

## hba : Rechtsgespräche

Nehmen Sie uns beim Wort.



24.11.2015  
18 Uhr | hba

Held Berdnik Astner & Partner Rechtsanwälte GmbH und  
BDO Austria GmbH laden Sie herzlich zu Fachvorträgen zu folgendem Thema ein.

# Geschäftsführer- / Vorstandshaftung

**Der schmale Grat zwischen Sorgfalt und Untreue**

# **Geschäftsführer-/Vorstandshaftung**

## Der schmale Grat zwischen Sorgfalt und Untreue

24.11.2015

# Die Business Judgement Rule

RA Dr. Ullrich Saurer / 24.11.2015

# Haftung – derzeitige Rechtslage

- § 25 GmbHG / § 84 AktG:
  - „Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft gegenüber verpflichtet, bei ihrer Geschäftsführung die **Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes** anzuwenden.“ (bei AG: „Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“)
- OGH:
  - Zugeständnis eines *“breiten Ermessensspielraums bei unternehmerischen Entscheidungen”*
  - Sorgfaltswidrigkeit besteht nur bei eklatanter Überschreitung des Ermessensspielraums, dh bei schlechthin unvertretbaren unternehmerischen Entscheidungen
- ***Business Judgement Rule***
  - vom OGH bisher bloß obiter dictum erwähnt

# OGH Entscheidung 8.5.2008, 6 Ob 28/08y

- OGH verweist bei der oa Entscheidung zunächst auf den erheblichen Ermessensspielraum bei unternehmerischen Entscheidungen und auf die Diskussion in der Lehre zur Business Judgement Rule.
- OGH betont, dass die Business Judgement Rule keinesfalls so verstanden werden darf, dass unter Berufung auf sie eine Nachprüfung dahingehend, ob ein etwa bestehender Ermessensspielraum in einem konkreten Fall überschritten wurde, unzulässig sei.
- OGH registriert somit die Diskussion in der Lehre über die Business Judgement Rule, trifft aber keine Aussage hinsichtlich der Inhalte und ihrer Anwendbarkeit

# Ursprung der Business Judgement Rule

- BJR stellt die Vermutung auf, dass das Leitungsorgan bei unternehmerischen Entscheidungen
  - auf Basis angemessener Information (*informed judgement*)
  - zum Wohle (*rational belief*) und
  - im Interesse der Gesellschaft (*disinterested judgement*) gehandelt hat.
- BJR wirkt dadurch als Prozesseinlassungshürde für die Kläger, denn diese Vermutung der *procedural due care* wird solange aufrechterhalten, bis sie vom Kläger widerlegt wird.
- BJR ist in den USA somit va eine Vermutungs- bzw Beweislastregel

# Neue Rechtslage ab 1.1.2016

- § 25 Abs 1a GmbHG (§ 84 Abs 1a AktG):

*„Ein Geschäftsführer (Vorstandsmitglied) handelt jedenfalls im Einklang mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes (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.“*

# Neue Rechtslage ab 1.1.2016

- Anlehnung an § 93 Abs 1 Satz 2 dAktG
- Ergänzung um Erfordernis der Freiheit von Interessenskollisionen
- nur materielle Tatbestandselemente, keine Beweislastregelung
- **Zu den Einzelheiten:**
  - bei einer *unternehmerischen Entscheidung*
  - *idR nicht bei E auf Basis gesetzlicher Verpflichtungen, idR nicht bei E ohne Ermessensspielraum*

# Neue Rechtslage ab 1.1.2016

- **Zu den Einzelheiten:**
  - *nicht von sachfremden Interessen leiten lassen*
    - *angesprochen sind insb Interessenkonflikte,*
      - *zB related parties transactions*
      - *Geschäfte mit Familienmitgliedern, etc*
  - *auf der Grundlage **angemessener Information** annehmen darf, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln*
    - *nicht jede mögliche Information ist einzuholen*
    - *Abwägung von Kosten/Nutzen/Zeitaufwand/Risiko*
    - *Die Klärung dieser Frage ist **selbst ein business judgement.***

# Neue Rechtslage ab 1.1.2016

- Regelung drückt aus, dass ein Geschäftsführer/-leiter im Schutzbereich der BJR jedenfalls haftungsfrei bleibt → *safe harbor-Charakter*
- Geschäftsführer/-leiter, der sich an die Voraussetzungen der BJR hält, handelt nicht sorgfalts- und rechtswidrig
- Verwendung des Wortes „*jedenfalls*“ im Normtext soll zum Ausdruck bringen, dass Umkehrschlüsse unzulässig sind
  - ❖ Geschäftsführer/-leiter handelt nicht schon deshalb sorgfaltswidrig, weil die BJR nicht eingehalten wird

