

Kapitalerträge / Schachtelbeteiligungen / nicht entnommene Gewinne

## Budgetbegleitgesetz 2003

Abfangjäger

Ausschreibung nach ÖNorm aus 1957

Entgeltfortzahlung an

Nicht streikende Arbeitnehmer

Strafbar?

Vorgetäuschte Arbeitsunfähigkeit

Beihilfen und

Gemeinwirtschaftliche Leistungen

Neue Richtlinie über

Insider-Trading und Marktmanipulation

M-Commerce

Reselling, Inkasso, Factoring, E-Geld zur Potenz

# Business Judgment Rule: Pflichtwidrige oder bloß unglück- liche Geschäftsentscheidung?

*In der Aufsichtsratshaftungs-E bestätigte der OGH seine Rsp, nach der der Fehlschlag unternehmerischer Entscheidungen nicht schon an sich pflichtwidrig sei. Ansonsten würde dem Vorstands- und Aufsichtsratsorgan doch das Unternehmerrisiko aufgebürdet, das stets bei der Gesellschaft bleibt.<sup>1)</sup> Auch der BGH hat in seinem „ARAG/Garmenbeck“-Urteil vom 21. 4. 1997 die Bedeutung des unternehmerischen Ermessens, „... ohne das unternehmerische Handeln schlechterdings nicht denkbar ist“, betont.<sup>2)</sup> Ausgehend von diesen Entscheidungen mehrten sich die Stimmen, die meinen, dass das US-amerikanische Rechtsinstitut der Business Judgment Rule auf den Handlungsspielraum bei unternehmerischen Ermessensentscheidungen von Vorständen und Geschäftsführern zu übertragen sei.<sup>3)</sup>*

INGO KAPSCH / BERND GRAMA

## A. EINLEITUNG

Die Vorstandsmitglieder sind der AG gegenüber verpflichtet, bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden.<sup>4)</sup> Darunter ist jene Sorgfalt zu verstehen, die ordentliche Geschäftsleute in verantwortlich leitender Position bei selbständiger Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen wahrnehmen müssen.<sup>5)</sup> Nach § 94 Abs 2 AktG sind Vorstandsmitglieder der AG zum Schadenersatz verpflichtet, wenn sie ihre Pflichten verletzen, daraus der Gesellschaft ein Schaden entsteht und – wie aus § 84 Abs 2 AktG folgt – wenn sie schuldhaft gehandelt haben und den entsprechenden Entlastungsbeweis nicht führen können.<sup>6)</sup> Unternehmerische Entscheidungen können sohin solange nicht pflichtwidrig sein, als sie sich im Rahmen des unternehmerischen Handlungsspielraumes bewegen. Nur die Verletzung der Pflicht zu branchen-, größen- oder situationsadäquaten Bemühungen kann dem Organ als Pflichtverletzung vorgeworfen werden.<sup>7)</sup> Zur Abgrenzung des Ermessensspielraumes werden von der dt und ö L die Anwendung der Grundsätze der Business Judgment Rule (nachstehend „BJR“) in Betracht gezogen.<sup>8)</sup> Diese sollen im Folgenden dargestellt werden.

Nach US-amerikanischem Recht hat die Unternehmensverwaltung bei Erfüllung ihrer Aufgaben besondere Sorgfalts- und Treuepflichten zu beachten. Die fiduziarischen Pflichten der Verwaltung lassen sich grob in zwei Kategorien einteilen, nämlich

- in die *Duty of Care* (Sorgfaltspflicht) sowie
- in die – hier nicht näher behandelte – *Duty of Loyalty* (Treuepflicht).<sup>9)</sup>

Dr. Ingo Kapsch ist Rechtsanwaltsanwärter bei der Sozietät CMS Strommer Reich-Rohrwig Karasek Hainz.

Mag. Bernd Grama, LL.M. (Columbia) ist Universitätsassistent am Institut für Zivilrecht, Ausländisches und Internationales Privatrecht der Karl Franzens Universität Graz. Kontakte: [ingo.kapsch@cmslegal.at](mailto:ingo.kapsch@cmslegal.at); [bernd.grama@uni-graz.at](mailto:bernd.grama@uni-graz.at).

