



DISSERTATION

Titel der Dissertation

Haftungsrisiken für Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft

Mag. iur. Hemma Parsché

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2010

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuer: Univ.-Prof. DDr. Rainer van Husen, Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
aaO	am angeführten Ort
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
ABl	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs	Absatz
aF	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AHGB	Allgemeines Handelsgesetzbuch
AktG	Aktiengesetz
AngG	Angestelltengesetz
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt
AÖF	Amtsblatt der österreichischen Finanzverwaltung
AR	Aufsichtsrat
ARaktuell	Aufsichtsrat aktuell
Arb	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz
ARD	ARD-Betriebsdienst
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
ATS	Österreichischer Schilling
AZ	Aktenzeichen
AZG	Arbeitszeitgesetz
BB	Der Betriebsberater
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAO	Bundesabgabenordnung
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BlgNR	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BMF	Bundesministerium für Finanzen
BörseG	Börsegesetz
BWG	Bankwesengesetz
bzw	beziehungsweise
CESR	Committee of European Securities Regulators

dAktG	deutsches Aktiengesetz
dh	das heißt
DHG	Dienstnehmerhaftpflichtgesetz
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
ECV	Emittenten-Compliance-Verordnung
EG	Europäische Gemeinschaft
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
etc	et cetera
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in Österreichische Juristen-Zeitung
EVHGB	handelsrechtliche Einführungsverordnung
F	Fall
f	und der, die folgende
ff	und der, die folgenden
FinStrG	Finanzstrafgesetz
FJ	Finanzjournal
FMA	Finanzmarktaufsicht
FMAG	Finanzmarktaufsichtsgesetz
FS	Festschrift
GBU	GmbH-Bulletin
gem	gemäß
GeS	Zeitschrift für Gesellschafts- und Steuerrecht
GesRÄG	Gesellschaftsrecht-Änderungsgesetz
GesRZ	Der Gesellschafter
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz über Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GMG	Gebrauchsmustergesetz
GP	Gesetzgebungsperiode
HalbleiterschutzG	Halbleiterschutzgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
HS	Handelsrechtliche Entscheidungen
HV	Hauptversammlung

IAS	International Accounting Standards
idF	in der Fassung
idH	in der Höhe
idR	in der Regel
IESG	Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz
IFRS	International Financial Reporting Standards
IKS	internes Kontrollsystem
immolex	Neues Miet- und Wohnrecht
IPO	Initial Public Offering
IRÄG	Insolvenzrechtsänderungsgesetz
iSd	im Sinn des,- der
iSv	im Sinn von
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinn
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
JB1	Juristische Blätter
KMG	Kapitalmarktgesetz
KO	Konkursordnung
LG	Landesgericht
lit	litera
LMSVG	Lebensmittelsicherheits- und Verbraucherschutzgesetz
MarkSchG	Markenschutzgesetz
mE	meines Erachtens
Mio	Million
MTF	Multilaterales Handelssystem
MuSchG	Musterschutzgesetz
mwN	mit weiteren Nachweisen
nF	neue Fassung
NJW	(deutsche) neue juristische Wochenzeitschrift
Nov	Novelle
Nr	Nummer
NZ	Österreichische Notaiats-Zeitung
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv
OGH	Oberster Gerichtshof

ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
ÖStZ	Österreichische Steuer-Zeitung
ÖStZB	Die finanzrechtlichen Erkenntnisse des VwGH und des VfGH
PatG	Patentgesetz
persaldo	Zeitschrift für Wirtschaftstreuhänder
PHG	Produkthaftungsgesetz
PKG	Pensionskassengesetz
PKW	Personenkraftwagen
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RGBI	Reichsgesetzblatt
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
RL	Richtlinie der EU
RMS	Risikomanagementsystem
Rsp	Rechtsprechung
RWZ	Österreichische Zeitschrift für Rechnungswesen
Rz	Randziffer
RZ	Österreichische Richterzeitung
S	Satz
SFR	Schweizer Franken
SpaltG	Spaltungsgesetz
SSt	Entscheidungen des OGH in Strafsachen und Disziplinarangelegenheiten
StGB	Strafgesetzbuch
stRsp	ständige Rechtsprechung
StVO	Straßenverkehrsordnung
SV-Slg	Sozialversicherungsrechtliche Entscheidungen
SWK	Österreichische Steuer- und Wirtschaftskartei
SZ	Entscheidungen des OGH in Zivil- (und Justizverwaltungs-)sachen
u	und
ua	unter anderem
uÄ	und Ähnliche(s)

ÜbG	Übernahmegesetz
UFS	Unabhängiger Finanzsenat
UGB	Unternehmensgesetzbuch
URÄG	Unternehmensrechts-Änderungsgesetz
URG	Unternehmensreorganisationsgesetz
UrhG	Urheberrechtsgesetz
uU	unter Umständen
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VbVG	Verbandsverantwortlichkeitsgesetz
Vgl	vergleiche
VO	Verordnung
VR	Die Versicherungsrundschau, Fachzeitschrift für Sozial- und Vertragsversicherung
VStG	Verwaltungsstrafgesetz
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
VwSlg	Erkenntnisse und Beschlüsse des VwGH
WAG	Wertpapieraufsichtsgesetz
wbl	wirtschaftsrechtliche blätter, Zeitschrift für österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht
WeinG	Weingesetz
Z	Ziffer
ZASB	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht, Judikaturbeilage
zB	zum Beispiel
ZFR	Zeitschrift für Finanzmarktrecht
ZfVB	Die administrativ rechtlichen Entscheidungen des VwGH und die verwaltungsrechtlich relevanten Entscheidungen des VfGH
ZIK	Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz
ZIP	(deutsche) Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZUV	UVS aktuell
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht

Inhaltsübersicht

I.	Der Vorstand.....	4
II.	Verhaltensmaßstäbe für Vorstandsmitglieder	18
A.	Verwaltungsstrafrechtliche Verhaltensmaßstäbe.....	18
B.	Kriminalstrafrechtliche Verhaltensmaßstäbe.....	30
C.	Insolvenzrechtliche Verhaltensmaßstäbe.....	48
D.	Gesellschaftsrechtliche Verhaltensmaßstäbe	56
III.	Haftung bei Verstößen gegen Verhaltensmaßstäbe.....	106
A.	Das Haftungssystem im AktG	106
B.	Verwaltungsstrafrechtliche Haftung gegenüber den Behörden	131
C.	Insolvenzrechtliche Haftung	134
D.	Haftungsrechtliche Folgen einer strafgerichtlichen Verurteilung.....	136
E.	Sonstiges	139
IV.	Begrenzung des Haftungsrisikos – Entfall, Vermeidung und Haftungsabdeckung durch Versicherung.....	145
A.	Gesetzlicher Haftungsentfall.....	145
B.	Vertraglicher Haftungsentfall	157
C.	Haftungsvermeidungsstrategien.....	158
D.	Haftungsabdeckung durch D&O-Versicherung.....	161
V.	Sonderfall Börse- und Kapitalmarktrecht.....	164
A.	Überblick über die Börse und Kapitalmarkt-Platzierungen.....	165
B.	Kapitalmarkt und Kapitalmarktrecht	167
C.	Kapitalmarktrechtliche Informationspflichten.....	168
D.	Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder.....	181
E.	Sonstiges	189

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis

Einleitung.....	1
I. Der Vorstand.....	4
1. Historisches	4
2. Bestellung und Anstellung	6
a) Bestellung	7
b) Anstellung	7
3. Fachliche Qualifikationen	8
4. Geschäftsführung und Vertretung	9
a) Vertretung.....	9
b) Geschäftsführung.....	10
5. Die Eigenverantwortlichkeit des Vorstandes	11
6. Innere Ordnung und Zusammensetzung	11
a) Der Mehrgliedrige Vorstand	12
b) Interne Willensbildung.....	13
c) Geschäftsverteilung	14
Zusammenfassung	16
II. Verhaltensmaßstäbe für Vorstandsmitglieder	18
A. Verwaltungsstrafrechtliche Verhaltensmaßstäbe	18
1. Verantwortlichkeit im Verwaltungsstrafrecht - § 9 VStG	19
a) Verantwortungsübertragung auf andere natürliche Personen - § 9 Abs 2 VStG	21
b) Der mehrgliedrige Vorstand	23
2. Pflichten nach der BAO	25
3. Pflichten nach dem ASVG	26
4. Sanktionen	27
5. Zwischenbereich FinStrG.....	28
B. Kriminalstrafrechtliche Verhaltensmaßstäbe	30
1. (Wirtschafts)Strafrecht	30

2.	Allgemeine Grundsätze	31
3.	Veruntreuung - § 133 StGB	34
4.	Untreue - § 153 StGB	35
5.	Geschenkannahme durch Machthaber - § 153 lit a StGB	38
6.	Betrug - §§ 146ff StGB	39
7.	Betrügerische Krida § 156 StGB	40
a)	Sonstige Gläubigerschutzdelikte	42
8.	Die Strafbestimmung des § 255 AktG	42
9.	Sonstiges	45
10.	Grundstruktur der Verbandsverantwortlichkeit	46
11.	Sanktionen	47
C.	Insolvenzrechtliche Verhaltensmaßstäbe	48
1.	Konkursantragspflicht - § 69 KO	49
a)	Zahlungsunfähigkeit	49
b)	Überschuldung	50
2.	Grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen - § 159 StGB	50
3.	Verlustanzeigespflicht - § 83 AktG	54
4.	Das URG	55
5.	Sanktionen	55
D.	Gesellschaftsrechtliche Verhaltensmaßstäbe	56
1.	Leitung der Gesellschaft - § 70 AktG	56
a)	Die Zielvorgaben des § 70 AktG	59
2.	Einhaltung von Rechtsnormen, Satzung und bindenden Organbeschlüssen	60
3.	Treuepflicht	61
4.	Überwachung und Organisation	64
a)	Delegation	66
b)	Systeme der Unternehmensüberwachung und Unternehmenssteuerung	67
(1)	Compliance-System	68
(2)	Internes Kontrollsystem	70

(3)	Risikomanagementsystem	70
(4)	Interne Revision	73
5.	Im AktG besonders geregelte Pflichten des Gesamtvorstandes	73
a)	Berichts- und Informationspflichten gegenüber dem AR - § 81 AktG	73
b)	Rechnungswesen - § 82 AktG	77
c)	Sonstiges	79
6.	Im AktG besonders geregelte Pflichten der Vorstandsmitglieder	79
a)	Wettbewerbsverbot - § 79 AktG	79
b)	Verschwiegenheitspflicht - § 84 Abs 1 S 2 AktG	80
c)	Sorgfaltspflicht - § 84 Abs 1 S 1 AktG	82
(1)	Sorgfaltspflicht als Pflichtenquelle	82
(2)	Sorgfaltspflicht als Sorgfaltsmaßstab	83
d)	Kapitalerhaltungspflichten - § 84 Abs 3 AktG	85
e)	Sonstiges	88
7.	Das unternehmerische Ermessen	88
a)	Die Business Judgment Rule	88
b)	Der haftungsfreie unternehmerische Ermessensspielraum	90
8.	Besondere Verhaltensmaßstäbe beim mehrgliedrigen Vorstand	93
a)	Geschäftsverteilung	93
b)	Beschlussmäßig getroffenen Entscheidungen	95
(1)	Das überstimmte Vorstandsmitglied	96
(2)	Abwesenheit oder Stimmenthaltung	98
9.	Sanktionen	98
a)	Abberufung	99
b)	Verweigerung der Entlastung	100
	Zusammenfassung	100
III.	Haftung bei Verstößen gegen Verhaltensmaßstäbe	106
A.	Das Haftungssystem im AktG	106
1.	Organinnenhaftung als Regelfall - § 84 AktG	107
a)	Zivilrechtliche Haftungsvoraussetzungen	108
(1)	Schaden	108
(2)	Kausalität und Adäquanz	110

(3)	Rechtswidrigkeit.....	110
(4)	Verschulden.....	111
b)	Beweislastverteilung.....	112
c)	Ausdrücklich genannte Haftungsfälle - § 84 Abs 3 AktG	113
2.	Organaußenhaftung als Ausnahmefall	114
a)	Zivilrechtliche Haftungsvoraussetzungen – Besonderheiten	114
b)	Haftung wegen Schutzgesetzverletzung - § 1311 ABGB.....	116
c)	Absichtlich sittenwidrige Schädigung und Rechtsmissbrauch - § 1295 Abs 2 ABGB	118
d)	Verletzung eines gesetzlichen Sonderverhältnisses	119
e)	Haftung für fehlerhafte Vertretungshandlungen	120
f)	Haftung gegenüber Gesellschaftsgläubigern - § 84 Abs 5 AktG	121
g)	Haftung gegenüber Aktionären	122
3.	Weitere aktienrechtliche Haftungsgrundlagen	123
a)	Haftung zwecks Erlangung gesellschaftsfremder Vorteile - § 100f AktG	123
b)	Haftung bei Verletzung des Wettbewerbsverbots - § 79 Abs 2 AktG.....	124
c)	Haftung bei Verschmelzung - § 227 AktG	125
d)	Haftung im Gründungsstadium - § 41 AktG.....	125
4.	Haftung aus dem Anstellungsverhältnis.....	125
5.	Haftung beim mehrgliedrigen Vorstand.....	126
a)	Gesamtverantwortung.....	126
b)	Geschäftsverteilung	127
c)	Beschlussmäßig getroffene Entscheidungen	129
(1)	Das überstimmte Vorstandsmitglied	129
(2)	Abwesenheit oder Stimmenthaltung	130
B.	Verwaltungsstrafrechtliche Haftung gegenüber den Behörden	131
1.	Haftung für Abgabenverbindlichkeiten - § 9 BAO	131
2.	Haftung für vorsätzlich begangene Finanzvergehen - § 11 BAO	133
3.	Haftung für Sozialversicherungsbeiträge - § 67 Abs 10 ASVG	133
C.	Insolvenzrechtliche Haftung	134
1.	Haftung nach dem URG - § 22 URG	136
D.	Haftungsrechtliche Folgen einer strafgerichtlichen Verurteilung.....	136
E.	Sonstiges	139

1.	Haftung bei Verletzung der Deckungsvorsorgepflicht nach dem PHG	139
2.	Haftung bei Verletzung des Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechts	140
3.	Haftung bei Verletzung von Umweltvorschriften	141
	Zusammenfassung	142
IV.	Begrenzung des Haftungsrisikos – Entfall, Vermeidung und Haftungsabdeckung durch Versicherung	145
A.	Gesetzlicher Haftungsentfall	145
1.	Verjährung	145
2.	Verzicht und Vergleich	146
3.	Entlastung	148
a)	Rechtsprechung	148
b)	Lehre	149
4.	Beschluss der HV	152
a)	Unwirksame, anfechtbare und nichtige Beschlüsse der HV	153
b)	Entfall der Haftung	154
5.	Haftungsbeschränkung durch das DHG	156
B.	Vertraglicher Haftungsentfall	157
C.	Haftungsvermeidungsstrategien	158
1.	Rechtzeitiger Rücktritt	158
2.	Dokumentation, Überwachung und Organisation	159
3.	Sonstiges	161
D.	Haftungsabdeckung durch D&O-Versicherung	161
	Zusammenfassung	162
V.	Sonderfall Börse- und Kapitalmarktrecht	164
A.	Überblick über die Börse und Kapitalmarkt-Platzierungen	165
B.	Kapitalmarkt und Kapitalmarktrecht	167
C.	Kapitalmarktrechtliche Informationspflichten	168
1.	Informationspflichten am Primärmarkt	169
a)	Prospektpflicht	170

2.	Informationspflichten am Sekundärmarkt.....	172
a)	Regelpublizität	172
b)	Ad-hoc-Publizität	174
c)	Beteiligungspublizität	178
d)	Publizität für eigene Aktien	179
e)	Übernahmerechtliche Offenlegungspflichten	180
f)	Directors' Dealings Meldungen	181
D.	Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder.....	181
1.	Kriminalstraft- und Verwaltungsstrafrechtliche Sanktionen bei Verstößen am Primärmarkt.....	183
2.	Haftung bei Verstößen am Primärmarkt	184
3.	Kriminalstraft- und Verwaltungsstrafrechtliche Sanktionen bei Verstößen am Sekundärmarkt.....	185
4.	Haftung bei Verstößen am Sekundärmarkt	186
a)	Besonderheiten in Bezug auf die Regelpublizität	187
b)	Besonderheiten in Bezug auf die ad-hoc-Publizität.....	188
E.	Sonstiges	189
	Zusammenfassung	191
	Ergebnis	193
	Literaturverzeichnis	I
	Judikaturverzeichnis	VII
	Internetquellen	XI
	Anhang	XIII

Einleitung

Gerade in wirtschaftlich turbulenten Zeiten haben Haftungsthemen Hochkonjunktur. Gerät ein Unternehmen in Schieflage wird naturgemäß nach einem Verantwortlichen gesucht. Der Vorstand als obligatorisches Leitungsorgan der Aktiengesellschaft übt faktisch die Funktion des Unternehmers aus und lenkt unter eigener Verantwortung die Geschicke der Gesellschaft. Bei Fehlentwicklungen des Unternehmens wird daher in erster Linie der Vorstand mit Vorwürfen der Misswirtschaft in Zusammenhang mit seiner Unternehmensleitung konfrontiert. Überdies darf nicht übersehen werden, dass die Unternehmensleitung neben dem bereits kurz erwähnten Haftungsrisiko, welches sich in Schadenersatzzahlungen erstreckt, außerdem insbesondere verwaltungsstrafrechtliche und kriminalstrafrechtliche Risiken in sich birgt.

Ziel der vorgelegten Arbeit ist es, das Haftungssystem in der Aktiengesellschaft mit Blick auf den Vorstand, bzw genauer gesagt mit Blick auf die Vorstandsmitglieder darzustellen. Dabei wird zwar dem „wichtigsten“ Haftungstatbestand dieses Haftungssystems, nämlich § 84 AktG, besondere Beachtung geschenkt, allerdings wird die Auseinandersetzung mit der Haftungsproblematik nicht alleine auf § 84 AktG beschränkt. Vielmehr soll ein Überblick darüber gegeben werden, welche Haftungsrisiken - gemeint auch im Sinne von Haftungsgrundlagen - sich für Vorstandsmitglieder bei der Unternehmensleitung einer Aktiengesellschaft, auch außerhalb des AktG, ergeben können. Eine vollständige Nennung von denkmöglichen Anspruchsgrundlagen oder die Abhandlung spezieller Einzelfälle wird im Rahmen dieser Arbeit aufgrund des Umfangs der in Frage stehenden Materie nicht verfolgt, jedoch soll überblicksmäßig aufgezeigt werden, wie umfassend das aus der Vorstandstätigkeit resultierende Haftungspotential ist. Damit zusammenhängend sollen darüber hinaus die Grundsätze der Verantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern im Verwaltungsstrafrecht und Kriminalstrafrecht sowie die dort drohenden Risiken bzw Sanktionen zusätzlich zu einer persönlichen Haftung Erörterung finden. Dasselbe gilt für Sanktionen des Insolvenz- und Gesellschaftsrechts.

Zu einer persönlichen Haftung eines Vorstandsmitgliedes kann es überhaupt nur dann kommen, wenn eine Pflichtverletzung eines Vorstandsmitgliedes vorliegt. Dementsprechend werden nach einigen allgemeinen Bemerkungen zum Organ Vorstand, Verhaltensmaßstäbe

erarbeitet, bei deren Verletzung eine Haftung schlagend werden kann. Branchenübergreifende Verhaltensmaßstäbe ergeben sich zunächst aus dem Verwaltungsstrafrecht und dem Kriminalstrafrecht. Ein besonderes Risiko der persönlichen Inanspruchnahme besteht für Vorstandsmitglieder bei der Insolvenz des Unternehmens, weshalb es ebenfalls zu einer Veranschaulichung der insolvenzrechtlichen Verhaltensmaßstäbe kommt. Danach werden die gesellschaftsrechtlichen Verhaltensmaßstäbe ausführlicher behandelt. Im Anschluss folgen Ausführungen zu den zivilrechtlichen Haftungsvoraussetzungen und den Haftungsgrundlagen, welche vornehmlich bei Verletzung der zuvor diskutierten Verhaltensmaßstäbe, zu einer schadenersatzrechtlichen Inanspruchnahme der Vorstandsmitglieder führen können. Ein Aspekt, der bei der Beurteilung des Haftungsrisikos nicht ausgelassen werden kann, ist ferner jener einer möglichen Haftungsbegrenzung; dieser wird daher gesondert in einem eigenen Kapitel thematisiert.

Im österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht kann allgemein hin zwischen kapitalmarktoffenen und kapitalmarktfernen Gesellschaften unterschieden werden¹. Damit gemeint ist meistens die Differenzierung zwischen AG, als kapitalmarktoffene Gesellschaft, und GmbH, als kapitalmarktferne Gesellschaft. In den vergangenen zehn bis fünfzehn Jahren kam es auf normativer Ebene insofern zu einem Wandel, als sich innerhalb der Rechtsform „Aktiengesellschaft“ ein eigenständiger Typus entwickelte, nämlich jener der „Börsenaktiengesellschaft“². Als wichtiger Sonderfall, welcher nur die Vorstandsmitglieder einer börsennotierten Aktiengesellschaft betrifft, umfasst der letzte Teil dieser Arbeit daher eine eingehende Abfassung von im Börse- und Kapitalmarktrecht fußenden Informationspflichten sowie der Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder bei Regelverstößen.

Es sei bereits jetzt darauf hingewiesen, dass das Ausmaß der „Vorstandspflichten“ und damit einhergehend die Haftung des einzelnen Vorstandsmitgliedes entscheidend davon abhängt, ob ein Einpersonenvorstand oder ein mehrgliederiger Vorstand, bestehend aus mehreren Vorstandsmitgliedern, im Unternehmen eingerichtet ist. Da dem mehrgliedrigen Vorstand in der Praxis weitaus größere Relevanz zukommt, soll in der vorgelegten Arbeit,

¹ Kalss/Schauer, Die Reform des österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, Gutachten im Rahmen der Verhandlungen des sechzehnten österreichischen Juristentages Graz (2006) 66.

² Kalss/Schauer, Reform 60.

sowohl was den Aufbau als auch den Inhalt betrifft, versucht werden diesem Praxisfall gerecht zu werden.

I. Der Vorstand

Nach der Definition des § 1 AktG ist die Aktiengesellschaft eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, deren Gesellschafter mit Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital beteiligt sind, ohne persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften. Die AG ist somit die ideale Gesellschaftsform für Publikumsgesellschaften mit hohem Kapitalbedarf und offenem Gesellschafterkreis³. Die AG besitzt iSd § 1 AktG eigene Rechtspersönlichkeit und ist daher Träger von Rechten und Pflichten, welche sie aufgrund ihrer Eigenschaft als juristische Person nicht durch ihr eigenes Handeln begründen kann. Sie handelt daher durch ihre Organe. Nach dem derzeit geltenden AktG bestehen in der AG vier obligatorische Organe, nämlich der Vorstand §§ 70 – 85 AktG, der AR §§ 86 – 99 AktG, die HV §§ 102 – 124 AktG und der Abschlussprüfer §§ 268 – 276 UGB. Die genannten Organe sind organisatorisch und funktionell getrennt voneinander, wobei die interne Organisation und Zuständigkeit der Gesellschaftsorgane vom Gesetz genau vorgegeben ist und nicht abgeändert werden darf⁴. Der Vorstand ist das obligatorische Leitungsorgan der AG und stellt aufgrund seiner ihm zwingend zugeteilten an Rang und Bedeutung jene der anderen Organe übertreffenden Zuständigkeiten, das Organ mit den wichtigsten Zuständigkeiten dar⁵. Er übt die Funktion des Unternehmers aus und leitet gem § 70 AktG die Gesellschaft eigenverantwortlich, dh weisungsfrei und unabhängig⁶.

1. Historisches

Die eben angesprochene Definition der AG befand sich bereits wortgleich unter der Überschrift „Wesen der Aktiengesellschaft“ in der Stammfassung des AktG 1937⁷. Anders verhielt es sich mit den Organisationsvorschriften innerhalb der AG. Nach geltendem Recht obliegt dem Vorstand einer AG ganz grundlegend die eigenverantwortliche, weisungsfreie Leitung der Gesellschaft. Die übrigen Organe sind von der Geschäftsleitung prinzipiell ausgeschlossen und auch der AR ist vordergründig als Kontrollorgan für die Geschäftsleitung

³ Pichler/Weninger, Der Vorstand der AG (2004) 1.

⁴ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/245; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, Kommentar zum Aktiengesetz (2003) vor § 70 Rz 2; Strasser in Jabornegg/Strasser, Kommentar zum Aktiengesetz II⁵ (2010) Vor Vierter Teil Rz 2.

⁵ Thiele, Vorstand einer Aktiengesellschaft, ecolex 2001/20.

⁶ Pichler/Weninger, Vorstand 1f.

⁷ AktG RGBI I 1937, 107.

eingerrichtet. Davon unterschied sich das von 1863 bis 1938 bzw 1939 in Kraft gestandene AHGB⁸ erheblich. Das AHGB sah die HV und den Vorstand als zwingende Organe vor, die Einrichtung eines ARs war fakultativ⁹. Zwar war auch in den zwingend zweigliedrig organisierten Gesellschaften des AHGB der Vorstand das geschäftsführende und vertretungsbefugte Organ, jedoch war er gegenüber dem obersten Organ, der HV, welche insbesondere dem Vorstand die Geschäftsführungskompetenz zu ihren Gunsten entziehen konnte, weisungsgebunden¹⁰. Sollte dennoch ein AR eingerichtet werden, so konnten diesem ebenfalls Geschäftsführungsaufgaben zugewiesen werden¹¹. Was die Haftung der Vorstandsmitglieder betrifft, so sah Art 241 AHGB eine Haftung gegenüber der Gesellschaft für den Fall vor, dass sie die im Innenverhältnis auferlegten Grenzen ihrer Befugnisse überschreiten oder den in Gesetz bzw Gesellschaftsvertrag geregelten Vorschriften zuwiderhandeln¹². Eine persönliche Haftung des Vorstandsmitgliedes gegenüber Dritten bestand dann, wenn Dividenden, Zinsen oder andere Zahlungen geleistet wurden, obwohl die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft zumindest bekannt sein hätte müssen¹³.

Während das deutsche Aktienrecht 1870, 1884 und 1897 novelliert wurde, blieb das österreichische Aktienrecht, abgesehen von zwei minimalen Änderungen in den Jahren 1873 und 1921 sowie der Veröffentlichung eines Aktienregulatives aus 1899, bis zur Übernahme des deutschen Aktiengesetzes im Jahr 1938 unverändert¹⁴. Zwar kam es auch in Österreich zu eigenen Aktienrechtentwürfen aus den Jahren 1869, 1874, 1882 und 1900, jedoch traten dies niemals in Kraft. In diesen Aktienrechtentwürfen war dann bereits die zwingend dreigliedrig organisierte AG bestehend aus einem Geschäftsführungsorgan, einem Kontrollorgan und der HV vorgesehen¹⁵. Die Haftung sollte insofern verschärft werden, als nunmehr auch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder aufgenommen wurde¹⁶. Auch nach 1900 gingen die Reformdiskussionen des Gesellschaftsrechts weiter. In seinem Vortrag am 26.2.1904 vor der Wiener juristischen Gesellschaft „Die neueren Entwicklungen in Verfassung und dem Recht der Aktiengesellschaft“ machte *Franz Klein* im Zuge einer

⁸ AHGB RGBI 1863/1.

⁹ Kalss/Burger/Eckert, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts (2003) 502.

¹⁰ Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 99f.

¹¹ Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 101.

¹² Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 100.

¹³ Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 100.

¹⁴ Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 88, 245; damit war Österreich Deutschland einen Schritt voraus, da in Deutschland mit der Novelle 1870 zwar ebenfalls ein obligatorischer AR eingeführt wurde, diesem jedoch nachwievor Geschäftsführungsbefugnisse eingeräumt werden konnten.

¹⁵ Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 169.

¹⁶ Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 176.

Auseinandersetzung mit dem deutschen Aktienrecht als einer der ersten auf die bedeutende Stellung und den Einfluss des Vorstandes, vor allem bei großen Unternehmen mit zahlreichen Aktionären, aufmerksam¹⁷. Er erkannte, dass der Vorstand bei einer breiten Aktionärsstreuung längst nicht mehr, so wie vom Gesetzgeber vorgesehen, reines ausführendes Organ der HV war.

Nach dem Erlass einer Notverordnung im Jahr 1931 wurde als im März 1938 die deutschen Truppen in Österreich einmarschierten, das deutsche AktG 1937 inhaltsgleich auch in Österreich in Kraft gesetzt, zunächst galt es nur für neu zu gründende AGs, ab 1939 fand es auf alle bereits bestehende Gesellschaften Anwendung und wurde 1945 auch in der zweiten Republik provisorisch übernommen¹⁸. Das AktG 1937 legte nun in § 70 AktG fest, dass der Vorstand die Gesellschaft „unter eigener Verantwortung“ zu leiten habe und etablierte damit ein weisungsungebundenes Geschäftsführungsorgan¹⁹. Der AR war funktionell und organisatorisch vom Vorstand getrennt und hatte die Aufgabe die Vorstandstätigkeiten zu überwachen²⁰. Neu war auch die noch heute gültige und beinahe unveränderte Fassung des § 84 AktG 1937 betreffend die Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder wonach diese „bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ anzuwenden haben²¹. Das heute geltende AktG 1965²² ist abgesehen von wenigen österreichischen Besonderheiten und Anpassungen an den österreichischen Sprachgebrauch mit dem AktG 1937 weitgehend ident²³.

2. Bestellung und Anstellung

§ 75 AktG regelt die Bestellung, Abberufung und (sinngemäß) das Anstellungsverhältnis der Vorstandsmitglieder. Im Hinblick auf die Rechtsstellung eines Vorstandsmitgliedes ist zwischen seiner körperschaftsrechtlichen Bestellung und seiner aus diesem Anlass mittels Vertrag begründeten schuldrechtlichen Anstellung zu unterscheiden²⁴.

¹⁷ Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 209, 212.

¹⁸ Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 328f.

¹⁹ Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 317, 632.

²⁰ Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 633.

²¹ Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 318, 653.

²² AktG BGBl 1965/98 zuletzt geändert durch BGBl I 2009/71.

²³ Kalss/Burger/Eckert, Entwicklung 655.

²⁴ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 75 Rz 1.

Das Vorstandsmitglied steht daher in einer „doppelten Rechtsbeziehung“²⁵ zur Aktiengesellschaft. Als Konsequenz dieser Trennung können beide ein von einander unabhängiges rechtliches Schicksal haben; so kann zB ein Vorstandsmitglied abberufen werden, der Anstellungsvertrag jedoch noch aufrecht sein²⁶. Dementsprechend können sich aufgrund des Anstellungsvertrages und des organschaftlichen Verhältnisses zur Gesellschaft auch unterschiedliche Haftungsgrundlagen ergeben.

a) Bestellung

Für das Entstehen der Organstellung des Vorstandsmitgliedes ist lediglich die Bestellung notwendig und auch ausreichend²⁷. Wie sich aus § 75 Abs 2 AktG ergibt, können nur voll geschäftsfähige²⁸, natürliche Personen, die gem § 90 AktG außerdem nicht Mitglied des ARs sind bestellt werden. Bestellungsbeschlüsse, die entgegen diesen Vorgaben gefasst werden sind unwirksam²⁹. Die aus der Bestellung resultierenden organschaftlichen Pflichten des Vorstandes und seiner Mitglieder ergeben sich unmittelbar aus dem Gesetz.

Nach § 75 Abs 1 AktG sind die Vorstandsmitglieder zwingend und ausschließlich³⁰ mittels Beschluss des AR auf maximal fünf Jahre zu bestellen. Eine Wiederbestellung ist möglich. Die Bestellung (und Abberufung) wird gem § 110 Abs 3 S 4 ArbVG im AR mit doppelter Mehrheit beschlossen und erfolgt im ARplenum. Die Bestellung muss ausdrücklich oder schlüssig durch Beginn der Tätigkeit angenommen werden³¹.

b) Anstellung

Von der Bestellung zu unterscheiden ist die Anstellung, welche nach § 75 letzter S AktG durch Anstellungsvertrag entsteht. Aus rechtlicher Sicht handelt es sich dabei um ein Dauerschuldverhältnis dessen wesentlicher Inhalt die weisungsfreie Geschäftsbesorgung und

²⁵ Runggaldier/Schima, Manager-Dienstverträge³ (2006) 33.

²⁶ Pichler/Weninger, Vorstand 30.

²⁷ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 75 Rz 1; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/278.

²⁸ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 75 Rz 6, 10.

²⁹ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 75 Rz 6, 10; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/248.

³⁰ Einzige Ausnahme ist die Bestellung eines Notvorstandes durch das Gericht gem § 76 AktG.

³¹ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/263; so ähnlich Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 75 Rz 5.

weisungsfreie Dienstleistung gegen Entgelt ist. Deshalb wird insbesondere bei hauptberuflicher Tätigkeit des Vorstandsmitgliedes der Vertrag als freier Dienstvertrag qualifiziert³². Aus der Qualifikation als freier Dienstvertrag folgt, dass die Vorschriften des AngG, AZG, IESG und vor allem auch des DHG nicht anwendbar sind³³.

Für den Abschluss des Vertrages bestehen keine Formvorschriften, allerdings ergibt sich aus § 75 Abs 1 letzter S AktG, dass der Anstellungsvertrag ebenfalls auf maximal fünf Jahre befristet sein muss und ebenfalls verlängert werden kann. Der Abschluss des Anstellungsvertrages fällt in die ausschließliche Kompetenz des AR. Inhaltlich kommt es meist zu einer Wiederholung der sich bereits aufgrund der Bestellung aus dem AktG ergebenden Rechte und Pflichten sowie zu spezifischen Vertragsvereinbarungen im Rahmen zwingender gesetzlicher Vorschriften und der guten Sitten³⁴. Zu diesen spezifischen Vertragsvereinbarungen zählen üblicherweise Entgeltregelungen, Konkurrenzklauseln, Arbeitszeit, Arbeitsort, Vertragsdauer, Bestimmungen betreffend die Beendigung und Ähnliches, wobei die sich zwingend aufgrund der Bestellung aus dem AktG ergebenden Rechte und Pflichten des Vorstandsmitgliedes nicht abänderbar sind³⁵. Wenn es nicht ausdrücklich vereinbart wurde endet der freie Dienstvertrag nicht automatisch mit der Abberufung sondern durch Zeitablauf, einvernehmliche Auflösung, Tod des Arbeitnehmers oder durch vorzeitige Auflösung aus wichtigem Grund³⁶.

3. Fachliche Qualifikationen

Auffallend ist, dass im AktG jegliche Bestimmung über Eignungserfordernisse oder fachliche Qualifikationen der Vorstandsmitglieder als Voraussetzung für eine Bestellung fehlt. Diese können jedoch durch die Satzung festgelegt werden³⁷ und lassen sich darüber hinaus aus der den Vorstandsmitgliedern auferlegten Sorgfaltspflicht ableiten³⁸. Daraus folgt, dass sich die fachlichen Qualifikationsanforderungen eines Vorstandsmitgliedes nach

³² Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 75 Rz 63; Kalss in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/278.

³³ Kalss in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/280.

³⁴ Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 75 Rz 69.

³⁵ Pichler/Weninger, Vorstand 50ff; Ginthör/Brodey, Der AG- / SE- Vorstand (2008) 62ff; Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 75 Rz 1; Kalss in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/285.

³⁶ Kalss in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/300.

³⁷ Nowotny in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 75 Rz 3; Kalss in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/251.

³⁸ Kalss in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/252.

Branche, Größe und Ausrichtung der Gesellschaft sowie auch aus der Marktsituation etc ergeben³⁹. Für bestimmte Branchen sieht das Gesetz in Nebengesetzen die persönliche und fachliche Eignung zur Vorstandstätigkeit explizit vor – so etwa für Vorstandsmitglieder eines Kreditinstitutes, einer Versicherung, Pensionskasse oder Kapitalanlagegesellschaft⁴⁰. Bei Bestellung eines fachlich nicht geeigneten Vorstandsmitgliedes haftet das Vorstandsmitglied selbst wegen Übernahmeverschulden und zwar auch dann, wenn ihm seine mangelnde Qualifikation nicht bekannt war⁴¹.

4. Geschäftsführung und Vertretung

Dem Vorstand obliegt gem § 70 AktG die Leitung der Gesellschaft unter eigener Verantwortung. Die Leitung der Gesellschaft umfasst die Geschäftsführung im Innenverhältnis, sowie die gerichtliche und außergerichtliche Vertretung im Außenverhältnis iSd § 71 Abs 1 AktG.

a) Vertretung

Nach § 71 Abs 1 AktG wird die Gesellschaft durch den Vorstand gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Aus rechtlicher Sicht handelt es sich bei der Vertretung der Gesellschaft durch den Vorstand um eine im Aktienrecht zwingend vorgesehene organschaftliche Stellvertretung, bei welcher der Vorstand die Gesellschaft vertritt um Rechte und Pflichten gegenüber Dritten zu erwerben⁴². Der Vorstand wird durch das AktG mit einem Vertretungsmonopol ausgestattet, welches nur durch das Gesetz selbst durchbrochen werden kann⁴³. In einer anderen Weise als dies vom Gesetz vorgesehen ist kann eine organschaftliche Vertretung nicht verändert oder beschränkt werden⁴⁴. Das Gesetz sieht nur in ganz wenigen Angelegenheiten eine derartige Durchbrechung vor. So räumt das AktG zB dem AR in den § 97 AktG (Vertretung der Gesellschaft durch AR bei Insichgeschäften mit Vorstandsmitgliedern oder bei Rechtsstreitigkeiten mit diesen) und § 197 Abs 2 u 3 AktG

³⁹ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/252; vgl Kapitel II.D.6.c).

⁴⁰ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/253.

⁴¹ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 75 Rz 10f; Pichler/Weninger, Vorstand 30; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/254.

⁴² Nowotny, in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 71 Rz 6; Fritz, Der GmbH-Geschäftsführer und andere Leitungsfunktionen von Kapitalgesellschaften (2008) 59.

⁴³ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 71-74 Rz 1; Nowotny, in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 71 Rz 3; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/378.

⁴⁴ Ablehnung der ultra-vires-Lehre Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/378; 3/323.

(Anfechtungsklage) Vertretungsbefugnisse ein. § 74 Abs 1 AktG legt fest, dass durch die HV (im Wege der Satzung oder mittels Beschluss) und durch den AR Innenbeschränkungen für den Umfang der Vertretungsbefugnis festgelegt werden können. Beschränkungen des Innenverhältnisses sind beispielsweise der in der Satzung festgelegte Gesellschaftszweck und im Prinzip auch eine Geschäftsverteilung⁴⁵. Der Gesellschaft gegenüber ist der Vorstand verpflichtet derartige Beschränkungen einzuhalten. Dritten gegenüber sind entgegen diesen Beschränkungen getätigte Vertretungshandlungen gem § 74 Abs 2 AktG voll wirksam, jedoch macht sich der Vorstand gegenüber der Gesellschaft dadurch schadenersatzpflichtig⁴⁶. Auch entgegen dem Gesellschaftszweck getätigte Vertretungshandlungen sind voll wirksam – Ablehnung der ultra vires Lehre im österreichischen Recht⁴⁷.

b) Geschäftsführung

Die Geschäftsführung betrifft die gesamte leitende Tätigkeit des Vorstandes im internen Bereich der Gesellschaft und umfasst typischerweise zB die Berichterstattungspflichten an den AR, die Erteilung von Weisungen an das Personal sowie alle Aktivitäten im Bereich der Unternehmensführung kurz gesagt also die innere Organisation und alle geschäftlichen Aktivitäten⁴⁸. Beschränkungen der Geschäftsführung im Innenverhältnis werden vom Gesetz selbst vorgegeben und sind auch im Rahmen der Satzung möglich⁴⁹. Eine Beschränkung stellt beispielsweise die gesetzlich vorgesehene Einbindung anderer Organe bei der Entscheidungsfindung des Vorstandes dar. Eine wesentliche Einschränkung beinhaltet § 95 Abs 5 AktG, welcher die Vornahme der dort taxativ aufgezählten Geschäftsarten von der Zustimmung des ARs abhängig macht; darüber hinaus können die Satzung oder der AR für weitere bestimmte Arten von Geschäften eine derartige Zustimmung vorsehen. Ausnahmsweise kann die HV außerdem gem § 103 Abs 2 AktG über Fragen der Geschäftsführung entscheiden wenn dies vom Vorstand oder vom AR betreffend einer der in § 95 Abs 5 AktG erwähnten Geschäftsarten verlangt wird. Weitere Beschränkungen finden sich in § 237 AktG, wonach eine Übertragung des gesamten Gesellschaftsvermögens einer AG nur aufgrund eines Beschlusses der HV zulässig ist sowie

⁴⁵ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 71-74 Rz 59, 61.

⁴⁶ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 71-74 Rz 71ff; Pichler/Weninger, Vorstand 77.

⁴⁷ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 71-74 Rz 59; Nowotny, in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 74 Rz 1.

⁴⁸ Pichler/Weninger, Vorstand 70; Fritz, GmbH-Geschäftsführer 59.

⁴⁹ Nowotny, in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 74 Rz 2.

in den §§ 89 – 109 und 111f ArbVG durch die Mitwirkung der Arbeitnehmerschaft in personellen, sozialen und wirtschaftlichen Angelegenheiten⁵⁰.

5. Die Eigenverantwortlichkeit des Vorstandes

Der Vorstand leitet die Gesellschaft unter „eigener Verantwortung“ was insbesondere bedeutet, dass er von den anderen Organen sowie auch von der Konzernleitung oder dem einzigen Aktionär einer Einmanngesellschaft unabhängig und weisungsfrei ist⁵¹. Weisungen an den Vorstand sind nichtig, nimmt der Vorstand deren Rechtsverbindlichkeit an, so liegt darin eine Sorgfaltspflichtverletzung⁵². Unter Beachtung der in § 70 Abs 1 AktG aufgestellten Zielvorgaben, also insbesondere des Wohls des Unternehmens, „kann“ der Vorstand allerdings eine Weisung befolgen⁵³. Ausfluss dieser eigenverantwortlichen Leitungsbefugnis ist es auch, dass insbesondere die Straftatbestände der Untreue, der betrügerischen Krida oder der grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen innerhalb der AG im Wesentlichen die Vorstandsmitglieder betreffen⁵⁴.

6. Innere Ordnung und Zusammensetzung

Der Vorstand einer AG kann gem § 70 Abs 2 AktG aus ein oder mehreren Vorstandsmitgliedern bestehen. Einpersonenvorstände sind demnach zulässig, jedoch sehr selten⁵⁵. Dem mehrgliedrigen Vorstand kommt in der Praxis größere Relevanz zu. Isd § 17 Z 5 AktG muss die Satzung die Zahl der Vorstandsmitglieder bestimmen. In der Satzung selbst muss prinzipiell keine bestimmte Zahl festgelegt werden, es genügt wenn eine Höchstzahl an Vorstandsmitgliedern bestimmt wird⁵⁶. In manchen Sondergesetzen wird hingegen auch eine Mindestanzahl an Vorstandsmitgliedern vorgeschrieben, so zB in § 5 Abs 1 Z 12 BWG, § 9 Z

⁵⁰ Pichler/Weninger, Vorstand 79; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 70 Rz 14.

⁵¹ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 70 Rz 10; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 70 Rz 6.

⁵² Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 70 Rz 10; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 70 Rz 8.

⁵³ Pichler/Weninger, Vorstand 70.

⁵⁴ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 70 Rz 10.

⁵⁵ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/246.

⁵⁶ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 17 Rz 25 üblich sind Formulierungen wie „der Vorstand besteht aus ein bis drei Mitgliedern“ oder „der Vorstand setzt sich aus zwei bis vier Personen zusammen; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/246.

14 PKG oder § 4 Abs 6 Z 4 VAG wonach mindestens zwei Vorstandsmitglieder bestellt werden müssen⁵⁷.

§ 75 Abs 3 AktG räumt dem AR die Möglichkeit ein, im Falle eines mehrgliedrigen Vorstandes, eines der Mitglieder zum Vorstandsvorsitzenden zu ernennen, wovon der AR üblicherweise auch Gebrauch macht. Wird ein Vorstandsvorsitzender bestellt, so gibt dessen Stimme bei Stimmengleichheit nach § 70 Abs 2 AktG den Ausschlag, wenn durch die Satzung nichts anderes bestimmt ist. Davon zu unterscheiden ist die Ernennung eines Vorstandsmitgliedes zum Generaldirektor oder Sprecher des Vorstandes durch den AR. Diese Funktionen sind zwar zulässig, von Gesetzes wegen allerdings nicht vorgesehen, weshalb an diese Positionen auch keine wie immer gearteten besonderen Pflichten oder Rechte, insbesondere kein Diriminierungsrecht iSd § 70 Abs 2 AktG, geknüpft werden⁵⁸. Soweit in der Satzung nichts anderes bestimmt ist, fällt es in den Aufgabenbereich des Vorstandsvorsitzenden, die Vorstandssitzungen vorzubereiten, einzuberufen, zu leiten sowie für die Dokumentation der Sitzungen und der Durchführung der gefassten Beschlüsse zu sorgen⁵⁹.

a) Der Mehrgliedrige Vorstand

Sowohl in Bezug auf die Geschäftsführung als auch in Bezug auf die Vertretung ergeben sich beim mehrgliedrigen Vorstand besondere Problemstellungen. Für die **Vertretung** nach außen enthält § 71 Abs 2 u 3 AktG entsprechende Regelungen. Demnach besteht prinzipiell Gesamtvertretung; die Vorstandsmitglieder sind zur Abgabe von Willenserklärungen und zur Zeichnung für die Gesellschaft nur gemeinschaftlich befugt (aktive Vertretung). Zur Annahme von Willenserklärungen für die Gesellschaft ist die Abgabe gegenüber einem Vorstandsmitglied ausreichend (passive Vertretung). Nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 71 Abs 2 AktG ist die gesetzliche Anordnung der aktiven Gesamtvertretung jedoch dispositiv. Die Satzung kann etwas anderes bestimmen oder den AR dazu ermächtigen. Daneben kann auch der Vorstand selbst einzelne Vorstandsmitglieder zur Vornahme bestimmter Geschäfte oder bestimmter Arten von Geschäften ermächtigen. Geregelt werden kann Einzelvertretungsbefugnis, Vertretungsbefugnis gemeinsam mit einem

⁵⁷ Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 70 Rz 18.

⁵⁸ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 70 Rz 50; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/351.

⁵⁹ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 70 Rz 54; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG vor § 70 Rz 27; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/352.

oder mehreren Vorstandskollegen sowie Vertretung gemeinsam mit einem oder mehreren Prokuristen.

Hinsichtlich der **Geschäftsführung** schweigt das Gesetz ob Gesamtgeschäftsführung oder Einzelgeschäftsführung gelten soll. Die hM⁶⁰ geht davon aus, dass ebenfalls prinzipiell Gesamtgeschäftsführung - alle Vorstandsmitglieder sind gleichberechtigt zur Geschäftsführung berufen, führen also die Geschäfte gemeinsam - gilt, soweit sich nichts Gegenteiliges aus dem AktG ergibt oder von der Gesellschaft innerhalb des gesetzlichen Rahmens durch eine Geschäftsverteilung nicht etwas anderes verfügt wurde.

b) Interne Willensbildung

Ist ein mehrgliedriger Vorstand eingerichtet, so handelt es sich verfahrenstechnisch gesehen bei der Wahrnehmung der Geschäftsleitung um Beschlüsse des Gesamtvorstandes über eine Geschäftsführungsmaßnahme⁶¹. Wie diese interne Willensbildung auszusehen hat und vor allem mit welcher Mehrheit der Beschluss allgemein hin zustande kommt, wird vom Gesetz nicht explizit geregelt. Sofern die Satzung oder das Gesetz nichts anderes bestimmen, entscheidet der Vorstand mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen; dies folgt aus § 70 Abs 2 AktG, wonach die Stimme des Vorstandsvorsitzenden bei Beschlussfassungen den Ausschlag gibt⁶².

Es besteht absolute Formfreiheit und zwar sowohl für das Zustandekommen des Beschlusses als auch für den Beschluss als Ganzes⁶³. Ein bestimmtes Anwesenheitsquorum muss nicht vorhanden sein, weder Gleichzeitigkeit der Stimmabgabe noch Anwesenheit am Ort der Beschlussfassung ist Voraussetzung für das Zustandekommen eines Beschlusses, ferner kann die Stimmabgabe mündlich oder schriftlich erfolgen⁶⁴. Für das Zustandekommen eines gültigen Beschlusses genügt es, wenn das einzelne Vorstandsmitglied die Möglichkeit

⁶⁰ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 70 Rz 31; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/339; Kalss in Goette/Habersack, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz II³ (2008) § 77 Rz 72 Die Geschäftsführung obliegt dem Gesamtvorstand als Kollegium, was bedeutet, dass das Gesetz von Gesamtgeschäftsführung ausgeht; Duursma/Duursma-Kepplinger/M.Roth, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007) Rz 3925.

⁶¹ Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG vor § 70 Rz 20.

⁶² Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 70 Rz 48; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/340; Duursma/Duursma-Kepplinger/M.Roth, Handbuch Rz 3925; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG vor § 70 Rz 21.

⁶³ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 70 Rz 45.

⁶⁴ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 70 Rz 46.

hatte seine Stimme abzugeben⁶⁵. Regelmäßige Sitzungen des Vorstandes sind gesetzlich nicht vorgesehen. Sofern ausreichende Zuverlässigkeit der Mitwirkungsmöglichkeit gegeben ist, kann die Stimmabgabe eines Vorstandsmitgliedes daher beispielsweise auch telefonisch erfolgen, insbesondere per Videokonferenz oder aber auch per E-Mail, Telefax oder fernschriftliche auf sonstige Art und Weise⁶⁶.

Ist ein Vorstandsvorsitzender bestellt und herrscht Stimmengleichheit, so ist seine Stimme nach dem in § 70 Abs 2 S 2 AktG verankerten, dispositivem Diriminierungsrecht entscheidend. Da sich diese Verfahrensvorschriften überwiegend aus dem Schweigen des Gesetzes ableiten, haben sie durchaus dispositiven Charakter. Die Satzung, der AR oder auch der Vorstand selbst können in vielen, jedoch nicht alle Punkten, anderes vorsehen⁶⁷. Geregelt werden kann insbesondere ein besonderes Anwesenheitsquorum, bestimmte Teilnahmequorum, Formvorschriften in Bezug auf die Stimmabgabe und die Beschlussfassung an sich, die Möglichkeit einer Stimmübertragung, Folgen einer Stimmenthaltung, Regelungen in Bezug auf das Diriminierungsrecht sowie größere Mehrheitserfordernisse oder Einstimmigkeit⁶⁸. Die Festlegung eines absoluten Vetos eines Vorstandsmitgliedes ist nicht erlaubt⁶⁹. Ob ein derartiges absolutes Veto, also, dass die Stimme des Vorstandsvorsitzenden bei Meinungsverschiedenheiten im Vorstand auch den Ausschlag gibt wenn nicht Stimmengleichheit vorliegt, für den Vorstandsvorsitzenden vorgesehen werden kann ist umstritten⁷⁰.

c) Geschäftsverteilung

Der vom Gesetz vorgesehene Regelfall der Gesamtgeschäftsführung und Gesamtvertretung entspricht nur sehr selten der Praxis⁷¹. Stattdessen kann auch vorgesehen werden, dass jedes Vorstandsmitglied alleine (Einzelgeschäftsführung und Einzelvertretung)

⁶⁵ Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 45ff; Kalss in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/340.

⁶⁶ Nowotny in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG vor § 70 Rz 22; Kort in *Hopt/Wiedemann*, Großkommentar zum Aktiengesetz III⁴ (2008) § 77 Rz 9; Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 47.

⁶⁷ Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 49; Nowotny in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG vor § 70 Rz 21f.

⁶⁸ Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 49.

⁶⁹ Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 51ff.

⁷⁰ Ablehnend Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 51ff; befürwortend Kalss in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/353.

⁷¹ Kort in *Hopt/Wiedemann*, Großkomm III⁴ § 93 Rz 53.

oder gemeinsam mit einem anderen Vorstandsmitglied oder einem Prokuristen die Geschäfte führen und zur Vertretung befugt sein soll⁷². Obwohl im Gesetz nicht ausdrücklich verankert ist es unumstritten, dass eine Aufteilung der Geschäftsführungsaufgaben durch eine Geschäftsverteilung, insbesondere in bestimmte Ressorts (Ressortverteilung), möglich und erlaubt ist. In der Praxis ist es bei größeren Vorständen üblich, für die Bereiche Finanzen, Verkauf/ Einkauf, Personalwesen sowie bei Bedarf auch mehrere technische Ressorts einzurichten⁷³. Im Zweifel ist davon auszugehen, dass eine Geschäftsverteilungsregelung auch die Vertretungsbefugnis im Außenverhältnis mit umfasst⁷⁴.

Die Anordnung einer Ressortverteilung kann durch die Satzung, den AR oder den Vorstand selbst erfolgen⁷⁵. Sofern die Satzung keine Regelung enthält kann auch durch den Anstellungsvertrag eine Ressortverteilung erfolgen⁷⁶. Für zwingend dem Gesamtvorstand zugewiesene Kernbereiche der Geschäftsführung kann eine Geschäftsverteilung an sich nicht eingerichtet werden⁷⁷. Zu diesen Kernbereichen gehören nach hA⁷⁸: Grundsatzfragen der Geschäftspolitik wie insbesondere die strategische Unternehmensplanung, Angelegenheiten, welche anderen Organen zur Beschlussfassung vorzulegen sind, Berichtspflichten (§§ 81, 95 Abs 1 AktG), Einberufung der HV bei Verlust des halben Grundkapitals (§ 83 AktG) sowie auch die Einberufung der HV nach §§ 105 Abs 1 u 106 Abs 2 AktG, Anfechtung von HV-Beschlüssen bzw Erhebung der Nichtigkeitsklage (§§ 196 Abs 1 Z 4 AktG bzw 201 Abs 1 AktG) sowie die Erstellung des Jahresabschlusses, Gewinnverteilungsvorschlages, Lageberichts und Corporate Governance Berichts (§§ 125, 126 Abs 2, 127 AktG u § 243 lit b UGB). Zur Entscheidungsvorbereitung und der vertretungsweisen Vollziehung können auch die Angelegenheiten des Kernbereiches unter den Vorstandsmitgliedern aufgeteilt werden; die

⁷² Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 30ff; Kalss in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/342.

⁷³ Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 43.

⁷⁴ Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 34.

⁷⁵ Nowotny in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 70 Rz 23; Kalss in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/343; Runggaldier/Schima, Manager-Dienstverträge³ 38; Adensamer/Eckert in *Kalss*, Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern (2005) 180.

⁷⁶ Kalss in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/285.

⁷⁷ Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 31, 39; Kalss in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/349; Nowotny in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 70 Rz 26; Adensamer/Eckert in *Kalss*, Vorstandshaftung 180.

⁷⁸ Vgl zu dieser Auflistung Kalss in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/348 mwN; vgl auch Nowotny in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 70 Rz 26; Pichler/Weninger, Vorstand 22; Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 39.

Entscheidung selbst, also die Beschlussfassung darüber wie in diesen Kernbereichen vorzugehen ist, hat jedoch durch den Gesamtvorstand zu erfolgen⁷⁹.

Zu beachten ist, dass jedem Vorstandsmitglied ein Geschäftsbereich zugeteilt werden muss und ein Vorstandsmitglied nicht von der Geschäftsführung ausgeschlossen werden darf⁸⁰. Erfolgt eine Geschäftsverteilung so muss durch diese geklärt werden ob/welche Ressorts oder Geschäftsbereiche gebildet werden, sie muss die entsprechenden Ressorts oder Geschäftsbereiche voneinander abgrenzen und sie schließlich den einzelnen Vorstandsmitgliedern oder Vorstands Ausschüssen zuweisen⁸¹. Die jeweiligen Zuständigkeiten müssen in Schriftform klar festgelegt und im Nachhinein nachvollziehbar sein⁸². Eine bloß faktische oder mündlich vereinbarte Geschäftsverteilung genügt nicht⁸³. Bei der Frage, ob überhaupt bzw in welcher Ausgestaltung eine Geschäftsverteilung einzurichten ist, sind immer die Interessen des Unternehmens besonders zu berücksichtigen; es kann daher die Einrichtung einer Geschäftsverteilung bei besonderem Umfang des Unternehmens sogar verpflichtend sein⁸⁴.

Zusammenfassung

Das derzeit geltende AktG 1965 basiert auf dem im Jahr 1938 in Österreich in Kraft getretenem, von Deutschland übernommenem AktG 1937 und stimmt mit diesem weitgehend überein. Gem § 1 AktG ist die Aktiengesellschaft eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, deren Gesellschafter mit Einlagen auf das in Aktien zerlegte Grundkapital beteiligt sind, ohne persönlich für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften. Obligatorisches Leitungsorgan der Gesellschaft ist der Vorstand. Dieser übt faktisch die Funktion des Unternehmers aus und leitet gem § 70 AktG die Gesellschaft eigenverantwortlich, also weisungsfrei und unabhängig, weshalb gesagt werden kann, dass der Vorstand aufgrund seiner ihm zwingend zugeteilten an Rang und Bedeutung jene der anderen Organe übertreffenden Zuständigkeiten, das Organ mit den wichtigsten

⁷⁹ Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 39.

⁸⁰ Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 40; Nowotny in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 70 Rz 26; Kalss in *Goette/Habersack*, MünchKomm II³ § 77 Rz 72.

⁸¹ Pichler/Weninger, Vorstand 19.

⁸² Adensamer/Eckert in *Kalss*, Vorstandshaftung 180.

⁸³ Adensamer/Eckert in *Kalss*, Vorstandshaftung 180.

⁸⁴ Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 36.

Zuständigkeiten darstellt. Diese Leitungskompetenz umfasst die Geschäftsführung im Innenverhältnis, sowie die gerichtliche und außergerichtliche Vertretung im Außenverhältnis.

Das Vorstandsmitglied steht in einem doppelten Rechtsverhältnis zur AG: einerseits durch seine körperschaftsrechtliche Bestellung und andererseits durch die mittels Vertrag zu begründende Anstellung. Bestellt und angestellt werden die Vorstandsmitglieder vom AR auf höchstens fünf Jahre, eine Wiederbestellung nach § 75 Abs 1 AktG ist möglich. Fachliche Qualifikationserfordernisse als Voraussetzung für eine Bestellung zum Vorstandsmitglied sieht das Gesetz nicht explizit vor; diese ergeben sich indirekt aus ihrer Sorgfaltspflicht und richten sich daher individuell nach Branche, Größe und Ausrichtung der Gesellschaft.

Der Vorstand kann aus ein oder mehreren Vorstandsmitgliedern bestehen, wobei bei einem mehrgliedrigen Vorstand grundsätzlich Gesamtgeschäftsführung und Gesamtvertretung gilt. Aus verfahrenstechnischer Sicht handelt es sich bei der Wahrnehmung der Geschäftsleitung durch einen mehrgliedrigen Vorstand um Beschlüsse des Gesamtvorstandes über eine Geschäftsführungsmaßnahme. Entscheidungen des Gesamtvorstandes kommen gem § 70 Abs 2 AktG mit einfacher Mehrheit zustande. Nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 71 Abs 2 AktG ist die gesetzliche Anordnung der aktiven Gesamtvertretung dispositiv. Obwohl im Gesetz nicht ausdrücklich verankert, ist es unumstritten, dass auch eine Aufteilung der Geschäftsführungsaufgaben durch eine Geschäftsverteilung, insbesondere in bestimmte Ressorts (Ressortverteilung), möglich und erlaubt ist.

II. Verhaltensmaßstäbe für Vorstandsmitglieder

Grundlegende Voraussetzung für die Bejahung einer Haftung ist es, dass das schadensverursachende Verhalten rechtswidrig - oder anders ausgedrückt - pflichtwidrig war. Dementsprechend sollen im folgenden Kapitel Verhaltensmaßstäbe dargestellt werden, für deren Verstoß ein Vorstandsmitglied auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden kann. Gebote und Verbote, welche ein Vorstandsmitglied bei der Ausübung seiner Vorstandstätigkeit zu beachten hat sind zahlreich und umfassend in der gesamten Rechtsordnung verstreut und hängen auch wesentlich vom Tätigkeitsbereich der Gesellschaft ab. Branchenübergreifende Verhaltensmaßstäbe ergeben sich zunächst aus dem Verwaltungsstrafrecht und dem Kriminalstrafrecht ebenso wie aus insolvenzrechtlichen Bestimmungen. Die einschlägigen Verhaltensnormen dieser Rechtsgebiete sollen daher im Überblick dargestellt werden. Grundlegende Pflichtenquelle für das Vorstandsmitglied einer AG ist naturgemäß das AktG. Das Hauptaugenmerk dieses Teils der Arbeit gilt daher den gesellschaftsrechtlichen Verhaltensmaßstäben, welche ausführlicher erörtert werden.

Neben der Erarbeitung der relevanten Verhaltensmaßstäbe sollen darüber hinaus die Grundsätze der Verantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern im Verwaltungsstrafrecht und Kriminalstrafrecht veranschaulicht werden. Darüber hinaus soll gezeigt werden, welche Sanktionen im Verwaltungsstrafrecht, Kriminalstrafrecht, Insolvenzrecht und Gesellschaftsrecht zusätzlich zu einer persönlichen Haftung bei Regelverstößen drohen.

A. Verwaltungsstrafrechtliche Verhaltensmaßstäbe

Das Strafrecht setzt sich zusammen aus dem „Verwaltungsstrafrecht“ und dem „Kriminalstrafrecht“, auch genannt „Justizstrafrecht“, je nachdem ob der Gesetzgeber die Vollzugskompetenzen den ordentlichen Gerichten oder einer Verwaltungsbehörde aufgetragen hat⁸⁵. Spricht man vom „Strafrecht“ so ist damit überwiegend das Kriminalstrafrecht gemeint. Einen Zwischenbereich bildet das FinStrG, welches zur Ahndung von Vergehen sowohl die ordentlichen Gerichte als auch die Verwaltungsbehörden einsetzt.

⁸⁵ *Raschauer/Wessely*, Verwaltungsstrafrecht – Allgemeiner Teil (2005) 15.

Das FinStrG ist eigentlich ein strafrechtliches Spezialgesetz⁸⁶. Da jedoch konkrete Haftungsfolgen bei Verstößen gegen das FinStrG explizit in der BAO angeordnet werden, wird das FinStrG für die Zwecke dieser Arbeit ausnahmsweise bereits im Kapitel betreffend die verwaltungsstrafrechtlichen Verhaltensmaßstäbe abgehandelt.

Das Verwaltungsstrafrecht ist geprägt durch eine nahezu unüberschaubare Anzahl verschiedener Gebote und Verbote, welche sich in der gesamten Rechtsordnung verteilt finden⁸⁷. Überwiegend werden in den Rechtsgebieten des Umweltrechts, Bank- und Börserechts, Arbeits- und Sozialrechts, Kraftfahrrechts, Gewerberechts, Lebensmittelrechts oder des Rechts der Güterbeförderung Verwaltungsübertretungen gesetzt⁸⁸.

Im folgenden Kapitel wird der Frage nachgegangen, inwiefern Vorstandsmitglieder für der AG zurechenbare Verwaltungsübertretungen einzustehen haben. Dazu wird zunächst die Bestimmung des § 9 VStG näher dargestellt. Im Anschluss folgt eine Auseinandersetzung mit konkreten sich aus dem Verwaltungsrecht ergebenden Pflichten. Derer gibt es beinahe unüberschaubar viele. Mit Hinblick auf besondere Haftungsfolgen bei Verwaltungsübertretungen soll nur ein Teilbereich an dieser Stelle Erwähnung finden, nämlich jener des Abgaben- und Sozialversicherungsrechts. Neben der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder wird nämlich ausdrücklich eine gesetzliche Ausfallhaftung der Vorstandsmitglieder gegenüber der Behörde für Abgabenverbindlichkeiten und Sozialversicherungsbeiträge angeordnet.

1. Verantwortlichkeit im Verwaltungsstrafrecht - § 9 VStG

Eine Verwaltungsübertretung liegt vor, wenn eine natürliche Person tatbestandsmäßig, rechtswidrig und schuldhaft handelt⁸⁹. Eine AG ist eine juristische Person und nicht verschuldensfähig. Nach § 9 Abs 1 VStG ist daher für die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften durch juristische Personen strafrechtlich verantwortlich, wer zur Vertretung nach außen berufen ist; dies sind die Vorstandsmitglieder. Das bedeutet, dass Vorstandsmitglieder nicht nur dann für eine Verwaltungsübertretung strafrechtlich

⁸⁶ *Hilf*, System des Wirtschaftsstrafrechts, in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht (2008) 21.

⁸⁷ *Raschauer/Wessely*, Verwaltungsstrafrecht 15.

⁸⁸ *Schmied*, Bestrafung von Unternehmen im Verwaltungsstrafrecht, ZUV 2003, 130.

⁸⁹ *Raschauer/Wessely*, Verwaltungsstrafrecht 41; *Weilinger*, Einführung in das österreichische Verwaltungsverfahren¹¹ (2008) Rz 282.

verantwortlich sind, wenn sie selbst den fraglichen Tatbestand verwirklichen, sondern auch dann, wenn andere natürliche Personen innerhalb der AG die Tat begehen⁹⁰. Um ein Vorstandsmitglied zur Verantwortung ziehen zu können, muss es sich bei dem verwirklichten Verwaltungsstraftatbestand um eine Vorschrift handeln, welche zumindest auch die Gesellschaft trifft und, welche durch eine der Gesellschaft zurechenbare natürliche Person übertreten wurde⁹¹. Zu einer Bestrafung wegen Verwaltungsübertretungen kann es aber ferner nur dann kommen, wenn das Vorstandsmitglied auch ein Verschulden an der Übertretung trifft; dies gilt auch bzw gerade für den Fall, dass unmittelbarer Täter eine andere Person als das Vorstandsmitglied selbst ist. Nach § 5 VStG genügt für eine Strafbarkeit bereits fahrlässiges Verhalten, sofern eine Verwaltungsvorschrift über das Verschulden nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt.

Der VwGH⁹² anerkennt, dass es die im Wirtschaftsleben notwendige Arbeitsteilung nicht zulässt, dass der Unternehmer bzw das Verwaltungsorgan alle Belange und Angelegenheiten persönlich wahrnimmt. Es muss ihm daher zugebilligt werden, die Verantwortung über bestimmte Angelegenheiten anderen Personen überlassen zu können und die eigene Tätigkeit in diesen Bereichen auf eine wirksame Kontrolle zu beschränken⁹³. Können Vorstandsmitglieder die Einhaltung gesetzlicher Pflichten physisch nicht selbst wahrnehmen oder kontrollieren, so liegt es an ihnen ein entsprechendes wirksames Kontrollsystem aufzubauen und zu überwachen⁹⁴. Durch die Einrichtung eines wirksamen Kontrollsystems muss jedenfalls sichergestellt werden können, dass den Anordnungen der Vorstandsmitglieder entsprochen wird⁹⁵. Im Anlassfall haben sie gegenüber der Behörde darzutun, wie ein eingerichtetes Kontrollsystem konkret funktionieren hätte sollen⁹⁶. Wird der Nachweis erbracht, dass Maßnahmen getroffen wurden, die unter den vorhersehbaren Verhältnissen die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften innerhalb des Unternehmens erwarten ließen – also ein wirksames Kontrollsystem eingerichtet wurde – liegt ein Verschulden des Vorstandsmitgliedes nicht vor⁹⁷.

⁹⁰ Thienel/Schulev-Steindl, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁵ (2009) 422f.

⁹¹ Thienel/Schulev-Steindl, *Verwaltungsverfahrensrecht*⁵ 423.

⁹² VwGH 04.03.1994, 93/02/0194 ZUV 1996 H 3.

⁹³ VwGH 04.03.1994, 93/02/0194.

⁹⁴ VwGH 27.06.2007, 2005/03/0140 ZVR 2007/269 = ZVR 2007/270 = ZfVB 2008/759 = wbl 2009/93; 14.12.1998, 98/17/0309 ARD 5017/28/99.

⁹⁵ VwGH 15.09.1997, 97/10/0091 ZfVB 1999/340.

⁹⁶ VwGH 08.07.1991, 91/19/0086 ZfVB 1992/1696 = ÖJZ VwGH A 1992/170 = VwSlg 13467 A.

⁹⁷ VwGH 30.06.2006, 2003/03/0033 ZfVB 2007/1236/1361.

Gem § 9 Abs 1 VStG sind die Vorstandsmitglieder nur dann verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich, soweit nicht verantwortliche Beauftragte nach Abs 2 bestellt sind oder durch das Gesetz nicht etwas anderes bestimmt ist. Etwas anderes bestimmt das Gesetz beispielsweise in der GewO. Diese enthält selbständige Regelungen in Bezug auf die Delegation der strafrechtlichen Verantwortlichkeit, weswegen § 9 VStG für diesen Bereich nicht anwendbar ist⁹⁸.

Wird aufgrund einer Verwaltungsübertretung eine Geldstrafe über ein Vorstandsmitglied verhängt, so haftet gem § 9 Abs 7 VStG für die verhängte Geldstrafe die Gesellschaft zur ungeteilten Hand (Solidarhaftung). Letztendlich bleibt es daher der Behörde überlassen, bei wem die Geldstrafe geltend gemacht wird⁹⁹.

a) Verantwortungsübertragung auf andere natürliche Personen - § 9 Abs 2 VStG

§ 9 VStG weicht aufgrund seiner soeben dargestellten Regelungstechnik grundlegend von der des gerichtlichen Strafrechts ab. Während im gerichtlichen Strafrecht die verantwortlichen Personen durch Ermittlungs- und Strafverfolgungsbehörden ausfindig gemacht werden, wird durch § 9 VStG gesetzlich vorgegeben, dass die Vorstandsmitglieder für verwaltungsstrafrechtliche Verfehlungen des Unternehmens verantwortlich sind¹⁰⁰.

Daher sieht § 9 Abs 2 VStG vor, dass ein verwaltungsstrafrechtlicher Verantwortlicher bestellt werden kann und bei wirksamer Bestellung die zur Vertretung nach außen berufenen Personen in diesem Fall nicht strafbar sind. Das kann bei mehrgliedrigen Vorständen eines von mehreren Vorstandsmitgliedern sein. Diesem kann die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit für das gesamte Unternehmen übertragen werden¹⁰¹. Aber auch andere natürliche Personen, welche zwar nicht Vorstandsmitglieder sind jedoch bestimmte in § 9 Abs 4 VStG genannte Voraussetzungen erfüllen, können für bestimmte räumlich oder sachlich klar abgegrenzte Bereiche des Unternehmens zu verwaltungsstrafrechtlich Beauftragten bestellt werden. Auf Verlangen der Behörde kann beim mehrgliedrigen Vorstand sogar eine Verpflichtung zur Bestellung eines Vorstandsmitgliedes als Beauftragter bestehen, soweit sich

⁹⁸ Hauer/Leukauf, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens⁶ (2003) 1281.

⁹⁹ Thienel/Schulev-Steindl, Verwaltungsverfahrenrecht⁵ 429.

¹⁰⁰ Schmied, ZUV 2003, 131.

¹⁰¹ Walter/Mayer, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrenrechts⁸ (2003) Rz 775.

eine solche Bestellung zur Sicherstellung der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit als erforderlich erweist. Bestellt werden kann nach § 9 Abs 4 VStG eine Person mit 1) Hauptwohnsitz im Inland - sofern sie nicht ohnehin Staatsangehörige eines EWR-Vertragsstaates ist, 2) die strafrechtlich verfolgt werden kann, 3) ihrer Bestellung nachweislich¹⁰² vor¹⁰³ der gesetzten Übertretung zugestimmt hat und 4) der für den ihrer Verantwortung unterliegenden klar abzugrenzenden Bereich eine entsprechende Anordnungsbefugnis¹⁰⁴ zugewiesen ist. Diese Bedingungen gelten sowohl für den Fall, dass ein Vorstandsmitglied, als auch für den Fall, dass eine andere natürliche Person beauftragt wird. Fehlt eine der soeben genannten Voraussetzungen, oder fällt sie nachträglich weg, so ist die Bestellung unwirksam¹⁰⁵. Trotz der wirksamen Bestellung eines verantwortlichen Beauftragten bleiben Vorstandsmitglieder gem § 9 Abs 6 VStG verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich, wenn sie die Tat vorsätzlich nicht verhindert haben, oder gem § 9 Abs 5 VStG dazu angestiftet haben.

Der VwGH¹⁰⁶ scheint an die Übertragung der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortung sehr strenge Anforderungen zu stellen, denn die Bestellung und die damit übereinstimmende Zustimmung müssen so erklärt werden, dass kein Zweifel an ihrem Inhalt besteht. Selbst die schriftliche und unterschriebene Erklärung einer Dienstnehmerin „hinsichtlich der Einhaltung der lebensmittelrechtlichen Bestimmungen die volle Verantwortung und Haftung den Behörden gegenüber“ zu übernehmen reicht nach Ansicht des VwGH¹⁰⁷ zur Übertragung der verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichkeit mangels einer eindeutigen Bezugnahme auf die Bestellung zur verwaltungsstrafrechtlich verantwortlichen Beauftragung nicht aus. Die Formulierung „Übernahme der Verantwortung

¹⁰² VwGH 19.10.2004, 2004/03/0102 ZfVB 2006/1369 eine stillschweigende Übernahme ist nicht möglich, der Beauftragte muss ausdrücklich zustimmen; VwGH 21.03.1994, 92/10/0481 ZfVB 1996/588 der Nachweis der Zustimmung muss nicht durch eine Urkunde, sondern kann auch durch Zeugenaussagen erbracht werden.

¹⁰³ VwGH 25.05.2000, 99/07/0003 „Die Berufung auf einen verantwortlichen Beauftragten ist nur dann zulässig, wenn der Behörde spätestens während des Verwaltungsstrafverfahrens ein - aus der Zeit vor der Begehung der dem Beschuldigten angelasteten Übertretung stammender - Zustimmungsnachweis eines derartigen verantwortlichen Beauftragten einlangt“.

¹⁰⁴ VwGH 22.11.1996, 93/17/0143 ARD 4860/20/97 = ÖStZB 1997, 433 = SWK 1997, R 101 diese Anordnungsbefugnis muss es dem Beauftragten ermöglichen, die Einhaltung der Verwaltungsvorschriften sicherzustellen. Die bloße Möglichkeit das nach außen berufene Organ von einer drohenden Verletzung informieren zu können genügt den Anforderungen des § 9 Abs 4 VStG nicht; VwGH 21.08.2001, 99/09/0061 ARD 5300/14/2002 auch die Zuweisung einer entsprechenden Anordnungsbefugnis ist vom Vorstandsmitglied nachzuweisen.

¹⁰⁵ Raschauer/Wessely, Verwaltungsstrafrecht 94, 116; Weilingner, Einführung¹¹ Rz 299.

¹⁰⁶ VwGH 27.06.2007, 2005/03/0140.

¹⁰⁷ VwGH 15.09.1997, 97/10/0091 ZfVB 1999/340.

für die Einhaltung sämtlicher verwaltungsrechtlicher Vorschriften“ für eine näher bezeichnete Baustelle, für die eine Person „eine entsprechende Anordnungsbefugnis und somit die Stellung eines verantwortlichen Beauftragten“ hat, empfand der VwGH¹⁰⁸ als ausreichend.

In der Praxis werden häufig Filialleiter (örtlich abgegrenzter Unternehmensbereich) oder der Leiter der Wertpapierabteilung in einer Bank (sachlich abgegrenzter Unternehmensbereich) gemäß § 9 Abs 2 VStG zum verwaltungsstrafrechtlichen Verantwortlichen bestellt¹⁰⁹. Es können also selbstverständlich auch weisungsgebundene Dienstnehmer bestellt werden. Allerdings dürfen nicht mehrere Personen für ein und denselben Bereich beauftragt werden¹¹⁰.

b) Der mehrgliedrige Vorstand

Bei mehrgliedrigen Vorständen sind grundsätzlich alle Vorstandsmitglieder verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich¹¹¹. Das bloße Bestehen einer internen Aufgabenverteilung ohne jegliches weitere Vorbringen entlastet das einzelne Vorstandsmitglied von vornherein grundsätzlich nicht und stellt kein zur Entlastung im Sinne des § 5 Abs 1 VStG taugliches Vorbringen dar¹¹². Zwar trifft jedes Vorstandsmitglied primär eine Verantwortlichkeit für die ihm selbst zugewiesenen Aufgabengebiete, doch hat es auch bei größter Spezialisierung die Arbeitskreise der anderen Vorstandsmitglieder zu überwachen¹¹³. Primär trifft die Verhängung einer Verwaltungsstrafe oder auch eine Ausfallhaftung das ressortzuständige Vorstandsmitglied. Dem geschäftsimern nicht zuständigen Vorstandsmitglied obliegt aber in jenen Bereichen, die zum Tätigkeitsfeld eines anderen Ressorts gehören, eine Auswahl-, Überwachung- Information- und Interventionspflicht zur Wahrung der Rechtsordnung, für deren Verletzung es sehr wohl zur Verantwortung gezogen werden kann¹¹⁴.

¹⁰⁸ VwGH 24.02.1995, 94/09/0171 ZfVB 1996/871/118.

¹⁰⁹ *Schmied*, ZUV 2003, 131f.

¹¹⁰ *Walter/Mayer*, Grundriss⁸ Rz 775; VwGH, 07.04.1995, 94/02/0470 ecolex 1995, 577 = ÖJZ VwGH A 1996/48 = ZfVB 1996/860/1177 = VwSlg 14236 A = ZfVB 1996/1177 = ZASB 1995, 21 = ARD 4677/13/95 = ZUV 1995 H 4, 19.

¹¹¹ *Thienel/Schulev-Steindl*, Verwaltungsverfahrenrecht⁵ 424.

¹¹² *Raschauer/Wessely*, Verwaltungsstrafrecht 113; *Walter/Mayer*, Grundriss⁸ Rz 773; VwGH 04.07.2008, 2008/17/0072 ZFR 2008/125.

¹¹³ VwGH 25.09.1992, 91/17/0134 VwSlg 6714 F.

¹¹⁴ VwGH 19.10.2004, 2004/03/0102.

