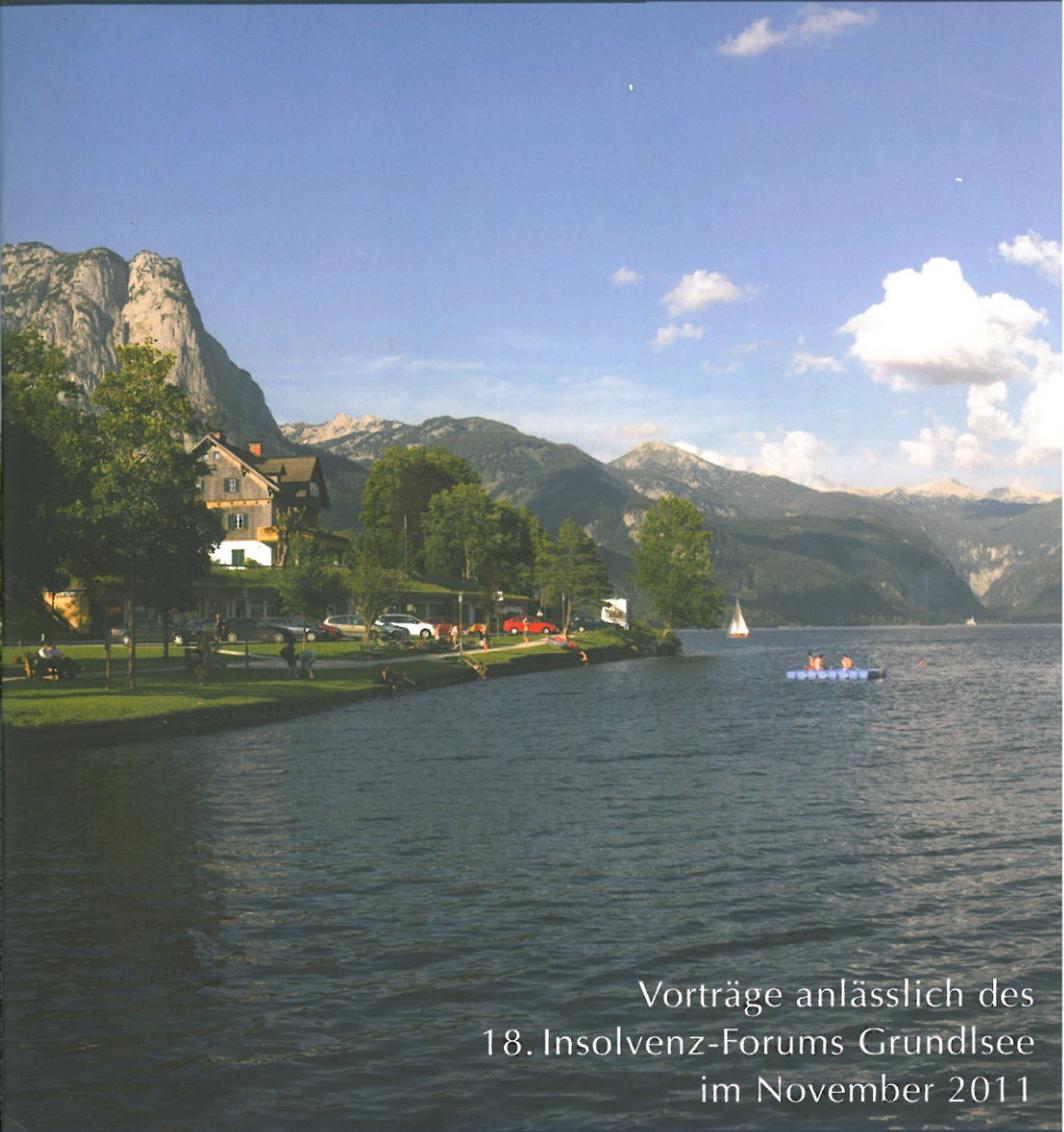


Andreas Konecny (Hg.)

# INSOLVENZ-FORUM 2011



Vorträge anlässlich des  
18. Insolvenz-Forums Grundlsee  
im November 2011



**KARNER & DECHOW**  
**INDUSTRIE-AUKTIONEN**  
INTERNATIONALE VERWERTUNG

## **Unternehmerisches Ermessen und die Business Judgment Rule**

### **I Enger Zusammenhang zwischen Insolvenz und Business Judgment Rule**

Streitfälle im Zusammenhang mit der Verantwortlichkeit von Geschäftsführern, Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern gegenüber ihrer Gesellschaft beschäftigen die Gerichte oft erst dann, wenn die Gesellschaft bereits insolvent ist. Häufig werden die Gerichte daher mit Fallkonstellationen konfrontiert, in denen sie die Handlungen von Geschäftsleitern kurz vor oder auch nach Eintritt der materiellen Insolvenz der Gesellschaft im Hinblick auf die Einhaltung des für Geschäftsleiter gebotenen Sorgfaltsmaßstabes zu beurteilen haben. Hat der Geschäftsleiter die Insolvenz rechtzeitig angemeldet? Welche Zahlungsabflüsse gab es unmittelbar vor der Insolvenzanmeldung oder auch danach? Kam es zur Bevorzugung einzelner Gläubiger(gruppen)? Und hat vielleicht ein schuldhaftes Verhalten der Geschäftsleitung selbst die Insolvenz ausgelöst? Bei diesen Fragestellungen hat das Gericht das Verhalten und die Entscheidungen der Geschäftsleitung (uU auch der vorhandenen Aufsichtsorgane) – abgesehen von der Feststellung möglicher Gesetzeswidrigkeiten – vor allem darauf zu überprüfen, ob dabei das bei der Fällung unternehmerischer Entscheidungen unzweifelhaft existierende und in der Rsp schon seit langem anerkannte<sup>1</sup> unternehmerische Ermessen dabei in haftungsbegründender

---

1 In der Diskussion wird in diesem Zusammenhang zB auf die E 3 Ob 34/971 SZ 71/108 = ARD 5017/30/99 = ecolex 1998, 774 (*Reich-Rohrwig*) = GesRZ 1998, 208 = RdW 1998, 671 = RWZ 1999, 37 (*Wenger*) = wbl 1999/22, weiters auf die sich mit der Haftung von Aufsichtsratsmitgliedern befassende „Intercontinentale-E“ 1 Ob 144/01k GesRZ 2002, 86 = RdW 2002/350 = ecolex 2003/22 = wbl 2002, 325 und natürlich auf die ebenfalls die Aufsichtsratshaftung betreffende „Hirsch Servo-E“ 7 Ob 58/08t GesRZ 2008, 378 (*Kalss/Zollner*) = wbl 2008, 598 (*U. Torggler*) = ecolex 2008, 926 (*Reich-Rohrwig*) = GeS 2008, 356 (*Schopper/Kapsch*) verwiesen. Der OGH hat aber schon viel früher bei der Vorstandshaftung einen unternehmerischen Ermessensspielraum anerkannt und betont, dass von wirtschaftlich für die Gesellschaft nachteiligen Ergebnissen einer Entscheidung nicht automatisch auf das Vorliegen einer auch ex ante nicht sorgfaltskonformen Entscheidung geschlossen werden dürfe (so der OGH in der vor allem wegen der dort vertretenen Nichtanwendung des DNHG auf Vorstandsmitglieder einer AG, deren AN-Eigenschaft damals noch tw bejaht wurde, bekannt gewordenen und meist mit dieser Aussage im Schrifttum zitierten E 1 Ob 179/73 SZ 46/113 = Arb 9185 = EvBl 1974/83). Die letztgenannte E ist aber va auch deshalb interessant, weil das Höchstgericht die Haftung eines Vorstandsmitgliedes einer kreditgewährenden Bank wegen eines letztlich uneinbringlich gewordenen Kredites und damit eine äußerst aktuelle und gerade in den letzten Jahren in Österreich die Zivil- und Strafgerichte sehr beschäftigende Sachverhaltskons-

