# Reform des Untreuetatbestands und Business Judgment Rule im Aktien- und GmbH-Recht

## Die Bedeutung der neuen Regelung

GEORG SCHIMA*

**Der kürzlich beschlossenen Reform des Untreuetatbestands in § 153 StGB waren heftige öffentliche – und nur sehr zum Teil mit Sachkenntnis geführte – Diskussionen und Polemiken vorangegangen. Diese bei heiklen Gesetzesvorhaben nicht selten zu beobachtende, gleichwohl besorgniserregende Entwicklung setzte sich auch im Parlament bis unmittelbar zur Fassung des Gesetzesbeschlusses fort. Das legistische Ergebnis bedeutet zwar eine gewisse Verbesserung gegenüber dem derzeitigen Reglungsstand; das Unterlassen der ausdrücklichen Klarstellung, dass die Zustimmung des wirtschaftlich Berechtigten einen untreuerelevanten Missbrauch ausschließt, ist aber bedauerlich. An dem Umstand, dass eine solche Zustimmung auch ohne explizite gesetzliche Anordnung tatbestandsausschließend ist, vermag das indes nichts zu ändern. Was die gesetzliche Verankerung der Business Judgment Rule im AktG und GmbHG letztlich bringt, wird die Rspr zeigen. Ein noch immer weitgehend unerforschtes Feld ist die Beweislastverteilung. Die Regel ist – wie in Deutschland, wo die Business Judgment Rule überhaupt nur im (deutschen) AktG enthalten ist – interpretativ auch auf andere juristischen Personen (wie SE, Genossenschaft, Sparkasse, Verein oder Privatstiftung) zu erstrecken, bei denen Organwalter über fremdes Vermögen disponieren.**

### I. Reform des Untreuetatbestands

#### *1. Abweichungen vom Initiativantrag*

Die Wochen vor dem Gesetzesbeschluss im Nationalrat waren gekennzeichnet von einer teilweise sehr polemisch, teilweise erkennbar interessengeleitet[1] und teilweise wenig kenntnisreich[2] geführten Diskussion. Die Gegner der Reform bzw des Initiativantrags zur Novellierung des § 153 StGB[3] monierten – um nur die sachlichen Argumente zu erwähnen –, dass die Einführung des Tatbestandsmerkmals des *„in unvertretbarer Weise"* erfolgenden Regelverstoßes nicht zu vermehrter Rechtssicherheit, sondern vielmehr zu Rechtsunsicherheit führen werde,[4] dass es durch die im Initiativantrag enthaltene Klarstellung,[5] wonach ein *„Missbrauch nicht vor[liegt], wenn der Machtgeber oder der wirtschaftlich Berechtigte der Vertretungshandlung zugestimmt hat"*, zu einer Entkriminalisierung an sich strafwürdiger Verhaltensweisen käme,[6] und schließlich, dass allgemein die Anhebung der strafbestimmenden Wertgrenzen zu weit gehe.

Knapp vor der Beschlussfassung im Parlament fand ein neues „Argument" in die öffentliche Diskussion Eingang. Aus SPÖ-Kreisen, insb von der Arbeiterkammer, wurde nämlich lanciert, dass es sich bei der Formulierung, wonach Untreue nicht bei Zustimmung des Machtgebers bzw wirtschaftlich Berechtigten vorliege, um eine Klausel handle, mit der das laufende Strafverfahren gegen *Julius Meinl* ua wegen der Ausschüttung einer Sachdividende auf der Basis des Jahresabschlusses zum 31.12.2008 zugunsten der Beschuldigten beeinflusst werde.[7] Es handle sich also um eine sog *Meinl*-Klausel.[8]

Daraufhin musste einer der Initiatoren des Initiativantrags einen Rückzieher machen, und die Bestimmung, wonach Untreue bei Zustimmung des Machtgebers bzw wirtschaftlich Berechtigten nicht vorliegt, wurde daher nicht ins Gesetz übernommen.

* Hon.-Prof. Dr. *Georg Schima*, M.B.L. (HSG), LL.M. (Vaduz) ist Rechtsanwalt in Wien sowie Honorarprofessor für Unternehmens- und Arbeitsrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien.

1 Vgl dazu G. *Schima*, Untreue im Strafrecht: Polemik überschattete die Diskussion, FORMAT 19/2015.

2 Vgl zB den Kommentar von *Biegler*, Untreuetatbestand: Auf dem Weg zum Täterschutz, WirtschaftsBlatt vom 29.6.2015, und die Replik von *Aumüllner*, Gröbste Unwahrheiten richtigstellen, WirtschaftsBlatt vom 9.7.2015.

3 IA 1110/A BlgNR 25. GP.

4 Vgl zB *Plöckinger*, Untreue: Neue Begriffe sind zu unklar, Die Presse – Rechtspanorama vom 20.4.2015; vgl auch *Plöckinger*, Die Business Judgement Rule – Eine Möglichkeit zu einer schärferen Konturierung des Befugnismissbrauchs im Rahmen des § 153 StGB? GES 2013, 343, wo der Autor die Business Judgment Rule als grundsätzlich sehr gut geeignet qualifiziert, um den Untreuetatbestand maßvoll und rechtsstaatlich weniger bedenklich zu gestalten; siehe auch die Stellungnahme des ÖRAK vom 24.4.2015, 13/1 15/46.

5 Um viel mehr hätte es sich nämlich nicht gehandelt (siehe im Text).

6 So zB der Präsident der Vereinigung Österreichischer Staatsanwälte *Gerhard Jarosch*, der meinte, bei legistischer Umsetzung dieser Regelung sei zB ein Geschäftsführer oder Vorstandsmitglied einer landeseigenen Gesellschaft nicht mehr strafbar, der auf Anweisung des den 100 %-Eigentümer repräsentierenden Landeshauptmannes einem von dessen Freunden ein Kuvert mit 100.000 € übergäbe; vgl *Graber*, Strafreform: Zu spät für Libro, rechtzeitig für Meinl, Der Standard vom 22.4.2015; siehe dazu die Replik von G. *Schima*, FORMAT 19/2015; vgl zu diesem unglücklich gewählten Beispiel auch G. *Schima*, Reform des Untreue-Tatbestandes und gesetzliche Verankerung der Business Judgment Rule im Gesellschaftsrecht, RdW 2015, 288 (289).

7 Gem § 61 StGB wirkt das mildere Strafgesetz zurück.

8 Vgl dazu *J. Hecht*, Jarolim will keine „Lex Meinl", Die Presse vom 13.6.2015.

Die anderen Änderungen des Initiativantrags blieben mit einer kleinen Ausnahme erhalten.

So wurde aus § 153 Abs 1 StGB die Anführung der verschiedenen Arten der Einräumung von Rechtsmacht („*Gesetz*", „*behördlicher Auftrag*", „*Rechtsgeschäft*") gestrichen, weil sie – wie der Ausschussbericht ausführt – „*sachlich verzichtbar*" sei.[9]

Besonderer Stein des Anstoßes war in der Diskussion § 153 Abs 2 StGB nF, der lautet: „*Seine Befugnis missbraucht, wer in unvertretbarer Weise gegen solche Regeln verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen.*"

Der erklärte Zweck dieser Regelung ist die Entkriminalisierung des „*erlaubten Unternehmerrisikos*"; unten wird kurz darauf zurückzukommen sein, wie man die Geeignetheit der Bestimmung diesbezüglich einzuschätzen hat.

Der Hinweis, dass nur der Verstoß gegen solche Regeln Befugnismissbrauch bedeuten kann, die „*dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen*", ist der *Libro*-Entscheidung des OGH[10] geschuldet. In dieser hatte das Höchstgericht nämlich den – an sich allgemein anerkannten[11] – Grundsatz ignoriert, dass Untreue nicht bei Verletzung jedweder „*Innenbeschränkungen*", sondern nur bei Verstoß gegen solche in Betracht kommt, die gerade den Schutz des Machtgebervermögens bezwecken. Dies trifft auf die gesetzlichen Einlagenrückgewährverbote (§ 82 GmbHG und § 52 AktG) eben nicht zu.[12]

Um nochmals mein in einer früheren Publikation[13] gebrachtes Beispiel zu wiederholen: Der Rechtsanwalt, den der Eigentümer einer unter Denkmalschutz stehenden Kunstsammlung oder eines mit einem Ausfuhrverbot belegten Kunstwerkes beauftragt, Werke aus dieser Kunstsammlung zu verkaufen bzw das mit dem Ausfuhrverbot belegte Kunstwerk ins Ausland zu veräußern, begeht keine Untreue, weil die denkmalschutzrechtlichen Bestimmungen und die Vorschriften des Ausfuhrverbotsgesetzes ganz unzweifelhaft nicht dem Schutz des Machtgebervermögens dienen, sondern dem öffentlichen Interesse des Erhalts bedeutender Sammlungen bzw des Verbleibes wichtiger Kunstwerke im Inland.

Aus dem Initiativantrag übernommen wurde auch die Formulierung betreffend die Vermögensschädigung, weil nun statt der Wendung „*und dadurch dem anderen einen Vermögensnachteil zufügt*" die Wendung „*und dadurch den anderen am Vermögen schädigt*" verwendet wird.

