung an die Begünstigten ermöglicht hätten. Auch hier bestätigte der OGH, dass die Beurteilung, welche Maßnahmen zum Erhalt und zur Fortentwicklung des Unternehmens aus betriebswirtschaftlicher Sicht notwendig und zweckmäßig sind, zum weiten unternehmerischen Ermessen gehört. Zusätzlich war diesbezüglich vom Stiftungsvorstand Expertenrat eingeholt worden. Der Experte hatte die Gewinnthesaurierung „unternehmerisch durchaus für vertretbar" gehalten. Daher stellte auch dies nach Ansicht des OGH keinen Abberufungsgrund dar.

Des Weiteren stellte sich in diesem Zusammenhang auch die Frage nach der Qualifikation von Entscheidungen über eine Ausschüttung: Handelt es sich dabei überhaupt um eine unternehmerische Entscheidung? Der OGH

konstatierte im Anschluss an *Karollus,*[14] unternehmerische Entscheidungen müssten von einem gewissen Risiko und von einer gewissen Unvorhersehbarkeit getragen sein, was Ausschüttungsentscheidungen regelmäßig fehle: Wenn ein Gewinn ausgeschüttet wird, dann liegt darin nämlich kein unvorhersehbares Ergebnis.

Der OGH meinte aber, trotz des Nichtvorliegens einer unternehmerischen Entscheidung seien die an sie gestellten Kriterien durchaus vergleichbar, weil es im Ermessen der Vorstände liege, ob es sinnvoll sei, etwas auszuschütten oder nicht. Der Vorstand habe hier zunächst das Abwägungsmaterial zusammenzustellen. Dabei sind die vom Stifter in den Stiftungsdokumenten vorgegebenen Grundsätze zu beachten, und es kommt dem Stifterwillen besonderes Gewicht zu. Bei Ausschüttungsentscheidungen sind zwar auch die Interessen der Begünstigten miteinzubeziehen, die Kriterien hierfür ergeben sich aber regelmäßig wiederum aus Stiftungsurkunde und Stiftungszusatzurkunde. Da der solcherart determinierte Ermessensspielraum nicht überschritten worden war, lag auch hierin kein Grund zur Abberufung.

Dritter wesentlicher Punkt: Der Stiftungsvorstand wollte keinen Streit und stellte die Zuwendung von Erträgnissen an die Begünstigten nur unter der Bedingung seines eigenen Verbleibs in dieser Position in Aussicht. Er hat also verkündet, nur wenn er Stiftungsvorstand bleibe, werde auch ausgeschüttet. Da könnte man sich schon fragen, handelt der Stiftungsvorstand hier wirklich „frei von eigenem Interesse", oder liegt hier nicht doch eine Interessenkollision vor?. Der OGH sah das in dieser Entscheidung allerdings nicht so eng. Er sprach aus, eine Streitvermeidung zwischen Stiftungsvorstand und Begünstigten liege „durchaus auch oder gerade" im Interesse der Stiftung selbst, und im Ergebnis sei ein solches Junktim daher kein Widerspruch zur Business Judgment Rule.

Die Entscheidung enthält zudem eine Reihe sehr verallgemeinerungsfähiger Aussagen. Zunächst wird auch bei der Stiftung die Grenze jeglichen Ermessens durch die vertraglichen Grenzen, hier die Stiftungsdokumente, gezogen. Weiters hebt die Entscheidung hervor, dass selbst eine Haftung des Stiftungsvorstands per se noch nicht bedeutet, dass er abberufen werden muss, weil die Haftung eine Sanktion für rechtswidriges Handeln darstellt, die Erforderlichkeit der Enthebung sich hingegen am Schutz der Stiftung orientiert. Die Haftung sei andererseits auch nicht Voraussetzung für die Enthebung des Stiftungsvorstands. Ein Stiftungsvorstand kann also sehr wohl auch dann enthoben werden, wenn er für seine Fehlentscheidung nicht haftet.

