

Susanne Kalss, Stephan Frotz,  
Paul Schörghofer (Hg.)

# **Handbuch für den Vorstand**

Sonderdruck

**Beziehung von Sachverständigen**

von

Alexander Schopper und  
Mathias Walch

facultas

Zitiervorschlag:

Autor in Kalss/Frotz/Schörghofer, Handbuch Vorstand (2017) Rz ../...

### **Bibliografische Information Der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Angaben in diesem Fachbuch erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr, eine Haftung der Autoren oder des Verlages ist ausgeschlossen.

Copyright © 2017 Facultas Verlags- und Buchhandels AG

facultas Universitätsverlag, 1050 Wien

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und der Verbreitung sowie der Übersetzung, sind vorbehalten.

Satz: Wandl Multimedia-Agentur

Druck: Ueberreuter Print

Printed in Austria

ISBN 978-3-7089-1364-3

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	5
Autorenverzeichnis .....	7
Abkürzungsverzeichnis .....	31
Allgemeine Literatur .....	41

## I. Der Vorstand – eine erste Einordnung

1. Was ist eine gute Führungskraft? <i>Gerhard Speckbacher</i> .....	47
2. Die Unabhängigkeit des Vorstands nach österreichischem und deutschen Aktienrecht – Schein und Wirklichkeit <i>Peter Doralt/Maria Doralt</i> .....	55

## II. Mitglieder und Zusammensetzung

3. Zusammensetzung des Vorstands und Anforderungen an seine Mitglieder <i>Stephan Frotz/Paul Schörghofer</i> .....	81
4. Vorstände und Headhunter – eine Win-win-Symbiose? <i>Hans Jorda</i> .....	91
5. Diversität im Vorstand <i>Heike Mensi-Klarbach</i> .....	101

## III. Rechtsbeziehungen zwischen dem Vorstand und der Gesellschaft

6. Bestellung und Abberufung des Vorstands <i>Bernhard Rieder/Miriam Lehner</i> .....	113
7. Anstellungsverhältnis des Vorstandsmitglieds <i>Felix Schörghofer/Andreas Tinhofer</i> .....	153
8. Das gefallene Vorstandsmitglied <i>Georg Schima</i> .....	187
9. Rechtliche Rahmenbedingungen für die Vergütung von Vorstandsmitgliedern <i>Susanne Kalss</i> .....	211
10. Wettbewerbsverbot <i>Matthias Schimka/Alexander Leonhartsberger</i> .....	241

11.	Rechtsgeschäfte mit und Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder <i>Julia Kusternigg/Rainer Werdnik</i> .....	293
-----	--	-----

#### **IV. Aufgaben des Vorstands**

12.	Leitung der Gesellschaft <i>Susanne Kalss</i> .....	307
13.	Compliance für den Vorstand <i>Elke Napokoj</i> .....	351
14.	Handlungspflichten des Vorstands bei Compliance-Verstößen <i>Stephan Frotz/Paul Schörghofer/Ines Krausler</i> .....	375
15.	Vorstandstätigkeit und Interessenkonflikte <i>Peter Kunz/Daniel Liemberger</i> .....	391

#### **V. Organisation des Vorstands**

16.	Organisationsverfassung des Vorstands <i>Clemens Spitznagel</i> .....	459
17.	Der Vorstandsvorsitzende <i>Clemens Hasenauer/Lorenz Pracht</i> .....	481
18.	Paperwork für den Vorstand <i>Ulrich Tauböck</i> .....	501
19.	Das Informationsregime im Vorstand <i>Georg Durstberger/Susanne Kalss</i> .....	535

#### **VI. Der Vorstand im Verhältnis zu anderen Organen**

20.	Das Verhältnis von Vorstand und Aufsichtsrat <i>Helge Schäfer/Jonas Wittgens</i> .....	557
21.	Das Verhältnis von Vorstand und Hauptversammlung <i>Christoph Diregger</i> .....	585
22.	Vorstand und Hauptversammlung <i>Susanne Kalss/Georg Riedl</i> .....	619
23.	Das Verhältnis von Vorstand und Abschlussprüfer <i>Thomas Wenger</i> .....	665

## VII. Der Vorstand in besonderen Situationen

24.	Der Vorstand im Konzern <i>Stephan Frotz/Paul Schörghofer</i> .....	685
25.	Der Vorstand in der Unternehmenskrise <i>Florian Linder</i> .....	707
26.	Der Vorstand in der Insolvenz <i>Ulla Reisch</i> .....	727
27.	Besonderheiten des Vorstands in börsennotierten Gesellschaften <i>Michael Kutschera</i> .....	787
28.	Best Practice der Corporate Governance für den Vorstand – die Sicht des ÖCGK <i>Anne d’Arcy</i> .....	805
29.	Der Vorstand bei M&A-Transaktionen <i>Gerhard Hermann/Wendelin Ettmayer</i> .....	815
30.	Der Vorstand der Zielgesellschaft im Übernahmeverfahren <i>Ulrich Edelmann</i> .....	841
31.	Der Vorstand bei Umgründungen und Squeeze-out <i>Heinrich Foglar-Deinhardstein/Jakob Hartig</i> .....	877
32.	Der Vorstand beim Management Buy-Out (MBO) <i>Heinrich Foglar-Deinhardstein/Jakob Hartig</i> .....	947
33.	Vorstand und Schiedsverfahren <i>Nikolaus Pitkowitz</i> .....	957

## VIII. Der Vorstand in besonderen Unternehmenstypen

34.	Der Vorstand im Familienunternehmen <i>Stephan Probst</i> .....	999
35.	Besonderheiten eines Konzernvorstands eines Staats- unternehmens <i>Katharina Schelberger/Susanne Semtner</i> .....	1023
36.	Besonderheiten des Vorstands in Kreditinstituten <i>Robert Schmidbauer</i> .....	1073
37.	Besonderheiten des Vorstands eines Versicherungs- unternehmens <i>Manuel Schalk</i> .....	1139

## **IX. Der Vorstand in unterschiedlichen Rechtsträgern**

38.	Steuerungsmöglichkeiten des Vorstands im Vergleich zum GmbH-Geschäftsführer <i>Julia Nicolussi</i> .....	1157
39.	Der Verwaltungsrat der SE <i>Peter Huber/Clemens Grossmayer</i> .....	1193
40.	Der Stiftungsvorstand einer Privatstiftung. Ein Vergleich zum Vorstand der Aktiengesellschaft <i>Nikolaus Arnold</i> .....	1221

## **X. Verantwortlichkeit des Vorstands**

41.	Business Judgment Rule <i>Martin Winner</i> .....	1239
42.	Beziehung von Sachverständigen <i>Alexander Schopper/Mathias Walch</i> .....	1253
43.	Die Verschwiegenheitspflicht des Vorstands <i>Marie-Agnes Arlt</i> .....	1303
44.	Die Haftung des Vorstands aus zivilrechtlicher Sicht <i>Andreas Kletečka/Christoph Kronthaler</i> .....	1341
45.	Die Entlastung des Vorstands <i>Philip Aumüller/Alfred Heiter</i> .....	1363
46.	Strafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorstands <i>Norbert Wess</i> .....	1383
47.	Die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit des Vorstands <i>Martin Oppitz</i> .....	1425
48.	D&O-Versicherung – Überblick über die wichtigsten Versicherungsbedingungen und Praxishinweise <i>Michael Walbert</i> .....	1449

## **XI. Vergleich zum deutschen Recht**

49.	Die Pflichten des Vorstands in der deutschen AG <i>Frank Fischer/Lars Freytag/Karl Koenen/Michael Walbert</i> .....	1473
	Stichwortverzeichnis .....	1497

## Beziehung von Sachverständigen

*Alexander Schopper/Mathias Walch*

§§: 70, 75, 84 AktG; §§: 2, 1002 ff, 1313a ABGB

### Literatur

*Adensamer/Eckert*, Vorstandshaftung nach österreichischem Recht, in Kalss, Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern (2005) 165; *M. Arnold*, Verantwortung und Zusammenwirken des Vorstands und Aufsichtsrats bei Compliance-Untersuchungen, ZGR 2014, 76; *Assmann/Schneider*, WPHG<sup>6</sup> (2012); *Bachmann*, Das „vernünftige“ Vorstandsmitglied – Zum richtigen Verständnis der deutschen Business Judgment Rule (§ 93 Abs 1 Satz 2 AktG, in FS Stilz (2014) 25; *Bachmann*, Reform der Organhaftung? Materielles Haftungsrecht und seine Durchsetzung in privaten und öffentlichen Unternehmen – Gutachen zum 70. Deutschen Juristentag, in Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages I (2014) Kap. E; *Bachmann*, Zehn Thesen zur deutschen Business Judgment Rule, WM 2015, 105; *Bayer*, Legalitätspflicht der Unternehmensleitung, nützliche Gesetzesverstöße und Regress bei verhängten Sanktionen – dargestellt am Beispiel von Kartellrechtsverstößen, in FS K. Schmidt (2009) 85; *Bayer/Scholz*, Vertretung durch den Aufsichtsrat nach § 112 AktG und Rechtsirrtümer im Kernbereich des Aktienrechts, ZIP 2015, 1853; *J.-H. Binder*, Geschäftsleiterhaftung und fachkundiger Rat, AG 2008, 274; *Böhler*, Zur Beweislast bei der Organhaftung, in FS Krejci (2001) 501; *Briem*, Zustimmungspflichtige Geschäfte, in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> (2016) 351; *Brogányi*, Grundbegriffe und Funktionen der Legal Due Diligence, in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence<sup>2</sup> (2015) 1; *Brugger*, Verbotsirrtum und Kartellrecht, ecolex 2010, 1166; *Buck-Heeb*, Die Haftung von Mitgliedern des Leitungsorgans bei unklarer Rechtslage, BB 2013, 2247; *Buck-Heeb*, Die Plausibilitätsprüfung bei Vorliegen eines Rechtsrats – zur Enthaltung von Vorstand, Geschäftsführer und Aufsichtsrat, BB 2016, 1347; *Bürkle*, Corporate Compliance – Pflicht oder Kür für den Vorstand der AG? BB 2005, 565; *F. Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff<sup>2</sup> (1991); *F. Bydlinski*, Die Maxime beidseitiger Rechtfertigung im Privatrecht, in FS Koziol (2010) 1355; *Cahn*, Aufsichtsrat und Business Judgment Rule, WM 2013, 1293; *Cahn/Müchler*, Die Verantwortlichkeit der Organmitglieder einer Sparkasse für den Erwerb riskanter Wertpapiere, in FS U. H. Schneider (2011) 197; *Dannecker*, Grundrechte im Europäischen Straf- und Strafverfahrensrecht im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, in FS Fuchs (2014) 111; *Decker*, Organhaftung und Expertenrat – Umfang und Grenzen einer Haftungsvermeidung durch fachkundige Expertise, GmbHR 2014, 72; *Dreher*, Nicht delegierbare Geschäftsleiterpflichten, in FS Hopt I (2010) 517; *Eberhardt/Gurmann* (Hrsg), Managementhaftung in der Praxis (2016); *Eckert/Grechenig/Stremitzer*, Ökonomische Analyse der Organhaftung, in Kalss, Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern (2005) 95; *Engelhart/Hoffmann/Lehner/Rohregger/Vitek*, RAO<sup>9</sup> (2015); *Engert*, Der Rechtsirrtum in der Verschuldenshaftung, in GS Unberath (2015) 91; *Engin-Deniz/Kaindl*, Haftung von GmbH-Geschäftsführern und AG-Vorstandsmitgliedern bei Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechtsverletzungen, ecolex 2012, 947; *Faßbender*, 18 Jahre ARAG Garmenbeck – und alle Fragen offen? NZG 2015, 501; *Feil/Wennig*, Anwaltsrecht<sup>8</sup> (2014); *Feyl*, Gedanken zur Business Judgment Rule, GesRZ 2007, 89; *Fleischer*, Vorstandsverantwortlichkeit und Fehlverhalten von Unternehmensangehörigen – Von der Einzelüberwachung zur Errichtung einer Compliance-Organisation, AG 2003, 291; *Fleischer* (Hrsg), Handbuch des Vorstandsrechts (2006); *Fleischer*, Vertrauen von Geschäftsleitern und Aufsichtsratsmitgliedern auf Informationen Dritter, ZIP 2009, 1397; *Fleischer*, Rechtsrat und Organwalterhaftung im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht, in FS Hüffer (2010) 187; *Fleischer*, Vorstandshaftung und Vertrauen auf anwaltlichen Rat, NZG 2010, 121; *Fleischer*, Expertenrat und Organhaftung, KSzW (= Kölner Zeitschrift zum Wirtschaftsrecht) 2013, 3; *Fleischer*, Vorstandshaftung und Rechtsirrtum über die Vertretungskompetenz beim Abschluss eines Interim-Management-Vertrags, DB 2015, 1764; *Freund*, Konturierungen der Organpflichten von Geschäftsführern und Vorständen, GmbHR 2011, 238; *G. Frotz*, Grundsätzliches zu den Rechten und Pflichten des Aufsichtsrates und seiner bestellten und entsendeten Mitglieder, ÖZW 1978, 44; *Goette*,

Gesellschaftsrechtliche Grundfragen im Spiegel der Rechtsprechung, ZGR 2008, 436; *Goette*, Organisationspflichten in Kapitalgesellschaften zwischen Rechtspflicht und Opportunität, ZHR 175 (2011), 388; *Goette*, Grundsätzliche Verfolgungspflicht des Aufsichtsrats bei sorgfaltswidrig schädigendem Verhalten im AG-Vorstand? ZHR 176 (2012), 588; *Gottschalk/Weng*, Was ist bei der Inanspruchnahme rechtlicher Beratung zu beachten? Ein Leitfaden für Geschäftsleiter, GWR 2013, 243; *Gutenberg*, Unternehmensführung – Organisation und Entscheidungen (1962); *Habersack*, Managerhaftung, in Lorenz, Karlsruher Forum 2009: Managerhaftung (2010) 5; *Habersack*, Die Legalitätspflicht des Vorstands der AG, in FS U. H. Schneider (2011) 429; *Habersack*, 19 Jahre „ARAG/Garmenbeck“ – und viele Fragen offen, NZG 2016, 321; *Harbarth*, Unternehmerisches Ermessen des Vorstands im Interessenkonflikt, in FS Hommelhoff (2012) 323; *Harrer*, Die Haftung des Geschäftsführers im Wettbewerbsrecht, in FS Koppensteiner (2001) 407; *Harrer*, Die Personengesellschaft als Trägerin eines Unternehmens (2010); *Hausmaninger/Gratzl/Justich*, Handbuch zur Aktiengesellschaft (2012); *Hirte/Möllers*, Kölner Kommentar zum WpHG<sup>2</sup> (2014); *Holle*, Rechtsbindung und Business Judgment Rule, AG 2011, 778; *Holle*, Die Binnenhaftung des Vorstands bei unklarer Rechtslage, AG 2016, 270; *Hopt*, Die Verantwortlichkeit von Vorstand und Aufsichtsrat: Grundsatz und Praxisprobleme – unter besonderer Berücksichtigung der Banken, ZIP 2013, 1793; *Hopt*, Die Reform der Organhaftung nach § 93 AktG – Bemerkungen zu den Beschlüssen des 70. Deutschen Juristentags 2014, in FS W-H Roth (2015) 225; *Horn*, Unternehmerisches Ermessen und Vorstandshaftung nach § 93 AktG, in FS H-P Westermann (2008) 1053; *Hödl*, Der Aufsichtsrat bei Unternehmensübernahmen und Anteilserwerben an der Gesellschaft, in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> (2016) 1095; *Ihrig*, Reformbedarf beim Haftungstatbestand des § 93 AktG, WM 2004, 2098; *Ihrig/Schäfer*, Rechte und Pflichten des Vorstands (2014); *Junker/Biederbick*, Die Unabhängigkeit des Unternehmensjuristen, AG 2012, 898; *Kalss*, Die Beauftragung eines Beraters durch den Aufsichtsrat, AR aktuell 2010, 4; *Kalss*, Compliance – Verantwortung von Vorstand und Aufsichtsrat der Gesellschaft, in Bertl/Eberhartinger/Egger/Kalss/Lang/Nowotny/Riegler/Schuch/Staringer, Neue Grenzen der Gestaltung für Bilanz und Steuern (Wiener Bilanzrechtstage 2014) (2014) 95; *Kalss*, Vertretungsbefugnis des Aufsichtsrats und die Beiziehung von Sachverständigen, in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> (2016) 751; *Kalss/Burger/Eckert*, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts (2003); *Kalss/Durstberger*, Die Business Judgment Rule bei der Aufstellung der Bilanz, RWZ 2016, 60; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> (2015); *Kalss/Schörghofer*, Corporate Compliance und Gesellschaftsrecht, in Lucius/Oppitz/Pachinger, Compliance im Finanzdienstleistungsbereich (2010) 9; *Karner*, Haftung für Rat und Auskunft zwischen Vertrag und Delikt, in FS Koziol (2010) 695; *Karollus*, Business Judgment Rule und Handeln auf Grundlage angemessener Information am Beispiel eines Vergleichs über Ansprüche gegen Dritte, in FS W. Jud (2012) 307; *Karollus*, Unternehmerische Ermessensentscheidungen und Business Judgment Rule aus primär gesellschaftsrechtlicher Sicht, VR (= Versicherungsrundschau) 2015, 23; *Karollus*, Gesellschaftsrechtliche Verantwortlichkeit von Bankorganen bei Kredit- und Sanierungsentscheidungen – zugleich ein Beitrag zur Business Judgment Rule (§ 84 Abs 1a AktG und § 25 Abs 1a GmbHG), ÖBA 2016, 252; *Keri/Kodek*, Das große Handbuch Wirtschaftsstrafrecht (2016); *Kiefner/Krämer*, Geschäftsleiterhaftung nach ISON und das Vertrauendürfen auf Rechtsrat, AG 2012, 498; *Kindler*, Pflichtverletzung und Schaden bei der Vorstandshaftung wegen unzureichender Compliance, in FS G. H. Roth (2011) 367; *Klöhn*, Geschäftsleiterhaftung und unternehmensinterner Rechtsrat – Wie unabhängig sind Unternehmensjuristen? DB 2013, 1535; *Kodek*, Zur Verschwiegenheitspflicht des Vertragsverfassers im Prozess zwischen den Vertragsparteien, in Heidinger/Zöchling-Jud, Jahrbuch Anwaltsrecht 2011 (2011) 87; *Konwitschka*, Business Judgment Rule – Unmittelbare Geltung und analoge Anwendung oder anerkannter Rechtsgrundsatz? GesRZ 2016, 113; *Kort*, Compliance-Pflichten von Vorstandsmitgliedern und Aufsichtsratsmitgliedern, in FS Hopt I (2010) 983; *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts (2010); *Krejci*, Sorgfalt und Unternehmerwagnis, in FS P. Doralt (2004) 351; *Kremer*, Referat, Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentags II/1 (2015) Kap. N; *Krieger*, Wie viele Rechtsberater braucht ein Geschäftsleiter? ZGR 2012, 496; *Krieger/Schneider*, Handbuch Managerhaftung<sup>2</sup> (2010); *Kunz*, Würde die Übernahme des § 93 Abs 1 dAktG in das österreichische Aktienrecht zu mehr Rechtssicherheit in Bezug auf nützliche Gesetzesverletzungen führen? GesRZ 2007,



91; *Lehner*, Dynamische Beweislastverteilung in der Organhaftung, *ecolex* 2014, 153; *Leitner*, Mandant und Berater: Grenzen des gegenseitigen berechtigten Vertrauens, in *Leitner*, Finanzstrafrecht 2014 (2015), 141; *Leupold/Ramharter*, Nützliche Gesetzesverletzungen – Innenhaftung der Geschäftsleiter wegen Verletzung der Legalitätspflicht? *GesRZ* 2009, 253; *Lorenz*, Das Problem der Haftung für primäre Vermögensschäden bei der Erteilung einer unrichtigen Auskunft, in *FS Larenz* (1973) 575; *Lukas*, Abbruch von Vertragsverhandlungen, *JB1* 2009, 751 (1. Teil) und *JB1* 2010, 23 (2. Teil); *Lutter*, Die Business Judgment Rule in Deutschland und Österreich, *GesRZ* 2007, 79; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats<sup>6</sup> (2014); *Mayer-Maly*, Rechtsirrtum und Rechtsunkenntnis als Probleme des Privatrechts, *AcP* 170 (1970), 133; *Merkt*, Compliance und Risikofrüherkennung in kleinen und mittleren Unternehmen, *ZIP* 2014, 1705; *Merkt*, Überprüfung des Compliance-Management-Systems zwischen Wirtschaftsprüfern und Juristen (Teil 2), *DB* 2014, 2331; *Müller*, Geschäftsleiterhaftung und Vertrauen auf fachkundigen Rat, *DB* 2014, 1301; *Nassall*, Auskunfts- und Akteneinsichtsrechte des Konkursverwalters gegenüber dem Rechtsanwalt des Gemeinschuldners? *KTS* (= deutsche Zeitschrift „Konkurs Treuhand- und Schiedsgerichtswesen“) 1988, 633; *Nauheim/C. Goette*, Managerhaftung im Zusammenhang mit Unternehmenskäufen – Anmerkungen zur Business Judgment Rule aus der M&A-Praxis, *DStR* 2013, 2520; *Oppitz*, Kapitalmarkt-Compliance in Anwaltskanzleien, in *Heidinger/Zöchling-Jud*, *Jahrbuch Anwaltsrecht* 2013 (2013) 185; *Paefgen*, Organhaftung: Bestandsaufnahme und Zukunftsperspektiven, *AG* 2014, 554; *Paefgen/Napokoj*, „Compliance“ als gesellschaftsrechtliche Organpflicht? *RdW* 2015, 769 (Teil I), 2016, 16 (Teil II); *Peters*, Angemessene Informationsbasis als Voraussetzung pflichtgemäßen Vorstandshandelns, *AG* 2010, 811; *Petsche/Tojfil/Neiger/Jirges* (Hrsg.), *Compliance Management Systeme (CMS) – Die ONR 192050* (2013); *Piepenbrock*, „Defense of Reliance“ im deutschen Aktienrecht (2013); *Rahlmeyer/Gömöry*, Der unternehmerische Ermessensspielraum (§ 93 I 2 AktG) bei Beratungsverträgen mit Aufsichtsratsmitgliedern, *NZG* 2014, 616; *Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht IP<sup>2</sup> (2013); *Rauter*, Geschäftsführerhaftung bei gewünschter Gesetzesverletzung, *ecolex* 2012, 944; *Reichert*, „ARAG/Garmanbeck“ im Praxistest, *ZIP* 2016, 1189; *Reuter*, Rückbau oder Ausbau oder Managerhaftung? *ZIP* 2016, 597; *Rittner*, Rechtswissen und Rechtsirrtum im Zivilrecht, in *FS von Hippel* (1967) 390; *Roxin*, *Strafrecht AT*<sup>4</sup> (2006); *M. Roth*, Information und Organisation des Aufsichtsrats, *ZGR* 2012, 343; *Runggaldier/Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften (1991); *Runggaldier/Schima*, *Manager-Dienstverträge*<sup>4</sup> (2014); *Sander/Schneider*, Die Pflicht der Geschäftsleiter zur Einholung von Rat, *ZGR* 2013, 725; *Schaefer/Baumann*, Compliance-Organisation und Sanktionen bei Verstößen, *NJW* 2011, 3601; *Schauer*, Zivilrechtliche Verantwortlichkeit des Aufsichtsrats, in *Kalss/Kunz*, *Handbuch für den Aufsichtsrat*, 1. Aufl. (2010) 1041 und 2. Aufl. (2016) 1427; *Schierenböck/Wöhle*, *Grundzüge der Betriebswirtschaftslehre*<sup>18</sup> (2012); *Schima*, Business Judgment Rule und Verankerung im österreichischen Recht, *GesRZ* 2007, 93; *Schima*, Die Beweislastverteilung bei der Geschäftsleiterhaftung, in *FS W. Jud* (2012) 571; *Schima*, Reform des Untreuetatbestands und Business Judgment Rule im Aktien- und GmbH-Recht, *GesRZ* 2015, 286; *Schima*, Die Begründung, Gestaltung und Beendigung der Vorstandstätigkeit durch den Aufsichtsrat, in *Kalss/Kunz*, *Handbuch für den Aufsichtsrat*<sup>2</sup> (2016) 497; *Schlosser*, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft (2002); *U. H. Schneider*, Anwaltlicher Rat zu unternehmerischen Entscheidungen bei Rechtsunsicherheit, *DB* 2014, 99; *Schopper*, Nachvertragliche Pflichten (2009); *Schopper*, Compliance im Konzern, in *Kalss/Torggler*, *Compliance – 4. Wiener Unternehmensrechtstag* (2016) 53; *Schopper/Walch*, Vorstandshaftung bei Vertrauen auf unrichtigen Rechtsrat, *GES* 2012, 215; *Schopper/Walch*, Geschäftsführerhaftung in der GmbH & Co KG, *NZ* 2016, 163; *U. H. Schneider*, Compliance als Aufgabe der Unternehmensleitung, *ZIP* 2003, 645; *Schrank/Kollar*, Business Judgment Rule, *CFOaktuell* 2016, 117; *F. Schuhmacher*, Haftung des Geschäftsführers und des Vorstands gegenüber der Gesellschaft für steuerliche Entscheidungen, in *Althuber*, *Geschäftsführer- und Vorstandshaftung*<sup>2</sup> (2015) 271; *Schwind*, Der Rechtsirrtum im österreichischen Zivilrecht, *ÖJZ* 1951, 369; *Seibt/Cziupka*, 20 Thesen zur Compliance-Verantwortung im System der Organhaftung aus Anlass des Siemens/Neubürger-Urteils LG München I vom 10.12.2013 – 5 HK O 1387/10, *DB* 2014 S. 766, *DB* 2014, 1598; *Seibt/Wollenschläger*, Revision des Europäischen Transparenzregimes: Regelungsinhalte der TRL 2013 und Umsetzungsbedarf, *ZIP* 2014, 545; *Selter*, Haftungsrisiken von

Vorstandsmitgliedern bei fehlendem und von Aufsichtsratsmitgliedern bei vorhandenem Fachwissen, AG 2012, 11; *Selter*, Die Beratung des Aufsichtsrats und seiner Mitglieder (2014); *Semler/v Schenk*, Der Aufsichtsrat (2015); *Sethe*, Geschäftsentscheide, Expertenrat und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrats, in *Sethe/Isler*, Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII (2014) 165; *Spindler*, Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat für fehlerhafte Auslegung von Rechtsbegriffen, in FS Canaris II (2007) 403; *Stathopoulos*, Bemerkungen zum Verhältnis zwischen Fahrlässigkeit und Rechtswidrigkeit im Zivilrecht, in FS Larenz (1983) 631; *Steber*, Die Weiterentwicklung der Rechtsprechung zur Enthaltung von Vorstandsmitgliedern bei Einholung von Rechtsrat, DStR 2015, 2391; *Strohn*, Beratung der Geschäftsleitung durch Spezialisten als Ausweg aus der Haftung? ZHR 176 (2012), 137; *Strohn*, Pflichtenmaßstab und Verschulden bei der Haftung von Organen einer Kapitalgesellschaft, CCZ 2013, 177; *Temmel* (Hrsg), Börsegesetz (2011); *Thaler*, Sanktionen bei Marktmissbrauch (2014); *Thole*, Managerhaftung für Gesetzesverstöße, ZHR 173 (2009) 504; *Told*, Zum Entlastungsbeweis bei der Managerhaftung, wbl 2012, 181; *Told*, Business Judgment Rule und ihre Anwendbarkeit in Österreich, in *Nueber/Przeszlowska/Zwirschmayr*, Privatautonomie und ihre Grenzen im Wandel (2015) 67; *Told*, Business Judgment Rule und ihre Anwendbarkeit in Österreich, GES 2015, 60; *U. Torggler*, Von Schnellschüssen, nützlichen Gesetzesverletzungen und spendablen Aktiengesellschaften – Zum Ermessensspielraum bei der gesellschaftsrechtlichen Organhaftung, wbl 2009, 168; *U. Torggler*, Zur Konzernhaftung nach österreichischem Recht, GesRZ 2013, 11; *U. Torggler*, Gesellschaftsrecht AT und Personengesellschaften (2013); *U. Torggler/Trenker*, Zur Organhaftung für Gläubigerbevorzugung gemäß § 25 Abs 3 Z 2 GmbHG, § 84 Abs 3 Z 6 AktG, JBl 2013, 613; *Vetter*, Drittanstellung von Vorstandsmitgliedern, aktienrechtliche Kompetenzverteilung und Exkulpation des Vorstands bei rechtlicher Beratung, NZG 2015, 889; *von Falckenhausen*, Die anwaltliche Beratung der Aktiengesellschaft, in *Liber Amicorum Martin Winter* (2011) 117; *C. Völkl*, § 1300 Satz 1 ABGB als Grundlage einer allgemeinen zivilrechtlichen Haftung, ÖJZ 2006, 97; *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung<sup>2</sup> (2014); *Wagner*, Die Rolle der Rechtsabteilung bei fehlenden Rechtskenntnissen der Mitglieder von Vorstand und Geschäftsführung, BB 2012, 651; *Walch*, Sorgfalt und Haftung im Gefälligkeitsverhältnis, Spektrum der Rechtswissenschaft 2014, 153; *Weilinger*, Die Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses (1997); *Welser*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten (1983); *Wilfling*, Auswirkungen der Marktmissbrauchsverordnung auf Wertpapieremissionen, ÖBA 2016, 353; *Witte/Indenhuck*, Wege aus der Haftung – die Beauftragung externer Berater durch den Aufsichtsrat, BB 2014, 2563; *Zöchling-Jud*, Die rechtsanwaltliche Verschwiegenheit – Recht und Pflicht des Rechtsanwalts, in *Heidinger/Zöchling-Jud*, Jahrbuch Anwaltsrecht 2011 (2011) 105.