- 1) OGH 26. 2. 2002, 1 Ob 144/01 k, *ecolex* 2003/22 = *GesRZ* 2002, 86 = *wbl* 2002, 325 = *GeS* 2002, 26 (*Fantur*) = *RdW* 2002/350; so zuvor auch schon OGH 24. 6. 1998, 3 Ob 34/97 i, *ecolex* 1998, 774 (*Reich-Rohrwig*) = *RdW* 1998, 671 = *RWZ* 1999, 37 (*Wenger*) = *SZ* 71/108 = *wbl* 1999, 37; vgl auch OGH 31. 10. 1973, 1 Ob 179/73, *EvBl* 1974/83 = *SZ* 46/113.
- 2) BGH 21. 4. 1997, II ZR 175/95, *BGHZ* 135, 244 = *NJW* 1997, 1926 = *AG* 1997, 377 = *BB* 1997, 1169 = *DB* 1997, 1068 = *ecolex* 1997, 507 = *WM* 1997, 967 = *ZIP* 1997, 887.
- 3) *Horn*, Die Haftung des Vorstands der AG nach § 93 AktG und die Pflichten des Aufsichtsrates, *ZIP* 1997, 1129, 1134 *mwN*; *Kindler*, Unternehmerisches Ermessen und Pflichtenbindung, *ZHR* 162 (1998) 101, 107; *Schaeffer/Missling*, Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat, *NZG* 1998, 441, 444; *Scholz/Schneider*, *GmbHG*<sup>9</sup> (2000) § 43 Rz 45 a ff; *U. Torggler*, Business Judgment Rule und Unternehmerische Ermessensentscheidungen, *ZfRV* 2002, 133, 140; *Hopt*, Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat, *Mestmäcker-FS* (1996) 909, 919 ff; *Hopt* in *Großkomm AktG*<sup>4</sup> (1999) § 93 Rz 83.
- 4) § 84 Abs 1 AktG sowie § 25 Abs 1 *GmbHG*, der vom „ordentlichen Geschäftsmann“ spricht.
- 5) OGH 26. 2. 2002 (FN 2) *mwN*; vgl auch *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, *AktG*<sup>4</sup> (2001) §§ 70–84 Rz 95; *Reich-Rohrwig*, *GmbH-Recht* I<sup>2</sup> (1997) Rz 2/306.
- 6) So genannte „Innenhaftung“: siehe *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, *AktG*<sup>4</sup> §§ 77–84 Rz 98; *Hüffer*, *AktG*<sup>5</sup> (2002) § 93 Rz 11.
- 7) OGH 26. 2. 2002 (FN 2); OGH 24. 6. 1998 (FN 2) unter Berufung auf *Reich-Rohrwig*, *GmbH-Recht* I<sup>2</sup> Rz 2/307 und 325.
- 8) Nachweise in FN 3.
- 9) *Cox/Hazen/O'Neil*, *Corporations* (1997) 179 f; *Gilson*, A structural approach to corporations: The case against defensive tactics in tender offers, 33 *Stan.L. Rev.* (1981) 819, 821; *Solomon/Schwartz/Bauman/Weiss*, *Corporations*<sup>4</sup> (1998 mit Ergänzung 2000) 658; *Hammerl*, *Business Judgement Rule v. Duty of Care*, *GesRZ* 1999, 82; *Merkt*, US-amerikanisches Gesellschaftsrecht (1991) Rz 667; *Steindl*, US-Board und Aufsichtsrat (1999) 102.

## B. DUTY OF CARE UND BUSINESS JUDGMENT RULE

### 1. ALLGEMEINES

Die *Duty of Care* beschreibt den Sorgfaltsmaßstab, den ein Mitglied der Unternehmensverwaltung in Ausübung seiner Geschäfte anzuwenden hat. Danach hat jedes Organmitglied seine Pflichten

- in gutem Glauben,
- mit der Sorgfalt, die eine vernünftige Person in ähnlicher Stellung und unter vergleichbaren Umständen walten lassen würde, sowie
- in einer Art, von der es berechtigter Weise annimmt, dass sie im besten Interesse der Gesellschaft erfolgt,

zu erfüllen.<sup>10)</sup>

Ein Verstoß gegen diesen Maßstab führt jedoch nicht *per se* zur Haftung der Mitglieder der Unternehmensführung. Vielmehr werden die Ermessensentscheidungen der Verwaltungsmitglieder – wie nun näher darzustellen sein wird – anhand der *BJR* geprüft.<sup>11)</sup>

### 2. SINN UND ZWECK DER BUSINESS JUDGMENT RULE

Die *BJR* dient als Grenze gerichtlicher Überprüfbarkeit von unternehmerischen Entscheidungen.<sup>12)</sup> Das Ziel der *BJR* ist es, sachkundige und risikofreudige Entscheidungen zu fördern.<sup>13)</sup> In den USA hat sich die Auffassung durchgesetzt, dass die Unternehmensführung nicht der Gefahr einer ständigen Nachprüfung ihres unternehmerischen Handelns durch die Gerichte ausgesetzt werden darf. Ein zu stringenter Haftungsmaßstab würde dazu führen, dass die Verwaltungsmitglieder innovative – weil haftungsträchtige – Entscheidungen hintanhalten und somit dem im amerikanischen Recht vorherrschenden Grundsatz des *shareholder primacy*,<sup>14)</sup> der auf eine Mehrung des *shareholder value* abstellt, nicht entsprechen können.<sup>15)</sup> Ebenso würde eine zu strenge Haftung zur Folge haben, dass viele geeignete Führungskräfte in Anbetracht des Haftungsrisikos von der Ausübung der Vorstandstätigkeit Abstand nehmen.<sup>16)</sup> Darüber hinaus kann eine gerichtliche *ex post* Kontrolle den Eintritt eines Schadensfalles nicht verhindern. Schließlich sind Gerichte im Regelfall nicht in der Lage, die Sinnhaftigkeit komplexer Wirtschaftsentscheidungen nachzuprüfen.<sup>17)</sup> Unternehmerische Entscheidungen sollen in der Vorstandsetage und nicht im Gerichtssaal getroffen werden.<sup>18)</sup>