Ob damit der von den Initiatoren bzw Gesetzesverfassern intendierte – an sich begrüßenswerte – Zweck insb einer Einschränkung der Strafbarkeit bei der Kredituntreue erreicht wird, kann freilich bezweifelt werden (dazu auch unten).[14]

Die strafbestimmenden Wertgrenzen wurden gegenüber der früheren Gesetzesfassung erheblich angehoben, wobei die im Initiativantrag noch mit 500.000 € angesetzte Grenze für die Strafdrohung von einem bis zu 10 Jahren in der Gesetzesfassung noch auf 300.000 € abgesenkt wurde. Auch dies bedeutet aber eine Versechsfachung der Grenze.

### 2. Würdigung

Insgesamt bedeutet die Reformierung des § 153 StGB gegenüber dem früheren Rechtszustand entgegen vielfach geäußerter Kritik eine Verbesserung iS etwas größerer Klarheit und tendenzieller Einschränkung der Strafbarkeit in sachgerechter Weise. Die Reform wurde freilich nicht ganz konsequent umgesetzt, sondern blieb auf halbem Weg stehen.

Die Beseitigung der Aufzählung der verschiedenen Arten von Befugniseinräumungen in § 153 Abs 1 StGB kann zwar für sich in Anspruch nehmen, letztlich „*sachlich verzichtbar*" zu sein, wie der Ausschussbericht betont,[15] doch hatte die Aufzählung mE einen nicht zu unterschätzenden praktischen Hinweiswert, zumindest wenn man dem – freilich zunehmend in Vergessenheit geratenen – Postulat huldigt, dass Gesetze auch für Nichtjuristen lesbar sein sollen.

Jedenfalls zu begrüßen ist die – ebenfalls verschiedentlich kritisierte – Klarstellung in § 153 Abs 2 StGB, dass Befugnismissbrauch den unvertretbaren Verstoß gegen Regeln bedeutet, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen. Die daran geäußerte Kritik, der Tatbestand werde damit noch schwammiger, weil der Begriff so unbestimmt sei,[16] verfängt nicht. Die Jurisprudenz hat längst gelernt und ist es seit jeher gewohnt, mit derart unbestimmten Begriffen zu arbeiten. So ist etwa die „*unvertretbare Rechtsansicht*" fester Bestandteil der amtshaftungsrechtlichen Judikatur.

Zwar sind bei strafrechtlichen Gesetzen an den Konkretisierungsgrad wegen des strafrechtlichen Legalitätsprinzips tendenziell höhere Anforderungen zu stellen, doch bedeutet die Neuregelung eine Verbesserung gegenüber dem bisherigen Zustand. Dabei steht mE weniger im Vordergrund, dass damit eine echte Eingrenzung der Strafbarkeit gegenüber der Situation *de lege lata* eintritt. Denn die Rspr des OGH ist – wenn man von der tatsächlich in Begründung und Ergebnis verfehlten *Libro*-Entscheidung absieht – nicht signifikant korrekturbedürftig. Korrekturbedürftig ist indes die manchmal etwas zu leichtfertige Annahme eines auch nur bedingten Vermögensschädigungsvorsatzes durch die Erstinstanzen, doch handelt es sich dabei um Fragen der Sachverhaltsfeststellung, die im Regelfall im schöffengerichtlichen Verfahren der Überprüfung durch den OGH entzogen sind und daher vom Gesetzgeber kaum gelöst werden können.

Ein hoffentlich mit der Neuregelung verbundener Effekt – auch wenn dies manchen als vermessener Optimismus erscheinen mag – könnte darin bestehen, dass in Hinkunft gewisse Ermittlungsverfahren wegen § 153 StGB unterbleiben oder zumindest wesentlich kürzer dauern und dann öfter mit Einstellung enden. Es ist – wie gerade gesagt – nicht die Judikatur des OGH, die hier Probleme bereitet, sondern es sind Ermittlungen iZm vertretbaren unternehmerischen (Risiko-)Entscheidungen, die die Betroffenen oft jahrelang

[9] AB 728 BlgNR 25. GP, 5 und 10.

[10] OGH 30.4.2014, 12 Os 117/12s (12 Os 118/12p); dazu *Kalss*, Gesellschaftsrechtliche Anmerkungen zur Libro-Entscheidung, ecolex 2014, 496; *Lewisch/N. Huber*, Untreue zulasten einer Kapitalgesellschaft trotz Gesellschafterzustimmung? RdW 2014, 567; *G. Schima*, Einlagenrückgewähr und Untreue bei Aktionärszustimmung, RdW 2015, 344; *Ratz*, Bemerkenswertes aus der Judikatur des OGH in Strafsachen seit 2013, AnwBl 2015, 357 (358 f); dazu ausführlich *G. Schima*, Dividendenausschüttung, Einlagenrückgewähr und Untreue, in FS Reich-Rohrwig (2014) 161.

[11] Vgl *Kirchbacher/Presslauer* in *Höpfel/Ratz*, StGB², § 153 Rz 28; vgl auch *Pfeifer* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, StGB, § 153 Rz 20 f.

[12] Vgl *G. Schima*, Dividendenausschüttung, 184 ff; *ders*, RdW 2015, 348 – jeweils mwN.

[13] *G. Schima*, RdW 2015, 348.

[14] Vgl *G. Schima*, RdW 2015, 291.

[15] AB 728 BlgNR 25. GP, 5 und 10.

[16] Vgl *Plöckinger*, Die Presse – Rechtspanorama vom 20.4.2015.

in ein letztlich im Sande verlaufendes, aber enorm kostenintensives strafrechtliches Vorverfahren verstricken.[17]

Dass die gesetzliche Klarstellung (denn etwas anderes ist es nicht), wonach Befugnismissbrauch nur den Verstoß gegen den Machtgeber-Vermögensschutz dienende Vorschriften bedeuten kann, begrüßenswert und in Anbetracht der *Libro*-Entscheidung leider auch notwendig ist, wurde schon gesagt.

Kein Ruhmeskapitel sind die Vorgänge in der letzten Phase vor der Fassung des Gesetzesbeschlusses iZm der angeblichen *Meinl*-Klausel. Grundsätzlich besteht ja unter allen ernst zu nehmenden Experten und auch in der Rspr Einigkeit darüber, dass Untreue (wie auch diverse sonstige Vermögensdelikte) nicht vorliegen kann, wenn der Machtgeber der Verfügung des Machthabers über sein Vermögen – nach hM vor der Vermögensverfügung[18] – zustimmt.[19] Dies bedarf in einfachen Ausgangskonstellationen – eine natürliche Person als Machtgeber mit einer natürlichen Person als Machthaber – als selbstverständlich keiner weiteren Erörterung.

Im Ausschussbericht wird die Nichtübernahme des Satzes 2 in § 153 Abs 2 StGB idF des Initiativantrags damit begründet, es gelte, *„den unrichtigen Eindruck zu vermeiden, dass für die Einwilligung des wirtschaftlich Berechtigten bei der Untreue Sonderregeln gelten sollten; die Frage ist vielmehr nach dem allgemeinen Strafrecht zu beurteilen."*[20]

Mit dieser Kompromissformel wollte man anscheinend vermeiden, die in der öffentlichen Diskussion knapp vor Beschlussfassung geäußerten Bedenken beim Namen zu nennen, man wolle nicht in ein bestimmtes Strafverfahren eingreifen (*Meinl*-Klausel), weil den handelnden Personen vermutlich doch dämmerte, dass dieses Argument von eher armseliger Überzeugungskraft gewesen wäre. Waren nämlich die Initiatoren bzw Gesetzesverfasser der Ansicht, mit der letztlich aus dem Gesetz gestrichenen Formulierung das Gesetz zu ändern und ein als nicht strafwürdig erkanntes Verhalten tatsächlich aus dem Strafrecht auszuklammern – und wer könnte bezweifeln, dass eine dem Machtgeber nachteilige Vermögensverfügung durch den Machthaber nicht strafwürdig ist, wenn sie mit Zustimmung des Machtgebers geschieht?[21] –, dann hätte von diesem Vorhaben redlicherweise auch nicht Abstand genommen werden dürfen, wenn aufgrund der gesetzlichen Anordnung der Rückwirkung des milderen Strafgesetzes (§ 61 StGB) vielleicht ein anhängiges Verfahren gegen Beschuldigte einzustellen sein würde.

In Wahrheit hätte die gestrichene Formulierung ohnehin nur Signalfunktion gehabt, nicht aber den bisherigen Rechtszustand geändert. Denn dass die (zumindest vorangehende) Genehmigung durch den Machtgeber den untreuerelevanten Missbrauch ausschließt, ist – wie gesagt – in Österreich absolut anerkannt.

Insofern ist der Hinweis im Ausschussbericht *per se* nicht falsch, dass eine Sonderregel gerade für die Untreue nicht ganz einsichtig wäre. Das Problem, das in Anbetracht der *Libro*-Entscheidung und anderer aktueller Entwicklungen zu regeln gewesen wäre, ist denn auch nicht die Klarstellung, dass die Machtgeberzustimmung an sich den Missbrauch ausschließt. Das besondere Problem entsteht vielmehr, wenn der Machtgeber eine juristische Person ist und sich die Frage stellt, wer für diese *„die Einwilligungsfähigkeit"* hat.[22] Diese Frage war auch in der Formulierung laut Initiativantrag nicht behandelt. Dass bei juristischen Personen mit Anteilseignern nur diese für die Einwilligung in Betracht kommen, eine solche aber auch tatsächlich erteilen können, wurde an anderer Stelle schon ausführlich begründet.[23]

Ob der im Initiativantrag enthaltene und im Gesetz gestrichene Hinweis auf den *„wirtschaftlich Berechtigten"* es der Rspr vielleicht in einem künftigen Anlassfall einfacher gemacht hätte, auch die Begünstigten einer – bekanntlich über keine Anteilseigner verfügenden – Privatstiftung iZm statutenwidrigen Ausschüttungen des Vorstands als einwilligungsfähige Machtgebervertreter zu qualifizieren,[24] wird nicht mehr geklärt werden können.