<b>Gliederung</b>	<b>Rz</b>
I. Themenabgrenzung .....	1–4
II. Beiziehung eines Sachverständigen durch die AG .....	5–16
1. AG als Vertragspartner des Sachverständigen .....	5–8
2. Schranken .....	9–14
a) Höchstpersönliche Leitung der AG .....	9–10
b) Verfolgung des Unternehmenswohls .....	11
c) Geheimhaltung .....	12–13
d) Weitergabe von Insiderinformationen an Sachverständige .....	14
3. Verschwiegenheitspflicht eines beigezogenen Rechtsanwalts .....	15–16
III. Sonderfall: Beiziehung eines Sachverständigen durch ein einzelnes Vorstandsmitglied .....	17–19
IV. Einfluss der Beiziehung von Sachverständigen auf Vorstandshaftung .....	20–83
A. Allgemeines .....	20
B. Unternehmerische Entscheidungen .....	21–36
1. Definition .....	21–22
2. Rechtslage vor dem Strafrechtsänderungs- gesetz 2015 .....	23–24

3.	Rechtslage nach dem Strafrechtsänderungs-	
	gesetz 2015 .....	25–36
a)	Business Judgment Rule (BJR) .....	25–28
b)	Anwendbarkeit der BJR bei Entscheidung über	
	Heranziehung eines Sachverständigen .....	29–31
c)	Beiziehung von Sachverständigen als Handeln	
	auf der Grundlage angemessener Information .....	32–36
C.	Rechtlich gebundene Entscheidungen .....	37–66
1.	Entschuldbarer Rechtsirrtum bei Einholung	
	eines Rechtsrats .....	37–40
2.	Entfall der Rechtswidrigkeit? .....	41–43
3.	Konkrete Anforderungen an Einholung eines	
	Rechtsrats .....	44–66
a)	Ision-Urteil des BGH .....	44
b)	Auswahl des „richtigen“ Rechtsberaters .....	45–54
c)	Vollständige Schilderung des Sachverhalts .....	55–58
d)	Plausibilitätsprüfung .....	59–62
e)	Modalitäten der Auskunftserteilung .....	63–65
f)	Delegation der Maßnahmen für Einholung	
	eines Rechtsrats .....	66
D.	Rechtlich gebundene Entscheidungen mit Ermessens-	
	spielraum .....	67–82
1.	Allgemeines .....	67–68
2.	Ermessensspielraum bei Pflichtaufgaben .....	69–73
3.	Unklare Rechtslage .....	74–80
4.	Handeln entgegen gefestigter Rechtsansicht .....	81–82
E.	Dokumentation der Beiziehung von Sachverständigen	
	als Mittel der Haftungsprävention .....	83

## I. Themenabgrenzung

Dem Vorstand obliegt nach § 70 Abs 1 AktG die Leitung der AG, dh das Treffen **1** von Führungsentscheidungen. Zu den Leitungsaufgaben zählen insbesondere die Festlegung der Unternehmenspolitik und -strategie, die Überwachung der nachgeordneten Führungsebenen,<sup>1</sup> die Koordinierung der großen betrieblichen Teilbereiche, geschäftliche Maßnahmen von außergewöhnlicher betrieblicher Bedeutsamkeit, die Beseitigung von größeren Störungen im laufenden Betriebsprozess sowie die Besetzung von Führungsstellen.<sup>2</sup> Regelmäßig müssen Vorstandsmitglieder (Führungs-) **Entscheidungen treffen, die spezifische Fähigkeiten oder Kenntnisse voraussetzen**. In diesem Fall ziehen sie häufig einen Sachverständigen bei.

**Sachverständiger** kann grundsätzlich jeder sein, der auf einem bestimmten **2** Fachgebiet **über besondere Kenntnisse** verfügt. Er hat einen Wissensvorsprung,

<sup>1</sup> *Schopper* in Kalss/Torggler, Compliance 53; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 95 Rz 10.

<sup>2</sup> Vgl aus dem betriebswirtschaftlichen Schrifttum *Gutenberg*, Unternehmensführung 59 ff, insb 61; *Schierenböck/Wöhle*, Grundzüge 120 f; aus dem juristischen Schrifttum vor allem *Fleischer* in Spindler/Stilz, AktG<sup>3</sup> § 76 Rz 16 ff; ähnlich auch die restliche deutsche aktienrechtliche Kommentarliteratur (zB *Vedder* in Grigoleit, AktG § 76 Rz 4; *Spindler* in MünchKomm AktG<sup>4</sup> § 76 Rz 16); vgl auch *Paefgen/Napokoj*, RdW 2016, 16 (17 f) (Überwachung und Organisation des Unternehmens entsprechend seiner geschäftlichen Ausrichtung, Größe, Eigenart und Struktur).

den das Vorstandsmitglied für sich in Anspruch nehmen will.<sup>3</sup> Der Sachverständigenbegriff im hier verstandenen Sinn deckt sich grundsätzlich mit jenem des § 1299 ABGB. Sachverständiger ist demnach vor allem, wer ein qualifiziertes Gewerbe öffentlich ausübt.<sup>4</sup> Dazu zählen alle Berufe, die eine besondere Sachkenntnis und Anstrengung erfordern (zB Rechtsanwalt, Notar, Steuerberater, Unternehmensberater, Ziviltechniker, Architekt). Ebenso ist jemand, der im Einzelfall eine Begutachtung als Berater übernimmt, als Sachverständiger qualifizieren.<sup>5</sup> Zu berücksichtigen ist allerdings, dass bei § 1299 ABGB und der Beiziehung von Sachverständigen unterschiedliche Regelungsanliegen verfolgt werden. § 1299 ABGB stellt auf den Sorgfaltsmaßstab ab, den ein Sachverständiger im Unterschied zu Laien (§ 1297 ABGB) einhalten muss. Bei der Beiziehung eines Sachverständigen durch ein Vorstandsmitglied ist hingegen primär das Verhältnis zwischen AG und Vorstandsmitglied von Interesse, ohne dass es auf den Sorgfaltsmaßstab ankommt, den die beigezogene sachverständige Person einhalten muss. Aufgrund der unterschiedlichen Regelungsanliegen muss der Sachverständigenbegriff bei der Beiziehung eines Sachverständigen **nicht unbedingt mit jenem des § 1299 ABGB übereinstimmen**. Im Unterschied zu § 1299 ABGB kommt es für die Qualifikation als Sachverständiger im vorliegenden Zusammenhang uE ausschließlich darauf an, ob jemand über besondere Fähigkeiten Kenntnisse verfügt, um die Beiziehung von Sachverständigen von der Beiziehung anderer Personen (zB Schreib- und sonstige Hilfskräfte) abzugrenzen. Auf andere Kriterien wie zB die öffentliche oder berufliche Ausübung der Tätigkeit kommt es nicht an. Ebenso ist keine bestimmte Formalqualifikation erforderlich.

- 3 **Beiziehen** bedeutet, dass das Vorstandsmitglied auf die Expertise des Sachverständigen zurückgreift und diese der eigenen Entscheidung zugrunde legt oder zumindest berücksichtigt.<sup>6</sup> Der Abschluss eines Vertrags zwischen der AG (bzw dem Vorstandsmitglied; dazu Pkt III) und dem Sachverständigen ist nicht erforderlich. Ein Sachverständiger kann auch im Rahmen eines Gefälligkeitsverhältnisses – nicht zu verwechseln mit dem Gefälligkeitsgutachten (Rz 62) – beigezogen werden.<sup>7</sup> Umfasst ist zB ein Anruf bei einem befreundeten Rechtsanwalt, der aus Gefälligkeit einen Rechtsrat erteilt.<sup>8</sup>
- 4 Eine Beiziehung von Sachverständigen im hier verstandenen Sinn liegt nur vor, wenn die beabsichtigte Handlung zu den Leitungsaufgaben des Vorstands gehört. Sie ist **abzugrenzen von** anderen Sachverständigen, die für die AG tätig sind,

<sup>3</sup> Vgl OGH 31.8.2015, 6 Ob 142/15y (Pkt 5.2), GesRZ 2015, 402 (*Dellinger*) = *ecolex* 2015, 1065 (*Kapsch*) = ÖBA 2016/2208 (*Proschak*): „Sachverständige sind Personen mit einem speziellen Fachwissen in bestimmten Wissenszweigen“.

<sup>4</sup> OGH 19.10.1999, 4 Ob 265/99w, JBI 2000, 441 (*Staudegger*); *Harrer/Wagner* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 1299 Rz 1; *C. Völkl*, ÖJZ 2006, 97 (100 f).

<sup>5</sup> OGH 19.10.1999, 4 Ob 265/99w, JBI 2000, 441 (*Staudegger*); *Harrer/Wagner* in *Schwimmann/Kodek*, ABGB<sup>4</sup> § 1299 Rz 1; *Karner* in *KBB*, ABGB<sup>4</sup> § 1299 Rz 5.

<sup>6</sup> ZB muss das Vorstandsmitglied einen Rechtsrat nicht nur einholen, sondern auch entsprechend dem Rechtsrat handeln (vgl bei FN 130).

<sup>7</sup> Zum Gefälligkeitsverhältnis siehe *Schopper*, *Nachvertragliche Pflichten* 125 ff; *Walch*, *Spektrum der Rechtswissenschaft* 2014, 153.

<sup>8</sup> Die Verantwortlichkeit des Rechtsanwalts gegenüber der AG und dem Vorstandsmitglied richtet sich in diesem Fall nach § 1300 Satz 1 und Satz 2 ABGB.

ohne den Vorstand bei dessen Leitungsaufgaben zu unterstützen. ZB können in einem Produktionsbetrieb zahlreiche technische Experten angestellt sein. Auch die Rechtsabteilung verfügt häufig über Experten, die die rechtlichen Interessen der AG wahrnehmen und durchsetzen. Deren Anstellung zählt als **Personalpolitik** zur Geschäftsführung. Dies bedeutet nicht, dass ein Angestellter der AG kein für die AG oder den Vorstand tätiger Sachverständiger sein kann. Zieht der Vorstand die Expertise eines Angestellten heran, um eine Führungsentscheidung zu treffen, ist dies durchaus eine Beziehung im hier verstandenen Sinn. **Beispiele:** Der Vorstand möchte eine Kapitalerhöhung vornehmen und lässt deren rechtliche Zulässigkeit von der Rechtsabteilung „intern“ prüfen. Der Vorstand einer in der Ölbranche tätigen Aktiengesellschaft zieht eine kostenintensive Exploration in Erwägung und holt die Expertise eines technischen Mitarbeiters über erwartete Ölvorkommen ein. Der Vorstand einer im Lebensmittelhandel tätigen AG steht vor dem Entscheid über eine wichtige Produkteinführung und konsultiert vorher die Marketing-Abteilung.

## II. Beziehung eines Sachverständigen durch die AG

### 1. AG als Vertragspartner des Sachverständigen

Im Regelfall zieht nicht ein einzelnes Vorstandsmitglied (dazu unten Pkt III), sondern die AG einen Sachverständigen bei. **Vertragspartner** eines allfälligen Beratungsvertrags oder Gutachtensauftrags<sup>9</sup> ist nicht der Vorstand bzw ein einzelnes Vorstandsmitglied, sondern die **AG**.<sup>10</sup> Aus Sicht des Vorstandsmitglieds handelt es sich hierbei um eine Geschäftsführungsmaßnahme. Die Entscheidung über die Heranziehung des Sachverständigen und der Abschluss eines Vertrags richten sich somit nach der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des Vorstandsmitglieds (§§ 70 f AktG). 5

Treten die AG und ein Sachverständiger in Verhandlungen über die Erteilung eines Beratungsvertrags oder Gutachtensauftrags, ohne dass diese zustandekommen, richten sich allfällige **Ansprüche aus culpa in contrahendo** jeweils gegen den potentiellen Vertragspartner. Zu denken ist (ausnahmsweise) an einen Aufwandsersatzanspruch des Sachverständigen gegen die AG, wenn diese den Sachverständigen hinsichtlich des Abschlusses eines Gutachtens- oder Beratungsvertrags zunächst in Sicherheit wiegt, dann aber den Vertragsabschluss ohne triftigen Grund verweigert.<sup>11</sup> Eine unmittelbare Haftung des Vorstandsmitglieds kommt 6

<sup>9</sup> Hierbei wird es sich regelmäßig um einen Werkvertrag handeln (vgl OGH 19.9.1984, 1 Ob 605/84; OGH 24.3.2014 8 Ob 16/14g [dort – vom OGH unwidersprochen – vom Berufungsgericht als Werkvertrag qualifiziert]; RIS Justiz RS0021664), sodass die etablierte Bezeichnung *Gutachtensauftrag* eigentlich irreführend ist.

<sup>10</sup> Vgl allgemein zur dogmatischen Einordnung eines Beratungsvertrags oder Gutachtensauftrags *Welser*, Haftung für Rat 40: „Meist wird das Geschäft Auftragsvertrag, Werkvertrag oder freier Dienstvertrag sein, doch muss wegen der Vertragsfreiheit kein bestimmter Typ eingehalten werden.“; zur ausnahmsweisen Einbeziehung des Vorstandsmitglieds in den Schutzbereich des Beratungsvertrags jüngst BGH 21.7.2016, IX 252/15, ZIP 2016, 1586; vgl auch BGH 14.6.2012, IX ZR 145/11, NG 2012, 866.

<sup>11</sup> Vgl dazu zB *Lukas*, JBl 2009, 751 (1. Teil) und JBl 2010, 23 (2. Teil); *Koziol-Welser/Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> Rz 74; *Wiebe* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 861 Rz 33 ff.



nur im Ausnahmefall in Betracht, wenn dieses gegenüber dem Sachverständigen ein über das normale Maß hinausgehendes persönliches Vertrauen in Anspruch genommen hat.<sup>12</sup> Praktisch relevanter ist ein Schadenersatzanspruch gegen einen Sachverständigen, wenn dieser vor Vertragsschluss einen unrichtigen Rat abgegeben hat.<sup>13</sup> Anspruchsberechtigt ist die AG als potentieller Vertragspartner, nicht das Vorstandsmitglied. Ersatzfähig ist der Schaden, den die AG im Vertrauen auf den im Rahmen der Vertragsanbahnung abgegebenen unrichtigen Rat erlitten hat.

- 7 Der Sachverständige ist **kein Erfüllungsgehilfe** des Vorstandsmitglieds, sondern er leistet seine Dienste der AG.<sup>14</sup> Daraus folgt, dass ein Vorstandsmitglied gegenüber der AG nicht für das Verschulden eines Sachverständigen nach § 1313a ABGB eintreten muss. Im Rahmen der Geschäftsführungspflichten schuldet das Vorstandsmitglied der AG lediglich die sorgfältige Auswahl und Überwachung des Sachverständigen.
- 8 Die **Kosten** für den Sachverständigen trägt die AG, weil diese Vertragspartner ist.<sup>15</sup> Bei einer exzessiven unnötigen Beiziehung von Sachverständigen erleidet die AG einen Schaden, den das Vorstandsmitglied – bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen – unter Anrechnung der dadurch entstandenen Vorteile ersetzen muss (dazu Pkt IV.B.3.b).

## 2. Schranken

### a) Höchstpersönliche Leitung der AG

- 9 Die Beiziehung eines Sachverständigen darf nicht gegen die **Pflicht zur höchstpersönlichen Leitung** der AG verstoßen.<sup>16</sup> Jedenfalls pflichtwidrig ist daher eine (faktisch) ständige Übertragung von Leitungsaufgaben an einen Sachverständigen. Aber auch eine vereinzelt Übertragung von Leitungsaufgaben ist pflichtwidrig, wenn die Letztentscheidungsbefugnis nicht beim Vorstandsmitglied

<sup>12</sup> OGH 22.2.1984, 1 Ob 688/83; OGH 26.11.2015, 6 Ob 210/15y; OGH 30.8.2016, 8 Ob 62/16z; RIS Justiz RS0019726; Koziol-Welser/Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II<sup>4</sup> Rz 75; *Wiebe* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 861 Rz 46.

<sup>13</sup> Vgl § 1300 Satz 1 ABGB; *Koziol*, Haftpflichtrecht II<sup>2</sup> 184; *Reischauer* in Rummel<sup>3</sup> § 1300 Rz 8; *Karner* in FS Koziol 699 f; *Schacherreiter* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 1300 Rz 2; *Lorenz* in FS Larenz 575.

<sup>14</sup> Vgl (zur OHG) OGH 11.8.2006, 9 Ob 77/06y; zur GmbH *Reich-Rohrwig* in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 25 Rz 31; siehe auch Rz 58.

<sup>15</sup> *Kalss* in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 23/67; missverständlich *F. Schuhmacher* in Althuber, Geschäftsführer- und Vorstandshaftung<sup>2</sup> 271 (274): „Sollte eine Inanspruchnahme eines externen Beraters notwendig sein, sind die Kosten von der GmbH zu tragen.“; dem ist entgegenzuhalten, dass die AG als Vertragspartner grds auch die Kosten tragen muss, wenn die Beratung nicht notwendig ist. In Betracht kommt allerdings ein Schadenersatzanspruch der AG gegen das Vorstandsmitglied.

<sup>16</sup> *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/247; vgl dazu § 70 Abs 1 AktG („unter eigener Verantwortung“; wobei daraus vor allem die Weisungsunabhängigkeit des Vorstands [zB *Karollus* in FS W. Jud 309 f], nicht unbedingt auch die Höchstpersönlichkeit abgeleitet wird); § 75 Abs 2 AktG; § 1010 ABGB (subsidiär); vgl aus steuerrechtlicher Sicht VwGH 24.9.2014, 2011/13/00926, GES 2015 38 (*Marschner/Renner*); zur höchstpersönlichen Aufgabenerfüllung bei Aufsichtsratsmitgliedern siehe § 95 Abs 7 AktG (dazu *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 95 Rz 151).

bleibt.<sup>17</sup> Der Sachverständige darf somit nur unterstützend tätig werden. Innerhalb dieser Grenzen kann sich ein Vorstandsmitglied sehr weitgehend an den Rat des Sachverständigen halten und sich diesem auch vollumfänglich anschließen.

Ein Vorstandsmitglied, dessen Fähigkeiten und Kenntnisse für die mit der Organstellung verbundenen Anforderungen nicht ausreichen, darf dieses Defizit nicht mittels **ständiger Betrauung von Sachverständigen** kompensieren, sondern muss zurücktreten bzw auf eine einvernehmliche Abberufung hinwirken.<sup>18</sup> Fügt es der Gesellschaft infolge seiner mangelnden Eignung als Vorstandsmitglied Schäden zu, ist ihm ein Übernahmeverschulden vorwerfbar.<sup>19</sup> Das ständige Heranziehen von Sachverständigen in Angelegenheiten der gewöhnlichen Geschäftsführung kann ein Indiz für die Unfähigkeit eines Vorstandsmitglieds zur Leitung der Gesellschaft sein, die nach § 75 Abs 4 AktG einen wichtigen Grund für dessen Abberufung bildet. Rechtlich unbedenklich ist hingegen die ständige Betrauung eines Sachverständigen für schwierige Fälle, solange dessen Unabhängigkeit gewährleistet ist (vgl Rz 45) und der Sachverständige nur unterstützend tätig wird (Rz 9). Es ist praktisch üblich, ökonomisch sinnvoll und rechtlich zulässig, regelmäßig auf denselben bewährten (externen) Sachverständigen zurückzugreifen, der bereits mit der AG und deren spezifischen Problemen vertraut ist.

#### b) Verfolgung des Unternehmenswohls

Von der organschaftlichen Pflicht zur höchstpersönlichen Leitung der AG (Rz 9) zu unterscheiden ist die **Pflicht zur Verfolgung des Unternehmenswohls** (§ 70 Abs 1 AktG; vgl § 84 Abs 1 AktG; § 1009 ABGB [subsidiär]). Hat ein Vorstand nicht genügend Sachverstand, um eine sorgfältige Entscheidung zu treffen, erfordert das Unternehmenswohl in aller Regel die Beiziehung eines Sachverständigen. Besitzt ein Vorstandsmitglied hingegen die erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse, um die Entscheidung ohne Hinzuziehung eines Sachverständi-

<sup>17</sup> Aus der Pflicht zur höchstpersönlichen Leitung folgt nicht, dass ein Vorstandsmitglied alle (Vorbereitungs-)Aufgaben höchstpersönlich erledigen müsste. Es muss jedoch die (Letzt-)Entscheidungsbefugnis selbst wahrnehmen; dazu *Dreher* in FS Hopt I 527; *Spindler* in MünchKomm AktG<sup>4</sup> § 76 Rz 18; *Koch* in Hüffer/Koch, AktG<sup>12</sup> § 76 Rz 8.

<sup>18</sup> Vgl *Strohn*, CCZ 2013, 177 (179); *Fleischer*, KSzW 2013, 3 (7); (zum Aufsichtsratsmitglied) OGH 31.8.2015, 6 Ob 142/15y („Das Fehlen von Basiswissen für die Aufsichtsrats-tätigkeit darf nicht durch die Beauftragung von Sachverständigen auf Kosten der Gesellschaft substituiert werden“); *Eckert/Schopper* in Torggler, GmbHG § 30h Rz 4; die Möglichkeit eines Rücktritts bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ist im AktG zwar nicht verankert, aber nach allgemeiner Auffassung zulässig (*Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht<sup>5</sup> 226; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/313; *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 75 Rz 27; *Runggaldier/Schima*, Manager-Dienstverträge<sup>4</sup> 122 f; *Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 17/187 ff); zur einvernehmlichen Abberufung siehe zB *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 75 Rz 29; *Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 17/196.

<sup>19</sup> *Kalss* in *MünchKomm AktG<sup>4</sup>* § 76 Rz 143; *Gurmann* in *Eberhardt/Gurmann*, Managementhaftung 14; siehe auch FN 227; die Aufsichtsratsmitglieder können der Gesellschaft gegenüber ebenfalls für den Schaden verantwortlich sein, wenn sie ein ungeeignetes Vorstandsmitglied bestellt bzw nicht abberufen haben (*Runggaldier/Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften 62; *Herzer/Strobl/Taufner* in *Hausmaninger/Gratzl/Justich*, Handbuch zur Aktiengesellschaft Kap 6 Rz 4).

gen zu treffen, ist es regelmäßig im Interesse der AG, auf den (externen) Sachverständigen und die durch ihn anfallenden Kosten zu verzichten. Allerdings hat der Vorstand vor allem im letztgenannten Fall einen weiten unternehmerischen<sup>20</sup> Ermessensspielraum, sodass nur die exzessive unnötige Beziehung von Sachverständigen einen Pflichtverstoß gegenüber der Gesellschaft bildet.

### c) Geheimhaltung

- 12 Ein Vorstandsmitglied ist zur **Geheimhaltung** von vertraulichen Informationen der Gesellschaft – dazu zählen alle Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse –<sup>21</sup> verpflichtet. Dies folgt aus § 84 Abs 1 Satz 2 AktG sowie aus der Treuepflicht des Vorstandsmitglieds gegenüber der AG (§ 1009 ABGB).<sup>22</sup> Die Geheimhaltungspflicht gilt jedoch nicht absolut.<sup>23</sup> Ein Vorstandsmitglied darf vertrauliche Informationen ausnahmsweise dann weitergeben, wenn dies im Interesse der AG liegt.<sup>24</sup> Dient die Beziehung eines Sachverständigen den Interessen der AG, ist die Informationsweitergabe an den Sachverständigen in aller Regel sachlich gerechtfertigt.<sup>25</sup> Allerdings muss das Vorstandsmitglied im Interesse der AG dafür sorgen, dass der Sachverständige seinerseits zur Verschwiegenheit verpflichtet ist.<sup>26</sup> Bei einem Rechtsanwalt, der nach § 9 Abs 2 RAO zur Verschwiegenheit verpflichtet ist (dazu Pkt 3), sind die Geheimhaltungsinteressen der AG idR gewahrt. Bei anderen Sachverständigen kann der gesonderte Abschluss einer Verschwiegenheitsvereinbarung erforderlich sein, bevor gegenüber dem Sachverständigen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse offengelegt werden. Ob die Effektivität einer Geheimhaltungsvereinbarung zB durch eine Konventionalstrafe zusätzlich abgesichert werden muss, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, wobei insbesondere das Geheimhaltungsinteresse der AG und die Professionalität des Sachverständigen zu berücksichtigen sind. Die Entscheidung über die Weitergabe der Information an den Sachverständigen zählt zur Geschäftsführung, sodass nur ein ausreichend geschäftsführungsbefugtes Vorstandsmitglied diese Entscheidung fällen darf (vgl *Arlt* Rz 43/52).<sup>27</sup>

<sup>20</sup> Ob die Kosten für einen Sachverständigen vermeidbar sind oder die Vorteile überwiegen, ist eine unternehmerische Entscheidung. ZB kann ein Vorstandsmitglied trotz eigener Fähigkeiten und Kenntnisse einen Sachverständigen beauftragen, um Zeitressourcen für andere Leitungsaufgaben zu gewinnen.

<sup>21</sup> *Kalss* in MünchKommAktG<sup>4</sup> § 93 Rz 353.

<sup>22</sup> *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/402; *Kalss* in MünchKommAktG<sup>4</sup> § 93 Rz 353; *Spindler* in MünchKommAktG<sup>4</sup> § 93 Rz 133; *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG<sup>3</sup> Rz 160.

<sup>23</sup> *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/403.

<sup>24</sup> *Spindler* in MünchKommAktG<sup>4</sup> § 93 Rz 133.

<sup>25</sup> Vgl *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG<sup>3</sup> Rz 169.

<sup>26</sup> Vgl (allerdings zur Beziehung eines Sachverständigen durch ein einzelnes Aufsichtsratsmitglied) *Kalss* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 23/69; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 95 Rz 69.

<sup>27</sup> *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG<sup>3</sup> Rz 169; *Spindler* in MünchKommAktG<sup>4</sup> § 93 Rz 141; das dispositive Recht sieht Gesamtgeschäftsführungsbefugnis vor, wobei § 70 Abs 2 AktG so ausgelegt wird, dass mit Mehrheitsbeschluss entschieden wird und dem Vorsitzenden ein Dirimierungsrecht zukommt (statt aller *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/339 f; *Ch. Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 70 Rz 21; *Ratka/Rauter/Völkl*, Unternehmens- und Gesellschaftsrecht II<sup>2</sup> 327). Nach Ansicht von



Für die Teilnahme eines Sachverständigen an **Sitzungen des Vorstands** gilt § 93 Abs 1 AktG analog.<sup>28</sup> Um die Vertraulichkeit der Sitzung zu wahren,<sup>29</sup> darf ein Sachverständiger demnach nicht während der ganzen Sitzung, sondern nur zur Beratung über einzelne Gegenstände zugezogen werden.<sup>30</sup> 13

#### d) Weitergabe von Insiderinformationen an Sachverständige

Bei börsennotierten<sup>31</sup> Gesellschaften muss das Vorstandsmitglied darauf achten, durch die **Offenlegung von Insiderinformationen** gegenüber einem Sachverständigen nicht gegen das Verbot des Insiderhandels nach Art 14 MAR<sup>32</sup> zu verstoßen. Jedes Vorstandsmitglied ist als Mitglied des Verwaltungs- bzw. Leitungsorgans (vgl Art 8 Abs 4 Bst a MAR) Primärsinsider<sup>33</sup>. Die Weitergabe einer Insiderinformation an einen Sachverständigen ist jedoch keine unrechtmäßige Offenlegung nach Art 10 MAR, wenn sie „*der normalen Erfüllung von Aufgaben*“ dient und – nach der strengen Rsp des EuGH –<sup>34</sup> hierfür „*unerlässlich*“ 14

*Walch* ist diese völlig herrschende Ansicht im Hinblick auf die Genese der Norm überprüfungsbedürftig, jedoch kann in diesem Rahmen nicht darauf eingegangen werden.

<sup>28</sup> So für Deutschland bereits *Ihrig/Schäfer*, Rechte und Pflichten des Vorstands § 18 Rz 505; *Wiesner* in MünchHdBGesR IV<sup>4</sup> § 22 Rz 33; *Fleischer* in Spindler/Stilz, AktG<sup>3</sup> § 77 Rz 61; *Spindler* in MünchKommAktG<sup>4</sup> § 77 Rz 35.

<sup>29</sup> Vgl OGH 31.8.2015, 6 Ob 142/15y (Pkt 5.4); *G. Frotz*, ÖZW 1978, 44 (48); *Eckert/Schopper* in Torggler, GmbHG § 30h Rz 1; *Kalss* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 93 Rz 14; die Materialien zu § 93 AktG betonen demgegenüber vor allem den Normzweck, dass die Beschränkung der Zahl der Aufsichtsratsmitglieder nicht umgangen werden können soll (*Kalss/Burger/Eckert*, Entwicklung 675).