Bei Handeln innerhalb der Grenzen der Business Judgment Rule, so der OGH, liege aber regelmäßig kein Grund für eine Abberufung vor, und daher sei die Business Judgment Rule auch von Relevanz für die Abberufungsent-

14 *Karollus,* Gedanken zur Haftung des Stiftungsvorstands, in *Jabornegg/Kerschner/Riedler* (Hrsg), FS für Rudolf Reischauer (2010) 209.

scheidung. Ganz klar sagt der OGH, dass die Business Judgment Rule nicht nur dort gilt, wo sie kodifiziert worden ist, also nicht nur bei der GmbH und der AG, sondern dass sie einen „rechtsformübergreifend anerkannten" Rechtsgrundsatz darstelle, der zum Ausdruck bringen soll, dass der Vorstand normalerweise nicht das Risiko unternehmerischer Entscheidungen trägt.[15]

Das unternehmerische Risiko, das wirtschaftliche Risiko für das Handeln der Vorstände, der Geschäftsführer, hier des Stiftungsvorstandes, trägt also der Eigentümer, und wenn sich das Leitungsorgan im Rahmen der Business Judgment Rule bewegt, dann ist es „im sicheren Hafen" und handelt nicht rechtswidrig.

Aber selbst bei einem Verstoß gegen die Business Judgment Rule kommt es noch nicht automatisch zur Haftung, weil dafür noch zusätzlich zu prüfen ist, ob überhaupt ein Schaden entstanden ist und dieser gerade durch die entsprechende Handlung oder Unterlassung verursacht worden ist. Ebenso wenig führt ein Verstoß gegen die Business Judgment Rule zu einer zwingenden Abberufung.

Soweit die erste Entscheidung, die von der Lehre fast – um es poetisch zu sagen – mit „Glücksgefühlen" begrüßt wurde.[16] Vielfach wurde gejubelt, endlich sei die bahnbrechende Entscheidung da, aber – nota bene – sie erging eigentlich zu einem Sachverhalt, der sich noch vor der Kodifikation ereignet hatte und zeigt daher, dass der Gesetzgeber tatsächlich nur das umgesetzt hat, was schon davor herrschende Ansicht war.

III. Die „Verunsichernde" – 6 Ob 198/15h[17]

Die nächste Entscheidung kann man mit dem Attribut „die Verunsichernde" überschreiben. Hinzuweisen ist aber darauf, dass die hier gewählten Überschriften bewusst pointiert ausgewählt wurden und selbstverständlich kein offizielles „Beiwerk" darstellen. Sie tragen aber vielleicht doch dazu bei, die wichtigsten Aussagen leichter und länger im Gedächtnis zu behalten.

In der „verunsichernden" Entscheidung wird die Frage aufgeworfen, ob Manager eigentlich allwissend sein müssen. Müssen sie auch die allerjüngsten Entscheidungen des OGH kennen? Im zugrundeliegenden Fall ging es

15 Zur Zeit der Fertigstellung dieses Artikels liegt ein Ministerialentwurf zur Novellierung des PSG vor, nach dem die Business Judgment Rule nun auch im Stiftungsrecht unter § 17 Abs 1a PSG kodifiziert werden soll; *Rizzi*, Novelle des Privatstiftungsgesetzes (PSG) – viel Licht und etwas Schatten, ecolex 2017, 861; 323/ME XXV. GP.

16 *Reich-Rohrwig* spricht etwa in Bezug auf diese Entscheidung von einem „Meilenstein in der Rechtsentwicklung"; *Reich-Rohrwig*, Verantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern: Business Judgment Rule auch vor dem 1.1.2016 anwendbar, und zwar auch bei Privatstiftungen, ecolex 2016, 695 (700).

17 OGH 30.08.2016, 6 Ob 198/15h NZ 2016, 413 (*Brugger*).

um eine GmbH & Co KG. Der Sachverhalt kann hier sehr kurz gehalten werden, weil die zugrundeliegenden gesellschaftsrechtlichen Fragen im gegebenen Zusammenhang nur als Ausgangspunkt dienen und nicht im Detail interessieren. Auf Haftung geklagt wurden die Geschäftsführer und Aufsichtsräte einer GmbH & Co KG.

Die Kommanditgesellschaft war Alleineigentümerin einer (weiteren) GmbH, und die Geschäftsführung der Kommanditgesellschaft – in Person also die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH – hatte eine Übertragung ihres Geschäftsanteils an dieser Tochtergesellschaft ohne Gegenleistung auf die Muttergesellschaft der Komplementär-GmbH durchgeführt. Die ebenfalls belangten Aufsichtsräte hatten für diese Übertragung gestimmt und den Vertrag zT mit unterfertigt.