Eine Pflicht zur Wahrnehmung der verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten selbst für das nach interner Aufgabenverteilung nicht zuständige Vorstandsmitglied besteht dann, wenn ein Anlass vorliegt, an der Ordnungsmäßigkeit der Pflichterledigung in einem fremden Geschäftsbereich zu zweifeln, weshalb sich ein Vorstandsmitglied nicht mehr auf das zuständige Vorstandsmitglied verlassen kann¹¹⁵. Besteht der Verdacht, dass im Arbeitsbereich eines anderen Vorstandsmitgliedes Mängel vorhanden sind, muss sich auch das für diese Belange eigentlich nicht zuständige Vorstandsmitglied einschalten, um nicht selbst beispielsweise für nicht entrichtete Abgaben ersatzpflichtig zu werden¹¹⁶. Ist eine Behebung dieser Mängel einem Vorstandsmitglied selbst nicht möglich, so muss es versuchen durch Berichte an den AR oder die HV eine solche zu erwirken¹¹⁷. Besteht keine Kompetenzverteilung so haften mehrere Mitglieder eines Vertretungsorgans gleichermaßen¹¹⁸.

Der VwGH¹¹⁹ bejahte eine Schuld kürzlich beispielsweise in folgendem Fall: mit Bescheid wurde einer Versicherungs-AG aufgetragen den Vertrieb einer näher bezeichneten Lebensversicherung zu unterlassen und keine Neuverträge zu diesem Tarif mehr abzuschließen. Gegen diesen Bescheid lag ein Verstoß vor, für welchen ua ein im Rahmen der internen Geschäftsverteilung des Unternehmens für den Bereich der Personenversicherung nicht zuständiges Vorstandsmitglied in Anspruch genommen wurde. Zu seiner Entlastung brachte das besagte Vorstandsmitglied vor, es habe kein objektiver Anhaltspunkt bestanden, ex ante hinsichtlich der Tätigkeit der Versicherung im Rahmen der Personenversicherung nachzufragen, ob etwa behördliche Anordnungen vorlägen bzw wie diesen gegebenenfalls entsprochen werde. Ein Verschulden sei daher nicht gegeben. Der VwGH berief sich auf seine stRsp, wonach der bloße Rückzug auf eine interne Unzuständigkeit ohne jegliches weiteres Vorbringen über irgendwelche, die Einhaltung der Vorschriften gewährleistenden Tätigkeiten ein zur Entlastung im Sinne des § 5 Abs 1 VStG untaugliches Vorbringen darstelle. Aus dem Beschwerdevorbringen ergebe sich, dass sich der Beschwerdeführer ausschließlich auf die korrekte Geschäftsführung durch das zuständige Vorstandsmitglied verlassen habe; das intern

¹¹⁵ VwGH 28.05.1992, 88/17/0216; VwGH 25.11.2002, 99/14/0121 ecolex 2003/124 = ARD 5407/11/2003 = SWK 2003, R 51 = SWK 2003, 831 = ÖStZB 2003/688; 03.09.2008, 2006/13/0159 SWK 2009, R 24 = ÖStZB 2009/170 = ÖStZ 2009/826.

¹¹⁶ VwGH 25.09.1992, 91/17/0134.

¹¹⁷ Unger in Ratka/Rauter, Handbuch Geschäftsführerhaftung (2008) Rz 7/35.

¹¹⁸ VwGH 26.03.1996, 92/14/0088 ARD 4766/8/96 = SWK 1996, R 112 = ÖStZB 1996, 626.

¹¹⁹ VwGH 04.07.2008, 2008/17/0072.

nicht zuständige Vorstandsmitglied treffe daher ein Verschulden an der Verwaltungsübertretung.

2. Pflichten nach der BAO

Auf die wesentlichen Pflichten der Vorstandsmitglieder nach der BAO sei an dieser Stelle im Überblick hingewiesen. Gem § 80 Abs 1 BAO haben die zur Vertretung juristischer Personen berufenen Personen, also im Falle der AG die Vorstandsmitglieder, alle abgabenrechtlichen Pflichten zu erfüllen, welche der Gesellschaft obliegen. Insbesondere haben sie dafür zu sorgen, dass die Abgaben aus den Mitteln, die sie verwalten, entrichtet werden. Ferner begründet § 119 BAO eine Offenlegungs- und Wahrheitspflicht für Umstände, welche für den Bestand und Umfang einer Abgabe oder für die Erlangung abgabenrechtlicher Begünstigungen bedeutsam sind. Davon betroffen sind insbesondere Abgabenerklärungen, Anmeldungen, Anzeigen und Abrechnungen. Erfasst sind auch alle sonstigen Erklärungen des Abgabepflichtigen, welche die Grundlage für abgabenrechtliche Feststellungen, für die Festsetzung der Abgaben, für die Freistellung von diesen oder für Begünstigungen darstellt. Ferner zählen dazu alle sonstigen Erklärungen, welche die Berechnungsgrundlagen der nach einer Selbstberechnung des Abgabepflichtigen zu entrichtenden Abgaben bilden. Darüber hinaus bestehen gem §§ 124ff BAO Buchführungspflichten sowie nach § 132 Abs 1 BAO eine Aufbewahrungspflicht, wonach sämtliche der Abgabenerhebung dienlichen Aufzeichnungen sieben Jahre aufzubewahren sind.

Werden Dritte mit der Wahrnehmung der abgabenrechtlichen Pflichten beauftragt, bestehen für die Vorstandsmitglieder umfassende Überwachungs- und Auswahlpflichten¹²⁰. Die zu ergreifenden Maßnahmen mittels welcher Organmitglieder ihrer Überwachungspflicht nachkommen müssen hängen von den Umständen des Einzelfalles ab, jedenfalls jedoch sind die Personen, an welche die Abgabepflichten delegiert wurden, in solchen zeitlichen Abständen zu überwachen, dass unentdeckte Steuerrückstände ausgeschlossen werden können¹²¹. Selbst die Beauftragung eines Wirtschaftstreuhänders mit der Wahrnehmung der Abgabenangelegenheiten befreit nicht per se von zumutbaren Informations- und

¹²⁰ VwGH 16.09.2003, 2000/14/0106; *Tanzer/Unger*, BAO³ (2010) 11; *Ritz*, Bundesabgabenordnung Kommentar³ (2005) § 9 Rz 13.

¹²¹ VwGH 16.09.2003, 2000/14/0106 GesRZ 2003, 300 = ARD 5478/15/2004 = SWK 2004, R 21 = SWK 2004, 547 = ÖStZB 2004/243.

Überwachungspflichten¹²². Nach einer jüngeren Ansicht des UFS¹²³ dürfen die Sorgfaltsanforderungen an das Organmitglied jedoch nicht überspannt werden, weshalb von ihm nicht verlangt werden kann, die von einem beauftragten Steuerberater durchgeführte Lohnverrechnung lückenlos zu kontrollieren. Nach dessen Meinung kann kein Überwachungsverschulden zur Last gelegt werden, wenn ein dem Steuerberater unterlaufener Fehler nicht augenscheinlich war oder bei Aufwendung der zumutbaren Sorgfalt nicht auffallen hätte müssen. Nach der Rsp existiert kein genereller Maßstab für die Intensität und Zeitspanne der Überwachung. Maßgebende Komponenten dafür können Art und Bedeutung der übertragenen Tätigkeit sowie Ausbildung, Erfahrung, Kenntnisse oder erprobte Zuverlässigkeit des Beauftragten sein¹²⁴.

3. Pflichten nach dem ASVG

Eine Parallelbestimmung zu § 80 Abs 1 BAO findet sich im ASVG nicht. Genau genommen wird also im ASVG nicht normiert, dass die Vertreter juristischer Personen irgendwelche Pflichten in Bezug auf Sozialversicherungsbeiträge treffen. Verglichen zur BAO liegt darin ein wesentlicher Regelungsunterschied¹²⁵. In Abkehr zu seiner älteren Rsp¹²⁶ lehnte der VwGH¹²⁷ in seinem grundlegenden Erkenntnis vom 12.12.2000 eine analoge Anwendung des § 80 BAO für das Sozialversicherungsrecht ab und sprach aus, dass ein Organmitglied nur dann für Beitragsschulden der Gesellschaft persönlich haftet, wenn gegen spezifische dem Vertretungsorgan auferlegte sozialversicherungsrechtliche Verpflichtungen verstoßen wird. Diesen Grundsätzen folgte der VwGH¹²⁸ auch in späteren Erkenntnissen.

Zum Zeitpunkt des Erkenntnisses vom 12.12.2000 existierten nur 2 entsprechende Bestimmungen, welche den Vertretern konkrete Pflichten auferlegten, nämlich §§ 114 Abs 2

¹²² VwGH 29.05.2001, 2001/14/0006 ARD 5262/20/2001 = SWK 2001, R 109 = SWK 2001, 1277 = ÖStZB 2002/820; *Tanzer/Unger*, BAO³ 11; *Ritz*, BAO³ § 9 Rz 13.

¹²³ UFS Linz 01.03.2007, RV/0497-L/06 ecolex 2007/202; vgl auch *Tanzer/Unger*, BAO³ 11.

¹²⁴ *Stoll*, Bundesabgabenordnung Kommentar I (1994) 123.

¹²⁵ *Heiser*, Haftung von Organen von Kapitalgesellschaften (Teil I), CFOaktuell 2009, 264 (267).

¹²⁶ Vgl beispielsweise VwGH 12.12.1995, 95/08/0082 SV-Slg 42.159 = ARD 4775/39/96 = ZASB 1996, 15; siehe zur alten Rsp beispielsweise auch *Resch*, GmbH-Geschäftsführerhaftung für Sozialversicherungsbeiträge, JBl 1996, 218.

¹²⁷ VwGH 12.12.2000, 98/08/0191; vgl auch zur neuen Rsp *Resch*, Gebot der wirtschaftlichen Betrachtungsweise gem § 539a ASVG und Beitragshaftung gem § 67 ASVG, RdW 2001, 602 (604ff); *Karl*, Beitragshaftung in der Sozialversicherung, ZAS 2009/2, 8ff; *Beatrix/Bartos*, Wichtige Haftungsbestimmungen für rückständige Sozialversicherungsbeiträge, ZAS 2007/10, 61ff.

¹²⁸ Vgl beispielsweise VwGH 17.11.2004, 2002/08/0138 ARD 5562/10/2005.

u 111 ASVG. Aus § 111 ASVG ergeben sich spezielle Meldepflichten. Ein Verstoß gegen diese Meldepflicht ist, sofern nicht ein in die Zuständigkeit der Gerichte fallender Tatbestand erfüllt ist oder diese Tat nicht nach anderen Verwaltungsstrafbestimmungen mit strengerer Strafe bedroht ist, gem § 111 Abs 2 ASVG mit Geldstrafe von 730 Euro bis zu 2.180 Euro, im Wiederholungsfall mit einer Geldstrafe von 2.180 Euro bis zu 5.000 Euro und bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe mit Freiheitsstrafe von bis zu zwei Wochen zu ahnden. Handelt es sich um eine erstmalige Ordnungswidrigkeit und sind sowohl das Verschulden als auch die Folgen geringfügig, kann die Behörde die Geldstrafe bis auf 365 Euro herabsetzen.

§ 114 ASVG wurde durch BGBl I 2004/152 aufgehoben und in das StGB verlagert. Nunmehr stellt § 153 lit c Abs 2 StGB das Vorenthalten von Dienstnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung unter Strafe, wobei bei einer Übertretung dieser Bestimmung eine Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren verhängt werden kann. Materiell-rechtlich hat sich daher an der Verpflichtung des zur Vertretung befugten Organs einer juristischen Person, einbehaltene Dienstnehmerbeiträge dem Versicherungsträger abzuführen nichts geändert¹²⁹. Da es sich um eine Strafbestimmung handelt, ist zu beachten, dass in subjektiver Hinsicht zur Verwirklichung des Tatbestands in Ansehung aller Tatbestandselemente Vorsatz vorliegen muss¹³⁰.

Es ist unstrittig, dass sich zumindest aus diesen beiden Bestimmungen Obliegenheiten der Vorstandsmitglieder ergeben. Demnach obliegt also den Vorstandsmitgliedern zum einen gem § 111 ASVG eine Meldepflicht und zum anderen gem § 153 lit c StGB die Pflicht, einbehaltene Dienstnehmerbeiträge dem Versicherungsträger abzuführen¹³¹.

4. Sanktionen

Prinzipiell richten sich Strafart und Strafsatz gem § 10 Abs 1 VStG nach den jeweiligen im konkreten Fall zur Anwendung kommenden Verwaltungsvorschriften. Im Fall eines Regelverstoßes drohen den Vorstandsmitgliedern Freiheits- oder Geldstrafen.

¹²⁹ VwGH 20.02.2008, 2005/08/0129 RdW 2008/377 = ARD 5867/10/2008 = ZfVB 2008/1526; Heiser, CFOaktuell, 2009, 267; Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 266.

¹³⁰ VwGH 20.02.2008, 2005/08/0129.

¹³¹ VwGH 20.02.2008, 2005/08/0129; Heiser, CFOaktuell, 2009, 267; Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 266.

Eine Freiheitsstrafe darf nur verhängt werden, wenn eine solche in der verletzten Verwaltungsvorschrift ausdrücklich vorgesehen und überdies nach § 11 VStG aus spezialpräventiven Gründen notwendig ist¹³². Sie beträgt nach § 12 Abs 1 VStG mindestens 12 Stunden und maximal 6 Wochen. Außerdem darf eine Freiheitsstrafe von mehr als 2 Wochen nur dann verhängt werden, wenn dies wegen besonderer Erschwerungsgründe geboten ist. Paradebeispiel für einen solchen Erschwerungsgrund ist eine bereits mehrfache Bestrafung gleicher oder ähnlicher strafbarer Handlungen¹³³.

Die Geldstrafe stellt wie auch im gerichtlichen Strafrecht die Hauptstrafe dar¹³⁴. Anders als im Strafrecht ist sie im Verwaltungsstrafrecht als Geldsummenstrafe konstruiert, deren Höhe, außer bei Organstrafverfügungen, nach § 13 VStG mindestens 7 Euro beträgt. Einen Maximalbetrag legt das VStG nicht fest, dieser ergibt sich aus der konkret übertretenen Norm. Für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe ist nach § 54 lit b Abs 2 VStG eine Ersatzfreiheitsstrafe festzusetzen. Neben der klassischen Geld- und Freiheitsstrafe ordnen - wie in der Einleitung bereits zu Beginn kurz erwähnt - manche Verwaltungsvorschriften auch explizit eine zivilrechtliche Inanspruchnahme der Vorstandsmitglieder an.

5. Zwischenbereich FinStrG

Das FinStrG ist ein strafrechtliches Spezialgesetz. Eine Besonderheit des FinStrG ist es, dass sowohl die ordentlichen Gerichte, als auch die Verwaltungsbehörden zur Ahndung von Vergehen zuständig sind. Gem § 53 Abs 1 FinStrG sind Gerichte zur Ahndung von Finanzvergehen zuständig, wenn das Finanzvergehen vorsätzlich begangen wurde und der Wertbetrag bzw die Summe der Wertbeträge bei mehreren Finanzvergehen 75.000 Euro übersteigt. Handelt es sich um die Vergehen des Schmuggels und der Hinterziehung von Eingangs- oder Ausgangsabgaben (§ 35 FinStrG) sowie der Abgabenhehlerei (§ 37 Abs 1 FinStrG) sind die ordentlichen Gerichte bereits ab einem Wertbetrag von 37.000 Euro zuständig.

Nach § 1 FinStrG sind Finanzvergehen die in den §§ 33 bis 52 FinStrG mit Strafe bedrohten Taten (Handlungen oder Unterlassungen) natürlicher Personen. In anderen Bundesgesetzen ausdrücklich mit Strafe bedrohte Taten sind dann Finanzvergehen, wenn sie

¹³² Raschauer/Wessely, Verwaltungsstrafrecht 128.

¹³³ Raschauer/Wessely, Verwaltungsstrafrecht 129.

¹³⁴ Raschauer/Wessely, Verwaltungsstrafrecht 129.

als Finanzvergehen oder als Finanzordnungswidrigkeiten bezeichnet sind. Gem § 1 FinStrG sind auch Verbände im Sinne des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes für Finanzvergehen verantwortlich. Insbesondere sind drei Finanzvergehen des FinStrG wesentlich: die Abgabhinterziehung nach § 33 FinStrG, die fahrlässige Abgabenverkürzung nach § 34 FinStrG sowie Finanzordnungswidrigkeiten nach §§ 49 – 51, 248, 250 – 252 FinStrG.

Der Abgabhinterziehung nach § 33 FinStrG macht sich schuldig, wer vorsätzlich unter Verletzung einer abgabenrechtlichen Anzeige-, Offenlegungs- oder Wahrheitspflicht eine Abgabenverkürzung bewirkt. Die Abgabhinterziehung wird gem § 33 Abs 5 FinStrG mit einer Geldstrafe bis zum Zweifachen des Verkürzungsbetrages (der ungerechtfertigten Abgabengutschrift) geahndet. Neben der Geldstrafe ist nach Maßgabe des § 15 FinStrG auf Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu erkennen. Eine Freiheitsstrafe darf gem § 15 FinStrG nur verhängt werden, wenn dieses Vorgehen notwendig ist, um den Täter von weiteren Finanzvergehen abzuhalten oder, um der Begehung von Finanzvergehen durch andere Personen entgegenzuwirken. Sind Verwaltungsbehörden für die Ahndung zuständig darf das Höchstmaß der Freiheitsstrafe drei Monate nicht übersteigen und überdies nur bei Überschreitung bestimmter Wertgrenzen des § 58 Abs 2 lit a verhängt werden.

§ 34 FinStrG stellt die fahrlässige Begehung der Abgabenverkürzung unter Strafe. Im Vergleich zur vorsätzlichen Begehung sind die Strafdrohungen in diesem Fall wesentlich geringer. Die fahrlässige Abgabenverkürzung wird lediglich mit einer Geldstrafe bis zum Einfachen des Verkürzungsbetrages geahndet.

Finanzordnungswidrigkeiten können nur durch Vorsatz begangen werden und dienen primär als subsidiäre Auffangtatbestände. Zu den Finanzordnungswidrigkeiten gezählt werden kann beispielsweise die Nichtentrichtung von Selbstbemessungsabgaben bzw die Geltendmachung ungerechtfertigter Gutschriften nach § 49 FinStrG, die ungerechtfertigte Erwirkung von Zahlungserleichterungen nach § 50 FinStrG sowie andere Blankettstrafbestimmungen des § 51 FinStrG, wenn nicht schon ein anderes Finanzvergehen verwirklicht wurde¹³⁵. Der Strafdrohung bezieht sich ausschließlich auf Geldstrafen, welche zum Teil aus einem fixen im Gesetz genannten Geldbetrag bestehen oder sich aus dem Verkürzungsbetrag ergeben.

¹³⁵ Vgl dazu Köck, Wirtschaftsstrafrecht (2007) 237.

B. Kriminalstrafrechtliche Verhaltensmaßstäbe

Verantwortlichkeit im Kriminalstrafrecht bedeutet Einstehen-Müssen für eine eigene, persönlich vorwerfbare Schuld. Ob diese Schuld ihren Ursprung in der Vorstandstätigkeit oder im privaten Verhalten einer Person hat ist für die Strafbarkeit irrelevant. Vorstandsmitglieder haben sowohl als Privatperson als auch in ihrer Ausübung der Vorstandstätigkeit die Gebote und Verbote des Strafrechts einzuhalten. Tatsächlich lassen sich insbesondere in letzter Zeit Tendenzen erkennen, wonach Vorstandsmitglieder auch strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden¹³⁶. Vorstandsmitglieder können wie jede andere natürliche Person als Privatperson beispielsweise einen Mord oder Diebstahl begehen. Der folgende Teil der Arbeit befasst sich mit typischen Delikten, welche aufgrund der Position als Leitungsorgan einer juristischen Person begangen werden können. Bei einer strafgerichtlichen Verurteilung drohen Geld- oder Freiheitsstrafen. Zusätzlich kann eine strafgerichtliche Verurteilung auch zivilrechtliche Folgen mit sich bringen. Aufgrund des Schutzgesetzcharakters der im Folgenden zu behandelnden Straftatbestände steht bei Deliktsverwirklichung insbesondere eine Haftung der Vorstandsmitglieder wegen Schutzgesetzverletzung iSd § 1311 ABGB im Raum.

1. (Wirtschafts)Strafrecht

In den letzten paar Jahren wurden Unternehmen immer häufiger zum Schauplatz strafrechtlicher Ermittlungen. Auch in der Öffentlichkeit wird die Problematik rund um die Wirtschaftskriminalität eingehend thematisiert. Trotz dieser Präsenz existiert weder für die Wirtschaftskriminalität noch für das Wirtschaftsstrafrecht eine allgemein anerkannte Definition. Im Schrifttum werden allerdings durchgehend eine Reihe von Charakteristika genannt, anhand derer sich diese Materie umschreiben lässt¹³⁷: Wirtschaftskriminalität zeichnet sich zunächst dadurch aus, dass die Begehung in Zusammenhang mit wirtschaftlicher Tätigkeit erfolgt und deren Auswirkungen über die Schädigung von Einzelinteressen hinausreicht; Wirtschaftsdelikte sind vielfach sehr komplex und dadurch schwerer durchschau- oder nachweisbar, wobei es auch viele Grauzonen des Handelns gibt; oftmals liegt Wirtschaftsdelikten der Missbrauch von Vertrauen zu Grunde; weitere Merkmale sind überdies die hohen Schadenssummen sowie die Internationalität.

¹³⁶ *Fleischer in Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts (2006) § 15 Rz 1.

¹³⁷ Vgl zu dieser Auflistung *Hilf in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* 16 mwN.

Als Strafrecht wird allgemein jener Teil der Rechtsordnung bezeichnet, in welchem für die Verwirklichung bestimmter Tatbestände Strafen und/oder vorbeugende Maßnahmen angedroht werden¹³⁸. Im Kriminalstrafrecht sind ausschließlich die ordentlichen Strafgerichte mit der Verhängung von Strafen betraut. Im Mittelpunkt des Strafrechts steht das StGB, jedoch sind auch außerhalb des StGB in anderen Gesetzen zahlreiche Strafvorschriften zu finden, so beispielsweise im AktG, UWG oder BörseG; man nennt diesen Bereich auch Nebenstrafrecht. Das StGB wird Allgemeinhin in zwei Teile geteilt: zum einen in den Allgemeinen Teil¹³⁹ (§§ 1 – 74 StGB), welcher grundlegende Bestimmungen über die Strafbarkeit der Delikte und ihre Rechtsfolgen enthält, und dem Besonderen Teil¹⁴⁰, welcher aus einem umfangreichen Katalog strafrechtlicher Delikte besteht. Das Wirtschaftsstrafrecht ist Teil des Strafrechts, weshalb der Allgemeine Teil des StGB auch für sämtliche im StGB und im Nebenstrafrecht normierte Wirtschaftsdelikte gilt¹⁴¹. Im Folgenden werden daher kurz Grundsätze des Allgemeinen Teils dargestellt. Im Anschluss werden jene Delikte des Besonderen Teiles des StGB behandelt, welche aus der Position des Vorstandsmitgliedes als besonders wichtig erscheinen.

2. Allgemeine Grundsätze

Eine Straftat ist eine tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaft Handlung¹⁴². Ein **Tatbestand** ist die gesetzliche Beschreibung eines strafrechtlich verbotenen Verhaltens¹⁴³. Es wird unterschieden zwischen dem äußeren (objektiven) Tatbestand und dem inneren (subjektiven) Tatbestand¹⁴⁴. Zur Verwirklichung einer strafbaren Handlung müssen beide erfüllt sein. Die objektiven Tatbestandselemente umfassen Tatumstände, welche das äußere Erscheinungsbild der Tat betreffen, während die subjektiven Tatbestandselemente Umstände betreffen, welche im geistigen Bereich des Täters liegen - umfasst ist also insbesondere der Tatvorsatz.

¹³⁸ Kienapfel/Höpfel, Grundriss des Strafrechts Allgemeiner Teil¹³ (2009) Z 3 Rz 11.

¹³⁹ Vgl dazu beispielsweise auch Fuchs, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I⁷ (2008); Malecky, Strafrecht Allgemeiner Teil II¹³ (2009); Seiler, Strafrecht Allgemeiner Teil II⁴ (2008).

¹⁴⁰ Vgl zu für diese Arbeit relevante Delikte Kienapfel/Schmoller, Studienbuch Strafrecht Besonderer Teil II Delikte gegen Vermögenswerte (2003); Lewisch, Strafrecht Besonderer Teil I² (1999); Bertel/Schwaighofer, Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I¹¹ (2010).

¹⁴¹ Hilf in Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht 22.

¹⁴² Kienapfel/Höpfel, AT¹³ Z 6 Rz 4.

¹⁴³ Kienapfel/Höpfel, AT¹³ Z 3 Rz 1.

¹⁴⁴ Kienapfel/Höpfel, AT¹³ Z 4 Rz 28.

Strafbar ist gem § 4 StGB nur, wer **schuldhaft** handelt¹⁴⁵. Eine gerichtliche Strafe kann nur verhängt werden, wenn eine Tat dem Täter auch persönlich zum Vorwurf gemacht werden kann. Der strafrechtliche Schuldbegriff ist sehr komplex und im Einzelnen auch umstritten. Nach § 5 Abs 1 StGB handelt jemand vorsätzlich, wer einen Sachverhalt herbeiführen will, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht. Vorsatz bedeutet also das Wissen und Wollen der Tatbestandsverwirklichung. Absichtlichkeit ist die stärkste Ausprägung des Vorsatzes und ist gem § 5 Abs 2 StGB dann gegeben, wenn es dem Täter gerade darauf ankommt einen bestimmten Umstand oder Erfolg zu verwirklichen - das Wollen steht im Vordergrund. Wissentlichkeit (= *dolus principalis*) umschreibt den mittleren Stärkegrad des Vorsatzes. Wissentlich handelt nach § 5 Abs 3 StGB ein Täter dann, wenn er das Eintreten eines Umstandes oder Erfolges nicht bloß für möglich hält, sondern sein Vorliegen oder Eintreten für gewiss hält – das Wissen steht im Vordergrund. Der bedingte Vorsatz (= *dolus eventualis*) schließlich ist die schwächste Form des Vorsatzes. Bedingt vorsätzlich handelt gem § 5 Abs 1 S 2 StGB wer die Verwirklichung eines Sachverhaltes ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet. Bedingter Vorsatz ist auch bewusste Gleichgültigkeit, während Unbedachtheit oder Leichtsinn keinen bedingten Vorsatz darstellen¹⁴⁶.

Fahrlässig handelt iSd § 6 Abs 1 StGB, wer die gebotene Sorgfalt außer acht lässt und deshalb nicht erkennt, dass er einen Sachverhalt verwirklichen könnte, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht. Ebenso handelt nach § 6 Abs 2 StGB fahrlässig, wer es für möglich hält, dass er einen solchen Sachverhalt verwirklichen könnte, ihn aber nicht herbeiführen will. Übernimmt eine Person eine wirtschaftliche Tätigkeit, ohne über die hierfür nötigen Fähigkeiten und Kenntnisse zu Verfügen haftet sie für jeden mit Strafe bedrohten Erfolg aufgrund von Übernahms- bzw Einlassungsfahrlässigkeit, weil sie sich trotz ihrer Defizite auf diese Tätigkeit eingelassen hat¹⁴⁷. Voraussetzung dafür ist, dass dieser Mangel für die fragliche Person erkennbar war oder erkennbar hätte sein müssen¹⁴⁸. Bestimmt das Gesetz nicht ausdrücklich etwas anderes, so ist gem § 7 Abs 1 StGB nur vorsätzliches Handeln strafbar. Setzt das Gesetz nicht ausdrücklich Absichtlichkeit oder Wissentlichkeit voraus, genügt nach § 7 Abs 1 iVm § 5 Abs 1 S 2 StGB bedingter Vorsatz.

¹⁴⁵ Vgl zu den folgenden Ausführungen Kienapfel/Höpfel, AT¹³ Z 15.

¹⁴⁶ Fabrizio, StGB Kurzkommentar⁹ (2006) § 5 Rz 9.

¹⁴⁷ Rainer in Triffiterer/Rosbaud/Hinterhofer, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch II (2009) § 159 Rz 57.

¹⁴⁸ Rainer in Triffiterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgKomm II § 159 Rz 57.

Bei den meisten Delikten des StGB handelt es sich um **Erfolgsdelikte**. Dabei handelt es sich um Delikte, dessen objektives Tatbestandsmerkmal ua der Eintritt einer von der Tathandlung unterschiedlichen Wirkung in der Außenwelt ist, also der Erfolg¹⁴⁹. Für diesen Erfolg muss die Tathandlung kausal gewesen sein. Erfolgsdelikte können gem § 2 StGB auch durch **Unterlassung** begangen werden. Gegenstück zum Erfolgsdelikt ist das **Tätigkeitsdelikt**; bei diesem erschöpft sich der Tatbestand in einem bestimmten Tun, eine Begehung durch Unterlassung ist nicht möglich¹⁵⁰.

Das Gesetz kennt mehrere Täterformen. Nach § 12 StGB ist nicht nur der unmittelbare Täter strafbar, sondern auch jeder andere, welcher den unmittelbaren Täter zur Ausführung einer Straftat bestimmt oder sonst zu ihrer Ausführung beiträgt. Die verschiedenen Beteiligungsformen werden vom Gesetz prinzipiell gleich behandelt, weshalb in diesem Zusammenhang auch oft von der Einheitstäterschaft gesprochen wird¹⁵¹. **Unmittelbarer Täter** iSd § 12 F 1 StGB ist jeder, der eine dem Tatbestand entsprechende und somit auch vom gemeinsamen Vorsatz getragene Ausführungshandlung ganz oder zumindest teilweise selbst setzt¹⁵². Das können auch mehrere Personen gemeinsam sein (Mittäter). Der **Bestimmungstäter** nach § 12 F 2 StGB hingegen ist jener, der vorsätzlich einen anderen zur Ausführung einer Straftat veranlasst¹⁵³. Schließlich nennt das Gesetz in § 12 F 3 StGB auch noch den **Beitragstäter**. Beitragstäterschaft liegt vor, wenn jemand vorsätzlich oder fahrlässig in sonstiger Weise zur Ausführung einer Straftat beiträgt¹⁵⁴.

Eine Tathandlung kann in vier verschiedene Stadien geteilt werden¹⁵⁵: Einerseits Entschliebung und **Vorbereitung** welche idR straflos sind sowie andererseits **Versuch** und **Vollendung**, welche gem § 15 StGB die beiden strafbaren Erscheinungsformen des Vorsatzdeliktes darstellen.

¹⁴⁹ Kienapfel/Höpfel, AT¹³ Z 9 Rz 8.

¹⁵⁰ Kienapfel/Höpfel, AT¹³ Z 9 Rz 14.

¹⁵¹ Fabrizy, StGB⁹ § 12 Rz 2.

¹⁵² Kienapfel/Höpfel, AT¹³ E 3 Rz 5.

¹⁵³ Kienapfel/Höpfel, AT¹³ E 4 Rz 1.

¹⁵⁴ Kienapfel/Höpfel, AT¹³ E 5 Rz 1.

¹⁵⁵ Kienapfel/Höpfel, AT¹³ Z 21 Rz 1ff.

3. Veruntreuung - § 133 StGB

„(1) Wer ein Gut, das ihm anvertraut worden ist, sich oder einem Dritten mit dem Vorsatz zueignet, sich oder den Dritten dadurch unrechtmäßig zu bereichern, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.“

Gegenstand der Veruntreuung kann nur ein anvertrautes **Gut** sein. Ein Gut iSd § 133 StGB ist nach der überwiegenden hM¹⁵⁶ eine dem Täter wirtschaftlich fremde, nicht völlig wertlose, bewegliche, körperliche oder unkörperliche Sache. Eine körperliche Sache, die Tatobjekt einer Veruntreuung sein kann ist vor allem Geld. Dadurch, dass auch unkörperliche Sachen Tatobjekt sein können, können insbesondere auch Bankguthaben¹⁵⁷ oder Forderungen veruntreut werden¹⁵⁸. Das Gut muss ferner **anvertraut** worden sein. Ein Gut ist einer Person anvertraut, wenn es ihr in ihren ausschließlichen Gewahrsam überlassen wurde und diese Person verpflichtet ist, das Gut im Sinne des Gewaltgebers zurückzugeben, an jemand weiterzugeben oder für jemanden zu verwenden¹⁵⁹. Das Gut muss aufgrund eines Rechtsgeschäftes oder vertragsähnlichen Rechtsverhältnisses in die Gewahrsame des Täters überlassen worden sein; wirtschaftlich gehört es dadurch jedoch nicht zu seinem freien Vermögen¹⁶⁰. Ein anvertrautes Gut wird durch **Zueignung** veruntreut, wenn es der Täter bestimmungswidrig verwendet¹⁶¹. Zueignung ist jede bestimmungswidrige „eigentümerartige Verfügung“¹⁶². Als **Vorsatz** genügt iSd § 5 Abs 1 StGB dolus eventualis, welcher zum Zeitpunkt der Zueignungshandlung vorliegen muss¹⁶³. Der Täter muss mit Zueignungsvorsatz handeln¹⁶⁴. Darüber hinaus muss er mit Bereicherungsvorsatz handeln, also mit dem Vorsatz sich oder einen Dritten durch Zueignung des anvertrauten Gutes unrechtmäßig zu bereichern¹⁶⁵.

¹⁵⁶ Bertel in Höpfel/Ratz, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² (2006) § 133 Rz 1; Fabrizio, StGB⁹ § 133 Rz 2; Kienapfel/Schmoller, Studienbuch BT II § 133 Rz 17ff.

¹⁵⁷ RIS-Justiz RS0093878.

¹⁵⁸ Fabrizio, StGB⁹ § 133 Rz 2; Bertel in Höpfel/Ratz, WK² § 133 Rz 20ff; kritisch Kienapfel/Schmoller, Studienbuch BT II § 133 Rz 17, 7ff.

¹⁵⁹ RIS-Justiz RS0093947; Bertel in Höpfel/Ratz, WK² § 133 Rz 2; Kienapfel/Schmoller, Studienbuch BT II § 133 Rz 25.

¹⁶⁰ RIS-Justiz RS0093920; Fabrizio, StGB⁹ § 133 Rz 4.

¹⁶¹ RIS-Justiz RS0093920.

¹⁶² Fabrizio, StGB⁹ § 133 Rz 3.

¹⁶³ Kienapfel/Schmoller, Studienbuch BT II § 133 Rz 83.

¹⁶⁴ Kienapfel/Schmoller, Studienbuch BT II § 133 Rz 85f.

¹⁶⁵ Fabrizio, StGB⁹ § 133 Rz 3; Bertel in Höpfel/Ratz, WK² § 133 Rz 32.

Da die Veruntreuung ein schlichtes **Tätigkeitsdelikt** ist, ist eine Täterschaft durch bloße **Unterlassung** nicht möglich¹⁶⁶. Mit dem Eintritt der Zueignung ist das Delikt **vollendet**¹⁶⁷. § 133 Abs 2 enthält **Deliktsqualifikationen**. Demnach ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen, wer ein Gut dessen Wert 3.000 Euro übersteigt veruntreut und mit einer Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen, wer ein Gut veruntreut dessen Wert 50.000 Euro übersteigt.

Ua wegen Veruntreuung wurde **beispielsweise** 1999 der Vorstandsdirektor einer Bank rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von achteinhalb Jahren verurteilt, weil er sich Güter, nämlich Banknoten und Hartgeld idH von 69.366.997 ATS und 1 Mio SFR, welche ihm als Vorstandsdirektor anvertraut waren, dadurch zueignete, dass er die besagten Gelder aus dem Tresor der Bank entnahm und mit ihnen ins Ausland fuhr, wo er sie im eigenen Interesse verwendete bzw verwenden wollte; dabei handelte er, so stellte das Gericht fest, mit dem Vorsatz sich unrechtmäßig zu bereichern¹⁶⁸.

4. Untreue - § 153 StGB

„(1) Wer die ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich mißbraucht und dadurch dem anderen einen Vermögensnachteil zufügt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.“

Untreue ist kurz gesagt eine Vermögensschädigung durch Befugnismissbrauch¹⁶⁹. Dabei setzt sich der Träger einer nach außen gewährten Verfügungsmacht bewusst über die im Innenverhältnis gezogenen Schranken hinweg¹⁷⁰. **Befugnis** iSd § 153 StGB ist gleichzusetzen mit Vertretungsmacht oder Vollmacht¹⁷¹. Diese kann durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumt werden. Durch Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnisträger sind beispielsweise ua Gesellschaftsorgane¹⁷². Die Tathandlung besteht im **Missbrauch** dieser rechtlichen Vertretungsmacht. Missbrauch ist der unerlaubte

¹⁶⁶ Kienapfel/Schmoller, Studienbuch BT II § 133 Rz 87.

¹⁶⁷ Kienapfel/Schmoller, Studienbuch BT II § 133 Rz 112.

¹⁶⁸ OGH 02.10.2007, 4 Ob 169/07t ecolex 2008/125, 340 = RZ 2008/EÜ 146, 107 = MR 2007, 372 unter Verweis auf das besagte Urteil, allerdings ohne AZ.

¹⁶⁹ Kienapfel/Schmoller, Studienbuch BT II § 153 Rz 15.

¹⁷⁰ Fabrizy, StGB⁹ § 153 Rz 1; Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz, WK² § 153 Rz 1; RIS-Justiz RS0099024.

¹⁷¹ Kienapfel/Schmoller, Studienbuch BT II § 153 Rz 27.

¹⁷² Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz, WK² § 153 Rz 6; Kienapfel/Schmoller, Studienbuch BT II § 153 Rz 37.

bzw. nachteilige Gebrauch von Vertretungsmacht wobei der Machthaber nach außen im Rahmen seiner Befugnis handelt, sich jedoch im Innenverhältnis über Begrenzungen seiner Vollmacht hinwegsetzt¹⁷³. Ein Missbrauch liegt nicht nur bei einem Verstoß ausdrücklicher im Innenverhältnis bestehender Pflichten vor, sondern bereits dann, wenn der Machthaber gegen die sich am Interesse des Vertretenen orientierenden Grundsätze redlicher und verantwortungsbewusster Geschäftsführung verstößt¹⁷⁴.

Die Untreue ist ein Erfolgsdelikt. Der tatbestandsmäßige Erfolg liegt im Eintritt eines **Vermögensnachteils** beim Vertretenen. Dieser muss durch den Missbrauch verursacht worden sein. Ein Vermögensnachteil kann aus Verminderung der Aktiven, Vermehrung der Passiven oder aber auch aus Gewinnentgang bestehen¹⁷⁵. *Kienapfel/Schmoller*¹⁷⁶ stehen der Qualifikation des entgangenen Gewinns als Vermögensnachteil iSd § 153 StGB ablehnend gegenüber; ihrer Ansicht nach ist es nicht die Aufgabe des Strafrechts Manager unter positiven Erfolgsdruck zu setzen, zumal auch die Gewinnmaximierung eine generelle wirtschaftliche Rahmenvorgabe darstellt und es keiner dahinter stehenden Strafdrohung bedürfe.

Quasi als Ausgleich zu der sehr weit gefassten Tathandlung verlangt § 153 StGB, dass der Befugnismissbrauch wissentlich erfolgt. Der Täter muss wissen, dass seine nach außen hin wirksame Vertretungshandlung gegen interne Schranken verstößt¹⁷⁷. Auch hinsichtlich der Zufügung des Vermögensnachteils muss beim Machthaber **Vorsatz** vorliegen. Als Schädigungsvorsatz genügt jedoch, da das Gesetz nichts anderes vorsieht, *dolus eventualis*¹⁷⁸.

Da es sich bei der Untreue um ein **Erfolgsdelikt** handelt, kann der Befugnismissbrauch gem § 2 StGB auch durch **Unterlassung** begangen werden; dies ist dann der Fall, wenn es der Machthaber pflichtwidrig unterlässt, mit der gebotenen Rechtshandlung die Vermögenslage des Machtgebers zu verbessern¹⁷⁹. Mit dem Eintritt des

¹⁷³ *Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz*, WK² § 153 Rz 28; *Kienapfel/Schmoller*, Studienbuch BT II § 153 Rz 59.

¹⁷⁴ *Kienapfel/Schmoller*, Studienbuch BT II § 153 Rz 60; *Fabrizy*, StGB⁹ § 153 Rz 4.

¹⁷⁵ *Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz*, WK² § 153 Rz 36; *Fabrizy*, StGB⁹ § 153 Rz 8.

¹⁷⁶ *Kienapfel/Schmoller*, Studienbuch BT II § 153 Rz 89.

¹⁷⁷ *Kienapfel/Schmoller*, Studienbuch BT II § 153 Rz 99.

¹⁷⁸ *Kienapfel/Schmoller*, Studienbuch BT II § 153 Rz 102; *Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz*, WK² § 153 Rz 42.

¹⁷⁹ *Fabrizy*, StGB⁹ § 153 Rz 5; *Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz*, WK² § 153 Rz 30.

Vermögensnachteils ist die Untreue **vollendet**¹⁸⁰. § 153 Abs 2 StGB enthält **Deliktsqualifikationen**. Demnach ist mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren zu bestrafen, wer einen 3.000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt und mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen, wer durch die Tat einen 50.000 Euro übersteigenden Schaden herbeiführt.

Da Untreue gerade in erster Linie auf der „Führungsetage“ eines Unternehmens begangen wird, ist § 153 StGB das **Paradebeispiel** für Wirtschaftskriminalität im gegebenen Zusammenhang¹⁸¹. Dennoch kommt es nicht auffällig oft zu Strafverfahren, was zum einen an der rechtlichen und beweismäßigen Kompliziertheit der Materie und zum anderen an der geringen Anzeigebereitschaft der Geschädigten liegt¹⁸². Ein charakteristischer Fall der Untreue ist es, wenn sich der Machthaber vom Geschäftspartner Provisionen bezahlen oder Versprechen lässt, und diese Provision letztendlich den Vertretenen schädigt¹⁸³. Meistens erfolgt die Schädigung dadurch, dass Provisionsabsprachen auf einen versteckten Preisnachlass hinauslaufen¹⁸⁴. Wegen Untreue verurteilt wurde ein Vorstandsmitglied einer Versicherungs-AG, welches seine Befugnis dadurch missbraucht hatte, in insgesamt 214 Fällen fingierte Schadensakten anlegen zu lassen und dadurch ohne Rechtsgrund die Auszahlung als Entschädigungszahlungen an Dritte veranlasste¹⁸⁵. Untreue des Vorstandsvorsitzenden ist der Verkauf eines zum Betriebsvermögen der AG gehörenden PKWs unter seinem Verkehrswert, der Einsatz einer bei der AG beschäftigten und von ihr bezahlten Reinigungskraft ausschließlich für die Erbringung von Arbeitsleistungen zugunsten seines Privatbereichs sowie die Veranlassung einer Werbeagentur, die im Zusammenhang mit Werbeaufträgen der AG von Medien gewährten Provisionen an eine dritte Gesellschaft weiterzugeben¹⁸⁶. Wegen Untreue iSd § 153 Abs 1 u 2 rechtskräftig verurteilt wurde der Vorstandsvorsitzende einer Bank-AG weil er die Anweisung erteilte 561.413,20 Euro in bar

¹⁸⁰ Kienapfel/Schmoller, Studienbuch BT II § 153 Rz 111; Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz, WK² § 153 Rz 36.

¹⁸¹ Kienapfel/Schmoller, Studienbuch BT II § 153 Rz 19; Widmaier, Haftung von Bankorganen – Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der im Bankbereich tätigen Organe (2001) 17.

¹⁸² Kienapfel/Schmoller, Studienbuch BT II § 153 Rz 20.

¹⁸³ Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz, WK² § 153 Rz 31; Kienapfel/Schmoller, Studienbuch BT II § 153 Rz 73; kommt es zu keiner Schädigung des Vertretenen sondern nur zu einer Bereicherung des Machthabers, kann eine Strafbarkeit nach §§ 153 lit a, 304 oder 305 StGB vorliegen.

¹⁸⁴ Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz, WK² § 153 Rz 31; Kienapfel/Schmoller, Studienbuch BT II § 153 Rz 74; vgl dazu auch OGH 17.05.1983, 12 Os 121/82, AKH-Urteil, JBl 1983, 545.

¹⁸⁵ OGH 29.11.1990, 12 Os 135/90 unter Verweis auf das rechtskräftige Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien 13.06.1988, 12 c Vr 2835/86-707.

¹⁸⁶ OGH 20.09.2000, 9 Ob 99/00z ZIK 2001/122 = ecolex 2001/106 unter Verweis auf das rechtskräftige Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien 11 d Vr 6749/92, Hv 2488/96.

an eine bestimmte Person auszuhändigen und auf Forderungen der Bank gegen diese Person entgegen den Interessen der Bank ohne Gegenleistung für die Bank zu verzichten, obwohl die Forderungen weder getilgt noch notleidend waren¹⁸⁷. Neben dem in bar ausgehändigtem Hartgeld wurde auf Forderungen aus bei der Bank eingerichteten Konten verzichtet, womit sich ein der Bank zugefügter Vermögensnachteil idH von 707.621,12 Euro ergab¹⁸⁸.

5. Geschenkkannahme durch Machthaber - § 153 lit a StGB

„Wer für die Ausübung der ihm durch Gesetz, behördlichen Auftrag oder Rechtsgeschäft eingeräumten Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, einen nicht bloß geringfügigen Vermögensvorteil angenommen hat und pflichtwidrig nicht abführt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu bestrafen.“

§ 153 lit a StGB lehnt sich sehr stark an den Tatbestand der Untreue iSd § 153 StGB an, jedoch gibt es entscheidende Unterschiede zwischen den beiden Delikten. Die **praktische Bedeutung** des § 153 lit a StGB ist sehr gering¹⁸⁹. Da der Gesetzgeber mit diesem Tatbestand die Korruption privater Machthaber unterbinden und sämtliche Bestechungen durch diesen erfassen wollte, soll die Geschenkkannahme durch Machthaber dennoch ganz kurz in Grundzügen dargelegt werden¹⁹⁰. Die Tathandlung besteht in der **Annahme eines nicht bloß geringfügigen Vermögensvorteils** und dessen **pflichtwidriger Nichtabführung**¹⁹¹. Als „nicht bloß geringfügig“ kann jede Leistung oder jeder Gegenstand mit einem Geldwert von mindestens 100 Euro angesehen werden¹⁹². Da nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 153 lit a StGB die Vermögenszuwendung „für“ die Ausübung seiner Befugnis erfolgen muss, wird zwischen Vermögenszuwendung und Befugnisgebrauch Konnexität gefordert¹⁹³. Der **Vorsatz** der Nichtabführung muss bereits bei der Vorteilsannahme gegeben sein, wobei dolus

¹⁸⁷ OGH 25.08.2009, 14 Os 48/09d.

¹⁸⁸ OGH 25.08.2009, 14 Os 48/09d.

¹⁸⁹ Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz, WK² § 153a Rz 4a; Pfeifer in Triffiterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgKomm II § 153a 7.

¹⁹⁰ Kienapfel/Schmoller, Studienbuch BT II § 153a; Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz, WK² § 153a Rz 1.

¹⁹¹ Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz, WK² § 153a Rz 11; Pfeifer in Triffiterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgKomm II § 153a Rz 14.

¹⁹² Pfeifer in Triffiterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgKomm II § 153a Rz 11.

¹⁹³ Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz, WK² § 153a Rz 6; Pfeifer in Triffiterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgKomm II § 153a Rz 14.

eventualis ausreicht¹⁹⁴. Folgt nach der Annahme des Vermögensvorteils nicht unverzüglich die Weitergabe an den Machtgeber, so ist das Delikt **vollendet**¹⁹⁵.

6. Betrug - §§ 146ff StGB

„§ 146 Wer mit dem Vorsatz, durch das Verhalten des Getäuschten sich oder einen Dritten unrechtmäßig zu bereichern, jemanden durch Täuschung über Tatsachen zu einer Handlung Duldung oder Unterlassung verleitet, die diesen oder einen anderen am Vermögen schädigt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.“

Betrug ist durch Täuschung veranlasste Vermögensschädigung mit Bereicherungsvorsatz¹⁹⁶. Zur Verwirklichung des Delikts erfordert § 146 StGB im Einzelnen ein Täuschungsverhalten (Vorspiegeln falscher Tatsachen sowie die Entstellung oder das Verschweigen richtiger Tatsachen), welches beim Getäuschten zu einem Irrtum (jede unrichtige Vorstellung von der Wirklichkeit) führt, aufgrund dessen dieser eine Vermögensverfügung vornimmt, welche beim Getäuschten selbst oder einem Anderen einen Vermögensschaden (Differenz um die sich der wirtschaftliche Wert des Gesamtvermögens aufgrund der Verfügung des Getäuschten verringert hat) bewirkt¹⁹⁷. Auf subjektiver Tatseite muss sich der Vorsatz auf alle eben genannten Betrugsmerkmale erstrecken und darüber hinaus auch im Hinblick auf die unrechtmäßige Bereicherung vorliegen¹⁹⁸. § 146 StGB verlangt Täuschungs-, Schädigungs- und Bereicherungsvorsatz, wobei bedingter Vorsatz jeweils ausreichend ist¹⁹⁹. Getäuscht werden kann ausdrücklich oder konkludent durch aktives Tun oder auch gem § 2 StGB durch bloßes Unterlassen²⁰⁰. Prinzipiell kann nur über Tatsachen getäuscht werden; davon erfasst sind aber auch objektivierbare Prognosen, welche einen Tatsachenkern aufweisen²⁰¹.

¹⁹⁴ Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz, WK² § 153a Rz 14; Pfeifer in Triffiterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgKomm II § 153a Rz 17.

¹⁹⁵ Kirchbacher/Presslauer in Höpfel/Ratz, WK² § 153a Rz 15.

¹⁹⁶ Kienapfel/Schmoller, Studienbuch BT II § 146 Rz 6.

¹⁹⁷ Kirchbacher in WK² § 146 Rz 2.

¹⁹⁸ Kirchbacher in WK² § 146 Rz 5; Kienapfel/Schmoller, Studienbuch BT II § 146 Rz 16.

¹⁹⁹ Kirchbacher in WK² § 146 Rz 111; RIS-Justiz RS0119624.

²⁰⁰ Kirchbacher in WK² § 146 Rz 20ff, 23ff; Kienapfel/Schmoller, Studienbuch BT II § 146 Rz 47ff.

²⁰¹ Kirchbacher in WK² § 146 Rz 32.

§ 156 ist ein **Erfolgsdelikt** und daher mit Eintritt des Erfolges, dem Vermögensschaden, **vollendet**²⁰². Wie bereits erwähnt kann Betrug auch durch **Unterlassung** begangen werden. § 147 StGB regelt den schweren Betrug und enthält mehrere **Qualifikationen**. Diese richten sich danach, ob der Betrug mittels besonderer Modalitäten – Strafdrohung von bis zu drei Jahren - begangen wurde (beispielsweise gem § 147 Abs 1 Z 1 StGB unter Verwendung einer falschen oder verfälschten Urkunde) oder die in § 147 Abs 2 StGB genannten Schadenshöhen von 3.000 Euro - Strafdrohung von bis zu drei Jahren – bzw nach § 147 Abs 3 StGB 50.000 Euro - Strafdrohung von einem bis zu zehn Jahren - überschritten wurden. Begeht der Täter den Betrug gewerbsmäßig, so ist er gem § 148 F 1 StGB mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren, begeht er jedoch einen schweren Betrug gewerbsmäßig, so ist er gem § 148 F 2 StGB mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren zu bestrafen. Gewerbsmäßige Begehung bedeutet iSd § 70 StGB die Vornahme einer strafbaren Handlung mit der Absicht, sich durch ihre wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen. Betrugsvorwürfen ausgesetzt war **beispielsweise** ein Vorstandsmitglied im Zuge des schon länger zurückliegenden *AKH-Prozesses*²⁰³. In jüngerer Zeit steht insbesondere der ehemalige Vorstandsmitglied einer Bank-AG unter dem Verdacht des schweren Betrugs nach §§ 146, 147 Abs 3 StGB²⁰⁴.

7. Betrügerische Krida § 156 StGB

„§ 156 (1) Wer einen Bestandteil seines Vermögens verheimlicht, beiseite schafft, veräußert oder beschädigt, eine nicht bestehende Verbindlichkeit vorschützt oder anerkennt oder sonst sein Vermögen wirklich oder zum Schein verringert und dadurch die Befriedigung seiner Gläubiger oder wenigstens eines von ihnen vereitelt oder schmälert, ist mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu bestrafen.“

Mit § 156 StGB beginnen die Straftatbestände im Hinblick auf den Schutz von Gläubigern. § 156 StGB regelt die betrügerische Krida. Tathandlung ist die wirkliche oder scheinbare Verringerung des Vermögens des Täters bzw des vom Täter geleiteten Unternehmens²⁰⁵. Der Täter muss **Schuldner** mindestens zweier **Gläubiger** sein²⁰⁶. Was die Person des Schuldners betrifft, so erweitert § 161 Abs 1 StGB den Anwendungsbereich der

²⁰² Kirchbacher in WK² § 146 Rz 4; Kienapfel/Schmoller, Studienbuch BT II § 146 Rz 7.

²⁰³ OGH 17.05.1983, 12 Os 121/82, *AKH-Urteil*.

²⁰⁴ Vgl beispielsweise OGH 02.06.2008, 14 Os 68/08f (14 Os 70/08p) unter Darstellung der strafrechtlichen Vorwürfe aus der rechtskräftigen Anklage.

²⁰⁵ Kirchbacher in WK² § 156 Rz 5; Rainer in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgKomm II § 156 Rz 14ff.

²⁰⁶ Kirchbacher in WK² § 156 Rz 3; Rainer in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgKomm II § 156 Rz 9.

Gläubigerschutzdelikte auf **leitende Angestellte**, wenn der Schuldner eine juristische Person ist. Leitende Angestellte sind gem § 74 Abs 3 StGB Angestellte eines Unternehmens, welche maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung haben; ausdrücklich wird festgelegt, dass Mitglieder des Vorstandes ohne Angestelltenverhältnis als leitende Angestellte anzusehen sind. Gläubiger ist, wer einen Anspruch hat, aus diesem Vermögen befriedigt zu werden, selbst wenn seine Forderung noch nicht fällig ist²⁰⁷.

Zur Tatbegehung zählt das Gesetz demonstrativ mehrere Begehungsarten auf, nämlich Beiseiteschaffen, Veräußern, Beschädigen sowie Vorschützen oder Anerkenntnis einer Forderung. Rechtlich sind diese **Tathandlungen** gleichwertig, weshalb eine Differenzierung zwischen ihnen im Strafurteil nicht erforderlich ist²⁰⁸. Eine tatsächliche **Vermögensverringerung** liegt vor, wenn die Aktiven verringert oder Passiven jeweils ohne entsprechenden Gegenwert verkürzt werden²⁰⁹. Das Vermögen wird scheinbar verringert, wenn sich zumindest einem Gläubiger die Vermögensmasse wahrheitswidrig reduziert darstellt (durch verheimlichen oder beispielsweise beiseiteschaffen)²¹⁰.

Durch diese Vermögensverringerung muss bei zumindest einem der Gläubiger eine **Vereitelung** (der Gläubiger erhält gar nichts) oder eine **Schmälerung** (der Gläubiger erhält weniger) des **Befriedigungsanspruchs** eintreten²¹¹. Im effektiven Befriedigungsausfall, welcher durch die Vermögensverminderung auf Seiten des Schuldners verursacht wurde, liegt der Erfolg dieses Delikts²¹². Betrügerische Krida ist ein **Vorsatzdelikt**. Der bedingte Vorsatz des Täters muss sich sowohl auf die Vermögensverringerung als auch auf den Befriedigungsausfall richten²¹³. Ein Bereicherungsvorsatz wird nicht verlangt²¹⁴.

§ 156 StGB ist ein **Erfolgsdelikt** und kann daher auch durch **Unterlassung** gem § 2 StGB begangen werden²¹⁵. **Vollendet** ist das Delikt mit Erfolgseintritt, also wenn zumindest ein Gläubiger seine Forderung mit Sicherheit nur zum Teil oder gar nicht erhält²¹⁶. § 156 Abs

²⁰⁷ Kirchbacher in WK² § 156 Rz 4f; Rainer in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgKomm II § 156 Rz 10.

²⁰⁸ Kirchbacher in WK² § 156 Rz 6a; RIS-Justiz RS0120085.

²⁰⁹ Kirchbacher in WK² § 156 Rz 10; Rainer in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgKomm II § 156 Rz 28.

²¹⁰ Kirchbacher in WK² § 156 Rz 13ff.

²¹¹ Kirchbacher in WK² § 156 Rz 19; Rainer in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgKomm II § 156 Rz 29.

²¹² Rainer in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgKomm II § 156 Rz 2, 31.

²¹³ Kirchbacher in WK² § 156 Rz 21; Rainer in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgKomm II § 156 Rz 34.

²¹⁴ Rainer in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgKomm II § 156 Rz 36.

²¹⁵ Rainer in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgKomm II § 156 Rz 45.

²¹⁶ Kirchbacher in WK² § 156 Rz 19; Rainer in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgKomm II § 156 Rz 41.

2 StGB enthält ferner eine **Schadensqualifikation** wonach eine Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren angedroht wird wenn die Summe der ausfallenden Forderungen (Zusammenrechnungsprinzip nach § 29 StGB) einen 50.000 Euro übersteigenden Schaden ergibt. **Paradebeispiel** aus der Rsp im Anwendungsbereich des § 156 StGB stellt die Verantwortlichkeit der Geschäftsführer einer kreditunwürdigen GmbH für die Rückzahlung eines eigenkapitalersetzenden Darlehens an den Gesellschafter dar²¹⁷.

a) Sonstige Gläubigerschutzdelikte

Nicht nur die Schädigung eigener Gläubiger, sondern auch die **Schädigung fremder Gläubiger** stellt das Gesetz unter Strafe. Nach § 157 StGB ist unter denselben Voraussetzungen wie jenen des § 156 StGB zu bestrafen wer, ohne Einverständnis des Schuldners, dessen Vermögen verringert und dadurch dessen Gläubiger schädigt. Umgekehrt ist auch bei Eintritt von Zahlungsunfähigkeit die **Begünstigung eines Gläubigers** iSd § 158 StGB verboten, wenn dadurch zumindest ein anderer Gläubiger benachteiligt wird. Ein dem § 156 StGB nachgebildetes Delikt ist auch die **Vollstreckungsvereitelung** nach § 162 StGB bzw die Vollstreckungsvereitelung zugunsten eines anderen nach § 163 StGB. Strafbar ist demnach die Vermögensverminderung und als dessen Folge der Befriedigungsausfall im Zuge der Zwangsvollstreckung oder eines bereits anhängigen Zwangsvollstreckungsverfahrens. Daneben zählt auch § 159 StGB, **grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen**, zu den Gläubigerschutzdelikten.

8. Die Strafbestimmung des § 255 AktG

§ 255. (1) Mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen ist vom Gericht zu bestrafen, wer als Mitglied des Vorstandes oder des Aufsichtsrates, Beauftragter oder Abwickler [Z 1 – 5] die Verhältnisse der Gesellschaft oder mit ihr verbundener Unternehmen oder erhebliche Umstände, auch wenn sie nur einzelne Geschäftsfälle betreffen, unrichtig wiedergibt, verschleiert oder verschweigt.

Auch das AktG selbst enthält mit § 255 AktG eine eigene Strafvorschrift. Obwohl sich dieser Begriff nicht unmittelbar aus dieser Strafbestimmung ergibt, wird dieses Delikt allgemein hin auch als „Bilanzfälschung“ bezeichnet. Durch § 255 AktG soll sichergestellt

²¹⁷ Vgl beispielsweise OGH 09.09.2003, 11 Os 41/02 RZ 2003, 128 = JBl 2003, 592 = AnwBl 2004, 276 (Kindel/Wengeler) = SSt 64/56 = JAP 2004/2005/31 (Helmreich); 01.10.2002, 11 Os 76/03 SSt 2003/69.

werden, dass die von Vorstandsmitgliedern gemachten Äußerungen über die Verhältnisse der Gesellschaft der Wahrheit entsprechen und das Gesamtbild der Angaben keine Fehlbeurteilung zulässt²¹⁸. Aufgrund dessen Qualifikation als abstraktes Gefährdungsdelikt ist § 255 AktG ein Paradebeispiel für ein Schutzgesetz. Es ist allgemein anerkannt, dass neben der Gesellschaft selbst, mittels § 255 AktG auch die Gläubiger und Gesellschafter geschützt werden sollen, weshalb gerade eine Verletzung des § 255 AktG auch zu einer unmittelbaren Haftung eines Vorstandsmitgliedes gegenüber Dritten führen kann²¹⁹. Der Grundtatbestand besteht darin, dass ein Vorstandsmitglied 1) Verhältnisse der Gesellschaft oder mit ihr verbundener Unternehmen oder 2) erhebliche Umstände, auch wenn sie nur einzelne Geschäftsfälle betreffen, 3) unrichtig wiedergibt, 4) verschleiert oder 5) verschweigt.

Verhältnisse der Gesellschaft betreffen insbesondere vermögensrechtliche Belange aber auch andere Angelegenheiten in Bezug auf die Lage und Entwicklung des Unternehmens²²⁰. Erweitert wird dieser Begriff durch **erhebliche Umstände**, welche dann vorliegen, wenn sie für die Beurteilung einer bestimmten Information notwendige Entscheidungsgrundlage sind²²¹. **Unrichtige Wiedergabe** bedeutet, dass der Inhalt einer Erklärung nicht der Wahrheit entspricht²²². Auch Schätzungen oder Prognosen können eine unrichtige Wiedergabe darstellen, wenn sie wenigstens im Kern eine Tatsachengrundlage besitzen und diese mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmt oder die Schlussfolgerungen daraus augenscheinlich verfehlt sind weil sie beispielsweise gegen allgemeine Erfahrungssätze sprechen²²³. **Verschweigen** liegt vor, wenn die Offenlegung von Informationen innerhalb einer schriftlichen Unterlage oder mündlichen Aussage unterlassen wird und zugleich aber der Eindruck vollständiger Auskunft über maßgebliche Umstände

²¹⁸ *Jabornegg/Geist* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 255 Rz 8; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/443.

²¹⁹ *Jabornegg/Geist* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 255 Rz 4; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/443; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 255 Rz 1; *Gelbmann*, Strafrechtliche Absicherung der Corporate Governance, GesRZ 2003, 20 (26f); OGH 27.06.2006, 3 Ob 75/06k GesRZ 2006, 322 = ecolex 2007/7 = RdW 2007/25 = ZFR 2007/36 = ÖBA 2007/1440.

²²⁰ *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 255 Rz 16; *Jabornegg/Geist* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 255 Rz 8.

²²¹ *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 255 Rz 17.

²²² *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 255 Rz 13; *Jabornegg/Geist* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 255 Rz 9.

²²³ *Jabornegg/Geist* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 255 Rz 9; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht System I (2005) § 11 Rz 16 beispielsweise eindeutig zu hoch angesetzte Ertragsaussichten bei Zugrundelegung nicht nachvollziehbarer Rechnungslegungsparameter.

erweckt wird²²⁴. Das gänzliche Unterlassen eines Berichts, einer Darstellung, einer Übersicht etc wird nicht vom Begriff des „Verschweigens“ umfasst²²⁵. Unter **Verschleierung** versteht man die zwar grundsätzlich richtige jedoch unklare, undeutliche oder unübersichtliche Darstellung, sodass wegen der Verdunkelung der wahre Sachverhalt nur mehr schwer erkennbar ist²²⁶.

§ 255 Abs 1 Z 1 – 5 zählt die Informationsmittel auf, in welchen nicht unrichtig wieder gegeben, verschwiegen oder verschleiert werden darf. Demnach sind Vorstandsmitglieder zu bestrafen, wenn sie nach § 255 Abs 1 Z 1 AktG in Berichten, Darstellungen und Übersichten betreffend die Gesellschaft oder mit ihr verbundene Unternehmen, die an die Öffentlichkeit oder an die Gesellschafter gerichtet sind, wie insbesondere im Jahresabschluss (Konzernabschluss) und im Lagebericht (Konzernlagebericht), Verhältnisse der Gesellschaft etc unrichtig wiedergeben, verschleiern oder verschweigen. Dasselbe Verbot gilt außerdem gem § 255 Abs 1 Z 2 AktG für öffentliche Aufforderungen zur Beteiligung an der Gesellschaft, Z 3 Vorträge oder Auskünfte in der HV, Z 4 Auskünfte, die nach § 272 UGB einem Abschlussprüfer oder sonstigen Prüfern der Gesellschaft zu geben sind und Z 5 für Berichte, Darstellungen und Übersichten an den AR oder seinen Vorsitzenden. Angedroht ist eine Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr oder eine Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen. Die Strafbarkeit verlangt gem § 5 StGB mindestens bedingten Vorsatz. Bei § 255 AktG handelt es sich um ein abstraktes Gefährdungsdelikt²²⁷. Der Eintritt eines Erfolges aufgrund der Täuschung ist daher nicht Tatbestandsvoraussetzung²²⁸.

§ 255 Abs 2 AktG nimmt ausdrücklich Bezug auf strafrechtliche Konsequenzen bezüglich der Unterlassung von Sonderberichterstattungen nach § 81 AktG. Demnach ist ein Vorstandsmitglied ebenso zu bestrafen, wenn es angesichts einer drohenden Gefährdung der Liquidität der Gesellschaft einen gebotenen Sonderbericht nicht erstattet. Umfasst wird also auch die gänzliche Unterlassung der Berichterstattung.

²²⁴ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 255 Rz 14; Jabornegg/Geist in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 255 Rz 9.

²²⁵ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 255 Rz 14; Jabornegg/Geist in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 255 Rz 9; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/80; aA Gruber, Ad-hoc-Publizität, ÖBA 2003, 239.

²²⁶ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 255 Rz 15; Jabornegg/Geist in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 255 Rz 9.

²²⁷ Kalss in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 255 Rz 7; Köck, Wirtschaftsstrafrecht 188f.

²²⁸ Jabornegg/Geist in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 255 Rz 10.

Klassische Manipulationen, die unter § 255 Abs 1 Z 1 AktG subsumiert werden können sind die Missachtung gebotener Bilanzierungsgrundsätze wie beispielsweise die Missachtung gebotener Wertansätze und unbegründete Bewertungen, die Nichtberücksichtigung von Vermögensbeständen oder Schulden, das Einsetzen nicht bestehender Aktiven oder Passiven uä²²⁹. Ein Fall des § 255 Abs 1 AktG ist es beispielsweise auch, wenn für ein anderes Unternehmen übernommene Haftungen sowie die Hingabe von Bankgarantien von den Vorstandsmitgliedern einer Bank nicht in die Bücher der Gesellschaft aufgenommen werden²³⁰.

9. Sonstiges

Die in dieser Arbeit dargestellten Delikte sind nur ein kleiner Ausschnitt dessen, was unter „Wirtschaftsstrafrecht“ subsumiert werden kann. Um eine Idee davon zu geben, wie weitläufig diese Materie ist sollen weitere Deliktsgruppen an dieser Stelle Erwähnung finden²³¹. Verboten sind beispielsweise Submissionsabsprachen in Form von wettbewerbsbeschränkenden Absprachen bei Vergabeverfahren (§ 168 lit b StGB). Ausdrücklich stellt das StGB auch den Versicherungsmissbrauch (§ 151 StGB) oder den Missbrauch von Förderungen (§ 153 lit b StGB) unter Strafe. Ein wichtiges Anliegen von Unternehmen ist es technische und wirtschaftliche Erfolge, Pläne, Vorhaben oder sonstige sensible Daten vor unbefugtem Zugriff zu schützen²³². Zu diesem Zweck werden von der Rechtsordnung eine Reihe von Delikten im Hinblick auf den Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen zur Verfügung gestellt (vgl beispielsweise §§ 122 – 124 StGB). Einen Risikobereich insbesondere für Bankorgane stellt die Geldwäscherei nach § 165 StGB dar²³³. Erwähnenswert sind auch die gerichtlich strafbaren Umweltschutztatbestände des StGB (§§ 180 – 183 StGB).

Zusätzlich finden sich in unzähligen Spezialgesetzen strafrechtliche Vorschriften. Es existiert sogar ein eigenes Lebensmittelstrafrecht (§ 81 LMSVG) oder auch ein Weistrafrecht (§ 62 WeinG). Delikte, welche den Charakter eines Wirtschaftsdelikts haben und für den

²²⁹ *Jabornegg/Geist in Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 255 Rz 12.

²³⁰ OGH 18.03.1997, 11 Os 165/96.

²³¹ Die folgende Auswahl der Delikte folgt im Wesentlichen jener von *Köck*, Wirtschaftsstrafrecht.

²³² *Köck*, Wirtschaftsstrafrecht 75.

²³³ *Widmaier*, Haftung von Bankorganen (2001) 73ff.

gegebenen Zusammenhang von Relevanz sein können, finden sich in komplexer und unübersichtlicher Weise quer verstreut in der gesamten österreichischen Rechtsordnung. Zu erwähnen ist, dass es in Spezialgesetzen außerdem Straftatbestände gibt, welche explizit eine strafgerichtliche Bestrafung für den „Leiter eines Unternehmens“, womit auch die Organe einer juristischen Person gemeint sind²³⁴, vorsehen, und zwar für den Fall, dass „er eine im Betrieb des Unternehmens von einem Bediensteten oder Beauftragten begangene Verletzung [...] nicht verhindert“ (vgl beispielsweise §§ 68 lit h Abs 3 MarkSchG, 42 Abs 2 GMG, 35 Abs 2 MuSchG, 159 Abs 2 PatG).

Auch das UWG enthält eigene Strafvorschriften. Gerichtlich strafbar ist gem § 4 UWG die wissentliche Anwendung aggressiver oder irreführender Geschäftspraktiken im geschäftlichen Verkehr in einer öffentlichen Bekanntmachung oder in einem Medium. Ferner enthält das UWG einen eigenen Korruptionstatbestand und stellt gem § 10 UWG die Bestechung von Bediensteten oder Beauftragten im geschäftlichen Verkehr unter Strafe. Ebenso werden die Verletzung von Geschäfts- oder Betriebsgeheimnissen und der Missbrauch anvertrauter Vorlagen durch eigene Straftatbestände des UWG erfasst (§§ 11 u 12 UWG). § 19 Abs 2 aF UWG, welcher ausdrücklich eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der Organe ua juristischer Personen für den Fall begründete, dass es vorsätzlich die im Betrieb des Unternehmens von einer anderen Person begangene Handlung nicht verhindert hat, wurde durch die UWG-Nov 2007²³⁵ aufgehoben. Zweck dieser Bestimmung war es, zumindest indirekt auch über das Unternehmen Strafen verhängen zu können²³⁶. Da dieser Zweck nunmehr vom VbVG erfüllt wird, konnte § 19 Abs 2 UWG entfallen²³⁷.

10. Grundstruktur der Verbandsverantwortlichkeit

Seit 01.01.2006 ist in Österreich das VbVG in Kraft²³⁸. Durch das VbVG kann bei der Verwirklichung eines Straftatbestandes neben natürlichen Personen auch das Unternehmen selbst strafrechtlich belangt werden. Die Individualstrafrechtliche Verantwortlichkeit besteht allerdings parallel dazu weiter (§ 3 Abs 4 VbVG). Ein derartiges Gesetz existiert nur für das

²³⁴ Köck, Wirtschaftsstrafrecht 154.

²³⁵ UWGNov 2007 BGBl I 2007/79.

²³⁶ ErläutRV 144 BlgNR 23. GP.

²³⁷ ErläutRV 144 BlgNR 23. GP.

²³⁸ Vgl eingehend zum VbVG Steininger, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (2006); Stärker, Unternehmensstrafrecht – Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (2007); Zeder, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (2006).

Kriminalstrafrecht, nicht jedoch für das Verwaltungsstrafrecht. Während im zivilrechtlichen Schadenersatzrecht die Verbandsverantwortlichkeit prinzipiell nichts Außergewöhnliches ist, bringt sie im Strafrecht einen Systemwandel. Zum einen konnten vor der Einführung des VbVG nur natürliche, physische Personen strafrechtlich verantwortlich gemacht werden, zum anderen kommt es zu einer Bestrafung für fremde Schuld was ein Spannungsverhältnis zum strafrechtlichen Schuldprinzip (Bestrafung nur für höchstpersönliche Schuld) mit sich bringt, zumal auch eine juristische Person gar nicht schulfähig ist²³⁹. Auch das Doppelbestrafungsverbot wird damit beschnitten, da die individualstrafrechtliche Verfolgung daneben weiter besteht²⁴⁰.

Unter den Begriff „Verband“ fallen gem § 2 Abs 2 VbVG ua juristische Personen, also auch die AG. Gem § 3 Abs 1 VbVG ist die Gesellschaft für eine Straftat verantwortlich, wenn die Tat zu ihren Gunsten begangen worden ist oder durch die Tat Pflichten verletzt worden sind, die den Verband treffen. Juristische Personen können aber eine Straftat nicht selbst begehen sondern können eben nur durch natürliche Personen rechtswirksam tätig werden. § 3 Abs 2 u 3 VbVG bestimmen daher zwei Personengruppen für deren Straftat die Gesellschaft einzustehen hat. Zum einen ist der Verband für Straftaten eines Entscheidungsträgers verantwortlich, wenn dieser als solcher die Tat rechtswidrig und schulfhaft, begangen hat. Zum andern ist der Verband auch für Straftaten von Mitarbeitern Verantwortlich; dies gem § 3 Abs 3 Z 1 u 2 VbVG nur dann, wenn der Mitarbeiter ein Delikt verwirklicht und die Tatbegehung außerdem durch Überwachungsverschulden von Entscheidungsträgern ermöglicht bzw zumindest erleichtert wurde. Als Sanktionen sieht § 4 VbVG Verbandsgeldbußen idH von mindestens 50 Euro und höchstens 10.000 Euro vor.

11. Sanktionen

Als mögliche Sanktionen bei Regelverstößen sieht das Strafrecht Geldstrafen und Freiheitsstrafen sowie auch die Diversion und die Abschöpfung vor. Die Geldstrafe wird nach dem Tagessatzsystem bemessen und an die Einkommensverhältnisse des Einzelnen angepasst²⁴¹. Die Anzahl der Tagessätze richtet sich nach Unrecht und Schuld der Tat, während sich die Höhe der Tagessätze gem § 19 Abs 2 StGB an den persönlichen Verhältnissen und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, also den

²³⁹ Vgl Lewisch in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht*, Wirtschaftsstrafrecht 207ff.

²⁴⁰ Steininger, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz § 3 Rz 95ff.

²⁴¹ Maleczky, AT II¹³ 30.

Einkommensverhältnissen, des Verurteilten zu orientieren hat. Der Tagessatz muss jedoch mindestens mit 4 Euro und höchstens mit 5.000 Euro festgesetzt werden. Ist die Geldstrafe uneinbringlich so wird iSd § 19 Abs 2 StGB eine Ersatzfreiheitsstrafe festgesetzt. Die Freiheitsstrafen werden gem § 18 StGB auf Lebensdauer oder auf bestimmte Zeit verhängt, wobei die zeitliche Freiheitsstrafe mindestens einen Tag und höchstens zwanzig Jahre betragen darf. An Stelle der Verurteilung kann dem Täter eine Diversion angeboten werden. Die Diversion ist in § 198f StGB geregelt und kommt dann zur Anwendung wenn nur eine leichte Straftat eines weniger gefährlichen Täters vorliegt. Es kommt zu keiner rechtskräftigen Verurteilung. Im Übrigen trifft § 20 StGB noch die Vermögensrechtliche Anordnung, dass Vermögensvorteile, die durch eine mit Strafe bedrohten Handlung erlangt wurden wieder herauszugeben sind.

C. Insolvenzrechtliche Verhaltensmaßstäbe

Im Einzelnen ist die Ausgestaltung der konkreten insolvenzrechtlichen Verhaltensmaßstäbe - nicht zuletzt auch aufgrund mangelnder gesetzlicher Begriffsdefinitionen - sehr diffizil und auch aufgrund dessen Umfangs im Sinne einer genaueren Bearbeitung Thema einer eigenen wissenschaftlichen Arbeit²⁴². Aufgrund des besonderen Risikos der persönlichen Inanspruchnahme eines Vorstandsmitgliedes im Zusammenhang mit der Insolvenz des Unternehmens sollen jedoch der Vollständigkeit wegen ganz grundlegende Begriffsdefinitionen und Verhaltensmaßstäbe der Vorstandsmitglieder an dieser Stelle der Arbeit grob dargestellt werden. Vorstandsmitglieder sind unabhängig von einer Ressortverteilung dazu verpflichtet die allgemeine wirtschaftliche Stellung des Unternehmens im Auge zu behalten und zu überwachen. Sie müssen eine wirtschaftliche Schieflage des Unternehmens erkennen können und im Anlassfall von der Rechtsordnung vorgegebene rechtliche Schritte in die Wege leiten. Bei Unterlassung oder schuldhaft verspäteter Einleitung dieser Maßnahmen drohen haftungsrechtliche Konsequenzen.

²⁴² Vgl dazu ausführlich die Dissertation von *Haslehner*, Die gesellschaftsrechtliche und zivilrechtliche Behandlung der Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Konkursverschleppungsfall (2005); vgl außerdem *Dellinger*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall (1991).

