

# Business Judgment Rule

## Der (neue) Maßstab für Managemententscheidungen

MMag. Dr. Christopher Schrank / MMag. Martin Kollar

*Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder treffen täglich Entscheidungen für ihre Unternehmen und übernehmen damit Verantwortung. Stellen sich Entscheidungen im Nachhinein als falsch heraus, können ihnen daraus Schadenersatzforderungen und strafrechtliche Anschuldigungen drohen. Der Maßstab dafür, ob das Management bei einer Entscheidung sorgfältig gehandelt hat, ist die Business Judgment Rule (BJR). Diese ist seit 1. 1. 2016 ausdrücklich im Aktien- und im GmbH-Gesetz verankert. In der Praxis stellt sich die Frage, wo der unternehmerische Ermessensspielraum aufhört und die Pflichtverletzung beginnt.*

*Dieser Beitrag zeigt auf, was die BJR für Entscheidungen in Unternehmen bedeutet, wie sich das Management absichern kann und was sich aus der ersten Entscheidung des OGH zur neuen gesetzlichen Regelung ergibt.*

### 1. Einleitung

Die BJR stammt aus dem US-amerikanischen Gesellschaftsrecht und wurde im Bundesstaat Delaware von der Rechtsprechung entwickelt. Ihr Grundgedanke ist, dass ein Manager nicht für Fehlentscheidungen haften soll, wenn er bei seiner Entscheidung pflichtgemäß gehandelt hat. Das tun Manager, wenn sie Entscheidungen für das Unternehmen

- in gutem Glauben („in good faith“),
- frei von Interessenkonflikten („not interested in the subject“),
- auf Basis ausreichender Information („informed to the extent reasonably believed to be appropriate under the circumstances“) und
- in der nachvollziehbaren Annahme, im besten Interesse des Unternehmens zu handeln („rationally believed to be in the best interests of the corporation“),

treffen. Ob diese Kriterien eingehalten worden sind, ist immer aus der Sicht zum Zeitpunkt der Entscheidung (*ex ante*) zu beurteilen. Ist das der Fall, scheidet eine persönliche Haftung des Managers aus, auch wenn sich die Entscheidung im Nachhinein als falsch herausstellt.

### 2. Die Business Judgment Rule in Österreich

#### 2.1. Geltung

Die BJR wurde mit dem Strafrechtsänderungsgesetz 2015 ausdrücklich im Aktien- sowie im GmbH-Gesetz verankert. Hintergrund dieses doch etwas ungewöhnlichen Ansatzes – nämlich eine gesellschaftsrechtliche Bestimmung im Zuge einer Strafrechtsreform zu adaptieren – war die Neuregelung der Untreue. Nach langen Diskussionen hat sich der Gesetzgeber dazu entschlossen, den

viel kritisierten Untreuetatbestand enger zu fassen.<sup>1</sup> Dabei sollte auch klargestellt werden, wann im Gesellschaftsrecht ein pflichtwidriges Verhalten vorliegt, weil eine solche Pflichtwidrigkeit eine Voraussetzung der Untreue ist.<sup>2</sup>

**Der Gesetzgeber hat damit aber lediglich das im Gesetz niedergeschrieben, was ohnedies bereits davor gegolten hat.** Die herrschende Ansicht ist schon vor der Einfügung der BJR in das Gesetz davon ausgegangen, dass ihre inhaltlichen Kriterien als Rechtsgrundsatz anwendbar sind.<sup>3</sup> Was heute als BJR ausdrücklich im Gesetz steht, war in der Rechtsprechung schon davor als „unternehmerisches Ermessen“ anerkannt.<sup>4</sup> Maßgeblich ist hier vor allem eine Entscheidung aus dem Jahr 2008, in der der OGH folgende Aussage der Vorinstanz (OLG Graz) ausdrücklich bestätigt hat:

„Sind widerstrebende Interessen gegeneinander abzuwägen, haben [die Organe] dies in Wahrnehmung pflichtgemäßen Ermessens und unter eigener Verantwortung zu tun. Damit, dass eine Maßnahme für die Gesellschaft auch ungünstig ausfallen kann, muss immer gerechnet werden; das liegt im Wesen des geschäftlichen Risikos, das die Gesellschaft und nicht deren gesetzliche Vertreter persönlich zu tragen haben. Das Mitglied des Organes verletzt daher die von ihm anzuwendende Sorgfalt nicht, wenn im Zeitpunkt der Vorannahme des Geschäfts die Möglichkeit oder gar die naheliegende Wahrscheinlichkeit bestanden hat, dass sich das Geschäft für die Gesellschaft als günstig erweisen wird.“<sup>5</sup>

**Die Rechtsprechung geht somit von einem sehr weiten Ermessensspielraum des Geschäftsleiters aus.**<sup>6</sup> Pflichtverletzungen bestehen nur bei eklatanten Überschreitungen und völlig unververtretbaren Entscheidungen.<sup>7</sup>