Weise überschritten wurde. Damit ist die sogenannte Business Judgment Rule (BJR) angesprochen, die zwar im österr Recht – anders als in Deutschland – bisher keine explizite positiv-rechtliche Verankerung erfahren hat,<sup>2</sup> deren tragende Gedanken – die Freistellung unternehmerischer Entscheidungen von Haftung, wenn bei der Entscheidungsfindung gewisse Regeln eingehalten wurden – aber auch in Österreich in Lehre<sup>3</sup> und Rsp<sup>4</sup> anerkannt werden. Dass der Gesetzgeber auch im Stadium der Insolvenzreife dem unternehmerischen Ermessen des Geschäftsleitungsorgans Bedeutung einräumt, zeigt § 84 Abs 3 Z 6 AktG, wonach die Vorstandsmitglieder, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung Zahlungen leisten, dann nicht haftbar werden, wenn diese Zahlungen ungeachtet ihres Zeitpunktes „mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar sind“. Obwohl § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG die entsprechende Einschränkung der Haftung bei Sorgfaltkonformität der Zahlung nicht beinhaltet, ist allgemein anerkannt, dass das GmbH-rechtliche Zahlungsverbot genau so zu lesen ist wie das im AktG verankerte.<sup>5</sup>

tellation zu beurteilen hatte, deren Besonderheit nur darin bestand, dass nicht die Sorgfaltkonformität der Kreditgewährung Streitpunkt war – diese stand vielmehr außer Frage – sondern vielmehr die Entlassung eines bonitätsstarken Mitgesellschafters der Kreditnehmerin aus der Haftung, die das beklagte Vorstandsmitglied (das sich in diesem Zusammenhang von der Bonität des verbleibenden Gesellschafters nicht nochmals näher überzeugt hatte) damit begründete, dass die Bank einen wichtigen Kunden nicht habe verärgern wollen, der sie außerdem neuen Kunden empfohlen hätte. Der OGH folgte (entgegen den Unterinstanzen, die immerhin leichte Fahrlässigkeit, aufgrund der – vom OGH letztlich nicht gebilligten – Anwendung des § 6 DNHG aber Verjährung des Schadenersatzanspruches angenommen hatten) dieser Verantwortung und verneinte jegliche Sorgfaltswidrigkeit des beklagten Vorstandsmitgliedes.

- 2 Dies habe ich vor ein paar Jahren begrüßt (*G. Schima*, Business Judgment Rule und Verankerung im österreichischen Recht, GesRZ 2007, 93 [98]), wobei sich die entsprechenden Aussagen auf die Ablehnung einer Business Judgment Rule „germanischer Prägung“ bezogen, bei der das im US-Richterrecht vorzufindende Konzept der managerfreundlichen Beweislastverteilung geopfert und damit die BJR im Grunde ihres Sinns und Zwecks weitgehend beraubt wurde (vgl dazu näher *G. Schima*, Business Judgment Rule und Beweislastverteilung bei der Vorstandshaftung nach US-, deutschem und österreichischem Recht, in *Baudenbacher/Kokott/Speitler*, Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts [2010] 369 [412 f, 438]).
- 3 Vgl zB *G. Schima*, GesRZ 2007, 98; *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz<sup>2</sup> I (2012) § 84 Rz 4 ff; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz<sup>5</sup> II (2010) § 70 Rz 1, §§ 77-84 Rz 95 ff; *Schlösser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft (2002) 45; *U. Torggler*, Business Judgment Rule und unternehmerische Ermessensentscheidungen, ZfRV 2002, 13.
- 4 Vgl dazu die Nachweise in FN 1.
- 5 Vgl *Dellinger*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall (1991) 234; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG-Kommentar<sup>3</sup> (2007) § 25 Rz 9; *Reich-*

Befindet sich eine Gesellschaft im Insolvenzstadium, kann der Insolvenzverwalter/Masseverwalter im Interesse der Gläubiger den Wert der Insolvenzmasse erhöhen, indem er allfällige Pflichtverletzungen von Gesellschaftsorganen aufgreift und mögliche Schadenersatzansprüche gegen (ehemalige) Gesellschaftsorgane zugunsten der Insolvenzmasse geltend macht – für ihn besteht nicht nur schon aufgrund der von der Höhe der Insolvenzmasse abhängigen eigenen Entlohnung durch das Gericht, sondern auch aufgrund der den Verwalter sonst uU treffenden persönlichen Haftung ein Anreiz, gegen die ehemaligen Geschäftsleiter vorzugehen.

Hinzu kommt, dass im Insolvenzfall häufig anspruchsbegründende Tatsachen über Handlungen der zur Vertretung berufenen Organe aus der Vergangenheit ans Tageslicht geraten, die der Gesellschaft zuvor gar nicht bekannt waren. Nicht selten wird auch die Insolvenz der Gesellschaft selbst durch Fehlentscheidungen eines Geschäftsleiters verursacht, so dass die rechtliche Aufbereitung nicht mehr durch einen allfälligen Aufsichtsrat, sondern bereits durch den Insolvenzverwalter erfolgt. Im Übrigen ist dessen Hemmschwelle bei der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen ehemalige Geschäftsleiter signifikant geringer als beim Aufsichtsrat oder sonstigen gesellschaftsinternen Organen, die bei der nicht insolventen Gesellschaft zur Verfolgung von Schadenersatzansprüchen gegen die Geschäftsleiter berufen sind. Rücksichtnahmen aufgrund langjähriger gemeinsamer Arbeit oder einfach wegen der Vermeidung negativer Publizität spielen in der Insolvenz keine Rolle mehr. Auch das erklärt, warum es – insb bei der GmbH – meist Insolvenzszszenarien sind, die zu höchstgerichtlichen Entscheidungen zu Fragen der GeschäftsleiterInnenhaftung führen.

## II Ursprung der BJR, Kodifizierung in Deutschland

Die Business Judgment Rule dient als Haftungsprivileg für die Vertretungsorgane einer Gesellschaft (Geschäftsführer, Vorstand, Aufsichtsrat) und ermöglicht es ihnen, von der Gesellschaft gegenüber ihnen geltend gemachte Ansprüche mit der Begründung abzuwehren, dass ihre Entscheidungen im Rahmen des unternehmerischen Ermessens gelegen seien.

Die Business Judgment Rule stammt ursprünglich aus dem US-amerikanischen Fallrecht und wurde insb von den – zudem als „courts of equity“ von den „Segnungen“ der Jury-Gerichtsbarkeit befreiten<sup>6</sup> – Gerichten des US-Bundesstaates Delaware (in dem mehr als die Hälfte der großen US-Unternehmen ansässig ist)<sup>7</sup> geprägt, die für eine tendenziell managerfreundliche Rsp bekannt sind.<sup>8</sup> Verständlich wird das Konzept der

---

Rohrwig, in *Straube*, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (2008) § 25 Rz 141; OLG Wien NZ 1989, 252.

6 Vgl näher von *Hein*, Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland (2008) 479, 481.

7 Zur besonderen Bedeutung Delawares in diesem Zusammenhang von *Hein*, Rezeption 466.

8 Managerfreundlich ist in Delaware freilich bereits die Gesetzgebung (zB in Gestalt der Verankerung diverser Freizeichnungsmöglichkeiten für directors),

BJR vor dem Hintergrund des in den USA dominierenden shareholder value-Ansatzes, dh der Orientierung des Vorstandshandelns am größtmöglichen Nutzen der Aktionäre.<sup>9</sup> Dieses Konzept steht zumindest in einem gewissen Spannungsverhältnis zu dem das dt (vgl § 76 Abs 1 dAktG), vor allem aber das nach wie vor die „Gemeinwohlklausel“ enthaltende, österr (vgl § 70 Abs 1 öAktG) Aktienrecht kennzeichnenden „stakeholder-orientierten Ansatz“.<sup>10</sup>

Hinter den das US-amerikanische Richterrecht zur Geschäftsleiterhaftung prägenden Grundsatzentscheidungen<sup>11</sup> steht vor allem der Gedanke, dass es den Gerichten nicht zustehe und Richter sowohl fachlich als auch wegen fehlender Marktauslesemechanismen ungeeignet seien, unternehmerische Entscheidungen eines Geschäftsleiters nachträglich zu überprüfen („no second guessing“).<sup>12</sup> Die im Rahmen des Unternehmens getroffenen Entscheidungen sollen damit möglichst keiner richterlichen Kontrolle zugänglich sein und die Business Judgement Rule die Rolle eines „safe harbour“ für Managemententscheidungen einnehmen.

