

Markenrechtsreform

VfGH peilt an:
Homo-Ehe

2. Erwachsenenschutzgesetz
Zentrale Neuerungen

Untersuchungshaft
Grundrechtsschutz durch OGH?

Business Judgment Rule
Drei nuancierende Entscheidungen

EU Fusionskontrolle
Erste Vorabentscheidung EuGH

Deutsche Genussscheinerträge
Debüt des EuGH als DBA-Schiedsrichter

Drei Entscheidungen zur Business Judgment Rule – die „Grundlegende“, die „Verunsichernde“ und die „Begehrlichkeiten Bestrafende“

Die bisherige Judikatur zur kürzlich kodifizierten Business Judgment Rule kann als Wechselbad der Gefühle beschrieben werden: Zunächst schien der OGH tatsächlich einen „sicheren Hafen“ zu schaffen, zuletzt überwiegt aber die Beunruhigung.¹⁾

IRENE WELSER

Bekanntlich wurden iZm der Novellierung des Untreueparagraphen auch § 84 AktG und § 25 GmbHG einer Novellierung unterzogen.²⁾ Die bereits in der Lehre³⁾ und Rechtsprechung⁴⁾ anerkannte

„Business Judgment Rule“ wurde in das Gesetz aufgenommen, um einen „sicheren Hafen“ für Leitungsorgane zu definieren.⁵⁾ Es handelt sich um einen Regelkatalog, 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. Der englische Begriff „business judgment“ kann dabei als „unternehmerisches Ermessen“ übersetzt werden.⁶⁾

Hon.-Prof. Dr. Irene Welser ist Rechtsanwältin und Partnerin bei CHSH Rechtsanwälte GmbH in Wien.

- 1) Ein erweiterter Beitrag der Verfasserin zur vorliegenden Thematik erscheint in *Lewisch* (Hrsg.), Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2017 (Neuer Wissenschaftlicher Verlag).
- 2) Vgl. *Schima*, Reform des Untreue-Tatbestandes und gesetzliche Verankerung der Business Judgment Rule im Gesellschaftsrecht, RdW 2015, 288.
- 3) Mit Verweis auf zahlreiche Literaturstellen: *Schima*, Business Judgment Rule und Verankerung im österreichischen Recht, GesRZ 2007, 93.
- 4) OGH 24. 6. 1998, 3 Ob 34/97 i ecolex 1998, 774; 8. 5. 2008, 6 Ob 28/08 y GesRZ 2008, 304.

- 5) Überhaupt hat der Eigentümer des Unternehmens das Unternehmerrisiko zu tragen; *Winner*, Business Judgment Rule, in *Kalls/Frotz/Schörghofer* (Hrsg.), Handbuch für den Vorstand (2017) 1239 Rz 41/2.
- 6) So der OGH unter Pkt 4.2 der E OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 160/15 w ZFS 2016, 58.

Nach § 84 Abs 1 a AktG und § 25 Abs 1 a GmbHG handelt ein Geschäftsführer oder Vorstandsmitglied jedenfalls im Einklang mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, wenn er bei einer unternehmerischen Entscheidung,⁷⁾ also bei einer Entscheidung, bei der er seinen geschäftlichen Ermessensspielraum ausüben kann („Voraussetzung 1“), nicht von sachfremden Interessen geleitet wird⁸⁾ („Voraussetzung 2“) und auf Grundlage angemessener Informationen⁹⁾ („Voraussetzung 3“) die zulässige Annahme trifft („Voraussetzung 4“), dass er zum Wohl der Gesellschaft handelt¹⁰⁾ („Voraussetzung 5“).

Seit die Business Judgment Rule Gesetz ist, gibt es drei E, die sich damit beschäftigen. Diese sollen nun kurz vorgestellt werden. Hinzuweisen ist darauf, dass die hier gewählten Überschriften von der Autorin 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.

