

# WU

WIRTSCHAFTS  
UNIVERSITÄT  
WIEN VIENNA  
UNIVERSITY OF  
ECONOMICS  
AND BUSINESS



# Business Judgment Rule

RA HonProf Dr Georg Schima, M.B.L.-HSG, LL.M. (Vaduz)

Kunz Schima Wallentin Rechtsanwälte OG

## Wiener Bilanzrechtstage

### 1. April 2016

# Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder als Leitungsorgan

- Vorstandsmitglieder einer AG haben die Gesellschaft unter eigener Verantwortung so zu leiten, wie das Wohl des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses es erfordert (§ 70 Abs 1 AktG).  
Vorstandsmitglieder sind daher weisungsfrei (sowohl gegenüber dem AR als auch gegenüber der Hauptversammlung).
- Für GmbH-GF fehlt eine vergleichbare Vorschrift über die Leitungskompetenz der GF.  
Aus § 20 Abs 1 GmbHG wird die umfassende Weisungsbefugnis der Gesellschafter gegenüber den Geschäftsführern einer GmbH abgeleitet.  
Hat die GmbH einen AR, ist es sogar zulässig, diesem in der Satzung ein Weisungsrecht gegenüber den GF einzuräumen.

# Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder als Leitungsorgan – Pflichten

- Wahrung des Unternehmensinteresses (bei der AG ausdrücklich § 70 Abs 1 AktG, in der GmbH keine ausdrücklich Bestimmung, aber vergleichbar – unter dem Vorbehalt der „Definitionshoheit“ der Gesellschafter).
- Berichtspflicht gegenüber Generalversammlung und Aufsichtsrat
- Dokumentation wesentlicher Geschäftsfälle
- Einrichtung eines zeitgemäßen Rechnungswesens
- Einrichtung eines internen Kontrollsystems (IKS)
- Personalmanagement
- Verpflichtung zur Einrichtung einer Compliance-Organisation
- Verschwiegenheitspflicht
- Wettbewerbsverbot

# Geschäftsleiterpflichten – Unternehmensinteresse

- Für Vorstandsmitglieder im AktG statuiert: Wohl des Unternehmens als „Oberziel“; Interesse der Aktionäre, Arbeitnehmer und der Öffentlichkeit „zu berücksichtigen“.
- Öffentliches Interesse kann bzw muss uU der Vorstand in seine Entscheidung einfließen lassen; Das Unternehmenswohl hat aber immer Vorrang (Bsp: Schließung eines nicht profitablen Werks trotz politischer Interventionen und Beeinträchtigung einer strukturschwachen Region durch Erhöhung der Arbeitslosigkeit)

# Geschäftsleiterpflichten – Unternehmensinteresse II

- Für die GmbH fehlt eine vergleichbare Bestimmung, das Unternehmenswohl ist aber auch hier oberste Richtschnur.
- ABER: „Definitionshoheit der Gesellschafter“: Aufgrund deren umfassender Weisungsbefugnis (§ 20 Abs 1 GmbHG) und Fähigkeit, auch wirtschaftlich nachteilige Weisungen zu erteilen (s.u.), können sie dem Geschäftsführer das Unternehmenswohl gleichsam vorgeben. Insoweit Weisungen unterbleiben (zB auch weil die Gesellschafter keine Mehrheit zu bilden vermögen), gilt für Geschäftsführer eine GmbH grs dasselbe wie für den Vorstand der AG.

# Geschäftsleiterpflichten – Berichtspflicht I

- In der AG umfassende Regelung von Berichtspflichten des Vorstandes an den Aufsichtsrat (§ 81 AkG): Bericht über grundsätzliche Fragen der künftigen Geschäftspolitik, die künftige Sicherung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage anhand einer Vorscheurechnung (Jahresbericht), Bericht über den Gang der Geschäfte und die Lage des Unternehmens im Vergleich zur Vorscheurechnung unter Berücksichtigung der künftigen Entwicklung (Quartalsbericht) und Bericht über Umstände, die für die Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sind oder aus wichtigem Anlass gegenüber dem AR-Vorsitzenden (Sonderbericht).
- Das GmbHG kennt keine Berichtspflichten der Geschäftsführer gegenüber den Gesellschaftern (ein AR ist in der GmbH selten).