Damit ein director die Vorteile der BJR in Anspruch nehmen kann, sind aber gewisse Voraussetzungen zu erfüllen.<sup>13</sup> Es muss sich um eine

- unternehmerische Entscheidung („business judgement“) handeln,
- die auf Basis einer angemessenen Informationsgrundlage („informed judgement“) getroffen wurde
- und bei der der Entscheidungsträger keinem Interessenkonflikt unterliegt („disinterested judgement“).
- Außerdem muss der handelnde director von der vernünftigen Annahme geleitet sein, im besten Interesse der Gesellschaft zu handeln („rational belief“).

Die Besonderheit der US-amerikanischen Business Judgement Rule besteht darin, dass es sich im Grunde um eine Beweislastregel handelt (s dazu noch unten).<sup>14</sup> Die Beweislast dafür, dass die Voraussetzungen

---

die stets darauf bedacht ist, den Standortvorsprung gegenüber den anderen US-Bundesstaaten zu sichern und dabei vor allem den Hauptkonkurrenten New Jersey in Schach zu halten (vgl *Merkt/Göthel*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> [2006] Rz 25, 27).

9 Vgl *Hammerl*, Business Judgment Rule v. Duty of Care. Zur Entwicklung der Organverantwortung im amerikanischen Recht, *GesRZ* 1990, 77 (82); *von Hein*, *Rezeption* 588, 859 ff, 916.

10 Vgl *G. Schima* in *Baudenbacher/Kokott/Speitler*, *Entwicklungen* 369, 373.

11 Leading cases sind zB *Smith vs Van Gorkom*; *Hanson Trust PLC vs ML SCM Acquisition, Inc.*; *Disney/Ovitz*; *Grimes vs Donald*.

12 Vgl näher zu den tragenden Gründen für die BJR *Merkt/Göthel*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup>, 428, Rz 846 ff;

13 Vgl dazu anschaulich zB *Merkt/Göthel*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht<sup>2</sup> Rz 852 ff mwN; vgl auch *G. Schima* in *Baudenbacher/Kokott/Speitler*, *Entwicklungen* 379 ff.

14 Vgl dazu die Leitentscheidung *Aronson v. Lewis* 473 A. 2d 805, 812 (Del 1984); ähnlich *Williams v. Geier* 671 A.2d 1368 (Del 1997); *Block/Barton/Radin*, *The Business Judgment Rule – fiduciary duties of corporate directors*<sup>5</sup> I 1 (1998) 4 f, 110; *G. Schima* in *Baudenbacher/Kokott/Speitler*, *Entwicklungen* 400 f.

der BJR nicht gegeben sind, liegt bei den Klägern, bei denen es sich meistens um Aktionäre handelt, die Schadenersatz gegen die directors mit sog. „*derivative suits*“ geltend machen. Die Innenhaftung („Binnenhaftung“) des Geschäftsleitungsorgans gegenüber der Gesellschaft, die in Deutschland und Österreich in der Praxis dominiert, spielt im US-amerikanischen Recht keine verfahrenspraktische Rolle.

Deutschland schlug im Jahr 2005 den Weg ein, mit dem Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) die US-amerikanische BJR zu rezipieren und als gesetzliche Bestimmung aufzunehmen, um damit für Rechtssicherheit und Beruhigung im Management zu sorgen.<sup>15</sup> Der neu formulierte § 93 Abs 1 dAktG lautet seit der Reform auszugsweise: „Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsleitung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“

Der dt Gesetzgeber hat bei der Kodifizierung freilich die Beweislastverteilung der US-amerikanischen BJR nicht übernommen<sup>16</sup> und diese damit deren Herzstückes beraubt.<sup>17</sup> Während nach US-Recht die BJR eine – wenn auch widerlegliche – Vermutung sorgfaltskonformen Handelns begründet und der Kläger beweisen muss, dass die (oben angeführten) Voraussetzungen für das Eingreifen der BJR nicht gegeben sind, muss auf der Grundlage der dt Regelung nach weitgehend einhelliger Auffassung<sup>18</sup> das beklagte Organmitglied darlegen und beweisen, dass die Voraussetzungen der BJR gegeben sind, der Vorstand also zB auf der Basis angemessener und ausreichender Informationen gehandelt hat. Wie das Vorstandsmitglied zB den Nachweis erbringen können soll, dass es bei der Entscheidung *nicht* in einem Interessenkonflikt befangen war,<sup>19</sup> bleibt

15 Ungeachtet der Tatsache, dass die „germanisierte BJR“ wegen der völlig anders gearteten Beweislastverteilung für das Management in Wahrheit keineswegs den „safe harbor“ bedeutet, den die US-amerikanische BJR verkörpert (s im Text), wäre selbst diese Regelung drei oder vier Jahre später vermutlich am legistischen Populismus im Schatten der globalen Finanzkrise gescheitert (der zB auch zu einer im Grunde entbehrlichen Aufrüstung des § 87 dAktG geführt hat, die der österr Gesetzgeber eben erst [mit Wirkung vom 1.7.2012] durch eine Novellierung des § 78 AktG im Wesentlichen nachvollzog).

16 Vgl von Hein, Rezeption 919 ff, 921 ff; Hopt/M. Roth in Hopt/Wiedemann, Großkommentar zum Aktiengesetz<sup>4</sup> Nachtrag (2006) § 93 Rz 7, 66 ff.

17 Vgl die Kritik bei G. Schima in Baudenbacher/Kokott/Speitler, Entwicklungen 393 ff, 402 f.

18 Vgl von Hein, Rezeption 919 ff, 921 ff; Hopt/M. Roth in GroßKomm AktG<sup>4</sup> Nachtrag § 93 Rz 7, 66 ff; M. Roth, Das unternehmerische Ermessen des Vorstands – Neuerungen durch den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und zur Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG)?, BB 2004, 1066; Fleischer, Die „Business Judgment Rule“: Vom Richterrecht zur Kodifizierung, ZIP 2004, 685 (688).

19 Dieses an sich der BJR (US-amerikanischer Prägung) wesensimmanente Merkmal hat der dt Gesetzgeber in § 93 Abs 1 dAktG gar nicht explizit über-

rätselhaft. Richtigerweise muss hier die Behauptungs- und Beweislast eindeutig bei der Gesellschaft liegen, diese also belegen, dass ein Interessenkonflikt vorliegt.

Als Geburtsstunde der BJR noch vor deren legislativer Verfestigung durch das UMAG 2005 wird in Deutschland aber idR das vom BGH mit der „ARAG/Garmenbeck“-Entscheidung im Jahr 1997 ins Leben gerufene Gedankengebäude verstanden.

### III Die Grundsatzentscheidung ARAG/Garmenbeck

In der Grundsatzentscheidung *ARAG/Garmenbeck*<sup>20</sup> behandelte der BGH folgenden Sachverhalt: Die dt ARAG AG (A AG), eine Rechtsschutzversicherungsgesellschaft, gewährte über eine ihrer 100 %igen Tochtergesellschaften, die niederländische ARAG Finanz BV (A BV), Kredite an die englischen Garmenbeck Limited (G Ltd). Die von der A BV an die G Ltd vergebenen Kredite wurden von der A BV ihrerseits wieder durch die Aufnahme von Bankkrediten finanziert, wobei die A AG zur Besicherung der Rückzahlung gegenüber dem Kreditinstitut eine Patronatserklärung abgab. Diese Patronatserklärung wurde vom Vorstandsvorsitzenden der A AG unterzeichnet, der gleichzeitig Geschäftsführer der A BV war. Es stellte sich heraus, dass die Kreditnehmerin G Ltd ein Briefkastenunternehmen war (als deren Geschäftsführer ein mehrfach vorbestrafter Elektroinstallateur fungierte), die ein verlustträchtiges Geschäftsmodell verfolgte: Sie nahm Kapital zu überhöhten Zinsen auf, vergab aber Billigkredite. Als das Schneeballsystem letztlich zusammenbrechen musste und die G Ltd ihre Verbindlichkeiten bei der A BV nicht begleichen konnte, war es der A BV nicht mehr möglich, die ihrerseits aushaftenden Bankkredite zu bedienen. Daraufhin musste letztlich die A AG aufgrund der von ihr abgegebenen Patronatserklärung für die Rückzahlung der Kredite einstehen.