Die damit im Zusammenhang stehende Rechtsfrage war, ob in einer solchen Vorgangsweise nicht ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr liegt, wenn dafür keine Sachdividende an die Kommanditgesellschaft gewährt wird. Die Frage stellte sich deshalb mit besonderer Brisanz, da die Kommanditgesellschaft in weiterer Folge insolvent wurde; deren Vertreter klagte die Geschäftsführer und Aufsichtsräte auf eine Summe von immerhin 10 Millionen Euro.

Kurz gesagt geht es also um die Frage, ob eine analoge Anwendung der Kapitalerhaltungsvorschriften auf eine verdeckte Kapitalgesellschaft wie die GmbH & Co KG geboten ist, und ob die handelnden Organe dies hätten wissen und beachten müssen. Die entsprechende Transaktion ging Anfang Dezember 2008 über die Bühne, und wenige Monate davor, nämlich Ende Juni, war eine OGH-Entscheidung[18] veröffentlicht worden, die erstmals dezidiert aussprach, dass das Verbot der Einlagenrückgewähr auch bei der GmbH & Co KG beachtlich sei. Davor war dies in der Lehre zwar diskutiert worden, jedoch strittig geblieben.[19]

In der „verunsichernden" Entscheidung sagt der Oberste Gerichtshof nun, bei klaren rechtlichen Vorgaben sei die Business Judgment Rule nicht anwendbar. Dies ist an sich nicht neu oder spektakulär. Wir erinnern uns daran, dass eine unternehmerische Entscheidung ja dort nicht vorliegt, wo es gesetzliche oder vertragliche Regeln gibt.[20] Interessant ist aber, dass der OGH das Vorliegen solcher „klaren rechtlichen Vorgaben" hier schon ab dem Zeitpunkt annimmt, zu dem die oben genannte „Einlagenrückgewähr-Entscheidung" veröffentlicht und darüber auch in der Tagespresse[21] berichtet

18 OGH 29.05.2008, 2 Ob 225/07p RWZ 2008, 260 (*Wenger*).

19 Für die analoge Anwendung etwa: *Artmann*, Das „Ausmaß" der Kommanditeinlage bei errichtender Umwandlung, GesRZ 1999, 26 (29); dagegen zB: *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 82 Rz 20.

20 *Winner* in *Kalss/Frotz/Schörghofer* 1239 (Rz 41/11).

21 Unter der „Tagespresse" ist selbstverständlich nicht die satirisch-humoristische Tagespresse, welche unter www.dietagespresse.com abrufbar ist, zu verstehen.

worden ist. Aufgrund der damit verbundenen Breitenwirkung sei in weiterer Folge (drei Jahre später) von der Lehre nämlich sogar argumentiert worden, dass seither „die Fortsetzung der formlosen Realteilungspraxis unter strafrechtlich relevanten Untreueverdacht gestanden sei".[22]

Demgegenüber hatten die Geschäftsführer und Aufsichtsräte im Verfahren argumentiert, dass dasselbe wirtschaftliche Ergebnis auch auf andere Weise hätte erzielt werden können, nämlich indem die Geschäftsanteile durch den Kommanditisten gekauft würden, und dann der dadurch erzielte Gewinn an ihn ausgeschüttet worden wäre. Der OGH lässt diese Frage des rechtmäßigen Alternativverhaltens offen und hält nur fest, dass die Beweislast für rechtmäßiges Alternativverhalten den Schädiger treffe. Bemerkenswert ist, – und darum verdient die Entscheidung auch den Beinamen „die Verunsichernde" – dass der OGH eigentlich sehr harte Aussagen zum Kennenmüssen und zu den Informationspflichten eines sorgfältigen und gewissenhaften Managers trifft.

Denn er sagt, die Entscheidung des OGH, die ausdrücklich das Einlagenrückgewährverbot auch auf die GmbH & Co KG angewendet hat,[23] sei immerhin fünf Monate vor dem nun kritisierten Einbringungs- und Sacheinlagevertrag veröffentlicht worden, und es sei darüber auch medial berichtet worden. Deshalb meint der OGH, die Beklagten hätten den Tenor der Entscheidung kennen müssen, insbesondere zumal das Problem schon vorher, wie er sich ausdrückt, der kautelarjuristischen Praxis „bewusst war oder zumindest bewusst sein hätte müssen".[24] Dagegen hatten die Geschäftsführer und Aufsichtsräte zwar eingewandt, dass doch die OGH-Entscheidung in der Literatur heftig kritisiert worden sei.[25] Der OGH ließ diesen Einwand allerdings mit dem Argument nicht gelten, dass diese Kritik ja erst später erfolgt sei.[26]