# Geschäftsleiterpflichten – Berichtspflicht II

- Üblicherweise enthalten GmbH-Verträge derartige Regelungen und außerdem umfangreiche Kataloge genehmigungspflichtiger Geschäfte.
- Bei Fehlen einer ausdrücklichen Regelung ist wohl § 28a GmbHG (Bericht an den AR) analog auf Berichte der Geschäftsführer an die Gesellschafter anwendbar.
- Außerdem gilt der anerkannte Grundsatz, dass die Geschäftsführer auch ohne entsprechende Regelung in der Satzung oder in der Geschäftsordnung die Gesellschafter vor der Vornahme ungewöhnlicher Geschäfte aktiv um Zustimmung zu ersuchen haben.

# Geschäftsleiterpflichten – Dokumentation I

- Das Unternehmen ist so zu organisieren, dass der Informationsfluss derart gestaltet wird, dass sich die Geschäftsführung jederzeit einen zuverlässigen Überblick über die wirtschaftliche und finanzielle Situation verschaffen kann.
- Deshalb müssen wesentliche Geschäftsfälle schriftlich erfasst und dokumentiert und muss dafür gesorgt werden, dass die Dokumentation in verkehrüblicher Weise für den nach der Sachlage erforderlichen Zeitraum erhalten bleibt.
- Die Dokumentationspflicht geht über die Buchführungspflicht nach § 22 Abs 1 GmbHG bzw § 82 AktG usw hinaus und betrifft auch und gerade solche geschäftlichen Vorgänge, die in der Buchhaltung oder gar in der Bilanz keinen Niederschlag finden müssen.



# Geschäftsleiterpflichten – Dokumentation II

- Verträge und Vertragsänderungen sind schriftlich zu vereinbaren; Für eine entsprechende Aufbewahrung ist zu sorgen.
- Bsp: Langfristiger Liefervertrag mit „Kettenverlängerungsklausel“, wonach sich der Vertrag alle fünf Jahre, wenn nicht sechs Monate davor die Nichtverlängerungen mitgeteilt wird, um weitere fünf Jahre verlängert.
- Versäumt die GmbH, für die der Vertrag mittlerweile wirtschaftlich nachteilig geworden ist, mangels Kalendrierung die Nichtverlängerungsmittelteilung, könnten letztlich (sofern Organisations- bzw Überwachungsverschulden vorliegt) die Geschäftsführer für den daraus resultierenden Schaden haften.

# Geschäftsleiterpflichten – Rechnungswesen und IKS I

- Vorstand bzw Geschäftsführer haben für die Führung eines Rechnungswesens zu sorgen (§ 82 AktG bzw §22 Abs 1 GmbHG).
- „Rechnungswesen“ umfasst alle Rechensysteme, die Geld- und Leistungsströme im Unternehmen erfassen, dokumentieren, auswerten, steuern oder überwachen (Üblicherweise Buchhaltung, Kalkulation, Planung, Vorscheurechnung und betriebswirtschaftliche Statistik).
- Gesetzlich geregelt ist nur die externe Rechnungslegung; Das interne Rechnungswesen (Kosten- und Planungsrechnung, Rentabilitätsrechnungen, Soll-Ist-Vergleich und Liquiditätsrechnungen) ist gesetzlich nicht determiniert.

# Geschäftsleiterpflichten – Rechnungswesen und IKS II

- Das „interne Kontrollsystem“, zu dessen Führung das Gesetz die Geschäftsleiter ebenfalls verpflichtet (§ 82 AktG bzw § 22 Abs 1 GmbHG) ist gesetzlich nicht umschrieben; Seine nähere Ausgestaltung wird im Wesentlichen der Betriebswirtschaftslehre überlassen. Diese gibt gleichsam vor, was der heutige Stand der betriebswirtschaftlichen Methoden und Prozessabläufe im Rahmen der unternehmensinternen Kontrolle ist.
- Die Verletzung der gesetzlichen Verpflichtung zur Führung eines zeitgemäßen Rechnungswesens und IKS kann die Geschäftsleiter gegenüber der Gesellschaft haftbar machen.
- § 22 Abs 1 GmbHG bzw § 82 AktG ist aber kein Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB.
- ABER: Wenn der Geschäftsführer/ das Vorstandsmitglied wegen des Fehlens eines aussagekräftigen Rechnungswesens die Insolvenzreife der Gesellschaft nicht erkennt, haftet er dennoch unmittelbar gegenüber den Gesellschaftsgläubigern. Denn § 69 IO ist ein Schutzgesetz.