<sup>30</sup> *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats<sup>6</sup> § 11 Rz 703 (kein ständiger Berater); *Gittermann* in Semler/v Schenk, Aufsichtsrat § 109 Rz 35; im deutschen Schrifttum wird – allerdings ohne Begründung – teilweise vertreten, dass ein legal counsel während der ganzen Sitzung anwesend sein darf (*M. Roth*, ZGR 2012, 343 [362]; *Selter*, Die Beratung des Aufsichtsrats Rz 385; ähnlich *Ihrig/Schäfer*, Rechte und Pflichten des Vorstands § 18 Rz 505), was uE zumindest überprüfungsbedürftig ist; völlig unproblematisch ist hingegen die Beiziehung von Hilfspersonen wie Protokollführern oder Dolmetschern (unstr, siehe zB *Habersack* in MünchKommAktG<sup>4</sup> § 109 Rz 21; *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats<sup>6</sup> § 11 Rz 703; *Drygala* in Schmidt/Lutter, AktG<sup>3</sup> § 109 Rz 14), jedoch handelt es sich hierbei um keine Sachverständigen.

<sup>31</sup> Die MAR (FN 32) stellt nicht nur auf Finanzinstrumente (insb Aktien) ab, die am geregelten Markt gehandelt werden, sondern auch auf in multilateralen Handelssystemen (zB Dritter Markt der Wiener Börse) und organisierten Handelssystemen gehandelte Finanzinstrumente.

<sup>32</sup> Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission; die Verordnung trat am 3.7.2016 in Kraft; zur alten Rechtslage siehe § 48b BörseG (idF vor BGBl I 2016/76).

<sup>33</sup> Die MAR und (nach alter Rechtslage) auch das Börsegesetz (dazu *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> § 21 Rz 15) verwenden den Begriff Primärsinsider nicht; der EuGH verwendet in der deutschen Fassung der Entscheidung EuGH 23.12.2009, C-45/08 – Spector den Begriff „primäre Insider“.

<sup>34</sup> EuGH 12.11.2005, C-384/02– Grøngaard/Bang Rz 34: „*die Weitergabe einer solchen Information nur dann gerechtfertigt, wenn sie für die Ausübung einer Arbeit oder eines Berufes oder für die Erfüllung einer Aufgabe unerlässlich ist und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet*“; die Entscheidung erging zu Art 3 Bst a RL 89/592/EWG, ist aber aufgrund

ist.<sup>35</sup> Ein Vorstandsmitglied darf daher nur jene Insiderinformationen weitergeben, die der Sachverständige benötigt, um seine Aufgabe zu erfüllen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Vorstandsmitglied häufig kein Rechtsexperte ist und daher mitunter nicht beurteilen kann, welche Insiderinformationen der Sachverständige benötigt. In diesen Fällen ist uE ein großzügiger Maßstab an die Unerlässlichkeit der Informationsweitergabe anzulegen.<sup>36</sup> Mit Erhalt der Insiderinformation wird der Sachverständige selbst zum Primärinsider, weil er die Insiderinformation zwecks Erfüllung einer Aufgabe bzw aufgrund der Ausübung einer Arbeit oder eines Berufs erhält (Art 8 Abs 4 Bst c MAR).<sup>37</sup> Die AG als Emittentin ist verpflichtet, den Sachverständigen in die Insiderliste nach Art 18 MAR aufzunehmen.<sup>38</sup>

### 3. Verschwiegenheitspflicht eines beigezogenen Rechtsanwalts

- 15 Zieht das Vorstandsmitglied für die AG einen Rechtsanwalt bei, schuldet der **Rechtsanwalt** der Gesellschaft als dessen Vertragspartner **Verschwiegenheit** (§ 9 Abs 2 RAO;<sup>39</sup> § 1009 ABGB<sup>40</sup>; § 157 Abs 1 Z 2 StPO). Geheimhaltungsbedürftige Informationen, die dem Rechtsanwalt im Rahmen der Beziehung bekannt werden, darf dieser nur mit Einverständnis der Gesellschaft – vertreten durch den Vorstand – an Dritte weitergeben. Auch Mitarbeiter der Gesellschaft und Aufsichtsratsmitglieder zählen als Dritte, weil diese nicht das vertretungsbefugte Organ der AG sind.<sup>41</sup> Werden dem Rechtsanwalt Pflichtverstöße eines Vorstandsmitglieds bekannt, an deren Kenntnis die AG ein erkennbares und berechtigtes Interesse hat,<sup>42</sup> muss er diese aufgrund seiner Interessenwahrungspflicht gegenüber der Gesellschaft als seiner Mandantin melden.<sup>43</sup> Adressat ist ein anderes Vorstandsmitglied oder – bei einer drohenden Vorstandshaftung – ausnahmsweise auch der Aufsichtsrat.<sup>44</sup> Diese Infor-

des ähnlichen Wortlauts von Art 3 Bst a RL 2003/6/EG und Art 10 Abs 1 MAR nach wie vor nicht überholt; ausführlich zu dieser Entscheidung *Klöhn* in KölnKomm WpHG<sup>2</sup> § 14 Rz 323 ff.

<sup>35</sup> *Brandl* in Temmel, Börsegesetz § 48b Rz 33; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht<sup>2</sup> § 21 Rz 42 und Rz 52; vgl *Oppitz* in Heidinger/Zöchling-Jud, Jahrbuch Anwaltsrecht 2013, 185 (190).

<sup>36</sup> Vgl *Assmann* in Assmann/Schneider, WPHG<sup>6</sup> § 14 Rz 97.

<sup>37</sup> Vgl *Oppitz* in Heidinger/Zöchling-Jud, Jahrbuch Anwaltsrecht 2013, 185 (189).

<sup>38</sup> Art 18 Abs 1 Bst a MAR stellt ausdrücklich auf Berater ab, die Zugang zu Insiderinformationen haben.

<sup>39</sup> § 321 Abs 1 Z 4 ZPO ist ohne eigenständigen Anwendungsbereich, weil § 9 Abs 2 RAO ohnehin weiter gefasst ist (*Frauenberger* in Fasching/Konecny<sup>2</sup> § 321 ZPO Rz 21).

<sup>40</sup> Der Wortlaut des § 1009 ABGB erwähnt die Verschwiegenheitspflicht nicht explizit, diese ist jedoch Teil der Interessenwahrungspflicht; siehe zB *Apathy* in Schwimann/Kodek, ABGB<sup>4</sup> § 1009 Rz 9; *Rubin* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1,02</sup> § 1009 Rz 55 ff; *P. Bydlinski* in KBB, ABGB<sup>4</sup> § 1009 Rz 2.

<sup>41</sup> *Von Falckenhausen* in Liber Amicorum Martin Winter 118 ff.

<sup>42</sup> Insbesondere weil die Gesellschaft daraus mögliche Ansprüche gegen das Vorstandsmitglied ableiten kann oder künftige Schäden abgewendet werden können.

<sup>43</sup> Ausführlich *von Falckenhausen* in Liber Amicorum Martin Winter 121 ff.

<sup>44</sup> Einschränkung *von Falckenhausen* in Liber Amicorum Martin Winter 123 f: Er geht zunächst von einer Verschwiegenheitspflicht des Rechtsanwalts gegenüber dem Aufsichtsrat aus, bejaht aber eine notstandsähnliche Situation, wenn die Pflichtverletzungen schwer wiegen und alle Vorstandsmitglieder befangen sind. UE entspricht es der Interessenlage besser, für diesen Fall überhaupt keine Verschwiegenheitspflicht des Rechtsanwalts gegenüber dem

mationspflicht ist problematisch, weil eine Rechtsberatung nur schwer möglich ist, wenn das beratene Vorstandsmitglied<sup>45</sup> nicht auf die Geheimhaltung der Informationen vertrauen kann.<sup>46</sup> Ein Vorstandsmitglied, das im Zuge der Rechtsberatung für die Gesellschaft Gefahr läuft, belastende Informationen für einen späteren allfälligen Organhaftungsprozess gegen sich selbst zu liefern, hat kein großes Interesse daran, einem Rechtsanwalt den Sachverhalt richtig und vollständig zu schildern oder diesen auch nur zu konsultieren. Der Gefahr für die Gesellschaft, dass das Vorstandsmitglied den Sachverhalt nicht vollständig und richtig schildert oder keinen Rechtsrat einholt, kann ausgewichen werden, wenn nicht die Gesellschaft, sondern das Vorstandsmitglied den Rechtsanwalt beizieht (dazu Pkt III). In diesem Fall ist der Rechtsanwalt nämlich nicht verpflichtet, der AG die Pflichtverstöße zu melden, weil er ausschließlich die Interessen des Vorstandsmitglieds als seines Mandanten verfolgen muss. Alternativ besteht die Möglichkeit, dass zwar die Gesellschaft den Rechtsanwalt beizieht, jedoch eine Vereinbarung getroffen wird, wonach dieser auch die Interessen des Vorstandsmitglieds wahren muss. Unter diesen Umständen muss der Rechtsanwalt sein Mandat niederlegen, sobald er erkennt, dass ein Interessenkonflikt zwischen Vorstandsmitglied und Gesellschaft droht, zB weil ein Vorstandshaftungsfall vorliegen könnte (§ 10 Abs 1 RAO)<sup>47</sup>. Standes- oder gesellschaftsrechtliche<sup>48</sup> Bedenken gegen eine solche Vereinbarung bestehen uE nicht.

Ein Rechtsanwalt kann zB in einem Straf- oder Zivilprozess von der **Verschwiegenheitspflicht entbunden** werden.<sup>49</sup> Dazu ist nur die Gesellschaft als „Herrin des Geheimnisses“<sup>50</sup> berechtigt.<sup>51</sup> Dabei wird die Gesellschaft durch den aktuellen Vorstand vertreten, sodass dieser den Rechtsanwalt in einem Haftungsprozess gegen ein ausgeschiedenes Vorstandsmitglied von der Verschwiegenheitspflicht entbinden kann.<sup>52</sup> In einem Insolvenzverfahren über das Vermögen der AG

Aufsichtsrat anzunehmen, weil dieser im Falle einer Vorstandshaftung ohnedies als vertretungsbefugtes Organ der Gesellschaft gilt (§ 97 AktG; siehe dazu *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats<sup>6</sup> § 7 Rz 447 ff).

<sup>45</sup> Zwar wird aus rechtlicher Sicht die Gesellschaft beraten, jedoch kann diese als juristische Person nicht selbst beraten werden, sondern nur deren Vorstandsmitglied(er).

<sup>46</sup> Vgl dazu OGH 19.9.2001, 9 ObA 180/01p; *Kodek* in Heidinger/Zöchling-Jud, Jahrbuch Anwaltsrecht 2011, 87 (89); *Lehner* in Engelhart/Hoffmann/Lehner/Rohregger/Vitek, RAO<sup>9</sup> § 9 Rz 24; *Feil/Wennig*, Anwaltsrecht<sup>8</sup> § 9 Rz 24.

<sup>47</sup> Das Verbot der Doppelvertretung wird weit ausgelegt. Betroffen sind alle Rechtskonstellationen, in denen Interessenkollisionen zweier Parteien vorliegen oder sich diese auch nur abzeichnen; siehe RIS Justiz RS0117715; *Rohregger* in Engelhart/Hoffmann/Lehner/Rohregger/Vitek, RAO<sup>9</sup> § 10 Rz 11.

<sup>48</sup> Den Interessen der Gesellschaft ist besser gedient, wenn ein Vorstandsmitglied einen erforderlichen Rechtsrat einholt, als wenn es dies aus Furcht vor der Entdeckung eines Pflichtverstoßes unterlässt; vgl in anderem Zusammenhang *Fleischer*, KSzW 2013, 3 (6).

<sup>49</sup> ZB *Zöchling-Jud* in Heidinger/Zöchling-Jud, Jahrbuch Anwaltsrecht 2011, 105 (110); *Feil/Wennig*, Anwaltsrecht<sup>8</sup> § 9 Rz 24.

<sup>50</sup> Vgl zu diesem Begriff BGH 30.11.1989, III ZR 112/88, BGHZ 109, 260 (269) = NJW 1990, 510 (511 f) = ZIP 1990, 48 (unter Berufung auf *Friedländer*, RAO<sup>3</sup> [1930] § 28 Exkurs I Rz 9).

<sup>51</sup> BGH 30.11.1989, III ZR 112/88, BGHZ 109, 260 (269); vgl *Lehner* in Engelhart/Hoffmann/Lehner/Rohregger/Vitek, RAO<sup>9</sup> § 9 Rz 42.

<sup>52</sup> OLG Köln 1.9.2015, 2 Ws 544/15, ZIP 2016, 331 = EWiR 2016, 213; OLG Oldenburg 28.5.2004, 1 Ws 242/04, NJW 2004, 2176; OLG Nürnberg 18.6.2009, 1 Ws 289/09, NJW

kommt dem Insolvenzverwalter diese Befugnis zu.<sup>53</sup> Sind sowohl die Gesellschaft als auch das (später ausgeschiedene) Vorstandsmitglied gemeinsam Herren des Geheimnisses, weil der Rechtsanwalt beiden gegenüber zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, können nur beide gemeinsam den Rechtsanwalt von seiner Verschwiegenheitspflicht entbinden.<sup>54</sup>

### III. Sonderfall: Beiziehung eines Sachverständigen durch ein einzelnes Vorstandsmitglied

- 17 Obwohl ein Sachverständiger im Regelfall für die AG herangezogen wird (Rz 5), ist es nicht ausgeschlossen, dass ein Vorstandsmitglied einen Sachverständigen **bloß im eigenen Interesse beizieht**. Beispielsweise ist an die Vorbereitung auf einen möglichen Organhaftungsstreit mit der AG oder dienstvertragliche Angelegenheiten zu denken. Vertragspartner (zB Auftraggeber oder Werkbesteller) des Sachverständigen ist in diesem Fall das Vorstandsmitglied. Dies ist in den Grenzen der Pflicht zur höchstpersönlichen Wahrnehmung des Vorstandsamtes (Rz 9), der Geheimhaltungspflicht (Rz 12) und des Verbots der Weitergabe von Insiderinformationen (Rz 14)<sup>55</sup> **zulässig**. Das Vorstandsmitglied darf die Handlung bzw Entscheidung nicht delegieren, sondern der Sachverständige darf ihn lediglich bei seiner eigenen Entscheidung unterstützen (Rz 9). Hinsichtlich der Geheimhaltungspflicht ist bei einer Heranziehung durch ein einzelnes Vorstandsmitglied besonders genau zu prüfen, ob dem schützenswerte Geheimhaltungsinteressen der Gesellschaft gegenüber stehen (vgl Rz 12).

2010, 690; von *Falckenhausen* in Liber Amicorum Martin Winter 124 ff; vgl aber OLG Schleswig 27.5.1980, 1 Ws 160, 161/80, NJW 1981, 294 (Strafverfahren); OLG Koblenz 22.2.1985, 2 VAS 21/84, NStZ 1985, 426.

<sup>53</sup> BGH 30.11.1989, III ZR 112/88, BGHZ 109, 260 (270 f); OLG Köln 1.9.2015, 2 Ws 544/15, ZIP 2016, 331 = EWIR 2016, 213; OLG Oldenburg 28.5.2004, 1 Ws 242/04, NJW 2004, 2176 (Strafverfahren); OLG Nürnberg 18.6.2009, 1 Ws 289/09, NJW 2010, 690 (Strafverfahren); ausführlich *Nassall*, KTS 1988, 633 (642 ff); aA wonach auch Zustimmung des betroffenen (ehemaligen) Organmitglieds erforderlich ist, OLG Schleswig 27.5.1980, 1 Ws 160, 161/80, NJW 1981, 294 (Strafverfahren); OLG Koblenz 22.2.1985, 2 VAS 21/84, NStZ 1985, 426.

<sup>54</sup> Vgl BGH 30.11.1989, III ZR 112/88, BGHZ 109, 260 (272): „*Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn zwischen dem Anwalt und dem einzelnen Organmitglied eine besondere Vertrauensbeziehung bestanden hat, die individuell begründet worden ist, etwa dadurch, daß das betreffende Mitglied den Anwalt ausdrücklich um eine persönliche Beratung gebeten hat*“; *Nassall*, KTS 1988, 633 (649 f); vgl auch OLG Köln 1.9.2015, 2 Ws 544/15, ZIP 2016, 331 = EWIR 2016, 213; vgl allgemein OGH 21.12.2004, 4 Ob 228/04i („*Sind mehrere Personen durch die Verschwiegenheitspflicht geschützt, ist in aller Regel die gleichlautende Entbindung durch alle erforderlich.*“); RIS Justiz RS0122555; die in Österreich hA, wonach die Entbindung durch einen Berechtigten ausreicht, wenn die Berechtigten einen gemeinsamen Zweck verfolgt haben (zB Vertragserrichtung; ausführliche Wiedergabe des Meinungsstands mit zust eigener Stellungnahme bei *Kodek* in Heidinger/Zöchling-Jud, Jahrbuch Anwaltsrecht 2011, 87; vgl auch *Lehner* in Engelhart/Hoffmann/Lehner/Rohregger/Vitek, RAO<sup>9</sup> § 9 Rz 45), kann für den Fall einer Beratung im Zusammenhang mit einem eventuellen Pflichtverstoß des Vorstandsmitglieds nicht fruchtbar gemacht werden, weil Vorstandsmitglied und Gesellschaft insoweit bereits im Zeitpunkt der Beratung konträre Interessen verfolgen.

<sup>55</sup> Liegt die Informationsweitergabe nicht auch im Interesse der AG, sondern ausschließlich im Interesse des Vorstandsmitglieds, ist diese besonders problematisch; vgl dazu *Klöhn* in KölnKommWpHG<sup>2</sup> § 14 Rz 302.

Das Vorstandsmitglied muss für das Verschulden des Sachverständigen nach **§ 1313a ABGB** einstehen. Ein allfälliger Regress zwischen einem von der AG in Anspruch genommenen Vorstandsmitglied gegenüber dem Sachverständigen richtet sich nach dem konkreten Rechtsverhältnis zwischen beiden (zB §§ 1151 f ABGB; § 1170 ABGB; § 1012 ABGB). **18**

Die AG muss dem Vorstandsmitglied seine **Ausgaben** für den Sachverständigen in der Regel **nicht ersetzen**, weil er diese nicht im Rahmen der Geschäftsführung für die AG tätigt (§ 1014 ABGB [subsidiär]; vgl auch § 110 Abs 1 UGB).<sup>56</sup> Allenfalls auf Grundlage der Geschäftsführung ohne Auftrag hat er einen Anspruch auf Ersatz der Auslagen. Dies ist zB der Fall, wenn das Vorstandsmitglied ein Sachverständigengutachten, das es zunächst nur für sich selbst eingeholt hat, dem gesamten Vorstand zur Verfügung stellt und sich die AG dadurch ein eigenes Gutachten erspart (§ 1037 ABGB).<sup>57</sup> **19**

## IV. Einfluss der Beiziehung von Sachverständigen auf Vorstandshaftung

### A. Allgemeines

Hat ein Vorstandsmitglied der AG im Rahmen der Geschäftsführung einen Schaden zugefügt, stellt sich in einem Haftungsprozess vor allem die Frage, ob es sorgfältig und/oder ohne Verschulden gehandelt hat. In diesem Zusammenhang kommt der Beiziehung von Sachverständigen eine wesentliche Rolle zu. Ein Vorstandsmitglied handelt einerseits sorgfaltswidrig, wenn es unnötigerweise einen Sachverständigen beizieht und der Gesellschaft dadurch vermeidbare Kosten verursacht.<sup>58</sup> Andererseits – und das ist der in der Praxis wesentlich bedeutendere Fall – handelt ein Vorstandsmitglied sorgfaltswidrig, wenn es keinen Sachverständigen heranzieht, obwohl dies angezeigt wäre, oder es sich an den falschen (zB untauglichen oder befangenen) Sachverständigen wendet und auf dessen unrichtigen Rat vertraut. Je nachdem, ob es sich um (1.) eine unternehmerische Entscheidung (dazu sogleich Pkt B), (2.) eine rechtlich gebundene Entscheidung ohne Ermessensspielraum (Pkt C) oder (3.) eine rechtlich gebundene Entscheidung mit Ermessensspielraum (Pkt D) handelt, wirkt sich die Beiziehung von Sachverständigen unterschiedlich auf die (Ent-)Haftung des Vorstandsmitglieds aus. Diese Unterscheidung legt es nahe, die einzelnen Fälle in der Folge getrennt zu behandeln. **20**

## B. Unternehmerische Entscheidungen

### 1. Definition

Eine **Entscheidung** ist **unternehmerisch**, wenn sie nach unternehmerischen Zweckmässigkeitsgesichtspunkten zu treffen ist und das Vorstandsmitglied frei **21**

<sup>56</sup> *Kalss* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 23/71; *dies* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 95 Rz 70.

<sup>57</sup> Vgl *Kalss* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 23/71; *dies* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG<sup>2</sup> § 95 Rz 70.

<sup>58</sup> *Sethe* in *Sethe/Isler*, Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII 165 (199) (zu Alibigutachten).

ist, sich anders zu verhalten.<sup>59</sup> Dazu zählen zB Anlage-, Investitions- und Finanzierungsentscheidungen, die Einstellung und Kündigung von Personal, (gewichtige) Marketingentscheidungen und die Verfolgung einer Unternehmensstrategie. Von der Einhaltung gesetzlicher oder gesellschaftsvertraglicher Pflichten (dazu Rz 37) unterscheiden sich unternehmerische Entscheidungen dadurch, dass sie infolge ihrer Zukunftsbezogenheit idR durch Prognosen und Einschätzungen geprägt sind (vgl *Winner* Rz 41/9 ff).<sup>60</sup>

- 22 Bei unternehmerischen Entscheidungen ist ein Vorstandsmitglied häufig auf die Unterstützung durch Sachverständige angewiesen. Im Unterschied zu rechtlichen Entscheidungen, bei denen idR Rechtsexperten und allenfalls (zB bei einer Fortbestehensprognose) Steuerberater und Wirtschaftstreuhänder herangezogen werden, ist das **Feld potentieller Sachverständiger bei unternehmerischen Entscheidungen weit** und umfasst neben Rechtsexperten (Steuerberater; Wirtschaftsprüfer) zB auch Naturwissenschaftler (Geologen bei Bauprojekten), Mathematiker (Versicherungen; Finanzprodukte) und Techniker (Lebensmitteltechnologie).

## 2. Rechtslage vor dem Strafrechtsänderungsgesetz 2015

- 23 Bereits 1977 setzte sich der OGH mit der Beiziehung von Sachverständigen in einem Haftungsprozess betreffend Aufsichtsratsmitglieder einer Bank auseinander.<sup>61</sup> Diese müssen über grundsätzliche juristische Kenntnisse im Kreditsicherungsrecht verfügen, um die Vergabe von Großkrediten (unternehmerische Entscheidung) beurteilen zu können. Bei rechtlich schwierig gelagerten Fällen sind sie gehalten, juristische Sachverständige beizuziehen. In einer Entscheidung aus 2002,<sup>62</sup> die insbesondere für den unternehmerischen Ermessensspielraum richtungsweisend war, äußerte sich der OGH ebenfalls kurz zur Beiziehung von Sachverständigen. Alle Mitglieder des Aufsichtsrats (und uE erst Recht des Vorstands)<sup>63</sup> müssen zumindest über die Fähigkeit verfügen, die Vorgänge im Unternehmen der AG sachgerecht zu beurteilen. Dies bedeutet nicht, dass ein Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied über die Fähigkeiten eines (juristischen) Sachverständigen verfügen muss. Jedoch muss es in der Lage sein, die von einem zugezogenen Sachverständigen gelieferten Informationen von sich aus zu verstehen und sachgerecht zu würdigen. Das setzt zumindest Grundkenntnisse im betreffenden Fachgebiet voraus. In einer Entscheidung aus 2008 erkannte der OGH über die vom Aufsichtsrat gewährte – sehr hohe – Abfindung (golden handshake) für vorzeitig

<sup>59</sup> *Schopper* in *Kalss/Torggler*, Compliance 65; *Krieger/Sailer-Coceani* in *Schmidt/Lutter*, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 15, *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 68 mwN; *Grigoleit/Tomasic* in *Grigoleit*, AktG § 93 Rz 31; *Spindler* in *MünchKomm AktG*<sup>4</sup> § 93 Rz 41 f.

<sup>60</sup> *Begr. RegE*, BT-Drs. 15/5092 S. 11; vgl (zur Privatstiftung) OGH 23.2.2016, 6 Ob 160/15w, ZFS 2016, 58 (zust *Karollus*); zur rechtlich gebundenen Entscheidung unter Unsicherheit siehe Pkt D.1.

<sup>61</sup> OGH 31.5.1977, 5 Ob 306/76, EvBl 1978/4; bestätigt in OGH 26.2.2002, 1 Ob 144/01k.

<sup>62</sup> OGH 26.2.2002, 1 Ob 144/01k; in der Entscheidung ging es vor allem um die rechtzeitige Konkurseröffnung und damit nicht um eine unternehmerische, sondern um eine rechtlich gebundene Entscheidung.

<sup>63</sup> Die konkreten Anforderungen hängen im Einzelfall von verschiedenen Faktoren wie der Branche und Größe der Gesellschaft ab (*Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/252; *dies* in *MünchKomm AktG*<sup>4</sup> § 76 Rz 143).



ausscheidende Vorstandsmitglieder, die zuvor unternehmerisch unglücklich und womöglich pflichtwidrig gehandelt hatten.<sup>64</sup> Das Höchstgericht hob in Anlehnung an die Entscheidung aus 2002 hervor, dass nur eine **geradezu unvertretbare unternehmerische Entscheidung** einer gerichtlichen Nachprüfung zugänglich sei und zu einer Haftung führen könne. Es lehnte eine Haftung der Aufsichtsratsmitglieder ab. Bemerkenswert ist, dass der OGH in dieser Entscheidung der Beziehung von Sachverständigen kein Gewicht beimaß. Bei einer Abfindung in dieser – in Anbetracht der wirtschaftlichen Situation der AG – beachtlichen Höhe wäre es nahe gelegen, die Aussichten für einen potentiellen Prozess über die Abberufung zu ermitteln und dadurch die Verhandlungsposition der AG besser einschätzen zu können.<sup>65</sup> Außerdem war den Aufsichtsratsmitgliedern vorzuwerfen, dass sie die vorzeitige Abberufung beschlossen hatten, ohne sich zuvor ausreichend über das Vorliegen eines Abberufungsgrunds zu informieren, und die AG dadurch in eine schlechte Ausgangslage für die einvernehmliche Auflösung brachten.<sup>66</sup> Der OGH stellte offenbar vor allem auf die inhaltliche Vertretbarkeit ab, ohne gesondert zu berücksichtigen, ob die Aufsichtsratsmitglieder auf der Grundlage angemessener Informationen handelten.

Im **Ergebnis** war bereits vor dem Strafrechtsänderungsgesetz 2015 (BGBl I 2015/112) anerkannt, dass Vorstandsmitglieder bei schwierigen Fragen Sachverständige heranziehen müssen. Bei unternehmerischen Entscheidungen hatten die Vorstandsmitglieder einen weiten Ermessensspielraum. Der OGH stellte vor allem darauf ab, ob die Entscheidung inhaltlich unvertretbar war.<sup>67</sup> Die Frage, ob Sachverständige beigezogen wurden, spielte hierbei wohl eine vergleichsweise geringere Rolle als nach der nunmehr geltenden Rechtslage gem § 84 Abs 1a AktG (dazu sogleich Rz 25).

### 3. Rechtslage nach dem Strafrechtsänderungsgesetz 2015

#### a) Business Judgment Rule (BJR)

Das Strafrechtsänderungsgesetz 2015 (BGBl I 2015/112) führte in § 84 Abs 1a AktG und in § 25 Abs 1a GmbHG die **Business Judgment Rule (BJR)** ein. Demnach handelt ein Geschäftsleiter jedenfalls im Einklang mit der gebotenen Sorgfalt, 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. Die Regelung lehnt sich

<sup>64</sup> OGH 11.6.2008, 7 Ob 58/08t.

<sup>65</sup> Schopper/Kapsch, GeS 2008, 356 (359) (Entscheidungsanmerkung).

<sup>66</sup> Schopper/Kapsch, GeS 2008, 356 (359) (Entscheidungsanmerkung).

<sup>67</sup> Karollus in FS W. Jud 312 ff; ders., VR 2015, 23 (24 f); so auch rückblickend OGH 23.2.2016, 6 Ob 160/15w: „Eine Haftung der Organwalter war somit nur dann zu bejahen, wenn diese ihren Ermessensspielraum eklatant überschritten, eine evident unrichtige Sachentscheidung oder eine geradezu unvertretbare Entscheidung trafen [...] Während die Literatur hierfür bereits seit längerem ausdrücklich die Kriterien der Business Judgment Rule heranzog und sich auch der deutsche Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 21.4.1997 (II ZR 175/95 BGHZ 135, 244, 253/254) im Ergebnis zur Business Judgment Rule bekannte, setzte sich der Gedanke, den Ermessensfreiraum anhand eines eigenen Tatbestands der Business Judgment Rule zu prüfen, in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs bislang noch nicht durch.“

eng an § 93 Abs 1 Satz 2 dAktG an,<sup>68</sup> der wiederum nach dem Vorbild der US-amerikanischen BJR ausgestaltet ist.<sup>69</sup> § 84 Abs 1a AktG bzw § 25 Abs 1a GmbHG konkretisieren als *leges speciales* die gebotene Sorgfalt des Geschäftsleiters gem § 84 Abs 1 AktG bzw § 25 Abs 1 GmbHG.<sup>70</sup> Sie sind eine Privilegierung für den Geschäftsleiter, weil er keine Haftung gewärtigen muss, wenn er die Voraussetzungen der § 84 Abs 1a AktG bzw § 25 Abs 1a GmbHG einhält (**safe harbour**).<sup>71</sup> Er handelt in diesem Fall nämlich nicht rechts- bzw pflichtwidrig.<sup>72</sup> Zur empfehlenswerten Dokumentation der Beziehung eines Rechtsberaters für einen allfälligen Haftungsprozess siehe Pkt E.