Die Implementierung des gestrichenen Satzes hätte den gegenwärtigen Rechtszustand daher nicht geändert, sondern nur Selbstverständliches klargestellt; die tatsächlich regelungsbedürftigen Fragen iZm der Gesellschafterzustimmung wären selbst bei vollständiger Umsetzung des Initiativantrags ungeregelt geblieben.

So wird es auch künftig der Rspr überlassen bleiben, zu klären, ob es stets der Zustimmung aller Anteilseigner bedarf oder ob – wie dies mE allein überzeugend und auch in Deutschland hA ist – jedenfalls in einer ordentlich einberufenen Gesellschafterversammlung ein Mehrheitsbeschluss genügt und auch außerhalb einer formellen Gesellschafterversammlung ein solcher dann ausreichen kann, wenn alle Gesellschafter verständigt und anwesend sind.[25]

Ein Mehrheitsbeschluss reicht freilich dann nicht, wenn es um die Zustimmung zu einer Verfügung geht, mit der gerade

[17] So zB wenn wegen § 153 StGB gegen den Vorstand ermittelt wird, weil eine AG die Kosten für den Personenschutz ihres (zum Ziel einer jahrelangen Medienkampagne sowie privater Aggression gewordenen) Aufsichtsratsvorsitzenden trägt oder private Ermittler beauftragt und finanziert, um herauszufinden, ob von den Behörden in gegen die Gesellschaft und ihre Organe geführten Verfahren beauftragte Gutachter Nahebeziehungen zu Dritten aufweisen, die eine Befangenheit begründen könnten. Eine Garantie dafür, dass derartiger Unfug mit der Neuregelung aufhört, gibt es freilich nicht.

[18] Vgl *G. Schima*, Dividendenausschüttung, 172; *ders*, RdW 2015, 347.

[19] Vgl *Lewisch*, Gesellschaftsrecht und Strafrecht nach „Libro", in *Lewisch*, Jahrbuch Wirtschaftsstrafrecht und Organverantwortlichkeit 2014 (2014) 19 (22); *Perron* in *Schönke/Schröder*, StGB[29] (2014) § 266 Rz 21; *N. Huber*, Zur Untreue bei Einpersonengesellschaften, ÖJZ 2010, 999; *Eckert/Tipold*, Strafbare Dividenden, GES 2013, 59 (60); BGH 21.12.2005, 3 StR 470/04, *Mannesmann*, BGHZ 50, 331, Rn 31.

[20] AB 728 BlgNR 25. GP, 6 und 11.

[21] Vgl *G. Schima*, RdW 2015, 348 FN 51.

[22] Diese Frage ist nicht so banal, wie die Diskussion zeigt; vgl zB *Lewisch*, Gesellschaftsrecht und Strafrecht, 26, der meint, in den Fällen der der Zustimmung des Aufsichtsrats gem § 95 Abs 5 AktG unterliegenden Geschäfte käme der Aufsichtsrat als Zustimmungsträger in Betracht, was mE aber nicht zutrifft, weil der Aufsichtsrat selbst über fremdes Vermögen verfügt und es hier nicht um die Aktivierung einer nach den gesellschaftsrechtlichen Regeln definierte Zustimmungskompetenz eines Gesellschaftsorgans betreffend Maßnahmen eines anderen Organs, sondern um die aus dem wirtschaftlichen Eigentum (wirtschaftliche Betrachtungsweise!) abgeleitete, strafrechtlich relevante Einwilligungskompetenz geht, die nicht mit einer gesellschaftsrechtlichen Kompetenznorm korrelieren muss; siehe *G. Schima*, RdW 2015, 347 FN 49.

[23] Vgl *G. Schima*, Dividendenausschüttung, 173; *ders*, RdW 2015, 347.

[24] Dafür *de lege lata G. Schima*, Dividendenausschüttung, 175; *ders*, RdW 2015, 289.

[25] Vgl dazu näher *G. Schima*, Dividendenausschüttung, 189 f; *ders*, RdW 2015, 352; vgl auch *G. Schima*, Zulässigkeitsgrenzen von „Golden Handshakes", in FS M. Binder (2010) 817 (851 f); für Deutschland vgl diesbezüglich die *Mannesmann*-Entscheidung des BGH vom 21.12.2005, 3 StR 470/04, wo das Höchstgericht klar zum Ausdruck brachte, dass im Falle einer Beschlussfassung durch die Hauptversammlung ein einstimmiger Beschluss nicht erforderlich gewesen wäre (arg: *„weil es an der erforderlichen Zustimmung aller Anteilseigner der Mannesmann AG oder der sie repräsentierenden Hauptversammlung fehlt"*); siehe dazu *E. Dittrich*, Die Untreuestrafbarkeit von Aufsichtsratsmitgliedern bei der Festsetzung überhöhter Vorstandsvergütungen (2007) 227 und 231. Darauf weist in Österreich auch *N. Huber* (Die Organuntreue zu Lasten von Kapitalgesellschaften [2012] 183) hin.

die überstimmten Gesellschafter zulasten anderer verkürzt werden (zB Einlagenrückgewähr zugunsten eines Großgesellschafters gegen den Willen der Minderheit).[26]

Beim Schadensbegriff sind die Gesetzesverfasser der Meinung, durch die geänderte Formulierung eine Begrenzung der Strafbarkeit zu bewirken. Das Ansinnen ist zwar deshalb grundsätzlich löblich, weil damit ein Korrektiv zu der schon erwähnten und oft zu leichtfertig erwähnten Annahme des bedingten Vermögensschädigungsvorsatzes durch die Erstgerichte gebildet werden könnte; ob die Gesetz gewordene Regelung dieses Anliegen verwirklichen kann, darf indes bezweifelt werden. Im Ausschussbericht ist diesbezüglich ein eher peinlicher Fehler enthalten, weil dort davon die Rede ist, dass das geltende Recht in § 153 Abs 1 StGB vom *„Nachteil"* des Machtgebers spreche.[27] In Wahrheit verwendet das Gesetz in der alten Fassung den Begriff *„Vermögensnachteil"*, sodass die Gegenüberstellung mit dem nunmehr im Gesetz verankerten Ausdruck *„den anderen am Vermögen schädigt"* keinen so großen Unterschied mehr ergibt. Deshalb stimmt die Einschätzung im Ausschussbericht, dass das Gesetz nun *„auch für den Grundtatbestand auf den Schaden des Machtgebers abstelle"*, nicht mehr, weil dies auch bisher der Fall war.

Der Aussage im Ausschussbericht, dass bloße Vermögensgefährdungen wie beim Betrug noch keinen effektiven Vermögensverlust bedeuteten, und zwar auch dann nicht, wenn der Machthaber Vermögenswerte des Machtgebers einem sehr beträchtlichen Verlustrisiko exponiere,[28] ist uneingeschränkt zuzustimmen. Ob aber die folgende und wörtlich wiedergegebene Einschätzung zutrifft und insbesondere von der Rspr gebilligt werden wird, muss dennoch stark bezweifelt werden:

*„Bewilligt der Filialleiter eine Kreditgewährung an seinen insolventen Bekannten im Bewusstsein von dessen Zahlungsunfähigkeit, so liegt in der unbesicherten Auszahlung des Kredits in wirtschaftlicher Betrachtungsweise bereits mit dessen Hingabe ein Totalverlust des Gesamtbetrags; ist der Kreditnehmer hingegen bei Kreditgewährung und Auszahlung bloß insolvenzgefährdet, so liegt in der Ausreichung der Kreditvaluta ungeachtet der gefährdeten Rückzahlung noch kein Schaden des Machtgebers vor; und zwar auch nicht in der Differenz zwischen dem Nominale der Kreditforderung und deren wirtschaftlichem – mit dem Ausfallsrisiko gewichteten – Wert."*

Ich habe schon in einer früheren Publikation dazu und zu diesem Beispiel, das bereits in der Begründung des Initiativantrags enthalten war, Stellung genommen und möchte darauf nur kurz verweisen. Auch eine teilweise uneinbringliche Forderung bedeutet grundsätzlich einen Schaden, wobei dieser nicht in der bilanziellen Abschreibung zu erblicken ist – weil Letztere eben nur die Folge und bilanzrechtliche Abbildung des eingetretenen Vermögensverlustes bedeutet –, wohl aber in der mangelnden Fähigkeit, einen Teil der Forderung zu begleichen.[29]

Dass die Rspr dies auf der Grundlage von im Gesetzeswortlaut so gut wie nicht erkennbar Niederschlag findenden Ausführungen in den Materialien in Zukunft anders sehen wird, ist mE nicht allzu wahrscheinlich.