Einzelne Aufsichtsratsmitglieder der A AG sahen im Handeln ihres Vorstandsvorsitzenden eine Verletzung von Sorgfaltspflichten gegenüber der A AG und vertraten die Ansicht, dieser müsse für den Ersatz des bei der A AG entstandenen Schadens aufkommen. Der Gesamtaufsichtsrat der A AG sprach sich in zwei Aufsichtsratsbeschlüssen jedoch ausdrücklich gegen die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen seinen Vorstandsvorsitzenden aus. Da einige Aufsichtsratsmitglieder der A AG diese Beschlüsse für rechtswidrig erachteten, klagten sie ihre Gesellschaft auf Feststellung, dass die Beschlüsse des Aufsichtsrates nichtig seien.

Mit dieser Klage der Aufsichtsratsmitglieder nahm die Entscheidung ihren Lauf: Der BGH ließ zunächst die Feststellungsklage der Aufsichtsratsmitglieder zu, weil mit dem vom Aufsichtsrat gefassten Beschluss inhaltlich gegen Gesetzes- und/oder Satzungsrecht verstoßen wurde. Er bejahte das rechtliche Interesse eines Aufsichtsratsmitglieds an einer solchen Feststellungsklage, weil dem einzelnen Aufsichtsratsmitglied das

---

nommen; es ist aber ziemlich unbestritten, dass es in die zitierte Norm hineingelesen werden muss (vgl für alle *Lutter*, Die Business Judgment Rule in Deutschland und Österreich, *GesRZ* 2007, 79 [83 mwN in FN 37]).

20 BGH II ZR 175/95 WM 1997, 970.

Recht zukomme, dass das Organ, dem es angehöre, seine Entscheidungen nicht im Widerspruch zu Gesetzes- und Satzungsrecht träge. Die Zulässigkeit einer Klärung von im Aufsichtsrat strittigen Punkten über den Gerichtsweg gründe sich darauf, dass das einzelne Aufsichtsratsmitglied einen Teil der Gesamtverantwortung des Aufsichtsrates tragen müsse.

Für das weitere Verfahren sprach der BGH – gleichsam als „Wegweiser“ – aus, dass der Aufsichtsrat grundsätzlich die Pflicht habe, potenzielle Schadenersatzansprüche der Gesellschaft gegen Vorstandmitglieder eigenverantwortlich zu überprüfen und zu verfolgen. Bei der Beurteilung der Schadenersatzansprüche durch den Aufsichtsrat seien zunächst der Tatbestand festzustellen, das Prozessrisiko zu berechnen und die Beitreibbarkeit der Forderung zu ermitteln. Dass die E des BGH in der Diskussion regelmäßig in Zusammenhang mit der BJR gebracht und gleichsam als dessen Geburtsstunde in der Rsp betrachtet wird,<sup>21</sup> ist freilich ein wenig erstaunlich.<sup>22</sup> Denn der BGH erwähnt zwar – aber mehr is eines obiter dictum – in Bezug auf die Beurteilung der Frage, ob sich das allenfalls zu klagende (ehemalige) Vorstandsmitglied rechtswidrig verhalten habe, den dem Vorstand bei der Leitung der Geschäfte des Unternehmens zuzubilligenden weiten Handlungsspielraum, ohne den eine unternehmerische Tätigkeit „*schlechterdings nicht denkbar*“ wäre,<sup>23</sup> gestand dem Aufsichtsrat aber bei der Entscheidung über eine Klageführung letztlich nur einen gegenüber unternehmerischen Entscheidungen des Vorstandes deutlich eingeschränkten Beurteilungsspielraum zu. Die Beurteilung des Bestehens von Schadenersatzansprüchen unterliege als Rechtsfrage voller gerichtlicher Überprüfung, weil es hier nicht um Fragen des Handlungs-, sondern des Erkenntnisbereiches gehe. Der Aufsichtsrat – so der BGH weiter – sei iaR verpflichtet, rechtlich aussichtsreiche Ansprüche auch tatsächlich gerichtlich durchzusetzen, wobei das Einbringlichkeitsrisiko zu beachten wäre. Auf die Interessen der Gesellschaft dürfe (bzw müsse) der Aufsichtsrat freilich Rücksicht nehmen, und zu diesen gehörte auch die Gefahr einer möglichen öffentlichen Ansehensschmälerung oder negativer Reaktionen von Geschäftspartnern. Aspekte wie die Schonung eines verdienten Vorstandsmitgliedes oder die Bedachtnahme auf die diesem

21 Vgl. Hopt/M. Roth, in GroßKomm AktG<sup>4</sup> Nachtrag § 93 Rz 7, die von einem „jedenfalls mit der ARAG-Garmenbeck-Entscheidung vorliegenden Richterrecht“ sprechen, das der dt Gesetzgeber in § 93 Abs 1 dAktG „anders als in den USA kodifiziert“ habe (letzteres ist zweifellos zutr: s oben im Text).

22 So schon meine Konstatierung vor zwei Jahren: G. Schima in Baudenbacher/Kokott/Speitler, Entwicklungen 391.

23 Dazu gehöre – so der BGH – neben dem bewussten Eingehen geschäftlicher Risiken grundsätzlich auch die Gefahr von Fehlbeurteilungen und Fehleinschätzungen, der jeder Unternehmensleiter, mag er auch noch so verantwortungsbewusst handeln, ausgesetzt sei. Die Haftung des Unternehmensleiters kommt (erst) dann in Betracht, wenn die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen müsse, deutlich überschritten seien, die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt worden wäre oder das Verhalten des Vorstands aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten müsse.

und seiner Familie durch gerichtliche Verfolgung bereiteten Unannehmlichkeiten dürften hingegen nur in Ausnahmefällen Beachtung finden.

Es ist nicht allzu erstaunlich, dass die ARAG-Garmenbeck-E des BGH in Deutschland das Verhalten von Unternehmensorganen betreffend die mögliche gerichtliche Verfolgung von Sorgfaltsverstößen anderer Organe nachhaltig beeinflusst und verändert hat und vor allem dt Rechtspraktiker in den letzten Jahren einen regelrechten „Klagezwang“ monierten, der die dt Wirtschaft (insb im Bereich der börsennotierten Unternehmen) erfasst hätte und durch die globale Finanz- und Wirtschaftskrise und das vor allem in Banken und sonstigen Finanzinstituten geortete Fehlverhalten noch verstärkt worden sei.<sup>24</sup> Dabei konstatierte kürzlich sogar der damals dem zuständigen BGH-Senat in der ARAG-Garmenbeck-E vorsitzende (und mittlerweile altersbedingt ausgeschiedene sowie in den Rechtsanwaltsberuf gewechselte) Richter *Goette* in einem Vortrag, dass die E des Höchstgerichts überinterpretiert worden sei.

#### IV Gesetzlich determinierte Entscheidungen und unternehmerische Entscheidungen

Aufbauend auf der Grundsatzentscheidung *ARAG/Garmenbeck* arbeitete der dt BGH in den letzten fünfzehn Jahren genauere Kriterien und Voraussetzungen heraus, unter denen für die Vertretungsorgane eine Berufung auf ihr unternehmerisches Ermessen und damit der Sache nach auf die „Business Judgment Rule“ (dt Prägung) zulässig ist. Dabei nutzte der BGH in seinen Entscheidungen besonders die Gelegenheit, die Grenzen des unternehmerischen Handlungsspielraumes, der den zur Vertretung berufenen Organen zugebilligt wird, näher zu konkretisieren.

Von vornherein kein unternehmerischer Handlungsspielraum besteht nach der Rsp, wenn *Gesetz oder Satzung Pflichten* normieren und das Verhalten des Geschäftsleiters gegen solche Normen verstößt. In solchen Fällen kann sich ein Geschäftsleiter nie auf die BJR berufen, weil es schon an der Grundvoraussetzung der *unternehmerischen* Entscheidung fehlt.<sup>25</sup> Diese Sichtweise greift indes etwas zu kurz. Gesetze, Verordnungen, Satzungsbestimmungen etc verschaffen dem Vorstand (oder auch

---

24 Dabei darf man auch die „flankierende“ strafrechtliche Aufarbeitung nicht vergessen, die in Deutschland – diesen Eindruck muss man gewinnen – um einiges rascher, konsequenter und tlw auch in der Sache härter erfolgt als hierzulande – ein Umstand, der aus österr Sicht einerseits mit gewissem Respekt gewürdigt werden kann, andererseits aber auch Kritik zu unterziehen ist, die ja auch in Deutschland nicht ausgeblieben ist. Denn dort wie hier steht die strafrechtliche Praxis immer wieder vor dem Problem, vor allem bei der Handhabung des Untreuetatbestandes (§ 266 dStGB und § 153 öStGB) dem Drang nach „strafrechtlicher Verselbständigung“ (nicht) nachzugeben und den – in Deutschland immerhin vom BVerfG anerkannten, in Österreich vor allem in Hörsälen und auf Seminaren verbreiteten, aber genauso anzuerkennenden – Ultima ratio-Grundsatz des Strafrechts zu akzeptieren und nicht ein Verhalten zu pönalisieren, das nicht einmal zivilrechtlich schadenersatzbegründend ist.