- 26 Die **Voraussetzungen** für die Anwendung der BJR sind im Einzelnen: (1) Es muss sich um eine **unternehmerische Entscheidung** handeln (dazu Rz 21). (2) Das Vorstandsmitglied muss vernünftigerweise<sup>73</sup> annehmen dürfen, zum **Wohl der Gesellschaft** zu handeln. Es ist ein großzügiger Beurteilungsmaßstab anzulegen.<sup>74</sup> Der Handlungsspielraum wäre bspw überschritten, wenn das Vorstandsmitglied die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverantwortlicher Weise überspannt.<sup>75</sup> Dabei ist nicht nur die Höhe des Risikos, sondern auch dessen Eintrittswahrscheinlichkeit zu berücksichtigen.<sup>76</sup> (3) Bei seiner Entscheidungsfindung darf sich das Vorstandsmitglied nicht von sachfremden Interessen leiten lassen, dh es muss **frei von Fremdeinflüssen und Interessenkonflikten** sein.<sup>77</sup>

<sup>68</sup> AB 728 BlgNR 25. GP 7.

<sup>69</sup> Wegbereitend für diese Novelle BGH 21.4.1997, II ZR 175/95, BGHZ 135, 244 – ARAG/Garmenbeck; zu den Unterschieden der US-amerikanischen und deutschen BJR ausführlich *Told* in Nueber/Przeslowska/Zwirschmayr, Privatautonomie 67 = *Told*, GES 2015, 60; krit zur BJR (vor allem im Hinblick auf Personengesellschaften) *Harrer*, Personengesellschaft 176.

<sup>70</sup> *Schopper/Walch* in Zib/Dellinger, UGB § 114 Rz 120 (in Druck); teilweise wird die BJR nicht als Konkretisierung des § 84 Abs 1 AktG bzw § 25 Abs 1 GmbHG und § 93 Abs 1 Satz 1 dAktG gesehen, sondern als Tatbestandsausschlussgrund oder als unwiderlegliche Rechtsvermutung ausgelegt, wobei daraus keine praktischen Konsequenzen resultieren (zum Meinungsstand *Fleischer* in Spindler/Stilz, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 65).

<sup>71</sup> AB 728 BlgNR 25. GP 7; vgl (zur Privatstiftung) OGH 23.2.2016, 6 Ob 160/15w; *Schopper/Walch*, NZ 2016, 163 (178 f); *Konwitschka*, GesRZ 2016, 113 (113); krit *Schauer* in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 45/32 (erscheint zweifelhaft, ob Bestimmung Funktion eines safe harbour erfüllen kann).

<sup>72</sup> Vgl (zur Privatstiftung) OGH 23.2.2016, 6 Ob 160/15w; *Karollus*, VR 2015, 23 (27); *ders*, ÖBA 2016, 252 (259); *Schima*, GesRZ 2015, 286 (290); *Schopper/Walch*, NZ 2016, 163 (178 f); *Briem* in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 12/60; *Krieger/Sailer-Coceani* in Schmidt/Lutter, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 14.

<sup>73</sup> Dieses Tatbestandsmerkmal findet sich nur in § 93 Abs 1 dAktG, nicht in § 84 Abs 1a AktG und § 25 Abs 1a GmbHG; dazu *Karollus*, VR 2015, 23 (26).

<sup>74</sup> *Fleischer* in Spindler/Stilz, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 75; *ders* in MünchKomm GmbHG<sup>2</sup> § 43 Rz 88a; *Spindler* in MünchKomm AktG<sup>4</sup> § 93 Rz 47.

<sup>75</sup> *Schopper/Walch*, NZ 2016, 163 (179); vgl Begr. RegE, BT-Drs. 15/5092 S. 11; BGH 21.4.1997, II ZR 175/95 NJW 1997, 1926 (1928); *U. H. Schneider*, DB 2014, 99 (101).

<sup>76</sup> *Karollus*, VR 2015, 23 (27); zust *Schopper/Walch*, NZ 2016, 163 (179).

<sup>77</sup> *Schopper/Walch* in Zib/Dellinger, § 114 Rz 121 (in Druck); vgl *Hödl* in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 33/25; diese Voraussetzung wird im Gesetzestext des § 93 Abs 1 dAktG nicht ausdrücklich erwähnt, weil es nach Ansicht des historischen deutschen Gesetzgebers in der Voraussetzung, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln, enthalten ist; dazu Begr. RegE, BT-Drs. 15/5092 S. 11.



(4) Weiters muss das Vorstandsmitglied auf der Grundlage **angemessener Information** entscheiden (dazu sogleich Rz 32). (5) Außerdem muss das Vorstandsmitglied hinsichtlich der Voraussetzungen (2) – (4) **gutgläubig** sein.<sup>78</sup>

Ist eine dieser **Voraussetzungen** – insbesondere das hier interessierende Handeln auf der Grundlage angemessener Information – **nicht erfüllt**, greift die Privilegierung der BJR nicht.<sup>79</sup> Daraus folgt nicht ipso iure, dass der Geschäftsleiter einen Sorgfaltsverstoß begangen hat, sondern sein Verhalten ist ausschließlich am Maßstab des § 84 Abs 1 AktG zu beurteilen.<sup>80</sup> Hierbei ist zu berücksichtigen, dass einem Geschäftsleiter bereits vor Inkrafttreten des § 84 Abs 1a AktG bei unternehmerischen Entscheidungen ein Ermessensspielraum eingeräumt wurde (Rz 24). Er haftet lediglich dann, wenn die unternehmerische Entscheidung unvertretbar ist.<sup>81</sup> Da die Voraussetzungen der BJR dazu dienen, die gebotene Sorgfalt des Vorstandsmitglieds zu konkretisieren,<sup>82</sup> ist eine unternehmerische Entscheidung regelmäßig unvertretbar, wenn es diese nicht erfüllt.<sup>83</sup> Jedoch sind beide Beurteilungsmaßstäbe nicht deckungsgleich, weil bei der unvertretbaren Entscheidung eine Gesamtbetrachtung vorgenommen wird (Rz 24), während bei der BJR spezifische „formale“ Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein müssen.<sup>84</sup> Insbesondere wenn nur eine Voraussetzung der BJR (knapp) nicht erfüllt und diese daher nicht anwendbar ist, zum Beispiel das Vorstandsmitglied einem leichten Interessenkonflikt unterlag (dazu Rz 31) oder nicht auf der Grundlage ausreichender Informationen handelte, kann die Entscheidung im Lichte von § 84 Abs 1 AktG dennoch

27

<sup>78</sup> Begr. RegE, BT-Drs. 15/5092 S. 12 und S. 11 (Auch das Merkmal der Gutgläubigkeit ist Bestandteil des annehmen dürfen); *Reich-Rohrwig* in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 25 Rz 38; *Fleischer* in MünchKomm GmbHG<sup>2</sup> § 43 Rz 89; *Schopper/Walch* in Zib/Dellinger, § 114 Rz 121 (in Druck).

<sup>79</sup> OGH 23.2.2016, 6 Ob 160/15w („Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein“); *Karollus*, ÖBA 2016, 252 (255); *Schopper/Walch*, NZ 2016, 163 (179); aA *Kalss/Durstberger*, RWZ 2016, 60 (62) („sind nicht als ‚K.-o.-Kriterien‘ anzusehen“).

<sup>80</sup> AB 728 BlgNR 25. GP 7; vgl (zur Privatstiftung) OGH 23.2.2016, 6 Ob 160/15w; *Briem* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 12/62; *Rahlmeyer/Gömöry*, NZG 2014, 616 (618 f); vgl *Schauer* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> § 45 Rz 32.

<sup>81</sup> Vgl OGH 11.6.2008, 7 Ob 58/08t, GeS 2008, 356 (*Schopper/Kapsch*) = GesRZ 2008, 378 (*Kalss/Zollner*) = wbl 2008, 598 (*U. Torggler*) = ecolex 2008, 926 (*Reich-Rohrwig*); OGH 26.2.2002, 1 Ob 144/01k; OGH 8.5.2008, 6 Ob 28/08y; *Gurmann* in *Eberhardt/Gurmann*, Managementhaftung 22 f.

<sup>82</sup> *Karollus* in FS W. Jud 323; *Told* in *Nueber/Przeszlowska/Zwirschmayr*, Privatautonomie 80; *Felt/Told* in *Gruber/Harrer* § 25 Rz 36.

<sup>83</sup> *Schrank/Kollar*, CFOaktuell 2016, 117 (118); dies gilt insbesondere für die beiden Voraussetzungen „angemessene Information“ und „Wohl der Gesellschaft“; vgl dazu *Bachmann*, WM 2015, 105 (110), der davon ausgeht, dass ein Vorstandsmitglied jedenfalls sorgfaltswidrig handelt, wenn es sich nicht auf der Grundlage angemessener Informationen oder nicht zum Wohl der Gesellschaft gehandelt hat.

<sup>84</sup> *Schopper/Walch*, NZ 2016, 163 (180); auch der OGH betont, dass er vor Inkrafttreten der § 25 Abs 1a GmbHG oder § 84 Abs 1a AktG nicht die BJR anwendete, sondern darauf abstellte, ob eine evident unrichtige Sachentscheidung oder eine geradezu unvertretbare Entscheidung getroffen wurde (siehe OGH [FN 67]); aA offenbar *Kalss/Durstberger*, RWZ 2016, 60 (61); *Schrank/Kollar*, CFOaktuell 2016, 117; *Hödl* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 33/24 (BJR habe in Anbetracht bisheriger Rsp nur deklarative Bedeutung).

vertretbar sein. Im Gegensatz dazu dürfen nach einer im Schrifttum vertretenen Ansicht die bisherigen Rechtsprechungsgrundsätze zu unternehmerischen Entscheidungen bei der Beurteilung der Sorgfaltswidrigkeit nicht mehr herangezogen werden, weil deren Anliegen bereits abschließend durch § 84 Abs 1a AktG bzw § 25 Abs 1a GmbHG wahrgenommen werden.<sup>85</sup> Das würde im Ergebnis aber dazu führen, dass die Organhaftung durch § 84 Abs 1a AktG bzw § 25 Abs 1a GmbHG in bestimmten Fällen im Vergleich zur bisherigen Rechtslage verschärft wurde, was sicher nicht das Ansinnen des Gesetzgebers war.<sup>86</sup> Auch lassen sich sowohl aus dem Gesetzeswortlaut als auch aus den Materialien keinerlei Anhaltspunkte für eine abschließende Regelung gewinnen und der Normzweck der § 84 Abs 1a AktG bzw § 25 Abs 1a GmbHG, einen sicheren Hafen zu schaffen (siehe oben Rz 25), spricht gegen den abschließenden Charakter dieser Regelungen.

- 28 § 84 Abs 1a AktG ist seit 1. Jänner 2016 **in Kraft**.<sup>87</sup> Auf davor verwirklichte Sachverhalte ist die Bestimmung nicht anwendbar.<sup>88</sup> Altfälle sind somit ausschließlich anhand des von der Rsp herausgearbeiteten Ermessensspielraums bei unternehmerischen Entscheidungen zu beurteilen (Rz 24).<sup>89</sup>

b) Anwendbarkeit der BJR bei Entscheidung über Heranziehung eines Sachverständigen

- 29 Die BJR ist auf die Entscheidung anwendbar, **ob und ggf welcher Sachverständige herangezogen wird**. Hierbei handelt es sich nämlich um eine unternehmerische Entscheidung iSd § 84 Abs 1a AktG. Erfüllt ein Vorstandsmitglied bei der Entscheidung über die Heranziehung eines Sachverständigen die Anforderungen des § 84 Abs 1a AktG, haftet es jedenfalls nicht für Schäden der AG, die dieser infolge der Heranziehung eines untauglichen Sachverständigen entstehen. Ansonsten haftet ein Vorstandsmitglied für ein Auswahlverschulden, wenn es sich sorgfaltswidrig (§ 84 Abs 1 AktG) an einen untauglichen Sachverständigen gewendet hat.<sup>90</sup>

- 30 Der Sachverständige muss nicht unbedingt zu den Besten seines Fachs zählen oder eine **überragende Qualifikation** aufweisen. Bei der Auswahl des Sachverständigen spielen neben der fachlichen Qualifikation viele Gesichtspunkte eine Rolle (zB Kosten, räumliche Nähe, Kenntnis des Sachverhalts, Komplexität des

<sup>85</sup> Vorsichtig in diese Richtung *Karollus*, VR 2015, 23 (26); noch vorsichtiger *ders*, ÖBA 2016, 252 (255); vgl aber nunmehr *ders* ZFS 2016, 66 (Entscheidungsanmerkung).

<sup>86</sup> Insoweit zust *Kalss/Durstberger*, RWZ 2016, 60 (61).

<sup>87</sup> § 262 Abs 35 AktG; § 127 Abs 19 GmbHG.

<sup>88</sup> *Karollus*, VR 2015, 23 (25); *ders*, ÖBA 2016, 252 (255).

<sup>89</sup> *Schopper/Walch*, NZ 2016, 163 (180); vgl aber OGH 23.2.2016, 6 Ob 160/15w, der die neuen Bestimmungen analog (Privatstiftung) auf einen Altfall anwendete, allerdings ohne sich mit den Übergangsregeln ausdrücklich auseinanderzusetzen. UE wäre die alte Rechtslage anwendbar gewesen. Dies folgt aus einem Größenschluss. Sind § 84 Abs 1a AktG bzw § 25 Abs 1a GmbHG nicht einmal in ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich auf Altfälle anwendbar, muss dies erst Recht für Fälle gelten, in denen die Bestimmungen lediglich analog angewendet werden soll; aA *Karollus*, ZFS 2016, 66 (Entscheidungsanmerkung).

<sup>90</sup> Hat ein Vorstandsmitglied gar keinen Sachverständigen beigezogen, obwohl dies erforderlich gewesen wäre, um auf Grundlage angemessener Information zu handeln, liegt ein in Pkt IV.B.3.c behandelte Fall vor.

Falls), sodass die fachliche Qualifikation **nicht allein entscheidend** ist. Tendenziell wird die Qualifikation umso besser sein müssen, je komplizierter und spezieller der Fall aus Sicht des Vorstandsmitglieds und je wichtiger die Entscheidung für die AG ist.

Ein Vorstandsmitglied muss bereits bei der Auswahl des Sachverständigen auf **angemessener Informationsgrundlage** handeln (§ 84 Abs 1a AktG). Zieht ein Vorstandsmitglied zB einen Sachverständigen für diffizile Rechtsfragen heran, wird es sich an einen ausgewiesenen Kenner<sup>91</sup> wenden und gegebenenfalls Erkundigungen – zB bei der eigenen Rechtsabteilung – einholen müssen, welcher Sachverständige geeignet ist. Für die Anwendbarkeit der BJR ist erforderlich, dass das Vorstandsmitglied frei von Fremdeinflüssen und Interessenkonflikten ist. Dies ist problematisch, wenn ein Vorstandsmitglied bei der Vergabe von Rechtsgutachten eine Person nur deshalb bevorzugt, weil sie ihm persönlich nahesteht. Vergibt ein Vorstandsmitglied nicht erforderliche Rechtsgutachten zu dem Zweck, einer ihm nahestehenden Person ein zusätzliches Einkommen zu ermöglichen, so ist das als für die AG nachteilige Handlung jedenfalls sorgfaltswidrig.<sup>92</sup> Schwieriger zu beurteilen ist der praktisch häufigere Fall, dass ein Vorstandsmitglied ein Rechtsgutachten, das für die AG erforderlich ist, bei einer ihm nahestehenden Person einholt. Der dem Vorstandsmitglied nahestehende Sachverständige kann durchaus ein anerkannter Experte sein, sodass die Interessen der AG insoweit nicht gefährdet erscheinen. Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass ein Vorstandsmitglied, das eine ihm nahestehende Person mit der Erstellung eines Rechtsgutachtens beauftragt, berechtigterweise annehmen darf, zum Wohle der Gesellschaft zu handeln, was eine Voraussetzung für die Anwendbarkeit der BJR ist (s Rz 26). Allerdings lässt sich das Vorstandsmitglied bei seiner Entscheidungsfindung von sachfremden Interessen leiten und ist nicht frei von Fremdeinflüssen und Interessenkonflikten.<sup>93</sup> Es besteht die (abstrakte) Gefahr, dass nicht der am besten geeignete Sachverständige herangezogen wird. Dies spricht dafür, dem Vorstandsmitglied die Privilegierung des § 84 Abs 1a AktG zu versagen.<sup>94</sup> Tendenziell ebenfalls gegen die Anwendbarkeit des § 84 Abs 1a AktG spricht, dass es sich bei der Vergabe eines Rechtsgutachtens an eine nahestehende Person nicht um einen Sorgfalts-, sondern um einen Treupflichtverstoß handelt und die BJR ganz allgemein keine Treupflichtverstöße privilegiert.<sup>95</sup> Treuloses Verhalten ist im Hinblick auf den Normzweck der BJR – übermäßig risikoaverses Verhalten zu verhindern – nicht schutzbedürftig. Aus der Nichtanwendbarkeit der BJR folgt nicht unbedingt, dass das Vorstandsmitglied sorgfaltswidrig gehandelt hat.<sup>96</sup> Jedoch ist die Heranziehung des Sachverständigen ausschließlich am Sorgfaltsmaßstab des § 84 Abs 1 AktG zu messen (Rz 27 und Rz 24).

<sup>91</sup> Nicht unbedingt den Besten seines Fachs (Rz 30).

<sup>92</sup> Dies gilt selbstverständlich nur, wenn das Gutachten für die AG eingeholt wird – was der Regelfall ist (Rz 5) – und diese daher die Kosten trägt (Rz 8).

<sup>93</sup> Vgl dazu *Harbarth* in FS Hommelhoff 323.

<sup>94</sup> Vgl *Harbarth* in FS Hommelhoff 335.

<sup>95</sup> *Hopt/M. Roth* in Großkomm AktG<sup>5</sup> § 93 Rz 73.

<sup>96</sup> *Harbarth* in FS Hommelhoff 335 f.

c) Beiziehung von Sachverständigen als Handeln auf der Grundlage angemessener Information

32 Die Beiziehung von Sachverständigen bei unternehmerischen Entscheidungen ist vor allem für die BJR-Voraussetzung **des Handelns auf der Grundlage angemessener Informationen** relevant.<sup>97</sup> Der Umfang einer angemessenen Informationsbeschaffung hängt vom Einzelfall ab.<sup>98</sup> Zu berücksichtigen sind insbesondere die Komplexität der Frage, das damit verbundene Risiko für die AG sowie die Kosten der Beschaffung von Informationen und deren voraussichtlicher Nutzen (ex-ante-Betrachtung).<sup>99</sup> Bei einer Entscheidung unter nicht selbst verschuldetem Zeitdruck darf auch aufgrund einer unvollständigen Informationslage entschieden werden.<sup>100</sup> Daher kann nur **im Einzelfall entschieden werden, ob die Heranziehung eines Sachverständigen erforderlich ist**, um auf der Grundlage angemessener Information zu handeln. Dies gilt ebenso für die Art und Weise der Heranziehung. UU ist ein kurzes Telefonat mit der Rechtsabteilung völlig ausreichend, um eine angemessene Informationsgrundlage zu schaffen, während in anderen Fällen die Einholung eines (Rechts-)Gutachtens erforderlich ist. Auch die Entscheidung, ob externer Rat eingeholt wird, hängt im Einzelfall von betriebswirtschaftlichen Notwendigkeiten und den eigenen Möglichkeiten der AG ab.<sup>101</sup>

33 Die **Anforderungen** an die Angemessenheit der Informationsbeschaffung, konkret die Anforderungen an die Angemessenheit der Beiziehung eines Sachverständigen, dürfen **nicht überspannt** werden, um das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel eines safe harbour (Rz 25) nicht zu gefährden. Wie allgemein bei unternehmerischen Entscheidungen, besteht auch bei der Beurteilung der Angemessenheit einer Informationsbeschaffung die Gefahr eines Rückschaufehlers (hindsight bias).<sup>102</sup> Rückblickend liegt es für einen Richter, der in einem Organhaftungsprozess den tatsächlichen Geschehensablauf bereits kennt, häufig nahe, dass das Vorstandsmitglied einen Sachverständigen beiziehen hätte müssen, um spätere Schäden infolge einer unrichtigen Entscheidung zu vermeiden. Jedoch ist die Angemessenheit der Informationsbeschaffung aus der Sicht des Vorstandsmitglieds im Zeitpunkt der Entscheidungsfindung (ex ante) zu beurteilen.<sup>103</sup> In den Materialien zur deutschen BJR wird daher zu Recht betont, dass das Vorstandsmitglied einen **erheblichen Entscheidungsspielraum** haben soll, in welchem Ausmaß es sich Informationen beschafft.<sup>104</sup> Dies muss auch für die Informationsbeschaffung in Form der Heranziehung eines Sachverständigen gelten.

<sup>97</sup> Decker, GmbH 2014, 72 (73).

<sup>98</sup> Decker, GmbH 2014, 72 (73).

<sup>99</sup> Begr. RegE, BT-Drs. 15/5092 S 12; *Fleischer* in MünchKomm GmbHG<sup>2</sup> § 43 Rz 84; *Habersack* in Lorenz, Karlsruher Forum 18.

<sup>100</sup> *Schopper/Walch* in Zib/Dellinger, § 114 Rz 121 (in Druck); vgl Begr. RegE, BT-Drs. 15/5092 S 12 („... bei Entscheidungen, die unter hohem und nicht selbsterzeugtem Zeitdruck zu fällen sind, eine umfassende Entscheidungsvorbereitung schwierig oder gar unmöglich sein kann“); zum Zeitdruck bei M&A-Transaktionen *Nauheim/C. Goette*, DStR 2013, 2520 (2525).

<sup>101</sup> *Fleischer* in Spindler/Stilz, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 70.

<sup>102</sup> Vgl zum hindsight bias *Eckert/Grechenig/Stremitzer* in Kalss, Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern 115.

<sup>103</sup> *Spindler* in MünchKomm AktG<sup>4</sup> § 93 Rz 48.

<sup>104</sup> Begr. RegE, BT-Drs. 15/5092 S. 12; vgl auch *U. H. Schneider*, DB 2014, 99 (101).

Im Unterschied zu Deutschland, wo die BJR bereits anwendbar ist, wenn das Vorstandsmitglied vernünftigerweise annehmen darf,<sup>105</sup> auf der Grundlage angemessener Informationen zu handeln, ist die **Grundlage angemessener Informationen** in Österreich nicht aus subjektiver Sicht des Vorstands, **sondern aus objektiver Sicht zu prüfen**. Dies folgt aus der unterschiedlichen Stellung der Wortfolge „[vernünftigerweise] annehmen darf“ in § 84 Abs 1a öAktG und § 93 Abs 1 Satz 2 dAktG, die sich bei § 84 Abs 1 a öAktG nur auf das Wohl der Gesellschaft bezieht.<sup>106</sup> Der Unterschied wirkt sich jedoch uE nicht wesentlich aus, weil das Vorstandsmitglied einen weiten Ermessensspielraum hinsichtlich der Informationsbeschaffung hat (Rz 33).<sup>107</sup> 34

Hinsichtlich der konkreten Anforderungen an die sorgfältige Heranziehung eines Sachverständigen kann grundsätzlich auf die (deutsche) Rsp und Lehre zu den **Anforderungen bei rechtlich gebundenen Entscheidungen** (Pkt IV.C.3) verwiesen werden.<sup>108</sup> Die dort aufgestellten Anforderungen konkretisieren nämlich ganz allgemein die Sorgfalt, die von einem Vorstandsmitglied bei der Heranziehung eines Sachverständigen verlangt werden kann. Das Vorstandsmitglied muss einen unabhängigen, seriösen und fachlich kompetenten Sachverständigen heranziehen, ihm den Sachverhalt möglichst vollständig schildern und den vom Sachverständigen erhaltenen Rat auf Plausibilität prüfen. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass das Vorstandsmitglied bei unternehmerischen Entscheidungen einen wesentlich größeren Ermessensspielraum als bei rechtlich gebundenen Entscheidungen hat, weil diese nicht an den strengen Anforderungen eines entschuldbaren Rechtsirrtums zu messen sind. Die Ausführungen zu den konkreten Anforderungen bei rechtlich gebundenen Entscheidungen lassen sich daher nicht eins zu eins auf unternehmerische Entscheidungen übertragen, sondern sind **lediglich ein Anhaltspunkt**.<sup>109</sup> 35

<sup>105</sup> *Krieger/Sailer-Coceani* in Schmidt/Lutter, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 17; *Fleischer* in Spindler/Stilz, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 71; *Rahlmeyer/Gömöry*, NZG 2014, 616 (618).

<sup>106</sup> *Schopper/Walch* in Zib/Dellinger, § 114 Rz 121 (in Druck); kurz bereits *Schopper/Walch*, NZ 2016, 163 (179); die spärlichen Materialien gehen auf diesen Unterschied nicht ausdrücklich ein (AB 728 BlgNR 25. GP 7 und 12: „Die Definition lehnt sich an § 93 deutsches AktG an.“), sodass nicht klar ist, ob dieser Unterschied gewollt war. Hinzuweisen ist darauf, dass ein Teil des deutschen Schrifttums den Satzteil „vernünftigerweise annehmen durfte“ in § 93 Abs 1 dAktG nicht auf die Grundlage angemessener Information beziehen will (*Goette*, ZGR 2008, 436 [448 in Fn 46]; *Altmeyen* in Roth/Altmeyen, GmbHG<sup>8</sup> § 43 Rz 9). Für Deutschland ist die Ansicht bedenklich (krit auch *Bachmann* in FS Stilz 39; *Fleischer* in Spindler/Stilz, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 71 [„De lege lata nicht begründbar“]), in Österreich entspricht sie aber nunmehr der *lex lata*.

<sup>107</sup> *Schopper/Walch* in Zib/Dellinger, § 114 Rz 121 (in Druck); vgl aber *Hopt*, ZIP 2013, 1793 (1801) („hat ganz erhebliche Konsequenzen“).

<sup>108</sup> Insoweit ähnlich *Thole*, ZHR 173 (2009), 504 (523 f) (Wertungen und Voraussetzungen der BJR als „Vorreiter für eine Haftungsfreistellung des Vorstands bei ‚entschuldbaren‘ Fehleinschätzungen zu gewinnen“); *Spindler* in FS Canaris II 420 f (Parallelen sind offenkundig); zu weit wohl *Piepenbrock*, „Defense of Reliance“ 251 (dazu unten bei und in FN 242).

<sup>109</sup> *Hopt/M. Roth* in Großkomm AktG<sup>5</sup> § 93 Rz 110.

- 36 Das Vorstandsmitglied kann die **Informationsbeschaffung** und **-auswertung** auch **delegieren**.<sup>110</sup> Es genügt in diesem Fall den Anforderungen des § 84 Abs 1a AktG, wenn es die Delegierten sorgfältig auswählt und überwacht.

## C. Rechtlich gebundene Entscheidungen

### 1. Entschuldbarer Rechtsirrtum bei Einholung eines Rechtsrats

- 37 Die **BJR** gem § 84 Abs 1a AktG (Pkt IV.B.3) ist nach dem klaren Gesetzeswortlaut **auf unternehmerische Entscheidungen beschränkt**. Von diesen sind **rechtlich gebundene Entscheidungen** zu unterscheiden. Diese betreffen vor allem die Einhaltung von Rechtsnormen durch die Gesellschaft. Ein Vorstandsmitglied muss seine (Führungs-)Entscheidungen so treffen, dass die AG im Rahmen der Gesetze handelt (Legalitätspflicht).<sup>111</sup>
- 38 Im Einzelfall könnte es für die AG wirtschaftlich günstiger sein, gegen Rechtsvorschriften zu verstoßen, weil die damit verbundenen Sanktionen in Kombination mit der Entdeckungsgefahr geringer sind als die Vorteile, die der Gesellschaft aus dem Rechtsverstoß erwachsen. In diesem Fall spricht man von **nützlichen Gesetzesverletzungen**. Nach hA verstößt ein Vorstandsmitglied auch dann gegen die gebotene Sorgfalt, wenn die Vorteile aus einem Gesetzesverstoß für die Gesellschaft größer sind als die Nachteile und es sich daher um eine für die Gesellschaft nützliche Gesetzesverletzung handelt.<sup>112</sup> Aus rechtsökonomischer Sicht spricht für diese Ansicht, dass es zu Fehlanreizen käme, wenn ein Vorstandsmitglied im Unterschied zu einem Einzelunternehmer nicht für die ökonomischen Folgen der Gesetzesverletzung einstehen müsste.<sup>113</sup> Der hA ist daher zuzustimmen.<sup>114</sup> Es kommt nicht darauf an, ob eine beabsichtigte Verletzung von Rechtsvorschriften aus Sicht

<sup>110</sup> *Spindler* in MünchKomm AktG<sup>4</sup> § 93 Rz 50; *Horn* in FS H-P Westermann 1058; *Cahn/Müchler* in FS U. H. Schneider 209 (einschränkend, wonach bei besonders wichtigen Geschäften keine Delegation zulässig ist).

<sup>111</sup> OGH 30.8.2016, 6 Ob 198/15h (Pkt 4.5.3); zB *Bayer* in FS K. Schmidt 88 ff; relativierend für Bagatelldelikte mit beachtlichen Gründen *Habersack* in Lorenz, Karlsruher Forum 28 ff; *ders* in FS U. H. Schneider 439.