Reparaturbedarf, den freilich nicht der Gesetzgeber befriedigen kann,[30] besteht – wie schon erwähnt – eher in Bezug auf die leichtfertige Annahme eines bedingten Vermögensschädigungsvorsatzes durch die Erstinstanzen. Die folgenden Ausführungen im Ausschussbericht sind wohl darauf gemünzt und seien den Strafgerichten nachdrücklich ans Herz gelegt:

*„Voraussetzung einer solchen Strafbarkeit [gemeint: wegen der Existenz eines zumindest bedingten Vermögensschädigungsvorsatzes] ist allerdings, dass sich der Machthaber auch wirklich mit dem tatsächlichen Verlust von Vermögenssubstanz, nicht bloß mit der Eröffnung eines sozial-inadäquaten Risikos für diese abfindet. Das bloße Handeln im Bewusstsein eines sozial-inadäquaten Risikos (also einer auch sehr beträchtlichen Vermögensgefährdung) reicht für einen solchen Eventualschädigungsvorsatz nicht hin; der Machthaber muss gerade eingedenk der Materialisierung dieses Risikos – also eingedenk des tatsächlichen Vermögensverlustes – handeln. Vertraut der Machthaber darauf, dass sich dieses Risiko – sei es infolge einer plötzlichen Besserung der wirtschaftlichen Lage, sei es infolge des Eingreifen eines neuen Investors – nicht verwirklichen werde, fehlt es an einem solchen Eventualschädigungsvorsatz."*

Diesen Ausführungen ist vollinhaltlich beizupflichten und ihre Beachtung durch die Strafgerichte in der Praxis könnte tatsächlich zu einer gewissen Einschränkung der Strafbarkeit wegen Kredituntreue führen und hätte zB auch im *BAWAG*-Fall ein anderes Ergebnis für die Hauptangeklagten bringen können. Denn um mit *Lewisch* zu sprechen: Welcher Bankmanager im Vollbesitz seiner geistigen Kräfte findet sich ernstlich damit ab, dass ein Kredit uneinbringlich wird, und nimmt dies bewusst in Kauf?[31]

Hier wird die weitere Entwicklung mit Spannung zu verfolgen sein.

## II. Business Judgment Rule im GmbHG und AktG

### 1. Business Judgment Rule und Strafrecht

In Liechtenstein und Deutschland, die beide die Business Judgment Rule im Gesetz verankert haben,[32] wurde die in die gesetzliche Regelung mündende Diskussion zivil- bzw gesellschaftsrechtlich geführt. Man wollte einer drohenden Ausuferung der Haftung durch die Klarstellung entgegenwirken, dass den Geschäftsleitern von AGs bzw sonstigen Körperschaften[33] ein relativ weiter Ermessensspielraum bei unternehmerischen Entscheidungen zusteht und bei Einhaltung bestimmter – in Anlehnung an das US-amerikanische Vorbild primär prozeduraler, dh den formalen Ablauf des Entscheidungsprozesses, nicht aber dessen Inhalt betreffender –

[26] Vgl *G. Schima*, RdW 2015, 352.
[27] Vgl AB 728 BlgNR 25. GP, 6 und 11.
[28] Siehe FN 27.
[29] Vgl *G. Schima*, RdW 2015, 291.

[30] Oder nur mit eher drastischen Mitteln (zB der gesetzlichen Verankerung des qualifizierten Vorsatzes iSv „Absichtlichkeit" oder „Wissentlichkeit" auch für die Vermögensschädigung), die übers Ziel hinausschießen würden.
[31] Vgl *Lewisch*, Untreue als Vermögensgefährdungsdelikt? AnwBl 2012, 141 (144).
[32] § 93 Abs 1 dAktG und Art 182 Abs 2 PGR.
[33] Die deutsche Regelung ist nur im (deutschen) AktG enthalten, das liechtensteinische PGR gilt dagegen auch für andere *„Verbandspersonen"*.

Standards ein Geschäftsleiter (Vorstandsmitglied, Geschäftsführer etc) nicht rechtswidrig handelt.[34]

Dass in Österreich die Business Judgment Rule (im AktG und GmbHG) iZm der Novellierung des Untreueparagrafen verankert und in deren Schatten vor der Gesetzwerdung zudem kaum ernsthaft diskutiert wurde, ist mE bedauerlich. Vor allem darf dieser Regelungszusammenhang nicht zu dem Missverständnis verleiten, dass unternehmerisches Handeln außerhalb der Business Judgment Rule bereits strafrechtliche Verantwortung (insb wegen § 153 StGB) bedeutet.[35] Der Ausschussbericht stellt dies einigermaßen hinreichend klar, wenn es dort heißt: *„Durch das Wort ‚jedenfalls' soll zum Ausdruck gebracht werden, dass Umkehrschlüsse unzulässig sind. Auch wenn die Voraussetzungen der Business Judgment Rule nicht erfüllt sind, muss kein Sorgfaltsverstoß vorliegen. Die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Handel[n]s wäre dann aber gesondert zu prüfen, weil der ‚Safe-harbour'-Effekt der Regel entfällt."*

Wenn Handeln außerhalb der Business Judgment Rule nicht einmal *per se* zivilrechtlich verantwortlich macht, dann ist klar, dass auch eine strafrechtliche Verantwortung damit nicht automatisch verbunden ist.

Das Strafrecht hat *Ultima-ratio*-Charakter. In Deutschland hat dies das BVerfG ausdrücklich anerkannt.[36] Ein Verhalten soll nur dann strafrechtlich verpönt sein, wenn es *„über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich, seine Verhinderung daher besonders dringlich ist."*[37]

Zivilrechtlich Erlaubtes kann und darf daher strafrechtlich nicht verboten sein.[38] Ein zivilrechtliches Verbot ist somit notwendige, aber nicht unbedingt ausreichende Bedingung für die Untreuestrafbarkeit.[39] Das Strafrecht ist zwingend negativ, nicht jedoch notwendig positiv zivilrechtsakzessorisch.[40]

## 2. Bedeutung, praktische Auswirkungen und Beweislastverteilung

### 2.1. Allgemeines

Der neuen Bestimmungen des § 84 Abs 1a AktG bzw des § 25 Abs 1a GmbHG lauten:

*„Ein Vorstandsmitglied/Ein Geschäftsführer handelt jedenfalls im Einklang mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsleiters, wenn er sich bei einer unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten lässt und auf der Grundlage angemessener Information annehmen darf, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln."*[41]

Die gesetzliche Bestimmung bringt hinreichend deutlich zum Ausdruck, dass ein Geschäftsleiter, der sich an die Voraussetzungen der Business Judgment Rule hält, *nicht rechtswidrig* (iSv nicht objektiv sorgfaltswidrig) handelt.[42]

Der Ausschussbericht, der der Änderung des § 84 AktG bzw des § 85 GmbHG ganze 13 Zeilen widmet und an juristischer Uninspiriertheit in diesem Punkt kaum zu überbieten ist, hätte dies durch rechtsdogmatisch korrekte Ausdrucksweise indes noch stärker klarstellen können. Dort heißt es:

*„Die Formulierung bringt den Safe-harbor-Charakter der Bestimmung deutlich zum Ausdruck: Wer also so handelt, wie im Text beschrieben, handelt jedenfalls im Einklang mit der gebotenen Sorgfalt und hat keine nachteiligen Rechtsfolgen zu befürchten, insbesondere auch keine Strafverfolgung."*

Zweifellos wollten die Gesetzesverfasser damit nicht zum Ausdruck bringen, ein Geschäftsleiter, der sich im Einklang mit der Business Judgment Rule befinde, handle bloß nicht schuldhaft; die Verwendung einer trennscharfen Terminologie wäre aber wünschenswert gewesen.

### 2.2. Handeln im Interessenkonflikt und Beweislastverteilung

Zu begrüßen ist die ausdrückliche Aufnahme des – in § 93 Abs 1 dAktG fehlenden, dort freilich so gut wie einhellig interpretativ hinzugedachten[43] – Merkmals, dass sich der Geschäftsleiter *„nicht von sachfremden Interessen leiten lässt"*. Die Formulierung wirft freilich Fragen auf. Nimmt man sie wörtlich, dann beschreibt sie im Grunde nur den an sich selbstverständlichen Aspekt der geschuldeten Geschäftsleitersorgfalt: Das Vorstandsmitglied bzw der Geschäftsführer müssen bei ihren unternehmerischen Entscheidungen die Interessen verfolgen, denen sie gesetzlich verpflichtet sind, also das – in § 70 AktG ausdrücklich positivierte, im GmbHG nicht explizit verankerte, aber ebenfalls zu beachtende[44] – Unternehmensinteresse iSd Interesses an langfristiger Profitabilität.[45] Eigeninteressen haben sie hintanzustellen.[46]

Gemeint ist aber wohl etwas anderes, und hier zeigt sich recht deutlich, welche Schwierigkeiten entstehen, wenn in anderen Rechtsordnungen (noch dazu aus einer dem *common law* verpflichteten) entwickelte Rechtsinstitute, die das Produkt richterlicher Rechtsfortbildung ohne gesetzliche Positivierung sind, mehr oder weniger gedankenlos übernommen

[34] Für Deutschland RegE UMAG, BR-Drucks 3/05, 21 f; für Liechtenstein BuA 2008/13, 40; *Hopt/M. Roth* in Großkomm AktG[5], § 93 Rz 117; *U. Torggler*, Zur Business Judgment Rule gem Art 182 Abs 2 PGR, LJZ 2009, 56; rechtsvergleichend *G. Schima*, Business Judgment Rule und Beweislastverteilung bei der Vorstandshaftung nach US-amerikanischem, deutschem und österreichischem Recht, in *Baudenbacher/Kokott/Speitler*, Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts (2010) 369 (400 f).