1. Konkursantragspflicht - § 69 KO

Nach § 69 Abs 1 KO ist ein Schuldner bei Vorliegen materieller Insolvenz, also Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, dazu verpflichtet bei Gericht einen Antrag auf Konkurseröffnung zu stellen. Handelt es sich beim Schuldner um eine juristische Person, so legt § 69 Abs 3 KO explizit fest, dass deren organschaftliche Vertreter diese Pflicht trifft. Wesentlich ist, dass der Konkursantrag iSd § 69 Abs 2 KO ohne schuldhaftes Zögern, spätestens jedoch sechzig Tage nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit zu beantragen ist. Wird dieser Antrag nicht rechtzeitig gestellt, so liegt Konkursverschleppung vor. Anstelle des Konkursantrags kann gem § 1 Abs 1 AO auch ein Ausgleichsantrag gestellt werden. Die Pflicht zur Stellung eines Konkursantrages trifft jedes einzelne Vorstandsmitglied – auch bei Kollektivvertretung²⁴³. Geht der Antrag nicht von allen Vorstandsmitgliedern aus, so sind die übrigen Vorstandsmitglieder, welche keinen Konkursantrag stellen wollen, gem § 69 Abs 4 KO vom Konkursgericht zu vernehmen.

a) Zahlungsunfähigkeit

Die beiden Erscheinungsformen der materiellen Insolvenz sind Überschuldung und Zahlungsunfähigkeit²⁴⁴. Der allgemeine Konkursgrund ist gem § 66 KO die Zahlungsunfähigkeit. Eine gesetzliche Definition der Zahlungsunfähigkeit existiert nicht. § 66 Abs 2 u 3 KO stellen lediglich klar, dass insbesondere dann, wenn der Schuldner seine Zahlungen einstellt, Zahlungsunfähigkeit vorliegt, wobei nicht vorausgesetzt wird, dass die Gläubiger andrängen. Hat der Schuldner Forderungen einzelner Gläubiger ganz oder teilweise befriedigt oder kann er diese noch befriedigen, so begründet dieser Umstand für sich alleine gem § 66 Abs 3 KO noch nicht die Annahme der Zahlungsunfähigkeit. Nach hM²⁴⁵ liegt Zahlungsunfähigkeit vor, „wenn der Schuldner objektiv generell mangels bereiter Mittel nicht nur vorübergehend außerstande ist, fällige Geldforderungen regelmäßig zu erfüllen“. Naturgemäß steht die Frage, ob und wann Zahlungsfähigkeit vorliegt im Mittelpunkt vieler Rechtsstreitigkeiten²⁴⁶. Klassisches Indiz für das Vorliegen von Zahlungsunfähigkeit ist beispielsweise die Schuldbegleichung nur in den dringlichsten Fällen um den Geschäftsbetrieb gerade noch aufrecht erhalten zu können oder die Nichtleistung trotz

²⁴³ Dellinger, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung 45; Pichler/Weninger, Vorstand 108; Bollenberger-Klemm, Geschäftsführerhaftung⁴ (2008) 94.

²⁴⁴ Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht² (2004) Rz 68.

²⁴⁵ RIS-Justiz RS0064528; Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht² Rz 70.

²⁴⁶ Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht² Rz 71.

Verurteilung in mehreren Verfahren, nach fruchtlosen Mahnungen oder ergebnislosen Exekutionen²⁴⁷. Wichtig zu unterscheiden ist die Zahlungsunfähigkeit von der Zahlungsstockung, welche keinen Konkursgrund darstellt. Zahlungsstockung liegt im allgemeinen dann vor, wenn nur vorübergehend ein Mangel an Zahlungsmittel besteht und dieser Zustand zeitnah wieder behebbar ist²⁴⁸. Auch diese Abgrenzung ist nicht immer ganz einfach.

b) Überschuldung

Der zweite materielle Insolvenzgrund ist die Überschuldung, welche meistens schon vor der Zahlungsunfähigkeit vorliegt²⁴⁹. Auch die Überschuldung wird im Gesetz nicht definiert. Nach § 69 Abs 1 KO bildet die Überschuldung nur für bestimmte Gruppen einen Insolvenzgrund, so ua auch für juristische Personen. Insolvenzzrechtliche Überschuldung liegt vor, wenn rein rechnerisch die Passiva gegenüber den Aktiva überwiegen und außerdem eine Fortbestehensprognose negativ ausfällt²⁵⁰. Fortbestehensprognose bedeutet, dass an Hand von Analysen der Verlustursachen, eines Finanzierungsplans sowie der Zukunftsaussichten der Gesellschaft und auch der geplanten Sanierungsmaßnahmen zu prüfen ist, mit welcher Wahrscheinlichkeit die Gesellschaft in Zukunft zahlungsfähig sein wird²⁵¹.

2. Grob fahrlässige Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen - § 159 StGB

§ 159 nF StGB trat am 01.08.2000 mit BGBl I 2000/58 in Kraft und ersetzte den in § 159 StGB aF geregelten Tatbestand der fahrlässigen Krida durch jenen der grob fahrlässigen Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen. Ziel dieser neuen Bestimmung ist es, sozialadäquates wirtschaftliches Risikoverhalten, welches im Wirtschaftsleben auch bei sorgfältigen Unternehmern zu finden ist, straflos zu lassen und nur mehr grob unwirtschaftliche Misswirtschaft eines Schuldners zu bestrafen²⁵². Wegen der ausdrücklichen Anordnung des § 161 AktG können die Vorstandsmitglieder, obwohl eigentlich die AG

²⁴⁷ RIS-Justiz RS0064528.

²⁴⁸ RIS-Justiz RS0094963 *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzzrecht² Rz 83.

²⁴⁹ *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzzrecht² Rz 84.

²⁵⁰ RIS-Justiz RS0064962; *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzzrecht² Rz 89.

²⁵¹ RIS-Justiz RS0064962; *Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzzrecht² Rz 94ff.

²⁵² *Kirchbacher* in WK² § 159 Rz 4; *Rainer* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgKomm II § 159 Rz 4.

Schuldnerin ist, wegen grob fahrlässiger Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen strafbar sein. Angedroht wird eine Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr. § 159 StGB erfasst eine vermögensgefährdende und zwei vermögensschädigende Verhaltensweisen im Zusammenhang mit der Zahlungsunfähigkeit nämlich:

nach **Abs 1** die grob fahrlässige Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit durch kridaträchtiges Handeln - Taterfolg ist in diesem Fall der Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners²⁵³. Abs 1 verlangt einen Kausalzusammenhang zwischen Zahlungsunfähigkeit und kridaträchtigem Handeln. Das tatbestandsmäßige Kridaverhalten muss für den Eintritt der Zahlungsunfähigkeit zumindest mitursächlich sein²⁵⁴.

nach **Abs 2** die grob fahrlässige Vereitelung oder Schmälerung der Befriedigung wenigstens eines der Gläubiger der Gesellschaft durch kridaträchtiges Handeln, nach erkennbarem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit. Ausreichend ist die Erkennbarkeit der Zahlungsunfähigkeit und nicht, dass der Täter sie tatsächlich erkannt hat²⁵⁵. Der Taterfolg liegt im effektiven, feststehenden Befriedigungsausfall mindestens eines Gläubigers²⁵⁶. Das tatbestandsmäßige Kridaverhalten muss zumindest mitursächlich für die Gläubigerschädigung sein²⁵⁷; und

nach **Abs 3** die grob fahrlässige Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit durch kridaträchtiges Handeln, wobei die Zahlungsunfähigkeit nur durch Eingreifen einer Gebietskörperschaft noch abgewandt werden konnte. Der Taterfolg ist die konkrete Gefahr der Zahlungsunfähigkeit; diese ist dann gegeben, wenn zum Zeitpunkt des freiwilligen Einschreitens der Gebietskörperschaft nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge aufgrund der Wirtschaftslage des Schuldners ohne weiteren Hinzutretens kridaträchtigen Verhaltens, alsbald Zahlungsunfähigkeit folgt²⁵⁸. Wiederum muss die Gefährdung auf kridaträchtige Verhaltensweisen eines Vorstandsmitgliedes zurückzuführen sein. Bedingung der Strafbarkeit ist, dass zumindest eine Gebietskörperschaft, wenn auch nur zusätzlich neben anderen Helfern, die Zahlungsunfähigkeit ohne rechtliche Verpflichtung dazu abgewandt hat²⁵⁹.

²⁵³ Kirchbacher in WK² § 159 Rz 68; Rainer in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgKomm II § 159 Rz 42.

²⁵⁴ Kirchbacher in WK² § 159 Rz 70; Rainer in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgKomm II § 159 Rz 48.

²⁵⁵ Kirchbacher in WK² § 159 Rz 75.

²⁵⁶ Kirchbacher in WK² § 159 Rz 78; Rainer in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgKomm II § 159 Rz 74.

²⁵⁷ Kirchbacher in WK² § 159 Rz 81.

²⁵⁸ Kirchbacher in WK² § 159 Rz 85; Rainer in Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgKomm II § 159 Rz 97.

²⁵⁹ Kirchbacher in WK² § 159 Rz 87ff.

Wesentliches Charakteristikum ist, dass der tatbildliche Erfolg durch eine der in § 159 Abs 5 StGB taxativ aufgezählten Handlungsweisen herbeigeführt wird²⁶⁰. Sanktioniert werden Gläubigerinteressen schädigende, zumindest grob fahrlässige Verhaltensweisen. Eine über die taxative Aufzählung hinausgehende Generalklausel hat der Gesetzgeber nicht eingefügt. Nach § 159 Abs 5 StGB handelt kridaträchtig, wer entgegen den Grundsätzen ordentlichen Wirtschaftens

„1. einen bedeutenden Bestandteil seines Vermögens zerstört, beschädigt, unbrauchbar macht, verschleudert oder verschenkt,“

Die darin enthaltenen Handlungsweisen sind rechtlich gleichwertig²⁶¹. Allen Handlungen gemeinsam ist, dass sie das Schuldnervermögen faktisch verringern²⁶². Verlangt wird außerdem die Zerstörung eines bedeutenden Bestandteils des Vermögens.

„2. durch ein außergewöhnlich gewagtes Geschäft, das nicht zu seinem gewöhnlichen Wirtschaftsbetrieb gehört, durch Spiel oder Wette übermäßig hohe Beträge ausgibt,“

davon erfasst sind weitere tatsächliche Vermögensverringerungen. Ein außergewöhnlich gewagtes Geschäft in diesem Sinn liegt nur dann vor, wenn die adäquaten Regeln kaufmännischer Sorgfalt unter Berücksichtigung des jeweiligen Unternehmenstyps, völlig außerhalb des Rahmens eines ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebs liegen²⁶³. Risiken, welche mit einem Geschäft gewöhnlicher Weise verbunden sind werden davon also nicht erfasst.

„3. übermäßigen, mit seinen Vermögensverhältnissen oder seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in auffallendem Widerspruch stehenden Aufwand treibt,“

Übermäßig ist ein Aufwand dann, wenn er mit den Einkommens- und Vermögensverhältnissen des Schuldners in auffallendem Missverhältnis steht²⁶⁴. Aufwand erfasst sowohl Ausgaben im privaten als auch im geschäftlichen Interesse (beispielsweise überhöhte Personal-, Werbe- oder Repräsentationskosten)²⁶⁵.

²⁶⁰ Rainer in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgKomm II § 159 Rz 20.

²⁶¹ *Fabrizy*, StGB⁹ § 159 Rz 6; Rainer in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgKomm II § 159 Rz 23.

²⁶² *Fabrizy*, StGB⁹ § 159 Rz 6; Rainer in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgKomm II § 159 Rz 23.

²⁶³ *Fabrizy*, StGB⁹ § 159 Rz 7; *Kirchbacher* in WK² § 159 Rz 45.

²⁶⁴ Rainer in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgKomm II § 159 Rz 29; *Kirchbacher* in WK² § 159 Rz 50.

²⁶⁵ *Fabrizy*, StGB⁹ § 159 Rz 8; *Kirchbacher* in WK² § 159 Rz 50.

„4. Geschäftsbücher oder geschäftliche Aufzeichnungen zu führen unterlässt oder so führt, dass ein zeitnaher Überblick über seine wahre Vermögens-, Finanz- und Ertragslage erheblich erschwert wird, oder sonstige geeignete und erforderliche Kontrollmaßnahmen, die ihm einen solchen Überblick verschaffen, unterlässt oder“

Diese Form des kridaträchtigen Handelns knüpft nicht an eine eigene gesetzliche Aufzeichnungs- oder Buchführungspflicht an²⁶⁶. Das Gesetz geht vielmehr von einer allgemeinen Pflicht eines jeden Wirtschaftstreibenden aus, Aufzeichnungs- und Kontrollmaßnahmen zu setzen, anhand derer er sich zeitnah einen Überblick über seine wirtschaftliche Lage verschaffen kann²⁶⁷. Die Art und Form der Aufzeichnung liegt demnach in seinem eigenen Ermessen. Wurden mit der Führung von Büchern und Aufzeichnungen andere betraut (beispielsweise einem Steuerberater), so muss der Schuldner dafür Sorge tragen, dass der Beauftragte den übernommen Aufgaben pflichtgemäß nachkommen kann²⁶⁸. In diesem Fall obliegt ihm die Überwachung des Beauftragten sowie die zeitgerechte und vollständige Übermittlung der benötigten Informationen und Unterlagen²⁶⁹.

„5. Jahresabschlüsse, zu deren Erstellung er verpflichtet ist, zu erstellen unterlässt oder auf eine solche Weise oder so spät erstellt, dass ein zeitnaher Überblick über seine wahre Vermögens-, Finanz- und Ertragslage erheblich erschwert wird.“

Z 5 hingegen bezieht sich sehr wohl auf die gesetzliche Pflicht Jahresabschlüsse zu erstellen. Im Übrigen gilt das zu Z 4 Gesagte sinngemäß.

Der **Vorsatz** des Täters muss sich sowohl auf die Tathandlung als auch auf den Erfolg erstrecken. Ausdrücklich verlangt § 159 StGB nunmehr grobe Fahrlässigkeit. Leichte Fahrlässigkeit ist dann gegeben, wenn der in Frage stehende Fehler gelegentlich auch einem sorgfältigen Menschen unterlaufen könnte, grobe Fahrlässigkeit hingegen liegt dann vor, wenn die Übertretung ungewöhnlich bzw auffallend sorglos ist und der Eintritt einer Tatbestandsverwirklichung schon als wahrscheinlich vorhersehbar ist²⁷⁰. Kriterium für die Abgrenzung zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit ist der in der Tat verwirklichte Handlungs-, Gesinnungs- und Erfolgsunwert; Umstände die zur Abgrenzung herangezogen werden können sind beispielsweise Zahl und Gewicht der verletzten Pflichten, Umfang und

²⁶⁶ *Fabrizy*, StGB⁹ § 159 Rz 9; *Kirchbacher* in WK² § 159 Rz 58.

²⁶⁷ *Fabrizy*, StGB⁹ § 159 Rz 9; *Kirchbacher* in WK² § 159 Rz 58.

²⁶⁸ *Kirchbacher* in WK² § 159 Rz 54; *Rainer* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgKomm II § 159 Rz 31.

²⁶⁹ *Rainer* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgKomm II § 159 Rz 31.

²⁷⁰ *Fabrizy*, StGB⁹ § 159 Rz 14; *Rainer* in *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer*, SbgKomm II § 159 Rz 59.

Wert der drohenden Rechtsgutbeeinträchtigung ebenso wie geistige und körperliche Umstände oder Krankheit²⁷¹.

Wie gezeigt handelt es sich um ein **Erfolgsdelikt**, welches auch durch **Unterlassung** nach § 2 StGB begangen werden kann²⁷². Begehung durch Unterlassung der Abwendung des Erfolgseintritts ist aber nur dann strafbar, wenn auch in der Unterlassung eine Kridahandlung iSd § 159 Abs 5 StGB liegt²⁷³. Eine Bestrafung wegen **Versuch** ist bei Fahrlässigkeitsdelikten nicht möglich. **Qualifikationen** enthält § 159 Abs 4 StGB. Eine Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren wird vom Gesetz angedroht, wenn in den Fällen der Abs 1 u 2 ein 800.000 Euro übersteigender Befriedigungsausfall der Gläubiger bewirkt wird oder im Fall der Abs 1 u 2 durch die Straftat die wirtschaftliche Existenz vieler Menschen geschädigt wird oder im Fall des Abs 3 geschädigt worden wäre.

3. Verlustanzeigespflicht - § 83 AktG

Gem § 83 AktG hat der Vorstand unverzüglich die HV einzuberufen und dieser davon Anzeige zu machen, dass ein Verlust in der Höhe des halben Grundkapitals besteht, wenn sich dies bei Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz ergibt oder aus sonstigen Gründen anzunehmen ist. Die Verpflichtung des Vorstandes besteht zum einen in der Einberufung der HV und zum andern in deren Information über den Verlust. Diese Vorschrift dient dem Schutz der Aktionäre, da diese durch die Information über den Verlust die Möglichkeit bekommen sollen, sich damit auseinandersetzen und geeignete Maßnahmen ergreifen zu können²⁷⁴. Die Einberufungspflicht obliegt der zwingenden Gesamtverantwortung des Vorstandes; jedes Vorstandsmitglied hat jedoch unabhängig von einer Ressortverteilung bei Kenntnis des Verlustes die übrigen Vorstandsmitglieder zu informieren und darauf hinzuwirken, dass eine entsprechende Verständigung erfolgt²⁷⁵. Wird der Verlust von (weit) mehr als der Hälfte des Grundkapitals von den Vorstandsmitgliedern entdeckt, so ist zu prüfen ob sie den Verlust von mindestens der Hälfte des Grundkapitals

²⁷¹ Rainer in Triffiterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgKomm II § 159 Rz 61.

²⁷² Rainer in Triffiterer/Rosbaud/Hinterhofer, SbgKomm II § 159 Rz 19.

²⁷³ Kirchbacher in WK² § 159 Rz 66, 76.

²⁷⁴ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77-84 Rz 21; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 83 Rz 2; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/367.

²⁷⁵ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/368; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77-84 Rz 23.

schuldhaft übersehen haben²⁷⁶. Da die Verlustentwicklung ein dynamischer Prozess ist muss dem Vorstand allerdings eine angemessene Frist zur Überlegung, Nachforschung und Vorbereitung eingeräumt werden²⁷⁷.

4. Das URG

Reorganisation ist nach der Definition des § 1 Abs 2 URG eine nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen durchgeführte Maßnahme zur Verbesserung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage eines im Bestand gefährdeten Unternehmens, die dessen nachhaltige Weiterführung ermöglicht. Ist zwar eine drohende Insolvenz abzusehen, besteht jedoch die Möglichkeit einer seriösen Sanierung des Unternehmens, so haben die Vorstandsmitglieder gem § 1 Abs 1 URG die Möglichkeit ein Reorganisationsverfahren nach dem URG bei Gericht zu beantragen. Ziel ist also die Vermeidung der Insolvenz, was natürlich die Solvenz zum Zeitpunkt der Einleitung des Reorganisationsverfahrens voraussetzt. Wann Reorganisationsbedarf, hingegen noch nicht Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vorliegt, kann aus § 22 Abs 1 Z 1 URG abgeleitet werden. Demnach wird der Reorganisationsbedarf bei Eintritt zweier Kennzahlen vermutet, nämlich dann wenn die Eigenmittelquote weniger als 8% und die fiktive Schuldentilgungsdauer mehr als 15 Jahre beträgt. Eine Verpflichtung zur Stellung eines Antrages auf Unternehmensreorganisation besteht nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes nicht, der Vorstand „kann“ jedoch ein solches einleiten.

5. Sanktionen

Besondere dem Insolvenzrecht eigene Sanktionen existieren nicht. Klassische Rechtsfolge für Verletzungen von insolvenzrechtlichen Verhaltensmaßstäben ist eben gerade eine Haftung wegen des Befriedigungsausfalles. Für Verletzungen des URG ordnet § 22 URG sogar ausdrücklich eine Haftung der Mitglieder des Verwaltungsorgans einer juristischen Person an. Zusätzlich besteht eine strafrechtliche Verantwortlichkeit wegen grob fahrlässiger Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen gem § 158 StGB. § 158 Abs 1 Z 2 aF StGB sah auch noch einen Straftatbestand wegen Konkursverschleppung vor. Durch die Kridastrafrechtsreform wurde dieser allerdings mit BGBl I 2000/58 beseitigt.

²⁷⁶ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77-84 Rz 25.

²⁷⁷ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77-84 Rz 25.

D. Gesellschaftsrechtliche Verhaltensmaßstäbe

Nach einer Art „Pflichtenkatalog“ für den Vorstand oder dessen Mitglieder sucht man im AktG vergeblich. Die Pflicht des Vorstandes als Gesamtorgan ist gem § 70 AktG die umfassende Leitung der Gesellschaft, wovon die Geschäftsführung und die Vertretung umfasst sind. Neben dieser Generalklausel weist das Gesetz entweder dem Vorstand oder den Vorstandsmitgliedern explizit bestimmte Aufgaben zu²⁷⁸. Bestimmungen, welche an die Vorstandsmitglieder gerichtet sind, berechtigen und verpflichten zwingend jedes einzelne Vorstandsmitglied; ist hingegen der Vorstand Adressat und ist ein mehrgliedriger Vorstand eingerichtet, wird der Vorstand als Gesamtorgan berechtigt und verpflichtet, wobei es - sofern es sich nicht um zwingend dem Gesamtvorstand auferlegte Kernkompetenzen der Geschäftsführung handelt - auf die innere Ordnung des Vorstandes ankommt, welches Vorstandsmitglied was zu tun hat²⁷⁹.

Aufgrund ihrer Stellung als Fremdvermögensverwalter entspricht es darüber hinaus der anerkannten Meinung, dass jedes Vorstandsmitglied eine im Gesetz nicht explizit verankerte Treuepflicht trifft²⁸⁰. Eine mittlerweile sich verselbständigende, jedoch branchenübergreifend nicht ausdrücklich im Gesetz geregelte Pflichtengruppe ist die der Überwachung und Organisation. Es sei gleich vorweg darauf hingewiesen, dass sämtliche in diesem Kapitel aufgezeigten Verhaltensmaßstäbe der Vorstandsmitglieder bei Pflichtverletzungen durch § 84 AktG mit Schadenersatzansprüchen der Gesellschaft gegenüber dem pflichtwidrig handelnden Vorstandsmitglied sanktioniert werden²⁸¹. Die Pflichtwidrigkeit stellt die Rechtswidrigkeit dar und führt bei Vorliegen der übrigen zivilrechtlichen Haftungsvoraussetzungen zur Haftung.

1. Leitung der Gesellschaft - § 70 AktG

Zentrale Regelung in Bezug auf die Organisation des Vorstandes ist § 70 AktG. Er ist in zweifacher Hinsicht von besonderer Bedeutung: einerseits räumt er dem Vorstand das

²⁷⁸ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/318.

²⁷⁹ Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 70 Rz 3; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 – 84 Rz 1.

²⁸⁰ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/390f; Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 171; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 – 84 Rz 67.

²⁸¹ Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 171; vgl dazu Kapitel III.A.1.

ausschließliche und alleinige²⁸² Entscheidungsmonopol in Bezug auf alle die Leitung des Unternehmens und die Erfüllung des Unternehmenszwecks betreffenden Fragen ein, andererseits legt er die Zielvorgaben fest, nach welchen sich der Vorstand bei der Ausübung seiner Leitungskompetenzen zu richten hat²⁸³.

Nach § 70 Abs 1 AktG obliegt dem Vorstand die Leitung der Gesellschaft. Dadurch wird im Verhältnis des Vorstandes zur Gesellschaft eine organschaftliche Pflicht zur Unternehmensleitung begründet²⁸⁴. Diese ist ihm zwingend zugewiesen und kann nicht auf andere Organe übertragen werden²⁸⁵. Der Vorstand ist zur Ausübung dieser Leitungskompetenz berechtigt und verpflichtet weshalb Inaktivität ebenso wie eine rechtswidrige Entscheidung Haftungsfolgen nach sich ziehen können²⁸⁶. Was genau zu den Pflichten der Unternehmensleitung gehört ist im AktG nicht geregelt.

In der deutschen Lehre²⁸⁷ werden als Oberbegriffe für die Funktion der Unternehmensspitze beispielsweise Planung, Organisation und Kontrolle genannt, andere zählen zu den Führungsinstrumenten Planung und Steuerung, Organisation, Controlling sowie Information. Weit verbreitet ist der Ansatz, aus der allgemeinen Betriebswirtschaftslehre die maßgeblichen Aufgaben der Führungsebene herzuleiten. Zu den nach diesen Grundsätzen ermittelten Leitungsaufgaben werden gezählt die Unternehmensplanung (Zielsetzung und mittel/ langfristige Bestimmung der Unternehmenspolitik), die Unternehmenskoordinierung (Organisation/ Koordination der mit Führungsaufgaben versehenen Teilbereiche der AG), die Unternehmenskontrolle (Überwachung von Durchführung/ Erfolg übertragener Geschäftsführungsaufgaben als auch deren nachträgliche Kontrolle) und die Führungspostenbesetzung (Belegung von Führungsstellen im Unternehmen)²⁸⁸. *Fleischer*²⁸⁹ versucht in Anpassung an eine moderne Unternehmensführung dem Vorstand vier unentziehbare und unübertragbare Verantwortungsbereiche zuzuteilen, nämlich Planungs-

²⁸² Sofern nicht eine andere gesetzliche Regelung ausdrücklich etwas anderes bestimmt beispielsweise durch § 95 AktG.

²⁸³ *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 6; *Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 70 Rz 4f.

²⁸⁴ *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 1; *Fleischer in Fleischer*, Vorstandsrecht § 1 Rz 7.

²⁸⁵ *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/316.

²⁸⁶ *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 8; *Pichler/Weninger*, Vorstand 77.

²⁸⁷ Vgl dazu *Fleischer in Fleischer*, Vorstandsrecht § 1 Rz 13 mwN.

²⁸⁸ *Fleischer in Fleischer*, Vorstandsrecht § 1 Rz 15 mwN.

²⁸⁹ *Fleischer in Fleischer*, Vorstandsrecht § 1 Rz 15; vgl auch ausführlich *Fleischer*, Zur Leitungsaufgabe des Vorstands im Aktienrecht, ZIP 2003, 1.

und Steuerungsverantwortung, Organisationsverantwortung, Finanzverantwortung und Leitungsverantwortung.

In Österreich teilt *Kalss*²⁹⁰ die wesentlichen Leitungsaufgaben des Vorstandes gut übersichtlich in vier maßgebliche Bereiche ein, nämlich 1) Planung und Strategie, 2) Überwachung und Etablierung organisatorischer Vorkehrungen 3) Personalverantwortlichkeit für das Leitungspersonal sowie 4) Organisation und Ausführung des Tagesgeschäfts. Zu den grundsätzlich strategischen Führungsaufgaben zählt *Kalss*²⁹¹ i) Unternehmensplanung und Strategie, ii) Finanzhoheit, iii) Überwachung und organisatorische Vorkehrungen, vi) Informationsverantwortung und iv) Führungsstellenbesetzung. Das bedeutet²⁹²: der Vorstand legt unter Berücksichtigung der Unternehmensziele die langfristige Unternehmensrichtung und die beabsichtigte Geschäftspolitik fest. Die Finanzhoheit beinhaltet die vorausschauende Finanzplanung sowie nachprüfende Finanzkontrolle und die Beobachtung der Entwicklung des Unternehmens, was auch den Abgleich mit Plandaten umfasst. Ein wichtiger strategischer Gesichtspunkt ist jener der Überwachung und der Einrichtung organisatorischer Vorkehrungen: Vorstandsmitglieder haben nicht nur ihre Tätigkeiten aufeinander abzustimmen sowie untereinander sachgerecht aufzuteilen und sich gegenseitig zu überwachen, sondern sie müssen auch die Arbeitsgebiete der nachgeordneten Führungsebene einteilen, abgrenzen und überwachen. Für die sachgerechte Besetzung des nachgeordneten Führungspersonals ist ebenfalls der Vorstand verantwortlich. Um die Erfüllung seiner Aufgaben bewerkstelligen zu können, obliegt es dem Vorstand durch Einrichtung eines ausgedehnten und übergreifenden Informationswesens den unternehmensinternen Informationsfluss bzw. das Informationsmanagement sicherzustellen. Neben den vordergründig strategischen Bereichen zählt auch das operative Tagesgeschäft zum Verantwortungsbereich des Vorstandes und zwar nicht nur in Bezug auf Entscheidungen über abzuschließende Geschäfte, sondern auch auf alle Verfügungen tatsächlicher Art.

Nach *Strasser*²⁹³ umfasst die Leitungsbefugnis sowohl die langfristige unternehmerische Konzeption als auch das Tagesgeschäft. Zur Konkretisierung der Leitungsaufgabe zählt er Beispiele auf. Hierzu nennt er ua Entscheidungen betreffend

²⁹⁰ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/329.

²⁹¹ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/331ff.

²⁹² Vgl. zu diesen zusammengefassten Ausführungen *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/330ff.

²⁹³ *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 7.

kaufmännische, technische (zB Modernisierung einer maschinellen Anlage) oder soziale Themenbereiche sowie Forschungs-, Finanzierungs- und Personalangelegenheiten ebenso wie Entscheidungen über Investitionsvorhaben, Erzeugung neuer Produkte oder das Aufsuchen neuer Märkte und überhaupt die Entwicklung diverser der Verwirklichung des Gesellschaftszwecks dienender Konzepte²⁹⁴.

Durch das AktG, das UGB und vielen weiteren einschlägigen Gesetzen sowie auch der Satzung werden konkrete Rechte und Pflichten festgelegt (beispielsweise Einrichtung eines Rechnungswesens und internen Kontrollsystems, Berichtspflichten an AR etc), welche die Leitungsaufgabe konkretisieren und einen verbindlichen Rechtsrahmen zur Ausübung dieser Leitungsfunktion vorgeben. Innerhalb dieses Rahmens steht den Vorstandsmitgliedern ein unternehmerischer Ermessensspielraum zu²⁹⁵.

a) Die Zielvorgaben des § 70 AktG

Der Vorstand hat seine Leitungstätigkeit an den Zielvorgaben des § 70 Abs 1 AktG auszurichten und dabei mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vorzugehen²⁹⁶. § 70 Abs 1 AktG verpflichtet den Vorstand zur Leitung der Gesellschaft und zwar in einer Weise, wie es das Wohl des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses erfordert. In § 70 Abs 1 AktG nicht genannt werden die Interessen der Gesellschaftsgläubiger welche jedoch nach hA²⁹⁷ ebenso zu berücksichtigen sind.

Vorrangiges Ziel bei der Unternehmensleitung muss das Unternehmenswohl sein, die übrigen Interessen sind nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 70 AktG „zu berücksichtigen“. Dieses Ziel ist im Rahmen des durch die Satzung festgelegten Unternehmensgegenstandes zu verfolgen²⁹⁸. Inhaltlich ist mit dem „Wohl des Unternehmens“ typischer Weise die längerfristige Sicherung des Bestandes und die Erzielung des

²⁹⁴ Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 9.

²⁹⁵ Vgl zum unternehmerischen Ermessen Kapitel II.D.7.

²⁹⁶ Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 10.

²⁹⁷ Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 19; Nowotny in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 70 Rz 10; Kalss in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/324.

²⁹⁸ Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 20; Nowotny in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 70 Rz 11; Kalss in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/322; Die Vertretungsmacht des Vorstandes wird jedoch durch den Unternehmensgegenstand nicht beschränkt, da das „Ultra Vires Prinzip“ im Recht der Kapitalgesellschaften nicht gilt (vgl ferner Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 71 Rz 59).

bestmöglichen Betriebsergebnisses bei Wirtschaftsunternehmen unter gleichzeitiger Berücksichtigung der längerfristigen Unternehmensentwicklung zu verstehen²⁹⁹. Das „Interesse der Arbeitnehmer“, das „Interesse der Aktionäre“³⁰⁰ sowie das „Interesse der Gesellschaftsgläubiger“ finden regelmäßig im Unternehmenswohl Deckung³⁰¹. Lediglich in Bezug auf die Frage der Ergebnisverwendung wird es meistens zu einander widersprechenden Interessen zwischen Aktionären, Arbeitnehmern und Gläubigern kommen³⁰². Das „öffentliche Interesse“ schließlich meint das Gemeinwohl der Gesamtgesellschaft aus einer volkswirtschaftlichen Perspektive im Gegensatz zu den Interessen der davor genannten einzelnen Gruppen, weshalb die Rolle der Gesellschaft innerhalb der gesamten Volkswirtschaft zu berücksichtigen ist³⁰³.

Im Verhältnis der einzelnen Zielvorgaben zueinander steht das Unternehmenswohl an oberster Stelle³⁰⁴. Die übrigen Interessen stehen einander prinzipiell gleichrangig gegenüber und sind vom Vorstand bei der Ausübung seiner Leitungsbefugnis gegeneinander abzuwägen³⁰⁵.

2. Einhaltung von Rechtsnormen, Satzung und bindenden Organbeschlüssen

Richten sich Vorschriften direkt an den Vorstand oder dessen Mitglieder versteht es sich von selbst, dass diese einzuhalten sind. Vorstandsmitglieder haben bei der Ausübung ihrer Vorstandstätigkeit grundsätzlich alle an sie adressierten Rechtsnormen, die Satzung und

²⁹⁹ Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 24; Nowotny in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 70 Rz 11; Kalss in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/323.

³⁰⁰ Das Interesse der Aktionäre meint das Interesse sämtlicher Aktionäre und nicht nur jene des Mehrheits- oder Alleinaktionärs Nowotny in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 70 Rz 12; Kalss in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/324; aA Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 24.

³⁰¹ Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 24ff; Nowotny in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 70 Rz 12f; Kalss in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/322.

³⁰² Nowotny in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 70 Rz 12; Kalss in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/324; aA Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 24.

³⁰³ Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 27; Nowotny in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 70 Rz 14; Kalss in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/324.

³⁰⁴ Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 28; Nowotny in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 70 Rz 15; Kalss in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/325.

³⁰⁵ Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 28; Nowotny in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 70 Rz 15.

auch bindende, rechtswirksame Organbeschlüsse (resultierend aus den Mitentscheidungsrechten des AR oder der HV) einzuhalten³⁰⁶.

Vorstandsmitglieder sind aber auch dazu verpflichtet sämtliche eigentlich an die Gesellschaft als Rechtssubjekt adressierten Rechtsvorschriften einzuhalten; genauer gesagt müssen sie dafür sorgen, dass diese Vorschriften von Unternehmens-zugehörigen Personen eingehalten werden³⁰⁷. Wichtige Vorschriften ergeben sich insbesondere aus dem allgemeinen Zivil-, Wettbewerbs-, Arbeits-, Straf-, Verwaltungs-, Steuer-, Sozial- oder auch Umweltrecht³⁰⁸. Bei Vorschriftenverletzung kann eine Haftung sowohl gegenüber Dritten (beispielsweise gegenüber der Abgabenbehörde) als auch gegenüber der Gesellschaft selbst drohen³⁰⁹. Insgesamt haben die Vorstandsmitglieder zwar für ein rechtskonformes Verhalten der Gesellschaft zu sorgen. Für rechtswidrige Handlungen von Mitarbeitern der Gesellschaft können Vorstandsmitglieder jedoch nur dann in Anspruch genommen werden, wenn sie das verbotene Verhalten angeordnet, geduldet oder wenn sie es schuldhaft unterlassen haben notwendige Maßnahmen zur Vermeidung solcher Handlungen zu treffen³¹⁰.

Die Zielvorgaben des § 70 Abs 1 AktG dürfen nicht durch rechtswidrige Handlungen verfolgt werden, und zwar selbst dann nicht, wenn der Rechtsbruch betriebswirtschaftlich sinnvoll ist³¹¹. In der Lehre wird allerdings vereinzelt diskutiert eine Haftung für Verstöße, welche im Interesse der Gesellschaft begangen wurden, entfallen zu lassen³¹².

3. Treuepflicht

Die Treuepflicht ist zwar nicht explizit im Gesetz verankert, jedoch ergibt sie sich aus der Stellung der Vorstandsmitglieder als Verwalter fremden Vermögens gegenüber der

³⁰⁶ Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 183; Ulmer/Habersack/Winter, Großkommentar zum GmbHG II (2006) § 43 Rz 23; Reiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften⁴ (2006) § 14 Rz 63f.

³⁰⁷ Reiser/Veil, Kapitalgesellschaften⁴ § 14 Rz 66; Ulmer/Habersack/Winter, Großkomm GmbHG § 43 Rz 32f.

³⁰⁸ Reiser/Veil, Kapitalgesellschaften⁴ § 14 Rz 66; Ulmer/Habersack/Winter, Großkomm GmbHG § 43 Rz 32f.

³⁰⁹ Reiser/Veil, Kapitalgesellschaften⁴ § 14 Rz 66.

³¹⁰ Reiser/Veil, Kapitalgesellschaften⁴ § 14 Rz 66.

³¹¹ Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 70 Rz 16; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/327; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 70 Rz 8.

³¹² Vgl beispielsweise Leupold/Ramharter, Nützliche Gesetzesverletzungen - Innenhaftung der Geschäftsleiter wegen Verletzung der Legalitätspflicht? GesRZ 2009, 253; Fleischer, Aktienrechtliche Legalitätspflicht und „nützliche“ Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern, ZIP 2005, 141.

Gesellschaft³¹³. Bei Verletzungen der Treuepflicht kann es zu einer Haftung gegenüber der Gesellschaft nach § 84 AktG kommen. Auch kann insbesondere der Untreuetatbestand des § 153 StGB erfüllt sein.

Lediglich Teilaspekte der Treuepflicht finden auch gesetzliche Verankerung. Dazu zählen insbesondere die Verschwiegenheitspflicht und das Wettbewerbsverbot³¹⁴. Eine weitere konkretisierende Ausprägung der Treuepflicht ist § 80 AktG, welcher die Kreditgewährung an Vorstandsmitglieder regelt³¹⁵. Demnach darf ein das Monatsgehalt übersteigender Kredit an ein Vorstandsmitglied, dessen Ehegatten, minderjähriges Kind oder an einen auf dessen Rechnung handelnden Dritten nur nach ausdrücklicher Zustimmung des AR gewährt werden. Ferner ist die Regelung über die ausschließliche Vertretungskompetenz des AR für Geschäfte mit Vorstandsmitgliedern (§ 97 AktG) Ausdruck der Treuepflicht³¹⁶. Die Treuepflicht bedeutet grob gesagt, dass Vorstandsmitglieder aus ihrer Position heraus keinen persönlichen Sondervorteil erlangen dürfen³¹⁷. Geradezu ein Paradebeispiel für die gesetzliche Konkretisierung der Treuepflicht ist daher § 48 lit b BörseG, welcher ein Verbot der Ausnutzung von Insiderinformationen durch Vorstandsmitglieder statuiert. Sonstige Ausflüsse der Treuepflicht sind beispielsweise das Verbot der Geschenkannahme Dritter (Provisionen) anlässlich eines Geschäftsabschlusses, das Verbot der Aneignung von Gesellschaftsressourcen sowie spezielle Verhaltenspflichten in Übernahmesituationen³¹⁸.

In ihrer Gesamtheit geht die Treuepflicht aber weit über die gesetzlichen Einzelregelungen hinaus. Vielmehr sind Vorstandsmitglieder in sämtlichen Belangen, welche das Interesse der Gesellschaft berühren, dazu verpflichtet ausschließlich zum Wohl der Gesellschaft und insbesondere nicht zum eigenen Vorteil zu handeln³¹⁹. Anders ausgedrückt verbietet die Treuepflicht, die aufgrund der Organstellung erlangten Machtbefugnisse zugunsten gesellschaftsfremder Zwecke, insbesondere eben den Eigenen, auf Kosten der

³¹³ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/390f; Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 171; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 – 84 Rz 67.

³¹⁴ Schlosser, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft (2002) 57; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/389ff; idS auch Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77-84 Rz 67.

³¹⁵ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/392; Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 182.

³¹⁶ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/392; Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 182.

³¹⁷ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/393.

³¹⁸ Vgl Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/395 mwN; Schlosser, Organhaftung 68ff.

³¹⁹ Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 182; Schlosser, Organhaftung 57.

Gesellschaft auszunutzen³²⁰. Gerät ein Vorstandsmitglied in einen Interessenkonflikt, so muss es dem Gesellschaftsinteresse Vorrang geben und den Konflikt darüber hinaus auch offen legen³²¹. Eine Schadenersatzpflicht der Vorstandsmitglieder gegenüber der Gesellschaft wegen Verletzung der Treuepflicht verneinte der OGH³²² jedoch unlängst für zwischen der Gesellschaft und zwei Vorstandsmitgliedern vereinbarte Abfindungszahlungen (Golden Handshake), da „die Abfindungszahlungen nicht als eklatant unangemessen anzusehen“ waren.

Aufgrund der Treuepflicht hat sich jedes einzelne Vorstandsmitglied nicht nur loyal gegenüber der Gesellschaft zu verhalten sondern auch loyalen Einsatz für die Gesellschaft zu leisten³²³. Das bedeutet, dass Vorstandsmitglieder ihre Fähigkeiten und Kenntnisse vorbehaltlos in den Dienst der Gesellschaft zu stellen haben, wobei auch „persönliche Opfer“ wie beispielsweise die Leistung von Überstunden oder Verschiebung, Abbruch oder sogar Verzicht auf Urlaub verlangt werden können, soweit es das Gesellschaftsinteresse unbedingt erfordert³²⁴. Auch eine Amtsniederlegung zur Unzeit kann einen Verstoß gegen die Treuepflicht bedeuten, wenn dieser Schritt nicht aufgrund besonderer Umstände gerechtfertigt ist³²⁵. Ebenso haben sich Vorstandsmitglieder loyal in Bezug auf den Ruf der Gesellschaft zu verhalten. Sie müssen das Ansehen der AG in der Öffentlichkeit wahren und dürfen sich nicht herablassend äußern³²⁶.

Einen weiteren Aspekt der Treuepflicht stellt die ursprünglich aus den USA kommende Geschäftschancenlehre, oder auch „corporate opportunity doctrine“ dar. Diese besagt, dass ein treuhändiger Vermögensverwalter, wie eben beispielsweise ein Vorstandsmitglied, eine aufgrund seiner Vorstandstätigkeit erlangte oder zumindest erleichterte Geschäftschance, die auch für die Gesellschaft von Interesse ist, nicht für sich

³²⁰ OGH 09.01.1985, 3 Ob 521/84.

³²¹ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/392.

³²² OGH 11.06.2008, 7 Ob 58/08t RWZ 2008/79 (Wenger) = GeS 2008,356 (Schopper/Kapsch) = GesRZ 2008,378 (Kalss/Zollner) = wbl 2008/287 (Torggler) = ecolex 2008/346 (Reich-Rohrwig) = RdW 2008/593 = ZFR 2009/38 = AR 2008 H 5, 29 (Gruber).

³²³ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/394; Hopt in Hopt/Wiedemann, Großkomm III⁴ § 93 Rz 156; Schlosser, Organhaftung 58f.

³²⁴ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/394; Schlosser, Organhaftung 58.

³²⁵ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/394.

³²⁶ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/394; Hopt in Hopt/Wiedemann, Großkomm III⁴ § 93 Rz 157; vgl auch Schlosser, Organhaftung 58 zur Frage inwieweit auch der private Bereich der Vorstandsmitglieder von der Treuepflicht durchdrungen werden kann.

selbst auf eigene Rechnung nutzen darf, außer der AR stimmt zu³²⁷. Auch hier gilt, dass Vorstandsmitglieder Geschäftschancen primär zu Gunsten der Gesellschaft wahrzunehmen haben.

4. Überwachung und Organisation

Einen mittlerweile selbständigen Pflichtenkreis bildet die Überwachung nachgeordneter Mitarbeiter und beim mehrgliedrigen Vorstand die Überwachung der übrigen Vorstandsmitglieder³²⁸. Dementsprechend haben Vorstandsmitglieder um dieser Verpflichtung nachkommen zu können insbesondere bei zunehmender Gliederungstiefe für eine geeignete und zumutbare Organisation, welche die Überwachung gewährleisten soll, zu sorgen³²⁹. Die Verpflichtung zur Überwachung enthält also gleichzeitig auch die Pflicht zur Einrichtung einer entsprechenden „Überwachungsorganisation“³³⁰. Der überwiegende Teil der Lehre leitet diese Verpflichtung aus der Sorgfaltspflicht ab³³¹. Insgesamt ist die dogmatische Aufbereitung organschaftlicher Überwachungspflichten allerdings noch sehr wenig entwickelt³³².

Überwachung gibt es im Unternehmen auf zwei Ebenen: einerseits haben sich die Vorstandsmitglieder untereinander zu überwachen³³³ und andererseits obliegt jedem Vorstandsmitglied in seinem Verantwortungsbereich die Überwachung nachgeordneter Unternehmensangehöriger und hier insbesondere die Überwachung deren gesetzestreuem Verhalten³³⁴. Die Überwachungsorganisation ist vom Vorstand so aufzubauen, dass Gesetzesverletzungen oder andere Regelverstöße (gegen beispielsweise interne Richtlinien) innerhalb des Unternehmens nicht vorkommen. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang die besondere Bedeutung der Korruptionsprävention³³⁵.

³²⁷ Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 182; Schlosser, Organhaftung 60; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/395.

³²⁸ Fleischer in Fleischer, Vorstandsrecht § 8 Rz 1 leitet die Überwachungspflicht im Kern aus der Sorgfaltspflicht ab, sie strebt aber zunehmend nach Verselbständigung; ebenso Schlosser, Organhaftung 32ff; Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 179ff; Hopt in Hopt/Wiedemann, Großkomm III⁴ § 93 Rz 89ff.

³²⁹ Fleischer in Fleischer, Vorstandsrecht § 8 Rz 1; Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 181.

³³⁰ Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 181.

³³¹ Fleischer in Fleischer, Vorstandsrecht § 8 Rz 1; Schlosser, Organhaftung 32ff; Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 179ff; Hopt in Hopt/Wiedemann, Großkomm III⁴ § 93 Rz 89ff.

³³² Fleischer in Fleischer, Vorstandsrecht § 8 Rz 1.

³³³ Vgl dazu Kapitel II.D.8.

³³⁴ Fleischer in Fleischer, Vorstandsrecht § 8 Rz 4.

³³⁵ Vgl Zehetner, Korruptionsprävention als Führungsaufgabe, CFOaktuell 2009, 269.

Das Unternehmen ist so zu **organisieren**, dass die Entwicklung der wirtschaftlichen und finanziellen Situation der Gesellschaft beobachtet werden kann und, dass sich die Geschäftsleitung stets ein genaues Bild von der Lage des Unternehmens machen kann³³⁶. Zur wirtschaftlichen und finanziellen Situation zählen beispielsweise Rentabilität und Liquidität, Gang der Geschäfte, Umsatzentwicklung, Marktstellung sowie Konkurrenzfähigkeit³³⁷. Nur selten handeln Vorstandsmitglieder in unmittelbarem Gesetzesvollzug. Die bestimmende Funktion der Vorstandsmitglieder besteht darin, Chancen und Risiken, welche sich aus dem Geschäftsverlauf ergeben, gegeneinander abzuwägen und eine im Interesse des Unternehmens liegende Entscheidung zu treffen³³⁸. Vorstandsmitglieder trifft daher die Pflicht zur Vorbereitung der im Unternehmen zu treffenden Entscheidungen, eine damit verbundene Risikoanalyse sowie die Einrichtung einer anerkannten Standards entsprechende Organisation des Unternehmens, welche es ermöglicht die Auswirkungen gesetzter Maßnahmen und allenfalls darauf erforderliche Reaktionen rasch und verlässlich zu erkennen³³⁹.

Vorwegzuschicken ist, dass das einzelne Vorstandsmitglied nur für eigenes Verschulden haftet. Eine Zurechnung des Fehlverhaltens anderer, also insbesondere der anderen Vorstandsmitglieder oder der Dienstnehmer, ist ohne eigenes Verschulden nicht zulässig. Die Gehilfenhaftung des § 1313 lit a ABGB kommt zwischen Vorstand und Mitarbeiter nicht zur Anwendung. Fehlverhalten nachgeordneter Mitarbeiter oder Vorstandskollegen kann dem einzelnen Vorstandsmitglied nicht per se zugerechnet werden³⁴⁰. Nimmt das Vorstandsmitglied seine Aufgaben nicht eigenhändig wahr, so kann allerdings eine haftungsbegründende Pflichtverletzung entweder in einer unzulässigen oder sorgfaltswidrigen Delegation erblickt werden oder in der mangelhaften Überwachung bzw unzureichenden Organisation liegen³⁴¹. Wird beispielsweise die Veruntreuung eines Buchhalters dadurch erleichtert, dass das Rechnungswesen nicht sachgemäß aufgebaut und organisiert ist, kann darin eine Pflichtverletzung des Vorstandes erblickt werden³⁴².

³³⁶ Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG vor § 84 Rz 8; Schlosser, Organhaftung 35.

³³⁷ Schlosser, Organhaftung 35.

³³⁸ Schirmer/Uitz in Barbist/Ahammer, Compliance in der Unternehmenspraxis (2009) 29.

³³⁹ Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 70 Rz 17 leitet diese Verpflichtung aus der Sorgfaltspflicht ab.

³⁴⁰ Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 169, 180; Fleischer in Fleischer, Vorstandsrecht § 8 Rz 26.

³⁴¹ Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 179f.

³⁴² Fleischer in Fleischer, Vorstandsrecht § 8 Rz 36.

a) Delegation

Primär ist die Geschäftsführungsaufgabe eine höchstpersönliche Pflicht³⁴³. Da Vorstandsmitglieder naturgemäß nicht alle anfallenden Agenden höchstpersönlich besorgen können, muss es ihnen zugestanden werden Aufgabengebiete an ihnen nachgeordnete Mitarbeiter delegieren zu können. In Bezug auf die nicht delegierbaren Leitungsaufgaben ist zu beachten, dass die nachgeordnete Unternehmensebene nur mit Vorbereitungs- und Ausführungsmaßnahmen betraut werden kann, wobei letztendlich das Entscheidungsmonopol, also die endgültige Entscheidung in diesen Angelegenheiten, beim Vorstand selbst liegen muss³⁴⁴.

In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle ergeben sich aus einer Aufgabenübertragung keine Bedenken³⁴⁵. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Vorstandsmitglieder sich ihrer Verpflichtungen durch Delegation entledigen könnten. Vielmehr ergibt sich aus der Aufgabenübertragung an nachgeordnete Mitarbeiter ein anderer Inhalt ihrer Verantwortungen. Ausprägungen dieser Verantwortung sind besondere Einzelpflichten, namentlich vor allem die Auswahlorgfalt, Einweisungssorgfalt und Überwachungssorgfalt³⁴⁶. Bei der erstmaligen Übertragung neuer Aufgaben an Unternehmensangehörige hat das Vorstandsmitglied darauf zu achten, dass der in Frage stehende Mitarbeiter im Einzelfall die erforderlichen persönlichen und vor allem fachlichen Qualifikationen aufweist, um die übertragene Aufgabe ordnungsgemäß erfüllen zu können³⁴⁷. Nachdem die Mitarbeiter sorgfältig ausgewählt wurden, hat das Vorstandsmitglied sie in ihren Aufgabenbereich entsprechend einzuweisen, die übertragenen Aufgaben zu erörtern, unternehmensinterne Regelungen sowie Aufbau- und Ablauforganisation bekanntzumachen, über das interne Berichtswesen zu informieren und bei gegebenen Anlass auf erfahrungsgemäß besondere oder typische Gefahren und Rechtsverletzungen hinzuweisen³⁴⁸. Zu guter Letzt haben Vorstandsmitglieder sicherzustellen, dass die ausgewählten und eingewiesenen Mitarbeiter die übertragenen Aufgaben ordnungsgemäß erfüllen, weshalb sie für eine laufende Überwachung zu sorgen

³⁴³ Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 180.

³⁴⁴ Fleischer in Fleischer, Vorstandsrecht § 8 Rz 27; Schlosser, Organhaftung 27; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 70 Rz 39.

³⁴⁵ Fleischer in Fleischer, Vorstandsrecht § 8 Rz 28; Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 181.

³⁴⁶ Fleischer in Fleischer, Vorstandsrecht § 8 Rz 29ff; vgl. idS auch Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 180.

³⁴⁷ Fleischer in Fleischer, Vorstandsrecht § 8 Rz 30.

³⁴⁸ Fleischer in Fleischer, Vorstandsrecht § 8 Rz 31 Mitarbeiter der Vertriebsabteilung sind beispielsweise eindringlich über das kartellrechtliche Verbot von Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen zu belehren.

haben³⁴⁹. Zur Überwachungssorgfalt zählt weiterhin die Verpflichtung zur Schaffung organisatorischer Vorkehrungen, um Pflichtverletzungen der Dienstnehmer hintanzuhalten, die laufende Kontrolle sowie das Einschreiten bei Verdachtsmomenten³⁵⁰.

b) Systeme der Unternehmensüberwachung und Unternehmenssteuerung

Aus dem eben Gesagten ergibt sich, dass es im Verantwortungsbereich der Geschäftsleitung liegt, ein den Anforderungen der Gesellschaft entsprechendes System der Unternehmensüberwachung und Unternehmenssteuerung einzurichten³⁵¹. Wie und wodurch ein solches System geschaffen werden soll ist im Gesetz nicht umfassend geregelt. Insbesondere kann durch die Einrichtung eines Compliance-Systems, eines Internen Kontrollsystems (IKS), eines Risikomanagementsystems (RMS) sowie durch die Interne Revision eine umfassende Unternehmensüberwachung und Steuerung erreicht werden³⁵². Dabei ergeben sich viele Überschneidungen zwischen IKS, RMS und Compliance, allgemein anerkannte und eindeutige Abgrenzungen existieren in der Literatur nicht³⁵³.

Der eben angeschnittene Themenkomplex wird in der rechtswissenschaftlichen Literatur nur sehr wenig behandelt. Dies mag zum einen daran liegen, dass die konkrete, faktische Ausgestaltung derartiger Systeme überwiegend als Teil der Betriebswirtschaftslehre zu sehen ist³⁵⁴, zum anderen sind auch deren rechtliche Rahmenbedingungen nur sehr Umrisshaft gesetzlich verankert. Der Schwerpunkt in diesem Teil der Arbeit liegt daher einerseits darin, einen groben Überblick darüber zu geben, was unter den in letzter Zeit häufiger zu lesenden Schlagwörtern, Compliance, IKS, RMS und Interne Revision zu verstehen ist sowie andererseits darin, die Verpflichtung des Vorstandes zur Einrichtung derartiger Systeme zu erörtern.

³⁴⁹ *Fleischer* in *Fleischer*, Vorstandsrecht § 8 Rz 32.

³⁵⁰ *Fleischer* in *Fleischer*, Vorstandsrecht § 8 Rz 35ff.

³⁵¹ *Barbist/Ahammer* in *Barbist/Ahammer*, Compliance 4.

³⁵² *Barbist/Ahammer* in *Barbist/Ahammer*, Compliance 4.

³⁵³ *Barbist/Ahammer* in *Barbist/Ahammer*, Compliance 47, 62; *Schirmer/Uitz*, Compliance-Maßnahmen zur Reduktion der Haftungsrisiken von Vorstandsmitgliedern, RdW 2010, 200.

³⁵⁴ *Institut für Interne Revision Österreich – IIA Austria*, Das Interne Kontrollsystem aus der Sicht der Internen Revision (2004) 13.

(1) Compliance-System

Die Überwachungspflicht des Vorstandes wird heute vielfach auch unter dem Begriff „Compliance“ zusammengefasst³⁵⁵. Dieser Begriff stammt ursprünglich – und findet sich dort auch heute noch überwiegend – aus dem Finanzdienstleistungs- und Kapitalmarktrecht³⁵⁶. Was genau unter Compliance zu verstehen ist, ist nicht eindeutig geklärt und auch von Unternehmen zu Unternehmen unterschiedlich, sicher ist jedoch, dass es dabei immer um die Sicherstellung der Einhaltung der Gesetze innerhalb des Unternehmens geht³⁵⁷. Der deutsche Corporate Governance Kodex definiert Compliance unter Punkt 4.1.3 mit „Der Vorstand hat für die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen und der unternehmensinternen Richtlinien zu sorgen und wirkt auf deren Beachtung durch die Konzernunternehmen hin (Compliance)“. Der österreichische Corporate Governance Kodex enthält keine derartige Definition. Nach *Kalss*³⁵⁸ umschreibt Compliance einerseits die Pflicht rechtskonform zu handeln (Einhaltung von Gesetzen als auch Soft Law, also insbesondere Einhaltung des österreichischen Corporate Governance Kodex) und andererseits auch die Pflicht, maßgebliche organisatorische Vorkehrungen zur Sicherstellung der Einhaltung von Gesetzen und sonstigen Normen/ Regeln im gesamten Unternehmen zu treffen. Compliance bedeutet also zweierlei: einerseits die Einhaltung von Gesetzen und unternehmensinternen Regeln und andererseits die Gesamtheit der Organisationsmaßnahmen, welche die Einhaltung dieser Normen und Regeln innerhalb des Unternehmens sicher stellen sollen³⁵⁹.

Die Überwachung an sich, welche unter Compliance zusammengefasst wird, ist zwar ein ganz wesentlicher Teil der Unternehmensleitung und damit verpflichten³⁶⁰. Nicht verbunden ist damit allerdings die allgemeine, branchenunabhängige Rechtspflicht ein umfassendes Compliance-System, oder anders ausgedrückt, eine Compliance-Organisation aufzubauen³⁶¹. Prinzipiell existiert keine branchenübergreifende Rechtsnorm, welche die Schaffung aktiver Organisationsmaßnahmen durch ein unabhängiges Compliance-System vorsieht³⁶². Allerdings kann mit Hilfe einer Compliance-Organisation „das rechtmäßige

³⁵⁵ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/334.

³⁵⁶ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/334.

³⁵⁷ *Kreuzer*, Compliance, CFOaktuell 2009, 205 (2005).

³⁵⁸ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/334.

³⁵⁹ *Schirmer/Uitz*, RdW 2010, 200.

³⁶⁰ *Barbist/Ahammer* in *Barbist/Ahammer*, Compliance 3; *Fleischer* in *Fleischer*, Vorstandsrecht § 7 Rz 40.

³⁶¹ *Barbist/Ahammer* in *Barbist/Ahammer*, Compliance 3.

³⁶² *Barbist/Ahammer* in *Barbist/Ahammer*, Compliance 1; *Schirmer/Uitz*, RdW 2010, 201.

Verhalten des Unternehmens, seiner Organmitglieder und Mitarbeiter auf allen Betätigungsfeldern sichergestellt werden³⁶³.

In Branchen mit besonders hoher Regulierungsdichte, wie etwa im Banken- oder Versicherungsbereich, gibt es schon seit geraumer Zeit verpflichtende Regelungen zur Einrichtung einer Compliance-Organisation³⁶⁴. Zu nennen sind in etwa der Standard Compliance Code der österreichischen Kreditwirtschaft sowie der Standard Compliance Code der österreichischen Versicherungswirtschaft, deren Unterwerfung zwar nachwievor prinzipiell freiwillig ist, jedoch regelmäßig von allen Kredit- bzw. Versicherungsinstituten unterzeichnet wird und so als Handelsbrauch angesehen werden kann³⁶⁵. Compliance Codes beinhalten präventive Organisationsmaßnahmen, welche die Einhaltung von Gesetzen, Regeln und Usancen, abgestimmt auf die jeweilige Branche, sicherstellen sollen³⁶⁶. Jedenfalls verbindliche Organisationsmaßnahmen enthält in Österreich beispielsweise die Emittenten-Compliance-Verordnung 2007 (ECV) der FMA (Ermächtigung durch § 82 Abs 6 BörseG) für börsennotierte Gesellschaften. Für die Umsetzung und Einhaltung der ECV ist der Vorstand verantwortlich³⁶⁷. Als spezielle Maßnahmen sieht die ECV ua die Erlassung von Compliance-Richtlinien zur Aufklärung von Mitarbeitern (§ 12 ECV) und die Bestellung eines eigenen Compliance-Verantwortlichen (§ 13 ECV) vor.

Trotz seines nicht generell verpflichtenden Charakters ist festzuhalten, dass durch die Einrichtung eines Compliance-Systems die vom Vorstand zu erfüllende Pflicht der Einrichtung eines Überwachungs- und Organisationsgeflechtes eine Hilfestellung und im Übrigen ein wesentlicher Bestandteil guter Corporate Governance ist³⁶⁸. Es ist ua auch gerade das Ziel von Compliance das Haftungsrisiko sowohl der Gesellschaft als auch der Vorstandsmitglieder, welches aufgrund von Fehlern in der Organisation allgemein oder Fehlverhalten der einzelnen Mitarbeiter im speziellen auftritt, hintanzuhalten³⁶⁹.

³⁶³ *Fleischer* in *Fleischer*, Vorstandsrecht § 8 Rz 40; vgl idS auch *Hauschka*, Compliance, Compliance-Manager, Compliance-Programme: eine geeignete Reaktion auf gestiegene Haftungsrisiken für Unternehmen und Management? NJW 2004/5, 257; *Schneider*, Compliance als Aufgabe der Unternehmensleitung ZIP 2003, 645 (646).

³⁶⁴ *Barbist/Ahammer* in *Barbist/Ahammer*, Compliance 1.

³⁶⁵ *Lucius*, Zum Standard Compliance Code 2008 der österreichischen Kreditwirtschaft, ÖBA 2008, 456 (461).

³⁶⁶ *Zuffer/Karollus-Bruner*, Compliance für Emittenten (Teil I), ecolex 2002, 251 (251).

³⁶⁷ *Khol* in *Barbist/Ahammer*, Compliance 141.

³⁶⁸ *Schirmer/Uitz*, RdW 2010, 201.

³⁶⁹ *Lucius*, ÖBA 2008, 456; vgl auch *Schirmer/Uitz*, RdW 2010, 201; vgl auch umfassend zur Haftungsvermeidung durch Compliance *Barbist/Ahammer*, Compliance.

(2) Internes Kontrollsystem

Nach § 82 AktG hat der Vorstand dafür Sorge zu tragen, dass ein Rechnungswesen und ein IKS installiert wird, welches den Anforderungen des Unternehmens angemessen ist. Die Begriffe IKS und RMS sind in der Literatur und in der Praxis nicht einheitlich definiert³⁷⁰. Unter einem IKS versteht man nach der Regierungsvorlage zum IRÄG 1997³⁷¹ „sämtliche aufeinander abgestimmte Methoden und Maßnahmen in einem Unternehmen, die dazu dienen, das Vermögen zu sichern, die Genauigkeit und Zuverlässigkeit der Abrechnungsdaten zu gewährleisten und die Einhaltung der vorgeschriebenen Geschäftspolitik zu unterstützen“. Obwohl das IKS im Gesetz im Zusammenhang mit dem Rechnungswesen geregelt ist, geht es über dessen primäres Ziel der Überwachung des Rechnungslegungsprozesses hinaus und betrifft das Überwachungssystem sämtlicher Unternehmensbereiche³⁷². Das IKS umfasst die Schaffung von Organisationsvorkehrungen mit dem Ziel die Zuverlässigkeit des Rechnungswesens, die Einhaltung der Geschäftspolitik sowie maßgeblicher Gesetze und Verordnungen, das vorhandene Unternehmensvermögen und die betriebliche Überwachung/ Kontrolle des Unternehmens zu sichern als auch die Effizienz betrieblicher Abläufe und die betriebliche Leistungsfähigkeit zu verbessern³⁷³.

(3) Risikomanagementsystem

Ein Unternehmen ist im Wesentlichen vier potentiellen Risikogruppen ausgesetzt, nämlich finanziellen, betrieblichen, operativen und rechtlichen Risiken³⁷⁴. Das Risikomanagement verfolgt vereinfacht ausgedrückt durch die Einrichtung eines RMS das Ziel, diese Risiken abzuschätzen, durch geeignete Instrumente die Eintrittswahrscheinlichkeit zu verringern (damit zusammenhängend sie also auch frühzeitig zu erkennen) und deren Schadensauswirkungen zu begrenzen³⁷⁵. Risiken sollen rechtzeitig erkannt und entsprechend den unternehmensinternen Vorgaben damit umgegangen werden³⁷⁶. Wesentlich dabei ist, dass Organisationsstrukturen geschaffen werden, durch welche der Fluss wichtiger Informationen,

³⁷⁰ Ahammer/Balzar/Gedlicka/Kerschbaumer/Löffler/Nayr/Schirmbrand, Was bedeuten Rechnungslegungsprozess, IKS und RMS? ARaktuell 2008/6, 5.

³⁷¹ ErläutRV 734 BlgNR 20.GP 64.

³⁷² Löffler in Barbist/Ahammer, Compliance 36.

³⁷³ Löffler in Barbist/Ahammer, Compliance 37.

³⁷⁴ Oberlechner/Stelzel, Bereit für die nächste Krise? Über Risikomanagement in Kapitalgesellschaften, ecolx 2009, 832 (832).

³⁷⁵ Oberlechner/Stelzel, 2009, 832.

³⁷⁶ Ahammer/Balzar/Gedlicka/Kerschbaumer/Löffler/Nayr/Schirmbrand, ARaktuell 2008, 5.

an den Vorstand sicher gestellt wird³⁷⁷. Es muss gewährleistet sein, dass der Vorstand von Risiken, welche das Unternehmen bedrohen, Kenntnis erlangt, um dann im Rahmen seiner Geschäftsführungstätigkeit entscheiden zu können, welche Maßnahmen ergriffen werden sollen³⁷⁸. Daher hat der Vorstand organisatorische Vorkehrungen zu treffen, wodurch ihm Fehlentwicklungen innerhalb des Unternehmens nicht verborgen bleiben können³⁷⁹.

Ob vom Vorstand ein RMS einzurichten ist, hat der Gesetzgeber nicht allgemein hin geregelt. Lediglich in einzelnen spezialgesetzlichen Bestimmungen wie beispielsweise § 17 lit b VAG oder § 39 Abs 2 BWG ist die Erfassung, Beurteilung, Steuerung und Überwachung von branchenspezifischen Risiken verpflichtend vorgesehen. Ob in einer AG prinzipiell, also unabhängig von der Branche, ein RMS einzurichten ist, ist in der Lehre umstritten. Nach *Kalss*³⁸⁰ ist das RMS in engem Zusammenhang mit dem IKS zu sehen, das RMS ist jedoch weiter als das IKS und liegt mangels ausdrücklicher Anordnung in § 82 AktG die Einrichtung eines RMS im Leitungsermessen des Vorstandes. Notwendige Mechanismen für die Risikofrüherkennung sind nach *Kalss*³⁸¹ bereits im Rahmen des IKS zu etablieren. *Büchele*³⁸² sieht in der Einrichtung eines RMS keine generelle Verpflichtung, legt ein solche allerdings resultierend aus der Sorgfaltspflicht nahe. *Oberlechner/Stelzel*³⁸³ schließen aus der Summe zahlreicher einschlägiger Normen (insbesondere §§ 70, 84, 92 Abs 4 lit a Z 2 AktG, 243 lit a UGB) den Schluss, dass ein RMS generell verpflichtend vom Vorstand einzurichten ist. Derselben Meinung sind offensichtlich auch *D. Aigner/J. Aigner*³⁸⁴. Für *Ahammer*³⁸⁵ ergibt sich aus § 82 AktG nicht nur die Notwendigkeit ein IKS, sondern wohl auch die Notwendigkeit ein RMS zu führen, welches denselben Anforderungen entspricht.

³⁷⁷ *Oberlechner/Stelzel*, *ecolex* 2009, 833.

³⁷⁸ *Büchele*, *Risikomanagement des Vorstands als Zeichen "guter" Corporate Governance*, *GesRZ* 2003, 221 (226) mwN.

³⁷⁹ *Büchele*, *GesRZ* 2003, 231.

³⁸⁰ *Kalss* in *Goette/Habersack*, *MünchKomm II*³ § 91 Rz 61.

³⁸¹ *Kalss* in *Goette/Habersack*, *MünchKomm II*³ § 91 Rz 61; dieser Ansicht offensichtlich auch *Gisch*, *Die Haftung der Organe von Kapitalgesellschaften für mangelhaften Versicherungsschutz* (Teil I), *VR* 2009 H 7-8, 32 (35).

³⁸² *Büchele*, *GesRZ* 2003, 224.

³⁸³ *Oberlechner/Stelzel*, 2009, 833 ein Ermessensspielraum zur Errichtung eines Risikomanagementsystems liegt ihrer Ansicht nach nur bei kleinen Kapitalgesellschaften gem § 221 Abs 1 UGB, bei Einpersonengesellschaften und im Falle der Betätigung in besonders risikoarmen Geschäftsfeldern vor.

³⁸⁴ *Dietmar Aigner/ Johann Aigner*, *Risikoanalyse - Risikomanagement als wesentlicher Beitrag zur Werterhöhung und langfristigen Bestandssicherung*, *SWK* 2009, W 83 (W 84ff).

³⁸⁵ *Ahammer* in *Barbist/Ahammer*, *Compliance* 58.

*Redlein/Giller*³⁸⁶ gehen ähnlich davon aus, dass die verpflichtende Einrichtung eines RMS Voraussetzung eines funktionierenden IKS ist, da nur dadurch sichergestellt werden kann, dass risikoreiche Abläufe identifiziert, analysiert und durch Kontrolle zumindest reduziert werden können.

Eine explizite branchenübergreifende rechtliche Verpflichtung zur Einrichtung eines RMS fehlt. Eine solche lässt sich mE allerdings indirekt aus dem Gesetz ableiten. Insbesondere bei Unternehmen mit großen Strukturen wird resultierend aus der Sorgfaltspflicht des Vorstandes verpflichtend ein RMS einzurichten sein. Unstrittig ist offensichtlich, dass - in welcher Form auch immer - ein Risikofrühwarnsystem einzurichten ist, sei es im Rahmen des IKS oder durch das RMS. Seit dem URÄG 2008³⁸⁷ haben jedenfalls gem § 243 lit a Abs 2 UGB Gesellschaften, deren Wertpapiere zum Handel an einem geregelten Markt iSd § 1 Abs 2 BörseG zugelassen sind, im Lagebericht uA die wichtigsten Merkmale des IKS und des RMS im Hinblick auf den Rechnungslegungsprozess zu beschreiben. Zumindest für an der Börse notierende Gesellschaften sieht das Gesetz demnach indirekt die Einrichtung eines RMS - explizit allerdings nur in Hinblick auf die Rechnungslegung - vor. Durch diese Bestimmung werden Vorstandsmitglieder indirekt auch zur schriftlichen Dokumentation der eingerichteten Systeme verpflichtet. Ferner sieht darüber hinaus der österreichische Corporate Governance Kodex in den Punkten 9, 37, 40, 69, 70 und 83 Bestimmungen in Bezug auf ein unternehmensinternes Risikomanagement vor.

Aus rechtlicher Sicht ist jedenfalls festzustellen, dass die Implementierung eines IKS als auch (uU sogar verpflichtend) die Schaffung eines RMS in den Verantwortungsbereich des Vorstandes fällt. Im Prinzip ist es aber unerheblich, welche Bezeichnung das Überwachungs- und Steuerungssystem eines Unternehmens hat und welchen in der Betriebswirtschaftslehre aufgestellten Regeln es konkret folgt, entscheidend ist, dass dieses System einem strukturierten, sinnvollen Aufbau folgt und, dass es funktioniert³⁸⁸. Hinsichtlich der Einzelausgestaltung ist dem Vorstand daher ein breites Ermessen zuzubilligen³⁸⁹.

³⁸⁶ *Redlein/Giller*, Compliance mit URÄG 2008 - Warum und wie betrifft es Facility Management? *immolex* 2009, 266 (267).

³⁸⁷ URÄG 2008 BGBl I 2008/70.

³⁸⁸ *Ahammer/Balzar/Gedlicka/Kerschbaumer/Löffler/Nayr/Schirmbrand*, ARaktuell 2008/6.

³⁸⁹ *Adensamer/Eckert in Kalss*, Vorstandshaftung 181.

(4) Interne Revision

Wie beim RMS existiert auch keine generelle branchenübergreifende Verpflichtung für die Einrichtung einer internen Revision. In Spezialgesetzen wird eine solche Verpflichtung jedoch vereinzelt geregelt, so beispielsweise in § 42 BWG, welcher die Einrichtung einer internen Revision verpflichtend für Kreditinstitute vorsieht oder § 17 lit b VAG für Versicherungsunternehmen. Auch der österreichische Corporate Governance Kodex sieht unter Punkt 18 in Abhängigkeit von der Größe des Unternehmens die Einrichtung einer Internen Revision vor. Die Interne Revision ist kein Bestandteil von IKS, RMS oder eines Compliance-Systems sondern prüft die Funktionalität und Effizienz dieser Systeme, bewertet und verbessert sie³⁹⁰. Sie übernimmt damit einen wesentlichen Teil der dem Vorstand auferlegten Überwachungsfunktion³⁹¹. Die Interne Revision kann entweder unternehmensintern oder extern eingerichtet sein³⁹².

5. Im AktG besonders geregelte Pflichten des Gesamtvorstandes

Das AktG adressiert Ge- und Verbote zum einen an den Vorstand und zum anderen an die Vorstandsmitglieder. Ist der Vorstand Adressat einer Rechtsvorschrift und besteht ein mehrgliedriger Vorstand, richtet sich die Frage nach einer konkreten Verpflichtung des einzelnen Vorstandsmitgliedes nach der inneren Ordnung des Vorstandes (also insbesondere nach der Geschäftsverteilung). Bei zwingend dem Gesamtvorstand auferlegten Kernkompetenzen der Geschäftsführung entscheidet zwingend der Gesamtvorstand mittels Beschluss. Zur Vor- und Aufarbeitung der Entscheidungsgrundlagen können jedoch auch in diesen Kompetenzen aufgrund einer Geschäftsverteilung lediglich einzelne Vorstandsmitglieder zuständig sein.

a) Berichts- und Informationspflichten gegenüber dem AR - § 81 AktG

§ 81 AktG regelt die Berichtspflichten des Vorstandes an den AR. Dieser unterscheidet zwischen zwei Arten von Berichtspflichten. Einerseits umfasst er die

³⁹⁰ Dietmar Aigner/ Johann Aigner, SWK 2009, W 90.

³⁹¹ Ahammer/Balzar/Gedlicka/Kerschbaumer/Löffler/Nayr/Schirmbrand, ARaktuell 2008, 18.

³⁹² Ahammer/Balzar/Gedlicka/Kerschbaumer/Löffler/Nayr/Schirmbrand, ARaktuell 2008, 18.

allgemeinen Berichtspflichten nach § 81 Abs 1 S 1 u 2 AktG und andererseits die besondere Berichtspflicht gem § 81 Abs 1 S 3 AktG.

Zu den allgemeinen Berichtspflichten zählt einerseits, 1) die Erstellung eines Jahresberichts, also die einmal jährliche Berichterstattung des Vorstandes an den AR über grundsätzliche Fragen der künftigen Geschäftspolitik des Unternehmens, sowie die Darstellung der künftigen Entwicklung der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage in Form einer Vorscheurechnung; und andererseits, 2) die Erstellung von vier Quartalsberichten, also die regelmäßige, mindestens jedoch vierteljährliche Berichterstattung über den Gang der Geschäfte und die Lage des Unternehmens im Vergleich zur Vorscheurechnung, wobei künftige Entwicklungen zu berücksichtigen sind. Börsennotierte AGs müssen dem AR gem §§ 222 Abs 1 iVm 243 lit b UGB mit dem Jahresbericht zusätzlich auch einen Corporate Governance Bericht vorlegen. Neben der Nennung eines anerkannten Corporate Governance Kodex und der Angabe, wo dieser öffentlich zugänglich ist, hat der Bericht insbesondere Erklärungen zu enthalten in welchen Punkten und aus welchen Gründen vom genannten Corporate Governance Kodex abgewichen wurde bzw warum beschlossen wurde überhaupt keinem Kodex zu folgen. Jahresabschluss, Lagebericht sowie der Corporate Governance Bericht sind gem § 222 Abs 1 UGB von sämtlichen Vorstandsmitgliedern zu unterzeichnen. Ergänzende Informationspflichten innerhalb des Lageberichts ergeben sich für börsennotierte AGs ferner aus § 243 lit a UGB.

Daneben besteht eine Sonderberichtspflicht gem § 81 Abs 1 S 3 AktG. Nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes ist bei wichtigem Anlass „dem Vorsitzenden des Aufsichtsrats unverzüglich zu berichten; ferner ist über Umstände, die für die Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft von erheblicher Bedeutung sind, dem Aufsichtsrat unverzüglich zu berichten (Sonderbericht)“. Jahresbericht und Quartalsbericht sind primär schriftlich zu erstatten und müssen bei Verlangen des AR mündlich erläutert werden³⁹³. Für Sonderberichte bestehen aufgrund ihrer Dringlichkeit keine besonderen Formvorschriften. Sie können wahlweise schriftlich oder mündlich, innerhalb oder auch außerhalb einer AR-Sitzung, erstattet werden³⁹⁴.

³⁹³ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/363; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 81 Rz 8.

³⁹⁴ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/363; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 81 Rz 8.

Weitere Informationspflichten des Vorstandes gegenüber dem AR normiert § 95 Abs 2 AktG. Nach § 95 Abs 2 AktG kann der AR jederzeit auch von sich aus einen Bericht über Angelegenheiten der Gesellschaft verlangen. § 95 Abs 2 S 2 AktG erlaubt zwar, dass auch ein einzelnes ARmitglied einen solchen Bericht verlangen kann, berichtet wird jedoch immer an den AR als Gesamtorgan.

Die Erfüllung der allgemeinen Berichtspflicht obliegt zwingend dem Gesamtvorstand gegenüber dem GesamtAR³⁹⁵. Die Sonderberichtspflicht ist ebenfalls an den Vorstand als Gesamtorgan adressiert. Bei wichtigem Anlass ist primär der AR-Vorsitzende zu informieren. Umstände, welche die Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft betreffen, sind, nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes, dem GesamtAR zu berichten³⁹⁶. Da jedenfalls bei allen Berichten der Vorstand als Kollegialorgan zur Berichterstattung verpflichtet ist, muss vorab jeder Bericht durch den Vorstand beschlossen werden³⁹⁷. Der Vorstand beschließt, da vom Gesetz nichts anderes vorgesehen ist, mit einfacher Mehrheit. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Berichte haften auch bei bestehender Ressortverteilung primär alle Mitglieder, außer die Fehlerhaftigkeit der aus einem anderem Ressort stammenden Informationen war für das einzelne Vorstandsmitglied trotz Wahrung der gebotenen Sorgfalt nicht erkennbar³⁹⁸.

Für Pflichtverletzungen haften die Vorstandsmitglieder nach § 84 AktG und machen sich bei Vorliegen der übrigen Tatbestandsvoraussetzungen nach § 255 Abs 1 Z 5 u Abs 2 AktG strafbar³⁹⁹. Auch kann darin ein wichtiger Grund zur Abberufung iSd § 75 Abs 4 AktG erblickt werden⁴⁰⁰. Im Übrigen können gem § 258 AktG die Vorstandsmitglieder vom Firmenbuchgericht durch die Verhängung von Zwangsstrafen bis zu 3.600 Euro zur Erfüllung ihrer Berichtspflichten angehalten werden.

³⁹⁵ *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 3f; *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 81 Rz 3; *Perner/Steinhart*, Zuständigkeiten des Gesamtvorstandes/ der Gesamtgeschäftsführung bei AG und GmbH, RdW 2010/14, 10; *Krejci*, Zur Berichtspflicht des AG-Vorstandes gegenüber dem AR, in FS *Frotz* (1993) 367f.

³⁹⁶ *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 7.

³⁹⁷ *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 3; *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 81 Rz 3; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/362.

³⁹⁸ *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 3; *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 81 Rz 3; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/362.