### 3. ERSCHEINUNGSFORM DER BUSINESS JUDGMENT RULE

Die *BJR* tritt in zwei unterschiedlichen Ausprägungen in Erscheinung:

- In der Mehrheit der Bundesstaaten, so vor allem in Delaware, wird die *BJR* als widerlegbare Vermutung (*presumption*) dafür verstanden, dass eine Geschäftsentscheidung des Managements sachkundig, im guten Glauben und in aufrichtiger Überzeugung, im besten Interesse der Gesellschaft

gehandelt zu haben, getroffen wurde. Da die *BJR* als eine Vermutung zu Gunsten des Managements verstanden wird, hat der klagende Aktionär diese Vermutung zu entkräften, somit trifft den klagenden Aktionär die Behauptungs- und Beweislast.<sup>19)</sup>

- Jene Gerichte, die dem *American Law Institute (ALI)* folgen,<sup>20)</sup> verstehen die *BJR* als *safe harbor*. Der Unterschied zum Delaware-law besteht darin, dass die *officers* und *directors* das Vorliegen der Tatbestandselemente der *BJR* zu beweisen haben, weil keine Vermutung zu ihren Gunsten greift.<sup>21)</sup> Der Vorteil des *safe harbor* ist jedoch, dass die Unternehmensentscheidung – gelingt der Nachweis – unwiderlegbar dem Schutz der *BJR* unterliegt.

### 4. TATBESTANDSELEMENTE DER BUSINESS JUDGMENT RULE

Eine gesetzmäßige und durch den Unternehmenszweck gedeckte Geschäftsentscheidung unterliegt dem Schutz der *BJR*, wenn sie

- bewusst
- sachkundig
- unbefangen und
- im guten Glauben

getroffen wurde.

10) Vgl § 8.30 RMBCA idF vor 1998; § 717 (a) New York Business Corporation Law; § 309 (a) California Coporations Code; ABA-ALI Model Bus.Corp.Act Ann.2d § 35 (Supp.1977); in Delaware fehlt eine gesetzliche Umschreibung der die Verwaltungsmitglieder treffenden Sogfaltpflichten. Es muss daher auf das „Case-Law“ verwiesen werden. Siehe etwa *Graham, v. Allis-Chalmers Manufacturing Co.*, 188 A.2d 125, 130–141 Del. Ch. 78, 84 (Del. Ch.1963): „... directors of a corporation in managing the corporate affairs are bound to use that amount of care which ordinarily careful and prudent men would use in similar circumstances.“

11) Vgl *Gilson*, 33 Stan.L. Rev. 821; *Branson*, The Rule that isn't a Rule – The Business Judgment Rule, 36 Val. U.L. Rev. (2002) 631; *Veasey*, The Roles of the Delaware Courts in Mergers and Acquisitions Litigation, 26 Del. J. Corp. L. (2001) 849, 850.

12) Vgl *Shlensky v. Wrigley*, 237 N.E.2d 776, 779 (Ill. App. 1968); *Manne*, Our Two Corporation Systems: Law and Economics, 53 Va. L. Rev. (1967) 259, 271.

13) Vgl *Eisenberg*, Corporations<sup>8</sup> 546–547; *Black*, The Core Fiduciary Duties of Outside Directors, <http://papers.ssrn.com/abstract=270749>, S 16.

14) Siehe *Cunningham*, Commonalities and Prescriptions in the Vertical Dimension of Global Corporate Governance, 84 Cornell L. Rev. 1133 (1999), [http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract\\_id=244665](http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=244665), Seite 3.

15) *Gilson*, 33 Stan.L. Rev. 821.

16) *Arsh*, The Business Judgment Rule Revisited, 8 Hofstra L. Rev (1979) 93, 97.

17) Richter sind schlechte Geschäftsleute; siehe *Merkt*, Gesellschaftsrecht, Rz 683 unter Verweis auf *Joy v. North*, 692 F.2d 880 (2d Cir. 1982).

18) *Auerbach v. Bennett*, 393 N.E.2d 994, 1000 (N.Y.1979).

19) In den Vereinigten Staaten ist es im Gegensatz zu Österreich (vgl § 122 AktG) möglich, dass Aktionäre namens der Gesellschaft in Form einer so genannten „derivative suit“ direkt die Organe der AG in Anspruch nehmen. Siehe hierzu unten im Kapitel „Rechtsfolgen der *BJR*“.

20) Vgl *Rosenfield v. Metals Selling Corp.*, 643 A.2d 1253, 1261 (Conn.1994); *Omnibank v. United S. Bank*, 607 So.2d 76, 85 (Miss.1992); *Cuker v. Mikalauskas*, 692 A.2d 1042, 1045–46 (Pa.1997).

