KUNZ SCHIMA WALLENTIN

KSW
RECHTSANWÄLTE

DR PETER KUNZ
HONPROF DR GEORG SCHIMA, M.B.L.-HSG, LL.M. (VADUZ)
MAG DR EBERHARD WALLENTIN
PROF MAG DR THOMAS WALLENTIN
EINGETRAGENER MEDIATOR
MAG BIRGIT VOGT-MAJAREK

DR NATALIE HAHN
MAG DANIEL LIEMBERGER
DR GERT WALLISCH
DR PHILIPP SPRING, LL.M.
MAG MARIO SPANYI
MAG ALEXANDRA SCHWARZ
DR KATHARINA KÖRBER-RISAK
DR WOLFGANG SINDELAR
MAG MARIA SCHEDLE
DR THOMAS SEEBER
DR MARIE-AGNES ARLT, LL.M.

KEYNOTE-SPEECH ZUR VERANSTALTUNG „BRENNPUNKT AUFSICHTSRAT“ – PANEL 2 „VERANTWORTUNG UND HAFTUNG“

22. Jänner 2015
WU Wien

1. „Vorstandsmitglieder haften streng, aber selten“. Diesen Befund, zu dem vor ein paar Monaten der Gutachter am DJT in Hannover zum Thema „Reform der Geschäftsleiterhaftung“ gelangte, lässt sich grds auch auf AR-Mitglieder übertragen.

Gemeint ist damit, dass die Haftung von AR-Mitgliedern (ebenso wie natürlich von Vst-Mitgliedern und Geschäftsführern) im Gesetz streng gestaltet und va betraglich nicht limitiert ist, dass es aber de facto vergleichsweise selten zur zivilrechtlichen Anspruchnahme von AR-Mitgliedern kommt.

Der berühmte Bankier Hermann Josef Abs hat dies einmal markig so formuliert, es „sei leichter, eine Sau am eingeseiften Schwanz zu packen als einen AR bei seiner Verantwortung“.

Verantwortlich gemacht werden für dieses Phänomen im Wesentlichen zwei Gründe: einerseits unzureichende gesetzliche Regelungen hinsichtlich der Geltendmachung der Verantwortung, die es zB Aktionärsminderheiten zu schwer mache, die Haftung bei Fehlverhalten auch tatsächlich zu aktivieren, und andererseits die Interessen- und Gefahrengemeinschaft, in der sich AR und Vst typischerweise befinden. Eine Haftung des AR ohne gleichzeitiges Fehlverhalten des vom AR zu überwachenden Vst ist schwer denkbar, sodass Letzterer als den AR verklagendes Organ realistischerweise nicht bzw nur in Betracht kommt, wenn es mittlerweile zu einem Personenwechsel gekommen ist. Umgekehrt ist im Falle akuter Vst-Verantwortlichkeit auch der AR manchmal seinen Pflichten nicht nachgekommen und riskiert deshalb, wenn der den Vst verklagt, von diesem mittels Streitverkündigung sofort in den Prozess hineingezogen zu werden. Die Folgen, die dies insb auch für eine vorhandene

A-1090 WIEN
PORZELLANGASSE 4
OFFICE@KSW.AT
WWW.KSW.AT
TEL: +43-1-313 74 - 0
FAX: +43-1-313 74 -80

KUNZ SCHIMA WALLENTIN
RECHTSANWÄLTE OG
FN 228952W, HG WIEN

ADVM: P111515
UID: ATU 13376407
DVR: 0599751

Manager-Vermögensschadenshaftpflichtversicherung (D&O-Versicherung) haben kann, können fatal sein.

2. In der breiten Öffentlichkeit wird dies freilich ohnehin noch deutlich anders und viel undifferenzierter gesehen. Denn bei einer vor rund einem Jahr veröffentlichten Umfrage erklärten 85% der befragten Personen, dass die bestehenden Haftungsregeln für Manager und AR nicht ausreichend seien und daher verschärft werden sollten. Nur 8% der Befragten hielten die bestehenden Haftungsregelungen für ausreichend, 7% hatten dazu keine Meinung. Dass AR-Mitglieder genauso wie Vst-Mitglieder und Geschäftsführer schon bei leichter oder gar leichtester Fahrlässigkeit mit ihrem gesamten Vermögen betraglich unbeschränkt haften und ihnen auch die Wohltaten des DNHG nicht zugutekommen, hat sich in der Bevölkerung nicht herumgesprochen. Deren Wissensstand prägt vielmehr das Bild vom gut – oder betrachtet man die diversen Internetforen, offenbar weit überhöht – bezahlten Manager oder Kontrolleur, der kassiert, aber für Fehlverhalten kaum je zur Verantwortung gezogen wird.