³⁹⁹ *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 81 Rz 10; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/360.

⁴⁰⁰ *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 81 Rz 10; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/360.

Die in Kapitel III.A.5.c) darzustellende Problematik der Haftungsfrage bei beschlussmäßig getroffenen Entscheidungen ist vor allem im Hinblick auf die zwingend vom Gesamtvorstand zu besorgenden Pflichten von Interesse. Die Berichtspflichten nach § 81 AktG zählen unstrittig zu diesen zwingend dem Gesamtvorstand auferlegten Kernkompetenzen. Insbesondere für den Fall der Sonderberichterstattung ist es kritisch, was passiert, wenn ein einzelnes Vorstandsmitglied eine Angelegenheit für berichtspflichtig hält, der Vorstand in seiner Abstimmung allerdings beschließt, diese Angelegenheit nicht zu berichten und es somit überstimmt wird. In diesem Fall wird das überstimmte Vorstandsmitglied, um Haftungsfolgen wegen Berichtspflichtverletzung zu vermeiden, nach *Krejci*⁴⁰¹ und *Geppert/Moritz*⁴⁰² zumindest das Recht (wenn nicht gar die Pflicht) haben, den AR-Vorsitzenden (also nicht den AR als Kollegialorgan) zu verständigen. Zu beachten ist im gegebenen Zusammenhang außerdem, dass das pflichtwidrige, vollständige Unterlassen einer Sonderberichterstattung unter die Strafbestimmung des § 255 Abs 2 AktG fällt. Wird ein Sonderbericht pflichtwidrig nicht erstattet, sind die Vorstandsmitglieder sowohl der Gesellschaft gegenüber nach § 84 AktG zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens verpflichtet, als auch gem §§ 255 AktG iVm 1311 ABGB Dritten gegenüber direkt haftbar und machen sich außerdem strafbar. Das bedeutet, dass ein Vorstandsmitglied uU sogar gehalten ist, unternehmensexterne Stellen von der Gesetzesverletzung zu informieren⁴⁰³.

Kritisch ist ferner auf welche Weise der AR zu verständigen ist. Lediglich bei wichtigem Anlass, welcher nicht die Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft betrifft, genügt es dem AR-Vorsitzenden zu berichten. Der Grund für diese Differenzierung, bei wichtigem Anlass den AR-Vorsitzenden, jedoch bei Anlässen der Rentabilität oder Liquidität den GesamtAR zu verständigen, kann nur darin liegen, dass Umstände betreffend die Rentabilität oder Liquidität der Gesellschaft von derartiger Wichtigkeit sind, dass jedes einzelne ARmitglied umgehend davon zu benachrichtigen ist. Bei der fraglichen Situation in welcher ein Vorstandsmitglied überstimmt wurde und es um Belange der Rentabilität oder Liquidität geht, wird es dem einzelnen Vorstandsmitglied wohl gestattet sein zumindest den AR-Vorsitzenden zu verständigen - insbesondere unter dem Aspekt, dass die Alternative gar keine Verständigung ist. Da für Sonderberichte keine besonderen Formvorschriften

⁴⁰¹ *Krejci* in FS *Frotz*, 368.

⁴⁰² *Geppert/Moritz*, Gesellschaftsrecht für Aufsichtsräte (1979) 263.

⁴⁰³ Vgl zur Verständigung externer Stellen bei Verstößen gegen strafgesetzliche Bestimmungen *Mertens* in Kölner Kommentar zum AktG II² (1996) § 77 Rz 38; *Schlosser*, Organhaftung 103; *Hopt* in *Hopt/Wiedemann*, Großkomm III⁴ § 93 Rz 54.

vorgesehen sind und die Sonderberichterstattung insbesondere wahlweise innerhalb oder außerhalb einer AR-Sitzung stattfinden kann, empfiehlt sich beispielsweise als Instrument der Berichterstattung eine E-Mail (mit Empfangsbestätigung) oder ein eingeschriebener Brief zumindest an den AR-Vorsitzenden oder besser gleich an alle Vorstandsmitglieder. Aus haftungsrechtlicher Sicht ist jedenfalls festzuhalten, dass mE die Unterlassung der Berichterstattung aus wichtigem Anlass und/ oder Gründen der Rentabilität oder Liquidität für das überstimmte Vorstandsmitglied jedenfalls ein weitaus größeres Haftungsrisiko in sich birgt als die „nicht-gesetzeskonforme“ Berichterstattung. Um eine Haftung zu vermeiden sollte zumindest der AR-Vorsitzende schriftlich verständigt werden; in letzter Konsequenz bleibt nur mehr der Rücktritt.

b) Rechnungswesen - § 82 AktG

Wie bereits kurz angeschnitten hat der Vorstand gem § 82 AktG dafür Sorge zu tragen, dass ein ordentliches, den Anforderungen der Gesellschaft entsprechendes Rechnungswesen und IKS geführt werden. Diese Bestimmung regelt gemeinsam mit den konkretisierenden Rechnungslegungsvorschriften des Dritten Buches im UGB das Rechnungswesen in der AG.

Der Begriff des Rechnungswesens ist sehr weit gefasst. Er betrifft sowohl die Mindestanforderungen der Buchführung als auch sämtliche rechtlich oder betriebswirtschaftlich motivierte unternehmensbezogene Einzel- oder Gesamtberechnungen⁴⁰⁴. Ergebnis der Rechnungslegung ist vordergründig die Finanzberichterstattung, also insbesondere die Erstellung des Jahresabschlusses sowie des Lageberichts gem § 222 UGB bzw im Konzern der konsolidierte Jahresabschluss gem § 244 AktG, welche von sämtlichen Vertretern zu unterzeichnen sind.

Kernaussage des § 82 AktG ist es, dass die Schaffung und Instandhaltung der entsprechenden organisatorischen Einrichtungen zur Sicherstellung eines funktionierenden Rechnungslegungsprozesses im Verantwortungsbereich des Vorstandes liegt⁴⁰⁵. Der Vorstand hat die Verpflichtungen in Bezug auf das Rechnungswesen nicht persönlich wahrzunehmen; vielmehr kann er sie an andere Mitarbeiter delegieren, wobei ihn in diesem Fall besondere

⁴⁰⁴ *Wegenstein*, Das interne Kontrollsystem - Zwingend für alle Kapitalgesellschaften seit 1. Juli 1998 persaldo, 1998 H 3, 12.

⁴⁰⁵ *Ahammer/Balzar/Gedlicka/Kerschbaumer/Löffler/Nayr/Schirmbrand*, ARaktuell 2008, 7; *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 82 Rz 3.

Pflichten treffen⁴⁰⁶. So obliegt ihm die Pflicht zur sorgfältigen Auswahl der die Rechnungslegung besorgenden Mitarbeiter, die Pflicht zur Auswahl eines geeigneten Buchhaltungssystems und darüber hinaus die Pflicht zur Überwachung und zu regelmäßiger Kontrolle auch unter Heranziehung von Kontroll- und Revisionsexperten⁴⁰⁷. Primäre Voraussetzung dazu ist es, im Rahmen einer sinnvollen Aufbauorganisation eine klare Definition und Abgrenzung von Arbeitsbereichen, Zuständigkeiten und Verantwortungen zu schaffen⁴⁰⁸. Die systematischen und fachlichen Anforderungen der Arbeitsschritte im Rechnungswesen sollen durch Arbeitsanweisungen, Verfahrensschritte etc. Regelung finden, dessen Dokumentation häufig durch Ablaufdiagramme oder Handbücher erfolgt⁴⁰⁹. Dieses gesamte organisatorische Gefüge muss schließlich von einem funktionierenden IKS umfasst sein⁴¹⁰. Die Pflicht des Vorstandes für ein ordentliches Rechnungswesen zu sorgen ist zwingend⁴¹¹. Sie kann zwar näher konkretisiert werden, jedoch darf sie nicht eingeschränkt werden⁴¹².

Bei Verstößen steht der Gesellschaft ein Schadenersatzanspruch gem § 84 Abs 1 AktG zu. Gläubigern gegenüber haften die Vorstandsmitglieder wenn sie in Folge unsorgfältiger Aufzeichnungen einen Tatbestand des § 84 Abs 3 AktG verwirklichen⁴¹³. Darüber hinaus ist auch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit denkbar. In Betracht kommt eine Strafbarkeit nach § 159 Abs 1 – 4 iVm Abs 5 Z 4 u 5 StGB (das Unterlassen oder mangelhafte Führen der Geschäftsbücher oder geschäftlichen Aufzeichnungen ist ein kridaträchtiges Verhalten), nach § 255 AktG (unvollständige oder unrichtige Darstellung in Berichten), nach § 51 Abs 1 lit c FinStrG (Ordnungswidrigkeit) oder aber auch nach §§ 33f FinStrG (Abgabenhinterziehung)⁴¹⁴. Eine Haftung Dritten gegenüber kommt insbesondere auch wegen Schutzgesetzverletzung des §§ 255 AktG oder 159 StGB iVm 1311 ABGB in Betracht.

⁴⁰⁶ Vgl Kapitel II.D.4.a).

⁴⁰⁷ *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 15; vgl auch *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 82 Rz 4; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/355.

⁴⁰⁸ *Ahammer/Balzar/Gedlicka/Kerschbaumer/Löffler/Nayr/Schirmbrand*, ARaktuell 2008, 7.

⁴⁰⁹ *Ahammer/Balzar/Gedlicka/Kerschbaumer/Löffler/Nayr/Schirmbrand*, ARaktuell 2008, 7.

⁴¹⁰ *Ahammer/Balzar/Gedlicka/Kerschbaumer/Löffler/Nayr/Schirmbrand*, ARaktuell 2008, 7.

⁴¹¹ *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 16; *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 82 Rz 2.

⁴¹² *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 16; *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 82 Rz 2.

⁴¹³ *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 18; *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 82 Rz 5.

⁴¹⁴ *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 18; *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 82 Rz 5.

c) Sonstiges

Nach § 96 AktG hat der Vorstand dem AR die Unterlagen gem § 222 UGB sowie einen Vorschlag zur Gewinnverteilung vorzulegen, worüber der AR einen Bericht an die HV erstattet. Mindestens einmal jährlich hat er die ordentliche HV einzuberufen, und ihr gem § 104 AktG den Jahresabschluss samt Lagebericht und allfälligem Corporate Governance Bericht, den allfälligen Konzernabschluss samt Konzernlagebericht, den Vorschlag für die Gewinnverwendung und den eben erwähnten vom AR erstatteten Bericht darüber vorzulegen. Neben der Einberufung der ordentlichen HV obliegt ihm auch die Einberufung der außerordentlichen HV. Zusätzlich zu § 81 AktG bestehen noch weitere Berichts- und Auskunftspflichten des Vorstandes; genannt seien insbesondere die Auskunftspflicht gegenüber den Aktionären nach § 118 AktG sowie gegenüber Sonderprüfern gem § 133 AktG. Darüber hinaus obliegt dem Vorstand eine ganze Fülle von Melde- und Einreichungspflichten zum Firmenbuch⁴¹⁵. Aufgaben des Vorstandes sind ferner die Antragstellung auf Bestellung eines AR-Mitgliedes durch das Gericht gem § 89 AktG, die Ankündigung eines Sonderprüfungsberichtes als Gegenstand der Beschlussfassung in der HV gem § 133 Abs 3 AktG sowie die Ausgabe von Bezugsaktien gem § 166 AktG bei einer bedingten Kapitalerhöhung.

6. Im AktG besonders geregelte Pflichten der Vorstandsmitglieder

Wie bereits vorangekündigt, richtet sich das AktG nach seinem ausdrücklichen Wortlaut neben dem Vorstand als solchen auch an die Vorstandsmitglieder. Durch Rechtsvorschriften, welche direkt an Vorstandsmitglieder adressiert sind, wird zwingend jedes einzelne Vorstandsmitglied aus diesen Bestimmungen berechtigt und verpflichtet.

a) Wettbewerbsverbot - § 79 AktG

§ 79 AktG normiert ein sehr weit gefasstes Wettbewerbsverbot für Vorstandsmitglieder. Nach § 79 Abs 1 AktG dürfen Vorstandsmitglieder ohne Zustimmung des AR gewisse Tätigkeiten nicht ausüben, nämlich 1) die Betreibung eines Unternehmens, 2) die Annahme von ARmandaten in Unternehmen, die mit der Gesellschaft nicht konzernmäßig

⁴¹⁵ Vgl zu einer Auflistung dieser Pflichten *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 59.

verbunden sind oder an denen die Gesellschaft nicht unternehmerisch beteiligt (§ 228 Abs 1 UGB) ist, 3) das Eingehen von Geschäften für eigene oder fremde Rechnung im Geschäftszweig der Gesellschaft und 4) die Beteiligung als persönlich haftender Gesellschafter an einer anderen unternehmerisch tätigen Gesellschaft. Die Zustimmung des AR kann entweder vorab im Anstellungsvertrag oder konkret im Einzelfall erfolgen; auch eine nachträgliche Erteilung ist möglich⁴¹⁶.

Verstößt ein Vorstandsmitglied gegen dieses Wettbewerbsverbot, so hat die Gesellschaft gem § 79 Abs 2 AktG die Wahl zwischen der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen das Vorstandsmitglied nach allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts oder sie macht stattdessen von ihrem Eintrittsrecht Gebrauch.

b) Verschwiegenheitspflicht - § 84 Abs 1 S 2 AktG

Nach § 84 Abs 1 S 2 AktG haben Vorstandsmitglieder über vertrauliche Angaben Stillschweigen zu bewahren. Was genau unter „vertrauliche Angaben“ zu verstehen ist bestimmt sich nach dem Interesse der Gesellschaft; jedenfalls werden alle Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse dazu gezählt⁴¹⁷. Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse sind Umstände (Tatsachen sowohl als auch Erkenntnisse), welche nur bestimmten zur Geheimhaltung verpflichteten Personen (üblicherweise nur dem Vorstand oder auch dem AR oder einem sonstigen kleinem überschaubaren Kreis von Personen) bekannt sind, anderen Personen nur sehr schwer zugänglich sind und sich überdies auf das Unternehmen bzw dessen Betriebe beziehen (beispielsweise auf den produktionstechnischen oder auf den kaufmännisch-wirtschaftlichen Bereich), wobei ein objektives Interesse des Unternehmens besteht, dass die Kenntnis dieser Umstände auf eben jenen begrenzten Personenkreis beschränkt bleibt⁴¹⁸. Die Beurteilung wann zur Verschwiegenheit verpflichtende Umstände vorliegen ist oft ein Graubereich. Bereits die Erkennbarkeit bzw das Kennenmüssen für das Existentwerden der Verschwiegenheitspflicht kann einem Vorstandsmitglied zum Vorwurf gemacht werden, wenn es den Geheimhaltungscharakter fahrlässig nicht erkannt⁴¹⁹. Strittig ist es, ob die Verschwiegenheitspflicht über den Zeitraum der Vorstandsfunktion hinausgeht, wobei dies

⁴¹⁶ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/398; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 79 Rz 4.

⁴¹⁷ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/402; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 – 84 Rz 87; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 84 Rz 13.

⁴¹⁸ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 – 84 Rz 87.

⁴¹⁹ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 – 84 Rz 87.

nach überwiegender Ansicht bejaht wird⁴²⁰. Gegenüber den übrigen Vorstandsmitgliedern oder dem AR besteht jedenfalls keine Verschwiegenheitspflicht⁴²¹. Sehr wohl besteht sie jedoch im Verhältnis zu den Aktionären, deren Anspruch auf Auskunft in § 112 AktG geregelt ist⁴²².

Wenn einem Vorstandsmitglied das objektive Interesse der Gesellschaft an der Geheimhaltung tatsächlich nicht ohne weiteres erkennbar ist, so ist es jedenfalls zur Verschwiegenheit verpflichtet, wenn es auf die Vertraulichkeit aufmerksam gemacht wurde⁴²³. Im Übrigen ist die Verschwiegenheitspflicht kein absolutes Verbot, sondern es ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine Weitergabe der vertraulichen Angaben im Interesse der Gesellschaft ist bzw welche Risiken mit dieser Weitergabe verbunden sind⁴²⁴. Im Interesse der Gesellschaft ist es üblicherweise im Rahmen einer Due-Diligence beim Kauf oder Verkauf von Unternehmensanteilen unter Einhaltung der üblichen Vorsichtsmaßnahmen auch vertrauenswürdige Informationen zur Verfügung zu stellen⁴²⁵. Zu derartigen Vorsichtsmaßnahmen gehören beispielsweise der Abschluss einer Geheimhaltungsvereinbarung sowie die Weitergabe vertraulicher Informationen nur an ausgewählte, ernsthafte Interessenten⁴²⁶.

Eine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht kann Schadenersatzansprüche gem § 84 AktG und auch eine Abberufung aus wichtigem Grund gem § 75 Abs 4 nach sich ziehen⁴²⁷. Insbesondere kommt auch eine strafrechtliche Verantwortlichkeit nach § 122 StGB (Verletzung eines Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisses) sowie § 255 AktG in Betracht⁴²⁸.

⁴²⁰ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/402; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 84 Rz 17; Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990); 225; Pichler/Weninger, Vorstand 118; aA Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 – 84 Rz 89.

⁴²¹ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/402; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 84 Rz 14; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 – 84 Rz 89.

⁴²² Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 84 Rz 12.

⁴²³ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 – 84 Rz 87; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 84 Rz 13.

⁴²⁴ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/403; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 84 Rz 15.

⁴²⁵ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/403; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 84 Rz 15.

⁴²⁶ Ginthör/Brodey, AG- / SE-Vorstand 86; vgl dazu auch Winkler/Birkner, Informationsweitergabe bei due diligence und Aktienerwerb, GesRZ 1999, 234.

⁴²⁷ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/404; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 84 Rz 18; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 – 84 Rz 93.

⁴²⁸ Ginthör/Brodey, AG- / SE-Vorstand 86.

c) Sorgfaltspflicht - § 84 Abs 1 S 1 AktG

Nach § 84 Abs 1 S 1 AktG haben die Vorstandsmitglieder bei ihrer Geschäftsführung die „Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters“ anzuwenden. Mit Geschäftsführung ist sowohl die Vertretung im Außenverhältnis als auch die Geschäftsführung im Innenverhältnis gemeint. Durch die Sorgfaltspflicht wird die umfassende Leitungsbefugnis des Vorstandes durch die Art der anzuwendenden Sorgfalt begrenzt⁴²⁹.

Die Sorgfaltspflicht erfüllt nach hM⁴³⁰ eine Doppelfunktion: einerseits dient sie als allgemeiner Auffangtatbestand für alle Pflichtverletzungen der Vorstandsmitglieder, deren Verletzung daher die Rechtswidrigkeit des Verhaltens begründet, andererseits bestimmt sie den für Vorstandsmitglieder geltenden objektiven Sorgfaltsmaßstab in Bezug auf deren Verschulden. § 84 Abs 1 S 1 AktG enthält sowohl eine Pflichtenquelle als auch einen Sorgfaltsmaßstab⁴³¹.

(1) Sorgfaltspflicht als Pflichtenquelle

Welche Pflichten sich konkret aus der Sorgfaltspflicht ableiten lassen ist nicht völlig klar und ergibt sich auch nicht aus § 84 AktG. In § 84 Abs 3 AktG zählt das Gesetz jedoch in acht Ziffern Verhaltensweisen auf, die auf jeden Fall rechtswidrig sind und daher bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen zu einer Schadenersatzpflicht der Vorstandsmitglieder führen. Darin könnte eine Konkretisierung der Sorgfaltspflicht als Pflichtenquelle erblickt werden⁴³². Bei den in § 84 Abs 3 AktG genannten Verhaltensweisen handelt es sich um Kapitalerhaltungspflichten, deren Schutzrichtung die Gläubiger sind⁴³³.

Im Übrigen kann die Sorgfaltspflicht als eine Art Überbegriff, aus welchem sich konkrete Pflichten ableiten lassen angesehen werden. *Fleischer*⁴³⁴ beispielsweise leitet aus der Sorgfaltspflicht die Legalitätspflicht, Überwachungspflicht sowie generell die Pflicht zur

⁴²⁹ Nowotny in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG vor § 70 Rz 17.

⁴³⁰ *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 95; *Schlosser*, Organhaftung 27; *Fleischer* in *Fleischer*, Vorstandsrecht § 7 Rz 1; RIS-Justiz RS0059449.

⁴³¹ *Fleischer* in *Fleischer*, Vorstandsrecht § 7 Rz 1.

⁴³² So *Fleischer* in *Fleischer*, Vorstandsrecht § 7 Rz 2.

⁴³³ Vgl dazu sogleich Kapitel II.D.6.d).

⁴³⁴ *Fleischer* in *Fleischer*, Vorstandsrecht § 7 Rz 5ff.

sorgfältigen Unternehmensleitung ab. *Schlosser*⁴³⁵ sieht als Einzelfälle der Sorgfaltspflicht die Rechtmäßigkeit der Organisation und Entscheidungsabläufe, die sorgfältige Leitung des Unternehmens sowie die ordentliche Führung der Geschäfte, die ordnungsgemäße Finanzierung des Unternehmens, das rechtmäßige Verhalten der Gesellschaft als auch die Zusammenarbeit innerhalb des Vorstandes und zwischen den Organen. Ähnlich nennt *Hopt*⁴³⁶ als Einzelfälle der Sorgfaltspflicht die Organisation und Entscheidungsabläufe im Unternehmen, ordnungsgemäße Unternehmensfinanzierung, rechtmäßiges und den guten Sitten entsprechendes Verhalten des Unternehmens, sorgfältige Unternehmensleitung, spezielle Verhaltenspflichten im Konzern, soziale Aufwendungen – Spenden und politische Tätigkeit, Verhalten bei Unternehmensübernahme, Zusammenarbeit im Vorstand und mit anderen Organen sowie Beachtung der allgemeinen Berufspflichten der Vorstandsmitglieder auch gegenüber der Gesellschaft.

(2) Sorgfaltspflicht als Sorgfaltsmaßstab

§ 84 Abs 1 S 1 AktG enthält einen objektivierten Sorgfaltsmaßstab für Vorstandsmitglieder, nämlich die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters. Festgelegt wird der Maßstab der Sorgfalt, welchen jedes einzelne Vorstandsmitglied bei der Ausübung seiner Vorstandstätigkeit mindestens einzuhalten hat. An diesem Sorgfaltsmaßstab ist das gesamte Verhalten eines Vorstandsmitgliedes zu messen⁴³⁷.

Was genau unter der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters zu verstehen ist, kann mittels einer generell abstrakten Definition nicht bestimmt werden, sondern hängt vielmehr von den Umständen des Einzelfalls ab. So werden beispielsweise an Vorstandsmitglieder eines multinationalen Unternehmens oder einer Gesellschaft, welche sich mit umwelt- oder sicherheitsrelevanten Produkten beschäftigt höhere Anforderungen zu stellen sein, als an Vorstandsmitglieder einer kleinen, überwiegend in Familienbesitz befindliche Dienstleistungs-AG⁴³⁸. Vorstandsmitglieder einer Bank müssen in geschäftlichen und finanziellen Angelegenheiten mehr Erfahrung und Kenntnisse haben als ein durchschnittlicher Kaufmann und insbesondere auch die Fähigkeit besitzen, schwierige

⁴³⁵ *Schlosser*, Organhaftung 32ff.

⁴³⁶ *Hopt* in *Hopt/Wiedemann*, Großkomm III⁴ § 93 Rz 89ff.

⁴³⁷ *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 95.

⁴³⁸ *Griesmayr/Dahnz*, Das Risiko der Manager (1996) 8.

wirtschaftliche als auch rechtliche Zusammenhänge zu erkennen und deren Folgen für das Unternehmen abschätzen zu können⁴³⁹.

Die Funktion der objektivierten Sorgfaltspflicht besteht darin, klar zu stellen, dass Vorstandsmitglieder sich nicht auf einen Mangel an erforderlichen Kenntnissen und Fähigkeiten berufen können; sie haben daher nicht nur für Sorglosigkeit, sondern auch für „unternehmerische Unfähigkeit“⁴⁴⁰ einzustehen⁴⁴¹. Wie bei der Sachverständigenhaftung nach § 1299 ABGB wird die erforderliche Sorgfalt aus der übernommenen Aufgabe, nach der Auffassung des redlichen Verkehrs und unter Berücksichtigung der besonderen Verhältnisse der Gesellschaft ermittelt⁴⁴². Besondere Verhältnisse der Gesellschaft sind beispielsweise Art, Größe und wirtschaftlicher Lage der Gesellschaft sowie die allgemeine wirtschaftliche Lage, die Situation der Märkte und Konkurrenzverhältnisse⁴⁴³. Vorausgesetzt werden jedenfalls diejenigen Kenntnisse und Fähigkeiten, welche für den Geschäftszweig der Gesellschaft üblicherweise erforderlich sind⁴⁴⁴. Durch die Annahme der Bestellung gibt der Organwalter indirekt zu erkennen, dass er über diese erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse verfügt⁴⁴⁵. Besitzt er sie nicht und übernimmt er dennoch die Funktion trifft ihn eine Übernahms- bzw. Einlassungsfahrlässigkeit⁴⁴⁶. Der Einwand des subjektiven Fehlens von einschlägigen Erfahrungen, Vor- und Ausbildung aber auch Krankheit, Alter oder Arbeitsüberlastung bleibt für die Vorstandsmitglieder daher ohne Erfolg⁴⁴⁷. Sieht sich ein Vorstandsmitglied mit schwierigen rechtlichen, technischen oder anderen komplexeren und/ oder umstrittenen speziellen Fragen, dessen Kenntnis üblicher Weise nicht vorausgesetzt werden kann, konfrontiert, so hat sich das Vorstandsmitglied eine ordentliche Beratung durch Experten in dieser Angelegenheit zu beschaffen⁴⁴⁸.

⁴³⁹ Schlosser, Organhaftung 30; RIS-Justiz RS0049309.

⁴⁴⁰ Griesmayr/Dahnz, Risiko 12.

⁴⁴¹ Ginthör/Brodey, AG- / SE-Vorstand 126; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/416.

⁴⁴² Ratka/Rauter in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung Rz 2/36f; Pichler/Weninger, Vorstand 127; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 95.

⁴⁴³ Ginthör/Brodey, AG- / SE-Vorstand 85; Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 95; Ratka/Rauter in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung Rz 2/37.

⁴⁴⁴ RIS-Justiz RS0026773.

⁴⁴⁵ Ratka/Rauter in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung Rz 2/39.

⁴⁴⁶ Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht I² (1997) Rz 2/416; RIS-Justiz RS0059723.

⁴⁴⁷ Ginthör/Brodey, AG- / SE-Vorstand 84; Griesmayr/Dahnz, Risiko 12; vgl auch OGH 26.02.2002, 1 Ob 144/01k RdW 2002/350 = ZIK 2002/135 = wbl 2002/227 = ecolex 2003/22 = GeS 2002, 26 = RWZ 2002/58 = ecolex 2003, 524 (Kapsch/Grama) = SZ 2002/26 = AR 2005 H 1, 26 (Gruber) Kein Mitglied eines Organs kann sich mit Erfolg darauf berufen, dass ihm dem objektiv-normativen Sorgfaltsmaßstab entsprechende Fähigkeiten fehlen.

⁴⁴⁸ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 95.

Ist ein mehrgliedriger Vorstand eingerichtet, so muss nicht jedes einzelne Vorstandsmitglied, sondern der Gesamtvorstand über die entsprechenden Fähigkeiten und Kenntnisse verfügen⁴⁴⁹. Im Falle einer Geschäftsverteilung kann der Sorgfaltsmaßstab inhaltlich von Ressort zu Ressort unterschiedlich sein⁴⁵⁰. Gewisse Basiskenntnisse um die wirtschaftliche Gesamtentwicklung des Unternehmens beurteilen zu können, insbesondere auch im Bereich des Rechnungswesens, muss jedoch jedes Vorstandsmitglied schon allein wegen seiner Überwachungspflicht der fremden Ressorts aufweisen können⁴⁵¹.

Mit entsprechender Sorgfalt hat ein Vorstandsmitglied die Rechtsordnung, die Satzung und die von ihm mit der Gesellschaft oder von der Gesellschaft mit Anderen geschlossenen Verträge zu beachten und sich der Gesellschaft bietende Chancen und Entwicklungsmöglichkeiten wahrzunehmen sowie drohenden Schäden rechtzeitig vorzubeugen⁴⁵². Das Eingehen von gewagten Geschäften wird durch die Sorgfaltspflicht nicht schlechthin verboten; in diesem Fall müssen jedoch das Erfolgskalkül und das Risikoausmaß sorgfältig erwogen und geschätzt werden⁴⁵³. Handelt ein Vorstandsmitglied außerhalb dieses Sorgfaltsmaßstabes, so ist sein Verhalten sorgfaltspflichtwidrig und damit auch rechtswidrig, was bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen Haftungsfolgen mit sich bringt. Die Verletzung des objektivierten Sorgfaltsmaßstabes indiziert idR gleichzeitig die Rechtswidrigkeit und das Verschulden⁴⁵⁴.

d) Kapitalerhaltungspflichten - § 84 Abs 3 AktG

Bei den in § 84 Abs 3 AktG genannten Verhaltensweisen handelt es sich um Kapitalerhaltungspflichten, deren Schutzrichtung die Gläubiger sind. Nach § 84 Abs 3 AktG sind die Vorstandsmitglieder zum Ersatz verpflichtet, wenn Z 1) Einlagen entgegen § 52 AktG zurückgewährt werden – vgl auch § 184 AktG, Z 2) oder entgegen § 54 AktG Zinsen oder Gewinnanteile gezahlt werden – vgl auch § 187 AktG, Z 3) entgegen §§ 51, 65, 65 lit a, 65 lit b, 66, 66 lit a oder 192 AktG eigene Aktien gezeichnet, erworben, als Pfand genommen

⁴⁴⁹ Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 174f.

⁴⁵⁰ Ratka/Rauter in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung Rz 2/37; Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 174; Krejci, Gesellschaftsrecht I (2005) 96; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 84 Rz 7.

⁴⁵¹ Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 175.

⁴⁵² Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 95.

⁴⁵³ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 95.

⁴⁵⁴ Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 192.

oder eingezogen werden, Z 4 u 8) Aktien entgegen §§ 10 Abs 2 u 34 Abs 4 AktG sowie bei der bedingten Kapitalerhöhung entgegen §§ 158, 164, 166 oder 170 AktG vor der vollen Leistung bzw des festgesetzten Zwecks ausgegeben werden, Z 5) entgegen §§ 212, 213, 178 Abs 2, 184, 192 Abs 2 AktG Gesellschaftsvermögen verteilt wird, Z 6) Zahlungen trotz Vorliegens materieller Insolvenz geleistet werden, außer, es handelt sich um Zahlungen, welche der Sorgfaltspflicht entsprechen oder Z 7) dem AktG widersprechende Kredite an wen auch immer gewährt werden und dadurch der Gesellschaft eben ein Schaden entsteht⁴⁵⁵.

Nach § 52 AktG haben die Aktionäre solange die Gesellschaft besteht nur Anspruch auf den Bilanzgewinn, eine **Einlagenrückgewähr** ist verboten. Unter diesen Verbotstatbestand fällt jede an den Aktionär, aufgrund seiner Mitgliedschaft getätigte Leistung aus dem Vermögen der Gesellschaft, gleichgültig ob diese Leistung offen oder verdeckt ist, und ein objektives Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung zu Gunsten des Aktionärs besteht⁴⁵⁶. Darüber hinaus verbietet § 184 AktG, dass Beträge, welche durch die Auflösung von Rücklagen oder aus einer Kapitalherabsetzung entstehen an die Aktionäre ausbezahlt werden.

Nach § 54 AktG dürfen Einlagen nicht **verzinst** werden. Die Aktionäre haben nur auf den sich aus der Jahresbilanz ergebenden Bilanzgewinn, also auf die Dividenden aus den Aktien, einen Anspruch⁴⁵⁷. § 187 AktG enthält diverse Verbote und Beschränkungen der **Gewinnausschüttung** bei der einfachen Kapitalherabsetzung.

§ 84 Abs 3 Z 3 AktG verbietet den **Erwerb eigener Aktien**. Prinzipiell darf die Gesellschaft nach § 51 AktG keine eigenen Aktien zeichnen, jedoch bestimmt § 65 Abs 1, unter gewissen Bedingungen (§ 65 Abs 1 lit a – Abs 3 AktG), Ausnahmen von diesem Verbot. Der Erwerb ist nach § 65 Abs 1 AktG zulässig, Z 1) wenn der Erwerb zur Verhinderung eines schweren unmittelbar drohenden Schadens notwendig ist, Z 2) wenn der Erwerb unentgeltlich ist oder bei Kreditinstituten: zur Ausführung einer Einkaufskommission, Z 3) durch Gesamtrechtsnachfolge – insbesondere Verschmelzung, Spaltung und Umwandlung, Z 4) zum Zweck der Ausgabe an Arbeitnehmer oder Organmitglieder der Gesellschaft, Z 5) als Entschädigungsleistung für Minderheitsaktionären, sofern dies gesetzlich vorgesehen ist – beispielsweise wird gem § 9 SpaltG ein Austrittsrecht der

⁴⁵⁵ Vgl zu dieser übersichtlichen Auflistung *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 128 – 134.

⁴⁵⁶ *Artmann in Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 52 Rz 8ff, 11; *Schlosser*, Organhaftung 83.

⁴⁵⁷ *Artmann in Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 54 Rz 2, 11; *Schlosser*, Organhaftung 83.

Aktionäre bei nicht verhältnismäßiger Spaltung gesetzlich vorgesehen, Z 6) zum Zweck der Einziehung nach den Vorschriften über die Kapitalherabsetzung, Z 7) wenn die Gesellschaft ein Kreditinstitut ist: der Erwerb eigener Aktien zum Zweck des Wertpapierhandels oder Z 8) bei börsennotierten AGs: zum zweckfreien Erwerb. § 65 Abs 1 lit a – Abs 3 enthalten weitere Bedingungen und Beschränkungen. Insbesondere dürfen gem § 65 Abs 2 AktG die iSd § 65 Abs 1 Z 1, 4, 7 u 8 erworbenen Aktien zusammen mit den anderen bereits erworbenen Aktien 10% des Grundkapitals nicht übersteigen. Werden Aktien entgegen den Bestimmungen des § 65 Abs 1-2 erworben, sind sie gem § 65 Abs 4 prinzipiell wirksam, jedoch müssen sie gem § 65 lit a Abs 1 AktG nach ihrem Erwerb innerhalb von einem Jahr wieder veräußert werden. Werden zulässigerweise Aktien erworben und machen sie mehr als 10% Grundkapitals aus, so müssen sie gem § 65 lit a Abs 2 AktG innerhalb von drei Jahren nach dem Erwerb wieder veräußert werden. Der Zeichnung von Aktien stehen die Impfandnahme eigener Aktien (§ 65 lit b AktG) oder der Erwerb durch Dritte – beispielsweise durch ein Tochterunternehmen – gleich (§ 66 AktG). Nach § 65 Abs 3 AktG treffen den Vorstand ausführliche Informationspflichten gegenüber der HV in Bezug auf eigene Aktien.

Die **Ausgabe von Aktien vor der vollen Leistung des Ausgabebetrages** ist prinzipiell verboten, es sei denn die Aktie lautet gem § 10 Abs 2 AktG auf Namen anstatt auf Inhaber. Ebenso ist die Ausgabe von Bezugsaktien bei der **bedingten Kapitalerhöhung** außerhalb des festgesetzten Zwecks oder bevor der volle Gegenwert der Bezugsaktien geleistet wurde untersagt.

Unter das Verbot der **Verteilung des Gesellschaftsvermögens** fallen jene Zahlungen an die Aktionäre, die entweder mit der Abwicklung der Gesellschaft oder mit einer Kapitalherabsetzung in Zusammenhang stehen⁴⁵⁸. Nach § 178 Abs 2 AktG dürfen bei der ordentlichen Kapitalherabsetzung Zahlungen an die Aktionäre erst nach Erfüllung bestimmter in Abs 1 vorgesehener Gläubigerschutzbestimmungen erfolgen; dasselbe gilt gem § 192 Abs 2 AktG bei der Kapitalherabsetzung durch Einziehung. Nach §§ 212, 213 AktG ist ein Jahr nach der Auflösung der Gesellschaft und nach Gläubigeraufruf sowie nach Berichtigung der Schulden das verbleibende Vermögen unter den Gesellschaftern zu verteilen.

Schließlich bestimmt § 87 Abs 3 Z 6 AktG ein **Zahlungsverbot** bei Vorliegen materieller Insolvenz. Diese Anordnung wäre eigentlich nicht notwendig gewesen, da bei

⁴⁵⁸ Schlosser, Organhaftung 85.

Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ohnehin das Insolvenzrecht Platz greift⁴⁵⁹. In einem letzten Punkt erfasst § 87 Abs 3 Z 7 AktG außerdem noch jede Art von **Kreditgewährung**, welche dem AktG widerspricht, unabhängig davon, an wen der Kredit gewährt wurde⁴⁶⁰.

e) Sonstiges

Nach § 25f AktG haben die Mitglieder des Vorstandes den Hergang der Gründung zu prüfen und ist gem § 28ff AktG die Gesellschaft von sämtlichen Gründern und Mitgliedern des Vorstandes und des AR bei Gericht zur Eintragung in das Firmenbuch anzumelden. Die §§ 41 u 47 AktG statuieren darüber hinaus besondere Pflichten der Vorstandsmitglieder bei der Gründung bzw Nachgründung der Gesellschaft.

7. Das unternehmerische Ermessen

Das AktG selbst enthält ausdrücklich keine Regelungen über ein „Ermessen“ des Vorstandes. Anders in Deutschland. Dort bestimmt § 93 Abs 1 S 2 dAktG, dass eine Pflichtverletzung nicht vorliegt, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Diese Gesetzesstelle wurde nach der *ARAG/Garmenbeck* Grundsatzentscheidung des BGH⁴⁶¹ geschaffen. In dieser Entscheidung legte der BGH fest, dass dem Vorstand bei der Leitung der Gesellschaft ein weiter Handlungsspielraum, ohne den eine unternehmerische Tätigkeit schlechterdings nicht denkbar sei, zustehe. Dazu gehöre neben dem bewussten Eingehen geschäftlicher Risiken grundsätzlich auch die Gefahr von Fehlbeurteilungen und Fehleinschätzungen, der jeder Unternehmensleiter, mag er auch noch so verantwortungsbewusst handeln, ausgesetzt sei.

a) Die Business Judgment Rule

Im Zusammenhang mit dem unternehmerischen Ermessen werden in der österreichischen Literatur häufig Parallelen zu der Business Judgment Rule gezogen⁴⁶². Diese

⁴⁵⁹ Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 70-84 Rz 133.

⁴⁶⁰ Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 70-84 Rz 134.

⁴⁶¹ BGH 21.04.1997, II ZR 175/95, *ARAG/Garmenbeck*, *ecolex* 1997, 507 = ZIP 1997, 883.

⁴⁶² So etwa *Torggler*, Von Schnellschüssen, nützlichen Gesetzesverletzungen und spendablen Aktiengesellschaften - Zum Ermessensspielraum bei der gesellschaftsrechtlichen Organhaftung, wbl 2009, 168; *Torggler*, Business Judgment Rule und unternehmerische Ermessensentscheidungen, ZfRV 2002/9;

ist ein Rechtsinstitut aus dem angloamerikanischen Raum, welche schlichte unternehmerische Fehlentscheidungen von haftungsbegründenden Pflichtverletzungen trennt⁴⁶³. Selbst der OGH⁴⁶⁴ nahm vor nicht allzu langer Zeit ausdrücklich Bezug auf dieses angloamerikanische Rechtsinstitut bzw genauer gesagt auf die diesbezügliche Diskussion in der Literatur und betonte, dass auch die Business Judgment Rule nicht so verstanden werden könne, dass eine Nachprüfung, ob ein bestehender Ermessensspielraum überschritten wurde, unzulässig sei.

Andere (ältere) Stimmen der Lehre⁴⁶⁵ sind wiederum der Meinung, dass sich die Annahme eines haftungsfreien unternehmerischen Ermessensspielraums auch ohne weiteres durch Auslegung der österreichischen Rechtsordnung, ohne, dass auf die Business Judgment Rule zurückgegriffen werden muss, ergibt. Insbesondere ergibt sich bereits aufgrund der „eigenverantwortlichen Leitung“ gem § 70 AktG, dass dem Vorstand ein Leitungsermessen zukommen muss⁴⁶⁶. Aus Literatur und Rsp lässt sich mE im Einzelnen nicht genau entnehmen ob und wenn ja welche Kriterien von der Business Judgment Rule übernommen wurden. Ähnlichkeiten zwischen österreichischem Ermessensspielraum und angloamerikanischer Business Judgment Rule sind jedoch vorhanden⁴⁶⁷. Es wird überwiegend die Ansicht vertreten, dass die Kriterien der Business Judgment Rule zwar nicht direkt in die österreichische Rechtsordnung übernommen werden können, jedoch, dass man sie quasi als Anregung hin zu einer selbständigen Entwicklung des haftungsfreien unternehmerischen Ermessensspielraumes auch im österreichischen Recht nutzbar machen kann⁴⁶⁸.

Kurz zusammengefasst kommt es nach der Business Judgment Rule zu keiner Haftung für eine fehlgeschlagene Entscheidung, wenn die handelnde Person die 1) unternehmerische Entscheidung, 2) unbefangen, 3) informiert und 4) gutgläubig getroffen hat⁴⁶⁹. „Unbefangen“ bedeutet, dass das Vorstandsmitglied keine vom Unternehmensinteresse

Kapsch/Grama, Business Judgment Rule: Pflichtwidrige oder bloß unglückliche Geschäftsentscheidung? *ecolex* 2003, 524; *Lutter*, Die Business Judgment Rule in Deutschland und Österreich, *GesRZ* 2007, 79; *Schima*, Business Judgment Rule und Verankerung im österreichischen Recht, *GesRZ* 2007, 93.

⁴⁶³ *Ratka/Rauter* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung Rz 2/97.

⁴⁶⁴ OGH 08.05.2008, 6 Ob 28/08y *GesRZ* 2008, 304 (*Schmidt*) = wbl 2008/259 = RdW 2008/594.

⁴⁶⁵ *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 176; *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 84 Rz 8.

⁴⁶⁶ *Kalss* in *Goette/Habersack*, MünchKomm II³ § 93 Rz 302; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 98, § 70 Rz 1; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/336.

⁴⁶⁷ *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 84 Rz 303.

⁴⁶⁸ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/338 mwN; dieser Meinung offensichtlich auch *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 98a.

⁴⁶⁹ *Torggler*, wbl 2009, 169; *Kapsch/Grama*, *ecolex* 2003, 524 unter Verweis auf § 4.01 (c) A director or officer who makes a business judgment in good faith fulfills the duty under this Section if the director or officer:(1) is

abweichenden Ziele verfolgen darf wie zB finanzielle Interessen der Vorstandsmitglieder selbst oder naher Angehöriger. Eine informierte Entscheidung liegt nach dieser Lehre dann vor, wenn das Vorstandsmitglied über jene Fakten informiert ist, die für die Entscheidungsfindung unter den gegebenen Umständen wesentlich sein können und vernünftiger Weise erfassbar sind. Die Gutgläubigkeit schließlich ist nicht gegeben, wenn das Vorstandsmitglied bei der Entscheidungsfindung unlautere Motive verfolgt, wissentlich gegen Rechtsvorschriften verstößt oder wichtige Informationen gegenüber anderen Gesellschaftsorganen vorenthält; vielmehr muss es um gutgläubig zu handeln davon überzeugt sein, im besten Interesse der Gesellschaft zu handeln⁴⁷⁰.

b) Der haftungsfreie unternehmerische Ermessensspielraum

Die Existenz eines haftungsfreien unternehmerischen Ermessensspielraums ist jedenfalls auch in Österreich allgemein hin anerkannt und unstrittig. Bei der Ausübung der unternehmerischen Tätigkeit werden sich Vorstandsmitglieder oft mit komplexen Entscheidungssituationen auseinandersetzen müssen, in welchen mehr als nur eine einzige Entscheidung als angemessen in Betracht kommen kann; dies gilt insbesondere für die Beurteilung zukünftiger Umstände⁴⁷¹. Dabei handelt es sich um Ermessensentscheidungen. Es stellt sich daher die Frage, ob ein Vorstandsmitglied, für den Fall, dass sich diese Entscheidung als für die Gesellschaft ungünstig erweist, auch immer zur Haftung herangezogen werden kann. Dies ist zu verneinen. Die Vorstandsmitglieder trifft prinzipiell keine Erfolgshaftung für fehrgeschlagene Entscheidungen oder gar grundsätzlich das Unternehmerrisiko⁴⁷². Es kann davon ausgegangen werden, dass sich der Gesetzgeber bewusst gegen eine Erfolgshaftung entschieden hat, da eine schadenersatzrechtliche Sanktionierung von Erfolg vermutlich zu einem übertrieben risikoaversen Verhalten führen würde, obwohl der Eingang risikoreicher Geschäfte im Wirtschaftsleben nicht unüblich und manchmal sogar notwendig ist⁴⁷³. Nach der Meinung des OGH⁴⁷⁴ trägt das Unternehmerrisiko

not interested in the subject of the business judgment; (2) is informed with respect to the subject of the business judgment to the extent the director or officer reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and (3) rationally believes that the business judgment is in the best interests of the corporation.

⁴⁷⁰ Torggler, wbl 2009, 168ff; Kapsch/Grama, ecolex 2003, 524ff.

⁴⁷¹ Schlosser, Organhaftung 45.

⁴⁷² Ginhör/Brodey, AG- / SE-Vorstand 126; Pichler/Weninger, Vorstand 126; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 84 Rz 6.

⁴⁷³ Schlosser, Organhaftung 29; Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 172.

⁴⁷⁴ RIS-Justiz RS0059528.

die Gesellschaft. Der Misserfolg einer – wenn auch gewagten – unternehmerischen Entscheidung ist daher nicht eo ipso als Pflichtverletzung zu werten, weshalb auch riskante Geschäfte grundsätzlich zulässig sind⁴⁷⁵. Nur die Verletzung von branchen-, größen-, und situationsadäquaten Sorgfaltspflichten, ist im Falle eines Fehlschlags unternehmerischer Entscheidungen als Pflichtverletzung vorwerfbar⁴⁷⁶.

Damit der Vorstand die unternehmerische Tätigkeit ausüben kann, muss daher prinzipiell von einem haftungsfreien unternehmerischen Ermessensspielraum ausgegangen werden⁴⁷⁷. Handelt das Vorstandsmitglied bei der Fällung unternehmerischer Entscheidungen innerhalb der Grenzen des Ermessensspielraums, ist eine gerichtliche Nachprüfung der selbigen, und somit auch eine Haftung, ausgeschlossen. Auch der AR darf dieses Ermessen nicht in Frage stellen⁴⁷⁸. Entscheidend für das Vorstandsmitglied ist es, wo die Grenzen zwischen haftungsfreiem Ermessensspielraum und haftungsbegründender Pflichtverletzung zu ziehen sind⁴⁷⁹. Eine gerichtliche Nachprüfung der Einhaltung dieser Grenzen ist nämlich sehr wohl möglich und hat aus der Sicht ex ante zu erfolgen⁴⁸⁰.

Feststeht also, dass ein Vorstandsmitglied nicht für das unternehmerische Risiko haftet, ihm ein haftungsfreier unternehmerischer Ermessensspielraum zusteht und, dass aus diesem Grund selbst der Eingang von risikoreichen Geschäften nicht per se pflichtwidrig ist. Welche Grenzen dieser Ermessensspielraum hat geht aus der Literatur und Rsp nicht eindeutig und vor allem nicht einheitlich hervor. Eine übereinstimmende Grenzziehung bieten *Kalss*⁴⁸¹ und *Arnold/Rechberger*⁴⁸²; demnach handelt ein Vorstandsmitglied innerhalb des unternehmerischen Ermessensbereichs, wenn 1) es seiner Entscheidung ausreichend Information zugrunde legt, 2) zum Wohle der Gesellschaft handelt 3) der Beurteilungsspielraum nicht eklatant überschritten wurde bzw ein angemessener Risikomaßstab eingehalten wurde, 4) es Eigeninteressen außeracht lässt und 5) das Handeln

⁴⁷⁵ *Pichler/Weninger*, Vorstand 77f; *Ratka/Rauter* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung Rz 2/105; OGH 26.02.2002, 1 Ob 144/01k.

⁴⁷⁶ OGH 24.06.1998, 3 Ob 34/97i ecolex 1998, 774 = GesRZ 1998, 208 = wbl 1999/22 = ARD 5017/30/99 = SZ 71/108 = RWZ 1999, 37 (*Wenger*).

⁴⁷⁷ *Ginthör/Brodey*, AG- / SE-Vorstand 120; *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 84 Rz 8.

⁴⁷⁸ *Kalss* in *Goette/Habersack*, MünchKomm II³ § 93 Rz 302; *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 84 Rz 8.

⁴⁷⁹ Die Frage nach dem unternehmerischen Ermessensspielraum ist daher bereits auf der Ebene der Rechtswidrigkeit zu prüfen.

⁴⁸⁰ *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 177ff; OGH 26.02.2002, 1 Ob 144/01k.

⁴⁸¹ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/337.

⁴⁸² *Arnold/Rechberger*, Neues vom Haften, Anfechten und Hinterlegen, GeS 2005, 184 (185).

auch sonst auf keinem pflichtwidrigen Verhalten beruht. Überschreitet ein Vorstandsmitglied diesen haftungsfreien unternehmerischen Ermessensspielraum, so begeht es eine Sorgfaltspflichtverletzung.

Diese Grundsätze lassen sich im Wesentlichen auch aus der oberstgerichtlichen Rsp⁴⁸³ herleiten: Ein Vorstandsmitglied verletzt die von ihm anzuwendende Sorgfalt nicht, sondern handelt im Rahmen des Ermessensspielraums, wenn im Zeitpunkt der Vornahme des Geschäfts, die naheliegende Wahrscheinlichkeit oder zumindest die Möglichkeit bestand, dass sich das Geschäft für die Gesellschaft als günstig erweisen werde (bei gewagten Geschäften). Trifft das Vorstandsmitglied eine unternehmerische Entscheidung, so hat es iSd § 70 AktG die Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer als auch das öffentliche Interesse zu berücksichtigen, jedoch hat es sich primär am Unternehmenswohl zu orientieren. Damit das Vorstandsmitglied eine unternehmerische Entscheidung treffen kann, muss es davor die wesentlichen Entscheidungsgrundlagen ermitteln und beurteilen. Sofern es bei dieser Beurteilung nicht die erforderliche Sorgfalt außeracht lässt, stellt alleine die unrichtige Beurteilung der Folgen eines bestimmten Verhaltens noch keine Pflichtverletzung dar. Vereinfacht ausgedrückt liegt kein sorgfaltswidriges Verhalten vor, wenn das Organmitglied auf der Grundlage ausreichender Information vernünftiger Weise annahmen durfte seine unternehmerische Entscheidung zum Wohle des Unternehmens zu treffen⁴⁸⁴. Wird trotz sorgfältiger Abwägung der widerstreitenden Interessen die vorzunehmende Interessenwahrungspflicht verletzt, machen sich Vorstandsmitglieder dennoch „nur bei eklatanter Überschreitung des Ermessensspielraums“⁴⁸⁵ schadenersatzpflichtig. Das heißt, dass eine unternehmerische Entscheidung nur dann der gerichtlichen Nachprüfbarkeit unterliegt, wenn sie geradezu unvertretbar ist⁴⁸⁶. Die gerichtliche Nachprüfung der Entscheidung erfolgt aus der Sicht ex ante.

⁴⁸³ OGH 31.10.1973, 1 Ob 179/73 SZ 46/113; 26.02.2002, 1 Ob 144/01k; 11.06.2008, 7 Ob 58/08t.

⁴⁸⁴ *Schopper/Kapsch*; Anmerkungen zu OGH 11.06.2008, 7 Ob 58/08t, GeS 2008, 356 (359) mwN.

⁴⁸⁵ OGH 26.02.2002 1 Ob 144/01k; 11.06.2008, 7 Ob 58/08t.

⁴⁸⁶ Unlängst judizierte der OGH zum Thema der Rechtswidrigkeit und des Verschuldens von Geschäftsführern bei der Erfüllung ihrer gesetzlichen und satzungsgemäßen Aufgaben, dass ein Schadenersatzanspruch „nur auf eine – wirtschaftlich betrachtet – evident unrichtige Sachentscheidung gestützt werden“ könne vgl dazu OGH 23.05.2007, 3 Ob 59/07h GeS 2007, 334 = AR 2007 H 6, 26 (*Gruber*) = RWZ 2007/76 = RdW 2008/32 = GesRZ 2008, 22 = NZ 2008/50 = SZ 2007/81.

Es gibt jedoch auch Bereiche, in denen die Grundsätze des unternehmerischen Ermessens von vornherein abzulehnen sind⁴⁸⁷: beispielsweise dürfen die Einrichtung und Durchführung einer Buchführung, die Etablierung eines IKS sowie die nach Gesetz oder Satzung bestehenden Kompetenzregelungen nicht umgangen oder beschränkt werden. Allgemein kann gesagt werden, dass den Vorstandsmitgliedern bei Aufgaben, die das Funktionieren der Gesellschaft schlechthin bezwecken und weniger unternehmerische Entscheidungen erfordern, kein Ermessen zusteht. Außerdem bilden die organschaftlichen Pflichten des Vorstandes bzw dessen Mitglieder einen verbindlichen Rechtsrahmen, welcher nicht unter der Rechtfertigung des Ermessens durchbrochen werden darf⁴⁸⁸.

8. Besondere Verhaltensmaßstäbe beim mehrgliedrigen Vorstand

Für den Fall, dass ein mehrgliedriger Vorstand eingerichtet ist gilt der Grundsatz der Gesamtgeschäftsführung und Gesamtvertretung, jedes einzelne Vorstandsmitglied ist zur Besorgung aller Geschäfte berechtigt und verpflichtet. Aus der Gesamtverantwortung lässt sich eine gegenseitige Überwachungspflicht ableiten. Daher treffen selbst bei Bestehen einer Ressortverteilung die an sich nicht ressortzuständigen Vorstandsmitglieder Informations-, Überwachungs- und gegebenenfalls Interventionspflichten in Bezug auf das fremde Ressort. Aus der Tatsache, dass ein mehrgliedriger Vorstand eingerichtet ist ergeben sich insofern besondere Probleme als es um die Frage nach der gegenseitigen Überwachung, insbesondere deren Intensität und Ausprägung bei einer Geschäftsverteilung geht.

a) Geschäftsverteilung

Grundsätzlich darf das einzelne Vorstandsmitglied darauf vertrauen, dass die übrigen Mitglieder ihre Pflichten ordnungsgemäß erfüllen (Vertrauensprinzip)⁴⁸⁹. Für das fremde Ressort bestehen daher prinzipiell keine unmittelbaren Geschäftsführungspflichten, allerdings treffen die übrigen Vorstandsmitglieder Informations-, Kontroll-, und Interventionspflichten

⁴⁸⁷ Kalss in Goette/Habersack, MünchKomm II³ § 93 Rz 305; Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 177ff; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/336.

⁴⁸⁸ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/336.

⁴⁸⁹ Schlosser, Organhaftung 105; Ratka/Rauter in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung Rz 2/303.

für deren Verletzung sie haften⁴⁹⁰. Dies beinhaltet auf der einen Seite die Pflicht und auch das Recht des Vorstandsmitgliedes sich über die anderen Geschäftsbereiche zu informieren, zu fragen und auch den Gesamtvorstand mit unklaren Geschäftsvorgängen zu befassen, sowie auf der anderen Seite die Pflicht richtige und vollständige Auskunft zu geben⁴⁹¹. Eine andauernde Einmischung in fremde Angelegenheiten ist jedoch verboten⁴⁹². Die Gratwanderung zwischen übertriebenem, die Zusammenarbeit erschwerendem Misstrauen und zu nachlässiger Überwachung gestaltet sich oft schwierig und erfordert die Abwägung einer Reihe von Faktoren betreffend die Eigenschaften des ressortzuständigen Vorstandsmitgliedes (Erfahrung, Ausbildung etc), die Wichtigkeit des Ressorts sowie betreffend Art, Größe und Organisation des Unternehmens⁴⁹³. So ist insbesondere für den besonders wichtigen Bereich des Rechnungswesens eine Ressortverteilung möglich und auch üblich⁴⁹⁴. Die nicht ressortzuständigen Vorstandsmitglieder sind dann aber dennoch verpflichtet, die Funktionsfähigkeit des gesamten Rechnungswesens besonders intensiv im Auge zu behalten sowie dem ressortzuständigen Vorstandsmitglied sämtliche notwendigen Unterlagen ordnungsgemäß zur Verfügung zu stellen⁴⁹⁵.

Die Intensität der Überwachung hängt also von den Umständen des Einzelfalles ab, blindes Vertrauen kann jedoch niemals gerechtfertigt werden⁴⁹⁶. Nach Ansicht des OGH⁴⁹⁷ ist es für die Überwachungspflicht üblicherweise ausreichend, wenn in den Gesamtvorstandssitzungen Informationen über die jeweiligen Ressorts ausgetauscht werden. In „Ausnahmesituationen“ wie insbesondere finanziellen Krisenzeiten ist jedenfalls eine gesteigerte Überwachung erforderlich⁴⁹⁸. Werden dem Gesamtvorstand obliegende Kernbereiche der Geschäftsführung zulässigerweise zur Vorbereitung in den Aufgabenbereich

⁴⁹⁰ *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/425; *Ginthör/Brodey*, AG- / SE-Vorstand 127f; *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §70 Rz 41; *Adensamer/Eckert in Kalss*, Vorstandshaftung 180; OGH 10.01.1978, 3 Ob 536/77 GesRZ 1978,36; RIS-Justiz RS0023825.

⁴⁹¹ *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §70 Rz 41; *Fleischer in Fleischer*, Vorstandsrecht § 8 Rz 10.

⁴⁹² *Fleischer in Fleischer*, Vorstandsrecht § 8 Rz 3.

⁴⁹³ *Adensamer/Eckert in Kalss*, Vorstandshaftung 180; *Fleischer in Fleischer*, Vorstandsrecht § 8 Rz 17.

⁴⁹⁴ *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 17; *Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 82 Rz 4; *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/354.

⁴⁹⁵ *Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 82 Rz 4; *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/354.

⁴⁹⁶ *Fleischer in Fleischer*, Vorstandsrecht § 8 Rz 17.

⁴⁹⁷ OGH 10.01.1978, 3 Ob 536/77; so auch *Fleischer in Fleischer*, Vorstandsrecht § 8 Rz 22.

⁴⁹⁸ *Fleischer in Fleischer*, Vorstandsrecht § 8 Rz 20.

eines einzigen Vorstandsmitgliedes aufgetragen, treffen die übrigen Vorstandsmitglieder ebenfalls erhöhte Überwachungspflichten⁴⁹⁹.

Liegt ein Verdacht auf Fehlentwicklungen, Unregelmäßigkeiten oder sonstigen Missständen in einem fremden Ressort vor, sind die übrigen Vorstandsmitglieder jedenfalls zum Eingreifen verpflichtet⁵⁰⁰. Fraglich ist, wie ein Vorstandsmitglied bei begründeten Verdacht vorzugehen hat. Jedenfalls wird es das Recht haben seine Bedenken dem Gesamtvorstand vorzutragen bzw die Angelegenheit zur Verhandlung und Entscheidung überhaupt in den Gesamtvorstand zu transferieren⁵⁰¹. Erreicht es auch dadurch keine Abhilfe so hat es bei schwerwiegenden Vorgängen den AR zu verständigen⁵⁰². Die Dominanz eines Vorstandskollegen rechtfertigt ein Untätigbleiben jedenfalls nicht⁵⁰³.

Diese Überwachungspflichten haben zur Folge, dass Vorstandsmitglieder innerhalb des Gesamtvorstandes durch Aufbau eines zweckmäßigen, internen Berichtssystems für einen reibungslosen und funktionsfähigen Informationsfluss untereinander sorgen müssen, um ihre Pflichten ordnungsgemäß erfüllen zu können⁵⁰⁴. Dazu gehört es auch, dass sie ihre Tätigkeiten untereinander koordinieren und aufeinander abstimmen. Durch die Schaffung solcher Systeme muss es ermöglicht werden, dass sich jedes Vorstandsmitglied zu jeder Zeit einen Überblick über die wirtschaftliche und finanzielle Lage des Unternehmens verschaffen kann⁵⁰⁵.

b) *Beschlussmäßig getroffenen Entscheidungen*

§ 70 Abs 2 AktG bestimmt für die Entscheidungsfindung im Vorstand dispositiv das Mehrheitsprinzip. Fraglich ist, welche Besonderheiten sich für das einzelne Vorstandsmitglied in Hinblick auf seine ordnungsgemäße Pflichterfüllung bei beschlussmäßig getroffenen Entscheidungen des Gesamtvorstandes ergeben.

⁴⁹⁹ *Fleischer in Fleischer*, Vorstandsrecht § 8 Rz 20.

⁵⁰⁰ *Adensamer/Eckert in Kalss*, Vorstandshaftung 180; *Ratka/Rauter in Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung Rz 2/303; *Fleischer in Fleischer*, Vorstandsrecht § 8 Rz 16, 19; *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/348.

⁵⁰¹ *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §70 Rz 41 technisch ist dies durch durch diesbezügliches Verlangen oder Widerspruch gegen eine Maßnahme des zuständigen Vorstandsmitgliedes möglich.

⁵⁰² *Fleischer in Fleischer*, Vorstandsrecht § 8 Rz 24; *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/348.

⁵⁰³ *Fleischer in Fleischer*, Vorstandsrecht § 8 Rz 24.

⁵⁰⁴ *Fleischer in Fleischer*, Vorstandsrecht § 8 Rz 21.

⁵⁰⁵ *Fleischer in Fleischer*, Vorstandsrecht § 8 Rz 10, 21.

(1) Das überstimmte Vorstandsmitglied

Prinzipiell ist jedes Vorstandsmitglied, auch das Überstimmte, dazu verpflichtet, sich bei rechtsgültigen Vorstandsbeschlüssen beschlusskonform zu verhalten und im Rahmen seiner Zuständigkeit für eine Vollziehung bei sonstiger Haftung zu sorgen⁵⁰⁶. Verstößt ein Beschluss gegen Gesetz oder Satzung, insbesondere gegen die Zielvorgaben des § 70 AktG und/ oder gegen die Sorgfaltspflicht und könnte eine Durchführung daher der Gesellschaft Schaden zufügen, so besteht keine Bindung an den Beschluss und das Vorstandsmitglied darf ihn nicht ausführen⁵⁰⁷. Nach hL⁵⁰⁸ ist ein überstimmtes Vorstandsmitglied vielmehr verpflichtet gegen einen pflichtwidrigen Beschluss alle zumutbaren Schritte zu unternehmen, um die beschlossene Maßnahme zu verhindern oder doch zumindest zu modifizieren.

Welche Gegenmaßnahmen einem Vorstandsmitglied konkret zugemutet werden können kann nicht allgemein hin gesagt werden⁵⁰⁹. *Hefermehl*⁵¹⁰ ist der Meinung, dass die Bedeutung der Angelegenheit und die Stärke der Bedenken dafür ausschlaggebend sind. Derselben Meinung ist auch *Spindler*⁵¹¹. Nach *Schlosser*⁵¹² sind an die Vorstandsmitglieder keine allzu strengen Anforderungen zu stellen. Die hL⁵¹³ lässt es insbesondere genügen lediglich den AR-Vorsitzenden - und nicht den GesamtAR - von der Rechtswidrigkeit eines Beschlusses zu informieren. Zur Ergreifung außerordentlicher Vorkehrungen wie etwa der Information von Dritten, beispielsweise der Öffentlichkeit oder Aufsichts- und sonstigen Behörden, ist das Vorstandsmitglied zwecks Abwendung der Maßnahme grundsätzlich nicht verpflichtet; aufgrund seiner Verschwiegenheitspflicht wäre ein solches Vorgehen uU auch

⁵⁰⁶ *Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II*⁵ § 70 Rz 58; *Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung* 181; *Pichler/Weninger, Vorstand* 28; *Hopt in Hopt/Wiedemann, Großkomm III*⁴ § 93 Rz 53; *Mertens in KölnerKomm II*² § 77 Rz 38.

⁵⁰⁷ *Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung* 181; *Pichler/Weninger, Vorstand* 28; *Hopt in Hopt/Wiedemann, Großkomm III*⁴ § 93 Rz 53; *Mertens in KölnerKomm II*² § 77 Rz 38; *Spindler in Goette/Habersack, MünchKomm II*³ § 93 Rz 149.

⁵⁰⁸ *Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II*⁵ §§ 77 - 84 Rz 104; *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz* 3/415; *Hopt in Hopt/Wiedemann, Großkomm III*⁴ § 93 Rz 53; *Pichler/Weninger, Vorstand* 28; *Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung* 181; *Fleischer in Fleischer, Vorstandsrecht* § 8 Rz 25; *Mertens in KölnerKomm II*² § 77 Rz 38; *Spindler in Goette/Habersack, MünchKomm II*³ § 93 Rz 149.

⁵⁰⁹ *Spindler in Goette/Habersack, MünchKomm II*³ § 93 Rz 149.

⁵¹⁰ *Hefermehl in Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff, Kommentar zum Aktiengesetz II* (1973) § 93 Rz 27.

⁵¹¹ *Spindler in Goette/Habersack, MünchKomm II*³ § 93 Rz 149.

⁵¹² *Schlosser, Organhaftung* 103.

⁵¹³ *Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II*⁵ §§ 77 - 84 Rz 104; *Pichler/Weninger, Vorstand* 28; *Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG* § 84 Rz 7; *Schlosser, Organhaftung* 103; dies nicht zuletzt deswegen, weil ja ein einzelnes Vorstandsmitglied nach § 94 AktG eine außerordentliche AR-Sitzung nicht veranlassen kann.

pfllichtwidrig⁵¹⁴. Nur in Ausnahmefällen erscheint dies geboten, wenn zB die Umsetzung gegen strafgesetzliche Bestimmungen verstoßen würde oder es zu einer Haftung gegenüber Dritten kommen könnte⁵¹⁵. *Mertens*⁵¹⁶ sieht außerhalb evidenter krimineller Fälle oder einer dem Vorstandsmitglied persönlich obliegenden Verantwortung eigenen rechtmäßigen Verhaltens keine Veranlassung zu einem Tätigwerden nach außen. Ähnlich sieht das *Spindler*⁵¹⁷, wonach ein Vorstandsmitglied nur dann berechtigt ist Dritte zu informieren, wenn es davor vergeblich versucht hat den AR einzuschalten und außerdem schwerwiegende Schäden der Gesellschaft oder hochrangiger Rechtsgüter Dritter zu erwarten sind. Zur Amtsniederlegung ist ein Vorstandsmitglied in einer solchen Situation nicht verpflichtet, da dadurch auch der Beschluss nicht beseitigt wird; allerdings kann es, um das Risiko einer persönlichen Haftung zu vermeiden, vorzeitig zur Amtsniederlegung berechtigt sein⁵¹⁸. aA ist offenbar *Fleischer*⁵¹⁹, welcher auch „die Androhung der Amtsniederlegung und deren Vollzug“ als möglich und zumutbar ansieht.

Zumutbare Gegenmaßnahmen sind also insbesondere der Vortrag geeigneter Gegenvorstellungen im Vorstandskollegium, der Versuch, den Vorstand zu einer Einberufung des AR zu veranlassen oder, falls nicht Gefahr in Verzug besteht, eine entsprechende Wortmeldung im Rahmen der regelmäßigen Berichterstattung des Vorstandes, sowie die Verständigung des AR-Vorsitzenden⁵²⁰. Der AR kann dann im Rahmen seiner Zuständigkeit eingreifen und gegebenenfalls Vorstandsmitglieder aus wichtigem Grund abberufen⁵²¹. Allerdings darf er wegen der zwingenden Organisationsverfassung des AktG nicht für den Vorstand entscheiden oder dem einzelnen Vorstandsmitglied eine Meinung aufzwingen. Wenn es um die Abwehr krimineller Handlungen oder um die Vermeidung einer

⁵¹⁴ *Fleischer* in *Fleischer*, Vorstandsrecht § 8 Rz 25; *Spindler* in *Goette/Habersack*, MünchKomm II³ § 93 Rz 151.

⁵¹⁵ *Schlosser*, Organhaftung 103; *Hopt* in *Hopt/Wiedemann*, Großkomm III⁴ § 93 Rz 54.

⁵¹⁶ *Mertens* in *KölnerKomm* II² § 77 Rz 38.

⁵¹⁷ *Spindler* in *Goette/Habersack*, MünchKomm II³ § 93 Rz 151.

⁵¹⁸ *Hopt* in *Hopt/Wiedemann*, Großkomm III⁴ § 93 Rz 54; *Spindler* in *Goette/Habersack*, MünchKomm II³ § 93 Rz 34.

⁵¹⁹ *Fleischer* in *Fleischer*, Vorstandsrecht § 8 Rz 25.

⁵²⁰ *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 104; *Pichler/Weninger*, Vorstand 28; *Hopt* in *Hopt/Wiedemann*, Großkomm III⁴ § 93 Rz 52; *Schlosser*, Organhaftung 103; *Mertens* in *KölnerKomm* II² § 77 Rz 38; *Spindler* in *Goette/Habersack*, MünchKomm II³ § 93 Rz 150.

⁵²¹ *Hefermehl* in *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, Aktiengesetz II (1973) § 93 Rz 27; *Spindler* in *Goette/Habersack*, MünchKomm II³ § 93 Rz 150.

Außenhaftung geht kann uU auch die Verständigung Dritter, Behörden oder der Öffentlichkeit geboten sein⁵²².

(2) Abwesenheit oder Stimmenthaltung

Das eben Gesagte gilt sinngemäß auch für ein Vorstandsmitglied, welches an der Beschlussfassung nicht mitgewirkt hat, also bei der Beschlussfassung abwesend war oder sich seiner Stimme enthalten hat⁵²³. War das Vorstandsmitglied bei der Beschlussfassung abwesend, so hat es die Pflicht, sich nach dem Beschluss zu erkundigen, ihn eigenständig zu hinterfragen und gegebenenfalls die nötigen Schritte zur Vermeidung einer rechtswidrigen Beschlussausführung einzuleiten⁵²⁴. Auch das Vorstandsmitglied, welches zwar anwesend war, sich jedoch der Stimme enthalten hat muss gegen rechtswidrige Vorstandsbeschlüsse entsprechend vorgehen⁵²⁵. Ein Vorstandsmitglied kann sich nicht durch Stimmenthaltungen seiner Leitungsverantwortung entziehen. Bei Beschlussfassungen des Gesamtvorstandes ist es zu klarer Stellungnahme und zum aktiven Tätigwerden im Interesse der Gesellschaft verpflichtet⁵²⁶.

9. Sanktionen

Neben der zivilrechtlichen Sanktion des Schadenersatzes gem § 84 AktG und dem Straftatbestand des § 255 AktG, sieht das AktG als Rechtsfolge pflichtwidrigen Verhaltens die Abberufung des Vorstandsmitgliedes gem § 75 Abs 4 AktG sowie die Verweigerung der Entlastung iSd § 104 Abs 2 Z 3 AktG vor⁵²⁷. Auch das Recht der HV gem § 130 AktG einen Antrag auf Sonderprüfung der Vorgänge der Geschäftsführung zu stellen könnte uU als Sanktion angesehen werden. Ebenso kann teilweise in der Überwachung durch den AR samt den dazu gehörigen Berichts- und Informationspflichten Sanktionscharakter erblickt werden. Zumindest stellen diese Maßnahmen quasi einen Flankenschutz für pflichtgemäßes Verhalten

⁵²² Schlosser, Organhaftung 103; Hopt in Hopt/Wiedemann, Großkomm III⁴ § 93 Rz 54; Mertens in KölnerKomm II² § 77 Rz 38.

⁵²³ Spindler in Goette/Habersack, MünchKomm II³ § 93 Rz 153; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/415.

⁵²⁴ Spindler in Goette/Habersack, MünchKomm II³ § 93 Rz 153; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 84 Rz 21; Schlosser, Organhaftung 103.

⁵²⁵ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/415.

⁵²⁶ Spindler in Goette/Habersack, MünchKomm II³ § 93 Rz 153.

⁵²⁷ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 70 Rz 6.

dar und dienen dazu, die Haftpflicht zu effektuieren⁵²⁸. Da das Vorstandsmandat von vornherein befristet ist, kann auch dessen Nichtverlängerung als Sanktion angesehen werden, wenn beispielsweise das Auslaufenlassen der noch verbleibenden Zeit zugemutet werden kann und eine vorzeitige Abberufung daher nicht möglich ist. Im Übrigen können gewisse Verpflichtungen nach § 258 Abs 1 AktG mittels Zwangsstrafen durchgesetzt werden.

a) Abberufung

Die organschaftliche Stellung eines Vorstandsmitgliedes endet durch Zeitablauf, dessen Tod oder Abberufung vor Ablauf der ursprünglich bestimmten Funktionsperiode. Eine Abberufung ist gem § 75 Abs 4 AktG nur aus wichtigem Grund möglich. Der Widerrufsbeschluss ist durch den GesamtAR zu fassen und wird mit Zugang gegenüber dem Vorstandsmitglied wirksam⁵²⁹.

Die vorzeitige Abberufung knüpft an einen wichtigen Grund. Als derart wichtige Gründe zählt das Gesetz beispielhaft grobe Pflichtverletzung, Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung oder Entziehung des Vertrauens durch die HV, wenn es nicht auf unsachliche Weise entzogen wurde, auf. Ein wichtiger Grund liegt dann vor, wenn die Aufrechterhaltung der Bestellung des Vorstandsmitgliedes bis zum Ablauf seiner Funktionsperiode der Gesellschaft nicht zumutbar ist⁵³⁰. In Österreich sah der OGH einen wichtigen Grund beispielsweise in der Nichtbefassung des AR mit wichtigen Angelegenheiten⁵³¹ oder in der mangelnden Offenheit gegenüber dem AR bzw Feindseligkeiten zwischen diesen beiden Organen⁵³². Ebenso stellt eine strafrechtliche Verurteilung einen wichtigen Grund dar und zwar auch dann, wenn die Straftat dem privaten Bereich zuzuordnen ist, da damit ein Imageschaden für die Gesellschaft verbunden sein kann⁵³³.

⁵²⁸ Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 168.

⁵²⁹ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/302.

⁵³⁰ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/303.

⁵³¹ OGH 27.02.2008, 3 Ob 251/07v ARD 5864/5/2008 = RdW 2008/374 = GeS 2008, 110 = ecollex 2008/161 = NZ 2008/72 = RZ 2008/EÜ 329.

⁵³² OGH 25.05.1999, 1 Ob 11/99w RdW 1999, 595 = ASoK 1999, 373 = GesRZ 1999, 253 = RWZ 1999, 327 (Wenger) = wbl 2000/26 = ARD 5097/26/2000 = SZ 72/90; vgl zu weiteren Beispielen aus der deutschen Rsp Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/304.

⁵³³ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/306.

b) Verweigerung der Entlastung

Nach § 104 Abs 2 Z 3 AktG hat die HV in der einmal jährlich stattfindenden ordentlichen HV über die Entlastung der Vorstandsmitglieder zu beschließen. Dementsprechend kann sie die Entlastung entweder erteilen oder verweigern. Ob die Entlastung erteilt wird oder nicht liegt weitestgehend im Ermessen der HV⁵³⁴. Die Entlastung kann nicht nur verweigert werden, wenn das Vorstandsmitglied nach Ansicht der HV pflichtwidrig gehandelt hat, sondern auch dann, wenn die Aktionäre mit der „unternehmerischen Fortüne“ nicht einverstanden sind⁵³⁵. Verweigerung der Entlastung bedeutet Missbilligung der Geschäftsführung schlechthin.

Die wesentlichen Fragen nach der Rechtsnatur der Entlastung und nach den Folgen der Erteilung bzw Verweigerung der Entlastung lässt das Gesetz offen⁵³⁶. In der Verweigerung der Entlastung kann kein konkludenter Antrag der HV auf Sonderprüfung erblickt werden; ein solcher kann aber unter dem Tagesordnungspunkt der Entlastung beschlossen werden⁵³⁷. Beschlüsse, mit welchen die Entlastung verweigert oder die Einsetzung eines Sonderprüfers beantragt wird könnten allerdings als Vertrauensentzug der HV gewertet werden und zu einer Abberufung führen⁵³⁸. Dieser Vertrauensentzug müsste dann aber separat und als eigener vorangekündigter Punkt in der Tagesordnung durch die HV beschlossen werden⁵³⁹. Die Verweigerung der Entlastung stellt also per se keine Abberufung dar, kann aber sowohl zu einer vorzeitigen Abberufung durch die Gesellschaft als auch zum vorzeitigen Rücktritt durch das Vorstandsmitglied führen.

Zusammenfassung

Nach § 9 Abs 1 VStG sind die Vorstandsmitglieder für die Einhaltung von **Verwaltungsvorschriften** durch juristische Personen strafrechtlich verantwortlich. Sofern nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist, begründet gem § 5 VStG bereits fahrlässiges Fehlverhalten eine verwaltungsstrafrechtliche Strafbarkeit. Über § 9 VStG wird festgelegt,

⁵³⁴ *Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 104 Rz 9; *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 104 Rz 28.

⁵³⁵ *Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 104 Rz 9.

⁵³⁶ Zu Rechtsnatur und Rechtsfolgen der Entlastungserteilung siehe Kapitel IV.A.3.

⁵³⁷ *Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 104 Rz 7.

⁵³⁸ *Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 104 Rz 8; *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 75, 76 Rz 42.

⁵³⁹ *Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 104 Rz 8; *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 75, 76 Rz 42.

dass die Vorstandsmitglieder für die Einrichtung einer internen Organisation und wirksamen Überwachung Sorge zu tragen haben, wodurch die Einhaltung verwaltungsstrafrechtlicher Vorschriften durch die AG bzw ihr zurechenbare Personen gewährleistet werden soll. Kann ein Vorstandsmitglied im Anlassfall dazun alles ihm zumutbare und mögliche getan zu haben um eine Verwaltungsübertretung innerhalb der AG zu verhindern, trifft ihn kein Verschulden. Sanktioniert werden Verwaltungsübertretungen vordergründig mit Geldstrafen sowie vereinzelt auch mit Haftstrafen. Gem § 9 Abs 7 VStG haften für verhängte Geldstrafen die Vorstandsmitglieder - und zwar prinzipiell alle - zur ungeteilten Hand mit der Gesellschaft. Gem § 9 Abs 2 VStG kann ein verwaltungsstrafrechtlicher Verantwortlicher bestellt werden. Wird ein solcher wirksam bestellt, so ist ein Vorstandsmitglied gem § 9 Abs 6 VStG nur mehr dann verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich, wenn es die Verwaltungsübertretung vorsätzlich nicht verhindert oder gem § 9 Abs 5 VStG dazu angestiftet hat.