#### 2.2. Umsetzung

Inhaltlich wurde die BJR dadurch umgesetzt, dass die Regeln über die Sorgfaltspflichten jeweils um einen neuen Absatz ergänzt wurden.<sup>8</sup> Das Vorstandsmitglied oder der Geschäftsführer „handelt jedenfalls im Einklang mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“, wenn er folgende Kriterien einhält:<sup>9</sup>

- Die Entscheidung wird **frei von sachfremden Interessen** getroffen;
- die Entscheidung wird **auf Grundlage angemessener Information** getroffen; und
- der Geschäftsleiter durfte in nachvollziehbarer Weise annehmen, **zum Wohl der Gesellschaft** zu handeln.

Sofern ein Geschäftsleiter seine Entscheidung nach diesen Kriterien trifft, handelt er sorgfaltskonform. Demzufolge kann er sich – selbst wenn der erhoffte



MMag. Dr. Christopher Schrank ist Rechtsanwalt und Partner der Brandl & Talos Rechtsanwälte GmbH und auf Gesellschafts- und Wirtschaftsstrafrecht spezialisiert.



MMag. Martin Kollar ist Rechtsanwaltsanwärter in der Brandl und Talos Rechtsanwälte GmbH.

**Die ausdrückliche Einfügung der BJR ins Gesetz ist begrüßenswert, weil sie klare Kriterien für den Weg der Entscheidungsfindung in Unternehmen vorgibt. Das verschafft Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern dahingehend mehr Rechtssicherheit.**

wirtschaftliche Erfolg der Maßnahme ausbleibt – durch seine Entscheidung nicht schadenersatzpflichtig machen. Ihn trifft somit keine Erfolgshaftung. Ebenso können sorgfaltskonform getroffene Entscheidungen nicht Gegenstand einer Untreue sein.

Umgekehrt hat das Nichteinhalten der BJR aber nicht automatisch zur Folge, dass der Geschäftsleiter dann jedenfalls haftet.<sup>10</sup> Vielmehr wäre in einem solchen Fall zu prüfen, ob eine Pflichtwidrigkeit und die allgemeinen Voraussetzungen einer Haftung vorliegen. Die Kriterien der BJR sind nur ein (wenngleich bedeutender) Teil der Sorgfaltspflichten des Geschäftsleiters. Sind die Vorgaben der BJR nicht erfüllt, wird das aber in aller Regel auf eine Pflichtverletzung hindeuten.<sup>11</sup>

### 2.3. Die erste Entscheidung des OGH zur Business Judgment Rule

In einer ganz aktuellen Entscheidung hat sich der OGH bereits mit den neuen gesetzlichen Bestimmungen zur BJR befasst.<sup>12</sup> Im konkreten Fall ging es um die Abberufung der Vorstandsmitglieder einer Privatstiftung. **Der OGH hat entschieden, dass die BJR ein „rechtsformübergreifend anerkannter Rechtsgrundsatz“ ist.**<sup>13</sup> Die Tatsache, dass die BJR seit Anfang 2016 ausdrücklich für die AG und die GmbH im Gesetz verankert ist, ändert daher nichts daran, dass sie auch für die Organe der übrigen juristischen Personen gilt.

**Der OGH bestätigt mit seiner Entscheidung auch, dass die Kriterien der BJR bereits vor der ausdrücklichen Verankerung im Aktien- und GmbH-Gesetz mit 1. 1. 2016 anwendbar waren.** Ob die inhaltlichen Kriterien als „unternehmerisches Ermessen“ bezeichnet oder jetzt der „Anglizismus der BJR“ verwendet wird, ist dabei unbeachtlich. Im Kern – so der OGH – bedeutet beides dasselbe.

Die ausdrückliche Einfügung der BJR ins Gesetz ist dennoch begrüßenswert, weil sie klare Kriterien für den Weg der Entscheidungsfindung in Unternehmen vorgibt. Das verschafft Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern dahingehend mehr Rechtssicherheit. Ob die gesetzliche Verankerung letztlich ein Herabsenken oder eine Erhöhung des gebotenen Sorgfaltsmaßstabes bewirkt, wird davon abhängen, wie die Rechtsprechung in Zukunft die Kriterien der BJR auslegen und abgrenzen wird.

## 3. Kriterien

### 3.1. Allgemeines

Die BJR ist nur dann anwendbar, wenn das Vorstandsmitglied oder der Geschäftsführer **bei der unternehmerischen Entscheidung einen Ermessensspielraum hat.** Das ist der Fall, wenn mehrere Handlungsalternativen bestehen und die beste Option für die Gesellschaft ausgewählt werden soll. Ist das Handeln aber bereits zwingend vorgegeben, zB durch die Satzung oder eine ausdrückliche Weisung, bleibt bei der Entscheidung in der Regel kein Ermessensspielraum.