<sup>112</sup> *Leupold/Ramharter*, GesRZ 2009, 253; *Schlosser*, Organhaftung 39; *Lutter*, GesRZ 2007, 79 (81 ff); *Schima*, GesRZ 2007, 93 (95 ff); *Feyl*, GesRZ 2007, 89; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/327; *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 84 Rz 10; *Bayer* in FS K. Schmidt 90 ff; *Krieger/Sailer-Coceani* in Schmidt/Lutter, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 7; *Spindler* in MünchKomm AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 91 ff; *Paefgen* in Ulmer/Habersack/Löbke, GmbHG<sup>2</sup> § 43 Rz 66 (vgl aber auch Rz 67); *U. H. Schneider* in Scholz, GmbHG<sup>11</sup> § 43 Rz 78 und Rz 79a; *Kort* in FS Hopt I 992 ff; *Ihrig*, WM 2004, 2098 (2104 ff); vgl zur Verpflichtung gegenüber der Gesellschaft, wettbewerbsrechtliche Schranken einzuhalten *Harrer* in FS Koppensteiner (2001) 407; differenzierend *Kunz*, GesRZ 2007, 91; *Grigoleit/Tomasic* in Grigoleit, AktG § 93 Rz 9 ff; offen lassend *Rauter*, *ecolex* 2012, 944 (947); aA *U. Torggler*, wbl 2009, 168 (171 ff); *Schauer* in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>1</sup> Rz 34/36.

<sup>113</sup> *Leupold/Ramharter*, GesRZ 2009, 253 (258); *Habersack* in FS U. H. Schneider 435; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504 (516 ff).

<sup>114</sup> So bereits *Schopper/Walch* in Zib/Dellinger, UGB § 114 Rz 125 (in Druck).



ex ante für die AG von Vorteil gewesen wäre. Ein Vorstandsmitglied hat insoweit keinen Ermessensspielraum.<sup>115</sup>

Die **Beziehung** eines Sachverständigen – konkret eines **Rechtsberaters** – ist **39** bei rechtlich gebundenen Entscheidungen in **dreierlei Hinsicht** relevant. **(1)** Zunächst möchte das Vorstandsmitglied sicherstellen, dass sich die **AG rechtskonform** verhält, wozu es auf Grund der soeben behandelten Legalitätspflicht gegenüber der AG verpflichtet ist. **(2)** Weiters dient die Beziehung eines Rechtsberaters dazu, dass sich die **AG auf einen entschuldbaren** (entschuldigten, entschuldigenden, nicht vorwerfbaren) **Rechtsirrtum** berufen kann, wenn sie die Rechtslage aus Sicht ex ante falsch einschätzt. Nach heute hA kann ganz allgemein von einem Normunterworfenen keine allumfassende Rechtskenntnis erwartet werden, sondern es ist auf die Zumutbarkeit der Rechtskenntnis im Einzelfall abzustellen.<sup>116</sup> Dieser ist lediglich verpflichtet, sich Rechtskenntnis in zumutbarem Ausmaß zu beschaffen.<sup>117</sup> Leichte Fahrlässigkeit schadet bereits.<sup>118</sup> Dazu kann im Einzelfall die Pflicht zählen, **fachkundigen Rat einzuholen**, dh einen Rechtsberater beizuziehen.<sup>119</sup> Auch die Erkundigung bei einer zuständigen Behörde wie zB der FMA kann das Vorstandsmitglied exkulpieren.<sup>120</sup> Hat der Normunterworfenene alle zumutbaren Anstrengungen, sich Rechtskenntnis zu verschaffen, ausgeschöpft, ist ihm die

<sup>115</sup> Abgemildert wird diese für das Vorstandsmitglied nachteilige Rechtslage durch die Möglichkeit der Vorteilsanrechnung. Die Gesellschaft muss sich Vorteile anrechnen lassen, die sie durch das Verhalten erhalten hat. Bei Gesetzesverletzungen, die aus Sicht ex ante für die Gesellschaft als nützlich darstellten und dann doch zu großen Schäden führten – und das wird bei Organhaftungsprozessen meist der Fall sein – hilft dem Vorstandsmitglied die Vorteilsanrechnung jedoch nur wenig.

<sup>116</sup> OGH 2.8.2012, 4 Ob 46/12m, EvBl 2013/17 (*Brenn*) (*P. N. Csoklich*); *Schwind*, ÖJZ 1951, 369 (insb 371); *P. Bydlinski* in KBB, ABGB<sup>4</sup> § 2 Rz 3; *Kehrer* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang ABGB<sup>3</sup> § 2 Rz 7; *Kodek* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 2 Rz 8; vgl auch VwGH 26.4.2011, 2010/03/0044 („dem Beschwerdeführer das Unerlaubte seines Verhaltens trotz Anwendung der nach seinen Verhältnissen erforderlichen Sorgfalt unbekannt geblieben ist“); VwGH 20.7.2004, 2002/03/0251.

<sup>117</sup> OGH 2.8.2012, 4 Ob 46/12m; *Kehrer* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang ABGB<sup>3</sup> § 2 Rz 7; *Kodek* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 2 Rz 8; vgl auch OGH 12.4.2011, 4 Ob 2/11i (Pflicht, sich mit den einschlägigen Vorschriften bekannt zu machen).

<sup>118</sup> OGH 14.3.2002, 6 Ob 155/01i; RIS-Justiz RS0013253; *P. Bydlinski* in KBB, ABGB<sup>4</sup> § 2 Rz 3; *Kodek* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 2 Rz 10; *Kehrer* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang ABGB<sup>3</sup> § 2 Rz 8.

<sup>119</sup> OGH 5.12.2011, 16 Ok 2/11 (Pkt 9 der Entscheidungsgründe); OGH 28.1.2010, 2 Ob 205/09z (Nachfrage bei Bundespolizeidirektion oder ÖAMTC); RIS-Justiz RS0089613; *Kodek* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 2 Rz 15; *Kehrer* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang ABGB<sup>3</sup> § 2 Rz 8; vgl auch OGH 1.9.1987, 15 Os 62/87.

<sup>120</sup> VwGH 25.01.2012, 2011/03/0023; *Brugger*, ecoloX 2010, 1166 (1167); *Thaler*, Sanktionen 218 f; sehr streng VwGH 27.1.2011, 2010/03/0179 (Auskunft des Rechtsanwalts exkulpiert nicht, wenn Nachfragen bei Behörde möglich gewesen wäre); vgl auch BGH 21.3.2005, II ZR 149/03, NZG 2005, 476 (Rechtsgutachten von vier Professoren nicht ausreichend, weil eine Anfrage bei dem zuständigen Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen erforderlich gewesen wäre); milder dagegen VwGH 22.2.2006, 2005/17/0195 („Die entsprechenden Erkundigungen können nicht nur bei den Behörden, sondern auch bei einer zur berufsmäßigen Parteienvertretung berechtigten Person eingeholt werden“).

Rechtsunkenntnis subjektiv nicht vorwerfbar.<sup>121</sup> Ihn trifft **kein Verschulden**. Diese allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze gelten auch für die AG. Hat sie alle ihr zumutbaren Maßnahmen getroffen, um sich Rechtskenntnis zu verschaffen – wozu regelmäßig die Beziehung eines Rechtsberaters zählt – kann ihr der Rechtsirrtum nicht vorgeworfen werden. Die AG muss keine Sanktion für den Rechtsverstoß fürchten (*nulla poena sine culpa*). Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass dies nicht uneingeschränkt gilt. Nach der Rsp des EuGH ist ein entschuldbarer Rechtsirrtum im Kartellrecht praktisch ausgeschlossen, sodass auch die Beziehung eines Rechtsberaters die AG insoweit nicht exkulpiert (dazu noch Rz 75). Von diesen Ausnahmefällen abgesehen führt die sorgfältige Beziehung eines Rechtsberaters aber in aller Regel zu einem entschuldbaren Rechtsirrtum der AG.

- 40 (3) Zuletzt dient die Beziehung eines Rechtsberaters auch dazu, dass sich das **Vorstandsmitglied gegenüber der AG auf einen entschuldbaren Rechtsirrtum berufen kann** und ihr gegenüber nicht für einen allfälligen Schaden haftet (*reliance defense*)<sup>122, 123</sup> Verstößt die AG aufgrund einer Entscheidung eines Vorstandsmitglieds gegen eine Rechtsvorschrift und erleidet dadurch einen Schaden, weil zB ein Rechtsgeschäft unwirksam ist<sup>124</sup> oder über die Gesellschaft eine Geldbuße verhängt wird,<sup>125</sup> haftet das Vorstandsmitglied der AG gegenüber nach Maßgabe des § 84 AktG.<sup>126</sup> Das Vorstandsmitglied trifft keine Erfolgshaftung,<sup>127</sup> sondern es haftet nur für einen Schaden der AG, wenn es sorgfaltswidrig und schuldhaft gehandelt hat. Im Regelfall ist ein Verstoß der Gesellschaft gegen eine Rechtsvorschrift zugleich ein Pflichtverstoß des Vorstandsmitglieds, weil dieses einem objektiven Sorgfalts-

<sup>121</sup> OGH 16.12.2003, 4 Ob 241/03z; OGH 6.8.2015, 2 Ob 223/14d; RIS-Justiz RS0118363; vgl auch VwGH 22.2.2006, 2005/17/0195; zum Rechtsirrtum in abgabenrechtlicher Hinsicht ausführlich *Leitner* in *Leitner*, Finanzstrafrecht 2014, 141.

<sup>122</sup> So zB *Klöhn*, DB 2013, 1535 (1537); *Fleischer* in *Spindler/Stilz*, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 35.

<sup>123</sup> *Buck-Heeb*, BB 2016, 1347 (1347); vgl zB LG Essen 25.4.2012, 41 O 45/10, ZIP 2012, 2061.

<sup>124</sup> Siehe zB den Sachverhalt der Ision-Entscheidung (Pkt 3.a), wo gegen das Verbot des Erwerbs eigener Aktien verstoßen wurde.

<sup>125</sup> Dies wird in Österreich (im Unterschied zu Deutschland; vgl dazu FN 264) nur selten der Fall sein, weil sich auch die AG auf einen entschuldbaren Rechtsirrtum berufen kann und daher erst gar kein Schaden in Form einer Geldbuße entsteht. Ein praktischer Anwendungsfall wäre die Verhängung einer Geldbuße wegen eines Verstoßes gegen europäisches Kartellrecht. Nach der Rsp ist ein entschuldbarer Rechtsirrtum der AG nahezu ausgeschlossen (Rz 75). Hingegen richtet sich der Schadenersatzanspruch der AG gegen das Vorstandsmitglied nach § 84 AktG aufgrund des Schadens in Form der Geldbuße (dazu allgemein *Mayer* in *Eberhardt/Gurmann*, Managementhaftung 169 f) ausschließlich nach österreichischem Recht, sodass sich das Vorstandsmitglied auf einen entschuldbaren Rechtsirrtum berufen kann.

<sup>126</sup> *Wilsing* in *Krieger/Schneider*, Handbuch Managerhaftung<sup>2</sup> § 27 Rz 22; zur Entscheidung des Aufsichtsrats, die Schadenersatzansprüche gegen das Vorstandsmitglied geltend zu machen oder von einer Verfolgung abzusehen, weil zB das Interesse am Verbleib des Vorstandsmitglieds in der Gesellschaft (das durch die Klage in Frage gestellt wird) oder an der Reputation der Gesellschaft überwiegt, siehe zB ausführlich *Habersack*, NZG 2016, 321; *Reichert*, ZIP 2016, 1189.

<sup>127</sup> OGH 31.10.1973, 1 Ob 179/73; vgl (zur GmbH) OGH 28.6.1990, 8 Ob 624/88; OGH 31.7.2015, 6 Ob 139/15g; RIS Justiz RS0059528; *Karollus* in *FS W. Jud* 310 f; *Reich-Rohrwig* in *Straube/Ratka/Rauter*, GmbHG § 25 Rz 32.



maßstab unterliegt (§ 84 Abs 1 AktG; § 1299 ABGB<sup>128</sup>) und ein maßgerechtes Vorstandsmitglied Gesetzesverstöße der Gesellschaft verhindert. Das Vorstandsmitglied haftet jedoch dann nicht, wenn es einem **entschuldbaren Rechtsirrtum** unterlegen ist.<sup>129</sup> War das Verhalten des Vorstandsmitglieds vom Expertenrat gedeckt, kann die Beziehung eines Rechtsberaters einen entschuldbaren Rechtsirrtum begründen.<sup>130</sup> Zur empfehlenswerten Dokumentation der Beziehung eines Rechtsberaters im Hinblick auf einen allfälligen Haftungsprozess siehe Pkt E.

## 2. Entfall der Rechtswidrigkeit?

Der entschuldbare Rechtsirrtum führt zu einer mangelnden Vorwerfbarkeit und lässt das Verschulden entfallen.<sup>131</sup> Damit ist noch nicht erklärt, ob das **Verhalten des Vorstandsmitglieds** in den hier interessierenden Fällen **überhaupt rechtswidrig ist**. Ein Sorgfaltsverstoß kann auch Teil der Rechtswidrigkeit sein: Der Verstoß gegen die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters (§ 84 Abs 1 AktG) begründet als allgemeiner Auffangtatbestand Rechtswidrigkeit, wenn die Pflichten des Vorstandsmitglieds nicht im Gesetz spezifiziert sind.<sup>132</sup> Mit der Sorgfaltspflicht ist sowohl die Schuld- als auch die Rechtswidrigkeitsebene angesprochen.<sup>133</sup> Ist – wie bei der Vorstandshaftung – der objektive Sorgfaltsmaßstab Kriterium sowohl der Rechtswidrigkeit als auch der Schuld, führt objektiv sorgfältiges Verhalten zum Entfall der Rechtswidrigkeit und des Verschuldens. Es wäre widersprüchlich, auf der Schuldenebene davon auszugehen, dass dem Vorstandsmitglied gemessen am objektiven Sorgfaltsmaßstab kein Vorwurf gemacht werden kann, ebendies aber auf der Rechtswidrigkeitsebene trotz desselben Maßstabs zu verneinen. Ein Vorstandsmitglied, welches der gebotenen Sorgfalt nach § 84 AktG deshalb genügt, weil es einen **Rechtsberater bezieht**, handelt daher uE gar **nicht rechtswidrig**.<sup>134</sup> **41**

**Unklar** ist, ob die Rechtswidrigkeit des Handelns auch dann entfällt, **wenn sich die Pflichten des Vorstandsmitglieds** nicht nur aus der allgemeinen Pflicht **42**

<sup>128</sup> § 84 Abs 1 AktG ist lediglich eine Konkretisierung des § 1299 ABGB; vgl OGH 26.2.2002, 1 Ob 144/01k („in der praktischen Anwendung von jenem des § 1299 ABGB kaum abhebt“); G. Frotz, GesRZ 1982, 98 (103); OGH 23.2.2016, 6 Ob 171/15p („als Geschäftsführer dem Haftungsmaßstab des § 1299 ABGB unterliegt“); U. Torggler, Gesellschaftsrecht, Rz 500; U. Torggler, GesRZ 2013, 11 (15).

<sup>129</sup> OGH 30.8.2015, 6 Ob 198/15h, NZ 2016, 413 (Brugger); BGH 20.9.2011, II ZR 234/09, NZG 2011, 1271 = ZIP 2011, 2097 = WM 2011, 2092; Schopper/Walch, GES 2012, 215 (217 f).

<sup>130</sup> Fleischer, DB 2015, 1764 (1767); Decker, GmbHR 2014, 72 (77); Schwarz, CCZ 2013, 34 (37) (Entscheidungsanmerkung).

<sup>131</sup> Zu hier nicht weiter zu vertiefenden Unterschieden zwischen Vorsatztheorie und Schuldtheorie siehe Mayer-Maly, AcP 170 (1970), 133 (154 ff). Für das Schadenersatzrecht ist diese Unterscheidung praktisch nicht von Bedeutung (Rittner in FS von Hippel 411).

<sup>132</sup> Mertens/Cahn in KölnKomm AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 11.

<sup>133</sup> Hopt/M. Roth in Großkomm AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 43, Rz 52, Rz 392; vgl auch Told, wbl 2012, 181 (184).

<sup>134</sup> Schopper/Walch, GES 2012, 215 (218); vgl im Ergebnis Fleischer in Spindler/Stilz, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 32, Rz 209; vgl auch ders in Fleischer, Handbuch des Vorstandsrechts § 11 Rz 55; ders, ZIP 2009, 1397 (1405); Selzer, AG 2012, 11 (13); ders, Die Beratung des Aufsichtsrats Rz 951; Thole, ZHR 173 (2009), 504 (524); Told, wbl 2012, 181 (184); Sander/Schneider, ZGR 2013, 725; OGH 30.8.2016, 6 Ob 198/15h (offenbar in Anlehnung an Kodek in Rum-

zu sorgfältigem Handeln ergeben (§ 84 Abs 1 AktG), sondern **im Gesetz selbst genannt sind** (bspw das Verbot der Einlagenrückgewähr<sup>135</sup>). Auf Basis der in Österreich herrschenden Verhaltensunrechtslehre bedarf es eines **objektiv sorgfaltswidrigen Verstoßes** gegen eine Rechtsnorm.<sup>136</sup> Tatbestandsmäßiges Verhalten muss nicht ipso iure rechtswidrig sein, wenn die objektiv gebotene Sorgfalt eingehalten wurde.<sup>137</sup> Dies spricht dafür, dass ein Vorstandsmitglied uU selbst bei einem Verstoß gegen ein spezifisches gesetzliches Gebot nicht rechtswidrig handelt, wenn der Verstoß aufgrund der Beiziehung eines Rechtsberaters nicht objektiv sorgfaltswidrig erfolgt ist.<sup>138</sup>

- 43** Die **praktische Bedeutung** dieser Frage ist **gering** und steht in keinem Verhältnis zu den damit verbundenen dogmatischen Schwierigkeiten. Für Praxis macht es im Allgemeinen keinen Unterschied, ob die Haftung deshalb entfällt, weil dem Vorstandsmitglied kein Verschulden vorgeworfen werden kann oder weil es nicht rechtswidrig gehandelt hat. Auf den ersten Blick könnte sie für die **Abberufung des Vorstandsmitglieds** relevant sein.<sup>139</sup> Begeht dieses eine grobe Pflichtverletzung, liegt ein wichtiger Grund für eine Abberufung vor. Eine grobe Pflichtverletzung setzt (grobes) Verschulden voraus,<sup>140</sup> sodass bei einem entschuldbaren Rechtsirrtum kein wichtiger Grund vorliegt. Allerdings trifft § 75 Abs 4 AktG nur eine demonstrative Aufzählung,<sup>141</sup> sodass auch eine schuldlose Pflichtverletzung und ebenso ein Verhalten, das nicht einmal eine objektive Pflichtverletzung ist, einen Abberufungsgrund bilden kann.<sup>142</sup> Entscheidend für das Vorliegen eines wichtigen Grundes ist nicht, ob der Rechtsirrtum die Rechtswidrigkeit entfallen lässt, sondern ob der AG der Verbleib des Vorstandsmitglieds im Amt zumutbar ist.<sup>143</sup> Dies kann nur im Einzelfall im Rahmen einer umfassenden Interessenabwägung entschieden werden.<sup>144</sup> Jedoch werden regelmäßig die besseren Gründe ge-

mel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 2 Rz 15); wohl auch *Habersack* in FS U. H. Schneider 437; aA *Buck-Heeb*, BB 2013, 2247 (2254); *Strohn*, CCZ 2013, 177 (178 f); *Decker*, GmbHR 2014, 72 (73).

<sup>135</sup> Siehe § 52 AktG und § 84 Abs 3 Z 1 AktG.

<sup>136</sup> Vgl *Koziol*, Haftpflichtrecht I<sup>3</sup> Rz 4/1 – Rz 4/36 insb Rz 4/20.

<sup>137</sup> Vgl *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts Rz 6/39 ff insb Rz 6/42; siehe aber *Stathopoulos* in FS Larenz 638 ff: Bei manchen Rechtsnormen genügt alleine eine Übertretung für die Rechtswidrigkeit, auf die Sorgfalt kommt es bei diesen Rechtsnormen nicht an.

<sup>138</sup> So bereits *Schopper/Walch*, GES 2012, 215 (218 f); vgl in anderem Zusammenhang *U. Torggler/Trenker*, JBl 2013, 613 (627); siehe aber auch *Koziol*, Grundfragen des Schadenersatzrechts Rz 6/94: Schuldaußschließungsgründe lassen Rechtswidrigkeit nicht entfallen; aA *Strohn*, CCZ 2013, 177 (178 f).

<sup>139</sup> *Habersack* in FS U. H. Schneider 437; *Fleischer* in Spindler/Stilz, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 35 f.

<sup>140</sup> Vgl *Strasser* in Jabornegg/Strasser, AktG<sup>5</sup> § 76 AktG Rz 41; (zur GmbH) OGH 17.12.2008, 6 Ob 213/07b, GesRZ 2009, 173 (zust *Rauter*); *Ratka* in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 16 Rz 17; (zur OG) *Kraus* in Torggler, UGB<sup>2</sup> § 117 Rz 5; *U. Torggler/H. Torggler* in Straube, HGB<sup>3</sup> § 117 Rz 14; aA *Enzinger* in Straube/Ratka/Rauter, UGB<sup>4</sup> § 117 Rz 39; *Schäfer* in Großkomm HGB<sup>5</sup> § 117 Rz 35; *Jickeli* in MünchKomm HGB<sup>4</sup> § 117 Rz 47.

<sup>141</sup> *Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 75 Rz 21.

<sup>142</sup> *Schopper/Walch* in Zib/Dellinger, UGB § 117 Rz 29 (in Druck).

<sup>143</sup> Vgl (zur GmbH) OGH 17.12.2008, 6 Ob 213/07b; OGH 9.11.2006, 6 Ob 190/06v; OGH 30.5.1990, 4 Ob 507/90.

<sup>144</sup> Vgl (zur GmbH) OGH 17.12.2008, 6 Ob 213/07b; OGH 9.11.2006, 6 Ob 190/06v; OGH 30.5.1990, 4 Ob 507/90.

gen einen Abberufungsgrund sprechen, wenn das Vorstandsmitglied einen Rechtsberater beigezogen und dadurch alles ihm Zumutbare unternommen hat, um den Rechtsirrtum zu vermeiden.<sup>145</sup>

### 3. Konkrete Anforderungen an Einholung eines Rechtsrats

#### a) Ision-Urteil des BGH

Die deutsche Leitentscheidung zum entschuldbaren Rechtsirrtum eines Vorstandsmitglieds infolge der Einholung eines Rechtsrats ist das Ision-Urteil des BGH.<sup>146</sup> Nach dem im Urteil veröffentlichten Sachverhalt zog der Vorstand einer AG (Ision) eine Anwaltskanzlei für die Beurteilung der schwierigen Rechtsfrage heran, ob eine Kapitalerhöhung mittels eines Verzichts auf die Rückgabe geliehener eigener Aktien der Gesellschaft durchgeführt werden könne. Im Vertrauen auf die bejahende, aber unrichtige<sup>147</sup> Antwort der Anwaltskanzlei nahm der Vorstand die Kapitalerhöhung vor. Die AG wurde insolvent und der Insolvenzverwalter über das Vermögen der AG nahm die ehemaligen Vorstandsmitglieder auf der Grundlage von § 93 Abs 3 Z 4 dAktG (Vorstandshaftung bei gesetzwidrigem Erwerb eigener Aktien<sup>148</sup>) für den Nachteil, den die Gesellschaft auf Grund der Wahl einer unzulässigen Transaktionsstruktur erlitt, in Anspruch. Die beklagten ehemaligen Vorstandsmitglieder beriefen sich im Verfahren auf fehlendes Verschulden und brachten dazu ua vor, dass sie bei der Vorbereitung und Durchführung der Kapitalmaßnahme von einer angesehenen Anwaltskanzlei beraten wurden, welche die gewählte Transaktionsstruktur empfahl. Nach den Feststellungen wurden die Verträge von derselben Anwaltskanzlei erstellt. Darüber hinaus fand eine – offenbar nur mündliche – Beratung durch die Anwaltskanzlei statt. Der **BGH** hat das Verschulden der Vorstandsmitglieder im Ergebnis bejaht und die Entscheidung zum Anlass genommen, **konkrete Anforderungen** aufzustellen, **die ein Vorstandsmitglied einhalten muss, wenn es fachkundigen Rat einholt** (dazu sogleich Rz 45 ff). Hält sich ein Vorstandsmitglied nicht an diese Anforderungen, hat es nicht alle ihm zumutbaren Schritte unternommen, um seinen Rechtsirrtum zu vermeiden, weshalb ihm dieser vorwerfbar ist und es – bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen – für einen Schaden der AG haftet (vgl Rz 40). Die Rsp des BGH lässt sich **grundsätzlich auf Österreich übertragen**.<sup>149</sup> Die einzelnen

<sup>145</sup> Holle, AG 2016, 270 (277); vgl dazu (allerdings iZm der BJR) OGH 23.2.2016, 6 Ob 160/15w: „Kann dem Stiftungsvorstand aus haftungsrechtlicher Sicht überhaupt kein Vorwurf gemacht werden, weil er nach den Kriterien der Business Judgement Rule den an ihn gestellten Sorgfaltsmaßstab eingehalten hat, ist regelmäßig auch kein Raum für eine Abberufung nach § 27 Abs 2 Z 1 PSG, zumal in diesem Fall auch nicht von einer Pflichtverletzung gesprochen werden kann.“

<sup>146</sup> BGH 20.9.2011, II ZR 234/09, NZG 2011, 1271 = ZIP 2011, 2097 = WM 2011, 2092; bestätigt in BGH 28.4.2015, II ZR 63/14, NZG 2015, 792; BGH 26.1.2016, II ZR 394/13, NZG 2016, 658.

<sup>147</sup> Der BGH hielt die Konstruktion wegen eines Verstoßes gegen § 71 dAktG (Erwerb eigener Aktien durch Dritte) für unzulässig.

<sup>148</sup> Für Österreich wortgleich: § 84 Abs 3 Z 3 AktG.

<sup>149</sup> So auch Kalss in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 23/20; Brugger, NZ 2016, 413 (420); in der aktuellen Entscheidung OGH 30.8.2016, 6 Ob 198/15h (Pkt 4.5.3), wo der OGH allerdings insoweit nur allgemeine Aussagen trifft, wird die Ision-Entscheidung

Kriterien sollen einerseits sicherstellen, dass die Vorstandshaftung nicht durch die allzu einfache Möglichkeit einer Berufung auf einen entschuldbaren Rechtsirrtum ausgehöhlt wird und andererseits die Anforderungen an Vorstandsmitglieder – die häufig juristische Laien sind – nicht überspannt werden.<sup>150</sup>

#### b) Auswahl des „richtigen“ Rechtsberaters

##### Unabhängigkeit

**45** Das Vorstandsmitglied muss den Rat eines **unabhängigen Rechtsberaters** einholen. Unabhängigkeit bedeutet, dass der Rechtsberater seinen Rat sachlich unabhängig, dh unbeeinflusst von unmittelbaren oder mittelbaren Vorgaben hinsichtlich des Ergebnisses erteilt.<sup>151</sup> Das Erfordernis der Unabhängigkeit des Beraters ist vom Gedanken getragen, dass jemand nur dann verlässlichen Rat erteilen kann, wenn er sich in keinem Interessenkonflikt befindet.<sup>152</sup> Unabhängigkeit liegt im Allgemeinen bei externer Rechtsberatung vor.<sup>153</sup> Das Interesse des Rechtsberaters an der Erzielung von eigenen Umsätzen begründet keine Abhängigkeit.<sup>154</sup> Dies gilt selbst dann, wenn der Mandant für den Berater ein sehr wichtiger Kunde ist und die Gefahr einer faktischen Abhängigkeit besteht.<sup>155</sup> Andernfalls könnten sich große Gesellschaften mit entsprechendem Auftragsvolumen bei keinem externen Berater auf dessen Unabhängigkeit verlassen. Abstrakt bestehende Einflussmöglichkeiten des Vorstandsmitglieds auf den externen Berater sind unschädlich, solange dieses keine Anhaltspunkte dafür hat, dass sich der Berater willfährig verhält.<sup>156</sup> Schwierigkeiten könnten nachträglich beim Beweis auftreten, dass das Vorstandsmitglied die abstrakt bestehende Einflussmöglichkeit nicht tatsächlich genützt hat (zur Beweislast siehe Rz 83).

**46** Strenger zu beurteilen sind abstrakt bestehende **Einflussmöglichkeiten Dritter**<sup>157</sup> auf den externen Rechtsberater. Ist – wie in der Ision-Entscheidung (Rz 44) – ein Aufsichtsratsmitglied der zu beratenden Gesellschaft gleichzeitig Partner der

nicht erwähnt. Die vom OGH gestellten Anforderungen sind ähnlich, aber nicht ident mit jenen der Ision-Entscheidung (zB Plausibilitätsprüfung). Aus Praxissicht bleibt abzuwarten, welche Anforderungen der OGH in einem Anlassfall konkret aufstellen wird. Die Anforderungen der Ision-Entscheidung dürften uE aber jedenfalls genügen.

<sup>150</sup> *Fleischer*, DB 2015, 1764 (1766).

<sup>151</sup> BGH 28.4.2015, II ZR 63/14, NZG 2015, 792; *Decker*, GmbHR 2014, 72 (75).