Gem § 80 Abs 1 **BAO** haben die Vorstandsmitglieder, alle der Gesellschaft obliegenden abgabenrechtlichen Pflichten zu erfüllen und insbesondere dafür zu sorgen, dass die Abgaben aus den Mitteln der Gesellschaft entrichtet werden. Zusätzlich bestehen Offenlegungs- und Wahrheitspflichten, Buchführungspflichten sowie Aufbewahrungspflichten. Eine Parallelbestimmung zu § 80 Abs 1 BAO existiert im **ASVG** nicht. Nach stRsp des VwGH, und diesem folgend auch nach hL, obliegt den Vorstandsmitgliedern jedoch zum einen gem § 111 ASVG eine Meldepflicht und zum anderen gem § 153 lit c StGB die Pflicht einbehaltene Dienstnehmerbeiträge dem Versicherungsträger abzuführen.

Das **FinStrG** ist ein strafrechtliches Spezialgesetz. Es stellt jedoch insofern einen Zwischenbereich zwischen Verwaltungsstrafrecht und Kriminalstrafrecht dar, als es zur Ahndung von Vergehen sowohl die ordentlichen Gerichte als auch Verwaltungsbehörden einsetzt. Im Hinblick auf eine in Frage stehende Haftung sind zwei Finanzvergehen von Relevanz: die (vorsätzliche) Abgabenhinterziehung nach § 33 FinStrG und (vorsätzliche) Finanzordnungswidrigkeiten nach §§ 49 – 51, 248, 250 – 252 FinStrG.

Verantwortlichkeit im **Kriminalstrafrecht** bedeutet Einstehen-Müssen für eine eigene, persönlich vorwerfbare Schuld. Ob diese Schuld ihren Ursprung in der Vorstandstätigkeit oder im privaten Verhalten einer Person hat ist für die Strafbarkeit irrelevant. Vorstandsmitglieder haben sowohl als Privatperson als auch in ihrer Ausübung der

Vorstandstätigkeit die Gebote und Verbote des Strafrechts einzuhalten. Als Verschuldensgrad muss, soweit nichts anderes bestimmt ist, zumindest *dolus eventualis* vorliegen.

Straftatbestände, welche aus der Sicht des Vorstandsmitgliedes als besonders wichtig erscheinen, sind die Veruntreuung (§ 133 StGB), die Untreue (§ 153 StGB), die Geschenkkannahme durch Machthaber (§ 153 lit a StGB), der Betrug (§§ 146ff StGB), die Betrügerische Krida (§ 156 StGB) und sonstige Gläubigerschutzdelikte sowie die Strafvorschrift des § 255 AktG (Bilanzfälschung). Aus der Stellung der Vorstandsmitglieder als Verwalter fremden Vermögens, ergibt es sich insbesondere, dass sie dieses Vermögen nicht schuldhaft schädigen oder sich bzw einen Dritten gar durch dieses Vermögen unrechtmäßig bereichern dürfen. Die dem Vorstandsmitglied aufgrund seiner Position eingeräumten Befugnisse sind ausschließlich im Interesse der Gesellschaft auszuüben und haben sich nach den Grundsätzen redlicher und verantwortungsbewusster Geschäftsführung zu richten. Zusätzlich sind Vorstandsmitglieder dazu verpflichtet bestimmte Verhaltensweisen zu unterlassen, welche die Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger vereiteln oder schmälern. Darüber hinaus ist den Vorstandsmitgliedern durch Täuschung veranlasste Vermögensschädigung von wem auch immer untersagt. Im Übrigen ist die Annahme von nicht bloß geringfügigen Vermögensvorteilen für die Ausübung ihrer Vorstandstätigkeit, wenn diese Vorteile pflichtwidrig nicht abgeführt werden, unzulässig. Ferner müssen die von Vorstandsmitgliedern gemachten Äußerungen (insbesondere im Jahresabschluss und im Lagebericht) über die Verhältnisse der Gesellschaft der Wahrheit entsprechen, wobei das Gesamtbild der Angaben keine Fehlbeurteilungen zulassen dürfen. Bei Regelverstößen drohen Geld- oder Haftstrafen.

Vorstandsmitglieder sind unabhängig von einer Ressortverteilung dazu verpflichtet die allgemeine wirtschaftliche Stellung des Unternehmens im Auge zu behalten und zu überwachen. Sie müssen eine Schieflage des Unternehmens erkennen können und im Anlassfall von der Rechtsordnung vorgegebene **insolvenzrechtliche Schritte** in die Wege leiten. Nach § 69 KO ist jedes Vorstandsmitglied verpflichtet bei vorliegen materieller Insolvenz, also bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung, bei Gericht einen Konkursantrag zu stellen. Wird durch kridaträchtiges Handeln grob fahrlässig die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft herbeigeführt oder wird die Befriedigung wenigstens eines der Gläubiger der Gesellschaft vereitelt bzw geschmälert oder kann die grob fahrlässig herbeigeführte Zahlungsunfähigkeit nur durch Eingreifen einer Gebietskörperschaft noch abgewandt werden, können die

verantwortlichen Vorstandsmitglieder wegen grob fahrlässiger Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen gem § 159 StGB von den ordentlichen Gerichten bestraft werden. Auch das AktG sieht spezielle Verhaltensvorschriften für den Fall einer Verlustsituation vor. Ergibt sich bei Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz oder ist aus sonstigen Gründen anzunehmen, dass ein Verlust in der Höhe des halben Grundkapitals besteht, so hat der Vorstand gem § 82 AktG unverzüglich die HV einzuberufen und diese von dem Verlust zu informieren. Daneben sieht das URG bei noch gegebener Solvenz jedoch drohender Insolvenz die Möglichkeit vor, dass die Vorstandsmitglieder bei Gericht ein Reorganisationsverfahren nach dem URG beantragen. Eine Verpflichtung zur Stellung eines Antrags auf Unternehmensreorganisation besteht nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes nicht, es „kann“ aber ein solches eingeleitet werden.

Besondere dem Insolvenzrecht eigene **Sanktionen** bei vorschriftswidrigen Verhalten existieren nicht. Klassische Rechtsfolge für Verletzungen von insolvenzrechtlichen Verhaltensmaßstäben ist eben gerade eine Haftung wegen des Befriedigungsausfalles. Zusätzlich besteht eine strafrechtliche Verantwortlichkeit wegen grob fahrlässiger Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen gem § 158 StGB.

Verhaltensmaßstäbe für den Vorstand oder dessen Mitglieder sind auch im **AktG** nicht nach einer Art Pflichtenkatalog ausgestaltet. Die Pflicht des Vorstandes als Gesamtorgan ist vielmehr gem § 70 AktG die umfassende, eigenverantwortliche Leitung der Gesellschaft mit dem Ziel ihrer florierenden Entwicklung. Die Leitung umfasst insbesondere die gesamte strategische Unternehmensplanung und die Festsetzung der Geschäftspolitik. Neben dieser Generalklausel betreffend die Leitungskompetenz weist das Gesetz entweder dem Vorstand oder den Vorstandsmitgliedern explizit bestimmte Aufgaben zu. Bestimmt das Gesetz als Adressat die Vorstandsmitglieder, wird zwingend jedes einzelne Vorstandsmitglied aus dieser Bestimmung berechtigt und verpflichtet; ist hingegen der Vorstand Adressat und sind mehrere Vorstandsmitglieder bestellt, so kommt es auf die innere Ordnung des Vorstandes an. Wichtige ausdrücklich im Gesetz verankerte und dem Gesamtvorstand obliegende Pflichten sind vor allem die Berichts- und Informationspflichten gegenüber dem AR (§ 81 AktG) sowie die Pflicht zur Einrichtung eines Rechnungswesens und IKS (§ 82 AktG). An jedes einzelne Vorstandsmitglied adressiert ist dagegen das Wettbewerbsverbot (§ 79 AktG), die Verschwiegenheitspflicht (§ 84 Abs 1 S 2 AktG), die Sorgfaltspflicht (§ 84 Abs 1 S 1 AktG) und indirekt auch die Kapitalerhaltungspflichten des § 84 Abs 3 AktG.

Aufgrund ihrer Stellung als Fremdvermögensverwalter entspricht es darüber hinaus der anerkannten Meinung, dass jedes Vorstandsmitglied eine (abgesehen von diversen Teilaspekten) im Gesetz nicht explizit verankerte Treuepflicht trifft. Vorstandsmitglieder sind der Gesellschaft gegenüber zur Loyalität verpflichtet; sie sind dazu verpflichtet ausschließlich zum Wohl der Gesellschaft zu handeln und sie dürfen aus ihrer besonderen Stellung heraus keine persönlichen Sondervorteile ziehen. Eine mittlerweile sich verselbständigende, jedoch branchenübergreifend nicht ausdrücklich im Gesetz geregelte Pflichtengruppe ist die der Überwachung und Organisation. Überwachung gibt es im Unternehmen auf zwei Ebenen: einerseits haben sich die Vorstandsmitglieder - auch bei wirksamer Geschäftsverteilung - gegenseitig zu überwachen und andererseits obliegt jedem Vorstandsmitglied in seinem Verantwortungsbereich die Überwachung nachgeordneter Unternehmensangehöriger. Die Überwachungsorganisation ist vom Vorstand so aufzubauen, dass Gesetzesverletzungen oder andere Regelverstöße (beispielsweise gegen interne Richtlinien) innerhalb des Unternehmens nicht vorkommen. Ferner ist das Unternehmen so zu organisieren, dass die Entwicklung der wirtschaftlichen und finanziellen Situation der Gesellschaft beobachtet werden kann, sodass sich die Geschäftsleitung stets ein genaues Bild von der Lage des Unternehmens machen kann. Im Verantwortungsbereich des Vorstandes liegt es, dass Unternehmen so zu führen und zu organisieren, dass es sich positiv entwickelt und Gesetze als auch interne Vorgaben eingehalten werden.

Bei der Ausübung ihrer Vorstandstätigkeit haben die Vorstandsmitglieder die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Dabei handelt es sich um einen objektivierten Sorgfaltsmaßstab, welcher der gesamten Geschäftsführung zu Grunde gelegt wird. Daraus folgt, dass bei einem Vorstandsmitglied das Vorhandensein jener Kenntnisse und Fähigkeiten, welche für den Geschäftszweig der Gesellschaft üblicherweise erforderlich sind, vorausgesetzt werden kann. Unkenntnis entschuldigt nicht.

Innerhalb des verpflichtenden Rechtsrahmens steht den Vorstandsmitgliedern ein haftungsfreier unternehmerischer Ermessensspielraum zu. Das bewusste Eingehen auch gewagter Geschäfte ist nicht pflichtwidrig, sofern das Vorstandsmitglied eine unternehmerische Entscheidung auf der Grundlage sorgfältig ermittelter Information trifft und aufgrund einer sorgfältigen Abwägung von Chancen und Risiken vernünftiger Weise davon

ausgehen durfte im Interesse des Unternehmens zu handeln. Darüber hinaus ist auch „nur“ eine eklatante Überschreitung des Ermessensspielraumes pflichtwidrig.

Ist ein mehrgliederiger Vorstand eingerichtet und existiert eine wirksame Geschäftsverteilung, bestehen für fremde Geschäftsbereiche keine unmittelbaren Geschäftsführungspflichten, allerdings treffen die übrigen Vorstandsmitglieder Informations-, Überwachungs-, und Interventionspflichten. Sind mehrere Vorstandsmitglieder bestellt und erfolgt die Geschäftsführung durch Vorstandsbeschluss, sind grundsätzlich auch die überstimmten Vorstandsmitglieder zu beschlusskonformen Verhalten verpflichtet. Etwas anderes gilt für pflichtwidrig gefasste Beschlüsse. In diesem Fall dürfen die Vorstandsmitglieder den Beschluss nicht umsetzen, sondern müssen zumutbare Gegenmaßnahmen ergreifen um die Durchführung zu verhindern. Dasselbe gilt sinngemäß für Vorstandsmitglieder welche bei der Beschlussfassung abwesend waren oder zwar anwesend, sich jedoch ihrer Stimme enthalten haben.

Spezielle **aktienrechtliche Sanktionsmittel** bei Pflichtverletzungen sind vornehmlich die Verweigerung der Entlastung und die vorzeitige Abberufung.

III. Haftung bei Verstößen gegen Verhaltensmaßstäbe

Im Zusammenhang mit der Haftung von Vorstandsmitgliedern wird zwischen der Innen- oder auch Binnenhaftung und der Außenhaftung unterschieden. Innenhaftung bedeutet, dass die Vorstandsmitglieder der Gesellschaft gegenüber zum Ersatz des Schadens verpflichtet sind, während bei der Außenhaftung die Vorstandsmitglieder Dritten gegenüber, insbesondere Gesellschaftsgläubigern, Aktionären oder Behörden, verantwortlich sind. Zentrale Bestimmung für die zivilrechtliche Haftung von Vorstandsmitgliedern ist § 84 AktG; diesem gilt daher das Hauptaugenmerk. § 84 AktG regelt die Haftung der Vorstandsmitglieder jedoch nicht abschließend. Im Anschluss an die Abhandlungen zu § 84 AktG werden daher, andere Haftungsgrundlagen, sowohl innerhalb als auch außerhalb des AktG und in Übereinstimmung mit den davor aufgezeigten Verhaltensmaßstäben, präsentiert, auf welche die Gesellschaft und/ oder Dritte ihre Schadenersatzansprüche gegen ein Vorstandsmitglied stützen können.

A. Das Haftungssystem im AktG

Zentrale Haftungsnorm des AktG ist § 84 AktG. § 84 Abs 2 AktG sieht als Regelfall eine Haftung der Vorstandsmitglieder als Gesamtschuldner gegenüber der Gesellschaft vor. Das Schaden verursachende Verhalten der Vorstandsmitglieder in Zusammenhang mit der Ausübung ihrer Funktion wird der Gesellschaft zugerechnet⁵⁴⁰. Vordergründig sollen Dritte einen ihnen daraus entstandenen Schaden gegenüber der Gesellschaft geltend machen. Die Gesellschaft kann dann vom Vorstandsmitglied Regress nehmen.

Für eine Haftung gegenüber Dritten, also einer direkten Haftung zB gegenüber (Konkurs)Gläubigern, Aktionären oder aber auch Steuer- oder Sozialversicherungsbehörden, kommt § 84 Abs 2 AktG nicht als Anspruchsgrundlage in Betracht. Eine eindeutige gesetzliche Regelung wie bei der Innenhaftung existiert für die Außenhaftung nicht. Nach überwiegender Ansicht bestehen die organschaftlichen Pflichten bloß im Verhältnis zwischen

⁵⁴⁰ Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 84 Rz 11; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 102.

dem Organ und der Gesellschaft⁵⁴¹. Nur ausnahmsweise kommt es daher zu einer Haftung im Außenverhältnis. Eine unmittelbare Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern ergibt sich indirekt insbesondere aus § 84 Abs 5 AktG. Naheliegend ist ferner die Frage, ob für Ansprüche der Aktionäre aufgrund ihrer besonderen Stellung, auch besondere Haftungsregelungen anzuwenden sind.

Zusätzlich zu § 84 AktG enthält das AktG noch weitere Haftungsgrundlagen, welche eine Organinnen- und/ oder Außenhaftung ausdrücklich anordnen. Im Übrigen leiten sich potentielle Haftungsgrundlagen aus den anerkannten Grundsätzen des Schadenersatzrechts ab.

1. Organinnenhaftung als Regelfall - § 84 AktG

§ 84 Abs 2 AktG sieht für Pflichtverletzungen der Vorstandsmitglieder als Regelfall primär eine Organinnennhaftung vor. Parallelbestimmung im Recht der GmbH ist § 25 GmbHG. Dieser weicht textlich zwar minimal von § 84 AktG ab, jedoch kann die zu § 25 GmbHG ergangene Rsp auch auf die Vorstandsmitglieder einer AG angewendet werden⁵⁴². Die Anspruchsgrundlage des § 84 Abs 2 AktG findet auf sämtliche Pflichtverletzungen, welche sich aus Gesetz, Satzung oder verbindlichen Organbeschlüssen ergeben Anwendung, und bezieht sich nicht bloß auf die in Abs 1 genannten Verpflichtungen zur Verschwiegenheit und zur Einhaltung der verlangten Sorgfalt⁵⁴³. § 84 AktG ist zwingend und kann weder durch den Gesellschaftsvertrag noch durch die Satzung oder den Anstellungsvertrag ausgeschlossen bzw beschränkt werden⁵⁴⁴.

§ 84 Abs 2 AktG ist wie folgt aufgebaut: **Abs 1** normiert die Sorgfaltspflicht und legt den Sorgfaltaßstab fest, an welchem das gesamte Vorstandsverhalten gemessen wird; ferner enthält er eine Verschwiegenheitspflicht. Nach **Abs 2** sind Vorstandsmitglieder, die ihre Obliegenheiten verletzen der Gesellschaft gegenüber zum Ersatz des daraus entstandenen Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet (Innenhaftung als Regelfall). Begleitend legt er eine spezielle Beweislastverteilung fest. **Abs 3** zählt demonstrativ acht rechtswidrige

⁵⁴¹ Ratka/Rauter in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung Rz 2/310 mwN.

⁵⁴² Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 175; OGH 26.02.2002, 1 Ob 144/01k.

⁵⁴³ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht (2008) Rz 3/408, 3/414; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 98; Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 169.

⁵⁴⁴ Kastner/Doralt/Nowotny, GesR⁵ 237; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 84 Rz 2, 28; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 99.

Verhaltensweisen von Vorstandsmitgliedern auf, welche bei Vorliegen einer dadurch bewirkten Schädigung jedenfalls eine Ersatzpflicht der Vorstandsmitglieder auslösen. **Abs 4** enthält besondere Regelungen betreffend einen Haftungsausfall durch Vergleich und Verzicht sowie für den Fall, dass die haftungsbegründende Handlung auf einem gesetzmäßigen HV-Beschluss beruht. **Abs 5** normiert eine Ausfallshaftung der Vorstandsmitglieder deren Geltendmachung geschädigten Gläubigern obliegt (Außenhaftung als Sonderfall). Abschließend bestimmt **Abs 6** eine eigene Verjährungsfrist für Schadenersatzansprüche gegen Vorstandsmitglieder.

a) Zivilrechtliche Haftungsvoraussetzungen

Sieht das AktG keine rechtlichen Besonderheiten vor, so gelten die allgemeinen zivilrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen (§§ 1293ff ABGB) auch für die Haftung von Vorstandsmitgliedern⁵⁴⁵. In der hL⁵⁴⁶ ist es umstritten, ob es sich bei der Vorstandshaftung um eine vertragliche oder gesetzliche Haftung handelt, allerdings ist eine eindeutige Zuteilung auch nur von geringer praktischer Bedeutung, da es der Anwendung von § 1298 ABGB aufgrund der inhaltsgleichen aktienrechtlichen Regelung nicht unmittelbar bedarf. In Übereinstimmung mit den im Zivilrecht geltenden allgemeinen Haftungsvoraussetzungen muss zur Begründung von Schadenersatzansprüchen gegenüber Vorstandsmitgliedern in allen Fällen (sowohl bei der Innen- als auch bei der Außenhaftung) kumulativ Schaden, Kausalität und Adäquanz der Handlung, Rechtswidrigkeit sowie Verschulden gegeben sein.

(1) Schaden

Ein Schadenersatz ist nur bei Vorliegen eines Schadens iSd § 1293 ABGB möglich. Schaden ist ganz allgemein jeder Nachtheil, welcher jemandem an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt wird. Von diesem „positiven Schaden“ unterscheidet sich nach § 1293 S 2 ABGB der „entgangene Gewinn“, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge zu erwarten ist. Positiver Schaden und entgangener Gewinn zusammen bilden das „Interesse“. Der Ersatz des positiven Schadens wird gem § 1323 ABGB „eigentliche Schadloshaltung“, jener des entgangenen Gewinnes und des positiven Schadens gemeinsam „volle Genugtuung“

⁵⁴⁵ Ginthör/Brodey, AG- / SE-Vorstand 122; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG Rz § 84 Rz 23; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 100.

⁵⁴⁶ Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 169 mwN; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/409.

genannt⁵⁴⁷. Ein durch Vorstandsmitglieder verursachter Schaden bei der Gesellschaft ist jede negative Veränderung des Gesellschaftsvermögens also jeder Nachteil an geldwerten Gütern und somit idR ein reiner Vermögensschaden⁵⁴⁸. Eine „zweckwidrige“ Vermögensverminderung wird nicht verlangt⁵⁴⁹.

Nach § 1324 ABGB ist volle Genugtuung nur bei Vorliegen von mindestens grober Fahrlässigkeit zu leisten. Vor der am 01.01.2007 in Kraft getretenen Handelsrechtsreform war von einem Vorstandsmitglied das gesamte Interesse, also auch der entgangene Gewinn, bereits bei leichter Fahrlässigkeit zu ersetzen⁵⁵⁰. Dies wurde damit begründet, dass die Organbestellung ein einseitiges Handelsgeschäft darstellt, weshalb sich das Ausmaß des zu ersetzenden Schadens nach Art 8 Nr 2. 4. EVHGB iVm § 345 HGB⁵⁵¹ richtete⁵⁵². Seit dieser Reform, welche Art 8 Nr 2. EVHGB beseitigte, bestimmt nun § 349 UGB, dass nur mehr unter Unternehmern der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn umfasst. Diese Konstellation wird bei der Vorstandsbestellung nur in Ausnahmefällen gegeben sein, weshalb in Bezug auf die Vorstandshaftung nach der neuen Rechtslage, den Regeln des allgemeinen Zivilrechts folgend, der entgangene Gewinn nur mehr bei grober Fahrlässigkeit, der positive Schaden jedoch bereits bei leichter Fahrlässigkeit zu ersetzen ist⁵⁵³. Von der Rsp wird der Begriff des positiven Schadens allerdings weit interpretiert. So wird insbesondere der Verlust von Erwerbschancen überwiegend als positiver Schaden angesehen; dies umso mehr wenn mit dem Gewinn mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit gerechnet werden kann⁵⁵⁴.

⁵⁴⁷ Vgl dazu allgemein *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts II¹³ (2007) 321.

⁵⁴⁸ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/412; *Ratka/Rauter* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung Rz 2/4; *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 84 Rz 22; *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 170 der Ersatz ideeler Schäden ist bei der Vorstandshaftung ebenfalls möglich jedoch nicht der Regelfall.

⁵⁴⁹ vgl *Ratka/Rauter* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung Rz 2/4 mwN; OGH 16.03.2007, 6 Ob 34/07d GeS 2007, 243 = GesRZ 2007, 271 = GesRZ 2007, 219 (*Feltl/Fragner*) = ecolex 2007/262 = AR 2007 H 4, 32 (*Gruber*) = wbl 2007/247 = RdW 2007/684 = RZ 2007/EÜ 329, 225 = SZ 2007/36.

⁵⁵⁰ *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 99; *Schlosser*, Organhaftung 106f.

⁵⁵¹ Nach Art. 8 Nr. 2. EVHGB umfasste der zu ersetzende Schaden auch den entgangenen Gewinn. § 345 HGB legte fest, dass auf ein Rechtsgeschäft, das für einen der beiden Teile ein Handelsgeschäft ist, die Vorschriften über Handelsgeschäfte für beide Teile gleichmäßig zur Anwendung kommen.

⁵⁵² *Ginthör/Brodey*, AG- / SE-Vorstand 123.

⁵⁵³ *Ginthör/Brodey*, AG- / SE-Vorstand 123; *Ratka/Rauter* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung (2008) Rz 2/9.

⁵⁵⁴ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 304; OGH 22.04.2008, 10 Ob 103/07f; 01.07.2004, 1 Ob 173/03b RdW 2004/671 = ecolex 2004/436 = JBI 2004, 793.

(2) Kausalität und Adäquanz

Der Schaden ist nur dann zu ersetzen, wenn er durch das Verhalten eines Vorstandsmitgliedes verursacht wurde und durch dieses Verhalten der Schaden adäquat, also eben nicht durch eine außergewöhnliche Verkettung von Umständen, herbeigeführt wurde⁵⁵⁵. Zu fragen ist, ob der Schaden dennoch eingetreten wäre, wenn man sich das in Frage stehende Verhalten des Vorstandsmitgliedes wegdenkt bzw im Falle einer fragwürdigen Unterlassung hinzudenkt. Diesbezüglich ergeben sich also keinerlei Besonderheiten. Da der Einwand, der Schaden wäre bei rechtmäßigem Alternativverhalten dennoch eingetreten dem Vorstandsmitglied zusteht, wird der Beweis der Kausalität der geschädigten Gesellschaft in der Regel am schwersten fallen⁵⁵⁶.

(3) Rechtswidrigkeit

Zur Haftungsbegründung kann es nur dann kommen, wenn das Verhalten des Vorstandsmitgliedes außerdem rechtswidrig war. Im Falle einer Schädigung der Gesellschaft, wird die Rechtswidrigkeit idR aufgrund eines Verstoßes gegen Pflichten des Vorstandsmitgliedes begründet, weshalb anstelle der Rechtswidrigkeit oft von der Pflichtwidrigkeit gesprochen wird⁵⁵⁷. § 84 Abs 2 AktG spricht von „Obliegenheiten verletzen“. Damit gemeint ist wohl jede schuldhafte Verletzung von Vorstandspflichten, welche das Vorstandsmitglied aufgrund des Gesetzes, der Satzung, des Anstellungsvertrages sowie aufgrund von bindenden Organbeschlüssen treffen⁵⁵⁸. Die Sanktion der Schadenersatzhaftung gilt für sämtliche Pflichtverletzungen der Vorstandsmitglieder⁵⁵⁹. Der Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens steht den Vorstandsmitgliedern prinzipiell offen⁵⁶⁰. Der Vollständigkeit wegen ist zu erwähnen, dass es immer nur dann zu einer Haftung kommen kann, wenn ein Rechtswidrigkeitszusammenhang gegeben ist. Dieser ist gegeben, wenn die übertretene Norm gerade den nun eingetretenen Schaden verhindern sollte.

⁵⁵⁵ *Ginthör/Brodey*, AG- / SE-Vorstand 123; *Ratka/Rauter* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung Rz 2/12f.

⁵⁵⁶ *Schlosser*, Organhaftung 110.

⁵⁵⁷ *Ratka/Rauter* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung Rz 2/16.

⁵⁵⁸ *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 98.

⁵⁵⁹ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/408, 3/414; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 98; *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 169.

⁵⁶⁰ *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 84 Rz 23; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/414; teilweise wird in der Literatur dieser Einwand im Falle einer Verletzung von Organisations-, Kompetenz- oder Verfahrensvorschriften ausgeschlossen, vgl dazu *Schlosser*, Organhaftung 110 mwN.

Die Lehre vom Rechtswidrigkeitszusammenhang ist aber eher in Zusammenhang mit der Organaußenhaftung von Bedeutung⁵⁶¹.

(4) Verschulden

Die letzte Voraussetzung für eine Schadenszurechnung ist das Verschulden, also die Vorwerfbarkeit des rechtswidrigen Verhaltens. Jedes Vorstandsmitglied haftet nur für eigenes Verschulden. Eine Zurechnung des Fehlverhaltens anderer, also insbesondere der anderen Vorstandsmitglieder oder von Dienstnehmern, ist ohne eigenes Verschulden nicht möglich; die Gehilfenhaftung des § 1313 lit a ABGB kommt nicht zur Anwendung, Fehlverhalten nachgeordneter Mitarbeiter kann dem einzelnen Vorstandsmitglied nicht per se zugerechnet werden⁵⁶².

Die Arten des Verschuldens sind Vorsatz und Fahrlässigkeit. Nach § 1294 ABGB handelt vorsätzlich, wer den Schaden mit „Wissen und Willen“ herbeiführt und fahrlässig, wer „aus schuldbarer Unwissenheit, oder aus Mangel der gehörigen Aufmerksamkeit, oder des gehörigen Fleißes“ einen Schaden verursacht. Ein Fehlverhalten ist leicht fahrlässig, wenn auch eine sorgfältige Person gelegentlich derartige Fehler begeht, grob fahrlässig hingegen, wenn er einer sorgfältigen Person keinesfalls unterläuft; Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit nennt man grobes Verschulden, leichte Fahrlässigkeit nennt man leichtes Verschulden⁵⁶³.

Die Haftung der Vorstandsmitglieder kann grundsätzlich bei jedem Grad des Verschuldens schlagend werden (der zu ersetzende Schaden ist vom Grad des Verschuldens abhängig), leichte Fahrlässigkeit ist demnach prinzipiell ausreichend⁵⁶⁴. Allgemein versteht man unter Fahrlässigkeit die Außerachtlassung der gebotenen Sorgfalt⁵⁶⁵. Um einen Verstoß gegen die gebotene Sorgfalt beurteilen zu können, bedarf es der Heranziehung eines Maßstabs⁵⁶⁶. § 84 Abs 1 S 1 AktG enthält einen objektivierten Sorgfaltsmaßstab für Vorstandsmitglieder, wonach sie bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen

⁵⁶¹ Vgl insbesondere Kapitel III.A.2.b).

⁵⁶² *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 169, 180; *Fleischer* in *Fleischer*, Vorstandsrecht § 8 Rz 26.

⁵⁶³ *Kozio/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 312.

⁵⁶⁴ *Pichler/Weninger*, Aktienrecht in der Managerpraxis (2002) 110; *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 84 Rz 6.

⁵⁶⁵ *Reischauer* in *Rummel*, ABGB II³ (2007) § 1294 Rz 21.

⁵⁶⁶ *Pichler/Weninger*, Vorstand 126.

und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden haben. Maßfigur ist daher der ordentliche und gewissenhafte Geschäftsleiter.

Anhand der typischen Tätigkeit von Leitungsorganen meinen *Schirmer/Uitz*⁵⁶⁷ in der Praxis offenbar vier klassische Haftungs- bzw Verschuldensgruppen zu erkennen: 1) Organisationsverschulden: da Vorstandsmitglieder nicht alle Aufgaben höchstpersönlich erfüllen können müssen sie durch arbeitsteilige Organisation Unternehmensstrukturen schaffen, welche die Erreichung des Unternehmensziels sicherstellen, 2) Auswahlverschulden: Teil einer funktionierenden Organisation ist die Besetzung der Posten mit den „richtigen“ Mitarbeitern 3) Instruktionsverschulden: Mitarbeiter müssen in ihren Arbeitsbereich genau eingewiesen werden sowie 4) Kontroll- und Überwachungsverschulden: die errichtete Organisation muss vom Vorstand effizient überwacht werden.

b) Beweislastverteilung

Das AktG entspricht der in § 1298 ABGB normierten allgemeinen Beweislastregel für vertraglichen Schadenersatz und geht für den Fall der Innenhaftung von einer Verschuldensvermutung auf Seiten der Vorstandsmitglieder aus. Nach § 84 Abs 2 S 2 AktG können sich die Vorstandsmitglieder von der Schadenersatzpflicht befreien indem sie beweisen, dass sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben (Gegenbeweis). § 84 Abs 2 S 2 AktG ordnet damit eine Beweislastumkehr an. Das bedeutet, dass die geschädigte AG jedenfalls den Schaden dem Grunde und der Höhe nach sowie die Kausalität/ Adäquanz zu beweisen hat⁵⁶⁸, während dem Vorstandsmitglied der Beweis dafür obliegt, dass die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters eingehalten wurde⁵⁶⁹. Da das Verschulden daher solange als gegeben erachtet wird, bis der Gegenbeweis erbracht wird, haften Vorstandsmitglieder grundsätzlich auch dann, wenn nicht geklärt werden kann, ob das in Frage stehende Verhalten vorwerfbar ist⁵⁷⁰. Diese Beweislastumkehr gilt für leichte Fahrlässigkeit, grobes Verschulden hingegen ist immer vom Geschädigten zu beweisen⁵⁷¹.

⁵⁶⁷ *Schirmer/Uitz* in *Barbist/Ahammer*, Compliance 29; *Schirmer/Uitz*, RdW 2010, 201 unter Verweis auf *Pelz*, Strafrechtliche und zivilrechtliche Aufsichtspflicht, in *Hauschka* 97.

⁵⁶⁸ *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 84 Rz 26.

⁵⁶⁹ OGH 26.02.2002, 1 Ob 144/01k.

⁵⁷⁰ *Ginthör/Brodey*, AG- / SE-Vorstand 128f; *Griesmayr/Dahnz*, Risiko 12.

⁵⁷¹ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht II¹³ 321; *Apathy/Riedler*, Bürgerliches Recht III³ (2008) Rz 13/37.

In Bezug auf den Beweis der Rechtswidrigkeit war es lange Zeit strittig, ob die in § 84 Abs 2 AktG geregelte Beweislastumkehr auch für die Rechtswidrigkeit oder nur für das Verschulden gilt⁵⁷². Der OGH⁵⁷³ modifizierte die Beweislastregel dahingehend, dass die klagende Gesellschaft nicht nur den Schadenseintritt und die Kausalität beweisen muss, sondern auch Tatsachen vorzutragen hat, von denen ein Schluss auf die Pflichtwidrigkeit des Verhaltens des Geschäftsführers gezogen werden kann. Dieser Meinung ist auch das Schrifttum⁵⁷⁴.

Außerhalb des Anwendungsbereichs des § 84 AktG gilt die Beweislastumkehr nicht. Um im Prozess zu obsiegen, wird dies falls der Geschädigte das Verschulden und die Rechtswidrigkeit beweisen müssen⁵⁷⁵.

c) Ausdrücklich genannte Haftungsfälle - § 84 Abs 3 AktG

§ 84 Abs 3 AktG enthält besondere, zwingende, demonstrativ aufgezählte Haftungstatbestände⁵⁷⁶. Die Ersatzpflicht folgt auch in diesen Fällen den Grundsätzen der Verschuldenshaftung. Primärer Zweck des § 84 Abs 3 AktG ist es die in § 84 Abs 2 AktG enthaltene Generalklausel „Obliegenheiten verletzen“ zu konkretisieren⁵⁷⁷. Bei den Fällen des § 84 Abs 3 AktG handelt es sich um Gläubigerschutzbestimmungen, bei deren Verletzung das Gesetz auch den Eintritt eines Schadens vermutet, weshalb das Vorstandsmitglied in diesen konkreten Fällen auch den Gegenbeweis für den Schaden antreten muss⁵⁷⁸. Die Schwierigkeit in diesen Haftungsfällen dürfte überwiegend darin zu sehen sein, die adäquate Verursachung zwischen verpöntem Verhalten und dem tatsächlich eingetreten Schaden zu beweisen⁵⁷⁹. Der Aufzählung kommt lediglich demonstrativer Charakter zu⁵⁸⁰. Im Übrigen ordnet § 84 Abs 5 in diesen Fällen auch eine Außenhaftung an.

⁵⁷² Schlosser, Organhaftung 114.

⁵⁷³ OGH 26.02.2002, 1 Ob 144/01k.

⁵⁷⁴ Pichler/Weninger, Vorstand 130; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/410; Schlosser, Organhaftung 114; Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 214ff.

⁵⁷⁵ Pichler/Weninger, Vorstand 132.

⁵⁷⁶ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/411; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 122.

⁵⁷⁷ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 122; Ginthör/Brodey, AG- / SE-Vorstand 122.

⁵⁷⁸ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/411; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 122 vgl zu den Kapitalerhaltungspflichten des § 84 Abs 3 AktG bereits Kapitel II.D.6.d).

⁵⁷⁹ Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 122.

⁵⁸⁰ Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 122.

2. Organaußenhaftung als Ausnahmefall

Die Außenhaftung von Organmitgliedern hat in den vergangenen 10 Jahren zunehmend an Bedeutung gewonnen⁵⁸¹. Für eine Organaußenhaftung existiert keine in sich geschlossene Regelung. § 84 AktG stellt prinzipiell keine geeignete Anspruchsgrundlage für eine Organaußenhaftung dar. Innerhalb des § 84 AktG durchbricht lediglich die Sonderbestimmung des § 84 Abs 5 AktG in Bezug auf die Geltendmachung von Ansprüchen durch die Gesellschaftsgläubiger dieses Konzept. Im kommenden Teil dieser Arbeit wird daher der Frage nachgegangen, auf welche Grundlagen Dritte ihre Ansprüche stützen können. Auch die Organhaftung gegenüber Dritten folgt den allgemein anerkannten Grundsätzen des Zivilrechts.

a) Zivilrechtliche Haftungsvoraussetzungen – Besonderheiten

Da Vorstandsmitglieder mit Dritten Personen an sich in keinem Vertragsverhältnis stehen, also auch nicht mit den Aktionären⁵⁸², kann sich, sofern das Gesetz nichts anderes bestimmt, eine Schadenersatzpflicht gegenüber diesen Personen vordergründig nur ex delicto ergeben⁵⁸³. Voraussetzung für eine Haftung ist wiederum das Vorliegen von Schaden, Kausalität, Rechtswidrigkeit und Verschulden.

Der haftungsbegründende Grad des Verschuldens hängt von der jeweiligen Anspruchsgrundlage ab. Besondere Bedeutung wird dem Rechtswidrigkeitszusammenhang beigemessen. Zu einer Haftung des Vorstandsmitgliedes kann es nämlich immer nur dann kommen, wenn das Vorstandsmitglied Verhaltensmaßstäbe verletzt, welche auch Schäden Dritter verhindern sollen, und gerade ein solcher Schaden eingetreten ist⁵⁸⁴. Im Unterschied zur Binnenhaftung besteht daher eine Dritthaftung nicht schlechthin bei Verletzung jeder

⁵⁸¹ Spindler in *Fleischer*, Vorstandsrecht § 13 Rz 1.

⁵⁸² Adensamer/Eckert in *Kalss*, Vorstandshaftung 222, 242; Ratka/Rauter in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung Rz 2/310; für GmbH OGH 21.12.1995, 6 Ob 1039/95 RdW 1996, 167 = ecolex 1996, 606 = NZ 1997, 27 = HS 26.089 = AnwBl 1997, 168 „Es entspricht ständiger oberstgerichtlicher Judikatur, daß aus dem Gesetz nur direkte Rechtsbeziehungen zwischen dem Geschäftsführer und der Gesellschaft, nicht aber zwischen dem Geschäftsführer und dem Gesellschafter abzuleiten sind“.

⁵⁸³ Pichler/Weninger, Vorstand 124.

⁵⁸⁴ Adensamer/Eckert in *Kalss*, Vorstandshaftung 221.

gesellschaftsrechtlichen Verhaltenspflicht sondern hängt diese primär vom Schutzzweck der übertretenen Norm ab⁵⁸⁵.

Besonderheiten ergeben sich auch in Bezug auf den die Ersatzpflicht begründenden Schaden. Dieser besteht nämlich nur insoweit, als es sich beim Schaden des Dritten nicht bloß um einen Reflexschaden der Gesellschaft handelt⁵⁸⁶. Reflexschäden sind Schäden, die zB in der Kursverschlechterung, also im Wertverlust der Beteiligung bestehen und lediglich den Schaden der Gesellschaft reflektieren. Die reine Kursverschlechterung der Aktien ist kein Eigenschaden des Aktionärs. Die Pflicht zur sorgfältigen Geschäftsführung dient zwar sowohl den Vermögensinteressen der Gesellschaft, als auch jenen der Gläubiger und der Aktionäre⁵⁸⁷. Durch den von den Vorstandsmitgliedern an die Gesellschaft zu leistenden Ersatz, resultierend aus deren Regressanspruch, wird jedoch der Schaden der Gesellschaft ausgeglichen und es entfällt damit zugleich der Schaden des Aktionärs. Dieser hL folgend hat der OGH⁵⁸⁸ entschieden, dass ein Ersatzanspruch des Aktionärs immer nur für einen Eigenschaden besteht, nämlich dann, wenn

"ihm durch die Entwertung seiner Aktie ein über die Schädigung der Gesellschaft hinausgehender Schaden entstanden ist. Eine Kursverschlechterung als solche ist aber grundsätzlich nicht als derartiger Eigenschaden des Aktionärs anzuerkennen".

Geht der Schaden des Aktionärs durch den Kursverfall über den Schaden der Gesellschaft hinaus oder entsteht dieser nur beim Aktionär, so hat er einen eigenen Ersatzanspruch⁵⁸⁹. In Zusammenhang mit der Verletzung von kapitalmarktrechtlichen Informationspflichten wird beispielsweise die Ansicht vertreten, dass in diesem Fall der Informationsschaden idR nicht bei der Gesellschaft, sondern unmittelbar bei den Anlegern

⁵⁸⁵ Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 180.

⁵⁸⁶ Pichler/Weninger, Aktienrecht 109; Ginhör/Brodey, AG- / SE-Vorstand 131; Ratka/Rauter in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung Rz 2/310; Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 180; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 84 Rz 22.

⁵⁸⁷ Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 180.

⁵⁸⁸ OGH 22.12.1994, 2 Ob 591/94 wbl 1995, 122 = RdW 1995, 262 = ecolex 1995, 901 = SZ 67/238 = GesRZ 1995, 121 = AnwBl 1997, 8; 11.09.1997, 6 Ob 244/97v RdW 1997, 718 = ecolex 1998, 137 = wbl 1998/173 = AnwBl 1998, 214 = HS 28.109; auf diese Entscheidung Bezugnehmend zuletzt 24.04.2003, 3 Ob 288/02b GeS 2003, 340 = GesRZ 2003, 239 = ecolex 2004/18.

⁵⁸⁹ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 100, 101 Rz 11; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG Rz §§ 100, 101 Rz 11; vgl auch die Anmerkungen von Völkl, Anmerkungen zu OGH 24.04.2003, 3 Ob 288/02b, ecolex 2004/18.

eintritt⁵⁹⁰. Die falsche bzw unterlassene Information führt zu einer Beeinflussung des Preisbildungsmechanismus auf horizontaler Anlegerebene, worin ein Schaden der Anleger liegt und nicht ein Schaden der Gesellschaft⁵⁹¹. Nur ausnahmsweise kann sich in einem solchen Fall der Schaden im Gesellschaftsvermögen niederschlagen, wenn beispielsweise der Ruf der Gesellschaft durch die unterlassene oder falsche Information so geschädigt wird, dass eine Kapitalerhöhung dadurch erschwert wird⁵⁹².

b) Haftung wegen Schutzgesetzverletzung - § 1311 ABGB

§ 1311 ABGB ist eine zentrale Haftungsnorm im österreichischen Recht. Demnach trifft ein Schaden primär denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet. Soll ein anderer diesen Schaden tragen, müssen verschiedene Voraussetzungen erfüllt sein. Nach § 1311 S 2 F 2 ABGB haftet jemand, der ein Gesetz übertreten hat, welches zufälligen Beschädigungen vorzubeugen sucht, für alle Nachteile, welche dadurch verursacht wurden. Schutzgesetze iSd § 1311 ABGB beinhalten Verhaltensvorschriften, welche ein Verhalten schon wegen ihrer abstrakten Gefährlichkeit verbieten⁵⁹³. Paradebeispiel für ein Schutzgesetz ist die StVO⁵⁹⁴.

In Österreich versuchte sich *Karollus*⁵⁹⁵ an einer Darstellung von Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung. Demnach ist nicht jede gesetzlich festgelegte Verhaltenspflicht gleichzeitig auch ein Schutzgesetz; vielmehr sind nur solche Verhaltensgebote auch gleichzeitig Schutzgesetze, „welche eine Vorverlagerung der deliktischen Schutzposition durch Etablierung vorgelagerter abstrakter Gefährdungsverbote bewirken“⁵⁹⁶. Diese Gefährdungsverbote müssen nicht die Allgemeinheit sondern bestimmte

⁵⁹⁰ Kalss, Anlegerinteressen (2001) 328; Nowotny, Anlegerhaftung des Vorstandes und des Aufsichtsrates bei Kursverlusten? RdW 1995, 132.

⁵⁹¹ Kalss, Anlegerinteressen 328; Tichy, Die Haftung gegenüber dem Sekundärmarkt (2005) 51.

⁵⁹² Kalss, Anlegerinteressen 328; Kalss, Die rechtliche Grundlage kapitalmarktbezogener Haftungsansprüche, ÖBA 2000, 641 (643).

⁵⁹³ Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger Kurzkommentar zum ABGB² (2007) § 1311 Rz 3.

⁵⁹⁴ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 338.

⁵⁹⁵ Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung (1992); vgl auch ausführlich zu diesem Thema Brunner, Die Zurechnung der Schadenersatzpflicht bei Verletzung eines Schutzgesetzes gem § 1311 ABGB, ÖJZ 1972, 113.

⁵⁹⁶ Karollus, Schutzgesetzverletzung 92.

Personen oder bestimmte Personengruppen vor einer Verletzung ihrer Rechtsgüter schützen⁵⁹⁷.

Da insbesondere die Frage, welchen Personenkreis das Schutzgesetz vor welchen Schäden bewahren soll und ob davon der Einzelne oder nur die Allgemeinheit betroffen ist zur Begründung der Haftung im Mittelpunkt steht, wird die besondere Bedeutung des Rechtswidrigkeitszusammenhangs bzw des Schutzzwecks der Norm deutlich⁵⁹⁸. Eine Haftung kann nur dann bejaht werden, wenn der eingetretene Schaden in seiner konkreten Entstehungsweise vom Schutzzweck der Norm umfasst ist und auch der Geschädigte zu jenem individuellen Personenkreis gehört, der geschützt werden soll⁵⁹⁹. Neben dem Kernbereich der Schutzgesetze gibt es noch Schutzgesetze iwS, welche ebenfalls dem Schutz des einzelnen dienen, allerdings die Kriterien eines Schutzgesetzes nicht voll erfüllen⁶⁰⁰. Dazu zählen beispielsweise die Normen des StGB und UWG. Nach der Rsp⁶⁰¹ sind Normen, welche gerichtlich strafbare Tatbestände beinhalten regelmäßig als Schutzgesetze zu qualifizieren.

Auch § 1311 S 2 ABGB setzt Schaden, Rechtswidrigkeit, Kausalität und Verschulden voraus. Der Schadenersatzanspruch wird durch die sorgfaltswidrige bzw vorsätzliche Übertretung des Schutzgesetzes ausgelöst⁶⁰². Das Verschulden muss sich auf die Übertretung des Schutzgesetzes beziehen⁶⁰³. Jedes Schutzgesetz beinhaltet ein objektives Sorgfaltsgebot, dessen Verstoß die Rechtswidrigkeit begründet⁶⁰⁴. Welche Tatbestandsmerkmale erfüllt sein müssen, damit der Schädiger für den Schaden haftet, richtet sich nach der in Frage stehenden Schutznorm⁶⁰⁵.

In der österreichischen Rechtsordnung gibt es eine Fülle an potentiellen Schutzgesetzen, welche in Bezug auf die Haftung der Vorstandsmitglieder einschlägig sein könnten. Die Qualifikation als Schutzgesetz ist von der Rsp nicht restlos geklärt und teilweise

⁵⁹⁷ Karollus, Schutzgesetzverletzung 92; Harrer in Schwimann, ABGB-Praxiskommentar VI³ (2006) § 1311 Rz 9; RIS-Justiz RS0027710.

⁵⁹⁸ Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger ABGB² § 1311 Rz 5; Karollus, Schutzgesetzverletzung 337ff.

⁵⁹⁹ Karollus, Schutzgesetzverletzung 339.

⁶⁰⁰ Reischauer in Rummel, ABGB II³ § 1311 Rz 4a.

⁶⁰¹ RIS-Justiz RS0023677: „Wer bei Ausübung der Tätigkeit als Geschäftsführer einer GmbH gegen die Gläubiger gerichtete strafbare Handlungen begeht, haftet persönlich gegenüber den Gläubigern für den Schaden“.

⁶⁰² Reischauer in Rummel, ABGB II³ § 1311 Rz 4a.

⁶⁰³ Karollus, Schutzgesetzverletzung 263ff; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 338.

⁶⁰⁴ Reischauer in Rummel, ABGB II³ § 1311 Rz 6; vgl auch RIS-Justiz RS0112234.

⁶⁰⁵ Reischauer in Rummel, ABGB II³ § 1311 Rz 4a.

auch in der Lehre umstritten. Im Übrigen hängt deren Einordnung auch vom entsprechenden Betätigungsfeld der Gesellschaft ab. Das in Bezug auf die Vorstandshaftung „wichtigste“ Schutzgesetz zu Gunsten der Gläubiger ist wohl § 69 Abs 2 KO (verspäteter Konkursantrag) wonach bei Vorliegen der Voraussetzungen für die Konkurseröffnung (§§ 66 und 67 KO) jedes Vorstandsmitglied ohne schuldhaftes Zögern verpflichtet ist den Konkurs zu beantragen⁶⁰⁶. Tut ein Vorstandsmitglied dies nicht, haftet es den Neu- und den Altgläubigern für den Quotenverschlechterungsschaden. Diese sind vom Schutzzweck der Norm erfasst, da durch die Verpflichtung zur unverzüglichen Antragstellung des Konkurses gerade die eingetretenen Nachteile (Verschlechterung der Konkursquote und getäushtes Vertrauen der Neugläubiger) durch den Schutzzweck der Norm verhindert werden sollen. Ferner sind zu nennen die im gegebenen Zusammenhang wichtigsten Schutzgesetze des Strafrechts, welche in Kapitel II.B dargestellt wurden.

Bezweckt eine Norm auch den Schutz der Gesellschaft, so kann auch der Gesellschaft gegenüber ein Schadenersatzanspruch wegen Schutzgesetzverletzung geltend gemacht werden. Da aber ohnehin der speziellere Tatbestand des § 84 AktG zur Anwendung kommt, und im Falle einer Schutzgesetzverletzung regelmäßig auch eine Pflichtverletzung vorliegen wird, kommt diesen Überlegungen nur geringe Bedeutung zu. Ein Schutzgesetz zu Gunsten der Gesellschaft, der Anleger und der Gläubiger ist beispielsweise § 255 AktG.

c) Absichtlich sittenwidrige Schädigung und Rechtsmissbrauch - § 1295 Abs 2 ABGB

Eine andere Anspruchsgrundlage zur Begründung einer direkten Haftung kann § 1295 Abs 2 ABGB, sittenwidrige Schädigung, sein⁶⁰⁷. Demnach ist, wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise absichtlich Schaden zufügt, dafür verantwortlich. Zur Begründung der Haftung reicht in diesem Fall bedingter Vorsatz aus⁶⁰⁸. Bedingter Vorsatz liegt vor, wenn der Schädiger die Verwirklichung des Erfolges ernsthaft für möglich hält und billigend in Kauf nimmt. Beispiele für eine sittenwidrige Schädigung sind ua die Gründung einer Gesellschaft in der Absicht der Gläubigerschädigung oder die missbräuchliche Abrufung

⁶⁰⁶ Vgl Ratka/Rauter in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung Rz 2/330ff; Pichler/Weninger, Vorstand 125f; Pichler/Weninger, Aktienrecht 109f; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/439; Ginthör/Brodey, AG- / SE-Vorstand 125f; Adensamer/Oelkers/Zechner, Geschäftsleiterpflichten in Insolvenznahe, SWI 2005, 437.

⁶⁰⁷ Ratka/Rauter in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung Rz 2/327.

⁶⁰⁸ Reischauer in Rummel, ABGB II³ § 1295 Rz 56.

einer Bankgarantie⁶⁰⁹. Die Ersatzpflicht tritt auch bei missbräuchlicher Rechtsausübung ein. „Missbrauch der Geschäftsführungsbefugnis und der Vertretungsmacht liegt vor, wenn ein Geschäftsführer bewusst zum Nachteil der Gesellschaft oder der Gesellschafter handelt“⁶¹⁰. So können beispielsweise gänzliche oder überwiegende Thesaurierungen unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs haftbar machen wenn diese Thesaurierungen nicht notwendig waren⁶¹¹.

d) Verletzung eines gesetzlichen Sonderverhältnisses

In Betracht kommt ferner eine Haftung wegen einer Verletzung vorvertraglicher Schutz-, Sorgfalts- und Aufklärungspflichten. Zwar haftet in diesem Fall grundsätzlich die Gesellschaft, jedoch können auch Vorstandsmitglieder auf dieser Grundlage wegen Verletzung eines gesetzlichen Sonderverhältnisses direkt haften⁶¹². Es handelt sich dabei um eine Fortentwicklung der culpa in contrahendo Haftung und wird von *Kalss*⁶¹³ insbesondere in Zusammenhang mit den kapitalmarktrechtlichen Informationspflichten ins Treffen geführt.

Zwar besteht zwischen einem Dritten und einem Vorstandsmitglied kein Vertrag oder eine gesetzliche Sonderbeziehung, allerdings kann sich deren Verantwortlichkeit aus der allgemeinen Haftung von Vertretern und Verhandlungsgehilfen (Vertreterhaftung) herleiten⁶¹⁴. Das Rechtsverhältnis besteht primär zwischen Emittent und Anleger. Durch ihr Verhalten (Unterlassen der gebotenen Information oder Falschinformation) können Vorstandsmitglieder allerdings in besonderem Maß auf das Vermögen der Anleger einwirken. Diese Möglichkeit erhalten sie alleine auf Grund ihrer Stellung beim Emittenten⁶¹⁵. Daraus ergibt sich das Bestehen eines Sonderrechtsverhältnisses zwischen Anleger und Vorstandsmitglied, welches bei Hinzutreten – regelmäßig sehr enger - besonderer Voraussetzungen eine unmittelbare Haftung nach vertraglichen Grundsätzen rechtfertigt⁶¹⁶. Diese besonderen Voraussetzungen liegen vor, wenn das Vorstandsmitglied ein erhebliches

⁶⁰⁹ *Ratka/Rauter in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung Rz 2/327.*

⁶¹⁰ OGH 23.05.2007, 3 Ob 59/07h.

⁶¹¹ OGH 23.05.2007, 3 Ob 59/07h.

⁶¹² *Ratka/Rauter in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung Rz 2/333ff.*

⁶¹³ *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/441; Kalss, Anlegerinteressen 333f; Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 19 Rz 19.*

⁶¹⁴ *Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 19 Rz 19; vgl zur Haftung des Verhandlungsgehilfen Bollenberger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB² § 874 Rz 3; Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB² § 874 Rz 3; Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹³ 304.*

⁶¹⁵ *Kalss, Anlegerinteressen 333.*

⁶¹⁶ *Kalss, Anlegerinteressen 333; Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 19 Rz 19.*

und unmittelbares eigenwirtschaftliches Interesse beim Zustandekommen des Vertrages verfolgt oder dabei ein hohes persönliches Vertrauen in Anspruch nimmt⁶¹⁷. Ist ein Vorstandsmitglied zusätzlich auch noch Mehrheitsaktionär, reicht diese Stellung zur Begründung eines unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses nicht aus, vielmehr muss das Vorstandsmitglied, welches gleichzeitig auch Gesellschafter ist, ein „über seine Gesellschafterstellung hinausgehendes persönliches wirtschaftliches Interesse“ am Zustandekommen des Vertrages haben⁶¹⁸.

Zusammengefasst handelt es sich bei dieser Haftungsgrundlage quasi um eine ausnahmsweise Haftung des Vorstandsmitgliedes als Geschäftsgehilfe für culpa in contrahendo. Da es sich um eine Fortentwicklung der culpa in contrahendo Haftung handelt sind die Grundsätze der Vertragshaftung anzuwenden⁶¹⁹. Vorstandsmitglieder haften daher insbesondere für reine Vermögensschäden bereits bei leichtem Verschulden. Ein Teil der Lehre⁶²⁰ spricht sich gegen eine derartige Haftungsausdehnung insbesondere in Bezug auf die Verletzung kapitalmarktrechtlicher Informationspflichten aus. Dagegen spricht, dass die Strafbestimmung des § 255 AktG, welche als Schutzgesetz zugunsten der Anleger anerkannt ist, Vorsatz verlangt, eine culpa in contrahendo Haftung jedoch bereits bei leichter Fahrlässigkeit begründet werden kann. Darin liegt ein Wertungswiderspruch. Der OGH⁶²¹ wandte jedoch bereits in mehreren Judikaten in Zusammenhang mit der Haftung von Vorstandsmitgliedern diese Grundsätze an.

e) Haftung für fehlerhafte Vertretungshandlungen

Ist ein Vorstandsmitglied aufgrund mangelnder Vertretungsbefugnis nicht zu einer Vertretungshandlung berechtigt (zB Vertretungshandlung durch ein einzelnes

⁶¹⁷ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/441; Kalss, Anlegerinteressen 333f; Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 19 Rz 19; vgl auch OGH 27.06.2006, 3 Ob 75/06k.

⁶¹⁸ IdS OGH 27.06.2006, 3 Ob 75/06k.

⁶¹⁹ Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 229.

⁶²⁰ Gruber, Organaußenhaftung für Kapitalmarktinformatioenen? wbl 2006, 445 (446); Teichmann, Haftung für fehlerhafte Informationen am Kapitalmarkt, JuS 2006, 953 (955).

⁶²¹ OGH 27.06.2006 3 Ob 75/06k nach Ansicht des OGH bestand „eine umfassende, der schon erläuterten Verpflichtung zur „Ad-hoc-Publizität“ vergleichbare Informationspflicht, für deren Verletzung der Zweitbeklagte [Vorstandsmitglied] weiters auch aus dem Grund seines über seine bestehende Gesellschafterstellung hinausgehenden persönlichen wirtschaftlichen Interesses einzustehen hat.“ Dieses Interesse begründete der OGH mit der bestehenden Gewinnvereinbarung zu Gunsten des Vorstandsmitgliedes als auch dem durchgeführten Erwerb eigener Aktien durch das Vorstandsmitglied um nur 1 Euro pro Stück an Stelle der von Dritten verlangten 100 Euro pro Stück; 08.07.2003 5 Ob 120/03p.

Vorstandsmitglied obwohl Gesamtvertretung vorliegt), so wird die AG durch diese Handlung grundsätzlich nicht verpflichtet, da diese unwirksam ist⁶²². Kommt es zu keiner Sanierung iSd § 1016 ABGB (nachträgliche Genehmigung oder Vorteilszuwendung) haftet der alleinhandelnde Gesamtvertreter dem Dritten als **falsus procurator** für den daraus entstandenen Schaden⁶²³. Als Scheinvertreter haftet das Vorstandsmitglied, wenn es die Gesellschaft ohne (alleinige) Vertretungsmacht vertritt, sofern nicht ausnahmsweise Anscheinsvollmacht anzunehmen ist⁶²⁴.

f) Haftung gegenüber Gesellschaftsgläubigern - § 84 Abs 5 AktG

In erster Linie sollen die Gesellschaftsgläubiger ihre Ansprüche gegen die Gesellschaft geltend machen. Zusätzlich zu den soeben erörterten Haftungsgrundlagen bezüglich einer Organaußenhaftung kommt als spezielle Haftungsgrundlage für Ansprüche der Gläubiger § 84 Abs 5 AktG in Betracht, welcher eine Art „indirekte Direkthaftung“⁶²⁵ regelt. Demnach kann der Ersatzanspruch der Gesellschaft auch von den Gläubigern im eigenen Namen gegenüber den Vorstandsmitgliedern geltend gemacht werden, soweit diese von der AG keine oder nur unvollständige Befriedigung erlangen. Dabei handelt es sich um eine spezielle, aktienrechtlich vorgesehene Einziehungsermächtigung, also um die Geltendmachung eines fremden Rechts (jenes der AG), im eigenen Namen⁶²⁶. Befindet sich die Gesellschaft in Konkurs, so übt während dessen Dauer ausschließlich der Masseverwalter das Recht der Gläubiger gegen die Vorstandsmitglieder aus. In der Praxis sind es üblicherweise auch die Masseverwalter, welche derartige Ansprüche geltend machen⁶²⁷.

Die Ersatzpflicht ist nach § 84 Abs 5 S 2 AktG abhängig vom Grad des Verschuldens: Ein Ersatzanspruch gegenüber den Gläubigern bei leichtem Verschulden des

⁶²² Pichler/Weninger, Vorstand 54; Ratka/Rauter in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung Rz 2/337; Apathy in Schwimann, ABGB IV³ § 1011 Rz 2.

⁶²³ Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG vor § 71 Rz 14; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 74 Rz 27; Apathy in Schwimann, ABGB IV³ § 1011 Rz 2; Ratka/Rauter in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung Rz 2/337; Pichler/Weninger, Vorstand 54f.

⁶²⁴ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 71-74 Rz 54; Ratka/Rauter in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung Rz 2/337.

⁶²⁵ Ratka/Rauter in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung Rz 2/317.

⁶²⁶ Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/432; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 117.

⁶²⁷ Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/434.

Vorstandsmitgliedes besteht nur bei Verwirklichung einer der in § 84 Abs 3 AktG aufgezählten Tatbestände; eine Haftung für sonstige Pflichtverletzungen setzt grobes Verschulden voraus. § 84 Abs 2 S 2 AktG (Beweislastumkehr) gilt sinngemäß, allerdings nur für Ersatzansprüche bei leichter Fahrlässigkeit. Nach § 84 Abs 5 S 3 AktG kann diese Ersatzpflicht nicht durch einen Verzicht oder Vergleich der Gesellschaft aufgehoben werden, auch die Tatsache, dass die Handlung auf einem Beschluss der HV beruht oder der AR die Handlung gebilligt hat beseitigt die Haftung des Vorstandsmitgliedes nicht. Darüber hinaus kommt eine Haftung gegenüber den Gläubigern insbesondere wegen Verletzung der insolvenzrechtlichen oder strafrechtlichen Schutzgesetze in Betracht.

g) Haftung gegenüber Aktionären

Prinzipiell haften nach hL⁶²⁸ die Vorstandsmitglieder gegenüber den Aktionären nach denselben Grundsätzen wie gegenüber sonstigen Dritten. Daher kommt eine Haftung gegenüber den Aktionären insbesondere wegen Schutzgesetzverletzung, vor allem nach §§ 255 AktG iVm 1311 ABGB, in Betracht. Diskutiert wird eine direkte Haftung gegenüber den Aktionären wegen Beeinträchtigung der Mitgliedschaft an sich. Begründet wird dies damit, dass das Mitgliedschaftsrecht als solches, in seinen Ausprägungen der Herrschafts-, Teilhabe- und Vermögensrechte, als ein geschütztes Rechtsgut angesehen werden kann; ob daher ein deliktischer Schutz gegen rechtswidrige Eingriffe nicht nur gegenüber Dritten sondern auch gegenüber den Organmitgliedern besteht ist umstritten⁶²⁹. Selbst wenn man einen deliktischen Schutz von Mitgliedschaftsrechten bejaht, so liegt auch in diesem Fall ein ersatzfähiger Schaden nicht in der Kursverschlechterung oder sonstigen Reflexschäden, sondern es muss der „Zuweisungsgehalt“ des Mitgliedschaftsrechts selbst betroffen sein, was insbesondere bei Verletzungen des Gleichbehandlungsgrundsatzes, des Bezugsrechts oder der mitgliedschaftlichen Entscheidungsbefugnisse der Fall sein wird⁶³⁰. Eine direkte Haftung der Vorstandsmitglieder gegenüber den Aktionären kommt daher beispielsweise in Betracht, wenn sie bei der Ausschüttung der Gewinne ungleich behandelt, von der Einberufung der HV

⁶²⁸ Ratka/Rauter in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung Rz 2/313; Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 222ff.

⁶²⁹ Reich-Rohrwig, GmbH-Recht I² Rz 2/512 mwN; Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 223ff mwN, diese Lehrmeinung kommt ursprünglich aus dem dt Recht wo sich eine derartige Annahme aus § 823 BGB ergibt und die Mitgliedschaft als „sonstiges Recht“ iSd § 823 BGB aberkannt ist; in der österreichischen Lehre befürwortend Torggler, Zum deliktischen Schutz der Mitgliedschaft(-srechte), JBl 2003, 747 mwN.

⁶³⁰ Vgl dazu Torggler, JBl 2003, 747 unter Verweis auf Mertens in Fischer-FS (1979) 461 (471).

nicht verständigt oder Informationspflichten des Vorstandsmitgliedes gegenüber den Aktionären verletzt werden⁶³¹.

3. Weitere aktienrechtliche Haftungsgrundlagen

§ 84 AktG regelt die Haftung von Vorstandsmitgliedern keinesfalls abschließend. Auch das AktG selbst enthält neben § 84 AktG einige Sonderbestimmungen, welche Ersatzansprüche der Gesellschaft und/ oder Dritten explizit regeln. Daneben lassen sich auch in zahlreichen anderen Gesetzen Haftungsgrundlagen finden.

a) Haftung zwecks Erlangung gesellschaftsfremder Vorteile - § 100f AktG

Neben § 84 AktG enthalten die §§ 100f AktG eine weitere ausdrückliche Haftungsregelung. Die §§ 100f AktG begründen eine Haftung der Vorstandsmitglieder wenn sie zwecks Erlangung gesellschaftsfremder Vorteile zum Schaden der Gesellschaft handeln. Wer vorsätzlich seinen Einfluss auf das Unternehmen dazu ausnutzt um ein ARmitglied oder ein Vorstandsmitglied dazu zu bestimmen, für sich oder einen anderen zum Schaden der AG oder ihrer Aktionäre gesellschaftsfremde Sondervorteile zu erlangen, haftet für diesen daraus entstandenen Schaden. Vorstandsmitglieder kommen aufgrund ihres Einflusses auf das Unternehmen sowohl als Bestimmender als auch als Bestimmter in Betracht⁶³². Sondervorteile sind Vorteile bzw Begünstigungen, welche mit den Interessen der Gesellschaft oder der Aktionäre nicht im Einklang stehen und auf welche der Bestimmende oder der Bestimmte keinen Anspruch haben⁶³³. Gesellschaftsfremde Vorteile sind beispielsweise die Gewährung eines unangemessen hohen Gehalts, der Erwerb einer Sache über ihrem Wert oder sonstige unausgeglichene Umsatzgeschäfte⁶³⁴.

Ausdrücklich legt § 100 Abs 2 AktG fest, dass neben dem Anstifter auch die Vorstandsmitglieder als Gesamtschuldner haften. Ein Vorsatzerfordernis enthält § 100 Abs 2

⁶³¹ Vgl Bollenberger-Klemm, Geschäftsführerhaftung 104.

⁶³² Ginhör/Brodey, AG- / SE-Vorstand 133.

⁶³³ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 100, 101 Rz 3; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/436.

⁶³⁴ Saurer in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG §§ 100, 101 Rz 9; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/436.

AktG nicht, es genügt also bereits leichte Fahrlässigkeit⁶³⁵. Die Haftung besteht primär der Gesellschaft gegenüber. § 101 Abs 1 AktG dehnt die Ersatzpflicht auf die Gesellschaftsgläubiger aus, jedoch nur insoweit als diese von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können. Reflexschäden werden nicht ersetzt⁶³⁶.

§§ 100 Abs 3 u 101 Abs 3 AktG schließen eine Haftung für den Fall aus, dass der Einfluss dazu benutzt wurde, um einen Vorteil zu erlangen, der schutzwürdigen Interessen dient. In Bezug auf Verzicht und Vergleich gilt das zu § 84 Abs 4 S 3 AktG Gesagte, die Ansprüche verjähren gem § 101 Abs 2 AktG innerhalb von fünf Jahren. Die Bestimmungen der §§ 100f AktG gelten gem § 101 Abs 3 AktG nicht, wenn die gesellschaftsfremden Vorteile durch Stimmrechtsausübung verfolgt werden. Ein schädigender HV-Beschluss kann nämlich gem § 196 Abs 1 Z 5 AktG von jedem Vorstandsmitglied angefochten werden, wenn es sich durch die Ausführung des HV-Beschlusses ersatzpflichtig machen würde.

b) Haftung bei Verletzung des Wettbewerbsverbots - § 79 Abs 2 AktG

Für Wettbewerbsverstöße ordnet § 79 Abs 2 AktG ausdrücklich eine Schadenersatzpflicht der Vorstandsmitglieder gegenüber der Gesellschaft an. Verstößt ein Vorstandsmitglied gegen das Wettbewerbsverbot, so hat die Gesellschaft gem § 79 Abs 2 AktG die Wahl zwischen der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen das Vorstandsmitglied nach allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechts oder sie macht stattdessen von ihrem Eintrittsrecht Gebrauch. Das Eintrittsrecht bedeutet, dass die AG verlangen kann, dass ihr der wirtschaftliche Erfolg der verbotswidrig eingegangenen Geschäfte überlassen wird⁶³⁷. Gem § 79 Abs 2 AktG geschieht dies dadurch, dass die vom Vorstandsmitglied auf eigene Rechnung getätigten Geschäfte der Gesellschaft überlassen werden; bei Geschäften, welche auf fremde Rechnung vom Vorstandsmitglied eingegangen wurden, kann die Gesellschaft verlangen, dass die aus dem in Frage stehenden Geschäft bezogene Vergütung vom Vorstandsmitglied herausgegeben oder der Anspruch auf die Vergütung abgetreten wird.

Die Ansprüche der Gesellschaft verjähren gem § 79 Abs 3 AktG in drei Monaten ab Kenntniserlangung von der verbotswidrigen Handlung durch die übrigen Vorstands- und

⁶³⁵ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 100, 101 Rz 15.

⁶³⁶ Ginthör/Brodey, AG- / SE-Vorstand 134.

⁶³⁷ Pichler/Weninger, Vorstand 116.

ARmitglieder. Die absolute Verjährungsfrist beträgt fünf Jahre. Darüber hinaus ist als klassische gesellschaftsrechtliche Sanktion bei Wettbewerbsverstößen die Abberufung des Vorstandsmitgliedes möglich, da ein solches Verhalten jedenfalls als wichtiger Grund iSd 75 Abs 4 AktG angesehen werden kann⁶³⁸.

c) Haftung bei Verschmelzung - § 227 AktG

Bei Pflichtverletzungen in Zusammenhang mit der Verschmelzung von AGs sind gem § 227 AktG die Vorstands- und ARmitglieder der übertragenden Gesellschaft als Gesamtschuldner gegenüber der übertragenden Gesellschaft, deren Aktionären und auch deren Gläubigern zum Ersatz des durch die Verschmelzung erlittenen Schadens verpflichtet. § 227 Abs 1 S 2 AktG enthält eine Verschuldensvermutung. Diese Ansprüche verjähren nach fünf Jahren seit dem Tag der Eintragung der Verschmelzung in das Firmenbuch. Die Schadenersatzansprüche gegen Verwaltungsträger der übernehmenden Gesellschaft verjähren gem § 229 AktG ebenfalls erst nach fünf Jahren seit dem Tag der Eintragung.

d) Haftung im Gründungsstadium - § 41 AktG

§ 41 AktG normiert eine Haftung der Vorstandsmitglieder während des Gründungsstadiums. Demnach sind sie der Gesellschaft gegenüber als Gesamtschuldner verantwortlich, wenn sie ihre bei der Gründung obliegenden Pflichten außer Acht lassen und dadurch ein Schaden entsteht. Zu diesen Pflichten gehören insbesondere spezielle Prüfpflichten sowie auch die Anmeldung zur Eintragung in das Firmenbuch, die Vorstandsmitglieder müssen sich darum kümmern, dass die Einlagen geleistet werden, zu ihrer freien Verfügbarkeit stehen und eine geeignete Einzahlungsstelle namhaft machen⁶³⁹. § 47 AktG bestimmt dasselbe für Nachgründungen.

4. Haftung aus dem Anstellungsverhältnis

Neben den bereits erörterten Haftungsgrundlagen, stellt sich außerdem die Frage, ob nicht auch der schuldrechtliche Anstellungsvertrag eine geeignete Haftungsgrundlage für Schadenersatzansprüche gegenüber der Gesellschaft sein kann. Voraussetzung dafür ist

⁶³⁸ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/400; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 79 Rz 8.

⁶³⁹ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/225.

zunächst, dass ein Vorstandsmitglied gegen in seinem Anstellungsvertrag geregelte Pflichten verstößt. Der OGH⁶⁴⁰ hielt eine Haftung aus dem Anstellungsvertrag eines Organmitgliedes für grundsätzlich denkbar. Fälle, in denen sich eine Haftung zwar aus dem Anstellungsvertrag ergibt jedoch nicht aufgrund einer Pflichtverletzung gem § 84 AktG sind zwar denkbar, jedoch vermutlich nicht sehr häufig. In den meisten Fällen wird daher bei einer Verletzung der gesetzlich auferlegten Pflichten und gleichzeitig eine Verletzung des Anstellungsvertrages vorliegen.

5. Haftung beim mehrgliedrigen Vorstand

Wie bereits in der Einleitung dargestellt, gilt sofern ein mehrgliedriger Vorstand eingerichtet ist primär Gesamtvertretung und Gesamtgeschäftsführung. Im folgenden Teil der Arbeit soll nun untersucht werden, welche haftungsrechtlichen Konsequenzen sich aus der Einrichtung eines mehrgliedrigen Vorstandes ergeben.

a) Gesamtverantwortung

Aus der Gesamtgeschäftsführung folgt prinzipiell der Grundsatz der Gesamtverantwortung⁶⁴¹. Mehrere Vorstandsmitglieder haften gem § 84 Abs 2 S 1 AktG prinzipiell solidarisch als Gesamtschuldner. Jedes Vorstandsmitglied schuldet den gesamten Betrag. Erfüllt eines die Schuld, so erlöscht sie auch gegenüber den übrigen Vorstandsmitgliedern. Die Solidarhaftung ist unabhängig vom Grad des Verschuldens jedes einzelnen Vorstandsmitgliedes. Derjenige, der den Schaden ersetzt, hat jedoch nach § 896 ABGB ein sich nach Kausalität und Verschulden des Einzelnen orientierendes Regressrecht gegenüber den Mithaftenden⁶⁴². Bei jedem einzelnen Vorstandsmitglied müssen alle zivilrechtlichen Anspruchsvoraussetzungen - insbesondere ein Verschulden - gegeben sein, damit es zur Haftung herangezogen werden kann⁶⁴³. Der Sorgfaltsmaßstab nach § 84 Abs 1 AktG kann von Vorstandsmitglied zu Vorstandsmitglied unterschiedlich sein – so vor allem bei einer Ressortverteilung⁶⁴⁴. Der Vorstand als Gesamtorgan muss über die erforderlichen

⁶⁴⁰ OGH 29.04.1998, 9 ObA 416/97k ecolex 1998, 772 = ASoK 1998, 427 = ARD 4961/25/98 = ZIK 1999, 36 unter Verweis auf *Koppensteiner*, GmbHG § 25 Rz 4.

⁶⁴¹ Vgl an Stelle vieler *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/347.

⁶⁴² *Ginthör/Brodey*, AG- / SE-Vorstand 127; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 104; *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 84 Rz 21.

⁶⁴³ *Fleischer*, Zum Grundsatz der Gesamtverantwortung im Aktienrecht, NGZ 2003, 449.

⁶⁴⁴ *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 84 Rz 7.

Kenntnisse und Fähigkeiten verfügen, nicht jedes einzelne Vorstandsmitglied⁶⁴⁵. Basiskenntnisse, um die wirtschaftliche Gesamtentwicklung aus dem Rechnungswesen der Gesellschaft beurteilen zu können und um im Falle einer Ressortverteilung die Überwachungspflichten ordnungsgemäß wahrnehmen zu können, müssen jedoch bei jedem Vorstandsmitglied vorhanden sein⁶⁴⁶. Was die Außenhaftung betrifft, so lässt sich aus der Regelung des § 84 AktG nichts gewinnen. Ob und wie Vorstandsmitglieder Dritten gegenüber solidarisch haften richtet sich nach den allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Recht, nämlich §§ 1301ff ABGB⁶⁴⁷. Demnach haften prinzipiell ebenfalls alle Mittäter solidarisch.

b) Geschäftsverteilung

Besteht eine Geschäfts- bzw Ressortverteilung, haftet in erster Linie das ressortzuständige Vorstandsmitglied, da auch dieses die Pflicht zur Geschäftsbesorgung im eigenen Ressort trifft⁶⁴⁸. Eine Haftung des nichtressort zuständigen Vorstandsmitgliedes ist jedoch nicht von vornherein gänzlich ausgeschlossen. In Betracht kommt eine Haftung aufgrund von Pflichtverletzungen in Zusammenhang mit der Einrichtung der Ressorts oder aufgrund mangelnder Überwachung, Information oder Intervention⁶⁴⁹.

Eine Haftung auch der übrigen Vorstandsmitglieder kann sich in Zusammenhang mit der fehlerhaften Einrichtung der Ressorts ergeben⁶⁵⁰: da es besonders wichtige Kernkompetenzen gibt, die zwingend dem Gesamtvorstand als Kollegialorgan obliegen, bewirkt eine Geschäftsverteilung in den Bereichen zwingender Gesamtverantwortung keine Einschränkung seiner Besorgungspflichten und damit auch keine Haftungseinschränkung. Derartige Bereiche dürfen nur zur Vorbereitung an bestimmte Vorstandsmitglieder übertragen werden, wobei selbst dann eine gesteigerte Überwachungspflicht besteht⁶⁵¹. Ferner kann es auch dann zu einer Haftung kommen, wenn zwar der einem Vorstandsmitglied zugewiesene Geschäftsbereich grundsätzlich einer solchen Aufteilung zugänglich ist, jedoch das zur Besorgung dieser Angelegenheiten ausgewählte Vorstandsmitglied die notwendigen

⁶⁴⁵ Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 174f.

⁶⁴⁶ Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 175.

⁶⁴⁷ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 104.

⁶⁴⁸ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 104; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/425; OGH 10.01.1978, 3 Ob 536/77.

⁶⁴⁹ Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 180.

⁶⁵⁰ Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 180; Ratka/Rauter in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung Rz 2/304f; Fleischer in Fleischer, Vorstandsrecht § 8 Rz 15.

⁶⁵¹ Fleischer in Fleischer, Vorstandsrecht § 8 Rz 20.

Qualifikationen für das in Frage stehende Ressort nicht aufweist; die übrigen auswählenden Vorstandsmitglieder trifft dann ein Auswahlverschulden⁶⁵². Eine rein faktische Geschäftsverteilung, welche den Formvorschriften nicht entspricht ist unwirksam und begründet keine Haftungseinschränkung⁶⁵³.