# Geschäftsleiterpflichten – Personalmanagement I

- Die Geschäftsleiter haben ein funktionsfähiges und der Größe des Unternehmens angemessenes Personalmanagement einzurichten.
- Dazu gehört eine aus der zu erwartenden Geschäftsentwicklung abzuleitende Personalbedarfsplanung und die Einrichtung einer entsprechenden, arbeitsteiligen Personalorganisation.
- Wenn die Geschäftsleiter für eine ordnungsgemäße Organisation der Betriebsabläufe gesorgt und die entsprechenden Positionen mit kompetenten Mitarbeitern besetzt haben, deren Verantwortungsbereich entsprechend definiert und von einander abgegrenzt sind und die auch einer gewissen wechselseitigen Kontrolle unterliegen, dann haben die Geschäftsleiter ihre vertikale Überwachungspflicht erfüllt. Sie haften dann nicht für Schäden, die Mitarbeiter durch individuelles Fehlverhalten der Gesellschaft zufügen.

# Geschäftsleiterpflichten – Personalmanagement II

- Die Geschäftsleiter müssen aber auch dafür sorgen, dass das Personal entsprechend den gesetzlichen und kollektivvertraglichen Regelungen beschäftigt wird und von der Rechtsordnung ermöglichte unternehmerische Spielräume (zB in punkto Arbeitszeitflexibilisierung) zum Vorteil des Unternehmens genutzt werden. Gerade im Arbeitszeitrecht lauern größere Gefahren, aber auch Chancen. Die Flexibilisierungsmöglichkeiten, die Gesetz, Kollektivvertrag und Betriebsvereinbarung bieten, sind vielfältig und höchst kompliziert. Andererseits sind Verstöße gegen arbeitszeitrechtliche Bestimmungen empfindlich sanktionsbewehrt, dh es drohen hohe Geldstrafen.
- Die jüngsten Verschärfungen betreffend Lohn-Dumping bedeuten für Unternehmen und ihre Geschäftsleiter ebenfalls ein nicht zu unterschätzendes Haftungs- und Verwaltungsstrafisiko.
- Ordnungsgemäße Personalverwaltung impliziert auch, ungeeignete oder überforderte Mitarbeiter entweder überhaupt abzuziehen (dh das Dienstverhältnis zu beenden) oder zumindest ihre Befugnisse einzuschränken und entsprechende Anweisungen zu erteilen.

# Geschäftsleiterpflichten – Compliance-Organisation

- „Compliance-Organisation“ bezeichnet ein System aus organisatorischen Zuständigkeiten sowie Kontroll- und Überwachungsmechanismen, das Gesetzesverstößen – va in den besonders haftungsträchtigen Bereichen Korruption- und Kartellrecht – bestmöglich vorbeugen und sie im Falle ihres Eintritts rasch entdecken und abstellen helfen soll.
- Unter „Compliance“ versteht man demgemäß jene Anforderungen an die Organisation des Unternehmens, die Regelverstöße verhindern sollen.
- Eine generelle gesetzlich Verpflichtung zur Einrichtung einer Compliance-Organisation gibt es nicht; Gesetzliche Sondertatbestände, insbesondere für die Finanzbranche, sind nach richtiger Ansicht grs nicht analogiefähig.