A. Die „Grundlegende“: 6 Ob 160/15 w¹¹⁾

Diese E betraf eine Privatstiftung auf den Todesfall und erging zur Abberufung von Stiftungsvorständen.¹²⁾ Sie ist Ausdruck eines neuen „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. Immer mehr finden wir daher Stifter oder Begünstigte, die ex post unglücklich sind, dass das Vermögen in eine Stiftung eingebracht wurde, und nicht mehr damit einverstanden sind, was „ihre“ Stiftungsvorstände tun.

In der von mir als „grundlegend“ bezeichneten E ging es ua darum, dass die Stiftungsvorstände namens der Stiftung eine Liegenschaft verkauft hatten, was 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. Andererseits war der Stiftungsvorstand nach der Stiftungsurkunde sehr wohl befugt, Vermögen der Stiftung zu verkaufen, wenn dies unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten notwendig oder wenigstens zweckmäßig ist. 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 unnötiges Insolvenzsrisiko 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, weshalb der OGH einen Abberufungsgrund verneinte.

Des Weiteren stellte sich auch die Frage, ob eine Entscheidung über eine Ausschüttung überhaupt eine unternehmerische Entscheidung darstellt. Der OGH verneinte dies im Anschluss an *Karollus*:¹³⁾ Wenn ein Gewinn ausgeschüttet wird, dann liege darin nämlich kein unvorhersehbares Ergebnis. Allerdings seien die anzuwendenden Kriterien durchaus vergleichbar, weil es im Ermessen der Vorstände liege, ob es sinnvoll sei, etwas auszuschütten. Dabei sei das Abwägungsmaterial zusammenzustellen und sowohl die vom Stifter in den Stiftungsdokumenten vorgegebenen Grundsätze als auch die Interessen der Begünstigten mit einzubeziehen. Da der solcherart determinierte Ermessensspielraum nicht überschritten worden war, lag auch hierin kein Grund zur Abberufung.

Der dritte Vorwurf war es, dass der Stiftungsvorstand die Zuwendung von Erträgen an die Begünstigten nur unter der Bedingung seines eigenen Verbleibs in dieser Position in Aussicht gestellt hatte. Da könnte man schon mit Fug und Recht eine Interessenkollision annehmen. Der OGH sah das in dieser E allerdings nicht so eng. Er sprach aus, eine Streitvermeidung zwischen Stiftungsvorstand und Begünstigten liege „durchaus auch oder gerade“ im Interesse der Stiftung selbst, und daher sei ein solches Junktim kein Widerspruch zur Business Judgment Rule.

Die E enthält zudem eine Reihe sehr verallgemeinerungsfähiger Aussagen. Zunächst wird auch bei der

7) Es dürfen also keine entsprechenden Rechtspflichten bestehen, so ausdrücklich auch der OGH in Pkt 6.2 der E OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 160/15 w ecolex 2016, 695 (*Reich-Rohrwig*); vgl auch *Winner in Kalss/Frotz/Schörghofer* (Hrsg), Handbuch für den Vorstand (2017) 1239 Rz 41/11.

8) Es darf kein Grund bestehen, seine Unbefangenheit in Zweifel zu ziehen; vgl *Winner in Kalss/Frotz/Schörghofer* (Hrsg), Handbuch für den Vorstand (2017) 1239 Rz 41/16.

9) Ausführlich hierzu: *Winner in Kalss/Frotz/Schörghofer* (Hrsg), Handbuch für den Vorstand (2017) 1239 Rz 41/23 ff; vgl auch *Brugger*, Haftung des Geschäftsorgans bei einer verdeckten Kapitalgesellschaft, NZ 2016, 413 (419).

10) *Winner in Kalss/Frotz/Schörghofer* (Hrsg), Handbuch für den Vorstand (2017) 1239 Rz 41/31 ff.

11) OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 160/15 w ecolex 2016, 695 (*Reich-Rohrwig*).

12) § 24 PSG; Allgemeines zur Abberufung: *Arnold in Arnold*, PSG³ § 24 Rz 22 ff.