[35] Vgl für Deutschland zB *Bachmann*, Zehn Thesen zur deutschen Business Judgment Rule, WM 2015, 105 (107), der zutreffend betont, dass es auch außerhalb der Business Judgment Rule haftungsfreies Ermessen gibt. Gemeint ist damit natürlich zivilrechtlich haftungsfreies Ermessen, woraus sich die Möglichkeit strafrechtlich haftungsfreien Ermessens schon aufgrund eines Größenschlusses ergibt (siehe im Text).

[36] Vgl BVerfG 10.5.1957, 1 BvR 550/52, BVerfGE 6, 389 (433 f); 25.2.1975, 1 BvF 1/74 ua, BVerfGE 39, 1 (47); 28.5.1993, 2 BvF 2/90 ua, BVerfGE 88, 203 (258).

[37] BVerfG 28.5.1993, 2 BvF 2/90 ua.

[38] ZB *E. Dittrich*, Untreuestrafbarkeit, 35.

[39] Vgl *J. Kaufmann*, Organuntreue zum Nachteil von Kapitalgesellschaften (1999) 26; *Matt*, Missverständnisse zur Untreue, NJW 2005, 389 (390).

[40] *Busch*, Konzernuntreue (2004) 35; zustimmend *E. Dittrich*, Untreuestrafbarkeit, 35; vgl auch *Kalss*, ecolex 2014, 497; siehe auch *G. Schima*, Dividendenausschüttung, 189 f.

[41] In § 25 Abs 1a GmbHG wird anstelle des Begriffs *„Geschäftsleiter"* der Begriff des *„Geschäftsmannes"* verwendet, was offenkundig daran liegt, dass ihn auch § 25 Abs 1 GmbHG verwendet. Auf die Idee, bei dieser Gelegenheit Letzteren terminologisch in zeitgemäßer Weise anzupassen (*„Geschäftsleiter"*), kamen die Gesetzesverfasser nicht.

[42] Vgl RegE UMAG, BR-Drucks 3/05, 21 f; BuA 2008/13, 40; *Hopt/M. Roth* in Großkomm AktG[5], § 93 Rz 117; *Krieger/Sailer-Coceani* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG[3] (2015) § 93 Rz 13; *Spindler* in MünchKomm AktG[4], § 93 Rz 40.

[43] Vgl *Hopt/M. Roth* in Großkomm AktG[5], § 93 Rz 90; *Spindler* in MünchKomm AktG[4], § 93 Rz 60 ff; *Krieger/Sailer-Coceani* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG[3], § 93 Rz 19.

[44] Vgl ausführlich *G. Schima* in *G. Schima/Lienberger/Toscani*, Der GmbH-Geschäftsführer (SWK-Spezial, Juni 2015) 49 mwN.

[45] Vgl *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG[5] (2011) § 70 Rz 24; *Koppensteiner*, Einpersonengesellschaften, Eine Skizze, GES 2015, 5 (7); *G. Schima* in *G. Schima/Lienberger/Toscani*, GmbH-Geschäftsführer, 50; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG[3] (2007) § 25 Rz 3; für Deutschland *Hüffer*, AktG[11] (2014) § 76 Rz 34.

[46] Folgerichtig ist die solches anordnende Regel 22 des Österreichischen Corporate Governance Kodex als L-Regel ausgestaltet.

werden. Schon dem deutschen Gesetzgeber war mE der Vorwurf zu machen, bei der Implementierung der Business Judgment Rule in § 93 Abs 1 dAktG nicht genügend berücksichtigt zu haben, dass es sich beim US-amerikanischen Vorbild vor allem um eine Beweislastregel handelt,[47] deren speziell-konkrete Anwendung durch die US-Gerichte der Business Judgment Rule erst den Charakter eines *safe harbor* für Direktoren verschafft. Übernimmt man die Beweislastregel nicht bzw wendet man sie – wie dies in Deutschland überwiegend der Fall ist – tendenziell gegenteilig an, dh, lässt man den Geschäftsleiter die Anwendungsvoraussetzungen der Business Judgment Rule beweisen anstatt den Kläger deren Nichtvorliegen,[48] hat man es im Ergebnis eben nicht mehr mit einem funktionsgleichen Instrument, sondern mit einem *aliud* zu tun.[49]

Möchte man den engen Zusammenhang der Business Judgment Rule mit einer Beweis(lastverteilungs)regel nicht ganz aufgeben und sich vom *telos* des US-Vorbildes nicht völlig lösen – die nun verwirklichte gesetzliche Regelung in Österreich nötigt zu einer solchen Aufgabe nicht –,[50] dann muss man das Merkmal „*nicht von sachfremden Interessen leiten lässt*" gleichsam „institutionalisiert" interpretieren, nämlich als Handeln (oder eben Nichthandeln) „im Interessenkonflikt". Ein so verstandener „Interessenkonflikt" liegt nicht schon dann vor, wenn sich der Geschäftsleiter tatsächlich von sachfremden Interessen leiten lässt, wie umgekehrt ein Interessenkonflikt nicht bereits deshalb fehlt, weil tatsächlich der Geschäftsleiter die sachfremden Interessen bei seiner Entscheidung hintangestellt hat. Es geht – anders gewendet – um Situationen, in denen *related parties* im weiteren Sinne im Spiel sind, sich der Geschäftsleiter also in der Situation befindet, Verträge mit ihm selbst oder Vorstandskollegen oder Mitgliedern des Aufsichtsrats oder mit anderen ihm nahestehenden natürlichen Personen oder Unternehmen verbundenen natürlichen oder juristischen Personen abzuschließen.

In diesem Sinne ist auch das Merkmal des *disinterested judgment* des US-amerikanischen Rechts zu verstehen.[51] Bei Vorliegen eines derartigen Interessenkonflikts ist es gerechtfertigt, dem Geschäftsleiter die volle Beweislast dafür aufzuerlegen, dass die Bedingungen des Geschäfts fremdüblich (*at arm's length*) gestaltet sind.

Wenn man dem gesetzlichen Merkmal des Handelns im (bzw ohne) Interessenkonflikt Konsequenzen für die Beweislastverteilung zuordnet, gewinnt naturgemäß die Frage an Bedeutung, wie eng oder weit die Grenzen bei der Annahme eines relevanten Interessenkonflikts zu ziehen sind. Möchte das Vorstandsmitglied einer AG seinem Bruder ein Grundstück verkaufen, kann am Vorliegen eines nach der Business Judgment Rule relevanten Interessenkonfliktes nicht gezweifelt werden. Wie aber steht es, wenn ein Vertragspartner der Gesellschaft als Mehrheitsgesellschafter einen engen Freund der Ehefrau eines anderen Vorstandsmitgliedes hat? Und wie steht es überhaupt bei Abschluss von Geschäften mit Vertragspartnern, bei denen auf Eigentümer- und/oder Managerebene freundschaftliche Beziehungen herrschen? Muss man hier nach dem Intensitätsgrad der Freundschaft differenzieren?

Die Betrachtungen zeigen deutlich, dass es eine strenge Trennlinie nicht geben kann, sondern eine wertende Betrachtung geboten ist. Ein „Interessenkonflikt" iSd § 84 Abs 1a AktG bzw § 25 Abs 1a GmbHG liegt dann vor, wenn die Nahebeziehung so stark ausgeprägt ist, dass ein vernünftiger Durchschnittsmensch davon ausgehen muss, dass die konkrete Gefahr einer Beeinflussung der Entscheidung besteht. Dies wird man im Beispiel mit dem Jugendfreund der Ehefrau eines Vorstandskollegen nicht annehmen können, wohl aber bei enger Freundschaft zwischen einem Vorstandsmitglied und dem Vorstandsmitglied bzw Mehrheitsgesellschafter eines Geschäftspartners.[52]

Keinesfalls muss aber der Geschäftsleiter beweisen, dass kein (im obigen Sinn verstandener) Interessenkonflikt vorliegt! Dieser Beweis *kann* naturgemäß gar nicht erbracht werden. Das Vorliegen eines Interessenkonflikts iSd Vorliegens freundschaftlicher bzw verwandtschaftlicher oder sonstiger relevanter Nahebeziehungen zwischen der Gesellschaft bzw ihren handelnden Organwaltern und Geschäftspartnern hat immer der die Organhaftung in Anspruch nehmende Kläger zu erbringen. Da es im gegebenen Zusammenhang idR um die „Innenhaftung" geht, ist dies typischerweise die Gesellschaft.

Nicht behandelt bzw beantwortet wird durch die neue österreichische Regelung freilich die Frage, ob ein Geschäftsleiter generell verpflichtet ist, einen Interessenkonflikt im oben beschriebenen Sinn (dem Aufsichtsrat oder den Gesellschaftern) offenzulegen und ob ein Handeln im Interessenkonflikt, dh insb die Teilnahme an einem von einem derartigen Konflikt betroffenen Rechtsgeschäft,[53] ohne Autorisierung durch ein anderen Organ (also in der AG wohl durch den Aufsichtsrat, in der GmbH durch die Gesellschafter) *per se*, also unabhängig davon rechtswidrig ist, ob die Bedingungen des Geschäfts einem Drittvergleich standhalten oder nicht.[54] Demgegenüber enthält der Entwurf des European Model Companies Act (EMCA), der im September 2015 in Wien auf einer zweitägigen Veranstaltung eingehend vorgestellt und diskutiert wurde, eine ausdrückliche Bestimmung, die Geschäftsleiter sowohl zur Offenlegung des Konflikts als auch – außer bei Zustimmung seitens der unabhängigen Direktoren oder der Gesellschafter – zur Abstandnahme von

[47] Vgl *Block/Barton/Radin*, The Business Judgment Rule (2002) 4 und 110; *Merkt*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht[3] (2013) Rz 945; *G. Schima*, Business Judgment Rule, 377.