# Geschäftsführer als Leitungsorgan: Weisungsgebundenheit gegenüber den Gesellschaftern I

- Nach ganz überwiegender Meinung in Lehre und Rsp ist das Weisungsrecht der Gesellschafter – außer durch gesetzliche Verbote oder die guten Sitten - inhaltlich nicht beschränkt.  
Es kann sich daher auch auf das Tagesgeschäft beziehen. Selbst „kleinliche“ Weisungen der Gesellschafter müssen befolgt werden (Sanktion allenfalls: Mandatsniederlegung und vorzeitiger Austritt, wenn die Behinderung zu weitgehend ist).
- Demgemäß kein „weisungsfreier Mindestbereich“.
- Weisungen müssen in Beschlussform ergehen (Generalversammlung oder schriftliches Umlaufbeschlussverfahren nach § 34 GmbHG); nur der Alleingesellschafter kann formfrei (zB telefonisch) Weisungen erteilen.

# Geschäftsführer als Leitungsorgan: Weisungsgebundenheit gegenüber den Gesellschaftern II

- Weisungen zu gesetzlich verbotenen (oder gar strafgesetzwidrigem) Verhalten (zB Anweisung, dem Mehrheitsgesellschafter eine Liegenschaft unter dem Verkehrswert zu verkaufen oder Anweisung, erforderliche Firmenbuchanmeldungen nicht vorzunehmen) *dürfen* von den GF *nicht* befolgt werden.
- Der Gesellschaft wirtschaftlich nachteilige Weisungen sind aber (nach allfälliger Aufklärung der Gesellschafter) zu befolgen, sofern die Befolgung nicht unmittelbar die Insolvenzreife der Gesellschaft herbeiführt.



# Objektiver Sorgfaltsmaßstab – unbeschränkte Haftung I

- Für Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder besteht ein objektiver Sorgfaltsmaßstab. Sie haben die Gesellschaft bzw das von dieser betriebene Unternehmen mit jener Sorgfalt zu leiten, die für die ordnungsgemäße Leitung eines derartigen Unternehmens erforderlich ist (eine Bank oder ein Telekom-Unternehmen ist komplexer als eine Pizzeria).
- Mit fehlenden subjektiven Kenntnissen können sich Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder daher nicht entschuldigen.
- Überdurchschnittliche Kenntnisse verschärfen dagegen den Sorgfaltsmaßstab (strittig).
- Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder haften unbeschränkt, dh für den vollen Schaden, mit ihrem Privatvermögen.

# Objektiver Sorgfaltsmaßstab – unbeschränkte Haftung II

- Das Dienstnehmerhaftpflichtgesetz (DNHG) gilt für Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer nach der Rsp des OGH nicht, weil die gesellschaftsrechtlichen Haftungsnormen als Spezialregeln den Bestimmungen des DNHG vorgehen.
- Prokuristen, die mit Geschäftsführern/Vorstandsmitgliedern gemeinsam handeln (also zB gemeinsam ein Rechtsgeschäft abschließen), kommen als AN, für die § 25 GmbHG bzw § 84 AktG nicht gilt, dagegen in den Genuss der Haftungsmilderungen des DNHG (keine Haftung bei entschuldbarer Fehlleistung, richterliche Mäßigung bis auf Null möglich bei leichter Fahrlässigkeit, Mäßigung auch bei grober Fahrlässigkeit).
- Vertragliche Haftungsbeschränkungen sind bei Vorstandsmitgliedern einer AG wegen § 84 Abs 4 AktG unzulässig; bei GF einer GmbH beschränkt zulässig (zB betragliche Begrenzung der Haftung für leichte Fahrlässigkeit oder gar deren völliger Ausschluss, vertragliche Vereinbarung bei Anwendung des DNHG).

# Änderung des AktG/GmbHG Kodifikation der Business Judgment Rule (in Geltung seit 1.1.2016)

- § 84 Abs 1a AktG bzw § 25 Abs 1a GmbHG

*Ein Vorstandsmitglied/Geschäftsführer handelt jedenfalls im Einklang mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, wenn er sich bei einer **unternehmerischen Entscheidung** nicht von **sachfremden Interessen** leiten lässt und auf der Grundlage **angemessener Informationen** annehmen darf, **zum Wohle der Gesellschaft** zu handeln.*