3. Man könnte nun je nach Temperament die Hände über dem Kopf zusammenschlagen oder die Achseln zucken und sich damit begnügen, dass das, was in diversen Postings und von Medien eingerichteten Diskussionsforen alles zum Besten gegeben wird, die verirrte Meinung sozialer Randexistenzen sei, die – ähnlich wie dies ein sehr kluger Kommentar im Deutschen Handelsblatt jüngst für die deutsche PEGIDA-Bewegung erklärt hat – letztlich für ihr eigenes Scheitern im Leben andere Sündenböcke sucht.
Dies wäre indes doch ein wenig zu einfach.
Denn auch sie als gehobenes Fachpublikum, meine sehr geehrten Damen und Herren, werden sich vielleicht schon gelegentlich gefragt haben, warum Investitionskosten-Debakel wie der Wiener Flughafen mit einer Baukostenüberschreitung von fast 100% nicht nur strafrechtlich, sondern auch zivilrechtlich ungesühnt bleiben, ja nicht einmal der Versuch einer Geltendmachung der zivilrechtlichen Verantwortung unternommen wird, wohingegen die österreichische FMA Aufsichtsräte wegen des Verdachts der Untreue (die ab EUR 50.000,-- bekanntlich mit bis zu 10 Jahren Strafe bedroht ist), anzeigt, weil der AR beschlossen hat, einem Bank-Vst-Mitglied eine Verwaltungsstrafe von ein paartausend Euro zu ersetzen.
Hier scheint in der Tat etwas in der Proportion nicht zu stimmen. Und gerade an diesen beiden Beispielen deutet sich schon das an, was ich im Laufe der nächsten 15 bis 20 Minuten noch etwas näher darlegen möchte, dass nämlich das Strafrecht – va mittels des Untreue-Paragraphen (§ 153 StGB) – immer mehr jenen Raum besetzt, den das Zivilrecht anscheinend nicht auszufüllen vermag, für den aber strafrechtliche Sanktionen häufig weder geboten noch angemessen noch in zumindest manchen Fällen schon auf dem Boden des geltenden Rechts argumentierbar sind.