*Strasser*⁶⁵⁴ vertritt ferner die Ansicht, dass eine Haftungseinschränkung aufgrund einer Ressortverteilung nur dann greifen könne, wenn die Ressortverteilung nicht vom Vorstand alleine zu verantworten sei. Diese Ansicht begründet er wie folgt⁶⁵⁵: Gesamtgeschäftsführung bedeute Gesamtverantwortung. Die rechtlich zulässige Verteilung der Geschäfte unter den Vorstandsmitgliedern müsse notwendig eine Veränderung dieser haftungsrechtlichen Situation zur Folge haben. Die Haftung der für einen Geschäftsbereich nicht zuständigen Vorstandsmitglieder könne inhaltlich nicht jener Haftung gleichen, die das für den Geschäftsbereich zuständige Vorstandsmitglied treffe. Vorstandsmitglieder könnten jedoch durch die Aufstellung einer Geschäftsverteilung nicht selbst ihre eigene gesetzliche Haftung in der Weise beschränken, dass die volle Haftung nur mehr das ressortzuständige Mitglied treffe (welches möglicherweise gegen den Beschluss einer Ressortverteilung gestimmt hat). Eine Geschäftsverteilung habe daher nur dann die dargestellte haftungsbeschränkende Wirkung, wenn der Geschäftsverteilungsbeschluss vom Vorstand einstimmig erfolge oder von anderen Organen, nämlich der HV (im Wege der Satzung) oder dem AR gefasst worden wäre. Andere Lehrmeinungen lehnen die entlastende Wirkung einer Ressortverteilung auch bei einem einstimmigen Beschluss des Leitungsorgans ab⁶⁵⁶.

In jedem Fall allerdings trifft jedes Vorstandsmitglied eine umfassende Kontroll- und Überwachungspflicht bzw. Auskunft- und Informationspflicht im Verhältnis zueinander, sowie gegebenenfalls eine Interventionspflicht, deren Verletzung zu einer Haftung des jeweiligen Vorstandsmitgliedes führen kann⁶⁵⁷. Umgekehrt hätte aber auch die schikanöse Ausübung dieses Rechts Haftungsfolgen für das schikanierende Vorstandsmitglied⁶⁵⁸. Allgemein kann gesagt werden, dass bei einer Geschäftsverteilung primär das für den in Frage

⁶⁵² *Adensamer/Eckert in Kalss*, Vorstandshaftung 180f.

⁶⁵³ *Fleischer in Fleischer*, Vorstandsrecht § 8 Rz 15.

⁶⁵⁴ *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 33, 41; dieser Ansicht folgend *Ginthör/Brodey*, AG- / SE-Vorstand 127f.

⁶⁵⁵ *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 33.

⁶⁵⁶ *Ratka/Rauter in Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung Rz 2/303 mwN.

⁶⁵⁷ *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 41.

⁶⁵⁸ *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 70 Rz 41.

stehenden Geschäftsbereich zuständige Vorstandsmitglied haftet; die übrigen Vorstandsmitglieder haften bei Vernachlässigung ihrer Informations-, Kontroll- und Interventionspflichten⁶⁵⁹.

c) *Beschlussmäßig getroffene Entscheidungen*

§ 70 Abs 2 AktG bestimmt für die Entscheidungsfindung im Gesamtvorstand dispositiv das Mehrheitsprinzip. Fraglich ist, ob die Haftungssituation vom Stimmverhalten eines Vorstandsmitgliedes beeinflusst werden kann. Prinzipiell kann sich ein einzelnes Vorstandsmitglied nicht darauf berufen, dass die übrigen Vorstandsmitglieder den schadenauslösenden Beschluss auch gegen seinen Widerstand durchgesetzt haben⁶⁶⁰. Unabhängig von einer Ressortverteilung haften bei schadenauslösenden Entscheidungen, welche beschlussmäßig getroffen wurden, in erster Linie jedenfalls alle zustimmenden Vorstandsmitglieder solidarisch⁶⁶¹. Diesen gleichzuhalten sind einerseits abwesende Vorstandsmitglieder, wenn sie nach Kenntnismahme über den gefassten Beschluss ihrer Interventionspflicht nicht nachkommen sowie andererseits anwesende Vorstandsmitglieder, welche sich jedoch der Stimme enthalten⁶⁶². Bei Mehrheitsbeschlüssen stellt sich allerdings insbesondere die Frage, ob auch das überstimmte Vorstandsmitglied haftet.

(1) Das überstimmte Vorstandsmitglied

Eine Haftung kann nur für eigenes Verschulden begründet werden, eine Zurechnung des Verschuldens der anderen zustimmenden Vorstandsmitglieder findet an sich nicht statt⁶⁶³. Zu einer Mithaftung auch der überstimmten Vorstandsmitglieder kommt es dann, wenn diese nicht die im Kapitel II.D.8.b) erörterten notwendigen Schritte unternehmen⁶⁶⁴. Werden alle zumutbaren Vorkehrungen getroffen entfällt idR eine Haftung⁶⁶⁵.

⁶⁵⁹ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/425; OGH 10.01.1978, 3 Ob 536/77.

⁶⁶⁰ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/415 unter Verweis auf OLG Hamm ZIP 1995, 1263, 1267; Fleischer in Fleischer, Vorstandsrecht § 8 Rz 25.

⁶⁶¹ Ginthör/Brodey, AG- / SE-Vorstand 128; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 104.

⁶⁶² Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 104; Pichler/Weninger, Vorstand 28.

⁶⁶³ Hopt in Hopt/Wiedemann, Aktiengesetz Großkomm III⁴ § 93 Rz 52.

⁶⁶⁴ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 104; vgl Kapitel II.D.8.b) und die dort angeführte Literatur.

⁶⁶⁵ Spindler in Goette/Habersack, MünchKomm II³ § 93 Rz 149.

Fraglich ist mE dennoch, was passiert, wenn diese Mittel ausgeschöpft sind, der pflichtwidrige Beschluss nicht mehr angreifbar ist, der AR nicht einschreitet und so der pflichtwidrige Beschluss nachwievor besteht und auszuführen ist. Prinzipiell trifft auch die überstimmten Vorstandsmitglieder die Pflicht, den rechtsgültig gefassten Beschluss im Rahmen ihres jeweiligen Tätigkeitsbereiches bei sonstigen Haftungsfolgen auszuführen bzw an dessen Ausführung mitzuwirken⁶⁶⁶. Beschlüsse, die gegen Gesetz, Satzung oder die guten Sitten verstoßen darf das Vorstandsmitglied aber nicht ausführen sondern muss vielmehr versuchen diese zu verhindern⁶⁶⁷. Greift der AR trotz entsprechender Information durch das überstimmte Vorstandsmitglied nicht ein, darf sich das Vorstandsmitglied dennoch nicht an der Umsetzung eines derartigen Beschlusses beteiligen⁶⁶⁸. Um das Risiko einer persönlichen Haftung zu vermeiden, kann das Vorstandsmitglied in letzter Konsequenz nur mehr seine Organstellung durch Rücktritt beenden; dazu ist es berechtigt, eine Pflicht zur Amtsniederlegung besteht jedoch nicht, zumal auch durch den Rücktritt der rechtswidrige Beschluss nicht beseitigt wird⁶⁶⁹.

(2) Abwesenheit oder Stimmenthaltung

Das eben Gesagte gilt prinzipiell auch für das abwesende oder das sich der Stimme enthaltende Vorstandsmitglied⁶⁷⁰. War ein Vorstandsmitglied bei der Beschlussfassung nicht anwesend oder enthält es sich seiner Stimme, so bewirkt das per se keine Haftungsbefreiung⁶⁷¹. Jedes Vorstandsmitglied trifft eine Pflicht zur Leitung der Gesellschaft; dieser kann es sich nicht durch Abwesenheit oder Stimmenthaltung entledigen. Bei Beschlussfassungen des Gesamtvorstandes ist es zu klarer Stellungnahme und zum aktiven Tätigwerden im Interesse der Gesellschaft verpflichtet⁶⁷². Die Nichtausübung der jedem

⁶⁶⁶ Pichler/Weninger, Vorstand 28; Schlosser, Organhaftung 103; Hopt in Hopt/Wiedemann, Großkomm III⁴ § 93 Rz 53; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 70 Rz 58.

⁶⁶⁷ Hopt in Hopt/Wiedemann, Großkomm III⁴ § 93 Rz 53; Schlosser, Organhaftung 103; Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 181.

⁶⁶⁸ Hopt in Hopt/Wiedemann, Großkomm III⁴ § 93 Rz 53; Schlosser, Organhaftung 103; Pichler/Weninger, Vorstand 28.

⁶⁶⁹ Hopt in Hopt/Wiedemann, Großkomm III⁴ § 93 Rz 54; Schlosser, Organhaftung 104; Pichler/Weninger, Vorstand 28; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 70 Rz 58.

⁶⁷⁰ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/415; Spindler in Goette/Habersack, MünchKomm II³ § 93 Rz 153; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 104; Pichler/Weninger, Vorstand 28.

⁶⁷¹ Spindler in Goette/Habersack, MünchKomm II³ § 93 Rz 153; nur in Bezugnahme auf das abwesende Vorstandsmitglied Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 84 Rz 21.

⁶⁷² Spindler in Goette/Habersack, MünchKomm II³ § 93 Rz 153.

Vorstandsmitglied obliegenden Pflicht zur Mitwirkung an der Gesamtgeschäftsführung stellt eine Pflichtverletzung dar und kann Haftungsfolgen nach sich ziehen⁶⁷³.

B. Verwaltungsstrafrechtliche Haftung gegenüber den Behörden

Fragt man nach der Haftung von Vorstandsmitgliedern gegenüber Dritten, so denken die meisten vermutlich an Schadenersatzansprüche gegenüber den Gesellschaftsgläubigern oder Aktionären. Die Außenhaftung umfasst aber auch die Verantwortlichkeit gegenüber sonstigen Dritten. Dazu gehören vornehmlich Verwaltungsbehörden.

1. Haftung für Abgabenverbindlichkeiten - § 9 BAO

Werden abgabenrechtliche Pflichten verletzt, so haften die Vertreter einer Gesellschaft nach § 9 Abs 1 BAO neben der Gesellschaft selbst gegenüber der Abgabenbehörde, sofern die Abgaben infolge schuldhafter Verletzung der den Vertretern auferlegten Pflichten nicht eingebracht werden können. Die Anwendung des § 9 BAO setzt voraus⁶⁷⁴: 1) die Stellung als organschaftlicher Vertreter 2) das Bestehen einer Abgabenforderung gegen die AG 3) die Uneinbringlichkeit dieser Abgabenforderung 4) die Verletzung abgabenrechtlicher Pflichten durch einen Vertreter 5) ein Verschulden des Vertreters und 6) Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Uneinbringlichkeit. Die schuldhafte Pflichtverletzung ist nach den Maßstäben des bürgerlichen Rechts zu beurteilen⁶⁷⁵. Trotz dieser schadenersatzähnlichen Haftung ist die dargestellte Vertreterhaftung öffentlich rechtlicher Natur und kann insoweit durch zivilrechtliche Vereinbarungen weder ausgeschlossen noch beschränkt werden⁶⁷⁶.

Der Vorstand ist das vertretungsbefugte Organ der AG. Im Falle der AG haften daher die Vorstandsmitglieder als Vertreter der abgabenschuldigen AG gegenüber der Abgabenbehörde⁶⁷⁷. Die Haftung setzt weiters voraus, dass die Abgabenschuld entstanden ist

⁶⁷³ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 70 Rz 47.

⁶⁷⁴ Vgl zu dieser Tatbestandsstruktur Stoll, BAO I 115; BMF, Haftungen gemäß den §§ 9 bis 16 BAO, AÖF 2006/186.

⁶⁷⁵ Stoll, BAO I 127; Langheinrich/Ryda, Die Haftung der Vertreter für Abgabenschuldigkeiten, FJ 2000, 79.

⁶⁷⁶ Langheinrich/Ryda, FJ 2000, 80; Stoll, BAO I 115.

⁶⁷⁷ Vgl beispielsweise VwGH 24.10.2005, 2005/13/0011 ÖStZB 2006/201 = GesRZ 2006, 47 = ecollex 2006/33 = GeS 2006, 228 (Hristov).

und, dass sie noch nicht (zB durch Entrichtung) erloschen ist⁶⁷⁸. Sie muss allerdings nicht bereits gegenüber der Gesellschaft geltend gemacht worden sein⁶⁷⁹. § 9 BAO beinhaltet eine Ausfallhaftung der Vorstandsmitglieder und setzt daher für deren Haftung die objektive Uneinbringlichkeit der betreffenden Abgaben bei der Gesellschaft im Zeitpunkt der Inanspruchnahme des Haftenden voraus⁶⁸⁰. Uneinbringlichkeit der Abgabenschuld bei der Gesellschaft ist dann gegeben, wenn Vollstreckungsmaßnahmen erfolglos waren oder voraussichtlich erfolglos wären⁶⁸¹. Haftungsbegründend ist lediglich die Verletzung von in abgabenrechtlichen Vorschriften enthaltenen Pflichten⁶⁸². Zu den wichtigsten abgabenrechtlichen Pflichten gehören insbesondere die ordnungsgemäße Abgabentrachtung sowie zeitgerechte Einreichung der Abgabenerklärung, die Führung gesetzmäßiger Bücher und Aufzeichnung sowie die Offenlegungs- und Wahrheitspflicht⁶⁸³. Was das Verschulden betrifft so genügt bereits leichte Fahrlässigkeit⁶⁸⁴. Die schuldhafte Pflichtverletzung muss ferner ursächlich für die Uneinbringlichkeit der Abgabe sein. Liegt eine schuldhafte Pflichtverletzung vor, so darf die Abgabenbehörde davon ausgehen, dass diese kausal für die Uneinbringlichkeit der Abgabe ist⁶⁸⁵.

Unkenntnis in steuerlichen Angelegenheiten kann ein Verschulden nicht beseitigen und entschuldigt nicht⁶⁸⁶. Ebenso wenig entschuldigt der Umstand an der Erfüllung der abgabenrechtlichen Pflichten tatsächlich oder rechtlich verhindert worden zu sein⁶⁸⁷. In einer solchen Situation müsste ein Vorstandsmitglied vielmehr sofort im Rechtsweg die Möglichkeit der unbehinderten Ausübung seiner Funktion erzwingen oder als letzte Konsequenz seine Funktion niederlegen um eine Haftung zu vermeiden⁶⁸⁸. „Überlastung“ beispielsweise befreit ein Organmitglied nicht von seinen Pflichten, da es in diesem Fall auf

⁶⁷⁸ VwGH 22.09.1999, 96/15/0049 RdW 1999, 745 (Zorn) = ÖStZ 1999, 639 = ARD 5084/10/99 = ecolex 2000/31 = ZIK 2000/42 = SWK 2000, R 63 = ÖStZB 2000/286 = NZ 2000, 274 = FinSlg 1999/112 = ÖJZ VwGH F 2001/37 = VwSlg 7440 F = ZIK 2005/31 (Rothner).

⁶⁷⁹ VwGH 24.02.2004, 99/14/0242 ARD 5523/19/2004 = SWK 2004, R 71 = SWK 2004, 1299 = ÖStZB 2004/496.

⁶⁸⁰ VwGH 17.12.2009, 2009/16/0092 mwN; Tanzer/Unger, BAO³ 10.

⁶⁸¹ VwGH 17.12.2009, 2009/16/0092 mwN; Ritz, BAO³ § 9 Rz 5 mwN.

⁶⁸² Stoll, BAO I 119.

⁶⁸³ Tanzer/Unger, BAO³ 10; Ritz, BAO³ § 9 Rz 12; BMF, AÖF 2006/186.

⁶⁸⁴ VwGH 31.10.2000, 99/14/0128 ÖStZ 1999, 522 = ÖStZB 1999, 753 = SWK 2000, R 51 = ARD 5097/20/2000; Tanzer/Unger, BAO³ 11.

⁶⁸⁵ VwGH 13.04.2005, 2002/13/0177, 0178 ÖStZB 2005/523, 630 = SWK 2005, R 85.

⁶⁸⁶ VwGH 29.06.1999, 95/15/0137 SWK 2001, R 50 = SWK 2001, 602 = ARD 5202/19/2001 = ÖStZB 2001/318, 446; Tanzer/Unger, BAO³ 11.

⁶⁸⁷ VwGH 19.01.2005, 2001/13/0168 GesRZ 2005, 94 = ÖStZB 2005/470 = SWK 2005, R 54.

⁶⁸⁸ VwGH 19.01.2005, 2001/13/0168.

die Bestellung weiterer Organmitglieder drängen, oder seine Funktion zurück legen hätte müssen⁶⁸⁹.

2. Haftung für vorsätzlich begangene Finanzvergehen - § 11 BAO

Nach § 11 BAO haften bei vorsätzlich begangenen Finanzvergehen rechtskräftig verurteilte Täter und andere an der Tat Beteiligte für den Betrag, um den die Abgaben verkürzt wurden. Dabei handelt es sich nicht um eine Ausfallhaftung wie sie in § 9 BAO angeordnet ist. Wird ein Vorstandsmitglied nach dem FinStrG rechtskräftig verurteilt, haftet es für den Betrag, um den die Abgaben verkürzt wurden und zwar unabhängig davon, ob dieser Betrag uneinbringlich ist oder nicht. Die Haftung entfällt allerdings gem § 29 Abs 9 FinStrG wenn eine Verbandsgeldbuße nach dem VbVG zu verhängen ist. Die Haftung wird ferner nur schlagend, wenn es sich um eine Verurteilung wegen vorsätzlicher Finanzvergehen handelt. Vorsätzliche Finanzvergehen sind die Abgabenhinterziehung nach § 33ff FinStrG und Finanzordnungswidrigkeiten nach §§ 49ff FinStrG.

Gem § 28 Abs 2 FinStrG haftet die Gesellschaft für über ihren Vertreter verhängte Geldstrafen und den ihnen auferlegten Wertersatz, wenn der Vertreter im Rahmen seiner Tätigkeit für den Vertretenen ein Finanzvergehen begangen hat und die Gesellschaft ein Verschulden trifft – zum Verschulden bei juristischen Personen vgl § 28 Abs 5 FinStrG.

3. Haftung für Sozialversicherungsbeiträge - § 67 Abs 10 ASVG

Die Parallelbestimmung zu § 9 BAO stellt im Sozialversicherungsrecht § 67 Abs 10 ASVG dar. Demnach haften die Vorstandsmitglieder einer AG, als zur Vertretung der Gesellschaft berufene Personen, für die von der AG zu entrichtenden Sozialversicherungsbeiträge insofern, als die Beiträge infolge schuldhafter Verletzung der den Vertretern auferlegten Pflichten nicht eingebracht werden können. Die Haftungsregeln im Sozialversicherungsrecht entsprechen daher dem Grunde nach jenen des Abgabenrechts

⁶⁸⁹ VwGH 13.09.1988, 87/14/148.

sinngemäß⁶⁹⁰. Auch hier handelt es sich um eine verschuldensabhängige Ausfallhaftung gegenüber einer Behörde. Im Unterschied zum Abgabenrecht fehlt im ASVG allerdings eine Parallelbestimmung zu § 80 Abs 1 BAO, wonach die Vertreter alle Pflichten zu erfüllen haben, welche der Gesellschaft obliegen. § 67 Abs 10 ASVG verlangt aber eine schuldhafte Verletzung von den Vorstandsmitgliedern auferlegten Pflichten. Solche ergeben sich jedenfalls aus §§ 153 lit c Abs 2 StGB u § 111 ASVG. Unstrittig kommt es daher also zu einer Ausfallhaftung der Vorstandsmitglieder gegenüber der Behörde, wenn Dienstnehmerbeitragsanteile nicht einbehalten bzw nicht abgeführt wurden (§ 153 lit c Abs 2 StGB) oder wenn es zu Beitragsausfällen wegen Meldepflichtverletzungen kommt (§ 111 ASVG)⁶⁹¹. Eine weitere Besonderheit gegenüber der Haftung nach der BAO besteht außerdem darin, dass bei einem mehrgliedrigen Vorstand im Unterschied zum sonstigen Verwaltungs- bzw insbesondere Abgabenrecht gem § 153 lit c Abs 2 StGB durch eine Ressortverteilung die Verantwortlichkeit auf das ressortzuständige Organmitglied beschränkt wird.

C. Insolvenzrechtliche Haftung

Aus der Insolvenzsituation des Unternehmens ergibt sich ein besonderes Haftungsrisiko für Vorstandsmitglieder. Zum einen haften sie der Gesellschaft gegenüber gem § 84 Abs 3 Z 6 AktG, wenn sie Zahlungen geleistet haben, nachdem die Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft eingetreten ist oder sich ihre Überschuldung ergeben hat. Nach § 84 Abs 5 AktG kommt eine Haftung aus demselben Grund auch den Gläubigern gegenüber in Frage. Zum anderen ist es anerkannt, dass sowohl § 69 KO als auch § 159 StGB Schutzgesetze zu Gunsten der Gläubiger darstellen⁶⁹². Den Gesellschaftsgläubigern gegenüber haften Vorstandsmitglieder daher bei schuldhaftem Zögern oder Unterlassung der Stellung des Konkursantrages gem §§ 1311 ABGB iVm 69 KO (Konkursverschleppungshaftung). Eine Haftung wegen Konkursverschleppung ergibt sich aus § 159 nF StGB nicht mehr, jedoch

⁶⁹⁰ Vgl zu § 76 Abs 10 ASVG ua *Popperl*, ASVG Sozialversicherungs-Handbuch (2009) § 67 ASVG Rz 1ff und die darin zitierte verwaltungsgerichtliche Rsp; vgl auch *Karl*, ZAS, 8ff; *Beatrix/Bartos*, ZAS 2007, 61ff.

⁶⁹¹ *Beatrix/Bartos*, ZAS 2007, 62; *Heiser*, CFOaktuell 2009, 267f.

⁶⁹² *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 254; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/439; *Pichler/Weninger*, Vorstand 108; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 77-84 Rz 35a.

haften sie gem §§ 1311 ABGB iVm 159 StGB bei Verwirklichung der dort genannten Straftatbestände⁶⁹³.

Ein Schutzgesetz jedenfalls zu Gunsten der Gläubiger stellt auch § 83 AktG dar. Da die Informationspflicht über den Verlust des halben Grundkapitals gegenüber den Aktionären besteht, kann es auch als Schutzgesetz zu Gunsten der Aktionäre angesehen werden, weshalb bei Verletzung dieser Informationspflicht auch die Aktionäre zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen unmittelbar gegen die Vorstandsmitglieder berechtigt sein können⁶⁹⁴.

Ebenso existiert eine strafrechtliche Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder nach § 159 AktG wegen grob fahrlässiger Beeinträchtigung von Gläubigerinteressen; wie bereits kurz angeschnitten stellt §§ 159 iVm 1311 ABGB ebenfalls eine taugliche Anspruchsgrundlage für Schadenersatzansprüche der Gläubiger dar. Erwähnenswert ist außerdem, dass gem § 72 lit a KO Vorstandsmitglieder unabhängig von Kausalität und Verschulden dazu verpflichtet sind, einen Kostenvorschuss für die Anlaufkosten von höchstens 4.000 Euro zu leisten haben.

Diskutiert wird ferner eine Verpflichtung der organschaftlichen Vertreter zur Aufklärung gegenüber (potentiellen) Vertragspartnern hinsichtlich wirtschaftlicher Schwierigkeiten im Unternehmen und insbesondere hinsichtlich der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung und in diesem Zusammenhang dann deren Haftung für fehlerhafte bzw unvollständige Aufklärung über die (drohende) Krisensituation und somit aus culpa in contrahendo als Haftungsgrundlage⁶⁹⁵. Im Haftungssystem des Insolvenzrechts wird überdies nicht nur zwischen einer Haftung gegenüber der Gesellschaft und gegenüber Dritten sondern auch zwischen einer Haftung gegenüber Alt- und Neugläubigern differenziert⁶⁹⁶. Einen anderen Ansatzpunkt zur Begründung einer Haftung bietet die nachwievor umstrittene Durchgriffshaftung bei qualifizierter Unterkapitalisierung. Dabei geht es um die Frage, ob es die Vorstandsmitglieder zu verantworten haben, wenn die Gesellschaft mit zu wenig

⁶⁹³ Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 254; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/439; Pichler/Weninger, Vorstand 108; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77-84 Rz 35a.

⁶⁹⁴ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77-84 Rz 24; Habersack in Hopt/Wiedemann, Großkomm III⁴ § 92 Rz 26; kritisch Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 83 Rz 7.

⁶⁹⁵ Vgl dazu ausführlich Haslehner, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Konkursverschleppungsfall 28ff; Dellinger, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung 117ff.

⁶⁹⁶ Vgl dazu ausführlich Haslehner, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Konkursverschleppungsfall 88ff.

Eigenkapital ausgestattet ist und daher bei normalem Geschäftsbetrieb von vornherein mit hoher Wahrscheinlichkeit von einem Misserfolg zu Lasten der Gläubiger ausgegangen werden konnte⁶⁹⁷.

1. Haftung nach dem URG - § 22 URG

Eine Verpflichtung zur Stellung eines Antrages auf Unternehmensreorganisation existiert nicht. Deshalb kann den Bestimmungen des URG auch keinesfalls Schutzgesetzcharakter zugesprochen werden⁶⁹⁸. § 22 URG normiert allerdings ausdrücklich eine verschuldensunabhängige Erfolgshaftung der Vorstandsmitglieder gegenüber der AG, mit dem Ziel, so einen Anstoß zur Einleitung eines Reorganisationsverfahrens zu geben⁶⁹⁹. Demnach haften Vorstandsmitglieder zur ungeteilten Hand für die im Konkurs nicht gedeckten Verbindlichkeiten, jedoch pro Person nur bis zu einem Höchstbetrag von 1000.000 Euro, wenn sie innerhalb der letzten zwei Jahre vor dem Konkurs- oder Ausgleichsantrag trotz Vorliegens der Bilanzkennzahlen kein Reorganisationsverfahren eingeleitet haben oder einen Jahresabschluss nicht oder nicht rechtzeitig aufgestellt oder nicht unverzüglich den Abschlussprüfer mit dessen Prüfung beauftragt haben. § 22 URG schränkt die Haftung insoweit ein, als beim mehrgliedrigen Vorstand nur jene Vorstandsmitglieder haften, welche die Einleitung eines Reorganisationsverfahrens abgelehnt haben. Die Haftung tritt gem § 26 Abs 1 URG ferner nicht ein, wenn unverzüglich nach Erhalt des Berichtes des Abschlussprüfers über das Vorliegen der Voraussetzungen für die Vermutung eines Reorganisationsbedarfs ein Gutachten eines Wirtschaftstreuhänders, eingeholt wurde und dieses einen Reorganisationsbedarf verneint hat. Der Haftungsanspruch ist Teil der Konkursmasse und kann nach § 28 URG nur vom Masseverwalter für die Konkursmasse geltend gemacht werden.

D. Haftungsrechtliche Folgen einer strafgerichtlichen Verurteilung

Gerade in Zusammenhang mit Wirtschaftsdelikten gewinnt die Frage nach den zivilrechtlichen Konsequenzen eines Strafurteils besondere Bedeutung. Neben der

⁶⁹⁷ Vgl dazu ausführlich *Haslehner*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Konkursverschleppungsfall 164ff.

⁶⁹⁸ *Binder in Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung Rz 3/71 mwN.

⁶⁹⁹ *Adensamer/Eckert in Kalss*, Vorstandshaftung 260f.

prozessualen Frage der Bindungswirkung einer rechtskräftigen strafgerichtlichen Verurteilung ist aus materiell rechtlicher Sicht wohl primär an Schadenersatzansprüche als häufigste privatrechtliche Folge einer Straftat zu denken⁷⁰⁰.

Einer strafgerichtlichen Verurteilung kommt im Zivilprozess insofern bindende Wirkung zu, als sich ein rechtskräftig strafgerichtlich verurteiltes Vorstandsmitglied, nicht darauf berufen kann, die Tat, für welche es rechtskräftig verurteilt wurde, nicht begangen zu haben⁷⁰¹. Das verurteilte Vorstandsmitglied muss also das Strafurteil gegen sich gelten lassen und das Gericht muss davon ausgehen, dass es die Straftat begangen hat, was den Schadenersatz fordernden Privatbeteiligten eines Strafprozesses bzw den Klägern eines separaten Zivilprozesses eine bessere Position zur Durchsetzung ihrer Ansprüche verschafft. An einen Freispruch sind die Zivilgerichte hingegen nicht gebunden, weshalb dadurch nicht automatisch ein Schadenersatzanspruch wegen Schutzgesetzverletzung ausgeschlossen wird⁷⁰².

Aus materiell-rechtlicher Sicht ist insbesondere die Frage nach den Auswirkungen auf etwaige Schadenersatzansprüche interessant. Ein Anspruch auf Schadenersatz besteht bei rechtswidrigem und schuldhaftem Verhalten, durch welches ein Schaden verursacht wird, dessen Eintritt die übertretene Norm gerade verhindern wollte. Durch eine strafgerichtliche Verurteilung wird das rechtswidrige und schuldhafte Verhalten fixiert⁷⁰³. Eine Haftung wegen versuchter Begehung scheidet aus, da in diesem Fall keinesfalls der für eine etwaige Schadenersatzpflicht vorausgesetzte Schaden eingetreten sein kann⁷⁰⁴. Sofern durch die Straftat hingegen ein Schaden entstanden ist, wird es idR auch zu einer Haftung des Verurteilten kommen⁷⁰⁵. Neben Schaden, Rechtswidrigkeit, Kausalität und Verschulden muss außerdem der Rechtswidrigkeitszusammenhang gegeben sein, dh, dass die übertretene Norm zumindest auch die nun eingetretenen Schäden verhindern wollte; dies ist dann der Fall, wenn der Strafnorm Schutzgesetzcharakter iSd § 1311 ABGB zukommt⁷⁰⁶. Nach stRsp⁷⁰⁷ sind

⁷⁰⁰ Bollenberger, Zivilrechtliche Folgen einer strafrechtlichen Verurteilung, ÖJZ 2008/54 (515).

⁷⁰¹ RIS-Justiz RS0074219.

⁷⁰² RIS-Justiz RS0106015; Ratka/Rauter in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung Rz 2/330.

⁷⁰³ Bollenberger, ÖJZ 2008, 519.

⁷⁰⁴ Bollenberger, ÖJZ 2008, 519.

⁷⁰⁵ Bollenberger, ÖJZ 2008, 519.

⁷⁰⁶ Bollenberger, ÖJZ 2008, 519; um eine Haftung wegen Schutzgesetzverletzung zu bejahen ist davor freilich noch zu klären, ob der den Schadenersatzanspruch geltend machende Kläger tatsächlich vom Schutzzweck der Norm erfasst ist; vgl Kapitel III.A.2.b).

Normen, welche gerichtlich strafbare Tatbestände beinhalten regelmäßig als Schutzgesetze zu qualifizieren.

Abgesehen von kapitalmarktrechtlichen Vorschriften⁷⁰⁸ können vor allem die erörterten strafrechtlichen Bestimmungen in ihrer Eigenschaft als Schutzgesetze iSd § 1311 ABGB Anspruchsgrundlage für einen Schadenersatzanspruch gegen ein Vorstandsmitglied sowohl von Dritter als auch von der Gesellschaft sein⁷⁰⁹. Begeht ein Mitglied des Verwaltungsorgans in Ausübung seiner Tätigkeit beispielsweise eine gegen die Gläubiger der Gesellschaft gerichtete strafbare Handlung, so haftet er diesen persönlich für den daraus entstandenen Schaden⁷¹⁰. Da es zu einer Verweisung auf die Tatbestandsvoraussetzungen des in Frage stehenden Schutzgesetzes kommt, ist bei strafrechtlichen Vorsatztatbeständen der dort vorgegebene Verschuldensgrad auch für die zivilrechtliche Haftung maßgebend⁷¹¹. Nach *Karollus*⁷¹² ist eine Schutzgesetzverletzung auch durch Bestimmungs- oder Beitragstäterschaft iSd § 12 StGB möglich. Konkrete Strafbarkeit ist wie bereits erwähnt nicht Voraussetzung der zivilrechtlichen Haftung⁷¹³. Kommt es im strafrechtlichen Verfahren zu keiner Verurteilung, so wird dadurch nicht automatisch eine Haftung wegen Schutzgesetzverletzung beseitigt⁷¹⁴.

Nicht zu vernachlässigen ist auch der Aspekt der Verjährung. Zwar verjähren Schadenersatzansprüche gegenüber der Gesellschaft gem § 84 Abs 6 AktG prinzipiell innerhalb von fünf bzw gegenüber Dritten gem § 1489 ABGB innerhalb von drei Jahren ab Kenntnis von Schaden und Schädiger, allerdings kommt die absolute Verjährungsfrist von dreißig bzw vierzig Jahren zur Anwendung, falls der Schaden aus einer oder mehreren gerichtlich strafbaren Handlungen, welche nur vorsätzlich begangen werden können und mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedroht sind, entstanden ist.

⁷⁰⁷ RIS-Justiz RS0023677: „Wer bei Ausübung der Tätigkeit als Geschäftsführer einer GmbH gegen die Gläubiger gerichtete strafbare Handlungen begeht, haftet persönlich gegenüber den Gläubigern für den Schaden“.

⁷⁰⁸ Vgl Kapitel V.D.

⁷⁰⁹ *Lukas*, Schnittstellen zwischen Straf- und Zivilrecht, AnwBl 2010, 259 (259, 266).

⁷¹⁰ RIS-Justiz RS0034677.

⁷¹¹ *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 415 verlangt also ein Straftatbestand vorsätzliche Begehung, haftet der Schädiger zivilrechtlich auch nur wenn er vorsätzlich handelt.

⁷¹² *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 237ff; zustimmend *Lukas*, AnwBl 2010, 267.

⁷¹³ *Karollus*, Schutzgesetzverletzung 414.

⁷¹⁴ *Ratka/Rauter* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung Rz 2/330; RIS-Justiz RS0059566.

E. Sonstiges

Eine Haftung des Verwaltungsorgans kommt auch aufgrund zahlreicher anderer spezialgesetzlicher Bestimmungen in Frage. Als solche kommen insbesondere in Betracht: die bereits behandelte Ausfallhaftung für Abgaben- und Sozialverbindlichkeiten sowie die Haftung wegen Verletzung insolvenzrechtlicher Pflichten und die noch zu behandelnde Haftung wegen Verletzung kapitalmarktrechtlicher Informationspflichten; ferner kommt eine Haftung wegen Verletzung von Wettbewerbsverstößen nach dem UWG oder Bestimmungen des Immaterialgüterrechts, Umweltrechts oder des Produkthaftungsrechts in Betracht.

1. Haftung bei Verletzung der Deckungsvorsorgepflicht nach dem PHG

Gem § 1 PHG ist zum Ersatz des Schadens primär der Unternehmer verpflichtet, wenn durch den Fehler seines Produkts ein Mensch getötet, am Körper verletzt oder an der Gesundheit geschädigt oder eine von dem Produkt verschiedene körperliche Sache beschädigt wird. Um derartige Ansprüche gegebenenfalls auch tatsächlich befriedigen zu können bestimmt § 16 PHG, dass Hersteller und Importeure von Produkten verpflichtet sind in einer dem redlichen Geschäftsverkehr entsprechenden Art und Weise durch das Eingehen einer Versicherung oder in anderer geeigneter Weise dafür Vorsorge zu treffen haben. Diese Deckungsvorsorgepflicht stellt eine Sorgfaltspflicht des die Gesellschaft leitenden Organs dar, für dessen Verletzung eine Haftung gegenüber der Gesellschaft schlagend wird⁷¹⁵. Führt die mangelnde Deckungsvorsorge zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft, so kann es auch zu einer Haftung gegenüber den Gläubigern kommen⁷¹⁶.

⁷¹⁵ Bollenberger-Klemm, Geschäftsführerhaftung⁴ 102f; Ratka/Rauter in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung Rz 2/63.

⁷¹⁶ Bollenberger-Klemm, Geschäftsführerhaftung⁴ 103.

2. Haftung bei Verletzung des Wettbewerbs- und Immaterialgüterrechts

Seit 12.12.2007 sind die Umsetzungsvorschriften der am 17.10.2007 verabschiedeten UWG-Nov 2007⁷¹⁷ in Österreich anzuwenden. Diese UWG-Nov 2007⁷¹⁸ wurde in Umsetzung der RL 2005/29/EG⁷¹⁹ des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern erlassen. Ziel der RL ist im Wesentlichen eine europaweite Angleichung der Rechtsvorschriften betreffend unlautere Geschäftspraktiken einschließlich unlauterer Werbung, die unmittelbar die wirtschaftlichen Interessen der Verbraucher und dadurch auch mittelbar die wirtschaftlichen Interessen rechtmäßig handelnder Mitbewerber negativ beeinträchtigen⁷²⁰. Zu den wichtigsten Neuerungen der UWG-Nov 2007⁷²¹ zählen: eine als Anhang im UWG angefügte 31 Ziffern enthaltende schwarze Liste der jedenfalls verbotenen Geschäftspraktiken (per-se Verbote - wettbewerbswidrig ist beispielsweise die Herabsetzung des Unternehmens, der Missbrauch von Unternehmenskennzeichen oder aber auch die Einführung, Betrieb oder Förderung eines Schneeballsystems), eine neue in § 1 lit a UWG verankerte Generalklausel betreffend die „aggressiven Geschäftspraktiken“, die Erweiterung und Präzisierung des Irreführungstatbestandes iSd § 2 UWG sowie eine Neufassung des Generaltatbestandes des § 1 UWG⁷²².

Gem § 1 Abs 1 Z 1 UWG kann nun auf Unterlassung und bei Verschulden auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden, wer im geschäftlichen Verkehr eine unlautere Geschäftspraktik oder sonstige unlautere Handlung anwendet, die geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht nur unerheblich zu beeinflussen. Dasselbe gilt gem § 1 Abs 1 Z 2 UWG für denjenigen, welcher eine unlautere Geschäftspraktik anwendet, die geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers wesentlich zu beeinflussen. Unlautere Geschäftspraktiken sind solche, die entweder irreführend iSd § 2 UWG oder aggressiv iSd § 1 lit a UWG sind. Demnach ist eine Geschäftspraktik aggressiv wenn sie einen Marktteilnehmer durch Belästigung, Nötigung,

⁷¹⁷ UWGNov 2007 BGBl I 2007/79.

⁷¹⁸ UWGNov 2007 BGBl I 2007/79.

⁷¹⁹ RL 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 11.05.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern, AB L 2005/149, 22.

⁷²⁰ *Schumacher*, Die UWG Novelle 2007, wbl 2007, 557 (558).

⁷²¹ UWGNov 2007 BGBl I 2007/79.

⁷²² *Schumacher*, wbl 2007, 557.

oder durch unzulässige Beeinflussung zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst; sie ist irreführend, wenn sie einen Marktteilnehmer durch Täuschung, insbesondere durch unrichtige Angaben, zu einer geschäftlichen Entscheidung veranlasst. So kann beispielsweise die Prospektwerbung mittels eines fehlerhaften Kapitalmarktprospektes irreführend und damit wettbewerbswidrig sein⁷²³.

Nach § 18 UWG haftet prinzipiell der Inhaber eines Unternehmens wenn ihm die regelwidrige Handlung bekannt war oder bekannt sein musste. Inhaber des Unternehmens ist die Gesellschaft als juristische Person. Verletzt das Vorstandsmitglied allerdings selbst schuldhaft eine wettbewerbsrechtliche Bestimmung, so haftet es der Gesellschaft gegenüber persönlich, wenn dieser dadurch ein Schaden entstanden ist⁷²⁴. Für Verletzungen Anderer haftet es dann, wenn es trotz Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis die dritte Person vom Rechtsbruch nicht abgehalten hat⁷²⁵. Begeht ein Vorstandsmitglied eigenhändig eine Wettbewerbsverletzung oder schreitet es trotz Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis nicht gegen die Verletzung durch einen Anderen ein, so haftet es auch Dritten gegenüber, wenn der Dritte den selbst begangenen Verstoß des Organmitgliedes, dessen Beteiligung daran oder dessen Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Verstoßes beweisen kann⁷²⁶. Primär haftet aber gem § 18 UWG der Inhaber.

Die Grundsätze der Schadenersatzhaftung von Vorstandsmitgliedern bei Verstößen gegen das UWG gelten im Wesentlichen auch für immaterialgüterrechtliche Gesetze wie etwa das PatG, UrhG, MarkSchG, MuSchG, GMG oder HalbleiterschutzG⁷²⁷.

3. Haftung bei Verletzung von Umweltvorschriften

Abgesehen von einer gerichtlichen Strafbarkeit für die Verletzung von Umweltvorschriften, kann es auch zu einer Haftung gegenüber den geschädigten Dritten

⁷²³ Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 230.

⁷²⁴ Ratka/Rauter in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung Rz 2/340.

⁷²⁵ Bollenberger-Klemm, Geschäftsführerhaftung⁴ 110; Ratka/Rauter in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung Rz 2/340.

⁷²⁶ Ratka/Rauter in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung Rz 2/341; Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 230.

⁷²⁷ Ratka/Rauter in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung Rz 2/338.

kommen⁷²⁸. Einigkeit besteht darin, dass eine derartige Haftung jedenfalls bei vorsätzlicher Pflichtverletzung besteht, ob eine Haftung auch bei fahrlässigem Handeln oder Unterlassen besteht hängt von der jeweiligen Vorschrift ab⁷²⁹. Beispielsweise unterscheiden die Schutzgesetze der §§ 180f StGB zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Beeinträchtigung der Umwelt.

Zusammenfassung

Im Zusammenhang mit der Haftung von Vorstandsmitgliedern wird zwischen der Innen- und der Außenhaftung unterschieden. Innenhaftung bedeutet, dass die Vorstandsmitglieder der Gesellschaft gegenüber zum Ersatz des Schadens verpflichtet sind, während bei der Außenhaftung die Vorstandsmitglieder Dritten gegenüber haften. In allen Fällen kann ein Vorstandsmitglied aber nur dann erfolgreich auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden, wenn kumulativ Schaden, Kausalität und Adäquanz der Handlung, Rechtswidrigkeit sowie Verschulden - leichte Fahrlässigkeit ist grundsätzlich ausreichend - gegeben sind.

Zentrale Bestimmung für die zivilrechtliche Haftung von Vorstandsmitgliedern ist § 84 AktG. Bei Pflichtverletzungen eines Vorstandsmitgliedes sieht § 84 Abs 2 AktG als Regelfall primär die Haftung gegenüber der Gesellschaft vor. Die Anspruchsgrundlage des § 84 Abs 2 AktG findet auf sämtliche Pflichtverletzungen, welche sich aus Gesetz, Satzung oder verbindlichen Organbeschlüssen ergeben Anwendung. § 84 AktG regelt die Haftung der Vorstandsmitglieder nicht abschließend. Zusätzlich existieren weitere Haftungsgrundlagen, welche für bestimmte Pflichtverletzungen eine Schadenersatzpflicht der Vorstandsmitglieder gegenüber der Gesellschaft ausdrücklich anordnen; so beispielsweise § 84 Abs 3 AktG bei Verstößen gegen Kapitalerhaltungspflichten, § 79 Abs 2 AktG bei Wettbewerbsverstößen oder auch gem § 41 AktG bereits bei Verfehlungen, welche im Gründungsstadium der Gesellschaft begangen wurden. Darüber hinaus finden sich in Spezialgesetzen ausdrückliche Haftungsanordnungen (§ 22 URG). Neben den eben genannten Anspruchsgrundlagen, welche sich aus der körperschaftsrechtlichen Organstellung des Vorstandsmitgliedes ergeben, ist auch noch eine Haftung aufgrund des schuldrechtlichen Anstellungsverhältnisses zwischen Vorstandsmitglied und der Gesellschaft möglich.

⁷²⁸ Bollenberger-Klemm, Geschäftsführerhaftung⁴ 105; Ratka/Rauter in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung Rz 2/331.

⁷²⁹ Bollenberger-Klemm, Geschäftsführerhaftung⁴ 105.

Die Haftung gegenüber Dritten, insbesondere gegenüber Gesellschaftsgläubigern, Aktionären oder auch Behörden, stellt den Ausnahmefall im Haftungssystem der AG dar und kann nicht auf § 84 Abs 2 AktG gestützt werden. Primär sollen Dritte die Gesellschaft auf Ersatz ihres Schadens in Anspruch nehmen. Im Anlassfall hat die Gesellschaft dann einen Regressanspruch gegenüber den Vorstandsmitgliedern. Bloße Reflexschäden (wozu auch der Kursverfall gehört) werden den Dritten nicht ersetzt, der Grad des haftungsbegründenden Verschuldens hängt von der jeweiligen Anspruchsgrundlage ab. Eine in sich geschlossene Regelung bzw ein Generaltatbestand iSd § 84 Abs 2 AktG existiert für die Organaußenhaftung nicht; vielmehr gibt es eine Vielzahl an möglichen Haftungsgrundlagen im Außenverhältnis. Im Unterschied zur Innenhaftung besteht eine Dritthaftung darüber hinaus nicht schlechthin bei jedem pflichtwidrigen Verhalten, sondern hängt diese primär vom Schutzzweck des übertretenen Verhaltensmaßstabes ab. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass eine Außenhaftung als Ausnahmefall dann besteht, wenn eine solche in einer gesetzlichen Bestimmung ausdrücklich vorgesehen ist (Paradebeispiel §§ 9, 11 BAO u 67 ASVG gegenüber Behörden und auch im AktG selbst beispielsweise durch § 101 AktG gegenüber den Gläubigern), ein Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB verletzt (Paradebeispiel Konkursverschleppungshaftung gem §§ 1311 ABGB iVm 69 KO oder iVm einem der strafrechtlichen Schutzgesetze) oder gegen sonstige Regeln des allgemeinen zivilrechtlichen Schadenersatzrechts verstoßen wird (beispielsweise § 1295 ABGB, Haftung als falsus procurator oder Verletzung eines gesetzlichen Sonderverhältnisses als Fortentwicklung der culpa in contrahendo Haftung). Für Aktionäre besteht überdies die Besonderheit, dass diese die Möglichkeit haben, sich auf einen deliktischen Schutz ihrer Mitgliedschaftsrechte zu berufen.

Daraus folgt, dass zumindest bei Verletzungen der in dieser Arbeit herausgearbeiteten Verhaltensmaßstäbe, zusätzlich zu den dort spezialgesetzlich vorgesehenen Sanktionen, auch schadenersatzrechtliche Haftungsrisiken drohen.

Nach dieser Haftungssystematik besteht sowohl bei der Organinnenhaftung als auch bei der Organaußenhaftung die Möglichkeit, Vorstandsmitglieder auf Schadenersatz in Anspruch zu nehmen, wenn ein derartiges Vorgehen ausdrücklich (spezialgesetzlich) angeordnet ist oder ein Schutzgesetz verletzt wurde. Diese beiden Aspekte erweitern das Haftungsrisiko enorm. Potentielle Haftungsrisiken scheinen sich aus der gesamten

Rechtsordnung bzw einer unüberschaubaren Anzahl an Spezialgesetzen zu ergeben. In der Literatur Erwähnung finden sich gehäuft Schadenersatzansprüche gegenüber Vorstandsmitgliedern wegen Verletzung des UWG, PHG oder wegen Verletzungen von Umweltvorschriften.

Ist ein mehrgliederiger Vorstand eingerichtet, besteht prinzipiell Gesamtverantwortung. Existiert eine Geschäftsverteilung kann damit eine Haftungserleichterung einhergehen, da vordergründig ein Vorstandsmitglied nur für Verfehlungen innerhalb seines eigenen Geschäftsbereiches haftet. Verletzt es hingegen Überwachungs-, Informations- oder Interventionspflichten, kann es auch für Regelverstöße innerhalb eines fremden Geschäftsbereichs haftbar gemacht werden. Für die Durchführung von beschlussmäßig getroffenen, jedoch pflichtwidrigen Geschäftsbesorgungen, haftet auch das überstimmte Vorstandsmitglied, wenn es nicht alle zumutbaren Gegenmaßnahmen ergriffen hat, um die Umsetzung eines pflichtwidrigen Beschlusses zu verhindern. Dasselbe gilt sinngemäß für Vorstandsmitglieder welche bei der Beschlussfassung abwesend waren oder zwar anwesend sich jedoch ihrer Stimme enthalten haben.

IV. Begrenzung des Haftungsrisikos – Entfall, Vermeidung und Haftungsabdeckung durch Versicherung

Will man ein Haftungsrisiko umfassend abschätzen können, so kann es nicht ausbleiben sich auch mit den Möglichkeiten eines Haftungsentfalls oder zumindest eines teilweisen Haftungsentfalls und somit einer Haftungsbeschränkung auseinanderzusetzen. In Betracht kommen dabei primär die Möglichkeiten eines gesetzlich verankerten oder eines vertraglich vereinbarten Haftungsentfalls. Ferner liegt die Frage nach einer Vermögens-Haftpflichtversicherung für Vorstandsmitglieder und somit einer Haftungsabdeckung durch eine Versicherung nahe. Geht man noch einen Schritt weiter, kann auch daran gedacht werden spezielle Haftungsvermeidungsstrategien für Vorstandsmitglieder zu entwickeln. Diesen Fragen wird im folgenden Teil der Arbeit nachgegangen.

A. Gesetzlicher Haftungsentfall

Vereinzelt sieht das Gesetz selbst die Möglichkeit vor, eine gesetzlich verankerte Haftung der Organmitglieder zumindest teilweise und uU auch erst nach Ablauf einer gewissen Zeitspanne entfallen zu lassen. Diese Möglichkeiten werden an dieser Stelle veranschaulicht. Eine Einschränkung besteht darin, dass sich die Analyse der gesetzlichen Haftungsbeschränkungen bzw des Entfalls auf die im AktG vorgesehenen Möglichkeiten beschränkt.

1. Verjährung

Schadenersatzansprüche gegenüber der Gesellschaft verjähren gem § 84 Abs 6 AktG in fünf Jahren. Durch § 84 Abs 6 AktG wird die kurze Verjährungsfrist von drei Jahren durch fünf Jahre ersetzt, die lange Verjährungsfrist nach § 1485 ABGB von 40 Jahren bleibt

aufrecht⁷³⁰. Gegenüber Dritten/ Aktionären gilt die allgemeine Verjährungsfrist von drei Jahren ab Kenntnis von Schaden und Schädiger sowie die absolute Verjährungsfrist von 30 bzw 40 Jahren gem §§ 1489, 1485 ABGB⁷³¹.

Über den Beginn des Fristenlaufs trifft § 84 Abs 6 AktG (und auch das GmbHG) keine Aussage. Nach hL⁷³² und Rsp⁷³³ wird, in Entsprechung mit § 1489 ABGB, davon ausgegangen, dass der Beginn der Frist mit Kenntniserlangung der die Ersatzpflicht begründenden Umstände durch die Gesellschaft ausgelöst wird. Nach stRsp⁷³⁴ ist dies der Zeitpunkt, mit welchem dem Geschädigten der Sachverhalt soweit bekannt ist, dass die Klage mit Aussicht auf Erfolg erhoben werden kann. Der Fristlauf beginnt daher regelmäßig mit Kenntnis von Schaden und Schädiger. Fraglich ist, wer von den in Frage stehenden Umständen Kenntnis erlangen muss, damit die Frist ausgelöst wird. Prinzipiell ist dies das zur Vertretung befugte Organ, also der Vorstand bzw beim mehrgliedrigen Vorstand jedes Vorstandsmitglied. Da jedoch zur Geltendmachung der Ersatzansprüche ausschließlich der AR berechtigt ist, beginnt der Fristenlauf erst ab Kenntnis durch mindestens ein ARmitglied⁷³⁵.

2. Verzicht und Vergleich

Die Gesellschaft kann iSd § 84 Abs 4 S 3 AktG erst nach fünf Jahren seit der Entstehung des Ersatzanspruchs (Sperrfrist) und nur dann auf Ersatzansprüche verzichten oder sich darüber vergleichen, wenn die HV zustimmt und nicht eine Minderheit von 20% der Aktionäre widerspricht. Für die Vereinbarung eines Verzichts oder Vergleichs mit dem Vorstandsmitglied ist gem § 97 Abs 1 AktG ausschließlich der AR zuständig. Im Unterschied zur Verjährung ist hier nach dem Gesetzeswortlaut die Entstehung des Anspruchs für den Beginn der Frist ausschlaggebend, weshalb vor Ablauf der Verjährungsfrist ein Verzicht oder

⁷³⁰ Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 110; Nowotny in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 84 Rz 38.

⁷³¹ Ratka/Rauter in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung Rz 2/323.

⁷³² Strasser in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 110; Nowotny in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 84 Rz 38; Kalss in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/421; *Ginthör/Brodey*, AG- / SE-Vorstand 128; *Pichler/Weninger*, Vorstand 143.

⁷³³ OGH 27.09.2006, 9 ObA 148/05p ecolex 2007/17 = RdW 2007/188 = wbl 2007/62 = NZ 2007/G 48, 94 = AnwBl 2009, 99 = Arb 12.631 = SZ 2006/139 = HS 37.057 = RZ 2007/EÜ 100, 74 = AnwBl 2008, 387 = ASoK 2007, 203 = ZAS 2007/5, 16.

⁷³⁴ RIS-Justiz RS0034524.

⁷³⁵ *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 222; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/421; *Eckert/Linder*, Verjährung von Ersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder, ecolex 2005, 449 (451).

ein Vergleich vereinbart werden kann. Nach § 84 Abs 4 letzter S AktG gilt diese zeitliche Beschränkung jedoch nicht, wenn das Vorstandsmitglied zahlungsunfähig ist und sich zur Abwendung oder Beseitigung des Konkurses mit seinen Gläubigern vergleicht. Nach hA⁷³⁶ werden von dieser Regelung auch alle Handlungen erfasst, welche dieselben Auswirkungen wie ein Verzicht/ Vergleich haben oder der Umgehung des Verbots dienen. Dieses Verbot gilt selbstverständlich auch im Verhältnis zwischen Gesellschaft und ausgeschiedenen Vorstandsmitgliedern⁷³⁷.

Ob aufgrund einer Vereinbarung aller Aktionäre schon vor Ablauf der Frist ein Verzicht/ Vergleich wirksam zustande kommen kann ist umstritten⁷³⁸. Der überwiegende Teil der Lehre⁷³⁹ sieht, unter Berufung auf die Rsp des OGH⁷⁴⁰, den Zweck dieser Bestimmung im Schutz der Aktionäre weshalb mit deren Zustimmung auch jederzeit eine Vereinbarung über einen Verzicht/ Vergleich geschlossen werden kann. *Strasser*⁷⁴¹ und *Schima*⁷⁴² lehnen diese Auffassung insbesondere deswegen ab, weil die HV in diesem Bereich keine Kompetenzen hat um für die Gesellschaft tätig zu werden. Der OGH⁷⁴³ schloss sich in seiner zuletzt ergangenen Entscheidung offensichtlich seiner früheren Rsp⁷⁴⁴ an und lässt einen durch alle Aktionäre gegebenen Verzicht auch vor Ablauf der Sperrfrist zu.

Die Ansprüche der Gläubiger werden durch einen Verzicht oder einen Vergleich der Gesellschaft sowie durch einen Beschluss der HV über die in Frage stehende Maßnahme der Geschäftsführung in den Fällen des § 84 Abs 5 iVm Abs 3 AktG nicht berührt. Den Gläubigern gegenüber tritt gem § 84 Abs 5 S 3 AktG also keine Haftungsbefreiung ein.

⁷³⁶ *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 84 Rz 33, beispielsweise Zession ohne Entgelt; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 112 nennt beispielsweise eine Klagszurücknahme unter Anspruchsverzicht, eine Klageseinschränkung oder die Anerkennung einer nicht liquiden Forderung.

⁷³⁷ *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 84 Rz 33.

⁷³⁸ Zustimmung *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 84 Rz 33; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/419; *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 190; ablehnend *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 112; *Schima*, Enthaltung des Vorstandes (Aufsichtsrates) durch Entlastungsbeschluss sämtlicher Aktionäre? GesRZ 1991, 185 (196ff).

⁷³⁹ *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 84 Rz 33; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/420; *Frotz*, Zur Absicherung der Organmitglieder einer AG gegen Haftungsansprüche der Gesellschaft, in FS *Wagner* (1987) 136, 153; *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 190.

⁷⁴⁰ OGH 03.07.1975, 2 Ob 356/74 SZ 48/79.

⁷⁴¹ *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 112.

⁷⁴² Vgl dazu ausführlich *Schima*, GesRZ 1991, 196ff.

⁷⁴³ OGH 08.05.2008, 6 Ob 28/08y.

⁷⁴⁴ OGH 03.07.1975, 2 Ob 356/74.

3. Entlastung

§ 104 AktG regelt die Zuständigkeiten der HV. Nach § 104 Abs 2 Z 3 AktG obliegt die jährliche Beschlussfassung über die Erteilung der Entlastung der Mitglieder des Vorstandes und der Mitglieder des AR der HV. Zur Beschlussfassung bedarf es iSd § 121 AktG der einfachen Mehrheit. Die Entlastung wird durch das Gesetz nur in formeller Hinsicht geregelt. Die wesentlichen Fragen nach der Rechtsnatur und den Rechtsfolgen des Entlastungsbeschlusses beantwortet das AktG nicht. Die eigentliche und bedeutende Frage in Zusammenhang mit der Entlastung ist aber, ob die HV namens der AG mit dieser Erklärung auch einen konkludenten Verzicht auf Ersatzansprüche gegen die Verwaltungsmitglieder der Gesellschaft abgibt bzw verbindlich erklärt, dass solche Ansprüche nicht bestehen. Da die HV wenn überhaupt nur namens der AG auf Ersatzansprüche verzichten kann, werden Gesellschaftsgläubiger von der Entlastung bzw einem „Verzicht“ der Gesellschaft keinesfalls berührt⁷⁴⁵.

a) *Rechtsprechung*

Durch die Erteilung der Entlastung billigt die HV pauschal die Geschäftsführung einer abgelaufenen Periode und spricht dadurch auch ihr Vertrauen für die Zukunft gegenüber den entlasteten Vorstandsmitgliedern aus; aus dem Schutzzweck des § 84 Abs 4 S 3 AktG, wonach die Gesellschaft Ersatzansprüche fünf Jahre hindurch überhaupt nicht und später nur unter erschwerten Bedingungen ganz oder teilweise nachsehen kann, ergibt sich, dass eine Entlastung keinen Verzicht auf derartige Ansprüche bewirkt⁷⁴⁶. Der Schutzzweck der Norm besteht nach Ansicht des OGH⁷⁴⁷ im Schutz der Minderheitsaktionäre. Aufgrund des pauschalen Charakters der Entlastung kann nicht ausgeschlossen werden, dass von der Verwaltung auch Fehlleistungen erbracht wurden, weshalb ungeachtet der Erteilung der Entlastung auch Sonderprüfungen nach §§ 118ff AktG für einzelne Geschäftsvorgänge jedenfalls als zulässig zu erachten sind⁷⁴⁸.

⁷⁴⁵ so auch OGH 03.07.1975, 2 Ob 356/74; *Pichler/Weninger*, Vorstand 144.

⁷⁴⁶ OGH 03.07.1975, 2 Ob 356/74; 08.05.2008, 6 O b28/08y; dem folgte die Lehre *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 104 Rz 2; *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 104 Rz 1.

⁷⁴⁷ OGH 03.07.1975, 2 Ob 356/74.

⁷⁴⁸ OGH 03.07.1975, 2 Ob 356/74; 08.05.2008, 6 Ob 28/08y; dem folgte die Lehre *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 104 Rz 2; *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 104 Rz 7.

In einer Entscheidung aus dem Jahr 1975 sprach der OGH⁷⁴⁹ unter ausdrücklicher Berufung auf eine Entscheidung des BGH⁷⁵⁰ allerdings ausdrücklich aus, dass eine von allen Aktionären beschlossene Entlastung des Vorstandes wie ein Verzicht auf Ersatzansprüche oder das Anerkenntnis des Nichtbestehens derartiger Ansprüche wirke. Erst unlängst, am 08.05.2008, wiederholte der OGH⁷⁵¹ diese Rsp und stellte Folgendes fest:

„Nur einer von allen Aktionären beschlossenen Entlastung wird mit der Begründung, dass diesfalls der Schutzzweck der Bestimmung des § 84 Abs 4 Satz 3 AktG nicht Platz greift, die Wirkung eines Verzichts der Gesellschaft auf Ersatzansprüche gegen die entlasteten Verwaltungsratsmitglieder zuerkannt (SZ 48/79 = EvBl 1976/66 = GesRZ 1976, 26; Strasser aaO mwN).“

In der 1975er Entscheidung fand sich außerdem folgender Zusatz:

„Die in der von allen Aktionären beschlossenen Entlastung des Vorstandes gelegene Verzichtserklärung bzw. das darin gelegene Anerkenntnis des Nichtbestehens von Ersatzansprüchen kann sich jedoch nicht auf Ersatzansprüche aus Tatbeständen erstrecken, die den Aktionären bei sorgfältiger Prüfung aller ihnen offen gewesenen Unterlagen und ihnen erstatteter Berichte nicht erkennbar waren.“⁷⁵²

Nach der Meinung des OGH⁷⁵³ wird die Bedeutung der Entlastung des Vorstandes eingeschränkt auf „die Billigung der Geschäftsführung und den Ausdruck des Vertrauens in sie“. Wurde in der Entscheidung OGH 2 Ob 356/74 noch statuiert, dass der Verzicht sich nicht auf Ersatzansprüche aus Tatbeständen erstrecken könne, die den Aktionären bei sorgfältiger Prüfung aller ihnen offen gewesenen Unterlagen und ihnen erstatteter Berichte nicht erkennbar gewesen wären, entfiel dieses Erfordernis offensichtlich in der jüngeren Entscheidung OGH 6 Ob 28/08y.

b) Lehre

Der überwiegende Teil der Lehre schloss sich dieser Rsp in vollem Umfang an; dies jedoch offensichtlich nur unter dem vom OGH angeführten Argument, dass § 84 Abs 4 S 3

⁷⁴⁹ OGH 03.07.1975, 2 Ob 356/74.

⁷⁵⁰ BGH 12.03.1959, II ZR 180/57 NJW 1959, 1082 = BGHZ 29, 385, 390.

⁷⁵¹ OGH 08.05.2008, 6 Ob 28/08y.

⁷⁵² Der BGH hingegen ließ einen Verzicht auf bisher unbekannte Ansprüche zu vgl BGH 12.03.1959, II ZR 180/57.

⁷⁵³ OGH 03.07.1975, 2 Ob 356/74.

den Minderheitenschutz bezwecke und dieser daher bei Zustimmung aller Aktionäre einer Verzichtswirkung der Entlastung nicht im Wege stehe, eigene Stellungnahmen unterbleiben zur Gänze⁷⁵⁴. *Schlosser*⁷⁵⁵ bejaht die haftungsbefreiende Wirkung einer einstimmig erteilten Entlastung mit der Begründung, dass eine einstimmig erteilte Entlastung gar nicht anders verstanden werden könne, als dass die „Eigentümerversammlung“ bekannte Ersatzansprüche jedenfalls nicht geltend machen wolle.

Ein anderer Teil der Lehre kritisiert diese Rsp und vertritt die Ansicht, dass selbst die einstimmig erteilte Entlastung innerhalb der ersten 5 Jahre ab Entstehung des Anspruchs keinen Verzicht der Gesellschaft bewirken könne⁷⁵⁶. *Bachner*⁷⁵⁷ unterstellt dem OGH gar seine Entscheidung „ohne eigenständige rechtliche Überlegungen“ gefällt zu haben; dies deswegen, weil der OGH sich quasi blind der Rechtsmeinung des BGH aus dem Jahr 1959 angeschlossen hat. Dabei hat er, so *Bachner*, wohl nicht bedacht, dass nach dem besagten Urteil des BGH der heute noch geltende § 120 Abs 2 dAktG eingefügt wurde, nach dessen S 2 die Entlastung keinen Verzicht auf Ersatzansprüche enthält. Daraus folgt nach hL⁷⁵⁸ in Deutschland, dass jede wie immer geartete Präklusionswirkung der Entlastung entfällt. Zu einem ähnlichen Ergebnis kommen auch *Pichler/Weninger*⁷⁵⁹. Eine § 120 dAktG entsprechende Regelung existiert in Österreich nachwievor nicht.

Ferner kann die Überlegung angestellt werden, dass Verfehlungen der Geschäftsführung bzw das Ausmaß dieser Verfehlungen uU erst nach Ablauf einer gewissen

⁷⁵⁴ Vgl *Strasser in Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 104 Rz 2 unter Verweis auf OGH 2 Ob 356/74 sowie *Frotz in FS Wagner* 136,153 u *Kastner/Doralt/Nowotny*, GesR⁵ 235, 238 sowie der BGH Entscheidung und dt Lehrmeinungen jedoch ohne eigene Stellungnahme;

vgl auch *Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 84 Rz 33 unter Verweis auf OGH 2 Ob 356/74 sowie *Kastner/Doralt/Nowotny*, GesR⁵ 239 u *Frotz in FS Wagner* 153 jedoch ohne eigene Stellungnahme;

vgl auch *Adensamer/Eckert in Kalss*, Vorstandshaftung 190 unter Verweis auf OGH 2 Ob 356/74 sowie *Frotz in FS Wagner* 136, 153 u *Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 84 Rz 33 u *Kastner/Doralt/Nowotny*, GesR⁵ 239 jedoch ohne eigene Stellungnahme;

vgl auch *Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/419 unter Verweis auf dieselben u *Kalss in Goette/Habersack*, MünchKomm II³ § 93 Rz 324 jedoch ohne eigene Stellungnahme.

⁷⁵⁵ *Schlosser*, Organhaftung 126.

⁷⁵⁶ *Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 104 Rz 6; *Schima*, GesRZ 1991, 188ff, 196ff.

⁷⁵⁷ *Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 104 Rz 5; so auch *Schima*, GesRZ 1991, 188, welcher aufgrund der „praktisch wörtlich“ übernommen relevanten Stellen des BGH Urteils, auf das OGH Urteil nicht einmal näher eingeht.

⁷⁵⁸ *Mülbert in Hopt/Wiedemann*, Großkomm III⁴ § 120 Rz 33ff siehe vor allem Rz 35 mwN „Nicht einmal der von allen HVsteilnehmern oder gar allen Aktionären einstimmig geschlossene Entlastungsbeschluß entfaltet eine über Abs 2 S 2 hinausgehende Verzichtswirkung“.

⁷⁵⁹ *Pichler/Weninger*, Vorstand 143f.

Zeitspanne entdeckt und überschaubar gemacht werden können, weshalb die Sperrfrist eben gerade den Sinn hat die Aufdeckung von vielleicht verborgenen Verfehlungen zu begünstigen⁷⁶⁰. Auch ein von allen Aktionären geschlossener Verzicht ist dann von diesem Zweck erfasst. Dem entgegnet *Frotz*⁷⁶¹, dass die Verzichtswirkung ohnedies mit der Erkennbarkeit der Ansprüche und des Schadens der Gesellschaft begrenzt sei⁷⁶². In Österreich könne seiner Meinung nach somit durch sorgfältige Prüfung der Tragweite eines schlüssigen Verzichts durch Entlastung der Entdeckung von Verfehlungen und Abschätzung ihres Ausmaßes entsprochen werden.

In Bezug auf die Ansicht *Schima's* ist vorzuschicken, dass eine § 84 Abs 4 S 3 AktG entsprechende Parallelbestimmung im GmbHG und auch im GenG fehlt. *Schima*⁷⁶³ stützt seine Gegenargumentation nämlich auf den Schutzzweck von § 84 Abs 4 S 3 AktG und wirft die Frage auf, welches das besondere Strukturelement der AG ist, das es rechtfertigt eine solche Sperrfrist im AktG vorzusehen, nicht jedoch zB im GmbHG oder GenG. Er beantwortet diese Frage auch sogleich und sieht dieses, unter Zugrundelegung des Leitbilds der Publikums-AG, im Wechsel der Mitgliedschaftsverhältnisse. Schutzzweck der Sperrfrist ist es demnach auch, Aktionäre die im Zeitpunkt der Entlastung bzw des Verzichts noch nicht Aktionäre sind, jedoch vor Ablauf der Fünfjahresfrist Gesellschafterstellung erlangen, zu schützen. Dieser Analyse folgt auch *Bachner*⁷⁶⁴. Unabhängig von der Erforschung des Schutzzweckes ist für ihn ein weiteres tragendes Argument gegen die Annahme einer wie immer gearteten Verzichtswirkung der Entlastung jenes, dass der HV die Vertretungsmacht zur Abgabe einer Verzichtserklärung im Namen der AG fehlt; die HV hat nämlich nach § 84 Abs 4 S 3 AktG bloß ein Veto- und ein Zustimmungsrecht⁷⁶⁵. Der Ansicht *Schima's* ist in beiden Punkten zuzustimmen.

*Kalss*⁷⁶⁶ und *Adensamer/Eckert*⁷⁶⁷ sind der Ansicht, dass auch bei nicht einstimmiger Beschlussfassung über die Entlastung, die Entlastung prinzipiell als konkludenter Verzicht gedeutet werden könne. Dies aber nur dann, wenn die die Ersatzpflicht begründenden

⁷⁶⁰ *Zöllner* in *Kölner Kommentar III*² zum AktG (1996) § 120 Rz 31.

⁷⁶¹ *Frotz* in *FS Wagner* 153.

⁷⁶² Dazu ist zu sagen, dass die neuere Rsp des OGH dieses Erfordernis offensichtlich entfallen lässt vgl OGH 08.05.2008, 6 Ob 28/08y.

⁷⁶³ *Schima*, *GesRZ* 1991, 194ff.

⁷⁶⁴ *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, *AktG* § 104 Rz 6.

⁷⁶⁵ *Schima*, *GesRZ* 1991, 196ff.

⁷⁶⁶ *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, *Vorstandshaftung* 190.

⁷⁶⁷ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, *Gesellschaftsrecht* Rz 3/419.

Tatsachen zum Beschlusszeitpunkt bekannt waren oder bekannt sein mussten und zusätzlich die allgemeinen Voraussetzungen des § 84 Abs 4 S 3 AktG über den Verzicht gegeben sind⁷⁶⁸. Um eine Entlastung als konkludenten Verzicht deuten zu können müssten demnach neben dem Entlastungsbeschluss kumulativ vorliegen: 1) Verzichtserklärung durch AR als vertretungsbefugtes Organ 2) kein Veto einer Minderheit von 20% und 3) Ablauf der Sperrfrist von 5 Jahren. Da die Entlastung jedoch vordergründig eine Vertrauensbekundung gegenüber der Geschäftsleitung ist, wird ihr auch nach deren Ansicht im Zweifel keine Verzichtswirkung zuerkannt⁷⁶⁹. Auch sie sprechen jedoch einer vor Ablauf der fünf-Jahresfrist erteilten Entlastung bei Zustimmung sämtlicher Aktionäre Verzichtswirkung zu⁷⁷⁰.

4. Beschluss der HV

Eine Kompetenz zur Beschlussfassung der HV besteht nur in den von Satzung oder Gesetz ausdrücklich genannten Fällen (§ 103 Abs 1 AktG). Gem § 103 Abs 2 AktG kann die HV (ausnahmsweise) über Fragen der Geschäftsführung entscheiden, wenn dies der Vorstand bzw in den Fällen des § 95 Abs 5 AktG der AR, verlangt. Beruht eine Maßnahme der Geschäftsführung auf einem derartigen Beschluss, wird dadurch gem § 84 Abs 4 S 1 AktG die Haftung der Vorstandsmitglieder gegenüber der AG ausgeschlossen. Die Vorlage setzt einen auf die Geschäftsführungsmaßnahme gerichteten ordnungsgemäß zustande gekommen Beschluss des Organs voraus⁷⁷¹. Beim mehrgliedrigen Vorstand setzt ein wirksamer Beschluss dessen Zustandekommen nach den internen Willensbildungsregeln voraus. Auch in diesem Zusammenhang stellt sich wiederum die Problematik des überstimmten Vorstandsmitgliedes. Ein einzelnes Vorstandsmitglied kann die Einholung eines HV-Beschlusses über eine kritische Geschäftsführungsmaßnahme seines Ressorts nach § 103 Abs 2 AktG nämlich auch im Falle einer Ressortverteilung nicht verlangen und ist auf die Einsicht seiner Vorstandskollegen angewiesen⁷⁷².

Ob der Vorstand eine Entscheidung von der HV verlangt, liegt in seinem pflichtgemäßen Ermessen iSd §§ 70, 84 AktG⁷⁷³. Eine übertriebene „inflationäre“

⁷⁶⁸ Ähnlich auch *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 104 Rz 6.

⁷⁶⁹ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/419.

⁷⁷⁰ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/419; *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 190.

⁷⁷¹ *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 103 Rz 19; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 103 Rz 10.

⁷⁷² *Bachner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 103 Rz 22.

⁷⁷³ *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 103 Rz 10.

Beanspruchung dieser Kompetenz um dadurch das eigene Haftungsrisiko einzuschränken begründet jedenfalls eine Pflichtverletzung⁷⁷⁴. In der Lehre⁷⁷⁵ wird darüber hinaus auch eine etwaige bestehende Pflicht des Vorstandes zur Anrufung der HV diskutiert, insbesondere bei besonders „wichtigen“ Geschäftsentscheidungen. Dies ist mE aufgrund der dadurch bewirkten Rechtsunsicherheit zu verneinen⁷⁷⁶. Im Übrigen ist das weisungsungebundene Handeln der Vorstandsmitglieder einer AG ein entscheidendes Wesensmerkmal des Vorstandes, im Gegensatz zB zum GmbH-Geschäftsführer. Die Einräumung der Möglichkeit einer Befassung der HV mit Fragen der Geschäftsführung ist mit diesem Grundsatz trotz der Bindungswirkung des HV-Beschlusses durchaus vereinbar, da ja die Ausübung dieser Maßnahme nachwievor im pflichtgemäßen Ermessen des Vorstandes liegt. Die Verpflichtung dazu, mit dem Ergebnis eines bindenden Beschlusses widerspricht diesem Wesen hingegen.

a) Unwirksame, anfechtbare und nichtige Beschlüsse der HV

Die Vorstandsmitglieder sind prinzipiell an den HV-Beschluss gebunden⁷⁷⁷. Die „blinde“ Befolgung des Beschlusses bewirkt jedoch noch keine Haftungsbefreiung⁷⁷⁸. Es ist nach der Beschlussfassung insbesondere zu prüfen, ob nicht allenfalls geänderte Umstände vorliegen, die eine Durchführung abträglich erscheinen lassen⁷⁷⁹. Es ist sogar denkbar, dass ein Vorstandsmitglied zu einer Anfechtung des Beschlusses (§ 196 Abs 1 Z 4 u 5 AktG) wegen Gesetzes- oder Satzungswidrigkeit verpflichtet sein könnte⁷⁸⁰.

Beschlüsse der HV, welche gegen Gesetz oder Satzung verstoßen, sind prinzipiell wirksam, können jedoch gem §§ 195 iVm 196 Abs 2 Z 4 u 5 AktG vom Vorstand sowie, falls der in Frage stehende Beschluss bei deren Ausführung die Mitglieder des Vorstandes strafbar oder ersatzpflichtig machen würde, von jedem einzelnen Mitglied des Vorstandes angefochten werden. Wird einer derartigen Anfechtungsklage stattgegeben und der Beschluss für nichtig erklärt, so verliert der in Frage stehende Beschluss seine Wirksamkeit ex tunc, was gem § 198

⁷⁷⁴ Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 103 Rz 19; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 103 Rz 10; Frotz in FS Wagner 137 145f.

⁷⁷⁵ befürwortend Kastner/Doralt/Nowotny GesR⁵ 234; ablehnend Frotz in FS Wagner 153; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 103 Rz 10.

⁷⁷⁶ Ähnlich Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 103 Rz 10.

⁷⁷⁷ Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 103 Rz 26; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 103 Rz 11.

⁷⁷⁸ Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 103 Rz 26; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 103 Rz 11.

⁷⁷⁹ Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 103 Rz 26; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 103 Rz 11.

⁷⁸⁰ Bachner in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 103 Rz 26.

AktG gegen sämtliche Vorstandsmitglieder wirkt. Die Klage nach § 197 Abs 2 AktG kann nur innerhalb eines Monats nach der Beschlussfassung erhoben werden.

Bei besonders gravierenden Verstößen sieht das Gesetz die sofortige Nichtigkeit, also ohne vorhergehende Anfechtbarkeit, eines HV-Beschlusses vor. Nichtigkeitsgründe werden in § 199 AktG genannt. Nichtigkeit bedeutet die Wirkungslosigkeit eines HV-Beschlusses wegen eines vom Gesetz als Nichtigkeitsgrund qualifizierten Rechtsverstoßes⁷⁸¹. Im Zweifel ob der Nichtigkeit eines Beschlusses kann der Vorstand gem § 201 AktG eine Nichtigkeitsklage auf Feststellung der Nichtigkeit des HV-Beschlusses erheben. § 199 AktG umfasst zwar eine taxative Aufzählung an Nichtigkeitsgründen, jedoch sind diese zum Teil generalklauselartig gehalten; so ist nach § 199 Abs 1 Z 3 AktG ein HV-Beschluss nichtig, wenn „er mit dem Wesen der Aktiengesellschaft unvereinbar ist oder durch seinen Inhalt Vorschriften verletzt, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutz der Gläubiger der Gesellschaft oder sonst im öffentlichen Interesse gegeben sind“. Die Grenzziehung zwischen unwirksamen, anfechtbaren und von vornherein nichtigen Beschlüssen dürfte sich daher insbesondere wenn dies in einer solchen Situation von den Vorstandsmitgliedern zu beurteilen ist, nicht ganz einfach sein.

Von anfechtbaren und nichtigen Beschlüssen sind die auf verschiedensten Ursachen beruhenden unwirksamen Beschlüsse der HV zu trennen. Unwirksamkeit bedeutet, dass ein Beschluss keine Wirkung entfalten kann, weshalb vom Gesetz auch die Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit solcher Beschlüsse nicht vorgesehen ist. Unwirksamkeit kann nur hervortreten, wenn der Beschluss nicht ohnehin bereits nichtig ist⁷⁸². Unwirksam und damit wirkungslos sind beispielsweise Beschlüsse, welche außerhalb des Wirkungsbereichs der HV beschlossen wurden; wirkungslos sind ferner Beschlüsse, mit welchen sich die HV über absolute Bestellungshindernisse hinwegsetzt und entgegen § 86 Abs 2 S 1 AktG eine juristische Person in den AR wählt⁷⁸³.

b) Entfall der Haftung

Da Vorstandsmitglieder die Gesellschaft prinzipiell eigenverantwortlich leiten kommt eine Haftungsbefreiung aufgrund einer Weisung nicht in Betracht. Zunächst ist festzuhalten,

⁷⁸¹ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 199 Rz 1.