21) Für die Elemente der *BJR* macht es keinen Unterschied ob sie als Vermutung (*presumption*) oder als *safe harbor* verstanden wird, lediglich die Beweislast dreht sich um.

**a) Bewusste Entscheidung<sup>22)</sup>**

Um in den Schutzbereich der *BJR* zu gelangen, müssen die Mitglieder der Unternehmensführung eine bewusste Entscheidung (*business judgment*) treffen. Bloße Untätigkeit eines Organs unterliegt nicht dem Schutz der *BJR*. Jedoch ist einschränkend zu beachten, dass die bewusste Entscheidung der Unternehmensführung, nicht zu handeln, auch als unternehmerische Entscheidung zu qualifizieren ist und – bei Vorliegen der übrigen, unten angeführten Elemente – dem Schutz der *BJR* untersteht.<sup>23)</sup>

**b) Sachkundige Entscheidung<sup>24)</sup>**

Ein *director* oder *officer* muss seine Entscheidung sachkundig treffen, dh er muss sich in jenem Ausmaß informieren, wie es vernünftigerweise unter den gegebenen Umständen als angemessen erscheint.<sup>25)</sup>

In der Leitentscheidung *Smith v. Van Gorkom*<sup>26)</sup> wird eine sachkundige Entscheidung dann vermutet, wenn sich die Organe eines nachvollziehbaren „Entscheidungsfindungsprozesses“ bedienen.<sup>27)</sup> Die Mitglieder der Unternehmensführung entscheiden sachkundig, wenn sie im guten Glauben auf Berichte der von ihnen bestellten Experten oder von anderen Vorstandsmitgliedern oder Ausschüssen (*committees*) der Gesellschaft vertrauen. Es ist jedoch erforderlich, dass sich diese Berichte auf den jeweiligen Kompetenzbereich der genannten Personen beschränken und den Managern bei der Auswahl der Experten keine *culpa in eligendo* vorwerfbar ist.<sup>28)</sup> In *Smith v. Van Gorkom* stellte der *Supreme Court* fest, dass ein Bericht für die gegenständliche wirtschaftliche Frage sachdienlich zu sein hat, um erst unter den Begriff „Bericht“ subsumierbar zu sein.<sup>29)</sup>

Die Gerichte stehen auf dem Standpunkt, dass es einen Konnex zwischen der Qualität der Entscheidungsfindung und jener der Entscheidungen selbst gibt.<sup>30)</sup> Kritisiert wird jedoch, dass die Entscheidung, wie viel Information ausreichend ist und welche Art von Entscheidungsfindungsprozess angewandt werden soll, selbst wieder eine unternehmerische Entscheidung ist (*business judgment*) und folglich dem Schutz der *BJR* unterliegen müsse.<sup>31)</sup>

Nach der Rsp hat die Unternehmensführung jene Fakten, die für die Entscheidungsfindung wesentlich sein können und die in vernünftiger Weise erfassbar sind, zu berücksichtigen. Jene, die nur unter unverhältnismäßigem Aufwand zu erlangen sind, müssen von der Unternehmensverwaltung nicht eingeholt werden.<sup>32)</sup> Bei der Beurteilung der Frage, ob ein angemessener Entscheidungsfindungsprozess angewandt wurde, ist ein objektiver Maßstab heranzuziehen. Der Kreis der vom Vorstand zu nutzenden Informationen hängt von der Bedeutung der jeweiligen Geschäftsentscheidung für das Unternehmen, vom Zeitdruck sowie von den mit der Informationsbeschaffung verbundenen Kosten ab.<sup>33)</sup> Eine Haftung der Unternehmensführung bei mangelnder Informationsbeschaffung wird nach dem Prinzip der groben Fahrlässigkeit ermittelt.<sup>34)</sup>

**c) Kein Interessenskonflikt der Manager**

Die Mitglieder der Unternehmensführung dürfen sich bei ihrer Entscheidung in keinem Interessenskonflikt befinden, namentlich dürfen sie mit ihrer Entscheidung keine finanziellen Interessen für sich oder nahe Angehörige verfolgen.<sup>35)</sup> Ein Interessenskonflikt liegt daher auch dann vor, wenn durch die Entscheidung ein Familienmitglied oder sonstige nahe stehende Personen in ihren finanziellen Interessen tangiert werden.<sup>36)</sup>

**d) Guter Glaube<sup>37)</sup>**

Eine wichtige Voraussetzung der *BJR* ist die, dass die Manager ihre Entscheidungen im guten Glauben (*good faith*) treffen. Das „Gut-Glaubens-Element“ ermöglicht eine flexible Anwendung der *BJR* durch die Gerichte. Entscheidet die Unternehmensführung aus unlauteren Motiven, unterliegt ihre Entscheidung nicht dem Schutz der *BJR*. Auch liegt kein guter Glaube seitens des Managements vor, wenn Rechtsvorschriften wissentlich gebrochen werden.<sup>38)</sup>