4. Betrachten wir nun kurz, wie sich der OGH in der Vergangenheit zur Verantwortung des AR geäußert hat.

a. Jede derartige Erörterung muss mit der berühmten „Krauland-Entscheidung“ des OGH vom 31. Mai 1977 (5Ob 306/76 = EvBl 1987/4) ihren Ausgang nehmen. Denn das, was der OGH in dieser rund 80 Seiten starken Entscheidung sagte, wird seither im Schrifttum und auch vom Höchstgericht selbst formelhaft als das wiedergegeben, was gleichsam das kleine Einmaleins des OGH zur AR-Haftung sei. Dabei eignen sich der Fall und die Entscheidung des Höchstgerichtes als Referenz-Erkenntnis für die Haftung von AR-Mitgliedern überhaupt nicht, wenn man sie ein wenig näher analysiert. Es ging nämlich damals um einen simplen Betrugsfall. Hintergrund war die Insolvenz der Allgemeinen Wirtschaftsbank, deren Vst- und später AR-Vorsitzende ein früherer Minister, eben Herr Dr Peter Krauland, war. Im Verfahren selbst ging es keineswegs unmittelbar um dessen Haftung als AR-Mitglied als vielmehr um eine Konkurseröffnungsentscheidung. Herr Dr Krauland hatte es geschickt verstanden, die Insolvenzeröffnung über sein Vermögen lange Zeit zu verhindern. Da bei natürlichen Personen nur die Zahlungsunfähigkeit, nicht aber die Überschuldung einen Insolvenzgrund bildet, Herr Dr Krauland aber damals nicht von Gläubigern bedrängt wurde, sondern immerhin eine ganz stattliche Ministerpension genoss und auch über ein kleines Vermögen verfügte, musste der OGH zu einem Kunstkniff greifen: Er legte in der E näher dar, warum Herr Dr Krauland seine Verpflichtungen als Organwalter in der Bank verletzt und damit seine Schadenersatzpflicht in einer Höhe ausgelöst hatte, die seine Aktiva um das Vielfache überstieg. Sodann meinte der OGH, dass eine so krasse Überschuldung auch bei einer natürlichen Person Zahlungsunfähigkeit indiziere – in Wahrheit natürlich eine Fiktion. Und zur Haftung von Herrn Dr Krauland als damaliger AR-Vorsitzender gelangte der OGH, weil dieser fälschlich, wie der E-Sachverhalt deutlich zeigt, aber vorsätzlich – bewirkt hatte, dass eine wertvolle Liegenschaft (Am Stock im Eisenplatz im Ersten Bezirk) als Besicherung für einen Kredit im Jahresabschluss aufschien, obwohl mangels Eintragung ins Grundbuch nicht einmal ein Pfandrecht wirksam begründet worden war.
Die Ausführungen des OGH, ein AR-Mitglied müsse den Intabulationsgrundsatz kennen und in der Lage sein, besser als ein gewöhnlicher Kaufmann „auch schwierige wirtschaftliche und rechtliche Zusammenhänge zu erkennen“, ist insofern eine Themaverfehlung, als nach dem Sachverhalt die Wirtschaftsprüfer und die Gläubiger ja bewusst getäuscht werden sollten und sich daher die Frage nach dem Grad der anzuwendenden Sorgfalt und Kontrolle überhaupt nicht stellte.

Im Übrigen ist aber die auf das Sendungsbewusstsein des damals die E verantwortenden Senatspräsidenten (der dieses Erkenntnis später bei jeder Gelegenheit wortreich verteidigte) zurückzuführende Ausführung, ein AR-Mitglied müsse nicht nur schwierige wirtschaftliche, sondern auch schwierige rechtliche Zusammenhänge erkennen können, deutlich überzogen. Wäre dies so, müssten Rechtsberater überhaupt nie zugezogen werden. Außerdem fragt man sich dann, welche Kenntnisse eigentlich von Vst-Mitgliedern zu verlangen sind, die dem Geschäft und damit auch den Rechtsproblemen des Unternehmens ja noch viel näher stehen!

b. Erst im Jahr 2002 (OGH 26.2.2002, 1Ob 144/01k) hatte der OGH wieder Gelegenheit, konkret zur Haftung von AR-Mitgliedern Stellung zu nehmen.
In dieser E ging es um den Konkurs über das Vermögen der Intercontinentale GmbH, einer Spedition, deren Mehrheitsgesellschafterin, eine große britische Transportgesellschaft, ebenfalls insolvent geworden war.
Die österreichische GmbH erwirtschaftete in den letzten zehn Jahren vor der Konkurseröffnung ausschließlich Verluste im kumulierten Ausmaß von damals fast ATS 500 Mio und befand sich in permanenten Schwierigkeiten, die ihren Ausdruck auch in stark verzögerter Erstellung bzw Testierung von Jahresabschlüssen und ständigen Verhandlungen mit finanzierenden Banken mit der Mehrheitsgesellschafterin fanden. Die Mehrheitsgesellschafterin, die in den Jahren vor Insolvenzeröffnung über die Tochter immer wieder Geld eingeschossen und gelegentlich Zusagen gemacht hatte, war dazu letztlich selbst nicht mehr im Stande, weshalb die österreichische GmbH Insolvenz anmelden musste. Die gegen den damaligen AR-Vorsitzenden und ein von den Gläubigerbanken entsandtes AR-Mitglied gerichtete Schadenersatzklage des Masseverwalters blieb indes ohne Erfolg. Um auf die E im Detail einzugehen, ist hier nicht ausreichend Zeit. Zusammenfassend festgehalten werden kann, dass der OGH mit den beklagten AR-Mitgliedern eher milde umgibt. Denn obwohl nach den Sachverhaltsfeststellungen weder in den Jahren 1993 noch 1995 überhaupt eine einzige AR-Sitzung stattgefunden hatte, der AR sich mit dem Thema mögliche Insolvenz nie beschäftigte und der OGH selbst die Vorschriften, die eine Mindest-Sitzungsfrequenz im Gesetz statuieren, als Schutzgesetz qualifizierte, lehnte er die Haftung ab. Zwar müsse bei einer Schutzgesetzverletzung nur die Verletzung der betreffenden Norm und ein damit in Zusammenhang stehender Schaden, nicht aber ein strenger Kausalzusammenhang bewiesen werden, doch sei es den beklagten AR-Mitgliedern gelungen, darzulegen, dass ein anderer Kausalverlauf wahrscheinlicher sei und weder Mehrheitsgesellschafter noch Geschäftsführung sich damals für eine Insolvenzeröffnung entschieden hätten, selbst wenn der AR darauf gedrängt hätte.