Dies mag zwar auf den ersten Blick logisch scheinen, aber man kann eine Entscheidung ja erst kritisieren, wenn sie ergangen und auch veröffentlicht worden ist. Dennoch heißt das nicht, dass es vorher unmöglich war, dieselbe Meinung zu vertreten wie die – teils sehr honorigen und gelehrten – Kritiker des OGH. Jedenfalls ist damit nicht gesagt, dass die Kritikpunkte alle falsch sind. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang also nicht der Zeitpunkt der

---

22 Der OGH verweist hier auf *Hügel*, Vermögensbindung und Kapitalschutz bei Sachdividenden und Realteilung der GmbH und GmbH & Co KG, in *Artmann/Rüffler/U. Torggler* (Hrsg), Die GmbH & Co KG ieS nach OGH 2 Ob 225/07p – eine Kapitalgesellschaft? (2011) 111.

23 OGH 29.05.2008, 2 Ob 225/07p RWZ 2008, 260 (*Wenger*).

24 So der OGH unter Punkt 4.5.1 der Entscheidung; OGH 30.08.2016, 6 Ob 198/15h NZ 2016, 413 (*Brugger*).

25 Eine Übersicht mit zahlreichen Verweisen zu den Reaktionen in der Lehre findet sich in Fußnote 4 bei: *Bergmann/Schörghofer*, OGH bestätigt Rechtsprechung zur Kapitalerhaltung bei verdeckten Kapitalgesellschaften, GES 2017, 20.

26 In Verweis auf *Kehrer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang³ § 2 ABGB Rz 13.

Veröffentlichung, wie der OGH das hier nahezulegen scheint, sondern richtigerweise die ex ante-Vertretbarkeit des von den Kritikern eingenommenen Standpunktes. Zur Vertretbarkeit eines juristischen Standpunktes belehrt uns der OGH unter Verweis auf *Kodek* allerdings gleich weiter, dass „nicht alles schon deshalb vertretbar sei, weil es einmal in der Literatur vertreten wurde".[27] Interessant zu wissen.

Der OGH baut seine Argumente dann noch weiter aus und nimmt den Berufsstand der Rechtsanwälte gewissermaßen zum Maßstab, wenn er sagt, die Beklagten seien zwar keine Juristen und „schon gar nicht Rechtsanwälte oder Notare", – man beachte den Stufenbau! – aber dennoch haften sie für die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes. Das aber ist ohnehin klar und steht schon in den §§ 25 GmbHG, 84 und 99 AktG. Dafür hätte es der Entscheidung nicht bedurft.

Der Oberste Gerichtshof setzt dann fort, es sei von den Geschäftsführern eine branchen-, größen- und situationsadäquate Bemühung geschuldet. (Damit ist offenbar nur gemeint, dass sie keine Erfolgsverbindlichkeit trifft, nicht jedoch das, was ein Arbeitgeber in ein Dienstzeugnis schreibt, wenn er mit einem Dienstnehmer unzufrieden ist, nämlich „er war im Rahmen seiner Fähigkeiten bemüht".) Dem OGH ist zuzustimmen, wenn er sagt, die „Situationsadäquanz" richte sich auch nach dem Transaktionswert, und gerade nicht einschlägig ausgebildete Personen müssten bei derartigen komplizierten Umstrukturierungen wohl regelmäßig spezialisierte Berater heranziehen. Immerhin, Rechtsanwälte scheint er als ausreichend zu finden. Weiters wird festgehalten, die Einholung eines Sachverständigengutachtens „könne" exkulpierend sein. Hier kommen wir zu einem merkwürdigen Aspekt der Entscheidung. Offenbar hatten die Geschäftsführer und Aufsichtsräte argumentiert, sie hätten ohnedies ein gesellschaftsrechtliches Sachverständigengutachten zur Zulässigkeit der von ihnen gewählten Vorgangsweise eingeholt. Dieses Gutachten hatten sie aber – originellerweise – nicht dem Gericht vorgelegt. In der Begründung des OGH schimmert nun ein bisschen das Gefühl durch, dass der OGH ihnen vielleicht nicht geglaubt hat. Denn er setzt sich nun ganz abstrakt mit der Frage auseinander, welche Kriterien so ein Gutachten erfüllen muss, um exkulpierend sein zu können und legt die Latte dabei enorm hoch. Liest man die Voraussetzungen, die der OGH aufstellt, im Einzelnen, so ließe sich der von mir gewählte Beiname der Entscheidung zwanglos auch von „verunsichernd" auf „besorgniserregend" steigern.