⁷⁸² Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 195 Rz 4.

⁷⁸³ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ § 195 Rz 5.

dass einer Billigung durch den AR niemals haftungsbefreiende Wirkung zukommen kann. Der Gesellschaft gegenüber (nicht jedoch den Gläubigern gegenüber) tritt die Ersatzpflicht gem § 84 Abs 4 S 1 u 2 AktG jedoch nicht ein, wenn die Handlung auf einem im Vorhinein erteilten „gesetzmäßigen“ Beschluss der HV beruht. Ob eine faktische, eindeutig zum Ausdruck gebrachte Billigung durch alle Aktionäre diesen HV-Beschluss ersetzen kann ist strittig⁷⁸⁴. Nachträglich kann die Genehmigung nicht erteilt werden⁷⁸⁵.

Ein **pflichtwidrig herbeigeführter Beschluss**, also ein Beschluss, der vom Vorstand durch falsche/ unvollständige Information erwirkt wurde, hat niemals eine haftungsbefreiende Wirkung, auch nicht dann, wenn dieser mangels Anfechtung wirksam geblieben ist⁷⁸⁶. Im Übrigen wird von der hL⁷⁸⁷ differenziert: **nichtige Beschlüsse** iSd § 199 AktG können keinesfalls von der Ersatzpflicht befreien. Im Zweifelsfall ist das Vorstandsmitglied zur Erhebung der Nichtigkeitsklage nach § 201 AktG verpflichtet⁷⁸⁸. Dasselbe wird wohl auch für **unwirksame Beschlüsse** gelten.

Strittig ist die haftungsbefreiende Wirkung bloß gem § 195 AktG **anfechtbarer Beschlüsse**. Nach §§ 195 iVm 196 Abs 1 Z 4 u 5 „können“ der Vorstand oder dessen Mitglieder Beschlüsse der HV anfechten, eine Verpflichtung dazu besteht hingegen nach dem ausdrücklichen Wortlaut des Gesetzes nicht. Es wird die Ansicht vertreten, dass, ein prinzipiell nach § 195 AktG anfechtbarer Beschluss, der wegen Fristenablaufs (§ 197 Abs 2 AktG) nicht mehr anfechtbar ist, von der Ersatzpflicht befreit⁷⁸⁹. Demnach würde ein mangelhafter Beschluss, der aber weder angefochten wurde noch nichtig ist von der Ersatzpflicht befreien.

⁷⁸⁴ zustimmend Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/417; Kastner/Doralt/Nowotny, GesR⁵ 238; Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 189; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 84 Rz 28; aA Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 115; Frotz in FS Wagner 136, 150ff.

⁷⁸⁵ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 115; Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 84 Rz 28.

⁷⁸⁶ Nowotny in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG § 84 Rz 29; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/418; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 115; Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 188.

⁷⁸⁷ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/418; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 115; Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 187.

⁷⁸⁸ Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 115.

⁷⁸⁹ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/418; Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 187.

Nach einer anderen Ansicht, verpflichtet ein bloß anfechtbarer Beschluss ein Vorstandsmitglied zur Erhebung der Anfechtungsklage, wenn bei Aufrechterhaltung des HV-Beschlusses die Interessen der Gesellschaft verletzt werden würden; unterlässt es die Anfechtung kann es sich nicht auf den HV-Beschluss berufen, weshalb die Unterlassung der Anfechtung Schadenersatzpflichten auslösen kann⁷⁹⁰. Werden die Interessen der Gesellschaft nicht verletzt kann auch der anfechtbare HV-Beschluss haftungsbefreiend wirken. Eine Ähnliche Ansicht vertritt auch *Strasser*⁷⁹¹: er spricht einem wegen Unterlassung der Anfechtungsklage unanfechtbar gewordenem Beschluss zwar prinzipiell haftungsbefreiende Wirkung zu, vertritt jedoch die Ansicht, dass das Vorstandsmitglied wegen pflichtwidriger Unterlassung der Klagseinbringung haftbar gemacht werden kann; die Entscheidung über die Erhebung der Klage liegt in seinem pflichtgemäßen Ermessen.

Gegen eine Versagung der haftungsbefreienden Wirkung bloß anfechtbarer Beschlüsse spricht auf der anderen Seite, dass durch Unterlassung der Anfechtungsklage iSd Rechtssicherheit gerade eine Heilung eintreten soll und bei Verletzung von Gläubigerschutzinteressen der Beschluss ohnehin gem § 199 Abs 1 Z 3 AktG nichtig ist⁷⁹².

5. Haftungsbeschränkung durch das DHG

Das DHG enthält Haftungserleichterungen für Dienstnehmer und arbeitnehmerähnliche Personen. Aufgrund der Weisungsfreiheit von Vorstandsmitgliedern, werden diese jedoch regelmäßig weder als Dienstnehmer noch als arbeitnehmerähnliche Personen qualifiziert⁷⁹³. Nach *stRsp*⁷⁹⁴ und Lehre⁷⁹⁵ sind Ersatzansprüche, welche sich gegen Vorstandsmitglieder richten, jedenfalls nicht nach dem DHG zu beurteilen.

⁷⁹⁰ idS *Kastner/Doralt/Nowotny*, GesR⁵ 238f; *Schlosser*, Organhaftung 119; *Frotz* in FS *Wagner* 155ff; ablehnend *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 187.

⁷⁹¹ *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 115; so auch *Spindler* in *Goette/Habersack*, MünchKomm II³ § 93 Rz 209 „Eine Haftung des Vorstands kommt allerdings dann in Betracht, wenn er es zuvor unterlassen hat gegen den Beschluss rechtzeitig im Wege der Nichtigkeitsklage vorzugehen“; so auch *Mertens* in *KölnKomm* II² § 93 Rz 119 „anfechtbare Beschlüsse, die inzwischen unanfechtbar geworden sind, entlasten den Vorstand nur unter der Voraussetzung, daß er nicht selbst zur Anfechtung des Beschlusses verpflichtet war“.

⁷⁹² *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 188.

⁷⁹³ *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 195; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 95.

⁷⁹⁴ *Ris-Justiz* RS0049472.

⁷⁹⁵ *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 195; *Kalss* in *Kalss/Nowotny Schauer* Rz 3/423; *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 84 Rz 28; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 99.

B. Vertraglicher Haftungsentfall

Die Möglichkeit der vertraglichen Haftungsbeschränkung wird in der Literatur zum Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft sehr wenig behandelt. In Betracht kämen dementsprechende Regelungen durch den Gesellschaftsvertrag, Anstellungsvertrag des Vorstandsmitgliedes im Innenverhältnis oder aber auch Vereinbarungen mit Dritten, beispielsweise mit dem Großaktionär, im Außenverhältnis⁷⁹⁶. Nach *Kalss*⁷⁹⁷ sind vertragliche Haftungsbeschränkungen unter Verweis auf die hA⁷⁹⁸ unzulässig. Eine ausführlichere Stellungnahme fehlt. Auch *Adensamer/Eckert*⁷⁹⁹ stützen sich auf die allgemeine Ansicht und lehnen vertragliche Haftungsbeschränkungen ab. Ihrer Ansicht nach komme jedoch die Zusage einer Schad- und Klagloserklärung durch Dritte, etwa durch die Konzernmutter, in Betracht⁸⁰⁰. *Strasser*⁸⁰¹ begründet die Unzulässigkeit und Nichtigkeit von Haftungseinschränkungen durch Vertrag oder Satzung mit dem zwingenden Charakter des § 84 AktG. *Runggaldier/Schima*⁸⁰² verneinen ebenfalls die Möglichkeit vertraglicher Haftungsbeschränkungen für Vorstandsmitglieder. Als Begründung verweisen sie auf § 84 Abs 4 S 3 AktG wonach die Gesellschaft erst nach fünf Jahren seit der Entstehung des Anspruchs einen Verzicht oder Vergleich dieser Ansprüche vereinbaren kann und das auch nur dann, wenn die HV zustimmt. Umso mehr muss es dann unzulässig sein vor der Entstehung der Ansprüche einen wirksamen Verzicht abzugeben⁸⁰³.

Erwähnenswert ist, dass in der neueren Literatur zum GmbH-Geschäftsführer vertragliche Haftungsbeschränkungen, wenn auch nicht unumstritten und nur in gewissen Grenzen, als zulässig erachtet werden⁸⁰⁴. Eine Parallelbestimmung zu § 84 Abs 4 S 3 AktG, welcher von *Runggaldier/Schima* zur Begründung der Unzulässigkeit vertraglicher Haftungsbeschränkungen für AG Vorstandsmitglieder herangezogen wird, fehlt allerdings im

⁷⁹⁶ *Runggaldier/Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften (1991) 22.

⁷⁹⁷ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/423.

⁷⁹⁸ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/423 unter Verweis auf eine einzige Quelle, nämlich *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 196.

⁷⁹⁹ *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 196 ohne weitere Verweise auf aktienrechtliche Literatur.

⁸⁰⁰ *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 196 unter Verweis auf *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 2/390.

⁸⁰¹ *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ §§ 77 - 84 Rz 99.

⁸⁰² *Runggaldier/Schima*, Rechtsstellung 224.

⁸⁰³ *Runggaldier/Schima*, Rechtsstellung 225.

⁸⁰⁴ Vgl. *Straube/Rauter*, Wege aus dem Labyrinth - Strategien der Haftungsvermeidung für GmbH-Geschäftsführer, JAP 2007/2008/15; *Ratka/Rauter* in *Ratka/Rauter*, Geschäftsführerhaftung Rz 2/277 mwN.

GmbHG. Da also die hL⁸⁰⁵ vertragliche Haftungsbeschränkungen für Vorstandsmitglieder einer AG ablehnt, oberstgerichtliche Rsp nicht existiert und die Heranziehung der Lehre zum GmbH-Geschäftsführer mehr als nur fraglich ist, sollte von vertraglichen Haftungsbeschränkungen als handfestes Instrument zum Zweck der Haftungsvermeidung eher Abstand genommen werden.

C. Haftungsvermeidungsstrategien

Die Auswahl an effektiven Haftungsvermeidungsstrategien hält sich mE in Grenzen und ergibt sich zumeist ohnedies indirekt bereits aus den Verhaltensmaßstäben der Vorstandsmitglieder. Die Stellung der Vorstandsmitglieder an der Spitze eines Unternehmens, die große Verantwortung die sie tragen und die umfassende Leitungskompetenz bringt ein umfassendes Pflichten- und Haftungsnetz mit sich, welches nicht so einfach ausgeschaltet werden kann. Dennoch sollen Strategien der Haftungsminimierung, welche bei der Auseinandersetzung mit der Haftungsproblematik geradezu ins Auge gesprungen sind, an dieser Stelle nicht unerwähnt bleiben.

1. Rechtzeitiger Rücktritt

So wie die Gesellschaft ist auch das Vorstandsmitglied berechtigt sich bei Vorliegen gewisser Umstände vor der regulären Beendigung seiner Tätigkeiten von sich aus durch einseitig, empfangsbedürftige und formlose Willenserklärung von der Gesellschaft zu lösen, obwohl dies im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen ist⁸⁰⁶. Das Gegenstück zur vorzeitigen Abberufung durch den AR ist der vorzeitige Rücktritt durch ein Vorstandsmitglied. Auch das Vorstandsmitglied ist nur bei Vorliegen wichtiger Gründe berechtigt zurückzutreten, wobei auch ein unberechtigter Rücktritt dennoch wirksam ist, jedoch zu Schadenersatzansprüchen der Gesellschaft führen kann⁸⁰⁷. Gegenteiliges ist nur dann anzunehmen, wenn die

⁸⁰⁵ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/423; Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 196; Runggaldier/Schima, Rechtsstellung 224.

⁸⁰⁶ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/313; Runggaldier/Schima, Rechtsstellung 165ff.

⁸⁰⁷ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/313; Runggaldier/Schima, Rechtsstellung 165; Spindler in Goette/Habersack, MünchKomm II³ § 84 Rz 146.

Amtsniederlegung rechtsmissbräuchlich ist, also etwa zur Unzeit erfolgt, was insbesondere in Unternehmenskrisen der Fall sein kann⁸⁰⁸.

Ein wichtiger Grund kann beispielsweise angenommen werden bei verweigerter Entlastung⁸⁰⁹ oder bei rechtswidrigen Eingriffen in die Unternehmensleitung, ehrenverletzende Äußerungen des AR aber auch bei Gründen die eigentlich das Anstellungsverhältnis betreffen wie beispielsweise Nichtbezahlung der gebührenden Bezüge⁸¹⁰. Einen berechtigten Rücktrittsgrund für den Fall, dass ein mehrgliedriger Vorstand eingerichtet ist, stellt es auch dar, wenn ein oder mehrere Vorstandsmitglieder ihre Pflichten vernachlässigen, das pflichtgetreue Vorstandsmitglied die Erfüllung dieser Pflichten nicht durchsetzen kann und sich so ohne Rücktritt der Gefahr einer Haftung aussetzen würde⁸¹¹. Insbesondere in Hinblick auf die den Gesamtvorstand treffenden Pflichten ist dieser Gesichtspunkt der Haftungsbefreiung durch Rücktritt von Bedeutung.

Ein Anspruch auf Schadenersatz kann nur dann bestehen, wenn die fragliche Person zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung die Position eines Vorstandsmitgliedes inne hatte. Diese Stellung muss zum Zeitpunkt der Pflichtverletzung vorliegen, allerdings nicht zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme⁸¹². Die Beendigung des Organverhältnisses bei davor bereits erfolgter Pflichtverletzung befreit also selbstverständlich nicht von der Haftung.

2. Dokumentation, Überwachung und Organisation

Wichtig zu erwähnen erscheint auch der Teilaspekt der Dokumentation interner Unternehmensabläufe und Entscheidungsprozesse. Nach § 84 Abs 1 AktG haben die Vorstandsmitglieder bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Sie trifft keine Erfolgshaftung für fehgeschlagene Entscheidungen oder gar grundsätzlich das Unternehmensrisiko. Sie schulden branchen-, größen-, und situationsadäquates Bemühen, wobei auch gewagte Geschäfte grundsätzlich zulässig sind, sofern das Organmitglied auf der Grundlage ausreichender Information vernünftiger Weise annahmen durfte seine unternehmerische Entscheidung zum

⁸⁰⁸ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/313; Spindler in Goette/Habersack, MünchKomm II³ § 84 Rz 146.

⁸⁰⁹ Spindler in Goette/Habersack, MünchKomm II³ § 84 Rz 146; aA Runggaldier/Schima, Rechtsstellung 167.

⁸¹⁰ Runggaldier/Schima, Rechtsstellung 166f.

⁸¹¹ Runggaldier/Schima, Rechtsstellung 167.

⁸¹² Ratka/Rauter in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung Rz 2/33.

Wohle des Unternehmens zu treffen. Entscheidet das Vorstandsmitglied aufgrund ausreichender Information und wiegt es Chancen und Risiken sorgfältig gegeneinander ab, haftet es für das Fehlschlagen der unternehmerischen Entscheidung nicht. Um als Vorstandsmitglied im Falle einer zivilrechtlichen Inanspruchnahme nicht in Beweisnot zu geraten empfiehlt sich deshalb die lückenlose Dokumentation besonders kritischer Geschäftsvorgänge im speziellen sowie die Dokumentation der einer unternehmerischen Entscheidung zu Grunde liegenden Information ebenso wie die Gründe für diese Entscheidung. Mit Hilfe der Dokumentation sollten die Gründe für eine unternehmerische Entscheidung nachvollziehbar dargestellt werden können⁸¹³.

Dasselbe gilt sinngemäß auch in Hinblick auf die Überwachung und Organisation des Unternehmens. Die Dokumentation in Form von schriftlichen Verfahrensbeschreibungen bzw. Handbüchern der eingerichteten Systeme (RMS, IKS, Compliance-Organisation) dient darüber hinaus auch der Instruktion der Mitarbeiter und soll so auch die Funktionsfähigkeit dieser Systeme gewährleisten⁸¹⁴. Aus diesen Unterlagen sollte das Umgehen mit Risiken genau hervorgehen, so vor allem die Maßnahmen zur Identifikation und Steuerung der Risiken sowie die Verantwortlichkeiten der einzelnen Personen und Schulungsmaßnahmen⁸¹⁵. Gerade bei Mängeln in der Dokumentation kann es schnell passieren, dass Informations- und oder Wissenslücken auftreten und dadurch die eingerichteten Systeme nicht wie gedacht funktionieren⁸¹⁶.

Allgemein kann wohl gesagt werden, je verständlicher und nachvollziehbarer ein Vorstandsmitglied dartin kann, für die interne Organisation und Überwachung gesorgt zu haben, desto geringer wird vermutlich sein eigenes Haftungsrisiko sein⁸¹⁷. Insbesondere empfiehlt sich auch die Einrichtung eines gut funktionierenden und verlässlichen Risikofrühwarnsystems - welches im Übrigen ohnedies auch verpflichtend einzurichten ist. Besonders gut lassen sich diese Feststellungen am Beispiel der insolvenzrechtlichen Haftung veranschaulichen. Das Rechnungswesen sollte nämlich tunlichst so organisiert sein, dass Verluste unverzüglich bei deren Eintritt erkennbar werden und der Vorstand ohne Verzögerung von der Verlustsituation Kenntnis erlangt.

⁸¹³ Schirmer/Uitz in Barbist/Ahammer, Compliance 22.

⁸¹⁴ Büchele, GesRZ 2003, 231f.

⁸¹⁵ Büchele, GesRZ 2003, 232.

⁸¹⁶ Büchele, GesRZ 2003, 232.

⁸¹⁷ Schirmer/Uitz, RdW 2010, 202.

3. Sonstiges

Gewisse Haftungserleichterungen ergeben sich für den Fall, dass ein mehrgliedriger Vorstand eingerichtet ist und eine wirksame Geschäftsverteilung existiert. In diesem Fall haftet jedes Vorstandsmitglied vordergründig nur für Verfehlungen in seinem eigenen Geschäftsbereich. Dennoch darf nicht übersehen werden, dass Auswahl-, Überwachungs- und im Anlassfall Interventionspflichten bestehen für deren Verletzung sehr wohl gehaftet wird. Innerhalb eines mehrgliedrigen Vorstandes sollte daher ein gegenseitiges Informations- und Überwachungswesen aufgebaut sein, welches nicht zuletzt auch den Informationsfluss untereinander einwandfrei gewährleisten muss. Dasselbe gilt sinngemäß für die Delegation von Vorstandsaufgaben an andere Personen als Vorstandskollegen.

Wie bereits erwähnt dient auch die Einrichtung eines Compliance-Systems der Haftungsvermeidung. Zu guter Letzt ist noch zu sagen, dass in bestimmten Fällen das Verlangen des Vorstandes nach einer Entscheidung der HV über Geschäftsführungsmaßnahmen ein geeignetes Instrument der Haftungsvermeidung darstellen kann. Zu beachten ist vor allem, dass der HV-Beschluss „wirksam“ ist und, dass die Entscheidungskompetenz der HV nicht über Gebühr mit dem Hauptzweck der persönlichen Haftungsvermeidung in Anspruch genommen wird.

D. Haftungsabdeckung durch D&O-Versicherung

Ein Punkt, welcher bei der Thematisierung von Haftungsrisiken der Verwaltungsmitglieder einer AG mittlerweile nicht mehr unerwähnt bleiben kann, ist jener der aus dem angloamerikanischen Raum stammenden Directors' & Officers' Liability Insurance, welche sich auch im deutschen Sprachraum unter der Bezeichnung „D&O-Versicherung“ oder auch „Managerversicherung“ eingebürgert hat. Dabei handelt es sich um eine Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung, welche bei Inanspruchnahme des versicherten Vorstandsmitgliedes den bei der Gesellschaft oder Dritten durch die Vorstandstätigkeit verursachten Schaden abdeckt. Versichert ist also sowohl die Innen- als auch die Außenhaftung⁸¹⁸. Derartige Versicherungslösungen sind prinzipiell zulässig und in

⁸¹⁸ Beckmann in Beckmann/Matusche-Beckmann, Versicherungsrechtshandbuch² (2009), § 28 Rz 48.

der Praxis auch recht häufig⁸¹⁹. Ein Vorstandsmitglied kann sich selbst versichern, jedoch schließt in den meisten Fällen bereits die Gesellschaft mit dem Versicherungsunternehmen eine D&O-Versicherung für die Vorstandsmitglieder ab⁸²⁰.

Bei einer Versicherung durch die Gesellschaft für den Vorstand werden die Prämienzahlungen für die Versicherung als Teil des Vorstandsgehalts angesehen⁸²¹. Wie bei jeder Versicherung sind auch bei der D&O-Versicherung gewisse Risiken vom Versicherungsschutz ausgeschlossen. So besteht beispielsweise ua kein Schutz bei Vorsatz oder wissentlicher Pflichtverletzung, Ansprüche in Zusammenhang mit Umweltschäden oder Fällen der Produkthaftung⁸²².

Zum Schutz des persönlichen Privatvermögens, mit welchem das Vorstandsmitglied sonst haften würde, ist eine D&O-Versicherung mit Sicherheit ein probates Mittel. Zu erwähnen ist aber, dass der Abschluss einer Versicherung keine Möglichkeit zur Vermeidung des Eintritts der Haftung an sich ist. Sie deckt „nur“ bei bereits eingetretenem Haftungsfall, den Schaden ab. Daher ist mE doch darauf hinzuweisen, dass das Bestehen einer Versicherung nicht die Lösung für alles ist. Zum einen gilt es zu bedenken, dass die Aussicht auf eine Versicherungsdeckung in entsprechender Höhe sowie der - wegen der Liquidität des Versicherungsunternehmens - vermutlich zeitnahe Erhalt der Schadenssumme vielleicht sogar einen Anstoß dafür geben könnte, das eigene Vorstandsmitglied „schneller“ in Anspruch zu nehmen, als in dem Fall, dass kein Versicherungsschutz vorhanden ist. Zum anderen ist die Inanspruchnahme eines Vorstandsmitgliedes auf Schadenersatz für das betreffende Vorstandsmitglied zumindest in der eigenen Branche aus Prestigegründen und in Hinblick auf sein weiteres berufliches Fortkommen immer von Nachteil; davor schützt auch eine D&O-Versicherung nicht.

Zusammenfassung

Ein Anspruch auf Schadenersatz entfällt naturgemäß nach Ablauf der Verjährungsfrist. Diese beträgt gegenüber der Gesellschaft fünf Jahre (§ 84 Abs 6 AktG) und gegenüber Dritten drei Jahre (§ 1489 ABGB). Die absolute Verjährungsfrist beträgt 30 bzw 40 Jahre (§ 1485 ABGB). Ein zumindest teilweiser Haftungsentfall durch Verzicht oder Vergleich ist

⁸¹⁹ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/453.

⁸²⁰ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/453.

⁸²¹ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/453.

⁸²² Gisch in Ratka/Rauter, Geschäftsführerhaftung Rz 8/39ff.

gegenüber der Gesellschaft erst nach Ablauf von fünf Jahren möglich; zusätzlich darf kein Widerspruch durch 20% der Aktionäre vorliegen (§ 84 Abs 4 S 3 AktG). Der durch die HV erteilten Entlastung kommt keine solche Verzichtswirkung zu. Beruht eine Maßnahme der Geschäftsführung auf einem „wirksamen“ Beschluss der HV, wird dadurch gem § 84 Abs 4 S 1 AktG die Haftung der Vorstandsmitglieder gegenüber der AG ausgeschlossen. Pflichtwidrig herbeigeführte, nichtige oder unwirksame Beschlüsse befreien nicht von der Haftung. Sowohl der Verzicht oder der Vergleich der Gesellschaft als auch ein HV-Beschluss haben auf die Ansprüche Dritter keine Auswirkungen. Ferner kommen die Haftungserleichterungen des DHG für Vorstandsmitglieder nicht zur Anwendung. Vertragliche Haftungsbeschränkungen für Vorstandsmitglieder gegenüber der AG sind nach hA unzulässig.

Als Strategie zur Haftungsvermeidung kommt zunächst der rechtzeitige Rücktritt in Betracht. Beruft sich ein Vorstandsmitglied auf den haftungsfreien unternehmerischen Ermessensspielraum, ist es wesentlich, dass Entscheidungsgrundlagen vom Vorstandsmitglied sorgfältig ermittelt wurden. Es empfiehlt sich daher ferner eine lückenlose Dokumentation auf Grund derer die Beweggründe für eine unternehmerische Entscheidung nachvollzogen werden können. Instrumente der Haftungsvermeidung bilden in gewissen Grenzen auch die Delegation von Aufgaben und die Einrichtung einer Geschäftsverteilung, ebenso wie der Aufbau einer sachgerechten Organisation und Überwachung - innerhalb des Vorstandes selbst als auch auf horizontaler Ebene - und eines gut funktionierenden Risikofrüherkennungssystems. Je verständlicher und nachvollziehbarer ein Vorstandsmitglied dartun kann für die interne Organisation und Überwachung gesorgt zu haben, desto geringer wird vermutlich sein eigenes Haftungsrisiko sein.

Durch Abschluss einer D&O-Versicherung wird bei Eintritt der Haftung die Schadenssumme von der Versicherung gedeckt. Dadurch kann sich das in Anspruch genommene Vorstandsmitglied vor persönlichen Vermögensschäden schützen.

V. Sonderfall Börse- und Kapitalmarktrecht

Im österreichischen Kapitalgesellschaftsrecht kann allgemein hin zwischen kapitalmarktoffener und kapitalmarktferner Gesellschaft unterschieden werden⁸²³. Damit gemeint ist meistens die Differenzierung zwischen AG, als kapitalmarktoffene Gesellschaft, und GmbH, als kapitalmarktferne Gesellschaft. In den vergangenen zehn bis fünfzehn Jahren kam es auf normativer Ebene jedoch zu einem Wandel innerhalb der Gesellschaftsform der AG als solche, nämlich hin zur börsennotierten AG als eigenständiger Typus⁸²⁴. Börsennotierte Aktiengesellschaften unterliegen generell einer höheren, gesetzlich zwingend vorgegebenen Regelungsdichte (vereinzelt wurde in den vorangegangenen Kapiteln dieser Arbeit bereits darauf hingewiesen). Obwohl eine normative Trennung zwischen börsennotierter AG und nicht-börsennotierter AG vermehrt auch im aktienrechtlichen und im unternehmensrechtlichen Regelungsbestand auftritt (zuletzt beispielsweise mit der Einführung des §§ 243 lit a u lit b UGB durch das URÄG 2008⁸²⁵) finden sich spezielle Vorschriften in Bezug auf die „Börsenaktiengesellschaft“⁸²⁶ vor allem in kapitalmarktrechtlichen Rechtsvorschriften wie dem KMG und dem BörseG. Besonders wichtig zu erwähnen sind hierbei die kapitalmarktrechtlichen Informationspflichten von an der Börse notierenden AGs, da diese im Falle einer Börsennotierung naturgemäß besonders weitreichend sind. Die Informationspflichten einer Gesellschaft finden ihre normativen Grundlagen zwar sowohl im Aktien- bzw Unternehmensrecht als auch im Kapitalmarktrecht. Während die aktien- bzw unternehmensrechtlichen Informationen primär an den AR, die Aktionäre oder die Gläubiger gerichtet sind, bezwecken die kapitalmarktrechtlichen Informationspflichten vielmehr auch die Information eines breiten potentiellen Anlegerpublikums. Als wichtiger Sonderfall, welcher nur die Vorstandsmitglieder einer börsennotierten AG betrifft und daher bei anderen Gesellschaftsformen in vergleichbarer Weise nicht auftreten kann, wird daher in diesem Kapitel auf die kapitalmarktrechtlichen Informationspflichten, die Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder für deren Einhaltung sowie die Haftung der Vorstandsmitglieder bei Regelverstößen, etwas detaillierter eingegangen.

⁸²³ Kalss/Schauer, Reform 66.

⁸²⁴ Kalss/Schauer, Reform 60.

⁸²⁵ URÄG 2008 BGBl I 2008/70.

⁸²⁶ Kalss/Schauer, Reform 60.

A. Überblick über die Börse und Kapitalmarkt-Platzierungen

Die Börse ist ein „Markt, auf dem für Wertpapiere bzw. Waren nach Angebot und Nachfrage Preise gebildet werden“⁸²⁷. In Österreich darf eine Börse ausschließlich als konzessioniertes Börseunternehmen in Form einer Aktiengesellschaft betrieben werden⁸²⁸. Am 03.04.1998 wurde daher mit Bescheid vom BMF dem Börseunternehmen Wiener Börse AG die Konzession für die Leitung und Verwaltung der Wiener Börse als Wertpapier- und allgemeine Warenbörse übertragen⁸²⁹. Seit der BörseG-Nov 2007⁸³⁰ wird an der Börse zwischen dem Betrieb von geregelten Märkten und dem Betrieb eines multilateralen Handelssystems (MTF – Multilateral Trading Facility) unterschieden⁸³¹. Von der Wiener Börse AG werden drei Märkte betrieben: der Markt des Amtlichen Handels, der Geregelte Freiverkehr sowie der unregelmäßige Dritte Markt. Der Amtliche Handel und der Geregelte Freiverkehr sind geregelte Märkte iSd § 1 Abs 2 BörseG. Nach § 2 Abs 2 lit a BörseG kann die Wiener Börse AG mit Bewilligung der FMA auch ein multilaterales Handelssystem betreiben. Ein derartiges multilaterales Handelssystem ist der unregelmäßige Dritte Markt⁸³². Die an diesen Märkten gehandelten Finanzinstrumente werden in Segmente unterteilt. Eines dieser Marktsegmente ist der equity market; dieser umfasst alle zum geregelten Markt zugelassenen Aktien und Partizipationsscheine⁸³³. Der equity market wird in weitere Segmente eingeteilt wobei eines davon der prime market ist. Die Zulassungskriterien und Folgepflichten sind im „Regelwerk Prime Market“⁸³⁴ geregelt. Dieses Regelwerk sieht ua Transparenz-, Qualitäts- und Publizitätskriterien vor, welche über die gesetzlichen Vorgaben hinausgehen und zu deren Einhaltung der Emittent vertraglich verpflichtet ist, wenn er Wertpapiere am prime market handelt⁸³⁵.

⁸²⁷ Wiener Börse, Das große Börselexikon <http://www.wienerborse.at/beginner/lexicon/2/704> (25.02.2010).

⁸²⁸ Luschin/Warzecha/Salcher, Der Gang an die Börse (2004) 60.

⁸²⁹ Erbler, ecolex 2008, 962; Bestimmungen betreffend das Börseunternehmen vgl § 2ff BörseG.

⁸³⁰ BörseG BGBl I 2007/19.

⁸³¹ Wiener Börse, Marktsegmentierung der Wiener Börse AG (2009) 3 http://www.wienerborse.at/static/cms/sites/wbag/media/de/pdf/marketplace_products/marktsegmentierung.pdf (26.02.2010).

⁸³² Wiener Börse, Marktsegmentierung 3.

⁸³³ Wiener Börse, Marktsegmentierung 5 http://www.wienerborse.at/static/cms/sites/wbag/media/de/pdf/marketplace_products/marktsegmentierung.pdf (26.02.2010).

⁸³⁴ Wiener Börse, Regelwerk Prime market http://www.wienerborse.at/static/cms/sites/wbag/media/de/pdf/marketplace_products/regelwerk_primemarket.pdf (26.02.2010).

⁸³⁵ Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 12 Rz 13.

Damit Aktien an einem geregelten Markt überhaupt gehandelt werden können müssen strenge, gesetzlich geregelte materielle Zulassungsvoraussetzungen erfüllt sein (§§ 66 lit a bzw 68 BörseG). Zusätzlich muss der Emittent beim Börseunternehmen einen Antrag auf Zulassung zum Amtlichen Handel oder Geregelten Freiverkehr stellen (§§ 66 bzw 67 BörseG)⁸³⁶. Der Antragsinhalt sowie diesem verpflichtend anzuschließende Beilagen werden ebenfalls durch das Gesetz genau festgelegt (§ 72 BörseG). Diese Voraussetzungen werden durch das Börseunternehmen geprüft und bei deren Vorliegen die Zulassung mit Bescheid erteilt⁸³⁷. Durch den Bescheid wird ein öffentlich rechtliches Zulassungs- und Notierungsverhältnis zwischen Emittent und Börseunternehmen begründet⁸³⁸. Zusätzlich können sie zur Zulassung und Aufnahme in den an der Wiener Börse etablierten Marktsegmenten (beispielsweise dem prime market) eine privatrechtliche Vereinbarung schließen⁸³⁹.

Wertpapiere, die nicht am geregelten Markt zugelassen sind, können am ungeregelten Dritten Markt gehandelt werden. Wie der Name schon sagt sind die Aufnahmekriterien, so wie auch die dem Emittenten auferlegten Verpflichtungen nach der erfolgten Zulassung, am ungeregelten Markt weitaus geringer als jene am geregelten Markt. Die Zulassung und der Handel von Finanzinstrumenten und Emissionsprogrammen am Dritten Markt unterscheiden sich von der Zulassung und dem Handel an geregelten Märkten und richten sich nach den "Bedingungen für den Betrieb des Dritten Marktes"⁸⁴⁰. Die Voraussetzungen für die Einbeziehung von Finanzinstrumenten und Emissionsprogrammen am Dritten Markt werden in § 6 der Bedingungen für den Betrieb des Dritten Marktes festgelegt. Dieser regelt die Notwendigkeit der Einbringung eines Antrags auf Einbeziehung in den Dritten Markt, dessen Inhalt und diesem anzuschließende Beilagen sowie materielle Voraussetzungen für die Zulassung. Die Einbeziehung erfolgt gem dessen Abs 1 durch Beschluss des Börseunternehmens.

Will ein Unternehmen über den Kapitalmarkt Finanzierungsmittel aufnehmen, so hat es die Wahl diese Anlageinstrumente privat oder öffentlich zu platzieren⁸⁴¹. Je nachdem

⁸³⁶ *Erbler*, *ecolex* 2008, 963.

⁸³⁷ *Erbler*, *ecolex* 2008, 962.

⁸³⁸ *Kalss/Oppitz/Zollner*, *Kapitalmarktrecht* § 12 Rz 12.

⁸³⁹ *Kalss/Oppitz/Zollner*, *Kapitalmarktrecht* § 12 Rz 13.

⁸⁴⁰ *Erbler*, *ecolex* 2008, 965; siehe *Wiener Börse*, Bedingungen für den Betrieb des Dritten Marktes www.wienerborse.at/static/cms/sites/wbag/media/de/pdf/agb/agb_5_1.pdf (26.02.2010).

⁸⁴¹ *Kalss/Oppitz/Zollner*, *Kapitalmarktrecht* § 9 Rz 4.

unterscheidet man zwischen einer öffentlichen Platzierung durch öffentliches Angebot oder einer Privatplatzierung, auch Private Placement genannt. Naturgemäß vom Private Placement umfasst ist das private Anbieten von Wertpapieren einer Gesellschaft an ausgewählte Investoren. Es wird auch danach differenziert ob ein Wertpapier erstmalig oder ein weiteres Mal angeboten wird. Der Börsengang beispielsweise, Initial Public Offering, ist das erstmalige öffentliche Anbieten von Wertpapieren am Kapitalmarkt⁸⁴². Eine öffentliche Platzierung liegt aber nicht nur beim Börsengang vor; auch Folgeemissionen können durch öffentliches Anbieten am Kapitalmarkt platziert werden⁸⁴³. Paradebeispiel ist die Schaffung neuer Aktien durch Kapitalerhöhung (Platzierung von eigenen Anteilen am Kapitalmarkt). Gegenüber dem Initial Public Offering steht das Secondary Offering. Dieser Begriff umfasst idR den Verkauf von Aktien eines bereits börsennotierten Unternehmens. Gleich wie das erstmalige Anbieten kann auch das Secondary Offering entweder privat oder öffentlich erfolgen. Im Übrigen können Wertpapiere nicht nur durch den Emittenten selbst sondern auch durch Finanzintermediäre, also gewerbliche Anbieter wie beispielsweise Banken, Versicherungen oder Investmentgesellschaften, platziert werden.

B. Kapitalmarkt und Kapitalmarktrecht

Das Kapitalmarktrecht ist ein klassisches Querschnittsrecht⁸⁴⁴. Es besteht sowohl aus aufsichts- und verwaltungsrechtlichen als auch aus straf- und zivilrechtlichen Normen. Es ist auch nicht in einem einzigen „Hauptgesetz“ geregelt sondern findet sich vielmehr verstreut in mehreren Einzelgesetzen verstreut. Den Kernbestand des österreichischen Kapitalmarktrechts bilden BörseG, KMG, WAG, ÜbG und FMAG⁸⁴⁵. Inhaltlich umfasst es grob eingeteilt drei große Regelungsbereiche, nämlich Bestimmungen betreffend 1) Marktorganisation, 2) Marktverhalten und 3) Marktaufsicht⁸⁴⁶. Für die Zwecke dieser Arbeit interessant ist das Marktverhaltensrecht, da dieses ua die Informationspflichten der Marktteilnehmer umfasst. Dabei handelt es sich weitgehend um zwingendes Recht⁸⁴⁷. Das Kapitalmarktrecht verfolgt in erster Linie zwei fundamentale Regelungszwecke⁸⁴⁸: den Funktionsschutz des Marktes und

⁸⁴² Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 9 Rz 6.

⁸⁴³ Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 9 Rz 14.

⁸⁴⁴ Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 1 Rz 13.

⁸⁴⁵ Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 1 Rz 80.

⁸⁴⁶ Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 1 Rz 14.

⁸⁴⁷ Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 1 Rz 15.

⁸⁴⁸ Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 1 Rz 18ff.

den Schutz der einzelnen Marktteilnehmer – insbesondere den Anlegerschutz. Zur Sicherstellung dieser Ziele wird das Regelwerk des Kapitalmarktrechts getragen von den Prinzipien der Markttransparenz, der Marktintegrität, des Gleichbehandlungsgebots sowie der Sicherstellung einer informierten Anlage- und Wiederveräußerungsentscheidung⁸⁴⁹.

Der Kapitalmarkt wird grundsätzlich unterteilt in Primär- und Sekundärmarkt⁸⁵⁰: Der Primärmarkt ist jener Markt, auf dem ein neues Wertpapier erstmals platziert wird, also erstmalig ausgegeben und an Anleger verkauft wird - sog Emission des Wertpapiers. Kennzeichnend dafür ist, dass sich die Erstplatzierung ohne den Handel an der Börse vollzieht. Mit dem Börsegang⁸⁵¹, in der Praxis oft auch mit Initial Public Offering (IPO) oder Going Public bezeichnet, wird durch den Verkauf von Unternehmensanteilen, bei der AG also Aktien, an ein anlagesuchendes Publikum das Unternehmen an der Börse eingeführt⁸⁵². Demgemäß bildet der Börsegang das erstmalige öffentliche Anbieten der Aktien auf dem Kapitalmarkt⁸⁵³. Am Sekundärmarkt hingegen sind die Wertpapiere bereits platziert und werden dort gehandelt; bekanntester Sekundärmarkt sind die Börsen. Dementsprechend wird auch zwischen Informationspflichten am Primärmarkt und solchen am Sekundärmarkt unterschieden.

C. Kapitalmarktrechtliche Informationspflichten

Durch die kapitalmarktrechtlichen Rechtsgrundlagen werden den Emittenten verschiedene Informationspflichten zum Zweck der Vermeidung von Informationsasymmetrien am Kapitalmarkt, insbesondere zwischen Emittenten und (potentiellen) Anlegern, zugewiesen⁸⁵⁴. Die Informationspflichten am Primärmarkt erstrecken sich im Wesentlichen in der Form der Prospektpflicht (§ 2 KMG sowie §§ 72 u 74 BörseG). Die Informationspflichten am Sekundärmarkt umfassen die Regelpublizität (§§ 87 u 82 Abs 4 BörseG), die ad-hoc-Publizität (§ 48 lit d BörseG), die Beteiligungspublizität (§§ 91ff

⁸⁴⁹ Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 1 Rz 31.

⁸⁵⁰ Haas, Lehrheft – Wirtschaftsprüfer Grundzüge des Kapitalmarktrechts, Wirtschaftsrecht Heft 14, 2006 http://www.lwahaas.de/lehrgangswerk/content/internet/inhalte/service/05/musterheft_wp.pdf (07.11.2009).

⁸⁵¹ Vgl ausführlich zum Börsegang Wiener Börse, Der Börsegang www.wienerborse.at/static/cms/sites/wbag/media/de/pdf/service/publikationen/boersegang.pdf (26.02.2010).

⁸⁵² Wiener Börse, Das große Börselexikon <http://www.wienerborse.at/beginner/lexikon/9/338> (25.02.2010).

⁸⁵³ Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 1 Rz 11.

⁸⁵⁴ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/68.

BörseG), Informationspflichten betreffend Erwerb und Veräußerung eigener Aktien (§ 82 Abs 9 BörseG), Offenlegungspflichten betreffend Directors' Dealings (§ 48 lit d Abs 4 BörseG) sowie spezifische Offenlegungspflichten für das Übernahmeverfahren (§§ 5 u 6 ÜbG). Für den unregulierten Dritten Markt bestimmt § 8 der Bedingungen für den Betrieb des Dritten Marktes die Informationspflichten während aufrechter Einbeziehung. Demnach hat das Börsemitglied alle wichtigen Informationen über den Emittenten und dessen Finanzinstrumente sowie wesentliche Änderungen unverzüglich bekannt zu geben. Als wichtige Informationen werden insbesondere angeführt, Änderungen der Rechtsgrundlagen und des Firmawortlautes des Emittenten, im Falle von Beteiligungspapieren Kapitalmaßnahmen, im Falle von Nichtdividendenwerten Änderungen des Zinssatzes und vorzeitige Tilgung. Darin erschöpfen sich die Informationspflichten des Dritten Marktes. Sie sind also wesentlich lockerer gestaltet als jene am regulierten Markt.

1. Informationspflichten am Primärmarkt

Zentrale Informationspflicht am Primärmarkt ist die Prospektpflicht. Die maßgebliche Rechtsgrundlage für die Prospektpflicht bildet das KMG von 1995⁸⁵⁵ idF der KMG-Nov 2007⁸⁵⁶, wodurch es an die Vorgaben der RL über Märkte für Finanzinstrumente⁸⁵⁷ und an die RL 2006/48/EG⁸⁵⁸ angepasst wurde. Davor brachte bereits die KMG-Nov 2005⁸⁵⁹ durch die Umsetzung der ProspektRL⁸⁶⁰ sowie der ProspektVO⁸⁶¹ eine wesentliche Angleichung an die europarechtlichen Vorgaben. Diesen Neuregelungen im KMG wurde das BörseG angepasst. Insbesondere wurden die Prospektregeln für Verkaufsprospekte bei einem öffentlichen Angebot und für Prospekte bei Börsenzulassung vereinheitlicht⁸⁶². Die Prospektpflicht bzw

⁸⁵⁵ KMG BGBl 1991/625.

⁸⁵⁶ KMG BGBl I 2007/60.

⁸⁵⁷ RL 2004/39/EG des europäischen Parlaments und des Rates v 21.4.2009 über Märkte für Finanzinstrumente, ABi L 2004/145, 1.

⁸⁵⁸ RL 2006/48/EG des europäischen Parlaments und des Rates v 14.6.2006 über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit von Kreditinstituten, ABi L 2006/177, 1.

⁸⁵⁹ KMG BGBl I 2005/78.

⁸⁶⁰ RL 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 4.11.2003 betreffend den Prospekt, der beim öffentlichen Angebot von Wertpapieren oder bei deren Zulassung zum Handel zu veröffentlichen ist, ABi L 2003/345, 64.

⁸⁶¹ VO (EG) 809/2004 der Kommission v 29.4.2004 zur Umsetzung der Richtlinie 2003/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates betreffend die in Prospekten enthaltenen Informationen sowie das Format, die Aufnahme von Informationen mittels Verweis und die Veröffentlichung solcher Prospekte und die Verbreitung von Werbung, ABi L 2004/149, 1.

⁸⁶² *Bauer*, Das öffentliche Angebot im KMG, GeS 2007, 342 (342).

Prospekthaftung für Prospekte bei öffentlichen Angeboten und für Prospekte zur Zulassung an einem geregelten Markt sind ident.

a) Prospektpflicht

In der Prospektpflicht bzw Prospekthaftung spiegeln sich die allgemeinen Grundsätze der Haftung wegen vorvertraglicher Pflichtverletzung wieder. Ein Veräußerer hat den Anleger vor dem Kauf der Wertpapiere über relevante Umstände aufzuklären; bei der Prospektpflicht geht es darum die Verletzung von Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten, die schon vor Geschäftsabschluss bestehen zu verhindern⁸⁶³. Die zentrale Regelung der Prospektpflicht befindet sich in § 2 Abs 1 KMG. Demnach dürfen Wertpapiere oder Veranlagungen nur öffentlich angeboten werden, wenn das Publikum vorab durch einen dem Gesetz entsprechenden und von der FMA gebilligten Prospekt informiert wurde.

Eine Definition des Terminus „öffentliches Angebot“ bietet § 1 Abs 1 KMG: ein öffentliches Angebot ist 1) eine Mitteilung an das 2) Publikum in 3) jedweder Form und auf jedwede Art und Weise, die 4) ausreichend Informationen über die Bedingungen eines Angebots (oder einer Einladung zur Zeichnung) von Wertpapieren oder Veranlagungen und über die anzubietenden Wertpapiere oder Veranlagungen enthält, um einen Anleger in die Lage zu versetzen, sich für den Kauf oder die Zeichnung dieser Wertpapiere oder Veranlagungen zu entscheiden. In dieser Mitteilung muss die Verkaufsabsicht klar zum Ausdruck kommen und sie muss konkrete Angaben zu den Erwerbsbedingungen enthalten, sodass der Anleger eine Kauf- oder Verkaufsentscheidung treffen kann⁸⁶⁴. Außerdem muss es sich um ein inländisches Angebot handeln, welches sich an eine Vielzahl (mindestens 100) anonymer Personen richtet⁸⁶⁵. Der Prospektpflicht unterliegt nicht nur das erste öffentliche Angebot, sondern auch jedes weitere öffentliche Angebot⁸⁶⁶.

Die Pflicht zur Erstellung eines Prospekts besteht also bei jedem öffentlichen Angebot im Inland. Ob die Wertpapiere aus dem Altbestand des Unternehmens stammen oder durch Kapitalerhöhung neue Wertpapiere geschaffen wurden oder ob diese erstmalig oder schon

⁸⁶³ OGH 27.06.2006, 3 Ob 75/06k mwN oberstgerichtlicher Rsp; *Adensamer/Eckert in Kalss*, Vorstandshaftung 229.

⁸⁶⁴ *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht § 10 Rz 5, 12; *Rath/Radhuber*, Alles neu, alles anders? Das KMG nach Umsetzung der ProspektRL, *ecolex* 2006, 264 (264).

⁸⁶⁵ *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht § 10 Rz 7f.

⁸⁶⁶ *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht § 10 Rz 17.

zum zweiten Mal angeboten werden ist für die Prospektpflicht irrelevant⁸⁶⁷. Da nicht nur das erstmalige öffentliche Angebot die Prospektpflicht auslöst, sondern auch jedes weitere öffentliche Angebot, ist auch ein Secondary Public Offering prospektpflichtig. In einem solchen Fall bietet der Ersterwerber (meistens ein Großanleger) seine Wertpapiere öffentlich an⁸⁶⁸. Auch bei Kapitalerhöhungen besteht für neu geschaffene Aktien grundsätzlich eine Prospektpflicht⁸⁶⁹. Kraft ausdrücklicher Anordnung in § 1 Abs 1 letzter S KMG fällt auch ein zunächst an Finanzintermediäre gestelltes Angebot unter diese Definition des kapitalmarktrechtlichen öffentlichen Angebots, sofern diese Finanzintermediäre die Wertpapiere an Anleger weiterverkaufen. Es gilt daher auch die Platzierung durch Finanzintermediäre als prospektpflichtiges öffentliches Angebot.

Jedenfalls ist nach § 72 Abs 3 Z 7 BörseG dem Antrag auf Zulassung eines Wertpapiers oder eines Emissionsprogramms zum Amtlichen Handel oder zum Geregelten Freiverkehr der gem § 74 BörseG oder sonst gem der Prospekt-RL gebilligte Prospekt samt Bestätigung der FMA beizulegen. Ebenso bestimmt § 6 Abs 2 der Bedingungen für den Betrieb des Dritten Marktes, dass die Entsprechung der Prospektpflichten auf Grund bundesgesetzlicher Regelungen oder EU-rechtlicher Bestimmungen eine Voraussetzung für die Einbeziehung von Finanzinstrumenten und Emissionsprogrammen in den Dritten Markt ist. Der Prospekt für die Börsenzulassung ist gem § 74 BörseG iSd §§ 2ff KMG zu erstellen.

Den Inhalt des Prospekts legt die Generalklausel des § 7 Abs 1 KMG fest. Demnach hat der Prospekt sämtliche Angaben zu enthalten, die erforderlich sind, damit die Anleger sich ein fundiertes Urteil über die Vermögenswerte und Verbindlichkeiten, die Finanzlage, die Gewinne und Verluste, die Zukunftsaussichten des Emittenten und jedes Garantiegebers sowie über die mit diesen Wertpapieren oder Veranlagungen verbundenen Rechte bilden können. Dabei ist nicht die Darstellung von Einzeltatsachen, sondern vor allem das Gesamtbild des Prospekts entscheidend⁸⁷⁰. Diese Informationen sind in leicht zu analysierender und verständlicher Form darzulegen. Der Prospekt hat nach § 7 Abs 2 KMG ferner eine in leicht verständlicher Sprache gehaltene Zusammenfassung zu enthalten, in welcher die wesentlichen Merkmale und Risiken betreffend Emittent, Garantiegeber und

⁸⁶⁷ Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 9 Rz 12.

⁸⁶⁸ Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 10 Rz 18.

⁸⁶⁹ Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 9 Rz 12, § 12 Rz 15 Die nominelle Kapitalerhöhung als auch die bedingte Kapitalerhöhung sind daher idR für die Aktienplatzierung nicht von Bedeutung, da mit diesen keine neuen Aktionäre angesprochen werden können.

⁸⁷⁰ Lorenz in Zib/Russ/Lorenz, Kapitalmarktgesetz Kommentar (2008) § 7 Rz 1.

Wertpapier enthalten sind. Gem § 7 lit b Abs 1 KMG ist der Prospekt in deutscher oder englischer Sprache zu verfassen sofern die Wertpapiere ausschließlich im Inland angeboten werden. Im Übrigen ist der Prospekt nach den Regelungen der ProspektVO⁸⁷¹ zu erstellen. Diese enthält Mindestangaben und diverse Schemata für verschiedene Wertpapiere, nach denen ein Prospekt zu erstellen ist⁸⁷². Auch für Werbung in Zusammenhang mit dem öffentlichen Angebot bzw der Zulassung zum Handel enthält das KMG in § 4 Sonderbestimmungen: Werbeanzeigen müssen also solche klar erkennbar sein, dürfen nicht unrichtig, irreführend oder gar mit den Prospektangaben in Widerspruch stehen. In allen Werbeanzeigen ist darauf hinzuweisen, dass ein entsprechender Prospekt veröffentlicht wurde. Nachdem der Prospekt wie in § 10 Abs 1 KMG vorgesehen durch die FMA gebilligt wurde, ist er nach den Vorgaben des § 10 KMG spätestens einen Bankarbeitstag vor dem Angebot zu veröffentlichen. Sofern ein derartiger Prospekt regelmäßig iSv § 6 KMG aktualisiert bzw berichtigt wird, ist er grundsätzlich gem § 6 lit a KMG für insgesamt 12 Monate gültig.

2. Informationspflichten am Sekundärmarkt

Die Informationspflichten am Sekundärmarkt umfassen regelmäßige Informationspflichten, Regelpublizität (§§ 87 u 82 Abs 4 BörseG), welche durch anlassbezogene Publizitätspflichten ergänzt werden. Zu den anlassbezogenen Publizitätspflichten gehören die ad-hoc-Publizität (§ 48 lit d BörseG), die Beteiligungspublizität (§§ 91ff BörseG), Informationspflichten betreffend Erwerb und Veräußerung eigener Aktien (§ 82 Abs 9 BörseG), Offenlegungspflichten betreffend Directors' Dealings (§ 48 lit d Abs 4 BörseG) sowie spezifische Offenlegungspflichten für das Übernahmeverfahren (§§ 5 u 6 ÜbG).

a) Regelpublizität

Die Regelpublizität betrifft die regulären Informationspflichten börsennotierter Unternehmen und umfasst eine Reihe von Regelungen, welche die Transparenz in Bezug auf Informationen über Emittenten von Aktien und Schuldtiteln, die am geregelten Markt zugelassen sind, gewährleisten sollen⁸⁷³. Die kapitalmarktrechtliche Regelpublizität ist im

⁸⁷¹ ProspektVO 809/2004 ABI L 2004/149, 1.

⁸⁷² Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 10 Rz 30; Rath/Radhuber, eolex 2006, 265.

⁸⁷³ Oelkers, Geänderte Regelpublizität nach dem Börsengesetz 2007, SWK 2007, 81 (81).

BörseG idF der BörseG-Nov 2007⁸⁷⁴ geregelt und geht über die allgemeinen unternehmensrechtlichen Offenlegungspflichten hinaus. Grundlage der BörseG-Nov 2007 ist die TransparenzRL⁸⁷⁵, durch welche die Regelpublizitätspflichten deutlich erweitert wurden. Grundsätzlich haben alle Emittenten nach § 82 Abs 4 BörseG einen Jahresfinanzbericht sowie auch einen Halbjahresfinanzbericht nach § 87 Abs 1 bis 5 BörseG zu veröffentlichen; Emittenten von Aktien haben zusätzlich gem § 87 Abs 6 BörseG Zwischenmitteilungen zu veröffentlichen, sofern sie nicht ohnedies Quartalsberichte nach Maßgabe der gemäß der IAS-VO⁸⁷⁶ übernommenen IFRS (International Financial Reporting Standards) erstellen.

Der geprüfte Jahresfinanzbericht ist spätestens vier Monate nach Ablauf jedes Geschäftsjahres zu veröffentlichen, wobei sicherzustellen ist, dass er mindestens fünf Jahre lang öffentlich zugänglich bleibt. Er hat den geprüften Jahresabschluss (gegebenenfalls den Konzernabschluss und den Jahresabschluss des Emittenten als Mutterunternehmen), den Lagebericht sowie einen sogenannten Bilanzeid zu umfassen. Dieser Bilanzeid ist nach § 82 Abs 4 Z 3 BörseG eine Erklärung der gesetzlichen Vertreter, dass ihres Wissens der Jahresabschluss den Rechnungslegungsstandards entspricht und, dass sowohl der Jahres- als auch der Lagebericht ein möglichst getreues Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage des Emittenten vermittelt, sowie, dass der Lagebericht außerdem die wesentlichen Risiken und Ungewissheiten, denen sie ausgesetzt sind, beschreibt. Durch diese Regelung soll vor allem bezweckt werden, dass das Vertrauen der europäischen Anleger wieder hergestellt wird⁸⁷⁷. Zur Abgabe des Bilanzrides sind alle Vorstandsmitglieder, unabhängig von einer internen Ressortverteilung verpflichtet⁸⁷⁸.

Überdies ist ein Halbjahresfinanzbericht über die ersten sechs Monate des Geschäftsjahres zwei Monate nach Ablauf des Berichtszeitraums zu veröffentlichen und sicherzustellen, dass dieser Bericht mindestens fünf Jahre lang öffentlich zugänglich bleibt. Er hat einen verkürzten Abschluss, einen Halbjahresabschluss sowie ebenfalls einen Bilanzeid der gesetzlichen Vertreter zu umfassen. Inhaltlich ist der Halbjahresfinanzbericht nach § 87 Abs 4 BörseG auf Angaben betreffend wichtige Ereignisse während der ersten sechs Monate

⁸⁷⁴ BörseG BGBl I 2007/19.

⁸⁷⁵ RL 2004/109/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 15.12.2004 zur Harmonisierung der Transparenzanforderungen in Bezug auf Informationen über Emittenten, deren Wertpapiere zum Handel auf einem geregelten Markt zugelassen sind, ABl L 2003/390, 38.

⁸⁷⁶ VO (EG) 1606/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates v 19.7.2002 betreffend die Anwendung internationaler Rechnungslegungsgrundsätze, ABl L 2002/243, 1.

⁸⁷⁷ Bitzyk/Oelkers, Die neue Regelpublizität nach BörseG 2007 und URÄG 2008, ÖBA 2009, 508 (512).

⁸⁷⁸ Bitzyk/Oelkers, ÖBA 2009, 512.

des Geschäftsjahres, die wesentlichen Risiken und Ungewissheiten in den restlichen sechs Monaten sowie bei Emittenten von Aktien insbesondere auf Angaben betreffend wesentliche Geschäfte mit nahe stehenden Unternehmen und Personen beschränkt.

Die Pflicht zur Erstattung von Zwischenmitteilungen trifft Aktienemittenten, welche keine Quartalsberichte nach Maßgabe der gemäß der IAS-VO⁸⁷⁹ übernommenen IFRS veröffentlichen und beinhaltet die Veröffentlichung wesentlicher Ereignisse im ersten und dritten Quartal des Geschäftsjahres sowie deren voraussichtlichen Einfluss auf die Vermögens-, Finanz- und Ertragslage. Sie sind spätestens sechs Wochen nach Ablauf des Berichtszeitraums zu veröffentlichen.

b) Ad-hoc-Publizität

Die soeben dargestellten regelmäßigen Informationspflichten werden durch umfangreiche anlassbezogene Informationspflichten ergänzt. Tragende Säule des Informationsflusses am Sekundärmarkt ist die ad-hoc-Publizität. Neben der in § 48 lit d BörseG geregelten Ad-hoc-Publizität zählen zur anlassbezogenen Publizität noch die Beteiligungstransparenz (§§ 91ff BörseG), die Publizität betreffend Director's Dealings (§ 48 lit d Abs 4 BörseG) und betreffend des Erwerbs eigener Aktien (§ 82 Abs 9) sowie die speziellen übernahmerechtlichen Offenlegungspflichten (§§ 5 u 6 ÜbG). § 48 lit d BörseG wurde durch die BörseG-Nov 2004⁸⁸⁰ eingefügt und beruht auf der Umsetzung der MarktmissbrauchsRL⁸⁸¹.

Zweck der ad-hoc-Publizität ist es im Wesentlichen einerseits die Funktionsfähigkeit des Kapitalmarktes und eine effiziente Preisbildung durch Hintanhaltung von Insidermissbrauch zu sichern, und andererseits den Schutz der Anleger dadurch zu gewährleisten, dass diese rasch auf geänderte Umstände reagieren können (Informations- oder Anlegerschutz)⁸⁸². Nach § 48 lit d BörseG haben Emittenten von Finanzinstrumenten Insider-Informationen, die sie unmittelbar betreffen, unverzüglich der Öffentlichkeit bekannt zu geben. Der Begriff der Finanzinstrumente ist sehr umfassend und zählt in § 48 lit a Abs 1 Z 3 a – i BörseG die unter diese Definition fallenden Instrumente auf.

⁸⁷⁹ IAS-VO 1606/2002 ABI L 2002/243, 1.

⁸⁸⁰ BörseG BGBl I 2004/127.

⁸⁸¹ RL 2003/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28.1.2003 über Insider-Geschäfte und Marktmanipulation (Marktmissbrauch), ABI L 2003/96, 16.

⁸⁸² Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 14 Rz 2; Gruber, ÖBA 2003, 239.

Die wichtigsten Charakteristika einer mitteilungspflichtigen Information sollen an dieser Stelle auf das Wesentlichste konzentriert dargestellt werden⁸⁸³. Mitteilungspflichtig ist nach § 48 lit d BörseG eine I) Insiderinformation mit II) unmittelbarem Emittentenbezug. Der Begriff der **Insiderinformation** wird in § 48 lit a Abs 1 Z 1 definiert. Demnach ist eine Insiderinformation eine 1) öffentlich nicht bekannte 2) genaue Information, 3) die direkt oder indirekt einen oder mehrere Emittenten oder ein oder mehrere Finanzinstrumente betrifft und die, sollte sie öffentlich bekannt werden, 4) dazu geeignet ist, den Kurs der Finanzinstrumente erheblich zu beeinflussen, weil ein verständiger Anleger sie wahrscheinlich als Teil der Grundlage seiner Anlageentscheidung nutzen würde. Nach § 48 lit a Abs 1 Z 1 lit a gilt eine Information dann als „genau“, wenn sie i) eine Reihe von bereits vorhandenen oder solchen Tatsachen und Ereignissen erfasst, bei denen man mit hinreichender Wahrscheinlichkeit davon ausgehen kann, dass sie in Zukunft eintreten werden, und darüber hinaus ii) bestimmt genug ist, dass sie einen Schluss auf die mögliche Auswirkung dieser Tatsachen oder Ereignisse auf die Kurse von Finanzinstrumenten oder damit verbundenen derivativen Finanzinstrumenten zulässt. **Unmittelbarer Emittentenbezug** liegt jedenfalls vor, wenn die Insiderinformation aus dem Tätigkeitsbereich des Emittenten kommt⁸⁸⁴. Auch Informationen, die außerhalb des Tätigkeitsbereichs des Emittenten eingetreten sind können bei Kursrelevanz den Emittenten unmittelbar betreffen, wenngleich dies sehr selten der Fall sein wird⁸⁸⁵. Die Pflicht zur Offenlegung von Insiderinformationen trifft den Emittenten unverzüglich, also im Regelfall innerhalb weniger Stunden ab Eintritt und Kenntnis⁸⁸⁶. Im Übrigen sind die von der FMA in der Veröffentlichungs- und Meldeverordnung⁸⁸⁷ normierten Veröffentlichungsmodalitäten einzuhalten.

Die Pflicht zur ad-hoc-Mitteilung wurde vom Gesetzgeber mittels einer Reihe unbestimmter Tatbestandsmerkmale geregelt⁸⁸⁸. Im Einzelnen ist es daher sehr schwer möglich nur auf Basis des Gesetzestextes zu beurteilen, ob und wann eine publizitätspflichtige

⁸⁸³ Vgl dazu außerdem *Gruber*, ÖBA 2003, 239; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht §§ 14, 20; *Gasser*, Neuerungen in der Ad-hoc-Publizität durch die Marktmissbrauchsrichtlinie (2008).

⁸⁸⁴ *Gasser*, Ad-hoc-Publizität 90, 92 mwN beispielsweise Maßnahmen der Geschäftsführung, Beschlüsse und Vertragsabschlüsse durch den Vorstand, Billigung oder Ablehnung des AR in Bezug auf ein zustimmungspflichtiges Geschäft uä.

⁸⁸⁵ *Gasser*, Ad-hoc-Publizität 93f mwN.

⁸⁸⁶ *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht § 14 Rz 18 unter Verweis auf UVS 26.08.2003, 06/42/5012/2003.

⁸⁸⁷ VMV BGBl II 2005/109.

⁸⁸⁸ *Rüffler*, Probleme der börserechtlichen ad-hoc-Publizität bei personellen Veränderungen im Vorstand, ÖBA 2009, 724.

Information vorliegt. Die deutsche Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) veröffentlichte einen „Emittentenleitfaden“⁸⁸⁹ (Stand 15.07.2005), welcher Erläuterungen zu den Verboten des Insiderhandels und der Marktmanipulation sowie zu Ad-hoc-Publizität, Directors' Dealings und zur Führung von Insiderverzeichnissen enthält. Dieser Leitfaden enthält auch unverbindliche Beispielkataloge für Informationen welche unter die Ad-hoc-Publizität fallen und welche nicht darunter fallen. Aufgrund der europarechtlichen Vereinheitlichung dieser Materie kann dieser Leitfaden auch in Österreich herangezogen werden. The Committee of European Securities Regulators (CESR) erstellte Empfehlungen⁸⁹⁰ (Stand Dezember 2002) welche außerdem zur Beurteilung, ob eine ad-hoc-mitteilungspflichtige Information vorliegt herangezogen werden können. Eine gute überblicksmäßige Zusammenfassung bietet auch das „Rundschreiben der Finanzmarktaufsichtsbehörde vom 06.03.2006 in der Fassung vom 05.04.2007 betreffend ad-hoc Publizität und Directors' Dealings-Meldungen“⁸⁹¹. In diesem Rundschreiben gibt die FMA insbesondere ihre Auslegung über Anforderungen in Bezug auf § 48 lit d BörseG (ad hoc- Publizität), § 48 lit a Abs 1 Z 1 BörseG (Insider-Information) sowie zu §§ 48 lit d Abs 4 BörseG iVm 48 lit a Abs 1 Z 8 u Z 9 BörseG (Directors' Dealings Meldungen) bekannt.

Klassische ad-hoc-mitteilungspflichtige Informationen sind beispielsweise⁸⁹²: Veränderungen in Bezug auf eine Beherrschung, maßgeblich personelle Veränderungen auf der Führungsebene (Vorstand, AR, Verwaltungsrat), Ergebniszahlen des Emittenten, neue Entwicklungen im Produktbereich, der Widerruf oder die Streichung von Kreditlinien, Entscheidungen bezüglich Umstrukturierungen, Kapitalerhöhungen- herabsetzungen oder –berichtigungen, Veräußerung von in der Satzung festgelegten Kernbereichen bzw Aufgabe oder Aufnahme eines Kerngeschäfts, Gewinnabführungsverträge, Beteiligungserwerb- oder veräußerung, die Änderung der Dividende, drohende Zahlungseinstellung, Überschuldung, erhebliche außerordentliche Aufwendungen bzw Erträge, Abschluss oder Beendigung wichtiger Verträge, Patente und sonstige Zulassungen, gravierende Schadensfälle sowie

⁸⁸⁹ BaFin, Emittentenleitfaden der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht http://www.bafin.de/cln_179/nn_722758/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Leitfaeden/emittentenleitfaden_2_005.templateId=raw.property=publicationFile.pdf/emittentenleitfaden_2005.pdf (08.03.2010).

⁸⁹⁰ The Committee of European Securities Regulators, CESR's advice on Possible Level 2 Implementing Measures for the proposed Market Abuse Directive Directive [02-089d] <http://www.cesr.eu.org/popup2.php?id=156> (08.03.2010).

⁸⁹¹ Finanzmarktaufsicht (FMA), Rundschreiben der Finanzmarktaufsichtsbehörde vom 06.03.2006 in der Fassung vom 05.04.2007 betreffend Ad-hoc Publizität und Directors' Dealings-Meldungen http://www.fma.gv.at/cms/site/attachments/3/8/4/CH0230/CMS1152286190314/rundschreiben_2_fass_deutsch_clean.pdf (08.03.2010).

⁸⁹² Vgl Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 14 Rz 7.

Kartell- und sonstige behördliche Verfahren. Ebenso können überprüfbare Prognosen offenkundig sein, sofern sie als genaue Information anzusehen sind.

Wenn berechnigte Interessen des Emittenten gefährdet sind, kann die Bekanntgabe an sich veröffentlichungspflichtiger Tatsachen gem § 48 lit d Abs 2 BörseG aufgeschoben werden, wenn diese Unterlassung nicht geeignet ist, die Öffentlichkeit irrezuführen, und der Emittent in der Lage ist, die Vertraulichkeit der Information zu gewährleisten. In § 48 lit d Abs 2 Z 1 lit a u b BörseG nennt der Gesetzgeber sogleich auch taxativ Beispiele für berechnigte Interessen. Berechnigte Interessen liegen demnach insbesondere vor: bei laufenden Verhandlungen oder damit verbundenen Umständen, wenn das Ergebnis oder der normale Ablauf dieser Verhandlungen von der Veröffentlichung wahrscheinlich beeinträchtigt werden würden. Nach lit a liegt ein berechtigtes Interesse auch dann vor, wenn eine Maßnahme noch der Zustimmung eines anderen Organs bedarf, und eine Bekanntgabe dieser Maßnahme vor der Zustimmung zusammen mit der gleichzeitigen Ankündigung, dass diese Zustimmung noch aussteht, die korrekte Bewertung der Informationen durch das Publikum gefährden würde. Der FMA ist der Aufschub nach § 48 lit d Abs 2 letzter S dennoch zu melden.

Ob eine ad-hoc-mitteilungspflichtige Information vorliegt hängt im Wesentlichen davon ab, ob der in Frage stehende Umstand Kursbeeinflussungspotential hat⁸⁹³. Eine ad-hoc-Mitteilung basiert daher immer auf einer unsicheren Prognoseentscheidung⁸⁹⁴. Es darf nicht übersehen werden, dass nicht nur falsche, zu späte oder gar unterlassene Informationen, sondern auch zu früh publizierte Informationen zu einem Schaden führen können⁸⁹⁵. Bei mehrstufigen bzw gestreckten Sachverhalten⁸⁹⁶ stellt sich für den Vorstand auch die kritische Frage **wann** eine an sich ad-hoc-pflichtige Information zu veröffentlichen ist.

Was passiert beispielsweise, wenn ein (umstrittener) Vorstandsvorsitzender bereits im Mai 2005 gegenüber dem AR-Vorsitzenden der AG erklärt, dass er sein regulär bis Ende 2008 laufendes Amt bereits Ende des Jahres 2005 beenden wolle⁸⁹⁷? Es stellte sich die Frage, wann das bevorstehende Ausscheiden zu veröffentlichen ist, bereits im Mai 2005 oder aber erst –

⁸⁹³ Rüffler, ÖBA 2009, 728.

⁸⁹⁴ Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 235; Rüffler, ÖBA 2009, 728.

⁸⁹⁵ Brandl/Hohensinner, Die Haftung für Verletzungen der Ad-Hoc-Publizität nach § 82 Abs 6 BörseG, *ecolx* 2002, 92.

⁸⁹⁶ Wenn die Wirksamkeit einer Entscheidung von der Zustimmung anderer Organe (meistens des AR) abhängt oder andere Zwischenschritte bis zur Endgültigkeit einer Entscheidung hinzutreten.

⁸⁹⁷ BGH 28.02.2008, II ZB 9/07 ZIP 2008, 639 = BB 2008, 855 (*Widder*) = ZFR 2009, 24 (*Zollner*); vgl zu diesem Sachverhalt Rüffler, ÖBA 2009, 724.

sowie wie es im konkreten Fall geschehen ist - mit der Zustimmung des AR zum Ausscheiden, nämlich am 28.07.2005. Die ad-hoc-Mitteilung über das Ausscheiden des Vorstandsvorsitzenden führte zu einem erheblichen Kurssprung der betreffenden Aktie; ihr Kurs stieg am Tag der ad-hoc-Mitteilung sogar um über 10% an. Das OLG Stuttgart entschied, dass eine Insiderinformation am Tag der Erklärung des Vorstandsvorsitzenden gegenüber dem AR-Vorsitzenden bereits im Mai 2005 noch nicht vorlag⁸⁹⁸. Das OLG Frankfurt⁸⁹⁹ hingegen entschied in einem von der BaFin initiierten Bußgeldverfahren (es ging um über 200.000 Euro) gegen die betreffende AG, dass der gegenüber dem AR-Vorsitzenden geäußerte Rücktrittswille für sich alleine geeignet war bei Bekanntwerden den Aktienkurs zu beeinflussen und daher bereits im Mai 2005 zu veröffentlichen gewesen wäre. Der OGH⁹⁰⁰ ließ es zuletzt offen, ob die Offenlegungsverpflichtung durch mehrtägiges Zuwarten der Veröffentlichung über die Suspendierung des Großteils des Vorstandes verletzt wurde, „weil eine Verletzung der Offenlegungspflicht von keiner Seite behauptet und insbesondere auch nicht den Klagsforderungen zugrundegelegt wurde“.

Die Entscheidung, ob und ab welchem Zeitpunkt eine ad-hoc-mitteilungspflichtige Tatsache vorliegt bedeutet daher immer eine gefährliche Gratwanderung zwischen rechtskonformen und rechtswidrigen Verhalten⁹⁰¹. Es ist daher auch in diesem Zusammenhang auf das unternehmerische Ermessen, welches einem Vorstandsmitglied bei der Entscheidung, ob und wann eine Tatsache zu veröffentlichen ist eingeräumt werden muss, hinzuweisen⁹⁰². Allerdings muss der Sinn und Zweck der ad-hoc-Publizität, nämlich der Schutz des Vertrauens der Anleger in den Kapitalmarkt sowie die Verhinderung des Missbrauchs von Insiderinformationen, bei seiner Entscheidung besonders berücksichtigt werden⁹⁰³.

c) *Beteiligungspublizität*

Neben der Regelpublizität war auch die Beteiligungspublizität gem §§ 91ff BörseG wesentlicher Regelungsgegenstand der BörseG-Nov 2007⁹⁰⁴. Diese verpflichtet nach § 91 Abs

⁸⁹⁸ OLG Stuttgart 22.04.2009, 20 Kap 1/08 ZIP 2009, 962.

⁸⁹⁹ OLG Frankfurt/M 12.02.2009, 2 Ss-OWi 514/08 ZIP 2009, 563.

⁹⁰⁰ OGH 11.06.2008 7 Ob 58/08t.

⁹⁰¹ Brandl/Hohensinner, ecolex 2002, 92.

⁹⁰² Brandl/Hohensinner, ecolex 2002, 92f; vgl dazu auch OGH 11. 6. 2008, 7 Ob 58/08t.

⁹⁰³ Brandl/Hohensinner, ecolex 2002, 93.

⁹⁰⁴ Kalss/Zollner, Die Offenlegung von Beteiligungen nach der Börsegesetznovelle 2007, ÖBA 2007, 884.

1 BörseG die Erwerber oder Veräußerer von Aktien, zur Offenlegung wenn in Folge des Erwerbs oder der Veräußerung die bisher gehaltenen Stimmrechtsanteile einen der im Gesetz vorgesehenen Schwellenwerte erreichen, über- oder unterschreiten. Von 5% bis 50% ist jeweils in 5% Schritten offen zulegen, danach bei 75% bzw 90%. Gem § 93 Abs 2 BörseG ist der Emittent dazu verpflichtet, die ihm von den Aktionären angezeigten Beteiligungs- bzw Stimmrechtsveränderungen zu veröffentlichen. Zusätzlich hat der Emittent gem § 93 Abs 1 BörseG die Gesamtzahl der Stimmrechte und das Kapital zu veröffentlichen, wenn es in diesem Monat zu einer Zu- bzw Abnahme derselben gekommen ist.

d) Publizität für eigene Aktien

Das Aktien- und Börserecht sieht vor, dass börsennotierte Gesellschaften bestimmte Fälle des Erwerbs und der Veräußerung eigener Aktien zu veröffentlichen haben. Eigene Aktien sind Aktien, welche die AG selbst in ihrem Vermögen hält⁹⁰⁵. § 82 Abs 9 BörseG sieht drei veröffentlichungspflichtige Tatbestände vor. Zunächst müssen bestimmte, für die Bedienung von Aktienoptionen vorgesehene Maßnahmen veröffentlicht werden. Weiters wird festgelegt, dass Emittenten von Aktien und Zertifikaten unverzüglich den Ermächtigungsbeschluss der HV nach § 65 Abs 1 Z 4, 6 u 8 AktG zu veröffentlichen haben. Dies betrifft den Erwerb eigener Aktien zum Zweck der Ausgabe an Arbeitnehmer oder Organmitglieder der Gesellschaft (Z 4), zum Zweck der Einziehung (Z 6) oder zum zweckfreien Erwerb (Z 8). Ebenso ist unmittelbar vor der Durchführung das darauf beruhende Rückkaufprogramm, insbesondere dessen Dauer, zu veröffentlichen. Für die Veräußerung eigener Aktien gilt dasselbe sinngemäß.

§ 82 Abs 9 AktG ist adressiert an Emittenten von „Aktien und Zertifikaten“. Mit BGBl I 2009/22 wurde die Wortgruppe „und Zertifikaten“ eingefügt. Diese Änderung trat am 01.04.2009 in Kraft. In den Erläuterungen zum Gesetzesentwurf dazu heißt es, dass es sich bei diesem Zusatz um die Klarstellung handelt, dass eben auch Zertifikate von dieser Regelung umfasst sind; unter „Emittenten sind im Übrigen auch solche zu verstehen, die ihren Sitz nicht in Österreich haben, sofern sie an einem geregelten Markt in Österreich Aktien oder Zertifikate begeben haben und Österreich für sie Herkunftsmitgliedstaat gemäß § 81 lit a Abs.

⁹⁰⁵ Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 16 Rz 1.

1 Z 7 ist“⁹⁰⁶. *Schima*⁹⁰⁷ vertritt hingegen dennoch die Ansicht, dass § 82 Abs 9 BörseG nicht auf ausländische AGs anwendbar ist.

e) Übernahmerechtliche Offenlegungspflichten

Die Übertragung einer Beteiligung (Erwerb und Veräußerung) kann eine Reihe von Informationspflichten auslösen, insbesondere auch ad-hoc-Mitteilungen. Sofern das Übernahmegesetz auf einen Beteiligungserwerb anzuwenden ist, enthalten die §§ 5 u 6 ÜbG spezielle Geheimhaltungs- und Bekanntmachungspflichten zur Vermeidung von Marktverzerrungen und des Missbrauchs von Insiderinformationen. Als *lex specialis* gehen die im ÜbG normierten Informationspflichten innerhalb ihres Anwendungsbereiches jenen des BörseG vor⁹⁰⁸. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des ÜbG ist entweder ein öffentliches Angebot oder die Kontrollerlangung, welche ein Pflichtangebot auslöst⁹⁰⁹. Nach § 5 Abs 3 ÜbG ist der Bieter jedenfalls zur Bekanntmachung und Information gegenüber der Öffentlichkeit, den Verwaltungsorganen der Zielgesellschaft sowie der Übernahmekommission verpflichtet, sobald Vorstand und AR die Entscheidung getroffen haben ein Übernahmeangebot zu stellen bzw Tatsachen eingetreten sind, die ihn zur Stellung eines Angebots verpflichten. Davor ist er zur Geheimhaltung seiner Absichten und Überlegungen verpflichtet. Um diese Geheimhaltung gewährleisten zu können, müssen innerhalb der Gesellschaft dementsprechend konkrete Vorsichtsmaßnahmen getroffen werden⁹¹⁰. Kann trotz dieser Geheimhaltungspflicht das Auftreten von Marktverzerrungen (erhebliche Kursschwankungen, Gerüchte oder Spekulationen), für welches das bevorstehende Angebot bzw die Angebotsabsicht kausal sind, nicht verhindert werden, so sind diese Absichten gem § 5 Abs 2 ÜbG unverzüglich bekannt zu geben⁹¹¹. Dasselbe gilt gem § 6 Abs 2 ÜbG auch für den Vorstand der Zielgesellschaft.