# Business Judgment Rule – Inhalt I

- Es muss eine unternehmerische Entscheidung vorliegen, bei der also unternehmerisches Ermessen besteht.
- Gesetzlich gebundene Entscheidungen fallen nicht unter die BJR (ABER: auch gesetzlich gebundene Entscheidungen können einen beträchtlichen Auslegungsspielraum beinhalten: zB die Entscheidung über die Aufschiebung einer ad-hoc-Mitteilung).
- Das Vorstandsmitglied/der GF darf sich „*nicht von sachfremden Interessen leiten lassen*“. Gemeint ist damit, dass kein Interessenkonflikt dadurch gegeben sein darf, dass ein Geschäft mit einer nahestehenden Person (Related Party Transaction) geschlossen wird.
- Wichtig: Related Party Transactions sind nicht per se rechtswidrig; sie müssen aber möglicherweise von einem anderen Organ (AR) genehmigt werden, und sie bedeuten, dass sich der Geschäftsleiter außerhalb der BJR befindet.

# Business Judgment Rule – Inhalt II

- Der Geschäftsleiter muss auf angemessener Informationsgrundlage handeln, damit die BJR greift. Nicht alle, aber alle sinnvollen und mit zumutbarem Aufwand beschaffbaren Informationen sind zu verwerten.
- Der Geschäftsleiter muss annehmen dürfen, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.
- Bei Handeln eines Kollegialorgans (Vst, AR) ist die (Nicht)Anwendung der BJR für jedes handelnde Organmitglied gesondert zu prüfen. Es gibt kein „Kontaminierungsprinzip“. Das Vorhandensein eines Interessenkonfliktes in der Person eines Organmitgliedes macht die BJR für die anderen Organmitglieder nicht unanwendbar.

# Business Judgment Rule - die Folgen I

- Die BJR hat mit strafrechtlicher Verantwortung nichts zu tun: es geht um zivilrechtliche Verantwortlichkeit. Ein Handeln außerhalb der BJR (Bsp: Kauf eines Unternehmens ohne ausreichende Entscheidungsgrundlage) bedeutet nicht automatische zivilrechtliche Haftung – geschweige denn strafrechtliche Verantwortlichkeit
  - Safe Harbour bei Einhaltung der BJR (erst deutliche Überschreitung des Ermessensspielraums potentiell haftungsbegründend; so der OGH in der Hirsch Servo-Entscheidung)
  - Einhaltung der Kriterien der BJR (Handeln auf angemessener Informationsgrundlage, kein Interessenkonflikt etc) bedeutet, dass keine Rechtswidrigkeit vorliegt. Ohne Rechtswidrigkeit kein Schadenersatz.
  - Bei Handeln außerhalb der BJR fällt „Safe Harbour Effekt“ weg (Rechtswidrigkeit ist gesondert zu prüfen)

# Business Judgment Rule - die Folgen II

- BJR wurde in Lehre und Rsp bisher auch ohne gesetzliche Verankerung anerkannt
- Bedeutet die BJR, dass innerhalb ihres Anwendungsbereiches die Haftung von Geschäftsleitern auf grober Fahrlässigkeit beschränkt ist? Dafür spricht viel (strittig). Es bedeutet zB richtiger Weise, dass leicht fahrlässige Fehler bei der Informationsbeschaffung nicht haftungsbegründend sind.

# Business Judgment Rule – Beweislastverteilung I

- Im US-amerikanischen Recht, wo die BJR herkommt, ist sie primär eine Beweislastregel: der Kläger (in den USA meist nicht die Gesellschaft, sondern ein Aktionär im Rahmen sog „derivative suits“), der einen director klagt, muss nachweisen, dass die Voraussetzungen der BJR nicht gegeben sind. Er muss also insbesondere nachweisen, dass der Geschäftsleiter nicht auf angemessener Grundlage gehandelt hat.
- In den USA ist die BJR daher tatsächlich ein „Safe Harbour“ für directors.