c. Ein Jahr später konnte sich der OGH erneut mit der Haftung von AR-Mitgliedern beschäftigen (OGH 22.5.2003, 8Ob 262/02s). Es ging um die Insolvenz der auf das Wechselstubengeschäft spezialisierten Rieger Bank AG im Oktober 1998. Die Bank hatte über Jahre steigende Jahresgewinne, steigende Bankguthaben und steigende Barreserven bei gleichzeitiger Ausweitung von vergleichsweise hochverzinslichen Verbindlichkeiten zu verzeichnen; ihre Jahresabschlüsse wurden vom Abschlussprüfer jeweils mit einem uneingeschränkten Bestätigungsvermerk versehen. In Wahrheit waren die Bilanzen über die Jahre durch kriminelle Manipulationen des Vst-Vors, der gleichzeitig über eine Privatstiftung zumindest wirtschaftlich als Alleineigentümer fungierte, systematisch gefälscht worden. Va die riesige Barreserve war in Wahrheit physisch praktisch nicht vorhanden.
Der Masseverwalter klagte in der Folge alle AR-Mitglieder wegen Konkursverschleppung auf ATS 100 Mio Schadenersatz, blitzte aber in sämtlichen Instanzen ab. Dabei ist besonders interessant, dass das Erstgericht

nicht einmal ein Beweisverfahren durchführte, sondern die Klage wegen Unschlüssigkeit abwies, was in beiden Oberinstanzen bestätigt wurde.
Auch hier wurde den AR-Mitgliedern im Wesentlichen vorgeworfen, sie hätten bei näherer Auseinandersetzung mit dem Zahlenwerk und den Jahresabschlüssen der Gesellschaft deren längst eingetretene Insolvenzreife erkennen und sodann gegenüber dem Vst auf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hinwirken oder den Vst unverzüglich abberufen müssen.
Und auch hier ging der OGH mit den beklagten AR-Mitgliedern vergleichsweise pfleglich um und betonte, dass AR-Mitglieder nicht verpflichtet seien, den Jahresabschluss bis ins kleinste Detail zu prüfen. Vielmehr habe der AR den Jahresabschluss und die ihm zugrunde liegenden Unterlagen auf Plausibilität zu prüfen. Außerdem sei die Prüfung des AR eine Nach-Prüfung, weil ihr Gegenstand der vom Vst schon aufgestellte und vom Wirtschaftsprüfer bereits testierte Jahresabschluss sei.

Die AR-Mitglieder hätten sich darauf verlassen dürfen, dass dem vom Vst bzw Vst-Vors vorgetragenen Behauptungen, die hohe Barreserve sei wegen einer laufenden und gravierenden Auseinandersetzung mit der OeNB erforderlich, eine realistische und vertretbare Unternehmensstrategie zugrunde gelegen wäre.
Die AR-Mitglieder hätten daher davon ausgehen dürfen, der Vst bzw der Alleinaktionär nähme aus Gründen langfristiger Unternehmensstrategie Gewinnminderungen in Kauf.