<sup>152</sup> Ebenso *Fleischer* in FS Hüffer 191 f; *Schopper/Walch*, GES 2012, 215 (219).

<sup>153</sup> Eine analoge Anwendung des Rotationsprinzips, welches etwa in § 271a Abs 1 Z 4 UGB für Abschlussprüfer vorgesehen ist, kommt uE für die Beratung durch Rechtsanwälte oder Steuerberater nicht in Betracht.

<sup>154</sup> *Kalss* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 23/27.

<sup>155</sup> Insoweit nicht überzeugend *Kalss* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 23/27: „wenn er nicht einen zu großen Teil seines Umsatzes mit der betroffenen Gesellschaft macht“. Dies würde dazu führen, dass sich große Gesellschaften mit einem entsprechenden Auftragsvolumen praktisch nicht an eine Boutique-Kanzlei wenden könnten. Vor allem wäre es wertungswidersprüchlich, wenn eine interne Rechtsabteilung unabhängig sein soll (so auch *Kalss*, aaO Rz 23/28), nicht aber eine Boutique-Kanzlei mit wenigen großen Mandanten, wo die Grenze zur internen Rechtsabteilung verschwimmt.

<sup>156</sup> *Schopper/Walch*, GES 2012, 215 (219); strenger hingegen *Freund*, GmbHR 2011, 238 (240): Möglichkeit einer second opinion in Betracht ziehen.

<sup>157</sup> Dritter ist jede Person mit Ausnahme der zu beratenden Gesellschaft und des Vorstands.

beratenden Anwaltskanzlei, kann dieser Umstand eine Abhängigkeit der Anwaltskanzlei begründen.<sup>158</sup> Von der Unabhängigkeit eines externen Rechtsberaters darf das Vorstandsmitglied in derartigen Konstellationen nur ausgehen, wenn ausgeschlossen werden kann, dass ein bestimmter Dritter seine abstrakt bestehenden Einflussmöglichkeiten auf den vom Vorstandsmitglied beauftragten Rechtsberater tatsächlich ausübt.<sup>159</sup>

Bedenken hinsichtlich der Unabhängigkeit eines (externen) **Rechtsberaters** 47 können bestehen, wenn dieser einen zuvor **von ihm erstellten** Vertrags-, Gutachtens- oder sonstigen **Entwurf überprüfen soll**, weil Zweifel an dessen Richtigkeit oder Vollständigkeit vorliegen. Entgegen einer strengen Ansicht aus Deutschland scheidet uE der Ersteller des zu überprüfenden Entwurfes nicht von vornherein wegen fehlender Unabhängigkeit aus.<sup>160</sup> Vielmehr ist zu berücksichtigen, dass der betreffende Berater bereits eingehend mit der Sach- und Rechtslage betraut ist, sodass die Beauftragung mit der Überprüfung und Überarbeitung des eigenen Entwurfes durchaus effizient sein kann. Das betrifft beispielsweise Fälle, in denen der Rechtsberater irrtümlich von falschen Sachverhaltsannahmen ausgegangen ist. Anderes gilt nur, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Verfasser des Entwurfes bei dessen Überprüfung nicht unabhängig sein wird, etwa weil er nachweisen will, dass er eine einwandfreie Arbeit abgeliefert hat.<sup>161</sup> In diesem Fall ist ein anderer Rechtsberater mit der Überprüfung zu beauftragen, um das Erfordernis der Unabhängigkeit zu wahren.

Der Unternehmensjurist aus der **internen Rechtsabteilung** der Gesellschaft 48 und der Syndikus gelten in der Regel als unabhängig.<sup>162</sup> Eine aus einem Dienstvertrag resultierende Weisungsgebundenheit des Rechtsberaters führt noch nicht generell zu einer Abhängigkeit gegenüber der Gesellschaft bzw dem Vorstand.<sup>163</sup>

<sup>158</sup> Vgl OLG Hamburg 18.9.2009, 11 U 183/07, AG 2010, 502 = BeckRS 2009, 29278 (in NZG 2010, 309 und DStR 2010, 287 ist die relevante Textpassage nicht abgedruckt); insoweit krit zur Entscheidung des OLG Hamburg *Strohn*, CCZ 2013, 177 (181) („überzogen“); der BGH (FN 146) hat die Ausführungen nicht aufgegriffen.

<sup>159</sup> *Schopper/Walch*, GES 2012, 215 (219); *Wagner*, BB 2012, 651 (656).

<sup>160</sup> So aber *Strohn*, ZHR 176 (2012), 137 (140); deutlich abgeschwächt nunmehr *ders*, CCZ 2013, 177 (182); differenzierend *Gottschalk/Weng*, GWR 2013, 243 (245); wie hier *Krieger*, ZGR 2012, 496 (500); *J.-H. Binder*, AG 2012, (892 f); *Kiefner/Krämer*, AG 2012, 498 (499 f); *Fleischer* in Spindler/Stilz, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 35c.

<sup>161</sup> Vgl *J.-H. Binder*, AG 2012, (892 f); *Decker*, GmbHR 2014, 72 (76).

<sup>162</sup> Vgl dazu BGH 28.4.2015, II ZR 63/14, NZG 2015, 792: Mit Unabhängigkeit „ist nicht seine persönliche Unabhängigkeit gemeint, sondern dass der Berater seine Rechtsauskunft sachlich unabhängig, dh unbeeinflusst von unmittelbaren oder mittelbaren Vorgaben hinsichtlich des Ergebnisses erteilt hat.“; *Steber*, DStR 2015, 2391 (2394); *Müller*, DB 2014, 1301 (1303); *Strohn*, CCZ 2013, 177 (182); *Vetter*, NZG 2015, 889 (894); *Fleischer*, NZG 2010, 121 (123 f); *ders*, DB 2015, 1764 (1768); *Decker*, GmbHR 2014, 72 (75); *Piepenbrock*, „Defense of Reliance“ 251; ausführlich *Junker/Biederbick*, AG 2012, 898; in der Praxis wurde die Ision-Entscheidung des BGH (FN 146) zum Teil dahingehend fehlinterpretiert, dass der Rat eines unternehmensinternen Juristen nicht ausreiche (dazu *Goette*, ZHR 176 [2012] 588 [602 in FN 50]); krit *Gottschalk/Weng*, GWR 2013, 243 (244 f), wonach die Beratung durch den internen Rechtsberater das Vorstandsmitglied in einem Haftungsfall vor Beweisprobleme stelle, weil er dessen Unabhängigkeit schwer nachweisen könne (dagegen zB *Decker*, aaO); aA *Brugger*, NZ 2016, 413 (421).

<sup>163</sup> *Selter*, AG 2012, 11 (14); *Decker*, GmbHR 2014, 72 (75); *Fleischer*, DB 2015, 1764 (1768).

Ansonsten müsste der Vorstand jegliche Rechtsberatung seitens des Syndikus oder Unternehmensjuristen nochmals durch einen externen Berater überprüfen lassen. Eine unternehmensinterne Rechtsberatung würde sich praktisch erübrigen.<sup>164</sup> Dies wäre schon deshalb wertungswidersprüchlich, weil sich auch externe Berater zumindest bei großen Mandanten in einem faktisch-wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnis befinden können.<sup>165</sup> Selbst mit einer vollständigen Auslagerung an externe Rechtsberater wäre also wenig gewonnen. Daher darf ein Vorstandsmitglied unter bestimmten Voraussetzungen auf internen Rechtsrat der eigenen Rechtsabteilung vertrauen. Es muss jedoch durch entsprechende organisatorische Maßnahmen sicherstellen, dass die unternehmensinterne Rechtsabteilung ihre Beratung sachkundig, kritisch und unabhängig durchführen kann.<sup>166</sup> Denn ein Vorstandsmitglied, das die unternehmensinterne Rechtsabteilung zur Absegnung kritischer Rechtsfragen instrumentalisiert, kann sich nachher nicht auf sein Vertrauen bezüglich deren Ratschläge berufen.<sup>167</sup>

### *Seriosität*

- 49 Ist der Rat eines seriösen, aber vom Vorstand oder Dritten abhängigen Beraters mangels Gewährleistung einer objektiven Beratung nicht vertrauenswürdig, gilt dies erst recht für den Rat einer **unseriösen oder „käuflichen“ Person**.<sup>168</sup> Selbst wenn diese Personen nicht von ihrem Auftraggeber abhängig sind, ist von ihnen keine objektive Beratung zu erwarten. Fallen dem Vorstandsmitglied Anzeichen von Unseriosität<sup>169</sup> auf oder eilt dem Rechtsberater der Ruf eines besonders gefälligen Gutachters voraus,<sup>170</sup> muss es sich **an einen anderen Berater wenden**.

### *Fachliche Kompetenz*

- 50 Neben der Unabhängigkeit ist die fachliche Kompetenz des Beraters entscheidend. Bei Rechtsanwälten, die gem § 8 RAO zur berufsmäßigen Parteienvertretung in allen gerichtlichen und außergerichtlichen sowie in allen öffentlichen und privaten Angelegenheiten berufen sind und an deren Zulassung vergleichsweise hohe Anforderungen gestellt werden, wird die fachliche Kompetenz regelmäßig vorliegen.<sup>171</sup> Das Vorstandsmitglied darf berechtigterweise bei **Formalqualifika-**

<sup>164</sup> Schopper/Walch, GES 2012, 215 (220); vgl Roxin, Strafrecht AT<sup>4</sup> § 21 Rz 62; Klöhn, DB 2013, 1535 (1539).

<sup>165</sup> Vgl Fleischer in FS Hüffer 192 f; ders, NZG 2010, 121 (123); Wagner, BB 2012, 651 (656); Peters, AG 2010, 811 (816); Klöhn, DB 2013, 1535 (1538).

<sup>166</sup> Vgl Wagner, BB 2012, 651 (656).

<sup>167</sup> Vgl Decker, GmbHR 2014, 72 (75) (Geschäftsleitung versucht, auf Beurteilung einzuwirken).

<sup>168</sup> Schopper/Walch, GES 2012, 215 (220); vgl Fleischer in FS Hüffer 191 f; allgemein Kodek in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 2 Rz 15.

<sup>169</sup> Vgl Kalss, AR aktuell 2010, 4 (5); vgl auch Sethe in Sethe/Isler, Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII 165 (195), der Kriterien wie eine Spiel- und Trinksucht sowie relevante Vorstrafen berücksichtigt.

<sup>170</sup> Fleischer in FS Hüffer 192.

<sup>171</sup> Schopper/Walch, GES 2012, 215 (220); strenger wohl (für Deutschland) Strohn, CCZ 2013, 177 (181).



**tionen** wie einer österreichischen Anwaltszulassung<sup>172</sup> darauf vertrauen, dass der Berater die entsprechende fachliche Qualifikation tatsächlich aufweist.<sup>173</sup> Lediglich klar missbräuchliche Fälle – etwa wenn ein Familienrechtsanwalt mit einer komplizierten Umgründung betraut wird – scheiden aus. Dafür spricht, dass der Beratene meist nicht in der Lage ist, die Qualität des Beraters selbst einzuschätzen und sich auf formale Qualifikationen verlassen muss.<sup>174</sup> Obwohl an die Rechtskunde des Vorstandes ein überdurchschnittliches Maß angelegt wird und er daher die Fachkompetenz eines Beraters besser einschätzen können muss als ein durchschnittlicher Bürger, gilt für diesen nichts anderes. Weitere Auswahlkriterien, etwa Erfahrungen des Rechtsberaters auf dem einschlägigen Rechtsgebiet, sind zu unscharf und daher abzulehnen.<sup>175</sup> Die Beurteilung, ob der Rechtsanwalt einer Anfrage gewachsen ist, muss vorrangig dem Rechtsanwalt selbst überlassen werden. Überschätzt ein Rechtsanwalt seine Kenntnisse oder faktischen Möglichkeiten (zB auf Grund fehlender Personalressourcen), darf dieses Risiko nicht dem Vorstandsmitglied aufgebürdet werden.<sup>176</sup> Für die Fehler des Rechtsanwalts muss das Vorstandsmitglied nicht eintreten, weil der Rechtsanwalt in der Regel nicht dessen Gehilfe ist.<sup>177</sup>

Abseits von Qualifikationen wie einer Zulassung als Rechtsanwalt, Steuerberater<sup>178</sup>, Wirtschaftsprüfer<sup>179</sup> oder Notar<sup>180</sup>, die ex lege zur rechtlichen Beratung in bestimmten Rechtsgebieten<sup>181</sup> berechtigen, ist schwer zu bestimmen, ab wann jemand als fachlich kompetenter Rechtsberater gesehen werden darf.<sup>182</sup> Dies gilt vor allem für unternehmensinterne Rechtsabteilungen mit oft hervorragend qualifizierten, aber als Rechtsanwalt nicht zugelassenen Mitarbeitern.<sup>183</sup> Im Einzelnen ist die Frage **situationsbezogen zu entscheiden**, wobei es auf den Verständnishorizont des Vorstandsmitglieds ankommt.<sup>184</sup> Ein Rechtsberater wird selbst bei **einfach zu**

51

<sup>172</sup> Weitere Beispiele wären Richter, Notare (dazu *Piepenbrock*, „Defense of Reliance“ 235 f) sowie Universitätsprofessoren (dazu *Piepenbrock*, aaO 232 ff).

<sup>173</sup> *Fleischer*, NZG 2010, 121 (123); *ders* in Spindler/Stilz, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz Rz 35b; *ders*, ZIP 2009, 1397 (1403); vgl *Kalss* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 23/24.

<sup>174</sup> *Fleischer* in FS Hüffer 190 f; vgl auch *Roxin*, Strafrecht<sup>4</sup> § 21 Rz 62; *Peters*, AG 2010, 811 (815); *Freund*, GmbHR 2011, 238 (240); aA *Selter*, AG 2012, 11 (16); *Gottschalk/Weng*, GWR 2013, 243 (244), die wenig überzeugend auf Kriterien wie den Internetauftritt des Rechtsanwalts abstellen.

<sup>175</sup> *Fleischer* in FS Hüffer 190 f; *ders*, NZG 2010, 121 (123); *ders*, KSzW 2013, 3 (8); *Selter*, Die Beratung des Aufsichtsrats Rz 954; krit *J.-H. Binder*, AG 2008, 274 (285 f); aA *Strohn*, ZHR 176 (2012), 137 (141); *Brugger*, NZ 2016, 413 (421).

<sup>176</sup> AA wohl *Gottschalk/Weng*, GWR 2013, 243 (244).

<sup>177</sup> Dazu sogleich unten Rz 51 sowie Rz 7 und Rz 58.

<sup>178</sup> Für Steuerrechtsfragen nach § 3 Wirtschaftstreuhänderberufsgesetz.

<sup>179</sup> Für Bilanzrechtsfragen nach § 5 Wirtschaftstreuhänderberufsgesetz.

<sup>180</sup> Vgl § 5 Abs 1 Notariatsordnung.

<sup>181</sup> Überschreitet ein Rechtsberater die (standesrechtlichen) Berufsbefugnisse eklatant, zB wenn ein Steuerberater in schwierigen gesellschaftsrechtlichen Fragen berät, ist ein Vertrauen auf dessen Formalqualifikation nicht schützenswert; vgl dazu *Decker*, GmbHR 2014, 72 (75).

<sup>182</sup> Vgl dazu *Strohn*, CCZ 2013, 177 (181): Es kommt nicht auf den Beruf, sondern vor allem auf die Sachkunde an.

<sup>183</sup> Vgl dazu auch *Klöhn*, DB 2013, 1535 (1540).

<sup>184</sup> Vgl zu Letzterem *Fleischer*, DB 2015, 1764 (1768).

**lösenden**<sup>185</sup> **Rechtsfragen** zumindest ein abgeschlossenes Studium der Rechtswissenschaften, uU ein wirtschaftswissenschaftliches Studium,<sup>186</sup> vorweisen müssen.<sup>187</sup> Bei wenig anspruchsvollen Rechtsfragen ist zu beachten, dass der Gesetzgeber ein Mindestmaß an Rechtskunde von den Vorstandsmitgliedern verlangt. Kann das Vorstandsmitglied selbst einfache Rechtsfragen nicht selbstständig beurteilen, darf es erst gar kein Vorstandsmitglied werden (Übernahmeverschulden).<sup>188</sup> Das Vertrauen auf eine unrichtige Rechtsberatung befreit in jenen Fällen nicht von der Haftung, in denen das Vorstandsmitglied auf Grund der Mindestanforderungen an die eigene Rechtskenntnis eigentlich selbst die Rechtslage beurteilen können müsste.<sup>189</sup>

- 52 Hat der Rechtsberater zusätzlich zu einem rechtswissenschaftlichen bzw wirtschaftsrechtlichen Studienabschluss mehrjährige einschlägige praktische Erfahrung, wie das auf viele Unternehmensjuristen zutrifft, kann sich der Vorstand auf dessen Rechtsauskunft auch bei **schwierigen Rechtsfragen** verlassen.<sup>190</sup>
- 53 Verfügt die interne Rechtsabteilung nicht über die erforderliche fachliche Kompetenz zur Lösung einer Rechtsfrage und muss das Vorstandsmitglied daher auf externe Rechtsberatung zurückgreifen, kann es die **interne Rechtsabteilung um eine Empfehlung ersuchen**. Das Vorstandsmitglied muss sich trotz Empfehlung hinsichtlich der spezifischen Sachkunde des empfohlenen Beraters vergewissern,<sup>191</sup> es darf ihn nicht unbesehen übernehmen.<sup>192</sup> Doch kann an diese Überprüfung kein höherer Maßstab angelegt werden als bei Inanspruchnahme einer externen Rechtsberatung ohne Empfehlung der eigenen Rechtsabteilung. Somit genügt grundsätzlich auch in diesem Fall eine entsprechende Formalqualifikation des externen Beraters.
- 54 Rechtsberater sind fachlich grundsätzlich nur für die **Lösung von Rechtsfragen kompetent**.<sup>193</sup> Bei Fragen, die Schnittstellen zu steuerlichen Aspekten und dem Rechnungswesen aufweisen, ist regelmäßig ein Wirtschaftsprüfer oder Steuerberater hinzuzuziehen.<sup>194</sup>

<sup>185</sup> Es ist einzuräumen, dass die Unterscheidung zwischen schwierig und einfach zu lösenden Rechtsfragen fließend ist.

<sup>186</sup> Etwa bei der Beauftragung eines Mitarbeiters der internen Rechtsabteilung mit der Lösung einer steuerrechtlichen oder rechnungslegungsrechtlichen Fragestellung.

<sup>187</sup> *Fleischer* in FS Hüffer 190; *Schopper/Walch*, GES 2012, 215 (220 f).

<sup>188</sup> Dazu bereits Rz 10 und FN 227.

<sup>189</sup> Zu streng OLG Saarbrücken 22.1.2014, 2 U 69/13, EWIR 2014, 349 = ZIP 2014, 822, wonach die Kenntnis des § 112 dAktG (~ § 97 öAktG) auch von einem nicht juristisch vorgebildeten Vorstandsmitglied wie einem Kommunikationswissenschaftler erwartet werden kann. Der BGH (28.4.2015, II ZR 63/14, NZG 2015, 792) hat diese Ansicht zutreffend verworfen. <sup>190</sup> Darin liegt kein Widerspruch zu Rz 50, weil es hier nicht um Formalqualifikationen geht.

<sup>191</sup> OLG Stuttgart 25.11.2009, 20 U 5/09, NZG 2010, 141.

<sup>192</sup> *Wagner*, BB 2012, 651 (657); allgemein zur Delegation der Einholung eines Rechtsrats Pkt f.

<sup>193</sup> BGH 14.5.2007, II ZR 48/06 (KG), NJW 2007, 2118 (2120); *Fleischer*, NZG 2010, 121 (124); *Selter*, AG 2012, 11 (15 f); *Decker*, GmbHR 2014, 72 (75).

<sup>194</sup> *Schopper/Walch*, GES 2012, 215 (221); *Selter*, AG 2012, 11 (15 f); vgl BGH 26.1.2016, II ZR 394/13, NZG 2016, 658 (661) („für die zu klärenden Fragestellungen fachlich qualifizierten Person hat beraten lassen“).

## c) Vollständige Schilderung des Sachverhalts

*Vorwerfbar falsche Sachverhaltsdarstellung*

Eine korrekte rechtliche Beratung basiert auf einem vollständigen und richtigen Sachverhalt.<sup>195</sup> Der Rechtsberater kann nur dann eine Empfehlung aussprechen, wenn ihm der Sachverhalt zur Gänze bekannt ist. In den hier interessierenden Konstellationen hat das Vorstandsmitglied dafür Sorge zu tragen, dass dem Berater der **Sachverhalt vollständig und richtig mitgeteilt wird**.<sup>196</sup> Dies gilt auch für Änderungen des Sachverhalts.<sup>197</sup> Das Vorstandsmitglied ist nicht schutzwürdig, wenn es gegenüber dem Rechtsberater vorsätzlich oder fahrlässig Informationen verschweigt oder diese unrichtig wiedergibt.<sup>198</sup> 55

Die Schilderung des Sachverhalts ist von der konkreten **Formulierung einer Rechtsfrage** zu unterscheiden. Von einem nicht rechtskundigen Vorstandsmitglied kann nicht generell erwartet werden, dass es präzise Rechtsfragen stellt.<sup>199</sup> 56

*Schuldlos falsche Sachverhaltsdarstellung*

Eine nicht vorwerfbare falsche oder unvollständige Sachverhaltsdarstellung gegenüber dem Rechtsberater schadet dem Vorstandsmitglied nicht.<sup>200</sup> Dabei ist zu beachten, dass ein Vorstandsmitglied auf Grund der eigenen Rechtskenntnisse häufig nicht einschätzen kann, welche Sachverhaltselemente für eine bestimmte rechtliche Beurteilung wichtig sind.<sup>201</sup> Ist der Sachverhalt für den Rechtsberater erkennbar lückenhaft und unvollständig, obliegt es vielmehr diesem, den wahren und vollständigen Sachverhalt durch entsprechendes Nachfragen zu ermitteln.<sup>202</sup> 57

*Zurechnung des Verschuldens eines Beraters*

Hätte der Rechtsberater die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit des Sachverhalts erkennen müssen und trifft ihn daher ein Verschulden, haftet er gegenüber der Gesellschaft. Das **Verschulden des Rechtsberaters ist dem Vorstandsmitglied in der Regel nicht nach § 1313a ABGB zuzurechnen**. Der Rechtsberater ist im hier interessierenden Regelfall kein Gehilfe des Vorstands, sondern der 58

<sup>195</sup> Vgl OGH 5.12.2011, 16 Ok 2/11; RIS Justiz RS0089613.

<sup>196</sup> Vgl Klöhn, DB 2013, 1535 (1540), der darauf hinweist, dass sich zB ein interner Rechtsberater die Informationen selbst beschaffen wird, sodass das Vorstandsmitglied lediglich die Vollständigkeit des Sachverhalts überprüfen muss.

<sup>197</sup> Piepenbrock, „Defense of Reliance“ 262.

<sup>198</sup> Schopper/Walch, GES 2012, 215 (221); J.-H. Binder, AG 2008, 274 (286); Strohn, ZHR 176 (2012), 137 (149); Fleischer, NZG 2010, 121 (124); ders, DB 2015, 1764 (1768); ders in Spindler/Stilz, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 35f; ders, ZIP 2009, 1397 (1403); Peters, AG 2010, 811 (816); Selter, Die Beratung des Aufsichtsrats Rz 957; Decker, GmbHR 2014, 72 (76).

<sup>199</sup> BGH 28.4.2015, II ZR 63/14, NZG 2015, 792.

<sup>200</sup> Fleischer, NZG 2010, 121 (124); ders, DB 2015, 1764 (1768); ders in Spindler/Stilz, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 35d; Gottschalk/Weng, GWR 2013, 243 (246).

<sup>201</sup> Schopper/Walch, GES 2012, 215 (221); J.-H. Binder, AG 2008, 274 (286); ähnlich Selter, AG 2012, 11 (16); ders, Die Beratung des Aufsichtsrats Rz 958.

<sup>202</sup> Fleischer, NZG 2010, 121 (124); ders, ZIP 2009, 1397 (1403); ders, KSzW 2013, 3 (9); ders, DB 2015, 1764 (1768); ders in Spindler/Stilz, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 35d; Peters, AG 2010, 811 (816); Buck-Heeb, BB 2016, 1347 (1350); Selter, Die Beratung des Aufsichtsrats Rz 958.

Gesellschaft (Rz 7).<sup>203</sup> Ein Vorstandsmitglied bedient sich des Beraters nicht zur Erfüllung eigener Pflichten, sondern beauftragt diesen im Namen und im Interesse der AG. Es muss nur dann für das Verschulden des Rechtsberaters eintreten, wenn der Rechtsberater ausnahmsweise im Auftrag des Vorstandsmitglieds handelt und er somit ein Gehilfe des Vorstandsmitglieds nach § 1313a ABGB ist (Rz 18).<sup>204</sup>

#### d) Plausibilitätsprüfung

##### *Anforderungen an die Plausibilitätsprüfung*

59 Grundsätzlich darf der Beratene **auf einen Rechtsrat vertrauen**. Er ist nicht verpflichtet, die erhaltenen Auskünfte nochmals auf ihre inhaltliche Richtigkeit zu prüfen oder überprüfen zu lassen.<sup>205</sup> Eine genaue Nachprüfung ist dem Vorstandsmitglied auf Grund fehlender eigener Sachkenntnisse bzw. Fähigkeiten meist gar nicht möglich.<sup>206</sup> Das Vorstandsmitglied müsste einen weiteren Berater mit der Überprüfung der Beratung beauftragen.<sup>207</sup> Dies wird uE nur ausnahmsweise geboten sein.<sup>208</sup> Muss dem Vorstandsmitglied bewusst sein, dass die Rechtslage unklar ist, spricht der BGH (lediglich) von einer „*besonders kritische[n] Plausibilitätsprüfung*“.<sup>209</sup> In der Regel genügt das Vorstandsmitglied daher der gebotenen Sorgfalt, wenn es den Rat auf innere Widersprüche prüft und dieser nicht im eklatanten Widerspruch zur eigenen Lebenserfahrung steht, vor allem der Erfahrung im Wirtschaftsleben.<sup>210</sup> Grundlage der Plausibilitätsprüfung ist nicht die tatsächliche Rechtslage, sondern die erhaltene unzutreffende Rechtsauskunft.<sup>211</sup> Das Vorstandsmitglied muss zudem prüfen, ob die einer Rechtsauskunft zugrunde liegende Sachverhaltsannahme mit dem aktuellen tatsächlichen Sachverhalt übereinstimmt.<sup>212</sup> Völlig zutreffend fordert auch der OGH im Zusammenhang mit den

<sup>203</sup> Siehe FN 14; *F. Schuhmacher* in Althuber, Geschäftsführer- und Vorstandshaftung<sup>2</sup> 271 (274 f); zum vergleichbaren § 278 BGB siehe BGH (FN 146); *Fleischer* in FS Hüffer 201 f; *ders* in Spindler/Stilz, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 35f; *Strohn*, ZHR 176 (2012), 137 (142 f); *Selter*, Die Beratung des Aufsichtsrats Rz 952; *Decker*, GmbHR 2014, 72 (77); zur vergleichbaren Rechtslage beim Aufsichtsrat siehe *Witte/Indenhuck*, BB 2014, 2563 (2568); für die Schweiz auch (gegen die dort teilweise vertretene Gegenansicht) *Sethe* in Sethe/Isler, Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII 165 (188 ff).

<sup>204</sup> *Freund*, GmbHR 2011, 238 (240).

<sup>205</sup> BGH 28.4.2015, II ZR 63/14, NZG 2015, 792; *Buck-Heeb*, BB 2016, 1347 (1348).

<sup>206</sup> *Vetter*, NZG 2015, 889 (894); vgl *Buck-Heeb*, BB 2016, 1347 (1348).

<sup>207</sup> Vgl BGH 8.1.1981, IVa ZR 60/80, NJW 1981, 1098; *Faßbender*, NZG 2015, 501 (504 f).

<sup>208</sup> *Decker*, GmbHR 2014, 72 (76); will das Vorstandsmitglied etwa von einer Rechtsansicht abweichen, die ein Höchstgericht in einer Entscheidung vertreten hat, muss es ein Höchstmaß an Sorgfalt walten lassen. Dies spricht für die Einholung einer weiteren Meinung in diesem speziellen Fall. Zum bewussten Abweichen von einer gesicherten Rechtslage siehe Pkt D.4.

<sup>209</sup> BGH (FN 146). Das OLG Hamburg (FN 158) verlangt in casu eine weitere Meinung, weil es an der Unabhängigkeit des Rechtsberaters zweifelt.

<sup>210</sup> *Schopper/Walch*, GES 2012, 215 (222); *Fleischer*, NZG 2010, 121 (124); *ders*, DB 2015, 1764 (1769); *ders*, ZIP 2009, 1397 (1404); *Kalss* in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 23/31; *Reuter*, ZIP 2016, 597 (599); vgl BGH 28.4.2015, II ZR 63/14, NZG 2015, 792.

<sup>211</sup> BGH 28.4.2015, II ZR 63/14, NZG 2015, 792; *Buck-Heeb*, BB 2016, 1347 (1351).

<sup>212</sup> BGH 28.4.2015, II ZR 63/14, NZG 2015, 792; *Peters*, AG 2010, 811 (816); *Gottschalk/Weng*, GWR 2013, 243 (246); vgl OLG Stuttgart 25.11.2009, 20 U 5/09, NZG 2010, 141 (144); *Fleischer*, NZG 2010, 121 (124).