[48] So zB in Deutschland *Spindler* in MünchKomm AktG[4], § 93 Rz 180 ff; *Krieger/Sailer-Coceani* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG[3], § 93 Rz 41 ff; vgl kritisch für Abschaffung der Beweislastumkehr den Beschluss 6 der Abteilung Wirtschaftsrecht des 70. DJT (2014).

[49] Vgl die Kritik bei *G. Schima*, Business Judgment Rule, 413 f; schon davor *G. Schima*, Business Judgment Rule und Verankerung im österreichischen Recht, GesRZ 2007, 93 (97 f).

[50] Richtig betrachtet ist es auch in Deutschland keineswegs so, dass § 93 Abs 1 dAktG zwingend nahelegt, die Beweislast so zu verteilen, dass der in Anspruch genommene Geschäftsleiter stets das Vorliegen der Voraussetzungen der Business Judgment Rule zu beweisen hat, statt umgekehrt der Gesellschaft den Nachweis des Nichtvorliegens aufzuerlegen. Freilich hat für das Merkmal des Handelns auf angemessener Informationsgrundlage auch nach der hier vertretenen Meinung zu gelten, dass der Geschäftsleiter den Beweis dafür zu erbringen hat, sofern er noch im Amt ist oder von der Gesellschaft Zugang zu den Unterlagen erhält (siehe im Text); vgl zur Beweisnähe *Foerster*, Beweislastverteilung und Einsichtsrecht bei Inanspruchnahme ausgeschiedener Organmitglieder, ZHR 176 (2012), 221; *Bürgers/Israel* in *Bürgers/Körber*, AktG[3] (2014) § 93 Rz 29.

[51] Vgl dazu *Merkt*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht[3], Rz 935 ff; vgl auch *G. Schima*, Business Judgment Rule, 380.

[52] Vgl zu Frage nach der Reichweite von Interessenkonflikten *G. Schima*, Organ-Interessenkonflikte und Corporate Governance, GesRZ 2003, 199 (202).

[53] ZB die Vergabe eines Reinigungsauftrags an ein Unternehmen, an dem die Ehefrau eines Vorstandsmitgliedes (maßgebend) beteiligt ist.

[54] Verneinend zB *Lutter*, Die Business Judgment Rule in Deutschland und Österreich, GesRZ 2007, 79 (84); zweifelnd *G. Schima*, GesRZ 2007, 95.

jeder Beteiligung an dem konfliktträchtigen Geschäft verpflichtet.[55]

### 2.3. Rechtswidrigkeit und Beweislastverteilung

Ob die Einfügung eines Absatzes in § 84 AktG bzw § 25 GmbHG praktische Auswirkungen haben wird und welcher Art diese sein werden, hängt generell stark von der Frage der Beweislastverteilung bei der Geschäftsleiterhaftung, dh davon ab, wie man diese sachgerecht ausbalanciert.[56]

Da bei Einhaltung der Voraussetzungen der Business Judgment Rule – so viel Klarheit dürfte bestehen – der Geschäftsleiter nicht rechtswidrig handelt, hängt die Beantwortung der Frage, ob das Vorliegen der Voraussetzungen der Business Judgment Rule vom Geschäftsleiter oder das Nichtvorliegen vom Kläger (typischerweise: von der Gesellschaft) bewiesen werden muss, entscheidend davon ab, wem man die Beweislast *in puncto* Rechtswidrigkeit zuweist. Hier bestehen nach wie vor stark unterschiedliche Auffassungen, und der OGH hat in den letzten Jahren – wie schon mehrfach moniert – einen wahren Zickzackkurs hingelegt.[57] Betrachtet man sowohl die Entscheidung aus 2007[58] als auch jene aus dem Jahr 2010,[59] die zueinander vollkommen konträr sind, als nicht repräsentative „Ausreißer",[60] dann kann man wohl konstatieren, dass – entsprechend der auch in Deutschland herrschenden und vom BGH favorisierten[61] Ansicht – die Gesellschaft neben dem Schaden und der Kausalität (vorbehaltlich von Erleichterungen zB in Form des *Prima-facie*-Beweises) zumindest Umstände zu behaupten und zu beweisen hat, aus denen ein Schluss auf die Pflichtwidrigkeit des Geschäftsleiters gezogen werden kann.[62]

In dieses Schema fügt sich das oben zum Handeln im Interessenkonflikt Gesagte gut ein: Ein Vorstandsmitglied, das eine Liegenschaft der Gesellschaft an seinen Bruder verkauft, setzt zumindest ein gewisses Indiz dahin gehend, dass die Konditionen des Geschäfts einem Drittvergleich nicht standhalten könnten. Ein solches Indiz mag schwächer sein als das, was sonst bei richtiger Betrachtung von der Gesellschaft *in puncto* Darlegungs- und Beweislast zu verlangen ist; dennoch rechtfertigt die Existenz eines Interessenkonflikts, dem Vorstandsmitglied die Behauptungs- und Beweislast zuzuordnen, dass das Geschäft zu Bedingungen abgeschlossen wurde, die der Gesellschaft keinen Nachteil zufügen. Denn dieser Beweis ist im Regelfall zumutbar und nicht allzu schwer zu erbringen. Das Vorstandsmitglied bzw der Geschäftsführer haben es ja auch typischerweise in der Hand, Geschäfte mit nahestehenden Personen aus Vorsichtsgründen überhaupt zu vermeiden. Dort, wo dies nicht der Fall ist, muss man indes auch Konsequenzen bei der Beweislastverteilung ziehen. Weisen die Gesellschafter einer GmbH den Geschäftsführer – in Kenntnis der Nahebeziehung – dazu an, gerade mit diesem bestimmten Partner das Geschäft abzuschließen, ist es sachgerecht, die Beweislast dafür, dass die Konditionen des Geschäfts nicht fremdüblich waren, bei der Gesellschaft zu belassen.

In speziellen Fällen kann es sein, dass der Geschäftsleiter von der Existenz des Interessenkonflikts gar nichts weiß.[63] Kann dieser Nachweis erbracht werden, muss mE ebenfalls die klagende Gesellschaft nachweisen, dass die Bedingungen des Geschäfts nicht fremdüblich sind, und nicht umgekehrt der Geschäftsleiter deren Angemessenheit.

### 2.4. Handeln auf der Grundlage angemessener Information und Beweislastverteilung

Besondere praktische Bedeutung hat im Rahmen der Business Judgment Rule das Merkmal des Handelns *„auf der Grundlage angemessener Informationen"* (*informed judgment* iSd US-amerikanischen Terminologie).[64] Schwierigkeiten in der Praxis bereitet dabei vor allem die Beantwortung der Frage, was als „angemessene Information" zu qualifizieren ist. Mit wie vielen *fairness opinions* muss sich der einen Unternehmenskauf erwägende Vorstand eindecken, um nachher sagen zu können, dass er „auf angemessener Informationsgrundlage" gehandelt hat?[65] Wie viele Liegenschaftsbewertungsgutachten muss der Vorstand eines Kreditinstituts einholen, bevor er einen sehr hohen Kredit an einen wichtigen, aber in wirtschaftlichen Schwierigkeiten befindlichen Kunden zwecks Verwirklichung eines komplexen Hotelerrichtungsprojekts bewilligt?

Der Vorstand – darüber besteht Einigkeit – muss sich nicht jedwede Information verschaffen;[66] er hat vielmehr nach verantwortlichem Ermessen und unter Abwägung des Gesellschaftsinteresses und insb auch der Kosten und des Zeitaufwands zusätzlicher Informationsbeschaffung über das Ausmaß der angemessenen Information zu entscheiden. Ob die Informationsgrundlage ausreichend und angemessen repräsentativ ist, bildet – dies wird im US-amerikanischen Recht treffend ausgedrückt – selbst ein *business judgment*.[67] Dies läuft letztlich darauf hinaus, dass nur grob fahrlässig begangene Fehler bei der Informationsauswahl- und -beschaffung haftbar machen.[68]

[55] Chapter 9, sec 5 des EMCA-Entwurfs („*Duty to disclose conflicts of interest*") lautet: „*(1) Directors shall inform the board of directors or, in the absence thereof, the other directors or, in the event of a sole director, the general meeting, of any situation that may involve a conflict of interest between their own and the company's interest. Directors in such situation shall refrain from taking part in the agreements or decisions relative to the operation/transaction around which the conflict has arisen. (2) This duty is not infringed if the matter has been authorized by the disinterested directors or the general meeting.*"

[56] Vgl dazu eingehend *G. Schima*, Die Beweislastverteilung bei der Geschäftsleiterhaftung, in FS W. Jud (2012) 571. Hochinteressant ist idZ, dass Chapter 10, sec 1, para 4 des EMCA-Entwurfs die Beweislast zur Gänze entsprechend der allgemeinen Regel im Schadenersatzrecht der klagenden Gesellschaft zuordnet und keinerlei Beweislastumkehr kennt: „*A person challenging the conduct of a director under this Section has, in a damage action, the burden of proving a breach of the duty of care, including the inapplicability of the business judgment rule as it is explained under Subsection (2), and that the breach was the legal cause of damage suffered by the company.*"

[57] *G. Schima*, Business Judgment Rule, 404; vgl ausführlich *G. Schima*, Beweislastverteilung, 584.