d. Den vorläufigen Schlusspunkt in der Rsp des OGH zur zivilrechtlichen Haftung von AR-Mitgliedern bildet de Hirsch Servo-Entscheidung aus dem Jahr 2008 (OGH 11.6.2008, 7Ob 58/08t).
Auch hier wurde eine Haftung der geklagten AR-Mitglieder vom Höchstgericht verneint und in diesem Fall wohl mit der zweifelhaftesten Begründung aller bislang behandelten Entscheidungen.
Die Hirsch Servo AG, eine kleine börsenotierte Aktiengesellschaft, befand sich in einer wirtschaftlich damals zwar nicht prekären, aber auch nicht sehr rosigen Lage. Da AR und Aktionäre mit der Leistung des Vst unzufrieden waren, wurde eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft beauftragt, die zwar keine als grobe Pflichtwidrigkeiten zu deutenden Verstöße der Geschäftsleitung feststellte, wohl aber deutlichen Verbesserungsbedarf in der Geschäftsführung und eine drastische Verfehlung der gesetzten Finanzziele.
Der AR, der davor zwei oder drei Vst-Mitglieder während der Durchführung der laufenden Untersuchung suspendierte, darüber aber keine ad hoc-Meldung abgegeben hatte, sah sich nun mit dem Problem konfrontiert, dass das Gutachten des WP keine eine Abberufung wegen grober Pflichtverletzung und Entlassung rechtfertigenden Verfehlungen aufdeckte, eine Abberufung über ein Misstrauensvotum der Hauptversammlung wegen der negativen Publizität auf keinen Fall gewünscht war, weder AR noch Mehrheitsaktionär aber die Rücknahme der Suspendierung und Weiterarbeit der beiden betroffenen Vst-Mitglieder wollten.
Diese für den Aufsichtsrat unangenehme Verhandlungssituation machten sich die beiden suspendierten Vst-Mitglieder und ihre Berater zunutze und erreichten

im Verhandlungsweg eine Lösung, die so aussah, dass den Vst-Mitgliedern nicht nur die (etwas weniger als ein Jahr betragende) Restlaufzeit ihrer Anstellungsverträge abgegolten, sondern darüber hinaus eine freiwillige Abfindung iHv EUR 625.000,-- in einem Fall bzw EUR 573.000,-- im anderen Fall, also deutlich mehr als ein Jahresbezug, gezahlt wurde.
Auf diese Art und Weise meinte der AR auch, eine ad hoc-Meldung vermeiden zu können.

Der Klage, die gegen die für die freiwilligen Abfindungen stimmenden AR-Mitglieder erhoben wurde, hatte das Erstgericht noch stattgegeben; Berufungsgericht und OGH wiesen sie jedoch ab.
Die Begründung des OGH hinterlässt dbzgl einen eher schalen Nachgeschmack. Einerseits wurde die offenkundige Verletzung der börserechtlichen Publizitätspflichten nicht thematisiert, und andererseits ließ das Höchstgewicht nicht erkennen, warum es die Entscheidung des AR billigte, freiwillige und durch den Vertrag in keiner Weise gedeckte Abfindungen anlässlich des ohnehin feststehenden Ausscheidens zu bewilligen. Die Ausführungen des Höchstgerichtes, die Gesellschaft habe ohnehin noch eine Dividende von ein paarhunderttausend Euro ausgeschüttet, und die AR hätten davon ausgehen können, mit der Genehmigung der Zahlungen von der Gesellschaft Schaden abzuwenden, weshalb keine krasse Überschreitung des dem AR eingeräumten Ermessens vorliege, erweisen sich im Grunde als inhaltsleer.
Richtig und überzeugend ist daran allein, dass dem AR ein weites Ermessen bei seinen Entscheidungen zuzugestehen ist, wie dies im Übrigen auch auf den Vst zutrifft und dass nur eine eindeutige Überschreitung des zur Verfügung stehenden Rahmens haftbar macht.
Im konkreten Fall wurde aber gar nicht geprüft, ob der AR sich von irgendwelchen konkreten Überlegungen zum Unternehmensinteresse bei seiner Entscheidung leiten ließ (der Sachverhalt gibt dazu überhaupt nichts her), oder ob die beiden Abfindungszahlungen nicht eher den Charakter von „Schweigegeld“ hatten, weil der AR selbst nicht daran interessiert war, eigene Kontrollversäumnisse der Vergangenheit öffentlich thematisiert zu sehen.
Entsprechend kritisiert wurde die Entscheidung zumindest zum Teil zum Schrifttum.