25 BGH II ZR 216/01 WM 2004, 486.

Aufsichtsrat) zwar keinen unternehmerischen Handlungsspielraum im eigentlichen Sinn, aber nicht selten einen *Auslegungsspielraum*, sodass es im Ergebnis auch bei der Anwendung von Gesetzen (im materiellen Sinn) nicht nur eine vertretbare Entscheidung gibt, sondern uU zwei oder gar mehrere.<sup>26</sup> Vor allem darf nicht von einer strikten Trennung iS einer *entweder* unternehmerischen *oder* (gesetzlich) gebundenen Entscheidung ausgegangen werden. Vielmehr gibt es Entscheidungen, die man als „gemischte“ ansehen kann. Die Entscheidung über die Vorstandsvergütung ist dafür ein gutes Beispiel. In Deutschland hat der Gesetzgeber mit der „Anreicherung“ des § 87 dAktG einen Weg beschritten, der eine Einstufung der (in der AG vom Aufsichtsrat zu treffenden) Entscheidung über die Vergütung des Geschäftsleitungsorgans als rein unternehmerische Entscheidung nicht mehr gestattet. Der OGH hat dies in der „Hirsch Servo-E“ aus 2008 noch getan,<sup>27</sup> wohingegen zB *Hopt/M. Roth*<sup>28</sup> das Thema bereits unter den beschränkt gebundenen (dh „gemischten“) Entscheidungen erwähnen.

Ebenfalls in diese Kategorie fällt die Entscheidung darüber, ob eine bestimmte Insiderfaktische wegen ihrer Kursrelevanz bekannt gegeben wird und insb auch die sich manchmal zusätzlich ergebende Entscheidung über eine Aufschiebung der Publizierung im Wege der „Selbstbefreiung“.<sup>29</sup>

Besteht wie bei den rein unternehmerischen Entscheidungen grundsätzlich ein (uU beträchtlicher) Handlungsspielraum, wird er insb dann überschritten, wenn gegen die in der Branche anerkannten Erkenntnisse und Erfahrungsgrundsätze („*Branchenregeln*“) verstoßen wird. Daher bewegten sich zB die Vorstandsmitglieder einer Bank nicht mehr in ihrem vom BGH grundsätzlich zugebilligten unternehmerischen Handlungsspielraum, wenn sie bei der Vergabe von Krediten die Bonität ihrer Schuldner nicht überprüft und keine ausreichenden Sicherheiten bestellt hatten.<sup>30</sup>

26 Vgl *M. Roth*, BB 2004, 1066 ff, 1068; *M. Roth*, Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstandes (2001) 103 ff, 150 ff, 210 ff; *Goette*, Haftung, in *Hommelhoff/Hopt/von Werder*, Handbuch Corporate Governance (2009) 749, 765; *Hopt/M. Roth*, in *GroßKomm AktG*<sup>4</sup> Nachtrag § 93 Rz 23 mit Beispielen (Insolvenzantragstellung; Kapitalerhöhung mit Ausschluss des Bezugsrechtes; Bilanzierung; Entscheidung über Vorstandsvergütung); zu kategorisch dagegen *Lutter*, *GesRZ* 2007, 81 f, der die beiden Beispiele der genehmigungspflichtigen Geschäfte und der ad hoc-Publizität offenbar einschränkungslos den gebundenen Entscheidungen ohne Ermessensspielraum zuordnet.

27 *G. Schima*, Zulässigkeitsgrenzen von Golden Handshakes, *Binder-FS* (2010) 817 (825 f). Mit der gerade erfolgten und am 1.7.2012 in Kraft getretenen Novellierung des § 78 AktG hat der österr Gesetzgeber nun ebenfalls – zumindest zT – den dt Weg eingeschlagen.

28 *Hopt/M. Roth*, in *GroßKomm AktG*<sup>4</sup> Nachtrag § 93 Rz 23.

29 Auch hier liefert die *Hirsch-Servo-E* des OGH sehr anschauliches Material: vgl dazu ausführlich *G. Schima*, *Binder-FS* 829 ff mwN.

30 BGH II ZR 308/99 WM 2002, 220. Vgl demgegenüber die deutlich mildere, freilich schon fast 40 Jahre zurückliegende Beurteilung des OGH in der E 1 Ob 179/73 SZ 46/113 = Arb 9185 = EvBl 1974/83, wo das Höchstgericht es nicht beanstandete, dass das Vorstandsmitglied der Bank vor der Entlassung eines wirtschaftlich potenten Mitschuldners aus der Haftung die Bonität des

Der unternehmerische Handlungsspielraum eines Geschäftsleiters ist auch dann überschritten, wenn aus der Sicht eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters das hohe Risiko eines Schadens unabweisbar ist und keine vernünftigen wirtschaftlichen Gründe dafür sprechen, es dennoch einzugehen („*Risikoabwägung*“). Das bedeutet laut dem BGH etwa für Vorstandsmitglieder eines Kreditinstituts, dass Kredite grundsätzlich nicht ohne übliche Sicherheiten und nur unter Beachtung der Beleihungsobergrenze gewährt werden dürfen.<sup>31</sup> Diese Aussage kann freilich nur als Richtschnur dienen und dem Wort „*üblich*“ muss mE auch in Zeiten in die Krise geratener Bankapparate und der Aufarbeitung von durch Eingehung nicht kontrollierbarer und nicht verstandener Risiken besondere Bedeutung beigemessen werden. Einen Rechtssatz des Inhaltes, dass Kredite ab einer bestimmten (welcher?) Größenordnung nur gegen grundbücherliche Sicherstellung vergeben werden dürfen gibt es nicht,<sup>32</sup> und bei lückenloser Einhaltung eines solchen Prinzips könnten auch viele für Banken durchaus ertragreiche Geschäfte gar nicht abgewickelt werden.

Der BGH setzte sich auch mit der Frage auseinander, auf welcher Informationsgrundlage eine unternehmerische Entscheidung getroffen werden muss. In einer konkreten Entscheidungssituation hat der Geschäftsleiter dem BGH zufolge *alle verfügbaren Informationsquellen* tatsächlicher und rechtlicher Art auszuschöpfen und auf dieser Grundlage die Vor- und Nachteile der bestehenden Handlungsoptionen sorgfältig abzuschätzen und den erkennbaren Risiken Rechnung zu tragen. So dürfte es nicht als ausreichend angesehen werden, wenn für bestehende Kredite Umfinanzierungsmaßnahmen auf der Basis selbst durchgeführter Berechnungen und eines selbst erstellten Maßnahmenplanes getroffen werden und keine nach den anerkannten betriebswirtschaftlichen Grundsätzen detaillierte finanzwirtschaftliche Planergebnisrechnung aufgestellt wurde.<sup>33</sup> Freilich darf das nicht zu wörtlich verstanden werden (wie auch ein BGH-Richter in einem Seminar in Anwesenheit des Verfassers im Oktober 2011 einbekannte): der Vorstand muss nicht *alle* verfügbaren Informationen beschaffen; er hat auch hier eine (unternehmerische!) Entscheidung zu treffen und den Grenznutzen zusätzlicher Informationsbeschaffung (zB einer dritten Fairness Opinion vor einem Unternehmenskauf) gegen den damit verbundenen Aufwand abzuwägen. Besser als mit folgendem Zitat eines US-Gerichtes kann man das nicht auf den Punkt bringen: „*Just how much information prudence requires before a decision is made is itself a question that calls for informed judgment of the kind courts are not equipped to make.*“<sup>34</sup> Wieviel Information die Geschäftsleitung in ihre Entscheidung

---

verbleibenden Gesellschafters nicht eigens überprüfte (wobei anlässlich der damals schon Jahre zurückliegenden Gewährung des Kredites offenbar gar keine speziellen Sicherheiten bestellt worden waren).