⁹⁰⁶ ME Änderung des Bankwesengesetzes, des Wertpapieraufsichtsgesetzes 2007, des Börsegesetzes 1989, des Sparkassengesetzes, des Bundesfinanzierungsgesetzes, des Finanzmarktaufsichtsbehördengesetzes, des Versicherungsaufsichtsgesetzes, des Betriebspensionsgesetzes und des Finanzkonglomeratengesetzes und Aufhebung des Börsfondsgesetzes 1993 und des Börsfondsüberleitungsgesetzes, 45/ME 24. GP Mat 16 http://www.parlament.gv.at/PG/DE/XXIV/I/I_00045/fname_147550.pdf#search=%22Klarstellung%2C%20dass%20von%20dieser%20Regelung%22 (09.03.2010).

⁹⁰⁷ *Schima*, Erwerb von eigenen Aktien und Aktien-Zertifikaten ausländischer Emittenten – Neuregelung oder „Klarstellung“ der Rechtslage RdW 2008, 571.

⁹⁰⁸ *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht § 23 Rz 60.

⁹⁰⁹ Vgl dazu *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht § 23 Rz 32; vgl dazu *Diregger/Kalss/Winner*, Das österreichische Übernahmerecht² (2007).

⁹¹⁰ *Zollner in Huber*, Übernahmegesetz (2007) § 5 Rz 9.

⁹¹¹ *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht § 23 Rz 59, 80.

f) Directors' Dealings Meldungen

Rechtsgrundlage bildet der durch die BörseG-Nov 2004⁹¹² auf Grundlage der MarktmissbrauchsRL⁹¹³ neu eingefügte § 48 lit d Abs 4 BörseG. Demnach sind Personen, die bei einem Emittenten von Finanzinstrumenten mit Sitz im Inland Führungsaufgaben wahrnehmen dazu verpflichtet, die von ihnen auf eigene Rechnung getätigten Geschäfte mit börsennotierten Aktien oder diesen gleichgestellten Finanzinstrumenten des Emittenten der FMA zu melden sowie diese Informationen unverzüglich zu veröffentlichen. Eingeschränkt wird diese Pflicht durch § 48 lit d Abs 4 Z 2 BörseG wonach keine Meldung zu erfolgen hat, wenn die Gesamt-Abschlusssumme der Geschäfte den Betrag von 5.000 Euro am Ende des Kalenderjahres nicht erreicht. Der Zweck dieser Regelung liegt zum einen in der „Indikator- oder Signalwirkung“ der von Führungskräften eines Emittenten getätigten Wertpapiertransaktion⁹¹⁴. Da Führungskräfte, wie eben zB Vorstandsmitglieder, durch ihre Investitionen Markteinschätzungen äußern, sollen Anleger über diese Vorgänge informiert werden, damit sie ihre Investitionsentscheidung gegebenenfalls danach richten können⁹¹⁵. Zum anderen soll damit das Ziel der Marktintegrität und Markttransparenz, also die Verhinderung des Missbrauchs von Insiderinformationen, sowie die Gleichbehandlung unter den Anlegern gefördert werden⁹¹⁶. Ausgeschiedene Organmitglieder trifft diese Offenlegungspflicht nicht mehr, jedoch unterliegen gem §§ 48 lit d Abs 4 iVm 48 lit a Abs 1 Z 9 lit a Personen, die in enger Beziehung mit einer Führungskraft stehen dieser Offenlegungspflicht. Dazu gehören Ehegatten, Lebensgefährten, unterhaltsberechtignte Kinder, sonstige Familienmitglieder die vor dem betreffenden Geschäft für die Dauer von mindestens einem Jahr mit der Führungskraft in einem Haushalt gelebt haben sowie bestimmte Einrichtungen, auf welche die Führungskraft maßgeblichen Einfluss ausüben kann.

D. Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder

Das Gesetz richtet die Vornahme der kapitalmarktrechtlichen Informationspflichten nicht ausdrücklich an den Vorstand sondern überwiegend an den Emittenten. Primär haftet

⁹¹² BörseG BGBl. I 2004/127.

⁹¹³ MarktmissbrauchsRL 2003/6 ABl L 2003/96, 16.

⁹¹⁴ Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 18 Rz 3.

⁹¹⁵ Kalss/Zollner, Zurechnungsfragen beim Directors' Dealings – erste Anwendungsprobleme beim neuen § 48 lit d Abs 4 BörseG, GeS 2005, 197.

⁹¹⁶ Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 18 Rz 4.

daher der Emittent Dritten gegenüber für Schäden⁹¹⁷. In vielen Fällen werden jedoch die geschädigten Anleger nicht daran interessiert sein, das Vermögen der Gesellschaft, an der sie ja beteiligt sind, durch Schadenersatzansprüche zu schmälern, zumal ja auch die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen vermutlich zu einem weiteren Kursverfall führen würde⁹¹⁸. Erste Anlaufstelle als Alternative zur Inanspruchnahme der Gesellschaft wird der Vorstand sein. Sowohl bei den Informationspflichten am Primärmarkt als auch bei jenen am Sekundärmarkt, ist der Vorstand, als Leitungsorgan der Gesellschaft, unternehmensintern für die Einhaltung der Informationspflichten zuständig⁹¹⁹. Zumindest nehmen Vorstandsmitglieder vielfach in besonderem Maße Einfluss darauf⁹²⁰. Für den Fall, dass personelle Veränderungen innerhalb des Vorstandes (beispielsweise die Suspendierung des Großteils des Vorstandes) Anlass für die ad-hoc-Mitteilung ist, so obliegt die Veröffentlichung den verbleibenden Vorstandsmitgliedern oder den neuen Vorstandsmitgliedern der AG⁹²¹.

Daran schließt sich die Frage nach den Rechtsfolgen bei Missachtung dieser Pflichten. Den Vorstandsmitgliedern drohen bei Regelverstößen vordergründig verwaltungsstrafrechtliche, strafrechtliche und (neben dem Emittenten) allenfalls zivilrechtliche Sanktionen insbesondere Schadenersatzansprüche. Ergänzend dazu sind bei Pflichtverletzungen am Primär- sowie am Sekundärmarkt gesellschaftsrechtliche Sanktionen zu berücksichtigen. Insbesondere wird bei einer grob fahrlässigen Falschinformation des Kapitalmarktes regelmäßig ein wichtiger Grund iSd § 75 Abs 4 AktG vorliegen und damit eine vorzeitige Abberufung eines Vorstandsmitgliedes möglich sein. Außerdem ist es der FMA gestattet, Amtshandlungen, welche wegen Pflichtverstößen von ihr gesetzt wurden, zu beauskunften. Notiert ein Emittent von Aktien am prime market der Wiener Börse, so ist er vertraglich zur Einhaltung erhöhter Transparenz-, Qualitäts- und Publizitätskriterien verpflichtet. Bei Verletzung dieser Pflichten sieht das Regelwerk prime market zusätzlich Konventionalstrafen vor⁹²².

⁹¹⁷ Vgl eingehend zur Haftung des Emittenten für Verletzungen kapitalmarktrechtlicher Informationspflichten Gruber, Kapitalmarktinformationshaftung der Aktiengesellschaft und Kapitalerhaltungsgrundsatz (Teil I) JBl 2007, 2.

⁹¹⁸ Brandl/Hohensinner, ecolex 2002, 96.

⁹¹⁹ Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 14 Rz 49, § 19 Rz 50; Brandl/Hohensinner, ecolex 2002, 92; vgl auch OGH 11.06.2008, 7 Ob 58/08t unter Verweis auf Kalss/Oppitz/Zollner.

⁹²⁰ Adensamer/Eckert in Kalss, Vorstandshaftung 230.

⁹²¹ OGH 11.06.2008, 7 Ob 58/08t.

⁹²² Wiener Börse, Regelwerk Prime market 15ff.

1. Kriminalstraf- und Verwaltungsstrafrechtliche Sanktionen bei Verstößen am Primärmarkt

Bei Verstößen gegen die Prospektpflicht sieht das Gesetz gem § 16 Z 1 KMG die Verhängung einer **verwaltungsstrafrechtlichen Geldbuße** von bis zu 50.000 Euro vor, wenn der Prospekt, der Nachtrag oder deren Veröffentlichung nicht den Bestimmungen des KMG entspricht. Die Verwaltungsstrafe wird von der FMA nur verhängt, sofern eine gerichtliche Strafbarkeit nicht vorliegt. Sanktionen, die wegen Verstoßes gegen Bestimmungen des KMG gesetzt wurden kann die FMA darüber hinaus unter bestimmten Voraussetzungen auch öffentlich bekannt geben oder beauskunften⁹²³.

Das KMG selbst sieht auch eine **gerichtliche Strafbarkeit** vor. § 15 KMG regelt eine gerichtliche Strafbarkeit der Vorstandsmitglieder für den Fall, dass ein Prospekt oder ein Nachtrag iSd § 6 KMG nicht zeitgerecht veröffentlicht wurde. Ebenso wird die Darstellung unrichtiger vorteilhafter Angaben sowie das Verschweigen nachteiliger Tatsachen in einem Prospekt oder Nachtrag sanktioniert, soweit es sich dabei um erhebliche Umstände iSd § 7 KMG handelt. Angedroht ist eine Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren oder eine Geldstrafe von bis zu 360 Tagessätzen. Dabei handelt es sich um ein schlichtes Tätigkeitsdelikt, der Eintritt eines Erfolges, wie etwa ein Vermögensschaden von Anlegern, ist nicht erforderlich⁹²⁴. § 15 KMG setzt Vorsatz voraus, wobei Eventualvorsatz ausreichend ist.

Bei unrichtigen Informationen im Prospekt kann auch der Tatbestand des § 255 Abs 1 Z 2 AktG erfüllt sein⁹²⁵. Diese Bestimmung sanktioniert die falsche Prospektwerbung⁹²⁶. Davon nicht erfasst ist jedoch anders als in § 15 KMG die völlige Unterlassung der Erstellung eines Prospekts⁹²⁷. Dafür stellt § 255 Abs 1 Z 2 AktG jegliche Aufforderung zum Aktienerwerb wie beispielsweise auch die Werbung in Massenmedien oder Postwurfsendungen, wenn diese zur Täuschung geeignet sind, unter Strafe⁹²⁸. Wegen der Subsidiaritätsklausel geht allerdings § 15 KMG aufgrund seines höheren Strafrahmens vor.

⁹²³ Vgl dazu eingehend *Kalss/Oelkers*, Öffentliche Bekanntgabe - ein wirksames Aufsichtsinstrument im Kapitalmarktrecht? ÖBA 2009, 123.

⁹²⁴ *Tipold* in *Zib/Russ/Lorenz*, Kapitalmarktgesetz § 15 Rz 1.

⁹²⁵ *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 255 Rz 26.

⁹²⁶ *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 255 Rz 25.

⁹²⁷ *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht § 11 Rz 9; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 255 Rz 26; *Gelbmann*, GesRZ 2003, 20.

⁹²⁸ *Jabornegg/Geist* in *Jabornegg/Strasser*, AktG II⁵ § 255 Rz 13.

2. Haftung bei Verstößen am Primärmarkt

Die einzige Spezialgesetzliche Anspruchsgrundlage zur Geltendmachung von **Schadenersatzansprüchen** im Rahmen der Prospekthaftung bildet § 11 KMG⁹²⁹. Nach dieser Bestimmung haften dem Anleger nur die in § 11 KMG aufgezählten Stellen für den Schaden, der ihm im Vertrauen auf die Prospektangaben oder die sonstigen nach diesem Bundesgesetz erforderlichen Angaben, die für die Beurteilung der Wertpapiere oder Veranlagungen erheblich sind, entstanden ist. Der Bestimmung liegt Art 6 der ProspektRL⁹³⁰ zugrunde, wonach zumindest eine Haftung des Emittenten ODER dessen Verwaltungs-, Management- bzw Aufsichtsstellen, des Anbieters, der Person, die die Zulassung zum Handel an einem geregelten Markt beantragt, oder des Garantiegebers für die in einem Prospekt enthaltenen Angaben im nationalen Recht vorzusehen ist. Demnach ist eine Organaußenhaftung zwar sekundärrechtlich zulässig, jedoch nicht verpflichtend, weshalb sich der österreichische Gesetzgeber offensichtlich dagegen entschieden hat und eine Haftung der Vorstandsmitglieder in § 11 KMG nicht vorsieht. Eine spezialgesetzliche Regelung für den Fall, dass überhaupt kein Prospekt veröffentlicht wurde, obwohl dies geboten war, existiert nicht.

Eine spezialgesetzliche Regelung betreffend die Haftung der Organmitglieder für fehlende oder mangelhafte Prospekterstellung existiert demnach also nicht und richtet sich primär nach § 84 AktG. Schadenersatzansprüche Dritter gegenüber Vorstandsmitgliedern sind nach den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen in Bezug auf die Organaußenhaftung zu beurteilen⁹³¹. Die Haftung von Vorstandsmitgliedern gegenüber Dritten kann insbesondere aufgrund der Verletzung eines Schutzgesetzes iSd § 1311 ABGB greifen⁹³². Als Haftungsgrundlage wegen unrichtiger Informationen im Prospekt kommt die Strafnorm des §§ 255 AktG iVm 1311 ABGB in Betracht⁹³³. § 255 AktG ist jedoch gegenüber § 15 KMG subsidiär und sanktioniert außerdem wie bereits erwähnt das gänzliche Unterlassen der Veröffentlichung eines Prospekts nicht. In seiner zuletzt ergangenen Entscheidung zu einem Sachverhalt, bei dem kein Prospekt vorlag, lies der OGH⁹³⁴ die Frage der Haftung eines

⁹²⁹ Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 11 Rz 3.

⁹³⁰ ProspektRL 2003/71 ABI L 2003/345, 64.

⁹³¹ Kalss, Anlegerinteressen 214; Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 11 Rz 42; Vgl zur Organaußenhaftung Kapitel III.A.2.

⁹³² Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 11 Rz 9; Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer, Gesellschaftsrecht Rz 3/439.

⁹³³ Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 11 Rz 4.

⁹³⁴ OGH 27.06.2006, 3 Ob 75/06k.

Vorstandsmitgliedes wegen unterlassener Prospektveröffentlichung nach §§ 1311 ABGB iVm 2, 15 KMG oder 255 AktG offen. Nach *Nowotny*, welcher im Rahmen dieses Verfahrens ein Privatgutachten erstellte, kommt als Haftungsgrundlage §§ 1311 ABGB iVm 255 Abs 1 Z 2 AktG oder 15 KMG in Betracht⁹³⁵. Bei einer Verletzung von kapitalmarktrechtlichen Informationspflichten am Primärmarkt können insbesondere auch die von *Kalss*⁹³⁶ entwickelten Grundsätze einer Haftung für Verletzung vorvertraglicher Schutz-, Sorgfalts- und Aufklärungspflichten zur Anwendung kommen (Verletzung eines gesetzlichen Sonderverhältnisses).

3. Kriminalstraf- und Verwaltungsstrafrechtliche Sanktionen bei Verstößen am Sekundärmarkt

Verwaltungsstrafrechtlich ist eine Verletzung der Regelpublizität, der ad-hoc-Publizität, der Beteiligungspublizität, der Informationspflichten betreffend Directors' Dealings sowie betreffend den Erwerb oder die Veräußerung eigener Aktien, gem § 48 Abs 1 Z 2, 5 u 6 mit einer Geldbuße von bis zu 30.000 Euro zu ahnden. Bei einer Verletzung der spezifischen Offenlegungspflichten im Rahmen des Übernahmeverfahrens sieht § 35 ÜbG eine Verwaltungsstrafe von zwischen 5.000 Euro bis 50.000 Euro vor. Diese trifft nach § 9 Abs 1 VStG wiederum die Vorstandsmitglieder. Im Gegensatz zu § 15 KMG enthält das BörseG keinen **Straftatbestand**. Allerdings kann es bei einer Informationspflichtverletzung nach § 255 Abs 1 Z 1 AktG zu einer Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr oder zu einer Geldstrafe von bis zu 360 Tagessätzen kommen⁹³⁷. Der Tatbestand des § 255 Abs 1 Z 1 AktG umfasst nach hL⁹³⁸ jedenfalls die Regel-, Ad-hoc- und Beteiligungspublizität. Außerdem ist etwa auch daran zu denken, ein veröffentlichungspflichtiges Übernahmeangebot nach dem ÜbG unter den Tatbestand des § 255 Abs 1 Z 2 AktG zu subsumieren⁹³⁹. Eingeschränkt wird die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder dadurch, dass diese nur bei

⁹³⁵ *Nowotny*, Privatgutachten im Rahmen der Revision, OGH 27.06.2006, 3 Ob 75/06k.

⁹³⁶ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/440; *Kalss*, Anlegerinteressen 333; so offensichtlich auch OGH 27.06.2006, 3 Ob 75/06k; vgl zu diesen Grundsätzen Kapitel III.A.2.d).

⁹³⁷ Vgl auch zu § 255 AktG in Zusammenhang mit den kapitalmarktrechtlichen Informationspflichten *Gelbmann*, GesRZ 2003, 20.

⁹³⁸ Ad-hoc-Publizität: *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht § 13 Rz 51; § 19 Rz 18; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/441; *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 237; *Gruber*, wbl 2006, 446; *Brandl/Hohensinner* eolex 2002, 96; Regelpublizität: *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht § 13 Rz 55; § 19 Rz 39; *Gruber* wbl 2006, 446; Beteiligungspublizität: *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht § 17 Rz 89; § 19 Rz 47; *Gruber* wbl 2006, 446; *Kalss/Zollner* ÖBA 2007, 900.

⁹³⁹ *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 255 Rz 26.

vorsätzlichen Handlungen greift und überdies die völlige Unterlassung einer gebotenen Mitteilung nicht erfasst ist.

4. Haftung bei Verstößen am Sekundärmarkt

Die **Schadenersatzpflicht** der Organmitglieder für den Fall der Verletzung von Informationspflichten am Sekundärmarkt ist ebenfalls spezialgesetzlich nicht geregelt. Prinzipiell haften die Vorstandsmitglieder gem § 84 AktG der Gesellschaft gegenüber. Allerdings kommt auch hier eine deliktische Organaußenhaftung der Vorstandsmitglieder aus der Verletzung eines Schutzgesetzes iSd § 1311 ABGB in Betracht. Einschlägiges Schutzgesetz zu Gunsten der Gesellschaft und der Anleger ist nach hL⁹⁴⁰ wiederum die Strafnorm des § 255 Abs 1 Z 1 AktG. Allerdings wird lediglich die Falschinformation nicht jedoch die vollständige Unterlassung der Information sanktioniert⁹⁴¹. *Gruber*⁹⁴² ist offensichtlich der Meinung dass auch die gänzliche Unterlassung einer ad-hoc-Mitteilung (wer ... „verschweigt“) unter den Tatbestand des § 255 Abs 1 Z 1 AktG zu subsumieren ist. Der überwiegende Teil der Lehre⁹⁴³ lehnt diese Ansicht ab. Ebenso wird § 48 lit d Abs 4 BörseG (Directors‘ Dealings) als Schutzgesetz zu Gunsten der Gesellschaft und der Anleger qualifiziert⁹⁴⁴. Außerdem ist bei wissentlich falscher Auskunftserteilung eine Haftung der Vorstandsmitglieder auf deliktischer Haftungsgrundlage nach § 1295 Abs 2 (sittenwidrige Schädigung)⁹⁴⁵, § 1300 S 2 (wissentlich falscher Rat)⁹⁴⁶ oder § 870 ABGB (listige

⁹⁴⁰ Ad-hoc-Publizität: *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht § 13 Rz 51; § 19 Rz 18; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/441; *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 237; *Gruber* wbl 2006, 446; *Brandl/Hohensinner* ecolex 2002, 96; Regelpublizität: *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht § 13 Rz 55; § 19 Rz 39; *Gruber* wbl 2006, 446; Beteiligungspublizität: *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht § 17 Rz 89; § 19 Rz 47; *Gruber* wbl 2006, 446; *Kalss/Zollner* ÖBA 2007, 900; bzw § 255 Abs 1 Z 2 für übernahmerechtliche Offenlegungspflichten: *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht § 23 Rz 193; *Kalss* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG § 255 Rz 25.

⁹⁴¹ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/80 aA *Gruber* ÖBA 2003, 250.

⁹⁴² *Gruber*, ÖBA 2003, 248; aA *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht § 14 Rz 51.

⁹⁴³ *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht § 14 Rz 51; *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 238; vgl auch Kapitel II.B.8 und die dortigen Nachweise; aA offensichtlich allerdings auch *Brandl/Hohensinner*, ecolex 2002, 96.

⁹⁴⁴ *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht § 18 Rz 53; § 19 Rz 57; *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 241.

⁹⁴⁵ Ad-hoc-Publizität: BGH 19.7.2004, II ZR 402/02, *Infomatec*, GeS 2004, 386; *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht § 13 Rz 54; § 19 Rz 20; *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 237; Beteiligungspublizität: *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht § 17 Rz 89; *Zollner* in *Huber*, ÜBG § 5 Rz 22, § 6 Rz 13.

⁹⁴⁶ Ad-hoc-Publizität: *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht § 13 Rz 5; § 19 Rz 20; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/441; *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 237;

Irreführung)⁹⁴⁷ denkbar. Da es sich bei den genannten Anspruchsgrundlagen um deliktische Haftungstatbestände handelt, ist die Organaußenhaftung auf vorsätzliches Handeln eingeschränkt. Auch für den Sekundärmarkt wird daher die Haftung von Vorstandsmitgliedern aufgrund der Verletzung eines kapitalmarktrechtlichen Sonderverhältnisses, welche auch bei leichter Fahrlässigkeit greifen würde, diskutiert⁹⁴⁸. Diese Haftungsgrundlage wird jedoch von einem Teil der Lehre⁹⁴⁹ abgelehnt.

Der Vollständigkeit wegen sei noch erwähnt, dass die FMA Amtshandlungen, die wegen Verstößen gegen kapitalmarktrechtliche Informationspflichten gesetzt wurden, beauskunften oder öffentlich bekannt geben kann⁹⁵⁰. Sie ist ua auch berechtigt die Namen der Personen, gegen die eine Amtshandlung gesetzt wurde, zu veröffentlichen. Nach § 48 lit q Abs 4 Z 3 lit a – c hat sie von einer Veröffentlichung jedoch abzusehen, sofern die Stabilität der Finanzmärkte dadurch gefährdet werden würde, eine etwaige Behinderung der Verfahrensführung zu befürchten wäre oder die Veröffentlichung zu einem unverhältnismäßig hohen Schaden beim Betroffenen führen würde. Insbesondere dann, wenn die Offenlegung zum Schutz der Gläubiger und Anleger erforderlich ist, ist eine derartige Offenlegung jedoch geboten⁹⁵¹.

a) Besonderheiten in Bezug auf die Regelpublizität

Nach § 82 Abs 4 Z 3 BörseG hat der Jahresfinanzbericht nun den Bilanzzeit der Vorstandsmitglieder zu umfassen, wonach der Jahresabschluss und der Lagebericht nach „ihrem Wissen“ aufgestellt wurden. Dadurch soll sowohl der Öffentlichkeit als auch den Vorstandsmitgliedern selbst vor Augen geführt werden, dass jene für die gesetzeskonforme Aufstellung des Jahresfinanzberichts verantwortlich sind⁹⁵². Demgegenüber verlangt § 87 Abs

Beteiligungspublizität: *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht § 17 Rz 89; § 19 Rz 47; *Kalss/Zollner* ÖBA 2007, 900.

⁹⁴⁷ Ad-hoc-Publizität: *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht § 13 Rz 51; § 19 Rz 20; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/440; *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 237; *Wilhelm*, Falsche oder keine ad hoc-Mitteilungen: Schadenersatz trotz allem, *ecolex* 2005, 341.

⁹⁴⁸ Ad-hoc-Publizität: *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht § 13 Rz 54; § 19 Rz 19; *Adensamer/Eckert* in *Kalss*, Vorstandshaftung 237; *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 3/441; *Brandl/Hohensinner* *ecolex* 2002, 96 nehmen eine Haftung aus diesem Rechtsgrund in seltenen Fällen an; aA *Gruber* wbl 2006, 446f; *Gruber* ÖBA 2003, 250f; Regelpublizität: *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht § 13 Rz 57; übernahmerechtliche Offenlegungspflichten: *Diregger/Kalss/Winner*, Übernahmerecht² Rz 85.

⁹⁴⁹ *Gruber*, wbl 2006, 446f.

⁹⁵⁰ Vgl dazu eingehend *Kalss/Oelkers*, ÖBA 2009, 123.

⁹⁵¹ *Kalss/Oelkers*, ÖBA 2009, 140.

⁹⁵² *Bitzyk/Oelkers*, ÖBA 2009, 512.

1 Z 3 BörseG für den Bilanzzeit in Bezug auf den Halbjahresfinanzbericht eine Erklärung nach „bestem Wissen“. Da allerdings nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Gesetzgeber eine unterschiedliche Qualität der beiden Erklärungen beabsichtigte und auch die TransparenzRL⁹⁵³ für alle Erklärungen die Formulierung „to the best of their knowledge“ beinhaltet, sollte für beide Erklärungen der Maßstab des „besten Wissens“ angesetzt werden⁹⁵⁴. Durch diesen Wissensvorbehalt wird die Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder offensichtlich eingeschränkt. Dieser ist so zu verstehen, dass ein subjektiv redliches Erklärungs- und Informationsverhalten verlangt wird und die Verantwortlichkeit für den Fall, dass sich ein Vorstandsmitglied bewusst unwissend hält aufrecht bleibt⁹⁵⁵. Welche Rechtsfolgen die Verpflichtung eines Bilanzzeit mit sich bringt und insbesondere ob damit eine Erweiterung der Haftung der Vorstandsmitglieder einhergeht ist noch nicht geklärt⁹⁵⁶. Auch kann die Nichtabgabe des Bilanzzeit zu den oben dargestellten verwaltungsstrafrechtlichen, strafrechtlichen und zivilrechtlichen Konsequenzen führen⁹⁵⁷.

In Bezug auf die Regelpublizität wurde darüber hinaus auch diskutiert, die Normen des Rechnungslegungsrechts über die Buchführungspflicht als Schutzgesetze zugunsten Dritter zu qualifizieren⁹⁵⁸. Gruber⁹⁵⁹ begrüßt diese Haftungsvariante prinzipiell. Er gibt jedoch auch zu bedenken, dass eine derartige Haftungsvariante dazu führen würde, dass eine Organaußenhaftung im Bereich der Regelpublizität schon bei leichter Fahrlässigkeit greifen würde, was wiederum im Widerspruch zu § 255 AktG stünde.

b) Besonderheiten in Bezug auf die ad-hoc-Publizität

Eine eindeutige kapitalmarktrechtlich begründete Organhaftung in Bezug auf die ad-hoc-Publizität existiert derzeit nicht. Aufgrund dieser Gesetzeslage wurde vor allem eine Organaußenhaftung in der Lehre viel diskutiert und sowohl mit der BörseG-Nov 2004⁹⁶⁰ als auch mit dem GesRÄG 2005⁹⁶¹ sogar ein Gesetzesentwurf, welcher in § 82 lit a BörseG

⁹⁵³ TransparenzRL 2004/109 ABI L 2003/390, 38.

⁹⁵⁴ Bitzyk/Oelkers, ÖBA 2009, 512.

⁹⁵⁵ Bitzyk/Oelkers, ÖBA 2009, 513.

⁹⁵⁶ Bitzyk/Oelkers, ÖBA 2009, 513.

⁹⁵⁷ Bitzyk/Oelkers, ÖBA 2009, 513.

⁹⁵⁸ Gruber, wbl 2006, 447 unter Verweis auf R. Schnorr, ZHR 170 (2006) 9, 11.

⁹⁵⁹ Gruber, wbl 2006, 447.

⁹⁶⁰ BörseG BGBl I 2004/127.

⁹⁶¹ GesRÄG BGBl I 2005/59.

explizit eine persönliche Haftung vorsah, veröffentlicht⁹⁶². Nach § 82 lit a BörseG idF des Ministerialentwurfs zur BörseG-Nov 2004⁹⁶³ sollten Vorstandsmitglieder bei grober Fahrlässigkeit persönlich unbegrenzt haften. IdF des Ministerialentwurfs zum GesRÄG 2005⁹⁶⁴ wurde die Haftung für grobes Verschulden bis zu einem Höchstbetrag von 1 Mio Euro begrenzt. § 82 lit a BörseG trat jedoch wegen teils massiver Kritik in keiner der beiden Fassungen in Kraft⁹⁶⁵.

In der Lehre wurde auch eine unmittelbare Haftung von Vorstandsmitgliedern aufgrund des Schutzgesetzcharakters von § 48 lit d BörseG diskutiert. § 48 lit d BörseG wird zwar von der hL⁹⁶⁶ als Schutzgesetz zu Gunsten der Anleger qualifiziert, kann allerdings nur zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegenüber dem Emittenten herangezogen werden. § 48 lit d BörseG ist nach ausdrücklichem Wortlaut an den Emittenten adressiert und nicht an den Vorstand, weshalb er keine geeignete Anspruchsgrundlage zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegenüber Vorstandsmitgliedern darstellt⁹⁶⁷. Gruber⁹⁶⁸ lehnt eine derartige Haftungsbegründung auch wegen des Wertungswiderspruchs zwischen der Vorsatz verlangenden Strafbestimmung und als Schutzgesetz zu qualifizierenden Regelung des § 255 AktG und des bei jedem Grad des Verschuldens greifenden § 48 lit d BörseG ab.

E. Sonstiges

Schwerpunkt der MarktmissbrauchsRL⁹⁶⁹ war es, wie der Name schon sagt, Marktmissbrauch zu bekämpfen. An oberster Stelle um dieses Ziel zu erreichen steht die Unterbindung von Marktmanipulation und Marktmissbrauch. Dementsprechend sieht das BörseG auch eine verschärfte Sanktionierung von **Insider- und Marktmanipulationstatbeständen** vor. Wer als Vorstandsmitglied, und somit als

⁹⁶² Siems, Anspruchsziele bei betrügerischen Täuschungen des Kapitalmarktes, ZfRV 2005/27.

⁹⁶³ BörseG BGBl I 2004/127.

⁹⁶⁴ GesRÄG BGBl I 2005/59.

⁹⁶⁵ Heindl, Kapitalmarkt, Anlegerschutz und Haftungsfragen, ecolex 2007, 427.

⁹⁶⁶ Altendorfer/Kalss/Oppitz in Aicher/Kalss/Oppitz, Grundfragen des neuen Börserechts (1998) 153; Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 19 Rz 12; Gruber, ÖBA 2003, 249; Brandl/Hohensinner, ecolex 2002, 95.

⁹⁶⁷ Gruber, ÖBA 2003, 250; aA Brandl/Hohensinner, ecolex 2002, 96 ihrer Ansicht nach haften Vorstandsmitglieder wegen Schutzgesetzverletzung gem §§ 1311 ABGB iVm (damals noch) 82 Abs 6 BörseG bereits bei fahrlässigem Verhalten.

⁹⁶⁸ Gruber, ÖBA 2003, 250.

⁹⁶⁹ MarktmissbrauchsRL 2003/6 ABl L 2003/96, 16.

Primärinsider, Insider-Informationen mit dem Vorsatz ausnützt, sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen, ist gem § 48 lit b Abs 1 BörseG mit Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren zu bestrafen. Wurde durch dessen Tat ein 50.000 Euro übersteigender Vermögensvorteil verschafft, hat das Gericht eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren zu verhängen. Handelt das Vorstandsmitglied in Kenntnis oder grob fahrlässiger Unkenntnis davon, dass es sich um eine Insider-Information handelt, so droht nach § 48 lit b Abs 3 BörseG eine Freiheitsstrafe von bis zu sechs Monaten oder eine Geldstrafe von bis zu 360 Tagessätzen. Auch für den Marktmissbrauch sieht das BörseG keine spezialgesetzlichen zivilrechtlichen Sanktionen vor⁹⁷⁰. Die Marktmanipulationstatbestände werden in § 48 lit a Z 2 BörseG erfasst. Eine Marktmanipulation liegt demnach vor, wenn durch die Durchführung von Geschäften bzw der Erteilung von Kauf- und Verkaufsaufträgen der eigentliche Zweck in der Kursmanipulation besteht oder Kauf- bzw Verkaufsaufträge unter Vorspiegelung falscher Tatsachen, der Verwendung sonstiger Kunstgriffe bzw Formen der Täuschung vorgenommen werden⁹⁷¹. Von der Marktmanipulation umfasst ist auch das Verbreiten von Informationen über die Medien, wodurch falsche oder irreführende Signale im Bezug auf Finanzinstrumente gegeben werden könnten (darunter fällt üblicher Weise das Verbreiten von Gerüchten oder falschen oder irreführenden Nachrichten). Derartige Praktiken sind verboten. Verwaltungsstrafrechtlich werden Vergehen gem § 48 lit c BörseG mit einer Geldstrafe von bis zu 35.000 Euro geahndet. Zusätzlich kann die FMA während der Dauer eines derartigen Verfahrens gem § 48 lit q Abs 3 S 2 BörseG ein Verbot der Ausübung einer Berufstätigkeit verhängen. Auch für Marktmissbrauchsvergehen sieht das BörseG keine spezialgesetzlichen Haftungsgrundlagen vor. Es kommen die allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze zur Anwendung. Im Übrigen kann auch die freiwillige Verbreitung von Information, sofern sie fehlerhaft ist, nach diesen Grundsätzen haftbar machen⁹⁷².

Nach § 243 lit b UGB haben an der Börse notierende Aktiengesellschaften, einen **Corporate-Governance-Bericht** aufzustellen, welcher die dort aufgezählten Mindestangaben zu enthalten hat. Der österreichische Corporate Governance Kodex wird vom österreichischen

⁹⁷⁰ Vgl zu den speziellen Risiken für Vorstandsmitglieder bei Verstößen gegen das Insiderrecht *Saurer*, Handlungsbedarf des Aufsichtsrats bei Missbrauch von Insiderinformationen durch ein Vorstandsmitglied? *ecolx* 2003, 736; *Wolf*, Missbrauch von Insiderinformationen: Abberufung und Entlastung von Vorstandsmitgliedern 2003, 741.

⁹⁷¹ Vgl auch *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht § 21 Rz 3; *Brandl/Hohensinner*, BörseG-Nov 2004 Zur Umsetzung der Marktmissbrauchs-RL in das österreichische Recht, *ecolx* 2004, 983.

⁹⁷² *Kalss/Oppitz/Zollner*, Kapitalmarktrecht § 19 Rz 61ff.

Arbeitskreis für Corporate Governance⁹⁷³ einmal jährlich vor dem Hintergrund nationaler und internationaler Entwicklungen überprüft und bei Bedarf angepasst⁹⁷⁴. „Mit dem Österreichischen Corporate Governance Kodex wird österreichischen Aktiengesellschaften ein Ordnungsrahmen für die Leitung und Überwachung des Unternehmens zur Verfügung gestellt“⁹⁷⁵. Der Kodex hat keine hoheitliche Normqualität und erlangt nur durch freiwillige Selbstverpflichtung Geltung⁹⁷⁶. Der Kodex enthält drei Arten von Regeln: solche, die auf zwingenden Rechtsvorschriften beruhen, Regeln, die eingehalten werden sollen und deren Abweichung erklärt und begründet werden muss, sowie Regeln mit Empfehlungscharakter deren Nichteinhaltung weder offenzulegen noch zu begründen ist⁹⁷⁷. Der Kodex führt zu einer Konkretisierung der allgemeinen Sorgfaltspflicht von Vorstandsmitgliedern, eine Verschärfung der Haftung ist damit jedoch nicht verbunden⁹⁷⁸. Insbesondere kann den Regeln des Kodex kein Schutzgesetzcharakter zukommen.

Zusammenfassung

Es ist zu unterscheiden zwischen Informationspflichten am Primärmarkt und Informationspflichten am Sekundärmarkt. Die Informationspflichten am Primärmarkt erstrecken sich im Wesentlichen in der Form der Prospektpflicht (§ 2 KMG sowie §§ 72 u 74 BörseG). Die Informationspflichten am Sekundärmarkt umfassen die Regelpublizität (§§ 87 u 82 Abs 4 BörseG), die ad-hoc-Publizität (§ 48 lit d BörseG), die Beteiligungspublizität (§§ 91ff BörseG), Informationspflichten betreffend Erwerb und Veräußerung eigener Aktien (§ 82 Abs 9 BörseG), Offenlegungspflichten betreffend Directors‘ Dealings (§ 48 lit d Abs 4 BörseG) sowie spezifische Offenlegungspflichten für das Übernahmeverfahren (§§ 5 u 6 ÜbG).

Die am Kapitalmarkt normierten Publizitätspflichten sind zahlreich und umfassend. Ziel dieser Regelungen ist es, insbesondere einerseits die Funktionsfähigkeit des

⁹⁷³ welchem Vertreter des IWP (Institut Österreichischer Wirtschaftsprüfer), der ÖVFA (Österreichische Vereinigung für Finanzanalyse und Asset Management), der Emittenten, der Investoren, der Wiener Börse, der Sozialpartner und der Wissenschaft angehören <http://www.corporate-governance.at/> (13.03.2010).

⁹⁷⁴ Österreichischer Arbeitskreis für Corporate Governance, Österreichischer Corporate Governance Kodex (Fassung Jänner 2010) 13 – Präambel http://www.wienerborse.at/corporate/pdf/CG%20Kodex%20deutsch_Jan_2010_v4.pdf (13.03.2010).

⁹⁷⁵ Österreichischer Arbeitskreis für Corporate Governance, Österreichischer Corporate Governance Kodex 11 – Präambel.

⁹⁷⁶ Österreichischer Arbeitskreis für Corporate Governance, Österreichischer Corporate Governance Kodex 12 – Präambel.

⁹⁷⁷ Österreichischer Arbeitskreis für Corporate Governance, Österreichischer Corporate Governance Kodex 14 – Erläuterungen zum Kodex.

⁹⁷⁸ Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht § 24 Rz 32.

Kapitalmarktes zu garantieren und andererseits die am Kapitalmarkt teilnehmenden Personen zu schützen, indem ihnen ausreichend Information zur Verfügung gestellt wird, um fundierte Anlageentscheidungen treffen zu können. Dies soll durch die Verpflichtung des Emittenten zur Veröffentlichung regelmäßiger als auch anlassbezogener Informationen über Lage, Entwicklung oder bestimmte wesentliche Ereignisse betreffend das Unternehmen gewährleistet werden. Obwohl nach dem Wortlaut des Gesetzes, abgesehen von § 48 lit d Abs 4 BörseG und den Bestimmungen des ÜbG, die kapitalmarktrechtlichen Informationspflichten nicht explizit an den Vorstand gerichtet sind, trifft dessen Mitglieder aufgrund seines Leitungsmonopols innerhalb der Gesellschaft eine Verantwortlichkeit für die Einhaltung dieser Regelungen. Bei Missachtung der dargelegten Informationspflichten können die Vorstandsmitglieder daher vordergründig verwaltungsstrafrechtliche und kriminalstrafrechtliche Sanktionen treffen. Eine eindeutige kapitalmarktrechtlich begründete Organhaftung existiert derzeit nicht. Primär haftet der Emittent Dritten gegenüber für durch Fehlinformation verursachte Schäden. Nur ausnahmsweise können sich bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen auch zivilrechtliche Schadenersatzansprüche der Vorstandsmitglieder ergeben. Aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive ist insbesondere die Abberufung eines Vorstandsmitgliedes wegen grober Pflichtverletzung denkbar. Zu guter letzt kann die FMA auch noch gesetzte Maßnahmen öffentlich bekannt geben oder beaskunften.

Kapitalmarkt und Kapitalmarktrecht sind einer sehr dynamischen Entwicklung unterworfen und waren vor allem in den vergangen Jahren Thema zahlreicher europarechtlicher Regelungswerke. Es erscheint daher überraschend, dass kapitalmarktrechtliche Normen in Bezug auf die Verantwortlichkeit und/ oder Haftung der Vorstandsmitglieder für fehlerhafte oder fehlende Kapitalmarktinformation kaum existieren. Insbesondere was die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen bei einer etwaigen Informationspflichtverletzung betrifft, stellt § 11 KMG die einzige spezialgesetzliche Haftungsnorm dar. Auf europarechtlicher Ebene ist jedenfalls insbesondere durch Art 6 der ProspektRL⁹⁷⁹ und auch durch die Einführung des Bilanzzeids eine Tendenz in Richtung einer Haftungsverschärfung für Organmitglieder zu erkennen.

⁹⁷⁹ ProspektRL 2003/71 ABI L 2003/345, 64.

Ergebnis

Die Haftungsrisiken für Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft sind erheblich. Aus der gesamten Rechtsordnung - nicht nur aus den klassischen unternehmensrechtlichen Teilgebieten wie insbesondere dem AktG und bei börsennotierten Gesellschaften zusätzlich aus dem Kapitalmarktrecht, sondern auch aus anderen Rechtsgebieten wie beispielsweise aus dem Verwaltungsstrafrecht, Strafrecht oder Insolvenzrecht - ergibt sich ein breit gespanntes, beinahe unüberblickbares, Pflichten- und Haftungsnetz. Ist ein mehrgliedriger Vorstand eingerichtet und besteht eine wirksame Geschäftsverteilung, so verändert sich dieses Pflichten- und Haftungsgefüge für das einzelne Vorstandsmitglied zwar in seinem Inhalt und Umfang, jedoch kommt es nicht zu einem gänzlichen Ausschluss seiner Leitungsverantwortung.

Haftungsrisiken sind während des gesamten „Lebens“ der Aktiengesellschaft existent; sie beginnen im Gründungsstadium der Gesellschaft, bestehen während aufrechter Geschäftstätigkeit und dauern selbst (oder gerade) bei der Insolvenz des Unternehmens noch an. Eine Haftung kann aus der körperschaftsrechtlichen Organstellung als auch aus dem schuldrechtlichen Anstellungsverhältnis resultieren. Sie ergibt sich kraft ausdrücklicher (spezial)gesetzlicher Anordnung oder leitet sich aus allgemeinen Grundsätzen des zivilrechtlichen Schadenersatzrechts ab. Hinzu kommt, dass die Möglichkeiten an gesetzlichen oder vertraglichen Haftungsbegrenzungen beschränkt sind. Darüber hinaus ergeben sich effiziente Haftungsvermeidungsstrategien zumeist ohnedies bereits aus dem Pflichtengefüge, welches den Vorstandsmitgliedern auferlegt ist.

Bei Verstößen gegen Verhaltensmaßstäbe können Vorstandsmitglieder persönlich mit ihrem Privatvermögen sowohl gegenüber der Gesellschaft (Innenhaftung als Regelfall) als auch gegenüber den Gesellschaftsgläubigern, Aktionären, Behörden oder sonstigen Dritten (Außenhaftung als Sonderfall) auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden. Neben der zivilrechtlichen Haftung trifft die Vorstandsmitglieder zusätzlich auch noch eine verwaltungsstrafrechtliche und kriminalstrafrechtliche Verantwortlichkeit. Als Sanktionsmittel sieht das Gesetz in diesem Fall Geld- oder Freiheitsstrafen vor, welche ebenfalls von den Vorstandsmitgliedern persönlich zu verbüßen sind.

Literaturverzeichnis

- Apathy/Riedler*, Bürgerliches Recht III³ (2008)
- Barbist/Ahammer*, Compliance in der Unternehmenspraxis (2009)
- Beckmann/Matusche-Beckmann*, Versicherungsrechtshandbuch² (2009)
- Bertel/Schwaighofer*, Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I¹¹ (2010)
- Bollenberger-Klemm*, Geschäftsführerhaftung⁴ (2008)
- Dellinger*, Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Insolvenzfall (1991)
- Dellinger/Oberhammer*, Insolvenzrecht² (2004)
- Diregger/Kalss/Winner*, Das österreichische Übernahmerecht² (2007)
- Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz (2003)
- Duursma/Duursma-Kepplinger/M.Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007)
- Fabrizy*, StGB Kurzkommentar⁹ (2006)
- Fleischer*, Handbuch des Vorstandsrechts (2006)
- Fritz*, Der GmbH-Geschäftsführer und andere Leitungsfunktionen von Kapitalgesellschaften (2008)
- Fuchs*, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil I⁷ (2008)
- Gasser*, Neuerungen in der Ad-hoc-Publizität durch die Marktmissbrauchsrichtlinie (2008)
- Geppert/Moritz*, Gesellschaftsrecht für Aufsichtsräte (1979)
- Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff*, Kommentar zum Aktiengesetz II (1973)
- Ginthör/Brodey*, Der AG- / SE-Vorstand (2008)
- Goette/Habersack*, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz II³ (2008)
- Griesmayr/Dahnz*, Das Risiko der Manager (1996)
- Haslehner*, Die gesellschaftsrechtliche und zivilrechtliche Behandlung der Vorstands- und Geschäftsführerhaftung im Konkursverschleppungsfall (2005)
- Hauer/Leukauf*, Handbuch des österreichischen Verwaltungsverfahrens⁶ (2003)
- Höpfel/Ratz*, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch² (2006)
- Hopt/Wiedemann*, Großkommentar zum Aktiengesetz III⁴ (2008)
- Huber*, Übernahmegesetz Kommentar (2007)
- Hüffer*, Kommentar zum Aktiengesetz⁸ (2008)
- Institut für Interne Revision Österreich – IIA Austria*, Das Interne Kontrollsystem aus der Sicht der Internen Revision (2004)
- Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz II⁵ (2010)
- Kalss*, Anlegerinteressen (2001)

Kalss, Vorstandshaftung in 15 europäischen Ländern (2005)

Kalss/Burger/Eckert, Die Entwicklung des österreichischen Aktienrechts (2003)

Kalss/Nowotny/Schauer, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008)

Kalss/Oppitz/Zollner, Kapitalmarktrecht System I (2005)

Kalss/Schauer, Die Reform des österreichischen Kapitalgesellschaftsrechts, Gutachten im Rahmen der Verhandlungen des sechzehnten österreichischen Juristentages Graz (2006)

Karollus, Funktion und Dogmatik der Haftung aus Schutzgesetzverletzung (1992)

Kastner/Doralt/Nowotny, Grundriss des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990)

Kienapfel/Höpfel, Grundriss des Strafrechts Allgemeiner Teil¹³ (2009)

Kienapfel/Schmoller, Studienbuch Strafrecht Besonderer Teil II Delikte gegen Vermögenswerte (2003)

Köck, Wirtschaftsstrafrecht (2007)

Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkomentar zum ABGB² (2007)

Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts II¹³ (2007)

Krejci, Gesellschaftsrecht I (2005)

Lewis, Strafrecht Besonderer Teil I² (1999)

Luschin/Warzecha/Salcher, Der Gang an die Börse (2004)

Malecky, Strafrecht Allgemeiner Teil II¹³ (2009)

Mertens in Kölner Kommentar zum AktG II² (1996)

Pichler/Weninger, Aktienrecht in der Managerpraxis (2002)

Pichler/Weninger, Der Vorstand der AG (2004)

Popperl, ASVG Sozialversicherungs-Handbuch (2009)

Raschauer/Wessely, Verwaltungsstrafrecht – Allgemeiner Teil (2005)

Ratka/Rauter, Handbuch Geschäftsführerhaftung (2008)

Reich-Rohrwig, Das österreichische GmbH-Recht I² (1997)

Reiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften⁴ (2006)

Ritz, Bundesabgabenordnung Kommentar³ (2005)

Rummel, ABGB-Kommentar II³ (2007)

Runggaldier/Schima, Die Rechtsstellung von Führungskräften (1991)

Runggaldier/Schima, Manager-Dienstverträge³ (2006)

Schlosser, Die Organhaftung der Vorstandsmitglieder der Aktiengesellschaft (2002)

Schwimann, ABGB-Praxiskommentar VI³ (2006)

Seiler, Strafrecht Allgemeiner Teil II⁴ (2008)

Stärker, Unternehmensstrafrecht – Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (2007)

Steininger, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (2006)
Stoll, Bundesabgabenordnung Kommentar I (1994)
Tanzer/Unger, BAO³ (2010)
Thienel/Schulev-Steindl, Verwaltungsverfahrensrecht⁵ (2009)
Tichy, Die Haftung gegenüber dem Sekundärmarkt (2005)
Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch II (2009)
Ulmer/Habersack/Winter, Großkommentar zum GmbHG II (2006)
Walter/Mayer, Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts⁸ (2003)
Weilinger, Einführung in das österreichische Verwaltungsverfahrensrecht¹¹ (2008)
Widmaier, Haftung von Bankorganen (2001)
Zeder, Verbandsverantwortlichkeitsgesetz (2006)
Zib/Russ/Lorenz, Kapitalmarktgesetz Kommentar (2008)
Zöllner in Kölner Kommentar III² zum AktG (1996)

Beiträge und Zeitschriften

Adensamer/Oelkers/Zechner, Geschäftsleiterpflichten in Insolvenznähe, SWI 2005, 437
Ahammer/Balzar/Gedlicka/Kerschbaumer/Löffler/Nayr/Schirmbrand, Was bedeuten Rechnungslegungsprozess, IKS und RMS? ARaktuell 2008/6
Arnold/Rechberger, Neues vom Haften, Anfechten und Hinterlegen, GeS 2005, 184
Bauer, Das öffentliche Angebot im KMG, GeS 2007, 342
Beatrix/Bartos, Wichtige Haftungsbestimmungen für rückständige Sozialversicherungsbeiträge ZAS 2007/10
Bitzyk/Oelkers, Die neue Regelpublizität nach BörseG 2007 und URÄG 2008, ÖBA 2009, 508
BMF, Haftungen gemäß den §§ 9 bis 16 BAO, AÖF 2006/186
Bollenberger, Zivilrechtliche Folgen einer strafrechtlichen Verurteilung, ÖJZ 2008/54
Brandl/Hohensinner, BörseG-Nov 2004 Zur Umsetzung der Marktmissbrauchs-RL in das österreichische Recht, ecolex 2004, 983
Brandl/Hohensinner, Die Haftung für Verletzungen der Ad-Hoc-Publizität nach § 82 Abs 6 BörseG, ecolex 2002, 92
Brunner, Die Zurechnung der Schadenersatzpflicht bei Verletzung eines Schutzgesetzes gem § 1311 ABGB, ÖJZ 1972, 113
Büchele, Risikomanagement des Vorstands als Zeichen "guter" Corporate Governance, GesRZ 2003, 221

Dietmar Aigner/ Johann Aigner, Risikoanalyse - Risikomanagement als wesentlicher Beitrag zur Werterhöhung und langfristigen Bestandssicherung, SWK 2009, W 83

Eckert/Linder, Verjährung von Ersatzansprüchen gegen Vorstandsmitglieder, ecolex 2005, 449

Erbler, Der Gang an die Börse -Vorbereitung eines IPO und Börsenzulassung, ecolex 2008, 962

Fleischer, Aktienrechtliche Legalitätspflicht und „nützliche“ Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern, ZIP 2005, 141

Fleischer, Zum Grundsatz der Gesamtverantwortung im Aktienrecht, NGZ 2003, 449

Fleischer, Zur Leitungsaufgabe des Vorstands im Aktienrecht, ZIP 2003, 1

Frotz, Zur Absicherung der Organmitglieder einer AG gegen Haftungsansprüche der Gesellschaft, in FS *Wagner* 1987

Gelbmann, Strafrechtliche Absicherung der Corporate Governance, GesRZ 2003, 20

Gisch, Die Haftung der Organe von Kapitalgesellschaften für mangelhaften Versicherungsschutz (Teil I), VR 2009 H 7-8, 32

Gruber, Ad-hoc-Publizität, ÖBA 2003, 239

Gruber, Kapitalmarktinformationshaftung der Aktiengesellschaft und Kapitalerhaltungsgrundsatz (Teil I), JBl 2007, 2

Gruber, Organaußenhaftung für Kapitalmarktinformationen? wbl 2006, 445

Hauschka, Compliance, Compliance-Manager, Compliance-Programme: eine geeignete Reaktion auf gestiegene Haftungsrisiken für Unternehmen und Management? NJW 2004/5

Heindl, Kapitalmarkt, Anlegerschutz und Haftungsfragen, ecolex 2007, 427

Heiser, Haftung von Organen von Kapitalgesellschaften (Teil I), CFOaktuell 2009, 264

Hilf, System des Wirtschaftsstrafrechts, in *Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht* (Hrsg), Wirtschaftsstrafrecht (2008)

Kalss, Die rechtliche Grundlage kapitalmarktbezogener Haftungsansprüche, ÖBA 2000, 641

Kalss/Oelkers, Öffentliche Bekanntgabe, ein wirksames Aufsichtsinstrument im Kapitalmarktrecht? ÖBA 2009, 123

Kalss/Zollner, Die Offenlegung von Beteiligungen nach der Börsegesetznovelle 2007, ÖBA 2007, 884

Kalss/Zollner, Zurechnungsfragen beim Directors' Dealings – erste Anwendungsprobleme beim neuen § 48 d Abs 4 BörseG, GeS 2005, 197

Kapsch/Grama, Business Judgment Rule: Pflichtwidrige oder bloß unglückliche Geschäftsentscheidung? ecolex 2003, 524

Karl, Beitragshaftung in der Sozialversicherung, ZAS 2009/2

Koziol, Schadenersatz für reine Vermögensschäden, JBl 2004, 273

Krejci, Zur Berichtspflicht des AG-Vorstandes gegenüber dem Aufsichtsrat, in FS *Frotz* (1993)

Kreuzer, Compliance, CFOaktuell 2009, 205

Langheinrich/Ryda, Die Haftung der Vertreter für Abgabenschuldigkeiten, FJ 2000, 79

Leupold/Ramharter, Nützliche Gesetzesverletzungen - Innenhaftung der Geschäftsleiter wegen Verletzung der Legalitätspflicht? GesRZ 2009, 253

Lucius, Zum Standard Compliance Code 2008 der österreichischen Kreditwirtschaft, ÖBA 2008, 456

Lukas, Schnittstellen zwischen Straf- und Zivilrecht, AnwBl 2010, 259

Lutter, Die Business Judgment Rule in Deutschland und Österreich, GesRZ 2007, 79

Nowotny, Anlegerhaftung des Vorstandes und des Aufsichtsrates bei Kursverlusten? RdW 1995, 132

Oberlechner/Stelzel, Bereit für die nächste Krise? Über Risikomanagement in Kapitalgesellschaften, ecolex 2009, 832

Oelkers, Geänderte Regelpublizität nach dem Börsegesetz 2007, SWK 2007, 81

Perner/Steinhart, Zuständigkeiten des Gesamtvorstandes/ der Gesamtgeschäftsführung bei AG und GmbH, RdW 2010/14, 10

Rath/Radhuber, Alles neu, alles anders? Das KMG nach Umsetzung der ProspektRL, ecolex 2006, 264

Redlein/Giller, Compliance mit URÄG 2008 - Warum und wie betrifft es Facility Management? immolex 2009, 266

Resch, Gebot der wirtschaftlichen Betrachtungsweise gem § 539a ASVG und Beitragshaftung gem § 67 ASVG, RdW 2001, 602

Resch, GmbH-Geschäftsführerhaftung für Sozialversicherungsbeiträge, JBl 1996, 218

Rüffler, Probleme der börserechtlichen ad-hoc-Publizität bei personellen Veränderungen im Vorstand, ÖBA 2009, 724

Saurer, Handlungsbedarf des Aufsichtsrats bei Missbrauch von Insiderinformationen durch ein Vorstandsmitglied? ecolex 2003, 736

Schima, Business Judgment Rule und Verankerung im österreichischen Recht, GesRZ 2007, 93

Schima, Enthaltung des Vorstandes (Aufsichtsrates) durch Entlastungsbeschluss sämtlicher Aktionäre? GesRZ 1991, 185

Schima, Erwerb von eigenen Aktien und Aktien-Zertifikaten ausländischer Emittenten – Neuregelung oder „Klarstellung“ der Rechtslage, RdW 2008, 571

Schirmer/Uitz, Compliance-Maßnahmen zur Reduktion der Haftungsrisiken von Vorstandsmitgliedern, RdW 2010, 200

Schmied, Bestrafung von Unternehmen im Verwaltungsstrafrecht, ZUV 2003, 130

Schneider, Compliance als Aufgabe der Unternehmensleitung, ZIP 2003, 645

Schopper/Kapsch, Anmerkungen zu OGH 11.06.2008, 7 Ob 58/08t, GeS 2008, 356 (359)

Schumacher, Die UWG Novelle 2007, wbl 2007, 557

Siems, Anspruchsziele bei betrügerischen Täuschungen des Kapitalmarktes, ZfRV 2005/27

Straube/Rauter, Wege aus dem Labyrinth - Strategien der Haftungsvermeidung für GmbH-Geschäftsführer, JAP 2007/2008/15

Teichmann, Haftung für fehlerhafte Informationen am Kapitalmarkt, JuS 2006, 953

Thiele, Vorstand einer Aktiengesellschaft, ecolex 2001/20

Torggler, Business Judgment Rule und unternehmerische Ermessensentscheidungen, ZfRV 2002/9

Torggler, Von Schnellschüssen, nützlichen Gesetzesverletzungen und spendablen Aktiengesellschaften - Zum Ermessensspielraum bei der gesellschaftsrechtlichen Organhaftung, wbl 2009, 168

Torggler, Zum deliktischen Schutz der Mitgliedschaft(-srechte), JBl 2003, 747

Völkl, Anmerkungen zu OGH 24.04.2003, 3 Ob 288/02b, ecolex 2004/18

Wegenstein, Das interne Kontrollsystem - Zwingend für alle Kapitalgesellschaften seit 1. Juli 1998 persaldo, 1998 H 3, 12

Wilhelm, Falsche oder keine ad hoc-Mitteilungen: Schadenersatz trotz allem, ecolex 2005, 341

Winkler/Birkner, Informationsweitergabe bei due diligence und Aktienerwerb, GesRZ 1999, 234

Wolf, Missbrauch von Insiderinformationen: Abberufung und Entlastung von Vorstandsmitgliedern 2003, 741

Zehetner, Korruptionsprävention als Führungsaufgabe, CFOaktuell 2009, 269

Zuffer/Karollus-Bruner, Compliance für Emittenten (Teil I), ecolex 2002, 251

Judikaturverzeichnis

OGH

OGH 25.08.2009, 14 Os 48/09d

OGH 11.06.2008, 7 Ob 58/08t RWZ 2008/79 (*Wenger*) = GeS 2008, 356 (*Schopper/Kapsch*) = GesRZ 2008, 378 (*Kalss/Zollner*) = wbl 2008/287 (*Torggler*) = ecolex 2008/346 (*Reich-Rohrwig*) = RdW 2008/593 = ZFR 2009/38 = AR 2008 H 5, 29 (*Gruber*)

OGH 02.06.2008, 14 Os 68/08f (14 Os 70/08p)

OGH 08.05.2008, 6 Ob 28/08y GesRZ 2008, 304 (*Schmidt*) = wbl 2008/259 = RdW 2008/594

OGH 22.04.2008, 10 Ob 103/07f

OGH 27.02.2008, 3 Ob 251/07v ARD 5864/5/2008 = RdW 2008/374 = GeS 2008, 110 = ecolex 2008/161 = NZ 2008/72

OGH 02.10.2007, 4 Ob 169/07t ecolex 2008/125, 340 = RZ 2008/EÜ 146, 107 = MR 2007, 372

OGH 23.05.2007, 3 Ob 59/07h GeS 2007, 334 = AR 2007 H 6, 26 (*Gruber*) = RWZ 2007/76 = RdW 2008/32 = GesRZ 2008, 22 = NZ 2008/50 = SZ 2007/81

OGH 16.03.2007, 6 Ob 34/07d GeS 2007, 243 = GesRZ 2007, 271 = GesRZ 2007, 219 (*Feltl/Fragner*) = ecolex 2007/262 = AR 2007 H 4, 32 (*Gruber*) = wbl 2007/247 = RdW 2007/684 = RZ 2007/EÜ 329, 225 = SZ 2007/36

OGH 27.09.2006, 9 ObA 148/05p ecolex 2007/17 = RdW 2007/188 = wbl 2007/62 = NZ 2007/G 48, 94 = AnwBl 2009, 99 = Arb 12.631 = SZ 2006/139 = HS 37.057 = RZ 2007/EÜ 100, 74 = AnwBl 2008, 387 = ASoK 2007, 203 = ZAS 2007/5, 16

OGH 27.06.2006, 3 Ob 75/06k GesRZ 2006, 322 = ecolex 2007/7 = RdW 2007/25 = ZFR 2007/36 = ÖBA 2007/1440

OGH 01.07.2004, 1 Ob 173/03b RdW 2004/671 = ecolex 2004/436 = JBl 2004, 793

OGH 09.09.2003, 11 Os 41/02 RZ 2003, 128 = JBl 2003, 592 = AnwBl 2004, 276 (*Kindel/Wengeler*) = SSt 64/56 = JAP 2004/2005/31 (*Helmreich*)

OGH 08.07.2003, 5 Ob 120/03p

OGH 24.04.2003, 3 Ob 288/02b GeS 2003, 340 = GesRZ 2003, 239 = ecolex 2004/18

OGH 01.10.2002, 11 Os 76/03 SSt 2003/69

OGH 26.02.2002, 1 Ob 144/01k RdW 2002/350 = ZIK 2002/135 = wbl 2002/227 = ecolex 2003/22 = GeS 2002, 26 = RWZ 2002/58 = ecolex 2003, 524 (*Kapsch/Grama*) = SZ 2002/26 = AR 2005 H 1, 26 (*Gruber*)

OGH 20.09.2000, 9 Ob 99/00z ZIK 2001/122 = ecolex 2001/106

OGH 25.05.1999, 1 Ob 11/99w RdW 1999, 595 = ASoK 1999, 373 = GesRZ 1999, 253 = RWZ 1999, 327 (*Wenger*) = wbl 2000/26 = ARD 5097/26/2000 = SZ 72/90

OGH 24.06.1998, 3 Ob 34/97i ecolex 1998, 774 = GesRZ 1998, 208 = wbl 1999/22 = ARD 5017/30/99 = SZ 71/108 = RWZ 1999, 37 (*Wenger*)

OGH 29.04.1998, 9 ObA 416/97k ecolex 1998, 772 = ASoK 1998, 427 = ARD 4961/25/98 = ZIK 1999, 36

OGH 11.09.1997, 6 Ob 244/97v RdW 1997, 718 = ecolex 1998, 137 = wbl 1998/173 = AnwBl 1998, 214 = HS 28.109

OGH 18.03.1997, 11 Os 165/96

OGH 21.12.1995, 6 Ob 1039/95 RdW 1996, 167 = ecolex 1996, 606 = NZ 1997, 27 = HS 26.089 = AnwBl 1997, 168

OGH 22.12.1994, 2 Ob 591/94 wbl 1995, 122 = RdW 1995, 262 = ecolex 1995, 901 = SZ 67/238 = GesRZ 1995, 121 = AnwBl 1997, 8

OGH 29.11.1990, 12 Os 135/90

OGH 09.01.1985, 3 Ob 521/84

OGH 17.05.1983, 12 Os 121/82, *AKH-Urteil*, JBl 1983, 545

OGH 10.01.1978, 3 Ob 536/77 GesRZ 1978, 36

OGH 03.07.1975, 2 Ob 356/74 SZ 48/79

OGH 31.10.1973, 1 Ob 179/73 SZ 46/113

VwGH

VwGH 17.12.2009, 2009/16/0092

VwGH 03.09.2008, 2006/13/0159 SWK 2009, R 24 = ÖStZB 2009/170 = ÖStZ 2009/826

VwGH 04.07.2008, 2008/17/0072 ZFR 2008/125

VwGH 20.02.2008, 2005/08/0129 RdW 2008/377 = ARD 5867/10/2008 = ZfVB 2008/1526

VwGH 27.06.2007, 2005/03/0140 ZVR 2007/269 = ZVR 2007/270 = ZfVB 2008/759 = wbl 2009/93

VwGH 30.06.2006, 2003/03/0033 ZfVB 2007/1236/1361

VwGH 24.10.2005, 2005/13/0011 ÖStZB 2006/201 = GesRZ 2006, 47 = ecolex 2006/33 = GeS 2006, 228 (*Hristov*)

VwGH 13.04.2005, 2002/13/0177, 0178 ÖStZB 2005/523, 630 = SWK 2005, R 85

VwGH 19.01.2005, 2001/13/0168 GesRZ 2005, 94 = ÖStZB 2005/470 = SWK 2005, R 54

VwGH 17.11.2004, 2002/08/0138 ARD 5562/10/2005

VwGH 19.10.2004, 2004/03/0102 ZfVB 2006/1369

VwGH 24.02.2004, 99/14/0242 ARD 5523/19/2004 = SWK 2004, R 71 = SWK 2004, 1299 =
 ÖStZB 2004/496
 VwGH 16.09.2003, 2000/14/0106 GesRZ 2003, 300 = ARD 5478/15/2004 = SWK 2004, R
 21 = SWK 2004, 547 = ÖStZB 2004/243
 VwGH 25.11.2002, 99/14/0121 ecolex 2003/124 = ARD 5407/11/2003 = SWK 2003, R 51 =
 SWK 2003, 831 = ÖStZB 2003/688, 641
 VwGH 21.08.2001, 99/09/0061 ARD 5300/14/2002
 VwGH 29.05.2001, 2001/14/0006 ARD 5262/20/2001 = SWK 2001, R 109 = SWK 2001,
 1277 = ÖStZB 2002/820
 VwGH 31.10.2000, 99/14/0128 ÖStZ 1999, 522 = ÖStZB 1999, 753 = SWK 2000, R 51 =
 ARD 5097/20/2000
 VwGH 25.05.2000, 99/07/0003
 VwGH 29.06.1999, 95/15/0137 SWK 2001, R 50 = SWK 2001, 602 = ARD 5202/19/2001 =
 ÖStZB 2001/318, 446
 VwGH 22.09.1999, 96/15/0049 RdW 1999, 745 (*Zorn*) = ÖStZ 1999, 639 = ARD 5084/10/99
 = ecolex 2000/31 = ZIK 2000/42 = SWK 2000, R 63 = ÖStZB 2000/286 = NZ 2000, 274 =
 FinSlg 1999/112 = ÖJZ VwGH F 2001/37 = VwSlg 7440 F = ZIK 2005/31 (*Rothner*)
 VwGH 14.12.1998, 98/17/0309 ARD 5017/28/99
 VwGH 15.09.1997, 97/10/0091 ZfVB 1999/340
 VwGH 26.03.1996, 92/14/0088 ARD 4766/8/96 = SWK 1996, R 112 = ÖStZB 1996, 626
 VwGH 12.12.1995, 95/08/0082 SV-Slg 42.159 = ARD 4775/39/96 = ZASB 1996
 VwGH, 07.04.1995, 94/02/0470 ecolex 1995, 577 = ÖJZ VwGH A 1996/48 = ZfVB
 1996/860/1177 = VwSlg 14236 A = ZfVB 1996/1177 = ZASB 1995, 21 = ARD 4677/13/95 =
 ZUV 1995 H 4, 19
 VwGH 24.02.1995, 94/09/0171 ZfVB 1996/871/118
 VwGH 22.11.1996, 93/17/0143 ARD 4860/20/97 = ÖStZB 1997, 433 = SWK 1997, R 101
 VwGH 21.03.1994, 92/10/0481 ZfVB 1996/588
 VwGH 04.03.1994, 93/02/0194 ZUV 1996 H 3
 VwGH 25.09.1992, 91/17/0134 VwSlg 6714 F
 VwGH 28.05.1992, 88/17/0216
 VwGH 08.07.1991, 91/19/0086 ZfVB 1992/1696 = ÖJZ VwGH A 1992/170 = VwSlg 13467
 A
 VwGH 13.09.1988, 87/14/148

UFS

UFS Linz 01.03.2007, RV/0497-L/06 ecolex 2007/202

LG

LG für Strafsachen Wien 13.06.1988, 12 c Vr 2835/86-707

Ris-Justiz

RIS-Justiz RS0049309

RIS-Justiz RS0027710

RIS-Justiz RS0106015

RIS-Justiz RS0074219

RIS-Justiz RS0093920

RIS-Justiz RS0059723

RIS-Justiz RS0099024

RIS-Justiz RS0034524

RIS-Justiz RS0023825

RIS-Justiz RS0064528

RIS-Justiz RS0059528

RIS-Justiz RS0112234

RIS-Justiz RS0059449

RIS-Justiz RS0064962

RIS-Justiz RS0094963

RIS-Justiz RS0059566

RIS-Justiz RS0026773

RIS-Justiz RS0023677

RIS-Justiz RS0034677

RIS-Justiz RS0093878

BGH

BGH 21.04.1997, II ZR 175/95, *ARAG/Garmenbeck*, ecolex 1997, 507 = ZIP 1997, 883

BGH 12.03.1959, II ZR 180/57 NJW 1959, 1082 = BGHZ 29, 385, 390

BGH 28.02.2008, II ZB 9/07 ZIP 2008, 639 = BB 2008, 855 (*Widder*) = ZFR 2009, 24 (*Zollner*)

BGH 19.07.2004, II ZR 402/02, *Infomatec*, GeS 2004, 386

OLG

OLG Stuttgart 22.04.2009, 20 Kap 1/08 ZIP 2009, 962

OLG Frankfurt/M 12.02.2009, 2 Ss-OWi 514/08 ZIP 2009, 563

Internetquellen

BaFin, Emittentenleitfaden der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
http://www.bafin.de/cln_179/nm_722758/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Leitfaeden/emittentenleitfaden_2005.templateId=raw.property=publicationFile.pdf/emittentenleitfaden_2005.pdf (08.03.2010)

Wiener Börse, Bedingungen für den Betrieb des Dritten Marktes
www.wienerbourse.at/static/cms/sites/wbag/media/de/pdf/agb/agb_5_1.pdf (26.02.2010)

Finanzmarktaufsicht (FMA), Rundschreiben der Finanzmarktaufsichtsbehörde vom 06.03.2006 in der Fassung vom 05.04.2007 betreffend Ad-hoc Publizität und Directors' Dealings-Meldungen
http://www.fma.gv.at/cms/site/attachments/3/8/4/CH0230/CMS1152286190314/rundschreiben_2_fass_deutsch_clean.pdf (08.03.2010)

Haas, Lehrheft – Wirtschaftsprüfer Grundzüge des Kapitalmarktrechts, Wirtschaftsrecht Heft 14, 2006
http://www.lwhaas.de/lehrgangswerk/content/internet/inhalte/service/05/musterheft_wp.pdf (07.11.2009)

<http://www.corporate-governance.at/> (13.03.2010)

Österreichischer Arbeitskreis für Corporate Governance, Österreichischer Corporate Governance Kodex (Fassung Jänner 2010) 13 – Präambel
http://www.wienerbourse.at/corporate/pdf/CG%20Kodex%20deutsch_Jan_2010_v4.pdf (13.03.2010)

The Committee of European Securities Regulators, CESR's advice on Possible Level 2 Implementing Measures for the proposed Market Abuse Directive Directive [02-089d]
<http://www.cesr-eu.org/popup2.php?id=156> (08.03.2010)

Wiener Börse, Das große Börselexikon <http://www.wienerbourse.at/beginner/lexicon/2/704> (25.02.2010)

Wiener Börse, Das große Börselexikon <http://www.wienerbourse.at/beginner/lexicon/9/338> (25.02.2010)

Wiener Börse, Der Börsegang
www.wienerborse.at/static/cms/sites/wbag/media/de/pdf/service/publikationen/boersegang.pdf (26.02.2010)

Wiener Börse, Marktsegmentierung der Wiener Börse AG (2009) 3
http://www.wienerborse.at/static/cms/sites/wbag/media/de/pdf/marketplace_products/marktsegmentierung.pdf (26.02.2010)

Wiener Börse, Regelwerk Prime market
http://www.wienerborse.at/static/cms/sites/wbag/media/de/pdf/marketplace_products/regelwerk_primemarket.pdf (26.02.2010)

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, das Haftungssystem in der Aktiengesellschaft mit Blick auf den Vorstand, bzw. genauer gesagt mit Blick auf die Vorstandsmitglieder darzustellen. Dabei wird zwar dem „wichtigsten“ Haftungstatbestand dieses Haftungssystems, nämlich § 84 AktG, besondere Beachtung geschenkt, allerdings beschränkt sich die Auseinandersetzung mit der Haftungsproblematik nicht alleine auf § 84 AktG. Vielmehr wird ein Überblick darüber gegeben, welche Haftungsrisiken - gemeint auch im Sinne von Haftungsgrundlagen - sich für Vorstandsmitglieder bei der Unternehmensleitung einer Aktiengesellschaft, auch außerhalb des AktG, ergeben können. Eine vollständige Nennung von denkmöglichen Anspruchsgrundlagen oder die Abhandlung spezieller Einzelfälle erfolgt nicht, jedoch wird überblicksmäßig aufgezeigt, wie umfassend das aus der Vorstandstätigkeit resultierende Haftungspotential ist. Da dem mehrgliedrigen Vorstand in der Praxis weitaus größere Relevanz zukommt, wird ein weiterer Schwerpunkt auf diesen Praxisfall gesetzt.

In der vorliegenden Arbeit werden branchenübergreifende Verhaltensmaßstäbe aus dem Verwaltungsstrafrecht, Kriminalstrafrecht, Insolvenzrecht und Gesellschaftsrecht thematisiert, bei deren Verletzung eine Haftung schlagend werden kann. Damit zusammenhängend finden darüber hinaus die Grundsätze der Verantwortlichkeit von Vorstandsmitgliedern in den eben genannten Rechtsgebieten sowie die dort drohenden Risiken bzw. Sanktionen zusätzlich zu einer persönlichen Haftung Erörterung. Im Anschluss folgen Ausführungen zu den zivilrechtlichen Haftungsvoraussetzungen und den Haftungsgrundlagen, welche vornehmlich bei Verletzung der zuvor diskutierten Verhaltensmaßstäbe, zu einer schadenersatzrechtlichen Inanspruchnahme der Vorstandsmitglieder führen können. Diskutiert wird ferner der Aspekt einer möglichen Haftungsbegrenzung. Der letzte Teil dieser Arbeit umfasst als wichtigen Sonderfall, welcher nur die Vorstandsmitglieder einer börsennotierten Aktiengesellschaft betrifft, eine eingehende Abfassung von im Börse- und Kapitalmarktrecht fußenden Informationspflichten sowie der Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder bei Regelverstößen.

Die Haftungsrisiken für Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft sind erheblich. Aus der gesamten Rechtsordnung - nicht nur aus den klassischen unternehmensrechtlichen

Teilgebieten wie insbesondere dem AktG und bei börsennotierten Gesellschaften zusätzlich aus dem Kapitalmarktrecht, sondern auch aus anderen Rechtsgebieten wie beispielsweise aus dem Verwaltungsstrafrecht, Strafrecht oder Insolvenzrecht - ergibt sich ein breit gespanntes, beinahe unüberblickbares, Pflichten- und Haftungsnetz. Ist ein mehrgliedriger Vorstand eingerichtet und besteht eine wirksame Geschäftsverteilung, so verändert sich dieses Pflichten- und Haftungsgefüge für das einzelne Vorstandsmitglied zwar in seinem Inhalt und Umfang, jedoch kommt es nicht zu einem gänzlichen Ausschluss seiner Leitungsverantwortung.

Zentrale Bestimmung für die zivilrechtliche Haftung von Vorstandsmitgliedern ist § 84 AktG. Bei Pflichtverletzungen eines Vorstandsmitgliedes sieht § 84 Abs 2 AktG primär die Haftung gegenüber der Gesellschaft vor. Diese Innenhaftung stellt den Regelfall dar. § 84 AktG regelt die Haftung der Vorstandsmitglieder nicht abschließend. Zusätzlich existieren weitere Haftungsgrundlagen, welche für bestimmte Pflichtverletzungen eine Schadenersatzpflicht der Vorstandsmitglieder gegenüber der Gesellschaft ausdrücklich anordnen.

Die Außenhaftung, also die Haftung der Vorstandsmitglieder gegenüber Dritten (beispielsweise Aktionären, Gläubigern oder Behörden) ist der Ausnahmefall. Für die Außenhaftung existiert keine in sich geschlossene Regelung. Zusammenfassend kann gesagt werden, dass eine Außenhaftung dann besteht, wenn eine solche in einer gesetzlichen Bestimmung ausdrücklich vorgesehen ist, ein Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB verletzt oder gegen sonstige Regeln des allgemeinen zivilrechtlichen Schadenersatzrechts verstoßen wurde.

Bei Verstößen gegen Verhaltensmaßstäbe können Vorstandsmitglieder persönlich mit ihrem Privatvermögen sowohl gegenüber der Gesellschaft als auch gegenüber Dritten auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden. Die Möglichkeiten an gesetzlichen oder vertraglichen Haftungsbeschränkungen sind beschränkt; effiziente Haftungsvermeidungsstrategien ergeben sich zumeist bereits aus dem Pflichtengefüge, welches den Vorstandsmitgliedern auferlegt ist. Neben der zivilrechtlichen Haftung trifft die Vorstandsmitglieder zusätzlich auch noch eine verwaltungsstrafrechtliche und kriminalstrafrechtliche Verantwortlichkeit.

Lebenslauf mit Schwerpunkt auf den wissenschaftlichen Werdegang

Geburtsdatum: 30/01/1984

05/2009 – 01/2010	Gerichtspraxis OLG Sprengel Wien Bezirksgericht Neusiedl am See Handelsgericht Wien
04/2009 – 08/2010	Doktoratsstudium, Rechtswissenschaften Universität Wien Dissertation: Haftungsrisiken für Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft
01/2008 – 06/2008	AEN Auslandssemester, Rechtswissenschaften Griffith University Brisbane, AUS
10/2003 – 03/2009	Diplomstudium, Rechtswissenschaften Karl-Franzens-Universität Graz Diplomarbeit: Die Schutzfähigkeit von Werbeslogans nach Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrecht
1996 – 2002	Mittelschule, AHS Matura Akademisches Gymnasium Graz Fachbereichsarbeit, Latein: Cicero im Spiegel seiner Briefe