Sorgfaltspflichten von Aufsichtsratsmitgliedern, dass diese sich ein Urteil über die innere Plausibilität bilden und Unverständlichkeiten nachgehen sowie den Rechtsrat<sup>213</sup> anhand der eigenen Lebens- und Geschäftserfahrung messen müssen.<sup>214</sup>

Stößt ein Vorstandsmitglied im Zuge der Plausibilitätsprüfung auf Fehler oder Unstimmigkeiten, wird grundsätzlich eine **Klar- bzw Richtigstellung** durch den Rechtsberater ausreichen.<sup>215</sup> Das Vorstandsmitglied ist uE nur dann zur Überprüfung durch einen zweiten rechtskundigen Berater gehalten (Einholung einer „second opinion“), wenn der Fehler aus seiner Sicht dazu geeignet ist, an der Unabhängigkeit oder fachlichen Kompetenz des ersten Rechtsberaters Zweifel aufkommen zu lassen.<sup>216</sup> 60

Hat das Vorstandsmitglied den Rechtsrat **nicht auf Plausibilität geprüft**, haftet es selbst dann, wenn es den Fehler auch bei eingehender Prüfung nicht erkennen hätte können. Es kommt nicht darauf an, ob sich eine Überprüfung in casu ausgewirkt hätte. Dem stehen zwar beachtliche Rechtswidrigkeitszusammenhangs- und Kausalitätsüberlegungen gegenüber. Allerdings gilt für den entschuldbaren Rechtsirrtum wie bei anderen Entlastungsgründen auch, dass sich ein Vorstandsmitglied nicht auf diesen berufen kann, wenn auch nur eine Voraussetzung für dessen Geltendmachung fehlt. Erfüllt ein Vorstandsmitglied nicht sämtliche Anforderungen, die an einen entschuldbaren Rechtsirrtum gestellt werden, kann die (unrichtige) Rechtsberatung uE keine exkulpierende Wirkung entfalten (Rz 39 f). 61

#### *Zweck und dogmatische Begründung der Plausibilitätsprüfung*

Die Plausibilitätsprüfung soll verhindern, dass sich ein Vorstandsmitglied hinter einem „**Gefälligkeitsgutachten**“ verschancen kann.<sup>217</sup> Gutachten, bei denen Argumente, die gegen die vertretene Ansicht sprechen, in unvertretbarer und offensichtlicher Weise unterdrückt werden, führen zu keinem entschuldbaren Rechtsirrtum.<sup>218</sup> Während der Zweck der Plausibilitätsprüfung offensichtlich ist, bestehen Zweifel über ihre dogmatische Begründung. *Fleischer*<sup>219</sup> sieht diese im Erfordernis einer konkreten Vertrauensdisposition: Jemand ist nicht schutzwürdig, wenn er ein Gutachten nicht einmal zur Kenntnis nimmt. Diese Begründung ist uE insoweit fragwürdig, als der Beratene den Rat zur Kenntnis nehmen und der Empfehlung entsprechend handeln kann, auch wenn er die Begründung nicht liest und nicht auf Plausibilität hin prüft. Die dogmatische Begründung für das 62

<sup>213</sup> In casu: Das Urteil des Abschlussprüfers, welches an sich keinen Rechtsrat darstellt. Die Anforderungen an die Plausibilitätsprüfung sind jedoch ident.

<sup>214</sup> OGH 22.5.2003, 8 Ob 262/02s – Rieger Bank.

<sup>215</sup> *Schopper/Walch*, GES 2012, 215 (222); *Bayer/Scholz*, ZIP 2015, 1853 (1861); *Vetter*, NZG 2015, 889 (893); *Gottschalk/Weng*, GWR 2013, 243 (246); *Decker*, GmbHR 2014, 72 (77); *Fleischer*, KSzW 2013, 3 (8); so wohl auch *Freund*, GmbHR 2011, 238 (240): „*intensiv nachfassen und auf Klärung bzw Ergänzung bestehen*“.

<sup>216</sup> Dazu bereits oben Rz 47; vgl *Cahn*, WM 2013, 1293 (1305); strenger *Strohn*, CCZ 2013, 177 (181 f).

<sup>217</sup> *Fleischer* in FS Hüffer 194; *ders*, ZIP 2009, 1397 (1404); *Bayer/Scholz*, ZIP 2015, 1853 (1860); *Buck-Heeb*, BB 2016, 1347 (1348).

<sup>218</sup> *Leitner* in Leitner, Finanzstrafrecht 2014, 141 (146); vgl OGH 30.8.2016, 6 Ob 198/15h (Pkt 4.5.3), NZ 2016, 413 (*Brugger*).

<sup>219</sup> *Fleischer* in FS Hüffer 194; *ders*, ZIP 2009, 1397 (1404).

Erfordernis einer Plausibilitätsprüfung liegt vielmehr in der gebotenen Sorgfalt des Vorstandsmitglieds.<sup>220</sup> Blindes Vertrauen ist nicht nicht schutzwürdig, weil es nicht den an ein Vorstandsmitglied gestellten Sorgfaltsanforderungen entspricht. Das Vorstandsmitglied kann sich nur dann auf einen entschuldbaren Rechtsirrtum berufen, wenn es trotz sorgfältigem Verhalten die Rechtswidrigkeit nicht erkennen konnte. Prüft das Vorstandsmitglied einen erhaltenen Rechtsrat nicht auf Plausibilität, handelt es nicht sorgfältig und der Rechtsirrtum ist nicht entschuldbar.<sup>221</sup>

#### e) Modalitäten der Auskunftserteilung

##### *Mündliche Auskunftserteilung?*

63 Für die Praxis wichtig ist die Frage, ob ein rechtlicher Rat stets schriftlich (Brief; Fax; Email)<sup>222</sup> erteilt werden muss oder auch eine mündliche Beratung bzw Auskunft reicht. Der BGH lässt eine mündliche Auskunftserteilung bei einfach gelagerten und bei besonders eilbedürftigen Rechtsfragen zu.<sup>223</sup> **In der Regel** wird die **Rechtsberatung schriftlich** erfolgen müssen. Denn eine schriftliche Auskunft bietet eine höhere Richtigkeitsgewähr.<sup>224</sup> Eine mündliche Information ermöglicht zudem keine eingehende Plausibilitätskontrolle, weil das Vorstandsmitglied mündliche Aussagen nach erfolgter Beratung nur noch schwer überprüfen kann.<sup>225</sup> Daher ist das Vorstandsvertrauen auf eine **mündliche Auskunftserteilung** nur unter bestimmten Umständen haftungsbefreiend. Zulässig ist eine mündliche Auskunftserteilung bei **einfach gelagerten Rechtsfragen**.<sup>226</sup> Einfach gelagerte Fälle kann das Vorstandsmitglied nämlich auch bei einer mündlichen Auskunft auf Plausibilität prüfen.<sup>227</sup> Bei **besonders eilbedürftigen Rechtsfragen** ist eine

<sup>220</sup> Vgl BGH 26.1.2016, II ZR 394/13, NZG 2016, 658 (661): „Die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gebietet es zudem, das Prüfergebnis einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen“.

<sup>221</sup> Schopper/Walch, GES 2012, 215 (222).

<sup>222</sup> Mit Schriftlichkeit ist nicht jene des § 886 ABGB (Unterschriftlichkeit; dazu zB *Kalss* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 886 Rz 2) gemeint. Die Formzwecke einer erhöhten Richtigkeitsgewähr und Möglichkeit einer eingehenden Plausibilitätskontrolle werden auch bei Einhaltung der Textform (vgl § 126b BGB: unveränderte dauerhafte Wiedergabe) gewahrt.

<sup>223</sup> BGH (FN 146).

<sup>224</sup> *Fleischer*, NZG 2010, 121 (125); *Schopper/Walch*, GES 2012, 215 (222 f); zust *Justich* in *Hausmaninger/Gratzl/Justich*, Handbuch zur Aktiengesellschaft Kap 7 Rz 230; *F. Schuhmacher* in *Althuber*, Geschäftsführer- und Vorstandshaftung<sup>2</sup> 271 (274) (bei besonderer Tragweite der Entscheidung schriftlich); vgl *Decker*, GmbHR 2014, 72 (76); vgl in anderem Zusammenhang (Prospekthaftung) *Mülbert/Leuschner*, Anmerkung [zu BGH JZ 2009, 155], JZ 2009, 158 (160).

<sup>225</sup> Vgl OLG Hamburg (s FN 158).

<sup>226</sup> BGH (FN 146); *Gottschalk/Weng*, GWR 2013, 243 (246).

<sup>227</sup> Für „einfach gelagerte“ Rechtsvorschriften, welche die Leitung einer Aktiengesellschaft betreffen, ist eine exkulpierende Rechtsberatung nicht möglich. Dabei kommt es nicht darauf an, ob diese mündlich oder schriftlich erfolgt. Vorstandsmitglieder müssen sich hinsichtlich dieser Vorschriften jedenfalls kundig machen und für deren Unkenntnis einstehen (vgl OGH 31.5.1977, 5 Ob 306/76, EvBl 1978/4). Kennen sie nicht einmal „einfache“ Rechtsvorschriften, welche die Leitung einer AG betreffen, dürften sie das Amt eines Vorstandsmitgliedes nicht annehmen (Übernahmeverschulden; Rz 10) (ähnlich, wenn auch nicht im Zusammenhang mit Vorschriften des Aktienrechts OGH 31.5.1977, 5 Ob 306/76, EvBl 1978/4); zum Übernahmeverschulden bei der Genossenschaft bereits RG 28.2.1940, RGZ 163, 200 (208 f).



mündliche Auskunftserteilung ebenfalls gerechtfertigt, wenn die Eilbedürftigkeit nicht auf ein Verschulden des Vorstands – etwa weil dieser erst am letzten Tag einer längeren Frist handelt – zurückzuführen ist.<sup>228</sup> Eine besondere Eilbedürftigkeit kann zB bei der Veröffentlichung oder dem Aufschub einer Ad-Hoc-Mitteilung gegeben sein (Rz 75).<sup>229</sup>

#### *Auskünfte „aus dem Stegreif“*

Von der mündlichen Auskunftserteilung zu trennen ist die Auskunft „aus dem Stegreif“. Diese liegt vor, wenn sich der Rechtsberater für das Vorstandsmitglied **erkennbar nicht eingehend mit der Problematik befasst**, sondern sogleich seine Einschätzung abgibt. Diese Auskünfte werden meist mündlich erfolgen, zwingend ist dies aber nicht. Auch eine Antwort per E-Mail, die wenige Minuten nach Absenden der Frage einlangt, kann eine Auskunft „aus dem Stegreif“ sein. 64

In Fällen besonderer **Eilbedürftigkeit** kann die Rechtsberatung nicht das Maß an „eingehender sorgfältiger Prüfung“<sup>4230</sup> erreichen, das gewöhnlich für einen zuverlässigen Rechtsrat verlangt wird. Abgesehen von diesen Entscheidungen unter großem Zeitdruck darf einem Vorstandsmitglied eine Antwort „aus dem Stegreif“ nicht genügen.<sup>231</sup> Während für einen gewöhnlichen Bürger uU anderes gelten mag,<sup>232</sup> muss einem Vorstandsmitglied bewusst sein, dass es „zwischen Tür und Angel“ keine fundierte Antwort erwarten kann.<sup>233</sup> 65

#### f) Delegation der Maßnahmen für Einholung eines Rechtsrats

Der BGH hat in der Ision-Entscheidung<sup>234</sup> (Rz 44) nicht geklärt, ob ein Vorstandsmitglied die **Maßnahmen für die Einholung eines Rechtsrats delegieren** kann. Beispielsweise stellt sich die Frage, ob die Einholung von externem Rechtsrat generell oder im Einzelfall an die Leitung der internen Rechtsabteilung delegiert werden kann. Die Rechtslage in Deutschland und auch in Österreich ist daher weiterhin unklar. Jedenfalls zulässig wird eine Delegation sein, wenn die Aufgabe bzw Maßnahme, hinsichtlich derer ein Rechtsrat eingeholt wird, delegierbar ist.<sup>235</sup> Erfasst sind somit alle Aufgaben und Maßnahmen, die nicht zwingend dem Vorstand vorbehalten sind und an untere Unternehmensebenen delegiert werden 66

<sup>228</sup> *Strohn*, ZHR 176 (2012), 137 (142); *Gottschalk/Weng*, GWR 2013, 243 (246); *Buck-Heeb*, BB 2016, 1347 (1354); vgl *Selter*, AG 2012, 11 (17); strenger womöglich *Selter*, Die Beratung des Aufsichtsrats Rz 961 („in besonders eiligen Fällen [...] auch ein mündlicher Rat genügt, wenn [!] es sich um eine einfache Prüfungsfrage in einer Angelegenheit von nur untergeordneter Bedeutung für die Gesellschaft handelt“).

<sup>229</sup> *Fleischer*, NZG 2010, 121 (125); *Kalss* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 23/34; *Buck-Heeb*, BB 2016, 1347 (1354).

<sup>230</sup> Vgl BGH 15.12.1999, 2 StR 365/99, NStZ 2000, 307 (309).

<sup>231</sup> Vgl BGH 15.12.1999, 2 StR 365/99, NStZ 2000, 307 (309).

<sup>232</sup> Vgl *Roxin*, Strafrecht<sup>4</sup> § 21 Rz 62.

<sup>233</sup> *Schopper/Walch*, GES 2012, 215 (223); aA wohl *Fleischer* in FS Hüffer 197.

<sup>234</sup> Auch in BGH 28.4.2015, II ZR 63/14, NZG 2015, 792 hat der BGH die Delegation nicht behandelt.

<sup>235</sup> *Sander/Schneider*, ZGR 2013, 725 (747).

können. Nicht delegierbar ist zB die Pflicht zur Stellung eines Insolvenzantrags.<sup>236</sup> Doch selbst bei nicht-delegierbaren Aufgaben muss das Vorstandsmitglied nicht alle Maßnahmen für die Einholung eines Rechtsrats in eigener Person vornehmen. Für einen großzügigen Maßstab spricht, dass Dritte besser für die Einholung eines Rechtsrats geeignet sein können als das Vorstandsmitglied. ZB kann der Leiter der Rechtsabteilung vielleicht nicht selbst im Stande sein, eine spezielle Rechtsfrage zu lösen. Jedoch kann er besser beurteilen als ein juristisch nicht geschultes Vorstandsmitglied, welcher Rechtsberater herangezogen werden sollte, diesem den Sachverhalt präziser schildern und den Rat auf Plausibilität überprüfen. Es wäre außerdem nicht einsichtig, weshalb ein Vorstandsmitglied bspw ein umfangreiches Rechtsgutachten unbedingt selbst von der ersten bis zur letzten Seite lesen oder dem Rechtsberater den vollständigen Sachverhalt selbst darlegen muss.<sup>237</sup> Überträgt es die Einholung eines Rechtsrats einem kompetenten Mitarbeiter und überwacht diesen angemessen, hat er uE im Regelfall alles Zumutbare getan, den Rechtsirrtum zu vermeiden.<sup>238</sup> Die Letztentscheidung über eine Maßnahme, die unter Berücksichtigung des eingeholten Rechtsrats zu treffen ist, obliegt jedenfalls dem Vorstandsmitglied (Rz 9).

## D. Rechtlich gebundene Entscheidungen mit Ermessensspielraum

### 1. Allgemeines

67 Bei rechtlichen Bestimmungen ist für den Normadressaten nicht stets klar, welches Verhalten konkret rechtskonform ist. Ist die Rechtslage nicht eindeutig, muss ein Vorstandsmitglied eine Entscheidung unter Unsicherheit treffen. Es besteht insoweit kein wesentlicher Unterschied gegenüber unternehmerischen Entscheidungen, die durch Prognosen, Einschätzungen und Unsicherheit geprägt sind (Rz 21). Aufgrund dieser Parallelen stellt sich die Frage, ob die BJR auf rechtlich gebundene Entscheidungen analog angewendet werden soll, wenn die Rechtslage unklar ist (Legal Judgment Rule).<sup>239</sup> De lege lata scheidet eine analoge Anwendung des

<sup>236</sup> Vgl (zur GmbH) OGH 11.7.1979, 3 Ob 622/78; OGH 23.9.1987, 1 Ob 608/87; H. Schumacher in Bartsch/Pollak/Buchegger, Insolvenzrecht<sup>4</sup> § 69 KO Rz 14

<sup>237</sup> Insoweit zust *Fleischer*, DB 2015, 1764 (1769).

<sup>238</sup> Wie hier *Kalss* in *Kalss/Kunz*, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 23/32; *Krieger*, ZGR 2012, 496 (502); *Strohn*, CCZ 2013, 177 (183 [Information des Beraters] und 184 [hinsichtlich Plausibilitätsprüfung, die bei Überprüfung durch Rechtsabteilung auf Mindestmaß reduziert wird]); *Gottschalk/Weng*, GWR 2013, 243 (245 und – hinsichtlich Plausibilitätsprüfung – 246); hinsichtlich Plausibilitätsprüfung *Cahn*, WM 2013, 1293 (1305); hinsichtlich Schilderung des Sachverhalts *Selter*, Die Beratung des Aufsichtsrats Rz 956; referierend *Buck-Heeb*, BB 2016, 1347 (1353) (dort auch zur allfälligen Pflicht, die interne Rechtsabteilung zur Plausibilitätsprüfung beizuziehen); strenger (hinsichtlich Plausibilitätsprüfung) *Fleischer*, DB 2015, 1764 (1769); *Selter*, Die Beratung des Aufsichtsrats Rz 960; aA *Decker*, GmbHR 2014, 72 (77) („nicht delegierbar“); womöglich auch OLG Stuttgart 25.11.2009, 20 U 5/09, NZG 2010, 141, wo betont wird, dass es sich um originäre Pflichten handelt.

<sup>239</sup> So wohl *Gottschalk/Weng*, GWR 2013, 243 (247); sympathierend *Thole*, ZHR 173 (2009), 504 (522 f); de lege ferenda *Kremer* in Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentags II/1 Kap N 35 f; *Seibt/Wollenschläger*, ZIP 2014, 545 (552).

§ 84 Abs 1a AktG bereits daran, dass keine planwidrige Lücke vorliegt.<sup>240</sup> Wie in Deutschland, hat sich auch der österreichische Gesetzgeber dafür entschieden, die **BJR auf unternehmerische Entscheidungen zu beschränken**.<sup>241</sup>

Auf die **Beziehung von Rechtsberatern** wirkt sich das insoweit aus, als diese bei einem Haftungsprozess gegen ein Vorstandsmitglied nicht vor dem Hintergrund des § 84 Abs 1a AktG (Handeln auf der Grundlage angemessener Information), sondern im Hinblick auf das Vorliegen eines entschuldbaren Rechtsirrtums zu beurteilen ist. Wie ausgeführt (Rz 35), sind die Anforderungen für den „sicheren Hafen“ des § 84 Abs 1a AktG wesentlich geringer als für einen entschuldbaren Rechtsirrtum,<sup>242</sup> weshalb die **Abgrenzung von unternehmerischen Entscheidungen und rechtlich gebundenen Entscheidungen von großer praktischer Bedeutung ist** (vgl auch *Winner* Rz 41/12).

68

## 2. Ermessensspielraum bei Pflichtaufgaben

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass **auch bei unternehmerischen Entscheidungen regelmäßig Rechtsfragen zu beurteilen** sind. ZB ist bei der geplanten Übernahme eines Unternehmens zu beurteilen, ob damit rechtliche Risiken (zB Produkthaftungsrisiken) übernommen werden.<sup>243</sup> Bei einem geplanten neuen Betriebsstandort sind zahlreiche rechtliche Fragen wie öffentlich-rechtliche Bewilligungen und steuerrechtliche Gesichtspunkte zu beurteilen. Kreditfinanzierungsentscheidungen einer Bank beinhalten uU schwierige Rechtsfragen wie die Zulässigkeit einer Sicherheit, wenn diese wegen des Verstoßes der sicherheitstellenden Gesellschaft gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr unwirksam sein könnte.<sup>244</sup> Das Vorstandsmitglied muss bei diesen Entscheidungen zwar Rechtsnormen berücksichtigen. Seine Handlungsmöglichkeiten sind jedoch nicht wie bei rechtlich gebundenen Entscheidungen durch rechtliche Pflichten eingeschränkt. Das Vorstandsmitglied kann (im Rahmen der allgemeinen Pflicht zur Verfolgung

69

<sup>240</sup> Ebenso für Deutschland *Habersack* in FS U. H. Schneider 437; *Strohn*, CCZ 2013, 177 (184); vgl *U. H. Schneider*, DB 2014, 99 (100); *Bayer* in FS K. Schmidt 91 f; allgemein zum Erfordernis einer planwidrigen Lücke *F. Bydlinski*, Methodenlehre<sup>2</sup> 472 ff; aA wohl *Krieger/Sailer-Coceani* in Schmidt/Lutter, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 16.

<sup>241</sup> Auch de lege ferenda wird die Legal Judgment Rule verbreitet abgelehnt. ZB lehnte sie der Deutsche Juristentag mit 29:41 (bei 12 Enthaltungen) ab (Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentags II/1 [2015] N62); siehe ferner zB *Buck-Heeb*, BB 2013, 2247; *Bachmann* in Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages I Kap E 44 f; *Fleischer* in Spindler/Stilz, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 9c und Rz 35.

<sup>242</sup> AA offenbar *Kremer* in Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentags II/1 Kap N 35 f („Kriterien für einen haftungsbefreienden Entschuldigungsgrund decken sich weitgehend mit den Anforderungen der Business Judgment Rule“); womöglich auch *Piepenbrock*, „Defense of Reliance“ 108 f.

<sup>243</sup> *Bachmann*, WM 2015, 105 (108); allgemein zur Legal Due Diligence *Brogyányi* in Althuber/Schopper, Handbuch Unternehmenskauf & Due Diligence<sup>2</sup> 6.

<sup>244</sup> Vgl zu letzterem OGH 25.6.1996, 4 Ob 2078/96h; OGH 24.11.2015, 1 Ob 28/15x; für die Bank handelt es sich um keine rechtliche gebundene Entscheidung, weil sie im Unterschied zur sicherheitstellenden Gesellschaft nicht an das Verbot der Einlagenrückgewähr gebunden ist. Sie ist lediglich insoweit betroffen, als die Sicherheit unwirksam sein kann. Für den Geschäftsleiter der sicherheitstellenden Gesellschaft handelt es sich hingegen um eine rechtlich gebundene Entscheidung (§ 52 AktG; § 82 GmbHG).

des Unternehmenswohls; dazu sogleich Rz 70) frei entscheiden, ob ein neuer Betriebsstandort eröffnet oder ein Kredit vergeben werden soll. Diese Entscheidungen sind daher ohne weiteres unter den Begriff der unternehmerischen Entscheidung gem § 84 Abs 1a AktG zu subsumieren (zu diesen Pkt IV.B.1).<sup>245</sup>

70 Davon zu unterscheiden sind Fälle, in denen eine **rechtlich gebundene Entscheidung zugleich eine unternehmerische Entscheidung** ist. Dies gilt zB für Organisations- und Überwachungspflichten (§ 82 AktG; interne Revision) sowie die Compliance-Verantwortung. Die effektive Organisation und Überwachung der Gesellschaft (und des Unternehmens) zählt zu den Kernaufgaben unternehmerischer Leitungstätigkeit. Dass der Gesetzgeber einzelne dieser Pflichten gesetzlich verankert, ändert nichts an deren unternehmerischen Charakter. Würde jede unternehmerische Entscheidung, die zugleich eine gesetzlich verankerte Pflichtaufgabe ist, aus dem Anwendungsbereich der BJR herausfallen, bliebe für diese nur ein geringer Anwendungsbereich.<sup>246</sup> Das Vorstandsmitglied bewegt sich nämlich stets in einem mehr oder weniger dichten Netz von rechtlichen Bestimmungen, die sein Handeln bestimmen.<sup>247</sup> ZB muss das Vorstandsmitglied auch bei Investitionsentscheidungen – die ganz unstrittig unternehmerisch sind – die Vorgaben des § 70 Abs 1 AktG berücksichtigen. Der Gesetzgeber trägt dem unternehmerischen Einschlag von Organisations- und Überwachungspflichten Rechnung, indem er dem Vorstandsmitglied hinsichtlich der konkreten Umsetzung einen Ermessensspielraum lässt. Er schreibt nur die grundsätzliche Pflicht fest und überlässt es dem Vorstand, wie er diese Pflicht konkret umsetzt. Da die **konkreten Umsetzungsmaßnahmen** unternehmerische Entscheidungen sind, spricht nichts dagegen, die **BJR** auf diese **anzuwenden**.<sup>248</sup> Lediglich wenn ein Vorstandsmitglied seiner Organisations- und Überwachungspflicht überhaupt nicht nachkommt – was praktisch selten vorkommt – kann es sich auch nicht auf die BJR berufen.

71 Dies lässt sich anhand der **Compliance-Verantwortung** veranschaulichen. Darunter versteht man die Pflicht des Vorstandsmitglieds, selbst normkonform zu handeln (Legalitätspflicht) und andererseits auf normkonformes Verhalten anderer in der Gesellschaft zu achten (Compliance-Verantwortung ieS oder Legalitätskontrollpflicht).<sup>249</sup> Hinsichtlich der grundsätzlichen Wahrnehmung der Compliance-Verantwortung besteht kein Ermessensspielraum des Vorstandsmit-

<sup>245</sup> *Bachmann*, WM 2015, 105 (108); *Junker/Biederbick*, AG 2012, 898 (904).

<sup>246</sup> *Hopt/M. Roth* in Großkomm AktG<sup>5</sup> § 93 Rz 75.

<sup>247</sup> *Hopt/M. Roth* in Großkomm AktG<sup>5</sup> § 93 Rz 75.

<sup>248</sup> Vgl *Bachmann*, ZIP 2014, 580 f (Entscheidungsanmerkung); *Hopt/M. Roth* in Großkomm AktG<sup>5</sup> § 93 Rz 76; *Fleischer* in Spindler/Stilz, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 69; *ders*, AG 2003, 291 (298); vgl auch *Bürkle*, BB 2005, 565 (568 f); aA *Habersack* in Lorenz, Karlsruher Forum 17 f („Mit § 93 Abs 1 S. 2 AktG hat freilich auch dies nichts zu tun“); *Holle*, AG 2011, 778; *Krieger/Sailer-Coceani* in Schmidt/Lutter, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 15.

<sup>249</sup> *Schopper* in Kalss/Torgler, Compliance 55; *Paefgen/Napokoj*, RdW 2015, 769 (772); *Paefgen*, AG 2014, 554 (557); *Kretschmer* in Petsche/ea, Compliance Management Systeme 21 ff; *Kalss/Schörghofer* in Lucius/Oppitz/Pachinger, Compliance im Finanzdienstleistungsbereich 9 f; *Kalss* in Bertl/Eberhartinger/ea, Wiener Bilanzrechtstage 96; *Goette*, ZHR 175 (2011), 388 (390 f); *U. H. Schneider*, ZIP 2003, 645 (645); *Merkt*, ZIP 2014, 1705 (1706); *M. Arnold*, ZGR 2014, 76 (77); *Kindler* in FS G. H. Roth 367 und 370; *Fleischer* in Spindler/Stilz, AktG<sup>3</sup> § 81 Rz 47.

glieds. Insoweit handelt sich um eine rechtlich gebundene Entscheidung. Hingegen ist die Durchführung einer konkreten Compliance-Maßnahme eine unternehmerische Entscheidung, für die das Haftungsprivileg der BJR gilt (vgl. *Napokoj* Rz 13/15 ff).<sup>250</sup>

Ein weiteres Beispiel ist die **Pflicht zur Rechnungslegung**. Diese zählt zu den Kardinalpflichten des Vorstands (§ 82 AktG).<sup>251</sup> Die vom Gesetz geforderten Bücher und Aufzeichnungen müssen jedenfalls geführt werden, dh es besteht insoweit kein unternehmerisches Ermessen. Die konkrete Organisation des Rechnungswesens zählt hingegen zu den unternehmerischen Entscheidungen, ebenso zB die Ausübung von Wahlrechten bei der Aufstellung des Jahresabschlusses.<sup>252</sup> Die BJR ist auf diese Entscheidungen anwendbar.<sup>253</sup> 72

Im **Ergebnis** ist der Begriff der **unternehmerischen Entscheidung** in § 84 Abs 1a AktG **weit auszulegen**.<sup>254</sup> Unternehmerische Entscheidungen, bei denen lediglich Rechtsvorschriften zu berücksichtigen sind, ohne dass der Vorstand rechtlich gebunden ist (Rz 69; zB die Chance auf Erteilung verwaltungsrechtlicher Genehmigungen bei Errichtung einer Fabrik), verlieren dadurch nicht ihren unternehmerischen Charakter und fallen unter § 84 Abs 1a AktG (Rz 69). Aber auch Entscheidungen, die zugleich unternehmerisch und rechtlich gebunden sind, können zu den unternehmerischen Entscheidungen nach § 84 Abs 1a AktG zählen (Rz 70). Dazu gehören insbesondere Entscheidungen über die Umsetzung von Überwachungs-, Organisations- und Compliance-Maßnahmen. In einem allfälligen **Organhaftungsprozess** wirkt sich das insoweit aus, als die Heranziehung von Rechtsberatern nicht im Hinblick auf das Vorliegen eines entschuldbaren Rechtsirrtums, sondern eines Handelns auf der Grundlage angemessener Information als Tatbestandsmerkmal der BJR zu beurteilen ist (Rz 35). Entscheidend für eine (Ent-)Haftung des Vorstandsmitglieds ist, ob es bei der Umsetzung von Überwachungs-, Organisations- und Compliance-Maßnahmen auf der Grundlage angemessener Informationen gehandelt hat und die übrigen Voraussetzungen der BJR vorliegen. Das Vorstandsmitglied hat hierbei einen weiten Ermessensspielraum, ob und inwieweit es auf Rechtsberater zurückgreift (Rz 33). 73

<sup>250</sup> *Schopper* in Kalss/Torggler, Compliance 61; *Paefgen/Napokoj*, RdW 2016, 16 (17); *Kort* in FS Hopt I 991; *Schaefer/Baumann*, NJW 2011, 3601 (3601); *Merkt*, DB 2014, 2331 (2331); *Bachmann* in Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages I Kap E 45; *ders.*, WM 2015, 105 (107 f); *Hopt/M. Roth* in Großkomm AktG<sup>5</sup> § 93 Rz 77; wohl auch *Seibt/Cziupka*, DB 2014, 1598.