# Business Judgment Rule – Beweislastverteilung II

- In Deutschland (BJR eingeführt 2005) und in Österreich (BJR eingeführt mit 1.1.2016) ist die Lage etwas komplizierter und unklarer:
  - Die hM in Deutschland nimmt an, dass das in Anspruch genommene Vorstandsmitglied / GF beweisen muss, dass die Anwendungsvoraussetzungen der BJR vorliegen.
  - Richtig ist mE folgende Ansicht: Dass ein Interessenkonflikt vorliegt, muss immer die klagende Gesellschaft beweisen. Der Negativbeweis ist dem Geschäftsleiter auch gar nicht möglich. Hat die Gesellschaft das Vorliegen eines Interessenskonfliktes bewiesen, muss der Geschäftsleiter nachweisen, dass die Bedingungen des Geschäftes fremdüblich (at arm's length) sind.
  - Dass auf angemessener Informationsgrundlage gehandelt wurde, hat grs der Geschäftsleiter zu beweisen - mE aber nur dann und solange er entweder noch im Amt befindlich ist und Zugriff auf die relevanten Unterlagen hat oder wenn die Gesellschaft ihm (nach Beendigung des Mandats) unbeschränkten Zugriff auf die seiner Verteidigung dienenden Unterlagen gewährt.

# Haftung bei Weisungsbefolgung

- Bei AG-Vorstandsmitgliedern ist dies irrelevant, weil sie weisungsfrei sind. Befolgen sie dennoch Weisungen, befreit sie dies nicht von der Haftung (Ausnahme: § 84 Abs 4 erster Satz AktG: Keine Ersatzpflicht gegenüber der Gesellschaft, wenn die Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschluss der Hauptversammlung beruht).
- GmbHG-GF müssen Weisungen der Gesellschaft grs befolgen (siehe oben). Dementsprechend sind sie von einer Haftung gegenüber der Gesellschaft befreit, wenn sie auf der Grundlage einer rechtmäßigen Weisung gehandelt haben. Dies gilt nur dann nicht, wenn der Ersatzanspruch der Gesellschaft gegen die Geschäftsführer (als Vermögenswert der Gesellschaft) zur B

# Haftung bei Weisungsbefolgung

- Richtigerweise kann es aber nur auf eine ex-ante-Betrachtung ankommen: Wenn im Zeitpunkt der Weisungserteilung und ihrer Befolgung nicht erkennbar ist, dass die Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger durch die Weisungsbefolgung gefährdet ist, macht die Befolgung den GF gegenüber der Gesellschaft haftungsfrei (strittig; hM nimmt Schwebezustand an, der bis zum Ablauf der Verjährungsfrist dauert).

# Rechtmäßiges Alternativverhalten I

- Grs haftet im Schadenersatzrecht ein Schädiger nicht, wenn er nachweisen kann, dass auch bei rechtmäßigem Verhalten (Alternativverhalten) der Schaden eingetreten wäre.
- Grs gilt dies auch bei der Geschäftsleiter-Haftung. Eine Berufung auf rechtmäßiges Alternativverhalten wird aber dann von Lehre und Rsp nicht gestattet, wenn es um die Verletzung von Normen geht, die einen ordnungsgemäßen Verfahrensablauf oder zB den Minderheitenschutz sicherstellen wollen.

# Rechtmäßiges Alternativverhalten II

- Tätigt ein GF auf Weisung des 90%-Gesellschafterers ein für die GmbH letztlich desaströses Geschäft, kann er sich richtiger Ansicht zufolge nicht darauf berufen, dass im Falle rechtmäßigen Verhaltens – nämlich Weisung mittels Beschlussfassung durch die Generalversammlung unter Beteiligung der 10%-Minderheit – kein anderes Ergebnis herausgekommen wäre. Dasselbe gilt wohl, wenn ein GF / Vorstandsmitglied Zustimmungsvorbehalte zugunsten der Gesellschafter und/oder des AR missachtet. Er kann dann grs auch nicht erfolgreich vorbringen, der AR hätte das Geschäft genehmigt, wenn es ihm vorgelegt worden wäre (strittig).

# Verjährung, Verzicht, Vergleich I

- Schadenersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder und GF verjähren anders als sonst Schadenersatzansprüche (drei Jahre gem ABGB) nach fünf Jahren.
- Die Frist wird nach der Rsp nicht objektiv, sondern subjektiv berechnet. Sie läuft daher nicht mit Abschluss der schadensstiftenden Handlung oder Schadenseintritt, sondern ab dem Zeitpunkt, ab dem der geschädigten Gesellschaft Schaden und Schädiger in einer Weise bekannt geworden sind, dass die Erhebung von Schadenersatzansprüchen möglich ist.