Erstens, so der OGH, muss das Sachverständigengutachten von einer verlässlichen, sachlich kompetenten Stelle kommen. So weit, so gut. Zweitens muss der Gutachter Information über den gesamten Sachverhalt haben. Drittens muss die Anfrage „ergebnisoffen formuliert" gewesen sein. Schon dies ist in der Praxis sicherlich nicht immer der Fall. Klar ist natürlich, dass es sich um

27 In Verweis auf *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB[4] § 2 Rz 22.

kein bloßes Gefälligkeitsgutachten handeln darf, aber ein solches wird von renommierten Gutachtern ja hoffentlich ohnedies nicht zu bekommen sein.

Interessant ist dann der vierte Punkt, in dem der OGH meint, entweder ein besonders geringes, oder ein besonders hohes Honorar könne beides (!) ein Indiz für mangelnde Seriosität sein. Das ist insofern bemerkenswert, als Honorarnoten von Privatgutachtern in Haftungsprozessen wohl nur selten offengelegt werden. Fünftens sagt der OGH weiter, solle das Gutachten überhaupt dazu geeignet sein, Geschäftsführer und Aufsichtsräte zu exkulpieren, so müssten diese prüfen, ob es sich ohnehin mit der gegenteiligen OGH-Entscheidung zu den Kapitalerhaltungsvorschriften auseinandersetzte und die dagegen ins Treffen geführten Argumente tatsächlich überzeugend seien. Das scheint nun wirklich zu weit zu gehen. Denn wenn die Geschäftsführer und Aufsichtsräte, die keine Juristen und, wie der OGH sagt, „schon gar keine Rechtsanwälte oder Notare sind", einen Experten beiziehen, muss dies genügen. Die Meinung des OGH, wonach die Gesellschaftsorgane nur dann nicht haften, wenn der Experte die gegenteilige Entscheidung überhaupt diskutiert und dagegen maßgebliche Argumente ins Treffen geführt hat, ist schlicht zu streng. Warum sollen sie haften, wenn der Experte einen Fehler macht und die Entscheidung übersieht, sie vergisst? Der OGH geht aber noch darüber hinaus: Auch wenn der Sachverständige sich mit der Entscheidung auseinandergesetzt habe, müsse geprüft werden, was die Gründe seien, warum er gemeint habe, die Umstrukturierungsmaßnahmen seien trotz der Entscheidung zulässig.

Zusammenfassend ist nach Ansicht des OGH überhaupt „jedermann" verpflichtet, sich Kenntnis von dem ihm nach seinem Lebenskreis treffenden Gesetzespflichten zu verschaffen. Die Bezugnahme auf „Gesetzespflichten" erscheint im gegebenen Zusammenhang wiederum merkwürdig, denn ein Gesetz war hier ja gerade nicht verletzt worden. Der OGH meint hier offenbar den hinter dem Verbot der Einlagenrückgewähr stehenden Gläubigerschutz und geht davon aus, dass dieser durch die Entscheidung nur umgesetzt worden ist.

Die Beweislast liege, so die Entscheidung ganz am Ende, bei dem, der sich auf die Unkenntnis der Rechtslage berufen möchte. Auch dies ist eigenartig, sagt doch der OGH nur wenige Sätze zuvor, dass eine Unkenntnis der Rechtslage ohnedies nicht exkulpierend sei. Weiters sei bei der Vertretbarkeit der gewählten Konstruktion auch noch zusätzlich in Betracht zu ziehen, ob überhaupt eine betriebliche Notwendigkeit für die Umstrukturierung gegeben war, und wenn die handelnden Organe eigene Interessen daran hatten, sind sie in jedem Fall „fällig". Abschließend hören wir nochmals, dass die Business Judgment Rule bei klaren rechtlichen Verpflichtungen ohnedies nicht anwendbar sei. Der OGH meint nach dem ganzen Tenor der Entscheidung zwar offenbar, dass solche vorliegen, verweist aber dann letztlich die Sache doch zur neuerlichen Entscheidung zurück an die erste Instanz. Offenbar soll

dort erst einmal das eingeholte Gutachten des Experten vorgelegt und dann geprüft werden, ob es den strengen Voraussetzungen des OGH genügt.