Ein wichtiger Anwendungsfall des Gut-Glaubens-Elements betrifft das Vorenthalten von wichtigen Tatsachen. Die Anwendung der *BJR* wird versagt, wenn Manager bewusst Informationen gegenüber der Unternehmensführung oder der Hauptversammlung verheimlichen.<sup>39)</sup>

**5. RECHTSFOLGEN BEI EINHALTUNG/ NICHEINHALTUNG DER BUSINESS JUDGEMENT RULE**

Liegen die vier genannten Elemente der *BJR* vor, wird die inhaltliche Qualität einer unternehmerischen Entscheidung von denjenigen Gerichten, die

22) Vgl. *Eisenberg*, Corporations and other Business Organizations – Cases and Materials<sup>8</sup> (2000) 545; *Branson*, 36 Val. U.L. Rev. 637, die jeweils von „decision or judgment“ sprechen; vgl. auch *Klein/Coffee*, Business Organization and Finance<sup>7</sup> (2000) 150.  
 23) *Brane v. Roth*, 590 N.E.2d 587, 592 (Ind. Ct. App. 1992).  
 24) Vgl. *Eisenberg*, Corporations<sup>8</sup> 545; *Branson*, 36 Val. U.L. Rev. 638 („informed decision“).  
 25) *Eisenberg*, Corporations<sup>8</sup> 545.  
 26) 488 A.2d 858 (Del. 1985).  
 27) In der Literatur wurde diese Entscheidung spöttisch als „investment bankers' full employment doctrine“ bezeichnet, weil seit dieser Entscheidung praktisch bei sämtlichen Fusionen eine *fairness opinion* von Investmentbanken eingeholt wird; siehe *Stout*, <http://papers.ssrn.com/abstract=290938>, S 4.  
 28) Vgl. 8 Del.C. § 141 (e); *Michelson v. Duncan*, 386 A.2d 1144, 1156 (Del. Ch. 1978); *Prince v. Bensinger*, 244 A.2d 89, 94 (Del. Ch. 1968).  
 29) Vgl. *Eisenberg*, Corporations<sup>8</sup> 559; 8 Del.C. § 141 (e).  
 30) *Stout*, <http://papers.ssrn.com/abstract=290938>, S 4.  
 31) Es müsse also auch hier ein Ermessensspielraum der Unternehmensverwaltung bestehen; siehe *Branson*, 36 Val. U.L. Rev. 639.  
 32) *Brethem v. Eisner*, 746 A.2d 244, 259 (Del. 2000).  
 33) Vgl. *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft (2002) 52; *Hopt* in Grosskomm AktG<sup>4</sup> § 93 Rz 85.  
 34) *Smith v. Van Gorkom*, 488 A.2d 873.  
 35) *Eisenberg*, Corporations<sup>8</sup> 545; *Branson*, 36 Val. U.L. Rev. 639.  
 36) *Branson*, 36 Val. U.L. Rev. 639.  
 37) *Eisenberg*, Corporations<sup>8</sup> 545 (good faith).  
 38) *Branson*, 36 Val. U.L. Rev. 642; *Eisenberg*, Corporations<sup>8</sup> 545; siehe auch *Miller v. American Telephone & Telegraph Co.*, 507 F.2d 759 (3d Cir. 1974).  
 39) *Potter v. Pholad*, 560 N.E.2d 388, 395 (Minn. Ct. App. 1997).

der Rsp des Delaware Supreme Court folgen, nicht überprüft.<sup>40)</sup> Folglich sind Vorstandsmitglieder in diesem Fall keiner Gefahr einer persönlichen Haftung ausgesetzt.<sup>41)</sup>

Jene Gerichte hingegen, die dem ALI Vorschlag einer *BJR* folgen, beschränken sich nicht auf die Überprüfung der vier Erfordernisse der *BJR*, sondern ziehen darüber hinaus ein weiteres Element zu ihrer Bewertung heran: Sie prüfen zusätzlich, ob die Entscheidung des Managements eine gewisse rationale Grundlage (*rational basis*) aufweist.<sup>42)</sup> Es ist dabei sowohl auf den subjektiven Glauben des jeweiligen Organmitgliedes, im besten Interesse seiner Gesellschaft gehandelt zu haben, als auch auf die objektive, rationale Nachvollziehbarkeit dieses Glaubens abzustellen.<sup>43)</sup> Dieser Überprüfungsmaßstab wird auch als *business-judgment standard* bezeichnet.<sup>44)</sup> Unternehmerische Entscheidungen, die jedweder rationalen Grundlage entbehren und die von der Unternehmensführung nicht erklärbar sind, fallen demnach nicht unter den Schutz der *BJR*.<sup>45)</sup>