# Verjährung, Verzicht, Vergleich II

- Gegenüber Vorstandsmitgliedern einer AG kann auf Schadenersatzansprüche nur verzichtet oder darüber ein Vergleich abgeschlossen werden, wenn fünf Jahre seit der Entstehung der Ansprüche verstrichen sind, die Hauptversammlung zustimmt und nicht eine Minderheit von 5 % widerspricht. Diese Bestimmung behindert die Praxis stark, weil sie wasserdichte „Generalvergleiche“ zwischen AG und Vorstandsmitglied im Zuge einer Trennung fast unmöglich macht.
- Bei GmbH-GF gibt es eine solche Beschränkung nicht, Anspruchsverzichte der Gesellschaft und Vergleiche haben aber insoweit keine rechtliche Wirkung, als der Schadenersatzanspruch zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist (§ 25 Abs 7 iVm § 10 Abs 6 GmbHG).

# Business Judgment Rule - Fallbeispiel

- Sachverhalt I
- Die XY-AG, ein österreichisches börsennotiertes Unternehmen, hatte über eine Tochtergesellschaft ein Joint Venture im Staat Banana Republic (BR). Die XY-AG war zu 60 % an der Joint Venture-Gesellschaft beteiligt, der lokale Partner aus BR mit 40 %.
- Im Jahr 2011 stieg die XY-AG aus dem Joint Venture aus und verkaufte ihre Anteile an den Partner aus BR. Im darüber geschlossenen Aktienkaufvertrag ist die Regelung enthalten, dass künftig auftretende Steuerrisiken aus der Zeit vor dem Closing auf die Joint Venture-Partner im Verhältnis ihrer damaligen Beteiligung aufgeteilt werden.



# Business Judgment Rule - Fallbeispiel

- Sachverhalt II
- Kürzlich fand in BR eine Betriebsprüfung bei der Joint Venture-Gesellschaft statt, als deren Ergebnis die Abgabenbehörde in BR Abgabenverbindlichkeiten iHv EUR 5 Mio festsetzt, die allesamt aus der Periode stammen, in der die XY-AG über ihre Tochtergesellschaft am Joint Venture beteiligt war. Die Abgabenbehörde in BR begründet die Festsetzung der Abgabenverbindlichkeit mit nicht marktkonformen, konzerninternen Verrechnungspreisen, durch die Gewinne abgesogen worden wären. Die schlüssigen Gegenargumente und detaillierten Beweise der abgabepflichtigen Gesellschaft, die die Marktkonformität der Preise belegen sollen, bleiben im Bescheid unberücksichtigt.

# Business Judgment Rule - Fallbeispiel

- Sachverhalt III
- Die Abgabenschuldnerin (dies ist die ehemalige Joint Venture-Gesellschaft ) erhebt gegen den Bescheid Rechtsmittel; die Abgabenverbindlichkeit ist aber sofort vollstreckbar; aufschiebende Wirkung kann nach dem Recht von BR und der dort herrschenden Behördenpraxis nicht erlangt werden.
- Das Recht von BR enthält eine Regelung, gemäß der bei offenen Abgabenverbindlichkeiten einer Körperschaft deren gesetzliche Vertreter unabhängig von persönlichem Verschulden an der Nichtentrichtung der Abgaben (!) mit Haftstrafe von fünf Jahren bedroht sind.

# Business Judgment Rule - Fallbeispiel

- Sachverhalt IV
- Bei dieser Maßnahme handelt es sich der Art nach um eine Beugestrafe, weil der Vollzug bei voller Entrichtung der Abgabenverbindlichkeit sofort aufgehoben wird. Eine persönliche Haftung der gesetzlichen Vertreter der abgabenpflichtigen Körperschaft für die Abgabenverbindlichkeit ist damit nicht verbunden. Eine solche kennt das Recht von BR nur im Falle der Steuerhinterziehung, dh bei (qualifiziert) schuldhafter Verletzung abgabenrechtlicher Pflichten.
- Im vorliegenden Fall liegen nach dem Sachverhalt Pflichtverletzungen der (damaligen) Board-Mitglieder der Joint Venture-Gesellschaft nicht vor und werden von der Abgabenbehörde in BR auch gar nicht behauptet.