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

Stiftung die Grenze jeglichen Ermessens durch die vertraglichen Grenzen, hier die Stiftungsdokumente, gezogen. Selbst eine Haftung des Stiftungsvorstands bedeutet per se noch nicht, 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 ist andererseits auch nicht Voraussetzung für die Enthebung des Stiftungsvorstands.

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 Abberufungsentscheidung. Die Business Judgment Rule gilt nicht nur dort, wo sie kodifiziert worden ist, sondern stellt einen „rechtsformübergreifend anerkannten“ Rechtsgrundsatz, dar, der zum Ausdruck bringen soll, dass der Vorstand normalerweise nicht das Risiko unternehmerischer Entscheidungen trägt.¹⁴⁾

Soweit die erste E, die von der Lehre fast frenetisch begrüßt wurde.¹⁵⁾

B. Die „Verunsichernde“ – 6 Ob 198/15 h¹⁶⁾

In der „verunsichernden“ E wird die Frage aufgeworfen, ob Manager allwissend sein und auch die allerjüngsten E des OGH kennen müssen. Der Sachverhalt, in dem es um eine GmbH & Co KG ging, soll hier sehr kurz gehalten werden, weil die zugrundeliegenden gesellschaftsrechtlichen Fragen im gegebenen Zusammenhang nur als Ausgangspunkt dienen und nicht im Detail interessieren. 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.

Fraglich war nun, ob darin ein Verstoß gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr liegt, wenn dafür keine Sachdividende an die Kommanditgesellschaft gewährt wurde. Die Frage stellte sich deshalb mit besonderer Brisanz, da die Kommanditgesellschaft in weiterer Folge insolvent wurde; deren Vertreter klagte die Geschäftsführer und Aufsichtsräte auf 10 Mio Euro.

Entscheidend war also, ob eine analoge Anwendung der Kapitalerhaltungsvorschriften auf eine verdeckte Kapitalgesellschaft wie die GmbH & Co KG geboten gewesen wäre und ob die handelnden Organe dies hätten wissen und beachten müssen. Die entsprechende Transaktion erfolgte Anfang Dezember 2008, und wenig davor, nämlich Ende Juni, war eine OGH-E¹⁷⁾ veröffentlicht worden, die erstmals dezidiert aussprach, dass das Verbot der Einlagenrückgewähr auch bei der GmbH & Co KG beachtlich sei, was davor strittig geblieben war.¹⁸⁾

In der „beunruhigenden“ E sagt der OGH nun, bei klaren rechtlichen Vorgaben sei die Business

Judgment Rule nicht anwendbar. Dies ist an sich nicht neu oder spektakulär.¹⁹⁾ Interessant ist aber, dass der OGH das Vorliegen solcher „klaren rechtlichen Vorgaben“ hier schon ab dem Zeitpunkt annimmt, zu dem die oben genannte „Einlagenrückgewähr-E“ veröffentlicht und darüber auch medial berichtet worden ist. 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 E auch den Beinamen „die Verunsichernde“ – dass der OGH sehr, sehr harte Aussagen zum Kennenmüssen und zu den Informationspflichten eines sorgfältigen und gewissenhaften Managers trifft.

Denn er sagt, die E des OGH, die ausdrücklich das Einlagenrückgewährverbot auch auf die GmbH & Co KG angewendet hat,²⁰⁾ sei immerhin fünf Monate vor dem nun kritisierten Einbringungs- und Sacheinlagevertrag veröffentlicht worden. Aufgrund der Medienberichterstattung hätten die Beklagten den Tenor der E kennen müssen, insb, zumal das Problem schon vorher der kautelarjuristischen Praxis „bewusst war oder zumindest bewusst sein hätte müssen“. ²¹⁾ Dagegen hatten die Geschäftsführer und Aufsichtsräte zwar eingewandt, dass die OGH-E in der Literatur heftig kritisiert worden sei,²²⁾ was der OGH allerdings mit dem Argument nicht gelten ließ, dass diese Kritik ja erst später erfolgt sei.²³⁾

Dies mag zwar auf den ersten Blick logisch scheinen, kann man eine E doch erst kritisieren, wenn sie veröffentlicht worden ist. Dennoch ist es auch vorher

14) 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 1 a PSG kodifiziert werden soll; *Rizzi*, Novelle des Privatstiftungsgesetzes (PSG) – viel Licht und etwas Schatten, *ecolex* 2017, 861; 323/ME 25. GP.