5. Trifft also nun das markige Zitat von Hermann Josef Abs tatsächlich zu, dass es leichter sei, eine Sau am eingeseiften Schwanz zu fassen als einen AR bei seiner Verantwortung?
Die Antwort auf diese Frage hängt naturgemäß sehr vom Standpunkt des Betrachters ab.
Richtig ist zwar zumindest mE, dass der OGH in seiner zivilrechtlichen Judikatur zur AR-Haftung mit Aufsichtsräten in der Vergangenheit eher Milde gezeigt hat – die Krauland-Entscheidung ist wegen des Vorliegens eines klaren Betrugsfalles hier kein Gegenbeispiel -, richtig ist aber auch, dass sehr wohl deutlich geworden ist, dass diese zivilrechtliche Verantwortung ernstzunehmend ist und im Falle des Falles durchaus existenzvernichtend sein kann.

Nicht vergessen darf man außerdem, dass AR nur in Aktiengesellschaften, die in Österreich üblicherweise größere Unternehmen und nicht so zahlreich verbreitet sind, zwingend bestehen, dagegen nur in vergleichsweise wenigen GmbHs. Aktiengesellschaften werden daher im Vergleich selten insolvent, und die GL- und AR-Haftung ist zumindest in empirischer Sicht in erster Linie ein Insolvenzthema.

Jene Fälle, in denen es nur zur außergerichtlichen Inanspruchnahme oder vielleicht zu einer kurzen zivilrechtlichen Auseinandersetzung mit anschließender Einigung unter Einbeziehung der D&O-Versicherung kommt, gelangen nicht an die Höchstgerichte und daher auch nicht oder kaum an die Öffentlichkeit.

6. Ungemach droht AR-Mitgliedern heute, wie ich schon zu Beginn meiner Ausführungen angedeutet habe, freilich weniger von der zivilrechtlichen Verantwortung – denn diese wird auch in Österreich zunehmend durch D&O-Versicherungen recht gut abgepolstert -, sondern vielmehr von der Staatsanwaltschaft.

Va der Untreue-Paragraph (§153 StGB) entwickelt sich in den Händen motivierter oder manchmal auch übermotivierter Strafverfolgungsbehörden immer mehr zu einer Allzweckwaffe zur Pönalisierung riskanter oder allzu riskanter unternehmerischer Entscheidungen von Vst und/oder AR.

Diese Entwicklung kann nicht begrüßen, wer auf nachhaltige Wertschöpfung abzielendes unternehmerisches Handeln als permanentes Eingehen von Risiken betrachtet. Denn dass die Risikobereitschaft durch allzu leicht drohende strafrechtliche Sanktionen beeinträchtigt und nicht nur in ihren exzesshaften und zu vermeidenden Auswirkungen gedämpft wird, liegt auf der Hand.

Gefangen im Netz von compliance- und aufsichtsrechtlichen Vorschriften ist ein Vst und in gemildertem Maße auch ein Ar immer mehr in der Situation, va darauf zu achten, die Dinge richtig zu tun, anstatt die richtigen Dinge zu tun.

Dies gilt auch und insb für Kreditinstitute, die in den letzten Jahren – teilweise sicher nicht zu Unrecht – ins Kreuzfeuer der Kritik gerieten, im Gefolge der Finanzkrise 2008/2009, aber immer mehr mit regulatorischen, aufsichtsrechtlichen und sonstigen Vorschriften geradezu überflutet werden, die die eigentliche Geschäftstätigkeit zunehmend beeinträchtigen.