[58] OGH 16.3.2007, 6 Ob 34/07d, GesRZ 2007, 271 (*U. Torggler*): Volle Beweislastumkehr auch in Bezug auf die Rechtswidrigkeit.

[59] Vgl OGH 21.12.2010, 8 Ob 6/10f: Überhaupt keine Beweislastumkehr.

[60] Vgl *G. Schima*, Beweislastverteilung, 588.

[61] Vgl **BGH 4.11.2002, II ZR 224/00,** BGHZ 152, 280 (284) = GmbHR **2003,** 113 (*Lelley*).

[62] IdS **auch** OGH **24.6.**1998, **3 Ob** 34/97i, ecolex 1998, 774 (*Reich-Rohrwig*); *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht I² (1997) Rz 2/307 und 2/325; ähnlich *G. Schima*, Beweislastverteilung, 585 ff.

[63] Beispiel: Ein Vorstandsmitglied weiß nicht, dass der Alleingesellschafter des Lieferanten, mit dem eben ein bedeutender Liefervertrag abgeschlossen wurde, der Bruder seines Vorstandskollegen ist. Leicht zu führen ist ein solcher Nachweis wegen seines Negativcharakters natürlich nicht.

[64] Vgl dazu *Merkt*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht³, Rz 938 ff; rechtsvergleichend *G. Schima*, Business Judgment Rule, 381 ff.

[65] Vgl zum Problem der erforderlichen Breite der Informationsgrundlage aus deutscher Sicht zB *Hopt/M. Roth* in Großkomm AktG⁵, § 93 Rz 102; für Österreich *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵, § 84 Rz 98a.

[66] Vgl dazu die Diskussion in Deutschland, wo aufgrund der missverständlich formulierten Entscheidung des BGH vom 14.7.2008, II ZR 202/07, WM 2008, 1688 = ZIP 2008, 1675, vorübergehend angenommen worden war, der BGH gehe genau davon aus: vgl klarstellend *Krieger/Sailer-Coceani* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG², § 93 Rz 17; *Spindler* in MünchKomm AktG⁴, § 93 Rz 48; *Bachmann*, WM 2015, 110.

[67] Vgl *G. Schima*, Business Judgment Rule, 394; *Merkt*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht³, Rz 898.

[68] Zutreffend *Bachmann*, WM 2015, 105 ff.

Beträchtliche praktische Bedeutung hat die Beantwortung der Frage, wen die Beweislast dafür trifft, dass (nicht) auf angemessener Informationsgrundlage gehandelt wurde. Geht man von der in Deutschland und Österreich wohl hA aus, wonach die Gesellschaft zumindest Tatsachen behaupten und beweisen muss, aus denen sich der Schluss auf ein objektiv-sorgfaltswidriges, dh rechtswidriges Verhalten des Geschäftsleiters ziehen lässt,[69] dann läge es nahe, in Fällen, wo es keinerlei Indiz für rechtswidriges Verhalten gibt, die Beweislast der Gesellschaft zuzuweisen. Dennoch ist es mE sachgerecht, im Zweifel den Geschäftsleiter beweisen zu lassen, dass er auf angemessener Informationsgrundlage gehandelt hat; dieser Beweis ist auch grundsätzlich zumutbar und dem Geschäftsleiter leichter möglich als der Gesellschaft das Gegenteil.[70] Hier ist aber die sehr wichtige Einschränkung zu machen, dass dies nur gilt, solange der Geschäftsleiter noch im Amt ist, was bei Haftungsklagen fast nie der Fall sein wird.[71] Deshalb trifft die Gesellschaft – soweit nicht ohnehin anstellungsvertragliche Klauseln sie dazu verpflichten[72] – die Obliegenheit, dem ausgeschiedenen Geschäftsleiter Einsicht in die relevanten Unterlagen zu verschaffen, widrigenfalls sie sich auf Beweiserleichterungen mE nicht berufen kann.[73]

### 2.5. Beschränkung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit bei Handeln innerhalb der Business Judgment Rule?

In Deutschland diskutiert und bislang nur von einer – freilich starken – Minderheit vertreten wird, dass die gesetzliche Verankerung der Business Judgment Rule bedeutet, dass die Geschäftsleiterhaftung für leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen ist, sofern sich der Geschäftsleiter im Rahmen der Business Judgment Rule bewegt.[74]

Diese These ist letztlich überzeugend (siehe im Folgenden); dennoch sollte die Relevanz der in Deutschland geführten Diskussion nicht überschätzt werden. Denn wenn man – was vom Ansatz her zutrifft – der Ansicht ist, dass auch vor der Einführung der Business Judgment Rule im AktG bzw GmbHG ein ganz ähnlicher Ermessensspielraum der Geschäftsleiter bei unternehmerischen Entscheidungen anzuerkennen war,[75] dann ist dieser bei der Ausmessung des vom Geschäftsleiter zu beachtenden Standards der objektiv gebotenen Sorgfalt, also des zur Vermeidung von Rechtswidrigkeit zu setzenden Verhaltens, mitzubedenken. Es wird dann eben für bestimmte Fehler bei der Entscheidungsfindung – es geht dabei *nota bene* nicht um Fehlschläge beim Ergebnis, denn für einen Erfolg müssen Geschäftsleiter ohnehin nicht einstehen! – nicht gehaftet. Fraglich ist, ob man diesem Umstand dadurch Rechnung tragen soll, dass man die Kategorie der leichten Fahrlässigkeit aus der Geschäftsleiterhaftung (bei Handeln innerhalb der Business Judgment Rule) ausklammert. Gegen eine solche Ausklammerung könnte immerhin sprechen, dass man damit in die Dogmatik des Schadenersatzrechts für einen speziellen Fall der Haftung eingreift. Betrachtet man die Dinge näher, zeigt sich aber, dass dafür in der Tat Anlass besteht. Denn anerkennt man, dass die Haftung von Geschäftsleitern nicht jede kleinste oder geringe, auch einem sorgfältigen Geschäftsleiter gelegentlich passierende Sorglosigkeit bei der Durchführung des Entscheidungsprozesses umfasst, sondern eben erst darüber einsetzt und dass genau das der Kerninhalt der Business Judgment Rule ist, dann steht man unweigerlich vor der Erkenntnis, dass innerhalb des verbleibenden Haftungsrahmens für die leichte Fahrlässigkeit einfach kein Platz mehr ist, weil alle Fehler, für die (innerhalb des Anwendungsbereichs der Business Judgment Rule) dann noch gehaftet wird, eben solcher Art sind, dass sie einem sorgfältigen Geschäftsleiter nicht passieren dürfen, was gemeinhin der Definition für grobe Fahrlässigkeit entspricht.[76] Der Beantwortung der Frage, ob das nun bedeutet, dass die Business Judgment Rule den Rechtszustand gegenüber dem früheren Recht geändert hat, sollte man vor diesem Hintergrund nicht die entscheidende Bedeutung beimessen. Wenn man die konstitutive Kraft der Business Judgment Rule nicht anerkennen möchte, muss man eben konzedieren, dass schon bisher innerhalb der (freilich nicht kodifizierten) Business Judgment Rule nur für grobe Fahrlässigkeit gehaftet wurde.[77] Beides läuft letztlich auf dasselbe hinaus.

Aus österreichischer Sicht ist nicht etwa deshalb ein anderes Ergebnis geboten, weil der österreichische Gesetzgeber nicht die Formulierung *„vernünftigerweise annehmen durfte"* wählte, sondern *„annehmen darf, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln."* Es ist wohl richtig, dass gerade die Wortfolge *„vernünftigerweise"* in Deutschland von den Anhängern der Begrenzung der Haftung auf grobe Fahrlässigkeit zu Recht als Argument verwendet wird, weil genau diese Wortfolge im Gesetzwerdungsprozess die noch im Referentenentwurf enthaltene Formulierung *„ohne grobe Fahrlässigkeit annehmen durfte, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln und angemessen informiert zu sein"* ersetzte.[78] Wenn man diesen speziellen Hintergrund der Entstehung der deutschen Regelung nicht kennt und auch nicht weiß, dass das Merkmal *„rational belief"* in der US-Rechtsprechung zur Business Judgment Rule letztlich iSv „nicht grob sorgfaltswidrig" verstanden wird,[79] kommt man – rein semantisch – nicht wirklich auf die Idee, gerade im Merkmal *„vernünftigerweise"* eine Einschränkung der Haftung (auf grobe Fahrlässigkeit) bzw in dessen Fehlen das Unterbleiben einer Einschränkung zu erblicken. Und den österreichischen Gesetzesverfassern ist leider die Unkenntnis beider Hintergründe zu unterstellen, wenn man sich vergegenwärtigt, mit wie wenig Reflexion und Problembewusstsein die Regelung als reiner Appendix der Novellierung von § 153 StGB umgesetzt wurde. Jedenfalls war der Wille des österreichischen Gesetzgebers erkennbar darauf gerichtet, sich am deutschen Vorbild zu orientieren, und nicht etwa darauf, davon bewusst abzuweichen. Bloß das Kriterium des Feh-