31 BGH II ZR 54/03 WM 2005, 933.

32 Natürlich kann sich jede Bank selbst entsprechende Richtlinien setzen, die – wenn sie vom zuständigen Organ stammen – einzuhalten sind.

33 BGH II ZR 202/07 WM 2008, 1688.

34 Fairchild Camera [1988 – 1989 Transfer binder] Fed Sec L.Rep (CCH) at 90, 104.

einbezieht, ist wiederum eine unternehmerische Entscheidung, für die die Erwägungen der BJR gelten.

Wer den Rat eines unabhängigen, fachlich qualifizierten Berufsträgers einholt, ist aber nicht automatisch von einer allfälligen Haftung befreit. Voraussetzung bei der Einholung von Rat ist, dass der Ratgeber über sämtliche für die Beurteilung erhebliche Umstände ordnungsgemäß informiert ist und der Entscheidungsträger die vom Ratgeber erteilten Antworten einer eigenen Plausibilitätskontrolle unterzieht.<sup>35</sup> Das heißt *nicht*, dass Vorstand bzw. Geschäftsführung sich nicht auch auf den Rat von fachkundigen Stellen *innerhalb* des Unternehmens verlassen dürfen. Gerade bei der Beurteilung von Rechtsfragen ist das ein wichtiger Punkt: Würde man die eigene Rechtsabteilung stets als idS nicht unabhängig betrachten und deren Rat gegenüber dem Vorstand für diesen im Falle des Falles nicht als exkulpierend ansehen, müssten uU sogar vergleichsweise einfache (aber für Nichtjuristen dennoch nicht selbstverständliche) Rechtsfragen immer von externen Rechtsberatern geklärt werden – eine für Rechtsanwälte zwar verlockende Aussicht, die mE aber nicht der Rechtslage entspricht. Es hat vielmehr darauf anzukommen, ob aus der Sicht des Vorstandes der (unternehmensinterne) Ratgeber in dieser konkreten Situation für unabhängig gehalten und dessen Rat als frei von Eigeninteresse eingestuft werden kann. Das ist zB nicht der Fall, wenn der Vorstand selbst klar zu erkennen gibt, dass er an der reibungslosen Durchführung des geplanten Geschäftes absolut interessiert ist und rechtliche Stolpersteine nicht goutiert. Denn in einem solchen Fall könnte ein dem Vorstand unterstellter Mitarbeiter mit negativen dienstlichen Konsequenzen zu rechnen haben, wenn er eine dem Geschäft hinderliche rechtliche Stellungnahme abgibt. Dann darf ihn der Vorstand aber auch nicht mehr für ausreichend unabhängig und unbefangen halten und sich auf eine positive Stellungnahme nicht absolut verlassen.

## V Im Fokus: Beweislastverteilung

Der Sache nach ist die Business Judgment Rule des US-amerikanischen Rechts – wie schon erwähnt – eine Beweislastregel, denn sie begründet die widerlegliche Vermutung, dass sich ein Geschäftsleiter vor der Fällung seiner unternehmerischen Entscheidungen angemessen informiert hat, nicht von einem Interessenkonflikt betroffen ist und unter der berechtigten Annahme handelt, dass seine Entscheidung im besten Interesse der Gesellschaft und der Aktionäre gelegen ist.<sup>36</sup>

In Deutschland (und auch in Österreich) spielt die BJR aufgrund der deutlich weniger managerfreundlichen Beweislastverteilung nicht die gleich starke Rolle eines „*safe harbour*“ wie in den USA. Denn wie schon aufgezeigt, übernahm der dt Gesetzgeber nicht die widerlegliche Vermutung der US-Rsp für sorgfaltskonformes Handeln, sondern wollte die von

35 BGH II ZR 48/06 WM 2007, 1274.

36 Vgl. *Hanson Trust PLC v. ML SCM Acquisition Inc.*, 781 F.2d 264, 273 (2<sup>nd</sup> cir 1986); vgl. auch diesbezüglich die *Leitentscheidungen* *Aronson v. Lewis* 473 A.2d 805, 812 (Del 1984); ähnlich *Williams v. Geier* 671 A.2d 1368, 1376 (Del 1997).

der hA vertretene Beweislastumkehr hinsichtlich der Rechtswidrigkeit aufrechterhalten und dem Geschäftsleiter die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen des Eingreifens der BJR zuweisen.<sup>37</sup>

Freilich gibt es in Deutschland zumindest *keine volle* Beweislastumkehr in punkto Rechtswidrigkeit, und das mit gutem Grund: Der BGH<sup>38</sup> judizierte in seiner Entscheidung vom 4.11.2002, dass die Gesellschaft neben dem Schaden (zumindest) auch die Verursachung des Schadens durch ein Verhalten des Geschäftsleiters aus dessen Pflichtenkreis darlegen und beweisen muss. Die Gesellschaft muss somit auch ein Verhalten des Geschäftsleiters darlegen und beweisen, das als pflichtwidrig in Betracht kommt und sich damit als möglicherweise pflichtwidriges Verhalten eignet. Der Geschäftsleiter hingegen muss die Umstände darlegen und beweisen, dass er seinen Sorgfaltspflichten nachgekommen ist, diesen schuldlos nicht nachkommen konnte oder dass der Schaden auch bei pflichtgemäßem Alternativverhalten eingetreten wäre. Damit obliegt ihm auch die Darlegungs- und Beweislast, dass sich sein Handeln noch innerhalb des unternehmerischen Ermessensspielraumes bewegen würde. Der BGH hat damit der Sache nach anerkannt, dass eine volle Beweislastumkehr bei der Rechtswidrigkeit zu Gunsten der Gesellschaft in vielen Fällen de facto eine Erfolgshaftung bedeuten würde, die der historische Gesetzgeber eindeutig nicht gewollt hat.<sup>39</sup>

In Österreich lassen die Entscheidungen des OGH zur Verteilung der Beweislast zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsleiter nicht nur keine einheitliche Linie erkennen,<sup>40</sup> sondern beinhalten geradezu miteinander in diametralem Widerspruch stehende Positionen.

Im Jahr 1985 lehnte sich der OGH bei der Beweislastverteilung an die „Mertens'sche Formel“<sup>41</sup> an. Demnach müsse die Gesellschaft einen Schaden, eine Handlung oder eine Unterlassung des Geschäftsleiters sowie die „Möglichkeit eines Zurechnungszusammenhanges“ zwischen dem Verhalten des Geschäftsleiters und dem eingetretenen Schaden darlegen und beweisen.<sup>42</sup> Die Beweislast für die objektive Sorgfaltswidrigkeit lag beim Geschäftsleiter. Aus dogmatischer Sicht handelte es sich mE um eine Erleichterung des Kausalitätsbeweises im Sinne eines prima

37 Vgl. *Fleischer*, ZIP 2004, 688; *von Hein*, Rezeption 919, 921 ff; *Hopt/M. Roth* in *Großkomm AktG*<sup>4</sup> Nachtrag § 93 Rz 7, 66 ff; *M. Roth*, BB 2004, 1066 ff und die Kritik an dieser Vorgangsweise bei *G. Schima* in *Baudenbacher/Kokott/Speitler*, *Entwicklungen* 393 ff, 396 ff, 402 f.

38 BGH II ZR 224/00 WM 2002, 2509.

39 Vgl. dazu anschaulich *Goette*, Zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast der objektiven Pflichtwidrigkeit bei der Organhaftung, ZGR 1995, 648 (668 ff) mwN.

40 Ich habe kürzlich von „Zickzack-Kurs“ gesprochen, wobei da die jüngste E des 8 Ob 6/10t GesRZ 2011, 230 = *ecolex* 2011, 505 = *RdW* 2011, 133 noch nicht bekannt war, die diesen Befund noch deutlich verstärkt: *G. Schima* in *Baudenbacher/Kokott/Speitler*, *Entwicklungen* 404 f.