Ob das Vorstandsmitglied oder der Geschäftsführer bei einer Ermessensentscheidung sorgfaltskonform gehandelt hat, ist immer durch eine **Betrachtung zum Zeitpunkt der Entscheidung (ex ante) zu beurteilen.** Das ist ein ganz wesentlicher Punkt, weil man – wie allgemein bekannt – im Nachhinein immer weiß, welcher Weg der richtige gewesen wäre. Im Streitfall ist es daher wichtig, genau darzulegen, vor welcher Situation das Organ im streitgegenständlichen Sachverhalt gestanden ist und dabei aufzuzeigen, welche Handlungsoptionen zur Verfügung gestanden und was deren Konsequenzen gewesen wären.

### 3.2. Entscheidung frei von sachfremden Interessen

Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer sind in ihrer Funktion verpflichtet, ausschließlich im Interesse der Gesellschaft zu handeln. Sie müssen ihre Entscheidung „frei von sachfremden Interessen“ treffen. Dieser gesetzliche Begriff der „sachfremden Interessen“ ist freilich unbestimmt. Erfasst sind jedenfalls Entscheidungen, bei denen ein Interessenkonflikt vorliegt. Das ist etwa dann der Fall, wenn ein Geschäftsführer ein Geschäft mit einem Geschäftspartner abschließt, an dem er selbst oder ein naher Angehöriger beteiligt ist. Fraglich ist, ob der Begriff der „sachfremden Interessen“ über solche Interessenkonflikte hinausgeht und auch andere unsachliche Motive umfasst.<sup>14</sup> Hier könnten zB Prestigeprojekte, mit denen (auch) repräsentative Zwecke verfolgt werden, als „sachfremde Interessen“ ausgelegt werden. Dieser Graubereich wird in den nächsten Jahren erst durch die Gerichte einzuschränken sein.

### 3.3. Entscheidung auf Grundlage angemessener Information

Jede unternehmerische Entscheidung muss auf Basis einer angemessenen Information getroffen werden. Wie fundiert eine Entscheidungsgrundlage nun aber tatsächlich sein muss, hängt in der Praxis von mehreren Faktoren ab:

- zur Verfügung stehende Zeit;
- wirtschaftliche Tragweite der Entscheidung;
- Anzahl der Handlungsalternativen;
- Komplexität des Sachverhalts; und
- Höhe der Kosten – etwa durch externe Gutachten – für die Beschaffung der Information.

Diese Auflistung ist nicht abschließend und soll lediglich veranschaulichen, dass die Frage, welche Informationen aufbereitet werden müssen, bevor eine Entscheidung getroffen werden darf, immer im Einzelfall zu beurteilen ist. Es handelt sich um eine Art „bewegliches System“: Je komplexer der Sachverhalt oder je wichtiger die Entscheidung für das Unternehmen ist, umso genauer wird auch die Entscheidung vorzubereiten sein. Einfache Entscheidungen können hingegen auch weiterhin getroffen werden, ohne davor jede Alternative bis ins letzte Detail auszuleuchten.

Bei komplexen Sachverhalten wird es zur Absicherung des eigenen Standpunktes auch sinnvoll sein, externe Gutachten – zB Marktanalysen, Rechtsgutachten oder Fairness Opinions – einzuholen. Diese werden in der Regel als „angemessene Grundlage“ im Sinne der BJR gelten. Ansonsten kann gerade bei besonders weitreichenden Entscheidungen auch das Einrichten einer Task Force mit klar strukturierten Zuständigkeiten im Entscheidungsprozess eine geeignete Option sein.

### 3.4. Annahme, zum Wohl der Gesellschaft zu handeln

Mit diesem Kriterium der BJR wird die Vertretbarkeit einer Entscheidung beurteilt. Bei ihren Entscheidungen müssen Geschäftsleiter vernünftigerweise annehmen dürfen, zum Wohl der Gesellschaft zu handeln. Das ist etwa dann der Fall, wenn eine Entscheidung der langfristigen Ertragsstärkung und Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens dient. Maßgebend ist die subjektive Sicht im Entscheidungszeitpunkt. Diese muss bei objektiver Betrachtung zwar nicht richtig, aber zumindest nachvollziehbar sein. Diese Grenze wird überschritten, wenn das mit der Entscheidung verbundene Risiko in völlig unverantwortlicher Weise falsch beurteilt wird.<sup>15</sup>

Festzuhalten ist, dass es bei unternehmerischen Entscheidungen in der Regel mehr als eine zulässige Handlungsalternative gibt und auch inhaltlich zueinander konträre Handlungsalternativen zulässig sein können.<sup>16</sup> Hier ist auch der weite Ermessensspielraum, den die Rechtsprechung bei unternehmerischen Entscheidungen einräumt, zu berücksichtigen.