# Offene Fragen der BJR in Österreich

- Frage der **Beweislast weiterhin unklar** → wen trifft die Beweislast dafür, dass auf angemessener Informationsgrundlage gehandelt wurde?
- **Analoge Anwendung** auf andere Rechtsformen?
- Haftung auch bei **leichter Fahrlässigkeit**?
  - § 94 dAktG: Keine Pflichtverletzung, wenn Vorstand *vernünftigerweise annehmen durfte*, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.

# Empfehlungen

- Prüfung, ob es sich um eine unternehmerische Entscheidung handelt
- Ausarbeitung der Entscheidungsgrundlagen; gegebenenfalls unter Beiziehung von Sachverständigen / Experten
- Dokumentation der Entscheidungsgrundlagen und der Entscheidungsfindung unter Abwägung der Argumente
- gegebenenfalls laufende Evaluierung und Dokumentation

# **Geschäftsführer-/Vorstandshaftung**

## Der schmale Grat zwischen Sorgfalt und Untreue

Der Untreuetatbestand

RA Mag. Johannes Zink

# Strafrechtsänderungsgesetz 2015

## wesentliche Änderungen:

- **Anpassung der Strafdrohungen (Ungleichgewicht Leib und Leben / Vermögensdelikte)**
- **Definition “grobe Fahrlässigkeit”**
- **Erhöhung der Wertgrenzen**
- **Erweiterung der Zwangskonfiskation**
- **Zwangsheirat**
- **Cybercrime § 118a**
- **Sexuelle Belästigung**

# Strafrechtsänderungsgesetz 2015

## wesentliche Änderungen:

- **Landfriedensbruch**
- **Verhetzung**
- **Untreue**
- **Bilanzfälschung (§163a)**

# Aktuelle und künftige Rechtslage



## § 153 StGB alt (bis 31.12.2015)

- (1) Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich mißbraucht und dadurch dem anderen einen Vermögensnachteil zufügt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.
- (2) Wer durch die Tat einen 3 000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, wer einen 50 000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt, mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen.

# Kritik an der bisherigen Rechtslage

- Bewusstes Eingehen von wirtschaftlichem Risiko ist Teil des Wirtschaftslebens und soll nicht vom Strafrecht sanktioniert werden
- Unsicherheit führt zu „Lähmung“
- Unklarer Schadensbegriff

# § 153 StGB neu

- (1) Wer ~~die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte~~ seine Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich missbraucht und dadurch ~~dem~~ den anderen ~~einen~~ Vermögensnachteil zufügt am Vermögen schädigt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.
- (2) **Seine Befugnis missbraucht, wer in unvertretbarer Weise gegen solche Regeln verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen.**
- (3) Wer durch die Tat einen ~~3~~ **5.000 Euro** übersteigenden Schaden herbeiführt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren, wer einen ~~50~~ **300.000 Euro** übersteigenden Schaden herbeiführt, mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen.

# Konsequenzen und Bewertung der neuen Rechtslage



# Keine Anführung der verschiedenen Arten der Einräumung von Rechtsmacht

- **Drei mögliche Wurzeln** der Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis
  - Gesetz
  - Behördlicher Auftrag
  - Rechtsgeschäft
- **Materialien**
  - Anführung der Arten der Einräumung von Rechtsmacht “verzichtbar”
- **Kritik der Lehre**
  - Nachteil für die Verständlichkeit der Rechtsnorm

# Schädigung am Vermögen statt Vermögensnachteil

- **Vereinheitlichung des Schadensbegriffs**
- **“Effektiver Verlust an Vermögenssubstanz”**
- **Vermögensgefährdung nicht tatbestandsmäßig**
- **Hintergrund / Ziel**
  - Einschränkung der Strafbarkeit der Kredituntreue
  - Vermeidung der Entwicklung der Untreue zum Gefährdungsdelikt
  - Beispiel:
    - **Tatbestandsmäßig:** Kreditgewährung durch Filialleiter an insolventen Bekannten im Bewusstsein über dessen Zahlungsunfähigkeit
    - **Nicht tatbestandsmäßig:** Kreditgewährung bei bloßer, wenngleich akuter, Insolvenzgefährdung; auch nicht Differenz zwischen Nominale und nach Ausfallrisiko gewichtetem Wert