# Business Judgment Rule - Fallbeispiel

## ▪ Sachverhalt V

- Die XY-AG entsandte während der Zeit des Bestehens des Joint Ventures zwei leitende Mitarbeiter (Geschäftsführer von Konzerngesellschaften der XY-AG) in den Board der Joint Venture-Gesellschaft in BR. Diese Manager sind nach wie vor im Konzern der XY-AG tätig und hoch nervös wegen der bei Nichtentrichtung der Abgabenverbindlichkeit drohenden strafrechtlichen Verfolgung.  
Erschwerend hinzu kommt, dass der ehemalige Joint Venture-Partner der XY-AG, hinter dem eine bekannte Familie in BR steht, derzeit illiquid ist, weil aufgrund der Verwicklung in ein Geldwäscheverfahren sämtliche Konten gesperrt sind. Weder die ehemalige und nun zur Gänze im Eigentum des ehemaligen Partners aus BR stehende Joint Venture-Gesellschaft noch deren Gesellschafter ist in der Lage, die Abgabenverbindlichkeiten zu erfüllen.
- Um die Vertrauenswürdigkeit des ehemaligen Partners ist es darüber hinaus eher schlecht bestellt, denn die XY-AG hat nachträglich in Erfahrung gebracht, dass ein Mitglied der Familie, das früher ebenfalls im Board der ehemaligen Joint Venture-Gesellschaft vertreten war, schon einmal mit der Strafjustiz in BR in Konflikt kam und länger in Untersuchungshaft saß.

# Business Judgment Rule - Fallbeispiel

## ▪ Problemstellung

- Der Vorstand der XY-AG ist grundsätzlich willens, die konzerneigenen Manager nicht „hängen zu lassen“, sondern einen Weg zu finden, das strafrechtliche Risiko von den beiden Betroffenen fernzuhalten.
- Der Vorstand der XY-AG überlegt daher, ob die XY-AG, die als solche nicht Abgabenschuldnerin ist, die Abgabenschuld begleichen kann, ohne dass der Vorstand der XY-AG selbst dem Risiko zivilrechtlicher Haftung oder gar strafrechtlicher Verantwortlichkeit ausgesetzt ist.
- Zusätzlich möchte der Vorstand der XY-AG prüfen, ob es andere Möglichkeiten - dh ohne sofortige Zahlung – gibt, um das Problem zu lösen.
- Bei einer Zahlung der vollen Abgabenverbindlichkeit befürchtet der Vorstand der XY-AG, beim Regress gegenüber dem sich als ziemlich dubios erwiesen habenden ehemaligen Joint Venture-Partner Probleme zu bekommen und das Geld vielleicht nie wieder zu sehen.

# Business Judgment Rule - Fallbeispiel

## ■ Problemstellung

- Die beiden bedrohten Konzern-Manager drängen auf eine rasche Lösung.
- Was raten Sie dem Vorstand der XY-AG?
- Zusatzvariante: einer der beiden früheren Board-Mitglieder der Joint Venture-Gesellschaft ist inzwischen Mitglied der XY-AG geworden.
- Zusatzinformation: der vom Vorstand der XY-AG beauftragte Rechtsanwalt (Strafrechtsexperte in BR) versichert dem Vorstand, dass die „Beugehaft“ in BR bislang kaum exekutiert worden sei. Vielmehr hat es sich bislang immer so verhalten, dass durch Zahlung eines Betrages von EUR 600 pro Monat Strafhaft ein „Loskauf“ von der Gefängnisstrafe möglich gewesen sei.



**Georg Schima**  
[Georg.Schima@ksw.at](mailto:Georg.Schima@ksw.at)

Kunz Schima Wallentin Rechtsanwälte  
Porzellangasse 4  
1090 Wien  
01/ 313 74 – 0  
[www.ksw.at](http://www.ksw.at)