41 Vgl. *Mertens* in *Hachenburg*, *Großkommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)*<sup>5</sup> II (1989) § 43 Rz 66.

42 3 Ob 521/84 EvBl 1986/86 = *GesRZ* 1986, 97; 9 ObA 101/99i JBl 2000, 324: Hier spricht der OGH von einer Regel, dass die geschädigte Gesellschaft die Beweislast trifft, dass ihr durch das Verhalten eines Organs ein Schaden entstanden ist.

facie-Beweises für die Gesellschaft, die anstatt der vollen Kausalität nur die Möglichkeit eines Zurechnungszusammenhanges beweisen musste.<sup>43</sup>

1998 führte der OGH aus, die Gesellschaft müsse im Prozess auch Tatsachen vortragen und beweisen, aus denen ein Schluss auf die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens des Geschäftsleiters gezogen werden könne.<sup>44</sup> Das ähnelt stark der Position des BGH in der oben zitierten E aus 2002. Der Nachweis der Kausalität beschränkte sich für die Gesellschaft aber nicht nur auf den Nachweis der Möglichkeit eines Zurechnungszusammenhanges (wie bei der *Mertens'schen Formel*), sondern erforderte – dem Wortlaut des OGH folgend – den Nachweis der (vollen) Kausalität.<sup>45</sup> Ohne eine theoretische Kausalitätserleichterung für die Gesellschaft (wie vom OGH im Jahr 1985 noch vorgesehen) führte diese Entscheidung im Ergebnis aber dazu, dass die Gesellschaft im Prozess sehr wohl konkrete und für eine objektive Sorgfaltswidrigkeit des Geschäftsleiters sprechende Tatsachen darlegen musste, die mit dem eingetretenen Schaden in Zusammenhang stehen. Die Interpretationen der E fielen in Österreich unterschiedlich aus. Nach *Nowotny* müsse die Gesellschaft nur beweisen, dass der Schaden adäquat kausal durch ein in den Aufgabenbereich des Vorstands fallendes Verhalten verursacht worden sei.<sup>46</sup> Nach *Böhler* müsse nach den Umständen die Annahme begründet erscheinen, dass sich der Vorstand pflichtwidrig verhalten habe.<sup>47</sup>

Im Jahr 2002 vertrat der OGH<sup>48</sup> die Auffassung, dass die klagende Gesellschaft nicht nur den Schadenseintritt und die Kausalität beweisen müsse, sondern auch Tatsachen vorzutragen (das kann nur heißen: und zu beweisen!) habe, von denen ein Schluss auf die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens des Geschäftsführers gezogen werden könne. Darüber hinaus deutete der OGH an, dass die Beweislastumkehr des § 84 Abs 2 AktG keine Bedeutung hätte, wenn sie bloß auf das Verschulden beschränkt wäre, womit der OGH meinte, dass die Beweislast der objektiven Sorgfaltswidrigkeit dem Geschäftsleiter zuzuweisen sei.

In seiner Entscheidung vom 16.3.2007 verwirklichte der OGH die Andeutung aus dem Jahr 2002 und verteilte die Beweislast stärker zu Gunsten der Gesellschaft (oder zu Lasten des Geschäftsleiters). Demnach hatte der Geschäftsleiter nicht nur zu behaupten und zu beweisen, dass sein Verhalten subjektiv nicht sorgfaltswidrig, sondern auch, dass ihm objektiv keine Sorgfaltswidrigkeit anzulasten war.<sup>49</sup> Plötzlich war keine Rede mehr davon, dass die Gesellschaft wenigstens Umstände darlegen

43 So schon eingehend *Runggaldier/G. Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften (1991) 230 ff, 232 f.

44 3 Ob 34/97i SZ 71/108 = ARD 5017/30/99 = ecolex 1998, 774 (*Reich-Rohrwig*) = GesRZ 1998, 208 = RdW 1998, 671 = RWZ 1999, 37 (*Wenger*) = wbl 1999/22.

45 Dazu auch *G. Schima*, GesRZ 2007, 97; *Runggaldier/Schima*, Manager-Dienstverträge<sup>3</sup> (2006) 160.

46 *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 84 Rz 26.

47 *Böhler*, Zur Beweislast bei der Organhaftung, *Krejci-FS II* (2001) 503 (516).

48 1 Ob 144/01k GesRZ 2002, 86 = RdW 2002, 342 = ecolex 2003, 22.

49 6 Ob 34/07d GesRZ 2007, 271 (*U. Torggler*) = GeS 2007, 243 = ecolex 2007, 262 = RdW 2007, 684 = wbl 2007, 247.

und beweisen müsse, aus denen ein möglicherweise pflichtwidriges und mit dem Schadenseintritt potentiell in Zusammenhang stehendes Verhalten des Geschäftsleiters zu folgern sei. Dies alles geschah „ohne Not“, denn im Anlassfall stand die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens des Geschäftsleiters außer Frage. Bei wörtlicher Auslegung der Entscheidung führte der OGH eine (von ihm so kaum in ihren Konsequenzen bedachte) Erfolgshaftung des Geschäftsleiters ein,<sup>50</sup> sodass man sich an die vor Jahren von *Krieger* getroffene Einschätzung erinnert fühlt, bei praktischer Umsetzung der These einer konsequenten Beweislastumkehr in punkto Rechtswidrigkeit könne die Gesellschaft auf fast jeden eingetretenen Verlust eine schlüssige Schadenersatzklage gegen ihren Geschäftsleiter stützen.<sup>51</sup>

In der jüngsten Entscheidung vom 21.12.2010 vollzog der OGH (freilich ein anderer Senat und eher in einem obiter dictum) erneut eine radikale Kehrtwende: „Die Gesellschaft hat den Schaden dem Grunde und der Höhe nach, die Kausalität, die adäquate Verursachung und die inhaltliche Pflichtwidrigkeit oder die objektive Sorgfaltspflichtverletzung, nicht aber ein Verschulden zu behaupten und zu beweisen. Dem Vorstandsmitglied obliegt dagegen der Beweis, dass sein Verhalten subjektiv nicht sorgfaltswidrig war.“<sup>52</sup> Während der OGH in der E aus 2007 (in sachlich nicht begründbarer und auch nicht begründeter Weise) dem Geschäftsleiter die volle Beweislast betreffend die Rechtswidrigkeit zuwies, schien das Höchstgericht etwas mehr als drei Jahre später von einer Beweislastumkehr überhaupt nichts mehr wissen zu wollen und judizierte so, als hätte es die gesamte Diskussion nie gegeben.

Für die Praxis ist dies alles sehr misslich, weil es den Ausgang von Schadenersatzprozessen noch unkalkulierbarer macht. Und besonders befremdlich an der Diskussion ist, dass vor allem mit Begriffen (Beweislastumkehr, Rechtswidrigkeit, Verschulden, Kausalität etc) jongliert wird, ohne dass die (vermeintlich) unterschiedlichen Positionen auf ihre praktische Tauglichkeit und anhand praktischer Beispiele auf ihre konkreten Auswirkungen überprüft werden. Eine praxisorientierte Bewertung der unterschiedlichen Ansätze fördert nämlich Erstaunliches zutage. Eine wesentliche Erkenntnis besteht darin, dass selbst bei einschränkungsloser Zuweisung der Beweislast für objektiv sorgfaltskonformes Verhalten an den Geschäftsleiter (wie in der E des OGH aus 2007 propagiert) die Gesellschaft in den meisten Fällen nicht umhin kommen wird, konkrete Tatsachen behaupten und zu beweisen, die ein objektiv-sorgfaltswidriges und damit rechtswidriges Verhalten des Geschäftsleiters zumindest indizieren, wenn nicht gar belegen. Denn schon den Nachweis des Schadens, nicht selten auch den Nachweis der Kausalität, die der OGH in den neueren E ja beide unbeschränkt der Gesellschaft zuweist, wird die Gesellschaft ohne Darlegung eines (zumindest potentiell) sorgfaltswidrigen Verhaltens des Geschäftsleiters nicht erbringen können. Der Schadensnachweis lässt

---

50 Heftige Kritik an der E des OGH bei G. Schima in *Baudenbacher/Kokott/Speitler*, *Entwicklungen* 405, 408 ff, 410.

51 Vgl *Krieger* in *Henze/Timm/Westermann*, *Gesellschaftsrecht* (RWS-Forum 8, 1995), (1996) 149 (162 f).

52 8 Ob 6/10f GesRZ 2011, 230 = *ecolex* 2011, 505 = *RdW* 2011, 133.

sich zB dann von der objektiven Sorgfaltswidrigkeit nicht trennen,<sup>53</sup> wenn der Schaden im Abschluss eines für die Gesellschaft nachteiligen Geschäfts liegen soll, wo die Gesellschaft ja zuerst die (grobe) Inäquivalenz von Leistung und Gegenleistung nachweisen muss.<sup>54</sup> Anders verhält es sich zB bei einem Forderungsausfall, weil es sich dabei um einen Schaden handelt, der ohne Bezug auf ein rechtswidriges Verhalten eines Geschäftsleiters ermittelbar ist. Gerade in solchen Fällen wäre es aber inadäquat und rechtlich nicht begründbar, den Schaden allein (Uneinbringlichkeit einer Forderung) zum Ausgangspunkt für eine volle Beweislastumkehr zu Lasten des Geschäftsleiters zu nehmen, diesem also die volle Behauptungs- und Beweislast dafür aufzuerlegen, dass er den Forderungsausfall nicht zu verantworten, sondern „alles richtig gemacht“ hat.