Gerade in Kreditinstituten befindet sich der AR in einer besonders exponierten Funktion, weil er dort, auch wenn das AktG 1965 in § 95 Abs 5 Gegenteiliges verkündet, der Sache nach teilweise zum Mitgeschäftsführungsorgan wird. Denn die im Kreditausschuss des AR zu verrichtende Tätigkeit ähnelt in ihrer Prüfungsintensität durchaus der des Vst, der in einer größeren Bank den Kredit ja auch nicht selbst vergibt, sondern sich mehr oder weniger auf die

entsprechend aufbereiteten Unterlagen und Prüfungen der nachgeordneten Unternehmensebenen verlässt. Kreditgewährung ist aber nicht nur in zivil-, sondern va in strafrechtlicher Hinsicht die wohl haftungsträchtigste Vst- und AR-Tätigkeit. Denn hier lauert die Untreue nach der strafrechtlichen Judikatur des OGH eben schon dann, wenn sich Vst oder AR nicht einmal zwangsläufig über existierende – seien es gesetzliche, seien es bankinterne – Normen, sondern nur über das hinwegsetzen, was Jahre später ein Gerichtsachverständiger als bankübliche Sorgfalt ausmacht und einen Kredit an einen nicht über ausreichende Bonität verfügenden Schuldner ohne ausreichende Sicherheiten vergeben oder genehmigen. Der wissentliche Befugnismissbrauch, der so eine schwer zu übersteigende Schranke zu sein scheint, wird recht schnell angenommen, und der zumindest bedingte Schädigungsvorsatz gegenüber der Gesellschaft ist in der praktischen Rechtsanwendung eher eine Formsache, obwohl mein Kollege, Prof Lewisch ganz zurecht darauf hingewiesen hat, dass es Kredituntreue außer bei der Kreditgewährung an tatsächlich bekanntermaßen insolvente oder fast insolvente Schuldner eigentlich nicht geben dürfte, weil kein seiner Sinne mächtiger Bankmanager schon bei Kreditgewährung damit rechnet, dass ein Kredit nicht zurückgezahlt werden kann und sich mit der Nichtrückzahlung abfindet. Dies wären nämlich die Voraussetzungen für einen zumindest bedingten Vermögensschädigungsvorsatz.

7. Wie die vor etwa einem Jahr ergangene Libro-Entscheidung deutlich zeigt, geht der OGH aber mittlerweile noch einen deutlichen Schritt weiter. Mit seiner – zurecht von allem gesellschaftsrechtlichen und strafrechtlichen Kommentatoren (zu denen ich auch zähle) so gut wie einhellig abgelehnten – Entscheidung, die auf Wunsch und mit Wissen des Alleinaktionärs an diesen auf der Basis eines falschen Jahresabschlusses ausgeschüttete und damit den Tatbestand der verbotenen Einlagenrückgewähr verwirklichende Dividende als Untreue der beiden Angeklagten Vst-Mitglieder zulasten der Gesellschaft zu qualifizieren, gibt der OGH die bislang als Dogma angesehene wirtschaftliche Betrachtungsweise im Strafrecht und bei der Beurteilung von Ein-Mann-Gesellschaftsbeziehungen im Ergebnis auf und wirft, um mit Prof Fuchs zu sprechen, alles über Bord, was man seit 40 Jahren über den Untreuetatbestand zu wissen glaubt. Der Nichtigkeitsbeschwerde des ebenfalls AR-Vorsitzenden wurde nicht etwa aus materiell-rechtlichen Gründen, sondern nur deshalb Folge gegeben, weil di entsprechenden Urteilsfeststellungen des Erstgerichtes (so insb die Feststellung, dass der AR-Vorsitzende nach Erkennen eines möglichen Verschmelzungsverlustes von ATS 145 Mio die Vst-Mitglieder mit der Suche nach Gewinnposten beauftragt hätte, im Wissen, dass solche nicht vorhanden waren) nicht begründet worden waren. Der OGH ließ aber wenig Zweifel daran, dass diese Feststellungen im Falle entsprechender Begründetheit eine Verurteilung wegen Untreue durchaus tragen würden.
Der OGH schafft mit dieser klar abzulehnenden Judikatur ein Sonder-Bilanzstrafrecht via Untreue, was deshalb sehr misslich ist, weil die Strafdrohung für Bilanzfälschung (§ 255 AktG) ein Jahr beträgt, die für Untreue ab einem Schaden von mehr als EUR 50.000,-- ein bis zehn Jahre.