15) *Reich-Robruig* spricht etwa in Bezug auf diese Entscheidung von einem „Meilenstein in der Rechtsentwicklung“; *Reich-Robruig*, Verantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern: Business Judgment Rule auch vor dem 1. 1. 2016 anwendbar, und zwar auch bei Privatstiftungen, *ecolex* 2016, 695 (700).

16) OGH 30. 8. 2016, 6 Ob 198/15 h NZ 2016, 413 (*Brugger*).

17) OGH 29. 5. 2008, 2 Ob 225/07 p RWZ 2008, 260 (*Wenger*).

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

19) *Winner* in *Kalss/Frotz/Schörghofer* (Hrsg), *Handbuch für den Vorstand* (2017) 1239 Rz 41/11.

20) OGH 29. 5. 2008, 2 Ob 225/07 p RWZ 2008, 260 (*Wenger*).

21) So der OGH unter Pkt 4.5.1 der E; OGH 30. 8. 2016, 6 Ob 198/15 h NZ 2016, 413 (*Brugger*).

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

23) In Verweis auf *Kehrer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, *Klang* § 2 ABGB Rz 13.

nicht unmöglich, dieselbe Meinung zu vertreten wie die teils sehr honorigen Kritiker des OGH. Jedenfalls ist damit nicht gesagt, dass die Kritikpunkte alle falsch sind. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang also nicht der Zeitpunkt der Veröffentlichung, sondern richtigerweise die Ex-ante-Vertretbarkeit des von den Kritikern eingenommenen Standpunkts. Zur Vertretbarkeit eines juristischen Standpunkts 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“.²⁴⁾ Interessant zu wissen.

Der OGH nimmt dann offenbar den Berufsstand der Rechtsanwälte 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 Geschäftsmanns. Das aber steht schon in den § 25 GmbHG, §§ 84 und 99 AktG. Dafür hätten wir die E nicht gebraucht.

Der OGH setzt dann fort, es sei von den Geschäftsführern eine branchen-, größen- und situationsadäquate Bemühung geschuldet. Die „Situationsadäquanz“ richte sich auch nach dem Transaktionswert, und gerade nicht einschlägig ausgebildete Personen müssten bei derartigen komplizierten Umstrukturierungen wohl regelmäßig spezialisierte Berater heranziehen. Weiters meinte er, die Einholung eines Sachverständigengutachtens „könne“ exkulpierend sein. Hier kommen wir zu einem merkwürdigen Aspekt der E. 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. Die Begründung des OGH legt nahe, dass er 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. Die E steigert sich hier von „verunsichernd“ auf „besorgniserregend.“

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.

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, solle das Gutachten überhaupt dazu geeignet sein, Geschäftsführer und Aufsichtsräte zu exkulpieren, so müssten diese prüfen, ob es sich ohnehin mit der gegenteiligen OGH-E zu den Kapitalerhaltungsvorschriften auseinandersetze und die dagegen ins Treffen geführten Argumente tatsächlich überzeugend seien. Das scheint nun wirklich zu weit gegangen. 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, dass sie nur dann nicht haften, wenn der Experte die gegenteilige E überhaupt diskutiert und dagegen maßgebliche Argumente ins Treffen geführt hat, ist schlicht zu hart. Warum sollen sie haften, wenn der Experte einen Fehler macht und die E übersieht, sie vergisst? Der OGH geht aber noch darüber hinaus: Auch wenn der Sachverständige sich mit der E auseinandergesetzt habe, müsse geprüft werden, was die Gründe seien, warum er gemeint habe, die Umstrukturierungsmaßnahmen seien trotz der E zulässig. Zusammenfassend ist nach Ansicht des OGH überhaupt „jedermann“ verpflichtet, sich Kenntnis von dem ihm nach seinem Lebenskreis treffenden Gesetzespflichten zu verschaffen.²⁵⁾

Die Beweislast liege, so die E 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 Kon-

24) In Verweis auf *Kodek* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 2 Rz 22.