Liegt die Vermutung eines Sorgfaltsverstößes vor, können Aktionäre<sup>46)</sup> mit Hilfe der *derivative suit*<sup>47)</sup> Ersatzansprüche gegen die Unternehmensführung geltend machen.<sup>48)</sup> Das U.S. amerikanische Recht knüpft an die Klagsführung jedoch mehrere – eigentümliche – Voraussetzungen: Zunächst dürfen nur diejenigen Aktionäre eine *derivative suit* erheben, denen sowohl zum Zeitpunkt der (vermuteten) Schadenszufügung als auch zu jenem der Klageeinbringung Aktionärstellung<sup>49)</sup> zugekommen ist bzw. zukommt. Darüber hinaus hat der Aktionär zu beweisen, dass er die Interessen der übrigen Aktionäre und jene der Gesellschaft fair vertritt und keine unlauteren Motive verfolgt.<sup>50)</sup> Schließlich muss die Klage „im besten Interesse der Gesellschaft“ sein; eine Voraussetzung, die von einem Ausschuss der Gesellschaft, dem *SLC* (*special litigation committee*), beurteilt wird.<sup>51)</sup> Dieser Ausschuss setzt sich aus unabhängigen *outside directors* zusammen, die in keinem Zusammenhang mit dem behaupteten Vergehen stehen und fallbezogen von der Unternehmensleitung nominiert werden. Die Unternehmensleitung delegiert dem *SLC* ihre Vertretungsmacht, um über die *derivative suit* zu befinden. Nach Beendigung der Nachforschung übermittelt das *SLC* seinen Bericht dem zuständigen Gericht. Kommt das *SLC* zu der Schlussfolgerung, dass eine Klage nicht „im besten Interesse der Gesellschaft“ gelegen ist, so begehrt es vom Gericht ein *summary judgment*<sup>52)</sup> und beantragt die Klagsabweisung.

Erfüllt die Entscheidung des *SLC* alle Elemente der *BJR*,<sup>53)</sup> stellt sich die Frage, ob die Gerichte die Entscheidung des *SLC* überprüfen dürfen. Dies wird von den Gerichten unterschiedlich gesehen: Im Bundesstaat New York müssen die Mitglieder des *SLC* die Elemente der *BJR* nachweisen, genießen dann aber den vollen Schutz der *BJR* hinsichtlich ihrer Entscheidung über die Zulässigkeit der *derivative action*.<sup>54)</sup> In Delaware hingegen steht man auf dem Standpunkt, dass Entscheidungen, ob eine Klage im Interesse der Gesellschaft gelegen ist oder nicht, qualitativ anders zu beurteilen seien, als sonstige der *BJR* unterstehende unternehmerische Entscheidungen.

Gerichte seien zwar nicht in der Lage, wirtschaftliche Entscheidungen zu überprüfen, jedoch seien sie sehr wohl fähig, die Erfolgsaussichten von Klagen zu beurteilen.<sup>55)</sup> Jene Gerichte, die dem ALI folgen, differenzieren hinsichtlich des Rechtsgrundes, auf dem eine *derivative suit* basiert. Das ALI steht auf dem Standpunkt, dass Gerichte die Entscheidung des *SLC* nachprüfen müssen, wenn die Klage auf einer Verletzung der *duty of loyalty* beruht. Im Falle eines *duty of care*-Verstoßes soll das Gericht die Entscheidung des *SLC* nicht kontrollieren dürfen.<sup>56)</sup>

Die Möglichkeit des *SLC*, die Klage eines Aktionärs dadurch abzuwehren, dass sie als nicht „im besten Interesse der Gesellschaft“ gelegen beurteilt wird, ist in der Praxis von großer Bedeutung und stellt einen zusätzlichen „Schutz“ der Unternehmensverwaltung dar.<sup>57)</sup> Wird eine *derivative action* vom Gericht

40) Die Qualität der Entscheidungen der Unternehmensführung werden in Delaware ausschließlich am Gut-Glaubens-Element gemessen. Siehe *In re RJR Nabisco, Inc. Shareholder Litig.*, 1989 WL 7036 (Del. Ch. 1989).

41) Eine Ausnahme wird jedoch für den Fall gemacht, dass die Entscheidung fast nur „wider besseren Wissens“ getroffen werden konnte; siehe *In re Caremark Int'l, Inc. Derivative Litig.*, 698 A.2d 959, 967-68 (Del. Ch. 1996); *Dooley/Veasey*, The Role of the Board in Derivative Litigation: Delaware Law and the Current ALI Proposals Compared, 44 *Business Lawyer* (1989) 503.

42) Vgl § 4.01 (c) (3) *Ali. Corp. Gov. Proj.*; *Eisenberg*, *Corporations*<sup>8</sup> 546.

43) Siehe *Eisenberg*, *Corporations and other Business Organizations – Statutes, Rules, Materials and Forms* (2001), Kommentar zu § 4.01 (c) (3).

44) *Eisenberg*, *Corporations*<sup>8</sup> 546.

45) Siehe etwa *Selheimer v. Manganese Corp. of America*, 224 A.2d 634 (Pa. 1966).

46) Eine bestimmte Mindestbeteiligung des Aktionärs wird nicht vorausgesetzt.

47) Vgl *Eisenberg*, *Corporations*<sup>8</sup> 928–994; *Coffee*, New Myths and Old Realities: The American Law Institute Faces the Derivative Action, 48 *Business Lawyer* (1993) 1407; *Wackerbarth*, Von golden shares und poison pills: Waffengleichheit bei internationalen Übernahmeangeboten, WM 2001, 1741, 1744 (FN 29 mwN).