### 3.5. Dokumentation

Neben der Einhaltung des von der BJR vorgegebenen Weges bei der Entscheidungsfindung, ist es in der Praxis aber genauso wichtig, diesen auch zu dokumentieren. Freilich ist jede Dokumentation mit zusätzlichem Aufwand verbunden. Allerdings sollte beachtet werden, dass Ermittlungsverfahren oder Prozesse oft mehrere Jahre in Anspruch nehmen. Gerade wenn es um das gewöhnliche Tagesgeschäft geht, ist es oft sehr schwer, Jahre später noch im Detail zu begründen, was die Hintergründe einer Entscheidung waren und warum nicht eine – im Nachhinein betrachtet vielleicht bessere – Alternative gewählt wurde. Um diesen „Beweisnotstand“ zu überwinden, helfen Aufzeichnungen ungenügend. Überdies zeigt die praktische Erfahrung auch, dass Gerichte Dokumenten, die im Zeitpunkt der Entscheidung erstellt wurden, einen viel größeren Beweiswert zukommen lassen, als nachträglichen Erklärungen.

## 4. Fazit

**Der Gesetzgeber hat mit der ausdrücklichen Verankerung der BJR im Aktien- und GmbH-Gesetz lediglich das klargestellt, was bereits davor gegolten hat.** Die gesetzliche Regelung ist dennoch begrüßenswert, weil sie klare Kriterien als Anhaltspunkte vorgibt und Entscheidungsträgern damit mehr Rechtssicherheit verschafft. Sie können sich gegen zivilrechtliche Haftungen und strafrechtliche Konsequenzen absichern, indem sie Entscheidungen nach dem Raster der BJR treffen.

Die Rechtsprechung wird in den nächsten Jahren Abgrenzungsfragen in Bezug auf die Kriterien der BJR klären. Davon wird auch abhängen, ob die gesetzliche Verankerung letztlich ein Herabsenken oder eine Erhöhung des gebotenen Sorgfaltsmaßstabes bewirkt. **In einer ganz aktuellen Entscheidung hat der OGH bereits klargestellt, dass die BJR für alle juristischen Personen als Maßstab für Managemententscheidungen gilt.**

## Anmerkungen

<sup>1</sup> Zur Kritik am alten Untreuetatbestand vgl etwa *Bollenberger/Wess*, Libro-Straferkenntnis: Untreue und Gesellschaftsrecht, RdW 2014, 247; *Kalss*, Gesellschaftsrechtliche Anmerkungen zur Libro-Entscheidung, *ecolex* 2014, 496.

<sup>2</sup> Für einen Überblick über die Neuerungen des Untreuetatbestands siehe *Wess*, Entwicklung des Untreuetatbestands in Österreich, CFO aktuell 2015, 224.

<sup>3</sup> *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> (2012) § 84 Rz 8; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II<sup>5</sup> (2011) § 84 Rz 95a mwN.

<sup>4</sup> Vgl OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 160/15w.

<sup>5</sup> OGH 11. 6. 2008, 7 Ob 58/08t.

<sup>6</sup> *Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG (2015) § 25 Rz 33 mwN.

<sup>7</sup> Vgl etwa OGH 11. 6. 2008, 7 Ob 58/08t oder OGH 22. 5. 2013, 8 Ob 262/02s.

<sup>8</sup> §§ 84 AktG und 25 GmbHG.

<sup>9</sup> Die Bestimmung lautet: „Ein Vorstandsmitglied/Der Geschäftsführer handelt jedenfalls im Einklang mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters, wenn er sich bei einer unternehmerischen Entscheidung nicht von sachfremden Interessen leiten lässt und auf der Grundlage angemessener Information annehmen darf, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.“

<sup>10</sup> Vgl dazu auch 1110/A 25. GP Erläut 6.

<sup>11</sup> Vgl die Ausführungen zur BJR im dAktG von *Spindler* in *Goette/Habersack/Kalss*, MünchKomm zum AktG II<sup>4</sup> (2014) § 93 Rz 40.

<sup>12</sup> OGH 23. 2. 2016, 6 Ob 160/15w.

<sup>13</sup> Vgl dazu auch die Stellungnahme des OGH zum Initiativantrag zum Thema „Untreue und Business Judgement Rule“, 1 Präs 1613-1748/15t, Abschnitt II.

<sup>14</sup> Vgl dazu auch 1110/A 25. GP Erläut 6, in denen von einer „Freiheit von Interessenkollisionen“ die Rede ist.

<sup>15</sup> Siehe *Hüffer/Koch*, AktG<sup>11</sup> (2014) § 93 Rz 23 mwN.

<sup>16</sup> *Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG, § 25 Rz 34.