<sup>251</sup> Die Gesamtverantwortung des Vorstands kann durch eine Ressortverteilung auf ein Vorstandsmitglied übertragen werden, sodass die übrigen Vorstandsmitglieder nur eine abgestufte Verantwortung (Überwachung) trifft; siehe zB *Weilinger*, Die Aufstellung und Feststellung des Jahresabschlusses Rn. 397; *Ch. Nowotny* in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG<sup>2</sup> § 82 Rz 4; *Kalss* in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht Rz 3/354; *Fleischer* in Spindler/Stilz, AktG<sup>3</sup> § 91 Rz 11 ff; *Spindler* in MünchKomm AktG<sup>4</sup> § 91 Rz 7; *Grigoleit/Tomasic* in Grigoleit, AktG § 91 Rz 3; *Koch* in Hüffer/Koch, AktG<sup>12</sup> § 91 Rz 3; *Dauner-Lieb* in Henssler/Strohn, GesR<sup>3</sup> § 91 Rz 3; vgl aber zur Aufstellung des Jahresabschlusses *Kalss* in MünchKomm AktG<sup>4</sup> § 91 Rz 89.

<sup>252</sup> *Kalss/Durstberger*, RWZ 2016, 60 (63 f).

<sup>253</sup> *Kalss/Durstberger*, RWZ 2016, 60 (63 f).

<sup>254</sup> *Hopt/M. Roth* in Großkomm AktG<sup>5</sup> § 93 Rz 76.

### 3. Unklare Rechtslage

- 74 Trotz der weiten Auslegung des Begriffs der unternehmerischen Entscheidung in § 84 Abs 1a AktG (Rz 73) gibt es **rechtlich gebundene Entscheidungen**, die keinesfalls darunter subsumiert werden können (§ 6 ABGB). Die **BJR** ist auf diese Entscheidungen **nicht anwendbar**.
- 75 Zu diesen Entscheidungen zählt zB der **Aufschub einer Ad-Hoc-Meldung** nach Art 17 Abs 4 MAR<sup>255</sup>. Eine AG als Emittentin muss selbst entscheiden, ob die Voraussetzungen für einen Aufschub vorliegen. Beurteilt sie die Rechtslage falsch, liegt ein Verstoß gegen Art 17 MAR vor, der nach § 48e Abs 3 Z 2 BörseG<sup>256</sup> zu hohen Geldbußen für die AG als Emittentin führen kann.<sup>257</sup> Ein weiteres Beispiel ist **Art 101 Abs 3 AEUV**. Seit der Fortentwicklung der Bestimmung zur **Legalausnahme** muss die AG selbst entscheiden, ob eine Vereinbarung **vom Kartellverbot** freigestellt ist.<sup>258</sup> Geht sie unrichtig von einer Freistellung aus, verstößt sie gegen Art 101 Abs 1 AEUV, wobei sie nach dem EuGH regelmäßig nicht einmal das Vertrauen auf den Rat eines erfahrenen Anwalts exkulpiert.<sup>259</sup> Beiden Beispielen ist gemein, dass ein Vorstandsmitglied eine Entscheidung aufgrund unbestimmter Gesetzesbegriffe unter **Unsicherheit** fällen muss und der AG ein hoher Schaden droht, wenn es die Rechtslage falsch einschätzt.
- 76 Neben den in Rz 75 behandelten unbestimmten Rechtsbegriffen kann eine unklare Rechtslage auch daraus resultieren, dass die **Auslegung** von an sich präzise formulierten Bestimmungen noch **nicht abschließend geklärt** ist, insbesondere weil höchstgerichtliche Rechtsprechung und eine klare Positionierung der Lehre fehlt.<sup>260</sup> Dies trifft vor allem auf neue Bestimmungen zu, die in Rsp und Lehre noch wenig erörtert wurden oder über die ein Meinungsstreit besteht. Beispiele

<sup>255</sup> Verordnung (EU) Nr. 596/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. April 2014 über Marktmissbrauch (Marktmissbrauchsverordnung) und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinien 2003/124/EG, 2003/125/EG und 2004/72/EG der Kommission; die Verordnung trat am 3.7.2016 in Kraft; zur alten Rechtslage siehe § 48d Abs 2 BörseG (idF BGBl I 2015/68; geändert durch BGBl I 2016/76).

<sup>256</sup> BGBl I 2016/76; die Bestimmung setzt Art 30 Abs 2 lit j sublit ii MAR um (nach Art 39 Abs 3 MAR gelten die Sanktionsbestimmungen der MAR nicht unmittelbar, sondern müssen in nationales Recht umgesetzt werden; ErläutRV 1186 BlgNR 25. GP 1).

<sup>257</sup> Vgl *Wilfling*, ÖBA 2016, 353 (357 f).

<sup>258</sup> Statt aller *Weiß* in Callies/Ruffert, EUV/AEUV<sup>4</sup> 101 Rz 153 ff.

<sup>259</sup> Vgl EuGH 18.6.2013, C-681/11 – DB Schenker Rz 43; *Reidlinger* in Kert/Kodek, Hdb Wirtschaftsstrafrecht Rz 16.128; dies gilt zumindest dann, wenn sich die Unternehmen nach Ansicht des EuGH „nicht über die Wettbewerbswidrigkeit ihres Verhaltens im Unklaren sein können“ (Rz 39); insoweit zust OGH 31.3.2016, 16 Ok 7/15p; ansonsten vertritt der OGH zumindest im innerstaatlichen Bereich eine differenziertere Ansicht (OGH 5.12.2011, 16 Ok 2/11 [Pkt 9 der Entscheidungsgründe]; OGH 27.6.2013, 16 Ok 2/13); krit zur Entscheidung des EuGH *Dannecker* in FS Fuchs 125 ff; vgl auch *Brugger*, *ecolex* 2010, 1166.

<sup>260</sup> Zum Vertrauendürfen auf eine gefestigte Rechtsansicht vgl OGH 30.4.2012, 9 Ob 58/11m, GesRZ 2012, 308 (*Kalss*) = RWZ 2012, 175 (*Wenger*).



hierfür liefern etwa zahlreiche EU-Richtlinien,<sup>261</sup> die das Bank- und Kapitalmarktrecht betreffen und zum Teil höchst auslegungsbedürftig sind.<sup>262</sup>

Muss ein Vorstandsmitglied eine rechtlich gebundene Entscheidung treffen und enthält die Rechtsvorschrift unbestimmte Rechtsbegriffe (Rz 75) oder ist diese auslegungsbedürftig (Rz 76), scheidet eine analoge Anwendung des § 84 Abs 1a AktG methodisch an der fehlenden planwidrigen Gesetzeslücke (Rz 67). Von einem Vorstandsmitglied kann jedoch nicht verlangt werden, die Rechtsansicht vorausszusehen, der zB die FMA beim Aufschub einer Ad-Hoc-Meldung oder die Bundeswettbewerbsbehörde (bzw Kommission) bei einer Freistellung vom Kartellverbot folgen werden. Unternimmt es alle zumutbaren Schritte, um zu einer vertretbaren Rechtsansicht zu gelangen, handelt es auch dann nicht schuldhaft – und wohl auch nicht sorgfaltswidrig (Pkt IV.C.2) – wenn seine Rechtsansicht später nicht von einem Gericht oder einer Behörde geteilt wird.<sup>263</sup> Es liegt ein **entschuldbarer Rechtsirrtum** des Vorstandsmitglieds vor. Für diese Ansicht spricht zunächst, dass der AG die Vorteile zufallen, wenn sich die vom Vorstandsmitglied vertretene Rechtsansicht durchsetzt. Es ist der AG daher auch eher zumutbar, die Nachteile einer sich nachträglich als „unrichtig“ erweisenden Rechtsansicht zu tragen.<sup>264</sup> Außerdem wird selbst von einem Sachverständigen nach § 1299 ABGB

77

<sup>261</sup> Bzw die nationalen Gesetze, die diese umsetzen.

<sup>262</sup> Siehe in jüngerer Zeit zB die (noch nicht umgesetzte) MiFID II (Richtlinie 2014/65/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014 über Märkte für Finanzinstrumente sowie zur Änderung der Richtlinien 2002/92/EG und 2011/61/EU) oder die CRD IV (Richtlinie 2013/36/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Juni 2013 über den Zugang zur Tätigkeit von Kreditinstituten und die Beaufsichtigung von Kreditinstituten und Wertpapierfirmen, zur Änderung der Richtlinie 2002/87/EG und zur Aufhebung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG).

<sup>263</sup> *Bachmann* in Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages I Kap E 44 f; *Thole*, ZHR 173 (2009), 504 (524 f); *Holle*, AG 2016, 270 (279); vgl *Nauheim/C. Goette*, DStR 2013, 2520 (2521 f); *Buck-Heeb*, BB 2016, 1347 (1355); iZm wettbewerbsrechtlichen Verstößen *Engin-Deniz/Kaindl*, ecoloex 2012, 947 (951); zu weit *Mertens/Cahn* in KölnKomm AktG<sup>3</sup> § 116 Rz 69 („den gleichen Ermessensspielraum beanspruchen können, wie ihn die Business Judgment Rule gewährt“); vgl auch BGH 3.6.2014, XI ZR 147/12, BGHZ 201, 310 = NJW 2014, 2947 = NZG 2014, 1061 (und zwar für das Verhältnis zu Dritten, wo der BGH tendenziell sehr streng ist [dazu FN 264]): „Der Fahrlässigkeitsvorwurf entfällt aber nicht erst dann, wenn eine dem Schuldner ungünstige Entscheidung der Rechtsfrage undenkbar ist; dies würde eine Entschuldigung praktisch immer ausschließen (...). Ein unverschuldeter Rechtsirrtum ist vielmehr in Fällen anzunehmen, in denen die Rechtslage besonders zweifelhaft und schwierig ist und sich eine einheitliche Rechtsprechung noch nicht gebildet hat (...). Das kann sogar dann gelten, wenn der Schuldner bereits in zwei Tatsacheninstanzen unterlegen war“.

<sup>264</sup> Vgl *Buck-Heeb*, BB 2013, 2247 (2253 f); *Holle*, AG 2016, 270 (278 f); *Wagner*, BB 2012, 651 (653); *Fleischer*, ZIP 2009, 1397 (1405); zum Wohnungseigentumsverwalter BGH 21.12.1995, V ZB 4/94, NJW 1996, 1216 (1218): „Die strengen Voraussetzungen, die die Rechtsprechung an die Entschuldbarkeit eines Rechtsirrtums des Schuldners gestellt hat, gehen auf die Überlegung zurück, daß derjenige schuldhaft handelt, der seine Interessen trotz zweifelhafter Rechtslage auf Kosten fremder Rechte wahrnimmt [...]. So liegen die Dinge beim Rechtsirrtum des Verwalters über die Zustimmungspflicht nicht. Die Entscheidung über die Zustimmung trifft er nicht im eigenen Interesse, er nimmt vielmehr die Interessen Dritter wahr, deren Geschäft er besorgt. [...] Ihm steht vielmehr bei Rechtszweifeln über das Vorliegen eines wichtigen Grundes ein Beurteilungsspielraum offen. Hat er sein Urteil, die rechtlich-

wie einem Rechtsanwalt nur gefordert, von einer vertretbaren Rechtsansicht auszugehen.<sup>265</sup> Er haftet seinem Mandanten gegenüber nicht, wenn sich seine Rechtsansicht zwar nicht durchgesetzt hat, aber diese aus einer ex ante Perspektive vertretbar war. Es wäre wertungswidersprüchlich, wenn eine vertretbare Rechtsansicht bei einem Sachverständigen der geforderten Sorgfalt genügen würde, während ein Vorstandsmitglied die nachteiligen Folgen einer zwar vertretbaren, aber aus Sicht ex post unrichtigen Rechtsansicht tragen müsste.<sup>266</sup> Die Anforderungen an ein Vorstandsmitglied dürfen wertungsmäßig jedenfalls nicht höher sein als jene an einen Vertreter eines rechtsberatenden Berufes. Deshalb kann sich ein Vorstandsmitglied, wenn es in diesem Fall überhaupt sorgfaltswidrig gehandelt haben sollte (Pkt IV.C.2),<sup>267</sup> jedenfalls auf einen entschuldbaren Rechtsirrtum berufen. Konkret muss sich ein Vorstandsmitglied bemühen, die Rechtslage zu ermitteln. Ist ihm dies mangels eigener juristischer (Fach-)Kenntnisse nicht möglich, muss es **fachlichen Rat einholen**. Insoweit kann auf Pkt C.3 verwiesen werden. Zur empfehlenswerten Dokumentation der Beiziehung eines Rechtsberaters im Hinblick auf einen allfälligen Organhaftungsprozess siehe Pkt E.

- 78 Sind **mehrere Rechtsansichten** vertretbar, ist das Vorstandsmitglied nicht gezwungen, den „vorsichtigsten“ Weg zu gehen.<sup>268</sup> Dies wäre auch nicht stets im Interesse der AG. ZB wäre bei geringen Zweifeln über das Vorliegen der Voraussetzungen für den Aufschub einer Ad-Hoc-Meldung der vorsichtige Weg, diese zu veröffentlichen, obwohl dies zu großen Nachteilen für die AG führen könnte.

*chen Voraussetzungen der beantragten Zustimmung seien nicht erfüllt, mit Sorgfalt gebildet, kann ihm nicht angelastet werden, wenn er gleichwohl irrt und aus diesem Grunde die Zustimmung verweigert.“; die tiefere Begründung liegt in der Maxime beidseitiger Rechtfertigung im Privatrecht (grundlegend F. Bydlinski in FS Koziol 1355). Unterliegt ein Schuldner eines Austauschrechtsverhältnisses einem entschuldbaren Rechtsirrtum, trifft den Nachteil dessen Gläubiger, weshalb der BGH hier sehr streng ist (stRsp, zB BGH 29.6.2010, XI ZR 308/09, NJW 2010, 2339; Ernst in MüKoBGB<sup>7</sup> § 286 Rz 115 mwN; Engert in GS Unberath 91; vgl auch BGH 21.3.2005, II ZR 149/03, NZG 2005, 476, wo Rechtsgutachten von vier Professoren nicht ausreichten, weil eine Anfrage bei dem zuständigen Bundesaufsichtsam für das Kreditwesen erforderlich gewesen wäre). Bei einem Interessewahrungsverhältnis (Auftrag; Organverhältnis) ist es hingegen wertungsmäßig nicht gerechtfertigt, dass der Interessewahrer solch ein hohes Risiko des Verkennens der Rechtslage tragen soll. Ein weiterer Gesichtspunkt ist, dass das Vorstandsmitglied übermäßig vorsichtig agieren wird, wenn es nur die Nachteile trifft (Haftung), während die Vorteile der AG zufallen (vgl Engert in GS Unberath 110).*

<sup>265</sup> P. Bydlinski in KBB, ABGB<sup>4</sup> § 2 Rz 4; Kodek in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 2 Rz 18; Kehler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang ABGB<sup>3</sup> § 2 Rz 9 und Rz 13; Völkl/Völkl, Beraterhaftung<sup>2</sup> Rz 7/22 und Rz 7/25; vgl RIS-Justiz RS0049951 (die Entscheidungen betreffen allerdings größtenteils Amtshaftungsansprüche).

<sup>266</sup> Vgl Spindler in FS Canaris II 420: „So wird an den Vorstand gewiss nicht die hohe Messlatte gelegt werden können, die für rechtsberatende Berufe gilt“.

<sup>267</sup> Wilsing in Krieger/Schneider, Handbuch Managerhaftung<sup>2</sup> § 27 Rz 28.

<sup>268</sup> Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern 184; Habersack in FS U. H. Schneider 436; Thole, ZHR 173 (2009), 504 (524 f); Bayer in FS K. Schmidt 92 f; Mertens/Cahn in KölnKomm AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 75; Wilsing in Krieger/Schneider, Handbuch Managerhaftung<sup>2</sup> § 27 Rz 28; im Ergebnis auch Krieger/Sailer-Coceani in Schmidt/Lutter, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 16 (Anwendung der BJR); Hopt in FS W-H Roth 230; missverständlich U. H. Schneider, DB 2014, 99 (100); aA Müller, DB 2014, 1301; Brugger, NZ 2016, 413 (421).

Die **Vertretbarkeit einer Rechtsansicht** kann nur im Einzelfall ermittelt werden.<sup>269</sup> Fehlt hRsp und hL und helfen auch die Gesetzesmaterialien nicht weiter, ist idR jede Ansicht vertretbar, die methodisch sorgfältig begründet wird.<sup>270</sup> Hingegen ist nicht jede Ansicht alleine deshalb bereits vertretbar, weil sie bereits irgendwo einmal in der Literatur verfochten wurde.<sup>271</sup> Bei der Subsumption eines Sachverhalts unter eine Rechtsnorm mit unbestimmten Gesetzesbegriffen (zB Art 17 Abs 4 MAR) sind vergleichbare Entscheidungen zuständiger Behörden (zB FMA) und Gerichte zu berücksichtigen.<sup>272</sup> Häufig kann ein Vorstandsmitglied mangels eigener juristischer (Fach-)Kenntnisse nicht selbst beurteilen, ob die von einem Rechtsberater vorgeschlagene Rechtsansicht vertretbar ist. Es darf auf den herangezogenen Rechtsberater vertrauen und muss dessen Rechtsansicht lediglich einer Plausibilitätsprüfung unterziehen (dazu Rz 59).

Hinzuweisen ist darauf, dass ein Rechtsirrtum nur dann entschuldbar ist, wenn das Vorstandsmitglied sich bemüht hat, die Rechtslage zu ermitteln. Landet es einen „**Zufallstreffer**“, weil die von ihm ohne Ermittlung der Rechtslage getroffene Entscheidung durch eine zwar vertretbare, aber aus Sicht ex post unrichtige Rechtsansicht begründet werden kann,<sup>273</sup> ist ihm der Rechtsirrtum vorwerfbar, weil es nicht die gehörige Aufmerksamkeit aufgewendet hat, den Rechtsirrtum zu vermeiden (Rz 39 f).<sup>274</sup>

#### 4. Handeln entgegen gefestigter Rechtsansicht

Handelt ein Vorstandsmitglied unter Vertrauen auf einen Rechtsrat bewusst entgegen einer gefestigten Rechtsansicht, liegt kein entschuldbarer Rechtsirrtum vor. Dennoch handelt ein Vorstandsmitglied **nicht per se schuldhaft** (und sorgfaltswidrig), wenn versucht wird, eine gefestigte Rechtsansicht aufzubrechen. Wäre dem nicht so, könnte eine einmal etablierte Rechtsansicht praktisch nicht mehr von einer AG bekämpft werden, obwohl zB unionsrechtliche Bedenken dagegen bestehen.<sup>275</sup> Dieses Argument rechtfertigt es, als Vorstandsmitglied abweichend von der grundsätzlich bestehenden Legalitätspflicht (Rz 37) ausnahmsweise einen Rechtsbruch zu riskieren. Dogmatisch weist der Fall Parallelen zu einem Rechtsanwalt auf, der im Interesse seines Mandanten eine etablierte Rechtsansicht

<sup>269</sup> *Kodek* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 2 Rz 22; *Schauer* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1,02</sup> § 2 Rz 8.

<sup>270</sup> *Kehrer* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang ABGB<sup>3</sup> § 2 Rz 13; *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung<sup>2</sup> Rz 7/22; *Kodek* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 2 Rz 22.

<sup>271</sup> *Kodek* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 2 Rz 22; OGH 30.8.2016, 6 Ob 198/15h.

<sup>272</sup> Dies gilt insbesondere für Rechtsgebiete wie das Lauterkeitsrecht, die stark kasuistisch geprägt sind.

<sup>273</sup> Steht die Entscheidung mit der aus Sicht ex post richtigen Rechtsansicht ohnehin in Einklang, liegt überhaupt kein Rechtsverstoß vor.

<sup>274</sup> Vgl auch VwGH 22.2.2006, 2005/17/0195: „Die bloße Argumentation mit einer – allenfalls sogar plausiblen – Rechtsauffassung allein vermag ein Verschulden am objektiv unterlaufenen Rechtsirrtum nicht auszuschließen. Es bedarf bei der Einhaltung der einem am Wirtschaftsleben Teilnehmenden obliegenden Sorgfaltspflicht vielmehr einer Objektivierung durch geeignete Erkundigungen.“

<sup>275</sup> *Spindler* in FS Canaris II 422 f.

bekämpft.<sup>276</sup> Ein Vorstandsmitglied ist zur Wahrung der Interessen der AG verpflichtet und bekämpft die gefestigte Rechtsansicht im Interesse der AG. Handelt das Vorstandsmitglied dabei sorgfältig (dazu sogleich Rz 82), muss die AG die daraus resultierenden Schäden tragen (§ 1014 ABGB) und hat keinen Schadenersatzanspruch nach § 84 AktG gegen das Vorstandsmitglied.

- 82 Die **Anforderungen** an die Sorgfalt eines Vorstandsmitglieds, das gegen eine gefestigte Rechtsansicht vorgehen will, **sind hoch**. Es muss abwägen, ob sein Handeln dem Wohl der AG (§ 70 Abs 1 AktG) dient. Dabei hat es insbesondere die ökonomischen Chancen und Risiken für die AG zu berücksichtigen. Eine sorgfältige Abwägung ist nur möglich, wenn die Rechtslage genau ermittelt wird, wozu praktisch immer Rechtsberater herangezogen werden müssen. Hinsichtlich der Anforderungen an die Heranziehung eines Rechtsberaters kann auf Pkt C.3 verwiesen werden.

### E. Dokumentation der Beiziehung von Sachverständigen als Mittel der Haftungsprävention

- 83 Sowohl bei rechtlich gebundenen Entscheidungen als auch bei unternehmerischen Entscheidungen steht das Vorstandsmitglied in einem Organhaftungsprozess vor einer **ungünstigen Beweislastverteilung**. Nach **§ 84 Abs 2 Satz 2 AktG** können sich Vorstandsmitglieder von der Schadenersatzpflicht nur durch den Gegenbeweis befreien, dass sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewendet haben.<sup>277</sup> Ein gewichtiger Teil der Lehre und Rsp schränkt die Beweislastumkehr allerdings insoweit ein, als die Gesellschaft Tatsachen behaupten und beweisen muss, aus denen ein Schluss auf die Pflichtwidrigkeit des Vorstandsmitglieds gezogen werden kann und diesen zumindest wahrscheinlich machen.<sup>278</sup> Kann die Gesellschaft diesen Beweis erbringen, muss das Vorstandsmitglied beweisen, dass es nicht pflichtwidrig oder nicht schuldhaft gehandelt hat. Jedenfalls muss ein Vorstandsmitglied, das sich auf einen entschuld-

<sup>276</sup> Voraussetzung ist, dass der Mandant ausdrücklich darauf hingewiesen wird (was auf das Verhältnis AG und Vorstand nicht übertragbar ist, weil ja der Vorstand für die AG handelt); vgl *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung<sup>2</sup> Rz 7/26 und Rz 7/22.

<sup>277</sup> Die Beweislastumkehr bezieht sich nicht nur auf das Verschulden, sondern auch auf die Pflichtwidrigkeit bzw Rechtswidrigkeit (OGH 16.3.2007, 6 Ob 34/07d; *Böhler* in FS Krejci 513; *Krejci* in FS P. Doralt 358; offenlassend noch OGH 26.2.2002, 1 Ob 144/01k; aA *Schima* in FS W. Jud 598 f, womöglich auch OGH 21.12.2010, 8 Ob 6/10f). Andernfalls hätte sie keine praktische Bedeutung, weil aufgrund des für das Vorstandsmitglied geltenden objektiven Sorgfaltsmaßstabs (§ 84 Abs 1 AktG) Pflichtwidrigkeit und Verschulden in aller Regel zusammenfallen und die Gesellschaft keinen Vorteil aus der Beweislastumkehr hätte, wenn sie die Pflichtwidrigkeit beweisen müsste (OGH 26.2.2002, 1 Ob 144/01k; OGH 16.3.2007, 6 Ob 34/07d; *Told*, wbl 2012, 181 [182 f]; vgl auch *Schopper/Walch*, GES 2012, 215 [218]).

<sup>278</sup> OGH 24.6.1998, 3 Ob 34/97i; OGH 22.10.2003, 3 Ob 287/02f; *Böhler* in FS Krejci 521; *Krejci* in FS P. Doralt 358; *Told*, wbl 2012, 181; *Lehner*, eolex 2014, 153; vgl auch *Feltl/Told* in Gruber/Harrer, GmbHG § 25 Rz 212; *Reich-Rohrwig* in Straube/Ratka/Rauter, GmbHG § 25 Rz 204; aA OGH 21.12.2010, 8 Ob 6/10f (Gesellschaft muss die objektive Sorgfaltpflichtverletzung, nicht aber ein Verschulden beweisen); wiederum aA OGH 16.3.2007, 6 Ob 34/07d (Beweislastumkehr gilt uneingeschränkt für Rechtswidrigkeit und Verschulden).

baren Rechtsirrtum beruft (Rz 39 f), beweisen, dass es alle Sorgfaltsanforderungen hinsichtlich der Einholung eines Rechtsrats erfüllt hat.<sup>279</sup> Auch für das Vorliegen der Voraussetzungen der **BJR** (dazu Pkt IV.B.3.a) – insbesondere das Handeln auf der Grundlage angemessener Information – ist das in Anspruch genommene Vorstandsmitglied beweispflichtig.<sup>280</sup> Aufgrund dieser Beweislastverteilung empfiehlt es sich für Vorstandsmitglieder, ihr **Handeln** – soweit praktikabel – **zu dokumentieren**.<sup>281</sup> Bei der mündlichen Heranziehung eines Sachverständigen sind zB Gesprächsnotizen hilfreich.<sup>282</sup> Ganz besonders bei einem Handeln entgegen einer gefestigten Rechtsansicht (Rz 81) ist es zu empfehlen, die einzelnen Schritte zu dokumentieren, um in einem allfälligen Organhaftungsprozess zu beweisen, dass es die in Rz 82 genannten Anforderungen erfüllt hat.<sup>283</sup>

<sup>279</sup> OGH 30.8.2016, 6 Ob 198/15h (Pkt 4.5.3); *Kodek* in Rummel/Lukas, ABGB<sup>4</sup> § 2 Rz 14; *Kehrer* in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang ABGB<sup>3</sup> § 2 Rz 12; BGH 28.4.2015, II ZR 63/14, NZG 2015, 792; vorsichtig *Schauer* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.02</sup> § 2 Rz 7.

<sup>280</sup> *Karollus*, VR 2015, 23 (27); *Schopper/Walch* in Zib/Dellinger, UGB § 114 Rz 148 (in Druck); *Hödl* in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 33/28; OLG Düsseldorf 15.1.2015, I-6 U 48/14, ZIP 2016, 171; *Fleischer* in MünchKomm GmbHG<sup>2</sup> § 43 Rz 90; aA hinsichtlich des Vorliegens eines Interessenkonflikts *Schima*, GesRZ 2015, 286 (291).

<sup>281</sup> *Decker*, GmbHR 2014, 72 (73); (zur Plausibilitätsprüfung) *Buck-Heeb*, BB 2016, 1347 (1352 und 1355); vgl (zur BJR) *Karollus*, VR 2015, 23 (27); *Nauheim/C. Goette*, DSfR 2013, 2520 (2525); *Gottschalk/Weng*, GWR 2013, 243 (246) (hinsichtlich Sachverhaltsdarstellung); allgemein *Feltl/Told* in Gruber/Harrer, GmbHG § 25 Rz 103; vgl auch (iZm In-sich-Geschäften) OGH 26.4.1990, 8 Ob 563/89.

<sup>282</sup> *Kalss* in Kalss/Kunz, Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 23/34; vgl auch *Decker*, GmbHR 2014, 72 (77) mit dem für die Praxis wenig hilfreichen Hinweis, dass auch bei eilbedürftigen Fragen eine schriftliche Anfrage gestellt werden sollte.

<sup>283</sup> *Fleischer*, NZG 2010, 121 (124); *ders*, ZIP 2009, 1397 (1403); *ders*, DB 2015, 1764 (1768); *ders* in Spindler/Stilz, AktG<sup>3</sup> § 93 Rz 35d; *Peters*, AG 2010, 811 (816); *Selter*, Die Beratung des Aufsichtsrats Rz 958.



**Susanne Kals, Stephan Frotz, Paul Schörghofer (Hg.)**

## **Handbuch für den Vorstand**

facultas 2017, 1.514 Seiten, Leinen mit Schutzumschlag

ISBN 978-3-7089-1364-3

EUR 240,- (A) / EUR 234,- (D) / sFr 234,-