Es gibt zu der Entscheidung eine nicht minder interessante Glosse von *Brugger*[28] in der Notariatszeitung, der noch weiter überlegt, ob die Entscheidung, umzustrukturieren, überhaupt unternehmerisch ist oder nicht. Welche und wie viel Information muss eingeholt werden, um der Business Judgment Rule zu entsprechen? Rechtlich korrekte Umsetzung muss auf jeden Fall erfolgen, daher ist keine Exkulpierung durch die Business Judgment Rule möglich, wenn dies nicht der Fall ist. In weiterer Folge gerät *Brugger* fast ein wenig ins Philosophieren, wenn er die Ansicht vertritt, dass eine behördliche Auskunft jedenfalls exkulpieren müsse. Damit gäbe es offenbar noch eine weitere Steigerung in der Hierarchie derer, durch deren Auskunft man sich entlasten kann, von Juristen generell zu Notaren und Rechtsanwälten, und dann zur Behörde als oberstes.

Brugger fragt sich weiters, ob es vielleicht doch zu streng sei, die allerneueste Rechtsprechung im RIS recherchieren zu müssen, und schließt an die Meinung des OGH an, dass der Ratgeber Erfüllungsgehilfe sein könne.[29] Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass sich damit die Katze in den vielzitierten Schwanz beißt: Denn wenn ein Geschäftsführer fachkundigen Rat eingeholt hat, dann darf er sich darauf verlassen; er handelt gutgläubig und auf Basis angemessener Informationen. Also befindet er sich im „sicheren Hafen" der Business Judgment Rule und ist exkulpiert. Wollte man umgekehrt einen falschen Rat, einen Fehler des bezahlten externen Experten, dem Vorstand oder dem Aufsichtsrat zurechnen, dann wäre man mit der Möglichkeit nachzuweisen, dass man nichts dafür kann, wirklich am Ende.

Ebenso bedenklich ist die Conclusio dieser Glosse „je größer ein Unternehmen sei, desto eher sei es gehalten, einen extern von einem Anwalt eingeholten Rat wieder zu überprüfen." *Brugger* meint zwar zunächst, in wichtigen Entscheidungen reiche die Befassung der eigenen Rechtsabteilung nicht aus, sondern die Manager müssten sich einen externen Berater nehmen, einen Anwalt, oder zusätzlich vielleicht auch gleich die Behörde fragen.[30] Und dann wird aber ausgeführt, dass der externe Rat, den der Anwalt gibt, wiederum von der Rechtsabteilung überprüft werden solle. Zusammenfassend betrachtet, ziemlich viel ist unklar oder bleibt offen. Wenn man sich das alles durch den Kopf gehen lässt, dann kann man nur folgern, diese Entscheidung und ihre Konsequenzen sind wirklich besorgniserregend.

28 *Brugger*, NZ 2016, 413 (419).
29 *Brugger*, NZ 2016, 413 (420).
30 *Brugger*, NZ 2016, 413 (421).

IV. Die „Begehrlichkeiten Bestrafende" – 6 Ob 145/16s[31]

Die dritte Entscheidung, hier die „Begehrlichkeiten Bestrafende" genannt, beschäftigt sich wiederum mit einer Privatstiftung, nämlich mit der F. W. Privatstiftung. Geschickte Anonymisierungen in den Entscheidungsveröffentlichungen halten freilich nicht davon ab, die dahinterstehenden Personen zu erkennen. Ein Glossator[32] hat aus dem Kontext humorvoll und richtig darauf hingewiesen, dass es sich dabei wohl nicht um eine Stiftung von Ferdinand Waldmüller handeln kann. Vielmehr geht es um die Franz West Privatstiftung, die Stiftung eines bedeutenden zeitgenössischen Künstlers, die „quasi noch auf dem Totenbett" vom Künstler ins Leben gerufen worden war. Daraufhin starb er. Begünstigte war unter anderem seine Ehefrau. Wiederum geht es um die Abberufung von Stiftungsvorständen, wobei der Streit offenbar auch nach der hier erörterten OGH-Entscheidung nicht aufhörte und mittlerweile ein zusätzliches erstinstanzliches Urteil vorliegen soll, nach dem das Stiftungsvermögen der Verlassenschaft rückzustellen sein soll.[33]