# Schädigung am Vermögen statt Vermögensnachteil

- **Kritik der Lehre**

- Gewünschter Effekt sei durch Änderung nicht erreichbar
- Auch teilweise Uneinbringlichkeit führt zu Schaden
- Handlungsbedarf bestünde bei der leichtfertigen Annahme des Vermögensschädigungsvorsatzes
- Materialien betonen, dass sich Vorsatz auf tatsächlichen Verlust an Vermögenssubstanz richten muss, nicht auf bloße Gefährdung

# Konkretisierung des Begriffs “Befugnismissbrauch”

- ***„Seine Befugnis missbraucht, wer in unvertretbarer Weise gegen solche Regeln verstößt, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen.“***
- **Zwei Tatbestandsmerkmale**
  - Verstoß gegen Regeln, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen
  - In unvertretbarer Weise
- **“Abgespeckte Business Judgment Rule”**
  - Keine inhaltliche Kongruenz mit § 25 (1a) GmbHG/§ 85 (1a) AktG
  - Sorgfaltsverstoß iSd § 25 GmbHG/§ 85 AktG ist notwendige, nicht aber hinreichende Bedingung für Strafbarkeit nach § 153 StGB

Befugnismissbrauch: Verstoß gegen Regeln, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen

- **Gesetzliche Klarstellung**

- Tatbestandsmäßig ist Verstoß gegen Regeln des “internen Dürfens”, die dem Vermögensschutz des wirtschaftlich Berechtigten dienen
- Nicht tatbestandsmäßig: Verletzung von Bestimmungen zum Schutze Dritter

- **Konsequenzen**

- Verbotene Einlagenrückgewähr zugunsten des einzigen oder aller Gesellschafter nur mehr nach den Bilanz- und Kridadelikten strafbar
- Libro-Entscheidung überholt
- Meinel-Anklage hinfällig

## Befugnismissbrauch: “In unvertretbarer Weise”

- **Materialien**

- *“Gebrauch der Rechtsmacht außerhalb des Bereichs des vernünftigerweise Argumentierbaren”*
- Tatbestandsmäßigkeit abhängig vom Ermessensspielraum des Machthabers

- **Zweck**

- Keine vorweg-Kriminalisierung wirtschaftlicher Fehlentscheidungen
- Strafwürdig ist nur *“deutliche Überschreitung des Ermessensspielraums”*

- **Kritik**

Neuformulierung widerspreche strafrechtlichem Bestimmtheitsgebot

# Keine Aufnahme der Strafausschließung durch Zustimmung des wirtschaftlich Berechtigten ins Gesetz

- **Initiativantrag**

- Zustimmung des wirtschaftlich Berechtigten schließt Untreue aus
- Kritik: Eingriff in Strafverfahren gegen Julius Meisl (Ausschüttung einer Sachdividende auf Basis des JA 2008)
- “Meisl-Klausel” wurde zurückgezogen
- Begründung:
  - Eindruck, dass für die Einwilligung des wirtschaftlich Berechtigten bei der Untreue Sonderregelungen gelten sollen
  - Zustimmung schließt Untreue weiterhin aus
  - Meisl-Klausel hätte nichts geändert; erforderlich wäre die Lösung des Problems der Einwilligungsfähigkeit jur. Personen

# Veränderung der Wertgrenzen

- **Wertgrenzen angehoben; Strafraumen bleiben unverändert**
- **Regierungsvorlage:**
  - Erste Qualifikation: € 5.000 statt € 3.000
  - Zweite Qualifikation: **€ 500.000** statt € 50.000
- **Gesetz:**
  - Grundtatbestand: Schaden bis € 5.000
  - Erste Qualifikation: Schaden über € 5.000 statt € 3.000
    - (Strafraumen 3 Jahre; Verjährungsfrist 5 Jahre)
  - Zweite Qualifikation: Schaden über **€ 300.000** statt € 50.000
    - (Strafraumen 10 Jahre; Verjährungsfrist 10 Jahre)
- **Vermeidung nachträglicher Verjährung**
  - Übergangsregelung, wonach die alten Verjährungsfristen auch bei verminderten Strafraumen anzuwenden sind

Herzlichen Dank  
für Ihre  
Aufmerksamkeit!