48) Siehe *Cede & Co. v. Technicolor Inc.*, 634 A.2d 345, 363-65 (Del. 1993); vgl hierzu auch *Branson*, 36 Val. U.L. Rev. 632; *Klein/Coffee*, *Organization*<sup>7</sup> 196; <http://papers.ssrn.com/abstract=290938>, S 2; *Gilson*, 33 *Stan.L. Rev.* 822.

49) Record or beneficial holder.

50) Vgl *Steinberg v. Steinberg*, 434 N.Y.S. 2d 877 (1980).

51) Vgl *Burks v. Lasker*, 441 U.S. 471 (1979).

52) Ein *summary judgment* kann immer dann begehrt werden, wenn der Sachverhalt unzweifelhaft feststeht. Daher kann ein aufwändiges Verfahren vermieden werden und der Richter kann unmittelbar über die Rechtsfrage entscheiden.

53) Das *SLC* hat bewusst, sachkundig, unbefangen und im guten Glauben entschieden.

54) Vgl die Leitentscheidung *Auerbach v. Bennett*, 393 N.E.2d 994 (N.Y. 1979).

55) Die Gerichte in Delaware wenden unter gewissen Voraussetzungen einen zweigliedrigen Test („*Zapata second step-test*“) an: 1. Die Gesellschaft hat die Unabhängigkeit des *SLC* zu beweisen, so wie dessen *good-faith investigation*. 2. Das Gericht prüft selbständig die Frage, ob die Klage im besten Interesse der Gesellschaft gelegen ist (*Zapata Corp. v. Maldonado*, 430 A.2d 779, 787–789 [Del. 1980]).

56) Dem ALI Vorschlag folgt etwa Pennsylvania; vgl *Cuker v. Mikaluskas*, 692 A.2d 1042 (Pa. 1997).

57) Es wird darauf verwiesen, dass die Aktionärsklage die ihr zugeordnete Kontrollfunktion über die quasi-autonome Stellung der Unternehmensleitung in der Praxis nicht effizient erfüllen kann; vgl *Wackerbarth*, WM 2001, 1741, 1743.

abgewiesen, ist es auch keinem anderen Aktionär möglich, aus dem selben Grund Klage zu erheben.<sup>58)</sup>

### C. RÜCKSCHLÜSSE FÜR ÖSTERREICH

Die dargelegten Elemente der *BJR* sind für die Beschreibung des allgemeinen Verhaltensstandards des § 84 Abs 1 S 1 AktG und des damit zusammenhängenden Ermessensspielraums von erheblicher Bedeutung.<sup>59)</sup> Die *BJR* führt plastisch vor Augen, aus welchen Faktoren unternehmerische Entscheidungen bestehen. Betrachtet man die Eckpfeiler des Haftungsmaßstabes des AktG, werden die Parallelen zum amerikanischen Recht augenscheinlich: Nach hL werden dem Ermessensspielraum der Unternehmensleitung (§ 70 Abs 1 AktG) durch

- Gesetz
- Satzung,
- Anstellungsvertrag und
- Organbeschlüsse

Grenzen gesetzt.<sup>60)</sup> Die unternehmerischen Ermessensentscheidungen müssen sachkundig erfolgen; diesbezüglich wird darauf verwiesen, dass der Vorstand „alle ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen auszuschöpfen und sachverständigen Rat einzuholen hat, wenn ihm die Sachkunde fehlt.“<sup>61)</sup> Diese – sehr weit gefasste – Informationspflicht muss richtigerweise dahingehend eingeschränkt werden, dass der Vorstand sich in jenem Ausmaß informieren muss, wie es unter den gegebenen Umständen als angemessen erscheint.<sup>62)</sup> Wie nach U.S. amerikanischen Recht lässt sich der Kreis der vom Vorstand zu nutzenden Informationen jedoch nicht abstrakt feststellen, doch sind unter anderem Faktoren wie Wichtigkeit der jeweiligen Entscheidung für das Unternehmen, die zeitliche Komponente und letztendlich die mit der Informationsbeschaffung verbundene Kostenfrage zu berücksichtigen.<sup>63)</sup> Darüber hinaus darf die Unternehmensleitung keine unverhältnismäßigen Risiken eingehen, die insbesondere dann vorliegen, wenn durch ihr Eingehen der Bestand des Unternehmens gefährdet wird.<sup>64)</sup> Aus der organschaftlichen Treuepflicht wird schließlich abgeleitet, dass die Mitglieder der Unternehmensführung ihre Organstellung nicht auf Kosten der Gesellschaft ausnutzen<sup>65)</sup> und aus Geschäftschancen der Gesellschaft keinen eigenen Vorteil ziehen dürfen.<sup>66)</sup>