25) 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.

struktion 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“. Der OGH verweist letztlich die Sache zur neuerlichen E zurück an die erste Instanz. Offenbar soll dort erst einmal das eingeholte Gutachten des Experten vorgelegt und geprüft werden, ob es den strengen Voraussetzungen des OGH genügt.

Es gibt zu der E eine nicht minder interessante Glosse von *Brugger*,²⁶⁾ der noch weiter überlegt, ob die E, umzustrukturieren, überhaupt unternehmerisch ist oder nicht. In weiterer Folge vertritt er die Ansicht, 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 Rsp im RIS recherchieren zu müssen, und schließt an die Meinung des OGH an, dass der Ratgeber Erfüllungsgehilfe sein könne.²⁷⁾ Damit beißt sich jedoch die Katze in den Schwanz: Denn wenn ein Geschäftsführer fachkundigen Rat eingeholt hat, dann darf er sich doch darauf verlassen; er handelt auf Basis angemessener Informationen. Also befindet er sich im „sicheren Hafen“ der Business Judgment Rule. Wollte man umgekehrt einen Fehler des beigezogenen externen Experten dem Vorstand oder dem Aufsichtsrat zurechnen, dann könnte man sich niemals freibeweisen.

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.²⁸⁾ Und dann soll der externe Rat, den der Anwalt gibt, von der Rechtsabteilung überprüft werden? Zusammenfassend betrachtet: Diese E und ihre Konsequenzen sind wirklich besorgniserregend.

C. Die „Begehrlichkeiten Bestrafende“ – 6 Ob 145/16s²⁹⁾

Die dritte E, die „Begehrlichkeiten Bestrafende“, beschäftigt sich wiederum mit einer Privatstiftung, nämlich mit der F. W. Privatstiftung. Geschickte Anonymisierungen in den Entscheidungsveröffentlichungen halten uns freilich nicht davon ab, die dahinterstehenden Personen zu erkennen. Ein Glossator³⁰⁾ hat aus dem Kontext humorvoll und richtig darauf hingewiesen, dass es sich dabei wohl nicht um eine Stiftung des 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 verschied er. Begünstigte war ua seine Ehe-

frau. Wiederum geht es um die Abberufung von Stiftungsvorständen.³¹⁾ 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.

Der OGH entschied über einen Sachverhalt, in dem ganz zweifellos Begehrlichkeiten bestraft wurden: Die von Franz West begründete Stiftung selbst hatte in den zwei relevanten Jahren Bilanzverluste von zunächst € 112.000,- und im nächsten Jahr von € 148.000,-. Die GmbH hingegen, welche die Rechte zur Verwertung dieser Kunstwerke eingeräumt erhalten hatte, fuhr satte Bilanzgewinne zwischen 1 und 1,2 Mio Euro 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 € 17.000,- und € 30.000,- pro Monat wurden – durchschnittlich pro Kopf – an Gehältern ausgezahlt. Hinzu kam noch, dass die Stiftungsvorstände zugleich auch selbst die Geschäftsführer dieser GmbH waren. Im Ergebnis bedeutete dies, dass ein nach § 17 Abs 5 PSG unzulässiges, durch das Gericht genehmigungspflichtiges Geschäft vorlag.³²⁾ Die Genehmigung lag natürlich nicht vor: Die Stiftungsvorstände überwachten sich vielmehr selbst, ohne einer externen Kontrolle zu unterliegen. Ein einzelnes Mitglied des Vorstands, das zeitgleich als Geschäftsführer der GmbH agierte, trieb es besonders auf die Spitze und erhielt zwischen € 485.000,- und € 600.000,- pro Jahr. Die Rechtfertigung für derart üppige Gehälter hielt der OGH für unsubstantiiert und berief den gesamten Stiftungsvorstand aufgrund grober Pflichtverletzung ab. Dass nur ein Mitglied ein völlig überzogenes Gehalt erhielt, schützte die restlichen Mitglieder nicht vor der Abberufung: Diese hatten nämlich ausdrücklich argumentiert, dass das enorm hohe Gehalt des einen Vorstands- und Geschäftsführungsmitglieds ohnedies in Ordnung sei.