[69] Vgl *G. Schima*, Beweislastverteilung, 590; BGH 4.11.2002, II ZR 224/00.
[70] Vgl *U. Torggler*, GesRZ 2007, 272 (274).
[71] Vgl zur Beweislastverteilung nach der Nähe zum Beweis *G. Schima*, Beweislastverteilung, 592 ff.
[72] Vgl die Mustervertragsklausel bei *Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge[4] (2014) 298 f; vgl auch *G. Schima*, Vorstandsmitglieder – hoch bezahlte Dienstnehmer ohne rechtliche Absicherung? GesRZ 2011, 265.
[73] Vgl *G. Schima*, Beweislastverteilung, 604; zur deutschen Diskussion *G. Schima*, Beweislastverteilung, 590 ff; vgl auch *Foerster*, ZHR 176 (2012), 221 ff.
[74] Vgl insb *Bachmann*, Reform der Organhaftung? Gutachten E zum 70. DJT (2014) E 95; *ders*, WM 2015, 106 f; *Hopt/M. Roth* in Großkomm AktG[5], § 93 Rz 393 und 401; *Koch*, Beschränkungen des gesellschaftsrechtlichen Innenregresses bei Bußgeldzahlungen, in GedS M. Winter (2011) 327 (346).
[75] Vgl *G. Schima*, Zulässigkeitsgrenzen, 825 ff.
[76] Vgl überzeugend *Bachmann*, WM 2015, 106.
[77] Etwas anders *Bachmann*, WM 2015, 105 ff, der anscheinend meint, jene, die der Business Judgment Rule rechtsverändernde Kraft gegenüber der davor bestehenden Rechtslage absprächen, würden damit gleichzeitig die Haftungsbegrenzung auf grobe Fahrlässigkeit ablehnen. Das ist mE nicht zwingend (siehe oben im Text).
[78] Vgl näher *Bachmann*, WM 2015, 106 mwN.
[79] Vgl die Entscheidungen *Aronson vs Lewis*, 473 A.2d 805. 812 (Del 1984), und *Smith vs van Gorkom*, 488 A.2d 858 (Del 1985).

lens von Interessenkonflikten nahm der österreichische Gesetzgeber mit Verweis darauf ausdrücklich auf, dass dieses Merkmal in § 93 Abs 1 dAktG fehle, wobei ihm aber zweifellos bewusst war, dass es in Deutschland allgemein ins Gesetz hineininterpretiert wird.[80]

Auf die weitere Diskussion und Rechtsentwicklung kann man gespannt sein.

### 3. Anwendung der Business Judgment Rule auf andere juristische Personen

Der deutsche Gesetzgeber hat die Business Judgment Rule nur im Aktienrecht implementiert. Der österreichische weitet diese immerhin auf die GmbH aus. Beides ist kein legistisch überzeugendes Konzept. Einen sachlichen Grund dafür, die Business Judgment Rule auf Kapitalgesellschaften (oder gar nur einen Teil der Kapitalgesellschaften) zu begrenzen, gibt es nicht.[81] Es verwundert daher wenig, dass in Deutschland Lehre und Rspr anerkennen, dass die Business Judgment Rule auch auf andere juristische Personen sachgerecht angewendet werden muss.[82]

Geltungsgrund der Business Judgment Rule und der damit verbundenen (wenn auch nur den bisherigen Rechtszustand im Wesentlichen festschreibenden) Anerkennung eines relativ breiten Ermessensspielraums bei unternehmerischen Entscheidungen ist die Etablierung eines sach- und interessengerechten Haftungsmaßstabs für diejenigen, die in unternehmerischer Weise über fremdes Vermögen verfügen.

Damit sind Geschäftsleiter von Genossenschaften, Sparkassen, der SE, des Vereins und der Privatstiftung in derselben Weise angesprochen.

Im Grundsatz war bisher auch ganz zu Recht anerkannt, dass zB die Vorstandsmitglieder einer Privatstiftung – natürlich nur im Rahmen der ihr durch die Stiftungsurkunde bzw Stiftungszusatzurkunde gezogenen (manchmal zB *in puncto* Vermögensverwaltung relativ engen)[83] Grenzen – einen unternehmerischen Ermessensspielraum bei ihren Entscheidungen besitzen, der dem Prinzip der Business Judgment Rule entspricht.[84]

Soweit man den neuen Bestimmungen des § 84 Abs 1a AktG bzw des § 25 Abs 1a GmbHG rechtsverändernde Kraft zuerkennt, ist daher eindeutig nicht ein Umkehrschluss, sondern Analogie geboten.

Ein anderes Ergebnis wäre auch verfassungsrechtlich problematisch.

## III. Zusammenfassung

*1.* Die Novellierung des § 153 StGB ist ein Schritt in die richtige Richtung, aber als Reform dennoch halbherzig geblieben.

*2.* Mit der Verwendung des Kriteriums des „unvertretbaren" Regelverstoßes hat der Gesetzgeber den – hoffentlich tauglichen – Versuch unternommen, die Zahl nicht oder nur schwer nachvollziehbarer Ermittlungsverfahren wegen Untreue einzudämmen oder zumindest zu einem rascheren Ende zu führen. Die gesetzliche Formulierung ist entgegen verschiedentlich geäußerter Kritik sehr wohl eine gewisse Präzisierung des Tatbestands.

*3.* Ob die in den Gesetzesmaterialien beschriebene, aber im Gesetz kaum Niederschlag findende Modifikation des Schadensbegriffs von den Gerichten aufgegriffen werden wird und damit dem – begrüßenswerten – Anliegen der Gesetzesverfasser Rechnung getragen werden kann, die schleichende Mutierung des Untreuetatbestands in ein Vermögensgefährdungsdelikt zu verhindern, darf bezweifelt werden.

*4.* Der Wegfall der noch im Initiativantrag enthaltenen Klarstellung, dass untreuerelevanter Missbrauch nicht vorliegt, wenn der Machthaber oder wirtschaftlich Berechtigte der Vermögensverfügung zugestimmt hat, ändert nichts daran, dass dies wie schon bisher auch ohne explizite Klarstellung zu gelten hat. Versäumt wurde vom Gesetzgeber, sich zur Frage zu äußern, ob es bei der durch die Gesellschafter des Machtgebers erklärten Einwilligung stets eines Beschlusses aller Anteilseigner bedarf oder ob – entsprechend der in Deutschland herrschenden und allein überzeugenden Ansicht – unter gewissen Voraussetzungen auch ein Mehrheitsbeschluss genügt (insb wenn er in einer ordnungsgemäß einberufenen Gesellschafterversammlung gefasst wird).

*5.* Die gesetzliche Verankerung der Business Judgment Rule im AktG und GmbHG ist zu begrüßen; bedauerlich sind indes das Unterbleiben einer rechtsdogmatischen Diskussion im Vorfeld und der Umstand, dass die Regelung im Windschatten der Novellierung des § 153 StGB umgesetzt wurde, obwohl es sich um eine genuin schadenersatzrechtliche Vorschrift handelt.

*6.* Viele Fragen offen lässt oder neue eröffnet die Business Judgment Rule in Bezug auf die Beweislastverteilung. Richtigerweise lässt sich weder die generelle Regel aufstellen, dass der in Anspruch genommene Geschäftsleiter das Vorliegen der Voraussetzungen der Business Judgment Rule zu beweisen hat, noch jene, dass der Kläger deren Nichtvorliegen beweisen muss (wie das für das US-amerikanische Vorbild gilt). Dass auf angemessener Informationsgrundlage gehandelt wurde, muss mE dann (aber nur dann) der Geschäftsführer nachweisen, wenn er noch im Amt ist oder ihm die Gesellschaft Zugang zu den relevanten Unterlagen und Informationen eröffnet. Gehaftet wird nur für grob fahrlässige Fehler bei der Informationsbeschaffung. Das Vorliegen eines Interessenkonflikts iSd Vorliegens von Geschäften mit nahestehenden Personen hat immer die klagende Gesellschaft zu beweisen. Hat sie die Konfliktkonstellation nachgewiesen, obliegt dem Geschäftsleiter der Nachweis, dass die Konditionen fremdüblich sind.

*7.* Die gesetzliche Verankerung der Business Judgment Rule führt entsprechend einer zur deutschen Parallelbestimmung in § 93 Abs 1 dAktG aus 2005 im Vordringen begriffenen Meinung dazu, dass für Handeln innerhalb der Business Judgment Rule nur bei grober Fahrlässigkeit gehaftet wird.

*8.* Obwohl der Gesetzgeber die Business Judgment Rule in Österreich nur im AktG und GmbHG vorgesehen hat, ist sie analog auch auf andere juristische Personen anzuwenden, bei denen Organwalter unternehmerisch über fremdes Vermögen verfügen. Das gilt namentlich für Sparkasse, Genossenschaft, Verein, SE und Privatstiftung.

[80] Vgl AB 728 BlgNR 25. GP, 7 und 12.

[81] *G. Schima*, RdW 2015, 292.

[82] Vgl *Schneider* in *Scholz*, GmbHG II[10] (2007) § 43 Rz 32 f; BGH 4.11.2002, II ZR 224/00; *Graef*, Managerhaftung – Korrekturbedarf bei der Business Judgement Rule, GmbHR 2011, R161; RegE UMAG, BR-Drucks 3/05, 24; *Keßler/Herzberg*, Zur gesetzlichen und statutarischen Geltung der „Business Judgement Rule" im Genossenschaftsrecht, BB 2010, 907.

[83] Auch dort gibt es aber idR einen nicht unerheblichen Ermessensspielraum; vgl *Kalss/K. Müller* in *Gruber/Kalss/Müller/Schauer*, Erbrecht und Vermögensnachfolge (2010) § 25 Rz 199 ff.

[84] Vgl *N. Arnold*, PSG[3] (2013) § 17 Rz 51 mwN.