Dass es noch „innovativer“ geht, wird derzeit gerade im Zusammenhang mit der jüngst eingebrachten Anklageschrift gegen aktuelle bzw ehemalige Vst- und AR-Mitglieder der Meinl Bank vorexerziert. Als mit dem Fall befasster Berater möchte ich mich darüber nicht näher verbreitern und allenfalls in der Diskussion an die anwesenden Wirtschaftsprüfer die Frage richten, welche Sichtweise sie dazu haben.
Faktum ist jedenfalls, dass in dieser derzeit aktuellen Sache in Wahrheit rein bilanzrechtliche Fragen im Zentrum stehen, nämlich die Frage, ob Rückstellungen für das Risiko künftiger im Zeitpunkt der Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses bzw der Hauptversammlung über die Gewinnverwendung in keinerweise quantifizierbare und auch nicht näher bewertbare Risiken in der Bilanz rückgestellt werden müssen bzw überhaupt dürfen. An ihre Auffassung, für solche Risiken müssten Rückstellungen in überaus beträchtlicher Höhe gebildet werden, verbindet die Staatsanwaltschaft die Konsequenz, dass bei Nichtbildung der Jahresabschluss falsch sei und eine auf dessen Grundlage erfolgte Dividendenausschüttung Untreue bedeute. Die betroffenen AR-Mitglieder hätten durch die Feststellung des Jahresabschlusses daran als Beitragstäter mitgewirkt.

8. Ob diese bedenkliche Entwicklung durch die im Justizministerium ja diskutierte Modifizierung des Untreue-Tatbestandes gebremst oder in angemessene Bahnen gelenkt werden kann, bleibt abzuwarten und ist durchaus fraglich.
Nicht ausgeschlossen werden kann nach alledem, dass die teilweise Hyperaktivität in manchen Staatsanwaltschaften bei der Handhabung va des Untreue-Tatbestandes doch zum Teil darauf zurückzuführen sein könnte, dass damit einem auch in breiten Teilen der Bevölkerung empfundenen Versagen der zivilrechtlichen Haftungsinstrumente abgeholfen werden soll. Sollte diese These richtig sein, dann müsste man aus rechtspolitischer Sicht sich auch damit beschäftigen, ob nicht jene Regeln, die in Kapitalgesellschaften die Durchsetzung von Haftungsansprüchen betreffen, anspruchsfreundlicher gestaltet werden. Eine Verschärfung der materiell-rechtlichen Haftung ist nicht nur nicht geboten; sie ist im Grunde genommen auch gar nicht möglich. Denn mehr zu verlangen als eine unbeschränkte Haftung mit dem ganzen Vermögen auch für Milliardenschäden selbst bei leichtester Fahrlässigkeit, kann auch der größte Scharfmacher nicht. Im Übrigen folgt eine schleichende Haftungsverschärfung allein schon in den letzten Jahren und in beaufsichtigen Unternehmen insbesondere durch neue Regelungen und aufsichtsbehördliche Maßnahmen. Erwähnt sei hier nur das leidige Thema Bonifikationen für Vst-Mitglieder und Risikoträger bzw Mitarbeiter in Kontrollfunktionen in Kreditinstituten. Dieses Thema beschäftigt mittlerweile sowohl in den betroffenen Unternehmen als auch in der FMA ganze Brigaden und darüber hinaus diverse Rechtsberater mit durchaus zweifelhaftem Nutzen.

Dass eine Erleichterung der Haftungsdurchsetzung – wie dies auch am DJT im letzten September richtig erkannt wurde – damit verknüpft sein sollte, dass über eine Möglichkeit der Verankerung von Betragsbegrenzungen und

Haftungsmilderungsklauseln zB in der Satzung nachgedacht wird, um der Haftung die existenzbedrohende Wirkung zu nehmen, ist freilich eine Erkenntnis, die die Rechtsexperten mit den betroffenen Verkehrskreisen der Manager und Aufsichtsräte teilen dürften, zu deren legistischer Umsetzung den Verantwortlichen in der Politik aber mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit der Mut fehlen wird.
Denn Manager- und AR-Bashing bringt allemal mehr Stimmen als differenzierte Gesetzgebung mit Augenmaß.

Ich danke Ihnen für Ihre Aufmerksamkeit.

Wien, am 22. Jänner 2015 **Dr Georg Schima**
F: \DOCSTORE\Schima\Seminar Referent 2015\RAK+KWT\AVs intern\20150122_Keynote-Speech GS.docx