Aber worum geht es in der Entscheidung des OGH zur Business Judgment Rule? Es wurden vom Stifter diverse von ihm geschaffene Kunstwerke in die Stiftung eingebracht und ein Stiftungsvorstand bestellt. Der Stiftungsvorstand gründete eine GmbH als 100%-Tochter der Stiftung. In der GmbH sollte nun die gewerbliche Verwertung, Vermietung, Verleihung und Einräumung von Reproduktionsrechten an diesen Kunstwerken erfolgen. In weiterer Folge starb dann – noch vor der Entscheidung des OGH – auch die Ehegattin, die zuvor beantragt hatte, man möge diese Stiftungsvorstände abberufen. Hier stellte sich eine interessante prozessrechtliche Nebenfrage: Erlischt durch den Tod der Ehegattin die Antragslegitimation hinsichtlich des zuvor noch eingebrachten Rechtsmittels gegen die Entscheidung der Vorinstanz, den Stiftungsvorstand nicht abzuberufen? Der OGH meinte, dass die Begünstigtenstellung nicht vererblich sei und das namens der mittlerweile Verstorbenen eingebrachte Rechtsmittel damit auch hinfällig sei. Aber er wies darauf hin, dass er ja auch von Amts wegen prüfen könnte, ob die Stiftungsvorstände ihre Pflicht erfüllten und entschloss sich auch sogleich, dies zu tun.

Der OGH entschied also über den Sachverhalt, in dem zweifellos Begehrlichkeiten bestraft wurden: Die von Franz West begründete Stiftung selbst hatte in den zwei relevanten Jahren Bilanzverluste von zunächst EUR 112.000 und im nächsten Jahr von EUR 148.000. Die GmbH hingegen, welche die Rechte zur Verwertung dieser Kunstwerke eingeräumt erhalten

31 OGH 27.09.2016, 6 Ob 145/16s PSR2016, 209.

32 So *J. Gruber* in Fußnote 1 seiner Glosse: *J. Gruber*, Die Privatstiftung des Künstlers F. W., Aufsichtsrat aktuell 2016, 34.

33 Dies berichtete die Presse online am 27.06.2017; http://diepresse.com/home/kultur/kunst/5242238/Franz-West_Stiftung-muss-Nachlass-an-Erben-zurueckgeben (abgerufen am 02.10.2017).

hatte, fuhr satte Bilanzgewinne zwischen EUR 1 und 1,2 Mio pro Jahr ein. Nun aber der „Haken": Die GmbH hatte unglaublich hohe Personalkosten. Und zwar in einer solchen Höhe, dass man dort selbst gerne angestellt wäre: Zwischen EUR 17.000 und 30.000 Euro pro Monat wurden – durchschnittlich über alle Köpfe gerechnet – an Gehältern ausgezahlt. Hinzu kam noch, dass die Stiftungsvorstände zugleich auch selbst Geschäftsführer dieser GmbH waren. Im Ergebnis bedeutete dies, dass ein nach § 17 Abs 5 PSG unzulässiges, durch das Gericht genehmigungspflichtiges Geschäft vorlag.[34] Die Genehmigung lag natürlich nicht vor: Die Stiftungsvorstände überwachten sich vielmehr selber, ohne einer externen Kontrolle zu unterliegen. Ein einzelnes Mitglied des Vorstandes, das zeitgleich als Geschäftsführer der GmbH agierte, trieb es besonders auf die Spitze und erhielt durch diese Konstruktion zwischen 485.000 und 600.000 Euro pro Jahr an „Verdienst". Die Rechtfertigung für derart üppige Gehälter, nämlich dass es „schließlich auch noch weiteres Personal mit geringerem Verdienst gäbe", hielt der OGH für unsubstantiiert und berief den gesamten Stiftungsvorstand aufgrund grober Pflichtverletzung ab. Dass zwar nur ein Mitglied ein völlig überzogenes Gehalt erhielt, schützte die restlichen Mitglieder nicht vor der Abberufung: Diese waren nämlich informiert und hatten diese Vorgangsweise gebilligt und im Verfahren sogar ausdrücklich argumentiert, dass das enorm hohe Gehalt des einen Vorstands- und Geschäftsführungsmitglied ohnedies in Ordnung sei.