Der OGH stellt in dieser E klar, dass er gerade dann, wenn niemand die Stiftung extern kontrolliert, keinen allzu strengen Maßstab bei der Beurteilung des Vorliegens der Abberufungsgründe anlegt. In einem solchen Fall ändert auch die Tatsache, dass dem Vorstand ein gewisses Ermessen iS der Business Judgment Rule zukommt, nichts. Als Ergebnis wird viel-

26) *Brugger*, NZ 2016, 413 (419).

27) *Brugger*, NZ 2016, 413 (420).

28) *Brugger*, NZ 2016, 413 (421).

29) OGH 27. 9. 2016, 6 Ob 145/16s PSR 2016, 209.

30) So *J. Gruber* in FN 1 seiner Glosse: *J. Gruber*, Die Privatstiftung des Künstlers F. W., ARaktuell 2016, 34.

31) Dies berichtete Die Presse online am 27. 6. 2017; http://diepresse.com/home/kultur/kunst/5242238/Franz-West_Stiftung-muss-Nachlass-an-Erben-zurueckgeben (abgerufen am 2. 10. 2017). Der Streit hörte offenbar nach der hier erörterten OGH-Entscheidung nicht auf, und es soll mittlerweile ein zusätzliches erstinstanzliches Urteil vorliegen, nach dem das Stiftungsvermögen der Verlassenschaft rückzustellen ist.

32) *Arnold* in *Arnold*, PSG³ § 17 Rz 92.

mehr nach der erfolgten Abberufung der neue Stiftungsvorstand iS der Business Judgment Rule zu entscheiden haben, ob er Schadenersatzansprüche gegen die Vorgänger geltend macht.

D. Lessons Learned

Die Business Judgment Rule ist als vollständiger Rechtssatz mit Tatbestand rechtsformunabhängig anzuwenden;³³⁾ sie ist insb auch auf Altfälle anwendbar.³⁴⁾ Durch den „Safe Haven“ der Business Judgment Rule sind unternehmerische Entscheidungen wie auch Nichtentscheidungen vor Haftungen geschützt.³⁵⁾ Nicht geschützt ist hingegen rechtswidriges Handeln, insb gibt es auch keine „nützliche Gesetzesverletzung“ im Rahmen der Business Judgment Rule.³⁶⁾

Ein Thema, das nicht abschließend gelöst wurde, ist die Frage der Beweislast.³⁷⁾ Die Business Judgment Rule entspringt schließlich dem angloamerikanischen Richterrecht.³⁸⁾ Nach amerikanischem Rechtsverständnis trägt der Kläger die Beweislast dafür, dass die Voraussetzungen der Business Judgment Rule

nicht vorliegen.³⁹⁾ Dies wäre für unser System der Geschäftsführerhaftung ein neuer Zugang, weil jede Seite die anspruchsbegründenden und nicht etwa der Kläger die anspruchsverneinenden Tatsachen zu beweisen hat. Wie diese Frage vom OGH in der Zukunft beantwortet wird, ist daher mit Spannung zu erwarten.

33) Ob die Business Judgment Rule wirklich rechtsformübergreifend anzuwenden ist, war bisher unklar: *Karollus*, Gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeit von Bankorganen bei Kredit- und Sanierungsentscheidungen – zugleich ein Beitrag zur Business Judgment Rule (§ 84 Abs 1 a AktG und § 25 Abs 1 a GmbHG, ÖBA 2016, 252 [256]).

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

35) So ausdrücklich der OGH unter Pkt 6.1: OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 160/15 w ecolex 2016, 695 (*Reich-Rohrwig*).

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

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

38) *Schima*, RdW 2015, 288 (290).

39) *Schima*, RdW 2015, 288 (290).