Folglich sollten auch im ö Recht Geschäftsentscheidungen, die sich innerhalb der gerade aufgezeigten Grenzen befinden, solange inhaltlich nicht überprüfbar sein, als sie die Unternehmensleitung bewusst, sachkundig, unbefangen und in der Überzeugung, zum Wohle der Gesellschaft gehandelt zu haben, getroffen hat. Die landläufige Auffassung, dass es immer nur eine richtige Entscheidung gibt, ist unzutreffend, vielmehr gibt es stets eine Bandbreite unternehmerischer Entscheidungen. Auch in Österreich sollten sich die Gerichte darauf beschränken festzustellen, ob sich die Unternehmensleitung an die gebotenen Grenzen gehalten hat.<sup>67)</sup> Ein darüber hinausgehender Bedarf an inhaltlicher Kontrolle besteht nicht, lässt sich doch *ex post* relativ einfach eine

günstigere Alternative zu der tatsächlich getroffenen, fehlgeschlagenen Entscheidung aufzeigen.<sup>68)</sup> Die praktikabelste Sanktion für unglückliche Geschäftsentscheidungen besteht noch immer in der Unterlassung der Wiederbestellung des betreffenden Organs (§ 75 Abs 1 AktG) sowie im Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung (§ 75 Abs 4 AktG).<sup>69)</sup>

- 58) Aus diesem Grund kann nicht etwa ohne Zustimmung des Gerichts die Klage zurückgezogen oder ein Vergleich geschlossen werden. Das Gericht würde in diesem Fall die Aktionäre der Gesellschaft von der beabsichtigten Prozesshandlung in Kenntnis setzen. Vgl. § 626 (d) New York Business Corporation Law.
- 59) Nachweise bei FN 3; dogmatisch ist der Ermessensspielraum des Vorstandes im ö Recht aus den Leitungsaufgaben des § 70 Abs 1 AktG („Wohl des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses“) abzuleiten; siehe *Kindler*, ZHR 162, 105 f mwN.
- 60) *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG<sup>4</sup> §§ 77–84 Rz 98; *U. Torggler*, ZfRV 2002, 135 f; *Hopt* in *Großkomm AktG<sup>4</sup>* § 93 Rz 80; *Hüffer*, AktG<sup>5</sup> § 93 Rz 13; *Kindler*, ZHR 162, 105; *Mertens*, KK AktG<sup>2</sup> § 76 Rz 10.
- 61) *Mertens*, KK AktG<sup>2</sup> (1995) § 93 Rz 29; *Hopt* in *Großkomm AktG<sup>4</sup>* § 93 Rz 84, jeweils mwN.
- 62) *U. Torggler*, ZfRV 2002, 139, weist zurecht darauf hin, dass es fast immer Zusatzinformationen gibt, die eingeholt werden können.
- 63) Vgl. *Hopt* in *Großkomm AktG<sup>4</sup>* § 93 Rz 85; (zum amerikanischen Recht) *Schlosser*, Organhaftung 52; *Hopt* in *Großkomm AktG<sup>4</sup>* § 93 Rz 85.
- 64) Grenze ist ein „schlechthin unvertretbares Vorstandshandeln“; vgl. BGH 17. 9. 2001, II ZR 178/99, BGHZ 149, 10 ff = NJW 2001, 3622 = AG 2002, 43 = BB 2001, 2233 = DB 2001, 2338 = NZG 2002, 38 = ZIP 2001, 1874; BGH 21. 4. 1997 (FN 2); BGH 4. 7. 1977, II ZR 150/75, BGHZ 69, 207, 213 ff = NJW 1977, 2311 = AG 1978, 79 = WM 1977, 1221; *Mertens*, KK AktG<sup>2</sup> § 93 Rz 48; *Hüffer*, AktG<sup>5</sup> § 93 Rz 13 a; *Henze*, NJW 1998, 3311; *Kindler*, ZHR 162, 103 ff.
- 65) *Mertens*, KK AktG<sup>2</sup> (1995) § 93 Rz 62.
- 66) *Mertens*, KK AktG<sup>2</sup> (1995) § 93 Rz 67.
- 67) Vgl. *Scholz/Schneider*, GmbHG<sup>9</sup> § 43 Rz 48, der darauf hinweist, dass jede weitergehende gerichtliche Nachprüfung der Zweckmäßigkeit unternehmerischer Entscheidungen ein Eingriff in die unternehmerische Freiheit und Verantwortung wäre.
- 68) Es muss daher stets bedacht werden, dass zum Zeitpunkt der Entscheidungsfindung nachfolgende, inzwischen eingetretene, Entwicklungen nicht oder nicht im vollen Umfang von den Entscheidungsträgern vorhersehbar waren.
- 69) *Horn*, ZIP 1997, 1130.

#### SCHLUSSTRICH

*Unternehmerische Ermessensentscheidungen sollten lediglich dahingehend überprüft werden, ob sie bewusst, sachkundig, unbefangen und in der Überzeugung, zum Wohle der Gesellschaft gehandelt zu haben, getroffen wurden (BJR). Eine darüber hinausgehende inhaltliche Kontrolle der Geschäftsentscheidungen durch die Gerichte, insbesondere auf deren Zweckmäßigkeit, hat zu unterbleiben.*