Der OGH stellt in dieser Entscheidung klar, dass er gerade dann, wenn niemand die Stiftung extern kontrolliert, keinen allzu strengen Maßstab bei der Beurteilung des Vorliegens der Abberufungsgründe anwendet. In einem solchen Fall ändert auch die Tatsache, dass dem Vorstand ein gewisses Ermessen im Sinne der Business Judgment Rule zukommt, nichts. Die Business Judgment Rule nimmt in diesem Fall aber eine fortgesetzte Rolle ein: Nach der erfolgten Abberufung wird der neue Stiftungsvorstand nämlich im Sinne der Business Judgment Rule nun zu entscheiden haben, ob er Schadenersatzansprüche gegen die Vorgänger geltend machen soll.

V. Lessons Learned

Was lernen wir nun aus der bisher ergangenen Judikatur zur Business Judgment Rule? Die Business Judgment Rule ist als vollständiger Rechtssatz mit Tatbestand rechtsformunabhängig anzuwenden, auch wenn ihre Einfügung in das Gesetz tatsächlich eher ein Statement als eine wirkliche Gesetzesänderung war.[35] Die Business Judgment Rule ist insbesondere

34 *Arnold* in *Arnold*, PSG³ § 17 Rz 92.

35 Ob die Business Judgment Rule wirklich rechtsformübergreifend anzuwenden ist, war bisher unklar: *Karollus*, Gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeit von Bankorganen bei Kredit- und Sanierungsentscheidungen – zugleich ein Beitrag

auch auf Altfälle anwendbar.[36]

Durch den „Safe Haven" der Business Judgment Rule sind Leitungsorgane bei unternehmerischen Entscheidungen wie auch bei Nichtentscheidungen vor Haftungen geschützt.[37] Nicht geschützt ist hingegen rechtswidriges Handeln, insbesondere gibt es auch keine „nützliche Gesetzesverletzung" im Rahmen der Business Judgment Rule.[38]

Ein Thema, das leider in der Judikatur nicht abschließend gelöst wurde, ist die Frage der Beweislast.[39] Die Business Judgment Rule entspringt schließlich dem angloamerikanischen Richterrecht.[40] Nach amerikanischem Rechtsverständnis trägt der Kläger die Beweislast dafür, dass die Voraussetzungen der Business Judgment Rule nicht vorliegen.[41] Dies wäre für unser System der Geschäftsführerhaftung ein neuer Zugang, weil jede Seite die anspruchsbegründenden, und nicht etwa der Kläger die anspruchsvernichtenden Tatsachen zu beweisen hat. In diesem Zusammenhang stellt sich daher die Frage, ob das US-amerikanische Richterrecht durch die Kodifizierung der Business Judgment Rule in das österreichische Recht „eingepflanzt" wurde. Auch wenn die bisherige Judikatur dieses Thema nicht deutlich anspricht, so gibt es doch Hinweise: In der ersten Entscheidung ließ der OGH das Vorliegen einer unternehmerischen Entscheidung für die Anwendbarkeit der Business Judgment Rule genügen und beschäftigte sich in der Folge nicht mit weiteren Beweisproblemen. Die zweite Entscheidung lässt anklingen, dass der Geschäftsführer zu beweisen habe, ob das Ergebnis einer möglicherweise haftungsbegründenden Entscheidung auch bei einem rechtmäßigen Alternativverhalten eingetreten wäre. Wie diese Frage vom OGH in der Zukunft beantwortet wird, ist daher mit Spannung zu erwarten.

---

zur Business Judgment Rule (§ 84 Abs 1 a AktG und § 25 Abs 1a GmbHG), ÖBA 2016, 252 (256).

36 Auch dies war bisher strittig; vgl *Karollus*, Zur Anwendung des Business Judgment Rule auf Vorstandsmitglieder einer Privatstiftung, ZFR 2016, 58 (65f).

37 So ausdrücklich der OGH unter Punkt 6.1: OGH 23.02.2016, 6 Ob 160/15w ecolex 2016, 695 (*Reich-Rohrwig*).

38 Vgl *Karollus*, ÖBA 2016, 252 (256).

39 Auch in Deutschland scheint diese Frage noch nicht endgültig beantwortet zu sein: *Schima*, RdW 2015, 288 (290).

40 Ebd.

41 Ebd.