Der Kausalitätsnachweis wird von der objektiven Pflichtwidrigkeit vor allem dann nicht ganz zu trennen sein, wenn Geschäftsleiter für das Verhalten von nachgeordneten Mitarbeitern schadenersatzrechtlich verantwortlich gemacht werden sollen, weil dafür die Gesellschaft ein „Überwachungsfehlverhalten“ der Geschäftsleiter wird nachweisen müssen. Denn es sollte außer Zweifel stehen, dass ein Geschäftsleiter einen der Gesellschaft zugefügten Veruntreuungsschaden nicht schon dadurch adäquat kausal herbeigeführt hat, dass er jenen Mitarbeiter, der später „in die Kasse gegriffen“ hat, vor Jahren eingestellt hatte. Dasselbe gilt, wenn Mitarbeiter besonders schwere Fehler begehen und dadurch Schäden verursachen.

Aus dem Gesagten folgt: jene vermeintlich strenge, „vorstandsfeindliche“ Beweislastverteilung, die die Beweislast in punkto Rechtswidrigkeit völlig zu Lasten des Geschäftsleiters umkehrt, aber der Gesellschaft den vollen Schadens- und Kausalitätsnachweis zuordnet, ist in Wahrheit deutlich weniger „gesellschaftsfreundlich“, als dies zunächst den Anschein hat, weil die Gesellschaft auch dann oft – wenngleich nicht in jeder Sachverhaltskonstellation – Tatsachen wird behaupten und beweisen müssen, die ein objektiv-sorgfaltswidriges und damit rechtswidriges Verhalten des Geschäftsleiters belegen oder zumindest stark indizieren.

Andererseits sollte aber klar sein, dass eine Beweislastverteilung, die es der Gesellschaft überhaupt erspart, Tatsachen zu einem zumindest potentiell rechtswidrigen Verhalten des Geschäftsleiters vorzutragen und zu beweisen, der Sache nach zur Erfolgshaftung wird und dem Geschäftsleiter das Unternehmerrisiko zuweist, wovon jedermann und insb auch der OGH stets beteuert, dies sei nicht gewollt und dem Gesetz nicht zu unterstellen.<sup>55</sup>

53 Vgl. G. Schima in *Baudenbacher/Kokott/Speitler*, Entwicklungen 408 f.

54 Wenn eine Gesellschaft an einen Steuerberater ein Honorar von 6 Mio € zahlt, kann die bloße Auszahlung natürlich nicht mit einem Schaden im Rechtssinne gleichgesetzt werden, weil es ja Steuerberaterleistungen geben kann, die diesen Betrag wert sind (G. Schima in *Baudenbacher/Kokott/Speitler*, Entwicklungen 411 f). Um zu einem Schaden zu gelangen, müsste die Gesellschaft zB nachweisen, dass die Leistung des Steuerberaters primär in einem mündlichen und später in Form von wenigen Seiten schriftlich nachgereichten Gutachten zu einigen Banalitäten im Zusammenhang mit einem beabsichtigten Unternehmensverkauf (Verkauf einer Bank) bestand.

55 Gegenteilig nur U. Torggler, *GesRZ* 2007, 274, der – ohne Begründung und unter Ignorierung der Entstehungsgeschichte der aktienrechtlichen Haftungs-

Es ist auch keineswegs zutr, dass der Geschäftsleiter aufgrund der in der Diskussion immer wieder beschworenen „Beweisnähe“ unproblematisch einen Freibeweis führen kann, weil Schadenersatzprozesse gegen Geschäftsleiter so gut wie immer erst nach Ausscheiden des Betroffenen aus dem Unternehmen geführt werden.<sup>56</sup>

Umgekehrt vermag die extreme Gegenposition des OGH in seiner Entscheidung vom 21.12.2010<sup>57</sup> genau so wenig zu überzeugen, und man mag in Anbetracht der Beiläufigkeit und fehlenden Entscheidungsrelevanz, den die entsprechende Text-Passage innerhalb des Erk aufweist, sogar die Frage stellen, ob es sich dabei nicht um ein „Versehen“ handelt, weil das Höchstgericht jeglichen Hinweis auf eine Diskussion um die Beweislastumkehr ausblendet, als gäbe es diese nicht. Ist die Gesellschaft mit dem vollen Nachweis von Schaden, Kausalität und objektiver Sorgfaltswidrigkeit belastet, wie dies dem OGH in der E aus 2010 vorzuschweben scheint, dann trägt die Gesellschaft das Risiko der Unaufklärbarkeit und wird mit denselben Beweisproblemen konfrontiert wie der Geschäftsleiter, wenn ihm die alleinige Beweislast für das Nichtvorliegen eines objektiv sorgfaltswidrigen Verhaltens auferlegt ist.

Vor diesem Hintergrund ist den vom BGH 2002 und vom OGH im Jahr 1985 sowie 1998 vertretenen (freilich nicht ganz deckungsgleichen) Rechtsansichten der Vorzug zu geben, weil sie am ehesten einen sachgerechten Interessenausgleich zwischen Gesellschaft und Geschäftsleiter herbeiführen.<sup>58</sup>

Der Gesellschaft obliegt mE neben dem Nachweis eines Schadens die Behauptung und der Nachweis eines Verhaltens (Tuns oder Unterlassens) des Geschäftsleiters, das entweder objektiv-sorgfaltswidrig ist oder nach der Lebenserfahrung und vernünftigem kaufmännischem Ermessen zumindest den Schluss auf ein objektiv-sorgfaltswidriges und damit rechtswidriges Verhalten zulässt. Und die Gesellschaft muss darüber hinaus (nur) nachweisen, dass die Möglichkeit eines Zurechnungszusammenhanges zwischen dem Schaden und dem objektiv sorgfaltswidrigen oder die objektive Sorgfaltswidrigkeit zumindest indizierenden Verhalten des Geschäftsleiters besteht. Hat die Gesellschaft schon bei der Darlegung des Schadens und/oder der Kausalität ein (zumindest potentiell) objektiv-sorgfaltswidriges Verhalten des Geschäftsleiters nachweisen müssen, wird idR kein weiterer diesbezüglicher Nachweis bei der Rechtswidrigkeitsprüfung mehr notwendig sein.

---

norm (vgl dazu zB Goette, ZGR 1995, 668 ff mwN) – behauptet, das Gesetz bezwecke genau das, nämlich dem Geschäftsleiter das Unternehmerrisiko aufzubürden (dagegen entschieden G. Schima in *Baudenbacher/Kokott/Speitler*, Entwicklungen 411 und FN 187).

56 Vgl dazu Böhler, Krejci-FS II 520; G. Schima, GesRZ 2007, 98; ders in *Baudenbacher/Kokott/Speitler*, Entwicklungen 407 f; Heermann, Unternehmerischen Ermessen, Organhaftung und Beweislastverteilung, ZIP 1998, 761 (765 f).

57 8 Ob 6/10f GesRZ 2011, 230 = ecollex 2011, 505 = RdW 2011, 133.

58 Vgl G. Schima in *Baudenbacher/Kokott/Speitler*, Entwicklungen 411.